

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Yüksek Lisans Tezi

Şeyda ALTUNTAŞ

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Yüksek Lisans Tezi

Şeyda ALTUNTAŞ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Türkân YALÇIN SANCAR

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi :

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../201...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI, HAKSIZ TAHRİKİN PSİKOLOJİK VE HUKUKİ ESASI VE TARİHSEL SÜREÇ

I. HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI	5
A. TAHRİK KAVRAMI	5
B. HAKSIZ TAHRİK	8
II. HAKSIZ TAHRİKİN BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ...12	
A. HAKSIZ TAHRİK VE SUÇA TEŞVİK	12
B. HAKSIZ TAHRİK VE AZMETTİRME	14
C. HAKSIZ TAHRİK VE SUÇ İŞLEMESİNE TAHRİK	15
III. HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ	17
A. CEZA HUKUKU DÖNEMLERİ	17
1. İlk ve Orta Zamanlar Ceza Hukuku	17
a. İlkel Topluluklar	17

b. Hammurabi, Manu ve İbrani Kanunları	19
c. Eski Yunan Ceza Hukuku	21
d. Roma Hukuku	22
2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi	23
3. Yeni zamanlar Ceza Hukuku Dönemi	25
B. TÜRK CEZA HUKUKU TARİHİNDE HAKSIZ TAHRİK	27
1. Cumhuriyet Öncesi Dönem	27
a. İslamiyetten Önceki Dönem	27
b. İslamiyet Sonrası Dönem	28
2. Cumhuriyet Sonrası Dönemde Türk Ceza Kanunu Metinlerinde Haksız Tahrik Düzenlemeleri	30
IV. HAKSIZ TAHRİKİN ESASI	34
A. GENEL OLARAK	34
B. SÜBJEKTİF (PSİKOLOJİK) ESASI	35
1. Genel Olarak	35
2. Haksız Tahrikin Psikolojik Esası Olarak Heyecan	39
3. Heyecan Türü Olarak Hiddet ve Elem	43
4. Heyecanın Birey Üzerindeki Etkileri	48
5. Haksız Tahrik Açısından Failin Kişiliği	51
C. HAKSIZ TAHRİKİN OBJEKTİF ESASI	54
1. Genel Olarak	54

2.	Haksız Tahrikin Objektif Esasına İlişkin İleri Sürülen Görüşler.....	55
a.	Takas Görüşü	56
b.	Tamamlanmamış Meşru Savunma Görüşü	57
D.	DEĞERLENDİRME.....	58
V. HAKSIZ TAHRİKİN GENEL KURAL OLUŞU		59
A.	HAKSIZ TAHRİKİN FAİL BAKIMINDAN GENEL KURAL OLUŞU	60
B.	HAKSIZ TAHRİKİN SUÇ BAKIMINDAN GENEL KURAL OLUŞU.....	63
C.	KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK	69
1.	Haksız Tahrike Genel Hükümlerde Yer Veren Ceza Kanunları.....	69
2.	Haksız Tahrike Bazı Suç Tipleri İçin Özel Olarak Düzenleyen Ceza Kanunları.....	72
3.	Haksız Tahrike Yer Vermeyen Ceza Kanunları.....	73
VI. HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER ...		74
A.	GENEL OLARAK.....	74
B.	HAKSIZ TAHRİKİN SUÇA ETKİ EDEN BİR NEDEN OLDUĞU GÖRÜŞÜ.....	76
C.	HAKSIZ TAHRİKİ KUSURLULUĞA ETKİLİ BİR NEDEN OLARAK İNCELEYEN GÖRÜŞ.....	79
1.	Kusurluluk Kavramı	79

2. Kusurluluk Kavramının Niteliği ve Kapsamı.....	83
3. İsnat Yeteneği Kavramı.....	88
4. Haksız Tahriki Kusurluluğa Etki Eden Bir Neden Kabul Eden Görüş.....	91
D. DEĞERLENDİRME.....	93

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK.....	96
II. TAHRİK OLUŞTURAN BİR FİİL OLMALIDIR.....	99
A. GENEL OLARAK.....	99
B. TAHRİK FİİLİNİN KAYNAĞI	102
1. Hayvan Hareketleri	103
2. Tüzel Kişilerin Organları Aracılığıyla Gerçekleştirdiği Fiiller.....	104
3. Kusur Yeteneği Bulunmayan Kimselerin Fiilleri	105
C. TAHRİK FİİLİNİN İŞLENİŞ ÖZELLİKLERİ	108
D. TAHRİK FİİLİNİN HEDEFİ.....	112
E. HAKSIZ TAHRİKİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA (MEFRUZ TAHRİK)	122
III. FİİL HAKSIZ OLMALIDIR.....	126

A. GENEL OLARAK.....	126
B. HAKSIZLIĞIN NİTELİĞİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ	127
1. Borçlar Hukukunda Haksız Fiil.....	127
2. Ceza Hukukunda Haksız Fiil	130
3. Haksızlığın Niteliği Hususunda İleri Sürülen Ölçütler ve Yargıtay Uygulaması.....	132
4. Bir Hakkın Kullanılması veya Hakkın Kötüye Kullanılması Halleri.....	142
5. İlk Haksız Fiili Gerçekleştiren Kişinin Haksız Tahrik Hükmünden Yararlanamaması Kuralı ve İstisnası.....	147
C. TAHRİK FİİLİNİN TAŞIDIĞI HAKSIZLIK NİTELİĞİ HUSUSUNDA BAZI TARTIŞMALI DURUMLAR	151
1. Suç Sayılan Haksız Fiilin Yasal Takibe Uğraması veya Yaptırıma Tabi Tutulması.....	151
2. Tahrik Fiilinin Bağışlanması ya da Haksızlığın Telafi Edilmeye Çalışılması.....	155
3. Ceza Bağışıklığına Sahip Kimselerin Fiillerinin Haksız Sayılıp Sayılamayacağı.....	159
IV. FAİLDE HİDDET VEYA ŞİDDETLİ ELEM MEYDANA GELMELİDİR.....	161
A. GENEL OLARAK.....	161
B. HİDDET VE ŞİDDETLİ ELEM.....	162

C. HİDDET VE ELEMİN TESPİTİ.....	166
V. FAİL BİR TEPKİ SUÇU İŞLEMİŞ OLMALIDIR.....	169
A. TEPKİ SUÇUNUN VARLIĞI VE NİTELİĞİ	169
B. TEPKİ FİİLİNİN HEDEFİ	171
1. Tepkinin Tahrik Fiilinin Failine Karşı İşlenmesi Koşulu ve İstisnası	171
2. Tepki Fiilinin Hata veya Sapma Nedeniyle Üçüncü Kişiye Karşı İşlenmesi.....	177
3. Tahrik Fiilinin Birden Fazla Kişi Tarafından İşlenmesi veya Failin Tepki Suçuyla Birden Fazla Kişiye Ait Menfaate Zarar Vermesi İhtimalleri.....	183
C. TEPKİ FİİLİNİN ZAMANI.....	184
VI. TAHRİK FİİLİYLE İŞLENEN SUÇ ARASINDA NEDENSELLİK BAĞI VE ORAN SORUNU	189
A. GENEL OLARAK.....	189
B. TAHRİK FİİLİ İLE TEPKİ SUÇU ARASINDA ORAN BULUNMASI GEREKİP GEREKMEDİĞİ SORUNU.....	193

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI, HAKSIZ TAHRİK KURUMUNUN SUÇ GENEL TEORİSİNİN BAZI KAVRAMLARIYLA VE SUÇ TİPLERİYLE İLİŞKİSİ VE ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

I. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NA GÖRE HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI..... 197

- A. GENEL OLARAK..... 197
- B. SOMUT CEZANIN BELİRLENMESİ VE TAHRİKİN DERECESİNDE
HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN BULUNUP BULUNMADIĞI..... 198
 - 1. Somut Cezanın Belirlenmesi..... 198
 - 2. Tahrikin Derecesini Belirlemede Hakimin Takdir Yetkisi 204
- C. KARARLARIN GEREKÇELİ OLMASI..... 207
- D. HAKSIZ TAHRİKİN DENETİMİ 209
- E. TAZMİNAT DAVALARINDA HAKSIZ TAHRİK ETKİSİ..... 213

II. HAKSIZ TAHRİKİN SUÇ GENEL TEORİSİNİN BAZI KURUMLARIYLA İLİŞKİSİ 215

- A. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLERDEN AKIL HASTALIĞI VE YAŞ
KÜÇÜKLÜĞÜ İLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ 215

1. Haksız Tahrikin Yaş Küçüklüğü İle İlişkisi	215
2. Haksız Tahrik ile Akıl Hastalığı İlişkisi	220
B. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDEN MEŞRU SAVUNMA İLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ.....	224
1. Genel Olarak.....	224
2. Meşru Savunma İle Haksız Tahrik Arasındaki Mahiyet Farkı ve Bu İki Kurumun Birlikte Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	226
3. Meşru Savunmada Sınırın Aşılması Hali ile Haksız Tahrik İlişkisi	232
C. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER İLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ	236
1. Takdiri İndirim Nedenleriyle Haksız Tahrik İlişkisi.....	236
2. Tasarlama ve Haksız Tahrik İlişkisi	240
D. HAKSIZ TAHRİK VE İŞTİRAK İLİŞKİSİ.....	247
E. TÖRE VE KAN GÜTME SAIKLERİYLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ	254
1. Genel Olarak.....	254
2. Töre Saiki ve Haksız Tahrik.....	255
a. Töre ve Töre Saikiyle Öldürme.....	255
b. Töre Saikiyle İşlenen Öldürme Fiillerinde Haksız Tahrikin Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	265
3. Kan Gütme Saikiyle Kasten Öldürme ve Haksız Tahrik	275
a. Kan Gütme.....	275

b. Kan Gütme Sakiyle İşlenen Adam Öldürme Suçunda Haksız Tahrikin Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu	280
III. ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ.....	283
A. GENEL OLARAK.....	283
1. Hakaret Suçunun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi	287
a. Tahrike Neden Olan Haksız Fiil Olmalıdır	289
b. Failin Gerçekleştirdiği Tepki Fiili Hakaret Suçu Olmalıdır.....	292
c. Hakaret Suçu, Haksız Fiili Gerçekleştiren Kişiye Karşı İşlenmelidir ...	295
2. Hakaret Suçunun Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi	296
a. Kasten Yaralama Suçu İşlenmiş Olmalıdır	297
b. Fail Tepki Olarak Hakaret Suçunu İşlemelidir	299
c. Hakaret Suçu Kasten Yaralama Suçunu İşleyen Faili Hedef Almalıdır...	301
3. Hakaret Suçunun Karşılıklı Olarak İşlenmesi (TCK m. 129/3).....	303
a. Karşılıklı Olarak İşlenen Suçlar Hakaret Suçundan İbaret Olmalıdır....	306
b. İlk Hakaret Fiili Haksız Olmalıdır	309
c. Karşılıklı Olarak İşlenen Hakaret Fiilleri Arasında Nedensellik Bağı Bulunmalıdır.....	312
IV. ASKERİ CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK.....	316
A. GENEL OLARAK.....	316
B. HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI	317
1. Tahrik Teşkil Eden Haksız Bir Fiil Bulunmalıdır.....	318

2. Tahrik Fiili Failin Amiri veya Üstü Konumundaki Bir Kimse Tarafından İşlenmelidir	319
3. Fail, Tahrik Fiili Nedeniyle Hiddet veya Şiddetli Elem Etkisinde Olmalıdır.....	320
4. Fail Bir Tepki Suçu İşlemelidir	322
V. HAKSIZ TAHRİK İNDİRMİNİN MAĞDURUN KADIN OLDUĞU SUÇLARDA UYGULANMAMASI AMACIYLA TÜRK CEZA KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI GEREKTİĞİ TARTIŞMASI.....	323
SONUÇ	330
ÖZET.....	335
ABSTRACT	336
KAYNAKÇA	338

KISALTMALAR

ABD : Ankara Barosu Dergisi

AD. : Adalet Dergisi

As. AD. : Askeri Adalet Dergisi

As.CK. : Askeri Ceza Kanunu

AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

As.Yr. : Askeri Yargıtay

AYM. : Anayasa Mahkemesi

BK. : Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

CD. : Ceza Dairesi

CHD : Ceza Hukuku Dergisi

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunun

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DK. : Daireler Kurulu

dn. : dipnot

E. : Esas No

E.T. : Erişim Tarihi

EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
in.	: içinde
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İz.BD.	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar No
m.	: madde
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD.	: Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

İnsanın, gerçekleştirdiği fiilin neticelerinden sorumlu olduğu fikri, insanlık tarihi kadar eskidir.¹ İnsanlığın ilk dönemlerinde benimsenen objektif sorumluluk esası, modernleşmeyle birlikte yerini kusur sorumluluğuna bırakmış ve failin cezalandırılması için gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olması tek başına yeterli olduğu fikrinden vazgeçilmiştir. Bugün ceza hukuku, ceza kanunlarında ve diğer kanunlarda suç olarak düzenlenen, gerçekleştirilmesi durumunda yaptırım uygulanacağı belirtilen eylemler ve bu eylemlerin yaptırıma bağlanması sürecini inceler. Ceza hukukunun inceleme konuları arasında suç oluşturan hukuka aykırı fiilin yanında failin kişiliği de yer alır. Failin kişiliğinin dikkate alınması, çağdaş ceza hukukunun insanileştirici özelliğini özelliğinin kanıtıdır.²

Ceza hukukunun başlıca konusu olan “suç” olgusunun ne olduğu ve nedenleri uzun yıllardır araştırılmasına rağmen yakın zamana kadar bu araştırma çoğunlukla “fail” ve “suç fiili” üzerine yoğunlaşmış, “mağdur” kavramına ilişkin araştırmalara rastlanmamıştır.³ Viktimoloji biliminin ortaya çıkmasıyla birlikte “mağdurun suçun oluşumundaki rolü ve sorumluluğu” meselesi üzerinde durulmuş ve bu gelişmenin sonucunda, ceza kanunlarında mağdurun suçtaki rolünü dikkate alan düzenlemeler yer almıştır. Bu düzenlemelerin en bilineni haksız tahriktir.

¹ **DÖNMEZER, Sulhi**, Ceza Mesuliyetinin Esası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 7.

² **TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku-Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 15, 16.

³ **DURSUN, Selman**, “Mağdurun Suça Yol Açması”, İÜHFM, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 3,4.

Ceza kanunlarının kusur sorumluluğu ilkesinden hareketle failin içinde bulunduğu ruhsal duruma değer tanınmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan haksız tahrik, koşulları olduğu takdirde faile daha az ceza verilmesini sağlayan ve üzerinde derin tartışmaların yaşandığı kanuni bir indirim sebebidir. Haksız tahrikin kanuni düzenlemesinde tanımı yapılmayıp, konu öğreti ve Yargıtay kararlarına bırakıldığından, birden fazla haksız tahrik tanımı ortaya çıkmıştır. 5237 sayılı TCK m. 29’da düzenlenen haksız tahrik, genel olarak, failin suç işlemek gibi bir düşüncesi bulunmamasına rağmen, mağdurun gerçekleştirdiği haksız fiil nedeniyle hiddet veya şiddetli elem etkisinde kalarak, irade serbestisinin zarar görmesi ve dolayısıyla suç işlemesidir.

5237 sayılı TCK m. 29’da yer alan haksız tahrik düzenlemesinin, birkaç değişiklik dışında 765 sayılı TCK m. 51 düzenlemesi ile aynı olması, önceki kanun döneminde yapılan tartışmaların ve hatalı uygulamaların yürürlükteki kanun döneminde de sürdürülmesine neden olmuştur. Önceki kanun düzenlemesinde madde metninde yer alan, “*haksız tahrik*” ifadesi yerine “*haksız bir fiil*” ifadesi getirilmiş madde gerekçesinde, özellikle töre ve namus saikiyle akraba içi öldürmelerde fail lehine uygulanan haksız tahrik indiriminin önüne geçmek amacıyla bu ifade değişikliğinin yapıldığı belirtilmiştir. Ayrıca önceki kanundan farklı olarak, ağır/adi tahrik ayırımından vazgeçen kanun koyucu, tahrikin derecesini ve uygulanacak indirim oranının tespitini davaya bakan ve somut olayın özelliklerini en iyi bilen kimse olan hakimin takdirine bırakmıştır.

Haksız tahriki tez konusu olarak seçme nedenim; yargı kararlarının birçoğunda uygulanan veya uygulanması talep edilen haksız tahrikin, modern ceza hukukunun faile ve onun sübjektif durumuna verdiği değer yansıması olarak Türk ceza

hukukunun en önemli ve en tartışılan kurumlarından biri olmasıdır. Haksız tahrik konusunda öğretilerde yer alan tartışmaların yanında, son dönemde haksız tahrik hükmünün kaldırılması konusunda yürütülen tartışmalar, yargı kararlarında içtihat birliğinin oluşturulamaması ve hatalı kararlar verilmesi haksız tahrikin güncelliğini kaybetmeyen bir mesele olmasına neden olmuştur. Haksız tahrikin ceza hukukunun diğer kurumlarıyla karşılaştırmalı olarak ve tüm yönleriyle incelendiği tezimiz üç bölümden oluşmaktadır:

Çalışmanın ilk bölümünde, haksız tahrik kavramsal olarak açıklanmış, haksız tahrikin dayandığı hukuki ve psikolojik esasların neler olduğu konusu ayrıntılı olarak ele alınmış ve haksız tahrikin suç teorisi içinde nerede incelenmesi gerektiği meselesi üzerinde durulmuştur. Yine birinci bölümde, haksız tahrikin genel kural oluşu, tarihi süreç içindeki gelişimi incelenerek, 5237 sayılı TCK'da nasıl düzenlendiği önceki kanun düzenlemesiyle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde haksız tahrikin şartları öğretilerde yer alan tartışmalar çerçevesinde Yargıtay kararlarıyla birlikte detaylı olarak incelenmiştir.

Çalışmanın son bölümünü oluşturan üçüncü bölümde, haksız tahrik uygulamasına yer verilerek, hakimin uygulamada nasıl bir yol izlemesi gerektiği ve haksız tahrikin tazminat davalarına etkisi ele alınmıştır. Ayrıca, bu bölümde, haksız tahrik, ceza hukukunun başka kurumlarıyla karşılaştırılmış ve bu kurumlarla bir arada bulunup bulunamayacağı değerlendirilmiştir. Yine bu bölümde haksız tahrikin genel kural oluşuna istisna teşkil eden, hakaret suçlarına ilişkin özel haksız tahrik hali ve Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan haksız tahrik düzenlemesine yer verilmiş ve haksız

tahrikin kadınlara yönelik işlenen suçlarda uygulanmasının önüne geçmek amacıyla kanunda değışiklik yapılmasının gerekip gerekmediğı tartışmasına yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI, HAKSIZ TAHRİKİN PSİKOLOJİK VE HUKUKİ ESASI VE TARİHSEL SÜREÇ

I. HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI

A. TAHRİK KAVRAMI

Toplumda geçerli hukuk düzenini sağlayan kuralların bir kısmı olan ceza hukuku, hukuk kurallarıyla içerik ve nitelik bakımından kişilerin sahip oldukları güçleri, ilişkileri ve gerçekleştirmeyi istedikleri fiilleri sınırlandıran bir yapıdır.⁴ Bu sınırlamaya uyulmaması halinde cezalandırıcı bir özellik gösteren ceza hukuku, cezalandırma işlevini yerine getirirken hukuka aykırı fiilin yanında, failin kişiliğini ve faili suç işlemeye sevk eden nedenleri de göz önüne almıştır.⁵ Bu nedenlerden biri de haksız tahriktir. Ceza kuralları insanın gerçekleştirdiği fiillerin kaynağı olan insan ruhunu ve insanın kişiliğini göz önüne alarak, haksız bir hareketin failde ve onun psikolojisinde tepki meydana getireceğini göz önünde bulundurmuş ve failin bu durumunu değerlendirmiştir.⁶ Bu değerlendirme neticesinde, bireyin sahip olduğu

⁴ **ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 1.

⁵ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 16.

⁶ **DEMİRBAŞ**, Timur, “TCK Öntasarısının Haksız Tahrik ve Özel Haksız Tahrik Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi” İz. BD, Y. 6, S. 4, Ekim 1987, s. 11.

irade özgürlüğünün nispi olduğunu kabul eden ceza kanunları, bireyin iradesini önemli derecede etkileyen fakat ortadan kaldırmayan bazı dış etkenlerin failin cezasını hafifletmeye yarayan nedenler olarak kabul etmiştir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve hakkında çok sayıda hatalı kararın bulunduğu haksız tahrik, bireyin iradesini etkileyen dış etkenlerin en önemlilerinden biridir.⁷ Ancak tanım sorunu da dahil olmak üzere haksız tahrik kurumuna ilişkin sürdürülen çok sayıda tartışma bulunmaktadır.

"Tahrik" Arapça kökenli bir kelimedir ve genel anlamda *"kımdatma, kımdatılma, oynatma, harekete geçirme, yola çıkartma, hareket ettirme, bir kimseyi kötü bir iş yapması için ileri sürme, etki yapma, yoldan çıkarma, kışkırtma"*⁸ gibi anlamlar taşır. Tahrikin genel anlamının yanında hukuki ve özel olarak ceza hukukuna ilişkin iki anlamı daha bulunmaktadır.⁹

Tahrikin, hukuki anlamda, bir fiille, olayla ya da bu ikisini meydana getiren kişilerle ilişkisi göz önüne alındığında, *"kişinin belirli bir duruma itilmesi ya da bu durumu gerçekleştirmeye isteklendirilmesi, kişinin iradesi üzerinde, var olan bir durumun devam ettirilmesi amacıyla etkide bulunulması veya kişinin iradesinin belirli bir yöne itilmesi"*¹⁰ şeklinde tanımlı yapılabilir. Bu tanıma göre; kişinin gerçekte suç

⁷ **KÖNİ**, Ekrem, "Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik", İBD, S. 3, Mart 1938, s. 203.

⁸ **DEVELİOĞLU**, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat (Eski ve Yeni Harflerle), Aydın Yayınevi, Ankara, 1968, s. 757; **ERMİŞ**, Hamza, Arapça'dan Türkçeleşmiş Kelimeler Sözlüğü, Ensar Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 621; Türkçe Sözlük (Yayınlayan: Türk Dil Kurumu) Ankara, 1998, s. 763; **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 655.

⁹ **DURAN**, Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 3.

¹⁰ **BAYRAKTAR**, Köksal, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 3, 4.

işlemek gibi bir isteği bulunmamasına rağmen, dıştan gelen bu yönde bir baskı neticesinde iradesi zarar görmekte ve suç işlemeye itilmektedir.¹¹

Ceza hukukunda tahrik, iki farklı anlama sahiptir. Bunlardan ilki, *"Bir kimsenin suç işlemeye yöneltilmesi, teşvik edilmesi veya bu amaçla harekete geçirilmesi, belli bir davranışın gerçekleştirilmesi için iradesinin zorlanması"*¹² şeklinde suç işlemeye tahrik fiiline; diğeri ise *"faili suç işlemeye iten, onu suç yoluna yönelten, deyim yerindeyse suç işlemeye zorlayan durum ve şartlar"*¹³ olarak haksız tahrik kavramına karşılık gelir.

Bir kısım Yargıtay kararlarında, TCK'nın tercih ettiği ve çoğunluğun kullandığı *"haksız tahrik"* ifadesi yerine *"kışkırtma"* ifadesine yer verilmiştir.¹⁴ Öğretide bu ifadenin kullanılma nedeni, Türkçe'nin yabancı kelimelerden arındırılma çabası olarak açıklanmıştır.¹⁵

¹¹ **EKERBİÇER**, Dilaver, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 5.

¹² BAYRAKTAR, s. 4; **YARSUVAT**, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 160.

¹³ **DEMİR**, Ali, *"Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması"*, AD, S. 2, Mart-Nisan 1986, s. 44.

¹⁴ "...Katılanın, yanında çalışan sanığın kız kardeşi ...'e cinsel tacizde bulunduğu iddia edilmesi karşısında, bu sebeple haksız kışkırtma hükümlerinin uygulanması düşünülebilirse de, hak ve nesafet kurallarına uygun olacak şekilde makul bir oranda indirim yapılması gerekirken, yazılı şekilde 3/4 oranında indirim yapılarak eksik ceza tayin edilmesi..." **Yargıtay 6. CD'nin** 17.3.2016 tarih, 2013/30215 E., 2016/2017 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6cd-2013-30215.htm&kw=haks%C4%B1z+k%C4%B1%C5%9Fk%C4%B1rtma#fm>, E.T. 29.08.2016.

¹⁵ **KAYA**, Fahrettin, *"Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik"*, AD, S. 40, 2011, s. 92. Öğretide bazı yazarlar, tahrik kelimesinin uzun yıllardır kullanılması ve dile yerleşmesine rağmen, Türk dilinin zenginleşmesi ve ayrıca öz Türkçeleştirilmesi için Arapça kökenli bir kelime yerine *"kışkırtma"* kelimesinin kullanılması taraftarıdır. **AKTAŞ**, Yusuf, Tahrik Taammüt ve Cezanın Kurulması, Fon Matbaası, Ankara, 1976, s. 110; **TUTUMLU**, Mehmet Akif, Türk

B. HAKSIZ TAHRİK

Failin suç yoluna girmesine neden olan ve mağdurdan kaynaklanan tahrik fiili, failin iradesine hakim olmasını engellediğinden, onun diğer faillerden farklı muameleye tutulmasını gerektirir.¹⁶ Zira, haksız tahrik nedeniyle failin cezasından indirim yapılmasının insan iradesinin zayıflığına tanınan bir imtiyaz olduğu kabul edilmektedir.¹⁷ İnsan davranışlarını irdeleyen ceza hukuku, failin suç işlerken içinde bulunduğu ruh haline ve sahip olduğu psikolojik özelliklere önem atfederek bahsedilen durumlara hukuki değer tanımış ve haksız tahrik kurumunu kabul etmiştir.¹⁸

Haksız tahrik, TCK m. 29' da düzenlenmiş ve 765 sayılı TCK'ya kaynaklık eden 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun (İCK.) aksine,¹⁹ madde metninde haksız tahrik kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.²⁰ Bu sebeple, öğretide ve Yargıtay kararlarında, haksız tahrike ilişkin

Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik-Genel ve Özel Hükümler, Adil Yayınevi, Ankara, 1999, s. 18.

¹⁶ DEMİRBAŞ, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının Haksız Tahrik ve Özel Haksız Tahrik Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi, s.11.

¹⁷ **BRADFIELD**, Rebecca, “*Domestic Homicide and the Defence of Provocation: A Tasmanian Perspective on the Jealous Husband and Battered Wife*”, University of Tasmanian Law Review, Vol. 19, No. 1, 2000, s. 5.

¹⁸ **AYDIN**, Devrim, Haksız Tahrik, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s. 4.

¹⁹ 1930 tarihli İCK., genel hafifletici nedenler arasında yer verdiği haksız tahriki m. 62/2'de “başkasının haksız fiilinden doğan hiddet ve tehevvür halinde hareket etmiş olmak” şeklinde tanımlamıştır. DURAN, s. 31.

²⁰ TCK m. 29; “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla

birden fazla tanım bulunmaktadır. Bu tanımlardan bir kısmı haksız tahrikin koşullarına önem verirken bir kısmı kurumun esasına değinmektedir. Bir görüşe göre haksız tahrik; *"failin, haksız bir fiilin meydana getirdiği gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesi"*²¹ veya *"kendisine karşı haksız bir fiil işlemek suretiyle bir kimseyi suç işlemeye yöneltmek"*²² şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlarda tahrikin haksız bir fiil sonucu oluşabileceği belirtilerek haksız tahrik kurumunun temel unsuru sayılan haksız fiil vurgulanmıştır.

Bir diğer görüş haksız tahrikin psikolojik yönüne vurgu yapmış ve haksız tahriki, *"insan psikolojisinde bir buhran haline hukuki neticeler bağlanması"*,²³ *"failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesi"*,²⁴ *"kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalarak bir suç işlemesi"*²⁵ gibi ifadelerle tanımlamıştır.

ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezasın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

²¹ **DÖNMEZER**, Sulhi /**ERMAN**, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Umumi Kısım, C. II, B. 7, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 421; **BARDAK**, Cengiz, *"Haksız Tahrik Üzerine bir İnceleme"*, AD, S. 1, Ocak-Şubat 1988, s. 42.

²² **TANER**, Tahir, Ceza Hukuku Umumî Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 441.

²³ **EREM**, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi-Genel Hükümler, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 416; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 264.

²⁴ **DEMİRBAŞ**, Timur, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s. 13.

²⁵ **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 291.

Bir başka tanıma göre haksız tahrik; *"bir kimsenin dıştan gelen haksız eylemler sonucu kışkırtılarak suç işlemesi"*²⁶ dir. Bu tanımda tahrik fiilinin dış kaynaklı olma özelliğine dikkat çekilmiştir. Son bir tanıma göre haksız tahrik, *"kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalma"*²⁷ şeklinde tanımlanarak, haksız tahrikin kişinin iradesine etki eden bir durum olduğu vurgulanmıştır.

Haksız tahrik uygulamasının denetleyicisi olan Yargıtay, kararlarının bazılarında haksız tahrik tanımına yer vermiştir. Bu tanımlar bir arada değerlendirildiğinde, genel olarak: *"Tahrik, Ceza Hukuku bakımından, bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir"*²⁸ ifadeleriyle, Yargıtay, öğretide yer alan tanımları birleştirme yoluna gitmiştir. Ancak bu tanımda, bahsi geçen tahrik, haksız tahrikten ziyade TCK m. 214'te düzenlenen suç işlemeye tahriktir. Bu açıdan YCGK'nın, 31.10.1994 tarihinde verdiği

²⁶ TUTUMLU, s. 19; TOROSLU, Genel Kısım, s. 264.

²⁷ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 413; İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU- AKINCI, Füsun / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih / ÜNVER, Yener, Suç Teorisi, (İÇEL vd., Suç Teorisi), Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 283.

²⁸ Yargıtay CGK'nın, 19.11.1990 tarih, 1990/1-254 E., 1990/277 K. sayılı kararı. Bkz. TUTUMLU, s. 19.

karar daha yerinde bir tanım içerir.²⁹ Buna göre; *"Haksız tahrik, failin, haksız bir fiilin doğurduğu gazap veya elemnin etkisi altında hareket ederek, bir suç işlemesidir."*³⁰ Yine yakın zamanda verilen bir YCGK kararında; *"Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder ki, bu durumda fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışardan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir."*³¹ şeklinde, haksız tahrik kurumunun suç işlemeye tahrik ya da azmettirme gibi kurumlardan farklı olduğu ifade edilmiştir.³²

Tüm bu tanımlardan yola çıkarak haksız tahrik; failin, önceden suç işleme yönünde bir karar vermeksizin, dıştan gelen haksız bir fiilin bünyesinde yarattığı hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında bir tepki suçu işlemesi ve bu tepki suçu neticesinde cezasının bir miktar indirilmesidir.³³ Haksız tahrik kurumunda esas olan, mağdurun, suçun failine yönelik ve kışkırtıcı nitelik taşıyan hareketleri nedeniyle failin öfke veya şiddetli üzüntü hissederek bir tepki suçu işlemesidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta failin etkisinde kalarak suç işlemeye yöneldiği hiddet veya şiddetli

²⁹ **HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 17, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 409; **EKERBİÇER**, s. 13.

³⁰ **Yargıtay CGK'nın** 31.10.1994 tarih, 1994/1-225 E., 1994/250 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1994-1-225.htm&kw=31.10.1994#fm>, E. T. 01.18.2016.

³¹ **Yargıtay CGK'nın** 28.05.2013 tarih, 2013/3-22 E., 2013/270 K. sayılı kararı. Bkz. **PARLAR**, Ali, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 226.

³² **EKERBİÇER**, s. 14.

³³ **YALÇIN SANCAR**, Türkân, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 215.

üzüntünün failin iç dünyasından değil suçun mağdurundan kaynaklanmış olması gerektiğidir.³⁴

II. HAKSIZ TAHRİKİN BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

A. HAKSIZ TAHRİK VE SUÇA TEŞVİK

Haksız tahrikin en çok karıştırıldığı kavramlardan biri suça teşvik, yani suça yöneltme kavramıdır. Sosyal bir varlık olan ve diğer insanlardan etkilenme gibi bir özelliğe sahip olan insanın suç yoluna girmesinde "*biyolojik, psikolojik, fizyolojik, sosyal, kültürel, çevresel, siyasi ve ekonomik* " vb. nedenlerin etkisi kuşkusuz büyüktür.³⁵ Kişinin suç işlemeye yönelmesi oldukça karmaşık bir süreçtir ve bu sürecin çeşitli terimlerle ifade edildiği görülür. Bu terimlerden birini oluşturan teşvik, esasında iştirak şekillerinden biridir ve bu kavram TCK m. 39'da "*Yardım etme*" başlığı altında düzenlenmiştir.

Suç işlemeye teşvik kısaca, suç işleme niyeti bulunan fakat henüz kesin olarak karar vermemiş bir kimsenin bu suçu işlemesi konusunda üçüncü bir kişi tarafından cesaretlendirilmesidir.³⁶ Fail, belli bir suçu işleme konusunda kararsızlık yaşamayı sürdürürken, failin suç işleme fikri teşvik eden kişi tarafından onaylanmakta, desteklenmekte ve böylece düşünme aşamasından karar aşamasına geçişi

³⁴ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 7.

³⁵ BAYRAKTAR, s. 10.

³⁶ AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 185.

sağlanmaktadır.³⁷ Suç işlemeye teşvikte, teşvik eden kişinin karşısındaki şahsın belli bir suçu işlemeye karar vermesini sağlama amacı vardır; bu amaç, failde daha önce var olan suç işleme niyeti desteklenerek gerçekleştirilir. Teşvik eden ve suçu işleyen kişilerin iradeleri suçun işlenmesi yönünde birleşir.³⁸ Böylece, failde zaten mevcut olan suç işleme düşüncesi teşvik eden tarafından desteklenerek, failin kararsızlığı yok edilmektedir.³⁹ Ancak haksız tahrikte böyle bir durum söz konusu değildir. Haksız tahrikte, fail, haksız tahrike neden olan haksız fiil sonrasında suç işlemeye karar vermektedir. Dolayısıyla, haksız tahrikte, fail tahrik fiilinden önce suç işlemek gibi bir niyet taşımaz. Ayrıca, haksız tahrikin mevcut olduğu durumlarda tahrik eden, failde belli bir suç işleme düşüncesi uyandırma amacı da yoktur. Tahrik eden tahrik etme kastını taşımasa bile gerçekleştirdiği haksız fiille failin tahrik olmasına ve böylece suçu işlemesine sebep olur. Burada tahrik edenle failin iradeleri suç işleme yönünde birleşmemektedir. Dolayısıyla haksız tahrikte, tahrik edenin böyle bir niyeti olmasa da, haksız fiiliyle suçun işlenmesine sebebiyet verir.⁴⁰

³⁷ **EVİK**, Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 224.

³⁸ **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 8, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 481.

³⁹ **EVİK**, s. 225.

⁴⁰ **AYDIN**, Devrim, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, s. 233.

B. HAKSIZ TAHRİK VE AZMETTİRME

Haksız tahrik kavramıyla karıştırılan kavramlardan diğeri azmettirmedir. Teşvik gibi, suça iştirak şekillerinden biri olan azmettirmede, suç işleme amacı taşımayan faile suç işleme kararını verdirmek; yani suçun ilk ve etkili psikik nedenini failin iradesinde meydana getirmek söz konusudur.⁴¹ Suç işlemeye azmettirmede, suç işlemeye teşvikte olduğu gibi, failin suç işlemek yönünde bir düşüncesi yoktur. Burada azmettirilen kişi daha önce suç işleme yönünde hiçbir niyet taşımamasına karşın azmettiren kişi tarafından suç işlemesi yönündeki telkinleriyle suç işlemeye ikna edilmektedir.⁴² Dolayısıyla suçun sebebi, suç işleme niyeti, azmettiren kişiden kaynaklanır.⁴³ Teşvik halinde olduğu gibi azmettirme durumunda da azmettiren kişiyle, suçu işleyen kişinin iradeleri suç işleme yönünde uyushmaktadır. Ancak haksız tahrikte böyle bir uyushma söz konusu olmaz, zira tahrik edilen, tahrik eden kişiye karşı bir suç işlediğinden, bu kişiler birbirleriyle karşı karşıya bulunmaktadırlar.⁴⁴

⁴¹ TOROSLU, Genel Kısım, s. 326.

⁴² EVİK, s. 224.

⁴³ EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler, C. I, B. 13, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 413.

⁴⁴ KANGAL, Zeynel, "Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik", EÜHFD, C. 14, S. 3-4, 2010, s. 20.

C. HAKSIZ TAHİRİK VE SUÇ İŞLEMeye TAHİRİK

TCK m. 214'de düzenlenen⁴⁵ suç işlemeye tahrik kurumu, haksız tahrikle sıkça birbirine karıştırılan, ancak esasında tamamen farklı iki kurumdur. Suç işlemeye tahrikte, bir suçu üçüncü bir şahsa işletebilmek için bu kişide, tahrik eden kimse tarafından, suç işleme iradesi yaratılmakta veya zaten var olan niyet kuvvetlendirilmektedir.⁴⁶ Burada, belirsiz kişilere ya da bir yığına bir suçun işlenmesi için maddi bir faaliyetle (söz yazı, resim vb.) açık bir psikolojik baskı uygulanmaktadır.⁴⁷ Yani, tahrik eden hareketini alenen, bir suçun işlenmesi amacıyla bir irade oluşturmak amacıyla meydana getirmekte; şayet böyle bir irade meydana gelirse, tahrik edilen kişileri ya da yığını suça iterek, diğer kişilere karşı suç işlemelerini sağlamaktadır. Dolayısıyla suç işlemeye tahrikte haksız tahrikte olduğu gibi tahrik edenle tahrik edilen arasında kişisel bir bağlantı yoktur. Suç işlemeye tahrik eden kişi belli bir topluluğa hitap ederken bu topluluktan birilerinin suç işlemesini istemekte fakat bu kişinin kim olduğunu bilmemektedir veya tahmin edememektedir. Ayrıca madde metnindeki düzenlemeye göre, suç işlemeye tahrik eden kişi, tahrike

⁴⁵ TCK m. 214; (1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silâhlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, onbeş yıldan yirmidört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi hâlinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.

⁴⁶ BAYRAKTAR, s. 19.

⁴⁷ CİHAN, Erol, "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu", İÜHFM, C. XL, S. 1-4, s. 121.

konu olan suçların işlenmesi halinde azmettiren sıfatıyla sorumlu olmaktadır.⁴⁸ Haksız tahrikte ise, tahrik eden kişinin, suç işlenmesi gibi belli bir amacının olmamasının yanında, tahrik edilen kişinin suç işleyeceğini de çoğu zaman öngörmez. Yani haksız tahrikte tahrik eden kişinin kastı sadece tahrik fiilinin gerçekleşmesine yönelik olduğu için failin suç işleyeceğini bilmez ve doğal olarak istemezken; suç işlemeye tahrikte, tahrik eden, tahrik ettiği kişinin bir suç işleyeceğini bilir ve bu amaçla tahrik fiilini gerçekleştirir.

Bu iki kurum arasındaki bir diğer önemli fark; haksız tahrik durumunda işlenen suç tahrik edene yönelik olmalıdır. Haksız tahrikte, suç işlemeye tahrik kurumunda olduğu gibi, tahrik edenin iradesiyle tahrik edilen kişinin/ kişilerin iradesinin bir kimse veya bir topluluk aleyhine suç işleme konusunda uyuşması gibi bir durum söz konusu olmaz.⁴⁹

⁴⁸ TCK m. 214/3 *"Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır."*

⁴⁹ DURAN, s. 6; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 8.

III. HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ

A. CEZA HUKUKU DÖNEMLERİ

1. İlk ve Orta Zamanlar Ceza Hukuku

a. İlkel Topluluklar

İlkel ceza hukuku döneminde, ceza hukuku bugünkü anlamıyla devlet ceza hukuku şeklinden uzak, ilkel bir nitelik taşımaktaydı. Bu dönemden anlaşılması gereken eski Yunan ve Roma hukuku değildir,⁵⁰ zira henüz “devlet” fikri ortaya çıkmadan önce de, insanlar gerçekleştirdikleri fiillerden sorumlu tutulmaktaydı. Bu dönem, çoğunlukla yazılı olmayan kaynaklardan ve sosyolojik çalışmalardan bilgi sahibi olunan bir dönemdir.⁵¹

İlkel ceza hukuku döneminde henüz bir devlet kavramından bahsedilemediği için; insanlar aile, kabile, aşiret şeklinde yaşamlarını sürdürmüşler ve bu toplulukların belirlediği kurallar çerçevesinde cezalandırılmışlardır.⁵² Bu dönemde suç kavramı günümüzdekinden farklı anlaşılmış ve sadece aile, aşiret veya kabileye karşı saldırı bu kapsamda değerlendirilmiştir; kişilere veya mala karşı yapılan saldırılar haksız fiil

⁵⁰ YALÇIN SANCAR, Türkân/KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 19.

⁵¹ DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım, C. I, B.10, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 39.

⁵² YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 19.

olarak kabul edilmiştir.⁵³ İlkel ceza hukuku döneminde sorumluluk kolektif olmuş ve ayrıca suçun bu niteliğinden dolayı, işlenen suça yaptırım uygulamaya muktedir devlet veya benzeri bir güç bulunmadığından "*şahsi öç*" yöntemi ortaya çıkmış ve zamanla bu yöntem bir görev addedilmiştir.⁵⁴ Aynı aile, kabile veya aşirete ait kişilerin birbirlerine karşı suç işlemeleri durumunda ise mensup olunan topluluğun reisi keyfi olarak cezalandırma yetkisini kullanmıştır.⁵⁵

İlkel ceza hukuku döneminde, toplum yaşamını düzenleyen hukuk kuralları henüz var olmadığından, bu dönemde toplum düzenini ihlal eden her türlü davranış, kast, taksir ve hatta kaza veya tesadüf ayrımı yapılmaksızın, ceza sorumluluğu açısından eşit kabul edilmiş ve yasaklanan davranışı yapan fail cezalandırılmıştır.⁵⁶ Bu dönemde netice sorumluluğu yeterli görüldüğünden kusur aranmamış, mevcut bir zararın varlığı cezalandırma açısından yeterli sayılmıştır.⁵⁷ Ayrıca bu dönemde benimsenen ceza politikası kusuru dikkate almadığından failin kişiliği, suça etki eden veya failin kusurunu azaltan sebepler de göz ardı edilmiştir.⁵⁸ Bu nedenle, bahsedilen

⁵³ **ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 27.

⁵⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 42; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 27.

⁵⁵ YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 19; DÖNMEZER /ERMAN, C. I, s. 40.

⁵⁶ **İÇEL, Kayıhan**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 32.

⁵⁷ DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 45.

⁵⁸ **BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 35.

dönemde kusur sorumluluğundan söz etmek mümkün olmadığı için, haksız tahrikin de söz konusu olamayacağı açıktır.⁵⁹

b. Hammurabi, Manu ve İbrani Kanunları

Ancak daha sonra, yapıldığı zamana göre ileri bir düzenlemeyi içeren Hammurabi Kanunlarında, cezalandırmada kusur esasına dayalı sorumluluğun işareti sayılabilecek taksir sorumluluğu hükümlerine yer verilmiş⁶⁰ ve ayrıca "*kıyas yöntemi*" kabul edilerek⁶¹ suçlunun suç kurbanına teslimiyle kolektif sorumluluk yerine ceza hukukunda önemli bir gelişme sayılan kişisel sorumluluk anlayışının temelleri atılmıştır.⁶² Ancak Hammurabi Kanunlarında da kusur sorumluluğundan bahsedilmemiş, netice sorumluluğu esas alınmıştır.⁶³

Eski Hint'te, suç; iradi olan ve iradi olmayan suçlar şeklinde ayrıma tabi tutulurken, Manu kanunlarında, suçun sübjektif unsuru önem kazanmış, cezalandırma için kast ve taksir şeklinde kusurun varlığı aranarak netice sorumluluğu devre dışı

⁵⁹ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 14.

⁶⁰ OKANDAN, Recai, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951, s. 143; İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 32.

⁶¹ OKANDAN, s. 186, 187; EKERBİÇER, s. 41.

⁶² YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 20.

⁶³ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 15.

bırakılmıştır.⁶⁴ Bunun yanında Manu kanunlarında haksız tahrik söz konusu olmasa da ona yakın sayılabilecek meşru savunma kurumuna yer verilmiştir.⁶⁵

İbrani hukukunda, bu hukuka kaynaklık eden kutsal kitap Tevrat'a göre, kasten işlenmesi kaydıyla adam öldürmenin cezası ölümdür.⁶⁶ İbrani hukukunda, failin fiilinden sorumlu tutulabilmesi için kasıtlı olması aranmışsa da, taksirle, kaza veya tesadüf sonucu işlediği suçlar iradi olmayan suçlar olarak kabul edilmiş ve cezalandırılmıştır.⁶⁷

Hammurabi, Manu ve İbrani kanunları dönemi, genel olarak sübjektif sorumluluğun ve kusurluluk anlayışının ortaya çıkmaya başladığı dönem sayılsa da, bu dönemdeki kanunlarda, haksız tahrikin varlığı hususunda bir bilgiye henüz ulaşamamıştır.⁶⁸

⁶⁴ İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 34, 35.

⁶⁵ OKANDAN, s. 70; DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 15; ÇAM, Onur, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 11.

⁶⁶ OKANDAN, s. 186, 187.

⁶⁷ İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 32.

⁶⁸ DEMİRBAŞ, Timur, Haksız Tahrik, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 23.

c. Eski Yunan Ceza Hukuku

Eski Yunan hukukunda ilk dönemlerde kolektif sorumluluğa ilişkin esaslar benimsenmiş olsa da,⁶⁹ demokratik gelişmenin bir sonucu olarak bu durum değişmiş ve cezaların şahsiliği ilkesi benimsenmiştir.⁷⁰ Eski Yunan hukukunun, ceza hukukuna kattığı gelişmelerden biri, iradi fiillerle iradi olmayanları birbirinden ayırarak failin kastının cezalandırmaya etkisini göz önünde bulundurması olmuştur.⁷¹ Bu hukukun haksız tahrik açısından önemi ise; ceza kanunlarında cezayı ağırlaştıran veya hafifleten unsurlara yer vermiş olmasıdır. Bu unsurların içinde haksız tahrik de yer almaktadır. Örnek vermek gerekirse; failin öfke hali içinde suç işlemesi cezayı azaltan genel bir nedendir. Yine karısını zina esnasında yakalayıp öldüren fail hakkında takibat yapılmayacağı düzenlenmiştir.⁷² Bu düzenlemeler Eski Yunan hukukunda haksız tahrik kavramı henüz mevcut olmadığından meşru savunma kurumu olarak değerlendirilmiş⁷³ olsa da esasında haksız tahrike ilişkin hususlardır.⁷⁴

⁶⁹ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 15; İZMİR, Gökalp, Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 18.

⁷⁰ OKANDAN; s. 291-293; EKERBİÇER, s. 42.

⁷¹ İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 36.

⁷² DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 15; OKANDAN, s. 291, 292; DURAN, s. 21.

⁷³ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 30; EKERBİÇER, s. 43.

⁷⁴ DURAN, s. 21.

d. Roma Hukuku

Ceza hukukunun tarihi gelişimi açısından önem taşıyan bir diğer hukuk, Roma hukukudur. Roma hukukunda ilk dönemlerde netice sorumluluğu ve şahsi sorumluluk kabul edilse de, krallık devrinde ve Cumhuriyet devrinin başlangıcında, kişiler aleyhine işlenen suçlarda, failin, mağdur veya kalınları tarafından cezalandırılması kabul edilmiştir.⁷⁵ Cumhuriyet devrinin sonlarına doğru ise, kusur, kast ve taksir kavramları ortaya çıkmış, toplumun mağdur edildiği gerekçesiyle, cezalandırma hakkı mağdur ve yakınlarından devlete geçmiştir.⁷⁶ Bu dönemde de diğer medeniyetlerde olduğu gibi haksız tahrik kurumuna açıkça yer verilmemekle birlikte failin tehevvür halinde adam öldürmesi haliyle, tasarlayarak adam öldürmesi arasında ayırım yapılmış ve failin hiddet halinde fiili işlemesi anlamına gelen tehevvür kavramı zamanla kastın kapsamı dışına çıkarak hafif cezalandırmayı sağlayan bir heyecan hali olarak kabul görmüştür. Bu tehevvür hali, zamanla gelişmiş ve özellikle zina durumunda yakalanan kişinin öldürülmesi olaylarında haksız tahrik halini almıştır.⁷⁷ Roma hukuku döneminde yaşanan bir diğer önemli gelişme de *Augustus Evlilik Kanunları* 'nda özel haksız tahrik haline yer verilmiştir. Buna göre, karısını veya kızını evinde zina halinde yakalayan fail, bu durumda, karısını veya kızını ve birlikte yakaladığı aşığını

⁷⁵ OKANDAN, s. 457.

⁷⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 24.

⁷⁷ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 16; TAŞDEMİR, Nezahat, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 13.

öldürdüğünde haklı üzüntü adı verilen cezayı hafifleten nedenden faydalanma imkanına sahipti.⁷⁸

Roma hukuku döneminde yaşanan gelişmelerden biri de, Roma ceza hukukunda hukuka aykırı her tür fiilin “*iniuria*” olarak tanımlanması ve karşılıklı hakaret suçları dışında, bilerek ve hukuka aykırı olarak bir kimseye zarar veren “*iniuria*”lara karşı failin tepki vermesinin bir hak olarak kabul edilmesidir.⁷⁹

2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi

Müşterek ceza hukuku döneminde, başlarda ilk ve orta dönem ceza hukukunun izleri görülmüş, fakat daha sonraki dönemlerde Roma hukuku ve Kilise hukukunun etkisiyle ceza hukuku sosyal bir kurum olmaktan çıkmış ve hukuki bir hale gelmiştir.⁸⁰

Müşterek ceza hukukunda, haksız tahrik kurumu henüz ortaya çıkmamakla birlikte,⁸¹ suçun subjektif yönüne ağırlık veren çalışmaların yapıldığı görülür. Bu dönemde İtalya'da intikama başvurmamak kaydıyla ve sadece kişinin kendisini

⁷⁸ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 30; AÇIKGÖZ, Mehmet, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 31.

⁷⁹ AÇIKGÖZ, s. 31.

⁸⁰ DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 46.

⁸¹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 30.

savunmasına izin vermek amacıyla "*karşılıklı tahkir*" hali meşru savunmanın sınırları içinde değerlendirilmiştir.⁸²

Müşterek ceza hukuku döneminde yapılan çalışmalar sonucu suçun subjektif esasına önem veren eserler ortaya çıkmıştır. Bunlardan en önemlisi 1530-1532'de Almanya'nın *Regensburg Meclisi* tarafından kabul edilen⁸³ ve Alman müşterek hukukuna yaklaşık üç yüz yıl kaynaklık eden *Carolina*'dır.⁸⁴ Esasında bir usul kanunu olan *Carolina Kanunu*'nun getirdiği haksız tahrike ilişkin en önemli gelişme, failin subjektif yönüne ilişkin çeşitli hükümler ihtiva etmesi ve bu hükümlerle hâkimin, faile ceza verip vermeme veya failin ruh halini ve kişilik özelliklerini göz önünde bulundurma konusunda geniş takdir hakkına sahip olmasıdır.⁸⁵ Yine bu kanunun 137. maddesinde "*heyecan halinde adam öldürme*" durumu düzenlenmiş ve bu hal, kasten öldürmenin nitelikli hallerinden ayrılmıştır.⁸⁶

Carolina ile kabul edilen önemli bir düzenleme de karşılıklı tahkir haline ilişkin özel haksız tahrik halidir. 17. Yüzyılda kabul edilen bir fıkre göre hakarete karşılıklı bulunmak meşru savunma hakkı kabul edilirken, Carolina ile bu hak kaldırılmış yerine, hakaretlerin aynı nitelikte, eşit ağırlıkta aynı yerde yapılması ve karşılığın failin

⁸² DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 16; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 31; AÇIKGÖZ, s. 31.

⁸³ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 31.

⁸⁴ İÇEL, Kayıhan /DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku-Genel Kısım, 1. Kitap, B. 3, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 45; DURAN, s. 24; TAŞDEMİR, s. 14.

⁸⁵ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 18; AÇIKGÖZ, s. 31.

⁸⁶ DAMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 18; ÇAM, s. 11; TAŞDEMİR, s. 14.

devam eden ruhi karışıklık neticesinde gerçekleştirilmiş olması şartıyla, hakime cezalandırmanın kaldırılması konusunda zorunlu bir görev olarak verilmiştir.⁸⁷

3. Yeni zamanlar Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemde öne çıkan düşünürlerden *Feurbach*, *Kant*'ın felsefi düşüncelerinin etkisinde kalarak "*psikolojik zorlama teorisi*"ni geliştirmiştir. Düşünür bu teoride, ceza hukukunda psikolojinin önemine işaret ederek; cezanın tayini bakımından failin kişiliği, suç işlediği sırada taşıdığı saiki, suçu işlediği sırada ya da sonrasında pişmanlık gösterip göstermediği veya suçunu itiraf edip etmediği gibi konuların göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemiştir.⁸⁸ Ayrıca *Fauerbach*, cezalandırmanın şahsileştirilmesi açısından oldukça önem taşıyan bu teorisinde haksız tahrik kurumuna da değinerek, ceza tehdidi altında suç fiilini gerçekleştirmekten kaçınan insanın tahrik nedeniyle psikolojik buhrana kapıldığı, bu durumda normal bir insan gibi sağlıklı düşünmesi mümkün olmadığı ve suç işleme kararını daha kolay verdiği gerekçesiyle bu durumdaki failin cezasının makul oranda indirilmesi gerektiğini savunmuştur.⁸⁹

1813 tarihinde kabul edilen *Baverya Ceza Kanunu*'nun, 152. maddesinde *Fauerbach*'ın ileri sürdüğü görüşlere paralel olarak "*tahrik üzerine adam öldürme hali*" düzenlenmiş ve bu düzenlemeye göre; fail, öldürülen kişinin yapmış olduğu ağır

⁸⁷ DURAN, s. 24.

⁸⁸ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 20; ABBAN, Hakan, Haksız Tahrik, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999, s. 8.

⁸⁹ DURAN, s. 25; EKERBİÇER, s. 46; DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 20; TAŞDEMİR, s. 14.

tahrik fiilleri nedeniyle öldürme suçunu işlerse cezasının azaltılacağı belirtilmiştir.⁹⁰

Ayrıca bu kanun, hâkime, karşılıklı tahkir durumunda taraflardan biri veya her ikisi için de cezanın niteliğini veya miktarını takdir edebilme ya da cezayı tamamen kaldırabilme yetkisi tanımıştır.⁹¹

Bu dönemden sonra yaşanan Çağdaş Ceza Hukuku döneminde, kusur sorumluluğu tamamen benimsenmiş olduğundan haksız tahrik kurumu da kanuni bir indirim nedeni olarak ceza kanunlarında yerini almıştır.⁹² Birçok Avrupa ülkesinin ceza kanunlarında, haksız tahrik genel hafifletici sebep olarak yer alırken, Alman ve Fransız Ceza Kanunları bu duruma istisna oluşturmuş ve özel haksız tahrik haline yer vermişlerdir.⁹³

⁹⁰ DURAN, s. 25.

⁹¹ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 20, 21; AÇIKGÖZ, s. 32; **KAYA**, Fahrettin, Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2010, s. 18.

⁹² ABBAN, s. 8; DÖNMEZER, Ceza Mesuliyetinin Esası, s. 17.

⁹³ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 21; İZMİR, s. 19.

B. TÜRK CEZA HUKUKU TARİHİNDE HAKSIZ TAHRİK

1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

a. İslamiyetten Önceki Dönem

Türklerin İslamiyet'i kabul etmeden önceki dönemde, kurdukları devletlerin hukuk sistemlerine ait çok detaylı bilgiler bulunmasa da,⁹⁴ bu devletlerin hem kamu hukuku hem de ceza hukuku sistemine sahip oldukları ve bu ceza hukukunun ilkel dönem ceza hukukuyla benzerlik gösterdiği bilinmektedir.

İslamiyetten önceki dönemde yaşayan Türk toplumlarında devletle halk arasındaki ilişkiler Türk gelenek-göreneklerine dayanan "*töre*" nin kuralları doğrultusunda düzenlenmekte ve ilk Türk devlerinde cezalandırma yetkisi devlete ait olduğundan bireylerin kendi aralarında cezalandırma yetkisi bulunmamaktaydı.⁹⁵

İslamiyetten önceki dönemde, Moğol ceza hukukunda, objektif sorumluluk yeterli sayılmış, failin kusuru aranmamıştır. Fakat bu dönemde, failin, normal zamanlarda işlediği adam öldürme suçuyla, sarhoş halde veya öfkeliyken ya da kavga esnasında işlediği adam öldürme suçu arasında ceza sorumluluğu bakımından farklar gözetilmiş ve ilk durumda fail çok daha ağır bir cezayla karşılaşmıştır. Yine Moğol ceza hukukunda, meşru savunma hali, cezalandırmayı önleyen bir neden sayılmıştır.⁹⁶

⁹⁴ DÖNMEZER/ ERMAN, C. I, s. 115.

⁹⁵ AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, İz Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 17.

⁹⁶ DURAN, s. 34.

b. İslamiyet Sonrası Dönem

İslamiyet'in kabulünden sonraki dönemde, İslam ceza hukuku kuralları Türk devletleri tarafından benimsenmiş ve uygulanan kanunlarda suçlar, İslam hukukundaki ayrıma uygun olarak cinayet ve yaralama gibi suçlar; hakk-ı ademiye karşı işlenen suçlar; zina, hırsızlık gibi suçlar; Allah'a karşı işlenen suçlar ve cezası hakimın takdirine bırakılan suçlar; taziren cezalandırılan suçlar şeklinde üçlü ayrıma tabi tutulmuştur.⁹⁷ İslam ceza hukuku, toplumun yapısını ilgilendiren suçlar (Allah'a karşı işlenen suçlar) hariç olmak üzere, diğer suç tiplerinde hakime failin kişiliğini, psikolojik durumunu, sahip olduğu ahlakı veya suça ilişkin içinde bulunduğu diğer şartları göz önünde bulundurup cezayı hafifletebilme yetkisi vererek,⁹⁸ cezaların şahsileşmesini mümkün kılmıştır. Hakim bu hususları dikkate alarak faile sadece öğüt vererek cezalandırmaktan vazgeçebileceği gibi, hapis, sürgün ya da dayak gibi ağır cezalara da karar verebilecektir.⁹⁹

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere İslam ceza hukukunda, haksız tahrik şeklinde bir kurum bulunmamasına rağmen, Allah'a karşı işlenen suçlar dışında, cezaların hesaplanmasında hakime takdir yetkisi verilen durumlarda hakim haksız tahrik halini göz önünde bulundurabileceği ve indirim nedeni sayabileceği yorumu

⁹⁷ ÜÇÖK, Coşkun, "Osmanlı Kararnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", AÜHFD, C. 4, S. 1-4, 1946, s. 48.

⁹⁸ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 22.

⁹⁹ İÇEL /DONAY, s. 56.

ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰ Yine, zina halinde yakalanan kişiyi öldürme durumu gibi günümüzde özel haksız tahrik hali sayılabilecek bu hal, meşru savunma sınırları içinde değerlendirilmiştir.¹⁰¹

Osmanlı ceza hukukunda haksız tahrik açısından önem taşıyan kısım, 1274 hicri tarihli, Ceza Kannunname-i Hümayun ile başlayan dönem olmuştur. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme edilen bu Kanun,¹⁰² içinde haksız tahrikle ilgili genel bir düzenleme barındırmamakla birlikte çeşitli maddelerinde özel haksız tahrik haline yer vermiştir.¹⁰³ Bu maddeler: *"Karısı veya yakın aile efradını zina sırasında yakalayan kişinin öldürme ve yaralama"* halini düzenleyen 188. madde; *"silah veya öldürücü fiillerin sebep olduğu"* halleri düzenleyen 189. madde¹⁰⁴ ve *"hakaret ve karşılıklı tahkir"* hallerini düzenleyen. 214. maddededir.¹⁰⁵

¹⁰⁰ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 22.

¹⁰¹ AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s. 182-185.

¹⁰² DÖNMEZER /ERMAN, C. I, s. 126.

¹⁰³ EKERBİÇER, s. 62; AÇIKGÖZ, s. 36.

¹⁰⁴ Bu madde 1274 tarihli kanunda *"Bilmukabele vuku' bulan katl ve cerh ve darp fiillerini irtikab eden kimse kezalik mazurdur"* şeklinde düzenlenmiş ve yine bu kanunun 190. maddesinde, 189. maddede sayılan hallerde cezanın hangi halde ne kadar indirileceği açıklanmıştır. 189. maddenin uygulanabilmesi için tahrik fiilinin silah veya öldürücü bir madde kullanılarak yapılması zorunlu kılınmış; söz veya işaretle yapılan fiiller kapsam dışına çıkarılmıştır. DURAN, s. 36.

¹⁰⁵ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 24.

2. Cumhuriyet Sonrası Dönemde Türk Ceza Kanunu Metinlerinde Haksız Tahrik Düzenlemeleri

Cumhuriyet dönemiyle birlikte İslam hukukunun esas alındığı şer'i hukuk dönemi sona ermiş¹⁰⁶ ve din kurallarından soyutlanmış bir hukuk dönemi başlamıştır. Cumhuriyet sonrası dönemde haksız tahrikle ilgili ilk düzenleme 13.03.1926 tarihli 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde yer almış ve bu düzenleme 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihine kadar çeşitli değişikliklere uğrayarak revize edilen bir hüküm olmuştur.

Cumhuriyet döneminde ceza hukuku da dahil olmak üzere pek çok alanda yenilikler yapılmış ve 1889 tarihli İtalyan *Zanardelli Kanunu* tercüme edilip 765 sayılı TCK şeklinde yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁷

İCK ve dolayısıyla 765 sayılı TCK'da ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayan ancak azaltan bazı nedenlere yer verilmiştir.¹⁰⁸ 765 sayılı TCK'da yer alan bu nedenlerden biri m. 51'de düzenlenen haksız tahriktir. Haksız tahrik maddesinin Resmi Gazete'de (RG) 13.03. 1926 tarihinde yayımlanan şekli şu şekildeydi;

"Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir cürüm işler ve bu cürüm idam ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim

¹⁰⁶ DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, Ankara, 2003 s. 32.

¹⁰⁷ TOROSLU, Genel Kısım, s. 23, 24.

¹⁰⁸ KÖNİ, s. 203; DURAN, s. 37.

bulunursa faili on iki seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde irtikap olunan fiilin cezası yarısına kadar indirilerek verilir.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa idam ve müebbet ağır hapis cezası yerine 7 seneden 12 seneye kadar ağır hapse konur.

Sair cezalar, ağır hapis ve müebbet hidematı ammeden memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir."¹⁰⁹

Bu düzenleme kaynak İCK'nın 51. maddesinden çeşitli farklılıklar barındırmıştır.¹¹⁰ Bu iki düzenleme arasındaki farklardan ilki, kaynak kanun düzenlemesinde "*bir kimse...bir fiili işlerse*" ifadesini kullanarak haksız tahrik, cürüm ve kabahatler bakımından kapsayıcı bir indirim nedeni olarak kabul edilirken TCK 51. maddede bu durum, "*bir kimse...bir cürüm işlerse..*" ifadesiyle sadece cürümler için indirim nedeni sayılmıştır.¹¹¹ Bu iki düzenleme arasındaki diğer fark, kaynak kanunda failin gazap veya elem hallerinden birinin etkisi altında suç işlemesi durumu haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için yeterli görülmemiş aynı zamanda "*gazap veya şiddetli elemin doğurduğu buhran halinde*" ifadesi kullanılarak bu iki heyecan halinin etkisi geçmeden suç işlenmesi şartı aranmıştır. Yani kaynak kanunda bir anlamda haksız tahrik kurumunu uygulanabilmesi için süre şartı getirilmişken; 765 sayılı

¹⁰⁹ TUTUMLU, s. 16-17.

¹¹⁰ Kaynak kanunun 51. madde düzenlemesi şu şekildeydi; "*Bir kimsenin haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse o suç için muayyen ceza müebbet ağır hapis olduğu takdirde yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde suçun cezası içte bir nispetinde azaltılır. Tahrik ağır olursa müebbet ağır hapis yerine on seneden yirmi seneye kadar adi hapis hükmolunur. Ve sair cezalar, ağır hapis yerine hapis ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet yerine muvakkat memnuiyet kaim olmak üzere yarıdan üçte ikiye kadar azaltılır.*" AÇIKGÖZ, s. 37.

¹¹¹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 36.

Kanun'un ilk düzenlemesinde failin tahrik fiilinden doğan buhran halinin etkisi altındayken suç işlemesi şartı aranmamıştır.¹¹²

765 sayılı Kanun'da 1936 tarihinde 3038 sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır.¹¹³ Bu değişiklik neticesinde 51. madde düzenlemesinin, "*Bir kimse... bir suç işler ve bu suç...*" ifadesiyle sadece cürümler için değil kabahat türündeki suçlar bakımından da uygulanma olanağı getirilmiş, ayrıca bu değişiklikle haksız tahrik durumunda uygulanan indirim oranları da azaltılmıştır.¹¹⁴

15.07.1953 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6123 sayılı kanunla haksız tahrik kurumu yeniden değişikliğe uğramıştır.¹¹⁵ 6123 sayılı kanunla 51. maddenin unsurlarına dokunulmamış sadece haksız tahrik neticesinde işlenen suça ilişkin indirim oranları azaltılmış ve maddenin önceki düzenlemesinde yer alan "*kamu hizmetlerinden*

¹¹² ÇAM, s. 21; AÇIKGÖZ, s. 38.

¹¹³ 3038 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra TCK 51. madde metni şu şekildedir; "*Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasına müstelzim bulunursa yirmidört sene ağır hapis cezasına ve müebbet hapis cezasına müstelzim bulunursa yirmi sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının üçte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ve müebbet ağır hapis cezası yerine 10 seneden 15 seneye kadar ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların, ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.*" TUTUMLU, s. 17.

¹¹⁴ EKERBİÇER, s. 64.

¹¹⁵ 6123 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu 51. madde metni şöyledir; "*Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler bu suç ölüm cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasına müstelzim bulunursa yirmidört sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli ölüm cezası yerine yirmidört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.*" KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 23.

ömür boyu yoksun kalmak" cezasının, *"geçici yoksun kalma"* cezasına dönüştürülmesi esası madde metninden tamamen kaldırılmıştır.

765 sayılı Kanun'un 51. maddesine ilişkin yapılan son değişiklik 2004 yılında 5218 sayılı Kanun'la olmuştur. Bu değişiklik öncekinde olduğu gibi haksız tahrik kurumunun unsurlarına ya da indirim oranlarına ilişkin olmamıştır. Ölüm cezasının Türk ceza hukukundan çıkarılması neticesinde madde metninde yer alan *"ölüm cezası"* ifadesi yerine *"ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası"* ifadesi getirilmiştir.¹¹⁶

26. 09. 2004 tarihinde TBMM tarafından 5237 sayılı Kanunla kabul edilen ve 12.10.2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan TCK, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve böylece 765 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmıştır. 5237 sayılı Kanun'da haksız tahrik kurumu *"Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler"* başlığı altında 29. maddede düzenlenmiştir.¹¹⁷ TCK'nın 29. maddesi ile getirilen değişikliklerden ilki, önceki kanunda düzenlenen ağır tahrik/ hafif (adi) tahrik ayrımının bu kanunda yer almamasıdır. 5237 sayılı Kanun, bu hususun takdirini yargılamayı yapan hâkime bırakmıştır. Mülga kanunla yürürlükteki kanun arasındaki bir diğer fark, 29. madde metninde, 51. madde metninde kullanılan *"haksız tahrikin..."*

¹¹⁶ 5218 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucu 51. madde metni şu şekildedir: *"Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmidört sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir. Tahrik ağır veya şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmidört sene ve müebbet hapis cezası yerine onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir."* KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 24.

¹¹⁷ 5237 sayılı TCK madde 29: *"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."*

ifadesi yerine "*haksız bir fiilin...*" ifadesi kullanılmıştır.¹¹⁸ İki kanun metni arasındaki değişikliklerden sonuncusu indirim oranlarına ilişkindir. Yeni kanun düzenlemesi failin lehine olmuştur.¹¹⁹

IV. HAKSIZ TAHRİKİN ESASI

A. GENEL OLARAK

Modern ceza hukukunda cezalandırma açısından önem arzedən, sadece failin işlediği suç fiili değildir. Ayrıca failin suç işleme anında içinde bulunduğu durum yani failin psikolojisi, onu suça iten nedenler, suç fiilinin işleniş zamanı, şekli ve hatta failin kişiliği de önem taşır.¹²⁰ Failin psikolojik durumunun ceza hukukunda dikkate alınan bir unsur olduğunun kanıtı sayılan haksız tahrik kurumuyla kanun koyucu, TCK m. 29'da "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse...*" ifadesiyle haksız tahrik altında suç işleyen kişinin cezasının azaltılacağını belirtmiştir. Bu madde ile faili suç işlemeye iten mağdurun haksız bir fiilinin neden olduğu hiddet ve eleme ceza hukuku açısından değer verildiği ve haksız tahrik kurumunun dayandığı esaslar açıklanmıştır. Madde metninde yer alan bu ifadeden; biri "*hiddet veya şiddetli elem*" halinin oluşturduğu sübjektif/psikolojik esas,

¹¹⁸ Bu ifade değişikliğinin nedeni madde gerekçesinde; "*Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle 'töre ve namus cinayeti' olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indirimin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.*" şeklinde açıklanmıştır.

¹¹⁹ AÇIKGÖZ, s. 44.

¹²⁰ **EKER KAZANCI**, Behiye, "Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik", Prof. Dr. M. SOYER'e Armağan, DEÜHFD, C. 15, Özel S. 2013, (Basım Yılı: 2014), s. 1309.

diğeri bu psikolojik durumu ortaya çıkaran "*haksız bir fiilin*" oluşturduğu objektif esas olmak üzere haksız tahrik kurumunun iki önemli esasa sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹²¹

B. SÜBJEKTİF (PSİKOLOJİK) ESASI

1. Genel Olarak

Ceza hukuku, cezalandırabilme açısından fiilin hukuka aykırı olmasını, gerekli görmekle birlikte yeterli saymamış, aynı zamanda bu fiilin kusurlu olmasını da aramıştır.¹²² Bunun nedeni, insan davranışından kaynaklanan kusurun, esas olarak insan ruhunun dış dünyaya bir yansıması sayıldığından, yasalar yapılırken insanın ve onun psikolojisinin göz önünde bulundurulmasıdır.¹²³ Ceza hukukunun adaletle ulaşırken faili ve psikolojisini inceleme nedeni; insanın olumlu ya da olumsuz tepkilerinin bütününde içinde bulunduğu psikolojik durumun etkisinin olması ve ceza kanunlarının suç olarak düzenlediği fiillerin fail tarafından, bu psikolojik durumun etkisiyle dış dünyaya yansıtılmasıdır.¹²⁴ Yasalar, genel olma özelliğine sahip olduklarından tek tek bireylerin psikolojik durumlarını göz önüne almaları mümkün

¹²¹ **GÜRELLİ**, Nevzat, "*Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik*", İBD, C. XXV, Haziran 1951, s. 331.

¹²² DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 25.

¹²³ EKERBİÇER, s. 21.

¹²⁴ **EREL**, Kemalettin, Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 1998, s. 36.

değildir. Ancak buradan, yasaların insan psikolojisinde meydana gelen değişimleri göz ardı edeceği anlamı çıkarılamaz.¹²⁵

İnsan bir etki-tepki öznesi olduğundan kızgınlık, üzüntü ya da elem gibi durumlar onu suç işlemeye itebilir. Bu etkilenme biçimlerinden en bilineni olan haksız tahrikte, dıştan gelen etkiler nedeniyle birey hiddet ve elem duygularına sürüklenmekte ve doğal olarak haksız tahrik altında suç işleyen kimsenin ruhsal durumu diğer kişilerden farklı olmaktadır. Bir görüşe göre, haksız tahrik neticesinde iradesi etkilenen kişinin, daha az kusurlu sayılması ve daha az ceza verilmesi adalet duygusunun gereğidir.¹²⁶ Ceza hukukunda haksız tahrik olarak adlandırılan kurum, psikolojide bir heyecan türü olan hiddet kavramına karşılık gelir.¹²⁷ Bu nedenle tahrik hallerini kapsamına alan, psikolojide heyecan (affekt) olarak adlandırılan kavram haksız tahrikin sübjektif unsurunu teşkil eder.¹²⁸

Haksız tahrik kurumunun sübjektif esası, failin mağdurdan kaynaklanan ve haksızlık içerek tahrik fiili nedeniyle kendini denetleyemediği, iradesi zayıflayarak suç işleme yoluna girdiği ve bu sebeple daha az cezayla cezalandırılması gerektiği düşüncesinden hareket eder.¹²⁹ Failin mağdurdan kaynaklanan haksız tahrik nedeniyle

¹²⁵ TUTUMLU, s. 15.

¹²⁶ BAŞAR, Nur, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", AD, C. 71, S. 3, 1980, s. 254.

¹²⁷ EREM, Faruk /DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, M. Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 591.

¹²⁸ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 25.

¹²⁹ BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 253; GÜRELLİ, S. 332.

sağlıklı düşünme yetisini kaybettiği, bu nedenle kusurunun azaldığını¹³⁰ ve dolayısıyla daha az ceza verilmesinin adaletin gereği olduğunu savunarak haksız tahrikin esasını failin sübjektif değerlendirmesine dayandıran bu düşünce, haksız tahrikin ceza kanunlarında yer almasını haksız fiil nedeniyle failin iradesinde meydana gelen heyecanı ve bu heyecanın şiddeti oranında failin irade kontrolünün azalması gerekçesiyle açıklamaktadır.¹³¹ Hukuk düzeni, genel olarak, ortalama/makul üçüncü şahsı esas alırken, insan psikolojisinde mevcut olan öfke ya da üzüntü gibi duyguların failin fiillerini etkileyebileceği ve bu nedenle bahsedilen duygulara hukuki anlamda değer tanınması gerektiği fikri,¹³² haksız tahriki, tahrik fiilinin insan psikolojisine etkisi bağlamında açıklamaktadır. Bu anlamda, hiddet veya şiddetli elem hallerinden ibaret heyecan durumlarının insan iradesi üzerindeki etkisini dikkate alan kanun koyucu, failin şiddetli bir buhran etkisine kalarak¹³³ suç işlemesini, sakin ve soğukkanlı biçimde suç işleyen faille aynı ölçüde tehlikeli bulmamış¹³⁴ ve buhran etkisinde suç işleyen kişinin cezasını azaltmayı tercih etmiştir.¹³⁵ Zira, normal ve makul bir insanın tahrik fiili nedeniyle verdiği tepkinin hukuk düzeni ve genel ahlak

¹³⁰ ÖNDER, s. 342.

¹³¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, 2015, s. 702.

¹³² AYDIN, Haksız Tahrik, s. 27.

¹³³ GÜRELLİ, s. 332.

¹³⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 422; TANER, s. 441.

¹³⁵ **AYIK**, İsmail Hakkı, "*Tahrik*", AD, C. 43, S. 1, 1952, s. 85; DEMİR, s. 45.

anlayışıyla daha az çatışma içinde sayıldığı içi haksız tahrik altında faili harekete geçiren saikler kanun koyucu tarafından daha az vahim kabul edilmiştir.¹³⁶

Mağdurun haksız fiilinden kaynaklanan haksız tahrik dolayısıyla failin psikolojisinde meydana gelen dalgalanmaların denetlenememesi haline hukuki bir değer tanınmış ve bunun neticesinde de haksız tahrik kurumu ortaya çıkmıştır. Haksız tahrikin psikolojik esası haksız tahrik kurumunu failin maruz kaldığı tahrik fiili nedeniyle kendini kontrol edememiş olmasına ve bu nedenle azalmış olan kusurunun ceza tayininde göz önüne alınması gerektiği fikrine dayanarak açıklamaktadır.¹³⁷

Sonuç olarak, haksız tahrik kurumunun psikolojik yönünü oluşturan heyecan halini, bu heyecan halinin alt başlıklarından sayılan hiddet ve elem hallerini ve heyecanın

¹³⁶ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 28.

¹³⁷ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 28; Yargıtay'ın bazı kararlarında haksız tahrikin sübjektif esasına vurgu yaptığı ve failin iradesinde meydana gelen karışıklıkla haksız tahriki temellendirdiği görülmektedir. *"Haksız bir fiile maruz kalan failin, bu fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde, faili harekete geçiren saikler daha az vahim sayılarak, haksız tahrik hükümleri kabul edilmiştir."* **Yargıtay CGK'nın** 08.07.1991 tarih, 1990/8-196 E., 1991/225 K. sayılı kararı. Bkz. TUTUMLU, s. 20. *"Tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir. Fail; haksız bir fiilin doğurduğu hiddet veya elemin tesiri altında, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir."* **Yargıtay CGK'nın** 20.06.2000 tarih, 2000/4-127 E., 2000/135 K. sayılı kararı. *"haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu halde fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir anlatımla haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır."* **Yargıtay CGK'nın** 11.3.2014 tarih, 2013/1-441 E., 2014/123 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E. T. 07.12.2016.

failde ne gibi etkiler yarattığının belirlenmesi, haksız tahrikin psikolojik esasını ve dolayısıyla haksız tahrik kurumunun tam anlamıyla anlaşılabilmesi için elzemdir.¹³⁸

2. Haksız Tahrikin Psikolojik Esası Olarak Heyecan

Ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen bir fiili gerçekleştiren fail, bu fiilini haksız tahrik altında gerçekleştirdiği zaman, psikolojisinde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem neticesinde suç işlediğinden kendisine daha az ceza verilmektedir.

Heyecan, kural olarak, kanunda yer alan suç tipleri veya cezanın belirlenmesi açısından özel bir önem taşımasa da, öğretide, haksızlık içeren tahrik fiilinin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elem heyecanının failin iradesini etkilediği; davranışlarını hukukun gereklerine uygun olarak yönlendirmekten yoksun bıraktığı ve dolayısıyla onu suça yöneltten bu durumun haksız tahrikin psikolojik esası olduğu savunulmaktadır.¹³⁹ Çünkü hemen her suç heyecan etkisinde işlenmekle birlikte, ceza tayininde heyecan hallerinin bütünü dikkate alınmaz. Heyecanın failin cezalandırılmasında dikkate alınabilmesi için failin kusurunu kaldırması veya en azından kusurluluğu etkilemesi, bunun için de patolojik bir temele dayanması gerekir. Aksi durumda heyecan iradeye zarar vermiş sayılmaz ve failin duruma hâkim olduğu kabul edilir.¹⁴⁰

¹³⁸ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 6, 7.

¹³⁹ YAVUZ, Yaşar, "*Haksız Tahrik*", YD, C. 17, S. 4, 1991, s. 446; AYIK, s. 86.

¹⁴⁰ EKER KAZANCI, s. 1310, 1311.

Heyecan, insan psikolojisinde içsel bir süreci ifade ettiğinden, doğrudan tespiti ve net bir tanımı yapılamamış, bu husustaki eğilimler, heyecan hakkında birbirinden farklı tanımların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.¹⁴¹ Duygu durumlarından biri olarak kabul edilen heyecan genel olarak; *"teessür hayatının normal akışında meydana gelen belirli bir sarsıntıyı ifade eden ve dış dünyaya bazı fizyolojik belirtilerle yansıyan şiddetli fakat geçici bir durum"*,¹⁴² *"gelip geçici fakat birdenbire ortaya çıkan şiddetli teessür halleri"*,¹⁴³ *"etkin, aniden başlayan ve çabuk yükselen ruhi karışıklıklar"*¹⁴⁴ ya da *"içinde bulunulan ortamın algılanması ile ortaya çıkan iç organları harekete geçiren beden davranışları ve bilinçte kendini belirten duygusal süreç"*¹⁴⁵ şeklinde tanımlanmaktadır. Genel bir ifadeyle heyecan, insan hayatının genel ve normal sayılan yaşam halinin dışında, gündelik hayattan farklı bir olay nedeniyle hissedilen değişik bir duygudur.

Heyecan, çeşitli unsurların etkisiyle meydana gelen ve son derece karmaşık bir yapıya sahip ruh halidir. Her heyecan durumu aynı niteliğe sahip değildir. Söz gelimi, korku hiddetle ya da hayret endişeyle aynı nitelikte değildir. Heyecanlar arasında şiddet ve devam süresi bu nitelik farkına neden olan etkenlerden ikisidir.¹⁴⁶ Heyecanın şiddetiyle failin iradesini kontrol yeteneği birbiriyle ters orantılı iki durumdur.

¹⁴¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 6.

¹⁴² EREM, Faruk, *"Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar"*, AÜHFD, S. 4, 1945, s. 51.

¹⁴³ ONGUN, Cemil Sena, *Psikoloji Dersleri*, Semih Lütüf Kitabevi, İstanbul, 1935, s. 114.

¹⁴⁴ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 26.

¹⁴⁵ CÜCELOĞLU, Doğan, *İnsan Davranışı*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 264.

¹⁴⁶ EREM, *Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar*, s. 52.

Heyecanın insan iradesine etkisi bugün psikolojide kabul edilen bir gerçeklik olduğundan haksız tahrik kurumu, ceza hukukuna heyecan kavramını katmıştır.¹⁴⁷

Sıklıkla birbirine karıştırılsa da heyecan ihtirastan (tutku) farklıdır. Heyecan ruhsal durumda meydana gelen geçici bir durumken ihtiras, hislere hâkim olan, insanın psikolojik dengesini çökerten kalıcı bir durumdur. Psikolojide, ihtirastanla heyecanın birbirinden ayrılması oldukça zordur. Çünkü ihtiras heyecandan doğar ve özleri itibariyle aralarında fark yoktur.¹⁴⁸ Bu nedenle heyecanın geçici, ihtirasın ise kalıcı olması bu iki psikolojik durumu ayırmada önemli bir faktördür.¹⁴⁹

İhtirasın nefret, sevgi ya da intikam ihtirası şeklinde adlandırıldığı görülür. Bu ihtiras şekillerinden nefret ihtirası, intikam isteği doğurması; sevgi ihtirası ise dış dünyaya kıskançlık şeklinde yansıması sebebiyle öğretide suç saikleri arasında sayılmışlardır.¹⁵⁰ Esasında birçok suçun işlenmesine neden olan saikler genel itibariyle; *"kıskançlık, intikam, kin ya da tutku"* şeklinde sıralanabilir. İhtiraslar, bireyin iradesinde sabit bir düşünce haline geldiklerinde, diğer bir ifadeyle takıntı durumunu aldıklarında, akıl hastalığı gibi kusur yeteneğini etkileyen bir duruma veya kan gütme saiki gibi ağırlaştırıcı bir nedene vücut verebilirler.¹⁵¹

¹⁴⁷ EKERBİÇER, s. 24.

¹⁴⁸ **EREM**, Faruk, Adalet Psikolojisi, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 73, 74.

¹⁴⁹ EREM/ DANIŞMAN /ARTUK, s. 592.

¹⁵⁰ EREM, Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar, s. 76-79.

¹⁵¹ DURAN, s. 48.

Bireyin iradesinde etkili olan heyecanın çeşitli tasnifleri yapılmıştır.¹⁵² Bunlardan en bilineni heyecanı şiddet ve süreklilik açısından; hislerin akışında ani bir kargaşa doğuran ve bireyin ruhsal durumunda bir nevi kabarma meydana getiren "*sademe (stenik) heyecan*" ve stenik heyecanla başlamakla birlikte daha sonra gittikçe zayıflayan ve ruhsal bir çöküntü meydana getiren "*his (astenik) heyecan*" şeklinde yapılan ikili ayrımıdır.¹⁵³ Kelime olarak güç kuvvet gibi anlamlara gelen "*stenik*" bir heyecan türü olarak kişiyi güçlü kılan intikam ya da kırgınlık (veya hiddet) gibi heyecan hallerini karşılar. Stenik kelimesine olumsuz bir önekin getirilmesiyle oluşturulan "*astenik*" heyecan halleri daha çok kişiyi güçsüz/halsiz bırakan telaş, ümitsizlik veya derin acıma gibi haller için kullanılır.¹⁵⁴ Bireyin iradesinde kargaşaya yol açan, bireye fizyolojik ve psikolojik açıdan belirli ve hızla gelişen tepkiler verdiren, dolayısıyla suça daha çabuk yönelten stenik heyecanlara haksız tahrik kapsamında daha sık rastlanır. Diğer yandan, astenik heyecan etkisindeki kişi, bu heyecan dolayısıyla iradesinde zaman içinde çöküntü durumu (bir tür buhran) meydana geldiğinden orantısız ve kuvvetli tepkiler verebilir ve bu heyecan nedeniyle suç işleyebilir.¹⁵⁵ Bu iki heyecan türünün birbirine dönüşebilme özelliğine sahip olduğu ileri sürülmektedir. Diğer bir ifadeyle, astenik heyecan durumunda bulunan söz

¹⁵² EREM /DANIŞMAN /ARTUK, s. 592; ABBAN, s. 23; DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 26; **EREL**, Kemalettin, "*Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi*", AD, S. 6, Ocak 2001, s. 169.

¹⁵³ EREL, Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik, s. 38, 39.

¹⁵⁴ BOZBAYINDIR, s. 10.

¹⁵⁵ ABBAN, s. 24.

gelimi üzüntü hali içinde olan bir kişi içsel ve ani herhangi bir nedenle stenik heyecan durumuna geçebilir ve psikolojik açıdan hiddet hissedebilir.¹⁵⁶

Haksız tahrikin manevi unsuru sayılan bu heyecan halleri incelenirken dikkat edilecek husus; nefret, intikam, hayal kırıklığı gibi duygular haksız tahrikle bir arada bulunabilir veya tahriki oluşturan fiil, faili harekete geçiren sebep değil de bardağı taşıran son damla olabilir. Böyle bir durumda haksız tahrikin söz konusu olabilmesi için failin işlediği suç fiilinin temelinde, sayılan bu duygular değil, tahrik fiili yatmalı veya en azından tahrik fiili olmasaydı harekete geçmeyecekti denmelidir.¹⁵⁷

3. Heyecan Türü Olarak Hiddet ve Elem

İşlenen suçların çoğunun, az ya da çok bir heyecan halinde işlendiği gerçektir. Bu nedenle, ceza hukukunun modernleşmesi açısından heyecanın ve heyecan oluşturan durumların çeşit ve nitelik açısından farklı değerlendirmelere tabi tutulması önem arzeder. Ancak, buradan heyecan durumlarının her zaman bireyin iradesini etkilediği anlamı çıkarılamaz; çünkü bu takdirde ceza hukuku kendi varlığını inkar etmiş olur.¹⁵⁸ Nitekim bu husus İCK m. 90'da; "*Heyecan veya ihtiras, failin isnat yeteneğini ne kaldırır ne de azaltır.*" şeklinde ifade edilmiştir.¹⁵⁹ Failin suçu işlediği anda duyduğu heyecanın şiddeti oranında iradesini kontrol etme yeteneğinin azalacağı

¹⁵⁶ EREM, Adalet Psikolojisi, s. 76; DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 27.

¹⁵⁷ EKER KAZANCI, s. 1318.

¹⁵⁸ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 25.

¹⁵⁹ Bkz. SAVAŞ, Vural /MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994, s. 687.

bilindiğinden haksız tahrik kurumu vesilesiyle psikoloji bilimine ait bir kavram olan heyecan ceza hukukunun inceleme alanına girmiştir.¹⁶⁰ Dolayısıyla, ceza hukukunda heyecan, haksız tahrikin bir unsuru olarak yer alır ve bu açıdan heyecanın ceza hukukuna yansması hiddet ve şiddetli elem halleridir.

Haksız tahrikin kusurluluğa etki etme sebebi, mağdurun tahrik fiilini gerçekleştirerek failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve bu nedenle failin iradesine hâkim olamayarak suç işlemiş olmasıdır.¹⁶¹ Hiddet, kelimesi öfke, kızgınlık,¹⁶² gazap gibi anlamlara gelir.¹⁶³ Hiddet hali, bireyin dış dünyadan kaynaklanan çeşitli tahrik fiilleri nedeniyle ruhsal fonksiyonlarında, yaygın bir ifadeyle psikolojisinde meydana gelen normalin dışında bir tepki durumu veya karışıklıktır. 5237 sayılı TCK'da haksız tahrikin manevi unsurunu ifade etmek için kullanılan "*hiddet veya şiddetli elem*", 765 sayılı TCK'nın haksız tahriki düzenleyen 51. maddesinde kullanılan "*gazap ve şedit elem*" ifadesine karşılık gelir. Gazap, esasında hiddet kelimesinin kendisini değil şiddetli halini karşılamaktadır.¹⁶⁴ Dolayısıyla 5237 sayılı TCK'da kanun koyucu ceza kanununun dilini sadeleştirmek amacıyla "*gazap*" yerine "*hiddet*" kelimesini tercih etse de, haksız tahrikin manevi unsurunu ifade etmek için kullandığı kelimelerin aynı anlama sahip olmaması

¹⁶⁰ EREM, Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar, s. 55.

¹⁶¹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s. 228.

¹⁶² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5658c80c9444e9.41860757 , E. T. 27.11.2015.

¹⁶³ **PARLAR**, Ali /**HATİPOĞLU**, Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 552.

¹⁶⁴ EREM, Adalet Psikolojisi, s. 76; DURAN, s. 56.

nedeniyle yürürlükteki kanun düzenlemesinde, önceki düzenlemeye nazaran, tahrikin psikolojik esasında az da olsa farklılık bulunduğu söylenebilir.

Kanuni düzenlemeye göre, failin fiilini haksız tahrik altında işlediğini kabul etmek için iradesinde meydana gelebilecek bir diğere heyecan hali olan "*şiddetli elem*" halindeki elem; ağrı, acı,¹⁶⁵ keder, üzüntü,¹⁶⁶ dert, sıkıntı, sancı ve ıstırap gibi anlamlara gelmektedir.¹⁶⁷ Elem kelimesinin anlamlarından olan ağrı; çarpma ya da atılan bir tokat gibi bireyin bünyesinde maddi şekilde hissettiğı patolojik bir duygudur.¹⁶⁸ Elem hissi nedeniyle meydana gelen ağrının tahrik meydana getirmesi pek sık rastlanan bir durum değildir. Çünkü psikolojik bir durum olan elemnin maddi bir ağrıya dönüşmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle elemden anlaşılması gereken astenik heyecan türü olan keder ve karamsarlık benzeri bir acıdır.¹⁶⁹ Ancak bir görüşe göre, elem hali, sakinlik, bireyin ruhsal durumunda çöküntü ve psikolojik anlamda hareketsizlik meydana getiren bir haldir. Bu nedenle tahrik etkisinde suç işlenirken bireyin vücudunda enerji artışı ve hatta deyim yerindeyse gerçek bir öfkelenme hali olduğundan, elem nedeniyle meydana gelen bu çöküntü hali, haksız tahrik neticesinde de olsa suç işlemeye yetecek derecede dinamik sonuçlar doğurmaya uygun bir heyecan türü değildir.¹⁷⁰

¹⁶⁵ AKTAŞ, s. 111.

¹⁶⁶ EREM, Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar, s. 62; YAVUZ, s. 446.

¹⁶⁷ DEVELLIOĞLU, s. 214.

¹⁶⁸ YAVUZ, s. 446.

¹⁶⁹ AKTAŞ, s. 112.

¹⁷⁰ EREM, Adalet Psikolojisi, s. 79.

Kanundaki düzenleme elemin basit halini, haksız tahrikin uygulanabilmesi için yeterli görmemiş; aynı zamanda şiddetli olmasını da aramıştır.¹⁷¹ Böylece "elem" ifadesinin önünde şiddetli sıfatı kullanılarak; haksız tahrikin söz konusu olabilmesi için failin ya bir öfke hali içinde olması ya da şiddetli elem hali içinde olması; acı, keder, üzüntü gibi heyecanları iradesinde yoğun bir şekilde ve ileri derecede hissetmesini gerekir.¹⁷² Elemin şiddetli olması şartını arayan kanun koyucu "hiddet" hali için derece şartı koymayarak hiddet heyecanının varlığını yeterli görmüştür. Ayrıca kanundaki düzenlemeye göre haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için maddede sayılan heyecan hallerinden en az birinin varlığı yeterlidir; hiddetle elemin bir arada bulunması gerekli değildir.¹⁷³ Fail hiddet veya şiddetli elem etkisinde olmasına rağmen kusurlu olmaya devam etmekte, ancak bu heyecan hali nedeniyle kusurunun azalmış olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁴ Ayrıca, bir heyecanın, haksız tahrikin sübjektif unsuru olarak failin iradesini etkilediğinden söz edilebilmesi için, bu

¹⁷¹ EKER KAZANCI, s. 1313; 765 sayılı Kanun "şedit elem" ifadesini kullanmıştır.

¹⁷² AÇIKGÖZ, , s. 18; Yargıtay kararlarında, şiddetli elem ifadesi heyecan çeşitlerinden "üzüntü" ile aynı sayılmıştır. "Ceza Kanunu, öfke ve üzüntüyü aynı nitelikte kabul etmiştir. Üzüntü halinde, derhal bir reaksiyonda bulunulmasa dahi, bu psikolojik durumun devam ettiği süre içinde, suçun işlenmesi halinde tahrik söz konusudur." **Yargıtay CGK'nın** 01.02.1993 tarih, 1992/1-361 E., 1993/20 K. sayılı kararı. Bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 715.

¹⁷³ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 228; EKER KAZANCI, s. 1313.

¹⁷⁴ "Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu halde fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir anlatımla haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır." **Yargıtay CGK'nın** 11.03.2014 tarih, 2013/1-441 E., 2014/123 K. sayılı kararı.

heyecanın failin iç dünyasından değil, fail dışında bir kimsenin gerçekleştirmiş olduğu haksız fiilden kaynaklanması gerekir.¹⁷⁵

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, haksız tahrikin temellerinden biri sayılan heyecan hali sadece psikiyatri bilimine ait bir kavram değildir. Heyecan halinin temelinde insan psikolojisinin yanında, sosyolojik bir ilişki de yatar. Bu durumun açıklaması şu şekildedir: failin iradesinde hissettiği heyecan hali sadece faile ithaf edilmez, mağdur da gerçekleştirdiği fiille failin bu heyecanına ortak olur. Böylece fail maruz kaldığı çeşitli gurur kırıcı, alçaltıcı veya aşağılayıcı filler nedeniyle heyecana kapıldığından burada haksız tahrik kurumunun sosyolojik bir temeli olduğu da ortaya çıkmaktadır.¹⁷⁶

¹⁷⁵ "Oluşa, dosya içeriğine ve maktulenin kardeşi tanık Gülnur'un aşamalarda değişmeyen anlatımlarına göre; sanık ile maktulenin gayri resmi birlikte yaşadıkları, aralarında geçimsizliğin bulunduğu, olay günü sanık ile evlerinde misafir olarak bulunan tanık Gülnur arasında ağız münakaşasının yaşandığı, sanığın maktuleye ve annesine küfür etmesine kızan tanık Gülnur'un da sanığın annesine küfür etmesi ile sanığın, tanığa tokat attığı, maktulenin araya girip kardeşi tanığa vurmasını söylediği, bunun üzerine sanığın maktuleyi de darp ettiği, bu aşamalardan sonra seslere gelen komşu tanıklar Nurcan ve Ümit'in anlatımlarıyla da doğrulandığı üzere, kapı önünde çay içen sanığın kapı önüne gelen sebzeçiden birşeyler alınması için eve doğru seslenmesi üzerine içeriden, Gülnur'un küfür ettiği ve buna sinirlenen sanığın evin içinden tabancasını alıp gelerek, kaçmakta olan tanık Gülnur ve maktulenin arkasından tabanca ile yakın mesafeden maktuleye doğru ateş ederek, başından isabetle anlaşılmakla, olayda maktuleden kaynaklanan herhangi bir haksız hareketin bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini..." **Yargıtay 1. CD'nin** 09.04.2008 tarih, 2008/7552 E., 2008/2790 K. sayılı kararı, Bkz. **GÜNAY**, Erhan, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 106-111.

¹⁷⁶ **EKER KAZANCI**, s. 1317.

4. Heyecanın Birey Üzerindeki Etkileri

Heyecan, bireyde, birtakım ruhsal değişimlerin yanında bazı fiziksel etkilere de sebep olur. Bu etkiler genel olarak davranışsal ve fizyolojik değişimler şeklindedir.¹⁷⁷ Heyecanın oluşumunda beynin ve merkezi sinir sisteminin rolü önemlidir. Bu nedenle heyecanın meydana getirdiği fizyolojik değişimlerin temelinde, otonom sinir sisteminin vücudu acil durumlarla başa çıkmaya hazırlaması yatar.¹⁷⁸ Heyecan nedeniyle otonom sistemin etkisi altında kişinin mimiklerinde, hareketlerinde, sesinde ya da organlarında birtakım değişimlerin meydana gelmesi söz konusudur ve bu durum heyecanın bireyin fizyolojisiyle yakın ilişki içinde olduğunu gösterir.¹⁷⁹

İnsan ruhu, heyecanın neden olduğu darbenin etkisiyle, bir cismin kendinden daha sert bir cisme çarpmasında görülen moleküllerin çöküntüsü, sıkışması gibi bir değişim gösterir. Bu ruhsal değişim doğal olarak fiziksel değişime neden olur.¹⁸⁰ Heyecan halinde insan bünyesinde meydana gelen etkiler çoğunlukla öfke, saldırganlık, şaşkınlık ya da elem halleridir. Heyecan halinde kana adrenalin boşalımı artar, vücuda gereken oksijenin karşılanamaması dolayısıyla nefes hızlanır,¹⁸¹

¹⁷⁷ EREL, Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi, s. 1, 2.

¹⁷⁸ CÜCELOĞLU, s. 265.

¹⁷⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 11.

¹⁸⁰ EREM, Adalet Psikolojisi, s. 71.

¹⁸¹ TOSUN, Öztekin / GÜRELLİ, Nevzat, “Heyecan Göstergesi İle Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku”, İÜHFİM, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 503.

gözbebeklerinde büyüme, terleme, tükürük salgısında artmayla birlikte, kandaki şeker miktarı ve pıhtılaşma faktörü de artış gösterir,¹⁸² ayrıca damarlar büzülür ve kasların kasılması sonucu kalp daha hızlı çarpmaya başladığından tüm vücutta çeşitli değişimlerin meydana geldiği gözlenir.¹⁸³ Vücut ısısı değişir, yüzde sararma, kızarma meydana gelir;¹⁸⁴ kan önce sindirim organlarına, oradan çizgili kaslara ve sonrasında da beyine yönelir ve deri hassaslaşarak tüyler kabarır.¹⁸⁵ Bahsedilen fizyolojik tepkiler bireyin otonom sisteminden kaynaklandığı için kontrol altına alınması mümkün değildir ve bu tepkiler istemsiz olarak meydana gelen, vücudun kendini savunmak amacıyla ortaya çıkardığı tepkilerdir.¹⁸⁶

Heyecan, bireyin psikolojisinde geçici bir olay olsa da etkisi büyüktür, heyecan etkisindeki bir kimse genellikle yaptığı davranışların farkında değildir ve şaşkınlık içindedir;¹⁸⁷ davranışlarının kontrolü beyninden hislerine geçmiştir.¹⁸⁸ Bunun yanında heyecan, kişinin hatırlama kabiliyetini de etkilediğinden, sahip olduğu hatıraların bir kısmının silinmesine yol açabileceği gibi, bazı hatıraların hatırlanmasını da güçleştirebilir.¹⁸⁹ Kişi bu durumda, yapmış olduğu hareketin sonuçlarını düşünecek

¹⁸² DURAN, s. 49.

¹⁸³ EREL, Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik, s. 37.

¹⁸⁴ EREM, Adalet Psikolojisi, s. 71.

¹⁸⁵ CÜCELOĞLU, s. 265.

¹⁸⁶ DURAN, s. 49.

¹⁸⁷ DURAN, s. 50.

¹⁸⁸ AKTAŞ, s. 113.

¹⁸⁹ EREM, Adalet Psikolojisi, s. 71.

durumdan çıkar, yani fiilin haklı/haksız olduğuna ilişkin sahip olduğu dengeyi kaybeder. Bunun nedeni, sinir sisteminde heyecan dolayısıyla meydana gelen değişiklikler sonucu kişi dikkatini vermede zorlanma, tek bir konuya saplanıp kalma gibi reaksiyonlar gösterebilir.

Heyecan etkisi altında bulunan bir kimse belirli durumlarda belirli kimselere karşı gerginlik, ürkeklik, asabiyet ya da saldırganlık gibi reaksiyonlar gösterebilir.¹⁹⁰ Bahsedilen durumlardan en çok görüleni saldırganlıktır. Saldırganlığın yanında heyecan nedeniyle meydana gelen ve iç gerilime eşlik eden huzursuzluk, giysilerle oynama, elleri ovuşturma, ses düzeyini ayarlayamama (bağırıp/çağırma, aşırı kısık sesle konuşma veya seste meydana gelen titreme gibi) ya da inleme gibi davranışlar görülebilir.¹⁹¹ Haksız tahrikin kabulü için heyecan hali, bir kimsenin psikolojik yapısı üzerinde şiddetli elem veya bir sarsıntıya yol açacak derecede hiddete sebep olmalıdır.

İsnat yeteneğinin ne olduğu konusunda derin tartışmalar sürdürülmekle birlikte¹⁹², kanaatimizce isnat yeteneği failin gerçekleştirdiği fiilin anlamını ve meydana getireceği sonuçları “isteme ve irade etme” yeteneğidir. Failin isnat

¹⁹⁰ EREL, Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik, s. 38.

¹⁹¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 12.

¹⁹² Bu tartışmayı kısaca özetlemek gerekirse; isnat yeteneğinin ne olduğu ve kusurlulukla arasındaki ilişkinin niteliği konusunda öğretide iki görüş öne sürülmektedir. Bu görüşlerden birincisine göre, isnat yeteneği, kişinin gerçekleştirdiği bir fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve isteme yeteneğidir. Bu görüşe göre, bir kimsenin kusurlu sayılabilmesi için bu kişinin isnat yeteneğinin bulunması yani failin zihinsel olarak gelişmiş ve sağlıklı olması gerekir. Dolayısıyla, isnat yeteneği konusunda ileri sürülen ilk görüş, isnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak görmektedir. Öğretide ileri sürülen ikinci görüşe göre, isnat yeteneği, failin cezalandırılabilmesi için failde bulunması gereken bir özelliktir. Failin kusurunu etkileyen bir durum değildir. Nitekim TCK’da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine yer verilmesi bu durumun kanıtıdır. Tartışmanın ayrıntısı için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 191-194; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 131 vd.

yeteneğine sahip olarak bir fiili kusurlu olarak işleyip işlemediği belirlenirken failin suç fiilini gerçekleştirdiği sırada ceza kuralına riayet etme veya bu kuralı ihlal etme kararını verebilecek ehliyetle olup olmadığı araştırılır. Haksız tahrik da, failin iradesini etkileyerek, suç fiilini gerçekleştirirken, failin ceza kuralını ihlal etme kararını daha çabuk vermesini sağlamakta, dolayısıyla failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltmaktadır. Kişinin içinde bulunduğu bu durum, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini tamamen ortadan kaldırmasa da, ciddi olarak etkileyecek nitelikte olmalıdır.¹⁹³

5. Haksız Tahrik Açısından Failin Kişiliği

Çağdaş hukukta, ceza hukuku hariç olmak üzere, diğer hukuk dallarında, genellikle failden çok fiil önem taşırken, ceza hukukunda failin kişiliğinin giderek daha fazla göz önünde bulundurulması ve insanın kişiliğinin yansıması sayılan fiile önem verilmesi, ceza hukukuyla diğer hukuk dalları arasındaki mesafeyi çoğaltır.¹⁹⁴ Çağdaş kanunların temel özelliklerinden biri olan kanunların genelliği ilkesi nedeniyle bireylerin içinde bulundukları psikolojik durumlar, özel saikler, kişiyi bir davranışı gerçekleştirmeye iten psikolojik nedenler veya dürtüler tek tek inceleme konusu yapılmaz, onun yerine ortalama bir insan belirlenir ve kanun yapımında onun davranışları göz önüne alınır. Bunun yanında ceza hukukunun benimsediği bu genel

¹⁹³ ÇAM, s. 9.

¹⁹⁴ TOROSLU, Genel Kısım, s. 16.

kurallardan ayrılarak, failin içinde bulunduğu psikolojik duruma önem verdiği haller mevcuttur.¹⁹⁵

İnsanın, diğer bütün fiillerinde olduğu gibi suç oluşturan fiillerinde de kişiliğine özgü bir direnç ya da kırılma anı bulunur.¹⁹⁶ Suç, kişinin dış dünyaya yansıttığı bir fiili olduğundan fail bu fiille birlikte kişiliğini yansıtır; suçluluk ise failin kişiliğinde bulunan bir eğilimdir. Suça karşı fazla eğilimi olan kimseler dışardan kaynaklanan bazı etkilere daha sert ve ani tepkiler verebilmekte, bunun sonucunda daha fazla suç işlemektedirler.¹⁹⁷ Ceza kanunları, kişinin öfke, kızgınlık gibi hiddet hallerinin ya da üzüntü, acı gibi ruhsal çöküntü oluşturan elem hallerinin, modern psikoloji biliminde buhran halleri sayıldığından bahisle bireyin suç yoluna girmesinde bu hallerin de etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bunun neticesinde de bu kanunlar, failin içinde bulunduğu psikolojik buhran durumlarına belli bir hukuksal değer tanıyarak bunlara *"ceza sorumluluğunu azaltan"* nedenler arasında yer vermiştir. Kanun koyucu, haksız hareketlere maruz kalması sonucu sakinliğini koruması gerekirken bunu başaramayan, psikolojik sarsıntı yaşayan, öfke veya üzüntü duyması nedeniyle suça yönelen failin içinde bulunduğu bu duruma hukuki değer atfetmeyi ceza adaletinin bir gereği saymıştır.¹⁹⁸

¹⁹⁵ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 17.

¹⁹⁶ DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, B. 6, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1981, s. 111.

¹⁹⁷ EREL, Kemalettin, *"Kişilik ve Suç-Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Failin Kişiliğinin Önemi"*, AD, S. 7, Nisan 2001, s. 158.

¹⁹⁸ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 229.

Ceza hukukunda bir fiilin cezalandırılabilmesi için haksız olmasının yanında ayrıca kusurlu olması da gerektiğinden, bu kusurluluk failin kişiliğiyle işlenen suç arasında sübjektif bağı oluşturur.¹⁹⁹ Haksız tahrik altında suç işleyen failin fiili onun kişiliğini yansıttığından, bir fiilin failin iradesinde tahrik meydana getirdiğini söyleyebilmek için öncelikle failin kişiliğinin göz önüne alınması gerekir.²⁰⁰ Duygusal, psikolojik, çevresel açıdan farklı özelliklere veya koşullara sahip kişilerin belli bir olaya verdiği tepkiler birbirinden farklı olabilmektedir.²⁰¹ Söz gelimi aile içi şiddetin ve kavganın sıklıkla yaşandığı bir çevrede yetişen bireyin bu hususta bir zaafi gelişebilir ve basit bir tartışmada ya da yüksek sesli konuşma durumunda normal ve ruhsal açıdan dengeli birinin vermeyeceği tepkileri verebilir. Burada önem arzeden husus, failin bir tahrik fiiline verdiği tepkinin, fiili normal bir insanın aynı şartlar altında vereceği bir tepkiye denk olup olmadığıdır. Çünkü failin psikolojisi, haksız tahrik kurumunun temelinde tek başına yer almaz, mağdurun yapmış olduğu tahrik fiilinin niteliği de ona eşlik eder ve bu nedenle haksız fiilin herkes için tahrik edici bir nitelik taşıması gerekir. Dolayısıyla haksız bir fiilin failde hiddet veya şiddetli eleme yol açıp açmadığının belirlenmesi hususunda uygulanması gereken kriter objektif kriter olacak, bunun yanında somut olayda failin kişiliği de göz önüne alınacaktır.²⁰² Bireyin belli bir olaya verdiği tepki sadece onun kişiliğinin ya da ruhsal durumunun denetimi altında değildir, aynı zamanda belli bir olaya ilişkin sahip olduğu bilgiler de

¹⁹⁹ ÖNDER, s. 267.

²⁰⁰ ÇAM, s. 10.

²⁰¹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 19.

²⁰² EKER KAZANCI, s. 1314.

vereceği tepkide rol oynayacaktır. Çünkü failin sahip olduğu bazı bilgiler neticesinde bir fiil nedeniyle normal ve makul bir insanda görölmeyecek şekilde hiddet veya şiddetli elem oluşabilir veya basit bir tepkiyle geçirtilirilecek bir fiile daha şiddetli tepkiler verebilir.²⁰³ Bu nedenle haksız tahrik değerdendirilmesi yapılırken sayılan bu özellikler kül halinde dikkate alınmalıdır.

C. HAKSIZ TAHRİKİN OBJEKTİF ESASI

1. Genel Olarak

Modern ceza sisteminin gereği olan kusur öğretisine göre, fail onu fiili işlemeye iten sebeplerden etkilenir. Bu nedenle failin suçu işlediği sıradaki psikolojik durumu, onun kınanabilirliği konusunda ve cezalandırılmasında dikkate alınması gereken bir husustur.²⁰⁴ Ceza hukukunun insan psikolojisine değerdemesinin bir sonucu olarak, kişinin haksız bir tahrik altında suç işlediği durumda, dıştan gelen tahrik fiilinden ruhsal açıdan etkilendiği gerekçesiyle faile daha az ceza verilmektedir. Psikolojik bir olay olan hiddet durumunun kusura etkisi mutlak olmadığından, ceza

²⁰³ Öğretide bu hususta, *"...eşi tarafından daha önce aldatılan bir kişiye mağdurun boynuz işareti yapması veya benzer bir imalı harekette bulunması hiddet veya şiddetli elem oluşturabilir."* açıklaması yapılmıştır. KANGAL, Haksız Tahrik, s. 46.

²⁰⁴ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 30.

yasaları sadece haklı bir heyecan söz konusu olduğunda tahrik indirimini uygulamaktadır.²⁰⁵ Bu nedenle her türlü tahrik "*haksız tahrik*" sayılmaz.²⁰⁶

Haksız tahrikin psikolojik yönünü oluşturan heyecan hallerinin kusur ve isnat yeteneğiyle olan yakın ve karmaşık ilişkisi nedeniyle haksız tahrikin sübjektif diğer bir ifadeyle psikolojik esasını oluşturduğu kabul edilmektedir. Haksız tahrikin objektif esası tahriki meydana getiren haksız fiilden oluşmaktadır. Burada haksız tahrikin objektif esasına ilişkin ileri sürülen görüşlerin yanında, haksız tahrikin esasına ilişkin ileri sürülen görüşlerin sentezi olarak adlandırılan karma görüş incelenecektir.

2. Haksız Tahrikin Objektif Esasına İlişkin İleri Sürülen Görüşler

Haksız tahrik nedeniyle suçun işlenmesinde, failin iradesinde meydana gelen buhran durumunu temel alan sübjektif görüşün aksine, objektif görüş, esas olarak fiile

²⁰⁵ AÇIKGÖZ, s. 19. Yargıtay vermiş olduğu birçok kararda haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için mağdurdan kaynaklanan bir tahrik fiilinin varlığını, bu fiilin haksız olmasını aramıştır. "*Eşi olan maktuleyi sevmeyen, beğenmeyen ve askerlik yaptığı sırada başka bir kadınla ilişki kuran, boşanma isteğini kabul etmeyen maktuleyi zaman zaman döven ve ondan kurtulmanın yollarını öldürmek de dahil arayan sanığın, gece geç vakit eve geldiğinde maktulenin bu sebepten ileri gelen haklı tepkisi üzerine, öldürme eylemini gerçekleştirdiğinin oluş ve delillerden anlaşılmasına göre, sanığın ilk ifadelerde bahsetmediği maktulenin 'Allah belanı versin' şeklindeki sözleri varit olsa da sanıktan kaynaklanan ve süregelen haksız tutum ve davranışlar dikkate alındığında tahrikte dengenin sanık yararına bozulduğundan söz edilemeyeceği...*" **Yargıtay 1. CD'nin** 11.12.2002 tarih, 2002/2422 E., 2002/4601 K. sayılı kararı. "*Olay günü sanığın, hiç tanımadığı bir kişi olan maktulden kuruyemiş istemek üzere arkadaşı Aydın ...'yu gönderdiği, maktulün çerez vermemesine sinirlenerek eline aldığı bıçakla yanına giderek çerez vermesi için ısrar ettiği, olumlu cevap almamasına rağmen kavga çıkarıp maktulü bacağından yaralayıp ölümüne neden olduğunun dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında, maktulden gelen ve haksız kabul edilecek bir davranış olmadığı halde, verilen cezadan TCK. nun 51/1 nci maddesiyle indirim yapılması...*" **Yargıtay 1. CD'nin** 7.2.1996 tarih, 1995/3795 E., 1996/3795 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> E.T. 12.07.2016.

²⁰⁶ **EREM**, Faruk, "*Haksız Tahrik*", AD, C. 37, S. 7, 1946, s. 638.

ilişkin hususları göz önüne almış ve mağdurun kusurunun suça etki ettiğini ileri sürmüştür.²⁰⁷ Tahrik fiiline ve bu fiilin haksızlık unsuruna değer veren objektif görüş,²⁰⁸ öğretide "*takas görüşü*" ve "*tamamlanmamış meşru savunma görüşü*" şeklinde iki görüş çerçevesinde incelenmiştir.²⁰⁹

a. Takas Görüşü

Takas görüşüne göre, haksız tahrik etkisinde işlenen suçlarda fail tek başına kusurlu değildir; mağdur tahriki oluşturan fiili gerçekleştirerek failin kusuruna ortak olur.²¹⁰ Bu nedenle tahrik neticesinde kusuru sadece faile yüklemek doğru değildir.²¹¹ İşlediği suç fiili nedeniyle failin kusuru belirlenirken ortada kusurlu iki irade ve dolayısıyla iki suçlu bulunduğu dikkate alınması, adaleti sağlamak açısından mağdurun kusurunun failin kusurundan indirilmesi, yani kusurların takas edilmesi ve failin daha az kusurlu sayılarak cezasının azaltılması gerekir.²¹² Haksız tahrik altında suçun işlenmesinde fail ve mağdurun her ikisini de kusurlu sayarak kusurların takas edilmesi gerektiğini savunan bugünkü ceza hukuku anlayışının gerisinde kalan bu görüş; ortaya çıkan suçta faille mağdurun kusurlarının eşit olması durumunda takas yoluyla faile ceza verilmemesi ihtimalini içinde barındırdığından eleştirilmiştir. Ayrıca haksız tahrik nedeniyle failin cezasının indirilmesinin hukuki gerekçesini

²⁰⁷ ÖNDER, s. 341; ABBAN, s. 36.

²⁰⁸ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 230.

²⁰⁹ ÇAM, s. 15.

²¹⁰ BARDAK, s. 42; AKTAŞ, s. 113.

²¹¹ EREM /DANIŞMAN/ARTUK, s. 592; GÜRELLİ, s. 332; TUTUMLU, s. 20.

²¹² EREM, Haksız Tahrik, s. 638; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 254.

kusurun takas edilmesinde arayan²¹³ bu görüşü eleştiren yazarlara göre; takas görüşü herkesin kendi kusurlu fiilinden sorumlu olduğu modern ceza hukukunun gereklerine aykırı bir görüştür.²¹⁴

b. Tamamlanmamış Meşru Savunma Görüşü

Objektif görüş başlığı altında incelenen ikinci görüş tamamlanmamış meşru savunma görüşüdür. Bu görüşe göre, haksız tahrik nedeniyle suç işleyen failin bu fiili bir çeşit meşru savunma sayılmıştır. Zira, fail mağdurun haksız fiiliyle *"yakın ve kesin bir şekilde meydana gelecek bir tecavüz"* ün farkına vararak tecavüz edecek kişiden (suç fiilinin mağdurundan) daha önce davranarak, bu ana kadar mevcut olan tecavüzlere karşı suç işlemiştir.²¹⁵ Failin bu fiili hukuka uygunluk nedenlerinden olan meşru savunmanın bir çeşidi kabul edilmelidir.²¹⁶ Bu görüş, öğretide, meşru savunmayla haksız tahrik arasındaki tüm farklılıkları göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²¹⁷ Çünkü haksız tahrikle meşru savunma arasındaki tek ortak nokta *"haksız bir fiilin varlığı"* olduğundan bu durumun iki kurumu aynı olduğu sonucunu doğurması beklenemez; en fazla, bu kurumların benzer kurumlar olduğu söylenebilir.²¹⁸

²¹³ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 27.

²¹⁴ GÜRELLİ, s. 332; AYIK, s. 86; ABBAN, s. 37.

²¹⁵ AYIK, s. 85.

²¹⁶ DURAN, s. 69.

²¹⁷ AYIK, s. 85; DURAN, 69.

²¹⁸ AÇIKGÖZ, s. 25.

D. DEĞERLENDİRME

Öğretide yapılan haksız tahrik açıklamalarına bakıldığında; haksız tahrikin sübjektif esas çerçevesinde açıklamalar yapıldığı, haksız tahrik açıklaması yapılırken, kurumun objektif esasını oluşturan haksız fiilin geri plana atıldığı görülmektedir.²¹⁹ Haksız tahrikin sübjektif esasına ağırlık verilmesi, failde meydana gelen heyecan halinin dikkate alınmasına yol açarken, haksız fiilin varlığı daha az önemli sayılmasına ve haksız olmayan fiillerden meydana gelen heyecan hallerinin de failin iradesini etkilediği ve haksız olmayan fiillerden meydana gelen heyecan etkisi altında suç işlenmesi halinde failin daha az ceza ile cezalandırılmasına neden olacaktır.

Haksız tahrik kurumu değerlendirilirken, haksız tahrikin objektif ve sübjektif esaslarının birlikte ele alınması gerekmektedir. Haksız tahrik, mağdurdan kaynaklanan haksız fiilin neden olduğu heyecan nedeniyle failin, iradesinin sarsıntıya uğraması ve bu sarsıntının etkisindeyken suç işlemesi halidir. TCK m. 29'un lafzı ve kanunda düzenlenme amacı göz önüne alındığında, haksız tahrikin failin iradesini etkileyen ve onu suç işlemeye yönelten bir neden sayılmasında iki etkenin bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki mağdurun kusurunu oluşturan haksız fiil, diğeryse failin bu haksız fiil nedeniyle iradesinde meydana gelen sarsıntıdır.²²⁰ Kanaatimizce, haksız tahrikin esas, objektif esasın tahrik fiiline, sübjektif esasın da failin psikolojik durumunda meydana

²¹⁹ "...haksız tahrik halinde fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elem altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmekte ve cezada indirim yoluna gidilmektedir." DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 410.

²²⁰ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 33.

gelen heyecan haline değer veren açıklamalarının uygun ve kabul edilebilir yanları bir araya getirilip,²²¹ her iki esasın da eleştirilen eksik veya yanlış yönlerinin düzeltilmesi²²² suretiyle açıklanabilir. Nitekim Yargıtay da, sübjektif ve objektif esas birlikte ele alınarak haksız tahrikin niteliği açıklanmaktadır.²²³

V. HAKSIZ TAHRİKİN GENEL KURAL OLUŞU

765 sayılı Kanun'un Birinci Kitabın Dördüncü Babında "*Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler*" başlığı altında 51. maddede "*Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit elemin tesiri altında suç işler...*" şeklinde yer alan²²⁴ haksız tahrik, 5237 sayılı Kanun'un "*Genel Hükümler*" e ilişkin Birinci Kitap'ta "*Ceza Sorumluluğunu Azaltan veya Kaldıran Nedenler*" başlığı altında 29. maddede "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin altında suç işleyen bir kimseye...*" şeklinde genel bir düzenlemedir. Failin işlediği suça karşılık

²²¹ ABBAN, s. 38; AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 230.

²²² AÇIKGÖZ, s. 26.

²²³ "...Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir deyişle, haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmektedir. Böylece, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır. Cezai sorumluluğu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, failin haksız bir tahrikin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin ekşi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder. Bu halde fail, haksız tahrikin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir..." **Yargıtay CGK'nın**, 28.6.2011 tarih, 2011/1-99 E., 2011/145 K. sayılı kararı. Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 34.

²²⁴ 765 sayılı TCK'nın kaynak kanunu 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda bu hüküm; "*Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse....*" şeklinde düzenlenmişti. AYDIN, Haksız Tahrik, s. 38.

verilecek cezanın, haksız tahrik nedeniyle indirilmesinin herhangi bir koşula ya da sınırlamaya tabi tutulmaksızın uygulanmasına haksız tahrikin “*genellik*” özelliği denir.²²⁵ Her iki TCK düzenlemesine bakıldığında haksız tahrik kurumu genellik özelliğine sahip olacak şekilde düzenlenmiştir. Haksız tahrikin genel bir kural olarak düzenlenmesi, işlenen suçun niteliği ya da failin kişiliği, mağdurla olan ilişkisi gibi konular açısından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, tüm suç tiplerinde uygulanabilecek olmasını ifade eder.²²⁶ Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesine göre haksız tahrik, hem suç hem de kişi (fail) bakımından cezayı azaltmaya sebebiyet veren genel ve kanuni bir kuraldır.²²⁷

A. HAKSIZ TAHRİKİN FAİL BAKIMINDAN GENEL KURAL OLUŞU

TCK m. 29’da suç bakımından genel bir düzenleme öngören kanun koyucu, bu genellik özelliğini suçu işleyen fail bakımından da öngörmüş ve haksız bir tahrik neticesinde suç işleyen faille mağdur arasındaki ilişkinin önem taşımayacağını kabul etmiştir.²²⁸ Bu hususu vurgulamak için m. 29’da “...suç işleyen kimse...” ifadesi kullanılmış ve suç işleyen faille mağdur arasındaki ilişkinin yakın akrabalık ilişkisi, iş

²²⁵ ABBAN, s. 10.

²²⁶ AÇIKGÖZ, s. 54.

²²⁷ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 592; DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 422; TANER, s. 442; GÜRELLİ, s. 338; EREM, Haksız Tahrik, s. 338; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 473; TOROSLU, Genel Kısım, s. 264.

²²⁸ EREM, Haksız Tahrik, s. 639.

ilişkisi olması veya hiç ilişki olmaması arasında bir fark gözetilmemiştir.²²⁹ Böylece, haksız bir fiile maruz kalarak yakın akrabasına karşı işlediği suçlarda dahi²³⁰ fail ceza indiriminden yararlandırılacaktır.²³¹ TCK düzenlemesinde tepki suçunun kim tarafından işlendiğine bakılmaksızın koşulları olduğu müddetçe haksız tahrik hükmünün uygulanması zorunlu hale getirilmiştir.²³² Haksız tahrikin fail bakımından genel olmasını kabul eden TCK, haksız tahrikte suç yönünden bazı sınırlamalar getirmesinin yanında ayrıca fail bakımından da sınırlama getiren, diğer bir ifadeyle kanunda sayılan kimseler arasında işlenen suçlara haksız tahrikin uygulanmamasını kabul eden 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun m. 324'den (üstsoya karşı adam öldürme suçunda haksız tahriki kabul etmeyen madde) ayrılmıştır.²³³ Yine İngiliz ceza hukukunda, "*karı-koca arasındaki kavgalar...*" sırasında işlenen hakaret suçlarında,

²²⁹ TCK'daki bu düzenleme doğrultusunda Yargıtay; "*Ana-baba bir kardeş olan sanıkla maktulün olay günü babalarına ait lokantada salata yaparken (sen mi kuvvetlisin, ben mi kuvvetliyim) diyerek yaptıkları konuşma sırasında birbirlerine sarıldıkları ve sıra ile birbirlerini bellerinden kavrayarak havaya kaldırdıkları esnada büyük kardeş olan maktulün, küçük kardeş olan sanığı havaya kaldırıp fazlaca sıkması canını acıtması üzerine küçük kardeşin salata yapmak için elinde bulundurduğu bıçağı öldürülene doğru rastgele sallaması şeklinde gerçekleşen olayda, TCK'nın 51/1. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin kararda isabet yoktur....*" şeklinde karar vermiştir. **Yargıtay CGK'nın** 20.11.1978 tarih, 1978/331 E., 1978/412 K. sayılı kararı. Bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunun Gözübüyük Şerhi, C. I, B. 5, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1988, s. 620, 621.

²³⁰ Her ne kadar **Yargıtay CGK'nın** 15.07.1930 tarih, 133 K. sayılı eski bir kararında "*Hayvanları tarlaya soktuğundan dolayı kendisini azarlayan büyükbabasını öldüren failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacağına...*" karar vermiş olsa da Yargıtay'ın bu kararı verme nedeni, fail ile mağdur arasındaki ilişki değil, olayda haksız tahrik nedeninin bulunmamasıdır. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 594.

²³¹ ARTUK /GÖKCEN /YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 500.

²³² TOROSLU, Genel Kısım, s. 264.

²³³ EREM /DANIŞMAN /ARTUK, s. 594.

failin haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı kabul edilmiştir.²³⁴ Buna göre, kanunda sayılan türde akrabalık ya da yakınlık ilişkisine sahip mağdur ve fail arasında haksız tahrik oluşturacak fiil nedeniyle failin suç işlemesi durumunda, işlenen suçun türüne ve sebebine bakılmayacak, cezasından haksız tahrik indirimi uygulanmayacaktır.²³⁵

TCK’da yer alan bu düzenlemenin fail bakımından herhangi bir sınırlamanın olmaması nedeniyle, haksız tahrik neticesinde TCK m. 82’de yer alan adam öldürme suçunun nitelikli hali sayılan eşe veya yakın akrabaya karşı bu suçun işlenmesi durumunda hem ağırlaştırıcı neden dolayısıyla ceza arttırılacak, hem de haksız tahrik dolayısıyla ceza indirimi uygulanacaktır.²³⁶ Yine aynı şekilde mağdurun, milletvekili veya diplomat gibi ceza muafiyetine sahip birisi olması durumunda da, haksız tahrik hükmü uygulama alanı bulacaktır.²³⁷

Uygulamada, haksız tahrik neticesinde işlenen suçların çoğunluğu adam öldürme, yaralama ve hakaret suçlarıdır. Bu nedenle hakaret suçu için düzenlenen özel haksız tahrik haline benzer şekilde, adam öldürme ve yaralama suçlarına özgü haksız tahrik düzenlemesine ihtiyaç duyulduğu ileri sürülse de, haksız tahrikin genel kural olarak veya sadece kanunda belirli suçlar bakımından uygulanması, tercih edilen cezalandırma politikasının bir sonucudur ve bu durum ülkeden ülkeye farklılık

²³⁴ GÜRELLİ, s. 339.

²³⁵ Bkz. DURAN, s. 14.

²³⁶ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 50.

²³⁷ GÜRELLİ, s. 335.

gösterir.²³⁸ Ancak haksız tahrik kurumunun kanunda genel bir kural şeklinde düzenlenmesi nedeniyle, failin içinde bulunduğu psikolojik durum ve haksız tahrikin yapısı açısından herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın uygulanması daha uygun olacaktır.²³⁹ Zira tahrik etkisinde kalan failin hangi suçları işleyebileceğini sınırlamak suretiyle önceden belirlemek bir anlamda faili o suçları işlemeye yönlendirmektir. Diğer yandan böyle bir sınırlama tahrikin psikolojik ve hukuki esaslarına da aykırı bir görünüm taşır.²⁴⁰

B. HAKSIZ TAHRİKİN SUÇ BAKIMINDAN GENEL KURAL OLUŞU

Haksız tahrikin suç bakımından genel olmasından kasıt, koşulları olduğu takdirde nitelik itibariyle elverişli bulunan herhangi bir suçu işleyen herkese uygulanabilmesidir.²⁴¹ Haksız tahrik düzenlemesine suç ve kişi bakımından herhangi bir sınırlama getirilmeden yer verilmesinin kurumun psikolojik esasına ve kabul edilme amacına daha uygun olacağı, zira kanunun aradığı nitelikteki heyecanın etkisinde olan failin işleyeceği suç ve bu suçun mağduru bakımından muhasebe yapmasının kendisinden beklenmeyeceği ileri sürülmüştür.²⁴²

²³⁸ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 230.

²³⁹ EREM/ DANIŞMAN /ARTUK, s.594.

²⁴⁰ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 230.

²⁴¹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 38.

²⁴² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 594; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 171.

Haksız tahrik halinde tepki suçu işleyen failin bu tepkinin icrai veya ihmali fiille olması arasında bir fark yoktur.²⁴³ Söz gelimi kendisine hakaret eden arkadaşına kızan failin arkadaşını zehirlemesiyle, zehirli olduğunu bildiği bir bitkiyi yemesini izlemesi haksız tahrik uygulaması açısından aynıdır. Ancak öğretide bir düşünceye göre; her ne kadar kanun haksız tahriki genel bir hüküm şeklinde düzenleyerek tüm suç tipleri bakımından uygulanabilmesine imkan verse de bazı suçların nitelikleri gereği haksız tahrik altında işlenmeleri olası değildir.²⁴⁴ Bu suç tiplerine örnek olarak; genel adap ve aile düzenine karşı işlenen suçlar,²⁴⁵ rüşvet, irtikap gibi kamu idaresine karşı işlenen suçların yanında taksirle işlenen suçlarla, töre²⁴⁶ veya kan gütme saikiyle işlenen öldürme suçlarında,²⁴⁷ belgede sahtecilik,²⁴⁸ yağma²⁴⁹ ve cinsel

²⁴³ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 40.

²⁴⁴ DURAN, s. 11; EKERBİÇER, s. 16.

²⁴⁵ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 172.

²⁴⁶ “...Maktulenin kız kardeşinin eşi ile ilişkisi olduğunu öğrenen sanıkların öldürülme konusunda karar aldıkları, kaçan maktuleyi bulup getirdikleri ve babası olan sanık tarafından öldürüldüğü olayda, sanıkların töre saikiyle hareket ettikleri anlaşıldığından, 5237 sayılı TCK.nun 82/1-k maddesi gereğince cezalandırılmaları ve tahrike dayalı indirimden yararlandırılmamaları gerekir...” **Yargıtay 1. CD.’nin**, 25.04.2008 tarih, 2007/8437 E., 2008/3340 K. sayılı kararı.

²⁴⁷ “...Kan gütme sebebiyle adam öldürme suçlarında TCK. ’nun 51. maddesinin tatbikine imkan yoktur. Zira kan gütme sebebiyle adam öldürme suçlarında sebep, diğer adıyla katil suçlarında mümkün olan acı ve öfke duygusu değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı bir düşüncedir...” **Yargıtay CGK’nın**, 4.6.1973 tarih, 1973/332 E., 1973/458 K. sayılı kararı.

²⁴⁸ EKERBİÇER, s. 16.

²⁴⁹ “Zorla ırza geçme ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini” **Yargıtay 5. CD’nin** 29.03.2006 tarih, 2006/402 E., 2006/2577 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2006-402.htm&kw=`2006/2577`#fm>, E.T. 01.08.2016.

dokunulmazlığa karşı suçlar gösterilmiştir.²⁵⁰ Ayrıca Yargıtay bazı kararlarında sırf hareket suçlarının²⁵¹ haksız tahrik altında işlenemeyeceğini ve bir sırf hareket suçu olan 6136 sayılı Kanun'a muhalefet suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmiştir.²⁵² Ancak arabasına çarpan komşusuna kızdığı için komşusu aleyhine borç senedi düzenleyen fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanmasına kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, yukarda sayılan türdeki suçlarda haksız tahrik kurumunun uygulanamamasının esas sebebi suçun şekli suç olması, suçun nitelik itibariyle tahrik fiiline tepki olarak işlenmesinin mümkün olmamasıdır.²⁵³

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı öğretide genel olarak kabul edilen bir düşüncedir. Buna göre, cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar failin sahip olduğu bir arzunun bastırılmasına yöneliktir.

²⁵⁰ YAVUZ, s. 463, 464; AKTAŞ, s. 126-130; BARDAK, s. 49, 50.

²⁵¹ “Şekli suç sadece belirli bir hareketin veya ihmalin gerçekleşmesiyle tamamlanan suçtur. Bu suçlara örnek olarak; askeri yasak bölgelere girme (TCK m. 332), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116), suçu ihbar etmeme (TCK m. 279), suç işlemek için örgüt kurma (TCK m. 220), hakaret (TCK m. 125) ve zimmet (TCK m. 247) verilebilir.” TOROSLU, Genel Kısım, s. 135. “Şekli suçlarda haksız tahrik kurumunun kabul edilmemesine gerekçe olarak öğretide, bu suçlarda, faili harekete geçiren bir tahrik fiilinin kabulünün mümkün olmaması ve failin bu suçları kendi iç dünyasındaki duygu ve buhranlar neticesinde işlediği ileri sürülse de bu gerekçenin her zaman ve her olayda kabulü olası değildir. Çünkü, konut dokunulmazlığını ihlal veya hakaret gibi suçlar pekala tahrik altına işlenebilen suçlardır. Şekli suçların bir kısmının haksız tahrik altında işlenebilen suçlar olması sebebiyle bir genelleme yapmak yerine somut olayda suçun niteliğine göre bir değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır.” AYDIN, Haksız Tahrik, s. 47.

²⁵² “Korku, kaygı veya panik yaratabilecek şekilde silahla ateş etmek suçunun yapısı ve niteliği itibariyle tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli bulunmadığı gözetilmeden, sanığın cezasından TCK.nun 51. maddesi uyarınca indirim yapılması doğru değildir.” **Yargıtay 8. CD’nin**, 6.11.2003 tarih, 2002/9728 E., 2003/5718 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-2002-9728.htm&kw=`2003/5718`#fm>, E. T. 26.07.2016.

²⁵³ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 302.

Bu nedenle failin haksız fiilden kaynaklanan hiddet veya şiddetli elemi değil, sahip olduğu başka arzuları bastırmak için suç işlemesi durumunda haksız tahrikten yararlanması mümkün değildir.²⁵⁴ Yargıtay verdiği eski tarihli bir kararında; *“İrza geçme suçları, şehvi bir kasıtle ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardandır. Olayda kendi bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdur Ekrem’i yakalayan sanığın, boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiği kabul edilip, mağdurun bahçeden kayısı çalması sanık lehine haksız tahrik olarak nitelendirilmiş ve TCK 51/1. Maddesiyle cezadan indirim yapıldığı görülmüştür. Kanun maddesindeki yazılış ve yukarıda yapılan açıklama ışığı altında mağdur Ekrem’in, sanığın zararına işlediği haksız tahrik sayılan eylemiyle işlenen suç karşılaştırılırsa, bu ikisi arasında nitelikleri bakımından bir bağlantı, ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır. Demek ki, tahrik sayılan eylem, ne ağır ne hafif tahrik niteliğinde değildir. Belki de takdiri indirme sebebi kabul edilebilir.”*²⁵⁵ şeklinde karar vererek karara konu olayda, haksız tahrikin uygulanma olanağı bulunmadığına işaret etmiştir. Ancak Yargıtay bu kararda ırza geçme suçlarının şehvi bir kasıtle ve bu duygunun tatmini amacıyla işlenebileceğini belirterek cinsel saldırı suçunun özel kastla işlenebileceğini kabul etmiş ve böylece vicdana uygun karar vermeye çalışırken işkence suçu ya da insanlığa karşı suçlar kapsamında işlenen cinsel saldırı suçlarını gözden kaçırmıştır.²⁵⁶ Bahsedilen kararda haksız tahrik hükmünün

²⁵⁴ Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yapısı ve bu suçların haksız tahrikle bir arada uygulanıp uygulanamayacağı hakkında bkz. **TANER**, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 217 vd.

²⁵⁵ **Yargıtay 5. CD’nin**, 24.01.1979 tarih, 1979/51 E., 1979/84 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 136.

²⁵⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 172.

uygulanamamasının nedeni cinsel saldırı suçunda özel kastın gerekliliği değil haksız tahrik oluşturan haksız fiille işlenen tepki suçu arasında yapı ve nitelik bakımından uygunluk olması gerektiğidir.²⁵⁷ Nitekim Yargıtay'ın cinsel suçların haksız tahrike tepki suçu şeklinde işlenemeyeceği ve özel kast gerekli olduğu şeklinde yakın zamanda vermiş olduğu benzer bir kararda, bu karara katılmayan bir üye, şartları olduğu takdirde özel kast gerekmeksizin cinsel suçların tepki suçu şeklinde işlenebileceğini belirtmiştir.²⁵⁸

²⁵⁷ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 49; AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 239.

²⁵⁸ "...Sanık Abdulkadir Sert oğlu Ali Sert'in müşteki Durdu Özdemir'in kendisini arkadan kullandığını anlatması üzerine eşinden bunu duyan sanığın, on üç yaşındaki müşteki Durdu Özdemir'i arazide arkadaşlarıyla oynarken alarak diğer arkadaşlarından uzaklaştırdığı 'sen benim oğluma nasıl yaptıysan bende seni öyle yapacam' diyerek, pantolonunu indirterek cinsel organına kalçasına ve makat bölgesine sürttüğü, 'seni köy içerisinde çıplak gezdireceğim' diyerek, alt bölgesi soyunuk, atletli şekilde mağduru araziden köyün içerisindeki evinin ahırına götürdüğü orada da aynı şeyi yapmak istediği, ancak sanığın eşi Ayşe ve tanık Fatma Turan'ın gelmesi ile 'ben buna yapacağımı yaptım siz ne yaparsanız yapın ben onu üç defa yaptım altından nasıl kalkarsanız kalkın, bildiğiniz yere şikâyet edin' dediği, müşteki Durdu Özdemir'in bu eylemlerin kendisine yapılması esnasında sanığın cinsel organının sertleşmediğini beyan ettiği görülmekle tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde;

Sanığın oğlu Ali'ye yönelik müşteki Durdu tarafından tasaddide bulunduğu ilişkin yoğun bir şüphe bulunduğu, sanığın oğluna karşı samimi olarak yapıldığını düşündüğü haksız bir hareketin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında isnat edilen eylemi müştekinin de belirttiği şekilde şehvi bir tatmin duygusu olmaksızın gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır. Sanığın eylemini haksız bir fiilin şiddetli etkisi altında gerçekleştirmesi ve şehvi bir duygu taşımaması nedeniyle TCK 29 daki haksız tahrik hükümlerinin uygulanması şartları oluşmuştur. Her ne kadar Yüksek 5. Ceza Dairesinin 12.06.2007 gün ve 2007/4022-4722 Ek sayılı nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarıyla ilgili bir kararında sanıkların işledikleri suçların niteliği dikkate alınarak haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması mümkün olmadığına işaret etmiş olup bu karar haklı olarak haksız tahrik ile şehvet duygularının birbiriyle bağdaşmadığı kabulüne dayandırılmış ise de; somut olayımızdaki suçun işleniş biçimi itibarıyla haksız bir fiil ve bunun etkisiyle anılan eylemin gerçekleştiği, fakat müştekinin ifadesinde de belirttiği şekilde sanığın cinsel organının sertleşmediği, sanık babanın oğluna yapılan eylemden dolayı duyduğu kızgınlıkla bu eylemi yaptığı, haksız tahrik sonucu yapılan eylem esnasında şehvet hissinin bulunmadığı, şehvet hissinin bulunmaması nedeniyle gerçekleştirilen cinsel davranış görünümündeki eylemde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Esasen Ceza Kanunun genel hükümler bölümünde düzenlenen kusurluluğu azaltan TCK'nın 29. maddesi, şartların oluşması halinde herhangi bir ayırım yapılmadan bütün suçlar bakımından geçerli bir maddedir. Bu nedenle şehvi bir nitelik taşımaması şartıyla, cinsel suçlar

Bir görüşe göre, haksız tahrik düzenlemesinde elverişli olan/olmayan suç ayrımı yapılmadığı gibi haksız tahrik indiriminin nitelik olarak hangi suçlarda uygulanamayacağından da söz edilmemektedir. Dolayısıyla öğretide ileri sürülen bu ayrım yerinde değildir.²⁵⁹

Haksız tahrikin suç bakımından genel bir kural oluşunun kanundaki tek istisnası, özel haksız tahrik halidir. Özel haksız tahrik hali, genel hükümlerde düzenlenen haksız tahrik hükmünden farklı olarak bütün suç tipleri bakımından değil, yalnızca düzenlemede belirtilen veya ilgili bulunduğu suç yönünden uygulanan bir indirim nedenidir.²⁶⁰ Mülga TCK dört ayrı suç tipine ilişkin özel haksız tahrik haline yer vermişken;²⁶¹ 5237 TCK sadece hakaret suçu için özel tahrik halini düzenlemiştir.²⁶² Somut olayda failin işlediği suça ilişkin özel bir haksız tahrik düzenlemesi var ise bu durumda genel hükümlerde (TCK m. 29) yer alan haksız tahrik

kapsamına giren eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır...." Yargıtay 14. CD'nin, 14.05.2012 tarih, 2011/1658 E., 2012/1899 K. sayılı kararı.

²⁵⁹ DURAN, s. 11; EKERBİÇER, s. 16.

²⁶⁰ ARTUK /GÖKCEN /YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 500.

²⁶¹ 765 sayılı TCK'da yer alan bu suçlar; memurun yetki sınırını aşarak ve keyfi hareketlerle kendisine yönelik mukavemete sebebiyet vermesi halinde failin cezasının indirimine ilişkin m. 258/4; memurun keyfi hareketiyle kendisine yönelik müessir fiile neden olması halinde failin cezasından yapılacak indirimine ilişkin m. 272; zina halinde yakalanana öldürmeye veya müessir fiilde bulunmaya ilişkin m. 462 ve karşılıklı hakarete ilişkin m. 485'te düzenlenen suçlardır.

²⁶² TCK'da yer alan bu özel haksız tahrik hükmü, m. 129'da düzenlenen ve hakaret suçuna ilişkin hükümdür. Bu hüküm tezin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak inceleneceğinden bu kısımda genel bir açıklama yapılmıştır.

hükmü uygulanmaz,²⁶³ özel hükümlerdeki düzenleme uygulanır.²⁶⁴ Zira özel haksız tahrik düzenlemesinin uygulama alanı bulduğu durumlarda, suç failinin tek bir indirim nedeninden iki defa yararlanması mümkün olmadığı göz önüne alınarak, özel kanun-genel kanun karşılaştırılması yapılacak ve özel düzenleme uygulanacaktır.²⁶⁵ Faile verilecek ceza hesaplanırken, özel haksız tahrik hükümlerinin uygulanması, genel tahrik hükümlerinin uygulanmasını engeller.²⁶⁶

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK

1. Haksız Tahrike Genel Hükümlerde Yer Veren Ceza Kanunları

Haksız tahrikin ceza kanunundaki düzenlemesi bakımından kanunlar birbirinden farklı sistemler izlemektedirler. Bu sistemlerden biri, TCK'da olduğu gibi,

²⁶³ “Sanığa atılı hakaret suçundan dolayı tahrik nedeniyle cezadan indirimin özel indirim maddesi olan 5237 sayılı TCK’nun 129’uncu maddesi uyarınca yapılması gerekirken aynı Kanun’un 29’uncu maddesi ile yapılmasına karar verilmesi.... yasaya aykırıdır.” **Yargıtay 2. CD’nin** 31.10.2007 tarih, 2007/10588 E., 2007/14100 K. sayılı kararı. Bkz. ARTUK /GÖKCEN /YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 500, dn. 130. “Sanığın aşamalarda, yeşil kart başvurusu nedeniyle emniyet müdürlüğüne geldiklerini, alt kattan işlemin ikinci katta yapıldığını söylemeleri nedeniyle yukarı çıktıklarında, katılanın ameliyatlı kolundan tutup merdivenden aşağıya doğru iteklediğini ve bu sırada canının acıması nedeniyle sinirlenerek “şerefsiz” demiş olabileceğini savunması karşısında, hakaret suçu yönünden özel olarak düzenlenmiş bulunan TCK m. 129/2 hükmünün uygulanması gerekirken, genel nitelikli tahrik hükmünün uygulanması”, **Yargıtay 4. CD’nin** 02.02.2011 tarih, 2010/22676 E., 2011/816 K. sayılı kararı. Bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 412, dn. 973.

²⁶⁴ GÜRELLİ, s. 340.

²⁶⁵ **BAŞAR**, Nur, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik-II”, AD, S. 4, 1980, s. 355; AYIK, s. 88; **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 478.

²⁶⁶ **ZAFER**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 328.

haksız tahrikin ceza kanunun genel hükümleri arasında ve her suç bakımından uygulanabilecek şekilde yer aldığı sistemdir.

Haksız tahrike genel hükümler kısmında yer veren kanunlardan biri İtalyan Ceza Kanunu'dur. 1930 tarihli İCK'da haksız tahrik, genel hafifletici nedenler başlığını taşıyan 62. maddenin 2. fıkrasında²⁶⁷ düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre; *“Başkasının haksız bir fiilinin meydana getirdiği hiddetin etkisi altında hareket edilmesi”* halinde failin cezasından indirim yapılacağı öngörülmüştür.²⁶⁸ İtalyan öğretisinde bir görüşe göre bu madde, İCK m. 90'da yer alan *“heyecan ve ihtiras halleri ceza ehliyetini ne kaldırır ne de azaltır”* şeklinde ifade edilen ve cezanın belirlenmesinde her türlü duygu ve heyecanın dikkate alınmayacağı kuralının istisnasını oluşturmaktadır.²⁶⁹

İtalyan Ceza Kanunu m. 62'de yer alan haksız tahrik, TCK'da olduğu gibi cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. İCK m. 62/2 düzenlemesinin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin hakim olamayacağı duyguların etkisiyle saldırgan ve öfkeli bir güdü içine girmesine yol açan kuvveti bir etki altında bulunması gerekliliğidir. İkinci unsur, fail dışında bir kimseden kaynaklanan haksız bir fiilin varlığıdır.²⁷⁰ Üçüncü unsur ise, fail dışında bir kimseden

²⁶⁷ GÜRELLİ, s. 338.

²⁶⁸ **PISAPIA**, Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri-Genel Kısım, (Çev. Atıf AKGÜÇ), Ankara, 1971, s. 163.

²⁶⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 152.

²⁷⁰ PISAPIA, s. 163.

kaynaklanan haksız fiille, bu haksız fiile karşı gösterilen tepki arasında bir nedensellik bağının bulunmasıdır.²⁷¹

İCK’da genel hükümlerde yer alan haksız tahrik düzenlemesinin yanında ayrıca, kanunun 599. maddesinde “*karşılıklı tahkir ve tahrik*” hali düzenlenmiş ve bu maddeye göre, karşılıklı hakaret durumunda hakimnin taraflardan biri veya her ikisi hakkında ceza verilmemesine karar verebileceği ifade edilmiştir.²⁷²

Haksız tahriki gerek genel hükümler gerekse özel hükümler kısmında bazı suç tipleri açısından düzenleyen kanunlardan biri de İsviçre Ceza Kanunu’dur. İsviçre CK m. 48/1’de;²⁷³ “...fail, eğer mazur görülebilir yoğun ruhi karışıklık veya diğer bir ağır ruhi baskı altında hareket etmişse” failin cezasının indirileceğinden söz edilmiştir.²⁷⁴ Yine İsviçre CK’nın 113. maddesinde kasten adam öldürme suçu bakımından, 177. maddesinde de hakaret suçu bakımından özel haksız tahrik düzenlemelerine yer verilmiştir.²⁷⁵

²⁷¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 153.

²⁷² DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 65.

²⁷³ İsviçre Ceza Kanunu’na 2007 yılında genel hükümler kısmında değişiklik meydana getiren kanun kabul edilmeden önce haksız tahrik, Kanun’un 64. maddesinde “*genel hafifletici nedenler*” başlığı altında “*haksız bir kışkırtma veya küçük düşürme üzerine ortaya çıkan öfke veya büyük bir elem hali faili tahrik etmişse failin cezası hafifletilir*” şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre, haksız tahrikin varlığından söz edebilmek için mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız tahrik veya küçük düşürme fiilinin mevcut olması ve failin bu fiiller dolayısıyla gazap veya üzüntüye sürüklenmesi şartları aranmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. DURAN, s. 29 vd.

²⁷⁴ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 58.

²⁷⁵ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 23.

2. Haksız Tahrike Bazı Suç Tipleri İçin Özel Olarak Düzenleyen Ceza Kanunları

Bazı ceza kanunları benimsedikleri sistem gereğince genel hükümler kısmında yer alan ve tüm suç tipleri bakımından uygulanabilecek haksız tahrik hükmüne yer vermekten kaçınarak, bu kurumu bazı suç tipleri için uygulanan bir indirim sebebi olarak kabul etmişlerdir.

Haksız tahrike sadece belirli suç tipleri bakımından yer veren ceza kanunlarından biri Alman Ceza Kanunu'dur. Alman CK'da haksız tahrik üzerine öldürme (m. 213) ve karşılıklı tahkir (m.199) hallerine özel olarak yer verilmiştir. Bu özel haksız tahrik hallerinin yanında Alman CK m. 20 ve m. 21'de haksız tahriki de kapsayan kısmi isnat yeteneğine ilişkin hükümler bulunmaktadır.²⁷⁶ Alman CK. m. 21'de failin iradesini etkileyen genel bir indirim hali yer almıştır. Bu düzenleme dolayısıyla genel bir hüküm olarak haksız tahrike yer verilmese de, m. 21 nedeniyle failin haksız tahrik indiriminden yararlanması mümkündür.²⁷⁷

Benzer şekilde İngiltere'de de 2009 yılına kadar, 1957 tarihli *Homicide Act* uygulanmaktaydı ve haksız tahrik, sadece adam öldürme suçları bakımından uygulanan cezayı azaltıcı bir sebepti. 2009 tarihli *Coroners and Justice Act* ile 1957 tarihli Kanun mülga edilmiş yerine 54. ve 55. maddelerle haksız tahrik yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme mülga kanuna benzer şekilde, failin tahrik neticesinde kontrol kaybı yaşaması ve bu nedenle suç işlemesi durumunda işlenen suç tipinin

²⁷⁶ DURAN, s. 25.

²⁷⁷ AÇIKGÖZ, s. 48.

değiştigi kabul edilerek failin cezasının azaltılır.²⁷⁸ 2009 tarihli Kanun'da, önceki düzenlemeden farklı olarak, söylenen söz veya sergilenen bir davranışın meydana getirdiği kızgınlığın yanında korku halinin de kontrol kaybına yol açtığı kabul edilerek “*hırpalanmış/tartaklanmış kadın sendromu*” (*battered women syndrome*) etkisi altında eşlerini veya partnerlerini öldüren kadınların haksız tahrik düzenlemesinden yararlanmaları amaçlanmıştır.²⁷⁹ Dolayısıyla, İngiltere’de 2009 tarihli Kanun’a göre, kontrol kaybı olarak adlandırılan haksız tahrik altında adam öldürme suçunun işlenmesi durumunda fail, nitelikli adam öldürme suçundan değil, basit adam öldürme suçundan yargılanacak ve cezası buna göre tayin edilecektir.²⁸⁰

3. Haksız Tahrike Yer Vermeyen Ceza Kanunları

Bazı ceza kanunları haksız tahrik kurumuna ceza kanununun genel hükümler kısmında ya da belirli suç tipleri bakımından yer vermezler. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu bu tip kanunlara örnektir. 1810 tarihli Fransız CK’da belirli suçlar açısından haksız tahrik hükmüne yer verilmişken, modern ceza kanunlarının en mükemmeli olarak adlandırılan 1994 tarihli Kanun’da haksız tahrik yer almamıştır. 1810 tarihli Kanun’da “*kan suçları*” adı verilen “*müessir fiil ve adam öldürme*” suçları için ve

²⁷⁸ 2009 tarihli Coroners and Justice Act m. 54’de haksız tahrikin söz konusu olabilmesi için gereken şartlar şu şekilde sıralanmıştır: “*a- kişinin kendi davranışları üzerinde hakimiyetini yitirmesi (loss of self control m. 54/1.a), b- bu hakimiyeti yitirme haline nitelikli sebep/tahrik olarak tabir edilen bir davranışın sebebiyet vermesi (m. 54/1.b); c- filin yaşının ve cinsiyetinin de dikkate alındığı makul davranış şartının bulunması (m. 54/1.c).*” Ayrıntılı bilgi için bkz. BOZBAYINDIR, s. 63 vd.

²⁷⁹ **HORDER**, Jeremy, “*Reshaping the Subjective element in the Provocation Defence*”, Oxford J legal Studies, Spring 2005, Vol. 25 (1), s. 123.

²⁸⁰ DEMREN DÖNMEZ, s. 269.

“*hakaret ve sövme*” suçlarına ilişkin haksız tahrik hükümleri yer almaktaydı. Yine 1810 tarihli Kanun, haksız tahrik hükmünün uygulamasını kanunda sayılan kişiler bakımından sınırlamıştı.²⁸¹

1810 tarihli Kanun’u ve dolayısıyla haksız tahrik hükümlerini de ortadan kaldıran yeni ceza kanununda daha modern bir sistem benimsenerek kanunda suçlar için sadece yukarı sınırın gösterilmesi metodu tercih edilmiştir. Böylelikle hakim somut olayın özelliklerine göre cezayı belirlerken haksız tahriki de göz önünde bulundurma imkanına sahip olmuştur.²⁸²

VI. HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrikin hukuki esasını belirlemeye yönelik sürdürülen tartışmanın yanında ayrıca, öğretilerde haksız tahrikin suç üzerinde ne gibi bir etkisinin olduğu hususu da tartışılmıştır. Haksız tahrikin hukuki esasını bu açıdan inceleyen yazarlar, bu kurumun failin kusurunu etkileyen veya suçu etkileyen hallerden olduğu konusunda

²⁸¹ 1810 tarihli Fransız CK m. 321’e göre; anne veya babaya karşı işlenen müessir fiil ya da öldürme fiillerinde failin haksız tahrik hükmünden faydalanması yasaklanmıştı. Yine aynı kanunda, kocanın karısını zina halinde yakalayarak karısı veya karısının sevgilisine karşı müşterek ikametgahlarında işleyeceği adam öldürme suçu hariç olmak üzere, eşlerin birbirlerine karşı işleyecekleri suçlar bakımından da haksız tahrik hükmünün uygulanmasına izin verilmemiştir. Bkz. DURAN, s. 32; GÜRELLİ, s. 338.

²⁸² BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 161 vd.

farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Öğretideki bu ayrımın temel nedeni suç genel teorisi bakımından farklı suç ayrımlarının kabul edilmesidir.²⁸³

Haksız tahrikin hukuki esası konusunda yaşanan belirsizlik öğretiyle sınırlı kalmamış uygulamaya da yansımıştır. Nitekim TCK m. 29'un Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Doğubayazıt Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvurusu²⁸⁴ üzerine Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve verdiği ret gerekçesi haksız tahrikin hukuki esasının ne olduğu konusunda uygulamada kafa karışıklığı olduğunu göz önüne sermektedir.²⁸⁵

²⁸³ Türk ceza hukuku öğretisinde suçun kurucu unsurlarının sayısı bakımından farklı ayrımlar kabul edilmiştir. Bu farklılığın nedeni "*hukuka aykırılık*" kavramının suçun unsurları arasında sayılıp sayılmayacağı konusundadır. Bu tartışma doğrultusunda bazı yazarlar suçu maddi unsur ve manevi unsur şeklinde ikili ayrıma tabi tutarak geleneksel açıdan incelemiş ve hukuka aykırılığı suçun kurucu bir unsuru değil, özü, içkin niteliği saymıştır. (TOROSLU, Genel Kısım, s. 109- 118.) Buna karşılık, başka bir görüşe göre ise suç tipiklik (kanuni unsur), maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılıktan oluşur. Buna göre ceza hukuku açısından hukuka aykırılık, hukuk düzeniyle çatışan bir fiil olan suçun üç unsurundan biridir ve söz konusu fiilin gerçekleştirilmesi esnasında herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasını ifade eder.(DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım, C. I, B.10, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 311; KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 127 vd.) Bu yazarlar suçun maddi unsurunun ne olduğunun kanunda açıkça gösterilmesi, daha doğru bir ifadeyle fiilin kanuni tipe uygun sayılması anlamına gelen tipikliği suçun kurucu unsurlarından biri saymışlardır. Bir başka görüşe göre ise suç, maddi unsur, manevi unsur, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde dört unsurdan oluşur (ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 10, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 154-157) .

²⁸⁴ Mahkeme “ *suç işleyen kişi hakkında, işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olarak ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunması gerektiğini, ceza ve güvenlik tedbirlerinin işlenen suçun ağırlığı ile orantılı olmadığı durumlarda, kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini, kasten adam öldürme suçlarında verilen müebbet hapis cezalarının haksız tahrik nedeniyle 18 yıl hapis cezasına indirilmesinin kamu düzenini bozduğunu ve toplum barışını ortadan kaldırdığını, bu gibi olumsuzlukları ortadan kaldırmanın devletin görevi olduğu*” gerekçesiyle m. 29'un Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle hükmün iptalini istemiştir. DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 67.

²⁸⁵ **AYM'nin**, 19.2.2009 tarih, 2007/ 91 E., 2009/25 K. sayılı kararının gerekçesi şöyledir; “*Yasa'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiç bir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmak ilkesini tercih eden yasakoyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız*

B. HAKSIZ TAHRİKİN SUÇA ETKİ EDEN BİR NEDEN OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Kanun koyucu bazı davranışları tehlikeli veya zararlı görerek bunları kanunda suç olarak düzenlemiş, fakat bazı haller için, bu suçların basit hallerinin yanında nitelikli hallerine de yer vermeyi tercih etmiştir.²⁸⁶ Kanun koyucunun böyle bir ayırım yapmasının nedeni, suçun niteliği ve ağırlığının yanında failin suçu işlerken içinde bulunduğu fiziksel ve psikolojik şartları, failin kusurunun derecesini, failin ve mağdurun sıfatlarını göz önüne alarak hem failin hem de toplumun yararına olan bir cezayı tayin etmek istemesidir.²⁸⁷

Genel bir tanımla suç etkileyen neden; doğrudan suçun unsurları arasında sayılmayan, diğer bir deyişle yokluğu halinde suçun mevcudiyetini etkilemeyen, bulundukları durumda ise suçun hukuki vafına etki etmeyen, fakat suçun ağırlığını etkileyen, yani temel cezaya daha fazla ceza eklenmesini ya da cezanın indirilmesini gerektiren nedenlerdir.²⁸⁸ Bir unsur kanun koyucu tarafından suçun kurucu unsurlarından biri sayılabileceği gibi, suça etki eden nedenlerden biri de sayılabilir.

tahrik altında suç işleyenlerin cezasından, maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."
<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090602.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090602.htm> , E.T. 13.04. 2016.

²⁸⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki /ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayınevi, Ankara, 2014, s. 366.**

²⁸⁷ **TANER, s. 437.**

²⁸⁸ **DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 413; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 366.**

Bir durumun suçun unsuru mu yoksa suça etki eden neden mi olduğunu anlayabilmek için onun suçun yapısında hangi işlevi taşıdığına bakılması gerekir; eğer bahsedilen durum gerçekleşmediğinde suç oluşmuyor diyorsak suçun kurucu unsuru, fakat o durum gerçekleşmediğinde de belirli bir suçtan bahsedebiliyorsak suçu etkileyen nedendir.²⁸⁹

Suçu etkileyen nedenler çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bunlardan ilki cezanın artması ya da azalmasına göre, suçu etkileyen nedenler *cezayı ağırlaştırıcı nedenler* veya *hafifletici nedenler* şeklinde ikiye ayrılır.²⁹⁰ Elbette ki bu ayrım temel cezaya eklenecek ya da azaltılacak ceza konusundadır. Bu konudaki bir diğer ayrım, işlenen suç neticesinde faile hapis cezası mı yoksa para cezası mı verileceğini belirleyen *niteliksel etki* ile verilecek cezanın alt sınırdan mı yoksa üst sınırdan mı verileceğini belirleyen *niceliksel etki* şeklinde yapılan ayrımdır.²⁹¹ Suça etki eden nedenler konusunda yapılan bir diğer ayrım; bu nedenlerin fiilî ve şahsî olmasına ilişkindir. Fiilî haller *objektif*, şahsî haller ise *sübjektif* nedenler şeklinde adlandırılmaktadır. Objektif nedenler suçun niteliği, konusu, kullanılan araç, fiilin işlendiği zaman ve mekan, meydana gelen zarar veya tehlike, mağdurun sıfatı ve durumu ile alakalı olan nedenlerdir. Sübjektif nedenlerse, faildeki kast veya taksirle ya da fail ile mağdur arasındaki ilişkiyle ilgilidirler. Suça etki eden nedenler konusunda, kanunun belirttiği haller ve hakimın takdirine bırakılan haller için *kanuni* ve *takdiri* haller olmak üzere bir başka ayrım yapılmıştır. Ancak belirtilmesi gerekir

²⁸⁹ YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 311.

²⁹⁰ TOROSLU, Genel Kısım, s. 262.

²⁹¹ YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 311.

ki, modern hukuk düzeninde suça etki eden takdiri nedenler yalnızca cezayı hafifletici nitelik taşıyan nedenler olarak kabul edilmiştir.²⁹² Suça etki eden nedenler hususunda yapılan son ayırım, bu nedenlerin kapsamı yönünden *genel* ve *özel* nedenler şeklinde yapılan ayırım olmuştur. Şöyle ki, bütün suçlar için geçerli olan nedenler suça etki eden genel nedenler, belirli suçlar veya suç grupları için geçerli olan nedenler özel nedenler sayılmıştır. Genel nedenler, TCK'nın genel hükümler kısmında, özel nedenler ise özel hükümler kısmında ilgili suç tipi bakımından yer alırlar. Kanun koyucu, TCK'da cezayı ağırlaştıran genel bir nedene yer vermemiştir.²⁹³

Bazı yazarlara göre haksız tahrik suça etki eden bir nedendir, zira haksız tahrik hali mevcut olmadığı durumlarda da belirli bir suçun varlığından söz edilebilmektedir. Bu görüşe göre; haksız tahrik, suçun varlığına ya da yokluğuna etki etmeyip temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınan bir husus olduğundan suça etki eden nedenlerden biri sayılmalıdır.²⁹⁴ Haksız tahriki suça etki eden nedenlerden biri sayan bu görüşe göre, suça etki eden nedenler arasında takdiri indirim nedenlerini de saymak gerekir. Haksız tahrik, takdiri indirim nedenlerine benzer şekilde suçun temel unsurları dışında kalır ve şartları oluştuğu takdirde faile daha az ceza verilmesini sağlar.²⁹⁵ 765

²⁹² DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 237.

²⁹³ TOROSLU, Genel Kısım, s. 263; YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 312.

²⁹⁴ TOROSLU, Genel Kısım, s. 263; DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 237; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 367.

²⁹⁵ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 17. “Suçu etkileyen genel nitelikteki bir hal olan haksız tahrik, TCY.nın 51. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre tahrik; failin, haksız bir eylemin doğurduğu öfke ve elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir.” **Yargıtay CGK’nın**, 26.3.2002 tarih, 2002/1-55 E., 2002/220 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2002-1-55.htm&kw=`2002/220`#fm>, E.T. 22.06.2016.

sayılı TCK'nın 51. maddesinde düzenlenen haksız tahrik kurumu, genel, sübjektif, kanuni ve hafifletici nitelikte suça etki eden neden şeklindeydi.²⁹⁶ 2001 tarihli TCK Tasarısında²⁹⁷ ve ondan önceki birkaç tasarıda da haksız tahrik 765 sayılı TCK'da olduğu gibi suça etki eden bir neden şeklinde düzenlenmiş, fakat niçin suça etki eden neden sayıldığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.²⁹⁸

C. HAKSIZ TAHRİKİ KUSURLULUĞA ETKİLİ BİR NEDEN OLARAK İNCELEYEN GÖRÜŞ

1. Kusurluluk Kavramı

Ceza hukukunda bir kimsenin yapmış olduğu bir fiil nedeniyle cezalandırılabilmesi için bu fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması yetmez, aynı zamanda bir insan iradesinden kaynaklanması gerekir. Bu durum ceza hukuku öğretisinde *kusurluluk*, *suçun manevi* veya *sübjektif unsur* şeklinde adlandırılmaktadır.

Ceza hukuku, failde, fiili işlediği sırada bulunması gereken iradenin taşıdığı önemi başka hiçbir konuya vermemiş ve irade kadar hiçbir konuyu temel sorun haline getirmemiştir. Belki de bu nedenle "*irade suçlu değilse eylem faili suçlu kılmaz*" ilkesi

²⁹⁶ DÖNMEZER /ERMAN, C. II, s. 422.

²⁹⁷ 2001 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı için bkz; <http://www.2.tbmm.gov.tr/d.22/1-059301pdf>, E.T. 02.01.2016.

²⁹⁸ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 17.

sürekli tekrarlanan temel ilkelerden biri olmuştur.²⁹⁹ Ceza sorumluluğu açısından deyim yerindeyse kilometre taşı niteliği gören kusur sorumluluğu kabul edileli çok zaman olmamış ve bu nedenle de kusurun neleri kapsadığı hususunda tartışmalar çıkmıştır. Ceza hukuku bir kimsenin cezalandırılabilmesini, bilerek ve kimi zaman istenerek yapılan bir hareketin varlığına bağlayarak, kusurluluk kavramını ve dolayısıyla failin psişliğini göz önünde bulundurmuş ve kusuru, ceza hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran bir husus saymıştır.³⁰⁰

Ceza hukukunda failin sorumluluğunun temel şartı fiili iradi olarak işlemesi olduğundan, iradi olarak işlenmeyen fiiller hukuka aykırı olsa bile bu fiil nedeniyle bireyin sorumlu tutulması imkanı ortadan kalkmış³⁰¹ ve böylece ceza hukukunda kusur, hukuka aykırılıktan kesin olarak ayrılmıştır.³⁰² Hukuka aykırılık, failin meydana getirdiği fiilin hukuk düzeni tarafından uygun sayılmamasını,³⁰³ hukuk düzeninin yasakladığı davranış normlarını, diğer bir anlatımla işlenen fiilin hukuk düzeniyle çatışma halinde olmasını ifade eder.³⁰⁴ Ceza hukukunda kusur ilkesinin taşıdığı anlama ilişkin kanunlarda ve anayasalarda açıkça ifade edilen bir ilke olmamakla birlikte³⁰⁵ gerek mahkeme içtihatlarından gerekse anayasalarda yer alan

²⁹⁹ İÇEL vd., Suç Teorisi, s. 198.

³⁰⁰ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 241.

³⁰¹ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 352; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 364.

³⁰² **KUNTER**, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 85.

³⁰³ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 244.

³⁰⁴ KOCA /ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 269; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 283.

³⁰⁵ Buna karşın öğretide bazı yazarlar, AY. m. 38/7’de yer alan düzenlemenin “*ceza sorumluluğunun şahsiliği*” ilkesinin kusuru da içerecek şekilde düzenlenmesi taraftarıdır.

diğer ilkelerin yorumundan kusur ilkesine ulaşılabilir; zira kusur ilkesi hukuk devleti olmanın bir gereği sayılmıştır.³⁰⁶ Bu nedenle kusurluluk kavramının birden fazla kez tanımı yapılmıştır. Bir görüşe göre kusurluluk, bilinç ve iradenin sonuç ile ilgili özel durumu yani, failin psikik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişkiden ibarettir.³⁰⁷ Diğer görüş kusurluluğu, fail hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahipken bunun aksine hukuka aykırı bir davranışı seçerek bu davranışı gerçekleştirmesi sonucu fiilin faile yüklenmesi ve dolayısıyla da kınanabilmesi şeklinde açıklamıştır. Bir diğer görüş kusurluluğu, işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması konusundaki yargı olarak ifade etmiştir.³⁰⁸ Aynı doğrultuda bir başka görüşe göre kusurluluk, failin fiili dolayısıyla kınanabilir olması³⁰⁹ ya da failin işlediği fiil nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağı veya ne ölçüde cezalandırılacağı konusundaki değer yargısından ibarettir.³¹⁰ Öğretide kusurluluğa ilişkin birbirinden farklı tanımların yapılması, kusurluluğun niteliği konusunda kabul edilen görüşle ilgili bir durumdur.

Mevcut düzenlemeye ilişkin Anayasa hukukçuları ilkenin dar yorumlanarak “*başkasının fiilinden sorumlu olmamayı*” ifade ettiğini savunurlarken, İtalyan AYM, İtalyan Anayasası’nda yer alan benzer düzenlemeye ilişkin vermiş olduğu bir kararında bu ilkenin, “*failin kendi kusurlu fiilinden sorumluluk*” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirterek bu konuya yeni bir bakış açısı kazandırmıştır. **ÖZENBAŞ**, Nazmiye, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 390; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 355.

³⁰⁶ **ZAFER**, Hamide, “*Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2009, s. 1.

³⁰⁷ İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 7.

³⁰⁸ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 241.

³⁰⁹ HAFIZOĞULLARI /ÖZEN, Genel Hükümler, s. 243.

³¹⁰ ZAFER, Genel Hükümler, s. 301; **TURABİ**, Selami, “*Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller*”, TBBD, S. 101, 2012, s. 267.

Kusurluluk açıklanırken “*kusur*” kavramı kullanılmaktadır. Kusur, kusurlulukla aynı anlamı taşımaz. Suçun sübjektif veya psikolojik yönünü oluşturduğu ileri sürülen bu unsur fail yönünden ele alındığında “*kusur*” kavramından bahsedilirken, fiil yönünden ele alındığında kusurluluktan bahsedilir. Diğer bir anlatımla bir eylemin kusurlu olduğu anlatılırken bunu gerçekleştiren failin kusuru vardır.³¹¹

³¹¹ İÇEL vd., Suç Teorisi, s. 198.

2. Kusurluluk Kavramının Niteliği ve Kapsamı

Kusurluluğun niteliği hususunda öğretide yoğun tartışmalar yaşanmış ve bunun sonucunda birçok teori ortaya atılmıştır.³¹² Bu teorilerden en çok taraftar toplayan ve kabul edilebilir sayılanları psikolojik ve normatif teorilerdir.³¹³

Tabiatçı teori olarak da adlandırılan *psikolojik teoriye* göre kusurluluk, faille fiil arasındaki "*psişik bağ*"dır.³¹⁴ Buna göre, failin kusurlu sayılabilmesi için yaptığı

³¹² Kusurun niteliği konusunda ileri sürülen geleneksel görüşlerin yanında Alman öğretisinde iki görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden biri Alman Pozitivistler tarafından ortaya atılan ve aylıklık, fahişelik gibi suçların cezalandırılmasını amaçlayan "*fail kusuru*" teorisidir. Bu teoriye göre failin kusuru sadece fiili işlediği zamanki kusurdan ibaret değildir; aynı zamanda failin sürdüğü hayat tarzı da kusurlu veya kusursuz kabul edilmesinde göz önüne alınması gereken bir husustur. Nazi felsefesi tarafından da benimsenen bu görüşe göre, modern devlet, antisosyal kişiliğini topluma yansıtan herhangi bir kimseyi kusurlu sayarak cezalandırma hakkına sahiptir ve dolayısıyla hakim, faili, geçmiş yaşantısı ve kişiliğini de dikkate alarak antisosyal kişiliği ve yaşam tarzı sebebiyle cezalandırabilecektir. Bu teori, failin, kendisini normalden farklı bir psikolojik duruma sokması ve bu durumu hakimın tespit etmesi koşullarına bağlı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 195; **SAYGILAR**, Yasemin Filiz, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Taksir, (Yayımlanmış) Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 14.

Kusurluluğun niteliği konusunda ortaya atılan diğer teori, "*davranışın amaçsallığı teorisi*" dir. Bu teori tamamen felsefi bir niteliğe sahip olup, özellikle isnat yeteneği olmayan kimselere yönelik uygulanacak cezalar ve ceza kanununun düzenlenmesi sırasında ortaya çıkan değişiklikler sebebiyle oluşan bir teoridir. Davranışın amaçsallığı teorisi, kastı her türlü etik ve ahlak anlamından soyutlayarak, kusurluluğun unsurları arasından çıkarmış, onun yerine, kastın fiile ve hukuka aykırılığa ait bir unsur olduğunu savunmuştur. Bu tezinin bazı taraftarları, taksirli fiille kasıtlı filleri tamamen birbirinden ayırırken, tezinin savunucularından olan Welzel, taksirli fiilin neden olduğu neticeyi, amaçsal davranışın içinde sayarak kastla taksiri kusurluluğun dışına atmış ve böylece kusurluluğu, erkin kötü kullanımı nedeniyle bir kınama olarak ifade etmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 241,242, dn. 328.

³¹³ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 241; ARTUK/GÖKÇEN /YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 473-474.

³¹⁴ **HAFIZOĞULLARI**, Zeki, "*Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi*", AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 340.

fiili ve bu fiilin sonucunu istemesi gerekir.³¹⁵ Kusur sadece psikolojik bir olgudur. Bu nedenle failin fiilini ve bu fiilin meydana getirdiği neticeyi istemiş olması kusurlu sayılması için yeterli ve gerekli bir durumdur.³¹⁶ Psikolojik görüş taraftarları, kusurluluğun bütün suçlar için ortak bir unsur olduğundan bahisle, faille fiili arasındaki bu psikolojik bağın dış dünyaya kast ve taksir şeklinde yansıdığı ve dolayısıyla kusurluluğun unsurlarının kast ve taksir olduğu gerekçesiyle bu iki durumu tek bir psikolojik temelde birleştirme ihtiyacı hissetmişlerdir.³¹⁷ Buna göre, kusurluluk özünde aynı psikolojik durumdur, yani bir bütündür.³¹⁸ Bu şekilde, kast, failin hareketi ve neticeyi istediği kusur türü iken, taksir, failin hareketi isteyip neticeyi istemediği kusur türü sayılmıştır. Kast ve taksir, hareketin iradi olması noktasında birleştirilerek, aralarındaki tek fark kastta neticenin irade edilmiş, basit taksirde ise neticenin irade edilmemiş olması şeklinde açıklanmıştır. Psikolojik teori taraftarları, hareketin istenmesini başlangıç noktası olarak kabul ettiklerinden, onlara göre kusurluluk “*isteme*”dir.³¹⁹

Psikolojik teori taksirin hukuki esasını tam olarak açıklayamadığı için bu görüşü savunan bazı yazarlar, kusurluluğun esas görünüm şeklinin kasttan ibaret olduğunu ve taksirin kusurluluk şekli sayılmasının mümkün olmadığını savunurken; bazı yazarlar ise taksirle işlenen suçlarda failin kusurluluğunun bulunmadığından

³¹⁵ İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 10; ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukukunda Taksir, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 11.

³¹⁶ YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, Şafak Yayınevi, Manisa, 1982, s. 301.

³¹⁷ DÖNMEZER /ERMAN, C. II, s. 246.

³¹⁸ DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 197.

³¹⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 340; ÖZENBAŞ, s. 59.

bahisle bu fiillerin esasında suç olmadığını ve bunlara ceza verilmek yerine idari yaptırım uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.³²⁰ Yani kısaca “*teorinin esası kasttır*”³²¹ diyerek taksiri kusurluluğun dışına çıkarmışlardır.

Bu teori, kast ve taksiri aynı temele dayandırması ve taksirin hukuki esasını açıklayamaması sebebiyle eleştirilmiştir.³²² Çünkü kastla taksiri aynı kavramlarmış gibi inceleyen ve basit taksiri kast esasına dayandıran psikolojik teori; basit taksirde gerçekte faille fiili arasında manevi bir ilişki söz konusu olmadığını, failin sadece öngörülebilir bir neticeyi öngörmemiş olmasını, failin bu suçlarda dikkatli/özenli veya dikkatsiz/özensiz hareket ettiği konusunda diğer kişilerin verdiği değer hükmü olduğunu göz ardı etmişlerdir.³²³ Bu görüşün eleştirilmesi neticesinde ortaya normatif teori ortaya çıkmıştır.

Normatif teoriye göre kusurluluk; failin hukuka aykırı bir fiili, kanunun öngördüğü yasaklara ve verdiği yapmama emrine rağmen o fiili yapmak bilinci demektir.³²⁴ Kusurluluk, hukuk kurallarına aykırı hareket etme bilinci olduğundan normatif bir kavramdır;³²⁵ dolayısıyla kusurluluğun niteliğini psikolojik bir ilişkide değil hukuka aykırılıkta aramak gerekir. Çünkü kast ve taksirin ortak temelinde hukuka ve ödeve aykırı irade yer aldığından basit bir psikolojik bağın kusurluluğa

³²⁰ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 246.

³²¹ ÖZENBAŞ, s. 59; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 341.

³²² DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 201.

³²³ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 353.

³²⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 248; İÇEL vd., Suç Teorisi, s. 203.

³²⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 341.

karşılık gelmesi söz konusu değildir.³²⁶ Bu teori kast ve taksiri kanunla belirlenen emirlere itaatsizlik olarak açıklamıştır. Buna göre, kastta, failin bilerek hukukun emrine karşı gelmesi söz konusuyken, taksirde fail toplum yaşamının gereklerine uygun davranmamış bu konuda dikkatsizlik göstermiştir ve bu yüzden kınanmalıdır.³²⁷ Bu açıklamadan normatif teorinin kusurun her iki şeklini de açıklamaya yeterli olduğunu, kast ve taksiri kusurun türleri olarak saydığını ve aralarındaki farkı da aynı psikolojik olgunun farklı yoğunlukta ortaya çıkması şeklinde belirlediğini anlıyoruz.³²⁸

Normatif teori, kast ve taksiri failin cezalandırılabilmesi açısından zorunlu olarak bulunması gereken unsurlar olarak kabul etmekte ancak failin kınanabilmesine ilişkin değer yargısının bu kavramlardan bağımsız bir husus olduğunu savunmaktadır.³²⁹ Bu değer yargısını kimin vermesi gerektiği konusunda ise görüş birliği bulunmamaktadır; bir görüşe göre bu yargı faile ait olmalıyken; diğer bir görüş hakim değer yargısının esas alınması gerektiğini savunur.³³⁰ Hem kast hem de taksirin temelinde yer alan hukuka aykırılığı gerçekleştirmek bilincinin normatif teoriye psikolojik bir boyut kazandırdığı savunulmaktadır.³³¹

³²⁶ İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 15.

³²⁷ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 353.

³²⁸ ÖZENBAŞ, s. 61.

³²⁹ ZAFER, Ceza Hukukunda Kusur Kavramı, s. 9.

³³⁰ İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 15; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 341.

³³¹ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 250; İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 15.

Bu teori, kusurluluğun varlığı ya da yokluğu meselesinin dışardan objektif olarak tespitinin mümkün olmayacağı³³² ve kusurluluğu açıklarken failin sahip olduğu iradenin psikişik yönünün ihmal edilemeyecek derecede önemli olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.³³³ Bu teoriye yapılan bir başka eleştiri de hukuka aykırılığı suçun unsurları arasında kabul eden görüş tarafından, bu kavramı kusurun kapsamında değerlendiren görüşün tekrarı olduğu şeklindedir.³³⁴

Bugün Türk ceza hukuku öğretisinde genel olarak kabul edilen görüş, normatif ve psikolojik görüşlerin birleştirilmesinden ortaya çıkan karma görüştür. Karma görüş, temelde psikolojik görüşü esas almaktayken, taksiri açıklamada normatif görüşü esas almıştır.³³⁵ Bu görüşe göre kusurluluk faille fiil arasındaki psikişik bağın yanında, aynı zamanda ödevi aykırı davranmaktır. Bu doğrultuda, TCK kusurluluğu kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardaki kusurluluk olmak üzere üç ayrı şekilde düzenlediğinden bu üç farklı türün tek ortak unsuru hareketin iradi olmasıdır ve bu nedenle de psikolojik anlayış önem arz eder. Ancak buradan anlaşılması gereken kusurluluğun değerlendirme olduğu gerçeğinin göz ardı edilebileceği değildir, zira psikolojik ve normatif teorilerin her biri, kusurluluğun zorunlu bir yönünü ifade etmektedir ve bu nedenle iki teorinin birlikte değerlendirilmesi bir zorunluluktur.³³⁶

³³² DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 250.

³³³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 243.

³³⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 250; ÖZENBAŞ, s. 62.

³³⁵ ÖZENBAŞ, s. 63.

³³⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 244; DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 251; DEMİRBAŞ; Genel Hükümler, s. 353, 354; İÇEL vd., Suç Teorisi, s. 204; **ALACAKAPTAN**,

3. İsnat Yeteneği Kavramı

İsnat yeteneği, failin gerçekleştirdiği fiilin hukuki durumunu algılama (algılama yeteneği) ve bu çerçevede davranışlarına yön verme yeteneği (irade yeteneği) şeklinde tanımlanabilir. Nitekim TCK'da *"işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması"* (m. 31/2) şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek isnat yeteneğinin *"algılama"* ve *"irade etme"* unsurlarından oluştuğu ifade edilmiştir.³³⁷ Böylece isnat edilebilirliğin iki unsurunun bulunduğu anlaşılmaktadır.³³⁸ Algılama yeteneği kısaca, insanın zihinsel açıdan gelişiminin yanı sıra, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevrenin şartlarına bağlı olarak gelişen yetenektir. Algılama yeteneğiyle kastedilen failin *"farik ve mümeyyiz"* olması değil, gerçekleştirmiş olduğu fiilin içinde yaşadığı toplumda ne anlama geldiğini tayin edebilecek kabiliyete sahip olmasıdır.³³⁹ Ceza sorumluluğunun temel koşulu failin davranışını iradi olarak gerçekleştirmesi olduğundan³⁴⁰ bir fiilin faile isnat edilmesi ve bunun sonucunda failin sorumlu tutulabilmesi için, failin gerçekleştirdiği fiilin hukuki sonuçlarını algılaması yetmez bu doğrultuda davranışlarını yönlendirme yani irade yeteneğine de sahip bulunması

Uğur, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 16; TOROSLU, Genel Kısım, s. 190.

³³⁷ ARTUK /GÖKCEN /YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 477.

³³⁸ YÜCE, s. 307.

³³⁹ KOCA /ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 273.

³⁴⁰ İÇEL vd, Suç Teorisi, s. 198.

gerekir.³⁴¹ Öğretide kabul edilen görüşe göre, isnat yeteneğinin bulunduğundan söz edebilmek için failin algılama ve irade yeteneğinin her ikisinin de bulunması şarttır; bunlardan birinin bulunmaması durumunda işlenen suç nedeniyle failin cezalandırılmasından söz edilemez.³⁴² Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, failin algılama ve irade kabiliyetine sahip olması için fiziksel ve psikolojik açıdan belli bir olgunluğa ulaşması ve akli dengesinin yerinde olması aranmış, aksi durumda işlediği fiilde kast veya taksirinin bulunamayacağı kabul edilmiştir.³⁴³ Fail, gerçekleştirdiği fiilin hukuki sonuçlarını anlayıp, bu doğrultuda davranışlarına yön verebildiği müddetçe kusurlu sayılabilir. Bu cümleden, isnat yeteneğine sahip olmayan kişinin kusurundan bahsedilemeyeceği anlaşılr. Bu görüşe göre, isnat yeteneği kusurun ön şartıdır,³⁴⁴ failin kusurunun olup olmadığı araştırması yapılmadan önce isnat yeteneğinin varlığı araştırılır.

³⁴¹ **ULUTÜRK**, Hande, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 19.

³⁴² **ALACAKAPTAN**, s. 118,119; **ÖNDER**, s. 260.

³⁴³ **SOYASLAN**, Genel Hükümler, s. 423.

³⁴⁴ Görüş ve eleştirisi için bkz. **YALÇIN SANCAR /KÖPRÜLÜ**, s. 244; **SOYASLAN**, Genel Hükümler, s. 423, Öğretide kusur/isnat yeteneğinin tam olarak ne anlama geldiği ve işlevi tartışmalıdır. Bir görüş kusur yeteneğinin suçun değil aslında suçlunun bir özelliği olduğu ve bu nedenle de suçlu/fail bölümünde incelenmesi gereken bir konu olmakla birlikte, kusurluluk kavramıyla sıkı bir ilişki içinde olması sebebiyle manevi unsur içinde incelendiğini belirtmektedir. (.DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 178; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 191 vd. Isnat yeteneğinin suçlunun kişisel bir özelliği olduğu görüşünün eleştirisi için bkz. **ALACAKAPTAN**, s. 114.) Bir başka görüşe göre kusur yeteneği, manevi unsurun ve dolayısıyla suçun bir unsurudur. Bu görüşe göre, isnat yeteneği, suçun bir unsuru olmakla birlikte kusurluluktan (iradede) ayrılır. Buna göre, irade/ kusurluluk suçun subjektif değil objektif bir unsurudur ve kusur yeteneğinden ayrıdır. Bir diğer görüşe göre ise kusur yeteneği, suçun unsurları arasında yer almayan subjektif bir durum; bir başka ifadeyle failin subjektif bir niteliğidir. Bu nedenle suçun psikolojik unsuru kabul edilen kusurluluktan ayrılır.(Bu görüş ve eleştirisi için bkz. **TOROSLU**, Haluk, Ceza Hukukunda Isnat Yeteneği, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 180 vd.) Bu görüşün aksini savunan bir diğer görüşe göre, isnat yeteneği kusurluluktan ayrı görülemez, zira bu yetenek suçun manevi unsurunun bir bölümünü oluşturur. Bu nedenle kusur yeteneği olmadan kusurluluğu açıklayabilmek mümkün değildir.

İsnat yeteneğinin niteliği konusunda öğretide son zamanlarda kabul gören bir görüşe göre, geleneksel görüş, isnat yeteneğini kusurun önşartı, bir unsur olarak kabul ederek ahlaki kusuru hukuki anlamda kusurla karıştırmaktadır. Zira TCK’da yer alan “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” (m.4) hükmü geleneksel görüşün savunduğu kusuru bertaraf etmekte ve kişinin bu durumda da cezalandırılacağına altını çizmektedir. Ayrıca geleneksel görüşün ileri sürdüğü, kişinin kusurlu sayılabilmesi için fiziken ve psikolojik açıdan belli bir olgunluğa ulaşmış olması gerektiği fikri de eleştirilmiştir. Çünkü geleneksel görüş, küçüklerin ya da akıl hastalarının kastla veya taksirle hareket edemeyeceğini savunarak, hücre arkadaşını boğarak öldüren akıl hastasının kastını göz ardı etmiş ve gerçekçi yorumdan uzaklaşmıştır.³⁴⁵ Bu yaklaşıma göre, güvenlik tedbirlerinin müeyyide olarak uygulanması, isnat yeteneğinin kusurluluğun bir unsuru olduğundan ziyade, daha çok faile ait bir nitelik olduğunun kanıtıdır. Böylece, fail isnat yeteneğine sahip olmasa da, kişinin kast veya taksirle hareket edebileceği dikkate alındığında, geleneksel görüşün eksik yanları ortaya çıkacaktır.³⁴⁶ Sonuç olarak denilebilir ki; isnat edilebilirlik, failin bir niteliğidir ve kast ya da taksirin varlığından söz edebilmek için failin isnat yeteneğine sahip olması gerekli değildir.

Dolayısıyla anlama ve isteme yeteneğine sahip olmayan failin kusurundan söz etmek mümkün değildir. (ALACAKAPTAN, s. 112; Kusur yeteneğinin niteliği konusundaki görüşler için bkz. İÇEL, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 19).

³⁴⁵ ALACAKAPTAN, s. 112-114, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 245.

³⁴⁶ TOROSLU, Genel Kısım, s. 192; YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 244.

4. Haksız Tahriki Kusurluluğa Etki Eden Bir Neden Kabul Eden Görüş

Öğretide ağırlıklı olarak kabul gören görüş haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir neden olduğu şeklindedir. Buna göre; haksız tahrik, kişinin bu tahrik fiili nedeniyle iradesinde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem etkisi altında suç işlemesi olduğundan bahisle, haksız tahrik failin iradesine etki eden ve dolayısıyla kusurunu azaltan bir nedendir.³⁴⁷ Çağdaş ceza hukukuna hakim olan kusur öğretisi, failin kusurunun onu fiile yönelten etkenlerin tesiri altında kaldığını ve failin suçu işlediği sıradaki psikolojik durumunun, onun kusurunu etkileyen bir neden olduğunu kabul etmiştir.³⁴⁸ Bu nedenle haksız tahrik altında suç işleyen failin, normal zamanlardan farklı bir ruh hali içinde bulunması, kusurun tayininde göz önüne alınması gereken bir husustur.³⁴⁹ Haksız tahrik altında suç işleyen kişinin kusurunun azalma nedeni, mağdurdan kaynaklanan haksız fiilin, faili hiddet veya şiddetli elem haline sokması ve bu durumun failin irade özgürlüğünü azalttığı için göz önüne alınmasıdır.³⁵⁰ Haksız

³⁴⁷ ÖZGENÇ, haksız tahrik dolayısıyla işlenen fiilin haksızlık muhtevasında bir azalma olmadığını savunmuş ve TCK'nın 29. madde düzenlemesinde haksız tahrik halinde haksız bir fiilden meydana gelen hiddet veya şiddetli elem halinin kişinin kusur yeteneğini önemli ölçüde azalttığı düşüncesiyle, failin cezasında bir indirim yapılmasının zorunluluğunu kabul ettiğini savunmuştur. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 422; ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi-Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Genel Hükümler Madde 1-75, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 509.

³⁴⁸ EREL, Haksız Tahrik s. 10.

³⁴⁹ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 35.

³⁵⁰ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 418; DEMİRBAŞ, Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Haksız Tahrik ve Özel Haksız Hükümleri Bakımından

tahrikin bu niteliği, hiddet veya şiddetli elem etkisi altında kalan kişinin kendini yönlendirme ve belli fiilleri işlememek yönündeki yeteneğinin zaafa uğraması ve bu nedenle de kusur yeteneğinin azalması olarak ceza hukukuna yansır.³⁵¹ İradesinde böyle bir etkilenme bulunmaksızın suç işleyen kimseyle haksız tahrik altında suç işleyen kimsenin iradesini kontrol etme açısından aynı durumda sayılamayacağını savunan bu görüş, haksız tahrik etkisinde suç işleyen failin kusurunun varlığının devam etmekle birlikte azaldığını, ancak hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi failin kusurunun tamamen ortadan kalkmadığını ileri sürer.³⁵² Zira haksız tahrik altında suç işleyen fail, işlediği fiilin suç olduğunun farkındadır fakat iradesi zarar gördüğü için bu fiili işlemekten kendini alıkoyamamaktadır.³⁵³

Haksız tahrikin kusuru azaltan bir neden olduğu görüşü, ilk haksız hareketin failden kaynaklandığı ve buna karşılık mağdurun tepki olarak gerçekleştirdiği haksız fiile karşı suç işlemesi durumunu açıklayamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.³⁵⁴

Değerlendirilmesi, s. 11; ÖNDER, s. 346-347, HAKERİ, Genel Hükümler, s. 409; ZAFER, Genel Hükümler, s. 327; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 499.

³⁵¹ İÇEL vd., Suç Teorisi, s. 283; “Kusur yeteneğini azaltan sebeplerden birisi olan haksız tahrik T.C.Y.nın 51. maddesinde düzenlenmiştir. Haksız tahrik, failin haksız bir eylemin doğurduğu öfke veya şiddetli bir elem etkisi altında kalarak suç işlemesi halidir.” **Yargıtay CGK’nın**, 19.6.1995 tarih, 1995/1-126 E., 1995/210 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1995-1-126.htm&kw=`1995/210`#fm>, E. T. 08.06.2016.

³⁵² KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 291; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 14, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 301.

³⁵³ ABBAN, s. 11.

³⁵⁴ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 29.

D. DEĞERLENDİRME

765 sayılı Kanun'da olduğu gibi 5237 sayılı Kanun'da da haksız tahrik "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında düzenlenmiş, ancak suç genel teorisi içindeki yeri madde düzenlemesinde belirtilmemiştir. Bu sebeple her iki kanun döneminde de haksız tahrikin hukuki mahiyeti konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Belirtmek gerekir ki haksız tahrikin suça etkisi konusunda ortaya atılan hemen bütün görüşler, haksız tahrikin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığı konusunda fikir birliği içindedirler.³⁵⁵

Haksız tahriki, failin sübjektif durumundan doğan genel, kişisel ve kanuni olarak suça etki eden hafifletici neden saymak bizce yerinde değildir. Zira bu görüşe göre, fail hem haksız bir fiilden kaynaklanan öfke veya üzüntü etkisinde kalarak suç işlediği için hem de mağdur suçun işlenmesine kusurlu davranışıyla ortak olduğu için failin cezasından indirim yapılmakta ve bu indirimin nedeni de haksız tahrikin suça etki eden bir neden olduğu şeklinde açıklanmaktadır.³⁵⁶ Haksız tahrikin suça etki eden neden olarak kabul edilmesi durumunda, failin kusurluluğu hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmasından söz edilemez. Bu nedenle, böyle bir kabulün sonucu olarak mağdurdan kaynaklanan haksız fiilin failinin iradesinde meydana getirdiği etkinin tartışılması anlamsızdır. Sonuç olarak haksız tahrikin suça etki eden bir neden

³⁵⁵ Ancak öğretideki bir görüşe göre haksız tahrik hem kusuru hem de haksızlığı azaltan bir nedendir ve bu yönüyle meşru savunmaya benzer özellikler taşır. Bu görüşün ayrıntısı için bkz. KANGAL, Haksız Tahrik, s. 29.

³⁵⁶ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 421, 422; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 23.

olarak kabul edilmesi halinde, bu kurumun temel unsurlarından biri olan failin iradesinde meydana gelen buhran hali göz ardı edilmektedir.³⁵⁷

Öğretide çoğunluk tarafından benimsenen haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir neden olduğu görüşü daha yerindedir. Çünkü bu görüşe göre, mağdurun haksız fiili dolayısıyla failde buhran hali meydana gelmekte ve bahsedilen buhran hali etkisinde kalan failin, iyiyi kötünden, doğruyu yanlıştan ayırt etme yeteneği zarar gördüğü için hukuk düzeninin yasakladığı norma aykırı davranışı seçmektedir. Dolayısıyla fail, haksız tahrikin etkisi altındayken normal durumda olduğundan farklıdır ve bu farkın nedeni failin iradesini kontrol etme yeteneğindeki, yani kusurundaki azalmadır. Ayrıca dikkat edilmesi gereken husus, haksız tahrikin kusuru etkileyen veya azaltan diğer nedenlerden de farklı olduğudur.³⁵⁸ Çünkü akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi kusuru ortadan kaldıran/azaltan nedenler failin bünyesinde mevcut bulunan bir hal dolayısıyla cezasını indirmektedir. Bu nedenlerde mağdurdan kaynaklanan bir haksızlık bulunmaz. Ancak haksız tahrikin kusuru azaltma nedeni dış dünyadan, yani mağdurdan kaynaklanır ve bu hususun yokluğu haksız tahriki de ortadan kaldıran bir nedendir. Zira failin iç dünyasından kaynaklanan hiddet veya öfke nedeniyle mağdura zarar vermesi ceza adaletiyle bağdaşmaz. Sonuç olarak haksız tahrik, failin kusurluluğunu kaldırmayan ancak azaltan ve bu nedenle faile verilecek cezanın hafifletilmesini sağlayan bir nedendir.³⁵⁹ Nitekim Yargıtay gerek daire kararlarında³⁶⁰

³⁵⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 18.

³⁵⁸ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 31.

³⁵⁹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 229.

³⁶⁰ "....sanık ..'ın maktül ..'ye yönelik kasten öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, eleştiri nedeni saklı kalmak kaydıyla kusurluluğu etkileyen nedenlerden haksız tahrike ve takdire ilişkin cezayı azaltıcı sebeplerin

gerekse Ceza Genel Kurulu'nun verdiği yeni tarihli kararlarında haksız tahriki kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul etmiştir.³⁶¹



nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre bozma üzerine verilen hükümde eleştiri nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin cezada indirim yapılması gerektiğine...." Yargıtay 1 CD'nin 13/04/2015 tarih, 2015/125 E., 2015/107 K. sayılı kararı. "...Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık S. A.'ın, maktul Y. A.'i kasten öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, bozma nedeni saklı kalmak kaydıyla kusurluluğu etkileyen nedenlerden haksız tahrikin niteliği.... 05.11.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi." Yargıtay 1 CD'nin, 05.11.2015 tarih, 2015/3462 E., 2015/5303 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 14.06.2016.

³⁶¹ "Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir deyişle, haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmektedir. Böylece, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır." Yargıtay CGK'nın, 28.06.2011 tarih, 2011/1-99 E., 2011/145 K. sayılı kararı. Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 34.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Haksız olarak meydana getirilen tahrik fiili neticesinde hiddet veya şiddetli eleme kapılan fail, harekete geçmiş, irade serbestisi zarar gördüğünden suça yönelmiştir.³⁶² Bu durumu göz önüne alan kanun koyucu, haksız tahrik neticesinde suç işleyen faili diğer suçlulardan ayırarak cezasını azaltma yolunu tercih etmiştir. Bu sebepten, haksız tahrik kurumu, 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde “*Ceza Sorumluluğunu Azaltan Nedenler*” arasında düzenlenmiştir. Önceki ceza kanunu düzenlemesinde olduğu gibi yürürlükteki kanun düzenlemesinde de haksız tahrikin ne olduğu ve hangi şartlara sahip olduğu tam olarak açıklanmamış,³⁶³ daha çok indirim oranlarına yer verilerek açıklanmayan şartların tespiti öğretisi ve Yargıtay'ın yorumuna bırakılmıştır. Haksız tahrikin söz konusu olup olmadığını saptayabilmek için gerekli olan şartların neler olduğu konusunda üçlü, dörtlü, beşli ve altılı ayrımlar yapılmıştır.³⁶⁴

³⁶² ÇAĞLAYAN, Muhtar, “*Yargıtay İçtihatları Işığında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi*”, AD, C. 73, S. 1, Ocak-Şubat, 1982, s. 14.

³⁶³ BARDAK, s. 43; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 688; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 51.

³⁶⁴ Türk hukukunda haksız tahrikin şartlarına ilişkin süren tartışmaların aksine, İngiliz hukukunda haksız tahrikin varlığından söz edebilmek için; “*tahrik edici bir fiilin varlığının*”, “*bu fiilin sanığın kontrolünü kaybettirecek niteliğe sahip olduğunun*” ve “*tahrik fiilinin makul*

Üçlü ayrımı benimseyen görüşe göre haksız tahrikten bahsedebilmek için “*Haksız bir fiil bulunması*”, “*Bu fiilin haksız olması*” ve “*Suçun hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmiş olması*”³⁶⁵ gereklidir.

Haksız tahrikin şartlarını dörde ayıran görüşe göre; haksız tahrikin varlığından bahsedebilmek için; “*Tahrik teşkil eden bir fiil bulunmalıdır*”, “*Bu fiil haksız olmalıdır*”, “*Fiilin neticesinde hiddet veya şiddetli bir elem meydana gelmiş olmalıdır*” ve “*Suç bu hiddet veya şiddetli elemin tepkisi olarak işlenmelidir.*”³⁶⁶ Bu görüş, üçlü ayrıma ek olarak haksız tahrik nedeniyle gerçekleştirilen bir tepki fiilinin varlığını aramıştır.

Haksız tahrikin şartlarının neler olduğuna ilişkin yapılan ayrımlardan biri beşli ayrımdır. Buna göre haksız tahrik, “*Tahriki oluşturan bir fiil olması*”, “*Bu fiilin haksız olması*”, “*Haksız fiilin failde hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirmesi*”, “*Failin hiddet veya şiddetli elem etkisindeyken suç işlemesi*” ve “*Tepki suçunun tahrik fiilini yapan kişiye karşı gerçekleştirilmesi*”³⁶⁷ şartlarından oluşur.

Bir diğer ayrım ise haksız tahrikin şartlarını altı başlık altında inceleyen ayrımdır. Buna göre somut olayda haksız tahrikin varlığından söz edebilmek için;

üçüncü kişiyi de (sanığa benzer şekilde) tahrik edebilecek nitelikte olduğunun” ispatlanması şartları aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **FITZGERALD**, P.J., Criminal Law and Punishment, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1962, s. 127.

³⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 293; EREM bu şartları “*tahrik edici fiil*”, “*buhran*” ve “*teпки*” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. EREM, Haksız Tahrik, s. 640.

³⁶⁶ GÜRELLİ, s. 333; DURAN, s. 102-173; ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 510-513; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 425-429.

³⁶⁷ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 32-51; AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 231-238; TUTUMLU, s. 22-47.

*“Tahrik teşkil eden bir fiilin bulunması”, “Fiilin haksız olması”, “Failde hiddet veya şiddetli elemin bulunması”, “Haksız tahriki oluşturan fiil ile hiddet veya şiddetli elem hali arasında nedensellik bağının bulunması”, “İşlenen suçun hiddet veya şiddetli elemin bir tepkisi olması” ve “Suçun haksız tahriki meydana getiren kişiye karşı işlenmesi” şartlarının bulunması gerekir.*³⁶⁸

Haksız tahrikin şartlarına ilişkin öğretideki bu görüş farklılıkları Yargıtay kararlarına da yansımış ve yüksek mahkeme haksız tahrikin hangi şartlardan oluştuğu konusunda farklı kararlar vermiştir.³⁶⁹ Buna göre Yargıtay eski tarihli bir kararında haksız tahrikin şartlarını *“tahrikin mevcudiyeti, bu fiilin haksız olması, failin gazap veya elemin etkisi altında kalması, fiil ile sanığın ruhi durumu arasında illiyet bağı bulunması, suçun bu ruhi durumun tepkisini oluşturması, suçun, tahrik teşkil eden fiili işleyen kişiye yönelik olması”* şeklinde sayarak altılı ayrımı kabul etmiştir.³⁷⁰

Ancak Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararında haksız tahrikin şartlarını *“tahriki oluşturan bir fiil olmalı, bu fiil haksız olmalı, fail öfke veya şiddetli elem etkisinde kalmalı, failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalı, haksız tahrik teşkil eden eylem mağdurdan sadır olmalı”* diyerek beşli ayrımı benimsemiştir.³⁷¹

³⁶⁸ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 427-438; AÇIKGÖZ, s. 61, 62; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 480-483.

³⁶⁹ DURAN, s. 101.

³⁷⁰ **Yargıtay CGK’nın**, 16.06.1998 tarih, 1998/148 E., 1998/232 K. sayılı kararı. Bkz. AÇIKGÖZ, s. 61.

³⁷¹ **Yargıtay CGK’nın**, 04.02.2014 tarih, 2013/1-665 E., 2014/66 K. sayılı kararı.

Tüm bu açıklamalar neticesinde, öğretide ileri sürülen görüşler ve Yargıtay kararlarına bakıldığında haksız tahrikin şartlarını beş başlık altında toplayabiliriz. Buna göre haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için somut olayda; a- Tahrik oluşturan bir fiil bulunmalı, b- Bu fiil haksız olmalı, c- Bu fiil nedeniyle failde hiddet veya şiddetli elem meydana gelmeli d- Fail tahrik edene karşı bir tepki suçu işlemeli, e- Tahrik fiiliyle işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

II. TAHRİK OLUŞTURAN BİR FİİL OLMALIDIR

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrikten bahsedebilmek için bir tahrik fiilinin objektif olarak³⁷² bulunması gerektiği ve bu fiil bulunmadıkça kurumun diğer şartlarını araştırmaya gerek olmadığı açıktır.³⁷³ Tahriki oluşturan bir fiilin varlığı, haksız tahrikin deyim yerindeyse olmazsa olmaz şartıdır.³⁷⁴ Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda haksız tahrik açısından tahrik oluşturan fiilin taşıdığı önemi vurgulamıştır. Bahsedilen bu kararda mahkeme; “ ...maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem bulunmadığı halde sanık lehine haksız tahrik uygulanmasını...”³⁷⁵ bozma sebebi görmüş, yeni tarihli kararlarında da bu tutumunu

³⁷² GÜRELLİ, s. 333.

³⁷³ TANER, s. 445.

³⁷⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 427.

³⁷⁵ **Yargıtay 1. CD’nin**, 19.11.2007 tarih, 2006/6519 E., 2007/8520 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2006-6519.htm&kw=`2007/8520`+`#fm>, E.T. 12.06.2016.

devam ettirmiştir.³⁷⁶ Bu nedenle somut olayda haksız fiilin bulunması tahrik kurumunun objektif şartını oluşturur. Olayda failin tahrik fiilinin varlığına ilişkin şüphe duyması yeterli değildir, bu fiilin objektif olarak bulunması şarttır.³⁷⁷

Failin iradesinde meydana gelen ve onu suça sürükleyen hiddet veya şiddetli elem hali onun iç dünyasından değil, dıştan gelen ve tahrik teşkil eden bir fiilden kaynaklanmalıdır ki; faile TCK'nın öngördüğü ceza indirimi uygulanabilsin.³⁷⁸ TCK m. 29 hangi fiillerin tahrik teşkil edeceği konusunda herhangi bir açıklamaya yer vermeyerek bunun değerlendirmesini somut olayın özelliğini herkesten daha iyi bilen hakime bırakmıştır.³⁷⁹ TCK düzenlemesi bu yönüyle “*şahsa yönelmiş darp ve ağır şiddet*” halinin varlığını arayan 1810 tarihli mülga Fransız Ceza Kanunu'ndan³⁸⁰

³⁷⁶ Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararların bir kısmı şöyledir: “*Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, katılan H.O. 'dan sanığa yönelen haksız fiil olarak nitelendirilebilecek herhangi bir söz ve davranış bulunmaması...karşısında şartları oluşmayan TCK'nun 29. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini.... bozmayı gerektirmiş...*” **Yargıtay 1. CD'nin**, 08.02.2016 tarih, 2015/3164 E., 2016/411 K. sayılı kararı. “*Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın maktulü dosya içeriğiyle anlaşılamayan bir nedenle, tabancayla ateş ederek öldürdüğü olayda, maktulden sanığa yönelen ve dosyaya yansıyan, haksız tahrik oluşturan söz ve davranışın bulunmaması karşısında, içeriğe uygun olmayan gerekçeyle, sanık lehine TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini...*” **Yargıtay 1. CD'nin**, 15.12.2015 tarih, 2015/1814 E., 2015/6157 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> E.T. 03.03.2016.

³⁷⁷ Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararı şöyledir: “*Eşi Dilek ile mağdur Şahin arasında duygusal ilişki olduğu düşüncesine kapılan sanığın, evden ayrılan eşinin mağdur Şahin'le buluştuğunu düşünerek yanına aldığı av tüfeği ile mağdurun çalıştığı bahçeye gittiği ve av tüfeğiyle birden çok el ateş ederek Şahin'i öldürmeye teşebbüs ettiği, annesi Fadime'yi kasten öldürdüğü ve eşi mağdure Şaziye'yi olası kasıtlı yaraladığı olayda; sanığın eşi ile mağdur Şahin arasında ilişki olduğu yönünde kesin kanıtların bulunmaması karşısında, sanığın şüpheye dayalı savunmasına itibar edilerek haksız tahrik hükmü uygulanmak suretiyle yazılı şekilde eksik ceza tayini...*” **Yargıtay 1. CD'nin**, 17.01.2012 tarih, 2010/5362 E., 2012/103 K. sayılı kararı.

³⁷⁸ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 52.

³⁷⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 511.

³⁸⁰ 1994 tarihinde Fransız Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucunda haksız tahrik kurumu ceza kanunu bünyesinden tamamen çıkarılarak failin gerçekleştirdiği eylemlerden

ayrılır. Fransız CK. 321. maddesi nedeniyle Fransız mahkemeleri geliştirdikleri içtihatlarla “öldürmeye teşebbüs, müessir fiil, ırza tecavüz, silah çekmek gibi şahsa yönelen ve çoğunlukla insan vücuduna eza veren maddi ve ağır tecavüz”³⁸¹ fiillerinin tahrik teşkil ettiğine karar vermiştir. Bu fiillerin dışında “sarkıntılık, hakaret ve sövme, iftira sayılan sözler ve yazılar, tehditler, mala karşı yapılan her türlü tecavüzler” in ise tahrik sayılmayacağını benimsemiştir.³⁸² Benzer şekilde 1957 tarihli “The Homicide Act” kabul edilmeden önce İngiliz hukukunda makul bir kimsenin söylenen kelimelerle tahrik olamayacağı düşünüldüğünden hakaret, sözlü saldırı gibi fiiller tahrik sebebi kabul edilmemektedir.³⁸³ Ancak tahrik oluşturan veya oluşturmayan fiillerin sayılamayacak kadar çok olması nedeniyle TCK’da böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir.³⁸⁴

TCK düzenlemesinde hangi fiillerin tahrik teşkil edeceğini belirtmemesi yanında, 29. maddenin genel hükümler kısmında yer alması nedeniyle öğretide niteliğine uygun düşen herhangi bir fiilin haksız tahrik teşkil edebileceği ileri sürülmüştür.³⁸⁵ Yeter ki bu fiil “haksızlık” ve “tahrik etme” niteliklerini haiz olsun, bunun dışında haksız fiilin niteliği hususunda fiilî ve şahsî herhangi bir sınırlama

hangisine, hangi sebepten daha az ceza verileceği hakimın takdirine bırakılmıştır. Bkz. DURAN, s. 103.

³⁸¹ YAVUZ, s. 447; DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 428.

³⁸² AYIK, s. 90; DURAN, s. 103.

³⁸³ 1957 tarihli yasayla bu durum değiştirilerek hangi fiillerin tahrik oluşturacağını takdiri jüriye bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FITZGERALD, s. 127.

³⁸⁴ GÜRELLİ, s. 333.

³⁸⁵ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 178; EKERBİÇER, s. 81.

öngörülmemiştir.³⁸⁶ Bir fiilin tahrik olduğunu söyleyebilmek için, bu fiilin sadece fail bakımından değil herhangi bir kimse bakımından da tahrik edici nitelikte olması gerekir. Fiilin tahrik teşkil edip etmediği belirlenirken, haksızlık tespitinin yanında failin kişisel niteliklerine, tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin durumuna, suç faili ile tahrik fiilini gerçekleştiren kişi arasındaki ilişkiye, tahrik fiilinin gerçekleştirildiği yere ve zamana ilişkin koşullar dikkate alınır.³⁸⁷

B. TAHRİK FİİLİNİN KAYNAĞI

Haksız tahrikin varlığından bahsedebilmek için tahrik fiili bir insan tarafından gerçekleştirilmeli ve bu davranış iradi, yani insana yüklenebilen davranış olmalıdır.³⁸⁸ Ceza hukuku bakımından fiil sayılmayan insan davranışları veya işlenemez suç niteliğindeki fiillerle; hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu durumlarında gerçekleştirilen fiiller ve kaza veya tesadüf neticesinde meydana gelen fiiller haksız tahrike sebep olmaz.³⁸⁹ Dolayısıyla bir kimse kural olarak insandan kaynaklanmayan veya iradi olmayan fiiller nedeniyle tahrik edilse bile ceza indiriminden

³⁸⁶ TANER, s. 445; ABBAN, s. 41.

³⁸⁷ KÖNİ, s. 203; DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 428; YAVUZ, s. 447; **Yargıtay CGK’nın**, 11.06.1996 tarih, 1996/1-121 E., 1996/134 K. sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ve yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik eden ile failin hal ve davranışları dikkate alınmalıdır.” Bkz. SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 480.

³⁸⁸ YAŞAR, Osman / GÖKCAN, H. Tahsin /ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu m. 1-44, C. I, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 846.

³⁸⁹ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 32; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 305.

yararlanamaz.³⁹⁰ Her ne kadar bu husus kanunda açıkça düzenlenmese de haksız tahrikin esasında bu çıkarım rahatlıkla yapılabilir. Zira haksız tahrik nedeniyle ceza indirimine gidilmesinin sebeplerinden biri mağdurun tahrik fiilini gerçekleştirerek kusuruyla işlenen suça ortak olmasıdır. Bu nedenle insandan kaynaklanan ancak iradi olmayan, örneğin, baskı altında, uyku veya baygınlık halinde gerçekleştirilen fiiller ya da refleksler dolayısıyla bir kimseye haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.³⁹¹ Fiilin insandan kaynaklanması ve iradi olması şartı çeşitli durumların açıklanmasını gerektirir.

1. Hayvan Hareketleri

Bir fiilin haksız tahrike konu edilebilmesi için insandan kaynaklanması gerekir. Bu nedenle bir kimse hayvan saldırıları ya da doğa olayları nedeniyle tahrik edildiğini ileri süremeyecektir.³⁹² Bu anlamda sözünü dinlemediği veya kendisine saldırdığı gerekçesiyle hayvana kötü muamelede bulunan kişinin tahrik altında olduğu kabul edilemeyecektir. Ancak hayvan saldırıları insana izafe edilebiliyorsa bu durumda haksız tahrik vardır.³⁹³ Hayvan sahibi, sorumluluğunda olan bir hayvanı yönlendirerek

³⁹⁰ İÇEL vd., Suç Teorisi, s. 284.

³⁹¹ EKER KAZANCI, s. 1327.

³⁹² YAVUZ, s. 449.

³⁹³ “Müştekinin, kurt köpeğini tasmasız bir şekilde gezdirmesi nedeniyle, sanığın beslediği yavru köpeği öldürmesi ve bu olaydan da sanığın oğlunun korkması şeklinde gerçekleşen olayda, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi değerlendirilerek sonucuna göre haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına tartışılmaması...” **Yargıtay 4. CD’nin** 9.12.2015 tarih, 2013/30947 E., 2015/39552 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2013-30947.htm&kw=`2015/39552`+`#fm>, E.T. 21.03.2016.

bir kimseye saldırmasını sağlarsa ya da başıboş bırakırsa veya tedbirsizliği sonucu bu hayvan bir kimseye veya bir şeye zarar verirse hayvan sahibinin sorumlu olacağı ve bu nedenle haksız bir fiilin var olduğu söylenebilir.³⁹⁴ Yargıtay'ın yerleşik içtihadı bu yöndedir.³⁹⁵

2. Tüzel Kişilerin Organları Aracılığıyla Gerçekleştirdiği Fiiller

Bir fiilin haksız tahrike konu olabilmesi için bir insandan kaynaklanması ve iradi olması şarttır. Bu konuda öğretide bir görüşe göre tüzel kişilerin ceza hukuku manasında hareket yeteneği bulunmadığı için organları aracılığıyla yaptıkları faaliyetler nedeniyle kişinin hiddet veya şiddetli eleme kapılarak suç işlemesi durumunda haksız tahrik hükmü uygulanamaz.³⁹⁶ Bu konudaki diğer görüşe göre ise, tüzel kişinin hukuki anlamda işlemlerini gerçekleştiren gerçek kişinin, tüzel kişi adına yapmış olduğu hareketler nedeniyle bir kimsenin suç işlemesi halinde haksız tahrik

³⁹⁴ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 233; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 482.

³⁹⁵ “Maddi olayda şikayetçi; ineğini bağlamamış, gerekli önlemleri almamış, henüz altı yaşında bulunan kızının nezaretine bıraktığı inek, sanığın tarlasına girerek zarar vermiştir. Gerekli özen gösterilmemiş ve önlem alınmamıştır. Sanık; şikayetçinin ihmali sonucu ineğin tarlaya zarar vermesinin doğurduğu öfke altında yüklenen suçu işlemiştir. Bu nedenle sanık hakkında TCY.nın 51/1. maddesinin uygulanması yerinde olup sair yönleri de usul ve yasaya uygun bulunan direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” **Yargıtay CGK'nın** 24.12.1990 tarih, 1990/8-340 E., 1990/357 K. sayılı kararı. “Mağdur ve yakınlarına ait danaların sanığa ait tarlaya girmesi meselesinden kaynaklanan olayda sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerekip gerekmeyeceğinin karar yerinde tartışılmaması...” **Yargıtay 1. CD'nin** 17.4.2000 tarih, 2000/3652 E., 2000/4089 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 21.03.2016.

³⁹⁶ EKER KAZANCI, s. 1327.

uygulanması mümkündür. Ancak bu suç fiilinin tüzel kişiye karşı değil bu tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişiye yönelik olması şartı aranmıştır.³⁹⁷

3. Kusur Yeteneği Bulunmayan Kimselerin Fiilleri

Haksız tahrike ilişkin pek çok hususta olduğu gibi, kusur yeteneğine sahip bulunmayan kimselerin fiillerinin haksız sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, bir fiilin haksız sayılabilmesi için fiili gerçekleştiren kimsenin hukuka aykırı davranabilme yeteneğini haiz olması gerektiğinden,³⁹⁸ kusur yeteneğine sahip olmayan akıl hastalarının, sağır-dilsizlerin veya küçüklerin gerçekleştirdiği fiiller, tahrik edici nitelikte değildirler. Çünkü bu kişiler, hukuka uygun davranabilme yeteneğine sahip olmadıklarından,³⁹⁹ hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiklerinin de bilincinde değildirler. Ancak, failin bu kimselerin şahsi durumları hakkında kusursuz olarak yanılması istisnadır.⁴⁰⁰ Dolayısıyla bu görüşe göre, kusur yeteneği olmayan kimselerin fiillerinin tahrik teşkil edip etmeyeceği, failin tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin durumunu bilip bilmemesine göre değişecektir. Örneğin, bir akıl hastasının faile hakaret etmesi durumunda; eğer fail, haksız fiili gerçekleştiren kişinin akıl hastası olduğunu biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa ve buna rağmen tepki suçunu

³⁹⁷ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 33.

³⁹⁸ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 93.

³⁹⁹ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 431.

⁴⁰⁰ EREM, Haksız Tahrik, s. 641; YAVUZ, s. 449, 450; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 515.

işlemişse haksız tahrik nedeniyle cezasından indirim yapılamayacaktır. Fakat fail kusursuz olarak yanılır ve tahrik fiilini gerçekleştiren kimsenin kusur yeteneğine sahip olduğunu zannederek tepki suçunu işlerse adalet duygusunun gereği olarak failin cezası azaltılacaktır.⁴⁰¹

Tahrik oluşturan fiili gerçekleştiren kimsenin kusur yeteneğinin bulunmamasının haksız tahrike etki etmeyeceğini savunan ikinci görüşe göre; bir fiilin hukuka uygun veya aykırı olmasıyla bu fiili gerçekleştiren kimsenin kusur yeteneğine sahip olup olmaması birbirinden ayrı konulardır.⁴⁰² Bir fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için, bu fiilin objektif olarak bir hukuk normuyla çatışması gerekli ve yeterlidir; burada fiili gerçekleştiren kimsenin kusur yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmaz.⁴⁰³ Kusur yeteneği bulunmayan kimsenin cezalandırılmaması, onun fiillerinin hukuka aykırı olmaması nedeniyle değil, sahip olduğu akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi bir nedenden ötürüdür.⁴⁰⁴ Bu görüşü savunan yazarlara göre; kusur yeteneğine sahip olmayan kimselerin bu nedenle hukuka aykırı davranabilme hakkı yoktur.⁴⁰⁵ Bu nedenle, bir fiilin haksız tahrik teşkil edip etmediği belirlenirken bu fiili gerçekleştiren kimseden ziyade, bahsedilen fiile maruz kalan ve tepki suçunu işleyen

⁴⁰¹ BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 260; ARTUK/YENİDÜNYA, s. 527; TUTUMLU, s. 28; AÇIKGÖZ, s. 84; GÜNAY, s. 71.

⁴⁰² DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 431; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 515; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 482; GÜRELLİ, s. 335.

⁴⁰³ ÖZEN, Meşru Müdafaa, s. 94.

⁴⁰⁴ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 233; AKTAŞ, s. 115.

⁴⁰⁵ GÜRELLİ, s. 335; AÇIKGÖZ, s. 85; DURAN, s. 143.

failin kusur yeteneğine bakmak daha uygun olacaktır.⁴⁰⁶ Sonuç olarak kusur yeteneğine sahip olmayan kimselerin fiilleri de haksız sayıldığından, söz gelimi 17 yaşındaki sağır ve dilsiz birine karşı tepki suçu işleyen faile diğer şartların da oluşması durumunda haksız tahrik hükmü uygulanacaktır.⁴⁰⁷ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda sağır ve dilsiz olan maktulün boşalttığı sandalyeye sanığın oturması üzerine maktulün gelerek sanığın sandalyeden kalkmasını istediği, sanığın ise maktule yandaki boş sandalyeyi işaret ederek oraya oturmasını istediği, ancak maktulün sanığa saldırarak boğazını sıkıdığı ve gömleğini yırttığı, tarafların uzlaştırılmasından sonra maktulün sanığa taşla saldırdığı olayda, maktulden kaynaklanan tahrik fiillerinin bulunduğu karar vermiştir.⁴⁰⁸

Bizim katıldığımız görüş, kusur yeteneği bulunmayan kişinin fiillerinin haksızlık ve dolayısıyla tahrik edebilecek niteliğe sahip olmasıdır. Fakat bir kimsenin kusur yeteneğine sahip olmaması tek başına hukuka aykırı bir durum olmadığından bu durum fail açısından tahrik teşkil etmez.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 431.

⁴⁰⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 294.

⁴⁰⁸ **Yargıtay 1. CD'nin** 17.03.1991 tarih, 1991/4452 E., 1991/892 K. sayılı kararı. Bkz. KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 36.

⁴⁰⁹ Nitekim Yargıtay; “zihinsel engelli iki ila dokuz yaşlarında bulunana maktullerin evde huzursuzluğa sebebiyet vermeleri, çevreyi rahatsız etmeleri, okulda başarısız olmaları üzüntü kaynağı ise de; haksız bir tahrik kabul edilemez. Çocukların kendi maluliyetlerinin, babalarına karşı haksız hareket olarak kabul ve değerlendirilmesine hukuken imkan yoktur...” diyerek sanığın içinde bulunduğu durumun ancak “takdiri indirim nedeni” sayılabileceğine karar vermiştir. **Yargıtay CGK'nın** 25.11.1991 tarih, 1991/1-281 E., 1991/384 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 107, 108; “Maktulenin anne şefkatine muhtaç yaşta küçük bir çocuk oluşu nedeniyle altını kirletmesi, diğer çocuğun dudağını ısırması gibi hareketlerin sanık lehine tahriki oluşturmayacağı, anne olan sanığın özellikle çocuğun bakım ve gözetiminden sorumlu olması gerektiği dikkate alınmadan TCK.nun 51/1. maddesinin uygulanması...” **Yargıtay 1. CD'nin** 29.11.1994 tarih, 1994/4453 E., 1994/4140 K. sayılı kararı.

C. TAHRİK FİİLİNİN İŞLENİŞ ÖZELLİKLERİ

Tahrik fiilinin belirli davranışlarla sınırlandırılması mümkün değildir. Bu konuda getirilen tek sınırlama tahrik fiilinin “*haksız*” olması gerektiğidir. Bu niteliğe sahip her türlü fiil tahrik sayılabilecektir.⁴¹⁰ Öğretide ileri sürülen görüşler ve Yargıtay kararlarına bakıldığında diğer şartlar da bulunmak kaydıyla bir fiilin icrai ya da ihmali şekilde işlenmiş olması⁴¹¹ bireyin iradesinde hiddet veya şiddetli elem meydana getirebilmesi açısından herhangi bir farklılık doğurmaz.⁴¹² Yargıtay’ın haksız tahrik konusunda verdiği kararlara bakıldığında bu hareketlere örnek olarak; “*mağdurun failin rızası hilafına bahçesine girmesini*”,⁴¹³ “*sanığın kız kardeşinin fotoğrafının izinsiz çekilmesini*”,⁴¹⁴ “*maktulün komşusu olan sanığın resmi nikahlı eşiyle sanığın*

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1994-4453.htm&kw=`1994/4140`#fm>, E.T. 23.04.2016.

⁴¹⁰ ABBAN, s. 42.

⁴¹¹ Yargıtay bu hususta verdiği eski tarihli bir kararında: “*sanığın tarlasına ölenin keçilerinin, umursamazlığı nedeniyle girerek zarar vermesi durumu sanık lehine TCK nun 51/1 maddesinin uygulanmasını gerektirir.*” diyerek sanığın ihmali haksız tahrik saymıştır. **Yargıtay 1. CD’nin** 27.03.1980 tarih, 1980/1328 E., 1980/1391 K. sayılı kararı. Bkz. DEMİR, s. 46. “*Oturdukları köyde sanık ve ailesinin köyden gitmesi için yapılan zorlayıcı eylemlerde, muhtar olan mağdurun görevini etkin şekilde yapmamasının verdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında kalan sanık hakkında, tahrik uygulamasında olayla örtüşecek şekilde ve makul bir oranda indirim yapılması gerekirken...*” **Yargıtay 1. CD’nin**, 10.06.2009 tarih, 2008/694 E., 2009/3414 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2008-694.htm&kw=2009/+3414+#fm>, E.T. 23.04.2016.

⁴¹² EREM, Ümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku, s. 360; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 480; EREM /DANIŞMAN/ARTUK, s. 595; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 425; YAVUZ, s. 447.

⁴¹³ **Yargıtay CGK’nın** 13.10.1980 tarih, 1980/1-288 E., 1980/322 K. sayılı kararı. Bkz. ÇAĞLAYAN, s. 16.

⁴¹⁴ **Yargıtay 2. CD’nin** 16.06.2004 tarih, 2004/6129 E., 2004/12008 K. sayılı kararı.

evinde cinsel ilişkiye girmesini”,⁴¹⁵ “mağdurun ilişki yaşadığı sanığın kız kardeşiyle görüşebilmek ve tekrar kendisine dönmesini sağlamak için sanığı ve ailesini tehdit etmesini ve gece vakti sanığın ailesiyle birlikte yaşadığı konutun dokunulmazlığını ihlal etmesini”,⁴¹⁶ “Maktulün sanıkla eşinin seviştiği yatak odasının gözetlemesi, sanığın öksürmesi ve ışığı açmasına rağmen maktulün ısrarla orada kalmasını”,⁴¹⁷ “mağdurun sanığa olay günü ve önceki tarihlerde sinkaflı küfürler etmesini ve ısrarlı şekilde sarkıntılıkta bulunmasını”,⁴¹⁸ “maktulün sanıkla birlikte kurduğu evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğünü yerine getirmemesini”,⁴¹⁹ “mağdurun aralarında boşanma davası olan sanığa ‘görüreceğiz seninle şerefsiz’ demek suretiyle hakaret etmesini”,⁴²⁰ “mağdurun sanığın bekçiliğini yaptığı şantiyeden sanığın tüm ikazlarına rağmen taşları traktöre yüklemesi”,⁴²¹ “mağdurun sanığa 2 yıldır ödemediği borcu olduğunu ve sanığın alacağını istediğinde sana borcum yok diyerek sinkaflı küfür etmesini”,⁴²² “sanığın başındaki şapkaya gülünmesini”⁴²³ haksız tahrik saymıştır. Uygulamada genel olarak icrai hareketlerin tahrik oluşturduğu gözlenmekle

⁴¹⁵ Yargıtay CGK’nın 11.02.2014 tarih, 2013/1-665 E., 2014/66 K. sayılı kararı.

⁴¹⁶ Yargıtay 1. CD’nin. 22.03.2011 tarih, 2009/4341 E., 2011/1731 K. sayılı kararı.

⁴¹⁷ Yargıtay CGK’nın 06.04.1981 tarih, 1981/1-5 E., 1981/117 K. sayılı kararı. Bkz. SAVAŞ /MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 737.

⁴¹⁸ Yargıtay 1. CD’nin 29.03.2011 tarih, 2010/5623 E., 2011/1889 K. sayılı kararı.

⁴¹⁹ Yargıtay 1. CD’nin 14.03.2012 tarih, 2010/1270 E., 2012/1800 K. sayılı kararı.

⁴²⁰ Yargıtay 4. CD’nin 3.2.2016 tarih, 2013/34683 E. 2016/1671 sayılı kararı.

⁴²¹ Yargıtay 2. CD’nin 02.07.2003 tarih, E. 2002/38803, K. 2003/7950 sayılı kararı.

⁴²² Yargıtay 4. CD’nin 13.1.2016 tarih, 2013/32915 E., 2016/343 K. sayılı kararı.

⁴²³ Yargıtay CGK’nın 08.12.1980 tarih, 1980/1-354 E., 1980/422 K. sayılı kararı. Kararlar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 03.03.2016.

birlikte ihmali hareketle haksız bir fiilin işlenmesi de mümkündür. Söz gelimi ceza süresini doldurmuş olmasına rağmen bu mahkumun salıverilmesi için gerekli belgeleri imzalamayan cezaevi müdürünün bu fiili veya işe gelmeyen kamu görevlisinin fiili tahrik oluşturur.

Haksız tahrik sayılan fiil tek bir hareketle veya söz gelimi “*tahrik edilmek istenen kimsenin oturduğu evin karşısındaki duvara hakaretamiz resimlerin devamlı surette asılması*” gibi birbiri ardına yapılan hareketlerle de işlenebilir.⁴²⁴ Yargıtay kararlarında sık sık tekrarlanan rahatsız edici sözlerin veya hareketlerin haksız tahrik teşkil ettiğine karar vermiştir.⁴²⁵

Haksız tahrik oluşturan fiilin kasıtlı mı yoksa taksirli mi olması gerektiği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Haksız bir fiilin kasıtlı şekilde işlenmesi durumunda diğer şartların da oluşması kaydıyla bu fiilin haksız tahrik teşkil edeceği konusunda öğretide fikir birliği vardır. Bir fiil taksirle işlendiğinde haksız tahrik teşkil edip etmeyeceği konusunda ise tartışma mevcuttur. Çoğunlukça benimsenen görüşe göre bir fiilin kastla ya da taksirle işlenmesi arasında bir fark yoktur, çünkü taksirli

⁴²⁴ DÖNMEZER /ERMAN, C. II, s. 429; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 256; EKERBİÇER, s. 85.

⁴²⁵ Yargıtay 1981 yılında verdiği eski tarihli bir kararında; “*iki sanıktan birinin eşi ve diğerinin gelini olan kadına, mağdurun uzun zamandır, sürekli sarkıntılık yapması, bu sanıklar lehine ağır kışkırtma hükmünün uygulanmasını gerektirir.*” şeklinde devam eden hareketlerin tahrik teşkil ettiğine karar vermiştir. **Yargıtay 1. CD’nin** 23.06.1981 tarih, 1981/3294 E., 1891/2991 K. sayılı kararı. Bkz. DEMİR, s. 46. “*...Öldürülenin sataşması, ‘parlak’ sözünden ibaret olmayıp, ‘parlak mülayim seni yapacağım’ şeklinde ağır bir teklif ve haysiyet kırıcı bir davranış derecesini bulmuştur. Sık sık tekrarlanan bu sözlerin, sanıkta uyandırdığı etkiler birikerek, olay günü sert bir tepkiye dönüşmüş ve öldürülenin kendisini dövmeye başlaması üzerine, öldürme olayı vuku bulmuştur... Belirtilen eylem ve davranışların ağır ve haksız bir tahrik niteliğinde olduğu dosyadan açıkça anlaşılmasına göre; bozmaya uyularak TCK’nın buna ilişkin 51/2. maddesi uyarınca cezadan indirim yapılması zorunludur.*” **Yargıtay CGK’nın** 29.01.1973 tarih, 1973/75 E., 1973/44 K. sayılı kararı. Bkz. SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 745.

hareketler de kusursuz olmadığından, tahrik etme niteliğine haizdirler.⁴²⁶ Dolayısıyla taksirle işlenen bir fiil nedeniyle fail hiddet veya şiddetli eleme kapılarak suç işlediği takdirde kendisine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Yargıtay'ın da bu yönde verdiği kararları mevcuttur.⁴²⁷ Ancak azınlığı oluşturan yazarlarca savunulan bir görüşe göre tahrike neden olan fiil taksirle işlendiği takdirde haksız tahrik hükümleri uygulanmayabilir. Hatta hakime taksirli fiiller nedeniyle tahrike kapılıp suç işlenmesi durumunda haksız tahrik hükmünü uygulayıp uygulamama konusunda takdir hakkı verilmelidir. Zira her ne kadar bilinçli taksir durumunda tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin kusurundan bahsedilebilirse de basit taksir halinde bu durumun varlığını söylemek her zaman mümkün değildir.⁴²⁸ Kişinin objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket ederek gerçekleştirdiği fiiller nedeniyle failin tahrike kapılması durumunda haksız fiil olmadığı için haksız tahrik de yoktur. Bu nedenle bir kimse trafik kurallarına uymasına rağmen yine de kaza yapmışsa bu durumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı savunulmuştur.⁴²⁹ Bizce bir fiilin tahrik teşkil edip etmediği konusunda esas alınması gereken nokta fiilin kasıtlı ya da taksirli şekilde

⁴²⁶ EREM, Haksız Tahrik, s. 54; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 421; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 513; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 293; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 55; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 75.

⁴²⁷ “Olayda, maktul, dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre, sanıklar lehine tahrik hükmünün kabulü yasal düzenleme gereği olup, oluşa nazaran bu tahrik TCK’nun 51/1. maddesinin tatbikini icap ettirir...” **Yargıtay 1. CD’ nin** 07.02.1995 tarih, 1995/4368 E., 1995/ 251 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1994-4368.htm&kw=1995/+251+#fm>, E.T. 07.05.2016. “Olaydan önce maktulün tedbirsizlik ve dikkatsizlikle sanığın beş yaşındaki kardeşinin yanarak ağır şekilde yaralanmasına neden olması...” **Yargıtay 1. CD’ nin** 06.06.1994 tarih, 1994/1926 E., 1994/1763 K. sayılı kararı. Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 182.

⁴²⁸ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 415.

⁴²⁹ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 41.

işlenmesi değil, haksızlık içeren bir fiilin gerçekleştirilmesiyle tepki suçu arasında illiyet bağının kurulup kurulamamasıdır.⁴³⁰

Kanunda haksız fiilin işleniş özelliğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmadığından bu fiilin söz, yazı, mimik, işaret⁴³¹ kullanarak ya da kabaca hareketlerle, üstü kapalı ifade ya da küçümseyici bir gülüş, alay, sırların ifşası, haksız rekabet teşkil eden bir davranışla⁴³² ve hatta ülkemizde sıkça rastlanan hayvanlara kötü muamele⁴³³ gibi değişik biçimlerde işlenebilir.

D. TAHRİK FİİLİNİN HEDEFİ

Kanun koyucu haksız tahriki düzenlediği 29. maddede; “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem etkisi altında suç işleyen kimseye...*” demek suretiyle tahrik fiilinin kime karşı işleneceğini açıklamamıştır. Ancak

⁴³⁰ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 183.

⁴³¹ TUTUMLU, s. 23.

⁴³² EREM /DANIŞMAN /ARTUK, s. 595.

⁴³³ Özellikle Türkiye’nin kırsal kesiminde sıkça rastlanan hayvanlara tecavüz fiili en çok rastlanan tahrik şekillerinden biridir. GÜRELLİ, s. 333. “*Sanık S.Ö.’ın, ailesiyle birlikte geçimini hayvancılıkla sağladığı, maktul A.Y.’ın Saygın ailesine ait dişi keçilerle cinsel ilişkide bulunmayı itiyat haline getirip bu maksatla sık sık ağullarına girdiği, ırzına geçilen dişi keçilerin murdar sayılıp etinin yenmeyeceğine dair çevrede yaygın inanç bulunması nedeniyle, sanık ailesinin muhtelif zamanlarda 10’a yakın keçiyi öldürmek zorunda kaldıkları ve ağır maddi ve manevi zarara uğradıkları, bu duruma son vermek üzere sanığın ağullarında nöbet beklerken maktulün tekrar ağula girdiğini görünce iki el ateş ederek maktulü öldürdüğünün dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında; yöresel örf ve adet, sebep olunan zararın fazlalığı ve maktulden gelen haksız hareketlerin uzun bir zaman aralığı içinde tevali ettiği göz önünde bulundurulduğunda...*” **Yargıtay 1. CD’ nin** 25.05.1992 tarih, 1992/776 E., 1992/1258 K. tarihli kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1992-776.htm&kw=`1992/1258`+`fm`>, E.T. 21.07.2016.

öğretideki görüşlere ve Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarına göre; tahrik fiilinin mutlaka faile karşı işlenmesi gerekmez,⁴³⁴ failden başkasına yöneltilen tahrik fiili de failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirebileceğinden,⁴³⁵ bu fiilin, failin ailesine, yakınlarına, sevdiği kimselere veya “*hakkında insani duygular beslediği bir kimseye*”⁴³⁶ karşı işlenmesi durumunda da haksız tahrikten bahsedilir.⁴³⁷ Bu nedenle haksız fiilin sokaktan geçen bir yabancıya karşı işlenmesi durumunda da tahrikin söz konusu olacağı savunulmuştur.⁴³⁸ Ancak İngiliz Hukukunda haksız tahrik

⁴³⁴ “*Haksız tahrik oluşturan fiilin mutlaka tepkide bulunan faile yöneltilmiş olmasının yani tahrik fiiline maruz kalanın bizzat fail olmasının şart olmadığı failden başkasına yöneltilen haksız bir fiilin de fiili öfke veya elem durumuna sokabileceği oluş ve kabule göre olay günü arkadaşı B... ile tartışan ve onun üzerine elinde sopa olduğu halde yürüyen katılanın bu haksız hareketi üzerine ona yumrukla vurana haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekirken...*” **Yargıtay 2. CD’ nin** 17.01.2011 tarih, 2009/30305 E., 2011/174 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2009-30305.htm&kw=`2011/174`+`#fm>, E.T. 21.07.2016.

⁴³⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595.

⁴³⁶ TANER, s. 445.

⁴³⁷ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 428; EREM, Haksız Tahrik, s. 641; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 419; GÜRELLİ, s. 333; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 256; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 512; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 415; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 481; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 689.

⁴³⁸ TOROSLU, Genel Kısım, s. 265. “*Sanığın, maktule ait işyerinde çalıştığı, olaydan bir gün önce maktulün sanığa ait evin müstemilatında bulunan kendisine ait koltuklara baktıktan sonra, sanığın eşi olan tanık Ayşe evde yalnızken evi gezmek bahanesi ile eve girip burada tanık Ayşe’yi sözle ve öpmek suretiyle taciz ettiği, maktulün daha sonra tanık Ayşe’yi yalnız olduğunu söyleyerek ertesi gün evine çağırdığı, tanık Ayşe’nin bu durumu akşam işten gelen sanığa anlattığı, sanığın önce olaya inanmak istemediği, bunun üzerine Ayşe’nin maktulü telefonla arayarak ahize açık şekilde maktulle konuştuğu, maktulün bu konuşmada teklifini yenilediği, sanığın da bu konuşmayı duyduğu, ardından sanık ile tanık Ayşe’nin aralarında konuşarak memleketlerine dönmeye karar verdikleri, olay günü sanık işte iken maktulün yeniden sanığa ait eve giderek tanık Ayşe’yi belinden tutarak taciz ettiği, tanık Ayşe’nin karşı koyması üzerine maktulün uzaklaştığı, tanık Ayşe’nin bu olayı da sanığa anlatması üzerine sanığın işyerinde bulunan bıçakla ve sırt bölgesine vurmak suretiyle maktulü öldürdüğü olayda; Mağdurdan sanığa yönelen ve süreklilik arz eden haksız tahrik oluşturan söz ve davranışların ulaştığı boyut dikkate alınarak...*” **Yargıtay 1. CD’ nin** 08.03.2012 tarih, 2011/5924 E., 2012/1597 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2011-5924.htm&kw=`2012/1597`+`#fm>, E.T. 21.07.2016.

indiriminden yararlanılabilmesi için tahrik fiilinin faile yöneltmiş olması şarttır. Fail dışında üçüncü bir kişiye yöneltilen haksız fiilden failin tahrik olduğu şeklinde savunma yapılamaz.⁴³⁹

Tahrik fiilinin bir şekilde işlenmiş olması yeterlidir. Kanun, bunun failin önünde yapılması şartını aramadığından, bu fiilin failin gıyabında işlendikten sonra fail tarafından öğrenilmesi durumunda da haksız tahrikin söz konusu olacağı yönünde öğretide görüş birliği vardır.⁴⁴⁰ Kanun tahrik teşkil eden fiilin sadece haksızlık niteliğine vurgu yaptığından, tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin tahrik etme kastının bulunup bulunmadığı önemli değildir.⁴⁴¹ Ayrıca bir fiilin failde tahrik oluşturduğunun kabulü için bunun sadece failin ya da üçüncü bir kimsenin şahsına karşı işlenmiş olması şart değildir. Tahrik fiili, failin veya bir başkasının vücuduna yönelik olabileceği gibi, onun mal varlığına, onuruna veya hukuk düzenince korunan herhangi bir değerine karşı da olabilir.⁴⁴²

Ancak burada sınırın nerede çizilmesi gerektiği önem taşır. Zira uygulamada haksız tahrikin daha az ceza almak için bir “*bahane*” şeklinde kullanıldığı çok fazla olay mevcuttur.⁴⁴³ Bir kimsenin herhangi bir varlığına karşı yapılan bir saldırıya karşı,

⁴³⁹ ELLIOT, Catherine / QUINN, Frances, Criminal Law, Fourth Edition, Pearson Longman Press, Harlow, 2002, s. 61.

⁴⁴⁰ EREM, TCK Şerhi, s. 420; BARDAK, s. 43.

⁴⁴¹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 233.

⁴⁴² DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 428; EREM, Haksız Tahrik, s. 640; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 256; AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 232.

⁴⁴³ “Sanığın, dükkandan çıkan maktulün önüne geçerek hemen ateş ettiği yolunda Tanık V. Y.nin hazırlıkta verdiği ifadenin, sanık V.nin maktulün dükkandan çıkar çıkmaz silah sesleri geldiğine dair beyanı ile de doğrulandığı halde olay öncesinde maktulün kendisine küfrettiğine dair savunmanın varit olmadığı ve haksız tahrik hali bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde

mağdur dışında üçüncü bir kişinin suç işlemesi durumunda, her ne kadar bu saldırı tasvip edilen bir davranış olmasa da, bir anlamda bir insanın yaşam hakkının diğer insanların eline teslim edilmek olduğu açıktır. Bu nedenle öğretilde, haksız bir fiil nedeniyle failin tahrik edildiğinden bahsedebilmek için saldırının failin kendisine, ailesine, yakınlarına, onu ilgilendiren bir “şeye”⁴⁴⁴ veya hayvana yönelik olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁴⁵ Dolayısıyla bu mantıkla hareket edildiğinde, söz gelimi Mersin’de denize kimyasal atıklarını bırakan bir fabrikanın fiili, o yörede yaşayan bir kimse için haksız tahrik oluşturan bir fiil olarak kabul edilebilirken, Ankara’da yaşayan bir kimse için haksız tahrik kabul edilmemesi gerekir. Aksi takdirde haksız tahrikin uygulama alanı gereksiz bir şekilde genişletilecek ve bir kimsenin söz gelimi “*Topluma Karşı İşlenen Suçlar*” başlığı altındaki suçlardan birini işlemesi durumunda ülkedeki tüm vatandaşların bu suçtan tahrik olduğu otomatik olarak kabul edilecektir.

Bizce haksız tahrik kurumunun kapsamının çok geniş tutulup daha az ceza almak için kullanılan bir bahane olarak algılanmaması için bu anlayış yerinde olacaktır. Böylece haksız fiil, faili ilgilendiren bir varlığa ya da yakınına yönelik olmadıkça haksız tahrik uygulamasından bahsedilemeyecektir.⁴⁴⁶ Bu nedenle, söz

TCK.nun 51/1. maddesi ile uygulama yapılması...” **Yargıtay 1. CD’ nin** 5.4.2005 tarih, 2005/480 E., 2005/704 K. sayılı kararı. <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=15309>, E.T. 01.09.2016.

⁴⁴⁴ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, “*tahrik fiiline hedef olan ‘şey’lerin ve hayvanların faille ait*” olması gerektiğini belirtmiştir. EREM /DANIŞMAN/ARTUK, s. 595.

⁴⁴⁵ ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 511; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 419.

⁴⁴⁶ “...maktul Ramazan’ın olay günü eşi ile evlerinin bahçesinde kızlarının kaçması ile ilgili tartıştıkları, maktulün kızının kaçması ile ilgili olarak aynı zamanda kayınbiraderi olan sanığı ve ailesini sorumlu tuttuğu, bu sırada yoldan geçen sanığın tartışmayı duyması üzerine, evinde bulunan av tüfeğini alarak maktule ateş ettiği olayda; tahrik uygulamasına ilişkin gerekçenin TCK.nun 29. Maddesinde tanımlandığı şekilde sanığa yönelik bir haksız fiil oluşturmadığı, sanık savunması ve tanıklar Aynur, Nihal ve Emine’nin beyanları ayrıca değerlendirilerek,

gelimi yazdığı yazıyla Türk milletine hakaret eden kimsenin veya inşa ettiği yapıyla imar kirliliğine neden olan birinin bu yazısından/inşasından rahatsız olan, tahrik edildiğini ileri sürerek suç işleyen kimsenin haksız tahrik altında suç işlediğinden söz edilemez. Aksi takdirde haksız tahrik kurumunun uygulama alanı gereksiz oranda genişletilecek ve haksız tahrik kurumunun uygulama şartlarından biri olan illiyet bağı göz ardı edilecektir.

Ayrıca, tahrik fiilinin yönelimi hususunda dikkat edilmesi gereken husus, evlilik birliği içinde gerçekleştirilen sadakat yükümüne aykırı fiillerin üçüncü kişiler açısından tahrik teşkil edip etmeyeceği hususudur. Özellikle ilk derece mahkemeleri, evli bir kimsenin (genellikle kadının) sadakatsiz davranışlarının eşine ve diğer aile üyelerine karşı tahrik teşkil ettiğini kabul etmektedir. Ancak TMK m. 185’de düzenlenen sadakat yükümü sadece eşler açısından geçerli bir yükümlülük olduğundan üçüncü kişiler bu sebeple tahrik olduğunu ileri süremeyeceklerdir.⁴⁴⁷ Evli kimsenin

bunların beyanlarının hangisinin hükme esas alınacağı tartışılmadan yanlış gerekçe ile haksız tahrik hükmünün uygulanması yasaya aykırıdır...” Yargıtay 1. CD’ nin 30.01.2013 tarih, 2012/4838 E., 2013/718 K. sayılı kararı. “Haksız tahrik hükümlerinin, haksız bir fiilin etkisi altında suç işleyen fail hakkında uygulanabileceği, müsterek failler hakkında uygulanabilmesi için ise tüm koşulların bu failler yönünden de gerçekleşmesi gerektiği, buna göre somut olayımızda, mağdur Dursun ile sanık Gülten arasında çıkan dedikodunun sadece sanık Gülten için haksız tahrik oluşturabileceği, Gülten ile akrabalık bağı dahi bulunmayan diğer sanıklar yönünden haksız tahrik oluşturmadığı gibi somut olayımızda mağdurun bu sanıklara yönelik başkaca haksız hareketinin de olmadığı gözetilmeden...” Yargıtay 14. CD’ nin 5.6.2014 tarih, 2012/10424 E., 2014/7639 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 06.03.2016.

⁴⁴⁷ “Evli ve reşit bulunan maktulenin, başka erkeklerle ilişkisi olduğu düşünce ve kanaatiyle, yeğenleri olan sanıklar tarafından bıçaklanıp öldürülmesinde Yargıtay uygulamaları da dikkate alınarak haksız tahrikten yararlandırılmamaları gerektiğinin gözetilmemesi...” **Yargıtay 1. CD’ nin** 19.09.2006 tarih, 2009/237 E., 2009/3612 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 130; “...Türk Medeni Kanunu’nun 185. maddesi gereğince eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu, sanığın ablası T...’ın davranışlarından dolayı kendisine karşı sorumlu olduğu, sanığa yönelik haksız eylem oluşturmadığından olayda tahrik bulunmadığı, sanığın eylemini ailesinin ve kendisinin şeref ve namusunu kurtarmak için gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin töre saikiyle öldürme suçunu oluşturduğu halde eylemin yanlış nitelendirilerek basit öldürme suçundan hüküm kurulması,

sadakat yükümünü resmi bir evlilik nedeniyle taşıdığını kabul eden Yargıtay, gayri resmi birlikteliklerde taraflardan birinin sadakatsiz davranışının diğer taraf için tahrik oluşturduğunu kabul eden kararlar da vermiştir. Ancak bu kararlarda evliliğin resmi olmaması nedeniyle yapılacak indirimini asgari düzeyde olması gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁴⁸ Uygulamada, evlilik birliği içinde işlenen özellikle kasten öldürme ve yaralama suçlarında mağdur kadının sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği ve erkeğin namusunu kirlettiği gerekçesiyle sıklıkla haksız tahrik indirimi yapılmaktadır. Evlilik birliği içinde eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlüğü altında olmaları kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur ve ihlali de haksızlık içerir. Ancak uygulamada, erkeğin bu yönde ufak bir şüphe duyması, yaşanan çevrede böyle bir söylenti çıkması⁴⁴⁹ veya fail tahrik indiriminden yararlanmak için yargılamada karısının ölmeden önce kendisini aldattığını söylediğini iddia etmesi vs. haksız tahrikin uygulanması için yeterli sebep sayılmaktadır.⁴⁵⁰ Dolayısıyla, kadının en küçük bir

yasaya aykırıdır...” **Yargıtay 1. CD’ nin** 7.6.2010 tarih, 2009/8804 E., 2010/4214 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2009-8804.htm&kw=sadakat+y%C3%BCk%C3%BCm%C3%BC+haks%C4%B1z+tahrik#fm>, E.T. 17.02.2016.

⁴⁴⁸ “ Sanık M’nin Medeni Kanun kapsamında korunmayan resmi olmayan evlilik sürecinde imam nikahlı eşi sanık G’nin ölenle ilişkiye girmesinden kaynaklanan haksız tahrik nedeniyle yapılacak indiriminin asgari düzeyde olması gerektiğinin gözetilmemesi...” **Yargıtay 1. CD’ nin** 23.7.2007 tarih, 2007/3570 E., 2007/6129 K. sayılı kararı. Bkz. YALÇIN SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 341.

⁴⁴⁹ “...maktulenin başkasıyla olan ilişkisinin saptanması da şart değildir. Sanığın içine bulunduğu durumun değerlendirilmesi gerekir. Sanık örf ve ahlaka aykırı olan bu olayların etkisi altında kalarak girdiği psikolojik bunalım sonucu karısını öldürmüştür...” **Yargıtay CGK’nın** 25.06.1990 tarih, 1990/1-176 E., 1990/194 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 256.

⁴⁵⁰ “...Dosya içeriğine ve mevcut delillere göre; sanık ile mağdurun karı koca oldukları, mağdurun bir süre önce evden ayrılıp gittiği, olay günü evde bulunan sanığa ‘boşanalım’ dediği, bunun üzerine sanığın mağdura ‘boşanıp da istediği gibi at mı koşturacaksın’ demesi ile mağdurun ‘Boşandıktan sonra istediğim gibi at da koştururum, eşek de koştururum’ şeklindeki kavga esnasında fevren söylenebilecek sözlerin haksız fiil olarak nitelendirilemeyeceği gözetilmeden sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.” **Yargıtay 1. CD’nin** 19.02.2015 tarih,

hareketi yargı nezdinde erkek lehine haksız tahrik kabul edilmekte, deyim yerindeyse failin erkeklik onuru zedelendiği(!) düşüncesiyle öfkelenmiş olması haksız tahrikin uygulanması için yeterli sebep sayılmakta, kadının gerçekleştirdiği fiilin sadakat yükümüne aykırı olup olmadığı, hatta haksız olup olmadığı tartışma konusu yapılmamaktadır.⁴⁵¹ Yargının bu tutumu haksız tahrik kurumunun hukuka aykırı olarak uygulanmasına neden olmakta ve karısını öldüren failin haklı sayılacağı düşüncesini uyandırmaktadır. Bu yanlış uygulamanın önüne geçmek için öncelikle haksız tahrik hükmünün uygulanması sırasında sahip olunan cinsiyetçi yaklaşımın ve “erkek aldatıldım diyorsa haklıdır”⁴⁵² bakış açısının terkedilmesi gereklidir.

2014/1917 E., 2015/834 K. sayılı kararı. Bkz. **ÜMİT ATILGAN**, Eylem, Türkiye’de İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma –Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Yayınevi, Ankara, 2015, s. 282.

⁴⁵¹ “...Haksız tahrik teşkil eden bu olayın geçtiği yer Afyon ilinin küçük bir beldesi olup dar bir muhittir. Sanığın karısı ile mağdur arasındaki cinsel ilişkinin söylenti şeklinde yayıldığı, mağdurun karısı Nura ile tanık Nurettin’in duruşmadaki anlatımları ile doğrulanmıştır. Dar bir yörede yakın akraba arasındaki ahlak dışı cinsel ilişki söylentisinin çoban olan sanık üzerinde çok şiddetli gazap ve elem meydana getireceği açıktır...Sanığın kardeşi ile karısı arasındaki ilişkiden net bir şekilde savunma sadedinde söz etmemesi, aile şerefine leke sürülmemesi yerine fazla ceza almayı yeğleyecek bir namus anlayışına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, mağdurun sebebiyet verdiği ağır haksız hareket sonucu yüklenen suçu işleyen sanık hakkında ağır haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır...” **Yargıtay CGK’nın** 28.11.1994 tarih, 1994/1-284 E., 1994/304 K. sayılı kararı. Bkz. **UYGUN**, Mehmet, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları 1992-1993-1994-1995-1996, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997, s. 59.

⁴⁵² “Sadakat yükümlülüğünün ihlalinin ispatında, bir tanığın olaydan saatler önce oraya gelip gelmediğine ilişkin çelişkili tanık beyanlarının, delil sayılmasından daha uç örnekler de mevcut. Çantadan çıkan doğum kontrol hapsi, cep telefonuna gelen ‘Adil Işık’ markalı kadın giyim firmasının tanıtım mesajı, sık banyo yapmak, bebeğinin fotoğrafındaki göz retinasında bir erkek silüetini gördüğüne inanmak gibi örnekler uzayıp gidiyor. Sanıkların aldatıldıklarından şüphelenmesi, özellikle birinci derece mahkemesi kararlarında haksız tahrik yargılamasında aranan fiil şartının yerine geçen bir olguymuş gibi ele alınıyor...”. **ÜMİT ATILGAN**, s. 257.

Yargıtay'ın haksız fiilin konusu insan olan olaylarda⁴⁵³ tahrik fiiline maruz kalanla fail arasında en azından bir yakınlığın arandığı kararlarına da rastlanmaktadır.⁴⁵⁴ Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında görevin ika edilmesi gerekçesiyle bu yakınlığın aranmadığı görülür.⁴⁵⁵

Yargıtay'ın konusu insan dışında bir varlık olan tahrik eylemlerine ilişkin çelişkili kararları mevcuttur. Bu kararlardan birinde “*Maktulün devlete ait ormandan*

⁴⁵³ Ancak Yargıtay'ın “*Bir olayda tahrikin varlığını kabul etmek için haksız tahrikin bizzat sanık veya bir yakınına yönelik olması gerekmez. Üçüncü kişilere ve hatta eşya ve hayvanlara karşı yapılan hareketler de tahfif sebebi oluşturabilir. Bu açıklamalar ışığında olayımıza bakıldığında, sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızların maktul ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında şedit elem duyarak suçu işlediği saptandığından, lehine TCK m.51/1'in uygulanması gerekir.*” şeklinde haksız fiilin yöneldiği hedefin geniş manada herkes ve her şey olabileceğini kabul etmiştir. **Yargıtay CGK'nın** 22.05.1089 tarih, 1989/1-133 E., 1989/192 K. sayılı kararı. Bkz. TUTUMLU, s. 23.

⁴⁵⁴ “*a-Oluşa ve dosya içeriğine göre, mağdurdan kaynaklanan ve sanık tarafından sanığın gayri resmi olarak birlikte yaşadığı ‘Mağdur Nida'nın mağdur Murat'ın yanağından makas alması’ şeklinde tarif edilen eylemin mağdur Nida ile evli olmayan sanık Ender açısından haksız tahrik oluşturmayacağı düşünülmeyen, sanık hakkında hükmedilen temel ceza üzerinden TCK.nun 29. maddesi uyarınca haksız tahrik indirimi uygulanarak yazılı şekilde eksik ceza tayin edilmesi...*” **Yargıtay 1. CD' nin** 11.04.2012 tarih, 2010/5029 E., 2012/2796 K. sayılı kararı. “*Sanık Zeki'nin kardeşi tanık Murat'ın eşi olan Güldane'nin maktul Sefa ile gayri ahlaki ilişki içine girdiği anlaşılmakta ise de, bu ilişkinin Güldane'nin eşinin kardeşi olan sanık Zeki ile kız kardeşinin çocukları olan sanıklar Özgür ve Eray açısından tahrik olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden....*” **Yargıtay 1. CD' nin** 26.12.2006 tarih, 2006/982 E., 2006/6010 K. sayılı kararıyla Medeni Kanun'dan doğan sadakat yükümlülüğünün ihlalinin 3. kişiler açısından tahrik teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>. E.T. 22. 03. 2016.

⁴⁵⁵ “*Öldürülen Metin Öztürk, iki arkadaşıyla beraber bir genci ilkin kovalayıp sonra da dövmüşler, maktul bir tarafa, diğer iki arkadaşı da aksi tarafa kaçmıştır. Bu durumu sivil ve izinli olarak bir akrabasını ziyarete giden toplum polisi sanık Ahmet Tekbaş görünce maktul Metin'i yakalamak üzere arkasından koşmuş ve yakaladıktan sonra tabancasını çıkarıp ateş ederek öldürmüştür. Öldürme eyleminin nedeni yukarıda açıklanan ve maktulden gelen yasa dışı bir genci dövüp kaçmak şeklinde oluşan haksız davranıştır.... Olaya el koymak isteği görev anlayışındandır...Öldürülenin haksız saldırısı sanık üzerinde husule getirdiği öfke ve gazap itibarıyla TCK m. 51/1 maddesinin uygulanması gerekmektedir*” **Yargıtay CGK'nın** 23.03.1978 tarih, 1978/306 E., 1978/369 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1978-306.htm&kw=`1978/369`+#fm>, E.T. 08.03.2016.

odun ve kozalak toplamasının olayın nedenini teşkil etmesine... haksız hareketin mutlaka sanığa karşı vukuu şart olmayıp devlet aleyhine işlenmesi takdirinde de sanığın tahrik hükmünden yararlanması gerektiği... ”⁴⁵⁶ şeklinde karar vererek devlet aleyhine işlenen saldırıları da tahrik niteliğinde kabul etmişken;⁴⁵⁷ bir başka kararında, “Kamu adına yayın yapan F... TV. İsimli Televizyon Kanalının olaydan bir gün önceki ‘23. Saat’ adlı haber programına yurt dışından telefonla katılan D...Y... Partisi Genel Başkanı T...Ç... hakkında iddialarda bulunan kanun kaçağı A... Ç...’nın beyanlarının yayınlanmasından sonra 50-60 kişilik grupla adı geçen yayın kurulunun yayın stüdyosunun bulunduğu binanın önünde toplanıp içeriye giren sanıklar girişten itibaren 3. Kata kadar binanın cam ve yayın araçlarını tahrip etme...” eylemlerinin gerçekleştirildiği olayda “yayın kuruluşunun kanun kaçağı A... Ç...’nın iddialarının doğrudan sanıkların şahsına yönelik olmadığı” ve sanıkların “iddianın muhatabı T...Ç... ile hiçbir yakınlık bağları bulunmadığı” ⁴⁵⁸ gerekçesiyle haksız tahrik hükmünün bulunmadığı şeklinde isabetli bir karar vermiştir. Yukarda aktarılan kararlardan ilkinde Yargıtay’ın devlete ait ormandan izinsiz odun ve kozalak toplama eylemini fail açısından haksız tahrik kabul etmesi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, fail burada ormanı korumakla görevli bir kimse olmadığından, “devlet malına zarar verene müdahale etmek, birey için hukuki bir görev değil, olsa olsa sosyal ve ahlaki bir görevdir. Aksine bir düşünce bir bireyin hakkını (olayda

⁴⁵⁶ **Yargıtay 1. CD’ nin** 09.07.1981 tarih, 1981/3551 E., 1981/3407 K. sayılı kararı. Bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 713.

⁴⁵⁷ Yargıtay’ın benzer bir kararı; **Yargıtay CGK’nın** 17.11.1986 tarih, 1986/338 E., 1986/520 K. sayılı kararı.

⁴⁵⁸ **Yargıtay 8. CD’ nin** 07.04.1999 tarih, 1999/3786 E., 1999/4655 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 08.03.2016.

yaşam hakkını) diğer bireyin eline teslim etmek olacaktır."⁴⁵⁹ Bu nedenle somut olayda haksız tahrik uygulaması yapılırken, tahrik fiilinin faili ilgilendiren bir hususta olmasına dikkat edilmesi gerekir.

Tahrik fiilinin hedefine ilişkin belirtilmesi gereken son husus, tahrik fiili, belirli bir kimseyi hedef almıyorsa bu durumda haksız tahrikten bahsedilemez. Diğer bir ifadeyle haksız tahrikin uygulanabilmesi için tahrik fiilinin hedefinin belirli olması gerekir.⁴⁶⁰ Söz gelimi, Ankara'da A bir topluluğu avukatlık mesleğini yapan herkese karşı şiddet göstermeleri gerektiği çağrısında bulunsa bu durumda İstanbul'da herhangi bir zarar görmeyen B adlı avukat A'ya karşı suç işlerse haksız tahrikten faydalanması mümkün olmayacaktır. Ancak Ankara'da yaşayan ve bu şiddet çağrısı nedeniyle saldırıya uğrayan avukat C, A'ya karşı suç işlerse haksız tahrikten faydalanması mümkündür. Zira haksız fiil kendisine karşı işlenmiştir ve C, A'nın fiili nedeniyle zarar gördüğü için tahrikten söz etmek mümkündür.

As.C.K. m. 92' de, TCK düzenlemesinin içerdiği sınırlamaya istisna olarak *"Bir amir veya üstün doğrudan astı hedef almasa da, askeri nizamla ve askerlik kurallarına aykırı muamelede bulunması ya da makam ve mevkiinin sağladığı yetkiyi aşması veya kötüye kullanması ast bakımından"*⁴⁶¹ ifadesine yer verilmiş ve sayılan

⁴⁵⁹ BAŞAR, Nur, "Haksız Tahrik- Karar İncelemesi" Yasa Hukuk Dergisi, C. 5, S. 3, Mart 1982, s. 356.

⁴⁶⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 513. "Korku veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçunun, yapısı, niteliği ve kamuya karşı işlenmiş suçlardan olup, müstakil mağdurunun bulunmaması itibarıyla tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmadığı gözetilmeden, sanığın cezasından TCK'nun 29. maddesi uyarınca indirim yapılması..." **Yargıtay 8. CD' nin** 27.11.2007 tarih, 2007/9031 E., 2007/8288 K. sayılı kararı.

⁴⁶¹ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 38.

fiillerin haksız tahrik teşkil edeceği kabul edilerek haksız tahrikin sınırları geniş tutulmuştur.

E. HAKSIZ TAHRİKİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA (MEFRUZ TAHRİK)

Mefruz tahrik, öğretide, haksız tahrikin temel şartlarından biri kabul edilen, objektif olarak bir tahrik fiilinin bulunması şartının istisnası sayılmıştır. Mefruz tahrik hali, gerçekte herhangi bir tahrik fiili mevcut olmadığı veya mevcut olsa da bu fiil faile yöneltilmiş olmadığı halde, failin maddi veya şahsi sebeplerden ötürü bu fiilin var olduğunu ya da başkasına yönelen bir fiilin kendisine yöneltildiğini zannedip, hiddet veya şiddetli eleme kapılarak suç işlemesi durumudur.⁴⁶² Mefruz tahrik halinde bulunan fail açısından temel sorun, failin içinde bulunduğu bu duruma değer atfedilip haksız tahrikin tüm sonuçlarının ona uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu konuda öğretide ve Yargıtay kararlarında çelişkiler vardır.

Haksız tahrikin psikolojik unsurunu esas alan bir görüşe göre, haksız tahrik neticesinde suç işleyen failin cezasının indirilme sebebi, failin içinde bulunduğu hiddet ve şiddetli elem halinde hareket ederek suç işlemiş olmasıdır. Bu psikolojik durum, mefruz tahrik durumunda da söz konusudur. Madem kanun koyucu failin içinde bulunduğu bu heyecan haline önem vererek cezanın indirilmesi imkanı vermiş, aynı imkanı, duyguları ya da düşünceleri nedeniyle kusursuz olarak⁴⁶³ yanılarak suç işleyen

⁴⁶² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595; ABBAN, s. 44.

⁴⁶³ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 46.

kimseye tanımamak haksız tahrikin esasına aykırı olur ve adaletsizlik meydana getirir.⁴⁶⁴ Mefruz meşru savunmaya izin veren ceza hukuku, doğal olarak mefruz tahrike de izin vermiş demektir.⁴⁶⁵ Dolayısıyla bu görüşü savunan yazarlar failin yanılmasına önem verirler.⁴⁶⁶

Haksız tahrikin temeline tahrikin objektif esasını koyan diğer görüşe göre; mevcut olmayan ancak failin mevcut olduğunu zannettiği bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında failin suç işlemesi gerekçesiyle cezasından indirim yapılamaz, zira ortada gerçekte meydana gelmiş bir tahrik fiili yoktur.⁴⁶⁷ Bu nedenle faille mağdur arasında karşılıklı kusur durumundan da bahsedilemeyeceği için mefruz tahrik nedeniyle failin daha az kusurlu sayılarak daha az ceza ile cezalandırılması mümkün değildir.⁴⁶⁸ Üstelik failin subjektif vehim ve zanları tahriki oluşturmak için

⁴⁶⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 435, 436; ÖNDER, s. 344.

⁴⁶⁵ SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 483.

⁴⁶⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595; DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 46; ÖNDER, bu hususta, mefruz tahrikin var olduğu hallerde, objektif olarak tahrik fiili olmadığı gerekçesiyle haksız tahrik hükmü uygulanamaz ise de kanunda mevcut olan ve takdiri indirim nedenlerinin düzenlendiği madde uygulanabilir. ÖNDER, s. 344.

⁴⁶⁷ ARTUK, M. Emin/YENİDÜNYA, Caner, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi (TCK m. 51), Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, MÜHF Yayını, İstanbul, 2003, s. 520. Bir görüşe göre, haksız tahrik için fiil ile failin heyecan hali arasında nedensellik bağının varlığı şarttır; bu nedenle mevcut olmayan nedensellik bağı haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. YAVUZ, s. 452.

⁴⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK, TCK Gözübüyük Şerhi, s. 575; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 259; “...sanık Mehmet'in, hiçbir zaman meydana gelmemiş ve kendisine yönelmemiş bir eylemin haksız olduğu inancı içerisinde hareket ederek suç işlemesinde, hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına da olanak yoktur. Çünkü, haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan koşullardan olan, "haksız bir eylemin bulunması" koşulu somut olayda gerçekleşmemiştir. Bu nedenle Yerel Mahkemenin dosya kapsamına uymayan, varsayım dayalı gerekçelerle sanık Mehmet hakkında tahrik hükümlerini uygulaması isabetsizdir....” Yargıtay CGK’nın 5.5.2002 tarih, 2002/1-311 E., 2002/443 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2002-1-311.htm&kw='2002/443'+#fm>, E.T. 20.07.2016.

yeterli nitelikte değildir.⁴⁶⁹ Nitekim önceki kanun döneminde de yer alan bu tartışmayı sonlandırmak isteyen Adalet Bakanlığı, 31.05.1934 tarihli ve 2090 No’lu genelgeyle mefruz tahrike ilişkin olarak “...vehim ve zannın TCK’nun 51. madde mucibince tahriki müstelzim değildir” şeklinde görüşünü ifade etmiştir.⁴⁷⁰

Yargıtay, mefruz tahrik durumunda haksız tahrikin mevcut olduğu yönünde kararların yanında,⁴⁷¹ aksi yönde kararlar da vermiştir.⁴⁷²

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra, söz konusu Kanun’un “hata” başlıklı m. 30/2’de “Bir suçun daha ağır ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.” düzenlemesine ve m. 30/3’de “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır.” düzenlemesine yer verilerek bu sorun çözüme kavuşturulmuştur. Buna

⁴⁶⁹ GÜRELLİ, s. 333.

⁴⁷⁰ TUTUMLU, 45.

⁴⁷¹ “...her ne kadar olayda maktulden kaynaklanan bir tahrik hali yoksa da eşinin yaralandığını gören sanığın, sorumluları saptayabilme zaman ve şansı bulunmadığı ve bu ani algılamada eşinin yakın çevresindekileri sorumlu tutarak karşı eyleme yönelmesinin halin icabına göre benimsenebilir bir mefruz ağır tahrik telakki edilebileceği...” **Yargıtay 1. CD’ nin** 06.05.1998 tarih, 1998/428 E., 1998/1417 K. sayılı kararı. “Olay tarihinden önceki günlerde sanığın evde olmadığı bir sırada gece evinin kapısı çalınarak eşinin taciz edildiği, olay tarihinde de sanık evde iken yine gece 23.30 sıralarında kapının çalındığı, kapıyı çalan şahsın sanığın eşi tarafından tanındığı, bunun üzerine sanığın av tüfeği ile ateş ettiği sırada evin civarında tesadüfen bulunan müştekinin de kapıyı çalan şahsın arkadaşı ve eşini rahatsız eden kişilerden olduğunu tahmin ederek ateş ettiği ve müştekinin de yaralandığı olayda sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıın karar yerinde tartışılmaması...” **Yargıtay 2. CD’ nin** 12.04.2004 tarih, 2004/27676 E., 2004/7422 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> E.T. 03.03.2016.

⁴⁷² “Olayın sebep ve başlangıcından haberdar olmasa dahi, haksız hareketleriyle olaya sebep olan babasının olay öncesinde saldırıya uğradığını zannederek ateş eden sanığın, haksız bir tahrikin etkisiyle suç işlediği kabul edilemez” **Yargıtay CGK’nın** 15.05.1989 tarih, 1989/1-121 E., 1989/186 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 102.

göre, haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir neden olduğuna ve mefruz tahrik durumunda da fail, kusurluluğu azaltan bu durumun maddi bir şartında hataya düştüğüne göre, somut olayda hatanın kaçınılabılır olup olmadığına bakılacaktır.⁴⁷³ Bu düzenlemenin getirilmesi neticesinde Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminde mefruz tahrike ilişkin vermiş olduğu çelişkili kararlar ve bu hususta yürütülen tartışmalar geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü objektif olarak bir haksız fiil bulunmamasına rağmen fail, kusuru olmaksızın yanılmış ve bu yanılması neticesinde ortada haksız bir fiil bulunduğunu zannederek hiddet veya şiddetli elem etkisinde bir tepki suçu işlemişse, fail haksız tahrikin maddi şartlarında yanılmış/hataya düşmüştür. TCK m. 30'da failin bu hatasından faydalanıp faydalanamayacağı düzenlenmiştir. Böylece, söz gelimi, *“bir başkasıyla gayrimeşru ilişki içinde bulunduğunu zannettiği”*⁴⁷⁴ eşini bu sebepten yaralayan fail, eğer içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde kaçınılmaz olarak hataya düşmüşse bu hatasından yararlanacak ve kendisine haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır. Ancak failin bu hatası kaçınılabılır nitelikte bir hataysa, bu takdirde hatasından yararlanamaz, fakat içinde bulunduğu durum TCK m. 61 hükmü gereğince

⁴⁷³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 295; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 431; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 305. *“Sanığın, olay tarihinde oğlu Ahmet'in dövüldüğünün kendisine söylenmesi üzerine hemen olay yerine gittiği ve burada oğlunu döven kişilerden birisi olduğunu zannettiği müşteki Hüseyin'le kavga etmeye başladığı, sanığın olay yerine gelen ve Hüseyin'le aralarındaki kavgaya müdahale eden müşteki Zekay'i de yaraladığı anlaşılmasına göre, müştekilerin tahrik teşkil edebilecek haksız bir fiilleri olmadığı halde sanığın bu hususta yanılarak 5237 sayılı TCK'nın 30/3. maddesi kapsamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve mefruz tahrik nedeniyle indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde sanık hakkında tahrik hükümlerinin uygulanmaması...”* **Yargıtay 3. CD' nin** 16.10.2012 tarih, 2010/8176 E., 2012/34575 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3cd-2010-8176.htm&kw=`2012/34575`#fm>, E.T. 04.07.2016.

⁴⁷⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 511.

temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.⁴⁷⁵ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, haksız tahrikin varlığında kusuru olmaksızın hataya düşen kişi, haksız tahrik indiriminden faydalanacaktır, zira aksi durum hem haksız tahrikin psikolojik esasına, hem de TCK m. 30'a aykırılık arz edecektir. Failin düştüğü hatanın kaçınılmaz bir hata olup olmadığı hususunda önerilen ölçüt, failin somut olaydaki durumu, bilgi ve yaşam tecrübelerine göre hataya düşmemek için gereken bilgiye ulaşma konusunda herhangi bir çaba gösterip göstermediğine bakılmasıdır.⁴⁷⁶

III. FİİL HAKSIZ OLMALIDIR

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrikin ikinci şartını tahrik fiilinin haksız olması oluşturur. Bu durumu kanun koyucu, TCK m. 29 düzenlemesinde “*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisinde...*” şeklinde ifade etmiştir. Ancak kanunda bu şart belirlenmekle birlikte, faili “*hiddet*” veya “*şiddetli elem*” etkisinde suç işlemeye iten fiillerin neler olduğu ya da bu haksızlığın ölçütünün ne olduğu açıklanmamıştır.⁴⁷⁷

Bir fiilin “*haksız*” olmasından ne anlaşılacağı konusunda üzerinde uzlaşılan görüşe göre hukuka aykırı her fiil haksızlık unsuru taşır.⁴⁷⁸ Bu husus madde

⁴⁷⁵ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 431.

⁴⁷⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 306.

⁴⁷⁷ BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 257.

⁴⁷⁸ EREM, TCK Şerhi, s. 421; ARTUK/YENİDÜNYA, s. 522; DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 429; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 420; GÜRELLİ, s. 333;

gerekçesinde; “*Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir*” şeklinde ifade edilmiştir. Bir fiilin, faili hiddet veya şiddetli elem haline düşürerek, onun iradesini etkilemesinin nedeni, bu durumun hukuka aykırı nitelik taşımasıdır. Fiilin hukuka uygun olması durumunda, failin bu fiile katlanma yükümlülüğü bulunduğundan, hiddet veya şiddetli eleme kapılıp kapılmadığına bakılmaz.⁴⁷⁹ Bu nedenle tahrike konu olan fiilin haksız olup olmadığının belirlenmesi önem taşır. TCK’da hangi fiillerin haksız sayılacağına ilişkin herhangi bir açıklama yer almadığından, bir fiilin haksız olup olmadığı konusunda ceza hukuku öğretisinde geliştirilen ve diğer hukuk dallarında yer alan açıklamalara bakmak gerekecektir.⁴⁸⁰

B. HAKSIZLIĞIN NİTELİĞİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Borçlar Hukukunda Haksız Fiil

Haksız fiil kavramı, ceza hukukunun dışında özel hukukta da sorumluluk doğuran bir fiil olduğundan, haksız tahrikin uygulanabilmesi için gerekli olan tahrik fiili, özel hukuk anlamında bir haksız fiil olabilir. Bu nedenle özel hukuk anlamında haksız fiilin kapsamının ve özelliklerinin belirlenmesi gereklidir.

ÖNDER, s. 345; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 414; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 368; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 293.

⁴⁷⁹ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 429; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 481.

⁴⁸⁰ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 183.

Borçlar hukuku kapsamında haksız fiil, taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiye dayanan veya taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiyle bağlantısı olmamakla birlikte, Kanun'un bireye yüklediği görevlere aykırı hareketler, şeklinde tanımlanabilir.⁴⁸¹ Bu tanımdan anlaşılacağı üzere haksız fiil, daha önce yüklenilmiş bir borca/sözleşmeye aykırı bir davranıştan kaynaklanabileceği gibi,⁴⁸² sözleşme dışında Kanun'un düzenlediği hükümlere, genel davranış kurallarına aykırılık ya da hukukun izin vermediği bir fiil veya davranış şeklinde de ortaya çıkabilir.⁴⁸³ Borçlar hukukunda haksız fiilin kapsamı hukukla sınırlandırılmıştır. Herkes için genel veya belirli kimseler için özel nitelikte ödevler yükleyen bir hukuk normunun ihlali anlamına gelen hukuka aykırılık,⁴⁸⁴ nitelik itibariyle ceza hukuku veya borçlar hukuku açısından farklılık arz etmez. Borçlar hukuku bakımından haksız fiiller, kişinin mülkiyet haklarına veya kişilik haklarına aykırı davranış gibi ceza hukukunun icrai davranış olarak nitelendirdiği aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, bir kimseyi boğulmaktan kurtarma ya da inşaat sahibinin gerekli koruyucu tedbirleri almaması gibi

⁴⁸¹ **REİSOĞLU**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 162.

⁴⁸² “...yakınanın borcuna kefil olduğunu ve ödeme günü geldiği halde tüm uyarılarına karşın borcu ödemediğini, bu konudaki görüşme isteğini de reddettiği için konuşmak üzere evine gittiğini ileri sürmesi karşısında, olayda sanık yararına haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına düşünülmemesi...” **Yargıtay 4. CD’ nin** 18.4.2000 tarih, 2000/2448 E., 2000/3103 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2000-2448.htm&kw=`2000/3103`+`#fm`>, E.T. 23.06.2016.

⁴⁸³ **NOMER**, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 13, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 111.

⁴⁸⁴ **ÖZTAN**, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, B. 11, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 80.

ihmalî bir hareketle veya bir hakkın amacı dışında kullanılması olarak da ifade edilen hakkın kötüye kullanılması şeklinde de gerçekleştirilebilir.⁴⁸⁵

Borçlar Kanunu m. 49’da yer alan⁴⁸⁶ ve haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen düzenlemeye göre, haksız fiilden bahsedebilmek için bulunması gereken şartlar arasında haksız fiili gerçekleştiren kimsenin “*kusur*”u da yer alır. Bu bakımdan bir kimsenin gerçekleştirdiği, objektif olarak bulunan bir haksız fiilin yanında, bu fiili gerçekleştiren kişinin kınanabilmesi yani, sübjektif durumunu yansıtan kusuru da bulunması lazımdır ki, haksız fiil sorumluluğu doğsun.⁴⁸⁷ Ancak borçlar hukuku bakımından kusurun derecesi, haksız fiilin varlığı ve kişinin sorumluluğu açısından önem taşımaz. Bu durum ceza hukukundaki haksız fiil ile borçlar hukukundaki haksız fiil arasındaki farklardan biridir.⁴⁸⁸ Kişinin kusurlu olarak gerçekleştirdiği haksız fiilden sorumluluğu için ayrıca bir zarar meydana gelmiş olmalı ve bu zararlar haksız fiil arasında illiyet bağı da bulunmalıdır.⁴⁸⁹ Ayrıca bu haksız fiil açısından ceza

⁴⁸⁵ REİSOĞLU, s. 164, 165.

⁴⁸⁶ BK m. 49 düzenlemesi şu şekildedir: “(1)*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. (2)Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*

⁴⁸⁷ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, B. 10, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 55; EREM, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 447.

⁴⁸⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 17, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 308.

⁴⁸⁹ EREM, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 448.

hukukunda olduğu gibi borçlar hukuku bakımından da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin bulunmaması gerekir.⁴⁹⁰

2. Ceza Hukukunda Haksız Fiil

Ceza hukuku bakımından suç olan fiillerin kanunda düzenlenen hukuk normuna aykırı olduklarından haksız tahrik anlamında haksız fiil oldukları açıktır.⁴⁹¹ Ancak bazı suçlar nitelikleri itibariyle bu genellemenin dışında kalmaktadır. Bu suçlara örnek olarak mağduru belirli bir kimse olmayan suçlar veya ruhsatsız silah taşıma gibi sırf hareket suçlarının bazıları verilebilir.⁴⁹² Yine fiil tipik bir fiil olmasına karşın hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu bir durumda hukuka aykırılık bulunmadığından haksız tahrikten de bahsedilemez. Bu örneklere ek olarak Yargıtay bir kararında Kabahatler Kanunu'nda yer alan “*sarhoşluk*” fiilinin tahrik teşkil etmeyeceğini belirterek, bu fiil nedeniyle failin tahrik edildiğini kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.⁴⁹³

Borçlar hukuku bakımından bir fiilin haksız fiil kabul edilebilmesi için birtakım şartların bulunması gerekirken ceza hukukunda böyle bir şart yoktur; bir fiilin

⁴⁹⁰ Türk Borçlar Kanunu m.63'de bu husus düzenlenmiştir. REİSOĞLU, s. 165.

⁴⁹¹ Bu husus; “ *Fiil bir suça vücut vermekte ise, hukuka aykırılığın karinesi olan suç, aynı zamanda haksızlığı da ifade etmektedir*” şeklinde açıklanmıştır. ÖNDER, s. 445.

⁴⁹² “...Genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunun topluma karşı işlenen suçlardan olması ve belirli olmayan çok sayıda kişiye karşı işlenmesi nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi hukuka aykırıdır.” **Yargıtay 4. CD'nin** 6.5.2013 tarih, 2011/21811 E., 2013/13588 K. sayılı kararı.

⁴⁹³ **Yargıtay 2. CD'nin** 22.10.1985 tarih, 1985/7645 E., 1985/8347 K. sayılı kararı; Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 186.

haksız sayılması için “*yükümlülük getiren veya yetki veren herhangi bir normun dışına çıkılmış olması*” yeterli görülmüştür.⁴⁹⁴ Bu nedenle herhangi bir zarar meydana getirmesi gerekmez. Dolayısıyla bir fiilin haksız tahrik meydana getirdiğinden bahsedebilmek için bir suç veya borçlar hukuku anlamında haksız fiil oluşturması şart değildir.⁴⁹⁵ Herhangi bir suça ya da borçlar hukuku anlamında haksız fiile vücut vermeyen fiiller de haksızlık niteliği taşıyabilirler ve failde hiddet veya şiddetli elem oluşturabilirler.⁴⁹⁶ Söz gelimi mal veya hizmet satmak için aşırı gürültü yapan ve çevredeki insanları rahatsız eden bir kimsenin fiili o çevrede yaşayanlar için haksız tahrik meydana getirir. Yine Kabahatler Kanunu’nda sayılan alanlarda tüketimi yasaklanmasına rağmen tütün mamulleri tüketen kişinin fiili de o alanda bulunan kişiler için haksız tahrik oluşturacaktır. Failin hiddet veya şiddetli eleme kapılmasına neden olan fiil, aynı zamanda bir suç oluşturuyorsa, bu takdirde bu fiilin kasten ya da taksirle işlenebilen bir haksızlık olması arasında fark bulunmaz.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ TOROSLU, Genel Kısım, s. 72.

⁴⁹⁵ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 429; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 426; EREM, TCK Şerhi, s. 422; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 257; ZAFER, Genel Hükümler, s. 328. “*Eylemin kışkırtma nedeni sayılabilmesi için haksız olması yeterlidir. Ayrıca suç oluşturması gerekli değildir.*” **Yargıtay CGK’nın** 11.05.2004 tarih, 2004/1-74 E., 2004/118 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 105.

⁴⁹⁶ TUTUMLU, s. 24.

⁴⁹⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 293.

3. Haksızlığın Niteliği Hususunda İleri Sürülen Ölçütler ve Yargıtay Uygulaması

Failin hiddet veya şiddetli eleme kapılarak suç işlemesine neden olan tahrik fiilinin “*haksız*” olması gerektiği kabul edilmesine karşın, bu haksızlıktan ne anlaşılması gerektiği açıklanmadığından öğretide tartışmalar yaşanmış, uygulamada hem birbiriyle çelişen hem de haksız tahrik kurumunun niteliğine uygun düşmeyen kararlar ortaya çıkmıştır.⁴⁹⁸

Bir fiilin haksız sayılması için sadece hukuka aykırı olmasını yeterli gören görüşe göre, bir fiil suç oluşturmaya bile hukuk düzenince tasvip edilmiyorsa haksız fiildir.⁴⁹⁹ Kanun düzenlemesinde bir fiilin haksız olmasından bahsedildiğine göre burada amaçlanan hukuk düzeninin korunmasıdır. Bu nedenle sadece ahlaka veya toplumsal kurallara aykırı fiiller haksız tahrik sayılamaz.⁵⁰⁰ Fiil hukuka aykırıysa haksızdır. Hukuka aykırılıktan anlaşılması gereken sadece ceza hukukuna aykırılık değildir; faile karşı gerçekleştirilen fiil suç, haksız fiil, kabahat veya idari bir ihlal

⁴⁹⁸ “Eşi maktuleye aile birliğinin gerektirdiği şevkati göstermeyen sanığın, olay günü ikram ettiği meyve suyunu içmeyi reddeden eşi maktuleyi boğarak öldürmesi olayında, maktulenin davranışının sanık lehine haksız tahrik uygulanmasını gerektirir nitelikte haksız eylem oluşturmayaacağı gözetilmeksizin, haksız tahrik hükmü uygulanarak yazılı şekilde eksik ceza tayini...” **Yargıtay 1. CD’nin** 31.03.2009 tarih, 2008/9678 E., 2009/1691 K. sayılı kararı. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=15309> E.T. 23.06.2016. “...Sanık savunması ve tanık Sibel Tekdöş’ün beyanında, Müştekinin telefonda ‘15 yıllık evlilik hayatımız boyunca seni aldattım’ demesi üzerine sanığın tehdit içeren sözleri söylediğini ileri sürmeleri karşısında, tehdit suçundan kurulan hükümde sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılması...” **Yargıtay 2. CD’nin**, 3.6.2004 tarih, 2003/2482 E., 2004/ 9774 sayılı kararı.

⁴⁹⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 513.

⁵⁰⁰ GÜRELLİ, s. 333.

şeklinde olabilir. Bu nedenle, hukuka aykırılığın hukuk düzeninin bütününe kapayan genel bir mahiyeti olduğu söylenebilir.⁵⁰¹

Bir fiili sırf ahlaka ya da gelenek-göreneklere aykırı olduğu için haksız saymak, kişileri bu kurallara uymaya mecbur bırakmak anlamına da gelecektir. Çünkü hukuka aykırılık fiilin hukuk normlarıyla çatışma içinde olmasını ifade eder⁵⁰² ve bir fiilin ahlak, örf- adet gibi kurallarla çatışması bu kapsamda değerlendirilmez. Her ne kadar ahlaka ya da toplum kurallarına aykırı fiiller de failde hiddet veya şiddetli elem yaratabilecek nitelikte olsalar da, bu tür fiiller hukuk düzeniyle çatışma içine girmediklerinden haksız sayılamazlar ve bu fiiller nedeniyle failin suç işlemesi durumunda haksız tahrik hükmünden yararlanması mümkün değildir.⁵⁰³ Mağdurdan kaynaklanan fiilin suç oluşturduğu durumlarda doğal olarak hukuka aykırılıktan ve haksızlıktan bahsedilir. Mağdurun fiili suç oluşturmamakla birlikte, ahlaka/adetlere uygun fakat hukuka aykırıysa yine haksızdır. Fakat mağdurun fiili hukuka uygun olmasına rağmen, tek başına ahlaka, örf/adete, gelenek ve ananelere aykırıysa bu durumda fiilin haksızlığından söz edilemez.⁵⁰⁴ Bir kimseye selam vermemek, hasta ziyaretine gitmemek veya bir kimseyle gayri meşru ilişkiden çocuk sahibi olmak her ne kadar ahlaka ve nezaket kurallarına aykırılık teşkil eden fiiller olsalar da hukuka aykırı olmadıklarından haksız sayılamazlar,⁵⁰⁵ zira bu fiillerle hukuk düzeninin

⁵⁰¹ KATOĞLU, s. 36.

⁵⁰² ÜMİT ATILGAN, s. 62.

⁵⁰³ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 42.

⁵⁰⁴ YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 217.

⁵⁰⁵ “ ...birahane çalışan ve para karşılığı erkeklerle ilişkiye giren maktule ile bir süre birlikte yaşayan, ancak daha sonra onun birahane çalışmasına ve başkalarıyla birlikte olmasına rıza göstermeyen evli ve iki çocuk sahibi sanığın, olay günü saat 02.00 sıralarında

korunması arasında bir ilişki mevcut değildir.⁵⁰⁶ Üstelik “*bütün ahlaka, örfe veya toplumsal değer yargılarına aykırı fiiller*”,⁵⁰⁷ haksız tahrik kurumunu amacıyla uyuşmayacak derecede genişletmektedir. Haksızlığın ölçütü hukuka aykırılık olduğuna göre bir fiilin haksız olup olmadığı belirlenirken sadece ceza hukuku değil yazılı yazısız bütün hukuk kurallarının göz önünde bulundurulması gerekir. Bu haksızlığın fail açısından taşıdığı ölçüt; eylemin failde öfke veya şiddetli elem meydana getirecek boyutta olmalıdır.⁵⁰⁸

Tahrik fiilinin haksız olmasından anlaşılması gereken; bu fiilin hukuka, ahlaka ve toplumsal kurallara aykırı olması olduğunu ileri süren görüşe göre, “*Kişilere tanınan ve başkasının saldırılarına karşı hukuk normuyla korunan ideal ve hukuksal değerlerin çiğnenmesine, bozulmasına yönelik davranışlar*”⁵⁰⁹ manasına gelen hukuka aykırılık, haksızlığın tek ölçütü sayılamaz. Hukuka aykırı olmayan ancak ahlaka aykırı olan bir fiil⁵¹⁰ veya örf âdete uygun fakat hukuka aykırı fiil, faili tahrik edebileceğinden haksızlık hususunda kesin kurallar konulamaz.⁵¹¹ Çünkü haksızlık

evine gittiği maktulenin kapıyı açmaması üzerine ona küfrederek aşağıya inip bir süre beklediği ve daha sonra maktulenin onu içeri alması üzerine aralarında çıkan tartışma sonrası onu canavarca hisle öldürdüğü olayda... Maktulenin yaşam tarzının sanık yönünden tahrik oluşturmayaacağı...” **Yargıtay 1. CD’nin** 27.04.2010 tarih, 2009/6525 E., 2010/3023 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2009-6525.htm&kw=`2010/3023`#fm>, E.T. 21.02.2016.

⁵⁰⁶ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 61.

⁵⁰⁷ ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, s. 81.

⁵⁰⁸ TUTUMLU, s. 24.

⁵⁰⁹ YÜCE, s. 249.

⁵¹⁰ BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 258.

⁵¹¹ SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 482.

hukuka aykırılık kavramından daha geniş bir anlam taşır. Hukuka aykırı fiiller de haksızlık teşkil eder ama hukuka aykırı davranışların yanında ahlaka, gelenek ve göreneklere aykırı davranışlar da haksızdır.⁵¹² Bu nedenle somut olayda bir fiilin haksız olup olmadığı belirlenirken sadece hukuka aykırı olup olmadığına bakılmaz, failin psikolojik durumu göz önüne alınarak tahrikin haksızlığı belirlenir.⁵¹³ Ancak aksi yöndeki bir görüşe göre, tahrik fiilinin haksızlığı belirlenirken, somut olayda, sadece hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı araştırılmalı, bu araştırmada failin psikolojik durumu göz önüne alınmamalıdır.⁵¹⁴ Diğer bir ifadeyle fiil sadece fail bakımından değil makul üçüncü kişi bakımından da haksızlık niteliğine sahip olmalıdır.

Bizce tahrik fiilinin haksızlığının ölçütünü hukuka aykırı olmasıyla sınırlayan görüş yerindedir. Hukuka aykırı olmayan, fakat sırf ahlaka ya da nezaket kurallarına aykırı sayılan davranışların⁵¹⁵ veya hukuka aykırı olmakla birlikte faile ya da bir yakınına yönelik olmayan davranışların⁵¹⁶ haksız tahrik olarak nitelendirilmemesi

⁵¹² “...Toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete aykırı davranışlar hukuka aykırı davranış olduklarından....kışkırtma nedeni olarak kabul edilmeleri gerekir” **Yargıtay 1. CD’nin** 01.04.1980 tarih, 1980/41 E., 1980/1453 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1980-41.htm&kw=`1980/1453`+`#fm`>, E.T. 21.03.2016.

⁵¹³ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 596; DURAN, s. 121.

⁵¹⁴ ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, s. 81.

⁵¹⁵ “Maktulün kardeşinin işlettiği kahvede garson olarak çalışan sanığın lavabodan çıktığını görünce ‘elini yıkadın mı’ şeklinde iyi niyetle uyarıda bulunmasının tahrik oluşturmayaacağı gözetilmeden 29. madde uygulanarak eksik ceza tayini yasaya aykırıdır...” **Yargıtay 1. CD’nin** 24.10.2007 tarih, 2006/5044 E., 2007/7718 K. sayılı kararı. Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 847.

⁵¹⁶ “Erkeklerle para karşılığı ilişkiye giren maktule ile sanığın da birçok defa para karşılığı ilişkiye girdiği, aralarında herhangi bir akrabalık ya da duygusal bağ bulunmadığı, sanığın,

gerekir. Çünkü hukuk düzeni kişilerden hukuka uygun davranmalarını bekler, fiilin ahlaka ya da toplum kurallarına aykırı olup olmamasıyla ilgilenmez. Haksız tahrik kurumunun düzenlendiği 29. maddede, sübjektif yapıda olan ve kişiden kişiye değişebilen ahlak kurallarını ya da yer ve zamana göre farklılaşan örf adet kurallarının korunmak istendiğini söyleyebilmek güçtür.⁵¹⁷ Ayrıca örf adet ya da ahlak kurallarının çoğu hukuken yaptırıma bağlanan kurallardır, bunların dışında kalan kısım ya başlık parası, töre cinayeti gibi hukuken suç kabul edilen kurallar ya da hukuk düzeni tarafından korunmayan bir değeri içeren kuralardır. Söz gelimi bir kimsenin düşkün durumda bulunan amcasına yardım etmemesi⁵¹⁸ veya bir kimsenin yalan söylemesi veya evlilik dışı cinsel ilişkisinin olması bazı kimseler için ahlak kurallarına aykırı bir davranış sayılsa da, esasında hukuka aykırı değildir. Ayrıca bir fiil sıradan bir kimse için özel hayatın gizliliğini ihlal olarak kabul edilebilirken “topluma mal olmuş” sanatçılar veya politikacılar için aynı şey söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde eskiden hukuka aykırı sayılan bir fiil daha sonra hukuk aykırı sayılmayabilir ya da tam tersi bir durum yani önceden hukuka uygun sayılan bir fiil daha sonra hukuka uygun sayılabilir. Örnek vermek gerekirse daha önce genel olarak kapalı veya açık olması fark etmeksizin istenilen her alanda sigara içilmesi hukuka uygunken günümüzde aynı fiil kabahat ve dolayısıyla hukuka aykırı sayılmıştır.⁵¹⁹ Uygulamada, ahlaka veya örf-

fuhuş yapmamasını istediği maktulenin bunu kabul etmemesinde sanığa karşı herhangi bir haksız tahrik bulunmadığı halde TCK'nın 51/1. Maddesi uygulanarak sanığa eksik ceza tayini, kanuna aykırıdır.” Yargıtay 1. CD'nin 27.04.2006 tarihli, 2005/1410 E., 2006/4284 K. sayılı kararı. Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.I, s. 848.

⁵¹⁷ KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 31.

⁵¹⁸ ÖZTAN, s. 4.

⁵¹⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 191.

adete aykırılığın tahrik kabul edildiği Yargıtay kararlarının⁵²⁰ yanında, haksız fiilden hukuka aykırılığın anlaşılması gerektiğini vurgulayan kararlar da bulunmaktadır.⁵²¹ Haksız tahrik uygulamasında haksızlığın niteliği hususunda göze çarpan en önemli sorunlardan biri, bir fiilin taşıdığı anlamın gerçekleştirildiği bölgeye göre değişmesidir. Daha açık bir ifadeyle aynı fiil farklı bölgelerde farklı anlamlara gelmektedir. Nitekim, Amerika’da şarkıcılık yapan Taylandlı Pongsak Trakulrat’ın şarkı söylediği sırada izleyenlerden birinin ayaklarını sahnede şarkı söyleyen Trakulrat’a doğru masaya koymuş ve ayak tabanlarını şarkıcıya göstermiştir. İzleyicinin bu fiili Tayland kültüründe ağır hakaret sayılan bir fiil olduğundan Trakulrat komalık olacak derecede öfkelenerek izleyiciyi bu hiddet etkisinde öldürmüş, davaya bakan mahkeme bölgeler arası farklılığı göz önüne alarak Trakulrat hakkında tahrik indirimine gitmiştir.⁵²²

Haksız tahrik uygulamasında göze çarpan en önemli sorun, fiilin haksızlığının belirlenmesi meselesidir. Uygulamaya bakıldığında özellikle ilk derece mahkemesi

⁵²⁰ Yargıtay “...toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete aykırı davranışların hukuka aykırı davranış...” olduğunu kabul ettiği **Yargıtay 1. CD’nin**, 1.4.1980 tarihli, 1980/8041 E., 1980/1453 K. sayılı kararına benzer şekilde “...bir insanın giyim kuşamı veya herhangi bir yönü ile alay edilmesinin haksız bir davranış olduğu...” kararını vermiştir. **Yargıtay 1. CD’nin**, 9.7.1981 tarihli, 1981/3551E., 1981/3407 K. sayılı kararı. Bkz. DURAN, s. 122.

⁵²¹ “...Maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan hukuken geçerli haksız fiil bulunmadığı halde, sanık lehine haksız tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, Yasaya aykırı...” **Yargıtay 1. CD’nin** 29.02.2012 tarih, 2011/5879 E., 2012/1300 sayılı kararı. Bkz. YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 225. “Öldürülenin, sanığa yönelik hukuk zemininde korunmayan, haksız eylem oluşturan söz veya davranışı bulunmadığı halde, ülkesel ve yöresel kültürlerden söz edilerek yazılı gerekçeyle sanık hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması...” **Yargıtay 1. CD’nin**, 19.04.2011 tarih, 2011/6544 E., 2011/2400 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 300.

⁵²² Aktaran; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 192.

kararlarında, bir fiilin haksız olup olmadığı tespit edilirken mağdurun kadın olmasının olması bu tespitte rol oynadığı dikkat çekmektedir.⁵²³ Mağdurun kadın, failin de erkek olması failin cezasından indirim yapılması için yeterli kabul edilmektedir. Mağdurun kadın olduğu suçlarda cezadan indirim yapılması erkek failer tarafından için ortaya atılan ilk iddia mağdurun faile kendisini aldattığını söylemesi,⁵²⁴ ikincisi ise failin “erkekliğine laf etmesi” dolayısıyla failin gururunun incitilmesidir. Yargısal sürecin her aşamasında kendisini gösteren ahlaki, cinsiyetçi anlayış tahrik indiriminin yapılabilmesi için şart olan tahrik fiilinin haksızlığı meselesinde de kendini göstermiş ve erkek egemen zihniyete sahip mahkemeler tarafından mağdurun trans birey

⁵²³ “Sanığın eşi olan mağdureyi aynı gece önce sopa ile sonrada kısa fasıla ile elle dövmesi şeklinde oluşan eylemde bütünüyle tek suç olduğu doktor raporunda arazların tümünü kapsadığı gözetilmeden uygulama yeri olmayan TCK.nun 80.maddesinin tatbiki sonucu sanığa fazla ceza tayini...Mağdurenin eşinden izinsiz terlik satın alması ve eve gelen eşi sanığa yemek hazırlamaması şeklinde hareketlerinin sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin karar yerinde tartışılmaması...” **Yargıtay 2. CD’nin** 29.03.2000 tarih, 2000/3033 E., 2000/3281 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2000-3033.htm&kw=2000/3281`#fm>, E.T. 19.08.2016. “Hükümde ‘katılanın başka erkeklerle gezip tozması’ şeklinde gerekçe ile TCK’nın 29. maddesinin uygulanmasına karar verilmiş ise de, sanık ile katılanın nüfus kaydına göre suç tarihinden önce boşandıklarının anlaşılması karşısında katılanın, boşanma sonrası özel yaşamındaki davranışlarının sanıkta haksız tahrik oluşturmayacağına gözetilmemesi...” **Yargıtay 18. CD’nin** 26.10.2015 tarih, 2015/10862 E., 2015/9197 K. sayılı kararı. Bkz. **OTACI**, Cengiz / **ÖZTEKİN**, Murat / **ÖZAYDIN**, Fatih, TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu 2013-2015 Kararları, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 380; “Belli bir işi bulunmayan sanığın ailesine bakmayıp maktule eşini dövüp evi terk etmesinden sonra, geçimlerini sağlamak için maktulenin girdiği işte bazı kişilerle görünmesinin dedikodudan ileri gitmeyen bir durum arz etmesi ve esasen maktulenin boşanmak için mahkemeye başvurup tarafların anlaşması ile henüz kesinleşmemiş olmakla birlikte boşanmalarına hükmedilmesi birlikte gözetildiğinde maktuleden kaynaklandığı kabul edilecek tahrik hallerinin en ziyade TCK.nun 51/1. maddesinin tatbikini gerektirir düzeyde basit tahrik oluşturacağı halde; objektif nedenlere dayalı olmaması nedeniyle kabulü mümkün bulunmayan salt savunmalarına itibar ile sanıklar hakkında TCK.nun 51/2. maddesinin tatbiki...” **Yargıtay 1. CD’nin** 9.6.2003 tarih, 2003/1156 E., 2003/1308 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2003-1156.htm&kw=2003/1156`#fm>, E. T. 19.08.2016.

⁵²⁴ “...Sanıkla 18 yıldır evli bulunan maktulenin, belediye otobüsü şoförüyle 1,5 yıldır ilişkisi olduğunu söylemesi ve bunu Kızının huzurunda tekrarlaması üzerine sanık tarafından öldürülmesinde ağır ve haksız tahrik vardır...” **Yargıtay CGK’nın** 25.6.1990 tarih, 1990/1-176 E., 1990/194 sayılı kararı.

olması,⁵²⁵ kırmızı ruj sürmesi, beyaz tayt giymesi, makarna pişirmesi, eve geç gelmesi, dul arkadaşlarıyla gezmesi, kocasından habersiz alışveriş yapması, sosyal medya hesabına evli olduğunu yazmaması⁵²⁶ veya kocasının/sevgilisinin cinsel ilişki teklifini reddetmesi haksız tahrik sebebi sayılmıştır.⁵²⁷ Özellikle kasten adam öldürme suçlarında öldürülen kadının suç işlenmeden hemen önce kocasına/sevgilisine onu aldattığını söylemesi, ona boynuzlu demesi veya kocasının/sevgilisinin erkekliğine hakaret etmesi sıklıkla karşılaşılan durumlardır.⁵²⁸ Mahkemede bu ihtimallerden birinin gerçekleştiğini iddia eden fail, haksız tahrik indiriminden yararlanmakta, böylece yargı failin kutsal erkeliğini korumaktadır. Türk toplumunda “*namus*” un kadında bulunması gereken bir özellik sayılması, namus bahanesiyle işlenen suçlara meşruluk kazandırmakta ve böylece namusu kurtarmak için suç işlediğini ileri süren

⁵²⁵ “İstanbul’da 2013 yılında öldürülen trans birey Seda’nın davasında verilen gerekçeli kararda; ‘maktulün travesti olduğu ve kendisine ilişki teklif ettiği için o kızgınlıkla darp ettiği’ ifadelerine yer verilerek faile haksız tahrik indirimi yapıldı.” <http://imc-tv.net/mahkeme-trans-olmayi-cinayette-haksiz-tahrik-saydi/>, E.T. 17.11.2016.

⁵²⁶ <http://www.diken.com.tr/tahrik-indirimi-yeni-kadin-cinayetlerine-davetiye-cikariyor/>, E.T. 17.11.2016.

⁵²⁷ “...sanık, başkası ile görülen maktulenin, eve geç gelmesi, buna karşı eşi ile cinsel ilişkiden kaçınması gibi örf adet ve ahlaka aykırı olan tevali eden hareketlerinin tesiriyle, girdiği psikolojik bunalım sonucu karısını öldürmüştür...” **Yargıtay CGK’nın** 12.11.1990 tarih, 1990/1-252 E., 1990/273 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 340.

⁵²⁸ “...Olay tarihinde sanıkla buluşan ve ayrılmayı istediğini söyleyen maktulün sanığın ayrılmama yönündeki ısrarı üzerine ‘erkeksen sıkarsın, artık çık hayatımdan’ dediği, maktulün kendisinden ayrılacak olmasına sinirlenen sanığın üzerinde taşıdığı tabancayla üç el ateş ederek maktulü öldürdüğü olayda; reşit olan maktulün sanıktan ayrılmayı isteyerek bu konudaki kararlılığını ‘erkeksen sıkarsın, artık çık hayatımdan’ şeklindeki sözlerle ifade etmesinin haksız tahrik teşkil etmeyeceği anlaşılmakla, maktulden kaynaklanan sanığa yönelik herhangi bir haksız fiil olmadığı halde, sanığın sonradan geliştirdiği cezayı hafifletmeye ve haksız tahrik hükmünden yararlanmaya yönelik savunmalarına itibar edilerek eksik ceza tayin edilmesi...” **Yargıtay 1. CD.’nin** 03.10.2011 tarih, 2011/1659 E., 2011/5607 K. sayılı kararı. Bkz. YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 229.

erkekler az bir ceza ile karşılaşmaktadır.⁵²⁹ Haksız tahriki oluşturan fiilin haksızlığı mağdurun cinsiyetine göre değişkenlik arz ettiğinden hangi sözlerin veya hangi hareketlerin haksız tahrik oluşturacağı uygulamada önceden belirlenememekte ve mahkemeler failin erkeklik onurunu koruyup, kadınların erkeklere sonsuz itaatini sağlamak amacıyla hukuka aykırı kararlara imza atmaktadırlar. Bu kararların temelinde toplumun kadına bakış açısı ve ataerkil sistemin kadına verdiği değer bulunmaktadır.⁵³⁰ “*Erkekliğime dokundu*”, “*bana boynuzlu dedi*” veya “*erkekliğime laf etti*” gibi iddialara dayanılarak yapılan haksız tahrik indirimi, yargının ataerkil zihniyete sahip olduğunun ve kadının erkeğe mutlak itaatini benimsediğinin göstergesidir.⁵³¹ Dolayısıyla erkekliğin sorgulanması, haksız tahrik açısından haksız bir fiil sayan ve failin cezasından indirim yapılması lüzumu gören mahkemeler, bu yaklaşımla bir yandan, erkekliği sorgulayan kadının cezalandırılacağı şeklinde kadını baskı altına alırken, diğer yandan erkekliğini korumak için suç işleyen faile ödül olarak indirim yapmaktadır.⁵³² Bu durumun farkında olan faillerin büyük çoğunluğu

⁵²⁹ “...Evli bir kadının iffet ve sadakatle bağdaşmaz tutum ve davranışlarının devam edegelmesi fail koca lehine hafif tahrik oluşturur...” **Yargıtay CGK’nın** 13.5.1985 tarih, 1985/608 E., 1985/ 268 K. sayılı kararı. Bkz. YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 229.

⁵³⁰ **YALÇIN SANCAR**, Türkan, “*Şiddet Kültürü ve Kadına Yönelik Şiddet*”, in; Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Editör; **UYGUR**, Gülriz / **KAYA**, Funda/ **ÖZDEMİR**, Nadire, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 134.

⁵³¹ “...Dosya kapsamına göre, ilk okul mezunu ve imamlıktan emekli olan sanık Ali İhsan Karataş’ın maktul eşi ile uzun süreli ve sorunsuz bir evlilik yaşamış olması, yaşadığı sosyal, ekonomik ve kültürel çevresi itibari ile erkeklik statüsünün çok önemli olması, bunun yokluğuna veya kullanılmadığına ilişkin söylemlerin özellikle resmi nikahlı eşi tarafından dile getirilmesinin kendisinde hiddet ve elem oluşturduğunun açık olduğu ve bunun etkisi ile maktulü öldürdüğü, maktulün söyleminin haksız tahrik oluşturduğu....” **Antalya 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin**, 29.12.2012 tarih, 2012/4 E., 2012/53 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 202.

⁵³² “...İzmir’de 2006 yılında eşi Alev Er’i öldürüp cesedini buzdolabından saklayan Şakir Er’in yargılandığı davada mahkeme, Alev Er’in piercing yaptırması ve çantasından doğum kontrol hapı çıkmasını tahrik sebebi saydı, Şakir Er’in müebbet hapis cezasını 20 yıla indirdi...”

yargılama esnasında erkeklik onurunun zedelendiği veya aldatıldıkları gerekçesiyle indirim talebinde bulunurken, bazı failler de tutukluluk süresince kaldıkları tutuklu evindeki diğer erkek sanıkların teşvikiyle bu yönde bir savunma geliştirmektedirler.⁵³³

Erkek şiddetine meşruluk kazandırmaya yönelik verilen bu kararların toplumun hemen her kesiminde sahip *olunan* “*erkeğe itaat etmesi beklenen ve erkeğin korumasına muhtaç*” kadın anlayışının bir yansımasıdır.⁵³⁴ Kadına verilen bu değer, toplumun önde gelen kesimi kabul edilen siyasiler tarafından “*fitrat farklılığı*” şeklinde yorumlanarak, kadınla erkeğin eşit olmadığı vurgusu yapılırken, bu durum, toplumun diğer kesimleri tarafından erkeklerin kadınlardan üstün olduğu, kadını korumak için ona şiddet göstermenin, gerektiğinde öldürmenin haklı olduğu şeklinde algılanmaktadır.⁵³⁵ Kadınlara karşı işlenen suçlarda erkek faillere sıklıkla tahrik indirimi yapılması da kadınlara karşı işlenen suçları özendirici bir hal almaktadır.

<http://www.diken.com.tr/tahrik-indirimi-yeni-kadin-cinayetlerine-davetiye-cikariyor/>, E.T. 18.11.2016.

⁵³³ ÜMİT ATILGAN, s. 157, 158.

⁵³⁴ İstanbul Gümüşsuyu’daki bir apartman boşluğunda 2010 yılında cansız bedeni bulunan Nazlı Sinem Erkesoğlu’nu öldürmek suçundan müebbet hapis cezasıyla yargılanan Can ve Emre Paksoy kardeşler de 4 Aralık 2014 tarihinde görülen davanın karar duruşmasında beraat etti. Erkesoğlu’nun intihar etmiş olabileceğini iddia eden mahkeme, “*Daha önceden sadece selamlaştığı bir erkekle alkol alıp, evine giden, cinsellik yaşayan, mağdurenin ne yaptığını tespit etmek mümkün değildir*” şeklindeki skandal bir yorumla zanlı iki kardeşin beraatine karar verdi. <https://www.evrensel.net/haber/254776/26-kadin-cinayeti-davasinin-13unde-indirim-uygulandi>, E.T. 17.11.2016.

⁵³⁵ “...ölenin olay yerine doğru hareket etmeden önce sanığa sürekli evlilik içinde objektif olarak hoş görülmeyle ve tahammülü zorlayacak davranışlar sergilediği, hakaret ettiği, sanığı başka erkeklerle kıyaslar tarzda ve tahkir edici şekilde sözler sarf ettiği, sanığın kendisini yatıştırmaya çalışmasına rağmen bu olumsuz tavrını yanlarında bulunan küçük çocukların da etkileneceğini umursamayarak sürdürdüğü, başka türlü öğrenme imkanı mevcut iken olay yerinde başka bir erkek şahsa saat sorması sonucu yaşanan tüm bu olayların etkisinin birikimi ile sanıkta ‘hiddet’ halinin oluştuğu bu ruhsal durum içinde...” **İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin**, 26.08.2009 tarih, 2009/200 E., 2009/187 sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 332.

Dolayısıyla Yargıtay'ın ve özellikle ilk derece mahkemelerinin,⁵³⁶ tahrik fiilinin haksızlığından ne anlaşılması gerektiği konusunda verdiği kararlar birbiriyle çelişmekte,⁵³⁷ bu durum kadınlara kadın oldukları için işlenen suçların artmasına neden olmaktadır.

4. Bir Hakkın Kullanılması veya Hakkın Kötüye Kullanılması Halleri

Failin iradesinde hiddet veya şiddetli elem meydana getiren tahrik fiilinin “haksız” olması durumunda haksız tahrikin var olduğundan şüphe duyulmamaktadır.⁵³⁸ Ancak bu haksızlık mevcut değilse haksız tahrik de ortadan kalkacaktır.⁵³⁹ Haksızlığın mevcut olmadığı durumlara, olayda hukuka uygunluk

⁵³⁶ “...sanığın olay tarihinde saat 23.00 sıralarında evine geldiğini, 30-40 dakika kadar zili çalmasına rağmen katılan eşinin kapıyı açmadığını, kapı kilitli olduğundan kendi anahtarı ile de kapıyı açmadığını, bilahare kapı açılmayınca ev sahibinden tornavida isteyip kapıyı açmak üzere iken katılanın kapıyı açtığını, kapıda bekletilmesinden dolayı eylemini gerçekleştirdiğini savunması karşısında, her ne kadar katılan uyuyakaldığı için zil sesini duymadığını beyan etmiş ise de, sanık ile katılanın arasındaki geçimsizlik nedeniyle katılanın isteyerek kapıda bekletme ihtimalinin bulunduğu, bu nedenle sanık lehine yorumla hakkında haksız tahrik indirimi yapılmasında bir isabetsizlik bulunmadığından...” **Yargıtay 3. CD’nin** 01.10.2013 tarih, 2012/28544 E., 2013/33263 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 242.

⁵³⁷ YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 217.

⁵³⁸ “Sanık Hatice’nin savunmasında, eşinin kendisini sövmesi ve dövmesi üzerine müessir filde bulunduğunu belirtmesi karşısında, bu hususun sanık lehine haksız tahrik oluşturup oluşturmadığının kararda tartışılmaması...” **Yargıtay 2. CD’nin** 28.02.2006 tarih, 2006/4182 E., 2006/3390 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 14.03.2016.

⁵³⁹ “ Katılan Yunus Emre’den kaynaklanan sanığa yönelik haksız bir eylemin olmadığı, başkasının haksız hareketinin de tahrik sebebi sayılmayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde tahrik hükmünün uygulanarak eksik ceza tayin edilmesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 27.12.2006 tarih, 2006/3631 E., 2006/6097 K. sayılı kararı. “Sanığın, birbirleriyle dargın olup barışmaya yanaşmayan kız kardeşiyle eniştesini, bu sebeple öldürmeye kalkıştığının anlaşılması, mağdurlardan sanığa yönelik haksız bir eylemin mevcut bulunmaması karşısında tatbik yeri bulunmadığı halde cezalarının haksız tahrik (TCK m. 51/1) ile indirimine tabi tutulması...”

nedenlerinin bulunması, mağdurun bir hakkı ya da yetkiyi kullanması veya bir görevi yerine getirmesi hallerinin yanında failin kendisinin de haksızlık zemininde bulunması halleri örnek verilebilir.

Bu ihtimaller tek tek inceleyecek olursak; mağdurun bir hakkı ya da yetkiyi kullanması veya bir görevi yerine getirmesi durumunda, mağdur haklı bir fiil meydana getirdiğinden haksız tahrikten bahsedilemez.⁵⁴⁰ Mağdur bu hallerde haklı bir fiil meydana getirerek hem failin kusuruna ortak olmamakta hem de haksız tahrikin kabul edilme nedenlerinden biri olan failin haksız bir fiil nedeniyle iradesinin zarar görmesinden bahsedilememektedir. Burada fiilin hukuka uygun ve haklı zeminde olması önem taşıdığından failin tahrik olması veya olmaması önem arz etmez.⁵⁴¹ Nitekim TCK m. 26'da hakkın kullanılması halini bir hukuka uygunluk hali olarak düzenlemiştir. Bir kimsenin eşinden boşanması, tazminat ya da alacak davası açması veya bir suçu ihbar etmesi gibi fiilleri bir hakkın kullanımından ibaret olduğundan haksız tahrik hükmü uygulanamaz.⁵⁴² Öğretide açıklanan bu görüş karşısında gerek Askeri Yargıtay⁵⁴³ gerekse Yargıtay verdiği kararlarda “eşe karşı boşanma davası

Yargıtay 1. CD'nin 30.03.2004 tarih, 2004/242 E., 2004/1082 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 28.03.2016.

⁵⁴⁰ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 75.

⁵⁴¹ ABBAN, s. 51.

⁵⁴² AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 235. “Reşit olan kız kardeşinin, mahkemece de kabul edildiği üzere rızalı olarak maktulle cinsel ilişkiye girmesinin, sanık lehine haksız tahrik teşkil etmeyeceğinin gözetilmemesi.” **Yargıtay 1. CD'nin** 20.03.2006 tarih, 2006/307 E., 2006/840 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 130.

⁵⁴³ “Tahriki meydana getiren olayın bu nitelikte olup olmadığına, fiilin ve etrafındaki çeşitli olaylar, hareketler dikkate alınarak karar verilmelidir. Sadece ve soyut olarak ‘beni acemi ere sattın’ sözü tahrik teşkil edemez.” **As. Yr. Drl. Krl.** 11.09.1970 tarihli 62 E., 62 K. sayılı kararı. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 430.

açılmasını”,⁵⁴⁴ “icra takibi veya haciz işlemi yapılmasını”,⁵⁴⁵ “müştekinin mahkemece konulan tedbir kararına sanığın uymasını sağlamaya çalışmasını”,⁵⁴⁶ “jandarmadan kaçan sanığın maktul tarafından yakalanmaya çalışılmasını”,⁵⁴⁷ “maktulün konutundan çıkmak istemeyen kişiyi itmesini”,⁵⁴⁸ “bir kimsenin işten

⁵⁴⁴ “Mağdur ile tanıkların birbiri ile uyumlu ve tutarlılık gösteren beyanlarına göre, mağdurun eve geldikten sonra boşanma davası açacağını söyleyip, hakaret etmeden çantasını alıp evden ayrılacağı sırada sanığın bıçakla saldırdığı, buna karşın sanığın mağdurun kendisine hakaret ettiğini savunduğu tüm dosya kapsamından anlaşılmakla... sanık yararına haksız tahrik indirimi uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini...” **Yargıtay 1. CD’nin** 25.07.2008 tarih, 2008/7859 E., 2008/6293 K. sayılı kararı. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 514.

⁵⁴⁵ “Müvekkili olan şirketin alacağını tahsil amacıyla icra takibi yapan ve hacze giden mağdur-müdahil avukatın, haciz işlemi öncesinde ve haciz işlemi sırasında, tahrik oluşturabilecek bir davranışı bulunmadığı ...anlaşıldığı halde öldürmeden kurulan hükümde tahrik hükümleri uygulanarak eksik ceza tayini...” **Yargıtay 1. CD’nin** 26.03.2008 tarih, 2007/9387 E., 2008/2306 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2007-9387.htm&kw=`2008/2306`#fm>, E.T.29.03.2016.

⁵⁴⁶“Sulh hukuk mahkemesi tarafından... verilen koruma kararında kusurlu eşin müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin davacı eşi ve çocuklara tahsisine ve davacı eşin müşterek eve yaklaşmaması tedbir olarak belirlendiğine göre, tedbir kararını tebellüğ eden sanığın daha sonra müşterek konuta girmek suretiyle atılı suçu işlediği ve suçun tamamlandığı, bundan sonra karısının müşterek konuta ait kapı kilidini değiştirmek istemesinin ve buna yönelik olarak ve çilingir getirmesinin sanığın işlediği suç yönünden haksız tahrik unsuru olamayacağı... düşünülmeden sanığa verilen cezadan TCK m.51/1 gereğince indirim yapılması.” **Yargıtay 7. CD’nin** 23.10.2003 tarih, 2003/3566 E., 2003/9107 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 133.

⁵⁴⁷ “Jandarmalar önünden kaçan sanığı, yakalamaya çalışan maktulün haksız hareketi yoktur. Sanık hakkında tahrik hükümleri uygulanmaz.” **Yargıtay CGK’nın** 23.10.1978 tarih, 1978/1-298 E., 1978/298 K. sayılı kararı. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 514.

⁵⁴⁸ “Maktule ait eve gidip onun yemeğini yiyerek içkisini içen sanığın, gecenin geç saatlerinde evden ayrılmasını isteyen maktule direndiği, onun evden çıkması için kendisini itmesi üzerine karşı itme ile yere düşürüp dövdüğü ve ardından da piknik tüpüyle kafasına vurarak öldürdüğü, bu olay sürecinde sanığın herhangi bir düzeyde yaralanmadığı savunma ve tıbbi belgelerle anlaşıldığı halde, konutundan çıkmak için direnç gösteren sanığı itmenin tahrik oluşturmayacağı gözetilmeden...” **Yargıtay 1. CD’nin** 21.05.2002 tarih, 2002/282 E., 2002/1954 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2002-281.htm&kw=`2002/1954`#fm>, E.T. 05.04.2016.

usulüne uygun şekilde çıkarılmasını”⁵⁴⁹ ya da “*alacağın istenmesi*”⁵⁵⁰ ve benzer halleri hakkın kullanılması durumu olarak kabul etmiş ve tahrik nedeni saymamıştır.

Bunun yanında hakkın kötüye kullanımı durumunda haksız tahrikin varlığından söz edilir.⁵⁵¹ Çünkü bir hakkın sırf zarar vermek amacıyla kullanılmasını hukukun korumayacağı açıktır.⁵⁵² TMK m. 2/2’de bu husus “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” şeklinde vurgulanmıştır. Böylece bir hakkını başkasına zarar vermek amacıyla kullanan kimse bu fiiliyle hukukun dışına çıktığından, haksızlık söz konusu olacak ve haksız tahrik hükmü uygulanacaktır.⁵⁵³ Bu açıdan, söz gelimi “*komşusunun inşa ettiği haset duvarını yıkmak için onun konutuna giren*”⁵⁵⁴ fail haksız tahrik hükmünden yararlanacaktır.

⁵⁴⁹ “Maktulün şef olduğu otelde sanığın masör olarak çalıştığı ve görev yerinden ayrılarak maktulün sorumluluk alanında gevezelik yaptığı için maktul tarafından uyarıldığı, hatta bu nedenle otel sahibi tarafından sanığın işten atıldığı, işten ayrılmasında maktulü sorumlu tutan sanığın olay günü maktul ile karşılaşınca otopsi raporunda belirtildiği şekilde kafasından darp ederek öldürdüğü olayda; Maktulün işi ile ilgili ikazlardan ibaret eyleminin haksız tahrik oluşturmayaacağı ve maktulden kaynaklanan haksız tahrik oluşturan eylemlerin bulunmadığı gözetilmeksizin...” **Yargıtay 1. CD’nin** 23.02.2010 tarih, 2009/3411 E., 2010/1063 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2009-3411.htm&kw=`2010/1063`+`#fm`>, E.T. 05.04.2016.

⁵⁵⁰ “Katılanın sanıktan olan alacağını istemesinin yasal ve makul bir istek olduğu ve tahrik oluşturmayaacağı gözetilmeden haksız tahrik hükmünün uygulanması...” **Yargıtay 3. CD’nin** 25.04.2005 tarih, 2004/13238 E., 2005/3458 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 03.03.2016.

⁵⁵¹ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 429; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 481; AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 235; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 76.

⁵⁵² TUTUMLU, s. 27.

⁵⁵³ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 63.

⁵⁵⁴ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595.

Hakkın kullanılması halinde olduğu gibi görevin yerine getirilmesi ya da yetkinin kullanılması esnasında işlenen fiiller de, hukukun çizdiği sınırlar içinde kaldığı müddetçe haksız sayılmaz.⁵⁵⁵ Bu nedenle, bir mahkeme kararını ya da idari bir kararı yerine getiren kimsenin fiilleri, yasal sınırlar içinde kaldığı müddetçe tahrik oluşturduğu söylenemeyeceğinden,⁵⁵⁶ görevini yerine getiren bir kimseye karşı direnen ya da suç işleyen kimse haksız tahrik hükmünden yararlanamaz. Ancak bu sınırların aşılmasıyla⁵⁵⁷ birlikte fiil hukuka aykırı hale gelecektir.⁵⁵⁸

Son olarak belirtilmesi gerekir ki, failin haksız tahrikten yararlanabilmesi için tahrik fiili gerçekleştiği sırada haklı bir zeminde bulunması şarttır. Bu nedenle fail, hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği esnada haksız bir fiile maruz kaldığını ileri sürerek suç işlerse haksız tahrikten faydalanamayacaktır.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ ABBAN, s. 48.

⁵⁵⁶ TUTUMLU, s. 27; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 597; TAŞDEMİR, s. 34.

⁵⁵⁷ 765 sayılı TCK m. 272’de memurun görev ve yetki sınırını aşarak suça neden olması, özel haksız tahrik nedenleri arasında düzenlenmişken 5237 sayılı TCK’da böyle bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, görev ve yetki sınırlarını aşıp, tahrik edici fiillerde bulunan memura tepki suçu işleyen kimseye genel haksız tahrik hükmü olan m. 29 uygulanacaktır. AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 235,236.

⁵⁵⁸ “...Sanığın polis memurlarının kendisine biber gazı sıkarak polis aracına bindirmek istemeleri nedeniyle ayaklarına vurmuş olabileceğine ilişkin savunması, olay tutanağında yer alan araca binmekte zorluk çıkaran sanığa biber gazı sıkılıp kelepçe takıldığı biçimindeki açıklama ile olaya müdahale eden polis memurlarında yaralama bulgusu saptayan herhangi bir hekim raporu bulunmaması karşısında, polis memurlarının sanığa biber gazı sıkma eylemlerinin, sanığın görevlilere direnmesinden önce gerçekleştiğinin belirlenmesi durumunda zor kullanma yetkisinin sınırlarını aşar nitelikte olup olmadığı ve sanık hakkında görevi yaptırmamak için direnme suçu açısından, 5237s. TCK 29. maddesinin uygulanmasının gerektirip gerektirmediğinin tartışılıp tartışılmaması...” **Yargıtay 4. CD’nin** 24.09.2008 tarih, 2008/8446 E., 2008/17394 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2008-8446.htm&kw=`2008/17394`#fm>, E.T., 12.04.2016.

⁵⁵⁹ “Duruşma aşamasına kadar, mağdurun, esrar içmek için yetiştirdiği keneviri aldığından bahisle onu vurduğunu öne süren sanığın bu beyanı doğru olsa dahi, bizatihi suç teşkil eden

5. İlk Haksız Fiili Gerçekleştiren Kişinin Haksız Tahrik Hükmünden Yararlanamaması Kuralı ve İstisnası

Haksız tahrik nedeniyle failin cezasının indirilebilmesi için haksız bir fiile maruz kalmış ve iradesinin zarar görmüş olmasının yanında, ayrıca, bu haksız fiile failin kendi hareketleriyle sebep olmaması gerekir. Aksi halde, yani ilk haksız hareketin failden kaynaklandığı durumda, fail lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁵⁶⁰ Nasıl ki meşru savunmaya karşı meşru savunmada bulunmak mümkün değilse aynı şekilde, haksız tahrikten doğan tepki de tahrik sayılmaz. Bu sebeple karşılıklı tahrik durumunda ilk tahrik eden kişi haksız sayılır. Çünkü bahsedilen ilk saldırı gerçekleştirilmiş olmasaydı bu haksız fiile karşılık verilmiş olmayacaktı ve failin tepki suçu işlemesi gerekmecekti. İlk haksız fiilin faili, bu fiili işlerken, neticede, kendisine zarar getirebilecek bir tepki fiilinin oluşabileceğini de düşünmek zorundadır.⁵⁶¹

Failin kendi haksız fiiliyle olaya sebep olması durumunda haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağına ilişkin bu kuralın bir istisnası mevcuttur. Buna göre; failin gerçekleştirdiği ilk haksız fiile mağdur aşırı ve oransız bir haksız fiille karşılık vermişse bu takdirde, failin haksız tahrik altında kalarak suç işlediğinden

bu eylemi sebebiyle hukuken haksız zeminde bulunduğu cihetle, mağdurun hareketinin haksız tahrik olarak değerlendirilemeyeceği... gözetilmeden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini..." Yargıtay 1. CD'nin 11.10.2006 tarih, 2006/1734 E., 2006/4284 K. sayılı kararı. Benzer şekilde, Yargıtay 1. CD'nin 01.02.2007 tarih, 2007/16 E., 2007/121 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 130.

⁵⁶⁰ ÖNDER, s. 346; İÇEL vd., Suç Teorisi, s. 285; GÜRELLİ, s. 335; ABBAN, s. 57.

⁵⁶¹ ERKAN, Hakkı, "Askeri Ceza Kanunu'na Göre Haksız Tahrik", As. AD, S. 44, 1967, s. 17.

bahsedilebilir.⁵⁶² O halde, ilk haksız fiili gerçekleştirerek karşısındaki kimseyi tepkide bulunmaya iten failin fiiline mağdur daha ağır ve sert bir fiille yani orantısız şekilde tepki vermedikçe, ilk haksız fiili gerçekleştiren fail bu tepki nedeniyle haksız tahrik hükmünden yararlanamaz.⁵⁶³ Böyle bir oransızlık yoksa haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı açıktır.⁵⁶⁴ İngiliz hukukunda *Edward v R* (1973) davasında, fail maktule şantaj yapmış ve bu şantaja bıçaklı saldırı şeklinde karşılık veren maktulü saldırı esnasında bıçakla öldürmüştür. Başvuru üzerine davayı inceleyen Hükümdarlık Konseyi; “eğer kurbanın şantaj fiiline gösterdiği tepki bu fiille karşılaştırıldığında

⁵⁶² DÖNMEZER / ERMAN, C. II, s. 432; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 427; TOROSLU, Genel Kısım, s. 265; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 418; ÖNDER, s. 346; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 259; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 421; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 514; ERCAN, İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, B. 5, İkinci Sayfa Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 259.

⁵⁶³ EREM, Haksız Tahrik, s. 641; DEMREN DÖNMEZ, Burcu, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 281; EKER KAZANCI, s. 1333. “Sanığın maktule söverek ilk haksız hareketi gerçekleştirdiği olayda, maktulün de aynı şekilde karşılık verdiği, sonra da sanığa tokat attığı, etki-tepki arasındaki dengenin sanık yararına bozulduğu anlaşılmakla, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin asgari oranda uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 16.01.2012 tarih, 2012/5284 E., 2012/49 K. sayılı kararı. “Sanığın sıra bekleyen maktulün önüne geçmesine kızan maktulün kamyonu ile sanığın kamyonuna çarpması üzerine, sanığın demir sopa ile maktulün kafasına vurup öldürmesi olayında sanığın ilk haksız hareketi yaptığı, maktulün daha ağır bir tepki verdiği olayda etki-tepki arasında oransızlık da gözetilerek haksız tahrik indiriminin asgari düzeyde uygulanması gerekir.” **Yargıtay 1. CD’nin** 05.10.2009 tarih, 2008/10288 E., 2009/5601 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2008-10288.htm&kw=`2008/10288`#fm>, E.T. 02.06.2016.

⁵⁶⁴ “Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktule ile ikinci evliliği yapan, aradaki yaş farkı nedeniyle maktuleyi aşırı derecede kıskanan ve evlilik birliğinin devamı süresinde fiziki ve duygusal şiddet uygulayan sanığın olay günü maktule tarafından basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralanmasından ibaret haksız fiil nedeniyle tahrikte dengenin sanık lehine bozulmadığı anlaşılmakla, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 20.02.2012 tarih, 2009/7901 E., 2012/935 K. sayılı kararı. Benzer şekilde, **Yargıtay 1. CD’nin** 30.03.2011 tarih, 2011/4730 E., 2011/1929 K. sayılı kararı. Bkz. YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 334.

son derece aşırı görülüyorsa failin tahrik savunmasından yararlanması gerektiğine” hükmetmiştir.⁵⁶⁵

Türk hukukunda, Yargıtay’ın verdiği eski tarihli bir kararda, müessir fiile kendi haksız hareketiyle sebep olan sanığın babasının dövülmesi sırasında, sanığın, döven kişiyi öldürmesi olayında mahkeme yerinde olarak dövülen babanın ilk haksız hareketi gerçekleştirmiş olmasının tahriki ortadan kaldıracak fıkriinin cezaların şahsiliği ilkesini ihlal edeceğine ve tahrikin bulunduğu karar vermiştir.⁵⁶⁶ Yargıtay yine bir kararında, fail ile mağdurun haksız fiilleri söz konusu olduğunda hakimnin nasıl bir değerlendirme yapması gerektiğini açıklamıştır.⁵⁶⁷

Kural olarak karşılıklı tahrik halinde, ilk haksız hareketi gerçekleştiren kimse haksız tahrik hükmünden faydalanamaz. Ancak, somut olayda genellikle taraflar daha az ceza almak için ya da karşı tarafın daha fazla ceza almasını sağlamak için ilk haksız

⁵⁶⁵ ELLIOT/QUINN, s. 62.

⁵⁶⁶ **Yargıtay Nöbetçi Daire** 25.08.1958 tarih, 1958/669 E., 1958/1918 K. sayılı kararı. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 596.

⁵⁶⁷ “Yerleşmiş yargısal kararlarda kabul edildiği üzere, gerek fail gerekse mağdurun karşılıklı haksız davranışlarda bulunması halinde, genel tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altına kaldığını ileri süremez. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir. Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı halinde, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.” **Yargıtay CGK’nın** 12.02.2008 tarih, 2007/1-163 E., 2008/21 K. sayılı kararı, Bkz. **OTACI**, Cengiz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, HUKAB Yayınevi, Ankara, 2013, s. 315.

hareketin karşı taraftan geldiğini iddia etmekte ve bazı durumlarda ilk haksız hareketin kimden geldiği belirlenememektedir. İlk haksız hareketin hangi taraftan kaynaklandığının belirlenemediği durumlarda “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince her iki sanık lehine haksız tahrikin uygulanması gerektiği hem öğreti,⁵⁶⁸ hem de Yargıtay tarafından benimsenmiştir.⁵⁶⁹ Ancak bu durumda somut olayda haksız tahrikin bulunup bulunmadığı konusunda yapılan araştırma daha sıkı şartlara bağlanmalı⁵⁷⁰ ve olayda meşru müdafaa koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 515; TUTUMLU, s. 37; DURAN, s. 138.

⁵⁶⁹ “*Sanık N ve sanık C’nin karşılıklı olarak birbirlerine tabanca çekip ateş ederek birbirlerini vurma olayında, hangisinin önce silah çektiğinin tespit edilememesi ve aynı anda birbirlerine ateş ettikleri kabul edilmesine göre, tahrik nedeniyle makul oranda indirim yapılması gerekirken sanık N yönünden ½ sanık C yönünden ¾ oranında indirim yapılması...*” **Yargıtay 1. CD’nin** 14.07.2008 tarih, 2008/5529 E., 2008/5661 K. sayılı kararı. Bkz. YALÇIN SANCAR / KÖPRÜLÜ, s. 344. “*Oluşa ve dosya kapsamına göre, sanık ile mağdur arasında eskiye dayalı husumet bulunduğu... olay günü kahvehanede kimin başlattığı belli olmayan kavga sırasında mağdurun, sanık Güral’ın başına sopa ile vurarak sanığı yaraladığı, sanığın da bıçakla mağdurun göğsüne 2 kez vurduğu... olayda sanık hakkında haksız tahrik nedeniyle TCK.nun 29. maddesi gereğince indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.*” **Yargıtay 1. CD’nin** 10.12.2012 tarih, 2012/4574 E., 2012/9797 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2012-4574.htm&kw=`2012/4574`+`#fm> E.T. 12.08.2016.

⁵⁷⁰ ABBAN, s. 59. “*...karşılıklı tahrik oluşturan fiillerin var olması durumunda, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirmeli, öncelik- sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri göz önünde tutulmalı, ulaşıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilmeli, failin haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık v haksız eylemler arasında açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir....*” **Yargıtay CGK’nın** 25.05.2004 tarih, 2004/1-87 E., 2004/124 K. sayılı kararı. Bkz. **METİNER**, Haydar / **KOÇ**, Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Yorum Yayınevi, Ankara, 2008, s. 726.

⁵⁷¹ ZAFER, Genel Hükümler, s. 329.

C. TAHRİK FİİLİNİN TAŞIDIĞI HAKSIZLIK NİTELİĞİ HUSUSUNDA BAZI TARTIŞMALI DURUMLAR

1. Suç Sayılan Haksız Fiilin Yasal Takibe Uğraması veya Yaptırıma Tabi Tutulması

Bilindiği üzere kendiliğinden hak alma, yaygın ifadesiyle intikam alma ceza hukukunun izin verdiği bir hal değildir. Bu nedenle suç teşkil eden bir haksız fiilin faili hakkında takibat yapılıyorsa veya daha önce takibat yapılmış ve yaptırım uygulanmışsa bu fiilin meydana getirdiği etki nedeniyle suç işleyen kimsenin haksız tahrikten yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Yargıtay'ın, yasal takibe uğrayan fiilleri haksız tahrik sebebi saymayan kararları bulunduğu gibi,⁵⁷² bu kararların aksine, yasal takibe uğrayan fiillerin de haksız tahrike sebebiyet verebileceğini kabul ettiği kararları da vardır.⁵⁷³

⁵⁷² "...Türk Ceza Kanunu'nun 51. Maddesinin uygulanabilmesi için tahrikin (haksız) olması gerekir. haksızlık keyfiyeti yasaların saptadığı koşulların dışına çıkılması halinde söz konusudur. Maktul tarafından sanığın kız kardeşinin ırzına geçilmesi suçu yasal takibe uğramış, bunun sonucu olarak kendisi tutuklanmıştır. O halde, ırza geçme fiili, için yasanın öngördüğü tedbir alınmış, gerekli girişimlerde bulunulmuştur. Yasaların yasakladığı eylemlere karşı koyduğu cezaları kağıt görmemek halinin yasa ile bağdaştırılması olanaksızdır. Aksi davranış, yasanın öngördüğü cezayı yeterli bulmayarak kişisel duygu, düşünce ve takdirle davranma sonucunu doğurur ki, bu hal bir taraftan kişilerin haklarını kendiliklerinden almalarına yol açar, diğer taraftan anarşik bir ortam yaratır..." **Yargıtay CGK'nın** 16.04.1979 tarih, 1979/1-93 E., 1979/71 K. sayılı kararı. Bkz. SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 721-723.

⁵⁷³ DEMREN DÖNMEZ, s. 278. "...aradan uzunca bir zaman geçmesi, taraflar arasında önceden vuku bulan olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesi, tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Eğer önceki olay sanığı bu suçu işlemeye iten ve onda öfke ve şiddetli elem uyandıran vakia özelliğini taşımakta ise tahrik hükümleri uygulanmalıdır..." **Yargıtay CGK'nın** 19.11.1991 tarih, 1991/254 E., 1991/277 K. sayılı kararı. Bkz. **MALKOÇ**, İsmail /**GÜLER**, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1-124 ncü Maddelerin Açıklamaları, Adil Yayınevi, Ankara, 1996, s. 338. "Oluşa ve delillere göre; sanık Akın'ın, 06.11.1998 yılında dedesi Kemal'i

Bu konudaki bir görüşe göre, suç oluşturan haksız fiili nedeniyle cezalandırılan bir kimse bu fiilden ötürü bir suçun mağduru olmuşsa, bu durumda haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerekir.⁵⁷⁴ Çünkü suç teşkil eden bir fiil cezalandırıldıktan sonra kişilerin yargı organlarınca belirlenen cezayı kabul etmeleri ve bu cezaya saygı duymaları beklenir. Mahkemenin kararını mağdur kimseler yeterli bulmaz ve bu nedenle bir suç işlenirse, karara bağlanmış bir fiile dayanarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında hukuki bir yön bulunmaz.⁵⁷⁵ Bir fiil yasal yaptırıma uğramasına rağmen tahrik teşkil etmeye devam ettiği gerekçesiyle fail bir suç işlerse, burada haksız tahrik değil, önceki olay sebebiyle failin intikam duygusuna kapılması söz konusu olur. Failin yargı organlarının verdiği cezayı yeterli görmeyerek kendi belirlediği cezayı vermeye çalışması, hem hukukun hiçe sayılmasını hem de bir kaos ortamının doğmasını sonuçlar.⁵⁷⁶ Ayrıca, TCK m. 29'un kanunda yer almasının sebebi bireylerin intikam duygularının tatmini değil, haksız bir fiilden kaynaklanan ve failin iradesinde meydana gelen hiddet veya şiddetli eleme hukuken değer tanınması olduğundan yasal takibe uğrayan ve cezalandırılan fiillerin haksız tahrik sayılması

öldüren maktul Erdal'ı uzun süre tutuklu kalıp tahliye olduktan ve olayın üzerinden yaklaşık 8 yıl geçtikten sonra silahla öldürdüğü olayda... Sanık Akın'ın dedesinin maktul tarafından öldürülmesinin sanık açısından haksız tahrik oluşturacağının düşünülmemesi," Yargıtay 1. CD'nin 7.10.2009 tarihli, 2009/7856 E., 2009/5711 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2009-7856.htm&kw=`2009/7856`#fm> E.T. 17.08.2016.

⁵⁷⁴ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 307.

⁵⁷⁵ TUTUMLU, s. 27.

⁵⁷⁶ ABBAN, s. 59; ÖNDER, s. 345; **MALKOÇ**, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-178, C. I, B. 3, Malkoç Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 198.

imkanı yoktur.⁵⁷⁷ Fakat suç teşkil eden haksız fiil cezalandırıldıktan sonra, benzer niteliğe sahip haksız fiiller gerçekleştirilmeye devam ederse bu takdirde haksız tahrikin varlığından söz edilebilir.⁵⁷⁸

Suç teşkil eden ve yasal takibe uğrayan fiillerin de tahrik meydana getirebileceğini savunan diğer görüşe göre; fail, suç teşkil eden ve yasal takibe uğrayan bir fiil nedeniyle hiddet veya şiddetli elem etkisi altına girmişse ve bu etki, tepki suçunun işlendiği zaman hala devam etmekteyse fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır.⁵⁷⁹ Çünkü kanun, haksız tahrik kurumunun düzenlendiği maddede bu tarz bir şart aramamış, sadece failin haksız bir fiilden kaynaklanan hiddet veya şiddetli elem etkisinde suç işlemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, suç teşkil eden bir fiil yasal takibe uğrasın ya da uğramasın, failin iradesinde bahsedilen heyecan hallerinin etkisini sürmekteyse haksız tahrik hükmü uygulanır. Ayrıca, suç teşkil eden bir fiilin cezalandırılması durumunda bu fiilin meydana getirdiği her türlü tahriki sona erdirir şeklinde genel kural bulunmadığı gibi, burada önem taşıyan husus haksız fiilin suç oluşturup yasal

⁵⁷⁷ TUTUMLU, s. 27; **ÖZALP**, Nabi, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2010, s. 38; ÇAM, s. 47, 48.

⁵⁷⁸ ABBAN, s. 60; ÖNDER, s. 345. “Mağdurun ablası ile evli olan sanığın, eşine kötü davranması nedeniyle 05.02.2004 tarihinde mağdur tarafından bıçakla yaralandığı, cezasını çekerek tahliye olan, bu nedenle de mağdurla arasında husumet olan sanığa, olay günü ‘bak ben çıktım. seni oyacağım’ demesi üzerine sanığın tabanca ile ateş ederek...yaraladığı olayda... mağdurun tahliye olarak cezasını çektiği de dikkate alınarak haksız tahrik uygulamasında, hak ve nesafet kurallarınca makul bir indirim yapılması...” **Yargıtay 1. CD’nin** 26.10.2007 tarih, 2006/5643 E., 2007/7838 K. sayılı kararı. Bkz. **YURTCAN**, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C. I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 305, Ankara, 2015, 553

⁵⁷⁹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 236; KANGAL, Haksız Tahrik, s. 42; EKERBİÇER, s. 100; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 297.

takibe uğraması değil, bu haksızlığın failin iradesinde bir zayıflama meydana getirmesidir.⁵⁸⁰ Nitekim Yargıtay'ın, suç teşkil eden fiilin faili hakkında takibat yapılmış ve cezası infaz edilmiş olsa da, bu fiilden kaynaklanan hiddet veya şiddetli elem halinin devam edebileceği ve bu nedenle de haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği şeklinde kararları mevcuttur.⁵⁸¹

Haksız bir fiilin yasal takibe uğramış olması veya bu fiilin failinin cezalandırılmış olması, fiilin tahrik edici niteliğinin ortadan kaldırır ya da bu niteliği devam ettirir gibi bir genelleme yapmak doğru değildir. Dikkat edilmesi gereken husus somut olayda tahrik edilen failin hissettiği hiddet veya şiddetli elem halinin kapsamı ve süresidir. Zira haksız fiilin faili hakkında takibat yapılması veya bu kimsenin cezalandırılması, tahrik edilen kimsenin iradesinde hissettiği hiddet veya şiddetli elem halini ortadan kaldıracak derecedeysen bu takdirde haksız tahrikten söz edilemez. Aksi durumda, eğer haksız fiilin failinin yargılanması ya da cezalandırılması tahrik edilen failin hiddet veya şiddetli elemine dindirecek niteliğe sahip değilse, bu durumda haksız tahrikin varlığından söz edilir. Netice olarak, suç teşkil eden bir haksız fiil nedeniyle haksız fiil failinin yargılanması ya da cezalandırılması durumunun haksız fiile tepki

⁵⁸⁰ DEMREN DÖNMEZ, s. 279.

⁵⁸¹ ÇAM, s. 48. “Olayda sanıkların üç sene önce vuku bulan ve ölenin yargılanıp mahkum olması ve cezasının infaz edilmesi ile sonuçlanan olayın üzerlerinde oluşturduğu öfke ve şiddetli elemnin etkisi altında kaldıkları, bu ruhsal durumun tepkisi ile suçu işledikleri anlaşıldığı olayda tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.” **Yargıtay CGK’nın** 19.11.1990 tarih, 1990/254 E., 1990/277 K. sayılı kararı. Bkz. AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 236. “Maktul A.’ın sanığın kardeşini olaydan 11 yıl önce öldürmesi olayında aradan geçen zaman dilimi ve cezasını çekip tahliye olması dikkate alındığında haksız tahrikte makul bir indirimle yetinilmesi gerekirken indirimin azami miktarda yapılması suretiyle eksik ceza tayini...” **Yargıtay 1. CD’nin** 05.12.2006 tarih, 2006/5969 E., 2006/5457 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2006-5969.htm&kw=`2006/5457`#fm>, E.T. 16.03.2016.

suçu işleyen fail açısından tahrikin devam edip etmediği somut olaya göre belirlenebilecek bir durumdur.

2. Tahrik Fiilinin Bağışlanması ya da Haksızlığın Telafi Edilmeye Çalışılması

Tahriki meydana getiren haksız fiil gerçekleştirildikten sonra, haksız fiil failinin tahrik edilen kimseden özür dilemesi, bu fiili telafi etmeye çalışması ya da tarafların barışması durumunda hala haksız tahrikten söz edilip edilemeyeceği tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, tahrike neden olan haksız fiil gerçekleştirildikten sonra bu haksızlığın özür, yardım ya da af dileme gibi değişik biçimlerde giderilmeye çalışılması, ilk haksızlığı ortadan kaldırmaz.⁵⁸² Bu nedenle haksız fiilden sonra bu fiilin failinin özür dilemesi sebebiyle, tepki suçunun faili hakkında m. 29'un uygulanmaması haksız tahrik kurumunun psikolojik esasına aykırılık teşkil eder.⁵⁸³ Önceki kanun döneminde, ağır - adi tahrik ayrımı bulunduğundan, bu durum haksız fiili gerçekleştiren kişinin, bu fiilinden doğan tahrik halini telafi etmeye çalışması, tek başına haksızlığı gidermez, belki ağır tahriki adiyeye dönüştürür şeklinde yorumlanmıştı.⁵⁸⁴ Ancak yürürlükteki ceza kanununda böyle bir ayrım bulunmadığından, tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin haksızlığı gidermeye yönelik

⁵⁸² DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 83.

⁵⁸³ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 597, 598; BARDAK, s. 44; EREM, Haksız Tahrik, s. 642.

⁵⁸⁴ EREM, TCK Şerhi, s. 363; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 259.

davranışlarının haksız tahriki ortadan kaldırmasa da cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceği söylenebilir. Yargıtay, haksız fiili gerçekleştiren kimsenin özür dileyip bu hatasını gidermeye çalıştığı olaylarda, failden özür dilenmesi sebebiyle haksızlığın giderilmiş sayılamayacağı,⁵⁸⁵ ancak faile yapılacak tahrik indiriminin alt sınırdan yapılması gerektiği⁵⁸⁶ yönünde kararlar vermiştir.

Haksız fiili gerçekleştiren kimsenin bu fiilin doğurduğu haksızlığı telafi etmeye çalışması durumuna ilişkin katıldığımız görüşe göre; haksızlığın telafı edilmeye çalışılmasına rağmen tahrikin söz konusu olup olmayacağı her olayın özelliğine göre değişiklik gösterir ve somut olayın özelliklerini en iyi bilen kişi hakim olduğuna göre, bu husus onun takdirine bırakılmalıdır.⁵⁸⁷ Haksız fiili gerçekleştiren kişi, tahrik edilen kimseyi sakinleştirmiş ve taraflar normal bir ilişki içine girmişlerse bu durumda haksız tahrikin varlığından söz edilemez.⁵⁸⁸ Ancak, telafi edici davranışlara rağmen, tahrik edilen kimse sakinleşmemiş ve iradesinde hala hiddet ve şiddetli elem hali sürmekteyse haksız tahrikin var olduğu kabul edilmelidir.⁵⁸⁹ Dolayısıyla, burada önemli olan haksızlığın giderilip giderilmediği değil, failin tepki suçunu işlediği sırada

⁵⁸⁵ “Suçlunun olay yerine geldiği zaman kızının maktul tarafından bırakılmış olması, kaçırmanın oluşturduğu haksız tahrikten meydana gelen şiddetli etkiyi giderecek sebeplerden değildir.” **Yargıtay 1. CD’nin** 20.08.1938 tarihli kararı. Bkz. KÖNİ, s. 206.

⁵⁸⁶ “Oyun sebebiyle sanığı dövdükten sonra, hatalı hareket ettiğini anlayarak kahve ısmarlayıp gönlünü aldığı olayda, oluş şekline nazaran ağır tahrikin kabulünü zorunlu kılan fiilin söz konusu olmadığına, yalnızca dövülme olayından oluşan gazap halinin etkisi altında suçu işlediğinden TCK’nun 51/1’inci maddesinin uygulanması gerektiğine...” **Yargıtay CGK’nın** 16.10.1972 tarih, 1972/1-203 E., 1972/313 K. sayılı kararı. Bkz. BARDAK, s. 45.

⁵⁸⁷ ABBAN, s. 61.

⁵⁸⁸ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 65.

⁵⁸⁹ GÜRELLİ, s. 335.

haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem hali etkisinde olup olmadığıdır.⁵⁹⁰

Tahrik oluşturan haksız fiilin gerçekleştirilmesinden sonra taraflar barışmış ve daha sonra fail bir suç işlemişse bu durumda haksız tahrikten bahsedilebilecek midir? Haksız tahrik oluşturan haksız fiilin meydana getirdiği zararlar tamir edilmiş, tahrik edilen kimsenin sakinleşmiş veya taraflar barışarak normal bir ilişkiye girmişlerse, artık tahrikin devam ettiğinden bahsedilemez.⁵⁹¹ Ancak taraflar arasında haksız bir fiil meydana geldikten sonra barışmış olmaları, tek başına tahrikin ortadan kalktığına veya sürdüğüne kanıt oluşturamaz. Kural olarak, failin kendisini tahrik eden kimseyle barışmış olması hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanmasına engel değilse de somut olayda dikkat edilmesi gereken husus, failin hiddet veya şiddetli elem hali etkisinde olup olmadığıdır. Eğer fail, haksız fiili gerçekleştiren mağduru affetmesine ya da onunla barışmasına rağmen yine de tahrik fiili vesilesiyle ona karşı hiddet veya şiddetli elem duyuyorsa, bu takdirde, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir; taraflar arasındaki barışma sadece tahrikin derecesinde dikkate alınacaktır.⁵⁹²

Uygulamada, haksız fiilin bağışlanması veya telafi edilmeye çalışılması durumunda, haksızlığın giderilmiş sayılıp sayılamayacağı belirlenirken, failin kadın ya da erkek olması, bu belirlemede dikkate alınmaktadır.⁵⁹³ Kadınların

⁵⁹⁰ ÖZALP, s. 39.

⁵⁹¹ GÜRELLİ, s. 335; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 65.

⁵⁹² TUTUMLU, s. 35; TAŞDEMİR, s. 37.

⁵⁹³ Evde eşiyle yabancı bir erkeği yalnız gören Tekin, yabancı erkeği darp ettiği sırada karısı Feyza kaçıp polise gider ve Kadın sığınma evine yerleştirilir. Daha sonra Feyza'nın kendi ailesinin yanında kalmaya başladığını öğrenen Tekin, barışmak amacıyla Feyza'nın ailesinin evine gider. Barıştıktan sonra tekrar tartışmaya başlamaları üzerine Tekin Feyza'yı öldürür ve

gerçekleştirdikleri fiillerin haksızlığı kolay kolay giderilemezken, erkeklerin haksız fiilleri hemen affedilmiş sayılıyor.⁵⁹⁴ Uygulamaya bakıldığında erkek affetse bile

mahkemede şu şekilde savunma yapar; “...Ben eşimle görüşmek için eşimin ailesinin evine gittim ve eşime benim yanıma gel çocuklara bakarsın, barışalım dedim. Eşim de teklifimi kabul etti ben de o zaman şikayetçi olduğum kim varsa savcılığa gidelim onlardan şikayetini geri al diye söyledim bunun üzerine ben ve eşim...Hazro Adliyesine geldik. Eşim Savcılığınıza kimseden şikayetçi olmadığına dair ifade verdi. Sonrasında adliyeden ayrıldık....babamın evine geldik. Taksiden iner inmez eşim bana dönerek ‘Ben senin için gelmedim, çocuklarımı da alıp Diyarbakır’a döneceğim’ demeye başladı. Bunun üzerine tartışmaya başladık ve evin içerisine girdik tartışmamız burada da bir süre devam etti. O arada benim aklıma daha önce meydana gelen eşimi başka erkekle gördüğüm zaman geldi ve eşime ben çocukları getireyim ne halin varsa gör diyerek iç merdivenlerden ikinci kata çıktım ve doğruca o sinirle ikinci kattaki...silahı elime alıp doğruca belime taktım ve merdivenlerden inip yanına geldim. Akabinde de silahı belimden çıkarıp mermiyi silahın ağzına verip ilk önce kafasına doğru yaklaşık 1 metre mesafeden 3-4 el ateş ettim, sonrasında da yere düştükten sonra birkaç el daha ateş ettim.” **Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin**, 05.05.2014 tarih, 2011/178 E., 2014/224 K. sayılı kararı. Mahkeme bu ifade sonrasında tarafların olaydan sonra barışmış olmasını göz önüne almaz ve failin haksız tahrik altında suçu işlediğine kanaat getirerek Tekin’in cezasından haksız tahrik indirimi yapar. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 277.

⁵⁹⁴ Polis memuru olan kadın failin, eşiyle evlilik birliği içinde tartışmalar yaşadığı, bu tartışmalar sırasında ölenin sanığa zaman zaman hakaret ettiği, faili tehdit ve darp ettiği ve hatta fiillerin iki tanesinin resmi mercilere intikal ettiği ve bunun üzerine ölen aleyhine 10.01.2001 tarihinde sanığı darp ettiğinden bahisle Ankara 7. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından TCK’nun 456/4, 457/1. maddeleri ile mahkum edildiği, sanıkla maktul arasındaki tartışmaları komşularının da duydukları... mahkeme tutanaklarından anlaşılmaktadır. Fail olayda, çocuklarının hatırına kocasıyla müşterek yaşamı sürdürmeyi tercih ederek onu affetmiştir. Olay gecesi ölenin kavga çıkarması nedeniyle faille maktul tartışmaya başlamış, maktulün faile saldırması üzerine öldürüleceğinden korkan fail kocasını öldürmüştür. İlk derece mahkemesi, ölenin faile yönelik daha önceki fiillerini, failin affettiği gerekçesiyle fail hakkında hafif haksız tahrik bulunduğu karar vermiş ve hakkında asgari oranda indirim uygulamıştır. Temyiz üzerine Yargıtay, failin ağır tahrik altında suç işlediği hükmünü vermişse de ilk derece mahkemesi “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun ve Yüksek Özel Daire’nin duraksamasız uygulamalarına göre temadi ve tevali eden ve her biri basit tahrik niteliğinde olan haksız hareketler nedeniyle ağır tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak; basit tahrik oluşturacak nitelikte haksız hareketlere maruz kalan kişi bu haksız hareketleri gerçekleştiren kişiyi affetmiş ve onunla barışmışsa, bu affetme ve barıştan sonra işlenen suçlar nedeniyle affa ve barışa konu olan haksız hareketler tahrik hükümlerinin uygulanmasında nazara alınmamalıdır. Çünkü haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin etkisi altında suç işlemesi gerekir. Failin daha önce affettiği bir haksız hareketin etkisi altında kalması düşünülemez. Aksini kabul yasa hükmüne aykırı olduğu gibi yasa koyucunun amacına da ters düşer. Özel Daire bozma kararındaki görüşün doğru olduğu kabul edilirse o zaman uzun yıllar evli kalan ve zaman zaman birbirlerine karşı haksız davranışta bulunan ve hatta bu haksız davranışlar nedeniyle birbirleri aleyhine dava açan tüm eşler yönünden ağır tahrik hükümlerinin uygulanması icap eder. Nitekim Yargıtay Özel Hukuk Dairesi’nin bağışlanan bir haksız hareketin boşanma nedeni olmayacağı yönünde pek çok kararı vardır. Öte yandan sanık polis memuru olup, ekonomik özgürlüğe sahiptir. Savunmaya göre evlilik birliği çekilmez hal almışsa o zaman maktulden ayrılıp boşanabilirdi. Bunu yapmamış ve oluşu da çarpıtarak savunmalarında

geçmişteki olayları hatırlayıp tahrik olabiliyor ve hakkında haksız tahrik indirimi uygulanabiliyorken; kadın her ne sebeple olursa olsun affettiğinde, haksız fiilin ortadan kalktığı ve kadının bu haksız fiil nedeniyle suç işleyemeyeceği kabul edilmektedir. Yargının bu konudaki tutumu, kadınların erkekler gibi öfkelenip tahrik olamayacakları ve bu durumu hemen unutup hayatlarına devam edecekleri kabulünün bir sonucudur. Tahriki oluşturan haksız fiil meselesinde mahkemelerin kadınlara yönelik cinsiyetçi yaklaşımı, somut olaylarda, özellikle faille mağdurun evli olduğu ve karısının sadakatsizliğinden şüphelenip daha sonra onu affettiğini söyleyen, fakat kadının ayrılmak/boşanmak istediğinde kocanın karısını öldürdüğü/ yaraladığı durumlarda kendini göstermektedir. Bu gibi olaylarda mahkeme fail erkek hakkında haksız tahrik hükmünü uygulayarak, erkek sadakatsizliğe uğradığı gerekçesi altında, boşanmak/ayrılmak isteyen karısını öldürdüğü için ödüllendirilmektedir.⁵⁹⁵

3. Ceza Bağışıklığına Sahip Kimselerin Fiillerinin Haksız Sayılıp Sayılamayacağı

Ceza bağışıklığına sahip cumhurbaşkanı, milletvekili veya büyükelçi gibi kimselerin haksız bir fiil gerçekleştirmeleri nedeniyle failin bu kişilere karşı tepki suçu işlemesi durumunda, fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanıp

samimi olmadığını göstermiştir. Bir an için temadi ve tevali eden haksız hareketlerin varlığı kabul edilse bile bu haksız hareketlerin kimden geldiği de kesin olarak belli değildir. Bu nedenle Özel Daire bozma kararındaki görüşün aksine tahrik hükümlerinin uygulanması yönünde bağışlamaya konu olan evvelki olaylar gözetilmemiş ve açıklanan bu gerekçeyle önceki hükümde direnilmiştir.” gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. **Yargıtay 1. CD’nin** 14.06.2004 tarih, 2004/1480 E., 20014/2326 K. sayılı kararı.

⁵⁹⁵ ÜMİT ATILGAN, s. 179-182.

uygulanamayacağı tartışılmıştır. Bir görüş, bir kimsenin ceza bağışıklığına sahip olması, bu kimsenin fiillerinin haksızlık niteliğine sahip olmasını önleyeceğinden haksız tahrik hükmünün uygulanmasından bahsedilemeyeceğini savunmuştur.⁵⁹⁶ İçerdiği hukuki mantıksızlık sebebiyle bu görüşün öğretide pek fazla benimsendiği söylenemez.

Öğretide çoğunluğun benimsediği düşünceye göre, bir kimsenin ceza bağışıklığına sahip olması onun fiillerini hukuka uygun hale getirmez. Zira bu tür dokunulmazlık ya da muafiyet, buna sahip kimsenin her hareketinin hukuka uygun sayılması anlamını taşımaz,⁵⁹⁷ sadece ceza verilmesine engel olur.⁵⁹⁸ Bu nedenle failin haksız tahrik hükmünden yararlanamaması için herhangi bir sebep yoktur.⁵⁹⁹ Yargıtay bu hususta verdiği eski tarihli bir kararında da haksız fiili gerçekleştiren kişinin dokunulmazlığa ya da ceza muafiyetine sahip olmasının, failin haksız tahrik hükmünden yararlanmasına engel oluşturmayacağını belirtmiştir.⁶⁰⁰

Sonuç olarak tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin dokunulmazlık veya ceza muafiyeti gibi herhangi bir cezasızlık sebebinden faydalanyor olması ya da herhangi

⁵⁹⁶ Bahsedilen görüş ve eleştirisi için bkz. **ERMAN**, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul, 1989, s. 214.

⁵⁹⁷ TOROSLU, Genel Kısım, s. 81.

⁵⁹⁸ GÜRELLİ, s. 335.

⁵⁹⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 515; ABBAN, s. 56; EREM, Haksız Tahrik, s. 641.

⁶⁰⁰ “*Haddi zatında suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin meclis kürsüsünde söylenilmesi sebebiyle...ceza sorumluluğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldırmayacağı....*” **Yargıtay 4. CD’nin** 22.06.1950 tarih, 1950/2818 E., 1950/7902 K. sayılı kararı. Bkz. ARTUK /GÖKCEN /YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 515.

bir ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedene sahip olması, bu kişinin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık niteliğine etki etmediğinden, haksız tahrik hükmü uygulanacaktır.⁶⁰¹ Ancak, bahsedilen ceza bağışıklığına sahip bir kimseye karşı haksız bir fiil gerçekleştirilmesi neticesinde, bu kimse bir tepki suçu işlerse, öncelikli olarak kişisel cezasızlık sebebinin uygulanması gerekeceğinden haksız tahrik hükmünün uygulanmasına ihtiyaç duyulmaz.⁶⁰²

IV. FAİLDE HİDDET VEYA ŞİDDETLİ ELEM MEYDANA GELMELİDİR

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için haksız bir fiilin gerçekleştirilmesi tek başına yeterli değildir; ayrıca, failin iradesinde hiddet veya şiddetli elem meydana gelmesi ve suçun bu psikolojik etki altında işlenmesi gerekir.⁶⁰³ TCK'da “*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem...*” şeklinde ifade edilen bu şart, failin haksız fiil neticesinde iradesinde meydana gelen psikolojik sarsıntı nedeniyle hareketlerini yönlendiremeyerek suç işlemesi anlamını taşır.⁶⁰⁴ Dolayısıyla haksız tahrikin kusurluluğu kaldıran bir neden sayılması ve failin cezasının indirilmesi bu sebeptir. Burada failin psikolojik durumunda meydana

⁶⁰¹ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 308.

⁶⁰² KANGAL, Haksız Tahrik, s. 43.

⁶⁰³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 848.

⁶⁰⁴ AYIK, s. 93; ABBAN, s. 62.

gelen değişiklikten söz edildiğinden, failin iradesinde hiddet veya şiddetli elem meydana gelmesi koşulu haksız tahrik kurumunun dayandığı sübjektif unsurdur.⁶⁰⁵ Bu sübjektif unsurun yokluğu halinde haksız tahrikten bahsedilemeyecektir.⁶⁰⁶

İnsan psikolojisinde birçok heyecan durumu meydana gelmesine rağmen kanun, sadece hiddet veya şiddetli elem halinin etkisiyle suç işlerse failin kusurluluğunun azalacağını kabul etmiş ve korku, şaşkınlık, umutsuzluk gibi durumların etkisinde gerçekleştirilen fiilleri dikkate almamıştır. Bu nedenle, failin sübjektif durumunda oluşan değişikliğin sebebi hiddet veya şiddetli elem olmalıdır.⁶⁰⁷ Ayrıca, kanun failin iradesinde bir değişiklik meydana gelmesini aradığından, haksız bir fiil gerçekleşmiş olmasına rağmen bu fiil failde hiddet veya şiddetli elem oluşturacak nitelikte değilse haksız tahrikin varlığından söz edilemez.⁶⁰⁸

B. HİDDET VE ŞİDDETLİ ELEM

Haksız tahrikin temelinde yatan sübjektif unsur, gerçekleşen bir haksız fiilin failin iradesinde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi olduğuna göre, kanunda

⁶⁰⁵ TUTUMLU, s. 31.

⁶⁰⁶ GÜRELLİ, s. 336.

⁶⁰⁷ EREM, Haksız Tahrik, s. 642.

⁶⁰⁸ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 46.

yer alan hiddet ve şiddetli elem ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği ve bu ifadelerin sınırlarının neler olduğu önem kazanmaktadır.⁶⁰⁹

Haksız tahrikin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması şartına ilişkin olarak; önceki kanun döneminde, kaynak İCK'da "*buhran*" ifadesi yer alması sebebiyle, 765 sayılı Kanun'daki düzenlemenin de esasında "*buhran*" halini ifade ettiği ve haksız tahrikten söz edebilmek için failin iradesinde bir buhran halinin meydana gelmesi ve suçun buhran hali sona ermeden işlenmesi gerektiği tartışmaları yaşanmıştır. 1930 yılında İCK'da "*buhran*" ifadesi kaldırılmış⁶¹⁰ olmasına rağmen bu tartışmalar devam etmiştir.⁶¹¹ 765 sayılı Kanun'a benzer şekilde, 5237 sayılı Kanun'da da "*buhran*" halinin varlığı aranmamış, suçun "*hiddet veya şiddetli elem*" in etkisi altında işlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Böylece, haksız tahrik kurumunun psikolojik esasına daha uygun olan⁶¹² ve haksız tahrik kurumunun uygulanabilirliği açısından haksız fiille tepki suçu arasına zaman girmiş olmasının sorun teşkil etmeyeceği bir sistem kabul edilmiştir.

⁶⁰⁹ İlk bölümde haksız tahrikin psikolojik esası başlığı altında hiddet ve şiddetli elem ifadeleri açıklandığından, burada kısa bir açıklamaya yer verilecektir.

⁶¹⁰ "*Buhran*" ifadesi, failin tahrik fiilinin hemen ardından suç işlenmesini, tahrik fiili ile tepki suçunun arasına zaman girmemesi şartını ifade ettiğinden 1930 yılında İCK'dan kaldırılmış, "*öfke halinde*" suçun işlenmesinin haksız tahrikin yapısına daha uygun olduğu kabul edilmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 433; KÖNİ, s. 206.

⁶¹¹ Bu tartışmalara bakıldığında bir görüşe göre; Kanunun "*gazap ve elemin tesiri altında*" ifadesiyle esasında "*buhran*" haline işaret edilmektedir ve suç bu buhran halinde işlenmelidir. EREM, Haksız Tahrik, s. 642; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 528. Bu görüşün aksini savunan görüşe göre ise, 765 sayılı Kanun, "*hiddet ve şedit elemin tesiri*" ifadesini kullanarak mehz kanundan ayrılmış ve suçun haksız fiilin hemen ardından işlenmiş olmasını şart koşmamıştır. Dolayısıyla bu görüşe göre haksız fiil ile failin işlediği tepki suçu arasına zaman girebilir. DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 433.

⁶¹² AYDIN, Haksız Tahrik, s. 66.

765 sayılı Kanun'daki düzenlemede “*gazap ve şedit elem*” olarak ifade edilen sübjektif unsur yeni kanun düzenlemesinde Türkçeleştirilerek “*hiddet ve şiddetli elem*” halini almıştır.⁶¹³ Heyecan durumlarından biri olarak nitelenen hiddet; öfke, darılma, kızgınlık anlamlarına gelirken,⁶¹⁴ kanunun aradığı diğer heyecan hali olan elem; acı, üzüntü, dert, keder anlamlarına gelmektedir.⁶¹⁵ Elem kelimesi birden fazla anlama gelmesine rağmen haksız tahrik kurumu açısından daha çok *büyük üzüntü* halini ifade ettiği kabul edilmektedir.⁶¹⁶ Bu anlamda fail, gerçekleştirilen fiilin etkisinde kalmalı ve iradesinde hissettiği öfke veya şiddetli üzüntü hali etkisindeyken kendine engel olamayarak bir suç işlemelidir.⁶¹⁷ Nitekim Amerikan Hukukunda failin haksız tahrik altında suç işlediğinin kabulü için öldürme fiili ile tahrik fiili arasında önemli bir zaman aralığı bulunsa bile failin öldürme fiilin gerçekleştirdiği anda “*ani ve geçici*” olarak⁶¹⁸ öz denetimini yitirmesi, diğer bir ifadeyle irade serbestisinin zarar görerek tahrikin neden olduğu öfkeyle suç işlemesi gerekmektedir.⁶¹⁹

⁶¹³ Bir görüşe göre, 5327 sayılı Kanun düzenlemesinde yapılan bu Türkçeleştirme hareketi yerinde olmamıştır. **ÖZBEK**, Veli Özer/ **KANBUR**, M. Nihat/**DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Seçkin Yayınevi, 2015, s. 440.

⁶¹⁴ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 425.

⁶¹⁵ www.tdkterim.gov.tr, E.T. 17.03.2016.

⁶¹⁶ Nitekim ÖZTÜRK / ERDEM bu durumu; “*Tahriki oluşturan fiilin failde öfke uyandırması hiddet; onu büyük üzüntü içine düşürmesi elemdir.*” şeklinde ifade eder. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 308. Aynı yönde kullanım için bkz. YAVUZ, s. 450.

⁶¹⁷ **BAKICI**, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 633.

⁶¹⁸ ELLIOT/ QUINN, s. 62.

⁶¹⁹ **SULLIVAN**, G.R., “*Anger and Excuse: Reassessing Provocation*” Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 3, 1993, s. 423.

İnsan psikolojisinde günlük hayatın normal akışında meydana gelen ve geçici sarsıntı halini ifade eden heyecanın şiddeti arttıkça insanın iradesi üzerindeki kontrolü de o oranda azalır.⁶²⁰ Heyecan türlerinden olan hiddet ve elem kavramları, hukuki kavramlar olmayıp tıbbi özellik taşıdıklarından,⁶²¹ bu ifadeler arasındaki fark tam olarak ortaya konulamamış ve bu farkın daha ziyade psikolojiye ilişkin olduğu savunulmuştur.⁶²² Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, kanunda bahsi geçen heyecan halleri arasında hukuki bakımdan tek fark, failin gerçekleştirilen tahrik fiiline karşı tepki suçunu ani veya bir müddet sonra işlemesinden ibarettir.⁶²³ Yani hiddet halinde ani bir tepki gösterilirken, elem etkisinde olan bir kimse tepkisini bir süre geçtikten sonra göstermektedir. Bir görüşe göre, şiddetli bir öfkeyi ifade eden hiddet halinde, bir kimsenin suç işleyebileceği mümkünse de, psikolojik anlamda iktidarsızlık, bitkinlik ve ruhi çöküntü manasına gelen elem hali böyle değildir. Üzüntü, keder gibi hallerde kişi hareketsiz, sakin bir durumdadır ve bu nedenle suç işlemesi mümkün değildir.⁶²⁴ Ancak bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, kanun metninde bahsi geçen elem, bir kimseyi hareketsiz, sakin, pasif hale getiren bir

⁶²⁰ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 591, 592.

⁶²¹ ZAFER, Genel Hükümler, s. 330.

⁶²² EREM, Haksız Tahrik, s. 642.

⁶²³ AYIK, s. 93.

⁶²⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 433; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 598; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 425; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 422; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 516.

hal değil, hiddete yöneltici bir haldir. Nitekim TCK m. 29'un gerekçesinde de bu duruma işaret edilmiştir.⁶²⁵

C. HİDDET VE ELEMİN TESPİTİ

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için, haksız bir fiile maruz kalan failin, hiddet veya şiddetli elem etkisi altında bir suç işlemiş olması arandığından, suçun işlendiği anda failin böyle bir heyecanın etkisinde olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Ancak bu durum, kişiye göre değişebilen sübjektif bir durumdur ve bu nedenle konuya ilişkin kesin ölçütler konulamamakta, bu belirlemenin, taraflarla ve delillerle yakın ilişkide olan hakime bırakılması gerekmektedir.⁶²⁶ Somut olayda haksız bir fiilin gerçekleştirilmiş olmasının, failde mutlaka hiddet veya şiddetli elem meydana getireceğine karine olacağı kabul edilmemelidir.⁶²⁷ Hakim olayda haksız bir fiilin mevcut olup olmadığını tespit ettikten sonra ayrıca bu fiilin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirecek nitelikte olup olmadığını ve eğer bu nitelikteyse, failde böyle bir heyecanın meydana gelip gelmediğini de araştıracaktır.⁶²⁸ Bu araştırma yapılırken,

⁶²⁵ Gerekçede “şiddetli elem psikolojik açıdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh halidir, ancak burada söz konusu olan hiddete yöneltici bir elemdir. Bu nedenle sadece hiddet kelimesinin kullanılması bu hali kapsar idi. Ancak uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki deyimini kullanılması uygun sayılmıştır.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

⁶²⁶ DÖNMEZER/ERMAN, C. II. s. 434.

⁶²⁷ DEMREN DÖNMEZ, s. 282; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 84.

⁶²⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 295. “Sanığın, mağdur ve arkadaşlarının haksız eylemlerinin verdiği hiddetin etkisi altında eylemini gerçekleştirdiği ve bu nedenle lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 13.2.2013 tarih, 2012/5275 E., 2013/948 K. sayılı kararı.

failde meydana gelen heyecanın mağdurun gerçekleştirdiği haksız fiilden kaynaklanması şartı da aranacaktır. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişiden kaynaklanan hiddet veya şiddetli elem hali mağdura karşı işlenen suç açısından önem taşımaz.⁶²⁹ Bu araştırma, makul ve normal üçüncü bir kimse esas alınarak yapılacak ve aynı haksız fiil normal bir kimseye yapılsaydı hiddet veya şiddetli elem meydana gelirdi, denilebiliyorsa failde hiddet veya şiddetli elem meydana geldiği kabul edilecektir.⁶³⁰ Sonuç olarak, normal bir kimsede hiddet veya şiddetli elem doğurmayacak bir fiil failin kişisel özellikleri, fazla alingan oluşu kıskançlıkları, kompleksleri, fazla hassas oluşu gibi bir sebepten failde öfkeye ya da üzüntüye yol açıyorsa kural olarak 29. maddenin uygulanmaması gerekir.⁶³¹ Ancak mağdur haksız fiili gerçekleştirirken failin bu özelliğinden haberdarsa, bu takdirde haksız tahrik uygulanır. Zira tahrik hali kişiden kişiye değişebilecek sübjektif bir durumdur.⁶³²

Somut olayda hakim, fiilin faili tahrik edip etmediğini, fiilin işleniş biçimine, olayın özelliğine, fiilin işleniş yeri ve zamanına, faille mağdur arasındaki ilişkiye göre tespit edecektir.⁶³³ Haksız tahrik kurumunun uygulanması açısından, haksız bir fiilin meydana gelip gelmediği, meydana gelen haksız fiilin hangi hareketlerden oluştuğu,

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2012-5275.htm&kw=`2013/948`#fm>, E.T. 04.02.2016.

⁶²⁹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 236.

⁶³⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 849.

⁶³¹ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 428; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 295; FITZGERALD, s. 128.

⁶³² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 849.

⁶³³ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 66; TUTUMLU, s. 31.

bu fiilin suçun mağdurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, haksız fiilin failde hiddet ya da şiddetli elem oluşturacak nitelikte olup olmadığı, failin işlediği suçun bu etki nedeniyle işlenip işlenmediği ve haksız tahrike ilişkin diğer koşulların oluşup oluşmadığı araştırılmalı ve ulaşılan sonuç gerekçeli olarak kararda gösterilmelidir.⁶³⁴ Dolayısıyla öğretide eleştiriye uğrayan⁶³⁵ birçok Yargıtay kararında olduğu gibi, hakim haksız fiilin mevcut olduğu her durumda haksız tahrik hükmünü uygulamayacak, failin sübjektif durumunu da araştıracaktır.⁶³⁶

⁶³⁴ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 236; DURAN, s. 150.

⁶³⁵ Öğretide birçok yazar, Yargıtay'ın haksız fiili haksız tahrik kurumunun varlığı için yeterli gören kararlarını eleştirmiştir. Ancak uygulamaya bakıldığında bu anlayışın pek de değişmediği görülmektedir. Söz konusu eleştiriler için bkz. AYIK, s. 93, 94; GÜRELLİ, s. 336; ÖNDER, s. 347; ABBAN, s. 67.

⁶³⁶ “Katılanın gayri resmi eşi sanık Ahmet’i kasten ‘bunu beğenmiyorum, ayrılmak istiyorum’ sözlerinin haksız tahrik olarak kabul edilemeyeceği gözetilmeden sanık Ahmet hakkında tayin edilen cezada 5237 sayılı TCK’nın 29. maddesi uyarınca indirim yapılması...” **Yargıtay 2. CD’nin** 22.06.2009 tarih, 2009/28078 E., 2009/ 30000 K. sayılı kararı. “...Sanığın saat 22.00 civarında ablasının evine gittiğinde kapının geç açılması üzerine evde tanımadığı iki kişinin olduğunu gördüğü ve bu şahısların ablasıyla ilişkisi olduğundan kuşkulananarak tartışmaya başladığı, mutfaktan eline geçirdiği bıçağı rastgele sallayarak müstekileri yaralamış olması karşısında sanığın üzerine atılı kasten yaralama eylemini haksız tahrik altında gerçekleştirdiği gözetilmeden...” **Yargıtay 8. CD’nin** 25.12.2008 tarih, 2008/13874 E., 2008/14860 K. sayılı kararı. “...sanık Adem hakkında kasten yaralama suçundan hüküm kurulurken, mağdur tarafından yaratılan haksız bir fiilin sanıkta meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem neler olduğu denetime olanak verecek biçimde karar yerinde açıklanıp tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile haksız tahrik hükmünü düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 29/1 maddesi ile cezadan indirim yapılması...” **Yargıtay 6. CD’nin** 24.05.2012 tarih, 2012/19587 E., 2012/11134 K. sayılı kararı. Bkz. OTACI, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, s. 329-340.

V. FAİL BİR TEPKİ SUÇU İŞLEMİŞ OLMALIDIR

A. TEPKİ SUÇUNUN VARLIĞI VE NİTELİĞİ

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan şartlardan biri de, haksız fiile maruz kalan failin iradesinde hissettiği öfke veya derin üzüntü sonucu icrai ya da ihmali bir fiil gerçekleştirmesi gerekliliğidir. Failin haksız fiil nedeniyle işlediği bu fiil “*teпки fiili*” olarak adlandırılır.⁶³⁷ Tahrik fiilinin bir anlam ifade etmesi için failin tahrike karşı tepkide bulunması⁶³⁸ ve bu tepkinin ceza hukuku bakımından bir suç olması gerekir.⁶³⁹ Bu tepki fiili ceza hukuku bakımından suç oluşturduğu takdirde, fail cezalandırılacak ancak cezası kanunun öngördüğü oranda indirilecektir.⁶⁴⁰

Haksız tahrik hükmünün genel kural olması sebebiyle, haksız fiile maruz alan fail, bu fiili gerçekleştiren kişiye karşı herhangi bir suç işleyebilir. Kanun “*suç işlemekten*” bahsettiğine göre, bu suçun yöneldiği hakkın niteliği önemli değildir.⁶⁴¹ Dolayısıyla, mağdura karşı işlenen suçun, onun kişiliğine, hayatına vücut bütünlüğüne veya malvarlığına karşı işlenen suç olması arasında fark yoktur, yeter ki mağdurun zararına işlenmiş olsun.⁶⁴² Fail herhangi bir tepki suçu işleyebilirse de bu suçun

⁶³⁷ İZMİR, s. 45.

⁶³⁸ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 69.

⁶³⁹ ABBAN, s. 68; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 210.

⁶⁴⁰ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 599.

⁶⁴¹ GÜRELLİ, s. 337.

⁶⁴² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 599; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 262; EREM, Haksız Tahrik, s. 644; ZAFER, Genel Hükümler, s. 331.

mağduru belirsiz suçlardan veya devlete ya da topluma karşı işlenen suçlardan olmaması gerekir. Aksi halde haksız tahrik hükmü uygulanmayacaktır.⁶⁴³ Çünkü böyle durumda, suç haksız tahriki gerçekleştirilen kişiye karşı değil, devlete veya topluma karşı işlenmiş olacaktır. Yine aynı şekilde, haksız fiili gerçekleştiren kişi, bu fiilin gerçekleştirilmesinde bir hayvanı araç olarak kullanırsa doğrudan fail olarak; hile ile bir kimseyi veya isnat yeteneği bulunmayan bir kişiyi araç olarak kullanırsa ⁶⁴⁴ iştirak hükümlerinden olan dolaylı faillik hükmü (TCK m. 37) gereği sorumlu tutulacaktır.⁶⁴⁵

Tepki fiilinin teşebbüs aşamasında kalmasının, haksız tahrik kurumunun uygulanması için bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁴⁶ Ayrıca fail, tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye karşı birden fazla tepki suçu işlerse, bu durumda, her bir tepki suçu açısından haksız tahrik değerlendirmesi yapılacak,⁶⁴⁷ şartları mevcutsa ceza indirilecek ve daha sonra bu cezalar içtima edilecektir.⁶⁴⁸

Fail, tahrik fiilinin iradesinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem etkisinde işlediği tepki suçu nedeniyle cezalandırılırken cezasından indirim

⁶⁴³ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 51. “Genel güvenliği kasten tehlikeye sokulması suçunun niteliği itibarıyla haksız tahrik hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmadığının gözetilmemesi...” **Yargıtay 8. CD’nin** 22.01.2015 tarih, 2014/36800 E., 2015/1629 K. sayılı kararı. Bkz. OTACI/ ÖZTEKİN/ ÖZAYDIN, s. 375.

⁶⁴⁴ YALÇIN SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 427.

⁶⁴⁵ **AKBULUT**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 458.

⁶⁴⁶ BARDAK, s. 46.

⁶⁴⁷ Karşı görüşe göre, fail, mağdura karşı birkaç kez yönelmişse her seferinde haksız tahrik indirimi uygulanamaz, aynı eylem nedeniyle aynı kişiye karşı fail ancak bir kez haksız tahrik hükmünden faydalandırılacaktır. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 421.

⁶⁴⁸ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 237; EKER KAZANCI, s. 1336.

yapılacaktır. Failin ceza hukuku anlamında cezalandırılması, özel hukuk sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı için, failin tepki fiili nedeniyle özel hukuk açısından doğan zararları da tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Zira haksız tahrik, failin daha az ceza ile cezalandırılmasını sağlayan bir nedendir; işlenen fiili hukuka uygun hale getirmez.⁶⁴⁹

B. TEPKİ FİİLİNİN HEDEFİ

1. Tepkinin Tahrik Fiilinin Failine Karşı İşlenmesi Koşulu ve İstisnası

TCK m. 29’da failin haksız bir fiilin etkisinde kalarak suç işlemesinden bahsedilmiş ancak, failin bu suçu kime karşı işleyeceği açıklanmamıştır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında genel olarak kabul gören görüşe göre, failin işlediği tepki fiilinin hedefi, kural olarak, tahrike sebep olan haksız fiili gerçekleştiren kimse olmalıdır. Yani suç, tahrik eden kişiye yönelmelidir.⁶⁵⁰

Tepki suçunun, haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerektiği görüşünün temelinde, “*Kanun, bir kimseye kızıp da öfkesini/ kinini masum bir üçüncü kişiden çıkararı korumaz*” düşüncesi yatar.⁶⁵¹ Zira kanunda bu hususta bir açıklık olmasa bile, fail, suç fiilini gerçekleştirmeden önce mağdurun gerçekleştirdiği haksız

⁶⁴⁹ AYDIN, Haksız Tahrik, 77.

⁶⁵⁰ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 599; DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 437; İÇEL, Genel Hükümler, s. 488; TUTUMLU, s. 43; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 310; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 429; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 420; YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 317.

⁶⁵¹ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 437; YAVUZ, s. 452.

fiil nedeniyle heyecan durumuna sürüklenmiştir ve fail ile mağdur arasındaki bu ilişkiden kaynaklanan tepki fiili, haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmelidir.⁶⁵² Ancak bir görüşe göre; kanunun tepki fiilinin kime karşı işleneceği hususunda bir açıklama barındırmaması ve sadece “suç işlemekten” söz etmesi sebebiyle, haksız tahrik nedeniyle işlenen suçun mağduru haksız fiili gerçekleştiren kimse olmak zorunda değildir. Bu nedenle, aralarında nedensel bir bağlantı bulunmak kaydıyla suç üçüncü kişiye karşı da işlenebilir.⁶⁵³ Fakat haksız tahrik kurumunun niteliği gereği bu görüşü benimsemek mümkün değildir. Bu nedenle tepki suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi esastır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, “teпки suçu” ile “tahrik fiili” kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olmasıdır. Haksız tahrik kurumunun bir gereği olarak, tahrik edici fiilin mutlaka faile yönelik olarak işlenmesi aranmayıp, fail dışındaki kişilere/şeylere karşı işlenmesi mümkün kılınmışken, tepki suçu kural olarak haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmelidir.⁶⁵⁴ Kanun metninde belirtilmesi gereken bu husus gerekçede belirtilmiştir.⁶⁵⁵ Fail tepki suçunu tahrik fiilini

⁶⁵² DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 429.

⁶⁵³ Bu görüşü savunan yazarlar; “cinsel saldırıya maruz kalan kız çocuğunun babası veya kardeşi saldırıyı öldürdüğünde, kuşkusuz haksız tahrikten yararlanacaktır.” şeklinde bir örnek vermişlerdir. Bu örnekte, tepki suçunu gerçekleştiren fail bizzat haksız fiile maruz kalmamakta, bir yakınına karşı işlenen haksız fiil nedeniyle tahrik olmaktadır. Fakat tepki suçu haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlendiğinden verilen örnek savunulan görüşle bağdaşmamaktadır. Bahsedilen görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 368.

⁶⁵⁴ AÇIKGÖZ, s. 103.

⁶⁵⁵ TCK m. 29’un gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: “Maddedeki düzenleme nedeniyle suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek

gerçekleştiren kişiden başkasına, onun yakınlarına veya eşine karşı işlerse, m. 29'dan faydalanamayacaktır.⁶⁵⁶ Zira burada, mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiil bulunmadığından, bu fiile yönelik bir tepkiden de bahsedilemez.⁶⁵⁷ Bir görüş, tepki fiilinin tahrik eden kimseden başkasına işlenmesi durumunda bu durumun takdiri bir indirim nedeni sayılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁶⁵⁸

Haksız tahrike maruz kalan failin işlediği bu tepki fiilinin niteliği TCK m. 29'da belirtilmemiş, madde düzenlemesinde sadece “...suç işleyen...” denilmek suretiyle bir suçun işlenmesi aranmıştır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında, failin tepki suçunu kasten işlemesi durumunda haksız tahrikin uygulanmasına ilişkin herhangi bir tereddüt yoktur.⁶⁵⁹ Ancak bu suçun olası kastla veya taksirle işlenmesi halleri tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüş tepki suçunun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığını, suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğini savunurken,⁶⁶⁰ başka bir görüşe göre, tepki suçunun olası kastla işlenmesi mümkündür.⁶⁶¹ Uygulamaya

kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır.”

⁶⁵⁶ TUTUMLU, s. 44. Bu husus Yargıtay'ın verdiği bir kararda şöyle belirtilmiştir: “...fail mağdurenin kocası ile kahvede tartışıp hakarete maruz kaldıktan sonra, ona karşı bir eyleme yönelmeksizin oradan ayrılarak mağdurenin evine gittiği, onu bıçakla yaralayıp bileziklerini gasp ettiği anlaşıldığından, olayda mağdureden kaynaklanan haksız bir hareket bulunmadığından, sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına...” **Yargıtay 1. CD'nin** 22.03.1999 tarih, 1999/656 E., 1999/1973 K. sayılı kararı. Bkz. ABBAN, s. 77.

⁶⁵⁷ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 70.

⁶⁵⁸ TUTUMLU, s. 44; DURAN, s. 162; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 420.

⁶⁵⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 210.

⁶⁶⁰ **GERÇEKER**, Hasan, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Cantekin Matbaası, Ankara, 2011, s. 313.

⁶⁶¹ **İÇEL**, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 487.

bakıldığında, Yargıtay'ın olası kastla işlenen suçta haksız tahrik hükmünü uygulayan kararları⁶⁶² olduğu gibi, uygulamayan kararları⁶⁶³ da olduğu görülür.

Taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı meselesine gelince, olası kastta olduğu gibi bu konu da öğretide ve Yargıtay kararlarında tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanunda taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı yönünde bir hüküm bulunmasa da, taksirin ve haksız tahrikin esasına bakıldığında bu sonuca ulaşılmaktadır. Haksız tahrikin uygulama şartlarından biri tepki fiilinin haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik işlenmesi olduğundan taksirli suçlar nitelikleri itibariyle haksız tahrikle bağdaşmaz. Taksirli suçlar tedbirsizlik, dikkatsizlik ve kurallara aykırı davranmak suretiyle gerçekleştirildiğinden haksız tahrik, sadece kasten işlenen suçlarda uygulanabilen bir

⁶⁶² “...sanık ve yanındaki kız arkadaşı tarafından ‘küfür’ olarak algılanan hareketin sanık yönünden ‘haksız tahriki’ oluşturacağı ve olası kastla işlenen suçlarda ‘haksız tahrik’ hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir...” **Yargıtay CGK’nın** 05.10.2010 tarih, 2010/1-132 E., 2010/183 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2010-1-132.htm&kw=`2010/183`#fm>, E.T. 02.06.2016.

⁶⁶³ “5237 sayılı TCK’nun 21/2. Maddesi uyarınca olası kast hükümlerinin uygulanması durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 19.06.2007 tarih, 2006/5048 E., 2007/4971 K. sayılı kararı. Bkz. MALKOÇ, s. 376; Yargıtay’ın vermiş olduğu aynı yönde bir diğer karar da şöyledir; “...sanığın hasmını hedef alıp ateş ettiği istikamette kendi babası olan maktulün de bulunduğunu görmesine ve onun da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen, babasını sakınmadan yaptığı ateşler sonucu onu vurup öldürmesinde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı...” **Yargıtay 1. CD’nin** 29.11.2006 tarih, 2006/2623 E., 2006/5280 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2006-2623.htm&kw=`2006/2623`#fm>, E. T. 02.06. 2016.

kurumdur.⁶⁶⁴ Dolayısıyla, müşterisine öfkelenip bir yayaya çarpan şoförü hukuk düzeni korumaz.⁶⁶⁵

Taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğini savunan görüşe göre; işlenen suçun mutlaka kasıtlı bir suç olması gerekmez. Taksirli suçlar da iradi olarak işlenen yani failin kusurunun bulunduğu suçlardır. Haksız tahrik kusurluluğu azaltan genel bir sebep olduğundan, taksirli suçlarda da uygulanması gerekir. Haksız tahrikin bünyesinde barındırdığı psikolojik esas taksirle işlenen suçlarda da mevcudiyetini korur.⁶⁶⁶ Üstelik haksız tahrik nedeniyle failin tedbirsiz veya dikkatsiz davranarak tahrik edene ya da üçüncü bir kimseye karşı suç işlemesi pekala mümkündür.⁶⁶⁷ Haksız tahrikin koşullarından olan failin haksız tahriki gerçekleştiren kimseye yönelik suç işlemesi şartı, hata ve sapma halinde olduğu gibi taksirli suçlarda da geçerli değildir. Ayrıca tahrik edildiği için suç işleyen failin işlediği bu suçun mağduru haksız fiili gerçekleştiren kimse de olabilir.⁶⁶⁸ Nitekim öğretide verilen bir örneğe göre, otobüste bulunan yolcunun hakaret etmesine sinirlenip direksiyon hakimiyetini kaybeden ve yolcunun veya üçüncü kişinin yaralanmasına sebep olan

⁶⁶⁴ Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, haksız tahrik altında bulunan failin taksirli bir suç işlemesi durumunda, haksız tahrik sadece taksirin derecesini belirlemede etkili olan bir husustur. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 423.

⁶⁶⁵ GÜRELLİ, s. 339. Aynı yönde görüşler için bkz. YAVUZ, s. 463; BAKICI, Genel Hükümler, s. 635; TUTUMLU, s. 38; BAŞAR, Haksız Tahrik-II, s. 361; DEMİR, s. 49; GÖZÜBÜYÜK, TCK Gözübüyük Şerhi, s. 576; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 564.

⁶⁶⁶ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 437; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 605; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 430; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 428.

⁶⁶⁷ ZAFER, Genel Hükümler, s. 331.

⁶⁶⁸ EREM /DANIŞMAN /ARTUK, s. 605.

şoförün haksız tahrikten yararlanmaması için hiçbir sebep yoktur.⁶⁶⁹ Taksirli suçlarda haksız tahrik indiriminin uygulanabileceğini kabul eden bir görüş, bu hükmün uygulanabilmesini, taksirli suçtan zarar görenin tahrik fiilini gerçekleştiren kişi olması durumuyla sınırlamak gerektiğini savunmuştur.⁶⁷⁰ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, failin haksız tahrik altındayken taksirli bir suç işlemesi halinde haksız tahrik hükmünden yararlanmasına bir engel yoktur. Aksi yönde bir yorum haksız tahrik hükmünün esasına aykırı olacaktır. Ayrıca kanunda, haksız tahrik hükmünün sadece kasıtlı suçlarda uygulanabileceği şeklinde bir ifade yer almamaktadır. Bu sebeple söz gelimi muayene esnasında hastasıyla tartışan ve hastanın kendisine hakaret etmesine öfkelenen doktorun, bu hakaret fiilinin verdiği kızgınlıkla hastaya yanlış teşhis koyarak onu zehirleyecek ilaç vermesi durumunda doktorun haksız tahrik hükmünden yararlanmasına bir engel bulunmamaktadır. Uygulamada, Yargıtay önceki kanun dönemindeki haksız tahrikin sadece kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği görüşünü sürdürmektedir.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Benzer bir örnek için bkz; ÖNDER, s. 346; Ancak TUTUMLU, bu örnekte şoförün kendisinin de ölebileceği ve haksız tahrik hükmünün amacının “*buhran*” halinde suç işleyen herkese ceza indirimi uygulamak olmadığı itirazında bulunmuş, haksız tahrikin uygulanabilmesi için, failin bilinçli bir tepkide bulunarak tahrik eden kimseye karşı suç işlemesini aramıştır. TUTUMLU, s. 38.

⁶⁷⁰ İÇEL, Genel Hükümler, s. 487; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 304.

⁶⁷¹ “*Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde, kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasdi ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız (taksirli) suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir.*” **Yargıtay 2. CD’nin**, 22.10.1985 tarih, 1985/7645 E., 1985/8347 K. sayılı kararı. Bkz. PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 565. Yargıtay’ın benzer yönde bir kararı da şöyledir; “*5237 sayılı TCK’nun 22/2 maddesi aracılığıyla 85. Maddesi uygulandığına göre, taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar vererek eksik ceza tayini kanuna aykırıdır.*” **Yargıtay 1. CD’nin** 10.05.2007 tarih, 2007/2703 E., 2007/3776 K. sayılı kararı. Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 861.

Öğretide, tepki fiilinin mağdurunun, tahrik fiilini gerçekleştirmemekle birlikte, bu fiili gerçekleştiren kişinin yanında durması ve onu manevi olarak desteklemesi ya da sessiz kalarak onaylaması durumunda, fail bu kişiye karşı suç işlediğinde haksız tahrik hükmünden yararlanabileceği savunulmuştur.⁶⁷² Kanaatimizce bu konuda, somut olayda, mağdurun haksız fiili gerçekleştiren kişiyle iştirak ilişkisi içinde olup olmadığı değerlendirilmeli ve eğer mağdur böyle bir ilişki içinde değilse, haksız tahrikten söz edilmemelidir. Aksi halde, haksız fiili gerçekleştiren kişiye kuvveti yetmeyen failin onun yanında bulunan ve kusuru olmayan kişilere yönelmesini hukukun onaylaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

2. Tepki Fiilinin Hata veya Sapma Nedeniyle Üçüncü Kişiye Karşı İşlenmesi

Tepki fiilinin, tahrik fiilini gerçekleştiren kimseye karşı işlenmesi haksız tahrikin şartlarından biriye de, bu şartın istisnasını oluşturan hallerden biri hata veya sapma halidir. Hata genel anlamda, dış dünyaya ait bir şeyin gerçekte olduğundan farklı veya yanlış bir biçimde tanınıp bilinmesine yol açan zihinsel bir durumdur.⁶⁷³ Hata bilmemeden farklıdır, zira bilmeme bilgi eksikliği veya yokluğunu ifade eder. Hata, ya bireyin iradesinin oluşum sürecini etkiler ve bu etkileme nedeniyle bireyin iradesi yanlış tasavvur ve bilgiyle bozulmuş biçimde ortaya çıkar (hukuki ve fiili hata

⁶⁷² ÖZALP, s. 46. “Mağdur sanık Şükrü’nün sanık Ramazan’ı tehdit etmediği, ancak Ramazan’a müessir fiilde bulunan Deniz’in yanında yer alarak ve dükkana onunla birlikte gidip baskı unsuru olacak şekilde husule gelen hareketi sebebiyle bu mağdurun öldürülmeye teşebbüs edilmesinde tahrik hükmünün uygulanmasında isabetsizlik görülmemiştir.” **Yargıtay 1. CD’nin** 02.10.2006 tarih, 2006/1558 E., 2006/3987 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 170.

⁶⁷³ TOROSLU, Genel Kısım, s. 234.

halleri) ya da bireyin iradesini suçun gerçekleşmesi yani iradenin gerçekleştirilmesi anında etkiler (sapma).⁶⁷⁴ Hukuki hata, failin işlediği fiili suç tipi olarak düzenleyen normu bilmemesi veya yanlış bilmesinden kaynaklanan hata halidir.⁶⁷⁵ TCK m. 4 bu hususu; “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” ifadesiyle hukuki hatanın faili ceza sorumluluğundan kurtarmayacağını belirtmiştir.⁶⁷⁶ Hatanın bir diğer türü olan fiili hata veya fiil üzerinde hata, failin, suç fiilini meydana getiren unsurların değerlendirilmesinde yanılması halidir. Fiili hata halinde fiili hukuka aykırı kılan bir unsur fail bilmemektedir veya yanlış değerlendirmektedir.⁶⁷⁷ Yani fiili hata bir algılama hatasıdır.⁶⁷⁸

Önceki TCK’da şahısta hata ve sapma halleri düzenlenmişti. Şahısta hata, hata nedeniyle suç fiilinin istenen kişiden başkasına karşı gerçekleştirilmesini ifade eder. Kural olarak, suç mağdurunun kimliği suçun gerçekleştirilmesini etkilemediğinden suç fiilinin esaslı unsuru sayılmaz⁶⁷⁹ ve bu nedenle şahısta hata kusurluluğu kaldıran bir neden sayılmaz. Bu düzenlemeye göre, fail, kendi kusuru bulunmaksızın hata veya arızı bir sebep (sapma) nedeniyle suçu kastettiği kimseden başkasına karşı işlerse mağdurun şahsından kaynaklanan ağırlatıcı sebep faile uygulanmaz. Fakat fail,

⁶⁷⁴ YALÇIN SANCAR / KÖPRÜLÜ, s. 291.

⁶⁷⁵ ERSOY, s. 112.

⁶⁷⁶ TOROSLU, Genel Kısım, s. 238.

⁶⁷⁷ KAŞIKARA, M. Serhat, “*Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma*”, TAAD, Y. 1, S. 2, Temmuz 2010, s. 349.

⁶⁷⁸ YALÇIN SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 293.

⁶⁷⁹ GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 75.

kendisine karşı suç işlemeye niyet edilen kişinin şahsından kaynaklanan indirim sebeplerinden istifade eder.⁶⁸⁰ Bu hüküm 5237 sayılı TCK’da yer almamıştır.⁶⁸¹

Haksız tahrik açısından önem taşıyan hata hali şahısta hatadır. Zira fail haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı suç işlemeyi istemesine rağmen bu suçu tahrik fiiliyle ilgisi bulunmayan üçüncü kişiye karşı gerçekleştirebilmektedir. Failin tepki fiilini haksız fiili gerçekleştiren kişi dışında başka bir kişiye karşı işlemesi durumunda haksız tahrikten yararlanıp yararlanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. 5237 sayılı TCK m. 30’da hata hükmü yer almasına karşın bu hükümde şahısta hataya yer verilmemiştir. Ancak m. 30/3’de haksız tahriki de içine alan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin hata halinin düzenlendiği savunulmuştur. Bu hükme göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* Madde düzenlemesinden de anlaşıldığı üzere failin ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenlerde hataya düşmesinin cezasına etki edebilmesi için bu hatanın kusursuz olması gereklidir. Aksi nitelikte bir hata, yani failin kusuru davranışı nedeniyle meydana gelen hata m. 30/3 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak tıpkı kasten öldürme suçunun *“tasarlayarak”*, *“töre saikiyle”* veya *“kan gütme saikiyle”* işlenen nitelikli hallerinde olduğu gibi⁶⁸² haksız tahrik kurumu pasif süjenin şahsından

⁶⁸⁰ ÖNDER, s. 331.

⁶⁸¹ 765 sayılı TCK m. 52’ de yer alan şahısta hata ve sapma halleri, 5237 sayılı Kanun’da hata halinin düzenlendiği 30. maddede yer almamıştır. 30. maddenin gerekçesinde bu husus, hata halinin 30. maddenin birinci ve ikinci fıkraları içerisinde düşünülmesi gereken bir durum olması sebebiyle ayrıca düzenlemeye gerek bulunmadığı, hedefte sapma halinin ise, hata hallerinden biri olmaması nedeniyle madde kapsamına alınmadığı, hedefte sapma halinde içtima hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. (5237 sayılı TCK m. 30 Gerekçesi)

⁶⁸² Aksi yönde düşüncenin ayrıntıları için bkz. GÜNGÖR, s. 77.

kaynaklanan bir indirim nedenidir. Yani, haksız tahrik ancak haksız fiilin failine karşı haksız tahrik altında tepki fiilinin gerçekleştirilmesi şartıyla söz konusu olacaktır, zira mağdurun kimliği burada önem taşır. O halde, failin mağdurun şahsında hataya düşerek haksız fiili gerçekleştiren kişiden başkasına karşı suç işlemesi durumunda haksız tahrik hükmü uygulanacak mıdır? Kanımızca burada her ne kadar mağdurun şahsından kaynaklanan bir indirim nedeni bulunsa da failin kusursuz olarak yanılması haline hukuken değer tanınması gereklidir. Bu nedenle fail kusursuz olarak mağdurun şahsında hataya düşerse bu hatasından yararlanacak ve kendisine m. 29 hükmü uygulanabilecektir.⁶⁸³ Bunun için failin bu hataya kusursuz olarak düşmüş olması, yani hatanın kaçınılmaz olması gereklidir. Aksi halde, taksir düzeyinde de olsa hataya düşmede kusuru bulunan bir kimseyi hukukun koruması mümkün değildir.⁶⁸⁴ Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında, hatanın kusursuz olması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir.⁶⁸⁵

⁶⁸³ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 599; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 310; KANGAL, Haksız Tahrik, s. 52; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 71; DURAN, s. 164; DEMREN DÖNMEZ, s. 285.

⁶⁸⁴ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 431; ABBAN, s. 79; EREM, Haksız Tahrik, s. 643.

⁶⁸⁵ “Katılan T.’in sanıkları gördüğünde kamyonu durdurarak “aracı kullananın T. değil kendisi olduğunu göstermek için kapıyı açmaya çalışmasına” rağmen sanık M.’nin ilk atışı yaptığı ve tanık C.’in “T. amcamı vurdunuz yapmayın” diyerek aracı kullananın T. değil kendisi olduğunu açıkça bildirdiği halde diğer sanık M.’nin “at ölsünler daha ne bekliyorsun” demesi üzerine, sanık R.’in 2. atışı da yaptığı dikkate alındığında; TCK.nun 30/3. maddesine uygun bir kaçınılmaz hata hali bulunmamasına rağmen bozma ilamını da etkisiz kılacak şekilde haksız tahrik hükümleri uygulanmak sureti ile eksik ceza tayini...” **Yargıtay 1. CD’nin** 24.1.2013 tarih, 2012/2817 E., 2013/504 K. sayılı kararı. “İlk atışlarıyla maktuleyi vuran sanık, ona yönelik atışlarına devam ederken araya giren ve kendine mani olmak isteyen maktülü gördüğü ve ona da isabetin öngörülebilir olduğu bir ahvalde maktülü sakınmadan, onu bertaraf etmeye özenmeden, maktuleye yönelik atışlarını sürdürmesi ve bu sırada vaki kayma-sekme-saptırma gibi herhangi arıza nedeni ile maktülün de vurulmasını gerçekleştirdiği anlaşıldığından; maktülün ölümünden dolayı TCK.nun 52. maddesi delaletiyle 448, 51/2, 59. maddelerinin uygulanması gerektiği yönündeki Özel Daire kararı yerindedir.” **Yargıtay CGK’nın** 4.2.1997 tarih, 1996/1-300 E., 1997/4 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 22.08.2016.

Araçların yetersizliği veya yanlış kullanılması gibi bir sebepten kaynaklanan veya bunlardan kaynaklanmamakla birlikte failin amaçladığı hedefin yanı sıra veya amaçladığından başka bir hedefin gerçekleşmesi şeklinde tanımlanan⁶⁸⁶ hedefte sapma halinde, haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Hedefte sapma kısaca failin mağdura yönelik hedeflediği suçun mağdur dışında bir kimseye veya mağdurla birlikte bir başkasına karşı işlenmesidir. Yani, iradenin oluşum sürecinden ziyade gerçekleştirilmesi aşamasında meydana gelen ve suçun işlenmesine etki eden hata halidir.⁶⁸⁷ Hedefte sapma, şahısta hata halinden farklıdır. Şahısta hata halinde fail, suçun pasif süjesi yani mağdurun kimliği hakkında yanılmakta ve işlemeyi kastettiği kişiden başkasına karşı suç işlemektedir ve bu nedenle failin hareketinin konusu tektir. Hedefte sapma halinde ise suç failinin icrası esnasında hata meydana gelir ve suç hedeflenen mağdur dışında başka mağdur üzerinde gerçekleşir,⁶⁸⁸ dolayısıyla hareketin birden fazla konusu bulunur.⁶⁸⁹

Haksız tahrik altında suçun işlenmesi sırasında, sapma neticesinde suçun failin hedeflediği kimseden başkasına veya hedeflediği kimseyle birlikte üçüncü bir kişiye de zarar vermesi halinde failin sorumluluğunun belirlenmesi hususunda tartışmalar yaşanmıştır. Bir görüşe göre, hedefte sapma halinde, bir yanlış söz konusu olmadığından ve bu konu içtimaya ilişkin bir mesele olduğundan, failin haksız fiili gerçekleştiren kişi dışında, üçüncü bir kimseye karşı işlediği suç açısından haksız

⁶⁸⁶ **ÖZAR**, Süleyman, “*Türk Ceza Hukukunda Sapma*”, TBBD, S. 66, 2006, s. 226.

⁶⁸⁷ YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 294.

⁶⁸⁸ GÜNGÖR, s. 93.

⁶⁸⁹ ÖNDER, s. 332.

tahrik uygulanamaz.⁶⁹⁰ Diğer görüşe göre, burada failin hedef aldığı kişi dışında bir başka kişinin de zarar göreceğini öngörüp öngörmemesine bakılacaktır. Eğer fail mağdur dışında bir kimsenin zarar göreceğini öngörmüşse failin, mağdura karşı doğrudan kastı, yanındaki kişiye karşı ise, olası kastı vardır. İşlenen suç kasten öldürme, yaralama, işkence ve yağma dışında bir suçsa burada suçların içtimaı söz konusu olacak; ancak işlenen suç m. 43'te sayılan suçlardan biriye, bu durumda mağdur açısından haksız tahrik söz konusuyken, olası kastla işlenen suç açısından haksız tahrik uygulanmayacaktır. Failin mağdur dışındaki kimselerin zarar göreceği hususunda taksiri varsa, içtima hükümleri gereğince, cezası ağır olan suç açısından haksız tahrik indirimi yapılacaktır.⁶⁹¹ Yargıtay, genel olarak, sapma halinde haksız tahrikin uygulanabileceği kanaatindedir.⁶⁹²

⁶⁹⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 517.

⁶⁹¹ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 54.

⁶⁹² “İlk atışlarıyla maktuleyi vuran sanık, ona yönelik atışlarına devam ederken araya giren ve kendine mani olmak isteyen maktülü gördüğü ve ona da isabetin öngörülebilir olduğu bir ahvalde maktülü sakınmadan, onu bertaraf etmeye özenmeden, maktuleye yönelik atışlarını sürdürmesi ve bu sırada vaki kayma-sekme-saptırma gibi herhangi arıza nedeni ile maktülün de vurulmasını gerçekleştirdiği anlaşıldığından; maktülün ölümünden dolayı TCK.nun 52. maddesi delaletiyle 448, 51/2, 59. maddelerinin uygulanması gerektiği yönündeki Özel Daire kararı yerindedir.” **Yargıtay CGK’nın** 4.2.1997 tarih, 1996/1-300 E., 1997/4 K. sayılı kararı. “Sanığın küçük kardeşini döven bir çocuğa attığı taşın mağdureye geldiğini savunması ve mağdurenin hedefte yanlış sonucu yaralandığının kabul edilmesi halinde, TCK. m. 52 uyarınca sanık yararına haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerekir.” **Yargıtay 4. CD’nin** 28.2.2000 tarih, 2000/1097 E., 2000/1523 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 02.09.2016.

3. Tahrik Fiilinin Birden Fazla Kişi Tarafından İşlenmesi veya Failin Tepki Suçuyla Birden Fazla Kişiyi Ait Menfaate Zarar Vermesi İhtimalleri

Failin haksız bir fiil neticesinde tahrik etkisinde kalarak işlediği suçun birden fazla kişinin sahip olduğu menfaate zarar vermesi durumunda hâkimin nasıl bir değerlendirme yapması gerektiği sorunu ortaya çıkmıştır. Böyle bir durumda hâkim, haksız tahrikin var olup olmadığını her bir suç için ayrı ayrı değerlendirecektir.⁶⁹³ Söz gelimi, Ali, Ahmet ve Veysel'in müştereken malik olduğu bir evin kiracısı olan Selim'in Ahmet'le tartıştığı sırada Ahmet'in kendisine hakaret etmesine sinirlenerek evdeki bütün kapı ve pencereleri kırması ve duvarlara zarar vermesi olayında, her üç malik açısından da mala zarar verme suçu işlenmiştir. Ancak bu maliklerden sadece Ahmet tahrik fiilinde bulunduğu için haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı meselesi ortaya çıkacaktır. Bu örnekte birden fazla kişi suçtan zarar görmesine rağmen, işlenen suçun tek olması sebebiyle haksız tahrik hükmü uygulanacaktır. Zira, Selim'in suç işlediği esnada içinde bulunduğu psikolojik durum onun suçtan zarar gören kimseler açısından ayırım yapmasına müsaade etmemektedir. Fakat örneği değiştirsek; Ali, Ahmet ve Veysel'in kiracısı olan Selim, Ahmet'le tartıştığı sırada Ahmet'in kendisine hakaret etmesine sinirlenerek Ahmet'in yanında Ali ve Veysel'i silahla ateş ederek öldürmesi olayında birden fazla adam öldürme suçu ve tek bir tahrik eden vardır. Bu durumda Selim, Ahmet'e karşı işlediği suç açısından haksız hükümlerinden yararlanırken, Ali ve Veysel açısından tahrik fiiliyle işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmadığından haksız tahrik hükümlerini uygulanma

⁶⁹³ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 71.

olanağı yoktur.⁶⁹⁴ Tahrik fiilinin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, fail, tahrik fiilini gerçekleştiren kişilerin hepsine karşı tepki suçu işlerse haksız tahrik hükümlerinden faydalanacaktır. Ancak fail, tepki suçunu tahrik fiilini gerçekleştiren kişilerden hepsine karşı değil, yalnız birine karşı işlerse, bu durumda kendisine karşı tepki suçunu işleyen kişinin fiilinin diğer kişilere oranla ağır ya da hafif olmasına bakılmaz. Failin içinde bulunduğu psikolojik durum böyle bir muhakeme yapmasına izin vermez. Ayrıca, burada kendisine karşı suç işlenen kişi, hafif de olsa bir tahrik fiilinin faili olduğundan “*masum*” olarak addedilemeyeceğinden nedensellik bağı kurulur ve haksız tahrik hükümleri uygulanabilir.⁶⁹⁵

C. TEPKİ FİİLİNİN ZAMANI

TCK düzenlemesinde, haksız tahrik altında işlenen tepki fiilinin, ne zaman gerçekleştirileceği hususunda bir açıklamaya ya da bu hususta bir sınırlamaya yer verilmemiştir.⁶⁹⁶ Bunun yerine kanun koyucu tepki fiilinin “*hiddet veya şiddetli elem etkisi*” altında işlenmesi gerektiğini belirterek hâkime somut olayın özelliklerine uygun karar verme imkânı tanımıştır. Nitekim kanunda tepki suçuna ilişkin herhangi bir zaman sınırlaması öngörülmemiş olması kurumun sübjektif esasına da uymaktadır.⁶⁹⁷ Kanunda hiddet veya şiddetli elem halinin fail üzerindeki etkisinin bir

⁶⁹⁴ Benzer bir örnek olay için bkz. ÇAM, s. 59.

⁶⁹⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 599.

⁶⁹⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 599; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 72; AÇIKGÖZ, s. 93; EKER KAZANCI, s. 1336.

⁶⁹⁷ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 43.

müddet devam edebileceği kabul edildiğinden⁶⁹⁸ failin tepki suçunu tahrik fiilinin hemen ardından işlenmesi gibi bir anlam çıkarılamayacaktır.⁶⁹⁹

Öğretide kanuni düzenlemeye ilişkin olarak, meşru savunma halinin düzenlendiği TCK'nun 25. maddesinde haksız saldırının “*derhal*” defedilmesi gerekliliğinden bahsedilmesine karşın, haksız tahrik hükmünün düzenlendiği 29. maddede “*derhal*” veya buna benzer bir ifadeye yer verilmemiş olması, kanun koyucunun böyle bir açıklamaya ihtiyaç duymadığı şeklinde yorumlanmış ve haksız tahrik kurumunun niteliği gereği, zaman unsurunun 29. madde kapsamında çıkarılması gereken bir unsur olduğu kabul edilmiştir.⁷⁰⁰ Bu doğrultuda, tepki fiilinin haksız tahrik neticesinde meydana gelen “*buhran*” hali devam ettiği sürece haksız tahrik hükmünün uygulanabileceği savunulmuştur.⁷⁰¹ Zira psikolojik bir esasa sahip olan haksız tahrik kurumu, tahrik fiilinin kişiye göre değişen, sübjektif bir etki doğurması nedeniyle bu etkinin süresi konusunda deyim yerindeyse kronometreyle ölçüm yapar gibi tepki zamanının sınırlanması, kurumun bu esasıyla bağdaşmayacaktır.⁷⁰² Sonuç olarak haksız tahrik kurumunun psikolojik esası incelenirken de ifade edildiği üzere, burada, aradan zaman geçmiş olsa bile, failin suçu işlediği anda haksız fiil nedeniyle hiddet veya şiddetli elem etkisinde olup olmadığı

⁶⁹⁸ TOROSLU, Genel Kısım, s. 266.

⁶⁹⁹ AYIK, s. 94.

⁷⁰⁰ EREM, Haksız Tahrik, s. 644; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 518; AÇIKGÖZ, s. 93.

⁷⁰¹ AKTAŞ, s. 117; ABBAN, s. 69.

⁷⁰² DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 43; EREM /DANIŞMAN/ARTUK, s. 600; DEMİR, s. 48.

diğer bir ifadeyle, tahrik fiilinin sürekliliğini ve güncelliğini koruyup korumadığı meselesi önem taşımaktadır.⁷⁰³

Tahrik nedeniyle failin iradesinin yoğunluğu konusunda bir derecelendirme yapılmaksızın “bir etki” meydana gelmiş olması arandığından tahrik fiilinin ardından uzunca bir zaman geçmiş olsa da, suçun işlendiği anda failin iradesinde meydana gelen öfke veya üzüntü hali etkisini devam ettirdiği sürece m. 29’un uygulanması mümkündür.⁷⁰⁴ Dolayısıyla, failin iradesinde meydana gelen bu etki haksız fiil yapıldıktan hemen sonra doğabileceği gibi, aradan zaman geçtikten sonra ortaya çıkması durumunda da tahrik hükmünün uygulanması mümkün olacaktır.⁷⁰⁵ Yine aynı

⁷⁰³ ÇAM, s. 60. “Sanığın, yaraladığı İsmail’in 7 - 8 yıl önce cinsel tacizine uğradığı biçimindeki savunması, tüm verilerle birlikte değerlendirilerek cinsel taciz olayı saptanırsa aradan uzun süre geçse bile nedensellik bağı tartışılarak ‘kışkırtma’ konusu değerlendirilmelidir.” **Yargıtay 4. CD’nin** 23. 10. 1997 tarih, 1997/8526 E., 1997/8805 K. sayılı kararı. Bkz. AYDIN, Haksız Tahrik, s. 72

⁷⁰⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 306; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 428. Yargıtay’ın konuya ilişkin pek çok kararında zaman unsurunun geniş yorumlanacağı belirtilmiştir: “Haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olmasının zorunlu olmadığı da gözetilerek, Çaycuma Asliye Ceza Mahkemesinin 1989/43-185 sayılı dosyasının da getirtilip incelenmesi, haksız davranışın, bu davranışını doğurduğu acı ve öfkenin bu acı ve öfkeyle suçun işlenmesi arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığının saptanması, bunların bulunduğu sonucuna ulaşıldığı takdirde haksız davranışın ağırlığına ve sanığın gösterdiği tepkinin derecesine göre, haksız tahrikin hafif ya da ağır acı olduğunun takdiri gerekirken, eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle hafif tahrik hükmünün uygulanması...” **Yargıtay 1. CD’nin** 17.8.1993 tarih, 1993/1129 E., 1993/1533 K. sayılı kararı. “Sanık ölenin haksız davranışlarının etkisi altında suçu işlediğinden, aradan zaman geçmiş olması tahrik hükmünün uygulanmasını engellemez.” **Yargıtay CGK’nın** 17.10.1988 tarih, 1988/1-318 E., 1988/371 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 13.07.2016.

⁷⁰⁵ YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 317. “Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için yasada bir zaman sınırlaması mevcut değildir. tahriki teşkil eden fiilin faili bu suç nedeniyle mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa bile; bu haksız fiilin öfke ve şiddetli elem etkisi altında bulunan ve bu ruhi durumun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.” **Yargıtay CGK’nın** 01.11.1993 tarih, 1993/1-261 E., 1993/286 K. sayılı kararı. Bkz. DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 427. “Aradan uzun zaman geçmesi, taraflar arasında önceden vuku bulan olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp, cezanın infaz edilmesi ya da eylemin bir suçu oluşturmaması nedeniyle kişinin beraat etmesi, dava veya cezanın aflat ortadan kalkması, tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” **Yargıtay CGK’nın** 10.06.2003 tarih, 2003/1-43 E., 2003/183 K. sayılı kararı.

şekilde, haksız fiilden kaynaklanan öfke veya üzüntü başlangıçta güçlü olup daha sonra zayıflayabileceği gibi, başlangıçta zayıf bir etkiyken daha sonra güçlenebilir⁷⁰⁶ ve hatta fail sakinleştikten sonra olayı hatırlayarak tekrar öfke veya şiddetli üzüntü hissedebilir.⁷⁰⁷ Bu durumun bir sonucu olarak, haksız fiilin meydana getirdiği etki süresince tahrik eden kimseyle failin normal ilişkiler kurmamış olması şartıyla tepki fiili işlenebilecektir.⁷⁰⁸ Tepkinin zamanı konusunda kullanılabilecek yegane ölçüt, öğretide ileri sürülen ve Yargıtay’ca pek fazla uygulanmayan tepki fiilinin failin iradesinde meydana gelen “*ruhi sarsıntı sona ermeden ve faile sükûnet gelmeden*” gerçekleştirilmesi ölçütüdür.⁷⁰⁹

Tepki süresinin belirlenmesinde failin psikolojisinin yanında tahriki oluşturan haksız fiilin işleniş şekli ve failde meydana getirdiği zarar türü de önem taşımaktadır.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2003-1-143.htm&kw=`2003/183`#fm>, E.T. 17. 07. 2016.

⁷⁰⁶ SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 483.

⁷⁰⁷ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 73.

⁷⁰⁸ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 434.

⁷⁰⁹ TANER, s. 446. Yargıtay, kararlarında genel olarak zaman unsurunu geniş yorumlamaya çalışırken failin “*hiddet veya şiddetli elem etkisi*” altında olup olmadığını araştırmayı göz ardı etmekte ve deyim yerindeyse haksız tahrik kurumunu, mağdurdan kaynaklanan herhangi bir haksız fiil bulunan olaylarda otomatikman uygulama yoluna gitmektedir. Söz konusu kararların birkaçı şöyledir; “*Maktulün olaydan 4-5 sene önce sanıkların evine girip, sanık İsmail’in eşi ve Sanık Hayri’nin annesi olan evin kadınının yatak odasına girmek istediği ve sanıkların da bu olayın etkisiyle yükletilen suçu işledikleri saptandığına göre, haklarında TCK 51/1. maddesinin uygulanması gerekir.*” **Yargıtay CGK’nın** 09.12.1991 tarih, 1991/1-316 E., 1991/346 K. sayılı kararı. “*Sanığın annesinin başkasıyla ilişkisi olduğu yolundaki 6 sene kadar önce çıkan ve yayılan dedikodunun mağdurdan kaynaklandığına dair sanık ve yakınlarında kanaat oluştuğuna, mağdurun geçen zaman zarfında bu söylentiye kendisinin çıkarmadığı hususunda herhangi bir girişimde bulunmaması sebebiyle... TCK.nun 51/1. maddesi ile indirimine tabi tutulması gerektiği*” **Yargıtay 1. CD’nin** 12.12.2003 tarih, 2003/1113 E., 2003/3125 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 148.

Konuya ilişkin olarak, failde kalıcı iz bırakan ya da bir yakını kaybetmesi gibi durumlarda haksız fiilin güncelliğini koruduğu kabul edilebilmektedir.⁷¹⁰

Somut olayda failin haksız tahrik altında suçu işlediğini kabul edebilmek için hakim, yapılan haksız fiilin niteliğine bakarak bunun makul-sıradan bir insanı ne kadar süreyle tahrik edeceğini belirlemelidir.⁷¹¹ Sadece belli bir sürenin geçmiş olması yeterli bir ölçüt değildir.⁷¹² Tarafları yüz yüze dinleyen ve onların psikolojik yapıları hakkında fikir sahibi olan hakim, her insanın farklı psikolojik yapıya sahip olduğunu da dikkate alarak failin işlediği suçta haksız tahrikin koşullarının bulunup bulunmadığını araştıracaktır.⁷¹³ Ancak hakim, failin taraflar arasında vuku bulan eski bir hadiseyi bahane ederek tahrik indiriminden faydalanmaya çalışmasını önlemek için, tepki fiilinin makul bir süre içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini araştırmak durumundadır.⁷¹⁴ Bunun için de taraflar arasında suç işlenmeden önce ve suç işlendiği sırada mevcut olan ilişkiler değerlendirilerek tahrikin etkisinin devam

⁷¹⁰ “Katılan mağdurun 1991 yılında sanığa bardakla vurması sonucu sanığın yüzünde sabit iz oluştuğu, mahkemenin yargılama sırasında gözlemine göre de bu izin halen belirgin bir şekilde devam ettiği, yıllarca bu izin psikolojik baskısını hisseden sanığın, bu olaydan duymuş olduğu elemle.... Atılı suçu işlediği anlaşılan sanık hakkında... haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekirken, aradan uzun süre geçmiş olması biçimindeki yasal olmayan yetersiz gerekçeyle, yasal indirim hükmünün uygulanmayacağına karar verilmesi” **Yargıtay 1. CD’nin** 20.12.2006 tarih, 2005/9078 E., 2006/9492 K. sayılı kararı.

⁷¹¹ “Anglo - Sakson Hukuk Sisteminde, ise tahrik halinde tepki suçunun derhal işlenmiş olması yani failin kontrolünü yitirmiş olması gerekmektedir. Tahrik fiili ile tepki suçu arasında geçen zaman diliminde faildeki duygunun intikama dönüşeceği ve failin öç alma kastı ile hareket edeceği düşünülmüştür.” Aktaran; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 72.

⁷¹² DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 434; ABBAN, s. 71; AÇIKGÖZ, s. 93.

⁷¹³ KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 50.

⁷¹⁴ DEMREN DÖNMEZ, s. 283.

edip etmediği araştırılmalıdır.⁷¹⁵ Öğretide, failin içinde bulunduğu heyecan durumunun kanunun aradığı şartları taşımasının yanında, ahlaken de kabul edilebilir olması gerektiği belirtilerek, bu durumun failin alıngan biri olması, saldırganlığı veya sahip olduğu başka bir psikolojik bozukluktan kaynaklanmaması gerektiği ileri sürülerek, hakimın sayılan durumlar için dikkatli olması gerektiği belirtilmiştir.⁷¹⁶

Tahrik fiiliyle tepki fiili arasında geçen zamanın uzunluğu, failin cezasının belirlenmesi sırasında göz önüne alınacak ve indirimin azami veya asgari oranda olması konusunda rol oynayacaktır.⁷¹⁷ Ayrıca, failde meydana gelen heyecan hali zamanla ters orantılı olduğundan aradan geçen zamanın çok uzun olması, failin iradesinde meydana gelen psikolojik sarsıntıyı ortadan kaldırabileceğinden hakimın konuya ilişkin dikkatli olması gerekmektedir.⁷¹⁸

VI. TAHRİK FİİLİYLE İŞLENEN SUÇ ARASINDA NEDENSELLİK BAĞI VE ORAN SORUNU

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer koşul, mevcudiyeti “*somut kanıtlarla*” ispat edilen haksız fiilin, failin iradesinde öfke veya

⁷¹⁵ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 214.

⁷¹⁶ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 43.

⁷¹⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 214.

⁷¹⁸ ZAFER, Genel Hükümler, s. 330.

üzüntünü meydana getirmesi ve failin bu heyecan nedeniyle tepki fiilini işlemesidir.⁷¹⁹ Dolayısıyla, mağdurun haksız fiili gerçekleştirmiş olması veya failde öfke veya şiddetli üzüntü meydana gelmesi tek başına haksız tahrik hükmünün uygulanması için yeterli görülmemiş,⁷²⁰ TCK m. 29’da tepki suçunun “ *haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem etkisinde işlenmesi*” gerektiği şartı düzenlenerek gerçekleştirilen haksız fiille failin yaşadığı psikolojik bunalım ve işlenen tepki suçu arasında nedensellik bağı aranmıştır.⁷²¹ Haksız tahrikin maddi unsurlarını kaynaştıran bu şartın, haksız tahrik kurumunun hukuken en önemli şartı olduğu söylenebilir.⁷²²

Haksız tahrikin failin kusurluluğunu azaltan sebep sayılma nedeni, mağdurun haksız fiiliyle tepki suçu arasındaki nedensellik bağının varlığı dolayısıyladır; çünkü fail haksız tahrikin iradesinde meydana getirdiği sarsıntı nedeniyle suç işlemektedir.⁷²³ Somut olayda hem tahrik oluşturan haksız fiilin, failde hiddet veya şiddetli üzüntü meydana getirmesi hem de suçun bu etki devam ederken işlenmiş olması gerektiğinden, fiilin haksızlığı hiddet veya üzüntü karinesi olarak kabul edilmemelidir.⁷²⁴ Bu bakımdan, somut olayda nedensellik bağının mevcut olup

⁷¹⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 558.

⁷²⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 849.

⁷²¹ ZAFER, Genel Hükümler, s. 330; BAŞAR, Haksız Tahrik, s. 263.

⁷²² Haksız tahrik altında işlenen taksirli suçlar bakımından bu şart aranmaz. Diğer bir anlatımla haksız tahrik neticesinde işlenen taksirli suçlarda tahrik fiiliyle tepki arasındaki nedensellik bağı, kasıtlı suçlarda olduğu gibi doğrudan mevcut değildir. Ancak taksirli suç faili, haksız fiil neticesinde hiddet veya şiddetli elem etkisinde kalarak tedbirsiz veya dikkatsiz davranarak suç işlemesi durumunda dolaylı bir illiyet bağından söz edilebilir. ABBAN, s. 72.

⁷²³ TANER, s. 446; ÇAĞLAYAN, s. 15; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 849; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 428.

⁷²⁴ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 296.

olmadığı araştırılırken işlenen suçun, haksız fiilin oluşturduğu öfke ve üzüntünün sonucu olup olmadığı tespit edilmeli, kısaca “*haksız fiil olmasaydı suç da işlenmeyecekti*” denilebiliyorsa nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmelidir.⁷²⁵

Fakat faili suç işlemeye iten bu heyecan durumu, mağdurun haksız fiilinden değil başka bir nedenden kaynaklanıyorsa,⁷²⁶ fail söz konusu suçu işlemeye daha önceden karar vermişse (eski bir husumet, kin veya intikam gibi nedenlerle)⁷²⁷ veya haksız fiilin neden olduğu hiddet veya elem etkisini yitirmişse bu durumda haksız tahrik uygulamasından söz edilemez.⁷²⁸ Zira nedensellik bağı kurulurken olaylar arasındaki sebep-sonuç ilişkisi dikkate alınmak zorundadır.⁷²⁹

Yine mağdurdan kaynaklanan fiil haksız olmakla birlikte normal ve makul üçüncü bir kişiyi hiddet veya üzüntü etkisinde bırakacak boyutta değilse, söz gelimi failin fazla alıngan veya hassas olması gibi bir nedenle böyle bir etki altında kalmışsa bu durumda da haksız tahrikten bahsedilemez.⁷³⁰ Tahrik değerlendirmesi failin subjektif durumuna göre değil, fiilin normal bir kimsede böyle bir etki meydana

⁷²⁵ BARDAK, s. 46; DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 45; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 424.

⁷²⁶ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 434; YAVUZ, s. 450; TUTUMLU, s. 33; İZMİR, s. 43.

⁷²⁷ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 45; EKER KAZANCI, s. 1335; KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 44.

⁷²⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 308; KANGAL, s. 47; MALKOÇ, s. 373; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 457.

⁷²⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 216.

⁷³⁰ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 435.

getirecek boyutta olup olmamasına göre yapılır.⁷³¹ Bu nedenle esasında haksız fiilden değil failin özel durumundan kaynaklanan heyecan durumuna değer tanımak ve bu durum dolayısıyla işlenen suça “*hoşgörüyle bakmak*” ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.⁷³² Ancak her olayda makul üçüncü şahsın tepkisinin esas alınması tek başına yeterli değildir; söz gelimi, haksız fiili gerçekleştiren kişinin, failin hassas ve duygulu oluşu hakkında bilgi sahibi olmasına rağmen yine de haksız fiili gerçekleştirmişse, bu durumda haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün olacaktır.⁷³³

Somut olayda hakim, tepki suçunun mağdurun gerçekleştirdiği haksız fiilin meydana getirdiği öfke veya üzüntü sebebiyle işlendiğini açık bir şekilde ortaya koymalıdır. Ancak tahrik fiiliyle tepki fiili arasında geçen zamanın uzun olması ya da tahrik fiilinin failin kişilik veya malvarlığı hakları dışında bir hak ya da menfaatine yönelmiş olması durumunda tepki suçuyla tahrik fiili arasındaki nedensellik bağının tespiti pek kolay olmayacaktır.⁷³⁴ Söz gelimi kimyasal atıklarını çevrede bulunan bir dereye boşaltan fabrikanın sahibine o dere yakınında yaşayan bir kimsenin hakaret suçu işlemesi durumunda tahrik olayı ile tepki suçu arasında nedensellik bağının tespiti, kızına cinsel saldırıda bulunan kimseyi yaralayan annenin olayındaki neden-sonuç ilişkisinin tespitinden daha zordur.

⁷³¹ AÇIKGÖZ, s. 83.

⁷³² DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 435; AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 238.

⁷³³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 849.

⁷³⁴ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 216.

B. TAHRİK FİİLİ İLE TEPKİ SUÇU ARASINDA ORAN BULUNMASI GEREKİP GEREKMEDİĞİ SORUNU

TCK m. 29’da mağdurun işlediği haksız tahrik fiiliyle bu fiile tepki olarak işlenen suç arasında bir oran aranması gerektiği hususunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak gerek önceki kanun döneminde, gerekse günümüzde işlenen suçla buna sebep olan tahrik fiili arasında bir oran aranıp aranmaması konusunda süregelen tartışmalar vardır.

Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe göre, kanunda konuya ilişkin açık bir ifade bulunmamasına rağmen, işlenen suçla tahrik fiili arasında bir oran bulunması gerekir.⁷³⁵ Bu durum kanunda açıkça düzenlenmese de tahrik kurumunun bünyesinde zımnen mevcuttur.⁷³⁶ Zira her nedensellik bağı, bir oranın/ölçünün varlığını gerekli kılar.⁷³⁷ Ancak tahrik fiiliyle işlenen suç arasında bir oranın gerekliliği, işlenen suçla haksız fiilden daha ağır olmaması anlamını taşımaz.⁷³⁸ Burada, işlenen suç tahrik fiilinin niteliği ve şiddetiyle orantılı değilse, yani suç, tahrik fiilinden açık ve kesin olarak ağır ve ölçüsüz ise,⁷³⁹ bu durumda nedensellik bağının yokluğu nedeniyle

⁷³⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 600; GÜRELLİ, s. 337; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 424; METİNER/KOÇ, s. 718.

⁷³⁶ EREM, TCK Şerhi, s. 428.

⁷³⁷ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 437; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 519; METİNER /KOÇ, s. 719.

⁷³⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 424.

⁷³⁹ HAKERİ, Genel Hükümler, s. 420.

haksız tahrikin varlığından⁷⁴⁰ bahsedilemez.⁷⁴¹ Böyle bir durumda mağdurun gerçekleştirdiği tahrik fiili suçun işlenmesinde ancak bir “vesile” olarak kabul edilebilecektir.⁷⁴²

Haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için tahrik fiili ile suç arasında oran bulunması gerekmediği görüşünü savunan yazarlara göre; haksız fiil neticesinde meydana gelen tahrik haliyle tepki suç arasında bir oran aramak, kurumun özüne aykırıdır.⁷⁴³ Haksız fiil, failde deyim yerindeyse “bardağı taşıran son damla veya barut fıçısına düşen bir kıvılcım” gibidir.⁷⁴⁴ Bu yüzden fail, haksız fiil neticesinde oluşan heyecanın etkisi altında bir suç işlemişse, işlenen suç ne olursa olsun failin psikolojik durumu esas alınacak ve işlenen suçun ağır veya hafif olmasına bakılmaksızın cezadan indirim yapılabilecektir.⁷⁴⁵ Haksız tahrike ilişkin böyle bir sınır getirilememesinin nedeni, her bireyin kendine özgü bir psikolojik bir yapıya sahip

⁷⁴⁰ Bu görüşü benimseyen yazarlar, Yargıtay’ın verdiği eski tarihli bir kararını sıkça örnek olarak göstermektedirler. Söz konusu karar şöyledir: “*Irza geçme suçları şehvi kasıtlı ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardandır. Olayda kendi bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdur (E) ’yi yakalayan sanığın boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiği kabul edilir. Mağdurun bahçeden kayısı çalması sanık lehine haksız tahrik olarak nitelendirilmiş ve (tahrik hükmüyle) cezadan indirme yapıldığı görülmüştür. Kanun maddesindeki yazılış ve yukarda yapılan açıklama ışığı altında mağdur (E) ’nin sanığın zararına haksız tahrik sayılan eylemi ile işlenen suç karşılaştırılırsa bu ikisi arasında ne nitelikleri bakımından bir bağlantı, ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır...*” **Yargıtay 5. CD’nin** 24.01.1979 tarih, 1979/51 E., 1979/84 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 136.

⁷⁴¹ GÜRELLİ, s. 337; ARTUK /GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 519.

⁷⁴² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 600.

⁷⁴³ ABBAN, s. 75.

⁷⁴⁴ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 428.

⁷⁴⁵ ÖNDER, s. 349; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 426.

olması ve bunun neticesinde de haksız fiile nasıl tepki vereceğinin önceden kestirilememesidir.⁷⁴⁶ Yani eski bir Roma özdeyişinde belirtildiği gibi; “*saldırıya uğrayanın elinde terazi yoktur*” ki haksız fiilin ağırlığını ölçüp ona göre bir tepki suçu işlesin.⁷⁴⁷

Diğer yandan haksız tahrik kurumunun kanunda yer alma amacı, haksız saldırıyla buna karşı gösterilen tepki arasında denge kurmak değil, failin içinde bulunduğu sübjektif duruma hukuki bir değer tanıyarak cezasının yasal koşullar çerçevesinde indirilmesini sağlamaktır.⁷⁴⁸ Ayrıca böyle bir oranın varlığı şart koşulursa, yaşam hakkıyla malvarlığı hakları veya kişilik hakları arasında bir denge gözetmek mümkün olmadığından⁷⁴⁹ söz gelimi kendisine hakaret eden kimseyi öldüren fail açısından haksız tahrik indiriminin uygulanması mümkün olmayacaktır.⁷⁵⁰ Bu nedenle işlenen suçla buna sebep teşkil eden tahrik fiili arasındaki ağırlık farkı cezanın belirlenmesine ilişkin bir husus olduğundan haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.⁷⁵¹ Ancak bir görüşe göre, her ne kadar tahrik fiiliyle tepki suçu arasında bir oranın varlığı gerekme de, bu iki fiil arasında nitelik bakımından uyum olmalıdır.⁷⁵² Diğer bir anlatımla, haksız fiille işlenen suçun yapısı

⁷⁴⁶ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 74.

⁷⁴⁷ TUTUMLU, s. 33.

⁷⁴⁸ YALÇIN SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 317; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 75.

⁷⁴⁹ ERCAN, s. 260.

⁷⁵⁰ TOROSLU, Genel Kısım, s. 266.

⁷⁵¹ ABBAN, s. 75.

⁷⁵² ZAFER, Genel Hükümler, s. 330.

ve niteliğinin birbirine uygun olması gerekir.⁷⁵³ Söz gelimi kendisine nitelikli cinsel saldırıda bulunan kişiye aynı fiille karşılık veren yani haksız fiil failine bu fiil nedeniyle, nitelikli cinsel saldırıda bulunan failin haksız tahrik hükmünden yararlanması mümkündür, zira haksız fiille tepki fiili arasında nedensellik ilişkisi kurulabilmektedir. Tepki fiili, haksız fiilin meydana getirdiği öfke veya üzüntüyü bastırarak boyutta olması gerektiğinden, bu duygular dışında cinsel arzu, intikam gibi başka bir duygunun tatmini için suç işlenmesi halinde haksız tahrikten bahsedilemeyecektir.⁷⁵⁴

Sonuç olarak, haksız tahrikin varlığı açısından önem taşıyan konu, failin haksız bir fiille karşılaşması sonucu, iradesinde öfke veya üzüntü durumunun meydana gelmesi ve bunun sonucunda da bir tepki suçu işlemiş olmasıdır. Eğer somut olayda bu şartlar sağlanıyorsa, artık konuya ilişkin herhangi bir oranın varlığını araştırmaya gerek yoktur.⁷⁵⁵ Bu nedenle, tahrik fiili ile tepki suçu arasında oran bulunması gerekip gerekmediği konusunda yürütülen tartışma esasında tepki fiilinde sınırın aşılması ve bu tepki fiilinin başlı başına bir tahrik fiili haline gelmesi hususuna ilişkindir.

⁷⁵³ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 50.

⁷⁵⁴ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 239, 240; EKER KAZANCI, s. 1337.

⁷⁵⁵ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 427.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI, HAKSIZ TAHRİK KURUMUNUN SUÇ GENEL TEORİSİNİN BAZI KAVRAMLARIYLA VE SUÇ TİPLERİYLE İLİŞKİSİ VE ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

I. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NA GÖRE HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI

A. GENEL OLARAK

Gerek öğreti gerekse Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere, haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için, bu hükmün sanık veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmez.⁷⁵⁶ Haksız tahrik, genel ve kanuni bir indirim sebebi olduğundan, somut olayda hâkim bu hükmü yargılamanın her aşamasında resen göz önüne alacaktır. Ayrıca, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, aksi sabit olmadığı durumlarda, sanığın savunmasına itibar edilerek ve somut olayda suçu haksız tahrik

⁷⁵⁶ “Ceza yargılamasının amacı, isnada konu maddi gerçeği araştırarak sanığın suçlu olup olmadığını saptamak, suçlu ise uygun yasa normlarına göre cezalandırmak, masum ise beraat ettirmektir. Bu bakımdan, sanığın esasen savunma yapmama hakkına sahip olduğu da dikkate alınarak, suçlamayı inkarla yetinip haksız tahrik keyfiyetini ileri sürmese dahi, bu husus yargılamada ortaya konulan kanıtlarla kesin biçimde saptandığı takdirde, ortaya çıkan maddi gerçeğe itibar edilmeli ve fail haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmalıdır.” **Yargıtay CGK’nın** 10.6.2003 tarih, 2003/1-143 E., 2003/183 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2003-1-143.htm&kw=`2003/183`+`#fm>, E. T. 13.08.2016.

altında işlediğinden hareketle, failin cezasından indirim yapılacağı konusunda Yargıtay kararlarında içtihat birliği vardır.⁷⁵⁷

B. SOMUT CEZANIN BELİRLENMESİ VE TAHRİKİN DERECESİNDE HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN BULUNUP BULUNMADIĞI

1. Somut Cezanın Belirlenmesi

Çağdaş ceza hukukunun gereklerinden biri olarak, failin kişiliği, suç işlediği anda içinde bulunduğu psikolojik durum ve onu suç işlemeye iten sebeplerin failin kusurluluğunu etkilediğinden bahisle, bu gibi durumlar cezanın belirlenmesinde dikkate alınan hususlardır.⁷⁵⁸ Bu amaçla kanun koyucu, insanın sosyal bir varlık olduğunu ve diğer insanlarla etkileşimde bulunarak hareketlerini bu etkileşimlerin etkisiyle yönlendirdiğini dikkate almış, 5237 sayılı TCK'da “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında m. 29'da haksız tahrik düzenlemesine yer vermiştir. Bu düzenleme neticesinde, haksız tahrik nedeniyle iradesinde meydana

⁷⁵⁷ “...Somut olayda kasten öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin hükümsüzlük bulunmaktadır. Sanık ifadelerinden ve tanık beyanlarından sanığın maktulü kendisine saldırması sebebiyle mi yoksa herhangi bir saldırı olmaksızın mı öldürdüğü konusunda şüphe oluşmuş olup, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince eylemin gerçekleşme şekline dair bu şüphenin sanık lehine yorumlanması zorunludur. Bu nedenle, maktulün diğer sanığın yanında yer alarak kavganın çıkmasında hiçbir kusuru bulunmayan sanığa saldırmış olması, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren haksız bir davranış olup, sanığın maktulden kaynaklanan haksız davranışın oluşturduğu öfkenin etkisi altında kalarak kasten öldürme suçunu işlediğinin, dolayısıyla sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabulü gerekmektedir.” **Yargıtay CGK’nın** 18.12.2012 tarih, 2012/1-1288 E., 2012/1856 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-1-1288.htm&kw=`2012/1856`,`+`#fm>, E. T. 13.08.2016.

⁷⁵⁸ AÇIKGÖZ, s. 170.

gelen hiddet veya şiddetli elem etkisi altında suç işleyen failin cezasından kanunda öngörülen oranlarda indirim yapılması gerekecektir.⁷⁵⁹

Haksız tahrik, failin kusurluluğunu azaltan, kişisel ve kanuni bir indirim sebebidir. Bu nedenle koşulları olduğu takdirde, her suçta ve sadece haksız fiile maruz kalan kişi bakımından, kusurluluğu azaldığı gerekçesiyle uygulanacaktır.⁷⁶⁰ Somut olayda mağdurun gerçekleştirdiği haksız fiil mevcutsa ve bu haksız fiil failin iradesine etki ederek hiddet veya şiddetli elem ortaya çıkarmışsa, Kanun’da öngörülen indirim oranları çerçevesinde failin cezası indirilir.⁷⁶¹

Kanunda failin cezasından yapılacak indirim oranlarının “*cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar*” olduğu belirtildiğinden, hakim somut cezayı belirlerken failin maruz kaldığı tahrikin derecesini göz önüne alır. Kanun, haksız tahrik hükmünde hangi fiillerin tahrik oluşturduğunu belirlemek yerine, bu fiillere ilişkin sadece “*haksızlık*” kriterine ve cezadan yapılacak indirim oranlarına yer vermiştir. 765 sayılı TCK’da tahrikin derecesine ilişkin adi ve ağır tahrik şeklinde ikili bir ayırım benimsenmişken, 5237 sayılı TCK’da böyle bir ayırma yer verilmemiş,⁷⁶² bunun

⁷⁵⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 346. “ ...ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” şeklinde madde metninde haksız tahrik altında işlenen suçlarda failin cezasına uygulanacak indirim oranları düzenlenmiştir.

⁷⁶⁰ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 250.

⁷⁶¹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 249.

⁷⁶² Bu hususa ilişkin m. 29’un gerekçesinde; “ bu düzenlemede ayrıca 765 sayılı TCK’da yer alan adi ve ağır tahrik ayırımı kaldırılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı sağlanması amaçlanmıştır. Hakim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi saptayabilecektir. Ancak bu indirimin yapılabilmesi için haksız fiilin bir hiddet veya şiddetli elem doğurabilecek ağırlıkta olması gerekir. bu nedenle böyle bir etkiyi meydana getirebilecek

yerine tahrik nedeniyle cezadan yapılacak indirim miktarı bakımından alt ve üst sınırlar benimsenerek, bu sınırlara göre tayin edilecek ceza miktarları arasındaki fark açılmıştır.⁷⁶³ Önceki kanundan farklı bir düzenlemeye yer verilmesi bir görüşe göre uygulamadaki keyfilikleri ve tereddütleri ortadan kaldırdığından isabetli bir tercih olarak nitelendirilmişken,⁷⁶⁴ başka bir görüşe göre, bu durum uygulamada adaletsizliklere sebep olacağından, cezanın belirlenmesinde tahrik fiili hafif-ağır şeklinde nitelendirilerek buna göre indirim miktarı tayin edilmelidir.⁷⁶⁵

Hakim, somut cezanın tayininde kanunda belirlenen sınırlar içinde kalmak kaydıyla, failin kişisel durumunu, yaşadığı sosyal çevreyi, olayın oluş şeklini, yeri ve zamanını, gerçekleştirilen haksız fiilin niteliğini, failde meydana gelen heyecan halinin niteliğini ve faille mağdur arasındaki ilişkiyi dikkate alarak failin cezasını belirleyecektir.⁷⁶⁶ Önceki kanun döneminde, tahrik fiili hafif/ağır şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğundan, hafif ve ağır tahrik hallerine ilişkin yapılacak indirim oranları ayrı ayrı düzenlenmekteydi. Bu doğrultuda, uygulamada hakim, önce, mağdurun gerçekleştirdiği fiilin hafif mi yoksa ağır mı tahrik oluşturduğunu tespit ettikten sonra, bu tespite göre indirim miktarını tayin edecekti.⁷⁶⁷ Yürürlükteki kanunda, böyle bir ayırım yapılmadığından, hakim, öncelikle tahrik oluşturan bir fiillin bulunup

ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

⁷⁶³ KANGAL, Haksız Tahrik, s. 62.

⁷⁶⁴ TOROSLU, Genel Kısım, s. 264.

⁷⁶⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 426.

⁷⁶⁶ AÇIKGÖZ, s. 172.

⁷⁶⁷ KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 100.

bulunmadığını araştırarak, tahrikin bulunduğu kanaatine varırsa, failin cezasından yapacağı indirim oranının tespiti için tahrik oluşturan fiilin yoğunluğuna bakacaktır. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, hangi fiillerin ne ölçüde indirim yapılmasını gerektireceği konusunda yerleşmiş içtihat uygulamasının 5237 sayılı TCK dönemi için söz konusu olmadığı ileri sürülse de,⁷⁶⁸ öğretideki haklı bir görüşe göre, haksız tahrik kurumuna ilişkin diğer hususlarda olduğu gibi, somut cezanın tespiti hususunda da 765 sayılı TCK dönemine ait yaklaşık 80 yıllık uygulama, yerleşmiş içtihatlar ve konuya ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği ölçüde, göz önünde bulundurulacak ve cezanın tespitinde bu birikimden faydalanılacaktır.⁷⁶⁹

Hakim, önüne gelen olayda haksız tahrikin varlığını ve tahrik fiilinin yoğunluğunu tespit ettikten sonra, TCK m. 29'da belirlenen oranlar doğrultusunda failin cezasından indirim yapacaktır. Dolayısıyla hakim, tahrik fiilinin yoğunluğuna bakarak, maddede belirtilen alt ve üst sınırlar arasında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla kadar hapis, müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verebileceği gibi bu hallerin dışında verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesine karar verebilecektir. Basit tahrike 1/4, ağır tahrikte 2/3 oranında indirim öngören önceki düzenlemeye

⁷⁶⁸ DURAN, s. 190.

⁷⁶⁹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 250; İÇEL, Genel Hükümler, s. 488.

nazaran, 1/4 ve 3/4 oranlarını öngören 5237 sayılı kanun düzenlemesinin fail lehine olduğu söylenebilir.⁷⁷⁰

Uygulamada cezayı tespit edebilmek için, hakimin bakacağı şey, tahrik fiilinin yoğunluğudur. Zira tahrikin yoğunluğu failin kusurunu ve dolayısıyla da yapılacak indirim miktarını etkiler.⁷⁷¹ Haksız tahrike sebep olan haksız fiilin failde ne ölçüde hiddet veya şiddetli elem meydana getirdiği tespit edilecek, failin cezasından yapılacak indirim oranı bu tespite göre belirlenecektir.⁷⁷² Dolayısıyla, haksız fiilin işleniş şekli ve niteliği açısından failin psikolojisinde öfke, büyük üzüntü gibi bir etki oluşturduğu durumlarda, yapılacak indirim oranı da yukarı haddeden olacaktır.⁷⁷³ Ancak TCK m. 29'un gerekçesinde de belirtildiği üzere haksız tahrik nedeniyle failin cezasından herhangi bir indirimin yapılabilmesi için söz konusu haksız fiilin bir hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerekir.

Tahrikin derecesi ve bu doğrultuda failin cezasında yapılacak indirim oranı belirlenirken hakim, hakkaniyete uygun, mantıklı, ölçülü davranarak; hukukun genel kurallarını, haksız fiili işleyen kişiyi, bu kişinin faille arasındaki ilişkiyi, fiilin işlendiği

⁷⁷⁰ ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 385.

⁷⁷¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 426.

⁷⁷² HAKERİ, Genel Hükümler, s. 410.

⁷⁷³ CENTEL/ZAFER/ ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 426.

yeri, zamanı göz önüne alacak ve bu doğrultuda bir karar verecektir.⁷⁷⁴ Nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir.⁷⁷⁵

Haksız tahrikin kanunda yer alma nedeni, her olayda failin cezasından bir miktar indirim yapıp, daha az ceza vermek değil, haksız bir fiil sonucu insan ruhunda meydana gelen değişimin failin cezasına etkisini göz önüne almak olduğundan, hakim, önüne gelen olayda, haksız tahrikin tüm şartlarının oluşup oluşmadığını titizlikle araştırmak zorundadır.

Yine tahrik fiiline maruz kalan ve tepki fiilini gerçekleştiren kimselerin birden fazla olması durumunda, her fail hakkında aynı oranda indirim yapılacaktır. Ancak, aynı olayda birden fazla haksız tahrik bulunması durumunda bu fiiller birlikte değerlendirilerek üst haddten indirim yapılacaktır.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ BAŞAR, Haksız Tahrik-II, s. 354.

⁷⁷⁵ “Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ile yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik eden ile failin hal ve davranışları nazara alınmalıdır. Haksız ağır tahrikin kabulü için olay sebebinin, sanığın ruh yapısı üzerinde şiddetli bir elem ve büyük bir hiddetle sarsıntıya yol açması gerekir. Eğer haksız fiil; niteliği ve işleniş biçimi itibarıyla önemli boyutlara ulaşmışsa haksız ağır tahrikin kabul edilmesi gerekir.” **Yargıtay CGK’nın** 10.10.1995 tarih, 1995/1-229 E., 1995/ 273 K. sayılı kararı. Yine aynı yönde bir başka karar: “...uyuşmazlık, suç vasfının tayini ile haksız tahrikin derecesine ilişkindir. Somut olayda, mağdur ile sanık arasında yaralama ile sonuçlanan bir kavga çıkmış ve olay emniyete intikal etmiştir. Ertesi gün mağdur, sanığın yoluna çıkarak "neden şikâyetçi oldun" demesi ve vurmaya sanık öldürmeye elverişli bıçağı kullanarak mağduru hayati tehlikeye girecek şekilde yaralamıştır. Darbe sayısı ve darbelerin niteliği, hayati bölgelerin hedef alınması, yaraların yerleri dikkate alındığında sanığın kastı adam öldürmeye tam kalkışmadır. Tahrikin derecesi tayin edilirken, haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, zamanı, yöresel koşullar, sanık üzerinde yarattığı öfke ve elemnin derecesi, tahrik eden ile sanığın durumu nazara alınmalıdır. Haksız hareket, yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa tahrikin ağır ve önemli olduğu kabul edilmelidir. Olayda, ağır tahrik hükümlerinin uygulanması yerindedir...” **Yargıtay CGK’nın** 28.03.2000 tarih, 2000/1-42 E., 2000/53 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> , E. T. 13.08.2016.

⁷⁷⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 427.

Somut cezanın belirlenmesinde haksız tahrik uygulaması, TCK'nın "*Cezanın belirlenmesi*" başlıklı 61. maddesinin 5. fıkrasına göre yapılacaktır. Buna göre, önce temel ceza belirlenecek, ardından daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli haller uygulanacak ve sonrasında sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ve takdiri indirim nedenleri uygulanarak failin cezası belirlenecektir. Faile verilecek ceza belirlenirken, TCK m. 61'e uymamak bozma sebebi sayılmıştır.⁷⁷⁷

2. Tahrikin Derecesini Belirlemede Hakimin Takdir Yetkisi

Haksız tahrik düzenlemesinde ne gibi hallerin tahrik teşkil edeceği ve hangi fiillerin ne ölçüde indirim gerektireceği yer olmadığından, somut olayda haksız tahrikin bulunup bulunmadığını, bulunuyorsa failin cezasından hangi oranda indirim yapılacağını takdir yetkisi, gerekçe göstermek kaydıyla hakime bırakılmıştır.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 248.

⁷⁷⁸ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 423; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 602. Ancak Yargıtay'ın haksız tahrike ilişkin kararlarına bakıldığında, önceki Kanun döneminde tahrikin derecesinin ve indirim oranlarının doğru tespit edilmediği gerekçesiyle verdiği bozma kararlarının, 5237 sayılı TCK döneminde de varlığını sürdürmeye devam ettiği görülecektir. Dolayısıyla Yargıtay'ın benimsediği bu tutum, haksız tahrikin objektif şartlarının bulunup bulunmadığı ve varsa tahrik nedeniyle yapılacak indirim oranlarının tespiti hususunda hakimin takdir hakkına gölge düşürecek niteliktedir. "*Maktul ve mağdurların gece vakti sanığın kaldığı çiftlik evinin bahçesine girerek konut dokunulmazlığını bozmaları, sanığa saldırmaları, evin camını kırmaları şeklindeki haksız hareketler nedeniyle, 765 sayılı Yasanın 51/2 maddesiyle yapılan uygulama sırasında, alt ve üst sınırlar arasında ve makul oranda indirim yapılması yerine üst sınırdan indirim yapılması, Yasaya aykırıdır.*" **Yargıtay 1. CD'nin** 19.2.2008 tarih, 2007/5426 E., 2008/1121 K. sayılı kararı. "*Katılan'ın sanığa vurmasından ibaret haksız tahrik oluşturan eyleminin niteliği dikkate alındığında sanık hakkında hükmolunan cezalarda 5237 Sayılı TCK'nın 29/1. maddesince indirim yapılırken tahrikin derecesi ile orantılı bir biçimde indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde üst haddenden indirim yapmak suretiyle eksik ceza tayini...*" **Yargıtay 3. CD'nin** 13.6.2016 tarih, 2016/11077 E.,

Tahrikin varlığının somut olarak zaman ölçer veya benzeri bir aletle objektif olarak ölçülmesi mümkün olmadığı gibi, haksız tahrikin varlığının kabul edildiği durumda failin cezasından hangi oranda indirim yapılacağına ilişkin her olaya uyan bir şablon/çerçeve bulmak da mümkün değildir. Bu sebeple 5237 sayılı TCK'nın bu düzenlemesi isabetlidir.⁷⁷⁹ Dolayısıyla somut olayda tahrikin derecesini ve failin cezasından yapılacak indirimin miktarını belirleme yetkisi, kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla davaya bakan hakimın takdirindedir.⁷⁸⁰ Öğretide, hakimın sahip olduğu takdir yetkisini doğru bir şekilde kullanabilmesi için sahip olmaları gereken nitelikler şu şekilde ifade edilmiştir: hakimlerin sadece *“hukuk kaidelerini bilmeleri kafi değildir. Bilhassa ceza işleriyle uğraşan hakimlerin ruhi ilimlere yeteri kadar ve tatbiki bir şekilde vakıf olmaları iktiza eder. Bundan başka bulundukları muhiti, daha doğrusu sanığın bulunduğu muhiti sosyolojik bakımdan değerlendirebilecek kadar da içtimai ilimlere mücehhez olmaları lazımdır.”*⁷⁸¹

Somut olayda hangi fiillerin tahrik oluşturacağı ve bu tahrik fiili nedeniyle işlenen suçun failine hangi oranlarda indirim yapılacağı hususunda hakimın takdir yetkisinin bulunduğu konusunda tartışma yoktur.⁷⁸² Ancak hakimın bu yetkiyi

2016/13914 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3cd-2016-11077.htm&kw=`2016/13914`+`#fm>, E.T.13.08.2016.

⁷⁷⁹ ÖNDER, s. 352.

⁷⁸⁰ KAYA, Haksız Tahrik-Tez, s. 102.

⁷⁸¹ GÜRELLİ, s. 343.

⁷⁸² EKERBİÇER, s. 138; “...5237 sayılı Yasa'nın 29. maddesine göre, tahrik oluşturan fiilin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi hakim tarafından yapılarak sanığın iradesine olan etkisi nazara alınıp maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen bir oranda indirim yapılması gerekecektir. Maddenin gerekçesinde de bu husus açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir.” **Yargıtay 3. CD'nin** 28.11.2007 tarih, 2006/10914 E., 2007/8821 K. sayılı kararı.

kullanırken göz önünde tutması gereken bazı kriterlerin bulunduğu kabul edilmektedir. Öğretide, kanunda hangi fiillerin tahrik teşkil edeceğinin gösterilmediğinden bahisle, hakim tahrik fiillerinin tespitinde takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutması gereken kriterlerin somut olaya göre değişkenlik göstereceği savunulmuş, bu kriterlerin genel olarak tahrik fiilini gerçekleştiren kimsenin durumuna, failin kişisel özelliklerine, faille mağdur arasındaki ilişkiye göre tespit edileceği ileri sürülmüştür.⁷⁸³

Uygulamada hakim, önüne gelen davada tahrikin derecesini tespit açısından, haksız fiilin ağırlığını temel alacağından, bu fiilin ağırlığının belirlenmesi hususunda “mantıklı, ölçülü davranmalı, kişi, yer, zaman, tahrik eylemlerinin işleniş biçimi”⁷⁸⁴ ve bunlara benzer koşulları dikkate alırken, “haksız eylemin niteliğini kışkırtıcı boyutlarını, işlendiği yer ve zamanı, toplumsal değer yargılarını, failin yaşama tarzını” da değerlendirmeli ve ardından tahrike neden olan haksız fiilin Kanun’un aradığı anlamda psikolojik etki meydana getirip getirmediğini belirlemelidir.⁷⁸⁵ Bu etki mutlak olmadığından ve failden faile farklılık göstereceğinden, failin suç işlediği anda, haksız fiilden meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü nedeniyle bu suçu işlediğinin tespiti için, hakim, haksız fiilin niteliğini ve bu fiilin normal bir kimsede ne kadar süreyle psikolojik sarsıntı meydana getirebileceğini belirlemeye çalışacaktır.⁷⁸⁶

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3cd-2006-10914.htm&kw=`2007/8821`#fm>, E.T. 21.08.2016.

⁷⁸³ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 602; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 346.

⁷⁸⁴ BAŞAR, Haksız Tahrik-II, s. 354.

⁷⁸⁵ TUTUMLU, s. 31.

⁷⁸⁶ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 434.

Yargıtay da, hakimın tahrikin derecesini belirlerken ve takdir hakkını kullanırken öğretide belirlenen bu kriterlerin benzerlerinin⁷⁸⁷ aranması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁸⁸

C. KARARLARIN GEREKÇELİ OLMASI

Türk hukukunda mahkemelerin verdikleri kararların gerekçeli olma zorunluluğu, hem ulusal hukuk mevzuatında, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da öngörülen bir zorunluluktur. İç hukuk mevzuatında bu husus, Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler gereğince, mahkemelerin ve hakimlerin verdikleri kararlarda tarafların ileri sürdükleri görüşler, deliller ve bu deliller neticesinde varılan kanaatin belirtildiği karşı oylar dahil her türlü karar gerekçeli olmak zorundadır. Dolayısıyla, hakim, cezanın belirlenmesi açısından önem taşıyan fiile ve faile ilişkin hususları ve bu hususlara ilişkin değerlendirmesini kararın gerekçe

⁷⁸⁷ “Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ve yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleyiş şekli, niteliği, özellikleri tahrik eden ile failin hal ve davranışları nazara alınmalıdır.” **Yargıtay CGK'nın** 27.6.1994 tarih, 1994/1-129 E., 1994/191 K. sayılı kararı. Bkz. TUTUMLU, s. 57.

⁷⁸⁸ “...eşinin maktul ile yine buluşacağından şüphelenerek gelen sanığın bu durumu görerek bıçakla maktulü öldürüp eşini yaraladığının oluş ve delillerden anlaşılması karşısında, sanığın o zamana kadar sabretmiş olmasının bu zınayı affetme, hoşgörme veya göz yumma olarak değerlendirilmesinin hata olacağı, mağdure ile müşterek 4 küçük çocuğu olan çobanlık yapan birinin iyiniyetli, yoksul ve çaresiz kişiliğinin yansımaları olarak değerlendirilmesi gerektiği cihetle her biri tek başına ağır tahrik teşkil eden, tevali ve teselsül suretiyle en üst seviyeye çıkan ağır tahrikin boyutu dikkate alınarak TCK'nın 51/2. maddesi ile azami indirim yapılması gerekirken...” **Yargıtay 1. CD'nin** 12.6.2002 tarih, 2002/1450 E., 2002/2504 K. sayılı kararı. Bkz. DURAN, s. 194.

kısımında açıklamak zorundadır.⁷⁸⁹ Ayrıca, hakim gerekçede, haksız tahriki oluşturan fiilin ne olduğunu, haksız tahrikin şartlarını, cezadan hangi oranda indirim yaptığını ve sebebini de kararında belirtmek zorundadır. Zira bu yolla, üst derece mahkemesi olan Yargıtay, olayda haksız tahrikin bulunup bulunmadığını, bulunuyorsa tahrik nedeniyle yapılan indirimin boyutunu denetleyebilecektir.⁷⁹⁰ Yargıtay'ın, mahkemelerin verdikleri kararlarda gerekçe gösterme zorunluluğuna uyup uymadıklarını titiz bir şekilde denetlediği görülmektedir.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ ÖZALP, s. 68.

⁷⁹⁰ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 247.

⁷⁹¹ “...tahrikin uygulanmasının şartları mağdurun haksız hareketi, bu hareketin sanıkta uyandırdığı öfke ve bu öfkenin etkisiyle, nedensellik zinciri içinde, failin suç işlemesidir. İlk mahkemeler bu koşulları varlığını fiilen saptamalı ve bunları, gerekçe gösterme zorunluluğunun sonucu olarak kararlarında yansıtmak zorundadırlar...” **Yargıtay CGK'nın** 18.12.1984 tarih, 1984/1–420 E., 1984/439 K. sayılı kararı. Bkz. ÖZALP, s. 68. “...Tahrik konusunda hüküm kurulurken, kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve hangisinin yekdiğerine üstün tutularak kabul edildiğinin açıklanması, tahrik oluşturan eylemlerin açıkça ve net olarak gösterilmesi, hangi kanıtın yekdiğerine tercih edildiğinin de karar yerinde gösterilmesi, haksız kışkırtma hükmünün nesnel ve öznel öğeleriyle nedensellik bağlarının, ayrıca ilk haksız davranışın kimden geldiğinin saptanması ve sonucuna göre ilk haksız davranışı başlatana (tepkide aşırı bir oransızlık bulunmadıkça) maddenin uygulanmayacağıının, derecesinin de failde uyandığı öfkeye, acıya göre belirlenmesi ve bu konunun gösterilecek gerekçede mantık ve deneyim kurallarına göre kışkırtma hükmünün nesnel ve öznel öğeleriyle nedensellik bağlarının, ayrıca ilk haksız davranışın kimden geldiğinin saptanması ve sonucuna göre ilk haksız davranışı başlatana (tepkide aşırı bir oransızlık bulunmadıkça) maddenin uygulanmayacağıının, derecesinin de failde uyandığı öfkeye, acıya göre belirlenmesi ve bu konunun gösterilecek gerekçede mantık ve deneyim kurallarına göre yansıtılması gerekir.” **Yargıtay 4. CD'nin** 06.05.1999 tarih, 1999/3848 E., 1999/5098 K. sayılı kararı. Bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 561. “Sanık hakkında tahrik sebebiyle verilecek cezanın 1/4'ünden 3/4'üne kadar indirim öngörülmüş olmasına göre, kasten yaralama ve tehdit suçlarından tayin olunan cezalardan gerekçe gösterilmeden 1/4 oranında indirim yapılması hatalıdır.” **Yargıtay 2. CD'nin** 18.09.2012 tarih, 2010/33445 E., 2012/41290 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2010-33445.htm&kw=2012/+41290#fm>, E. T. 13.08.2016.

D. HAKSIZ TAHRİKİN DENETİMİ

Uygulamada, gerek 765 sayılı Kanun döneminde, gerekse 5327 sayılı Kanun döneminde, Yargıtay'ın, tahrikin derecesini ve dolayısıyla indirim oranlarını doğru belirlemediği gerekçesiyle bozma kararı verdiği yüzlerce ilk derece mahkemesi kararı bulunmaktadır. Her ne kadar tahrikin derecesinin daha doğru şekilde belirlenmesi ve Yargıtay'ın verdiği bu tip bozma kararlarının önüne geçmek amacıyla kanun koyucu ağır/adi tahrik ayrımını kaldırırsa da uygulamada durum değişmemiş ve Yargıtay tahrikin derecesini denetlemeye devam etmiştir. Haksız tahrike ilişkin ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların Yargıtay tarafından denetlenip denetlenemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır.

Hakimin haksız tahrikin türleri ve indirim oranlarına ilişkin verdiği kararın Yargıtay tarafından denetlenemeyeceğini savunan görüşe göre, bir olayda haksız tahrikin derecesinin ve indirim oranlarının tespiti hakimin takdirine bırakılan bir konudur. Hakimin sahip olduğu bu yetki, Yargıtay denetimi dışında kalır. Nitekim önceki kanun döneminde yer alan hafif/adi tahrik ayrımının neye dayanarak yapılacağı konusunda kanunda bir ölçü yer almadığı gibi,⁷⁹² yürürlükteki Kanun'da da bu ayrım kaldırılmış olmasına rağmen indirim oranları konusunda madde düzenlemesinde bir kriter belirlenmiş değildir. Kanun koyucu, hangi fiillerin ne derecede tahrik oluşturduğunu ve failin cezasından yapılacak indirim miktarını olaya bakan hakimin takdirine bırakmıştır.⁷⁹³ Ayrıca haksız tahrik kurumu kanuni bir indirim sebebi

⁷⁹² TANER, s. 447; GÜRELLİ, s. 340.

⁷⁹³ DURAN, s. 197.

olduğundan, madde düzenlemesinde tahrik oluşturan fiilin niteliği, failin iradesinde meydana gelecek heyecanın türü gibi şartlar açıklanmış, diğer bir anlatımla kanunda hangi durumların tahrik oluşturacağı açıklanmasa da hangi tür fiillerin tahrik oluşturacağı saptanmıştır. Dolayısıyla hakim, somut olayda, tahrik fiilinin derecesini ve indirim oranlarını tespit etmekte serbesttir, fakat, bir olayın haksız tahrik teşkil edip etmeyeceği meselesinde kanunun çizdiği sınırlara tabidir.⁷⁹⁴ Sonuç olarak, tahrikin derecesini belirleme işi, hukuki değil maddi bir mesele olduğundan hakimin takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle, tahrikin derecesini veya indirim oranlarını yanlış tespit ettiği gerekçesiyle Yargıtay'ın bozma kararı vermesi isabetsizdir.⁷⁹⁵ Fakat, hakim kararında, olayda haksız tahrikin şartlarının bulunup bulunmadığı konusunda gerekçeli bir tartışma yapmamışsa; bu bozma sebebi teşkil edecektir. Yine aynı şekilde, haksız tahrikin şartlarını taşıyan bir olayın, gerekçe gösterilmeksizin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi de, Yargıtay denetimine tabi bir durumdur.⁷⁹⁶

Hakimin tahrikin derecesine ve indirim oranlarına ilişkin verdiği kararların Yargıtay denetimine tabi olduğunu savunan görüşe göre ise, ilk derece mahkemesinin, olayda tahrikin varlığını kabul edip, derecesini ve gerekçesini açıklamadığı durumlarda, mahkemenin bu kararı, kanunun kabul ettiği ayrımı göz ardı etmesiyle

⁷⁹⁴ AYIK, s. 97, 98.

⁷⁹⁵ TUTUMLU, s. 59.

⁷⁹⁶ EREM/DANIŞMAN /ARTUK, s. 608. “Tahrikin derecesinin tespiti mahkemeye ait ise de, mahkemeler bu yetkiyi hukukun genel ilkelerine, haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanmalıdırlar. Mahkemelerce kullanılan bu yetkinin yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi üst mahkemelerin görevleri içindedir...” **Yargıtay CGK’nın** 11.6.1996 tarih, 1996/1-121 E., 1996/134 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1996-1-121.htm&kw=`1996/134`#fm>, E.T. 17.08.2016.

ilgili olduğundan Yargıtay tarafından denetlenebilmelidir.⁷⁹⁷ Buna göre, hakim, olayda basit tahrik bulunduğuna karar vererek bu oranda indirim yaptığı takdirde sorun olmayacaktır. Fakat hakim, olayda ağır tahrik oluşturacak bir fiilin bulunduğuna kanaat getirmişse bu durumda gerekçesini göstermek ve neden hafif tahrik bulunmadığını açıklamak durumundadır. Zira ağır tahrikin bulunmadığı bir olayda hafif tahrik hali söz konusu olabileceğinden, gerekçe gösterilmeden verilen ağır tahrikin reddi veya tahrikin şartlarının yanlış uygulanması gibi hususlarda Yargıtay denetim yetkisine sahiptir.⁷⁹⁸

Bu görüşe benzer başka bir görüşe göre, hakimin olayda bir fiili tahrik olarak nitelendirmesi, maddi değil hukukî bir meseledir. Bu yüzden bu vasıflandırma işlemi Yargıtay denetimine tabidir. Fakat kanuni düzenlemeye göre, kanunun hakimin takdirine bıraktığı konularda, hakimin bu yetkisini kullanması kanuna muhalefet sayılamayacağından, olayda tahrikin bütün unsurlarıyla bulunup bulunmadığının tespiti, hakimin takdirine bırakılan bir meseledir ve bunu Yargıtay resen nazara alamayacaktır.⁷⁹⁹

Uygulamada, haksız tahrikin failin iradesinde ulaştığı boyutu ve bu nedenle yapılacak indirim miktarını belirleme yetkisinin davaya bakan hakime ait olduğu yönünde kararlar bulunsa da,⁸⁰⁰ genel olarak, olayda tahrik bulunup bulunmadığı,

⁷⁹⁷ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 424; BAŞAR, Haksız Tahrik-II, s. 354.

⁷⁹⁸ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 601.

⁷⁹⁹ AYIK, s. 98.

⁸⁰⁰ “Tahrikin derecesini tayin etme, sanığın tahammül ve teessürü dereceleri hakkında yakinen bilgi edinen yargıca aittir.” **Yargıtay 4. CD’nin** 05.02.1952 tarih, 1952/9338 E., 1952/9338 K. sayılı kararının yanında konuya ilişkin bir diğer kararında Yargıtay’ın denetim yetkisine vurgu yapılmıştır: “...Tahrikin derecesinin tespiti mahkemeye ait ise de, mahkemeler bu

gerekçede çelişkiye düřüldüğü⁸⁰¹ veya hiç gerekçe gösterilmediğı, tahrikin derecesinin⁸⁰² ve indirim oranlarının⁸⁰³ yanlış gösterildiğı gerekçesiyle Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi kararlarını bozduğı görölmektedir.

yetkiyi hukukun genel ilkelerine, haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanılmalıdır. Mahkemelerce kullanılan bu yetkinin yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi üst mahkemenin görevi içindedir.” **Yargıtay CGK'nın** 11.06.1996 tarih, 1996/1-121 E., 1996/134 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 12.08.2016.

⁸⁰¹ “...Hükmün gerekçesinin 4. sayfasında ‘sanıkların, kendilerini düğün alanından uzaklaştırmaya çalışan yakınının hareketlerinden tahrik olarak eylemi işledikleri kanaatine varılmış olmakla, haklarında tahrik hükmünün uygulanması gerektiğı’ belirtilmesine karşın, hüküm fıkrasında katılanın sadece ‘terk edin burayı’ demesi haksız tahrik sayılamayacağından biçimindeki gerekçesiyle tahrik hükmü uygulanmayarak hükümle gerekçe arasında çelişki oluşturulması...” **Yargıtay 3. CD'nin** 7.2.2007 tarih, 2007/12627 E., 2007/919 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 180.

⁸⁰² “Oluş ve delillere göre; sanıkların ormanda karşılaştıkları maktul ve aralarında çıkan tartışma sırasında, maktulün kendilerine hakaret etmesi nedeniyle atılı suçu işlemeleri karşısında, 5237 s. TCK 29. maddesinde öngörölen maktulden kaynaklanan hakaret niteliğindeki haksız fiilin sanıklarda meydana getirdiğı hiddet ve şiddetli elemin etkisi dikkate alınarak tahrik sebebiyle yapılacak indirimin asgari oranda yapılmasının adil olacağı gözetilmeden yazılı şekilde indirim yapılarak noksan ceza tayini...” **Yargıtay 1. CD'nin** 1.12.2006 tarih, 2006/4417 E., 2006/5347 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2006-4417.htm&kw=`2006/5347`#fm>, E.T. 23.08.2016.

⁸⁰³ “Haksız tahrik nedeniyle, (1/4)'ten (3/4)'e kadar ceza indirimi öngören 5237 Sayılı TCK'nin 29. maddesinin uygulanması sırasında, sanığın yaralanması hakkında düzenlenen adli rapor içeriğine ve tanık ...'ın beyanına göre mağdurdan sanığa yönelen ve haksız tahrik oluşturan söz ve davranışların ulaştığı boyut dikkate alınarak, TCK'nin 3. maddesi gereğı makul oranda bir indirim yapılması yerine, yazılı biçimde (1/4) oranında indirim yapılması suretiyle sanığa fazla ceza tayini...” **Yargıtay 3. CD'nin** 7.6.2016 tarih, 2015/34679 E., 2016/13500 K. sayılı kararı. “Sanığın mağdur ...'a yönelik yaralama suçu yönünden İlk haksız hareketin hangi taraftan kaynaklandığının tespit edilememesine göre, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nin 29. maddesi uyarınca asgari oranda haksız tahrik indirimi yapılması gerekirken, oluşa, dosya kapsamına ve hakkaniyete uymayacak şekilde (1/2) oranında haksız tahrik indirimi yapılmak suretiyle eksik ceza tayini...” **Yargıtay 3. CD'nin** 12.5.2016 tarih, 2015/30153 E., 2016/12153 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 12.08.2016.

E. TAZMİNAT DAVALARINDA HAKSIZ TAHRİK ETKİSİ

Haksız tahrikin hukuki niteliği, failin kusurluluğunu azaltan ve fiilin hukuka aykırılığını kaldırmayan bir neden olarak kabul edildiğinden, failin haksız tahrik nedeniyle suç işlemiş olması, bu suç fiili nedeniyle aleyhinde açılan tazminat davasına engel olmaz;⁸⁰⁴ aksine bu davalarda karara etki eden bir husustur.⁸⁰⁵ Failin haksız tahrik nedeniyle suç işlediği durumlarda, ceza yargılaması sonucunda cezası belirlenirken, mağdur veya maktulün mirasçıları tazminat talebinde bulunabilirler. Böyle bir taleple karşılaşan mahkeme, genellikle maddi tazminat talebini hukuk mahkemelerine havale etmektedir,⁸⁰⁶ manevi tazminata ilişkin ceza mahkemesinde talepte bulunulursa bu talep karara bağlanır, fakat mağdur bu talebini hukuk mahkemesinde açacağı manevi tazminat davasında da ileri sürebilecektir. Hukuk mahkemesinde açılan maddi-manevi tazminat davalarında hukuk mahkemesi hakimi ceza mahkemesinde tespit edilen maddi olayların yanında; haksız tahrik hükmü ve

⁸⁰⁴ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 108.

⁸⁰⁵ “ Dava konusu olayla ilgili olarak yapılan ceza yargılamasında davalının eylemi haksız tahrik sonucu gerçekleştirdiği kabul edilmiş ve verilen cezadan bu nedenle indirim yapılmıştır. Bu nedenle maddi tazminat için hesaplanmış olan tedavi giderleri belirlenirken de tahrik unsuru gözetilerek indirim yapılması gerekir. mahkemece bu yön üzerinde durulmadan hazırlanmış bilirkişi raporunda gösterilen tedavi giderlerinin tamamı verilmek suretiyle yazılı şekilde fazla maddi tazminata hükmedilmiş olması....” **Yargıtay 4. HD’nin** 14.2.2005 tarih, 2005/7567 E., 2005/1172 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 98.

⁸⁰⁶ **OTACI**, Cengiz, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulanması”, AD, Y. 94, S. 15, Nisan 2003, s. 234.

haksız tahrike neden olan haksız fiilin niteliği konusunda bağlıdır, yani bu hususlar hukuk mahkemesinde tazminat miktarı belirlenirken tartışılmaz.⁸⁰⁷

Failin neden olduğu hukuka aykırı fiillerden sorumluluğu, BK m. 49'da (818 sayılı kanun m. 41) düzenlenmiş, uygun oranlarda tazminata hükmedilirken haksız tahrikin göz önüne alınacağı ifade edilmiştir.⁸⁰⁸ Fail hakkında tayin edilecek maddi/manevi tazminat miktarı hesaplanırken tahrikin ağırlığı göz önüne alınacaktır. Bu çıkarım BK m. 43/1'de yer alan "*Hakim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*", m. 44/1'de yer alan "*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir*" ve m. 56/1'de yer alan "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*" ifadelerinden anlaşılmaktadır.

⁸⁰⁷ "...Dava; haksız fiil sebebiyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Ceza mahkemesince verilen, beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fiilin hukuka aykırılığı" konusuyla hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk hakimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir." **Yargıtay HGK'nın**, 9.4.2014 tarih, 2013/4-1008 E., 2014/490 sayılı kararı. <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2013-4-1008.htm>, E.T, 12.11.2016.

⁸⁰⁸ **Yargıtay 2. CD'nin** 23.06.1999 tarih, 1999/7938 E., 1999/9156 K. sayılı kararı. Bkz. OTACI, Haksız Tahrik ve Uygulaması, s. 234, dn. 32.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, “ *haksız tahrik, birlikte (müterafik) kusur sayılır ve tazminattan indirim gerektirdiği...*”,⁸⁰⁹ “ *...ceza mahkemesince kabul edilen haksız tahrikin, hukuk mahkemesince BK’nin m. 44’üncü maddesi anlamında maddi tazminattan indirimi gerektiren birlikte kusur*”⁸¹⁰ teşkil ettiğine ve “*Ceza davasında tahrikin varlığının kabul edilmiş olmasının manevi tazminat yönünden de indirim sebebi olduğuna*”⁸¹¹ karar vermiştir.

II. HAKSIZ TAHRİKİN SUÇ GENEL TEORİSİNİN BAZI

KURUMLARIYLA İLİŞKİSİ

A. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLERDEN AKIL HASTALIĞI VE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ İLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ

1. Haksız Tahrikin Yaş Küçüklüğü İle İlişkisi

Kişinin zaman içinde yaşadığı fiziki gelişimin yanında, ayrıca yaşadığı toplumun değer yargılarını ve bu yargıların içerdiği anlam ve gerekleri algılama yeteneği de gelişim göstermektedir.⁸¹² Bu gelişime kayıtsız kalması mümkün olmayan ceza kanunu sistematığında yaş küçüklüğüne yer verilmesi doğal bir gerçeğin

⁸⁰⁹ **Yargıtay 4. HD’nin** 22.2.1988 tarih, 1988/9373 E., 1988/1629 K. sayılı kararı. Bkz. DURAN, s. 279.

⁸¹⁰ **Yargıtay 4. HD’nin** 22.2.1988 tarih, 1988/7956 E., 1988/917 K. sayılı kararı. Bkz. OTACI, Haksız Tahrik ve Uygulaması, s. 234, dn. 32.

⁸¹¹ **Yargıtay 4. HD’nin** 15.06.1989 tarihli, 1989/ 2317 E., 1989/5424 K. sayılı kararı. Bkz. AÇIKGÖZ, s. 169.

⁸¹² TURABİ, s. 228.

yansımasıdır.⁸¹³ Bu sebeple, yaşı küçük kimselerin belirli yaşa gelinceye kadar “işlediği fiilin bilinçsiz faili” kabul edilmesinde kanun koyucu tarafından zaruret görülmüş⁸¹⁴ ve çocukların korunmaya muhtaç varlıklar olduğu göz önünde tutularak ceza kanunlarında ceza sorumluluğu açısından yetişkinlerden farklı hükümlere tabi tutulmuşlardır.⁸¹⁵ 5237 sayılı TCK’nın “tanımlar” başlıklı 6. maddesinin ilk fıkrasında 18 yaşını doldurmamış olanların çocuk kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu ifadeyi dikkate alan kanun koyucu, yaş küçüklüğünü 31. maddesinde kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak düzenlemiştir. TCK m. 31 düzenlemesinde, yaş küçüklüğünün kusurluluğa etkisi üçlü bir ayrımla incelenerek, küçüğün 18 yaşına kadarki dönemde sahip olduğu yaşa göre kusur incelemesi yapılacağı, 18 yaşından sonra ise, yaştan kusurluluk üzerinde etkili olmayacağı kabul edilmiştir.⁸¹⁶ Bu yaş grupları için kabul edilen ceza sorumluluklarını ve bu sorumluluğun haksız tahrikle olan ilişkisini ayrı ayrı incelemek gerekecektir.

TCK m. 31/1’de, 0-12 yaş aralığında olanların durumu düzenlenmiş ve bu düzenlemeye göre, 12 yaşını doldurmamış küçüklerin ceza sorumluluğu olmadığı kabul edilmiştir. Yani kabul edilen suç ve ceza politikası gereği, küçüğün, suça konu fiili gerçekleştirdiği sırada 12 yaşından küçük olması, onun kusurluluğunu mutlak

⁸¹³ EMİNAĞAOĞLU, Ö. Faruk, “Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü”, TBBD, S. 2, 1991, s. 223.

⁸¹⁴ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 495.

⁸¹⁵ AKBULUT, Berrin, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması” Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFD, Özel Sayı, C. 19, S. 2, s. 542.

⁸¹⁶ AÇIKGÖZ, s. 142.

şekilde ortadan kaldıran bir nedendir.⁸¹⁷ TCK, bu yaş grubundaki suç fiilini işlemiş küçüğün, kusurlu olup olmadığı konusunda araştırma yapılmasını ve hakkında kovuşturma yapılmasını kesinlikle yasaklamış, sadece gerekli görülmesi durumunda güvenlik tedbiri sorumluluğu kabul edilmiştir.⁸¹⁸ Bu yaş grubundaki küçüklerin kat'i surette ceza sorumluluğu bulunmadığından, mevcut olmayan cezadan haksız tahrik indirimi söz konusu olamaz ve dolayısıyla 0-12 yaş aralığındaki küçükler hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁸¹⁹

Yaş küçüklüğüne ilişkin TCK'da düzenlenen ikinci dönem 12 ila 15 yaş arası küçüklük dönemidir (TCK m. 31/2).⁸²⁰ Bu dönemde bulunan küçüğün, gerçekleştirdiği suç teşkil eden fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilme veya davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip bulunup bulunmadığı yönünden bir ayırım yapılmaktadır. 12-15 yaş aralığındaki küçüğün, yaptığı fiilin hukuki anlamını kavrama kudretine sahip olup olmadığı araştırılır.⁸²¹ Bu dönemde algılama ve irade yeteneği fiile göre değişiklik göstereceğinden, her somut olayda ayrı ayrı tetkik edilmesi

⁸¹⁷ TURABİ, s. 278.

⁸¹⁸ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 254.

⁸¹⁹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 129; DURAN, s. 226.

⁸²⁰ TCK m. 32/2 düzenlemesi şöyledir: “ Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.”

⁸²¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 384.

gereken bir husustur.⁸²² 12-15 yaş grubunda bulunan ancak işlediği fiilin anlamını, meydana getirdiği hukuki sonuçları algılayamayan, davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneğine sahip olmayan kimselerin, 0-12 yaş grubunda bulunan küçükler gibi ceza sorumluluğunun bulunmadığı, bunun yerine güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı madde metninde belirtilmiştir.⁸²³ Ceza sorumluluğu bulunmayan birine ceza verilemeyeceğinden haksız tahrik indirimi yapmak da söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla bu durumda haksız tahrik hükümleri uygulama alanı bulmaz.

Ancak, bu yaş grubunda bulunup da işlediği fiilin ne anlama geldiği, ne gibi sonuçlar doğurabileceği hakkında fikir sahibi olan ve davranışlarını bu doğrultuda yönlendirebilme yeteneği bulunan küçüklerin ceza sorumluluğunun bulunduğu, ancak cezalarının, kanunda gösterilen oranlarda indirilerek verilmesi gerektiği kabul edilir. İşlediği fiilin anlamını kavrayan ve davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneğine sahip bulunan küçüklerin ceza sorumluluğu bulunduğundan haklarında ceza verilebilecek ve bu durumda şartları varsa haksız tahrik indirimi de yapılacaktır.⁸²⁴

Son olarak TCK m. 31/3’de⁸²⁵ düzenlenen ve 15-18 yaş aralığında bulunan kişilerin, normal şartlarda işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabildikleri

⁸²² ÖZBEK vd., Genel Hükümler, s. 386; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 255.

⁸²³ AKBULUT, Ceza Mevzuatında Çocuk, s. 553.

⁸²⁴ AÇIKGÖZ, s. 143; TAŞDEMİR, s. 74.

⁸²⁵ TCK m. 31/3 düzenlemesi şöyledir: “Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.”

ve davranışlarını buna göre yönlendirebildikleri kabul edilmiştir. Bu dönemde bulunanlar için herhangi bir kusur araştırması yapılmaması esastır. Zira bu kişilerin, yetişkin kimseler gibi olmasa da, davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip bulundukları, ancak bu yeteneğin gelişimini henüz tamamlamamış oldukları kabul edilmektedir.⁸²⁶ Dolayısıyla, 15-18 yaş aralığında bulunan kişiler suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirdiklerinde haklarında soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılabilecek ve davaya konu suçu işledikleri kanaatine varılırsa haklarında cezaya hükmedilerek, yaş küçüklüğü nedeniyle cezalarından indirim yapılacaktır. Bu yaş grubunda bulunan kimselerin şartları oluştuğunda haksız tahrik hükümlerinden faydalanmalarına engel bir durum yoktur.

Özet olarak haksız tahrikle yaş küçüklüğü bir arada uygulanabilen iki indirim sebebidir.⁸²⁷ Somut olayda yaşı küçük failin haksız bir tahrike maruz kalarak tepki suçu işlemesi durumunda, failin cezasından TCK m. 61/5 hükmüne göre, önce haksız tahrik daha sonra yaş küçüklüğü indirimi yapılacaktır.

⁸²⁶ TURABİ, s. 279.

⁸²⁷ “...Mağdurun kovuşturma aşamasında suça sürüklenen çocuğa kızdığına ve soruşturma aşamasında ise vurduğuna dair beyanları karşısında suça sürüklenen çocuğa verilen cezaya 5237 Sayılı Kanunun 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun değerlendirilmemesi...” **Yargıtay 3. CD’nin** 28.11.2011 tarih, 2011/23713 E., 2011/19329 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3cd-2011-23713.htm&kw=`2011/19329`+`#fm>, E.T., 31.08.2016.

2. Haksız Tahrik ile Akıl Hastalığı İlişkisi

TCK düzenlemesinde, akıl hastası olan kimseler sahip oldukları sübjektif durum nedeniyle, suç işleyen normal kimselerden farklı hükümlere tabi tutulmuşlardır.⁸²⁸ Bunun nedeni, kusurluluğa etki eden akıl hastalığına sahip kişinin işlediği fiilin anlamını ve bu fiilin ortaya çıkardığı sonuçları algılama yeteneği normal bir kimseye oranla hiç yoktur veya daha azdır. Dolayısıyla, böyle bir durumda akıl hastası kişinin kusuru hiç olmadığından veya azalmış bulunduğundan ceza verilmemesine ya da indirilerek verilmesine karar verilmesi gerekir.⁸²⁹ Akıl hastalığı, failin fiilini hukuka uygun hale getiren bir neden değil, failin kusurluluğunu etkileyen bir hal olduğundan, somut olayda akıl hastası failin gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu sonuçlar doğrultusunda iradesini yönlendirme yeteneği bulunup bulunmadığı önem arzeder. Akıl hastalığının failin ceza sorumluluğunu etkilediğinden bahsedebilmek için, akıl hastalığının belirli bir seviyede olması yani, somut olayda işlenen suçta rol oynaması gereklidir.⁸³⁰ Nitekim bu hususu dikkate alan kanun koyucu TCK m. 32’de akıl hastalığının ceza sorumluluğuna etkisini düzenlemiş ve genel bir ifadeyle, akıl hastası olan kimselerin sahip oldukları hastalıkla ceza sorumluluklarının ters orantılı olduğunu kabul etmiştir.

⁸²⁸ ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989, s. 52.

⁸²⁹ TURABİ, s. 280.

⁸³⁰ ÜNVER, s. 90.

TCK'nın 32. maddesinde akıl hastalığının ceza sorumluluğuna etkisi iki fıkra halinde düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanun'da, “*tam akıl hastalığı*” ve “*kısmi akıl hastalığı*” şeklinde bir ayırım yapılmışken, 5237 sayılı Kanun'da bu ayırımın varlığını sürdürüp sürdürmediği tartışmalıdır.⁸³¹ Akıl hastalığını lafzi açıdan tam akıl hastalığı ve kısmi akıl hastalığı şeklinde ikili bir ayırımla incelemese de 5237 sayılı TCK'nın içerik yönünden bu ayırımı sürdürdüğü kanaatindeyiz. Buna göre, 32. maddenin ilk fıkrasında, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan, davranışlarını bu anlam ve sonuçlara göre yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bulunan kimselerin ceza sorumlulukları olmaması sebebiyle kendilerine ceza verilmeyeceği, bunun yerine haklarında güvenlik tedbiri uygulanabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla somut olayda haksız tahrikin objektif olarak şartları mevcut olsa bile, hakkında ceza tertibine gidilemeyen fail için cezayı azaltan haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁸³² Hükmün ikinci fıkrasında ise, ilk fıkroda belirtilen derecede olmasa da işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını kontrol etme yeteneği azalmış olan kimsenin ceza sorumluluğu bulunduğu, ancak bu cezadan indirimine gidileceği belirtilmiştir. Ayrıca ikinci fıkroda düzenlenen derecede akıl hastalığına sahip kişilere verilen ceza, süresi aynı kalmak kaydıyla, bir kısmı veya tamamı akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak infaz edilebilir. Maddenin ikinci fıkrasında

⁸³¹ Bir görüşe göre 5237 sayılı Kanun'da akıl hastalığının iki fıkra halinde düzenlenerek kusurluluğa etkisinin derecelendirilmesi akıl hastalığının “*tam*” ya da “*kısmi*” olarak ayırımı manasını taşımaz. Çünkü yürürlükteki Ceza Kanunu'nun benimsediği sisteme göre bir kimse ya akıl hastasıdır ya da değildir. Bu görüşün ayrıntısı için bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 389. Buna karşılık öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre her ne kadar 5237 sayılı Kanun 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak görünüşte böyle bir ayırımı yer vermese de içerik olarak bu ayırımı muhafaza ettiği açıktır. ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 256; YALÇIN SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 318.

⁸³² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 520; YAŞAR/ GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 859; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 133.

düzenlenen ve akıl hastalığının kusur yeteneğini kısmi olarak etkilemesi şeklinde ifade eden durumda failin ceza sorumluluğu devam ettiğinden şartları bulunduğu takdirde haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir. Yani haksız tahrikle akıl hastalığı aynı olayda birlikte uygulanabilir.⁸³³ Her ne kadar her iki kurum da “*irade serbestisinin haleldar olması*” esasına dayanıyor olsa da,⁸³⁴ akıl hastalığında failin iradesinden kaynaklanan içsel bir nedenden söz edilirken, haksız tahrikte dış dünyadan kaynaklanan ve failin iradesini etkileyen bir durum vardır.⁸³⁵ Haksız tahrikle kısmi akıl hastalığı nitelikleri ve etkileri açısından birbirinden farklı kavramlardır.⁸³⁶ Bu nedenle haksız tahrikle akıl hastalığının bir arada uygulanması aynı sebepten cezanın iki kez indirilmesi yasağına aykırı olmaz.⁸³⁷

Ayrıca akıl hastalığından muzdarip bir kimsenin, tahrike çok müsait bir zeminde bulunduğundan,⁸³⁸ normal bir kimseye oranla daha çabuk öfkelenip, tahrike

⁸³³ GÜRELLİ, s. 341. “Katılanın, sanığın akıl hastası olduğunu ileri sürmesi karşısında, suç tarihi itibarıyla TCK’nın 32. maddesi uyarınca “akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış ya da önemli derecede azalmış olup olmadığı” konusunda usulünce sağlık kurulu raporu alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, b-)Kabule göre sanığın aşamalarda “mağdurun bir kadınla ilişkisi olduğu ve bu sebeple tartışma çıktığı” şeklindeki savunması karşısında, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi değerlendirilerek sonucuna göre TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıının tartışılmaması....”
Yargıtay 4. CD’nin 9.3.2016 tarih, 2013/39142 E., 2016/4423 K. sayılı kararı.
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2013-39142.htm&kw=HAKSIZ+TAHR%C4%B0K+VE+AKIL+HASTALI%C4%9EI#fm>,
E.T. 23.08.2016.

⁸³⁴ AYIK, s. 102.

⁸³⁵ DURAN, s. 224; ABBAN, s. 106.

⁸³⁶ ÜNVER, s. 157.

⁸³⁷ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 48; AÇIKGÖZ, s. 147.

⁸³⁸ ÜNVER, s. 157.

kapılacağı da bir gerçektir.⁸³⁹ Bu nedenle, fiili gerçekleştirdiği esnada hareketlerini ve irade serbestisini önemli derecede etkileyecek derecede akıl hastalığı bulunan bir kimsenin sırf bu sebeple haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacağını söylemek olası değildir.⁸⁴⁰ Ancak akıl hastası bir kimseye haksız tahrik hükmünü uygularken dikkat edilmesi gereken noktalardan biri, failin sahip olduğu kısmi akıl hastalığı nedeniyle normalde tahrik sayılamayacak bir fiil karşısında tahrik edildiği zannına kapılarak suç işlemesi halidir. Bu durumda failin işlediği suç haksız tahrikten değil akıl hastalığından kaynaklandığı için burada sadece akıl hastalığı nedeniyle indirim yapılacaktır.⁸⁴¹ Uygulamada failin “*şuurumu kaybettim*”, “*kendimde değildim, suçu nasıl işledim bilmiyorum*” gibi savunmalarda bulunması, onun fiili akıl hastalığı etkisindeyken işlediği gibi bir sonuç çıkarılamayacağı, bu tür savunmaların diğer şartları da mevcutsa haksız tahrikin varlığına işaret ettiği kabul edilmektedir.⁸⁴²

⁸³⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. I, s. 859; AYIK, s. 102.

⁸⁴⁰ ABBAN, s. 106.

⁸⁴¹ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 432.

⁸⁴² “Sanık bu savunmasında yer alan (ben artık kendimi kaybettim, şuurumu kaybetmişim) yolundaki beyanı ile, mağdurun, hem sürüsünü tarlasına sokarak zarar vermesinden, hem de sorusuna ters cevap vermesinden kaynaklanan “gazap” ve “hiddetle” suçu işlediğini ifade etmeye çalışmıştır... Bir kez daha vurgulamak gerekir ki; incelenen dosyada, sanığın, suçu işlemeyen önce veya işlediği sırada akli haletinin bozuk olduğunu gösterir en küçük bir bulgu bulunmadığı gibi, kuşkulu bir hali de saptanamamıştır. Bu durum karşısında, Yerel Mahkemeden, CMUK.nun 74. maddesine dayanarak, sanığın şuurunun incelettirilmesi cihetine gidilmesi istenemez...” **Yargıtay CGK’nın** 2.4.1984 tarih, 1984/1 E., 1984/122 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1984-1.htm&kw=2.4.1984#fm>, E.T. 22.07.2016.

B. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDEN MEŞRU SAVUNMA İLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'da “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında düzenlen hukuka uygunluk nedenleri; genel olarak, bir fiilin bir hukuk kuralıyla yasaklanmasına rağmen aynı fiilin işlemesine izin veren veya emreden bir başka hukuk kuralının mevcut olması nedeniyle bu fiilin hukuka aykırı olmasını ve dolayısıyla da suç sayılmasını önleyen özel durumlar şeklinde tanımlanabilir.⁸⁴³ Hukuk düzeninin bir bütün olması ve kendisiyle çelişmeyeceği ilkesinin bir sonucu olarak, bir yerde yasaklanan fiil başka bir alanda hukuka uygun kabul edilemez; bu nedenle yazılı olup olmadığına bakılmaksızın hukuka aykırılığı kaldırın nedenin sadece ceza hukukunun değil hukuk düzeninin bütünü göz önüne alınarak ortaya çıkarılması gerekir.⁸⁴⁴ İşlenen fiili hukuka uygun hale getiren bu nedenler, hukuka aykırılığı fiil işlendikten sonra değil, fiilin gerçekleştiği anda ortadan kaldırırılar.⁸⁴⁵ Hukuka uygunluk nedenleri, fiili hukukun bütünü açısından aykırı olmaktan çıkaran

⁸⁴³ TOROSLU, Genel Kısım, s. 149.

⁸⁴⁴ KOCA, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri”, CHD, S. 1, Eylül 2006, s. 123.

⁸⁴⁵ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 22; MERAN, Necati, “Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma”, YD, C. 28, S. 4, Ekim 2002, s. 558.

objektif nedenlerdir.⁸⁴⁶ Yani failin bu husustaki düşüncesine bakılmaksızın, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, işlenen fiilin hukuka uygun hale gelmesi için yeterlidir.⁸⁴⁷

Yazılı veya yazısız pek çok hukuka uygunluk nedeni bulunmakla birlikte, haksız tahrik açısından önem taşıyan hukuka uygunluk nedeni meşru savunmadır. Zira bu iki kurum sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır. Bu nedenle iki kurumun taşıdığı benzer yönleri ve farklılıkları ortaya koyabilmek için meşru savunmanın kısa bir açıklamasını yapmak gerekecektir.

TCK'nın 25. maddesinin ilk fıkrasında⁸⁴⁸ düzenlenen meşru savunma; *“Bir kimsenin, kendisini veya başkasını hedef alan bir saldırı karşısında, savunmanın amacına yönelik olarak ve bu saldırıyı defedecek ölçüde kuvvet kullanması”*dır.⁸⁴⁹

Tarih boyunca hemen her dönemde kabul edilen⁸⁵⁰ meşru savunma, her canlı gibi insanoğlunun da kendini savunma içgüdüsüne sahip olmasının bir sonucu olarak⁸⁵¹ bireyin kendisini haksız bir saldırıya karşı savunması durumunda diğer

⁸⁴⁶ TOROSLU, Genel Kısım, s. 149; YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 180.

⁸⁴⁷ Bu tartışmanın ayrıntısı için bkz. KOCA, s. 125 vd.

⁸⁴⁸ TCK m.25/1 düzenlemesi şu şekildedir: *“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.”*

⁸⁴⁹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 264.

⁸⁵⁰ MERAN, Mal İçin Yasal Savunma, s. 559.

⁸⁵¹ YALÇIN SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 189.

şartların da bulunması koşuluyla kendisine ceza verilmemesini⁸⁵² sağlayan hukuki bir kurumdur.

2. Meşru Savunma İle Haksız Tahrik Arasındaki Mahiyet Farkı ve Bu İki Kurumun Birlikte Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Haksız tahrik ve meşru savunma kanunda düzenlenen iki farklı kurum olmakla birlikte, taşıdıkları bazı ortak özellikler nedeniyle bu iki kurumun aynı mahiyette olup olmadığı tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, haksız tahrikle meşru savunma arasında mahiyet farkı yoktur; zira meşru savunma halinde kanun, en yüksek derecede haksız tahrik hali öngördüğünden haksız tahrik meşru savunmaya dahildir ve bu nedenle somut olayda bu iki kurumun birlikte uygulanma olanağı yoktur.⁸⁵³ Meşru savunma ile haksız tahrik arasındaki fark nitelik bakımından değil yoğunluk bakımındandır ve meşru savunmada

⁸⁵² Meşru savunma failinin cezalandırılmama nedenine ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, meşru savunma kendini savunma tabii hakkına dayandığı için ceza verilemez. Başka bir görüş, meşru savunma durumunda bulunan kişi, haksız bir saldırı karşısında manevi bir baskı, büyük bir heyecan içinde olduğundan kasten hareket edebilme yeteneğini yitirir ve kusurlu sayılamaz; bu nedenle irade serbestisi olmayan birine ceza verilmemesi gerekir şeklinde bir düşünce ortaya koymuştur. Diğer bir görüşe göre, failin meşru savunma sırasında taşıdığı amaç nitelik itibarıyla meşru, sosyal ve hukuka uygundur. Bu nedenle tehlikeli biri sayılamayacağından cezalandırılmaması gerekir. Meşru savunmanın hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, saldırıya maruz kalan faille devlet zamanında müdahale edip onu koruyamadığından burada devletin kişiyi koruma yetkisi bireye devredilmekte ve savunmada bulunan kamusal bir fonksiyon icra etmektedir ve bu nedenle cezalandırılmaz. Bu konudaki bir diğer görüş, meşru savunmanın hukuk için sürdürülen bir mücadele şekli olduğu ve bu nedenle mücadele eden kimseyi cezalandıramayacağımızı ileri sürerken bir başka görüş, meşru savunma durumunda failin gerçekleştirdiği savunma fiilinde toplumsal açıdan bir zarar bulunmadığı ve bu savunmaya hukukun izin verdiği için failin cezalandırılmayacağını savunmaktadır. Bu görüşlerin ayrıntısı ve eleştirisi için bkz. ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, s. 29 vd.

⁸⁵³ BAŞAR, Haksız Tahrik-II, s. 358; BARDAK, s. 50; ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 401.

mevcut olan “*tahrik fiili*” haksız saldırıda bulunan kişinin icra ettiği fiildir. Dolayısıyla meşru savunmada saldırganın saldırı fiiline, failin karşılık vermesi, haksız tahrik kurumundaki tepki fiiline karşılık gelmez; bu fiil meşru savunmanın koşulu olan zorunlu savunma fiilidir.⁸⁵⁴ Bu nedenle haksız tahrikle meşru savunmanın aynı olayda birlikte uygulanma olanağı yoktur.

Bir diğer görüşe göre haksız tahrikle meşru savunma nitelik bakımından birbirinden farklı iki ceza hukuku kurumudur.⁸⁵⁵ Her ne kadar bu iki kurum, faile veya üçüncü kişiye ait bir hakka yönelen haksız bir fiilin varlığı konusunda ortak özellik⁸⁵⁶ taşısalar da, hukuki şartları ve nitelikleri farklı olduğundan somut olayda biri diğerini ortadan kaldıracaktır.⁸⁵⁷ Öğretide haksız tahrikin ve meşru savunmanın taşıdıkları farklı özellikler gösterilerek aynı olayda birlikte uygulanmalarının mümkün olmadığı savunulmuş, bu farklar şu şekilde açıklanmıştır:

Öncelikle haksız tahrikle meşru savunma, dayandıkları esas bakımından farklıdır. Buna göre, haksız tahrik kurumu, haksız bir saldırı nedeniyle iradesi zaafa uğrayan failin kusurluluğunu azaltan sübjektif bir nedene dayanırken; meşru savunma, saldırı fiiline yani objektif bir nedene dayanır.⁸⁵⁸ Dolayısıyla meşru savunma

⁸⁵⁴ EREM, Haksız Tahrik, s. 647.

⁸⁵⁵ GÜRELLİ, s. 341.

⁸⁵⁶ ZAFER, Genel Hükümler, s. 332; ERMEYDAN, İdris, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Bahar 2014, s. 149.

⁸⁵⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 297.

⁸⁵⁸ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 424; AYIK, s. 100; ABBAN, s. 93; GÜRELLİ, s. 342; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 298.

durumunda failin savunma fiilini heyecan etkisinde veya soğukkanlılıkla işlemesi önem arz etmez.⁸⁵⁹

Bu iki kurum arasında var olan diğer fark; failin fiili işlediği zamana ve savunma fiilinin zorunluluğuna ilişkindir. Meşru savunmada fail, gerçekleşen,⁸⁶⁰ gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırıdan başka türlü kurtulma imkanı olmadığı için⁸⁶¹ “*derhal*” hakkını savunma zorunluluğu altındayken;⁸⁶² haksız tahrikte sona eren saldırı fiiline failin herhangi bir tepki gösterme zorunluluğu olmadığı gibi,⁸⁶³ bir tepki gösterirse de bunu saldırı bittikten sonra gösterecektir.⁸⁶⁴ Zira failin fiilini gerçekleştirme anı iki kurumun arasındaki önemli farklardan biridir. Diğer yandan meşru savunmada kanun koyucu madde metninde saldırı ile savunma arasında oran bulunması şartına yer vermişken, haksız tahrik açısından öğretide orana ilişkin bir tartışma var olmakla birlikte, TCK m. 29’da tahrik fiiliyle tepki fiili arasında oran arandığına dair bir ifade yoktur.⁸⁶⁵

⁸⁵⁹ TANER, s. 444.

⁸⁶⁰ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, meşru savunmanın düzenlendiği hükümde “*gerçekleşen*” ifadesinin kullanılması uygun değildir. Çünkü bu ifade saldırının gerçekleşmiş ve sona ermiş olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Bu nedenle, “*gerçekleşen*” ifadesi yerine “*gerçekleşmekte olan*” ifadesinin kullanılması daha uygun olacaktır. ÖZBEK vd., Genel Hükümler, s. 314.

⁸⁶¹ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 47.

⁸⁶² TANER, s. 444.

⁸⁶³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 301; ZAFER, Genel Hükümler, s. 332; ERMEYDAN, s. 149.

⁸⁶⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 856; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 479; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 297.

⁸⁶⁵ ÇAM, s. 74.

Haksız tahrikle meşru savunma arasındaki önemli farklardan biri de failin işlediği fiilin niteliği açısındandır. Buna göre, haksız tahrikte fail, haksız bir fiil nedeniyle iradesi etkilenmiş ve bir tepkide bulunarak hukuka aykırı bir fiil yani suç işlemiştir. Ancak meşru savunma halinde fail, maruz kaldığı haksız saldırı neticesinde kanunda suç sayılan bir fiili gerçekleştirmiş olsa da, bu fiile hukuk düzeni izin verdiği için hukuka aykırılık gerçekleşmemiş, yani suç oluşmamış olduğundan,⁸⁶⁶ faile ceza verilemeyeceği gibi, başka bir hukuk dalının yaptırımını da uygulanamaz.⁸⁶⁷ Nitekim CMK m. 223'te meşru savunma, beraat kararı verilen hallerden biri olarak sayıldığından, meşru savunma halinde failin cezalandırılması mümkün değildir ve ceza verilmeyen birinin cezasından indirim yapmak söz konusu olamayacağı için,⁸⁶⁸ iki kurum birlikte uygulanamaz.

Açıklanan bu nedenlerden ötürü meşru savunmayla haksız tahrik bir arada uygulanamaz. Bu yüzden haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olduğu görüşüne katılmamaktayız. Fakat somut olayda haksız tahrikle karşılaşan fail, gösterdiği tepki fiili nedeniyle tahrik fiilini gerçekleştiren kimseyi meşru savunma durumuna sokabilir.⁸⁶⁹ Bu durumda tahrik fiilini gerçekleştiren kişi meşru savunma hükmünden faydalanır; çünkü kişinin kendisinin sebep olduğu haksız tahrik halinin varlığına rağmen meşru savunma hükmünden yararlanmasına kanun herhangi bir yasaklama

⁸⁶⁶ **ŞAHİN**, Mehmet, “*Yasal (Meşru) Savunma*”, TBBD, S. 75, 2008, s. 288; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 126.

⁸⁶⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 345.

⁸⁶⁸ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 241; AÇIKGÖZ, s. 122.

⁸⁶⁹ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 432; YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 318; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 478.

getirmemiştir.⁸⁷⁰ Ayrıca meşru savunma hakkını kullanan kişinin gerçekleştirdiği savunma fiillerinin saldırıda bulunan açısından haksız tahrik oluşturduğundan da söz edilemez.⁸⁷¹

Somut olayda meşru savunmanın şartları bulunduğu takdirde haksız tahrikin uygulanmasından söz edilemez. Fakat olayda fail, meşru savunmaya neden olan haksız bir saldırı bulunmadığı halde, saldırının varlığı konusunda hataya düşmüş ve saldırının bulunduğu zannıyla hareket ederek savunma fiilini gerçekleştirmişse bu takdirde fail hakkında meşru savunma mı yoksa haksız tahrik mi uygulanacaktır? Söz gelimi, ormanlık bir alanda elinde av tüfeği olan bir kimsenin esasında failin arkasında bulunan tavşana nişan almasına rağmen fail kendisine nişan alındığını zannederek savunma fiilini gerçekleştirdiği veya trafikte tartıştığı sürücünün öfkeli biçimde silah olduğunu zannettiği bir nesneyle yanına geldiğini gören failin, diğer sürücünün kendisine saldıracağı zannıyla kendisini savunmak amacıyla karşısındakine ateş ederek öldürdüğü fakat saldıracağını zannettiği kişinin elinde silah değil telefon bulunduğu olayda fail meşru savunma hükmünden faydalanacak mıdır? Yani mefruz meşru savunma adı verilen bu durumda fail hakkında meşru savunma hükmü mü yoksa haksız tahrik hükmü mü uygulanacaktır? Öğretide genel olarak, olayda hukuka aykırılığı kaldıran bir neden bulunmadığı halde failin bu nedenin bulunduğu kanısını taşıdığı durumlarda, bazı koşulların bulunması kaydıyla hukuk düzeninin failin yanılmasına değer tanıdığı kabul edilmiştir.⁸⁷² Buna göre, fail, saldırı fiilinin

⁸⁷⁰ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 232.

⁸⁷¹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 125.

⁸⁷² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 283.

gerçekleştigi konusunda esaslı hataya düştüğü takdirde bu hatasından faydalanır ve sanki gerçekten haksız bir saldırıya maruz kalmış gibi meşru savunma hükmünden yararlanır. Fakat bu hatası esaslı değilse, diğer bir deyişle fail kaçınılabılır bir hataya düşmüşse bu takdirde meşru savunma hükmünden yararlanamayacaktır.⁸⁷³ Failin hatası esaslı olmadığı halde olayda haksız bir saldırı da bulunmadığından haksız tahrikin bulunduğundan da söz edilemeyecektir.

Bir olayda iki kurumun birlikte uygulanması mümkün olmadığına göre, hangisinin uygulanacağına karar verilirken dikkat edilmesi gereken noktalar, savunmanın zamanı ve savunmada bulunmanın zorunlu olup olmadığıdır.⁸⁷⁴ Yargıtay uygulamasına bakıldığında, bu ölçütün tayin edilemediği karşılıklı saldırıların olduğu bir durumda, ilk saldırının kimden geldiğinin belirlenememesi halinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca iki tarafın da meşru savunmadan yararlanmasının hakkaniyete uygun olmadığı, bunun yerine sanıklar lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindedir.⁸⁷⁵

⁸⁷³ İÇEL, Genel Hükümler, s. 313.

⁸⁷⁴ EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, s. 604.

⁸⁷⁵ “İlk silahla saldırıyı başlatanın belli olmaması nedeniyle tüm sanıklar hakkında haksız tahrike ilişkin hükmün uygulanması gerekir...” **Yargıtay 1. CD’nin** 10.11.2010 tarih, 2010/2481 E., 2010/7378 K. sayılı kararı. “Kasten yaralamaya teşebbüs suçunda olay günü tesadüfen karşılaşan ve aralarında husumet bulunan sanığın mensup olduğu aile ile mağdurun mensup olduğu aile arasında sanık ve mağdurunda katıldığı tartışma sonrasında sanık ve her iki aileye mensup kişilerin evlerine giderek ellerine geçirdikleri av tüfekleri ile birbirlerine doğru uzak mesafeden ateş ettikleri olayda, tartışmayı ve ilk olarak av tüfeği ile atışı hangi tarafın başlattığının kesin olarak belirlenememesi karşısında sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir.” **Yargıtay 1. CD’nin** 21.3.2011 tarih, 2011/526 E., 2011/1651 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 22.06.2016.

3. Meşru Savunmada Sınırın Aşılması Hali ile Haksız Tahrik İlişkisi

Meşru savunmada, saldırıya karşı yapılan savunma, yasanın çizdiği sınırlar içinde kaldığı sürece meşru sayılacaktır; bu sınırların ötesine geçen fiiller savunma zarureti aştığından meşruiyetini yitirecektir.⁸⁷⁶ TCK m. 27’de düzenlenen sınırın aşılması hali, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler ve meşru savunma sınırının aşılması durumları için iki fıkra halinde düzenlenmiştir.⁸⁷⁷ Maddenin ilk fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde⁸⁷⁸ sınırın aşılması hali düzenlenirken; meşru savunmada sınırın aşılması hali ikinci fıkra da düzenlenmiştir.

Konumuzu ilgilendiren hüküm olan m. 27/2’ye göre, meşru savunmada sınırın aşılması halinde fail, içine düştüğü korku, heyecan veya telaş nedeniyle davranışlarını kontrol yeteneğini kaybettiğinden kusurlu sayılamayacaktır. Netice olarak burada

⁸⁷⁶ ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma, s. 156.

⁸⁷⁷ TCK m. 27 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur. (2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.”

⁸⁷⁸ Öğretide bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, madde metninde her ne kadar “Ceza sorumluluğunu kaldıran” nedenlerde sınırın aşılmasından söz edilse de, burada asıl olarak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hali düzenlenmektedir. Çünkü, söz konusu madde hem sistematik olarak hukuka uygunluk nedenlerinin hemen ardında yer almakta hem de ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler yapı ve nitelik açısından sınırın aşılmasına müsait değildirler. Bu sebeple TCK m. 27’de düzenlenen sınırın aşılması hali hukuka uygunluk nedenlerine ilişkindir. KOCA, s. 146.

belirleyici olan, failin psikolojisidir⁸⁷⁹ ve bu durum haksız tahrikin esasıyla benzerlik gösterir.⁸⁸⁰

Meşru savunmada sınırın aşılması, savunmanın zamanı veya niteliği/ölçüsü bakımından aşırı olması durumunda söz konusu olan bir haldir. Bu bakımdan fail, saldırıyı defedecek ölçüden daha fazla kuvvet kullanırsa (söz gelimi saldırganı yaralayarak kurtulma imkanı olmasına rağmen içinde bulunduğu koşullar nedeniyle öldürmesi durumunda) veya henüz başlamamış ya da bitmiş bir saldırı olmasına rağmen failin korku, telaş veya heyecan etkisine kalarak saldırının başladığı veya bittiği zannıyla savunma hareketlerini gerçekleştirirse meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olacaktır.⁸⁸¹ Kanun böyle bir durumda faile ceza verilmeyeceğini öngörür.⁸⁸²

Meşru savunmada sınırın aşılması haliyle haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, meşru savunmada sınırın aşılması hali, meşru savunmanın şartlarını taşımakla birlikte saldırının savunmayla orantılı olması veya saldırıyla savunmanın eş zamanlı olması şartlarının mevcut

⁸⁷⁹ ERMEYDAN, s. 152.

⁸⁸⁰ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 232.

⁸⁸¹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 333, 334.

⁸⁸² “Kız kardeşinin kocası olan sanıkla uzun zamandan beri husumet bulunan maktulün, omzunda av tüfeği, elinde tabanca olduğu halde, saat 18.00 sıralarında, araçla eşi ve çocuğu ile birlikte evine gitmekte olan sanığın önüne çıktığı, tabanca ile sanığa ateş etmeye başladığı, maktulün elindeki tabancanın kurusıkı olduğunu bilmeyen sanığın, meşru savunma koşulları içinde, mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaşa kapılarak, araçta bulunan kayınpederine ait ruhsatsız tabancayı aldığı, araçtan indiği, önce havaya, daha sonra da silahlı saldırının devamı sırasında, silah ile maktule iki el ateş ettiği, bu atışlar sonucu...maktulün öldüğü olayda; 5237s. Yasanın 27/2. Maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine...” **Yargıtay 1. CD’nin** 21.12.2006 tarihli, 2006/7477 E., 2006/5899 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 215.

olmaması durumunda ortaya çıkan bir haldir. Haksız tahrikle meşru savunmanın bir arada uygulanmama nedeni burada da geçerlidir ve haksız tahrikle meşru savunmada sınırın aşılması bir arada uygulanabilen kurumlar değildir.⁸⁸³

Bu konuda ileri sürülen diğer görüşe göre, fail, meşru savunmada zaruretin tayin ettiği sınırı aşarsa, bu durumda faile ceza verilir ancak cezasından maruz kaldığı tahrik boyutunda bir indirim yapılması gerekir. Dolayısıyla bu iki kurum birlikte uygulanabilir.⁸⁸⁴Biz bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilkinde katılmaktayız. Çünkü Yargıtay'ın da bazı kararlarında belirttiği üzere meşru savunma olmadan savunmada sınırın aşılması mümkün olmayacaktır.⁸⁸⁵

Sınırın aşılmasında ilişkin dikkat edilmesi gereken, kişinin, meşru savunmada gerekli olan savunma sınırının, m. 27'de sayılan korku, telaş veya heyecan nedeniyle

⁸⁸³ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 603; ABBAN, s. 95.

⁸⁸⁴ TANER, s. 444.

⁸⁸⁵ "Meşru müdafaaadan söz edebilmek için; maddi mahiyette haksız bir saldırının bulunması, savunma ile saldırının hem zaman olması, savunmanın saldırının devamı sırasında olması, savunma ile saldırı arasında uygun oran bulunması gerekir... Meşru müdafaa halinde işlenen fiil hukuka uygundur. Bunun sebebini hukuk düzeninin hakkın tecavüze uğramasına izin vermeyeceği esasında aramak gerekir. Ancak; Failin karşılaştığı şartlarla münasip olmayan vasıtalarla kendini müdafaa etmesi veya saldırganı zararsız hale getirdikten sonra da müdafaa ve tepkilerinde ısrar edip sürdürmesi halinde zaruret sınırı aşılmış olur. Zaruret sınırının aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh halini de adil bir şekilde göz önünde tutmak lazımdır.", **Yargıtay CGK'nın** 26.3.1990 tarih, 1990/1-36 E., 1990/87 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1990-1-36.htm&kw=`1990/1-36`#fm>; "Savunmanın yasal savunma koşullarında başladığı, fakat ölçülülük ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle yasal savunmanın kabul edilmediği bu gibi durumlarda, "sınırın aşılması" söz konusu olabilmektedir. 'Sınırın aşılması' da 5237 sayılı TCY'nın 27. maddesinde "ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerden biri" olarak düzenlenmiştir...5237 sayılı TCY'nın 27. maddenin 2. fıkrasında, 'Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez' denilmek suretiyle, bu fıkranın uygulama alanı 'yasal savunma' ile sınırlandırılmıştır..." **Yargıtay CGK'nın** 5.10.2010 tarih, 2010/1-170 E., 2010/182 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2010-1-170.htm&kw=`2010/182`#fm>, E.T. 24.06.2016.

aşıp aşmadığıdır.⁸⁸⁶ Fail, korku, telaş veya heyecan gibi bir nedenle suç işlediğinde cezalandırılmazken; fail ilk saldırıdan kaynaklanan öfke veya üzüntü nedeniyle bir tepki suçu işlerse bu durumda haksız tahrik hükmü uygulanacak ve faile ceza verilecektir.⁸⁸⁷ Dolayısıyla burada sınırın aşılmasına neden olan heyecan halinin niteliği önem taşımaktadır. Bu hususun özellikle saldırı başlamadan önce başlayacağı zannıyla veya bittikten sonra tekrar edeceği zannedilerek yapılan aşırı savunma halinde göz önüne alınması gerekir.

Son olarak değinilmesi gereken husus, korku, telaş veya heyecan nedeniyle meşru savunma fiilinin sınırını aşan failin bu fiilinin meşru savunmanın sınırını aşan kısmı hukuka aykırı ise, bu durum, ilk haksız saldırıyı gerçekleştiren yani karşısındakini meşru savunma durumuna getiren kişi için haksız tahrik sayılabilecek

⁸⁸⁶ “Sanığın kardeşinin canına yönelik olarak iki üç metre mesafeden birden çok ateş eden ve halen silah saldırısı devam eden maktule karşı savunma koşulları içerisinde hareket edip mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan dolayı on kez ateş ederek meşru savunma sınırının anlaşılmasına göre, hakkında 5237 sayılı TCK’nın 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmemesi gerekirken ...” **Yargıtay 1. CD’nin** 9.4.2007 tarih, 2005/4811 E., 2007/2535 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2005-4811.htm&kw=`2007/2535`+#fm> E.T. 24.06.2016.

⁸⁸⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 333. “...kişinin maruz kaldığı saldırı sebebiyle içerisine düştüğü korku, telaş ve şaşkınlık dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, meşru müdafaa sınırının aşılmasından dolayı kusurlu sayılamayacağı kabul edilir. Dolayısıyla burada belirleyici olan, maruz kalınan saldırının kişiyi içerisine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira kişi, sırf maruz kaldığı saldırının etkisi altında, ‘heyecan, korku ve paniğe’ kapılarak meşru müdafaa sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşın; sırf saldırının etkisiyle değil de, saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi öfke ve gazap gibi sebeplerle sınırı aştığında ise aynı korumadan faydalanamayacaktır. Başka bir deyişle, sınırın aşılması konusunda failin o anda içerisinde bulunduğu ruh halini adil bir tarzda göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Yani failin niyeti, fiilin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir saldırının defedilmesinden ziyade, kin duygusunu tatmine yönelik ise meşru müdafaa sınırını aşma değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir.” **Yargıtay CGK’nın** 13.10.2015 tarih, 2013/808 E., 2015/314 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2013-808.htm&kw=haks%C4%B1z+tahrik+ve+savunmada+s%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1n+a%C5%9F%C4%B1mas%C4%B1#fm> E.T. 26.06.2016.

midir? Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir korku, telaş veya heyecandan kaynaklanması durumunda faile ceza verilmeyeceği CMK m. 223/3-c’de belirtilmektedir. Fakat kanaatimizce, savunma fiilini gerçekleştirirken kanunda belirtilen sınırı aşan kişinin bu fiilinin mazur görülebilecek bir nedene sahip olması, bu fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğinden, diğer bir anlatımla fiil hukuka aykırı olma niteliğini sürdürdüğünden, kanunda belirtilen sınırı aşan fiilin haksızlığı, ilk haksız saldırıyı gerçekleştiren kişi açısından tahrik fiilini oluşturabilir. Öğretide, aşırı savunma halinin aynı kişi ve aynı fiil bakımından haksız tahrik oluşturmayacağı⁸⁸⁸ kabul edilmekle birlikte burada taraflar değiştiği için bir taraf için aşırı savunma sayılan bir durumun diğer taraf için haksız tahrik sayılmasına engel yoktur.

C. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER İLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ

1. Takdiri İndirim Nedenleriyle Haksız Tahrik İlişkisi

765 sayılı Kanun’un 59. maddesinde “*Takdiri hafifletici sebepler*” başlığıyla düzenlenen bu kurum, 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir.⁸⁸⁹

⁸⁸⁸ AÇIKGÖZ, s. 109.

⁸⁸⁹ TCK m. 62: “(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altında birine kadar indirilir. (2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”

Takdiri indirim nedenleri, kanun tarafından belirlenmeyen, ancak hakim tarafından göz önünde tutulabilen bazı hususlar nedeniyle, failin cezasının belli oranlarda indirilmesini sağlayan ve kabulü veya reddine yine hakimın karar verebileceği nedenlerdir.⁸⁹⁰ TCK’da yer alan düzenlemeden anlaşılacağı üzere, cezadan indirim yapılmasını sağlayan takdiri nedenler belirli ve sınırlı değildir;⁸⁹¹ nelerin ya da ne gibi durumların takdiri indirim nedeni sayılacağı önceden belirlenemeyeceğinden hakimın takdirine bırakılmıştır.⁸⁹² Dolayısıyla genel niteliğe sahip olan ve her suç için uygulanma olanağı bulunan takdiri indirim nedenleri tarafların isteğine bağlı olmaksızın resen belirlenecek ve uygulanacaktır.⁸⁹³ Sonuç olarak hakim somut olayın özelliklerine uygun olarak hareket edecek ve mevcut olduğu kanaatine vardığı bir nedenden ötürü failin cezasından indirim yapabilecektir.

Aynı suçu işleyen ve aynı şartlara sahip bulunan faillerden her birinin kişilik özellikleri ve yetiştikleri sosyal çevre gibi sahip oldukları özel durumların göz önünde bulundurularak ceza tayin edilmesi, diğer bir anlatımla cezanın failin bütün özellikleri dikkate alınarak en uygun cezanın belirlenmesi olarak da adlandırılan “*cezanın bireyselleştirilmesi*” takdiri indirim nedenleri ile gerçekleştirilebilecek bir

⁸⁹⁰ AÇIKGÖZ, s. 122.

⁸⁹¹ ÇAĞLAYAN, s. 33. Ancak HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN’e göre, kanunda iki fıkra halinde düzenlenen bu nedenlerin neler olduğu ikinci fıkra da sayılmış ve öğretide çoğunlukça benimsenen görüşün aksine sınırlandırılmıştır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 370.

⁸⁹² EREM, Faruk, “*Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler*”, AÜHFD, C. III, S. 2-4, 1946, s. 360.

⁸⁹³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Ceza Hukukuna Giriş, s. 568.

faaliyettir.⁸⁹⁴ Dolayısıyla, takdiri indirim nedenlerinin dayandığı hukuki esas, cezanın bireyselleştirilmesi amacına yönelik olarak hakim, failin ve olayın özelliklerini dikkate alarak daha adil bir cezaya hükmedebilme serbestisine sahip olmasıdır.⁸⁹⁵ Madde düzenlemesinde nelerin takdiri indirim sebebi sayılacağı sınırlandırılmamış, bu konuda hakime bir takdir serbestisi verilmiş olmakla birlikte, suçun kurucu unsurları veya kanunda suçun nitelikli unsuru sayılan unsurlar ya da kanuni indirim nedenleriyle birlikte kanunun amacına aykırı düşen nedenler takdiri indirim nedeni sayılamaz.⁸⁹⁶

Takdiri indirim nedenlerindeki kadar olmasa da haksız tahrikte de faile karşı yapılan fiilin tahrik niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda hakim takdir hakkı vardır; ancak bu hak sınırsız değildir. Birkaç ortak noktası bulunan bu iki ceza hukuku kurumunun uygulamada birbirine karıştırıldığı durumlara rastlanmaktadır. Bunun nedenleri; her iki kurumun da cezanın indirilmesi sonucunu doğuran genel hafifletici neden olması,⁸⁹⁷ her iki kurumda da farklı oranlarda da olsa hakim takdir hakkından söz edilmesi ve haksız tahrik sayılan hareketin sahip olduğu nitelik itibarıyla takdiri indirim nedeni sayılabileceğinin kabul edilmesidir.⁸⁹⁸ Ancak genel olarak bakıldığında haksız tahrik, failin karşılaştığı bir fiil nedeniyle suç işleme kararını kolaylaştıran sübjektif bir nedendir ve şartları bulunduğu takdirde hakim haksız tahrik dolayısıyla

⁸⁹⁴ ÜNSAL, Levent, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCK m. 59”, YD, C. 28, S. 4, Ekim 2002, s. 626-634.

⁸⁹⁵ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 441; ÇAĞLAYAN, s. 33.

⁸⁹⁶ EREM, Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler, s. 361; BİRTEK, Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler- Temel Bilgiler, B. 3, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 355, 356.

⁸⁹⁷ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 242.

⁸⁹⁸ AYIK, s. 103; GÜRELLİ, s. 342; ARTUK/YENİDÜNYA, s. 518.

failin cezasından indirim yapmak zorundadır.⁸⁹⁹ Takdiri indirim nedeni ise sanığın suçtan sonraki davranışları, kişilik özellikleri, cezanın failin geleceğine etkisi gibi faille ilişkin özelliklerin dikkate alındığı ve cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan nedenlerdir. Somut olayda hakim bir durumu takdiri indirim nedeni sayarak cezadan indirim yapma zorunluluğu yoktur.⁹⁰⁰ Bunun yanında, hakim, haksız tahrik oluşturmadığına kanaat getirdiği bir fiilin takdiri indirim nedeni sayılması gerektiğine karar verebilir.⁹⁰¹

Öğretide bu iki kurumun birbirinden farklı niteliklere sahip olduğu ve somut olayda birlikte uygulanabilme imkanının bulunduğu genel olarak kabul görmektedir.⁹⁰² Nitekim TCK m. 61/5 hükmünde de bu husus belirtilmiştir. Fakat somut olayda aynı fiil hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni sayılarak failin

⁸⁹⁹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 242; TUTUMLU, s. 65.

⁹⁰⁰ AÇIKGÖZ, s. 124.

⁹⁰¹ “Başkaca tahrik edici söz ve eylem sergilenmeden, istediği elli bin lira yerine verilen beşbin lirayı iade etmekten ibaret eylemin TCY.nın 51/1. maddesinde tanımını bulan “gazap ve şedit elem yaratacak haksız tahrik” sayılması mümkün olmadığı halde maktûlün takdiri indirim sebebi sayılabilecek bu yöndeki davranışının tahrik olarak kabulü...” **Yargıtay 1. CD’nin** 30.10.1995 tarih, 1995/2749 E., 1995/3060 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1995-2749.htm&kw=`1995/3060`+`#fm`>, E.T. 2.9.2016.

⁹⁰² DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 427; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 479; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 311. “Gerek mahkemenin kabulü ve gerekse Özel Dairenin her iki bozmasında müşterek nokta; maktulden gelen haksız hareketin sadece ağaç fidanı kesmekten ibaret olmayıp, aynı zamanda hakaretin de vaki olması halidir. Bunların her birinin ayrı ayrı bir azaltıcı nedene yol açacağından duraksamaya yer bulunmamaktadır. İlk bozmada “Bu haksız hareketler” biçimindeki niteleme, haksız hareketleri teke indirecek değildir. Başka bir deyişle, ağaç fidanı kesmek, başlı başına takdiri tahfife yol açacağı gibi, ağacın kesilmesinin sebebinin sorulması üzerine, vuku bulan hareketin de adi tahriki oluşturacağı doğaldır.” **Yargıtay CGK’nın**, 13.10.1980 tarih, 1980/16258 E., 1980/319 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1980-16258.htm&kw=`1980/16258`+`#fm`>, E.T. 30.06.2016.

cezasından indirim yapılamaz.⁹⁰³ Bu durumun “iki kere değerlendirme yasağına” aykırılık teşkil etmesi yanında, ayrıca haksız tahrikin bütün şartlarının mevcut olması halinde bunun takdiri indirim nedeni sayılması hukuken doğru değildir.⁹⁰⁴ Zira cezayı azaltıcı yasal bir neden, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemez.⁹⁰⁵

Ancak, arabasına taş atanı yaralayan failin yaraladığı kişiyi hastaneye götürmesi ve tedavi masraflarını ödemesi, daha sonra da polise teslim olması örneğinde olduğu gibi aynı olayda farklı sebeplere dayanılarak haksız tahrik ve takdiri indirim nedeni birlikte uygulanabilir.⁹⁰⁶ Bunun sonucunda TCK m. 61’deki sıralamaya göre; somut olayda haksız tahrikin şartları varsa önce tahrik indirim yapılacaktır; daha sonra da varsa takdiri indirim nedenleri uygulama alanı bulacaktır.⁹⁰⁷

2. Tasarlama ve Haksız Tahrik İlişkisi

Taammüt (5237 sayılı TCK’daki ifadesiyle tasarlama) 765 sayılı TCK’da adam öldürme (m. 450/4) ve müessir fiil (m. 457/2) suçlarının ağırlaştırıcı sebebi kabul edilmiş, ancak tanımı yapılmamıştır.⁹⁰⁸ 5237 sayılı TCK’da da tasarlama kasten adam

⁹⁰³ ARTUK/GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 511; GÜRELLİ, s. 342.

⁹⁰⁴ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 427; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 311. Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususu vurgulayarak “yalnız bir sebep hem kanuni hem de takdiri tahfif sebebi ittihaz edemez” şeklinde karar vermiştir. **Yargıtay 4. CD’nin** 9.9.1933 tarih, 1933/6810 K. sayılı kararı. Bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 511.

⁹⁰⁵ ÜNSAL, s. 636.

⁹⁰⁶ GÜRELLİ, s. 342; ABBAN, s. 111; ARTUK/ YENİDÜNYA, s. 518.

⁹⁰⁷ EKER KAZANCI, s. 1341.

⁹⁰⁸ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 288.

öldürme suçunun nitelikli halleri (m. 82/1-a) arasında sayılmış ancak yine bir tanım yapmaktan kaçınılmıştır. Her iki kanun düzenlemesinde de tasarlamanın tanımını yapmamayı tercih eden kanun koyucu, bu görevi öğretiye ve yargı kararlarına bırakmıştır.⁹⁰⁹ Önceki kanun döneminde öğretide, taammüt yerine tasarlama ifadesini kullanan yazarlar bulunmakla birlikte bu yazarlar tasarlamanın taammüt ifadesini tam karşılamadığı, taammüdün sadece bir yönüne işaret ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹¹⁰ Tasarlama kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda uzlaşma sağlanamamış ve bu nedenle konuya ilişkin birden fazla tanım yapılmıştır. Öğretide tasarlama, *“işlenmesi kast edilen suçun işlenmesinden önce belli bir süre düşünülerek bu düşünce doğrultusunda gerçekleştirilen öldürme”*⁹¹¹ şeklinde veya *“failin suç işleme kararını aldıktan sonra suçun işlenmesine kadar geçen zaman içerisinde düşünüp taşınması, bu kararını gerçekleştirmek için plan kurması ve bu plan gereğince hareket etmesi”*⁹¹² olarak tanımlanmıştır. YCGK ise vermiş olduğu bir kararda tasarlamayı, *“failin suç işleme niyetinde sebatla, şartsız olarak karar vermesi, bu karardan ulaştığı ruhi sükunete rağmen vazgeçmeyip kararını ısrarla ve bu akış içinde icraya başlaması”* şeklinde tanımlamıştır.⁹¹³

⁹⁰⁹ ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 27.

⁹¹⁰ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 136.

⁹¹¹ AYGÜN, A. Nevzat, “Muhtelif Kast ve Saikle Adam Öldürme Cürümleri”, AD, Y. 79, S. 1, Ocak-Şubat 1988, s. 26.

⁹¹² ARTUK/YENİDÜNYA, s. 512.

⁹¹³ **Yargıtay CGK’nın** 26.9.1995 tarih, 1995/1-233 E., 1995/258 K. sayılı kararı. Bkz. **HAKERİ**, Hakan, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 219.

Tasarlamanın tanımında ve unsurlarında uzlaşma olmadığı gibi, tasarlama ile haksız tahrikin birlikte uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da uzlaşma sağlanamamıştır.⁹¹⁴ Haksız tahrikin ağırlaştırıcı bir neden olan tasarlama ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağı sorununun çözümü, öğretide tasarlama ile ilgili ileri sürülen görüşlerden hangisinin benimsendiğiyle alakalı olarak değişmektedir.⁹¹⁵ Öteden beri konuya ilişkin birçok ölçüt ileri sürülmüşse de tasarlama genel olarak üç ölçüt altında incelenmektedir.⁹¹⁶ Bunlar: “*teemmül (kronolojik) ölçüt*” “*soğukkanlılık ölçütü*” ve “*plan kurma tasarlama ölçütü*” dir.

Teemmül ölçütü (kronolojik ölçüt), bir suçun tasarlayarak işlendiğini kabul edebilmek için, failin suç işleme kararı ile bu kararı gerçekleştirmesi arasında bir zaman aralığının bulunması şartını arar. Teemmül bir işi ayrıntılarıyla düşünme, düşünüp taşınma hesap etme anlamına gelir.⁹¹⁷ Teemmül ölçütüne göre failin cezasının ağırlaştırılma nedeni; failin suç işleme kararıyla bu kararı gerçekleştirmeye kadar geçen zaman aralığında işleyeceği suçun kötülüğünün farkında olup, bu suçu gerçekleştirmekten vazgeçme imkanına sahip olmasına rağmen yine de bu imkanı kullanmaması ve ruhundaki kötülüğü ortaya çıkarıp suçu işlemesidir.⁹¹⁸

⁹¹⁴ EREM, Haksız Tahrik, s. 648; GÜRELLİ, s. 341.

⁹¹⁵ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 292; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 604.

⁹¹⁶ Diğer teoriler ve eleştirisi için bkz. **EREM**, Faruk, “*Taammüd*”, AÜHFD, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 16-19; HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları, s. 219, 220.

⁹¹⁷ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 22.09.2016.

⁹¹⁸ ÖNDER, s. 290.

Tasarlamada teemmül ölçütü esas alındığında haksız tahrikle tasarlamanın bir arada uygulanabilmesi mümkündür.⁹¹⁹ Zira teemmül ölçüsü kabul edildiğinde tasarlamanın karar ile icarı arasında uzun bir zaman geçmesi gereklidir. Bu zaman diliminde failin iradesinde haksız fiil nedeniyle meydana gelen hiddet veya şiddetli elem etkisini sürdürdüğü müddetçe haksız tahrikle tasarlamanın birlikte uygulanması mümkündür. Ancak dikkat edilmesi gereken husus tahrik fiilinden kaynaklanan öfke veya üzüntünün etkisini bu düşünüp taşınma süresinde yitirmemesi gerektiğidir. Sonuç olarak fail, suç işleme kararıyla bu kararın uygulanması arasında geçen sürede fail haksız fiilin meydana getirdiği heyecan etkisinde hareket etmiş ve bu heyecan suçun işlenmesi anına kadar devam etmişse failin cezası önce tasarlama nedeniyle arttırılacak, daha sonra da tahrik nedeniyle cezası indirilecektir (TCK m. 61/1).⁹²⁰

Soğukkanlılık teorisine göre, bir suçun tasarlama suretiyle işlendiğinden söz edebilmek için; failin suç işleme kararını verdiği an ile harekete geçtiği an arasında bir zaman aralığının bulunması ve failin suçun işlenmesi sırasında soğukkanlılıkla hareket etmesi gerekir.⁹²¹ Soğukkanlılık teorisini savunan yazarlara göre; “*taammüden adam öldüren şahısta anormal bir ‘soğukkanlılık’ müşahade edilmektedir. Başkasını öldürürken hiçbir heyecan duymamış olması ondaki kötülüğün delilidir.*”⁹²² Tasarlama konusundaki en eski teorilerden biri sayılan bu görüş, Yargıtay’ın birçok kararında benimsenmiş olsa da,⁹²³ öğretide soğukkanlılığın hukuki değil psikoloji bilimine

⁹¹⁹ Aksi yönde görüşe göre bkz. EREM, Taammüd, s. 28.

⁹²⁰ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 136.

⁹²¹ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 290.

⁹²² EREM, Taammüd, s. 16.

⁹²³ “*Tasarlama ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı ise de, Yargıtayımızın duraksamasız uygulamalarına göre, failin*

ilişkin bir kavram; bir mizaç meselesi olduğu, irade ile ilgisinin kurulamayacağı, failin sahip olduğu kişilik yapısından ötürü cezasının ağırlaştırılmasının modern ceza hukukunun benimsediği ilkelere aykırı olduğu ve failin ani kastla da bir suç soğukkanlı şekilde işleyebileceğinden, tasarlama bu ölçütün kabul edilmesinin adalete uygun olmadığı şeklinde eleştirilmiştir.⁹²⁴

Soğukkanlılık teorisinin benimsenmesi durumunda haksız tahrikle tasarlamanın birlikte uygulanması mümkün değildir. Zira haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için, failin haksız fiil nedeniyle hiddet veya şiddetli üzüntü etkisinde kalması ve bu etki devam ederken suç işlemiş olması gerekir. Ancak tasarlama, failin suç işlerken soğukkanlı, yani tam bir ruhi sükunet içinde olmasını aradığından, burada tahrikle tasarlama birbirine zıt iki ayrı psikolojik durumu ifade eder.⁹²⁵ Yargıtay

bir kimseye karşı beli bir suçu işlemeye sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, işlemeyi niyet ettiği suçu işlemekten önce, soğukkanlı ve sükunetle düşündükten sonra ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip, ısrarla ve bu akış içerisinde fiilini icraya başlaması halinde tasarlama (taammüt) söz edilebilir.” Yargıtay CGK’nın 03.12.2002 tarih, 2002/1-247 E., 2002/414 K. sayılı kararı. Bkz. MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Madde 81-124), B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 52. “Suçun taammüden işlendiğinin kabulü için, sanıkta suç işleme kastının oluşmasıyla, tasarladığı eylemi icra arasında, makul bir sürenin geçmesi, iradenin sebatlı ve ısrarlı bulunması ve bundan dolayı da sakin ve soğukkanlı hareket etmesi zorunludur.” Yargıtay 1. CD’nin 29.05.2007 tarih, 2007/5978 E., 2007/4231 K. sayılı kararı. Bkz. YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2656.

⁹²⁴ ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 14, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 88; ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, M. Nihat / DOĞAN, Koray/ BACAĞSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 7, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 116.

⁹²⁵ GÜR, İzzet, “Adam Öldürme Suçlarında Tahrikle Taammüt Birleşebilir mi?” İleri Hukuk Mecmuası, S. 6, Aralık 1945, s. 18; TANER, s. 447.

özellikle önceki kanun döneminde soğukkanlılık teorisini benimsemesine⁹²⁶ rağmen tahrikle tasarlamanın birlikte uygulanabileceği yönünde kararlar vermiştir.⁹²⁷

Plan kurma teorisine göre, tasarlama, failin suç işlemeye karar verdikten sonra, icra hareketlerine başlayıncaya kadarki zaman aralığında suçu nasıl işleyeceği hususunda plan kurmasıdır. Gerçekten bu teoriye göre, fail, suç işlerken öfke, acıma veya üzüntü gibi bir duygu hissetmediği için değil; suçu hangi vasıta ile ne şekilde işlerse en kolay ve en kesin sonuca ulaşacağı, mağduru savunmasız bırakmak ve mümkünse yakalanmamak için neler yapması gerektiği konularında düşünmesi ve bir plan yaparak bu plan doğrultusunda suç işlemesi durumunda daha ağır ceza ile cezalandırılacaktır.⁹²⁸ Çünkü fail, hem yaptığı hazırlık sonucu ulaşmak istediği neticeye ulaşma şansını artırmaktadır, hem de suç işleme kararıyla harekete geçme anı arasında suçu planlamaya devam ederek suçtan dönmekte ısrar etmiştir.⁹²⁹ Plan

⁹²⁶ “Uygulamada ise Yargıtay’ın genelde tasarlama soğukkanlılık teorisinden yana olduğu; bununla beraber olayın özelliklerine göre bazı hallerde plân kurma teorisini (C.G.K. 11.2.1985; 277/75, 25.1.1980 528/29) benimsediği gibi bazı halde karma görüşü (C.G.K. 12.12.1983, 299/398, 18.12.1978, 426/488 gibi) benimsenmiş olduğu görülmektedir.” **Yargıtay CGK’nın** 11.11.1985 tarih, 1985/358 E., 1985/567 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1985-358.htm&kw=`1985/358`#fm>, E.T. 14.07.2016.

⁹²⁷ “Sanık Ali’nin kız kardeşi ile gayrimeşru bir hayat yaşayan ve cinsel ilişkide bulunan maktulün, bir süre sonra o kadını çocuğun olmuyor seni boşadım diyerek terkle babası evine göndermesi üzerine, sanığın maktulü taammüden öldürdüğü tüm dosya kapsamı ve mevcut delillerle anlaşılmış olmasına göre, maktulden sadır olan ve taammüden öldürme suçuna neden teşkil eden haksız hareketin bu suçu bakımından sanık lehine TCK.nun 51/1. maddesinin uygulanmasını gerektirir adi tahriki oluşturacağının düşünülmemesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 4.6.1985 tarih, 1985/1660 E., 1985/2522 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1985-1660.htm&kw=`1985/2522`+`#fm`>, E.T. 14.07.2016.

⁹²⁸ **ERMAN**, Sahir/ **ÖZEK**, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm- Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490), Dünya Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 42.

⁹²⁹ EREM, Taammüd, s. 18.

kurmaktan kasıt, işlenmek istenen suçun en ince detayına kadar düşünülmesi değil, ana hatlarıyla bir plan yapılmasıdır.⁹³⁰ Öğretide plan kurma teorisinin tasarlama kurumunu daha iyi açıkladığı savunulmaktadır.⁹³¹

Plan kurma teorisinin benimsenmesi halinde, haksız tahrikle tasarlama somut olayda birlikte uygulanabilir. Çünkü kanun koyucu haksız tahrik altında suçun işlendiğinden söz edebilmek için tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir zaman sınırlaması öngörmemiştir ve bu zaman aralığında fail pekâlâ maruz kaldığı tahrik fiili nedeniyle suç işleme kararı alıp bu karar doğrultusunda suçu nasıl işleyeceği planını kurabilir.⁹³² Fail, haksız tahrik altındayken suç işleme kararı vermiş ve bu karara ilişkin plan yapıp suçu bu plan doğrultusunda işlemişse, TCK m. 61 uyarınca önce tasarlama nedeniyle cezası arttırılacak daha sonra haksız tahrik nedeniyle bu cezadan indirimine gidilecektir (TCK m.61/4).⁹³³

⁹³⁰ **CENTEL**, Nur/ **ZAFER**, Hamide/ **ÇAKMUT**, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, B. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 41. “*Sanıklar Uğur, Serdal, Nürettin ve Mikayil hakkındaki mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak; sanıkların adam öldürme suçunu işleyeceklerine ne zaman karar verdikleri ve suçu çok önceden planlayıp planlamadıkları anlaşılamamakla birlikte suç yerine hazırlıklı gelmek suretiyle kararlılıklarını gösterdikleri olayda sanıklara yoğunlaşmış kasıtları sebebiyle asgari haddten uzaklaşarak...suçu tasarlayarak işlediklerinden bahisle yazılı şekilde fazla ceza tayini*” **Yargıtay 1. CD’nin** 06.06.2006 tarih, 2006/3341 E., 2006/2391 K. sayılı kararı. Bkz. **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, C. II, s. 2656.

⁹³¹ **DÖNMEZER**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, B. 15, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998 s. 47; **ÖZBEK** vd. Özel Hükümler, s. 116; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 89; **TEZCAN**, Durmuş /**ERDEM**, M. Ruhan/**ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 156; **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 57.

⁹³² **DÖNMEZER/ERMAN**, C. II, s. 292, 293; **EREM**, Taammüd, s. 28; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 424; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 503; **DEMİRBAŞ**, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 49; **ABBAN**, s. 100.

⁹³³ **AYDIN**, Haksız Tahrik, s.136.

Uygulamada, Yargıtay'ın yukarda sayılan ölçütleri birleştirerek, karma görüş çerçevesinde tasarlama kurumunun şartlarını tartıştığı görülür.⁹³⁴ Yargıtay, bu kararlarında haksız tahrikle tasarlamanın birlikte uygulanabileceğini kabul etmiştir.⁹³⁵

D. HAKSIZ TAHRİK VE İŞTİRAK İLİŞKİSİ

İştirak, kanuni tanımında “bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan bir suçun, önceden iş birliği yapmak suretiyle birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.⁹³⁶ İştirak kurumu, haksız tahrik açısından, faillerden sadece birinin tahrik edilmesi olasılığında diğer şeriklerin tahrik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağı veya tepki suçunun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda haksız tahrik uygulamasından söz edilip edilemeyeceği konularında önem

⁹³⁴ “...Sanıkların, daha önce maktulü öldürme kararı verdikleri, soğukkanlı biçimde belirli bir plan dahilinde ve ruhi sükûnet içinde eylemlerini işledikleri ispat edilmediğinden, kasten öldürme suçundan cezalandırılmaları gerekirken, tasarlayarak insan öldürme suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 15.11.2007 tarih, 2007/2408 E., 2007/8277 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2007-2408.htm&kw=`2007/8277`#fm>, E.T. 03.07.2016.

⁹³⁵ “Sanığın bazen evinde kaldığı maktulün baldızı Yıldız’la evlenmek istediğinde; bu isteğe karşı çıkıp bıçakla üzerine yürüyen maktulü olaydan bir hafta önce öldürmeye karar verdiği ve bu kararın icrası amacıyla köyüne giderek suçta kullandığı av tüfeğini Karaman’a getirip müsait zamanı kollamaya başladığı, olay günü saat 14.00 sıralarında da öldürme kararını arkadaşı Adnan’a söylediği, olay gecesi de misafirlğe gittiğini tespit ettiği maktule ait evin bahçesine gizlenerek beklemeye başladığı, vurma kararından caymaksızın fikrinde sebat ve ısrar ederek gece 01.00 sıralarında ailesiyle eve dönen maktule öldürdüğü eylem nedeniyle tasarlayarak adam öldürmek suçundan lehe yasanın 5237s. TCK olduğu hususu da gözetilerek 5237 s. TCK 82/1-a ve 29. maddeleri uyarınca hüküm kurulması...” **Yargıtay 1. CD’nin** 4.12.2006 tarih, 2006/383 E., 2006/5380 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2006-383.htm&kw=`2006/5380`#fm>, E.T. 03.07.2016.

⁹³⁶ DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, s. 543.

taşıır.⁹³⁷ İştirak halinde işlenen suçta şeriklerden birinin mağdur tarafından tahrik edilmiş olması nedeniyle diğer şeriklerin cezasından haksız tahrik indiriminin yapıp yapılamayacağı meselesi tartışılmaktadır. 765 sayılı TCK’da bulunan ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin şeriklere sirayeti konusunun 5237 sayılı TCK’da yer almamasından kaynaklanmaktadır. Ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin şeriklere sirayeti düzenlemesine yer verilmemesi öğretide bir kısım yazarlarca eksiklik olarak görülürken,⁹³⁸ bir kısım yazarlar ve TCK gerekçesine kanun koyucu, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığını, TCK m. 40’da yer alan bağıllık kuralının meselenin çözümünde yeterli olacağını savunmuştur.⁹³⁹

765 sayılı TCK’da suça etki eden nedenler fiile ve şahsa ilişkin nedenler şeklinde ve bu nedenler aynı zamanda verilecek ceza üzerindeki etkilerine göre ağırlatıcı ve hafifletici nedenler olmak üzere ikili bir ayrımla incelenmekteydi. 765 sayılı TCK m. 66’da iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı arttıran şahsi sebepler; m. 67’de ise cezayı arttıran fiili sebeplere yer verilmiştir.⁹⁴⁰ Buna göre; cezayı arttıran fiili nedenler, suçun maddi unsuruna dahil edilerek bütün suç ortakları hakkında uygulanırken; cezayı arttıran şahsi nedenlerse, şeriklerin suça katıldıkları diğer bir anlatımla iştirak iradesinin gerçekleştiği anda bu sebepleri bilmeleri şartıyla tüm suç

⁹³⁷ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 139.

⁹³⁸ AYDIN, Suça İştirak, s. 231; EVİK, s. 288; **EKİCİ ŞAHİN**, Meral, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 639.

⁹³⁹ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 455; **AKBULUT**, Berrin, “Bağıllık Kuralı”, GÜHFD, C. XIV, S. 1, 2010, s. 168.

⁹⁴⁰ **EREM**, Faruk, “Suça İştirak”, AÜHFM, C. III, S. 1, 1946, s. 100.

ortaklarına sirayet etmekteydi.⁹⁴¹ Görüldüğü üzere önceki kanun düzenlemesinde cezayı arttıran sebepler düzenlenmiş olmasına rağmen azaltan veya kaldıran sebeplere yer verilmemişti. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, öğretide, kanunda konuya ilişkin eksiklik bulunduğu ve iştirak halinde işlenen bir suçta, cezayı kaldıran veya azaltan nedenlerin bulunması durumunda bu sebeplerin sadece kendisinde bu neden bulunan fail açısından cezaya etki ediyor, diğer şeriklere sirayet ettirilmiyordu;⁹⁴² zira kanunda açıkça düzenlenmese de, cezayı kaldıran veya azaltan sebeplerin şahsi olduğu kuralı benimsenmişti.⁹⁴³

5237 sayılı TCK'da, mülga kanunda yer alan bu düzenlemelerden vazgeçilerek yerine TCK m. 40'da "*Bağlılık kuralı*"⁹⁴⁴ başlığıyla yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme yer verilmekle birlikte, 765 sayılı TCK m. 66'da bulunan kişisel ve fiile bağlı nedenlerin sirayeti düzenlemesine bilinçli olarak yer verilmemiş, m. 40'da yer alan bağlılık kuralının şahsi ve fiile bağlı nedenlerin sirayeti hususunu çözümede yeterli olacağı savunulmuştur.⁹⁴⁵ Bu düzenleme önceki kanun döneminde sürdürülen

⁹⁴¹ EVİK, s. 287.

⁹⁴² ÖNDER, s. 448.

⁹⁴³ EREM, Suça İştirak, s. 100.

⁹⁴⁴ TCK m. 40 şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Suça iştirak için kasten veya hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bunların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varış olması gerekir."

⁹⁴⁵ Gerçekten TCK m. 40'ın gerekçesinde " Hükümet Tasarısında 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi 'kişisel ağırlatıcı nedenlerin' "fiilî ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması" hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına

tartışmalara yenilerini eklemiştir. Zira, öğretinin çoğunluğu, kişisel ve fiili nedenlerin şeriklere sirayeti meselesinde yasal bir boşluk bulunduğu ve kanunda bu boşluğu doldurmaya yönelik bir düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁴⁶ Bu görüşe katılmayan diğer görüşe göre, cezayı azaltan veya ağırlatıcı fiili veya şahsi nedenlerin şeriklere sirayeti konusunda bağıllık kuralı esas alınmalı ve suça katılan ortakların ceza sorumlulukları TCK m. 40’da yer alan esaslara göre belirlenmelidir.⁹⁴⁷

Bizce TCK m. 40’da yer alan düzenleme, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, cezayı ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin şeriklere geçişi meselesine bir çözüm getirmekten uzaktır. Bu hükmün ilk fıkrası, kanuni tanıma uygun olmayan fiillerin cezalandırılabilmesi için gerekli olan bir düzenlemeye yer verilmiştir. TCK m. /1hükmünün ikinci cümlesi olan *Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” ifadesi, öğretilde ileri sürüldüğü gibi cezayı ağırlatıcı veya azaltıcı nedenlerin şeriklere geçişi meselesini değil⁹⁴⁸ cezalandırılmayı önleyen şahsi sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerdir.⁹⁴⁹ Bu hüküm,

metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, ‘ağırlatıcı neden’lerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 44 üncü maddeleri hükümleri metinden çıkarılmıştır.” ifadesine yer verilmiştir. **KAYMAZ**, Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, GÜHFD, C. XVI, S. 2, 2012, s. 134.

⁹⁴⁶ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 506; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 563; HAFIZOĞULLARI /ÖZEN, Genel Hükümler, s. 360; AYDIN, Suça İştirak, s. 231; EVİK, s. 297; EKİCİ ŞAHİN, s. 639; AKBULUT, Bağıllık Kuralı, s. 204; KAYMAZ, s. 124.

⁹⁴⁷ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 455; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 448.

⁹⁴⁸ AYDIN, Suça İştirak, s. 232.

⁹⁴⁹ KAYMAZ, s. 148.

söz gelimi, adam öldürme suçunu iştirak halinde işlendiği ve mağdurun şeriklerden birinin annesi olması durumunda, adam öldürme suçunun nitelikli halini oluşturan bu sebepten ötürü diğer şeriklerin cezalarının arttırılıp arttırılmayacağı meselesini çözmemektedir. Bu nedenle, iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı ağırlatıcı veya azaltıcı nitelikteki fiili veya şahsi nedenlerin şeriklere geçişi meselesinin, önceki kanunda yer alan düzenlemeye göre çözümlenmesi, bahsedilen düzenlemedeki eksikliklerin ise öğretide benimsenen ilkelere göre çözümlenmesi daha yerinde olacaktır.

Konumuz açısından, iştirak halinde işlenen bir suçta faillerden birinin, suçun mağduru tarafından tahrik edilmiş olmasının diğer suç ortaklarının cezasına etki edip etmeyeceği meselesi, TCK m. 40/1 hükmüne göre çözümlenemeyecektir. Konuya ilişkin tartışmaları bitirmek ve uygulamadaki karışıklığı önlemek için kanunda açık bir düzenleme yapılması şarttır. TCK'da haksız tahrike veya failin cezasını arttıran ya da azaltan bir nedenin suç ortaklarına geçişi konusunda bir düzenleme getirilinceye kadar, önceki kanun döneminde kabul edilen genel kuralları uygulamak gerekir.⁹⁵⁰ Buna göre; failin şahsi durumundan, sıfatından veya kusurundan kaynaklanan, failin şahsına ve kişiliğine bağlı olarak değişen ve sadece ilgili olduğu failin cezasını azaltmaya yarayan kişisel nedenler sübjektif niteliğe sahiptirler ve diğer şeriklere uygulanmazlar.⁹⁵¹ Zira, ceza kanununun failin kişiliğine ait bir nedene dayanarak cezasını azaltmayı tercih etmişse, bundan sadece ilgili failin yararlanması

⁹⁵⁰ EVİK, s. 292.

⁹⁵¹ EKİCİ ŞAHİN, s. 655; YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ, s. 451.

mümkündür.⁹⁵² Haksız tahrik kurumu da failin cezasını azaltmaya yarayan kişisel bir neden olduğundan, sadece tahrik edilen failin cezasından haksız tahrik nedeniyle indirim yapılacaktır. Bu nedenle iştirak halinde işlenen bir suçta, şeriklerden birinin tahrik edilmiş olması diğer şeriklerin cezasından indirim yapılması sonucunu doğurmaz,⁹⁵³ zira, haksız tahrikin varlığından söz edebilmek için, mağdurdan kaynaklanan ve failde hiddet veya şiddetli elem yaratan haksız bir fiilin varlığı şarttır.⁹⁵⁴ Nitekim, failin şahsından kaynaklanan ve cezasını etkileyen bir nedenin, kendi şahsında bu neden bulunmayan diğer suç ortaklarına etki etmeyeceği sonucu, TCK m. 61/10 hükmünden çıkarılmaktadır.⁹⁵⁵ Bu düzenlemeye göre; “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne arttırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*” Dolayısıyla, faillerden sadece birinin tahrik edilmiş olmasına rağmen, tepki suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda, fiili hafifletici sebeplerde olduğu gibi cezayı azaltan kişisel neden olan haksız tahrikte, bağlılık kuralını uygulayarak kendisinde haksız bir fiilden kaynaklanan hiddet veya şiddetli elem hali bulunmayan suç ortağının cezasından haksız tahrik nedeniyle indirim yapılamayacaktır. Bunun sonucunda, azmettiren veya yardım eden bakımından haksız tahrikin söz konusu olduğu durumda, asıl failin haksız tahrik hükmünden yararlanması mümkün olmadığı

⁹⁵² AYDIN, Suça İştirak, s. 232.

⁹⁵³ EREM, s. 100; ZAFER, Genel Hükümler, s. 328; YAVUZ, s. 466. “*Maktûlün kızı olan sanık Leman'a karşı haksız kabul edilen hareketlerin sanık Mustafa için TCK.nun 51/1 maddesinin tatbikini gerektiren hareketler olarak kabul edilmesinin mümkün olamayacağımın dikkate alınmadan sanık lehine kanuni tahfif sebebi sayılarak yazılı şekilde karar verilmesi*” **Yargıtay 1. CD'nin** 13.4.1994 tarih, 1994/495 E., 1994/958 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1994-495.htm&kw=`1994/958`#fm>, E.T. 22.08.2016.

⁹⁵⁴ AYDIN, Suça İştirak, s. 232.

⁹⁵⁵ EKİCİ ŞAHİN, s. 669.

gibi, asıl fail açısından söz konusu olan haksız tahrikten azmettiren veya yardım eden ortakların yararlanması da mümkün değildir.⁹⁵⁶ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.⁹⁵⁷

Tahrike uğrayan fail birden fazla ise veya faillerden birine karşı yapılan tahrik fiili diğer şerikleri de tahrik etmişse bu durumda haksız tahrik hükmü şeriklerin her biri için uygulama alanı bulacaktır.⁹⁵⁸ Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, tüm şeriklerin haksız tahrikten yararlanabilmesi, kusurluluğu azaltan sebebin, suç yoluna birlikte giren şeriklere sirayeti sebebiyle değil, bütün şerikler bakımından ayrı ayrı kabulü dolayısıyladır.⁹⁵⁹

⁹⁵⁶ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 140, 141. “Fail için olayda söz konusu olan haksız tahrik indiriminin azmettiren veya yardım edenlere uygulanması söz konusu olamayacağı gibi azmettiren veya yardım edenler için söz konusu olan tahrikin de faile uygulanması söz konusu olmaz.” MARCONI, Guglielmo, “Provocazione”, Encic. del. Dir., Italy, Vol.37, 1959, s. 835 (Aktaran; AYDIN, Suça İştirak, s. 233).

⁹⁵⁷ “Eşi ile ilişki kurup bu ilişkisini sürdüren kardeşinin öldürülmesi için başkasını azmettiren lehine oluşan bir tahrikden kiralık katil durumundaki kişi yararlanamaz.” **Yargıtay 1. CD’nin**, 15.12.1988 tarih, 1988/ 4349 E., 1988/4512 K. sayılı kararı. Bkz. YAVUZ, s. 466.

⁹⁵⁸ BARDAK, s. 51; BAŞAR, Haksız Tahrik-II, s. 359; ZAFER, Genel Hükümler, s. 328; AYDIN, Suça İştirak, s. 233.

⁹⁵⁹ EREM, Suça İştirak, s. 100; TANER, s. 446. “Kabule göre; sanıklar ve mağdur tarafın grup olarak hareket ettikleri de göz önüne alındığında, mağdur taraftan neşet eden tevali edici haksız hareketlerin sanık Mahmut için olduğu gibi, sanıklar Enis ve Mehmet için de ağır haksız tahriki oluşturacağının düşünülmemesi”, **Yargıtay 1. CD’nin** 15.5.2003 tarih, 2003/194 E., 2003/997 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2003-194.htm&kw=`2003/997`+`#fm>, E.T., 22.08.2016.

E. TÖRE VE KAN GÜTME SAIKLERİYLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Fail suça konu bir fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirirken, bir güdüye (motiveye) sahip olabilmektedir.⁹⁶⁰ Ceza hukukunda “*özel kast*” olarak da adlandırılan bu güdü esasında saik olarak ifade edilir. Saik, genel olarak, failin harekete geçmesine yol açan neden olarak tanımlanır. Suçun işlenme sebebinin belirlenmesi, ancak saikin tespitiyle mümkündür.⁹⁶¹ Saik, failin psikolojisini yansıtan sübjektif bir husustur ve kasttan farklı bir kavram olmakla birlikte, kast ile birlikte suçun manevi unsurunu oluşturduğu durumlar da mevcuttur.⁹⁶² Kast ile birlikte suçun manevi unsurunu oluşturmadığı hallerde de saik tamamen göz ardı edilemez. Çünkü hakim cezayı hesaplarken failin saikini göz önünde bulundurur.⁹⁶³ Kanun koyucunun, istisnai olarak, faili harekete geçiren saikleri bazı suçları birbirinden ayırıcı unsur olarak saydığı hallerle veya suçun ağırlaştırıcı veya azaltıcı bir unsuru olarak saydığı hallerle karşılaşılabilir.⁹⁶⁴ Saikin suçun ağırlatıcı veya hafifletici bir unsuru olarak öngörüldüğü durumlarda, söz konusu nitelikli halin oluştuğundan söz

⁹⁶⁰ **DÜLGER**, Murat Volkan, “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri- Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 80.

⁹⁶¹ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 275.

⁹⁶² ZAFER, Genel Hükümler, s. 222.

⁹⁶³ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 363.

⁹⁶⁴ **EREM**, Faruk, “Ceza Hukukunda İrade, Şuur ve Gayri Şuur”, AÜHFD, C. 7, S. 3-4, s. 67.

edebilmek için hakimın, failin kanunda öngörülen saikle suçu işlediği kanaatine varmış olması gerekir.

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan kan gütme ve töre saikiyle işlenen öldürme suçlarında failin taşıdığı saik ağırlatıcı neden olarak öngörülmüş ve failin bu saiki taşıdığının tespiti nitelikli halin uygulanabilmesinin temel şartı sayılmıştır.

2. Töre Saiki ve Haksız Tahrik

a. Töre ve Töre Saikiyle Öldürme

Töre, sözlükte, “*Bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁶⁵ Töre, sözcük olarak “*ahlak, adet, an’ane, edep, erdem, fazilet, gelenek, namus, onur, örf, teamül*” gibi anlamlara sahiptir. Bir tanım yapmak gerekirse töre “*bir toplulukta benimsenmiş, yazılı olmayan teamül ve adetlerin temelini oluşturduğu, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, gelenek ve göreneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, bir toplumdaki ahlaki davranış biçimlerinin bütünü*” dür.⁹⁶⁶ Başka bir tanıma göre töre, “*sosyo-ekonomik şartlar içinde kendiliğinden oluşan, uzun zaman yürürlükte kalan, uyulmadığı takdirde yaptırımını ayıplama, dışlama, aileden atma veya öldürme*

⁹⁶⁵ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5842b010c724c4.88998754, E.T. 03.11.2016.

⁹⁶⁶ YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 254.

şeklinde gerçekleşen hayatta oluşan kurallar bütünüdür.”⁹⁶⁷ Töre, bir toplumda, uzun süre, aynı olaylar karşısında aynı biçimde davranılması şeklinde oluşan kurallar bütünü olduğundan, sosyolojik bir kavram olan toplumsal “*norm*” içinde yer alır ve bu toplumda yaşayan bireylerin herhangi bir şekilde bahsedilen normdan sapması genellikle sert ve acımasız yaptırımlarla karşılanır.⁹⁶⁸

TCK’da ya da başka bir kanunda töre saikinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Töre kavramının tanımından hareketle, töre saikiyle öldürme; “*Kişilerin, yaşadıkları yerlerde bir şeref kuralı olarak kabul ettikleri töreyi yerine getirmek adına, namuslarını kurtarmak maksadıyla kadın veya erkeklerin öldürülmesi*” şeklinde tanımlanabilir.⁹⁶⁹ TCK m. 82/1-k hükmünde yer alan töre saikiyle öldürme, 765 sayılı TCK’da yer almayan ve kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılan bir suç tipidir.

Genel olarak, töre saikiyle öldürme namus cinayetiyle eş tutulmuştur.⁹⁷⁰ Nitekim, haksız tahrik hükmünün düzenlendiği m. 29’un gerekçesinde de kanun koyucu haksız tahrikin bir indirim nedeni olarak “*töre ve namus cinayetlerinde*”

⁹⁶⁷ **SOYASLAN**, Doğan, “*Töre Cinayetlerinin Önlenmesi*” , in: Töre Cinayetleri, Panel Bildirileri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, 1999, s. 29.

⁹⁶⁸ **PARILTI**, Yılmaz, “*Töre Saikiyle İnsan Öldürme Suçu (Töre Cinayetleri)*”, AD, Y. 99, Eylül 2007, s. 206.

⁹⁶⁹ **HAFIZOĞULLARI**, Zeki /**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, B. 3, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 55.

⁹⁷⁰ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, konuya ilişkin olarak; “*Kanun, feodal toplumun, feodal toplum kalıntısı toplumların töresel bir davranışı olan namus kurtarmak saikiyle insan öldürmeyi suçu ağırlatan bir neden sayması övülecek, yerinde bir davranış olmuştur.*” şeklinde yorumda bulunmuştur. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Kişilere Karşı Suçlar, s. 55.

uygulanmasının mümkün olmadığını ifade ederek töre saikiyle öldürme suçunun namus cinayeti olarak anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Namus, “*bir toplum içinde ahlak kurallarına karşı beslenen bağlılık; dürüstlük, doğruluk, iffet*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁷¹ Namus, toplumda erkekler tarafından kontrol edilen kadınlara ait bir özellik şekline algılanmaktadır.⁹⁷² Bu algıya göre, kadın toplum içinde “*namuslu*” olarak adlandırılan davranışları gerçekleştirmeli, koruması altında olduğu erkekler (baba, kardeş, koca vs.) dışındaki erkeklerle ilişkilerine dikkat etmeli ve deyim yerindeyse mülkiyetinde bulunduğu erkeği utandırmaktan kaçınmalıdır.⁹⁷³ Namus denildiğinde akla kadın, kadın bedeni, kadın cinselliği gibi ifadeler geliyor. Ancak erkekler açısından namuslu olmak dürüst olmak, yalan söylememek, hırsızlık yapmamak, sözünde durmak gibi ahlaki bir anlama sahip sayılıyor. Yine bir erkeğin namuslu olup olmadığı karısının kızının veya ailedeki kadınların toplumun çizdiği namus kurallarına uygun hareket etmesiyle de ölçülebiliyor. Dolayısıyla namus, kadın bedeni, kadın cinselliği üzerinden tanımlanan, kadınların ataerkil yapının öngördüğü kurallar çerçevesinde hareket etmesini, kadının erkeğe itaat edip onu hoşnut etmesini amaçlayan kurallar bütünü şeklinde algılanmaktadır.⁹⁷⁴ Töre saiki yerine namus saiki

⁹⁷¹ <http://www.tdk.gov.tr> , E.T, 17.07.2016.

⁹⁷² “*Savcılık mesleğine başladığım ilk yıllarında yaptığım bir otopsiydi: Genç kız bir mağarada yere yatırıldıktan sonra kafasına tek kurşun sıkılarak öldürülmüştü. Koynundan ‘namussuzların sonu budur’ yazılı bir not çıkmıştı. Tüm uğraşlara karşın bırakın katili ya da katilleri bulmayı, öldürülmek için ne yaptığını bile öğrenememiştik. Sadece namussuzlukla suçlanmıştı. Onun yaşamı korunamamıştı ve katilleri bulunamamıştı. Kamu adına ona borçlu kalmıştık...*” **İSKENDER**, Salih Zeki, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürme Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 9.

⁹⁷³ YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 254, 255.

⁹⁷⁴ **YALÇIN SANCAR**, Türkan, “*Töre Ötekinin Sorunu (Mu)?*”, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül 2007, s. 13.

ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını savunan düşüncenin temelinde, namus saiki ifadesinin töre saikini de içine alan daha üst bir kavram olması ve “*namusumu kurtarmak için öldürdüm*” “*namusumu temizledim*” gibi bahanelerle pek çok kadının öldürüldüğü ve töre saiki yerine namus saiki ifadesi kullanıldığında erkeklerin namus kisvesi altında suç işleyerek cezalarından indirim yapılmasının önlenmesi amacı yatar. Ayrıca töre saiki ifadesi yerine namus saikinin kullanılması durumunda, fail erkek olduğu için kolayca öfkelenebileceği, kadının gerçekleştirdiği her hareketin onu tahrik edeceği varsayımıyla cezasından indirim yapılması olanağı ortadan kalkacaktır. Bunun sonucunda, birçok yargı kararında görüldüğü üzere⁹⁷⁵ fail erkek, mağdur da kadın olduğu için, fail, kadının her hareketine öfkelenme hakkına sahip sayılamayacaktır. Böylece gerçekte böyle bir durum mevcut olmasa da failin mahkemede iddia ettiği “*karım beni aldattığını söyledi bende öldürdüm*” “*bana boynuzlu dedi dayanamadım öldürdüm*” gibi aksi kanıtlanamayan ifadelerle haksız tahrik indirimlerinin önüne geçilebilecek ve hatta namus saikiyle işlenen suçlar daha ağır cezalarla cezalandırılabilecektir.

Töre saiki ifadesi yerine namus saikinin kullanılmasının daha uygun olacağı açıktır. Zira töre cinayeti denildiğinde akla gelen sadece ülkenin doğu ve güneydoğu bölgelerinde gerçekleştirilen cinayetler oluyor ve böylece töre cinayetlerinin batıda işlenmeyeceği algısı yaratılıyor. Namus saikiyle adam öldürme suçları töre cinayeti

⁹⁷⁵ “Evlilik kurumun ciddiye almayıp, başına buyruk bir yaşam özlemi içinde olan, bu özlemin kendisini çok seven kırk günlük eşi sanığa da açıklayıp fedakarlık isteyen, bunula da yetinmeyip ‘Ankara’da okey oynadıklarıyla seni aldatıyorum’ diyecek kadar ileri giden maktulenin bu ağır ve haksız hareketlerinin sanık üzerinde büyük bir elem ve ızdırap oluşturacağı doğal olduğundan, sanık hakkında TCK’nun 51/2. maddesi uygulanmalıdır...” **Yargıtay CGK’nın** 30.09.1991 tarih, 1991/1-220 E., 1991/246 K. sayılı kararı. Bkz. **YAŞAR**, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 772.

olarak adlandırıldığında bu suçların “*Kürt sorunu*” olarak görüldüğü, sadece Türkiye’de değil dünyanın her yerinde görülen namus cinayetlerinin ötekinin sorunu haline getirildiği ve hatta bu konuda ırkçı bir söylem geliştirildiği bir gerçektir.⁹⁷⁶

Sonuç olarak, hem töre saikinın net bir tanımının yapılamaması, hem de onur, namus, teamül gibi olumlu anlamların yanında ölüm cezası gibi yaptırımlarla, çoğunlukla kadınları cinselliğini, yaşama biçimlerini denetlemesi ve kadın bedeni üzerinden erkeğin şeref ve onurunun korunması(!) nedeniyle töre saiki yerine namus saiki ifadesinin kullanılması daha uygundur.⁹⁷⁷ Ancak bir görüşe göre, namusun töreyi de içine alan bir anlama sahip olmasının yanında, namus saikiyle yapılan her öldürme töre saikiyle öldürme sayılamaz.⁹⁷⁸ Bu doğrultuda, 5237 sayılı TCK’nın mecliste tasarı olarak görüşüldüğü sırada, töre saikiyle öldürme ifadesinin yerine namus saikiyle öldürme ifadesinin getirilmesi önerilmişse de bu öneri kabul görmemiştir.⁹⁷⁹ Kanun koyucunun töre saikini tercih etmesi, namus cinayetlerinde

⁹⁷⁶ YALÇIN SANCAR, *Töre Ötekinin Sorunu (Mu)?*, s. 14.

⁹⁷⁷ **KESKİN KIZIROĞLU**, Serap, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, İstanbul, 2008, s. 995.

⁹⁷⁸ **AKBABA**, Zeynep Burcu, “*Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme*”, TBBD, S. 75, 2008, s. 343.

⁹⁷⁹ Gaziantep Milletvekili Fatma Şahin ve 46 milletvekilinin, töre cinayetlerinin araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla Meclis araştırması açılmasına ilişkin önergesi (10/187). Bu önergede, Töre ve namus cinayetlerinde kadınların “*kirletilen*” varlıklar olduğu vurgulanarak, kandırılarak veya zorla kirletilen kadınların töre cinayetinin mağduru olduğu gerekçesiyle töre cinayetlerinin önlenmesi ifade edilmiştir. TBMM Tutanak Dergisi, 83. Birleşim, 22. Dönem, C. 48, 4 Mayıs 2004, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c048/tbmm22048083.pdf>, s. 70-73. Bu önergeye eleştiri olarak Adana Milletvekili N. Gaye Erbatur ve 68 milletvekilinin, kadınlara yönelik töre ve namus cinayetlerinin nedenlerinin araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla Meclis araştırması açılmasına ilişkin önergesi (10/182). Bu önergede Fatma Şahin ve diğer milletvekillerinin verdiği önergede benimsenen anlayışın benzeri eleştirilerek töre cinayetlerinin önlenmesinin temel amacının kadınların bir birey

haksız tahrik uygulamasını onayladığı ve erkeğin namusunu kurtarmak amacıyla pekala “öldürme hakkını”⁹⁸⁰ kullanabileceğini desteklediği gibi anlamları da içermektedir.⁹⁸¹ Kanun koyucunun namus saiki altında işlenen suçları onaylayan bakış açısı, eril zihniyete sahip failleri suç işlemeye teşvik etmiş ve deyim yerindeyse “namusumu temizlerim, birkaç sene yatar çıkarım” anlayışının tohumlarını ekmiştir.⁹⁸²

olmalarının ve kendi bedenleri üzerinde söz sahibi olduklarının kabul edilmesi olduğu ifade edilmiştir. TBMM Tutanak Dergisi, 75. Birleşim, 22. Dönem, C. 47, 20 Nisan 2004, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c047/tbmm22047075.pdf>, E.T. 12.07.2016.

⁹⁸⁰ “...eşini takip eden Fatih Vanlı, kayınvalidesinin kapısına dayandı. Eşinin kapıyı açmaması üzerine zemin katta bulunan evin balkonuna tırmanıp, kapıyı kırarak içeri girdi. Burada tartıştığı eşini 15 yerinden bıçaklayan Fatih Vanlı kaçtı. Ağır yaralanan talihsiz kadın, can havliyle üst kattaki komşusunun kapısının önüne kadar çıktıktan sonra, kanlar içinde yere yığıldı. Komşusunun ihbarı üzerine olay yerine gelen sağlık görevlileri, Firdevs Vanlı’nın öldüğünü belirledi. Olaydan sonra yakalanan Fatih Vanlı, nöbetçi mahkemeye götürülürken kendisini görüntüleyen gazetecilerin, eşini neden öldürdüğü sorusuna, ‘Öldürme hakkımı kullandım. Böyle bir hakkı yeni öğrendim’ dedi... Mahkeme heyeti sanık hakkında ‘Eşini kasten öldürmek’ suçundan ağırlaştırılmış ömür boyu, ‘Bıçakla yaralamaya teşebbüs’ suçundan da, 4 ay 15 gün hapis cezası verdi. Mahkeme mağduru 15 kez üst üste bıçakladığı için de cezada indirim yapmadı. Kararın açıklanmasının ardından sanık Fatih Vanlı, ‘O kadar canileşseydim annesini de öldürürdüm. Umarım vicdanınız rahattır’ diyerek heyete tepki gösterdi.” <http://www.milliyet.com.tr/-oldurme-hakkimi-kullandim--gundem-2004149/>, E.T. 27.11.2016.

⁹⁸¹ “...haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, namus saikiyle işlenen suçlar da mevcuttur. Örneğin, rızasıyla başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunan kadının kocası tarafından öldürülmesi eyleminde olduğu gibi. Bu örnekte, koca, namusunu temizlemek saikiyle hareket etmektedir. Fakat bu örnekte kadının eylemi, hukuk düzeni tarafından kabul gören bir eylem olmayıp, kadın, evlenmenin eşlere yüklediği karşılıklı sadakat yükümlülüğüne (TMK’nın 185 md) aykırı hareket etmiş, haksız bir eylemde bulunmuştur. O nedenledir ki bu örnekte koca hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gereklidir (1. CD., 09.03.2010, 2009/5634 E, 2010/1387). Maddenin gerekçesinden anlaşılamamakla beraber, kuvvetle muhtemeldir ki kanun koyucu bu nedenle öldürme suçlarının ‘namus saikiyle’ işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmemiştir.” **Yargıtay CGK’nın** 14.06.2011 tarih, 2011/1-138 E., 2011/130 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 290.

⁹⁸² BAHADIR ceza evinde karısını öldüren mahkumlarla yaptığı röportajlarda erkeklerin karısını öldürmekten alacakları cezayı ve yapılacak indirimleri otomatik olarak hesapladıklarını ifade etmektedir. Kayınvalidesini öldüren, baldızını ve karısını yaralayan bir mahkumun işlediği suçtan değil aldığı cezadan pişman olmasını şu şekilde aktarıyor: “Kahveden biri ‘öldür 10 yıl yatar çıkarsın’ demiş. Elinde hiçbir delil olmadan karısını,

Yargıtay kararlarında, töre saikiyle namus saikini özdeş kavramlar olarak görmüş ve namus saikiyle işlenen suçları töre saikiyle işlenmiş sayarken, son zamanlarda bu görüşünü değiştirmiş ve yerinde olarak namus saikiyle işlenen her öldürme fiilinin töre saikiyle işlendiğinin kabulünün mümkün olmadığına karar vermiştir.⁹⁸³

Uygulamaya bakıldığında töre saikiyle öldürme suçunun (gündelik anlamda töre cinayetlerinin) mağdurları çoğunlukla kadınlardır. Kadınları töre cinayeti kurbanı yapan nedenler temelde ataerkil yapı ve bu yapının gerekleridir.⁹⁸⁴ Bu cinayetlerin sosyolojik nedenleri; *“Kolektif bilinç ya da mekanik dayanışma; female grup üyelerinin seksüel tatmin aracı olarak sınırlı varlık oluşu; toplumun female grup üyelerindeki rol beklentisi ve kadının aile içerisindeki statüsü; itaat ve yoksulluk*

kadının kardeşini ve annesini kurşuna dizmiş... ‘Hiç korktun mu?’ diye soruyorum. ‘Hakim cezayı söyleyince, işte o zaman biraz korktum’ deyip gülüyor... Bütün adalet sistemini ezberlemiş hepsi. Bir kadını öldürsen ne kadar ceza alırsın, bunun kaç düşer, toplam kaç yıl yatarsın, sular seller gibi okumuş, hatmetmişler. Tahmininden fazla ceza almak. Korktukları da pek başlarına gelmiyor zaten. 84 yıldan açılıp, Hamit’in yüreğini biraz hoplatmışlar ama namustu, tahrikti, orospuluktan derken 84 yıl düşe düşe 14 yıla düşmüş işte...” **BAHADIR**, Burçe, Ölü Kadınlar Memleketi, Ayizi Yayınları, Ankara, 2014, s. 178-181.

⁹⁸³ “...törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin "töre saikiyle öldürme" olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi" biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan", sırf bu nedenle "töre saikiyle öldürme" olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, "töre cinayeti ile namus cinayetinin" aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği, zira, suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasağının, "töre saikiyle öldürme" suçunun uygulanma alanını bu şekilde genişletmeye izin vermeyeceği...” **Yargıtay 1. CD’nin** 17.4.2013 tarih, 201177167 E., 2013/3268 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2011-7167.htm&kw=t%C3%B6re+saiki#fm>, E.T. 22.08.2016.

⁹⁸⁴ İSKENDER, s. 53.

kültürü; namus ve şerefın üstün toplumsal bir değer olarak algılanması ve eğitim yetersizliğı” şeklinde sıralanmaktadır.⁹⁸⁵ Bu nedenlere bakıldığında töre cinayetlerinin temelinde yatan nedenler, erkeklerin kadınlardan itaat beklentisi ve bu beklentinin karşılanmaması durumunda istedikleri cezayı verebilme yetkisini kendilerinde görmeleridir.⁹⁸⁶

Töre saikiyle öldürme suçu genel olarak, kadının ailesinin isteğı dışında biriyle duygusal/cinsel ilişkiye girmesi, gayrı meşru bebek sahibi olması, kocasını bırakıp veya bekarken sevdiği kişiyle kaçması, bekar olmasına rağmen hamile kalması,⁹⁸⁷ tecavüze uğraması, kendisine sarkıntılık edilmesi, kocası tarafından terkedilmesi,⁹⁸⁸ hatta kadınların çarşıda- pazarda biriyle konuşması, hafif meşrep davranışlarda bulunmaları, kocasından boşanmak istemesi gibi nedenlerle işlenmektedir.⁹⁸⁹

⁹⁸⁵ **CİHAN**, Ahmet, “Töre ve Namus Cinayetlerine Üniversite Gençliğinin Bakışı ve Toplumdaki İzdüşümü: Dicle Üniversitesi ve Diyarbakır Örnekleri”, in; Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Diyarbakır, 2003, s. 51-53.

⁹⁸⁶ “Maktulenin davası ayrı fırari Hamit tarafından ırzına geçilmesi olayının köyde duyulması nedeniyle, köyde muhtarlık yapan ve her iki tarafın mensup olduğu aşirette lider veya etkin konumda bulunan sanık Mustafa'nın maktulenin ailesi efradına aşiretlerinin töresi gereğı maktule ile Hamit'in öldürülmeleri gerektiğini ısrarla iletip bu konuda onlara baskı yaptığı, maktulenin ailesinin başlangıçta buna karşı koymakla beraber sanık İbrahim'in araya girerek Mustafa'nın almış olduğu kararı yerine getirmeleri için sanık Hüseyin'i ve ailesini etkilediğı, sanık Hüseyin'in daha sonra kendisinden istenen töre kuralını yerine getirmek için kız kardeşi maktuleyi av tüfeğı ile olay gecesi babasının evine gelerek orada ateş edip öldürdüğü anlaşıldığından, sanıklardan Hüseyin'in TCK. 450/4, 59; sanık Mustafa'nın TCK. 64/2, 450/4, 59; sanık İbrahim'in ise TCK. 450/4, 65/1-3, 59 maddeleri ile cezalandırılması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır.” **Yargıtay 1. CD'nin** 25.4.2008 tarihli, 2007/8437 E., 2008/3340 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2007-8437.htm&kw=`2008/3340`+`fm>, E.T. 16.08.2016.

⁹⁸⁷ TEZCAN, s. 24.

⁹⁸⁸ SOYASLAN, Töre Cinayetlerinin Önlenmesi, s. 30.

⁹⁸⁹ **GÜLŞEN**, Recep, “Türk Ceza Hukukunda Namus ve Töre Cinayetlerinin Cezalandırılabilirliğı”, in; Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri

Bir öldürme fiilinin töre saikiyle yapıldığının kabulü için, aile meclisinde alınmış mağdurun öldürülmesi şeklinde bir kararın varlığının şart olup olmadığı tartışılan bir husustur. “*Aile meclisi kararı*” ifadesi öğretide ve yargı kararlarında tanımlanmadığından, bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bizce aile meclisi kararı; öldürülen mağdurun yakın ya da uzak akrabalarından veya bağlı bulunduğu aşiretin ileri gelenlerinden oluşan, mağdurun gerçekleştirdiği fiilin bağlı bulunduğu topluluğa zarar verdiği gerekçesiyle, mağdurun hangi cezayla cezalandırılacağını ve bu cezanın kim tarafından gerçekleştirileceğinin görüşüldüğü bir nevi toplantıdır. Bu toplantı esasında failin işlediği suça azmettirme veya yardım etme şeklinde katılmadır.⁹⁹⁰ Bir görüşe göre, töre saikiyle öldürmenin esaslı/ayırıcı unsuru aile meclisi kararıdır. Bu nedenle, bir kişinin töre saikiyle öldürüldüğünden söz edebilmek için, failin içinde bulunduğu aile veya aşiretin, mağdurun öldürülmesine dair bir karar vermiş olması ve failin bu karar çerçevesinde öldürme eylemini gerçekleştirmiş olması şarttır. Aksi durumda bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir.⁹⁹¹ Diğer görüş ise, töre saikiyle öldürme suçunda failin bireysel olarak bu saikle hareket etmesini yeterli görmüş ve aile meclisince mağdurun öldürülmesi yönünde bir kararın aranmasını gereksiz bulmuştur.⁹⁹² Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, kanun koyucu aile meclisi kararı gibi bir durumun varlığını arasaydı TCK m. 316’da yer alan “*suç için anlaşma*” suçunda olduğu gibi “*iki veya daha fazla kişinin*

Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Diyarbakır, 2003, s. 104. Töre saikiyle öldürme suçunun nedenlerine ilişkin yargı kararı örnekleri için bkz. İSKENDER, s. 56-60.

⁹⁹⁰ İSKENDER, s. 100.

⁹⁹¹ HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları, s. 253; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 58; TEZCAN/ ERDEM/ÖNOK, s. 173; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 57; PARILTI, s. 215.

⁹⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 78; İSKENDER s. 100.

*anlaşmasından” veya bir meclis kararından söz ederdi; ancak kanunda failin saiki, bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli kabul edilmiştir.*⁹⁹³ Kanunda yer almayan bir koşulun aranması kıyas yasağına da aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay, töre saikiyle öldürme fiiline ilişkin ilk zamanlarda, aile meclisi kararının varlığının, töre saikiyle öldürme suçunun şartları arasında sayan kararlar verirken,⁹⁹⁴ son zamanlarda bu içtihadını değiştirmiş ve aile veya aşiret tarafından bu yönde bir karar alınması gibi bir şartın töre saikiyle öldürme suçu bakımından gerekli olmadığını kabul etmiştir.⁹⁹⁵

⁹⁹³ AKBABA, s. 343.

⁹⁹⁴ “...Kız kardeşini kasten öldürmekten sanığın kardeşe, çocuğa ve gebe olduğu bilinen maktuleye karşı işlenen öldürme suçunun alınan aile meclisi kararı sonucu gerçekleştirildiğini gösteren kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı, bu nedenle suçun töre saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği anlaşıldığı halde, olaya uygun olmayan yasa hükümlerinin uygulanması yasaya aykırıdır...” **Yargıtay 1. CD’nin** 14.3.2008 tarih, 2007/6700 E., 2008/1986 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2007-6700.htm&kw=aile+meclisi+karar%C4%B1yla+%C3%B6ld%C3%BCrme#fm>, E.T. 12.03.2016.

⁹⁹⁵ “...yerel mahkemenin direnme gerekçesinde belirttiği ve öğretide de bir kısım yazarlarca kabul edilen, töre saikiyle suçun işlendiğinin kabulü için, aile meclisi kararı alınması ve bunun ailenin fertleri tarafından uygulamaya konulması gerekliliğinin, 765 sayılı TCY dönemindeki yargısal uygulamalardan kaynaklandığı, yasal dayanağı bulunmayan bu görüşe, hükmün konuluş amacı da nazara alındığında katılmanın olanaksız olduğu, belli bir yöreye özgülünmüş bir kavram olan, aile meclisi kararı aranmasının, Anayasa’daki eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve bu suçun ancak belirli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişilerce işlenebileceği sonucunu doğuracağı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak bu kabulün, suçun yasallık ilkesine de aykırılık oluşturacağı ve hukuki dayanağı bulunmayan bir kuruma hukuk düzenince geçerlilik tanıyacağı açıktır. Kaldı ki, bir saikin etkisiyle işlenen, töre saikiyle insan öldürme suçunun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi olanaklı olup, aile meclisi kararının aranması ve bu hususun suçun ön koşulu olarak görülmesi halinde, adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına da yol açılacaktır.” **Yargıtay CGK’nın** 11.5.2010 tarih, 2010/1-56 E., 2010/111 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2010-1-56.htm&kw=t%C3%B6re+saikinde+aile+meclisin#fm>, E.T. 12.08.2016.

Sonuç olarak, töre saikiyle öldürmenin var olduğundan söz edebilmek için, öldürme fiilinin, failin içinde bulunduğu toplumun törelerinin gerekleri neticesinde bir görevi yerine getirmek adına ve bu bilinçle işlenmesi gerekli ve yeterlidir.⁹⁹⁶

b. Töre Saikiyle İşlenen Öldürme Fiillerinde Haksız Tahrikin Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Töre saikiyle işlenen kasten adam öldürme suçunu işleyen failin cezasından haksız tahrik nedeniyle indirim yapılamayacağı, hem TCK düzenlemesinde hem de bu iki kurumun yapısından çıkarılan bir sonuçtur. Ancak Yargıtay kararlarına bakıldığında, son dönemde, töre saikiyle kasten öldürme suçunda haksız tahrik indiriminin yapılamayacağı yönünde içtihat geliştirmiş olmasına rağmen, ilk derece mahkemeleri hala töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrik hükmünü uygulamaktadır.⁹⁹⁷

⁹⁹⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 78. "...failin "öldürme eylemini" gerçekleştirirse toplum tarafından "saygınlık" ile ödüllendirileceğini, gerçekleştirmediği takdirde ise "kınanacağını" düşünmesi ve bu eylemi saygınlık kazanmak ya da kınanmamak için işlemesi gerektiği, dolayısıyla "töre saikiyle öldürme"den bahsedilebilmesi için, öncelikle mağdurun "toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, 2. olarak bu aykırı davranışın "ölümle" cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, 3. olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin" şart olduğu, burada "toplumdan" kastedilenin "tüm ülke" olabileceği gibi "köy, mahalle, geniş aile gibi" küçük bir topluluk da olabileceği..." Yargıtay 1. CD'nin 24.4.2014 tarih, 2014/1719 E., 2014/2733 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2014-1719.htm&kw=t%C3%B6re+saiki#fm>, E.T. 22.06.2016.

⁹⁹⁷ YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 219. "...Her ne kadar, sanığın maktul Z.'ye yönelik eyleminin "kardeşini töre saikiyle tasarlayarak öldürme", maktul S.'a yönelik eyleminin ise "töre saikiyle tasarlayarak öldürme" olarak nitelendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ise de... Reşit olan ve fiilen birlikte yaşamadığı eşini terk ederek kendi rızasıyla S. isimli kişiyle birlikte yaşamaya başlayan Z.'yle onun birlikte yaşamaya başladığı kişi olan S.'in bu eylemlerinin, Z.'nin kardeşi olan sanık M. için kasten öldürme suçunda haksız tahrik

Önceki kanun döneminde töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçu, kasten öldürme suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kanunda düzenlenmemiş, uygulamada, bu tür öldürmelerde haksız tahrik hükmü bir indirim nedeni sayılmıştır.⁹⁹⁸ Ancak mevcut düzenleme önceki kanundan ayrılarak töre saikiyle işlenen öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin uygulanmaması yönünde sınırlamalar getirilmiştir.

TCK m. 29'un gerekçesinde, hükmün uygulanabilmesi için, madde metninde yer alan hiddet ve şiddetli elem halinin “*haksız bir fiil*” neticesinde ortaya çıkması gerektiği; 765 sayılı TCK'dan farklı olarak tahrikin “*haksız bir fiil*”den meydana gelmesi gerektiği şartının aranma nedeninin “*ülkümüzde özellikle töre veya namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının...*” önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir. Yine töre saikiyle kasten öldürme suçunun düzenlendiği m. 82'nin gerekçesinde, somut olayda töre saikiyle kasten öldürme suçunun varlığından söz edebilmek için haksız tahrik hükmünün koşullarının bulunmaması gerektiği açıklanmıştır. Bu iki madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin uygulanmasının tamamen yasaklandığı sonucu çıkarılamamakta, aksine, haksız tahrik hükmünün koşullarının bulunduğu somut olayda töre saikiyle öldürme suçundan söz edilemeyeceği gibi bir durumla karşılaşılmaktadır.⁹⁹⁹

nedeni sayılamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında haksız tahrik sebebiyle indirim yapılmış olması...”, **Yargıtay 1. CD'nin** 7.7.2014 tarih, 2014/2440 E., 2014/3752 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2014-2440.htm&kw=`2014/3752`#fm>, E.T. 19.08.2016.

⁹⁹⁸ HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları, s. 254.

⁹⁹⁹ **GÖZTEPE**, Ece, “*Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi*”, TBBD, S. 59, 2005, s. 43.

Diğer yandan töre saikiyle işlenen suçlarda, faili suç işlemeye iten sebep mağdurun haksız fiili değil, failin içinde bulunduğu toplumun dayattığı görev bilinci olduğundan, failin bu tür suçlarda tahrik indiriminden faydalanması düşünülemez.¹⁰⁰⁰ Nitekim töre saikiyle işlenen suçların genellikle bir suçun mağduruna veya haksız fiil sayılamayacak nitelikte fiilleri gerçekleştiren kimselere karşı işlendiği nazara alındığında bu suçun failinin haksız tahrik indiriminden yararlanması, haksız tahrikin şartlarına ve hakkaniyete uygun düşmez.

Töre saikiyle öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin uygulanıp uygulanamayacağı tartışması, haksız tahrik hükmünün uygulanma şartlarından olan “*haksız bir fiilin varlığı*” şartından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi hususunda düşünülmektedir. Tahrike neden olan fiilin haksızlığından anlaşılması gereken, bu fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Bu nedenle mağdurun hareketleri belli bir yöreye ait değer yargılarına, ahlaka ya da gelenek ve göreneklere aykırı olsa da hukuka aykırı olmadığı sürece haksız tahrikten bahsedilemeyecektir. Zira kanun koyucu haksız tahrikin “*haksız bir fiilden*” kaynaklanması gerektiğini vurgularken, ahlaka, örf-adete ya da töreye aykırı davranıldığı gerekçesiyle suç işleyen kimselerin haksız tahrik indiriminden yararlanmalarını önleme amacı taşır.¹⁰⁰¹ Bizce, töre saikiyle işlenen suçlarda failin cezasından haksız tahrik indiriminin yapılması mümkün değildir. Haksız tahrikte failde hiddet veya şiddetli elem uyandıran bir haksız fiile ihtiyaç vardır. Bu haksız fiilin hukuk düzeniyle çatışma içinde olması şart olduğundan, örf-adet kurallarına veya geleneklere aykırı bir fiilden ötürü töre saikiyle işlenen suçlarda

¹⁰⁰⁰ İSKENDER, s. 96.

¹⁰⁰¹ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 246.

haksız tahrikin uygulanması mümkün değildir. Ancak kanuni düzenlemeye göre, töre saikiyle işlenen adam öldürme suçunda, fail, töre saikiyle birlikte aynı zamanda haksız bir fiilin yarattığı öfke veya derin üzüntü etkisinde ise bu durumda, failin cezası töre saiki nedeniyle arttırılma, onun yerine adam öldürme suçunun temel şekli üzerinden haksız tahrik indirimi yapılır.¹⁰⁰²

4928 sayılı Kanun, 15.07.2003 tarihinde Avrupa Birliği (AB) uyum yasaları çerçevesinde yürürlükten kaldırılmadan önce,¹⁰⁰³ 765 sayılı TCK'nın 462. maddesinde *“Zina veya gayrimeşru cinsel ilişki esnasında adam öldürme veya müessir fiil”* şeklinde bir suç tipi düzenlenmişti.¹⁰⁰⁴ Bu hükümde, failin madde hükmünde sayılan yakınlarını zina veya gayrimeşru cinsel ilişki sırasında suçüstü halinde, hemen öncesinde ya da zina veya gayrimeşru cinsel ilişkinin gerçekleştiğine dair şüphe duyulmayacak bir vaziyette yakalayıp bu kişilere karşı kasten öldürme veya müessir fiil işlemesi durumunda failin cezasından belli oranlarda indirim yapılacağı düzenlenmekteydi. Maddenin uygulanabilmesi için, zina veya gayrimeşru ilişkinin gerçekleşmesi ile işlenen suç arasına zaman aralığının girmemesi gerekmekteydi. Aksi

¹⁰⁰² KANGAL, Haksız Tahrik, s. 58.

¹⁰⁰³ 4928 sayılı 6. AB Uyum Kanunu'nun 19. maddesinin a bendi. RG, No: 25173, 19.07.2003. Aktaran; GÖZTEPE, s. 34 dn. 15.

¹⁰⁰⁴ 765 sayılı TCK m. 462: *“Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller zinayı icra halinde veya gayri meşru cinsî münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayri meşru cinsî münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayri meşru cinsî münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya fîrudan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur.*

Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir.”

durumda m. 462 yerine, şartları varsa m. 51 uygulama alanı bulmaktaydı.¹⁰⁰⁵ Zira burada aranan failin, hükümde sayılan yakınlığa sahip kişileri zina veya meşru sayılmayan bir cinsel ilişki halinde görüp bu durumun etkisindeyken suç işlemesiydi. 765 sayılı TCK'nın 462. maddesi yürürlükte olduğu dönemde, öğretide bu maddenin aslında bir suç tipi olmadığı, adam öldürme ya da müessir fiile ilişkin “*özel bir tahrik hali*” olduğu kabul edilmekteydi. Bu özel tahrik hükmüne göre kanun, zina halinde veya gayrimeşru ilişkide bulunduğu sırada yakalanmış bulunan veya görünüşte şüpheye yer bırakmayacak şekilde görülen karı, koca, kız kardeş, altsoydan biri veya bunların müşterek failleri ya da her ikisine karşı işlenecek adam öldürme veya müessir fiillerde ceza önemli ölçüde indirime tabi tutulmaktaydı.¹⁰⁰⁶

5237 sayılı TCK'da 462. maddeye benzer bir hükme yer verilmemiş olması, hem m. 462'nin cinsiyet eşitliğine ve Anayasa'nın 12 ve 17. maddelerinde korunan cinsel özgürlüğe aykırı ifadeler içermesi, hem de maddede geçen şeref kurtarma saikiyle işlenen suçların töre saikiyle işlenen suçlardan ayırt edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, yerinde bir uygulamadır.¹⁰⁰⁷ 5237 sayılı TCK'da 462. maddenin karşılığı olacak bir düzenlemeye yer verilmese de, bu maddenin yerine genel haksız

¹⁰⁰⁵ NUHOĞLU, Ayşe, “*Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması*”, Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, s. 205. “...TCK.nun 462. maddesinin uygulanabilmesi için gerekli olan zaman koşulu olayda gerçekleşmediğinden sanık Ali hakkında TCK.nun 51. maddesinde düzenlenen genel tahrik hükmünün derecesi belirlenmek suretiyle uygulanması gerekir...” **Yargıtay CGK'nın** 21.6.1993 tarih, 1993/4-154 E., 1993/183 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1993-4-154.htm&kw=`1993/183`+`#fm`>, E.T. 13.08.2016.

¹⁰⁰⁶ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 150; ERMAN/ÖZEK, Kişilere Karşı Suçlar, s. 153 vd.; TUTUMLU, s. 80, 81.

¹⁰⁰⁷ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 246; ÇAM, s. 84.

tahrik halinin düzenlendiği hükmün konularak failin cezasından ciddi oranda indirim yapıldığı ve deyim yerindeyse 462. maddenin ruhunun mahkeme kararlarında yaşatıldığı söylenebilir.¹⁰⁰⁸ Bu tutumun temelinde namusun kutsal kabul edilmesi ve namusunu kirleten kişinin cezalandırılmayı hak ettiği anlayışı vardır.

Ancak burada değinilmesi gereken husus, namus/töre saikiyle işlenen kasten öldürme fiiliyle, zina nedeniyle meydana gelen haksız tahrik altında işlenen suçların birbirinden ayırt edilmesi gereğidir. Evli bir kimsenin zina fiilini işlemesi durumunda eşine karşı sadakat yükümlülüğü bulunduğundan, bu fiili nedeniyle eş tahrik altında suç işleyebilecektir. Ancak aynı durum reşit ve bekar bir kimse için söz konusu olamayacağından, reşit ve bekar birinin cinsel ilişkiye girdiği için ailesi erkek arkadaşı veya akrabaları tarafından öldürülmesi durumunda haksız tahrikin varlığından söz edilemez.¹⁰⁰⁹ Fakat bu durumun gayrimeşru/dini nikahla yapılan evliliklerde geçerli olup olmadığı belirsizdir. Yani dini nikahla evli kadın ya da erkek zina yaptığında bu durum eşine karşı haksız tahrik oluşturacak mıdır? Yargıtay uygulamasına

¹⁰⁰⁸ 765 sayılı TCK'nın 462. maddesinin yürürlükte olduğu dönemin özlemi içindeki bir Yargıtay CGK üyesinin Ceza Genel Kurulu'nda verilen bir karara karşı oyu şu şekildedir: *"...1999 yılında zina suçu yürürlükten kaldırılınca, tahrik ile ilgili 462. madde 2003 yılına kadar bu hali ile yürürlükte kaldı. Aynı şekilde indirimle ilişkin uygulamalar devam etti. 2003 yılında 462. madde de yürürlükten kalkınca, Birinci Ceza Dairesi, evli barklı, çoluk çocuk sahibi evli kadınların başka kişilerle ilişki kurması halinde, sanık lehine 765 sayılı Yasanın 51/2. fıkrası gereğince ağır tahrik indirimini uygulamaya başlamıştır. Aile sorumluluğu olmayan genç kız ve dul kadınların, başka kişilerle ilişkiye girmelerinden dolayı, suç işleyen yakın akrabalarına ise, ağır tahrik değil hafif tahrik uygulanmıştır. Bilahare 5237 sayılı yasa yürürlüğe girdiğinde, Birinci Ceza Dairesi, evli olmayan genç kız ve dul kadınların, başka kişilerle ilişkiye girmelerinden dolayı suç işleyen yakın akrabaları hakkında tahrik uygulanmadığı gibi, aile sorumluluğu bulunan, evli barklı kadınların başka kişilerle ilişkiye girmelerinden dolayı suç işleyen kocalar hakkında da en üst haddten tahrik uygulaması gerekirken, alt haddten tahrik uygulanmaktadır. Ben eski uygulamanın doğru olduğunu, Dairenin bu yeni uygulama şeklinin değiştirilmesi gerektiği görüşündeyim."* **Yargıtay CGK'nın** 11.02.2014 tarih, 2013/665 E., 2014/66 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 272.

¹⁰⁰⁹ HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları, s. 254.

bakıldığında, genel olarak gayri resmi evlilikler resmi evlilikler gibi kabul edilmiştir. Ancak önceki kanun döneminde Yargıtay dini nikahla evli kadınlara karşı işlenen suçlarda, sadakat yükümünü ihlal ettiği gerekçesiyle, m. 462 hükmünün şartları oluşmadığı için m. 51’de yer alan genel haksız tahrik hükmünü uygulamakta ve fail hakkında genellikle ağır tahrik indirimi öngörmekteydi.¹⁰¹⁰ Günümüzde ise, kabul edilen hukuki düzenlemelerden, kadının sadakati ve hayat tarzı sadece eşine karşı tahrik oluşturacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla resmi nikahlı evliliklerde eşin zinası diğer eşe karşı tahrik oluşturan bir eylemdir. Resmi nikah olmayan evliliklerde nasıl bir uygulama yapılacağı ise belirsizdir. Kanaatimizce faille mağdur arasında resmi bir nikahın mevcut olmadığı hallerde taraflardan birinin sadakatsiz davranışını diğer taraf için haksız tahrik kabul etmek mümkün değildir. Çünkü kadınla erkek arasında hukuken geçerli bir evlilik bulunmadığından sadakat yükümünden de söz edilememektedir. Her ne kadar bu birliktelikler 30-40 sene gibi uzun süreli olması durumunda aldatılan tarafın, aldatma fiili nedeniyle öfkelenmesi veya üzüntüye kapılması normal karşılanabilecek bir hal sayılsa da, böyle bir durumda haksız tahrikten söz etmek mümkün değildir. Aksi yönde bir kabul, hem haksız tahrik kurumunun alanını kadınların aleyhine olacak şekilde genişletecek, hem de örf-adete

¹⁰¹⁰ “...Toplumumuzda düzenle sürdürülen gayriresmi evliliklere de resmi evlilikler kadar değer verildiği bilinen bir gerçektir. Gayri resmi de olsa sanığın "eşi" bildiği ve birlikte yaşadığı kadının bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesinden duyacağı sadakat sözüne ihanetin verdiği elem ve gazabın önemli boyutlara ulaştığını kabulde zorunluluk vardır. Bu kabul gayriresmi evliliği resmi evlilikle eş tutmak anlamına gelemmez. Eğer ortada resmi evlilik olsaydı eşini cinsel ilişki halinde görüp, öldürme olayını işlemiş bulunsaydı daha özel bir tahrik halini kapsayan TCY. nın 462. maddesi ile indirim yapmak gerekecekti. Gayriresmi eşten çocuğu olmaması gibi bir ayırım yapmaya hukuken imkan yoktur. Kaldı ki olayımızın ayrı özellikleri de vardır. Şöyle ki: Sanığın gayriresmi eşi Meryem aynı zamanda amcasının kızıdır ve ölü muayene ve otopsi tutanağına göre 3 aylık hamiledir. Açıklanan bu duruma göre sanık ağır tahrik altında suçu işlemiştir....” **Yargıtay CGK’nın** 24.4.1989 tarih, 1989/1-99 E., 1989/159 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1989-1-99.htm&kw=462#fm>, E.T., 22.08.2016.

veya ahlak kurallarına aykırı fiillerin haksız tahrik oluşturmasına rıza gösterilmiş olacaktır. Ancak uygulamada, kadının erkeğın namusu olduğu ve bunu korumak için gerektiğinde kadını veya başka bir erkeği öldürmenin anlayışla karşılanması gereken bir durum olduğunu kabul eden özellikle ilk derece mahkemelerindeki¹⁰¹¹ zihniyet değişmemiştir.¹⁰¹² Nitekim YCGK'nın bir kararında karşı oy veren üyenin açıklaması bu zihniyeti net bir şekilde açıklamaktadır:¹⁰¹³

“Yargıtay Yüksek 1. Ceza Dairesi 14.12.2006 gün ve 4919-5709 sayılı içtihadında; sanığı orospuluk yapıyor diye etrafa söylemenin ağır tahrik sayılmaması nedeniyle mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Bahsedilen içtihata konu sadece bir söz olmasına karşın olayımızda sözün yerine açık seçik ve hiçbir kuşkuya yer bırakmayan bir annenin pervasızca ve hiç kimseden çekinmeden yaptığı icraatı vardır. Altını çizmek gerekirse bir tarafta “ahlaksızlık yapıyor” demek tahrike konu yapılmakta diğer tarafta ise, “herkesin görebileceği şekilde yapılan ahlaksızlık” çocukları için tahrik konusu yapılamamaktadır. Bu durum çok büyük bir çelişki değil midir?

¹⁰¹¹ “Olay tarihinde evli ve reşit olan Gülbahar ile maktul Murat'ın yaşam tarzlarının sanıklara yönelik haksız tahrik oluşturmayacağı gibi, maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturarak herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini...” **Yargıtay 1. CD'nin** 8.4.2009 tarih, 2009/2339 E., 2009/1937 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2009-2339.htm&kw=namus+saikinde+haks%C4%B1z+tahrik#fm>, E.T. 27.08.2016.

¹⁰¹² “Sanığın gelini olan mağdurun evi terk etmesinden kaynaklanan haksız tahrik nedeniyle yapılan indirimin hak ve nesafete aykırı şekilde üst sınırdan yapılmak suretiyle...” **Yargıtay 1. CD'nin** 23.2.2007 tarih, 2007/230 E., 2007/732 K. sayılı kararı. Bkz. GÜNAY, s. 149.

¹⁰¹³ **Yargıtay CGK'nın** 11.5.2010 tarih, 2010/1-56 E., 2010/111 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2010-1-56.htm&kw=namus+saikinde+haks%C4%B1z+tahrik#fm>, E.T. 27.08.2016.

Haksız tahrik halinin; failin makul ve mantıklı düşünerek hareket etme yeteneğini diğer bir deyişle iradesi üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle kusurunu azalttığı izahtan varestedir. Haksız tahrik ile cezada indirim yapılmasının nedeni, bu ruhsal hal içinde suç işlenirken failin kusurunun azalmış olacağı fikridir. Evet, ortada bir haksız fiil yoktur; ama öfke ve şiddetli elem vardır.

*Yüce Yargıtay'ımız pek çok olayda mağdurdan kaynaklanan haksız davranışın ruhsal etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunduğu olaylarda haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Olayımıza baktığımızda; yaşı kaç olursa olsun bir çocuğun annesini bir sağlık kabininden çıkarken saçını başını dağınık bir vaziyette, arkasından çıkan adamında atletinin dışarıda ve telaşlı bir vaziyette fermuarını kapatırken görmesi, bir çocuk veya genç için duyulacak en büyük acılardan birisidir. Bu acıya töre denebilir mi? Bence denmemelidir, denemez. **Çünkü bir çocuk için en önemli varlık annesidir. Anne saf ve temizdir.** Tabidir ki dul bir kadınında tercihleri, özel hayatı olabilir. **Ancak uluorta çocuklarının veya herkesin görebileceği bir yerde cinsel açlığını gidermeye de hakkı yoktur, olmamalıdır.**"*

Kadına karşı şiddetin önlenmesine ilişkin uluslararası alanda en önemli belgelerden biri olan ve 1 Ağustos 2014 yılında yürürlüğe giren *Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi* (kısa adıyla İstanbul Sözleşmesi) orijinal metninde evli ya da evlilik dışı olmasına bakılmaksızın çiftler arasındaki tüm şiddet türlerini yasaklamaktadır. Ancak Türkçeye çevrilen metinde sadece evli çiftler bakımından

şiddetin yasaklandığı görülür.¹⁰¹⁴ Dini nikahla yapılan evliliklerin veya özellikle kırsal kesimlerde nikahsız yaşamın oranı düşünüldüğünde, Türkiye Cumhuriyeti'nin yapılan bu sınırlamayla kadına yönelik şiddetin önlenmesi gibi bir amaç taşımadığı sonucuna varılacaktır. İstanbul Sözleşmesi kadının ev içi ve kamusal alanda her türlü şiddete karşı korunmasını amaçlayan bir sözleşme olduğundan, kadına yönelik pozitif ayrımlar yapılmasını taraf devletlere yüklemekte ve dolayısıyla dinî nikâhla yapılan evliliklerde zina nedeniyle eşin/partnerin kadına karşı suç işlediği durumlarda bu suçun altında yatan saike bakmak gerekecektir. Sözleşme hükümleri (m. 12/5) uyarınca, bu Sözleşmeye taraf devletler herhangi bir suçun işlenmesinde din, kültür, töre, gelenek veya sözde “*namus*” gibi sebepleri kullanarak işlenen şiddet fiillerini meşrulaştıramayacaklardır.¹⁰¹⁵ Bu nedenle zina yaptığı veya bu yönde bir şüphe bulunduğu gerekçesiyle şiddete maruz kalan kadının, törelerin veya namus saikinin gereği olarak herhangi bir suç mağduru olması durumunda, bahsedilen şiddet fiili bakımından herhangi bir tahrik hükmü uygulanamayacaktır.

Sonuç olarak töre saikiyle haksız tahrik hükmünün birlikte uygulanması mümkün değildir. namus saikiyle kadına karşı işlenen suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı ikili bir ayrımla incelenir. Eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümü bulunduğu, zina yapan eşe karşı diğer eşin suç işlemesi durumunda kanunda haksız tahrik hükmünün uygulanabileceği kabul edilmiştir. nitekim uygulamada kadınlara karşı işlenen suçlarda erkeklerin en önemli bahanesinin namus olması bu nedenledir. Ancak kadınla erkek arasında hukuken

¹⁰¹⁴ BAKIRCI, Kadriye, “*İstanbul Sözleşmesi*”, ABD, S. 4, 2015, s. 137.

¹⁰¹⁵ BAKIRCI, s. 155.

geçerli bir evlilik yoksa bu durumda kadının veya erkeğin sadakatsizlik yaptığı gerekçesiyle veya namusunu temizlemek amacıyla aldatılan/ namusunun kirlendiğini düşünen tarafın, birlikte olduğu kişiye karşı suç işlemesi, kendisine, durumunda haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir.

3. Kan Gütme Saikiyle Kasten Öldürme ve Haksız Tahrik

a. Kan Gütme

Kan gütme ya da halk arasında bilinen adıyla kan davası, bazı toplumlara has, hukuki olmaktan çok sosyolojik ve kriminolojik nitelik taşıyan bir olaydır.¹⁰¹⁶ Kan gütme saikiyle öldürme eylemi, devletin bir iktidar mekanizması ve cezalandırma yetkisini elinde tutan güç olarak ortaya çıkmasından önceki dönemlerde, suç sayılan fiilin bir kabile ya da topluluk üyesi tarafından bir başka topluluğa ya da üyesine işlenmesi durumunda ortaya çıkan “*öç alma*” hakkına dayanır.¹⁰¹⁷ Yani kökeninde “*öç alma*” amacı bulunan kan gütme; ceza hukukunun ilkel dönemlerinde uygulanan “*kıyas*” geleneğinin günümüze yansımasıdır.¹⁰¹⁸

“*Kan gütme*” ifadesine ilişkin öğretilerde pek çok tanım yapılmış, kavram açıklanmaya çalışılmıştır. Bir tanıma göre kan gütme, “*Bir kimsenin ailesinden ya da*

¹⁰¹⁶ **OTACI**, Cengiz, “*Kan Gütme Saikiyle Kasten Öldürme Suçu*”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 18, Şubat 2008, s. 115.

¹⁰¹⁷ **BAKICI**, Sedat, “*Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme ve Unsurları*”, ABD, S. 2, 1994, s. 195.

¹⁰¹⁸ **TEZCAN**, Mahmut, Kan Davaları Sosyal Antropolojik Bir Yaklaşım, B. 2, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 99, Ankara, 1981, s. 1.

akrabalarından birini öldüren kişinin ya da onun akrabalarından birinin, öldürülenin kanına karşılık olmak üzere öldürülmesidir.”¹⁰¹⁹ Bir başka tanıma göre kan gütme; *“failin, daha önce öldürülen bir kimsenin öcünü almak için, ilk öldürme olayının doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini öldürmesidir.*”¹⁰²⁰ Kan gütme saikiyle işlenen öldürmelerde öldüren ile öldürülen arasında sübjektif bir bağın varlığı aranmaz, öldürme adeta bir görev bilinciyle işlenmektedir.¹⁰²¹

Kan gütme, insanlar ve sosyal gruplar arasında ilişkilerden doğan, mensuplarının birbirine içtenlikle ve samimiyet derecesinde yakın olduğu iki grup arasında süregelen ve karşılıklı olarak cebir ve şiddet içeren, düşmanca bir ilişki şeklindedir. Bu nedenle genelde, aralarında kan davası olan grupların aynı alt kültüre sahip oldukları ve hatta bazen birbirlerine akrabalık bağı ile bağlı oldukları görülmektedir.¹⁰²²

Türk hukukunda kan gütme saikine ilişkin yapılan ilk düzenleme, 1937 yılında kabul edilen 3236 sayılı Kanun’dur. Bu Kanunla, kan gütme saikiyle öldürme suçlarının önüne geçmek ve bir anlamda toplumda oldukça yoğun olarak görülen kan davalarını sona erdirmek istenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kan davasının tarafı olan fail veya mağdur taraftan kanunda sayılan kişilerin suçun işlendiği bölgede ikamet

¹⁰¹⁹ TEZCAN, Kan Davaları Sosyal Antropolojik Bir Yaklaşım, s. 6.

¹⁰²⁰ BAKICI, Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme, s. 196.

¹⁰²¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 55.

¹⁰²² **DÖNMEZER**, Sulhi, “Kriminoloji Açısından Kan Gütme Saikiyle İşlenen Suçlar”, İÜHF, C. XL, S. 1-4, s. 3, 4.

etmeleri men edilmiş ve başka bölgelere nakledilmeleri sağlanarak tarafların tekrar karşılaşmaları ve birbirlerine karşı suç işlemleri önlenmek istenmiştir.¹⁰²³ Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 11.02.1964 tarihli ve 330/15 sayılı kararı ile söz konusu Kanun'un ilk iki maddesi "*cezaların şahsiliği*" ilkesi uyarınca Anayasa'da bulunan yerleşme ve seyahat etme özgürlüğüne aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir.¹⁰²⁴ 3236 sayılı Kanun'un diğer hükümleri ise, 5637 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Türk ceza hukukuna 1953 yılında 6123 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu giren ve kasten öldürmenin nitelikli hali sayılan "*kan gütme saikiyle öldürme*", 1953 yılına kadar tasarlama suretiyle öldürme ya da kasten öldürme suçunun diğer şekillerine göre cezalandırılmaktaydı.¹⁰²⁵ Kan gütme saikiyle öldürmenin kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmesindeki amaç, bu suça ölüm cezası öngörülerek tercih edilen şiddetli cezalarla bu tür olayların sayısının azaltılabileceği düşüncesidir.¹⁰²⁶ 765 sayılı Kanun'un 450. maddesinin 10. fıkrasında yer alan bu nitelikli hale, 5237 sayılı TCK'da kasten öldürme suçunun nitelikli şekli olarak yer

¹⁰²³ **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, "*Kan Gütme Cürümleri*", AD, Y. 43, S. 10, Ekim 1952, s. 1186; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 264.

¹⁰²⁴ **ÇAKICI GERÇEK**, Leyla/ **BAFRA**, Jale, "*Kan Gütme Saikiyle İşlenen Adam Öldürme Suçu*", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. I, 2005, <https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11421/487/249644.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 21, E.T. 21.04.2016.

¹⁰²⁵ OTACI, Kan Gütme Saikiyle Kastan Öldürme, s. 116.

¹⁰²⁶ DÖNMEZER, Kan Gütme Saikiyle İşlenen Suçlar, s. 10. "*Kan gütme sebebiyle öldürme eylemini, adiyen öldürme suçundan ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken olduğudur. Bu tür suçlar için ayrı bir bent ile daha ağır bir cezanın yaptırımı konmasındaki sosyal amaç ise, toplumda kökleşmiş olan kötü bir göreneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir...*" **Yargıtay CGK'nın** 04.05.1999 tarih, 1999/1-91 E., 1999/93 K. sayılı kararı. Bkz. HAKERİ, Kastan Öldürme Suçları, s. 245.

verilmiştir. TCK m. 82/1-j’de yer alan bu düzenlemeye göre, bu suçu işleyen fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

765 sayılı TCK döneminde yer alan “*kan gütme saikiyle öldürme*” nitelikli halinin aynen yeni ceza kanununa alınmış olması, önceki dönemde verilen yargı kararlarının ve ileri sürülen görüşlerin hala geçerliliğini koruduğu sonucunu doğurmaktadır. Öğretide ileri sürülen görüşler ve Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar doğrultusunda, bir öldürme fiilinin kan gütme saikiyle işlendiğinin kabul edilebilmesi için; taraflar arasında önceki dönemlerde gerçekleşen bir öldürme olayı meydana gelmiş olmalı ve fail, bu olayın intikamını almak maksadıyla kasten öldürme fiilini işlemiş olmalıdır. Ayrıca ilk öldürme olayıyla ikincisi arasında çok kısa olmayan bir zaman dilimi geçmiş olmalıdır ki, bu sürede fail, ilk öldürme olayından kaynaklanan öfke, acı gibi duyguların etkisinden kurtularak bir görev bilinciyle öldürme fiilini işlemelidir.¹⁰²⁷ Kan gütme saikinin varlığı için tarafların gerçekleştirdiği şiddet fiillerinin, iki ayrı grubun titizlikle uydukları yöresel gelenek ve göreneklerde düzenlenmiş olması gerekir.¹⁰²⁸ Fail ile ilk öldürme fiilinin mağduru arasında kan hısımlığının varlığı aranmamakta, failin kendisini mağdurun mensup olduğu gruba yakın hissetmesi yeterli görülmektedir.¹⁰²⁹

Yargıtay verdiği kararlarda, kan gütme saikinin şartları arasında sayılan ilk öldürme fiiliyle ikincisi arasında geçen “*çok kısa olmayan*” süreyi, ikinci öldürme

¹⁰²⁷ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 71, 72.

¹⁰²⁸ **AKBULUT**, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunumuza Göre Kan Gütme Saikiyle Adam Öldürme (Yargıtay İçtihatları İle), İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2006, s. 17.

¹⁰²⁹ HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları, s. 247.

suçunun mağdurunun ilk öldürme suçunun faili olduğu durumlarda aramakta; ikinci öldürme suçunun mağdurunun, ilk öldürme suçunun failinin yakını olduğu durumlarda herhangi bir süre şartından söz etmemektedir.¹⁰³⁰ İlk öldürme suçunun failinin ikinci öldürme suçunun mağduru olduğu durumlarda bahsedilen bu süre şartı somut olayın özelliğine göre belirlemekte, bu belirlemeyi yaparken de failin ilk öldürme olayından kaynaklanan acı kızgınlık gibi duygulardan arınmış olması kriterini gözetmektedir.¹⁰³¹ Zira, yerleşmiş Yargıtay uygulamasında ve TCK m. 82/1-j hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere, suçun kan gütme saikiyle işlendiğinden söz edebilmek için, öldürme fiilinin başka bir saik bulunmaksızın, sadece kan gütme saikiyle işlenmesi gerekmektedir.¹⁰³²

¹⁰³⁰ “ ...saniğin amcasını öldürenin, maktul olmayıp, maktülün oğlu olması ve olayda maktulden gelen bir haksız hareket belirlenememesi nedeniyle ilk olayla sonraki olay arasında geçen sürenin önem taşımadığı; önceki adam öldürme olayını gerçekleştirenin yakınlarına karşı, sadece öldürme olayının yarattığı kızgınlıkla yapılan eylemlerin, aynı gün yapılırsa bile kan gütme saikiyle adam öldürme suçunu oluşturacağı göz önünde tutulmaksızın, yazılı şekilde hüküm kurulması...” **Yargıtay 1. CD’nin** 21.6.1994 tarih, 1994/2309 E., 1994/2081 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-1994-2309.htm&kw=`1994/2081`#fm>, E.T. 01.09.2016.

¹⁰³¹ MERAN, Kişilere Karşı Suçlar, s.72.

¹⁰³² HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 55. “...Saniğin 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini 6 yaşında öksüz bırakan ve bilahare 1803 sayılı kanun uyarınca tahliye edilen maktülü öldürdüğüünün oluş ve kabulden anlaşılmasına, bu durumda aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldıramayacağına göre suçun münhasıran kan saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği cihetle saniğin maktülü basit tahrik altında ve taammüden öldürdüğüünün kabulü suretiyle hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suça kan gütme vasfının ilave edilmesi ve TCK.nun 51/1. maddesinin tatbiki lüzumunun gözetilmemesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 9.10.2002 tarih 2002/2288 E., 2002/3508 K. sayılı kararı. “...Adam öldürme suçunun kan gütme saiki ile işlendiğinden söz edebilmek için haksız bir tahrikin etkisi olmaksızın münhasıran bu saikle işlenmesi gerekir...” **Yargıtay 1. CD’nin** 19.09.2007 tarih, 2007/180 E., 2007/6618 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, E.T. 02.09.2016.

b. Kan Gütme Sakiyle İşlenen Adam Öldürme Suçunda Haksız Tahrikin Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Kasten adam öldürme suçunun nitelikli halleri arasında sayılan kan gütme saikiyle adam öldürme suçunda, önceki öldürme fiili haksız tahrik kabul edilerek ikinci öldürme fiilinin cezasından haksız tahrik indirimi yapıp yapılamayacağı tartışması mevcuttur. ¹⁰³³ Yargıtay uygulamasına bakıldığında, bu konuda içtihat birliği olduğu ve kan gütme saikiyle işlenen öldürme suçlarında haksız tahrik hükmünün uygulanmadığı görülür. ¹⁰³⁴

Kan gütme saikiyle haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı konusunda önceki kanun döneminden bu yana süre gelen tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre; Yargıtay'ın benimsediği şekilde kan gütme saikiyle haksız tahrikin birlikte uygulanamayacağı görüşüne katılmak imkanı yoktur. Öfke, kin, üzüntü gibi

¹⁰³³ HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları, s. 253; KANGAL, Haksız Tahrik, s. 56; EKER KAZANCI, s. 1346.

¹⁰³⁴ “Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre; kan gütme saikiyle adam öldürme suçunun kabul edilebilmesi için öldürmenin münhasıran bu saikle işlenmesi gerektiği, öldürenin öldürmesi olayında önceki olayın elem ve öfkesinin göz ardı edilemeyeceği ve eklenen tahrik nedeninin kan gütme saikini bertaraf edeceği gözetilerek, tahrik altında tasarlayarak öldürmeye teşebbüs suçundan TCK’nın 82/1-a, 35,29,62 ve 53 maddeleri uyarınca hüküm kurulması yerine, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a, j, 35,62,53 maddeleri uyarınca yazılı şekilde karar verilmesi...” **Yargıtay 1. CD’nin** 12.04.2011 tarih, 2011/5702 E. 2011/2212 K. sayılı kararı. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 122; “...Süreklilik kazanan Yargıtay İçtihatlarına göre kan gütme saikiyle adam öldürme suçunun kabul edilebilmesi için öldürmenin münhasıran bu saikle işlenmesi gerektiği, öldürenin öldürülmesi olayında önceki olayın elem ve öfkesinin göz ardı edilemeyeceği ve inzimam eden tahrik nedeninin kan gütme saikini bertaraf edeceği kabul edildiği, incelenen olayda sanığın 1998 yılında babasını öldüren ve Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 9.12.1998 tarih 1998/343-438 sayılı kararı ile mahkum olup 2001 yılında...tahliye olan maktulü bu nedenle tasarlayarak öldürdüğü olayda sanığın önceki olayın etkisinden kurtulup, duyduğu üzüntü ve kırgınlıkları sona erdirip münhasıran kan gütme saikiyle hareket ettiği anlaşılmadığından...” **Yargıtay 1. CD’nin** 12.05.2005 tarih, 2004/1684 E., 2005/1245 K. sayılı kararı. Bkz. AKBULUT, Kan Gütme Saikiyle Adam Öldürme, s. 41.

duyguları olmayan, diğer bir ifadeyle duygularından arınmış insan, normal bir insan olamayacağı hatta akıl hastası sayılacağından insanın ruh halini dikkate alarak hem kan gütme saikiyle cezanın artırılması hem de haksız tahrik nedeniyle cezanın azaltılmaması yerinde bir uygulama değildir. Ayrıca kan gütme saikiyle adam öldürme suçlarının kanunda yer alma sebebi, bu saikle suç işleyen kişilerin toplum için tehlikeli olduğu ve karşılıklı öldürme fiillerinin devam edeceği inancına dayandığından, failin öfkeli veya üzüntülü olması toplum açısından tehlikeli sayılmasına etki eden hususlar değildir.¹⁰³⁵

Öğretide çoğunluk tarafından savunulan bir başka görüşe göre; kan gütme saikinin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmesi sonucunda, haksız tahrik ve kan gütme saiki bir arada uygulanabilecek kurumlar değildir. Zira aynı neden hem ağırlatıcı hem de hafifletici neden sayılamaz. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın kan gütme saikine ilişkin benimsediği ölçütler dikkate alındığında fail ya önceki öldürme olayının etkisinden kurtulmuştur ve sadece kan gütme saikinin etkisindedir ya da hala önceki öldürme olayının etkisi sürmektedir ve bu nedenle haksız tahrik söz konusudur.¹⁰³⁶ Kan gütme saikinden söz edilebilmesi için failin “*münhasıran*” kan gütme saikiyle öldürme fiilin gerçekleştirmesi şartı arandığından; bu doğrultuda, failin maktule karşı kan gütme saikinden başka özel bir saiki olur ve suç fiilin bu saikinin etkisinde işlendiği anlaşılırsa, bu nitelikli halden söz

¹⁰³⁵ ERMAN/ ÖZEK, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 54; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 6, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 107.

¹⁰³⁶ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 70, 71; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 172; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 53, 54; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 74; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 122; ÇAKICI GERÇEK/ BAFRA, s. 13.

edilemeyecektir.¹⁰³⁷ Ayrıca faili kan gütme saikiyle suç işlemeye iten intikam, kin gibi duygular, haksız tahrik kurumunun bünyesinde yer almamaktadır.¹⁰³⁸ Bu nedenle olayda haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirecek öfke, üzüntü gibi bir duygunun söz konusu olması durumunda, fail, TCK m. 81’de yer alan kasten adam öldürme hükmünden sorumlu olacak ve cezası haksız tahrik nedeniyle indirim tabi tutulacaktır.¹⁰³⁹ Yerinde olan bu görüşe göre; özellikle önceki öldürme fiilinin failinin öldürüldüğü olaylarda hakim, işlenen suçun kan gütme saikiyle mi yoksa haksız tahrik etkisinde mi işlendiği hususunu inceleyecek, haksız tahrikin koşullarının oluşması durumunda kan gütme saikinden bahsedemeyecektir.¹⁰⁴⁰

Konuya ilişkin ileri sürülen son görüşe göre, kan gütme saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında, failin cezasından tahrik indirimi yapıp yapılamayacağı “*bu suçun tanımına, unsurlarına ve fail ile mağdurun kim olduğuna*” ilişkin bir konudur. Kan gütme saikinin temelini oluşturan önceki öldürme fiilinin faili, ikinci öldürme fiilinin mağduru ise, bu durumda suçun kan gütme saiki ile işlendiği ancak fail hakkında haksız tahrik indirimi uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Çünkü failin cezasından haksız tahrik indiriminin yapılamayacağını kabul etmek, faili, hem işlediği

¹⁰³⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, s. 2686.

¹⁰³⁸ AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s. 244.

¹⁰³⁹ “Maktulün sanığın babasını 1990 yılında öldürdüğü, 2 yıl kadar sonra salıverildiğini gören sanığın babasının öldürülmesinin üzüntüsünden kurtularak mücerret öç ve intikam alma maksadı ile ve kötü bir geleneği yerine getirmek amacı ile işlediği anlaşılmadığından sanığın taammüden ve tahrik altında suçu işlediğinin kabulü ile TCK’nun 450/4, 51. maddeleri ile cezalandırılması gerekirken kan gütme saikinin varlığının kabulü Yasaya aykırıdır.” **Yargıtay 1. CD’nin** 7.10.1996 tarih, 1996/2722 E., 1996/3176 K. sayılı kararı. Bkz. **POLAT**, Ahmet Zeki, Adam Öldürme Suçları, B. 1, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 122.

¹⁰⁴⁰ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 45.

suçun cezasıyla hem de uğradığı haksızlığı görmezden gelmek suretiyle iki kez cezalandırmak anlamını taşır. Ayrıca, bu suç tipinde haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağını peşinen kabul etmek, failin haksızlığa uğramış olmasını suçun unsurları arasına koyacaktır. Madde gerekçesinde yer alan “*haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde bu bent hükmü uygulanamaz*” gibi bağlayıcı bir ifadenin madde metni yerine gerekçede yer alması isabetsizdir.¹⁰⁴¹

III. ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

A. GENEL OLARAK

TCK m. 29’da yer alan “*haksız tahrik*” düzenlemesi tüm suç tipleri için uygulanabilen genel bir kural olmakla birlikte, kanun koyucu hakaret suçlarına ilişkin özel bir haksız tahrik hükmüne yer vermiştir.

5237 sayılı TCK’nın ikinci kitap, sekizinci bölümünde “*Şeref Karşı Suçlar*” arasında “*Haksız Fiil Nedeniyle veya Karşılıklı Hakaret*” başlığıyla yer alan 129. madde, TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün istisnasını oluşturmakta ve hakaret suçlarına özgü bir haksız tahrik halini ifade etmektedir. Söz konusu 129. madde düzenlemesiyle kanun koyucu, hakaret suçuna özel bir önem

¹⁰⁴¹ OTACI, Kan Gütme Saiki ile Kasten Öldürme Suçu, s. 132, 133; KANGAL, Haksız Tahrik, s. 57.

atfetmiş, bu suçun özelliklerini dikkate alarak, hakaret suçlarında genel tahrik indirimiyle yetinmemiş, özel bir tahrik indirimi öngörmüştür.¹⁰⁴²

765 sayılı TCK'da, 5237 sayılı TCK'nın aksine birden fazla özel haksız tahrik düzenlemesi yer almaktaydı: 765 sayılı Kanun'un 272. maddesiyle memura karşı işlenen suçlarda; 462. maddesiyle zina ve gayri meşru cinsel ilişki esnasında adam öldürme ve yaralama suçlarında ve 485. maddesiyle hakaret ve sövme suçlarında haksız tahrik halleri düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK, önceki TCK'da yer alan bu düzenlemelerden sadece hakaret ve sövme suçlarına ilişkin tahrik haline yer vererek diğer durumların genel tahrik hükmü içinde değerlendirilmesinde karar kılmıştır. Kanun koyucunun tercih ettiği bu düzenleme neticesinde artık, söz gelimi, kamu görevlisi olan bir kimseye görevi sebebiyle hakaret edildiğinde m. 129 uygulama olanağı bulacak, genel tahrik hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁴³

5237 sayılı TCK'da yer verilen bu düzenleme sonucunda, artık 129. maddede bahsi geçen özel tahrik hallerinin varlığı anlaşıldığında, 29. maddenin uygulanmasından söz edilemeyecek, m. 129 uygulanacaktır.¹⁰⁴⁴ Haksız tahrik

¹⁰⁴² **ÖZEN**, Muharrem, “*Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri*”, AÜHFD, C. 51, S. 3, 2002, s. 28.

¹⁰⁴³ **KAYANÇİÇEK**, Murat, Şerefe Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 280. “...Sanıkların olayda görevli polislerin evlerine usulsüz girdiğini, kendilerine küfür ettiğini, vurduğunu, gereksiz yere biber gazı sıktıklarını savunmaları, bu savunmaların tanıklar Neslihan, Hacer'in anlatımları ve sanıkların adli raporu ile doğrulanması, sanıklar müdafilerinin haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını istemeleri karşısında, görevliye direnme suçu yönünden TCK'nın 29, görevliye hakaret suçu yönünden ise anılan Kanun'un 129. Maddelerindeki haksız tahrik hükümlerinin sanıklar lehine uygulanma olanağı tartışılmadan...” **Yargıtay 1. CD'nin** 15.10.2012 tarih, 2012/26770 E., 2012/20710 K. sayılı kararı. Bkz. OTACI, TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, s. 336.

¹⁰⁴⁴ **ÖZEN**, Hakaret ve Sövme, s. 28.

TCK'nın her ne kadar 29. maddesinde genel haksız tahrik hali olarak düzenlenmiş olsa da, kanun koyucu bu genel hükme istisna olacak şekilde 129. maddeye yer vermiş ve özel hükmün bulunduğu hallerde genel hüküm - özel hüküm ilişkisi sonucunda, özel hükmün yerine genel haksız tahrik halinin uygulanması veya bu iki hükmün birlikte uygulanması olanağı ortadan kalkmıştır.¹⁰⁴⁵ Ancak m. 129'da belirtilen özel haksız tahrik hali m. 125'de düzenlenen "hakaret" suçuyla sınırlı olduğundan, m. 129'da düzenlenen haller dışında kalan ve tahrik altında işlenen diğer suçlarda, koşulları mevcut bulunduğu takdirde genel haksız tahrik düzenlemesi uygulanacaktır.¹⁰⁴⁶

TCK m. 129, bazı farklar dışında, mülga TCK'nın 485. maddesine¹⁰⁴⁷ benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak, bu iki düzenleme arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse; 485. madde düzenlemesine bakıldığında 129. maddenin ilk fıkrasına karşılık gelen m. 485/1'de cezanın azaltılmasından söz edilirken, m. 129/1'de cezanın azaltılması yanında ayrıca, hakim duruma göre ceza vermekten vazgeçebilme

¹⁰⁴⁵ EREM, Haksız Tahrik, s.654. "...*Hakaret suçunun, haksız bir fiile tepki olarak işlendiğinin kabul edilmesi karşısında, özel hüküm olan TCK'nın 129/1. maddesi yerine, genel tahrik kurumunu düzenleyen aynı Kanunun 29. maddesiyle hüküm kurulması...*" **Yargıtay 1. CD'nin** 6.4.2016 tarih, 2014/875 E., 2016/6494 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2014-875.htm&kw=+`129/1`#fm>, E.T. 24.07.2016.

¹⁰⁴⁶ **ARISOY**, Mine, "Hakaret", TBBD, Y. 20, S. 72, 2007, s. 186.

¹⁰⁴⁷ 765 sayılı TCK'nın 485. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "(1)*Kendisine tecavüz olunana şahıs 480 ve 482 nci maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır. (2)Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı ıskat edebilir. (3)Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir.*"

olanağı da düzenlenmiştir.¹⁰⁴⁸ Bu farkın yanında, m. 485’in son fıkrasına karşılık gelen m. 129’un ikinci fıkrasında, haksız tahrik nedeni olarak “*kasten yaralama*” fiili düzenlenmişken; m. 485/son’da “*şahsı hakkında şiddet kullanılması*” halinden söz edilerek daha geniş bir düzenlemeye yer verilmiştir. TCK m. 129’un son fıkrasında yer alan “*karşılıklı hakaret*” haline ilişkin düzenleme ise, m. 485/2’de yer alan düzenlemeye paraleldir.

Son olarak belirtilmesi gerekir ki, m. 485’e benzer şekilde, TCK m. 129’da yer alan haksız tahrik hali, bir hukuka uygunluk nedeni değil,¹⁰⁴⁹ m. 29’da yer alan kusurluluğa etki eden nedenin özel halidir. Yani kusurluluğu azaltan bir nedendir. Genel haksız tahrik hükmünde cezanın azaltılma sebebi neyse, özel haksız tahrik hükmündeki sebep de aynısıdır.¹⁰⁵⁰ TCK m. 129, her ne kadar cezanın indirilmesi açısından haksız tahrik hükmüne; ceza verilmemesi bakımından ise hukuka uygunluk nedenine benzetilse de madde metninde ceza verilmemesinin yanında cezanın azaltılması hali de düzenlendiğinden, hükmün hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü mümkün değildir.

Haksız tahrik nedeniyle iradesi etkilenen failin, madde metninde düzenlenen üç nedenden herhangi biri dolayısıyla yalnızca “*hakaret*” suçunu işlemesi durumunda cezası indirilecek veya duruma göre kendisine ceza verilmeyebilecektir. Bu nedenler,

¹⁰⁴⁸ **TATAR**, Bülent, Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçları (Şerefe Karşı Suçlar), (Yayımlanmış) Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 243.

¹⁰⁴⁹ AYDIN, Haksız Tahrik, s. 109.

¹⁰⁵⁰ KAYANÇİÇEK, s. 282.

1- hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi; 2- hakaret suçunun kasten yaralama fiiline tepki olarak işlenmesi; 3- karşılıklı hakaret şeklinde incelenmektedir. Haksız tahrike ilişkin olarak 129. maddenin bu üç fıkrası ve bu fıkraların uygulanma koşulları, genel haksız tahrik hükmü olan m. 29 ile benzerlik arz etmektedir. Ancak bu iki düzenleme arasında bazı farklar bulunmaktadır. Aşağıda bu benzerlik ve farklılıklara değinilerek m. 129, 29 ve 765 sayılı TCK m. 485 ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

1. Hakaret Suçunun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi

TCK m. 485'in ilk fıkrasına benzer şekilde düzenlenen 129. maddenin 1. fıkrasında; haksız fiilin oluşturduğu tahrikin etkisiyle hakaret suçunu işleyen failin cezasının belli oranlarda azaltılabileceği veya ceza verilmekten tamamen vazgeçilebileceği düzenlenmiştir.

TCK m.129/1'de düzenlenen şartlara sahip hakaret suçunun hukuki niteliği konusunda öğretilde görüş birliği mevcuttur; bu hüküm m. 29'da düzenlenen genel haksız tahrik halinin özel bir şeklinden ibarettir. Dolayısıyla koşulları bulunması durumunda, 29. madde değil, m. 129/1 hükmü uygulanacaktır ve 29. maddeden farklı olarak hakim gerekli gördüğü takdirde ceza vermekten vazgeçebilecektir.¹⁰⁵¹ Kanunda tahrik nedeniyle böyle bir indirim halinin düzenlenme sebebi, haksız tahrike karşı hakaret suçunun işlenmesi durumunda, somut olayda meydana gelen tahrik halinin

¹⁰⁵¹ ÇETİN, Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, B. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 135.

bazı özelliklere sahip olmasıdır. TCK'nın 29. maddesinde yer alan düzenlemenin aksine burada haksız fiilin öğrenildiği an ile hakaret fiilinin gerçekleştirildiği an arasında geçen zaman uzamadan bir tepki gösterilmesi gerekmektedir.¹⁰⁵² Genel haksız tahrik kurumunun yapısında böyle bir sınırlandırma bulunmadığından tahrik fiiliyle bu fiile gösterilen tepki arasından uzun bir zaman geçmesi, kurumun uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bunun neticesinde denilebilir ki, genel haksız tahrik durumunda fail tahrik oluşturan fiilden günler hatta aylar/yıllar sonra tepki fiilini işleyebilirken; haksız fiil nedeniyle işlenen hakaret suçu, çoğunlukla, ani bir öfke veya nefret/üzüntü duygusu nedeniyle işlenmektedir.¹⁰⁵³

Bu kurumun uygulanabilmesi için gerekli olan koşullar; a) tahrike neden olan haksız bir fiilin gerçekleşmiş olmalı, b) failin gerçekleştirdiği tepki fiili hakaret suçunu oluşturmali, c) failin işlediği hakaret suçu haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmelidir. Bu üç şartın mevcut olduğu hallerde, CMK m. 223/4 hükmü gereğince fail hakkında “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵² “Tarafların, bir gün önce kavga edilmesi, olay günü de hakaret etmek sureti ile ilk haksız hareketin karşı taraftan geldiğini savunması, hakaret suçlarından açılan ve temyiz incelemesi dışında olan davalarda, eylemlerin karşılıklı olduğu gerekçesi ile TCK'nın 129. maddesi gereğince ceza vermeye yer olmadığı kararı verilmesi karşısında, yaralama ve tehdit eylemlerinde de TCK'nın 29. maddesi gereğince haksız tahrik indirimi uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması...” **Yargıtay 4. CD'nin** 2.5.2016 tarih, 2016/3658 E., 2016/8753 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2016-3658.htm&kw=129#fm>, E.T. 31.07.2016.

¹⁰⁵³ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 256.

¹⁰⁵⁴ “Katılanın cinsel saldırıya uğrayan eşini yanına alıp ilgilenen damadı sanığı telefonla sürekli arayıp rahatsız etmesi üzerine sanığın hakaret içerikli mesaj attığı olayda, sanığın haksız fiile tepki olarak işlendiği ve gerekçede de bu husus belirtildiği halde, TCK'nın 129/1. maddesi uyarınca hakaretin haksız fiile tepki olarak işlenmesi nedeniyle sanık hakkında CMK'nın 223/4. maddesi gereğince “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi gerekirken karşılıklı işlenmesi nedeniyle TCK'nın 129/3. maddesi gereğince “ceza vermekten vazgeçilmesine ” kararı verilmesi...” **Yargıtay 18. CD'nin** 20.10.2015 tarih, 2015/11609 E.,

a. Tahrike Neden Olan Haksız Fiil Olmalıdır

TCK m. 129 hükmünün ilk fıkrasının uygulanabilmesi için mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız bir fiilin varlığı şarttır. TCK m.129/1 hükmünün önceki kanunda karşılığı sayılan 485. maddede mağdurun “*kendi haksız hareketiyle*” bahsi geçen suça sebep olmasından söz edilmekteyse de,¹⁰⁵⁵ 129. maddede böyle bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak haksız tahrik kurumunun genel yapısından anlaşılabileceği üzere bir kimsenin haksız fiili nedeniyle başka bir kimse cezalandırılmayacağından burada, mağdurun gerçekleştirdiği haksız bir fiilin varlığı şarttır. Bizce böyle bir hususun gerekçe yerine madde metninde yer alması daha uygun olsa da, m. 129’un gerekçesinde mağdurun kendi haksız fiiliyle hakaretin gerçekleştirilmesine neden olduğundan söz edilerek haksız fiilin mağdurun şahsından kaynaklanması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁰⁵⁶

Genel haksız tahrik hükmünde olduğu gibi burada da kanun koyucu hangi fiillerin haksız tahrik oluşturacağını tespit etmekten kaçınmış, bu hususu belirleme işini mahkemelere ve öğretiyeye bırakmıştır. Tahrik teşkil eden fiilin haksız fiil olması gerektiği yasada açıkça belirtildiğinden, bu fiilin herhangi bir hakka dayanmayan, hukuka aykırı bir fiil olması yeterlidir ve söz konusu fiilin suç teşkil etmesi ¹⁰⁵⁷ veya

2015/8341 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-11609.htm&kw=+`129/1`#fm>, E.T. 29.07.2016.

¹⁰⁵⁵ YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN, Mehmet Emin, “*Bireyin Şerefine Karşı Suçlar*”, TBBD, S. 68, 2007, s. 76.

¹⁰⁵⁶ ARISOY, s. 186.

¹⁰⁵⁷ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 256.

özel hukuka göre “*haksız fiil*” sayılması gerekmez.¹⁰⁵⁸ Dolayısıyla bir fiilin haksız olup olmadığı olaya bakan hakim tarafından, tahrike maruz kalan kimsenin kişilik yapısı, tahrik fiilini gerçekleştirenle tepki gösteren kişi arasındaki ilişki, yer ve zaman gibi nitelikler dikkate alınarak belirlenecektir.¹⁰⁵⁹

Tahriki oluşturan fiilin suç teşkil etmesi veya özel hukuk anlamında haksız fiil olması şart değildir. Ancak söz konusu tahrik fiilinin suç teşkil etmesi durumunda; bu fiille ilgili olarak kovuşturma olanağının bulunup bulunmadığı veya bu suçun faili hakkında ceza tayin edilip edilmemesi, m. 129/1’de düzenlenen özel haksız tahrik kurumunun uygulanması bakımından önem taşımaz.¹⁰⁶⁰ Ayrıca, haksız fiili gerçekleştiren kişinin isnat yeteneğinin bulunmaması, hükmün uygulanmasına etki eden bir husus değildir.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁸ KAYANÇİÇEK, s. 284. “*Olaydan kısa bir süre önce sanığın kızı ile katılanın evden kaçması ve katılanın sanığa ‘oh olsun kızını kendim gibi yaptım’ şeklinde sözler söylemesi üzerine sinirlenen sanığın katılana hakaret etmesi olayında karşılıklı hakaretin söz konusu olmadığı ancak eylemin haksız bir fiile karşı gerçekleştiğinden TCK’nın 129/1. maddesinin uygulanması gerekirken TCK’nın 129/3. maddesinin uygulanması...*” **Yargıtay 18. CD’nin** 25.11.2015 tarih, 2015/6985 E., 2015/11978 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-6984.htm&kw=+`129/1`#fm>, E.T. 24.07.2016.

¹⁰⁵⁹ ÖZEN, Hakaret ve Sövme, s. 31. “*Sanığın, katılan tarafından da teyit edilen, yargılama aşamasında değişmeyen tutarlı ve samimi ifadesine göre; katılan için kredi çektiği ve çektiği krediyi katılana verdiği, katılanın bu parayı ödememesi üzerine bir kaç kez bu konuyu katılan ile konuştukları, suç tarihinde de bu konuyu konuşmak üzere katılanın evine gittiği ve burada tartıştıkları şeklindeki savunması karşısında, katılanın eyleminin haksız bir fiil teşkil edip etmediği ve TCK’nın 129/1. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan karar verilmesi...*” **Yargıtay 18. CD’nin** 26.10.2015 tarih, 2015/6473 E., 2015/9201 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-6473.htm&kw=+`129/1`#fm>, E.T. 27.07.2016.

¹⁰⁶⁰ ARISOY, s. 186; AÇIKGÖZ, s. 209.

¹⁰⁶¹ KAYANÇİÇEK, s. 283.

TCK m. 129/1’de bahsi geçen fiilin haksız olmasının bir anlamı da olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmuyor olmasıdır, zira hukuka uygun bir fiile karşı işlenen hakaret suçu haksız tahrik kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹⁰⁶² Ancak olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmakla birlikte, bu hukuka uygunluk nedeninin sınırları aşıldığı takdirde fiil yine hukuka aykırı hale geleceğinden, burada da haksız fiilin var olduğundan söz edilecektir.¹⁰⁶³ Yine faile karşı gerçekleştirilen fiil hukuka aykırı olmamasına rağmen, fail bu konuda hataya düşmüşse, TCK m. 30 çerçevesinde bu hatanın kaçınılmaz olması koşuluyla, fail hatasından yararlanacak ve haksız tahrik hükmü kendisine uygulanabilecektir.¹⁰⁶⁴

Her ne kadar m. 129/1’de, tahriki oluşturan haksız fiilin nelerden ibaret olduğuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş olsa da, m. 129’un bütününe bakıldığında, bu haksız fiilin, hakaret ve kasten yaralama fiilleri dışında bir haksız fiil

¹⁰⁶² KAYANÇİÇEK, s. 287.

¹⁰⁶³ GÜRDOĞAN, Özkan, Hakaret Suçu, (Yayımlanmış) Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 242.

¹⁰⁶⁴ SOYASLAN, Özel Hükümler, s.257; TATAR, s. 250. “Sanığın gece 03:00 civarında kendisini arayan müştekinin polis olduğunu bilmediğine, telefonda söylenenleri tam anlamadığına ve kendisinin dolandırılabilceği endişesi ya da arkadaşlarının kendisine şaka yaptığı düşüncesi ile müştekiye sinkaflı sözlerle hakaret ettiğine ilişkin savunması ve TCK’nın 30. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hatanın, kişinin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen hataya düşmesi halinde uygulanabileceği, dosya kapsamında gerçekleşen somut olayda, son yıllarda sıkça rastlanan, kendisini polis olarak tanıtarak kişilerin dolandırılması eylemine ilişkin bir hatanın söz konusu olduğu, olayın oluş şekli ve hayatın olağan akışına göre sanığın hataya düştüğünün kabul edilmesi gerektiği, bu itibarla sanığın, kendisine karşı gerçekleştiğini düşündüğü haksız bir fiilin olduğu ve müştekinin kamu görevlisi olma vasfı konularında hataya kapıldığının anlaşıldığı, Sanığın TCK’nın 30/3. maddesi uyarınca, işlediği suçta kendisine karşı haksız bir fiilin olduğu hususunda da hataya kapıldığı ve hakaret eylemini haksız bir fiile tepki olarak hayatın olağan akışına uygun şekilde gerçekleştirdiği, bu nedenle sanık hakkında TCK’nın 129/1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, sanığın müştekiye karşı görevinden dolayı hakaret etmeye yönelik kastı olmadığı şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi,” **Yargıtay 18. CD’nin** 12.10.2016 tarih, 2015/7757 E., 2015/8157 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-7757.htm&kw=+`129/1`#fm>, E.T. 03.08.2016.

olması şarttır.¹⁰⁶⁵ Çünkü haksız fiil, kasten yaralama fiili olduğu takdirde, maddenin ikinci fıkrası, hakaret fiili olduğu takdirde ise üçüncü fıkra uygulanacaktır.¹⁰⁶⁶

Son olarak, genel haksız tahrik halinde olduğu gibi burada da, tahrik teşkil eden fiilin failin bizzat kendisine yapılması şart değildir. Ancak söz konusu hakaret suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi şarttır.¹⁰⁶⁷

b. Failin Gerçekleştirdiği Tepki Fiili Hakaret Suçu Olmalıdır

129. maddenin ilk fıkrasının uygulanabilmesi için gerekli ikinci koşul failin bir tepki suçu işlemiş olması ve bu tepkinin de hakarettten ibaret bulunmasıdır. Madde metninde yer alan “*hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi...*” ifadesi bu şartı açıkça ortaya koymaktadır. Kanun, tepki suçunu m. 125’te yer alan hakaret suçuyla sınırlı tutmuş ve böylece m. 29 ile m. 129/1 hükmü arasındaki en belirgin farklardan biri ortaya çıkmıştır.¹⁰⁶⁸ Failin işleyeceği tepki suçunun 125. maddede yer alan hakaret suçuyla sınırlı tutulmasının bir sonucu olarak, bu madde dışında TCK’da veya özel ceza kanunlarında yer alan hakaret suçları (söz gelimi Cumhurbaşkanına

¹⁰⁶⁵ ERMAN/ ÖZEK, s. 333; ARISOY, s. 185.

¹⁰⁶⁶ YENİDÜNYA/ ALŞAHİN, s. 77; ÇETİN, s. 136.

¹⁰⁶⁷ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 256. “Sövme suçunun sanığın oğluna ait bisikletin müşteki tarafından fırlatılmasından kaynaklanan tahrik üzerine işlendiği kabul edildiğine göre bu suça özgün TCK’nun 485/1.maddesinin uygulanması gerekirken aynı Kanunun 51/1.maddesi ile indirim yapılması...” **Yargıtay 2. CD’nin** 14.02.2000 tarih, 2000/169 E., 2000/1305 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2000-1169.htm&kw=`2000/1305`#fm>, E.T. 30.07.2016.

¹⁰⁶⁸ ÖZEN, Hakaret ve Sövme, s. 35.

hakaret m.299) veya tehdit, yaralama ya da mala zarar verme gibi herhangi bir suçun işlenmesi durumunda genel haksız tahrik hükmünün düzenlendiği 29. madde uygulanacaktır¹⁰⁶⁹

Burada hakaret suçunun bir “*tepki suçu*” olması arandığından doğal olarak haksız fiil ile hakaret suçu arasında illiyet bağının bulunması, yani haksız fiil nedeniyle hakaret suçunun işlenmesi gerekir.¹⁰⁷⁰ Ancak, failin, haksız fiile hemen karşılık vermesi gibi bir koşul bulunmamaktadır.¹⁰⁷¹ TCK 29. maddede yer alan genel haksız tahrik kurumundaki kadar uzun bir süreden söz etmek mümkün olmasa da, haksız fiille hakaret fiili arasında nedensellik bağı kurulduğu sürece, bu fıkra hükmünün uygulanması mümkündür.¹⁰⁷² Nitekim fail içinde bulunduğu koşullar nedeniyle, haksız fiilin hemen ardından hakaret suçunu işleyecek fırsatı yakalayamamış olabilir. Söz gelimi, bir toplantıda kendisine ait telefonu kıran kimseye failin içinde bulunduğu toplantıda cevap vermenin yakışık almayacağını düşünmesi ve toplantı çıkışında hakaret etmesi örneğinde olduğu gibi, hakimın somut olayda tahrik fiili ve tepki anını

¹⁰⁶⁹ “Mağdur ...'ın aşamalarındaki ifadesinde sanık ...'in, elindeki döner bıçağını kendisine sallayıp kafa attığını ve bu durumu gören abisi diğer sanık ...'in olaya yerine elinde bıçakla geldiğini belirtmesi karşısında, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi değerlendirilerek sonucuna göre sanık ... hakkında tehdit ve yaralama suçları yönünden TCK'nın 29, hakaret suçu yönünden ise anılan Kanunun 129. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması...” **Yargıtay 4. CD'nin** 12.4.2016 tarih, 2014/1015 E., 2016/7050 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2014-1015.htm&kw=129#fm>, E.T. 02.09.2016.

¹⁰⁷⁰ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 523.

¹⁰⁷¹ Haksız fiile karşı tepki suçunun mümkün olan ilk anda yapılması, araya bir zaman fasılasının girmemesi gerektiği yönünde görüş için bkz. SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 256.

¹⁰⁷² DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 273; ÖZEN, Hakaret ve Sövme, s. 35.

incelerken içinde bulunulan koşulların da göz önüne alınması gerekir.¹⁰⁷³ Yani, burada önem taşıyan nokta, nedensellik ilişkisinin kurulup kurulamadığı meselesidir.¹⁰⁷⁴ Ancak, bu zamanın başlangıç noktası olarak, genel olarak fiilin gerçekleştirildiği an yerine, failin bunu öğrendiği an esas alınmaktadır.¹⁰⁷⁵

Nedensellik bağının yanında, 129. maddenin ilk fıkrasına ilişkin değinilmesi gereken, 29. maddede açıkça failin haksız fiil nedeniyle “*hiddet veya şiddetli elem*” içinde olması aranırken, 129. maddede böyle bir ifadeye yer verilmemesi hususudur. Bir görüşe göre, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için hakaret fiilinin failin öfke veya üzüntü içindeyken gerçekleştirilmesi gibi bir şart yoktur. Çünkü genel tahrik hükmünde failin “*hiddet veya şiddetli elem*” içinde bulunmasını açıkça ifade etmişken, burada böyle bir ifadenin yer almaması kasıtlı bir tercihtir ve bu tercih; failin hiddet veya şiddetli elem etkisinde olmasının hükmün uygulanabilmesi için gerekli bir şart olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır.¹⁰⁷⁶ Bu fikre göre, maddede sadece tepkiden bahsedilerek haksız fiilin failde hiddet veya şiddetli eleme yol açmasının gerekli olmadığı, sadece haksız fiilin failin tepki vermesine sebep olmasının yeterli olacağı savunulmuştur.¹⁰⁷⁷ Ancak aksini savunan bir görüşe göre, kanun koyucu m. 129/1 hükmünde “*hiddet veya elem*” şartına yer vermemekle birlikte, hükmün uygulanması açısından bu şartın bulunduğu karinesini kabul etmiştir. Yani, failin heyecan hali zımni

¹⁰⁷³ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 114.

¹⁰⁷⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 256.

¹⁰⁷⁵ ERMAN/ÖZEK, s. 334.

¹⁰⁷⁶ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 272; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 522.

¹⁰⁷⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 453.

olarak öngörülmüştür.¹⁰⁷⁸ Bu kabulün sonucunda, genel haksız tahrik hükmünde, failin işlediği tepki suçunun hiddet veya şiddetli elem altında meydana geldiğini ispat etmek gibi bir yükümlülüğü varken, m. 129/1’de, fiilin böyle bir heyecan altında işlendiği kabul edilerek faile konuya ilişkin herhangi bir ispat yükü yüklenmemektedir.¹⁰⁷⁹

c. Hakaret Suçu, Haksız Fiili Gerçekleştiren Kişiyeye Karşı İşlenmelidir

TCK m.129/1 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan koşullardan sonuncusu, failin işlediği hakaret suçunun herhangi bir kimseye değil, faili bu suçu işlemeye iten haksız fiilin failine yönelik olması gerekir. Bu husus, 485. maddesinin ilk fıkrasında “*kendisine tecavüz olunan şahıs... kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise...*” şeklinde ifade edilerek hakaret suçunun haksız harekette bulunana karşı işlenmesi gerektiği ortaya koyulmakla birlikte, aynı ifadeye 5237 sayılı TCK m. 129/1 hükmünde yer verilmemiştir. Böylece 765 sayılı TCK’da yer alan hakaret fiilinin mağdurunun haksız fiilin failiyle sınırlı tutulması anlayışı değişmiştir. Ancak madde metninde yer almayan bu ifadeye “*mağdur kendi haksız hareketleriyle hakarete neden olmuş ise*” şeklinde gerekçede yer verilerek hem madde metninde yer almayan bir şarta yer verilmiş hem de madde metniyle çelişkiye düşülmüştür.¹⁰⁸⁰

Madde metinlerinde yapılan bu değişikliklerden sonra, öğretide konuya ilişkin çoğunluk görüşüne göre, madde metninde belirtilmiş olsun ya da olmasın, genel haksız

¹⁰⁷⁸ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 113.

¹⁰⁷⁹ ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 224.

¹⁰⁸⁰ KAYANÇİÇEK, s. 290.

hükmünde olduğu gibi bu hükümde de haksız fiil mutlaka hakaret fiilini işleyen kişiye karşı işlenmesi şart değildir, ancak tepki suçu olarak işlenen hakaret fiilinin mutlaka tahrike neden olan haksız fiili gerçekleştiren kişiye yöneltilmiş olması şarttır.¹⁰⁸¹

2. Hakaret Suçunun Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi

5237 sayılı TCK’da kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçu işlenmesine ilişkin olarak düzenlenen özel tahrik hali maddenin ikinci fıkrasında “*Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*” şeklinde yer almaktadır.

Bazı farklar dışında, mevcut düzenlemeyle 765 sayılı TCK’nın m. 485/3 hükmünün benzer nitelikler taşıması, m. 129/2’nin hukuki niteliği konusunda önceki kanun döneminde yer alan tartışmaların devam etmesine sebep olmuştur. Bu hükmün hukuki mahiyeti açısından ortaya atılan görüşlerden birine göre, hükümde “*ceza verilmez/ cezayı müstelzim değildir*” ifadesi kullanılmasından da anlaşılacağı üzere, m. 129/2, fiili suç olmaktan çıkaran bir hukuka uygunluk nedenine yaklaşan meşru savunma halini düzenlemektedir.¹⁰⁸² Ancak bu görüş, meşru müdafaada bulunan, saldırının derhal defedilmesi zorunluluğu karşısında, m. 129/2 hükmünde böyle bir

¹⁰⁸¹ **AYDIN**, Devrim, “*Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu*”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi Özel Sayı, C. 19, S. 2, 2013, s. 909; ÇETİN, s. 137; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 427. Ancak azınlıkta kalan bir görüşe göre, madde metninde yapılan bu değişiklik sonucunda bundan böyle haksız harekette bulunan kim ise hakaret fiilinin de mutlaka ona karşı işlenmesi gerektiği kabul edilemez. Fakat, hakaret suçunun mağdurunun haksız fiili gerçekleştiren kimseyle bu fiilden etkilenecek derecede yakın sosyal ve ailesel bir yakınlık çerçevesinde bulunmalıdır. KAYANÇİÇEK, s. 290.

¹⁰⁸² ERMAN, Hakaret ve Sövme Suçları, s. 220; ÖZEN, Hakaret ve Sövme, s. 44.

zorunluluğun bulunmadığı, burada, sadece failin, kasten yaralama fiili nedeniyle psikolojik durumunu etkileyen bir özel tahrik halinin bulunduğu şeklinde eleştirilmiştir.¹⁰⁸³ TCK m. 129/2 hükmünün hukuki mahiyeti konusunda ileri sürülen ve daha makul olan görüşe göre, madde metninden de anlaşılacağı üzere burada bir “*cezasızlık sebebi*” öngörülmektedir. Maddede böyle bir cezasızlık sebebine yer verilme nedeni ise, kasten yaralama fiiliyle karşılaşan failin, bu fiil nedeniyle psikolojisinin etkilenmesidir. Bu nedenledir ki yaralama fiilinin meydana getirdiği bu psikolojik etki ortadan kalktıktan sonra işlenen hakaret suçuna bu cezasızlık sebebi uygulanamayacaktır.¹⁰⁸⁴ Ancak, bahsedilen psikolojik etki devam ederken işlenen hakaret suçu için fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir.¹⁰⁸⁵

TCK m. 129/2 hükmünün uygulanabilmesi a) kasten yaralama suçu işlenmiş olması, b) failin tepki olarak hakaret suçunun işlemesi, c) failin bu tepkisi kasten yaralama suçunun failine yönelik olması şartlarının birlikte mevcut olmasına bağlıdır.

a. Kasten Yaralama Suçu İşlenmiş Olmalıdır

765 sayılı TCK m. 485’in son fıkrasında, failin şahsı hakkında şiddet kullanılmasından söz edilirken, 5237 sayılı TCK’da kasten yaralama suçunun işlenmesinden söz edilmiştir. Yaralama ifadesinden kastedilen, bir kimsenin vücut

¹⁰⁸³ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 138.

¹⁰⁸⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 255; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 528.

¹⁰⁸⁵ AYDIN, Hakaret Suçu, s. 909.

bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen darbe neticesinde, kişinin acı hissetmesi, algılama yeteneğinin ya da sağlığının bozulmasıdır.¹⁰⁸⁶ 765 sayılı TCK’da yer alan “*şiddet kullanma*” ifadesinden kasıt, bir kimsenin yaşamına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına veya hürriyetini sınırlandırmaya yönelik her türlü saldırı anlaşılmaktadır ve görüldüğü üzere oldukça geniş bir anlam ifade etmektedir. Yürürlükteki kanunda ise sadece “*kasten yaralama*” fiilinden söz edilerek, önceki kanunda kabul gören anlam sınırlamaya tabi tutulmuştur.¹⁰⁸⁷

Kasten yaralama fiiline karşı hakaret suçunu işleyen failin bu özel haksız tahrik hükmünden faydalanabilmesi için, kasten yaralama fiilinin hukuka aykırı olması şarttır. Hukuka uygunluk sınırları içinde kalan yaralamalar nedeniyle bu hüküm uygulanamaz.¹⁰⁸⁸ Örneğin, meşru müdafaa kapsamında meydana gelen yaralamalarda bu hüküm uygulanamayacaktır.¹⁰⁸⁹

TCK m. 129/2’ye bakıldığında yaralamanın “*kasten*” olması aranmıştır. Bu ifadeden çıkan anlam, taksirle işlenen yaralamalara karşılık olarak hakaret suçu işlendiğinde fail hakkında özel haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır. Böyle bir

¹⁰⁸⁶ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 255.

¹⁰⁸⁷ KAYANÇİÇEK, s. 297.

¹⁰⁸⁸ “*Tanıklar Orhan D. İle Hüseyin G.’ün polis memuru olan yakınının sanığın kafasına telsizle vurduğu biçimindeki anlatımı ile bunu destekleyen görevli polis memuru olan tanık Müslim A.’nın olay yerine gittiğinde sanığın kafasının kanadığı yolundaki açıklamaları karşısında bu husus yönteminde tartışılıp reddedilmeden yakınının görev sınırlarını aşmadığı biçimindeki oluşt ve biçimindeki oluşt uygun düşmeyen gerekçe ile özel kışkırtma hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...*” **Yargıtay 4. CD’nin** 21.11.2007 tarih, 2007/5777 E., 2007/9715 K. sayılı kararı. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 428.

¹⁰⁸⁹ ERMAN/ÖZEK, s. 332; **TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s. 121.

durumda, genel haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğini savunan yazarlar olsa da,¹⁰⁹⁰ bizce m. 129/1 hükmünün uygulanması daha isabetli bir karar olacaktır.¹⁰⁹¹

TCK m.129/2’de sadece kasten yaralama fiilinden söz edilmiş, kastın ağırlığı hakkında herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Buradan, kastın ağırlığının ya da çeşidinin önem taşımadığı, gerek m. 86 gerekse m. 87 kapsamında meydana gelen yaralanmalar bakımından m.129/2’nin uygulanabileceği sonucuna ulaşılabilir.¹⁰⁹²

Fıkra düzenlemesinde kasten yaralama fiilinden söz edilmesine rağmen kasten öldürmeden ya da kasten öldürmeye teşebbüsten söz edilmemiş olması dikkat çekicidir. Bu durum haklı olarak eleştirilmiş¹⁰⁹³ ve böyle bir durumda m. 29’un uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak, bir görüşe göre burada m. 29’un değil, haksız fiile karşı hakaret suçuna ilişkin haksız tahrik hükmünü içeren m. 129/1 hükmü failin daha lehine olduğu için bu hükmün uygulanması daha yerinde olacaktır.¹⁰⁹⁴

b. Fail Tepki Olarak Hakaret Suçunu İşlemelidir

TCK m. 129/2’de, kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçunun işlenmesi halinde faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. TCK m. 125’te yer alan hakaret suçu dışında başka bir tepki verilmesi durumunda bu hükmün uygulanabilmesi

¹⁰⁹⁰ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 79; ÇETİN, s. 137.

¹⁰⁹¹ Aynı yönde görüş için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 528.

¹⁰⁹² AÇIKGÖZ, s. 215, 216.

¹⁰⁹³ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 528, 529.

¹⁰⁹⁴ AYDIN, Hakaret Suçu, s. 910.

olası değildir.¹⁰⁹⁵ Önceki kanun düzenlemesinden farklı olarak m. 125 kapsamında hakaret ve sövme suçlarının birlikte düzenlenmesinin bir sonucu olarak, kasten yaralama fiiliyle karşılaşan fail, hakaret ya da sövme fiilini gerçekleştirebilir. Madde metninde kullanılan “*hakaret*” ifadesi teknik anlamda değil, sövme fiilini kapsayacak biçimde kullanılmıştır.¹⁰⁹⁶

Bu hükmün uygulanabilmesi için, failin hakaret suçunu işlemesinin yanında, ayrıca kasten yaralama suçuyla hakaret arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunması da gerekir.¹⁰⁹⁷ Ancak bir görüşe göre, madde hükmünün uygulanabilmesi için bu iki suç arasında nedensellik bağının varlığı yeterli değildir, hakaret kasten yaralamanın tepkisi olduğundan, kasten yaralama fiilinin devam ettiği esnada veya hemen ardından -araya bir zaman aralığı girmeden- fail hakaret suçunu işlemiş olmalıdır. Kasten yaralama fiilinin mağdurunun yaralama fiili nedeniyle konuşamayacak halde olması ve tedavi olduktan sona hakareti gerçekleştirme imkanı bulabilmesi durumunda ise nedensellik bağının kopmadığı gerekçesiyle failin bu özel haksız tahrik hükmünden yaralanabileceği savunulmuştur.¹⁰⁹⁸ Bu açıklama neticesinde denilebilir ki, fail hakaret suçunu yaralama fiili devam ederken veya bu fiilin hemen ardından bulduğu ilk fırsatta

¹⁰⁹⁵ AÇIKGÖZ, s. 216.

¹⁰⁹⁶ ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 222.

¹⁰⁹⁷ KAYANÇİÇEK, s. 300. “*Hakaret suçunun; katılanın, sanığın kolundan tutarak alt kata indirmek amacıyla iteklemesi biçimindeki ve kasten yaralama niteliğindeki haksız hareketine tepki olarak işlendiğinin anlaşılması nedeniyle TCY. nın 129/2. maddesi ve CYY. nın 223/4. maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.*” **Yargıtay 4. CD’nin** 2.2.2011 tarih, 2010/22676 E., 2011/816 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2010-22676.htm&kw=`129/2`#fm>, E.T. 17.06.2016.

¹⁰⁹⁸ ARISOY, s. 191.

işlemek yerine, aradan zaman geçtikten sonra işlemesi halinde hakkında m. 29'un uygulanması gerektiği şeklinde bir düşünce ileri sürülmüşse de,¹⁰⁹⁹ nedensellik bağı devam ettiği ölçüde m. 129/2 hükmünün uygulanabileceği söylenebilir.

TCK m. 129'un diğer fıkralarında olduğu gibi 2. fıkrasında da, failin psikolojik durumu hakkında herhangi bir açıklama yoktur. Haksız tahrik kurumunun yapısı dikkate alındığında; failin maruz kaldığı kasten yaralama fiili nedeniyle öfke veya şiddetli elem etkisindeyken hakaret suçunu işleyeceği söz konusu hükümde zımnen öngörülen bir husus olduğu söylenebilir.¹¹⁰⁰ Hakaret suçunun mağduru kasten yaralamayla birlikte hakaret suçunu da işlemişse, failin hakaret suçunu işlemesi bu durumu “karşılıklı hakaret” haline getirmez, yine m. 129/2 hükmünün uygulanmasından bahsedilir.¹¹⁰¹

c. Hakaret Suçu Kasten Yaralama Suçunu İşleyen Faili Hedef Almalıdır

Hükmün uygulanabilmesi için, failin işlediği hakaret fiili, kasten yaralama fiilini gerçekleştiren kişiye yönelik olmalıdır.¹¹⁰² Yaralama fiilini gerçekleştiren

¹⁰⁹⁹ AÇIKGÖZ, s. 217. “Türk Ceza Kanunu’nun 485. maddesinin son fıkrasının uygulanabileceği haller, sanığın hakaretinin maruz kaldığı şiddetin devam eylemesi sırasında veya şiddet gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hallerle sınırlı olacağı gözetilmeden sanığın üç gün evvel dövülmesi nedeniyle rastladığı davacıya sövdüğünün kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” **Yargıtay 2. CD’nin** 1.7.1976 tarih, 1976/5621 E., 1976/6690 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-1976-5621.htm&kw=`1976/6690`#fm>, E.T. 13.08.2016

¹¹⁰⁰ İZMİR, s. 89.

¹¹⁰¹ TUTUMLU, s. 103; İZMİR, s. 91.

¹¹⁰² “Katılan ile sanık Niyazi arasında çıkan tartışmada önce katılanın sanık Niyazi’yi itekleyerek yere düşürdüğü ve sonrasında da sanık Niyazi’nin katılana hakaret ettiği, katılanın, sanık Niyazi’ye hakaretine ilişkin bir delilin olmadığı, buna göre sanık Niyazi’nin hakaret eyleminin kasten yaralama suçuna tepki olarak gerçekleştiği gözetilmeden, karşılıklı hakaret

kişiden başkasına karşı işlenen hakaret suçlarında bu hüküm uygulanamayacaktır.¹¹⁰³

Bu husus haksız tahrik kurumunun esasından da çıkarılabilir.

Burada değinilmesi gereken nokta, kasten yaralama fiilinin hakaret suçunun failine yönelik olmasının şart olup olmadığıdır. 765 sayılı TCK “*şahsı hakkında şiddet kullanılması...*” ifadesi kullanarak, hakaret suçunu işleyen failin aynı zamanda “*şiddet kullanma*” şeklinde ortaya çıkan suçun mağduru olması gerektiğini de vurgulamıştır. Ancak m. 129/2’de şiddet kullanma fiilinin bizzat failin şahsına yönelik olması şartına herhangi bir şekilde yer verilmemiş, sadece gerekçede kişinin “*kendisine*” karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak gerçekleştirilen hakaret suçundan söz edilerek madde metninde yer almayan bir ifade kullanılmıştır.¹¹⁰⁴ Nitekim gerekçede yer alan bu ifadeye rağmen, genel haksız tahrik hükmünün de esasına uygun olarak kasten yaralama fiilinin failin kendisi dışında, üçüncü bir kişiye karşı işlenmesi halinde de, fail hakkında bu hükmün uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.¹¹⁰⁵ Bu görüşe göre, üçüncü kişiye yönelik işlenen kasten yaralama fiili,

sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi,...” Yargıtay 18. CD’nin 19.10.2015 tarih, 2015/9283 E., 2015/8172 K. sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=18cd-2015-9283.htm&kw=`129/2`#fm>, E.T. 19.08.2016.

¹¹⁰³ ÇETİN, s. 138.

¹¹⁰⁴ ARISOY, s. 190.

¹¹⁰⁵ Ancak gerekçede yer alan “*failin kendisine karşı işlenen*” kasten yaralama fiiline tepki olarak hakaret suçunun işlenmesinden söz edildiğini savunarak, gerekçede yer alan bir ifadenin madde metninde yer alıyor gibi yorumlanması gerektiğini düşünen ve sonuç olarak sadece failin bizzat kendisine yönelik olarak işlenen kasten yaralama fiiline tepki olarak hakaret suçunu işlemesi halinde bu özel tahrik halinden yararlanabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur. Bkz. AÇIKGÖZ, s. 219, 220; ARISOY, s. 191.

failin kendisine yönelen kasten yaralama fiiliyle aynı psikolojik etkiyi doğuracaktır.¹¹⁰⁶

3. Hakaret Suçunun Karşılıklı Olarak İşlenmesi (TCK m. 129/3)

Kanun koyucu TCK m. 129/3 hükmüyle,¹¹⁰⁷ uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum olan karşılıklı hakaret için hakime, olayın mahiyetine göre taraflardan biri veya her ikisi hakkında verilecek cezanın azaltılması veya hiç ceza verilmemesi konusunda özel bir yetki tanımıştır.¹¹⁰⁸ 765 sayılı TCK’da döneminde bu düzenlemeye benzer bir hüküm yer almaktaydı.¹¹⁰⁹ Her iki kanun döneminde de bu fıkranın maddenin diğer fıkralarında olduğu gibi özel bir haksız tahrik hali olmadığı ileri sürülmüştür.¹¹¹⁰

TCK m. 129/3’ün hukuki mahiyetinin ne olduğu konusunda farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden ilkinde göre, bu hüküm esasında, Roma Hukuku döneminde

¹¹⁰⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 528; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 79; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 454.

¹¹⁰⁷ TCK m. 129/3 düzenlemesine göre; “*Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*”

¹¹⁰⁸ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 257.

¹¹⁰⁹ 765 sayılı TCK m. 485/2; “*Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı ıskat edebilir.*”

¹¹¹⁰ Bu düşüncenin esasında, ilk hakarete karşılık olarak işlenen hakaret suçu için bir tahrik fiiline karşılık verilmesinden söz edilebilirse de, ilk hakaret herhangi bir tahrike karşılık olmadığından ve kanun koyucu gerekli görüldüğünde ilk hakaret edenin de cezalandırılmaması yönünde hakime takdir yetkisi tanıdığından burada tahrik fiilinin yokluğu nedeniyle özel haksız tahrik halinin varlığından söz edilemeyeceği açıktır. ARISOY, s. 188; SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 258.

geçerli olan “*takas*” kuramının ceza hukukuna uygulanmasından ibarettir. Buna göre, hakarete hakaretle karşılıkta bulunulması durumunda; ilk hakaret ikinci hakaretle cezalandırılmakta, bir anlamda tahkirler takas edilerek ortada cezalandırılmaya değer bir fiil kalmadığından her iki tarafın da dava hakkı düşmektedir.¹¹¹¹ Bu teori, takas nedeniyle “*ceza verilmemesine*” karar verebilmek için hakaretler arasında tam anlamıyla bir eşitlik aranması gibi bir şart gerekli olduğu, ancak kanunda böyle bir şart bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹¹¹²

TCK m. 129/3 hükmünün hukuki niteliği konusunda ileri sürülen diğer teoriye göre; karşılıklı hakaret halinde, hakarete karşılık veren kimse, gerçekleştirdiği bu fiille, ilk hakarete bulunan failin aleyhine şikayet ya da dava hakkından vazgeçmiş sayılmaktadır. Buna göre, kanun, ilk hakarete bulunana onun fiiliyle cevap verilmesinin, cezaya denk olacağını ve ayrıca ilk hakaret fiilinin mağdurunun da verdiği cevapla kendisini tatmin ettiğini varsaymıştır.¹¹¹³

TCK m. 129/3’de yer alan özel haksız tahrik halinin hukuki niteliğini meşru savunmaya dayandıran teori, failin karşılıkta bulunması halini savunma olarak değerlendirmiş ve hükümde esasında meşru savunma halinin yer aldığını ileri sürmüştür. Bu teori, karşılıklı hakaret haliyle meşru savunma arasındaki ortak noktanın haksız saldırıdan ibaret bulunduğu, bunun dışında meşru savunmanın diğer şartlarının karşılıklı hakaret halinde bulunmadığı ve meşru savunmada, kendisini

¹¹¹¹ ÖZEN, Hakaret ve Sövme, s. 36; ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 211.

¹¹¹² ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 211; AYDIN, Haksız Tahrik, s. 114.

¹¹¹³ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 117; ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 212.

müdafa eden kişiye ceza verilmezken, burada hakim gerekli gördüğünde her iki tarafa da ceza vermekten vazgeçebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹¹¹⁴

Karşılıklı hakaret halinin hukuki esasını manevi unsur açısından açıklamaya çalışan görüşler de vardır. Buna göre, karşılıklı hakarete ilk hakaret eden ve buna karşılık veren kimselerin cezalandırılmama sebebi; karşılıklı bulunan kişi tahrik edildiği için gazap ve elem haline sürüklenmiş ve kusuru azalmıştır. İlk hakarete bulunan kişiye de kendi fiiliyle karşılıklı bulunulduğundan cezalandırılmış sayılmaktadır.¹¹¹⁵

Karşılıklı hakaretin hukuki esası konusunda genel olarak, kanun koyucunun kabul ettiği ceza siyaseti dolayısıyla, karşılıklı hakarete bulunan kimselere ceza vermek için bir kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle, devletin karşılıklı olarak hakaret eden kimselere ceza vermek hakkından önceden vazgeçtiği şeklinde bir görüş benimsenmiştir. Bunun sonucunda, hakaret fiilini gerçekleştiren her iki fail açısından da suç bütün unsurlarıyla varlığını sürdürmesine rağmen ceza ortadan kalkmaktadır.¹¹¹⁶

TCK m. 129/3, failin cezasından indirim yapılmasını ve şahsi cezasızlık sebebi içeren bir düzenlemedir.¹¹¹⁷ Şahsi cezasızlık sebepleri, fail tarafından bilinmiyor olsa

¹¹¹⁴ EREM, Faruk, “*Karşılıklı Tahkir*”, ABD, S. 2, 1958, s. 61.

¹¹¹⁵ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 118.

¹¹¹⁶ ERMAN/ÖZEK, s. 327.

¹¹¹⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 428; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 257; AYDIN, Hakaret ve Sövme, s. 911.

bile, suçun işlenmesi sırasında var olan, failin belirli kişisel özellikleri, ilişkileri veya durumları nedeniyle haksız fiilden ya da suç fiilinden failin ceza almaması veya daha az ceza alması sonucunu yaratan hallerdir.¹¹¹⁸ Şahsi cezasızlık sebepleri, fiilin suç olma niteliğini ortadan kaldırmayan, sadece failin ceza almamasını sağlayan sebeplerdir.¹¹¹⁹ Kanun koyucu, m.129/3 hükmünü, bünyesinde şahsi cezasızlık sebebi bulunacak şekilde düzenlemeyi tercih etmiştir.

TCK m. 129/3'ün uygulanabilmesi için, karşılıklı olarak işlenen suçların; a) m. 125'de yer alan hakaret suçundan ibaret olması, b) ilk hakaretin haksız olması ve c) ikinci hakaret fiilinin, ilk hakaret fiilinin sonucunda işlenmesi, yani işlenen hakaret fiilleri arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.¹¹²⁰

a. Karşılıklı Olarak İşlenen Suçlar Hakaret Suçundan İbaret Olmalıdır

TCK m.129'un son fıkrasının uygulanabilmesi için gerekli ilk şart, tarafların işlediği suçun m.125'de düzenlenen hakaret suçundan ibaret olması gerekir.¹¹²¹ Bu şartın anlamı, taraflardan biri hakaret dışında bir suç işlerse, örneğin fail, kendisine hakaret eden kişiyi yaralarsa ya da arabasına çarpan kişiye karşı hakaret suçunu işlerse bu hüküm uygulanmayacak, şartları mevcutsa m. 129/1 veya m. 29'da yer alan genel

¹¹¹⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 565.

¹¹¹⁹ **GEDİK**, Doğan, “Şahsi Cezasızlık Sebepleri”, YD, Ekim 2006, s. 555.

¹¹²⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 257; AYDIN, Hakaret ve Sövme, s. 911.

¹¹²¹ ERMAN/ÖZEK, s. 327.

haksız tahrik hükmü uygulanabilecek demektir.¹¹²² İlk hakaret fiiline karşılık olarak, hakarete uğrayan kimsenin “*söylenenleri aynen iade ediyorum*” şeklinde cevap vermesi veya “*saygılı ol*” gibi bir uyarıda bulunması hakaret sayılamayacağından böyle bir durumda karşılıklı hakareten söz edilemez.¹¹²³ Ayrıca, madde düzenlemesinden çıkarılan diğer sonuç, somut olayda özel tahkir suçlarından biri söz konusu ise (söz gelimi Cumhurbaşkanı’na hakaret m. 299) bu durumda m. 129/3 hükmü uygulanmayacaktır, zira madde metni sadece m. 125’de yer alan hakaret suçunu kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.¹¹²⁴ Önceki kanun düzenlemesi de buna benzer özellikler taşır. Şöyle ki, 765 sayılı TCK m. 485/2’ye bakıldığında karşılıklı hakaretin söz konusu olabilmesi için; karşılıklı olarak işlenen m. 480 ve m. 482’de yer alan hakaret ve sövme cürümlerinden en az birinin işlenmiş olması aranmakta ve bu hüküm sadece genel tahkir hali için uygulanmaktaydı.¹¹²⁵ Yine önceki düzenlemede, m. 483’de yer alan sövme suçunun ağırlaştırılmış hali veya memura hakaret suçu için özel haksız tahrik hükmü öngörüldüğünden memura hakaret halinde m. 485/2 uygulanmamaktaydı. Ancak yürürlükteki düzenleme öncekinden farklı olarak hakaret ve sövme suçlarını tek bir başlık altında topladığından, bu farklar ortadan kalkmış ve gerek memura hakaret halinde, gerekse sövme suçunun tüm derecelerinde m. 129/3 uygulama alanı bulmuştur.¹¹²⁶ Bunun sonucunda, karşılıklı işlenen hakaret suçunun ağırlığı önemli olmadığı gibi; bu fiillerden biri sövme şeklinde diğeri somut fiil veya

¹¹²² ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 213; ÖZBEK vd., Özel Hükümler, s. 506.

¹¹²³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 257.

¹¹²⁴ ÇETİN, s. 138.

¹¹²⁵ ERMAN/ÖZEK, s. 327.

¹¹²⁶ KAYANÇİÇEK, s. 306, 307.

olgu isnadı şeklinde ya da her ikisi sövme veya somut fiil/olgu isnadı şeklinde gerçekleşebilir.¹¹²⁷

Kanun düzenlemesinde, hakaretlerin huzurda veya gıyapta işlenmesine dair bir açıklık bulunmadığından gıyapta işlenen hakarete huzurda cevap verilmesi maddenin uygulanmasını engellemez. Ancak, bir görüşe göre, hükmün uygulanması açısından hakaretlerin huzurda olması şarttır.¹¹²⁸ Kanun koyucu, madde düzenlemesinde, hakaretlerin karşılıklı olmasından bahsetmiş ancak bu hakaretlerin huzurda yapılması şeklinde bir şart koymadığından, gıyapta veya basın yoluyla işlenen hakaret suçları için de bu hüküm uygulanabilecektir.¹¹²⁹

TCK m. 129/3 hükmünün uygulanabilmesi için karşılıklı işlenen suçların hakaret suçu olması gerektiğinden, işlenen ilk suç hakaret olmamakla birlikte kasten yaralama veya mala zarar verme gibi bir haksız fiile karşılık olarak hakaret edilmiş ve bu hakarete karşı yine hakaret suçuyla tepki verilmişse; bu durumda, ilk haksız fiil hakaret olmadığından, eğer işlenen haksız fiil kasten yaralama fiili ise m. 129/3 yerine m. 129/2 uygulanacak ve faile ceza verilmeyecektir.¹¹³⁰ Fakat bu haksız fiil mala zarar verme veya başka bir haksız fiil ise, bu durumda m. 129/1 uygulama alanı bulur.

¹¹²⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 257; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 455; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 526; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 428.

¹¹²⁸ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 258.

¹¹²⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 429.

¹¹³⁰ ERMAN/ÖZEK, s. 327.

b. İlk Hakaret Fiili Haksız Olmalıdır

Maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan diğer şart, karşılıklı hakaretlerden ilkinin işleyen failin bu fiilin haksız olmasıdır. Bu şarttan çıkan anlam; ilk hakareti gerçekleştiren kimse bir hakkı kullanıyor veya görevini yerine getiriyorsa ona karşılık olarak hakaret suçunu işleyen kimse m. 129/3 hükmünden faydalanamaz.¹¹³¹ Öğretide, buna ilişkin, babanın terbiye hakkını kullanarak oğlunu azarlaması; oğlun buna hakaretle karşılık vermesi durumunda m. 129/3 hükmünün uygulanamayacağı örneği gösterilmektedir.¹¹³² Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır.¹¹³³

Milletvekillerinin parlamentoda bir kimseye hakaret etmesi halinde bu kişi huzurda veya gıyapta karşılık verirse hükmün uygulanmasının söz konusu olup olmayacağı tartışılmıştır. Milletvekillerinin meclis çalışmaları sırasında söyledikleri söz ve düşüncelerden veya kullandıkları oylardan cezai ve hukuki anlamda sorumlu olup olmadıkları husus öğretide tartışmalıdır.¹¹³⁴ Bu tartışmanın ayrıntısına girmeksizin, kanaatimizce, yasama sorumsuzluğu, milletvekilliği statüsünden kaynaklanan, “*milleti gereği gibi temsil, iktidarı denetleme ve yasa kuralına ilişkin*

¹¹³¹ ERMAN/ÖZEK, s. 328; ÇETİN, s. 138.

¹¹³² ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 214.

¹¹³³ “İlk olarak hakaret ve sövme suçunu işleyen kimsenin haksız olması gerekir. ilk defa tecavüz eden kimse bir hak veya vazifenin yerine getirilmesi dolayısıyla hakaret etmişse buna karşılık veren kimse 765 sayılı TCK’nın 485. maddesinin 2. fıkrasından yararlanamaz. Örneğin; terbiye hakkını kullanıp oğlunu azarlayan babaya karşı oğlunun karşılık vermesi halinde mezkûr fıkra tatbik edilemez.” **Yargıtay CGK’nın** 24.12.1984 tarih, 1984/4-255 E., 1984/468 K. sayılı kararı. Bkz. KAYANÇİÇEK, s. 308.

¹¹³⁴ Bu tartışmanın ayrıntısı ve ileri sürülen görüşler için bkz. **SANCAR**, Türkân, “Yasama Sorumsuzluğu”, TBBD, S. 2, 1992, s. 217-223.

tasarruflar” gibi ciddi ve özgün bir görevin ifası amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın,¹¹³⁵ sarf edilen söz, düşünce ve kullanılan oylardan gerek ceza sorumluluğunu gerekse tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran özel bir durumdur.¹¹³⁶ Anayasa’nın 83. maddesinin ilk fıkrasında yer alan yasama sorumsuzluğunun hakaret ve sövme fiillerini kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır.¹¹³⁷ Öğretide hakim olan ve bizim de katıldığımız düşünceye göre, milletvekillerinin meclis çalışmaları esnasında söyledikleri söz, açıkladıkları düşünce veya verdikleri oylarda suç unsuru bulunsa da, gerçekleştirilen bu fiiller sorumsuzluk kapsamında değerlendirilmelidir.¹¹³⁸ Zira, AY m. 83’de hakaret suçlarını yasama sorumsuzluğu kapsamı dışında tutan bir ifade yer almamaktadır.¹¹³⁹ Ayrıca, yasama sorumsuzluğunun Anayasa’da yer alma sebebi olan milletvekillerinin görevlerini ifası sırasında veya bu sebeple açıkladıkları söz düşünce veya oylardan sorumlu tutulamaması ve dolayısıyla cezai ya da hukuki yaptırımlar sebebiyle tereddüt yaşamadan görevlerini ifa etmeleri prensibi, suç oluşturan fiillerin de yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilmesini sağlamaktadır.¹¹⁴⁰ Ancak her ne kadar

¹¹³⁵ Öğretide ağırlıklı görüş yasama sorumsuzluğunun söylenen söz veya ileri sürülen düşüncelerin yasama göreviyle ilgisi bulunmasa da sorumsuzluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. DÖNMEZER/ERMAN, C. I, s. 268; **TEZİÇ**, Erdoğan, Anayasa Hukuku(Genel Esaslar), B. 15, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 442-449; **TOPALOĞLU**, Ali, “*Hakaret Suçu ve Yasama Sorumsuzluğunun Yasama Sorumsuzluğuna Etkisi*”, AD, S. 48, 2014, s. 141.

¹¹³⁶ **İYİMAYA**, Ahmet, “*Yasama Sorumsuzluğu Üzerine*”, ABD, S. 3, 1996, s. 338.

¹¹³⁷ Bu tartışmaya ilişkin öğretide dört ana görüş ileri sürülmüştür bu görüşler için bkz. **TOPALOĞLU**, s. 145 vd.

¹¹³⁸ **TOPALOĞLU**, s. 146.

¹¹³⁹ **ÖZBUDUN**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, B. 15, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 300.

¹¹⁴⁰ **İYİMAYA**, s. 337, 338.

öğretide aksi yönde görüşler bulunsa da, yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin gerçekleştirdikleri fiilleri hukuka uygun hale getirmez, yani bir hukuka uygunluk nedeni değildir; sadece sorumluluğu kaldıran kişisel bir sebeptir ve bu sebeple fiilin hukuka aykırılığı devam eder.¹¹⁴¹ Konumuz açısından, yasama sorumsuzluğu kapsamında sarf edilen hakaret içeren sözler ve düşünce açıklamaları sorumsuzluk nedeniyle hukuka uygun hale gelmeyeceğinden, birden fazla milletvekilinin birbirlerine hakaret etmesi durumunda karşılıklı hakareten söz edilir. Fakat hakaret suçlarının faillerinin taşıdıkları parlamenter sıfatı nedeniyle m. 129/3 uygulama olanağı bulmaz.

Ancak karşılıklı hakaret fiillerini gerçekleştiren taraflardan birinin milletvekili, diğerinin meclis dışından görevlendirilen bakan, komisyonlarda yer alan görevli, uzman vb. olması durumunda, milletvekilliği sıfatına sahip failin fiili hukuka aykırıdır fakat, taşıdığı yasama sorumsuzluğu nedeniyle kendisine ceza verilemez, bu sebeple hakkında tazminata hükmedilemez. Aynı durum meclis dışından görevlendirilen bakanlar (AY m. 83, 112/Son) ve yasama sorumsuzluğunu işlevi göz önüne alındığında meclis komisyonlarında görev alan kimseler veya tanıklar için de geçerlidir.¹¹⁴² Fakat karşılıklı hakaret suçunun taraflarından birinin yasama sorumsuzluğuna sahip olan, diğerinin ise, yasama sorumsuzluğu kapsamının dışında yer alan üçüncü kişi olması durumunda, karşılıklı hakaretin tarafı olan üçüncü kişi m.

¹¹⁴¹ SANCAR, Yasama Sorumsuzluğu, s. 223.

¹¹⁴² SANCAR, Yasama Sorumsuzluğu, s. 230.

129/3 gereğince gerçekleştirdiği hakaret fiilinden sorumlu olacaktır.¹¹⁴³ Çünkü, kanun koyucu, ilk hakaret fiilinin haksız olmasını aramakla birlikte, bu fiilin kovuşturulabilir olup olmadığı hususuna önem vermemiştir.¹¹⁴⁴

c. Karşılıklı Olarak İşlenen Hakaret Fiilleri Arasında Nedensellik Bağı Bulunmalıdır

TCK m. 129 hükmünün son fıkrasının uygulanabilmesi için gereken üçüncü şart ise, karşılıklı olarak işlenen hakaret fiilleri arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Bu şarttan anlaşılması gereken ilk husus, m. 129/3 hükmünün uygulanabilmesi için iki tarafın birbirine karşı hakaret suçu işlemiş olması gerektiğidir. Burada iki şahıs arasındaki karşılıklılıktan söz edilmektedir.¹¹⁴⁵ Bu nedenle, bir kimseye karşı yapılan hakaret fiiline üçüncü bir kimse karşılık verirse maddenin uygulanması mümkün olmayacaktır.¹¹⁴⁶ Ancak öğretide yer alan haklı bir görüşe göre, ikinci hakaret fiilinin faili ile ilk hakaret suçunun mağduru arasında çok yakın akrabalık ilişkisi mevcutsa, bu durumda karşılıklı hakaretin varlığından söz edilebilir.¹¹⁴⁷

¹¹⁴³ ERMAN/ÖZEK, s. 328; DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 119, 120; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı Suçlar, s. 257; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 429.

¹¹⁴⁴ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 274.

¹¹⁴⁵ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 456; ARISOY, s. 188.

¹¹⁴⁶ ÇETİN, s. 138.

¹¹⁴⁷ ERMAN, Hakaret ve Sövme, s. 217; ÖZEN, Hakaret, s. 39.

Bu şarttan çıkarılacak ikinci anlam, ilk hakaret fiili ile ikinci hakaret fiili arasında bir nedensellik bağının varlığı gereklidir. Ancak bu nedensellik bağının varlığı için karşılığın aynı anda veya aynı yerde işlenmiş olması şart değildir. Failin ilk hakaret fiili nedeniyle içine girdiği psikolojik etki yok olmadan bir tepkide bulunmuş olması şarttır.¹¹⁴⁸ Bu nedenle, hakarete bulduğu ilk fırsatta karşılık veren kimsenin fiili karşılıklı hakaret kapsamında değerlendirilebileceği gibi, gıyapta veya basın yoluyla işlenen hakaret halinde, mağdurun bunu öğrendikten sonra karşılık vermesi durumunda da karşılıklılıktan söz edilir.¹¹⁴⁹ Nedensellik bağının tespitinde dikkat edilmesi gereken husus, huzurda hakaret halinde, ilk hakaret fiilinin mağduru hakaretin hemen ardından, bu mümkün değilse, bulduğu ilk fırsatta karşılık vermesi gerekir. Aksi durumda m. 129/3'ün uygulanmasından bahsedilemeyecektir, çünkü böyle bir sınırlama getirilmediği takdirde hakarete uğrayan kimselere istediği zaman ve yerde hakaret etmeleri için özel imkan tanınmış olacak ve ilk hakaret nedeniyle failin iradesinde oluşan sarsıntı göz ardı edilecektir.¹¹⁵⁰ Gıyapta veya basın yoluyla yapılan hakaretlerde ise taraflar arasında genellikle mesafe söz konusu olduğundan burada sürenin bir önemi bulunmamaktadır; önemli olan nedensellik bağının varlığını sürdürüyor olmasıdır.

¹¹⁴⁸ DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 123; EREM, Karşılıklı Tahkir, s. 63.

¹¹⁴⁹ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 81.

¹¹⁵⁰ GÜRDOĞAN, s. 256.

Karşılıklı olarak işlenen hakaretlerin aynı ağırlıkta olması gibi bir şart söz konusu değildir; fakat ilk hakarete karşı gerçekleştirilen tepkinin hakaret niteliğinde olması zorunludur.¹¹⁵¹

Bu hüküm, ilk hakarete bulunan taraf veya karşılık veren tarafın birden fazla kimseden oluşması halinde de uygulanır. Ancak, ilk hakarete karşılık olarak birden fazla kişi tepki gösterirken, ilk hakaretin mağduru ile tepki gösteren kimseler arasında çok yakın akrabalık ilişkisinin bulunması gerektiği unutulmamalıdır. Şayet ilk fail birden çok kimseye karşı hakaret suçunu işlerse bu durumda, hakarete uğrayan kimselerden sadece biri karşılıklıta bulunabileceği gibi, hepsi de karşılık verebilir. TCK m. 129/3 hükmünün mahiyeti gereği, bir kimsenin birden fazla kimseye hakaret etmesi ve bu kimselerden sadece birinin cevap vermesi halinde, ilk failin cezasının kaldırılması mümkün olmamakta; karşılık veren kimse bu hükümden yararlanabilmektedir.¹¹⁵² Yine hakaret eden ve hakaret edilen taraf birden fazla kişi olabilir ve bu durumda da m. 129/3 uygulanma alanı bulur.¹¹⁵³

Yine bu şart bakımından göz önünde bulundurulması gereken diğer husus, bu fıkranın uygulanabilmesi için her iki hakaret suçunun ayrı ayrı dava veya şikayet edilmiş olmasının gerekmediğidir.¹¹⁵⁴

¹¹⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s. 527.

¹¹⁵² DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 125.

¹¹⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 456; KAYANÇİÇEK, s. 312.

¹¹⁵⁴ ÖZBEK vd. Özel Hükümler, s. 506.

Açıklanan şartların varlığı halinde kanun, taraflardan birinin veya her ikisinin cezasını indirme veya tamamen kaldırma yetkisini hakime bırakmış ve hakim bu yetkisini kullanırken “*olayın mahiyetini*” göz önünde bulunduracağını ifade etmiştir.¹¹⁵⁵ Mahkeme bu kararı vermeden önce iki tarafın da gerçekleştirdiği fiilin sübutuna karar vermelidir, zira sabit olmayan bir fiile karşılık olarak hakaret edilmesi durumunda ikinci failin cezasının indirilmesi uygun olmayacaktır.¹¹⁵⁶ Hakim taraflardan birinin cezasını kaldırabileceği gibi her ikisinin cezasını da kaldırabilir. Ancak, öğretide, ilk hakarete karşılık veren kimse cezalandırılırken, ilk hakaret eden kimsenin cezalandırılmaması adaletsizlik olarak karşılanmıştır. Bu görüşün gerekçesi şöyledir; ikinci hakaretin meydana gelme sebebi ilk hakarettir, bu nedenle hakim ya her iki tarafın da cezasını kaldırmalı ya da bir tarafa ceza verme yoluna gidecekse bu ilk hakaret fiilin gerçekleştiren taraf olmalıdır.¹¹⁵⁷ Karşılıklı hakaret kurumunun niteliği göz önüne alındığında bu görüşün yerindeliği ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında, hakim “*olayın mahiyetini*” göz önünde bulundurduğunda, ilk hakarete karşılık verenin fiilinin ilk hakarete oranla daha ağır olduğu sonucuna ulaşırsa, bu durumda, sadece ilk hakaret fiilini gerçekleştiren kişinin cezasını indirebileceği gibi, bu kişiye ceza vermekten tamamen vazgeçebilir.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 527.

¹¹⁵⁶ EREM, Karşılıklı Tahkir, s. 66.

¹¹⁵⁷ ERMAN/ÖZEK, s. 330; ÖZEN, Hakaret ve Sövme, s. 42.

¹¹⁵⁸ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 81.

Hakim cezayı azaltmak yerine ceza vermemeyi takdir etmişse, bu durumda gerekçesini göstermek kaydıyla, fail hakkında ceza tayin edilmeksizin, doğrudan doğruya “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı vermelidir.¹¹⁵⁹

IV. ASKERİ CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrik, 22.5.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 92. maddesinde düzenlenmiştir.¹¹⁶⁰ 22.6.1872 tarihli Alman As. CK’dan iktibas edilen bu kanunda yer alan haksız tahrik hükmü, 5237 sayılı TCK’da düzenlenen haksız tahrik hükmünden nitelik ve düzenleme açısından farklıdır.¹¹⁶¹

Bu farklardan ilki, TCK düzenlemesinde haksız tahrik hükmü, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüm suç tipleri ve herkes için uygulanabilecek şekilde genel hükümler kısmında düzenlenirken; As.CK’daki haksız tahrik hükmü, madde metninde sayılan suç tipleri için ve sadece astın üste karşı işlediği suçlar bakımından düzenlenmiştir.¹¹⁶²

¹¹⁵⁹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 528.

¹¹⁶⁰ As.CK m. 92 hükmü şu şekildedir: “1. Bir amir veya mafevk, askeri nizamla ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam ve mevkiinin salahiyetini tecavüz etmek suretleriyle madunu tahrik eyler ve madun bu tahrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91 inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanununun elli birinci maddesine göre madunun cezası hafifletilir.

2. Birinci fıkradaki tahriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır.”
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1632.pdf>, E.T. 7.9.2016.

¹¹⁶¹ DURAN, s. 273.

¹¹⁶² DEĞİRMENCİ, Olgun, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, B. 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 189.

Bu nedenle öğretide, As.CK’da yer alan bu hükmün, TCK m. 129’daki veya mülga TCK m. 272’deki düzenlemeler gibi, özel bir haksız tahrik hükmü olduğu savunulmaktadır.¹¹⁶³ Failin As.CK m. 92/1’de sayılan suçlar dışında bir suç işlemesi durumunda, fail hakkında TCK m. 29 hükmünün uygulanacağı, aynı kanunun 44. maddesinden¹¹⁶⁴ çıkarılmaktadır.¹¹⁶⁵ TCK m. 29, cezayı azaltan sebeplerden biri sayıldığından, astın üste karşı m. 92’de sayılan suçlar dışında bir suç işlemesi veya üstün asta karşı herhangi bir suç işlemesi durumunda TCK m. 29 uygulama alanı bulacaktır.¹¹⁶⁶

B. HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI

As.CK m. 92’de haksız tahrik kurumunun şartları, bazı hususlar dışında TCK m. 29’a benzer şekilde genel olarak düzenlenmiştir.¹¹⁶⁷ Bu şartlar; a-Tahrik teşkil eden

¹¹⁶³ **ERMAN**, Sahir, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, B. 7, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s. 214.

¹¹⁶⁴ As. CK m. 44; “Cezaya ehliyet veren ve bunu kaldıran veya hafifleten sebeplere dair Türk Ceza Kanununun birinci kitabının dördüncü babında yazılı hükümler, bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askeri cezalar hakkında da mer’idir.”

¹¹⁶⁵ ÖZALP, s. 100.

¹¹⁶⁶ “As.CK’nunda ‘haksız tahrik’ hali yalnız 92. maddede yazılı hallere ve suçlara münhasır olarak kabul edilemez. bunun dışında, bir üst veya amirin haksız bir tahriki neticesinde ruhunda husule gelen gazap ve şedit bir elemin tesiri altında herhangi bir suç işleyen ast hakkında da TCK’nun 51. maddesinin uygulanması gerekir.” **As. Yar. Drl. Krl.** 19.3.1965 tarih, 1965/32 E., 1965/41 K. sayılı kararı. Bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 215.

¹¹⁶⁷ Askeri Yargıtay haksız tahrikin şartlarına ilişkin verdiği bir kararda Yargıtay CGK’nın kararına gönderme yaparak As.CK’da düzenlenen haksız tahrik kurumunun TCK’daki genel haksız tahrik hükmüyle benzer şartlara sahip olduğunu vurgulamıştır. “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 21.01.1998 tarih ve 1998/51/139 esas ve karar sayılı kararında, genel bir indirim nedeni olan tahrikten söz edilebilmesi için; a. Tahriki oluşturan bir fiilin olması, b. Bu fiilin haksız olması, c. Failin öfke veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, d. Failin işlediği

haksız bir fiil bulunmalıdır, b- Bu fiil failin amiri veya üstü tarafından gerçekleştirilmelidir, c- Fail, tahrik fiili nedeniyle hiddet veya şiddetli elem etkisinde olmalıdır, d- Fail, bir tepki suçu işlemelidir.

1. Tahrik Teşkil Eden Haksız Bir Fiil Bulunmalıdır

Askeri ceza hukukunda yer alan haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için gereken ilk şart, tahrik teşkil eden haksız bir fiilin bulunmasıdır. Bu haksız fiilin, TCK düzenlemesine benzer şekilde, herhangi bir suç veya borçlar hukuku anlamında haksız fiil olması şart değildir. Aynı şekilde, tahrik fiilinin haksız, yani hukuka aykırı olması şart olmakla birlikte, bu haksız fiilin kasten veya taksirli şekilde işlenmesi arasında fark yoktur. Ancak fiil hukuka uygun ise, fail tahrik olsa bile haksız tahrik nedeniyle cezası azaltılamayacaktır.¹¹⁶⁸

suçu bu ruhi durumun tepkisiyle gerçekleştirmesi ve e. Suçun tahrik teşkil eden fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması

İnceleme konusu olayda, mağdurun, esas duruşta iken ayaklarının biraz açık olması ve silahını çapraz tutuşta tutarken sağ elinin tersini tüfeğin dipçığıne sürterek kaşması gibi davranışlar sanığa yönelik olarak bilerek ve isteyerek yaptığına dair dosyada hiçbir kanıt bulunmadığından, keza mağdurun davranışları sanığı öfke ve şiddetli elemin etkisine sokacak nitelikte bulunmadığından, mağdurun bu davranışlarının sanık açısından haksız tahrik olarak değerlendirilmesi, keza haksız tahrikten indirim yapılırken de hiçbir gerekçe gösterilmeden azami oranda indirim yapılması yasaya aykırı...” As. Yr. 17.1.2006 tarih, 2006/10 E., 2006/9 K. sayılı kararı. Bkz. DEĞİRMENCİ, s. 188.

¹¹⁶⁸ **KANGAL**, Zeynel, Askeri Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 153. “...sanığın yemek dağıtımında görevli Er S.O. ile tartışmasına müdahale eden mağdurun, ikaz niteliğindeki ‘Bölüğün huzurunu bozuyorsun’ şeklindeki sözü, askeri nizamla ve askerlik kaidelerine aykırı olmadığı gibi, makam ve mevkiinin salahiyyetini tecavüz niteliğinde de görülmediğinden, bu sözün haksız tahrik oluşturmadığını kabul eden Daire ilamında isabetsizlik görülmemiştir...” **As. Yar.** 04.05.2006 tarih, 2006/109 E., 2006/106 K. sayılı kararı. Bkz. ÖZALP, s. 102.

Haksız fiilden anlaşılması gereken, “askeri nizamlara ve askerlik kaidelerine aykırı” nitelikte olan fiillerdir. Askeri nizamdan ne anlaşılması gerektiği İç Hizmet Kanunu m. 5’te: “Nizam: Tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, talimatnameler ve talimatların hükümleridir.” şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla, askerliğe ilişkin herhangi bir tüzük, kararname veya talimata aykırı bir fiil haksız tahrike konu olabilir.¹¹⁶⁹ Öğretide ayrıca askeri örf ve adete aykırı olarak gerçekleştirilen fiillerin de tahrik teşkil edeceği savunulmaktadır.¹¹⁷⁰

TCK m. 29’da olduğu gibi, bu hükmün uygulanabilmesi için, haksız fiilin mutlaka failin şahsına veya sahip olduğu bir şeye yönelik olması gerekmez. Haksız fiil failin arkadaşına, yakınına, tanıdığı bir kimseye yönelik olabilir.¹¹⁷¹

2. Tahrik Fiili Failin Amiri veya Üstü Konumundaki Bir Kimse Tarafından İşlenmelidir

As.CK m. 92/1’e göre, astın işlediği suç fiili nedeniyle haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için, bu suçu işlemesine neden olan tahrik fiilinin amiri veya üstü rütbesinde biri tarafından işlenmesi gerekir.¹¹⁷² Kanun, haksız tahrik

¹¹⁶⁹ ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 215.

¹¹⁷⁰ AÇIKGÖZ, s. 203.

¹¹⁷¹ “ tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın nefesine veya akrabasına karşı tevcihi şart olmayıp, herhangi bir şahsa karşı vukuda insanda elem ve teessür uyandırabileceğinden, sanığın bu tesir altında hareket ettiğinin mahkemece kabulü halinde TCK’nın 51. maddesinin tatbikine...” **As. Yr** 20.11.1958 tarih, 1958/3277 E., 1958/4361 K. sayılı kararı. Bkz. DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 147.

¹¹⁷² İZMİR, s. 95.

nedeniyle işlenen suçlar ve fail açısından getirdiği sınırlamalara ek olarak haksız fiilin faili bakımından da bir sınırlama getirmiş ve böylece faille aynı veya daha alt bir rütbede/kıdemde bulunan kimsenin işlediği tahrik fiili dolayısıyla suç işlemesi halini m. 92'nin kapsamına almamıştır.

Failin aynı derecede veya daha alt rütbede bir kimsenin fiili nedeniyle tahrik olup bir tepki suçu işlemesi durumunda As.CK m. 92'nin şartları bulunmadığından, fail hakkında genel haksız tahrik hükmü olan TCK m. 29 uygulanacaktır.¹¹⁷³

As.CK m. 92/2 hükmüne göre, maddenin ilk fıkrasında sayılan kişilerin faili tahrik edecek fiilleri gerçekleştirmeleri nedeniyle, şartları bulunduğu takdirde gerçekleştirdikleri tahrikin derecesi ve niteliğine göre yine bu fıkra da sayılan asta karşı hakaret veya fena muamelede bulunma (As.CK m. 116), astı yaralama (As.CK m. 117), müessir fiillerle astı yaralayan veya ölümüne sebep olma (As.CK m. 118) suçlarından biriyle cezalandırılacaktır.

3. Fail, Tahrik Fiili Nedeniyle Hiddet veya Şiddetli Elem Etkisinde Olmalıdır

As.CK m. 92'de haksız tahrik hükmünün şartları belirlenirken, tepki suçunun işlenmesi esnasında faili tahrik fiili nedeniyle hiddet veya şiddetli elem etkisinde olmasının gerekli olduğuna dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak öğretideki genel kanı, her ne kadar kanunda failin tepki suçunu hiddet veya şiddetli elem etkisinde işlemesinden söz edilmese de, bu şartın haksız tahrik kurumunun

¹¹⁷³ AÇIKGÖZ, s. 204.

esasından çıkarılabileceği şeklindedir.¹¹⁷⁴ Böylece, failin işlediği suçla, iradesinde hiddet veya şiddetli elem meydana getiren haksız fiil arasında nedensellik bağı kurulmuş olacaktır.¹¹⁷⁵ Nitekim As.CK m. 92'nin TCK'ya yaptığı yollama nedeniyle, askeri ceza hukukunda da haksız tahrikin altında işlenen suçlarda, hiddet veya şiddetli elem şartının aranması zorunlu olmuştur.¹¹⁷⁶

Burada değinilmesi gereken husus, madde metninde astın tepki fiilini “*hemen*” işlemesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Öğretide, bir görüşe göre; Kanunda failin tepki suçunun “*hemen*” işlenmesi arandığından, fail, tahrik fiilinin ardından tepkisini göstermek zorundadır.¹¹⁷⁷ Ancak genel kaniye göre; böyle bir ifadeye madde hükmünde yer verilme nedeni tepki suçunun haksız fiilden hemen sonra işlenmesini şart koşturmak değil, aksine haksız tahrikten söz edebilmek için failde haksız fiil nedeniyle hiddet veya şiddetli elem meydana gelmesi şartını aramak olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁷⁸ Dolayısıyla, tepki suçunun, failin iradesinde haksız fiilden doğan hiddet

¹¹⁷⁴ ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 215.

¹¹⁷⁵ KANGAL, Askeri Ceza Hukuku, s. 154.

¹¹⁷⁶ “...As.CK'nin 92/1.maddesi ile atıf yapılan TCK'nın 29.maddesi gereğince, haksız bir tahrikin husule getirdiği hiddet ve şiddetli elemin tesiri altında suç işleyen şahsın cezası, maruz kalınan tahrikin derecesine göre bir nispet dairesinde indirilecektir. Mezkûr maddenin uygulanabilmesi için...haksız fiilin bir gazap veya şiddetli elem husule getirmiş olması ve bundan meydana gelen tepki ile tahrik eden şahsa karşı, bir suç işlenmiş olması lazımdır...” **As. Yr. Drl. Krl.** 16.12.1966 tarih, 1966/99 E., 1966/99 K. sayılı kararı. Bkz. ÖZALP, s. 103.

¹¹⁷⁷ DEĞİRMENCİ, s. 189.

¹¹⁷⁸ ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 217.

veya şiddetli elem devam ettiği sürece haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir.¹¹⁷⁹

4. Fail Bir Tepki Suçu İşlemelidir

As.CK m. 92'nin uygulanabilmesi için bulunması gereken son şart, somut olayda failin üst rütbede bir kimse tarafından gerçekleştirilen tahrik fiiline maruz kalarak bir tepki suçu işlemesidir. Fail tepki suçu işlemediği takdirde, ortada bir suç bulunmadığından haksız tahrikten de söz edilemez.

Bu tepki suçunun ne olması gerektiği m. 92'de sayılmıştır. Bu suçlar; amir veya üste saygısızlık/tehdit (m. 82), bilerek doğruyu söylememe (As.CK m. 83),¹¹⁸⁰ yalan yere şikayet (As.CK m. 84), amire veya üste hakaret (As.CK m. 85), amire veya emre itaatsizlik suçları (As.CK m. 86, 87, 88, 89),¹¹⁸¹ amire veya üste direnme (As. CK m. 90) ve amire veya üste saldırı (As. CK m. 91) suçlarıdır.¹¹⁸² Dolayısıyla fail, madde metninde sınırlı olarak sayılan suçlardan birini işlerse haksız tahrik nedeniyle cezası azaltılacaktır.

¹¹⁷⁹ AÇIKGÖZ, s. 205. Nitekim Askeri Yargıtay verdiği bir kararda bu hususu; “...maruz kalınan haksız tahrikin doğurduğu psikolojik bunalım ortadan kalkmadan suçun işlenmesi olarak...” değerlendirmiştir. **As. Yr. Drl. Krl.** 21.5.1992 tarih, 1992/73 E., 1992/73 K. sayılı kararı. Bkz. DEĞİRMENCİ, s. 189.

¹¹⁸⁰ As. CK m. 83, 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanunun 38. maddesi hükmü gereğince, yayım tarihin (26.3.2000) den iki ay sonra yürürlüğe girmek üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹⁸¹ As. CK m. 86, 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanunun 38. maddesi hükmü gereğince, yayım tarihin (26.3.2000) den iki ay sonra yürürlüğe girmek üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹⁸² DEMİRBAŞ, Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 73, dn. 1.

As. CK m. 44’de TCK m. 29’a atıf yapılması nedeniyle, fail, maddede sayılan suçlardan başka bir suç işlerse TCK m. 29 uygulanacaktır.

V. HAKSIZ TAHRİK İNDİRMİNİN MAĞDURUN KADIN OLDUĞU SUÇLARDA UYGULANMAMASI AMACIYLA TÜRK CEZA KANUNU’NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI GEREKTİĞİ TARTIŞMASI

5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’ya nazaran kadınlar ve çocuklara yönelik pozitif ayrımcılığı teşvik eden düzenlemelere yer verilmiş, ayrıca önceki kanunda yer alan ve özellikle kadın erkek eşitliğini zedeleyen hükümler düzenleme konusu yapılmamıştır. Yine kadınların ve çocukların korunması maçıyla yasal düzenlemeler yapılmış ve bu alanda birçok uluslararası sözleşme imzalanmıştır. Ancak yapılan bu yasal düzenlemelere ve imzalanan sözleşmelere rağmen kadına bakış açısı değiştirilmediği için bu düzenlemeler etkili bir biçimde hayata geçirilememiştir.¹¹⁸³ Kadına yönelik ayrımcı tutum değiştirilmediği ve bu nedenle failin erkek mağdurun da kadın olduğu olaylarda, failin cezasından indirim yapmak için her türlü bahane haksız tahrik sayılıp kadın aleyhine kullanılmaya devam etmiştir. Bu sebeple, kadına yönelik şiddeti önlemeyi amaçlayan birçok örgüt ve kurum tarafından, mağdurun kadın olduğu adam öldürme veya yaralama olaylarında haksız tahrik ve iyi hal indirimlerinin uygulanmaması yönünde yasal düzenlemelerin yapılması önerilmiştir.

¹¹⁸³ **CENTEL**, Nur, “*Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?*”, in; Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör; **CENTEL**, Nur, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 2.

Bu doğrultuda 2011 yılında milletvekillerinden Sebahat Tuncel, kadınlara yönelik işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının işlenmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla TCK'nın 82. ve 86. maddelerinde değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi vermiştir.¹¹⁸⁴ Ancak bu teklif mecliste kabul edilmemiş ve özellikle failin erkek mağdurun da kadın olduğu öldürme ve yaralama suçlarında faillere haksız tahrik indirimi etkin bir şekilde uygulanmaya devam etmiştir.

2015 yılında Mersin'de bir üniversite öğrencisinin saldırıya uğrayıp öldürülmesinin ardından haksız tahrikin kadınlar aleyhine işlenen suçlarda uygulanmasının kaldırılması hususunda tartışmalar yeniden başlamıştır. Bu konuda sosyal medyada imza toplanmasının yanında çeşitli kadın örgüt ve kurumlarının tepkisi nedeniyle “Özgecan Yasası” olarak bilinen kanun teklifi meclise sunulmuş,¹¹⁸⁵ fakat kanun teklifinde yer alan “*Kadına ve çocuğa şiddet, cinayet ve cinsel istismarın istikralı bir iktidar yönetiminde istikrarlı şekilde arttığı unutulmamalıdır*” ifadesi “*kaba ve yaralayıcı söz*” olarak kabul edilerek bu kanun teklifi meclis başkanlığı tarafından reddedilmiştir.¹¹⁸⁶

Haksız tahrikin kaldırılması veya kadınlara yönelik işlenen suçlarda uygulanmaması yönünde bir yasa henüz kabul edilmemekle birlikte, hala pek çok kadın örgütü, haksız tahrikin erkek şiddetini teşvik edecek şekilde uygulandığı ve

¹¹⁸⁴ Bahsi geçen kanun teklifi ve gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1918.pdf>, E.T. 21.11.2016.

¹¹⁸⁵ <https://t24.com.tr/haber/chp-1-milyondan-fazla-imza-verilen-ozgecan-yasasi-icin-kanun-teklifi-verdi,302059>, E.T. 21.11.2016.

¹¹⁸⁶ http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/490942/CHP_nin_Ozgecan_Yasasi_teklifi_iade_edildi.html, E.T. 21.11.2016.

yargıda cinsiyet ayrımı yapıldığı gerekçesiyle bu kurumun kaldırılması yönünde çalışmalarını sürdürmektedir. Uygulamaya bakıldığında, haksız tahrikin “*erkek adaleti*” ni sağlamak amacıyla kullanıldığı görülmektedir. Kadının en ufak bir hareketi veya erkeğin bu yöndeki bir iddiası fail lehine haksız tahrik sayılırken; kadına yönelik gerçekleştiren ağır hakaretler, saldırılar veya tecavüzler çoğunlukla doğal karşılanmakta ve aile birliği içinde yaşanan olağan durumlar olarak nitelendirilerek haksız tahrik uygulamasından söz edilmemektedir.¹¹⁸⁷ Erkek faillerin “*Çok sık banyo yapıyordu*”, “*Kahvaltıyı geç hazırladı*”, “*Boşanmak istedi*”, “*Meyve suyu ikram etim, reddetti*”, “*Bir aydır sadece makarna pişiriyordu*”... gibi bahanelerle haksız tahrik indiriminden faydalandığı ve haksız tahrik hükmünü uygulayan hakimler haksız tahrikin en temel noktası kabul edilen “*haksız fiilin gerçekleştirilmesi*” şartındaki haksızlığı örf adette, geleneklerde, daha doğru bir ifadeyle ataerkil sistemin temelinde arayarak erkek zihniyetine arka çıkmaktadır.¹¹⁸⁸

Kanunda cinsiyetsiz olarak düzenlenen bir kurumun bu şekilde erkek lehine yorumlanması kadınlar aleyhine bir baskı aracına dönüşmüş ve bu cinsiyetçi yaklaşım kadının erkek karşısındaki veya toplum içindeki konuşmaları, davranışları veya giyim tarzı vb. erkek lehine birer tahrik aracı kabul edilmiştir.¹¹⁸⁹ Ancak uygulamada,

¹¹⁸⁷ YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 217.

¹¹⁸⁸ “9 Mart 2006 akşamı, Ali Şimşek, kendisinden izinsiz alışverişe çıktığını, kıyafet olarak borca girdiğini öğrendiği eşi Nurgül Şimşek’i ekmek bıçağıyla öldürdü. Cezası ‘haksız tahrik’ indirimiyle müebbetten 24 yıla indi”, “7 Ağustos 2007’de, Fatih Ağuş, eşi Sevgi Ağuş’u, kot pantolon giymesi yetmiyormuş gibi başka bir erkeğe de ‘civeli şekilde’ saati sorduğu için öldürdü. Cezası ‘haksız tahrik’ altında işlediği ve pişman olduğu gerekçesiyle müebbetten 20 yıla indirildi.” Benzer kararlar için bkz. <http://www.sosyalistfeministkolektif.org/web-yazilari/bedenimiz-ve-erkek-siddeti/yarg-hakszda-koer-tahrikte-doert-goez/>, E.T. 21.11.2016.

¹¹⁸⁹ YALÇIN SANCAR, Türk Ceza hukukunda Kadın, s. 217.

kadınların gerçekleştirdiği ve erkeği tahrik ettiği ileri sürülen bir fiili, erkeğin gerçekleştirmesi durumunda bu fiilin tahrik olarak kabul edilmediği görülmektedir. Nitekim bir kadının erkeğe “*sen ne biçim erkeksin*”,¹¹⁹⁰ “*sen de erkek misin?*”, “*erkek ol biraz*”, “*erkeksen sıkarsın*”¹¹⁹¹ gibi cümleler kurması, diğer bir ifadeyle erkeğin sorgulanması haksız tahrik olarak kabul edilirken,¹¹⁹² erkeğin kadına “*sen ne biçim kadınsın kadınlığını bil*” gibi ifadeler kullanması haksız tahrik sayılmamaktadır.¹¹⁹³ Dolayısıyla mağduru kadınlar olan öldürme, yaralama veya cinsel saldırı suçlarında, haksız tahrikin uygulanmasının kaldırılması talebi yargının haksız tahrik uygulamasında gözettiği cinsiyetçi yaklaşımdan ve bu yaklaşımın neden olduğu kadın

¹¹⁹⁰ “... ‘*ne biçim erkeksin, senin hiç gururun yok mu*’ demesi üzerine, sanığın eşi maktule tabancayla yedi el ateş ettiği, maktülün iç kanama sonucu öldüğü olayda, maktülün sanığa yönelik hakaret içeren eyleminden ibaret haksız hareketler nedeniyle TCK’nun 29. maddesi gereğince...” **Yargıtay 1. CD’nin** 03.03.2015 tarih, 2015/5506 E., 2015/1140 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT AILGAN, s. 172.

¹¹⁹¹ “...*olay tarihinde sanıkla buluşan ve ayrılmayı istediğini söyleyen maktülün sanığın ayrılmama yönündeki ısrarı üzerine ‘erkeksen sıkarsın, artık çık hayatımdan’ dediği, maktülün kendisinden ayrılacak olmasına sinirlenen sanığın üzerinde taşıdığı tabancayla maktule üç el ateş ederek öldürdüğü olayda; reşit olan maktülün sanıktan ayrılmayı isteyerek bu konudaki kararlılığını ‘erkeksen sıkarsın çık hayatımdan’ şeklinde sözlerle ifade etmesinin haksız tahrik teşkil etmeyeceği anlaşılmakla, maktulden kaynaklanan sanığa yönelik bir haksız fiil olmadığı halde, sanığın sonradan geliştirdiği cezayı hafifletmeye ve haksız tahrik hükmünden yararlanmaya yönelik savunmalarına itibar edilerek eksik ceza tayin edilmesi...*” **Yargıtay 1. CD’nin** 03.10.2011 tarih, 2011/1659 E., 2011/5607 K. sayılı kararı. Bkz. YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 221.

¹¹⁹² “...*sanığın ilk ifadesine göre; maktülün pişirmiş olduğu balıkları yakması nedeniyle meydana gelen tartışmada’ zaten sana bu zamana kadar hiçbir şey beğendiremedim’ demesi üzerine suçu işlediği, maktulden kaynaklanan haksız tahrik oluşturan davranış bulunmadığı anlaşılmaya rağmen, kovuşturma aşamasındaki maktulenin kendisine ‘elimi sallasam ellisi, sen de adam mısın, senin boyun kısa’ dediği şeklinde daha sonra genişletilen, tahrik indiriminden yararlanmaya yönelik savunmaya itibar edilerek koşulları oluşmayan TCK’nun 29. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini...*” **Yargıtay 1. CD’nin** 07.12.2015 tarih, 2015/2634 E., 2015/5972 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 181.

¹¹⁹³ “... ‘*nasıl kadınsın kadınlığını bil*’ şeklindeki sözlerin katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp nezaket dışı ve kaba hitap tarzı niteliğinde olduğu, hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı...” **Yargıtay 4. CD’nin** 04.11.2014 tarih, 2014/5879 E., 2014/31687 K. sayılı kararı. Bkz. ÜMİT ATILGAN, s. 171.

aleyhinde artan şiddetten kaynaklandığı söylenebilir. Zira, genel olarak kadınları, erkekleri tahrik ederek, mağduru olduğu suçun esas sebebi ve hatta başrol oyuncusu kabul eden anlayış, kadınları yıldırarak, içinde bulundukları durumu kabul etmelerini sağlamayı ve şikayet etmelerini önlemek istemekte, şikayet eden kadınların ise gerek şikayet ettikleri mercilerde gerekse toplumda hor görülmesini, aşağılanmasını ve dışlanmasını amaçlamaktadır.

Haksız tahrikin kanunda yer alma sebebi daha önce de belirttiğimiz üzere failin haksız bir fiil karşısında iradesinde meydana gelen heyecan halinin kusurunu etkilediği düşüncesidir. Dolayısıyla haksız tahrik, haksız fiili gerçekleştiren kişinin veya tahrik olan kişinin kimliğine, cinsiyetine bakılmaksızın, toplumun fail ya da mağdurun cinsiyetine göre yaptığı değerlendirmelerin etkisinden uzak bir şekilde, tahrik fiilinin failin iradesinde meydana getirdiği etkiye göre değerlendirilmesi gereken bir kurumdur. Haksız tahrik kurumunun genel olma özelliği, fail ve mağdur bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin herkes için uygulanabilmesini de kapsamaktadır. Bu nedenle uygulamada var olan cinsiyetçi yaklaşım, haksız tahrik kurumunun yapısından değil, bu kurumu uygulayan kişilerin sahip olduğu adaletsiz bakış açısından kaynaklanmaktadır. Yargı pratiğinde kadın erkek ayrımı yapılması ve faile sırf erkek olduğu için tahrik oldu veya kadındır mutlaka tahrik etmiştir gibi bir sonuç çıkarılması haksız tahrik kurumunun yapısıyla bağdaşmaz. Aynı şekilde kadınlara karşı işlenen suçlarda mağdurun kadın, failinse erkek olduğu için haksız tahrik indiriminin yasaklanması da yargının sahip olduğu cinsiyetçi yaklaşımdan farksızdır. Kanunda haksız tahrike ilişkin bu şekilde bir sınırlamaya yer verilmesi, kadınların erkeklere karşı tahrik fiilini gerçekleştiremeyecekleri veya erkeklerin kadınların gerçekleştirdikleri haksız fiillerden tahrik olamayacakları gibi bir kabulü gerektirir. Bu

nedenle kanuni olarak haksız tahrike ilişkin böyle bir sınırlama getirilmesinin yanlış olacağı kanaatindeyiz. Bunun yerine özellikle ilk derece mahkemelerinin, kadının sırf kadın olması nedeniyle veya failin tahrik edildiği iddiasına dayanarak verdiği haksız tahrik indirimlerinin, Yargıtay tarafından denetlenmesi ve haksız tahrik kurumunun tüm şartlarının somut olayda bulunduğu kanaatine ulaşılmadan failin cezasından indirim yapılan kararların bozulması daha yerinde olacaktır. Ayrıca, haksız tahrik kurumunun uygulanması sırasında ortaya çıkan cinsiyet ayrımı yargıya has bir durum gibi gözükse de konunun esasına inildiğinde bunun yasaları uygulayan hakimlerden değil, kadın aleyhine başlatılan ve toplumda normal kabul edilen dilsel şiddetten kaynaklanmaktadır. Bu dilsel şiddet toplumda olağan karşılanarak bireyler tarafından meşru kabul edilip, zamanla psikolojik ekonomik ve fiziksel şiddete dönüşerek yargı kararlarına meşru bir davranış olarak yansımaktadır. Bu etkileşimler silsilesi bir kısır döngü ortaya çıkardığı için, kadına kadın olduğu gerekçesiyle uygulanan dilsel şiddet yine kadına kadın olduğu ve ataerkil sistemin gereklerine uymadığı gerekçesiyle fiziksel şiddete dönüşmekte, meşru kabul edilip, yine dilin yarattığı şiddet kanun koyucuyu ve kanun yapma sürecini de etkileyerek yasalara ve bu yasaları uygulayanlara da yansımaktadır.¹¹⁹⁴ Dolayısıyla kadınlara yönelik uygulamada ortaya çıkan ayrımcılık ve adaletsizliğin engellenmesi, kanuna “*kadınların mağdur olduğu suçlarda haksız tahrik indirimi yapılamaz*” gibi bir ifadenin eklenmesiyle mümkün değildir. Kadınlara yöneltilen şiddetin engellenmesi uygulamada ortaya çıkan cinsiyetçi yaklaşımların yok edilmesi için yeni yasalar yapmak yerine, mevcut yasaların uygulanmasında titiz davranılması, kullanılan ifadelerin cinsiyet ayrımından uzak olması ve en önemlisi gerek yargı mercilerinde gerekse kollukta, kadınlara

¹¹⁹⁴ YALÇIN SANCAR, Töre Ötekinin Sorunu (Mu)?, s. 13.

yönelik işlenen suçlarda faili haklı göstermek için başvurulana “*bir anlık sinir*” “*olmuş bir kaza*” “*karı koca arasında bazen olur böyle şeyler*” gibi söylemlerin kullanılarak kadınların erkeklere itaat etmeye mecbur olduğu izleniminin verilmemesi gerekmektedir.



SONUÇ

İlkel dönemlerde kabul edilen objektif sorumluluktan ayrılan ceza hukuku, modern dönemlere geçişle birlikte, kusur sorumluluğunu benimsemiş ve dolayısıyla ceza belirlenirken failin suç işlemeye iten nedenleri, suçun işleniş özelliklerini, failin kişiliğini ve suç işleme anında içinde bulunduğu ruhsal durumu göz önünde bulundurmayı tercih etmiştir. İlkel ceza sisteminden modern cezalandırma sistemine geçiş sonucunda, ceza yasalarında kusurluluğu azaltan veya kaldıran pek çok kuruma yer verilmiştir. Bu kurumlardan uygulamada en çok tartışılan ve rastlanılan şüphesiz haksız tahriktir.

5237 sayılı TCK m. 29’da yer alan haksız tahrik, 765 sayılı TCK m. 51 hükmüne genel itibariyle paralel bir düzenleme içermektedir. Ancak bu iki hüküm arasında birkaç fark mevcuttur. Önceki kanunda kullanılan “*gazap*” ifadesinin yerine “*hiddet*”, “*haksız tahrik*” ifadesi yerine “*haksız bir fiil*” ifadesinin kullanılmış, ayrıca önceki kanunda öngörülen ağır-adi tahrik ayrımından vazgeçilerek tahrik indirim oranları yeniden düzenlenmiş, hakime kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar içinde karar verme yetkisi tanınmıştır.

Haksız bir fiilin meydana getirdiği öfke veya derin üzüntünün etkisinde kalarak suç işleyen kimsenin cezasının azaltılmasını sağlayan kurum olarak da tanımlanan haksız tahrikin esasının ne olduğu öteden beri tartışılan bir husustur. Genel itibariyle haksız tahrikin esası objektif ve psikolojik açıdan ikiye ayrılarak incelenmektedir. Haksız tahrikin objektif esasına göre, haksız tahrik etkisinde işlenen fiilde fail gibi mağdur da kusurludur, zira failin suç fiilini işlemesine sebep olan mağdurun haksız

fiilidir ve bu yüzden failin mağdurun kusuru oranında daha az ceza alması gerekir. Haksız tahrikin psikolojik esası ise mağdurdan kaynaklanan haksız fiilin failin iradesinde meydana getirdiği hiddet ve elem heyecanlarından oluşmaktadır. Kanun koyucu bu iki heyecan türüne önem atfederek suçun haksız tahrik etkisinde işlendiğinin kabulü için failin iradesinde öfke veya derin üzüntünün meydana gelmesini ve suçun işlendiği anda bu heyecanlardan en az birinin etkisini sürdürüyor olmasını aramıştır.

Haksız tahrikin suça etkisi konusunda yürütülen tartışmaya bakıldığında, haksız tahrikin suçun kurucu unsurları arasında sayılmadığı, bulunmaması halinde suçun varlığının etkilenmediği gerekçesiyle suçu etkileyen sebeplerden biri sayılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bizim katıldığımız görüşe göre haksız tahrik failin irade unsuru üzerinde etkili olduğundan, failin kınanabilirliğinin daha zayıf olması nedeniyle kusurluluğu etkileyen bir nedendir. Haksız tahrikin kusurluluğu etkileyen sebeplerden sayılmasının nedeni, failin, mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız fiil etkisinde kalarak kapıldığı hiddet veya şiddetli üzüntü nedeniyle davranışlarını yönlendirememesi ve bir tepki suçu işlemesidir. Zira haksız tahrik altında suç işleyen failin, haksız fiil etkisinde kalmaksızın serbest iradesiyle ve soğukkanlılıkla suç işlemeye karar veren faille aynı durumda kabul edilmesi adalet duygusuna uygun düşmez. Failin cezasından bir miktar indirim yapılması adaleti sağlama amacına yöneliktir. Haksız tahrik 5237 sayılı TCK'nın "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" arasında sayılması kurumun hukuki niteliğiyle bağdaşmadığı ve tartışmalara neden olduğu için haksız tahrikin ve kusurluluğu etkileyen diğer hallerin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi kanımızca daha yerinde olacaktır.

Türk ceza hukukunda haksız tahrikin, belirli suç tipleri bakımından öngörülen veya fail-mağdur arasında belirli yakınlığın varlığını/yokluğunu arayan hukuk sistemlerinden farklı olarak kanunda yer alan her suç tipine ve herkese uygulanabilen genel ve kanuni bir indirim nedeni olduğu kabul edilmektedir. Ancak öğretide ileri sürülen bir kısım görüşlere ve Yargıtay kararlarına bakıldığında, haklı olarak bazı suç tiplerinin haksız tahrik altında işlenmeye uygun olmadığı kabul edildiği görülür.

Haksız tahrike ilişkin birçok noktada olduğu gibi bu kurumun şartları ve bu şartların kapsamı konusunda tartışmalar mevcuttur. Haksız tahrike ilişkin yaşanan en önemli tartışmalardan biri tahrikin temel şartlarından sayılan tahrik fiilinin haksız olmasından ne anlaşılması gerektiği konusundadır. Haksız fiilin ne ifade ettiği meselesine ilişkin değişik görüşler ileri sürülse de m. 29'un gerekçesinde de belirtildiği üzere haksız fiil, hukuka aykırı fiil anlamına gelmektedir. Ancak tahrik açısından böyle hayati bir öneme sahip ifadenin kanun metni yerine gerekçede yer alması ceza kanunlarının belirliliği ve kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Haksız tahrikin şartlarından biri de, failin suç işleme anında hiddet veya şiddetli elem etkisinde olmasıdır. Failin haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem etkisi altında suç işlemesi haksız tahrikin sübjektif unsuru kabul edilmektedir. Fakat kanunda yer alan haksız tahrik düzenlemesine rağmen uygulamada, haksız tahrik yaratabilecek nitelikte bir fiilin varlığı halinde otomatikman failin haksız tahrik etkisi altında suç işlediği kabul edilmekte, failde hiddet veya şiddetli elem meydana gelip gelmediği araştırılmamaktadır. Hakim olayın özelliklerini ve delilleri incelerken bu koşulun varlığını araştırmak zorundadır. Haksız tahrikin şartlarının her somut olayda davaya bakan hakim tarafından dikkatle incelenmesi ve bu inceleme neticesinde failin

cezasından yapılacak indirim miktarını belirlemesi adalet duygusunun tatmini açısından önem taşır.

Çalışmada belirtildiği üzere haksız tahrikin suç teorisinin diğer kavramlarıyla ve bazı ceza hukuku kurumlarıyla birlikte uygulanıp uygulanamayacağı ya da belirli suç tiplerinde haksız tahrik nedeniyle failin cezasının indirilip indirilemeyeceği tartışmalıdır. Haksız tahrikin tasarlamayla, kan gütme ve töre saikiyle işlenen öldürme suçlarıyla birlikte uygulanıp uygulanamayacağı süregelen önemli tartışmalardan olmuştur. Tasarlama suretiyle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin uygulanıp uygulanamayacağı, tasarlama konusunda benimsenen teoriye göre değişmektedir. Türk ceza hukukunda benimsenen çoğunluk görüşü, bu iki kurumun birlikte uygulanabileceği şeklindedir. Haksız tahrikin töre ve kan gütme saikleriyle işlenen suçlarda uygulanıp uygulanamayacağı meselesine gelince; her ne kadar “*Nitelikli Adam Öldürme*” suçunun düzenlendiği TCK m. 82’nin gerekçesinde gerek töre saikiyle işlenen öldürme suçunun gerekse kan gütme saikiyle işlenen öldürme suçunun haksız tahrikle bir arada uygulanamayacağı belirtilmiş olsa da bu açıklama konuya ilişkin tartışmaları sona erdirmek için yeterli değildir. Zira, böylesine önemli bir husus madde metni yerine gerekçede düzenlenerek kanunilik ilkesine aykırı hareket edilmiş olmasının yanında, gerekçede yer alan açıklamaya bakıldığında töre veya kan gütme saikleriyle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik gerekçesiyle indirim yapılamayacağı değil, haksız tahrik altında işlenen suçlarda bu saiklerin varlığından söz edilemeyeceği sonucu çıkarılmaktadır. Haksız tahrikin bu hallerle birlikte uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin çözümü, tahrikin şartlarından olan haksız fiil şartından ne anlaşılması gerektiğine bağlıdır. Nitekim uygulamaya

bakıldığında bu şartın yanlış yorumlanması neticesinde pek çok hatalı kararın verildiği görülür.

Cezayı hafifleten kanuni bir indirim nedeni olarak haksız tahrikin ceza yargılamasında sıklıkla uygulandığı ve cezaları önemli oranda indirdiği göz önüne alındığında, somut olayda haksız tahrikin şartlarının bulunup bulunmadığı ve bulunuyor ise ne oranda indirim yapılacağının tespiti esnasında dikkatle hareket edilmesi ve detaylı bir araştırma yapılması gerekmektedir. Özellikle tahrikin objektif unsurunun varlığı sübjektif unsurun da var olduğu hususunda karine oluşturmamalı, davaya bakan hakim objektif olarak tahrik fiiline maruz kalan herhangi bir kimsenin hiddet veya şiddetli elem etkisinde kalarak faille aynı veya en azından benzer tepki vereceğinden emin olmalıdır. Ayrıca hakim, somut olayda haksız tahrikin şartlarını ve indirim miktarını tespit ederken, *“ağırlığın takdirinde mantıklı, ölçülü davranmalı, kişi, yer, zaman, tahrik eylemlerinin işleniş biçimi”* gibi hususları göz önüne almalı; *“haksız eylemin niteliğini, kışkırtıcı boyutlarını, işlendiği yer ve zamanı, toplumsal değer yargılarını, failin yaşama tarzını”* titizlikle inceleyip haksız fiilin failde öfke veya derin üzüntü yaratıp yaratmadığını ve haksız fiille bu heyecan halleri ve işlenen tepki suçu arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığını saptamalıdır.

Sonuç olarak, çalışmamızda, kanuni bir indirim nedeni olarak haksız tahrik, detaylı olarak incelenmiş, haksız tahrikin kanunlarda bulunması gerekip gerekmediği tartışmasına yer verilerek, bu kurumun düzenlemesinde veya uygulanmasında göze çarpan eksik veya yanlış noktalar öğretilen ileri sürülen görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde 765 sayılı Kanun’la karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

ÖZET

Haksız tahrik, genel bir anlatımla, failin haksız bir fiil neticesinde psikolojisinde meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle suç işlemesidir. Haksız tahrikte fail, haksız bir fiil nedeniyle öfke veya üzüntü etkisinde kalarak suç işlemeye itildiği, mağdur ise haksız fiiliyle suçun işlenmesine sebep olduğu için failin cezası indirilir. Failin iradesi etkilenmekle birlikte hareket serbestisi azalmış olsa da devam ettiğinden failin kusurunun ortadan kalktığından söz edilemez. Bir suçun haksız tahrik altında işlendiğinin kabulü ve bu sebeple failin cezasının azaltılabilmesi için; tahrik meydana getiren bir fiilin objektif olarak bulunması, bu fiilin haksız olması, tahrik oluşturan haksız fiilin failin iradesinde hiddet veya şiddetli elem hallerinden en az birini ortaya çıkarması, failin bir tepki suçu işlemiş olması ve son olarak failin işlediği tepki suçuyla haksız fiil arasında nedensellik ilişkisinin bulunması şarttır.

5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde yer alan ve genel bir hüküm niteliğinde olan haksız tahrik hükmü bu çalışmada üç bölüme ayrılarak incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde haksız tahrik kurumunun yapısı, dayandığı temeller ve tarihi gelişimi incelenirken; ikinci bölümde haksız tahrikin şartlarına yer verilmiş; son bölümde ise, haksız tahrikin uygulanma esasları, ceza hukukunun bazı kurumları ve bazı suç tipleri haksız tahrikin birlikte uygulanabilirliği incelenmiş, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ve Askeri Ceza Kanunu'nda (As.CK) yer alan özel haksız tahrik hallerine değinilmiştir.

ABSTRACT

Unjust provocation, with a general description, is to be committed a crime by perpetrator under the influence of dander or severe pain which take place in psychology in consequence of a tort. In the unjust provocation, the perpetrator's penalty is reduced because the perpetrator is pushed to commit a crime under the influence of dander or severe pain based upon a tort and the cause of the committing a crime is victim's tort. In case of unjust provocation, the writ of the perpetrator is affected and the freedom of action decreases. Although the freedom of action decreases, it goes on so it can not be mentioned that fault of perpetrator is disappeared. In Turkish Criminal Law, some conditions must be found in concrete case so that a crime can be said to have been committed under unjust provocation. First, there must a tort committed against the perpetrator himself or another person. Within the meaning of Article 29 Turkish Penal Code, the most important element is the existence of tort. Because it constitutes the objective condition of unjust provocation. Second condition, is called the psychological element, the tort must have create dander or severe pain at the perpetrator. Also, the perpetrator must react to this provocation and the react crime must be directed towards the who performs the tort. Finally, there must be a causal link between the tort and the react crime.

The unjust provocation clause which is in Article 29 of the Turkish Penal Code No.5237 and is a general provision, is examined in this study by dividing into three sections. In the first part of the study, the structure of the unjust provocation institution, the bases which it is based on and its historical development are examined; In the second part, conditions of unjust provocation are mentioned; In the last part, the

principles of unjust provocation implementation are examined, the unjust provocation is compared with other institutions of criminal law and it is argued whether the unjust provocation is together these institutions or not, special unjust provocation which is issued in the Turkish Penal Code (TCK) and the Military Penal Code (As CK) is mentioned.



KAYNAKÇA

ABBAN, Hakan, Haksız Tahrik, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999.

AÇIKGÖZ, Mehmet, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

AKBABA, Zeynep Burcu, “*Töre, Namus ve Töre Saikiye Kasten Öldürme*”, TBBD, S. 75, 2008, (s. 333-351).

AKBULUT, Berrin, “*Bağlılık Kuralı*”, GÜHFD, C. XIV, S. 1, 2010, (s. 167-214).

AKBULUT, Berrin, “*Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması*” Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFD, Özel Sayı, C. 19, S. 2, (s. 541-586).

AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AKBULUT, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunumuza Göre Kan Gütme Saikiye Adam Öldürme (Yargıtay İçtihatları İle), İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2006.

AKTAŞ, Yusuf, Tahrik Taammüt ve Cezanın Kurulması, Fon Matbaası, Ankara, 1976.

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.

ARISOY, Mine, “*Hakaret*”, TBBD, Y. 20, S. 72, 2007, (s. 152-205).

ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

ARTUK, M. Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ARTUK, M. Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 14, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ARTUK, M. Emin/**YENİDÜNYA**, Caner, “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi (TCK m. 51)*”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, MÜHF Yayını, İstanbul, 2003, (s. 505-534).

AYDIN, Devrim, “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik*”, AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, (s. 225-254).

AYDIN, Devrim, “*Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi Özel Sayı, C. 19, S. 2, 2013, (s. 879-918).**AYDIN**, Devrim, Haksız Tahrik, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.

AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, İz Yayınevi, İstanbul, 2007.

AYGÜN, A. Nevzat, “*Muhtelif Kast ve Saikle Adam Öldürme Cürümleri*”, AD, Y. 79, S. 1, Ocak-Şubat 1988, (s. 17-41).

AYIK, İsmail Hakkı, “*Tahrik*”, AD, C. 43, S. 1, 1952, (s. 83-107).

BAHADIR, Burçe, Ölü Kadınlar Memleketi, Ayizi Yayınları, Ankara, 2014.

BAKICI, Sedat, “*Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme ve Unsurları*”, ABD, S. 2, 1994, (s. 195-206).

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

BAKIRCI, Kadriye, “*İstanbul Sözleşmesi*”, ABD, S. 4, 2015, (s. 133-204).

BARDAK, Cengiz, “*Haksız Tahrik Üzerine bir İnceleme*”, AD, S. 1, Ocak-Şubat 1988, (s. 42-52).

BAŞAR, Nur, “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*”, AD, C. 71, S. 3, 1980, (s. 251-263).

BAŞAR, Nur, “*Haksız Tahrik- Karar İncelemesi*” Yasa Hukuk Dergisi, C. 5, S. 3, Mart 1982, (s. 352-356).

BAŞAR, Nur, “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik-II*”, AD, S. 4, 1980, (s. 353-365).

BAYRAKTAR, Köksal, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977.

BİRTEK, Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler- Temel Bilgiler, B. 3, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

BRADFIELD, Rebecca, “*Domestic Homicide and the Defence of Provocation: A Tasmanian Perspective on the Jealous Husband and Battered Wife*”, University of Tasmanian Law Review, Vol. 19, No. 1, 2000, (s. 5-37).

CENTEL, Nur / **ZAFER**, Hamide / **ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 8, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

CENTEL, Nur, “*Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?*”, in; Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör; **CENTEL**, Nur, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, (s. 1-12).

CENTEL, Nur/ **ZAFER**, Hamide/ **ÇAKMUT**, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, B. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

CİHAN, Ahmet, “*Töre ve Namus Cinayetlerine Üniversite Gençliğinin Bakışı ve Toplumdaki İzdüşümü: Dicle Üniversitesi ve Diyarbakır Örnekleri*”, in; Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Diyarbakır, 2003, (s. 51-60)

CİHAN, Erol, “*Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu*”, İÜHFM, C. XL, S. 1-4, (s. 97-130).

CÜCELOĞLU, Doğan, İnsan Davranışı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2007.

ÇAĞLAYAN, Muhtar, “Yargıtay İçtihatları Işığında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”, AD, C. 73, S. 1, Ocak-Şubat, 1982, (s. 14-41).

ÇAKICI GERÇEK, Leyla/ **BAFRA**, Jale, “Kan Gütme Saikiyle İşlenen Adam Öldürme Suçu”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. I, 2005, <https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11421/487/249644.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, E.T. 21.04.2016, (s. 1-29).

ÇAM, Onur, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, (Yayınlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

ÇETİN, Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, B. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

DEĞİRMENCİ, Olgun, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, B. 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

DEMİR, Ali, “Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, AD, S. 2, Mart-Nisan 1986, (s. 44- 52).

DEMİRBAŞ, Timur, “TCK Öntasarısının Haksız Tahrik ve Özel Haksız Tahrik Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi” İz. BD, Y. 6, S. 4, Ekim 1987, (s. 11- 21).

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

DEMİRBAŞ, Timur, Haksız Tahrik, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

DEMREN DÖNMEZ, Burcu, “*Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik*”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013, (s. 267- 294).

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat (Eski ve Yeni Harflerle), Aydın Yayınevi, Ankara, 1968.

DÖNMEZER, Sulhi /**ERMAN**, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Umumi Kısım, C. II, B. 7, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

DÖNMEZER, Sulhi, “*Kriminoloji Açısından Kan Gütme Saikiyle İşlenen Suçlar*”, İÜHFM, C. XL, S. 1-4, (s. 1- 13).

DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Mesuliyetinin Esası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, Ankara, 2003.

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, B. 15, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.

DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, B. 6, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1981.

DÖNMEZER, Sulhi/ **ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım, C. I, B.10, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987.

DURAN, Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

DURSUN, Selman, “*Mağdurun Suça Yol Açması*”, İÜHFM, C. LXI, S. 1-2, 2003, (s. 3-34).

DÜLGER, Murat Volkan, “*5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri- Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi*”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 5, Nisan 2005, (s. 65- 111).

EKER KAZANCI, Behiye, “*Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik*”, Prof. Dr. M. SOYER’e Armağan, DEÜHFD, C. 15, Özel S. 2013, (Basım Yılı: 2014), (s.1309-1357).

EKERBİÇER, Dilaver, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

EKİCİ ŞAHİN, Meral, “*İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti*”, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015(s. 637- 686).

ELLIOT, Catherine / **QUINN**, Frances, Criminal Law, Fourth Edition, Pearson Longman Press, Harlow, 2002.

EMİNAĞAOĞLU, Ö. Faruk, “*Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü*”, TBBD, S. 2, 1991, (s. 214- 245).

ERCAN, İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, B. 5, İkinci Sayfa Yayınevi, İstanbul, 2009.

EREL, Kemalettin, "*Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi*", AD, S. 6, Ocak 2001, (s. 169-172).

EREL, Kemalettin, "*Kişilik ve Suç-Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Failin Kişiliğinin Önemi*", AD, S. 7, Nisan 2001, (s. 158- 170).

EREL, Kemalettin, Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 1998.

EREM, Faruk /**DANIŞMAN**, Ahmet / **ARTUK**, M. Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

EREM, Faruk, "*Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar*", AÜHFD, S. 4, 1945, (s. 50- 79).

EREM, Faruk, "*Haksız Tahrik*", AD, C. 37, S. 7, 1946, (s. 637-654).

EREM, Faruk, "*Ceza Hukukunda İrade, Şuur ve Gayri Şuur*", AÜHFD, C. 7, S. 3-4, (s. 63-85).

EREM, Faruk, "*Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler*", AÜHFD, C. III, S. 2-4, 1946, (s. 357- 364).

EREM, Faruk, "*Karşılıklı Tahkir*", ABD, S. 2, 1958, (s. 60- 66).

EREM, Faruk, "*Suçta İştirak*", AÜHFM, C. III, S. 1, 1946, (s. 62- 107).

EREM, Faruk, "*Taammüd*", AÜHFD, C. 37, S. 1-4, 1980, (s. 15-31)

EREM, Faruk, Adalet Psikolojisi, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi-Genel Hükümler, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.

EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler, C. I, B. 13, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

EREM, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, B. 7, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.

ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul, 1989.

ERMAN, Sahir/ **ÖZEK**, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm- Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490), Dünya Yayınevi, İstanbul, 1994.

ERMEYDAN, İdris, “*Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*”, FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Bahar 2014, (s. 131-170).

ERMİŞ, Hamza, Arapça'dan Türkçeleşmiş Kelimeler Sözlüğü, Ensar Yayınevi, İstanbul, 2008.

EVİK, Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2010.

FITZGERALD, P.J., Criminal Law and Punishment, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1962.

GEDİK, Doğan, “*Şahsi Cezasızlık Sebepleri*”, YD, Ekim 2006, (s. 153- 182).

GERÇEKER, Hasan, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Cankaya Matbaası, Ankara, 2011.

GÖZTEPE, Ece, “*Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi*”, TBBD, S. 59, 2005, (s. 29- 48).

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, “*Kan Gütme Cürümleri*”, AD, Y. 43, S. 10, Ekim 1952, (s. 1185- 1198).

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunun Gözübüyük Şerhi, C. I, B. 5, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1988.

GÜLŞEN, Recep, “*Türk Ceza Hukukunda Namus ve Töre Cinayetlerinin Cezalandırılabilirliği*”, in; Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Diyarbakır, 2003, (s. 103- 126).

GÜNAY, Erhan, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

GÜR, İzzet, “*Adam Öldürme Suçlarında Tahrikle Taammüt Birleşebilir mi?*” İleri Hukuk Mecmuası, S. 6, Aralık 1945, (s. 16- 19).

GÜRDOĞAN, Özkan, Hakaret Suçu, (Yayımlanmış) Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 242.

GÜRELLİ, Nevzat, “*Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik*”, İBD, C. XXV, Haziran 1951, (s. 331- 343).

HAFIZOĞULLARI, Zeki /**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayınevi, Ankara, 2014.

HAFIZOĞULLARI, Zeki /**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, B. 3, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “*Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi*”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, (s. 337- 369).

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 17, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

HORDER, Jeremy, “*Reshaping the Subjective element in the Provocation Defence*”, Oxford J legal Studies, Spring 2005, Vol. 25 (1), (s. 123- 140).

İÇEL, Kayıhan /**DONAY**, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku- Genel Kısım, 1. Kitap, B. 3, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967.

İÇEL, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

İÇEL, Kayıhan/ **SOKULLU- AKINCI**, Füsün / **ÖZGENÇ**, İzzet / **SÖZÜER**, Adem /**MAHMUTOĞLU**, Fatih / **ÜNVER**, Yener, Suç Teorisi, (İÇEL vd., Suç Teorisi), Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

İSKENDER, Salih Zeki, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürme Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

İYİMAYA, Ahmet, “*Yasama Sorumsuzluğu Üzerine*”, ABD, S. 3, 1996, (s. 337-340).

İZMİR, Gökâl, Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

KANGAL, Zeynel, “*Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik*”, EÜHFD, C. 14, S. 3-4, 2010, (s. 19- 68).

KANGAL, Zeynel, Askeri Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

KAŞIKARA, M. Serhat, “*Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma*”, TAAD, Y. 1, S. 2, Temmuz 2010, (s. 347- 384) .

KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

KAYA, Fahrettin, *"Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik"*, AD, S. 40, 2011, (s. 92-102).

KAYA, Fahrettin, *Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik*, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2010.

KAYANÇİÇEK, Murat, *Şerefe Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

KAYMAZ, Seydi, *"5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu"*, GÜHFD, C. XVI, S. 2, 2012, (s. 117- 167).

KESKİN KIZIROĞLU, Serap, *"Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar"*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, İstanbul, 2008, (s. 995- 1004).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 17, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

KOCA, Mahmut, *"YTCK'da Hukuka Uygunluk Nedenleri"*, CHD, S. 1, Eylül 2006, (s. 115- 148).

KOCA, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

KOCA, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, B. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

KÖNİ, Ekrem, “*Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik*”, İBD, S. 3, Mart 1938, (s. 203-209).

KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

MALKOÇ, İsmail / **GÜLER**, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1-124 ncü Maddelerin Açıklamaları, Adil Yayınevi, Ankara, 1996.

MALKOÇ, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-178, C. I, B. 3, Malkoç Kitabevi, İstanbul, 2008.

MERAN, Necati, “*Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma*”, YD, C. 28, S. 4, Ekim 2002, (s. 557- 573).

MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Madde 81-124), B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

METİNER, Haydar / **KOÇ**, Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Yorum Yayınevi, Ankara, 2008.

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 13, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

NUHOĞLU, Ayşe, “*Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması*”, Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, (s. 205- 213).

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, B. 10, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

OKANDAN, Recai, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951.

ONGUN, Cemil Sena, Psikoloji Dersleri, Semih Lütfi Kitabevi, İstanbul, 1935.

OTACI, Cengiz / **ÖZTEKİN**, Murat / **ÖZAYDIN**, Fatih, TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu 2013-2015 Kararları, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

OTACI, Cengiz, “*Kan Gütme Saiikiyle Kasten Öldürme Suçu*”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 18, Şubat 2008, (s. 115- 139).

OTACI, Cengiz, “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulanması*”, AD, Y. 94, S. 15, Nisan 2003, (s. 228- 235).

OTACI, Cengiz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, HUKAB Yayınevi, Ankara, 2013.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992.

ÖZALP, Nabi, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2010.

ÖZAR, Süleyman, “*Türk Ceza Hukukunda Sapma*”, TBBD, S. 66, 2006, (s. 225- 256).

ÖZBEK, Veli Özer / **KANBUR**, M. Nihat / **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar / **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 7, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi-Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Genel Hükümler Madde 1-75, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

ÖZBEK, Veli Özer/ **KANBUR**, M. Nihat/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Seçkin Yayınevi, 2015.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, B. 15, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZEN, Muharrem, *“Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”*, AÜHFD, C. 51, S. 3, 2002, (s. 27-49).

ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukukunda Taksir, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

ÖZENBAŞ, Nazmiye, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 10, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, B. 11, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

ÖZTÜRK, Bahri/**ERDEM**, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 14, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

PARILTI, Yılmaz, “*Töre Saikiye İnsan Öldürme Suçu (Töre Cinayetleri)*”, AD, Y. 99, Eylül 2007, (s. 206- 228).

PARLAR, Ali /**HATİPOĞLU**, Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

PARLAR, Ali, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

PISAPIA, Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri-Genel Kısım, (Çev. Atıf AKGÜÇ), Ankara, 1971.

POLAT, Ahmet Zeki, Adam Öldürme Suçları, B. 1, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1999.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

SANCAR, Türkan, “*Yasama Sorumsuzluğu*”, TBBD, S. 2, 1992, (s. 215-238).

SAVAŞ, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994.

SAYGILAR, Yasemin Filiz, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Taksir, (Yayımlanmış) Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

SOYASLAN, Doğan, “*Töre Cinayetlerinin Önlenmesi*” , in: Töre Cinayetleri, Panel Bildirileri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, 1999, (s. 29-33).

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 6, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.

SULLIVAN, G.R., “*Anger and Excuse: Reassessing Provocation*” Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 3, 1993, (s. 421-429).

ŞAHİN, Mehmet, “*Yasal (Meşru) Savunma*”, TBBD, S. 75, 2008, (s. 284-332).

TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

TANER, Tahir, Ceza Hukuku Umumî Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949.

TAŞDEMİR, Nezahat, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

TATAR, Bülent, Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçları (Şeref Karşı Suçlar), (Yayımlanmış) Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

TEZCAN, Durmuş /**ERDEM**, M. Ruhan/**ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

TEZCAN, Mahmut, Kan Davaları Sosyal Antropolojik Bir Yaklaşım, B. 2, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 99, Ankara, 1981.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku(Genel Esaslar), B. 15, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

TOPALOĞLU, Ali, “*Hakaret Suçu ve Yasama Sorumsuzluğunun Yasama Sorumsuzluğuna Etkisi*”, AD, S. 48, 2014, (s. 121- 156).

TOROSLU, Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

TOSUN, Öztekin / **GÜRELLİ**, Nevzat, “*Heyecan Göstergesi İle Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku*”, İÜHFM, C. 30, S. 3-4, 1964, (s. 498- 544).

TURABİ, Selami, “*Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller*”, TBBD, S. 101, 2012, (s. 262- 297).

TUTUMLU, Mehmet Akif, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik-Genel ve Özel Hükümler, Adil Yayınevi, Ankara, 1999.

ULUTÜRK, Hande, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

UYGUN, Mehmet, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları 1992-1993-1994-1995-1996, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997.

ÜÇÖK, Coşkun, "*Osmanlı Kararnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler*", AÜHFD, C. 4, S. 1-4, 1946, (s. 125- 146).

ÜMİT ATILGAN, Eylem, Türkiye’de İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma –Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Yayınevi, Ankara, 2015.

ÜNSAL, Levent, "*Takdiri İndirim Nedenleri ve TCK m. 59*", YD, C. 28, S. 4, Ekim 2002, (s. 624- 655).

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, (Yayımlanmış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989.

YALÇIN SANCAR, Türkân /**KÖPRÜLÜ**, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

YALÇIN SANCAR, Türkan, "*Şiddet Kültürü ve Kadına Yönelik Şiddet*", in; Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Editör; **UYGUR**, Gülriz / **KAYA**, Funda/ **ÖZDEMİR**, Nadire, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, (s. 119- 135).

YALÇIN SANCAR, Türkan, "*Töre Ötekinin Sorunu (Mu)?*", Güncel Hukuk Dergisi, Eylül 2007, (s. 14-19)

YALÇIN SANCAR, Türkân, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

YARSUVAT, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.

YAŞAR, Osman / **GÖKCAN**, H. Tahsin /**ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu m. 1-44, C. I, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YAŞAR, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

YAŞAR, Osman/ **GÖKCAN**, Hasan Tahsin/ **ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YAVUZ, Yaşar, "*Haksız Tahrik*", YD, C. 17, S. 4, 1991, (s. 445- 466).

YENİDÜNYA, Ahmet Caner/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin, "*Bireyin Şerefine Karşı Suçlar*", TBBD, S. 68, 2007.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C. I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 305, Ankara, 2015.

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, Şafak Yayınevi, Manisa, 1982.

ZAFER, Hamide, "*Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı*", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2009, (s. 151- 194).

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

