

CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

(Yüksek Lisans Tezi)

Mehmet AÇIKGÖZ

Kütahya - 2011

T.C.
DUMLUPINAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Danışman:
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Hazırlayan:
Mehmet AÇIKGÖZ

Kütahya - 2011

Kabul ve Onay

Mehmet AÇIKGÖZ'ün hazırladığı “Ceza Hukukunda Haksız Tahrik” başlıklı Yüksek Lisans tez çalışması, jüri tarafından lisansüstü yönetmeliğinin ilgili maddelerine göre değerlendirilip oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

..../..../2011

Tez Jürisi	İmza	
	Kabul	Red
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Danışman)		
Yrd. Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA		
Yrd. Doç. Dr. Fatih KIRIŞIK		

Doç. Dr. Abdullah YILMAZ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Yemin Metni

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “Ceza Hukukunda Haksız Tahrik” adlı çalışmamın, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın tarafımdan yazıldığını ve yararlandığım kaynakların kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

..../...../2011

Mehmet AÇIKGÖZ

Özgeçmiş

29.06.1975 tarihinde Afyon'un Bolvadin ilçesinde doğdu. İlkokula 1981 yılında Bolvadin'in Kemerkaya kasabası ilköğretim okulunda başladı. 1986 yılında ilkokuldan, 1989 yılında ortaokuldan, 1992 yılında da liseden mezun oldu. 1993 yılında polis akademisini kazandıysa da hukukçu olma ideali sebebiyle 1994 yılında üniversite sınavına tekrar girip İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazandı. 4 yıllık öğrenimini başarıyla tamamlayarak 1998 yılında bu fakülteden mezun oldu.

Avukatlık stajını Üsküdar adliyesinde ve avukat yanında tamamladıktan sonra bir süre İstanbul'da avukatlık yaptı. Daha sonra askere giderek 2000-2001 yıllarında 16 ay asteğmen olarak vatani görevini yaptı.

2002 yılında açılan hakimlik sınavını ve akabinde yapılan mülakatı kazanarak 2002 yılı haziran ayında Ankara Hakim Adayı olarak staja başladı. Hakimlik stajının bir kısmını Bakırköy Adliyesinde, bir kısmına da Ankara Adliyesinde yaptı.

2004 yılında tamamladığı staj sonunda Ağrı'ya kura çekerek Ağrı Cumhuriyet Savcısı olarak göreve başladı. 2004-2007 yıllarında Ağrı'da, 2007-2009 yıllarında da Kütahya Domaniç'te çalıştı. 2009 yılı ağustos ayında halen görev yaptığı Aydın-Yenipazar'a tayin oldu. Evli ve 2 çocuk babasıdır.

ÖZET

CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHİRİK

AÇIKGÖZ, Mehmet

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Temmuz, 2011, 239 sayfa

Modern ceza hukuku, suçun oluşabilmesi için failin sadece kanunda belirtilen fiili işlemlerini değil, suça etki eden nedenleri ve kişinin davranışlarının yegâne kaynağı olan insan ruhunu da dikkate alır. Aksinin kabulü toplum içerisinde yaşayan, diğer insanlarla sürekli etkileşim içerisinde bulunan, aynı zamanda psikolojik bir yönü de olan insanı, dış etkenlerden hiç etkilenmeyen bir varlık olarak kabul etmek, manevi ve psikolojik yönünü tamamen inkâr etmek anlamına gelecektir.

Ceza hukukunun insan psikolojisine verdiği önemin sonucu olarak, dıştan gelen bir etkinin kişiyi sürüklediği ruhsal duruma hukuken değer verilmesi sonucu, haksız tahrik altında suç işleyen failin cezası indirilmektedir. İşte “haksız tahrik” ceza hukukunda bu felsefi anlayışın kurumsal kimliğe bürünmüş en önemli şekillerinden birisidir.

Yeni Türk Ceza Kanunumuzda da eski kanunumuzda olduğu gibi genel hükümler içerisinde düzenleme alanı bulan haksız tahrik kurumu cezanın kişiselleştirilmesinde ve suçlunun kişiliğine uydurulmasında önemli araçlardan birisidir. Genel bir hafifletici sebep olan haksız tahrik, haksız bir fiilin neden olduğu hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen failin cezasının kanunda belirtilen oranlar dâhilinde indirilmesidir.

Bu çalışmamızın amacı uygulamada çok sık karşılaşılan, ağır tahrik-hafif tahrik ayrımının kaldırılması ve indirim oranlarının artırılması ile daha da önem kazanan haksız tahrik kurumunu eski ve yeni düzenlemeleri ile kıyaslamak ve Yargıtay içtihatlarından da yararlanmak suretiyle açıklayıp net olarak ortaya koyarak uygulama ve öğretiyeye katkı sağlayabilmektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Haksız Tahrik, Hiddet veya Şiddetli Elem, Özel

Haksız Tahrik, Tahrik, Hakaret, Tepki Fiili, Tepki Suçu.

ABSTRACT

UNJUST PROVOCATION in TURKISH PENAL CODE

AÇIKGÖZ, Mehmet

Master Thesis, Department of Public Administration

Thesis Advisory: Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

July, 2011, 239 pages

Modern criminal law not only takes into consideration the perpetrator's commitment as a crime provisioned by law, but also the factors affecting crime and human spirit which is the only source of a person's behavior. Assuming the opposite means to accept the human being, who lives in a community, is in continuous interaction with other people and also has a psychological aspect, not being affected by external factors and completely to deny the spiritual and psychological aspect of him.

As a result of the value given by the criminal law to the human psychology and as a result of the value attached by law which leads to the state of mind by the effect coming from outside, punishment of the perpetrator who commits a crime under an unjust provocation is mitigated. This "unjust provocation" in criminal law is one of the most important forms that the philosophical understanding impersonates to a corporate identity.

As in our previous Criminal Code, unjust provocation which is regulated within the general provisions of new Turkish Criminal code numbered 5237 is one of the important tools of individualisation of the punishment and its adaptation to the personality of the criminal. Unjust provocation, a general palliative cause, is mitigation of the punishment within the ratios regulated in law of the perpetrator who commits a crime under the anger and violence emerged from an unjust action.

The aim of this study is to compare the unjust provocation which gains importance as a result of abolishing the difference between grievous provocation – light provocation with its previous and new regulations and benefiting from the case law of the Court of Cassation to explain neatly and thereby make contribution to the practice and theory.

Key Words: Tort, Unjust provocation, Dander or Severe Pain, Special Unjust Provocation, Provocation, Defamation, Counter Action, Counter Crime.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET.....	V
ABSTRACT	VI
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER VE AÇIKLAMALAR

1.1. HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI	7
1.1.1. Genel Anlamda “Tahrik” ve “Haksız Tahrik” Kavramları	7
1.1.2. Terim Sorunu	12
1.2. HAKSIZ TAHRİKİN ESASLARI.....	13
1.2.1. Haksız Tahrikin Psikolojik Boyutu.....	13
1.2.2. Haksız Tahrikin Hukuki Boyutu	17
1.2.2.1. Genel Olarak	17
1.2.2.2. Haksız Tahrikin Hukuki Esası Konusunda İleri Sürülen Görüşler ..	19
1.2.2.2.1. Sübjektif Teori	19
1.2.2.2.2. Objektif Teori.....	20
1.2.2.2.2.1. Takas Teorisi.....	21
1.2.2.2.2.2. Tamamlanmamış Meşru Müdafaa Teorisi	22
1.2.2.2.3. Karma Teori	23
1.2.2.2.4. Kanaatimiz	25
1.3. HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ.....	26
1.3.1. İlkel Ceza Hukuku Dönemi.....	26
1.3.2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi.....	28
1.3.3. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi.....	29
1.3.4. Modern Ceza Hukuku Dönemi	29
1.4. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ	30
1.4.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem	30
1.4.1.1. İslamiyet’ten Önceki Dönem	30

1.4.1.2. İslam Ceza Hukukunda	31
1.4.1.3. Osmanlı Devleti Dönemi.....	32
1.4.2. Cumhuriyet Sonrası Dönem	33
1.4.2.1. 13.03.1926 Tarihli İlk Düzenleme	33
1.4.2.2. 1936 Tarih ve 3038 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik.....	35
1.4.2.3. 1953 Tarih ve 6123 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik.....	35
1.4.2.4. 2004 Tarihli 5218 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik	36
1.4.2.5. 5237 Sayılı Yeni TCK ile Getirilen Düzenleme	37
1.4.3. Haksız Tahrik Konusundaki Tasarılar	40
1.4.3.1. 1987 ve 1989 Tarihli Tasarılar:.....	40
1.4.3.2. 1997 Tarihli Tasarı:.....	41
1.4.3.3. 2001 Tarihli Tasarı:.....	41
1.4.3.4. 2003 Tarihli Tasarı:.....	41
1.5. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK.....	43
1.5.1. Alman Hukukunda	43
1.5.2. İsviçre Hukukunda	44
1.5.3. Avusturya Hukukunda	44
1.5.4. İtalyan Hukukunda	45
1.5.5. Fransız Hukukunda	45
1.5.6. İngiliz Hukukunda.....	45
1.5.7. Amerikan Hukukunda	46

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN YAPISI VE ŞARTLARI

2.1. HAKSIZ TAHRİKİN YAPISI.....	48
2.2. HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI.....	54
2.2.1. Tahrik Oluşturan Bir Fiil Olmalıdır.	56
2.2.2. Bu Fiil Haksız Olmalıdır.	66
2.2.3. Bu Haksız Fiil, Failde Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Meydana Getirmelidir.	77
2.2.4. Suç, Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında İşlenmelidir.....	83

2.2.5. Haksız Tahrik Teşkil Eden Eylem Mağdurdan Sadır Olmalı veya Mağdurun	88
2.2.6. Tahrik Eden Kişiyeye (Mağdura) Karşı Bir Tepki Suçu İşlenmiş Olmalıdır.	90
2.2.6.1. Tepkinin Zamanı	93
2.2.6.2. Tepkide Oran.....	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKTE ÖZEL HALLER (HAKSIZ TAHRİKİN CEZA SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN BAZI KURUMLARLA OLAN İLİŞKİSİ) VE HAKSIZ TAHRİKİN SONUÇLARI

3.1. HAKSIZ TAHRİK VE MEŞRU MÜDAFAA (YASAL SAVUNMA) İLİŞKİSİ	105
3.2. HAKSIZ TAHRİK VE ZORUNLULUK HALİ İLİŞKİSİ	113
3.3. HAKSIZ TAHRİK VE TASARLAMA İLİŞKİSİ	117
3.3.1. Soğukkanlılık Teorisi	118
3.3.2. Plan Kurma Teorisi	118
3.4. HAKSIZ TAHRİK VE TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ İLİŞKİSİ.....	122
3.5. HAKSIZ TAHRİK VE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ İLİŞKİSİ	125
3.5.1. 0-12 Yaş Dönemi (TCK. m. 31/1)	126
3.5.2. 12-15 Yaş Dönemi (TCK. m. 31/2)	126
3.5.3. 15-18 Yaş Dönemi (TCK. m. 31/3)	127
3.6. HAKSIZ TAHRİK VE AKIL HASTALIĞI İLİŞKİSİ	128
3.7. HAKSIZ TAHRİK VE KAN GÜTME SAİKİ İLİŞKİSİ.....	132
3.8. HAKSIZ TAHRİK VE TÖRE SAİKİ İLİŞKİSİ	141
3.9. TAKSİRLİ SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK	150
3.10. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK	155
3.11. ZİNCİRLEME (MÜTESELSİL) SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK.....	157
3.12. MÜTEMADİ (KESİNTİSİZ) SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK.....	160
3.13. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK	162
3.14. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK.....	163
3.15. KABAHAATLERDE HAKSIZ TAHRİK.....	166
3.16. HAKSIZ TAHRİKİN TAZMİNAT DAVALARINDAKİ ETKİSİ.....	169

4.2.2.3.3. Hakaretler Karşılıklı Olmalıdır.	198
4.3. ASKERİ CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK	201
4.3.1. Genel Olarak	201
4.3.2. Üstün Haksız Bir Fiille Astı Tahrik Etmesi	203
4.3.3. Astın Kanunda Sayılan Suçlardan Birini İşlemesi	204
4.4. ADLİ PSİKİYATRİ AÇISINDAN HAKSIZ TAHRİK.....	206
4.5. HAKSIZ TAHRİK KONUSUNDAKİ ELEŞTİRİLER VE AYM' NİN.....	208
HAKSIZ TAHRİK KONUSUNDAKİ KARARI	208
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	211
KAYNAKÇA	217
DİZİN	224

KISALTMALAR LİSTESİ

age.	Adı geçen eser
agm.	Adı geçen makale
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EK	Esas Karar
E.TCK	Eski Türk Ceza Kanunu
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
m.	Madde
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S	Sayı
ss.	sayfa sayısı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
vd.	ve devamı
Y	Yıl
YCD	Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Y.TCK	Yeni Türk Ceza Kanunu

TEZ METNİ

GİRİŞ

Sosyal bir varlık olan insan, hayatının değişik dönemlerinde çeşitli şekillerde ceza muhakemesine muhatap olabilmektedir. Bu tür durumlarda insanlar genellikle iradeleri üzerine etki eden dış etkenlerden ve özellikle mağdurdan kaynaklı eylemlerden bahsederler. Gerçekten de insanlar, çoğu zaman iradeleri üzerine etki eden dış etkenlerle suç işlemeye yönelmektedirler. Kişiyi suça iten nedenler, biyolojik, psikolojik, fizyolojik ve sosyal nedenler olabileceği gibi, çevre, toplumsal ve idari koşullar, sosyo kültürel yapı, siyasal ve ekonomik ortam ve şartlar gibi birçok faktör olabilir. Bu nedenler olmasa, belki de birçok kişi söz konusu suçları işlemeyecektir. Sosyal bir varlık olan, toplum içerisinde yaşayan ve diğer varlıklarla sürekli etkileşim içerisinde bulunan, aynı zamanda psikolojik bir yönü de olan insanı, dış etkenlerin tesirinde kalmayan ve bu nedenlerden hiç etkilenmeyen bir varlık olarak kabul etmek, manevi ve psikolojik yönünü tamamen inkâr etmek anlamına gelecektir. İşte “haksız tahrik” ceza hukukunun insan psikolojisine verdiği önemin sonucu olarak, dıştan gelen etkinin kişiyi sürüklediği ruhsal duruma hukuken değer verilerek haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işleyen failin cezasının indirilmesidir.

Haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kişinin kusur yeteneği azalmış, normal bir kişiye göre davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenmiştir. Böyle bir etki altında bulunmaksızın suç işleyen kişinin iradesi ile haksız tahrik etkisi altında kalarak suç işleyen kişinin iradesi aynı değildir. Zira, haksız fiile maruz kalan kişinin içine düştüğü hiddet veya şiddetli elem şeklindeki psikolojik durum kişinin iradesinde bir zayıflama meydana getirerek, onu kolaylıkla suç işlemeye götürebilmektedir¹. Bu sebeple de faile verilen cezada indirimle gidilmektedir.

Haksız tahrikin etkisi altında işlenen suçta failin tahammül ve dayanma gücü kırılmış, hiddet ve şiddetli elem neticesinde iradesi sarsılmıştır. Bu nedenle failin hiddet buhranı içinde kaldığı bu özel durumda suçu işleyip işlememekte tam bir irade özgürlüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Daha doğru bir ifadeyle failin irade özgürlüğü, mağdurun haksız tahrik niteliğindeki eylemi sebebiyle zayıflamaktadır. Bu

¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, (2010), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 316.

sebeple failin cezasından bir miktar indirim yapılması daha adil olacaktır.

Modern ceza kanunları, insan davranışlarının tek kaynağı olan insan ruhunu ve insanın tabiatını göz önünde bulundurarak, haksız bir hareketin kişi üzerinde ve onun psikolojik dünyasında bir tepki meydana getirebileceğini kabul ederek ve failin bu durumunu değerlendirmişler ve iradeyi önemli derecede etkileyen bu dış etkenleri hafifletici neden olarak kabul etmişlerdir. Uygulamada oldukça sık karşılaşılan haksız tahrik, yasal hafifletici nedenlerin en önemlilerinden birisidir.

Hemen hemen çağdaş tüm hukuk sistemlerinde mevcut olan haksız tahrik kurumu, faile ceza verilirken onun psikolojik durumlarının dikkate alınmasını öngörmektedir. Bir cezai sorumluluğun tespiti bakımından sadece işlenen fiile ve bunun kanundaki karşılığına bakmak bizi hakkaniyetli bir sonuca götürmeyebilir. Bu nedenle failin fiili işlediği sırada yahut işlenmeden önceki ruhsal hallerinin incelenmesi ve mağdurun bundaki rolünün belirlenmesi oldukça önemlidir. Zira normal ve psikolojisi etkilenmemiş bir kişi ile psikolojisi etkilenmiş bir kişinin aynı olay karşısında aynı tepkiyi vermesi beklenemez. Bu bağlamda Türk Ceza Kanunlarında da cezayı etkileyen bir kurum olarak haksız tahrik kurumu düzenleme alanı bulmuştur. Birtakım farklar olsa da haksız tahrik kurumu hem 765 sayılı eski TCK’da hem de 5237 sayılı yeni TCK’da yer almıştır.

Genel olarak “insan psikolojisindeki ‘buhran’ haline hukuki neticeler tanınması” olarak ifade edilebilecek olan, doktrinde “hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen suçta kusur yeteneğinin azalması” olarak tanımlanan haksız tahrik müessesesi 5237 sayılı Y. TCK’nın 29. maddesinde düzenlenmiştir. Haksız tahrik hali kusurluluğu azaltan, fakat tamamen ortadan kaldırmayan bir neden olarak cezayı azaltan bir sonuç doğurur.

Çağdaş Ceza Hukukunun geldiği aşamada ceza muhakemesine muhatap olan her insanın ayrı ayrı ele alınması gerektiği, insanların çok yönlü bir varlık olmaları nedeniyle değerlendirmelerin de çok yönlü olmasının gerektiği, aksi halde yapılan yargılamanın eksik ve yetersiz olacağı kabul edilmektedir. Bu anlayışın tabii bir neticesi olarak cezai müeyyidelerle karşı karşıya kalan kişilerin eylemlerini değerlendirirken sadece kanunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine değil; aynı zamanda failin bireysel hallerine, suç işlemekten önce ve suç işlediği sırada içinde

bulunduğu psikolojik ve fizyolojik hallerine de bakmak icap edecektir. Suçun işlenmesinde etkili olan bu gibi durumların verilecek cezanın belirlenmesinde önemli rol oynaması çağdaş adalet anlayışının bir gereğidir. İşte kanun koyucu bu hususları dikkate alarak ve insan psikolojisine verdiği önemin bir sonucu olarak, bir suç işlendiği sırada psikolojik faktörleri de göz önünde bulundurmuş ve bu gibi hallerde cezanın bireyselleştirilmesini ve failin kişiliğine uydurulmasını emretmiştir. Bu haller kimi zaman ceza verilmesini engelleyici, kimi zaman cezayı arttırıcı, kimi zaman cezayı azaltıcı bir biçimde düzenleme alanı bulmuştur. Ceza sorumluluğuna etki eden ve cezanın azaltılmasını, kimi durumlarda ise ceza verilmesini engelleyici bir kurum olan haksız tahrik kurumu bu düzenlemelerden birisidir².

Haksız tahrik, mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız bir hareket sonucu kişinin hiddet veya şiddetli bir eleme kapılarak bir suç işlemesidir. Haksız tahrik halinde öncelikle ilk hareket mağdurdan gelmekte ve haksız bir eylem oluşturmaktadır. Bu eylem sonucunda fail hiddet veya şiddetli bir eleme kapılmaktadır. Bu hiddet ve şiddetli eylem bir psikolojik ruh halidir ve kanun koyucu bu psikolojik hali göz önünde bulundurarak cezayı kişiselleştirmek istemiştir.

765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde, 5237 sayılı TCK'nın da 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik müessesesi “genel” bir hafifletici nedendir. Bu özelliği, hem fiil yönünden, hem de fail yönünden kendini gösterir. Yani işlenen suç ne olursa olsun ve kim tarafından işlenirse işlensin, şartları varsa, (elverişli olan her suçta) haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır. Ancak korku, kaygı veya panik yaratabilecek şekilde silahla ateş etme, yağma, zorla ırza geçme, ruhsatsız silah bulundurma ve taşıma gibi suçlarda, yapısı ve niteliği itibarıyla haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Gerçekten de, bahsedilen suçlarda tahrike yol açtığı iddia edilen haksız fiillerle işlenen bu suçlar arasında illiyet bağı olmadığı gibi, bunları “tepki suçu” olarak nitelendirme imkânı da yoktur.

Haksız tahrik kusurluluğu etkileyen bir neden olduğundan, bu tahrikin etkisi ile işlenen fiilin haksızlık içeriğinde herhangi bir azalma söz konusu değildir. Failin eylemi, suç olmaya devam etmekte ve fail suç teşkil eden bu eylemi sebebiyle

² Fahrettin Kaya, (2010), “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Dumlupınar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı**, Kütahya, s. 1.

cezalandırılmakta, ancak cezasından bir miktar indirim yapılmaktadır. Yani haksız tahrik, kusuru tamamıyla kaldırmamakta, sadece azaltmaktadır.

Hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalmış olan kişinin kendini yönlendirme veya belirli fiilleri işlemekten alıkoyma yeteneğinin tam olduğundan bahsedilemez. Ancak hiddet veya şiddetli elemin kusur yeteneğini zayıflatan etkisinden bahsedebilmek için bunun haksız fiilden kaynaklanması gerekmektedir³.

Haksız tahrik kurumunun uygulamadaki yaygınlığı, genel bir hüküm oluşu, hemen hemen tüm suçlar ve herkes yönünden uygulanabilirliği, kapsama alanı oldukça geniş olmasına rağmen bu konuda yeterince çalışma yapılmamış olması sebepleri bu konuyu tez konusu olarak seçmemin başlıca nedenleridir.

Tezimizde 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu ile 765 sayılı TCK'nın 51. maddesindeki eski düzenlemeyi ayrıntılı şekilde karşılaştıracakız. Burada genel olarak ifade edecek olursak, getirilmiş olan yenilikler hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerektiği yönünde bir ibarenin eklenmiş olması, hafif ve ağır tahrik ayrımının kaldırılarak olayın özelliğine göre ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar arasında tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi saptayabilme konusunda hâkime takdir yetkisi verilmiş bulunması ve indirim oranlarının yeniden düzenlenmiş olmasından ibarettir.

“Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik” konulu tezim dört bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, genel olarak tahrik ve haksız tahrik kavramları açıklanmış, haksız tahrikin esası, psikolojik ve hukuki boyutları ele alınmış, haksız tahrikin tarihi gelişimi ile karşılaştırmalı hukukta haksız tahrik konusu incelenmiş, Türk Ceza Kanunu tasarılarındaki haksız tahrik düzenlemeleri açıklanmıştır.

İkinci bölümde haksız tahrikin yapısı ve şartları doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, haksız tahrikte özel haller başlığı altında haksız tahrikin ceza sorumluluğunu etkileyen diğer kurumlarla ilişkisi üzerinde durulmuş ve haksız tahrikin sonuçları incelenmiştir.

³ İzzet Özgenç-Cumhur Şahin, (2001), **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Bası, Ankara, ss. 284-285.

Dördüncü ve son bölümde ise E.TCK'daki özel haksız tahrik hallerine değinildikten sonra Y.TCK'daki özel haksız tahrik hali olan 129. madde incenmiş, daha sonra da Askeri Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrik kurumu ile Adli Psikiyatri açısından haksız tahrik kurumları incelenmiş ve son olarak haksız tahrik kurumu ile ilgili eleştirilere yer verilmiştir.

Çalışmamızda doktrindeki görüşlere mukayeseli olarak yer verilmiş, Yargıtay kararlarıyla da zenginleştirilerek konu açıklanmış, yeri geldikçe de kişisel kanaatlerimiz belirtilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BİLGİLER VE AÇIKLAMALAR

1.1. HAKSIZ TAHİRİK KAVRAMI

1.1.1. Genel Anlamda “Tahrik” ve “Haksız Tahrik” Kavramları

Tahrik kelimesi Arapça bir sözcük olup “kımıldatma”⁴, “harekete geçirme”, “oyunatma”⁵, “etki yapma”, “yola çıkartma”, “hareket ettirme”, “kımıldatılma”, “bir kimseyi kötü bir iş yapması için ileri sürme”, “kışkırtma”⁶ anlamlarına gelmektedir.

Ceza hukuku anlamında ise; bir kişiyi suç işlemeye yöneltme, bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucunda bu kişinin suç işleme yönünde harekete geçirilmesi olarak tanımlanabilir⁷.

İnsanların ruh halinde meydana gelen üzüntü, kızgınlık, ruhsal çöküntü, intikam alma duygusu gibi psikik dalgalanmalar bireyin davranış özgürlüğünü etkileyerek onu suç işlemeye sevk edebilir. Bu durumda fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin psikolojik durumunda yarattığı buhran halinin sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir. Bu, bir bakıma insanın diğer canlılar gibi etki, tepki öznesi olmasının sonucudur.

Bir etkilenme biçimi olarak tahrik, dıştan gelen bir etkinin kişiyi içine sürüklediği ruhsal bir durumdur. Tahrik nedeniyle insanın kapıldığı hiddet ya da elem duyguları genel olarak “heyecan” kavramı bağlamında değerlendirilmektedir⁸.

Tahrik, başka kişi, olay ve fiillerle ilişkili olduğunda hukuki bir anlam ifade eder. Tahrikin varlığını kabul edebilmek için öncelikle bir insan ürünü olması ve objektif olarak mevcut olması gerekmektedir. Vehim ve zan sebebiyle oluşan hiddet veya şiddetli elem halinde tahrikin şartlarının bulunduğu söz edilemez. Kanunda ne gibi fiillerin tahrik teşkil edeceği gösterilmemiştir. Tahrike yol açan eylem sayısız biçimlerde ortaya çıkabileceği için bunun yasada sayılması mümkün de değildir. Tahrik teşkil eden eylem, hakaret, tehdit, yaralama, cinsel taciz gibi suç teşkil eden eylemler olabileceği gibi, rahatsız edici bir söz, yazı, resim, işaret, küçümser veya alaya alır bir

⁴ Türk Dil Kurumu, (1998), **Türkçe Sözlük**, 9. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, s. 2115.

⁵ Ferit Devellioğlu, (1995) - **Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat**, 12.Baskı, Aydın Kitapevi Yayınları, Ankara, s.1021.

⁶ İsmet Zeki Eyüboğlu, (1991), **Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü**, 2.Bası, Sosyal Yayınlar, İstanbul, s. 634.

⁷ M. Muhtar Çağlayan, (1982), “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”, **Adalet Dergisi**, Sayı:2, Ankara, ss. 14-41.

⁸ Mehmet Akif Tutumlu, (1999), **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Adil Yayınevi, Ankara, s. 15.

mimik veya tavır, sataşma, failin saygınlığını zedeleyen davranışlar, rahatsız edici tavırlar gibi türlü şekillerde karşımıza çıkabilir.

Bir hakkın kötüye kullanılması da tahrik sayılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki bir davranış hukuka aykırı olmayıp sadece örf ve adet kurallarına aykırı ise bu davranış, tahrik oluşturan haksız bir fiil sayılmaz. Haksız fiil, “hukuki yönden haklı sayılmayan bir hareket” demektir. Fiilin haksız sayılması için bir “suç” teşkil etmesi ya da özel hukuk anlamında “haksız fiil” sayılması da gerekmez⁹.

Tahrik, bir kişiye yönelik olan ve dış dünyadan kaynaklanan ve kişinin iç dünyasında psikolojik etkilere yol açan bir fiildir. Kişinin dış dünyanın tesiri olmaksızın kendi iç dünyasından gelen ve psikolojisinde değişimler yaratan etkiler ceza hukuku anlamında tahrik olarak kabul edilemez. Zira kişinin, ortada dış kaynaklı bir sebep yokken vehim (manasız korku), zan veya kurgu ile kendi kendini tahrik etmesi söz konusu olur ki; bu normal dışı ve sübjektif durum ceza hukukunun konusu olamaz.

Genel bir ifadeyle denilebilir ki herhangi bir fiil, tahrik fiili oluşturabilir. Fiilin kasti veya ihmali oluşu arasında bir fark söz konusu değildir. Kişiler üzerindeki maddi cebir, tehdit, kabaca davranışlar, alaylı bir gülüş, sözler, suç teşkil etmese bile hayvanlara kötü muamele, tahrik teşkil edebilir¹⁰.

Türk Ceza Kanunu’nun değişik maddelerinde (örneğin 214, 216, 217, 219, 304, 313 ve 319. maddelerinde) “**tahrik**” sözcüğü yer almaktadır. Ancak, bu maddelerde geçen tahrik sözcüğü bir kimseyi suç işlemeye yahut kanunlara itaatsizliğe veya kin ve düşmanlığa sevk gibi manalara gelmekte olup, TCK’nın 29. maddesinde yer alan inceleme konumuzu teşkil eden “*haksız bir hareketin meydana getirdiği gazap ve elemin etkisiyle suç işlemek*” anlamında olan haksız tahrik ile bir ilgisi bulunmamaktadır¹¹.

⁹ Nur Centel vd. (2005), **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul, s. 447.

¹⁰ Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, (1997), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara.

¹¹ “**Haksız tahrik**”, TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen, “bir kimsenin diğer bir kimseyi suç işlemeye sevk ve teşvik etmesi” anlamında olan, ceza sorumluluğunu azaltan, kanuni ve genel bir indirim nedenidir. “**Tahrik**” kelimesi geçen diğer suç tiplerine baktığımızda ise TCK’nın “**kamu barışına**” ve “**devletin güvenliğine karşı**” işlenen suçların düzenlendiği bablarda yer alan suçlar olduğunu ve aralarında bir çok farklar bulunduğunu görüyoruz. Örneğin, haksız tahrikte suç, tahrik eden kişiye karşı işlenirken, suça tahrikte, tahrik eden, belirsiz kişileri ya da yığını suça iterek, suçu topluma veya diğer kişilere karşı işlemekte veya işletmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkzn. Köksal

Türk Ceza Kanununda haksız tahrikin ne olduğu tanımlanmamıştır. TCK’nın “Haksız Tahrik” başlıklı 29. maddesinde; “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye...” denildikten sonra indirim oranları düzenlenmiş, tahrikin ne olduğu, niteliği ve boyutları öğretisi ve uygulamaya bırakılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında tahriki şöyle tanımlamıştır: “*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 durumun da yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir*¹²”.

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere tahrik, dış kaynaklı bir etkinin sonucu oluşmalıdır. Buna ilaveten bu etki kişinin psikolojisinde karışıklık meydana getirecek düzeyde olmalıdır. Kişinin psikolojisine tesir etmeyen onu etkilemeyen bir durumun tahrik olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. (Ancak, uygulamada çoğunlukla tahrikin kişi üzerindeki bu özelliği pek dikkate alınmamakta, haksız bir fiilin mevcudiyeti kabul edilmişse bunun kişinin psikolojisine etki ettiği ve gazap ya da elem doğurduğu tartışmasız kabul edilmektedir.)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararından çıkan bir diğer sonuç, tahrikin kişide önceden var olan bir durumun sonucu değil, yeni bir durumun ve yeni bir

Bayraktar, (1977), **Suç İşlemeye Tahrik Cürümü**, İstanbul, s. 152.)

¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19.11.1990 tarih ve 1-254/277 E.K. sayılı kararı Erhan Günay, (2009), **Haksız Tahrik**, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.11.)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararında ifade edilen haksız tahrik tanımının ilk cümlesi kanaatimizce hatalıdır. Zira ilk cümledeki “...bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesi ...” ifadesi tahrikten ziyade **suç işlemeye tahrik etme** yahut **azmettirmeyi** anlatmaktadır. Ortada herhangi bir neden yokken bir kimseyi suç işlemeye teşvik etme TCK 29. madde anlamında tahrik olarak kabul edilemez. Ancak ikinci cümledeki ifade tahriki daha doğru tanımlayan bir ifadedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun sonraki bir tarihli kararı da düşüncemizi doğrular niteliktedir. Y.CGK. 20.06.2000-4-126/135 sayılı kararında tahrik şu şekilde tanımlanmıştır. “***Tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Fail; haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin tesiri altında, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.***” Bu tanım, yukarıdaki (1990 tarihli karardaki) tanıma göre daha doğru bir tanım olmuştur.

faktörün etkisinin ürünü olmasının gerekmesidir.

Haksız tahrik doktrinde değişik şekillerde tanımlanmıştır.

Dönmezer-Erman'a göre haksız tahrik, "failin haksız bir fiilin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir"¹³.

Faruk Erem'e göre haksız tahrik, "insan psikolojisindeki bir buhran haline hukuki sonuçlar tanınmasını" ifade eder¹⁴.

Bir başka tanıma göre bir kimsenin dıştan gelen haksız eylemler sonucu tahrik edilerek suç işlemesidir¹⁵. Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın, hiddetin yahut şiddetli elemin sonucunda suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade eder. Haksız tahrik, kişinin irade unsuru üzerinde etkili olan bir faktörüdür¹⁶.

Bu tanımların her birinde haksız tahrikin farklı bir unsuruna vurgu yapılmıştır. İlk tanımda haksız tahrikin haksız bir fiil sonucu oluşabileceği belirtilerek haksız tahrikin birinci ve temel unsuru ön plana çıkartılmışken, ikinci tanımda haksız tahrikin psikolojik esasına vurgu yapılmıştır. Bir sonraki tanımda haksız tahrikin dış kaynaklı esası öne çıkartılmıştır. Son tanımda ise haksız tahrikin irade üzerindeki etkisi belirtilerek irade yeteneğindeki azalma özelliği vurgulanmıştır.

Haksız tahrik, kusurun "irade" unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Yukarıda da belirtildiği gibi haksız tahrik durumunda failin iradesinde bir **zayıflama** söz konusu olmaktadır. Bu şekilde haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır. Ancak gazabın irade yeteneğini zayıflatan bir etkisini kabul edebilmek için bunun **haksız bir fiilden kaynaklanması** gerekir¹⁷.

Haksız tahrik, kanunun sistematiği içerisinde ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden değil, **ceza sorumluluğunu azaltan bir neden** olarak düzenlenmiştir. Kanunun

¹³ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, (1994), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 10.Baskı Beta Yayınları, 2. Cilt, İstanbul, s. 345.

¹⁴ Erem, **a.g.e.**, s. 621.

¹⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A.Caner Yenidünya, (2009), "**Ceza Hukuku Genel Hükümler**", 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 529.

¹⁶ Kayıhan İçel vd., (1999), **Suç Teorisi**, 1.Bası, Sebat Yayıncılık, İstanbul, s. 288.

¹⁷ Timur Demirbaş, (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 395.

kabul ettiği esasa göre bu gibi hallerde failin cezasından indirim yapmak gerekir, yani haksız tahrik genel, kanuni ve hafifletici bir sebeptir.

Haksız tahrik, failin kusurunun azalmasından ileri gelen ve bu yüzden de cezanın indirilmesini gerektiren **kişisel** bir nedendir. Yoksa bir meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedeni değildir. O halde hukuka uygunluk nedenlerinin aksine haksız tahrik halinde fiil, hukuka aykırı olmaya devam eder. Haksız tahrik halinde failin işlemiş olduğu fiil, suç olmaktan çıkmamakta, (eylem suç olmaya devam etmekte), ancak failin kusuru mağdurun fiili dolayısıyla azaldığından dolayı failin cezasında belli oranda indirim yapılmaktadır.

Tahrik fiilinin hedefi bizzat suçlunun kendisi olmayabilir. Suçludan bir başkasına yönelmiş olan fiil de suçluda buhran hali doğurabilir. Kanun tahrik fiiline maruz kalanın bizatihi suçlu olmasını şart koşmamaktadır. Suçlunun sevdiği kimselerin haksız bir fiile maruz kalmaları suçluda haklı bir hiddet doğurabilir. Tahrik fiiline hedef olan bir nesne veya hayvan olabilir. Hatta yabancı olsa dahi kendisini koruyamayan bir çocuğa yapılan kötü muamele tahrik teşkil edebilir¹⁸.

Bilindiğı üzere **cezaı azaltan sebepler**, fiili veya şahsi, genel veya özel, kanuni veya takdiri olmak üzere çeşitli ayrımlara tabi tutulurlar:

Şahsi indirim nedenleri, failin şahsına bağılı sebeplerdir. Bunlar sadece fail hakkında hüküm ifade eder ve suç ortaklarına sirayet etmezler. **Fiili** indirim sebepleri, fiile ilişkin olduğundan bütün suç ortakları hakkında uygulanır. Genel indirim sebepleri de bütün suçlar hakkında tatbik edilir. Özel indirim sebepleri ise belirli suçlar hakkında uygulanırlar. **Kanuni** indirim sebepleri niteliğı ve kapsamı kanun koyucu tarafından açıklanmış olan, yasanın önceden belirlediğı indirim sebepleridir. **Takdiri** indirim sebepleri ise, kanun koyucunun her olay hakkında hâkimin takdirine bıraktığı ve hâkimin o olayın özelliğine göre cezanın indirilmesini haklı bulduğı nedenlerdir¹⁹.

İşte haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olup, genel ve kanunidir. **Genel** olmasının nedeni, hem ceza kanununun genel hükümleri içerisinde düzenlenmiş olması, hem de tüm suçlar yönünden uygulanabilme olanağının bulunmasındandır. (Niteliğı itibariyle haksız tahrikin uygulanamayacağı suçlar mevcut

¹⁸ Erem, **a.g.e.**, s. 625.

¹⁹ Ekrem Koni, (1938), 1 “Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Yıl:12, Sayı:1, İstanbul, ss. 203-209.

ise de bu durum, haksız tahrikin genel olma özelliğini etkilemez.) **Kanuni** bir neden olmasının anlamı ise koşulları olduğu takdirde uygulanmasının hâkimin takdirine bırakılmamış olmasıdır.

Haksız tahrik, failin sübjektif durumundan doğan, kişisel ve genel bir hafifletici nedendir. Bu (kişisel) özelliğinden dolayı iştirak halinde işlenen suçlarda, yalnızca kendisinde bu neden bulunan suç ortağı açısından cezanın indirilmesi sonucunu doğurur.

Haksız tahrik, failin kusurluluğuna etki eden bir neden olduğundan, haksız tahrikin etkisiyle işlenen bir fiilin haksızlık içeriğinde bir azalma söz konusu olmamaktadır. Ancak, haksız tahrikin kusur üzerindeki etkisi de sınırlıdır. Yani, tahrik kusuru tamamen kaldırmamakta sadece azaltmaktadır²⁰.

Haksız tahrike ilişkin düzenleme (TCK m.29) bütün suçlar için uygulanma kabiliyeti olan genel bir hükümdür. Bu itibarla koşulları gerçekleştiğinde *niteliği itibariyle elverişli bulunan* her suç bakımından uygulanacaktır²¹.

Haksız tahrikin varlığından bahsedebilmek ve temel cezadan kanuni hafifletici sebep dolayısıyla indirim yapabilmek için, ilk başta ortada mağdurdan kaynaklanmış **haksız bir fiil** mevcut olmalı ve bu fiil, fail üzerinde hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirmelidir. Daha sonra da fail kendisinde oluşan bu hiddet veya şiddetli elemin etkisi ve sonucunda suç işlemelidir. Böylece haksız fiil sonucunda fail üzerinde ortaya çıkan somut bir hiddet veya şiddetli elemin varlığı tespit edilmeli, somut tespitler ile işlenen suç arasında nedensellik bağı yani sebep sonuç ilişkisi kurulabilmelidir. Ancak bu şekilde suç işlediği iddia edilen faile verilmesi düşünülen temel ceza üzerinden haksız tahrikin ağırlığının derecesine göre indirim yapılabilecektir²².

1.1.2. Terim Sorunu

Doktrin ve Yargıtay kararlarının çoğunda yasal bir terim olan “**tahrik**” ve “**haksız tahrik**” kelimeleri kullanılmakla birlikte dilde sadeleşme eğiliminin etkisi ve dilimizin yabancı sözcüklerden arındırılması gayreti ile zaman zamanda tahrik yerine

²⁰ Koca-Üzülmez, **a.g.e.** s. 316.

²¹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.** s. 316.

²² Ersan Şen, (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 80.

“kışkırtma” sözcüğü de kullanılmaktadır. Yargıtay’ın da tahrik yerine kışkırtma kelimesine yer veren kararlarına rastlamak mümkündür.

Doktrinde “haksız tahrik” yerine sadece “tahrik” kelimesinin kullanılabileceğini ileri süren görüş de vardır²³.

Hem yerleşmiş olması, hem de yasanın dili olması sebebiyle tahrik sözcüğünün kullanılmasının daha isabetli olacağını, ayrıca “kışkırtma”nın farklı bir müessese olan “azmettirme”yi çağrıştırmaması itibariyle de “haksız tahrik” ibaresinin kullanılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle, çalışmamızda öğreti ve uygulamada yerleşik bir kelime ve aynı zamanda yasal bir tabir olan “**haksız tahrik**” terimini kullanacağız.

1.2. HAKSIZ TAHRİKİN ESASLARI

Haksız tahrikin cezayı azaltıcı bir sebep olarak kabul edilmesine etken olan iki sebep vardır. 1) **Psikolojik neden:** Haksız tahrik cezai sorumluluğu azaltır, çünkü onun doğurduğu öfke veya şiddetli elem irade serbestîsini zayıflatır. 2) **Hukuki neden:** Mağdur faili haksız olarak tahrik etmekle suça neden olmuştur. Yani ortada bir - karşılıklı kusurlu olma- durumu vardır. Bu nedenle failin daha az kusurlu sayılarak cezasının azaltılması adalet duygusuna uygun olacaktır²⁴.

1.2.1. Haksız Tahrikin Psikolojik Boyutu

İnsan her ne kadar akıllı ve mantıklı olan bir varlık ise de duyguları ve hisleri de mevcuttur. İnsanı duygularından ve hislerinden ayrı mütalaa etmek rasyonel bir yaklaşım olmaz. Zira, insan bir makine ya da robot değildir. İnsanın bu yönünü göz

²³Ayık, bazı yazarların TCK m.51. maddesindeki genel hafifletici nedeni, diğer özel nedenlerden ayırmak için “haksız tahrik” terimini kullandıklarını, oysa haksızlığın gerek 51. maddede ve gerekse diğer özel haksız tahrik hallerinde de mevcut bir unsur olduğunu ve bu nedenle böyle bir ayırım yapılmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Ayık’a göre TCK’nın 51. maddesindeki haksız tahrik yerine sadece “**tahrik**” kelimesi, diğerlerine de “**özel tahrik halleri**” denilmesi uygundur. (İsmail Hakkı Ayık, (1952), “**Tahrik**”, Adalet Dergisi, Yıl:43, Sayı:1 Ankara, s. 83.)

Kanaatimizce, haksız tahrik müessesinin ceza hukukunda yer almasını ve bir indirim nedeni olarak kabul edilmesinin nedeni ve en önemli özelliği bu fiilin “haksız” olmasıdır. Bu sebeple “haksızlık” sıfatı bulunmayan bir “tahrik” terimi yetersiz kalacaktır.

²⁴ Nur Başar, (1980), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik-I”, **Adalet Dergisi**, Yıl:71, Sayı:3, (Mayıs-Haziran, 1980) Ankara, ss. 253- 254.

önünde bulunduran kanun koyucu hislerine ve duygularına da belli ölçüde önem vermiştir. İnsanın duyguları hisleri ve heyecanları da yok farz edilmeyerek hukuk metinleri içerisinde makul sınırlar içerisinde yer almıştır. İşte bir heyecan çeşidi olan hiddet ve elemin ceza kanunları içerisinde yer almasının felsefi açıklaması budur.

Bu minvalde tahrik neticesi işlenmiş olan suçun münhasıran suçluya yükletilmesi doğru değildir. Suçun mağduru da faili tahrik etmek suretiyle suça sebep olmuştur. Onun bu surette işlediği kusurun, failin kusurundan indirilmesi ve bin netice cezanın azaltılması lazımdır.

Kişinin suçu işlemesi sırasındaki ruhsal halinin ve kusurunun, cezalandırılmasında göz önüne alınması, psikolojik görüşün ceza hukukunda yer almasını sağlamıştır. Bu sebeptendir ki ceza hukuku, irade kavramında “psikoloji”, isnat yeteneği ile ilgili hususlarda da “psikiyatri” bilim dallarıyla iç içe girmiştir²⁵.

Haksız tahrik ile harekete geçerek suç işleyen failin fiili de onun bir davranışdır ve bireysel faktörlerin etkisindedir²⁶. Yasaların fiillerinden sorumlu tuttuğu özne, bilinci açık, iradesi zaafa uğramamış, zihni yetenekleri mevcut olan insandır. Oysa üzüntü, öfke ve kızgınlık gibi duygular belli bir boyuta ulaştığında kişinin iyiyi kötüden ayırt etme yeteneğini tamamen ortadan kaldırmaya bile belli bir ölçüde örsellemektedir. Üstelik çoğu zaman bu örselenme failin kendi kusuru olmaksızın başkalarının haksız fiilleri sonucu oluşmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu anılan ruhsal karmaşayı doğal karşılamış ve bu psikolojik durumun etkisinde kalarak suç işleyen kişiye verilecek cezada belirli oranlarda indirim yapılmasını öngörmüştür. Bu şekilde insanın psikolojik yapısına ilişkin bir durum olan haksız tahrik olgusunu yasal bir mazeret nedeni olarak kabul etmiştir.

Ceza hukukunda haksız tahrik adı verilen kurum, psikolojide heyecanların bir çeşidi olan **hiddetten** başka bir şey değildir. İnsan psikolojisinde heyecan, teessür hayatının normal akışında belirli bir sarsıntıyı (**buhranı**) ifade eden ve bazı psikolojik göstergelerle birlikte meydana gelen şiddetli fakat geçici bir haldir. Heyecan, ihtirastan ayrılır. **İhtiras**, hislere hâkim olan psikolojiyi kendine doğru çökerten ve geçici

²⁵ Timur Demirbaş, (2009), “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 30.

²⁶ Kemalettin Erel, (2001), “Kişilik ve Suç Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Failin Kişiliğinin Önemi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 92, Sayı:7, Ankara, ss. 158-170.

olmayan, adeta itiyadi (sürekli) sayılabilen bir haldir. Bir “**hiddet heyecanı**” olan “haksız tahrikin” ihtiras ile ilgisi yoktur. İhtirasta devamlılık hâkimdir, heyecanda ise geçicilik, bu iki unsur, bunları birbirinden ayırt etmeye yarar²⁷.

İşte haksız tahrikte kanunun cezaı indirmesindeki nedenlerinden birisi de psikolojik nedendir. Haksız tahrik, insan psikolojisindeki bir buhran haline hukuki sonuçlar bağlanmasıdır²⁸.

Ceza hukukunda fiilin hukuka aykırılığı, cezalandırabilmek için gerekli, fakat yeterli değildir. Çünkü hukuka aykırı bir fiil cezalandırılabilir olmaktan başka **kusurlu** da olmak zorundadır. İşte bu yüzden birisinin kusurlu davrandığına ilişkin karar, bu kişinin hareketinin sübjektif yönü üzerinde bir değerlendirmeyi ortaya koymaktadır. Gerçekten insan ruhu, insan davranışlarının yegâne kaynağıdır. Bu nedenle bütün kanunlar insan ruhuna yönelirler. Çünkü, ceza hukukunda sorunlar irade özgürlüğünde toplanınca bunlar, insan varlığının anabilim dalı olan psikolojinin ruhi varlığının esasına ilişkin çabalarına dayanmışlardır²⁹.

Bu konuda söylenebilecek önemli bir başka nokta da, heyecan suçluluğuyla alakalıdır. **Heyecan suçlusu**, şahsına karşı yapılan hakaret, kıskançlık, fiziki müdahale gibi olayların etkisi altına girerek içinde oluşan fırtına sonucu suç işler. Burada söz konusu olan heyecan veya yoğun duygu hali iradeyi kontrol altına alır ve kişinin doğru değerlendirmeler yapmasını engelleyerek ani ve kontrolsüz hareket etmesine sebep olur. Suç işleme kararında olmadığı halde bir takım etkilerin yarattığı heyecanın tesiri ile suç işleyen heyecan suçlusu, inceleme konumuz olan haksız tahrik açısından önemlidir. Zira, tahrik fiilinin etkisi ile heyecanlanan kişi, söz konusu heyecana sebep olan veya onu kolaylaştıran kişiye karşı suç teşkil eden bir fiili işlemektedir³⁰.

Heyecan durumlarına korku, şaşkınlık, öfke, saldırganlık ve elem gibi **psikolojik haller** örnek olarak verilebilir. Heyecan, ruh akışında geçici bir durum olmakla beraber, insan böyle bir durumda çok defa ne yaptığını bilmez ve şaşkınlık gösterir. Dikkat zorlanarak düşünce gittikçe daralır ve kişiye bir düşünce hâkim olmaya başlar. Örneğin, panikte kaçma, haksızlıkta intikam alma, ümitsizlikte ölüm düşüncesi

²⁷ Erem, **a.g.e.**, s. 591.

²⁸ Faruk Erem, (1946), “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:37, Sayı:7, Ankara, ss. 637-654.

²⁹ Timur Demirbaş, (1985), **Türk Ceza Kanununda Özel Tahrik Halleri**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, s. 27.

³⁰ Hakan Abban, (2001), “Haksız Tahrik”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara, s. 36.

gibi³¹.

Heyecanın şiddeti arttıkça irade yeteneğinde ve bilhassa iradenin “nehiy” (yasaklama) unsurunda zayıflama meydana gelir. Heyecanın irade üzerine tesiri psikolojik bir hakikat olarak kabul edildiğinden haksız tahrik kurumu ile heyecan ceza hukukuna aktarılmış bulunmaktadır. Nitekim haksız tahrik Türk Ceza Kanunu’nun “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” bölümünde düzenlenmiştir³².

Genellikle heyecanlar şiddet ve süreklilik bakımından ikiye ayrılır. Birdenbire (ansızın) gelişen heyecanlara “**sademe heyecanlar**” daha ziyade sürekli sayılabilen heyecanlara da “**his heyecanlar**” denir. Hiddet birincinin, elem ikincinin örneğini teşkil eder. Sademe heyecan hislerin akışında ani bir kargaşalık doğurur, fizyolojik sahada belirli ve hızlı geçen olaylara neden olur. His heyecan ise bir sademe heyecan (Örneğin, hiç beklenmeyen bir kara haberin alınması) ile başlar, şiddeti gittikçe zayıflar, ruhi bir çöküntü ve akabinde bitkinlik doğurur bir nevi ruhi iktidarsızlıktır³³.

765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “gazap ve şedit elem” ifadelerinin yerini 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “hiddet veya şiddetli elem” ifadeleri yer almıştır.

“**Hiddet**” kelimesinin sözlük anlamı, gazap, öfke ve kızgınlık olup, öfke, heyecan durumlarından birisidir. Heyecanın irade üzerinde yaptığı etki, ceza hukukunda haksız tahrik kurumu olarak ceza sorumluluğunu azaltan genel bir sebep sayılmıştır.

“**Gazap**” ise aslında hiddetlenmeyi ifade eder. Şiddetli bir elem deyimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, TCK’nın haksız tahrikle ilgili 29. maddesinde söz konusu olan “hiddete yönelen bir elem”dir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için TCK’nın 29. maddesinde her iki sözcüğün kullanılması da uygun görülmüştür³⁴.

“**Elem**” sözcüğü, acı, keder, üzüntü, dert, sıkıntı, sancı, ızdırap gibi anlamlara gelmektedir. Şiddetli elem ise acı, keder ve üzüntünün ileri derecede ve yoğun hallerini ifade etmek için kullanılır. Üzüntü ise manevi kişiliğe yönelen tehdit, hakaret gibi etkilerle oluşan psikolojik olguları ifade eder. Bu itibarla haksız bir fiilin doğurduğu

³¹ Demirbaş a.g.e., s. 27.

³² Tutumlu, a.g.e., s. 19.

³³ Erem, a.g.m., s. 638.

³⁴ 5237 sayılı TCK’nın 29. maddesinin gerekçesi.

hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde faili harekete geçiren saikler daha az vahim sayılarak ceza sorumluluğunun azaltılmasını öngören haksız tahrik kurumu kabul edilmiştir.

Hiddet ve şiddetli elemin etkisi kısa olabileceği gibi, bir süre devam da edebilir, burada aranılacak nokta suçun, hiddet ve şiddetli elemin failde meydana getirdiği ani veya devam eden etkisi sırasında failin kusurluluğunun azalması sonucu işlenmesidir. Bu sebeple hiddet ve şiddetli elemin etkisi geçtikten sonra fiilin işlenmesi halinde tahrike ilişkin hükümler uygulanamaz.

Ceza hukukunda haksız tahrikin etkisi altında işlenen suçların taşıdıkları özellikler nedeniyle sırf bu haller için istisnai bir kusur şekli düşünülebilir. Bu tür durumlarda gerçekten de irade, heyecan psikolojisi nedeniyle kesin bir sınırlamayı kaybeder. Çünkü heyecan fiillerinde failin bilmesi ve istemesi diğer normal hallerdeki ile aynı açıklıkta değildir. Buna rağmen isnat yeteneğini kaldıracak safhada olmayan heyecan durumlarında bir buhran halinin bulunması kastı ortadan kaldırmaz, fakat bu hallerde failin fiil konusunda (suça yönelmesi hususunda) karar vermesi kolaylaşır.

1.2.2. Haksız Tahrikin Hukuki Boyutu

1.2.2.1. Genel Olarak

Ceza hukukunun insan psikolojisine verdiği önemin sonucu olarak, dıştan gelen bir etkinin kişiyi sürüklediği ruhsal duruma hukuken değer verilmesi sonucu, haksız tahrik altında suç işleyen failin cezası indirilmektedir. Ancak psikolojik bir hadise olan hiddetin hukuka intikali mutlak değildir. Kanun, ancak haklı olan bir hiddeti göz önüne almaktadır. Bu sebeple her türlü fiile karşı gösterilen tepki sonucunda işlenen suç için fail haksız tahrik indiriminden yararlanamaz³⁵.

Haksız tahrik karşısında kişinin iradesinin etkilenmiş olması, onun kusur yeteneğini de etkilemektedir. Bunun doğal sonucu olarak suç işleyen kişinin cezasında indirim yapılması gerekir³⁶. **Kusur**, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın, bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle muaheze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade

³⁵ Erem, **a.g.e.** s. 592.

³⁶ Ayhan Önder, (1989), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul, s. 375.

etmektedir³⁷. Kusur ilkesinden çıkarılacak ilk sonuç, cezanın kusuru gerektirdiği ve kusurlu hareket etmeyen kişinin cezalandırılmayacağıdır. Kusur ilkesi böylelikle netice sorumluluğunu kaldırmış olmaktadır. İlkeden çıkarılacak diğer bir sonuç da, cezanın, kusurun derecesini aşamayacağı hususudur. Ceza hukukunda kusurla orantılı ceza tayini esastır. Modern ceza hukuku, “fail ceza hukuku” anlayışını değil, “fiil ceza hukuku” anlayışını benimsemiştir. Bu itibarla kusurluluk araştırması failin sürmüş olduğu hayatla bağlantılı bir şekilde değil, işlemiş olduğu somut bir suçla ilgili olarak yapılmalıdır³⁸.

Bir fiil, failinin kusuru olmadan işlense dahi haksızlık ve dolayısıyla suç vasfını muhafaza edebilecektir. Bu itibarla, mesela işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda bir akli bozukluğu bulunan failin bir insanı öldürmesi halinde işlenen fiil suç teşkil etmeye devam edecektir, ancak failin kusur yeteneği olmadığı için kendisine ceza verilemeyecektir³⁹.

Failin kusurlu sayılmaması halinde dahi işlenen fiil haksızlık ifade edebileceğine göre, bu fiil ceza hukuku açısından önemi haizdir. Ancak bu durumda faile uygulanacak müeyyide farklılık arz edecektir. Suç teşkil eden haksızlığın işlenmesinden dolayı failin kusurlu bulunması halinde tatbik edilecek müeyyide bir cezadır. Buna karşılık failin kusur ehliyetinin bulunmaması veya genel olarak kusursuz olması halinde yapılacak olan faile bir ceza vermek değil, tedavi veya güvenlik tedbiri uygulamaktır.

Haksız tahrik hallerini de içeren heyecan durumlarının, kusur yeteneğini etkileme dereceleri nedeniyle, haksız tahrikin hukuki esası konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide haksız tahrikin hukuki esası konusundaki görüşlerin “sübjektif görüş”, “objektif görüş” ile bu görüşleri birleştiren “karma görüş” olma üzere, üç farklı görüş etrafında toplandığı anlaşılmaktadır⁴⁰.

³⁷ Özgenç-Şahin, **a.g.e.**, 219.

³⁸ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 40.

³⁹ Ancak ülkemizde, ceza hukukçuları arasında klasik suç teorisinin etkisini devam ettiği için bazı yazarlar tarafından suç teşkil eden fiilin manevi unsuru ile kusur, aynı kavramlar olarak mütalaa edilmektedir.

⁴⁰ Güreli, **a.g.m.**, s. 331; Erem-Danışman-Artuk, **a.g.e.**, s. 592; Önder II, **a.g.e.**, s. 375; Artuk-Gökçen-Yenidünya, **a.g.e.**, s. 702.

1.2.2.2. Haksız Tahrikin Hukuki Esası Konusunda İleri Sürülen Görüşler

1.2.2.2.1. Sübjektif Teori

Bu teorinin hareket noktası, failin tahrik nedeniyle kendini denetleyememiş olması, bu nedenle de daha az kusurlu sayılması gerektiği düşüncesidir. Psikolojik ve bireysel bir çözümlemeden yola çıkarak, faile ilişkin hususları dikkate alan bu teoriye göre tahrikin hafifletici bir neden olarak kabulünün mantıki nedeni, haksız hareket sonucunda bireyin heyecan veya hiddetinin artması, irade kontrolünün de o oranda azalmasıdır. Hiddet ve şiddetli elem sonucunda oluşan heyecanın, insan iradesi üzerindeki tesiri psikolojik bir hakikattir. Bunu dikkate alan kanun koyucu da, hiddet veya şiddetli elemden kaynaklanan buhran halini cezayı azaltıcı bir sebep saymıştır⁴¹.

Görüldüğü üzere sübjektif teoride çağdaş ceza hukukunun kusur ilkesi esas alınmıştır. Mağdur ya da maktulden gelen haksız fiil sebebiyle şiddetli bir öfke veya üzüntü içine giren kişinin irade kudreti belli ölçüde zaafa uğratılmıştır. Dolayısıyla bu durumdaki kişinin kusursuz davranma, yani kurallara uygun davranma yeteneği ya da iradesi zayıflamış olduğundan verilecek cezada da bu zayıflama hali göz önüne alınmalı, faile kanuni indirim uygulanmalıdır⁴². Bu görüşe göre, haksız fiile maruz kalan kişinin kızgınlığı arttığı, irade kontrolü de o oranda azaldığından irade serbestisi zaafa uğramış ve sorumluluğu da azalmıştır.

Haksız fiil karşısında hiddetlenen ve sağlıklı düşünebilme yetisi zarar gören failin suç işleme kararını alması ve bunu gerçekleştirmesi kolaylaşır. Haksız hareket karşısında iradenin etkilenmiş olması, kişinin kusur yeteneğine de etkili olmalıdır. Bu etki sonucu suç işleyen cezasında bir indirim yapılmalıdır⁴³.

Sübjektif teori çeşitli eleştirilere uğramıştır. Buna göre;

Hiddet, her halükarda cezai sorumluluğu azaltan bir sebep olamaz; diğer bir deyimle her hiddet, cezai sorumluluğu azaltmak için bir mazeret sayılamaz. Hukukun koruma altına aldığı hiddet, haksız bir fiile karşı reaksiyon olan hiddettir. Hâlbuki ceza kanunu bireysel ihtirasları belli bir şekilde frenlemeyi emretmekte olup, bunu başaramayıp suç işleyenlere yaptırım uygulamaktadır.

⁴¹ Artuk, vd., **a.g.e.**, s. 530.

⁴² Tutumlu, **a.g.e.**, s. 20.

⁴³ Önder, **a.g.e.**, s. 342.

Ayrıca psikoloji ilminin verilerine göre de ihtiras heyecandan farklı bir ruh halidir ve geçici değildir. İhtirastan kaynaklanan şiddetli hiddete mağlup olarak bir suç işleyen kimse hukukten koruma görmeye layık değildir⁴⁴. Böyle olmasa idi öfkesini kontrolsüzce açığa vuran sorumsuz ve geliş güzel fiillere prim verilmesi hali söz konusu olurdu.

Ancak Ceza Kanunumuz, haksız tahrik durumunda sadece “*haksız fiilden kaynaklanan hiddeti*” cezadan indirim sebebi kabul ederek bu eleştiri konusunu bertaraf etmiştir. Bu şekilde hukuka uygun fiillere ne sebeple olursa olsun herkesin tahammül etmesi zorunlu kılınmıştır⁴⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında⁴⁶ “Haksız bir fiile maruz kalan failin, bu fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde, faili harekete geçiren saiklerin daha az vahim sayılması” nedenini yeterli kabul ederek sübjektif teoriyi esas almış gözükmektedir⁴⁷.

1.2.2.2.2. Objektif Teori

Bu teoriye göre tahrik sonucu suçun işlenmesinde, failin suç oluşturan hareketi yanında mağdurun yapmış olduğu hareketler de etkili olmuştur. Bu durumda fail gibi mağdur da kusurludur. Sübjektif teoriye karşılık, haksız tahrikin hukuki esasını failin şahsi ve ruhsal durumunda çok, failin fiili ile ilişkilendiren bu görüş, “objektif görüş” olarak tanımlanmıştır. Fazla bir taraftar bulamayan objektif teori, faile yöneltilen tahrikin haksızlığından yola çıkarak tahrik fiiline ilişkin hususları ön plana çıkarmaktadır⁴⁸. Objektif teori, “takas teorisi” ve “tamamlanmamış meşru savunma teorisi” olarak ikiye ayrılır.

⁴⁴ Ayık, **a.g.m.**, s. 85.

⁴⁵ Abban, **a.g.e.**, s. 36.

⁴⁶ Yarg. CGK’nın 08.07.1991gün ve 196 E./ 225 K. Sayılı kararı. (Tutumlu, a.g.e. s. 20)

⁴⁷ Yargıtay bu kararında haksız tahrikin hukuki esasını; “haksız fiilin sebebiyet verdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işleme ve faili harekete geçiren saikler daha az vahim kabul edilerek”, şeklindeki ifadesi ile iradenin kısmen zaafa uğramış olduğunu, bu nedenle de vehametinin daha az olduğunu ifade etmek suretiyle sübjektif teoriyi esas almış gözükmekte ise de Demirbaş’a göre bu görüş objektif kusur belirtileri görüş içersine de sokulabilir. (Bkz. Demirbaş a.g.e. s. 35.)

⁴⁸ Devrim Aydın, (2004), “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, Yıl:2004, Sayı:1 Ankara, ss. 225-253.

1.2.2.2.1. Takas Teorisi

Bu teoriye göre, tahrik durumunda iki suçlu vardır. Biri tahrik eden, diğeri de tahrik edilerek fiili işleyendir. Bu durumda hem fail hem de mağdur kusur sahibidirler, mağdur kendi kusuru ile suçun işlenmesine ortak olmuş demektir. O halde mağdurun kusurunu failin kusurundan indirmek hakkaniyet gereğidir ve burada “kusurların takası” söz konusudur⁴⁹.

Fail ceza kanunlarına göre her ne kadar kusurlu hareket ederek bir suç işlemiş ise de bu eyleminde kusur yalnızca kendisine ait değildir. Failin suçu işlemesinde tepki suçunun mağduru veya maktulü de etken olmuştur. O halde kusurun tümünü faile yüklemek adaletli bir sonuç olmaz. İşlenen suçta mağdur veya maktulünde kusuru vardır ve bu nedenle tepki suçunu işleyen faile verilecek cezadan indirim yapılmalıdır⁵⁰.

Görüldüğü üzere bu teori faili tahrik eden eylemi ile mağduru da kusurlu saymış ve failin cezasından indirim yapılmasını kabul etmiştir. Mağdur, faili tahrik etmek suretiyle suça neden olduğundan, mağdurun kusurunun failin kusurundan indirilerek failin daha az ceza ile cezalandırılması, hatta bu teoriye göre hiç cezalandırılmaması da mümkündür. Bu teorinin günümüzdeki hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Önemli eleştirilere uğrayan bu görüş, çağdaş hukukta etkinliğini yitirmiş gözükmektedir. Bu eleştirilerin odağında şu husus yatmaktadır: Bu görüş kabul edildiği takdirde kusurların eşitliği söz konusu olduğu için faile ceza vermemek gerekir. Zaten bu, ferdi çıkarlar göz önünde bulundurularak yapılan izahtır ki daha ziyade toplumun menfaatini göz önünde tutan ceza hukukunda makbul bir görüş olamaz⁵¹.

Her ne kadar takas teorisi çok fazla kabul görmese ve günümüzdeki hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı belirtilmekte ise de kanaatimizce cezanın azaltılması noktasında önemli bir bakış açısı getirmektedir. Bu sebeple bu teoriye yönelik eleştiriler çok da haklı sayılmaz. Şöyle ki;

Takas teorisinin bireysel çıkarlara önem verdiği, oysa ceza hukukunun toplumun menfaatlerine üstünlük tanıdığı, bu nedenle cezanın bu gerekçe ile

⁴⁹ Nevzat Gürelli, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl:25 Sayı:6, İstanbul, ss. 331-344.

⁵⁰ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 20.

⁵¹ Gürelli, **a.g.m.**, s. 332.

indirilmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur. Oysa hukuk felsefesinin bugün geldiği noktada bireysel çıkarlar ve birey kavramı toplum kavramının önüne geçmiştir. Toplumsal çıkarlar elbette ki önemlidir, ancak toplum çıkarı denilerek bireysel çıkarlar göz ardı edilemez. Burada olsa olsa bir denge kurmaktan söz edilebilir. Bu da her zaman birey aleyhine olamaz. Kaldı ki kusurların takas edilmesinde hem birey hem de toplumsal menfaat söz konusu olabilecektir. Ayrıca takas durumunda kusurların eşitliği halinde ceza verilmemesi gerektiği yönündeki bir eleştiri de haklı değildir, zira takas kusurların her zaman eşitliği anlamına gelmez. Sadece iki tarafın kusurunun derecesine göre makul ve haklı bir indirimi gerektirir. Bu da hem bireysel hem de toplumsal çıkarlara hizmet edebilir. İnsan odaklı bir yasa olduğu söylenen Yeni Türk Ceza Kanunu'nun temel felsefesinde bireye ağırlık verilmesinin de bu düşüncelerimizi desteklediği kanaatindeyiz⁵².

1.2.2.2.2. Tamamlanmamış Meşru Müdafaa Teorisi

Bu görüşe göre fail yakın ve kesin olarak meydana gelecek bir tecavüze karşı daha evvel davranarak, o zamana kadar yapılan tecavüze karşılık suç işlemiştir. Bu sebeple buradaki haksız tahrik hali hukuka uygunluk ya da mazeret nedenlerinden meşru müdafaa'nın bir çeşidi olarak kabul edilerek, “tamamlanmamış meşru müdafaa olarak” tanımlanmıştır.

Bu teoriye göre, tahrik bir nevi meşru müdafaa'dır, ancak tamamlanmamış bir meşru müdafaa'dır. Fail, vukuu bulması çok yakın kesin ve mutlak bir saldırıya karşı daha önce davranarak saldırıya karşılık suçu işlemiştir⁵³.

Meşru müdafaa ile haksız tahrik arasındaki farkları göz ardı eden bu görüş de haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten de haksız tahrik ile haksız bir fiil sonucu olması şartı bakımından meşru müdafaa arasında bir benzerlik bulunsa da, aslında aralarında derin farklar bulunduğu bir gerçektir.

Meşru savunmada fail müdafaa'da bulunur ve örneğin öldürülmemek için öldürdüğünden, bu zorunlu ve yasal savunmadan dolayı cezalandırılmaz. Haksız tahrikte ise haksız bir fiilin doğurduğu hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında hareket

⁵² Kaya a.g.e., s. 12

⁵³ Ayık a.g.e., ss. 83-107.

edilerek bir suç işlenmektedir.

Hukuka uygunluk sebebi teşkil eden meşru savunma fiilinin tam tersine, haksız tahrikte failde hiddetle harekete geçme biçiminde gerçekleşen bir eylem söz konusudur⁵⁴. Meşru müdafaada, failin hâlihazırda devam eden yahut gerçekleşmesi muhakkak bir tehlikeye karşı savunmada bulunanın haklı ve meşru bir tepkisi söz konusu olup, bu durum bir hukuka uygunluk sebebi sayılmıştır. Oysa tahrik halinde tepkide bulunan hâlihazırda devam eden yahut yakın bir saldırı altında olmayıp, olmuş bitmiş bir saldırının etkisi altındadır. Burada kanun koyucu tepkide bulunan tepkisine karşılık bir hukuka uygunluk, bir başka deyişle bir meşruiyet tanımamıştır. Dolayısıyla karşı saldırı hakkı vermemiştir. Ancak bu durumda karşı saldırıda bulunması halinde cezadan indirim yapılması yoluna gitmiştir. Bu nedenle haksız tahrikin hukuksal temelini tamamlanmamış meşru savunma eksenine oturtmak kanaatimizce yerinde olmamıştır⁵⁵.

1.2.2.2.3. Karma Teori

Karma görüş, objektif ve sübjektif görüşlerin, haksız tahrikin hukuki esasını tek başlarına ve tam anlamıyla açıklamakta yetersiz kaldıkları düşüncesiyle kabul edilmiştir. Bu görüşe göre her iki görüşün de uygun ve kabul edilebilir yönleri göz önüne alınmalı, her iki görüşe yöneltilen eleştirilerin sakıncalı kısımları düzeltilerek, yeni görüşler kabul edilmelidir⁵⁶.

Bu teori, failin maruz kaldığı tahrik fiiliyle, failin etkisinde kaldığı gazap ve elemi, suça neden olan ve cezayı azaltan nedenler olarak görmektedir.

Karma görüş, aslında objektif teori içerisinde de değerlendirilebilir. Aynı şekilde sübjektif kusur belirtileri ile objektif kusur belirtilerinin birlikte değerlendirilmesi mümkündür. Çünkü objektif teoriye göre dış olayların yaptığı etki sonucunda heyecan durumuna sürüklenen failin kusurunun azaldığı sonucuna varıldığı gibi, sübjektif teori de, failin saikine dış olayların etkisi ile birlikte anlam vererek aynı sonuca ulaşmaktadır. Başka bir deyişle her iki teori de aynı sonuca değişik çıkış

⁵⁴ Onur Çam, (2008), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 16.

⁵⁵ Kaya, a.g.e., s. 13.

⁵⁶ Ayık a.g.m., s. 86.

noktalarından varmaktadır⁵⁷.

Sübjektif teorinin ise failin psişigine, objektif teorinin de tahrik fiiline önem veren açıklamalarını birleştirmeye çalışan karma teoriye göre, hem faile yöneltilen tahrik fiilini hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak kabul etmektedir. Hem fiile hem de faile ilişkin hususların birlikte değerlendirilmesi kurumun amacına daha uygun düştüğünden, karma teori daha isabetlidir. Çünkü haksız tahrik kurumu hem faili harekete geçiren tahrik fiilinin hem de failin kapıldığı hiddet veya elemnin bir araya gelip kaynaşması ile uygulama alanı bulabilir⁵⁸.

Görüldüğü üzere karma teori objektif ve sübjektif teorilere yapılan eleştirilerden yola çıkarak her iki teoriyi bir çatı altında birleştirmiş, hem fiile hem de faile ilişkin unsurlara yer vermiştir.

Yargıtay her ne kadar önceki bazı kararlarında sübjektif teoriyi benimsemiş gözüксе de yeni tarihli kimi kararlarında karma teoriyi esas aldığı söylenebilir. Yargıtay 2. CD. 2004 tarihli bir kararında; “haksız tahrik müessesesi, bireylerin intikam duygularının tatminini değil, suç işleme anındaki psikolojik durumlarını ve bu psikolojik durumlara neden olan dış etkenleri esas alır”⁵⁹ diyerek karma teoriye uygun bir içtihatla bulunmuştur.

⁵⁷ Thierfelder tarafından ileri sürülen ve “objektif-sübjektif kusur belirtileri” de denilen bu teoriye göre, failin psikolojik durumu bazı hallerde kanun tarafından öngörölmüş belirli bir dış etkene bağlıdır. Örneğin; Federal Almanya Ceza Kanunu’nun 1975 metninden önceki şekline göre failin “ihtiyaç sebebiyle” değerli olmayan bir şeyi çalması, güveni kötüye kullanması veya birini dolandırması durumlarında cezası indirilirdi. Thierfelder’e göre, buradaki ihtiyaç nedeniyle kavramı “objektif-sübjektif” niteliktedir. Bunun tamamıyla objektif olması için “ihtiyaç içinde” denmesi gerekirdi. Bu iki kavram arasındaki fark “ihtiyaç içindenin” tamamıyla objektif bir dış durumu ve “ihtiyaç sebebiyle” ise bir dış durumu bu nedenle de failin psikolojik halini ifade etmesi şeklinde açıklanabilir. Objektif - sübjektif kusur belirtilerinin sübjektif kusur belirtilerinden farkını ise yine “ihtiyaç sebebiyle” ve “şahsi hırstan” kavramları açıklar. Bunlardan birincisi objektif bir dış etkenin neden olduğu failin psikolojik durumunu ifade etmekte iken ikincisinde dış etken hiçbir rol oynamaz ve tamamen failin ruhi durumunu ifade eder.

⁵⁸ Aydın, a.g.m., s. 231.

⁵⁹ Haydar Erol, (2005), **Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 1.Baskı, Yayın Matbaacılık, Ankara, s. 139.

1.2.2.2.4. Kanaatimiz

Objektif teori ile sübjektif teoriyi birleştiren karma teorinin, haksız tahrikin hukuki esasını en iyi açıklayan teori olduğu görülmektedir. Zira, sadece sübjektif teoriyi kabul edersek, failin herhangi bir olaydan veya kişiden dolayı hiddet ve şiddetli eleme kapılması halinde mağdura karşı suç işlemesi söz konusu olursa haksız tahrik müessesinden yararlandırmış olacağız ki, bu durumu hukuk mantığı ve temeliyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Sadece objektif teorinin kabulü halinde ise, failin, işlenen fiilden tahrik olması halinde haksız tahrikten yararlandıracağız anlamı çıkar ki, bu durum da haksız tahrikin düzenlenme amacına aykırıdır. Çünkü haksız tahrik halinde failin, hiddet veya şiddetli elem de duyması gerekir. Haksız tahrik nedeniyle tepki suçunu işleyen failin cezasının indirilmesinin hukuki nedeni, bir fiilin, faili tahrik etmesinden çok, makul düşünme yeteneğini azaltan ve suç işlemeye sevk eden bu fiilin onda hiddet veya şiddetli elem doğurmasıdır⁶⁰.

Ayrıca, Yargıtay'ın birçok kararında da belirtildiği üzere, haksız tahrik kurumu, kişilerin intikam duygularının tatminini değil, suç işleme anındaki psikolojik durumlarını ve bu psikolojik durumlara neden olan dış halleri esas alır⁶¹. Görüleceği üzere, Yargıtay da haksız tahrik müessesini, objektif ve sübjektif teoriyi içine alır biçimde çift yönlü olarak ele alıp kabul etmektedir.

Karma görüşe göre hafifletici bir nedenin söz konusu olabilmesi için sadece hiddet ve tehevvür hali yeterli olmayıp, ayrıca bu durum, başkasının haksız fiilinden de doğmuş olmalıdır. İşte bu nedenle fiilin, failin psikolojik yapısı üzerinde meydana getirdiği etki esasına dayanan karma görüşe itibar edilmesi gerekecektir.

Yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da haksız tahrik müessesesi, hem fiili, hem de faili dikkate alan karma teoriye uygun biçimde düzenlenmiştir⁶².

⁶⁰ Gökalp İzmir, (2007), "Haksız Tahrik", Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara, s. 17.

⁶¹ Yargıtay 2. CD.nin 26.05.2004 tarihli, 2004/698-8910 sayılı kararı. (Uyap İçtihat Sorgulama)

⁶² Bazı ceza kanunlarında, heyecan durumlarının haksız tahrik gibi cezadan indirim yapılmasını gerektiren sonuçları yanında, özellikle şiddetli heyecan hallerinin kusur yeteneğini tamamen veya kısmen ortadan kaldıracak derecede şuur bozukluğuna da yol açabilecek derecede arızı sonuçlar doğurabileceği kabul edilmiştir. (Örneğin E.TCK md.48, Almanya C.K: m.21,22 gibi)

1.3. HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ

Tüm hukuk disiplinlerinde olduğu gibi ceza hukukunun gelişimi ve modern seviyeye ulaşması da çok uzun zaman almış, ceza hukukunun tarihsel gelişimi de insanlığın ve medeniyetin gelişimi gibi aşamalı olmuştur. İlkel devirlerde sadece zararlı neticenin gerçekleşmesi cezai sorumluluk için yeterliyken, zamanla “kusur” kavramı ortaya çıkmış ve ceza hukuku bu kavrama paralel bir gelişim göstermiştir.

Ceza hukukunun gelişim yönü sert ve otomatikleşmiş bir sistemden modern anlayış olan kusura dayalı bir sisteme doğru olmuştur. Bu gelişim seyri haksız tahrik müessesesi yönünden de aynı paralelliktedir⁶³.

Haksız tahrikin tarihi gelişimini “İlkel Ceza Hukuku Dönemi”, “Müşterek Ceza Hukuku Dönemi”, “Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi” ve “Modern Ceza Hukuku Dönemi” olarak 4 ana başlık altında inceleyeceğiz. Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrikin Gelişimini ise ayrı başlık altında inceleyeceğiz.

1.3.1. İlkel Ceza Hukuku Dönemi

İnsanların topluluk halinde yaşamaya başlaması, ceza hukuku tarihinin de başlangıç noktası olarak kabul edilir. Topluluklar devlet haline gelmeden, yani aile, kabile ve aşiret halinde yaşadıkları sıralarda da bir ceza hukukuna sahiptiler⁶⁴. Ancak bu dönemlerde toplum düzeninin her ihlali hukuka aykırı kabul edilerek failerin suçu kasten, taksirle veya tesadüfen işlemiş olmaları arasında ceza sorumluluğu açısından hiçbir fark gözetilmemişti. Bu dönemde kusura dayanmayan bir sorumluluk söz konusu olup, dönemin şartlarına göre zararlı neticeye sebebiyet verdiği düşünülen tüm fiiller cezalandırılmış ve bu cezalandırma kolektif sorumluluk esasına dayanmıştır. Kusura dayanmayan netice sorumluluğunun esas olduğu bu dönemde haksız tahrik kurumunun varlığını düşünebilmek zaten mümkün değildir. Bu dönemde suçluyu cezalandıracak bir merci de yoktur.

İlkel topluluklar döneminde, suçun özelliği, kusur aranmaması ve failin cezalandırılabilmesi için sadece maddi fiilin yeterli olmasıdır. Yani suç ne şekilde ve

⁶³ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 14.

⁶⁴ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, (1994), **II. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 11.baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s. 39.

kimin tarafından işlenirse işlensin, sorumlu olabilmek için nedensellik bağlantısı yeterli kabul ediliyordu⁶⁵.

Daha sonraları Hammurabi, İbrani ve Manu kanunları ile suçlar ve cezalar kanunlarda gösterilmeye başlanmış ise de kusura dayanan bir sorumluluk yine de yoktu ve netice sorumluluğu esastı⁶⁶. Bu dönemde zararın kusurun yerini tuttuğu söylenebilir.

Konumuzla ilgili olan en önemli gelişme eski Yunan Ceza Hukukunda suçluların cezalandırılmasında cezayı hafifleten ve ağırlaştıran bazı hallerin kanunda gösterilmiş olmasıdır. Örneğin, failin tehevvüre (öfkeye) kapılması sonucu bir suç işlemesi hafifletici sebep sayılmış ayrıca karısını zina halinde suçüstü yakalayarak öldüren koca hakkında cezai takibat yapılamayacağı kabul edilmiştir⁶⁷. Bu bağlamda haksız tahrikin kanunlara girmeye başladığını söyleyebiliriz.

Roma Ceza Hukukunun başlangıç safhalarında failin sorumluluğuna bakılmaksızın neticeye dayanan sorumluluk esası kabul edilmiş, daha sonraları iradi ve iradi olmayan suç ayrımları ortaya çıkmıştır. Yine ilk önceleri şahsi intikam kabul edilmişken ilerleyen dönemlerde cezalandırma hakkı bir kamu tepkisi olarak devlete geçmiştir.

Roma Hukuku'nda adam öldürme bazı hallerde suç kabul edilmemiştir. Örneğin, bir kimsenin yaşamına, ırzına, namusuna tecavüz eden bir şahsın tecavüze maruz kalan tarafından öldürülmesi, düşman ülkelerinden birine mensup olan bir kimsenin Roma topraklarında, her nerede olursa olsun, bir asker tarafından öldürülmesi suç olarak kabul edilmemiştir⁶⁸. Bu gibi hallerde adam öldüren yönünden bir nevi tahrik düşünülerek suç olduğu öngörülmemiş ve cezalandırma yoluna gidilmemiştir.

Roma Hukukunda sübjektif sorumluluk, kast ve taksir kavramlarının gerçek anlamları ile ortaya çıkışı ise Cumhuriyet dönemi sonlarına rastlamaktadır.

Bu dönemde konumuzla ilgili gelişme evlilik kanunlarında özel haksız tahrik haline ilişkin bir düzenleme getirilerek babaya zina halinde yakaladığı kızını ve kızının aşğını öldürme hakkının tanınmış olmasıdır. Bu hak "haklı üzüntü" denilen bir

⁶⁵ Gökhan Yaşar Duran, (2010), **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Legal Yayınları, İstanbul, s.19

⁶⁶ Demirbaş, **a.g.e.**, ss. 14-15.

⁶⁷ Recai Galip Okandan, (1952), **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, 1.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 291.

⁶⁸ Okandan, **a.g.e.**, s. 480.

sınırlama ile aynen kocaya da tanınmıştı⁶⁹.

Bu dönemde özel haksız tahrik, meşru müdafaa karışımı bir başka müessese de hukuka aykırı her türlü fiilin “iniuria” olarak tanımlanması ve karşılıklı hakaret suçları dışında bilerek ve hukuka aykırı davranışlarla üçüncü bir şahsı mağdur eden “iniuria”lara karşı failin karşı koymasının bir hak olarak kabul edilmesidir.

1.3.2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemde önceleri ilkel ceza hukukunun izleri görülmüş, ancak daha sonraki dönemlerde Roma hukuku ve Kanonik hukukun etkisiyle, sosyal bir kurum olan ceza hukuku, hukuki bir kurum halini almıştır.

Bu dönemde İtalya’da gelişen hukuk eğitimi Ortaçağ Almanya’sını da etkilemiş ve Roma’da farklı bir hukuk doğmuştur. Sadece savunmaya izin verilmesinin ve intikamın kabul edilmemesinin sonucu olarak “karşılıklı tahkir” meşru savunma sınırları içerisinde değerlendirilmiştir.

Ceza hukukunun gelişmesini sağlayan çalışmalar neticesinde Roma Hukuku Alman müşterek hukukuna kaynak olmuştur. Bu kaynakların en önemlisi 3. yy. Alman hukukunun temelini teşkil eden “Carolina Kanunu”nun kabul edilmesidir. Almanya 1530 da Carolina’yı kabul etmekle ceza hukuku alanında büyük bir atılım sağlamıştır. Hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyan bu kanuna göre hâkim faile ceza vermek zorunda olmayıp failin ruhi halini ve kişilik özelliklerini de göz önünde bulunduracaktır. Nitekim Carolina Kanunu 137. maddesinde “heyecan halinde adam öldürme”yi düzenlemiş ve bunu kasten öldürmenin nitelikli şeklinden ayırmıştır⁷⁰. Bu gelişme konumuz bakımından önemlidir.

Carolina ile kabul edilen bir başka düzenleme de karşılıklı tahkir haline ilişkin (hakaretlerin aynı nitelikte ve eşit ağırlıkta olması gibi günümüzedekine benzer koşullarda) özel haksız tahrik haline yer verilmesidir.

⁶⁹ Duran, **a.g.e.**, s. 22.

⁷⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 18.

1.3.3. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi

Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Döneminde müşterek ceza hukukuna yönelik eleştiriler, ceza verme hakkının esası ve cezanın amaçları gibi kavramlar üzerinde düşünülmesine yol açmış, felsefe ve kanunlaştırma hareketleri ve okullar arasındaki çatışmalar ceza hukukunun gelişmesine neden olmuştur⁷¹.

Bu dönemde konumuzu ilgilendiren asıl gelişme Kant'ın filozofik görüşleri etkisi altında kalarak “psikolojik zorlama teorisi”ni ortaya atan Feuerbach'ın haksız tahrikin failin suç işlememe yönündeki psikolojik engelleri kaldıracağını ve bu nedenle böyle bir durumda suç işleyen kişinin cezasının hafifletilmesi gerektiğini belirtmiş olmasıdır⁷².

Yine bu dönemde kusur esasına dayanan Prusya Ceza Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun, kimsenin keyfi cezalandırmaya hakkı yoktur diyerek, hakaretlere bireysel olarak karşılıkta bulunmayı yasaklamıştır.

1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'nda hâkimin, karşılıklı tahkirin şartlarının oluşması durumunda her iki taraf veya taraflardan birisi için cezanın niteliğini veya miktarını hafifletebileceği gibi cezayı tamamen de kaldırabileceği şeklinde (günümüzdeki ceza yasalarına benzer) düzenleme yer almaktaydı⁷³.

İhtilal döneminde Fransız hukukunda suç ve cezada “kusursuz sorumluluk olmaz” ilkesi kabul edilmiş ve daha sonra bu ilke tüm modern ülke ceza yasalarını etkilemiştir.

1.3.4. Modern Ceza Hukuku Dönemi

Modern Ceza Hukuku Döneminde haksız tahrik müessesesi ceza kanunlarında yer bulmuştur. Avrupa ülkelerinin çoğunda genel hafifletici sebep olarak düzenlenen haksız tahrik, Alman ve Fransız ceza kanunlarında özel haksız tahrik hali olarak yer almıştır.

İsviçre, İtalya, Avusturya, Doğu Almanya gibi ülkelerin ceza kanunlarında

⁷¹ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 50.

⁷² Duran **a.g.e.**, s. 25.

⁷³ Demirbaş, **a.g.e.**, ss. 20-21.

Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi genel haksız tahrikle birlikte özel tahrik hallerine ilişkin hükümler de bulunmasına karşın, Federal Almanya ve Fransa Ceza Kanunlarında sadece özel haksız tahrik hükümleri mevcuttur⁷⁴.

1.4. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ

Ceza hukukumuzdaki haksız tahrikin gelişimini Cumhuriyet öncesi ve Cumhuriyet sonrası dönem olarak ikiye ayıracak ve Cumhuriyet öncesi dönemi, İslamiyet öncesi, İslamiyet dönemi ve Osmanlı Devleti dönemi olarak üç kısımda inceleyeceğiz.

1.4.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

1.4.1.1. İslamiyet'ten Önceki Dönem

Türklerin İslam dinine geçmeden önce kurmuş oldukları devletlerde kamu hukuku kurumları ile birlikte ceza hukukuna sahip oldukları görülür. Bu dönemde Türk kavimlerinde uygulanan ceza hukukuna ait kesin bilgiler yok ise de, Türk kavimlerinin ilk zamanlardaki ceza hukuku ile ilkel dönem ceza hukukunun benzerlik gösterdiği söylenebilir⁷⁵.

İslamiyet'ten önceki Türk toplumlarında devlet ve halk arasındaki ilişkiler “töre” ile düzenlenmiştir. Törenin temeli Türk gelenek ve göreneklerine dayanmaktaydı. İlk Türk devletlerinde cezalandırma yetkisi devlete aitti. Fertlerin bireysel olarak cezalandırma yetkisi yani ihkak-ı hak bulunmamaktaydı⁷⁶.

Moğol ceza hukukunda, failin aklı başındayken adam öldürmesi ile sarhoşken veya kızgınlık ya da kavga sırasında işlemiş olduğu adam öldürme suçu arasında ceza sorumluluğu bakımından bir farklılık gözetilmiş, kızgınlıkla veya kavgada birini öldürmenin cezası çok daha hafif olarak belirlenmiştir. Haksız tahrike ilişkin bir düzenleme olarak kabul edilebilecek olan bu durum konumuz açısından önem taşımaktadır.

⁷⁴ Demirbaş, **a.g.e.**, s.21.

⁷⁵ Coşkun Üçok, (1946), Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, ss. 1-4, s. 48.

⁷⁶ M. Akif Aydın, (2005), **Türk Hukuk Tarihi**, 5.Baskı, Hars Yayıncılık, İstanbul, s. 17.

1.4.1.2. İslam Ceza Hukukunda

Türklerin İslamiyeti kabulünden sonra uyguladıkları kanunlarda, suçlar üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bunlar, hakkı ademiye karşı işlenen suçlar (yaralama, cinayet gibi), Allah'a karşı işlenen suçlar (zina, içki içme, hırsızlık gibi) ve taziren cezalandırılan (cezası hâkimin takdirine bırakılan) suçlardır⁷⁷.

İslam ceza hukuku, genel esaslar bakımından günümüz ceza hukuku uygulamalarından uzak olmakla birlikte, akıl hastalığı, manevi unsur, zamanaşımı, meşru müdafaa, bilmeme ve yanılma, kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması gibi önemli kurum ve kavramları kabul etmiştir⁷⁸.

İslam Hukukunda toplumun yapısını ilgilendiren suçlarda, failin kişiliği dikkate alınmamışken, bunlar dışında kalan suçlarda (tazir suçlarında) hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. İslamiyet'teki "amellerin niyetlerle ölçülmesi" prensibinin gereği olarak İslam Hukuku, bu tür suçlarda suçluya bir sorumluluk takarrür etmesi (kararlaştırması) halinde sadece cezaya değil, önce suça sonra da suçlunun amacına ve niyetine bakar.

İslam Hukuku'nda bir eylemin cezalandırılabilmesi için fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesi, yani yasaklanan fiilde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. Yine İslam Ceza Hukuku'nda cezai ehliyeti ortadan kaldıran veya azaltan sebeplere de yer verilmiş ise de bunlar arasında açıkça haksız tahrikten bahsedilmemiştir. (Fakat haksız tahrike benzer bir kurum olan meşru savunma açıkça yer almaktadır⁷⁹.)

İslam ceza hukukunda, haksız tahrik bir kurum olarak düzenlenmemiş ise de İslam hukukunun kaynaklarından olan hadislerde haksız tahrik sayılabilecek durumlar ile zina esnasında öldürme hali gibi özel haksız tahrik hallerinin meşru müdafaa kapsamında kabul edildiği açıklanmıştır.

Allah'a karşı işlenen suçlar dışında, hâkime takdir hakkı tanındığından, açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte bu gibi hallerde hâkim, bu takdir yetkisine dayanarak somut olayın özelliklerine göre haksız tahrik gibi halleri de indirim nedeni olarak kabul

⁷⁷ Hayrettin Karaman, (1974), **Mukayeseli İslam Hukuku**, İrfan Yayınevi, İstanbul, s. 125.

⁷⁸ Duran, **a.g.e.**, s. 35.

⁷⁹ Aydın, **a.g.e.**, ss. 182-185.

edebilecektir⁸⁰.

1.4.1.3. Osmanlı Devleti Dönemi

Osmanlı İmparatorluğu'nda padişahlar, İslam'ın hükümdara verdiği yetkiye dayanarak çeşitli kanunnameler çıkarmışlardır⁸¹. Osmanlı Devleti'nin ilk döneminde yayınlanan kanunlarda suç teorisine dair hükümler bulunmuyordu. Bu dönemde, özellikle Fatih Sultan Mehmet, Kanuni Sultan Süleyman, Sultan IV. Mehmet ve Sultan Abdülmecit zamanında çıkartılan kanunnamelerde ceza hukukunda yeni düzenlemeler meydana getirilmeye çalışılmış, buna rağmen İslam ceza hukuku uygulanmaya devam etmiştir.

Osmanlı İmparatorluğu, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi ceza hukuku alanında da esas itibariyle İslam Hukuku'nu uygulamıştır. Fakat ceza hukukunda padişahlara düzenleme alanı çok geniş olarak bırakıldığından bu sahada örfi hukuk düzenlemelerine yaygın olarak rastlanılmaktadır. Osmanlılar, kadıya tazir suç ve cezalarını belirleme noktasında geniş bir takdir hakkı vermek yerine bu alanı kanunnamelerle düzenleme yoluna gitmişlerdir. Bu kanunnameler ceza hukukunun bütününe düzenleme amacı taşımadığından yalnızca tazir suç ve cezalarını belirlemeyi hedeflemiştir. Şer'i ceza hukuku fıkıh kitaplarında, örfi ceza hukuku kuralları da kanunnamelerde yer almıştır.

Konumuzu ilgilendiren asıl dönem, fragmanter mevzuat dönemini kapatan 1274 tarihli ceza kanunu ile başlayan dönemdir. 1856 Islahat Fermanına dayanan 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu ile Osmanlı Devleti'nde fragmanter mevzuat dönemi sona ermiştir. Bu kanun, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme edilmişti. Ceza Kanunname-i Hümayunda tahrikle ilgili genel bir hüküm bulunmamakla birlikte 188, 189 ve 214. maddelerinde özel tahrik hallerine yer verilmişti.

Ancak 1274 tarihli bu ceza kanunumuzda haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak kabul edilmemiş, sadece “karısı veya yakın aile efradını zina halinde yakalayan kişinin öldürme ve yaralama fiili”, “silah veya öldürücü aletle yapılan fiillerin sebep olduğu haller” ve “hakaret ve karşılıklı tahkir halleri”nde uygulanacak bir

⁸⁰ Demirbaş, a.g.e., s. 22.

⁸¹ Üçok, a.g.e., s. 60.

indirim nedeni olarak kabul edilmişti⁸².

765 sayılı TCK'nın 462. maddesine benzer bir hüküm olan 188. maddesi "bir kimse zevcesini veyahut diğer mehariminden birini bir şahıs ile fiil i seni zina halinde görüp de birisini veya ikisini birden darp veya cerh ve yahut katl etse mazurdur." demektedir⁸³.

1.4.2. Cumhuriyet Sonrası Dönem

Cumhuriyet dönemi ve sonrasında şeri hukuk dönemi kapanmış ve laik hukuk dönemi başlamıştır. Bu dönemde 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde düzenlenen haksız tahrikin ilk düzenlenişinden bugüne kadar geçirdiği değişiklikleri açıklayacağız⁸⁴. Bu değişikliklerin incelenmesinin günümüze kadar olan süreç içerisinde haksız tahrik ile ilgili gelişmeleri ortaya koyması bakımından uygun olacağı düşüncesindeyiz.

1.4.2.1. 13.03.1926 Tarihli İlk Düzenleme

Cumhuriyet döneminde, her alanda olduğu gibi hukuk alanında da inkılaplar yapılmış, 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu Türkçe'ye tercüme edilerek, 1926 tarihli 765 sayılı TCK oluşturulmuştur.

13.03.1926 Tarihli Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe giren, 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde haksız tahrike ilişkin ilk düzenlemeye yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 51.maddesi 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 bulunursa faili on iki seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde irtikâp olunan fiilin cezası yarısına kadar indirilerek verilir.

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

⁸² Duran, a.g.e., s. 36.

⁸³ Demirbaş, a.g.e., s. 23.

⁸⁴ Duran, a.g.e., s. 37

Sair cezalar, ağır hapis ve müebbet hidematı ammeden memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir⁸⁵.

Kaynak kanun olan İtalyan Ceza Kanunu'nun 51.maddesi ise şu şekildeydi; *“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir 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 mahkûm olur. Sair hallerde suçun cezası üçte 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 müebbeten memnuiyet yerine muvakkat memnuiyet kaim olmak üzere yarıdan üçte ikiye kadar azaltılır.”* demektedir.

Bu iki metin arasında önemli iki fark bulunmaktadır.

Kaynak kanun, *“bir kimse... bir fiili işlerse...”* demek suretiyle haksız tahrikin cürümlerin yanı sıra kabahat niteliğindeki suçlarda da uygulanabileceğini belirtmektedir. Fakat TCK, *“bir kimse... bir cürüm işlerse...”* demek suretiyle haksız tahrik kurumunu tüm suçlar için değil sadece *“cürümler için”* genel bir indirim nedeni olarak kabul etmiş ve kabahat suçlarında haksız tahrik kurumunun uygulanmasına olanak tanımamıştır⁸⁶.

Bir diğer fark ise, kaynak kanunda failin sadece gazap veya elemin etkisinde bulunması yeterli görülmeyerek *“gazap veya şiddetli elemin doğurduğu buhran halinde”* suçun işlenmesi şartı aranmıştır⁸⁷. Kaynak kanundaki *“gazap veya şiddetli elemin doğurduğu buhran halinde”* suçun işlenmesi ile *“gazap veya elemin etkisinde”* suçun işlenmesi arasında şöyle bir fark vardır; kaynak kanundaki ifadede buhran halinden söz edildiği için buhran halinin geçmesi halinde haksız tahrikin bir unsuru kalkmış olacağından indirim uygulanamayacaktır. Buhran halinden bahsedilmeyen 765 sy.lı TCK'da ise *“gazap ve elemin etkisi altında”* suç işlemeyi yeterli kabul etmek gerekecektir⁸⁸.

⁸⁵ Tutumlu, **a.g.e.**, ss. 16-17.

⁸⁶ Devrim Aydın, (2003), *“Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara, s. 36.

⁸⁷ Çam, **a.g.e.**, s. 20.

⁸⁸ Kaya **a.g.e.**, s. 21.

1.4.2.2. 1936 Tarih ve 3038 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik

23.06.1936 tarihinde yayınlanan 3038 sayılı kanunla TCK'nin 51. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. 3038 sayılı kanunla yapılan düzenleme şu şekildedir:

“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasının müstelzim bulunursa yirmi sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının üçte biri indirilir.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ve müebbet ağır hapis cezası yerine on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir.

Sair cezaların, ağır hapse ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından üçte ikisine kadarı indirilir”⁸⁹.

1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle yapılan en önemli fark sadece cürümler değil kabahatler yönünden de haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilme imkânının getirilmiş olmasıdır. Bu durumun kanundaki ifadesi şu şekilde olmuştur: İlk düzenlemede “Bir kimse.... bir cürüm işler... ve bu cürüm...” şeklinde iken yeni düzenleme ile “bir kimse....bir suç işler ve bu suç...” şekline dönüştürülmüştür. (765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçlar cürüm ve kabahat olmak üzere iki ana gruba ayrıldığından “suç” tabiri her ikisini de kapsamaktadır.)

Bir diğer değişiklik de “ıdam” cezası tabiri yerine ölüm cezası tabirinin getirilmiş olmasıdır. Bu düzenleme ile yapılan son değişiklik ise indirim oranlarının azaltılmasıdır. Bunlar dışında başka bir değişiklik de yoktur.

1.4.2.3. 1953 Tarih ve 6123 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik

15.07.1953 tarihli resmi gazetede yayınlanan 6123 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra haksız tahrik mülga TCK'nın 51. maddesindeki son halini almıştır.

Bu değişiklikten sonraki madde metni şöyledir.

⁸⁹ Tutumlu, a.g.e., s.17.

“Bir kimse, haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasına müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir”⁹⁰.

Görüldüğü üzere, 1953 tarihinde 6123 sayılı yasa ile yapılan değişiklik haksız tahrikin unsurlarında değil, indirim oranlarına ilişkindir.

Yapılan değişiklik ile önceki düzenlemede yer alan ağır hapsin hapse ve kamu hizmetlerinden müebbet yasaklılığın geçici yasaklılığa dönüştürülmesi hükümleri tamamen kaldırılmıştır.

Bu düzenleme ile yapılan bir diğer değişiklik de TCK’nın 51 ve 59. maddeler gereğince yapılan indirim oranlarının yüksek bulunduğu nazara alınarak, hafif ve ağır tahrik neticesi suç işleyen şahısların cezalarından yapılacak indirimin daha az oranda yapılması maksadıyla 51. maddedeki indirim oranı küçültülmüş ve münhasıran hâkim ve mahkemenin takdirine bağlı indirim sebebi dolayısıyla cezadan yapılabilecek indirim nispeti de azaltılmıştır”⁹¹.

1.4.2.4. 2004 Tarihli 5218 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik

2004 yılında 5218 sayılı yasa ile yapılan değişiklik 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 yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkûm olur.

Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.

⁹⁰ Tutumlu, a.g.e., s. 17.

⁹¹ 09.07.1953 tarihli ve R.G.de yayınlanan 6123 sayılı kanunla yapılan değişikliğin gerekçesi.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir”⁹².

Bu değişiklikte haksız tahrikin unsurlarında ya da indirim oranlarında herhangi bir değişikliğe gidilmemiş, yalnızca Türk Ceza Kanunu’nda ölüm cezasının kaldırılmış olması nedeniyle “ölüm cezası” yerine “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası”na yer verilmiştir.

1.4.2.5. 5237 Sayılı Yeni TCK ile Getirilen Düzenleme

Kanunlar toplumsal ve teknolojik gelişmeler karşısında zamanla ihtiyaçlara yanıt veremez hale gelir ve bu nedenle değiştirme ihtiyacı hissedilir. Bu gerçeklik karşısında uzun yıllar yürürlükte kalan 765 sayılı E. TCK’da birçok kez değişiklikler yapılmış, kimi maddeler yürürlükten kaldırılmış, zaman zaman da ihtiyaçları karşılamak için yeni maddeler eklenmiştir. Ancak dönemine göre ileri bir kanun olan 765 sayılı TCK’da yapılan değişiklikler hem kanunun sistematliğini bozmuş, hem de kanunun dili konusunda ahenk ve tutarlılığı ortadan kaldırmıştır⁹³.

Diğer taraftan küreselleşme ile birlikte dünya devletleri daha fazla iletişime girmiş ve birbirlerini hukuk alanında da etkilemeye başlamışlardır. Gün geçtikçe ceza hukukundaki gelişmelerde hızlanmış ve yepyeni bir ceza anlayışı doğmuştur. Bunun sonucu olarak uluslararası sözleşmeler artmış ve ceza hukuku alanında da uluslar üstü anlaşmalar ve birtakım kurallar kabul edilmeye başlanmıştır. Ulus üstü nitelikteki bu kurallar ülkelerin iç hukuk kurallarını da etkilemeye ve değişime yönlendirmeye başlamıştır. Bu durum modern ve demokratik devletlerin hukuk sistemlerini gözden geçirme ve evrensel standartlara çıkartma gereğini ortaya koymuştur. İşte bu gelişmelerin bir yansıması sonucu 765 sayılı TCK’nın değiştirilmesi kaçınılmaz olmuştur.

Yeni bir ceza kanunu yapma çalışmaları 1987 yılı ön tasarısı ile başlamış ve

⁹² İsmail Malkoç, (2004), **2004 Değişiklikleri ve İçtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu**, 1.Bası, Malkoç Kitapevi, Ankara, ss. 51-52.

⁹³ Kaya, **a.g.e.**, s. 25.

21.12.1999 tarihinde kurulan komisyon ile devam edip son olarak 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarı TBMM'ye gönderilmiş, ancak kanunlaşmamıştır. 2003 yılında hükümet, 2001 tasarısını benimsemiş ve tasarıya yönelik eleştirilerin değerlendirilmesi için bir komisyon oluşturulmuştur. Adalet Komisyonu alt komisyon tarafından hazırlanan metin üzerinde çalışmaya devam etmiştir⁹⁴.

Tasarı TBMM Genel Kurulu'nda görüşülüp tartışılarak 26.09.2004 günü kabul edilmiş ve böylelikle çağımızın gereklerini ve demokratik değerlerini yansıtan, insan hakları alanındaki ülkemizin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde öngörülen hedeflere uyumlu, insanlığın ortak değerlerini vurgulayan, modern ceza hukukunun evrensel nitelikteki temel felsefi ilkeleri gözetilerek hazırlanan 5237 sayılı yeni TCK 12.10.2004 tarihli R.G.de yayınlanarak kanunlaşmış ve **01.06.2005 tarihinde** yürürlüğe girmiştir⁹⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükten kalkmıştır. 5237 sayılı TCK ile ceza kanunumuzda çok önemli değişikliklere gidilmiş ve kanunun temel felsefesi değişmiştir. Ancak 29. maddede düzenlenen haksız tahrik kurumunda, diğer hükümlere oranla çok büyük bir değişiklik yapıldığından bahsedilemez.

765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde yer alan haksız tahrik kurumu 5237 sayılı TCK'nın "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler" başlığı altında 29. maddesinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesindeki düzenleme şu şekildedir:

"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı

⁹⁴ Sedat Bakıcı, (2007), 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 2.

⁹⁵ Kanunun 184. maddesinde düzenlenen "imar kirliliğine neden olma" suçu yayımı tarihinde, "çevrenin kasten kirlenmesi" başlıklı 181/1. maddesi ve "çevrenin taksirle kirlenmesi" başlıklı 182/1. maddesi yayımı tarihinden iki yıl sonra, diğer hükümlerinin ise 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Ancak gelen yoğun eleştiriler ve altyapıdaki eksiklikler nedeniyle 5328 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi ile yasanın yürürlük tarihi olan 01.04.2005 tarihi 01.06.2005 olarak değiştirilmiştir. (Çam, a.g.e., s. 24.)

indirilir”⁹⁶.

Bu madde ile getirilen yenilikleri birkaç başlık altında toplamak mümkündür:

1) İlk ve en önemli değişiklik hafif ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması olmuştur. 1926 tarihli ceza kanunumuz haksız tahriki hafif ve ağır haksız tahrik olarak ikiye ayırmıştı. Bu ayrım uygulamada tereddütlere yol açabilmekteydi. Bu itibarla yeni TCK’nın söz konusu ayrımı terk ederek cezada yapılacak indirimin belirlenmesinde hâkime geniş takdir yetkisi tanınması kanaatimizce isabetli olmuştur.

2) İkinci değişiklik “haksız tahrik“ tabiri yerine “haksız fiil” tabirinin kullanılmış olmasıdır. 765 sayılı TCK’da “bir kimse **haksız bir tahrikin** husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işlerse...” denmektedir. 5237 sayılı TCK’da ise “**haksız bir fiilin** meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye...” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere yeni TCK “Haksız bir tahrikin meydana getirdiği” formülü yerine “Haksız bir fiilin meydana getirdiği” formülünü tercih etmiştir.

Haksız bir tahrik ile haksız bir fiil arasındaki fark ve bu kavramların değiştirilme nedeni kanunun gerekçesinde “*Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle ‘töre veya namus cinayeti’ olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.*” şeklinde açıklanmıştır⁹⁷.

3) Üçüncü değişiklik ise “gazap veya şedit bir elem” tabiri yerine “hiddet veya şiddetli bir elem” tabirinin kullanılmış olmasıdır. Gerekçeden yola çıkılarak iki ifade arasındaki ifade farklılığının önemsiz olduğu söylenebilir. Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği halde failin bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan madde, söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde kaleme alınmıştır⁹⁸.

4) Dördüncü ve son değişiklik ise haksız tahrik halinde cezadan yapılacak indirim oranlarına ilişkindir.

⁹⁶ Mustafa Albayrak, (2007), **Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 61.

⁹⁷ Veli Özer Özbek, (2006), **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, C.1, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, ss., 382-383.

⁹⁸ İzmir, **ag.e.**, s. 52.

Önceki düzenlemede basit (hafif) tahrikte 1/4, ağır tahrikte ise 2/3 oranında indirim yapılması öngörülüyordu. Yeni düzenleme ile alt ve üst sınırlar 1/4 ve 3/4 kabul edilmiş, hâkime aşağı ve yukarı sınırlar içerisinde takdir hakkı tanınmıştır. Bu takdir hakkı tanınırken cezadan indirim oranları da değiştirilmiştir. Ancak her ne kadar basit ve ağır tahrik ayrımı kalkmış olsa da ¼ oranın basit (hafif), ¾ oranın ağır tahrik durumlarında uygulanacağı düşünülmektedir. Örneğin; 24 yıl hapis cezası verilen bir sanığa tahrikin üst sınırdan uygulanması halinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre verilecek ceza 8 yıl hapis iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre verilecek hapis 6 yıl olacaktır. Bu durumda eski kanuna göre 16 yıl yeni kanuna göre ise 18 yıl indirim mümkün olacaktır. Aynı durum ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası içinde geçerlidir. O halde 5237 Sayılı TCK' daki haksız tahrike ilişkin hükmün üst sınırdan uygulanmasının failin lehine olduğu söylenmelidir.

1.4.3. Haksız Tahrik Konusundaki Tasarılar

1.4.3.1. 1987 ve 1989 Tarihli Tasarılar:

1987 tarihli TCK tasarısının 30. maddesi ile 1989 tarihli TCK tasarısının 32. maddesinde yer alan haksız tahrik düzenlemesi benzer şekildeydi. Her iki tasarıda yer alan madde metnine göre;

“Bir kimse, haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında bir suç işlerse, fiil ölüm cezasının gerektirdiği takdirde yirmi yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onbeş yıl hapis cezasına mahkum olur. Diğer hallerde işlenen suçun cezasının dörtte birinden üçte birine kadarı indirilir. Ancak bu hallerde verilecek ceza on iki yıldan fazla olamaz. Tahrik ağır ve şiddetli olursa, fiil ölüm cezasının gerektirdiği takdirde onbeş yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir. Ancak bu hallerde verilecek ceza on yıldan fazla olamaz”⁹⁹.

Tasarılardaki bu metinden de anlaşılacağı üzere, hafif ve ağır tahrik ayrımı muhafaza olmuş, ifade farklılıkları olmakla birlikte madde metni ve sistematigi 765 sayılı TCK'daki düzenlemeye benzer şekilde kaleme alınmıştır.

⁹⁹ Adalet Bakanlığı Yayınları, TCK Öntasarısı, Ankara (1989), s. 14.

1.4.3.2. 1997 Tarihli Tasarı:

1997 tarihli TCK tasarısının 32. maddesine göre, “*Haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir; ancak verilecek ceza oniki yıldan fazla olamaz*”¹⁰⁰.

1997 tarihli bu tasarıda ağır ve hafif tahrik ayrımının kaldırıldığını görüyoruz.

1.4.3.3. 2001 Tarihli Tasarı:

2001 tarihli TCK tasarısı 31. maddesine göre: “*Haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir; ancak verilecek ceza oniki yıldan fazla olamaz*”¹⁰¹.

Metnin, yeni TCK’daki düzenlemeye benzer tarz ve üslupta kaleme alınmış olduğunu görüyoruz.

1.4.3.4. 2003 Tarihli Tasarı:

Bakanlar Kurulu tarafından 14.4.2003 tarihinde kabul edilerek Başbakanlık tarafından 12.5.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı’na gönderilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Adalet Komisyonuna havale edildikten sonra ayrıntılı bir biçimde incelenerek gerekli değişiklik ve düzenlemelerin yapılması amacıyla oluşturulan Alt Komisyona havale edilmiş, Hükümet Tasarısı üzerinde Adalet Komisyonu tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda Hükümet Tasarısının içeriğinden büyük ölçüde ayrılmıştır.

¹⁰⁰ Duran a.g.e., s. 40.

¹⁰¹ www.2.tbmm.gov.tr/d.22/1-0593,01 pdf

Hükûmet Tasarısına 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan yansıyan ve 19. yüzyıl klasik ceza hukuku anlayışının eseri olan pek çok hüküm, suç teorisinin verileriyle bağdaşmadığı için metinden çıkarılmış, madde metinlerinde de önemli değişiklikler yapılmıştır.

2003 tarihli Hükümet Tasarısının 31. maddesinde düzenlenen haksız tahrik komisyonunda yapılan bu değişiklikler sonucunda 29. maddede yer bulmuştur.

Adalet komisyonu raporunda konumuz olan haksız tahrike ilişkin şu açıklamaya yer verilmiştir: *“Doktrin ve uygulamamızda ‘suça etki eden neden’ olarak ifade edilen haksız tahrik, esasında kusurluluğu azaltan sebep olarak değerlendirilmek gerekir. Doktrinde ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olmamak için, bu bölümde söz konusu edilen nedenlerin sonucu göz önünde bulundurulmak suretiyle bir isimlendirmeye gidilmiştir. Belirtilen nedenlerle, ilgili Bölüm başlığı ‘Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler’ olarak değiştirilmiştir¹⁰².”*

2003 tarihli Hükümet Tasarısında Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikler sonucunda ikinci bölümde, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında, 29. madde yer alan haksız tahrik düzenlemesinin son hali şu şekilde olmuştur; *“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemi etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir¹⁰³.”*

Bu tasarı, şu an yürürlükte bulunan 5237 sayılı Yeni TCK’ya dönüştüğünden, yukarıda belirtilen düzenleme yürürlükteki TCK’nun 29. maddesindeki düzenlemeyle aynıdır. Bu değişikliğin 2001 ve 2003 tarihli tasarılarından farkı, bu tasarılarıdaki madde metni sonundaki *“ancak verilecek ceza oniki yıldan fazla olamaz”* ifadesinin çıkarılmış olması, “haksız bir tahrik” yerine de “haksız bir fiil” ibareleri kullanılması ve indirim oranlarındaki farklılıktan ibarettir¹⁰⁴.

¹⁰² www.tbmm.gov.tr/turk-ceza-kanunu2.doc.

¹⁰³ www.tbmm.gov.tr/turk-ceza-kanunu2.doc.

¹⁰⁴ Bu maddenin mülga 765 sayılı TCK’nın 51. maddesinden farkı ise “gazap veya şedit elem” yerine “hiddet veya şiddetli elem”, “haksız bir tahrik” yerine de “haksız bir fiil” ibareleri kullanılması, 51. maddede öngörülen hafif, ağır tahrik ayrımı kaldırılmış olması ve indirim oranlarında yapılan değişiklik şeklinde özetlenebilir.

1.5. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK

Haksız tahrikin ceza sorumluluğuna olan etkisi konusunda kanunların üç sistem izledikleri görülmektedir¹⁰⁵.

1- Birinci sistemde, kanunumuzda olduğu gibi, genel hükümler kısmında her suç bakımından uygulanabilecek haksız tahriki düzenleyen bir hüküm düzenlenmektedir. (Danimarka, İtalya ve Türk Ceza Kanunları)

2- İkinci sistemde, haksız tahrikle ilgili açık bir hüküm düzenlenmemekte fakat müessese, kusur prensibi içerisinde ele alınarak haksız tahrik gibi durumlarda kusur yeteneğinin azalmış olacağı kabul edilmektedir. Bu sistemde kanunlar genel olarak suça etki eden hafifletici sebepleri bir liste halinde kanunların genel kısmında toplamakta ve haksız tahriki de bu sebep içerisinde göstermektedirler. Kanunların çoğunun düzenleme şekli bu şekildedir. (Örneğin, İtalya, Yunanistan, Portekiz, Çekoslovakya, Romanya, Avusturya, İsviçre Ceza Kanunları)

3- Üçüncü sistemde, haksız tahrik sadece adam öldürme ve müessir fiil gibi bazı suç tipleri için kabul edilen bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. (Bulgar ve Alman Ceza Kanunu gibi)¹⁰⁶.

1.5.1. Alman Hukukunda

Alman Ceza Kanununda haksız tahrik genel bir indirim nedeni sayılmamış, sadece bazı suçlarda kabul edilmiştir. Yani, haksız tahriki düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Fakat bazı özel tahrik halleri düzenlenmiştir. Yasada bir taraftan haksız tahrik halini özel olarak düzenleyen suçlara yer verilmiş, bir taraftan da haksız tahriki de kapsayan heyecan durumlarının failin kusur yeteneğini etkileyebileceği kabul edilmiştir¹⁰⁷. Alman Ceza Kanununun 21. maddesinde failin iradesini zaafa uğratan genel bir indirim hali düzenlenmiştir. Dolayısıyla haksız tahrik genel olarak düzenlenmemiş ise de, bu madde gereğince fail tahrik indiriminden yararlanabilir.

Kusur yeteneği açısından bakıldığında, Federal Alman Ceza Yasasında her heyecan durumu dikkate alınmamış, sadece önemli şuur bozukluğuna neden olan,

¹⁰⁵ İzmir a.g.e., s. 47.

¹⁰⁶ İzmir, a.g.e., s. 48.

¹⁰⁷ Duran, a.g.e., s. 27.

yüksek derecedeki heyecanların failin kusur yeteneğini azaltabileceği, ya da ortadan kaldırılabileceği kabul edilmiştir. Böyle durumlarda failin, yaptığı eylemin hukuka aykırılığını anlayıp buna uygun davranabilme yeteneği azalmışsa cezası azaltılacak, eğer bu heyecan hali failin anlayabilme veya davranabilme yeteneğini, yani kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırmışsa bu durumda faile ceza verilmeyecektir.

Haksız tahrik düzenlemesi açısından bakıldığında ise, Federal Alman Ceza Kanununda haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak kabul edilmeyip, suç bakımından sınırlandırılarak, sadece haksız tahrik üzerine adam öldürme (m. 213), karşılıklı tahkir (m. 199) ve karşılıklı işlenen fiillerdeki tahkir (m. 233) suçları gibi bazı suçlarda bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir¹⁰⁸.

1.5.2. İsviçre Hukukunda

İsviçre ceza kanununda haksız tahrik, “hafifletici haller” başlığını taşıyan 64. maddede genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “haksız bir kışkırtma veya küçük düşürme üzerine ortaya çıkan öfke veya büyük elem hali faili tahrik etmişse” hâkim cezayı hafifletebilir¹⁰⁹. İsviçre Ceza Kanunu, tahriki kusur yeteneğinin azalmasıyla açıklar. Haksız tahrik halinde kusur yeteneği azaldığı için tahrik cezadan indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

İsviçre ceza kanununda haksız tahrikle ilgili bu genel düzenleme dışında haksız tahrik nedeniyle adam öldürme ve haksız davranış üzerine hakaret veya karşılıklı tahkir gibi suçlarla ilgili özel haksız tahrik hallerine de yer verilmiştir¹¹⁰.

1.5.3. Avusturya Hukukunda

Avusturya ceza kanununun “özel hafifletici sebepler” başlıklı 34. maddesinde haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “fail fiili, normal olmayan bir ruhi durumun etkisi altında işlerse” haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Görüldüğü üzere Avusturya Ceza Kanunu, haksız tahriki isnat yeteneğini zayıflatan hale ilişkin genel bir hafifletici sebep olarak düzenlemiştir.

¹⁰⁸ Duran, **a.g.e.**, s. 28.

¹⁰⁹ Güreli **a.g.m.**, s. 338.

¹¹⁰ Duran, **a.g.e.**, s. 29.

Avusturya ceza kanununda da, bu genel düzenleme dışında kasten adam öldürme ve haksız tahrik üzerine sövme veya fiili bir şekilde karşılıklı bulunma gibi bazı özel suçlarda uygulanan özel haksız tahrik hallerine de yer vermiştir¹¹¹.

1.5.4. İtalyan Hukukunda

Haksız tahrik, 1930 tarihli İtalyan ceza kanununun 62. maddesinde genel hafifletici nedenler arasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre haksız tahrik “başkasının haksız fiilinden doğan hiddet ve tehevvür halinde hareket etmiş olmak” şeklinde açıklanmıştır.

İtalyan Ceza Kanununun 594 ve 595. maddelerinde hakaret ve sövme suçlarına ilişkin özel haksız tahrik hükmü de düzenlenerek, 765 sayılı TCK’daki düzenlemeye benzer şekilde bu suçu işleyen taraflardan yalnız birisini veya her ikisini de cezalandırıp cezalandırmama konusunda hâkime takdir hakkı tanınmıştır¹¹².

1.5.5. Fransız Hukukunda

Eski Fransız Ceza Kanunu, tahriki kan suçları denilen adam öldürme ve müessir fiil gibi suçlar açısından kabul ediyor, ancak üstsoya karşı işlenen müessir fiil ve adam öldürme suçlarını bundan hariç tutuyordu.

Yeni Fransız Ceza Kanununda haksız tahrike ilişkin genel ya da özel bir düzenleme yoktur. Çağımız modern ceza kanunlarının en iyisi olarak kabul edilen bu kanunda suçlarda sadece yukarı sınırı gösterme metodu uygulanmış, böylece somut olayın özelliklerine göre hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır¹¹³. Böyle olunca da tahrike ilişkin bir hükme gerek kalmamaktadır.

1.5.6. İngiliz Hukukunda

İngiliz Ceza Kanununda haksız tahrik, cezayı hafifleten genel bir hal olarak

¹¹¹ Duran, **a.g.e.**, s. 30.

¹¹² Demirbaş, **a.g.e.**, s. 71.

¹¹³ Sulhi Dönmezer ve Feridun Yenisey, (2006), **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı**, Gerekçeler, İstanbul, s. 464.

sayılmamış, ancak fiilin temyiz kudretini etkileyecek nitelik ve ağırlıkta bulunması halinde indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi öngörülmüştür. Böylelikle psikolojik esasa dayanması sebebiyle sübjektif durumu ifade eden haksız tahrike İngiliz hukukunda objektif bir nitelik kazandırılmıştır. Buna göre haksız tahriki oluşturan fiilin somut olayda sanık açısından değerlendirilmesi yerine söz konusu fiilin baz alınan makul bir insanın iradesini etkileyerek tahrik edip etmeyeceği değerlendirilmiştir.

Yani İngiltere’de de haksız tahrik, cezayı azaltıcı genel bir indirim nedeni değildir. Haksız tahrikin indirim sebebi yapılabilmesi için suç konusu olayda tahrik oluşturan eylemin sadece sanığı değil, makul bir insanın da iradesini etkilemesi gerekir. Ancak bu eylemin faili kendini yönetme ve denetleme gücünden yoksun bırakacak nitelik ve ağırlıkta olması durumunda haksız tahrik cezayı azaltıcı bir neden olarak kabul edilecektir. Böylece aslında sübjektif bir kavram olan haksız tahrike objektif bir görünüm verilmeye çalışılmıştır¹¹⁴.

1.5.7. Amerikan Hukukunda

Amerikan ceza yasalarında haksız tahrik, cezanın azaltılmasını gerektiren yasal bir indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak bu sistemde hangi fiillerin haksız olduğu konusundaki değerlendirme hâkime bırakılmamış, haksız sayılan bu fiiller kanunda açıkça sayılmıştır¹¹⁵.

Bu hükümlere göre müessir fiil, hakaret, özgürlüğün yasadışı kısıtlanması, kocanın karısını cinsel temas sırasında yakalaması, karşılıklı kavga sırasında öldürme, başkasının arazisine haksız olarak tecavüz, üçüncü şahıslar aleyhine haksız fiil, meşru müdafaanın korku ile aşılması suretiyle adam öldürme gibi hallerin haksız fiilleri oluşturduğu açıklanmıştır. Böylece ancak kanunda sayılan bu haksız fiillere karşı suç işlenmesi halinde haksız tahrik sebebiyle failin cezasından indirim yapılabilir. Örneğin mal aleyhine işlenen bir suça karşı haksız tahrik bir indirim nedeni değildir¹¹⁶.

¹¹⁴ Gürelli, **a.g.m.**, s. 339.

¹¹⁵ Amerikan sisteminde eyaletlere göre farklılıklar da vardır. Örneğin Teksas’ta bu hak jüriye bırakılmışken, bazı eyaletlerde takdir hakkı yargıca aittir.

¹¹⁶ Necdet Yalkut, “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt:5, Sayı: 2. Cilt:5, Sayı: 2, Ankara, ss.243-252.

İKİNCİ BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİKİN YAPISI VE ŞARTLARI

2.1. HAKSIZ TAHİRİKİN YAPISI

Bilindiği üzere suç, kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur olmak üzere dört unsurdan oluşur. Haksız tahrik, bu dört unsurdan manevi unsur içerisinde kalan, “kusurluluk” kavramı içinde değerlendirilen bir kavramdır¹¹⁷.

Haksız tahrik, 5237 sayılı TCK’nın “Genel Hükümler”e ilişkin birinci kitabının “Ceza Sorumluluğunun Esasları”na ilişkin ikinci kısmının “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altındaki ikinci bölümünde, 29. maddede düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK’da ise birinci kitabın dördüncü babında “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler” başlığı altında 51. maddede düzenlenmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta haksız tahrike genel hükümler arasında yer vererek tüm suçlar için kabul eden kanunlar¹¹⁸ olduğu gibi, belirli suçlar açısından özel haksız tahrik halleri şeklinde düzenlemeler yapan yasalar da¹¹⁹ vardır.

Tahrik fiili neticesinde failin hiddet veya şiddetli eleme kapılarak tahammül ve mukavemet kudretinin kırılmış ve iradesinin sarsılmış olması sebebi ile failin söz konusu suçu soğukkanlılıkla ve böyle bir tesir altında kalmadan işleyen kimseler gibi cezalandırılmaması gerektiği düşüncesi haksız tahrik kurumunu ortaya çıkarmıştır.

Haksız tahriki genel bir hafifletici sebep olarak gören Türk Ceza Kanunu, haksız tahriki yalnız adam öldürme, müessir fiil gibi suçlarda kabul eden bazı kanunlardan ayrılmıştır.

Haksız tahrikin TCK’da **genel bir hafifletici sebep** olarak nitelendirilmesi, bu düzenlemenin suç ve kişi bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan, herkese

¹¹⁷ Cengiz Otacı, (Nisan 2003), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 94, Sayı:15, Ankara, ss. 115-139.

¹¹⁸ Örneğin, 1937 **İsviçre** Ceza Kanunu m.64; 1975 **Avusturya** Ceza Kanunu 34/8; 1930 **İtalyan** Ceza Kanunu m.62.

¹¹⁹ Örneğin, **İsviçre** Ceza Kanunu m.113 (adam öldürme suçu bakımından), m.177/2,3 (uygunsuz davranış üzerine hakaret etme, hakarete karşılık verme); **Avusturya** Ceza Kanunu m. 76 (heyecan içinde adam öldürme), m.115/3 (haksız tahrik üzerine sövme, kötü davranma veya kötü davranmayla tehdit etme), **İsviçre** Ceza Kanunu m.599 (karşılıklı tahkir ve tahrik) mevcuttur. Bu kuruma genel hükümler arasında yer vermeyip de sadece belirli suç tipleri açısından kabul eden kanunlar da mevcuttur. Örneğin; **Alman** Ceza Kanunu 199 (karşılıklı tahkir), 213 (kasten adam öldürme suçları bakımından), 233 (müessir fiil suçları).

uygulanabilmesi anlamına gelmektedir.

Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür. Haksız tahrik halinde failin iradesinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kişinin kendisini suç işlemekten alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır. Ancak bu hiddetin kusur yeteneğini zayıflatan etkisini kabul edebilmek için bunun “haksız bir fiilden” kaynaklanması gerekir¹²⁰.

Haksız tahrik, suçun unsuru olmayıp ceza sorumluluğunu azaltan hallerdendir.

Suçta tesir eden halleri, suçun varlığı için bulunmaları mecburi olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır ya da daha hafif sayılmasını ve bunun neticesi olarak da temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren fakat yoklukları halinde suçun mevcudiyetine zarar vermeyen ve bulundukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan nedenler olarak açıklamak mümkündür¹²¹.

Suçta etki eden haller yasal ve takdiri olarak ikiye ayrılır. Kanunun belirttiği haller “**yasal**”, hâkimin varlıklarını kabul ve takdir edebileceği haller ise suçta etki eden “**takdiri**” hallerdir. Fakat çağdaş hukuk düzeninde takdiri haller sadece hafifletici nedenler bakımından kabul edilmiştir. Ağırlatıcı nedenler bakımından kabul edilmemiştir. Ağırlatıcı nedenler sadece kanunidir¹²².

İşte haksız tahrik, cezayı azaltan genel ve kanuni bir neden olduğu söylenebilir. Geneldir, zira Türk Ceza Kanunu’nun birinci kitabı yani genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Kanunidir, zira haksız tahrikin varlığı halinde cezadan indirim yapılması hâkimin takdirine bırakılmamıştır. Şartları oluştuğunda cezadan indirim yapılması kanunla zorunlu kılınmıştır.

Haksız tahrik halinde fiilin haksızlık muhtevasında bir azalma söz konusu değildir. Burada söz konusu olan sadece failin kusurunda bir azalmanın meydana gelmesidir. Bu nedenle haksız tahrikin soyut bir şekilde “bir hafifletici sebep” olarak

¹²⁰ İzmir, **a.g.e.**, s. 22.

¹²¹ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 338.

¹²² Haluk Çolak, (2005), **Güncel Ceza Hukuku**, 1.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 115.

öngörülmesi de doğru değildir¹²³.

Kanun, haksız tahrik halinde cezada sadece indirim yapılmasını öngördüğü için bu hiddet veya şiddetli elemin etkisindeki kişinin kendisini suç işlemekten alıkoyma yeteneğini tamamen kaybedebileceği kanunen kabul edilmemiş olmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik, koşulları oluştuğunda her suç tipi yönünden ve herkes hakkında uygulama olanağı bulabileceğinden hem suç, hem de kişi bakımından **genel** bir hükümdür.

Haksız tahrikin suç bakımından genelliği, tahrik olmuş ve şiddetli eleme kapılmış failin, herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan haksız tahrik müessesinden yararlanması demektir. Haksız tahrik kurumuna yer veren bir ceza kanununun bu hususu genel bir hafifletici sebep olarak görmesi daha doğrudur. Nitekim fail o durumda iradesine tam olarak hâkim olamamakta ve o üzüntü ve kızgınlık altında suç işlemektedir. Dolayısıyla, haksız tahriki bazı suçlar açısından geçerli görmek, şiddetli elem ve hiddet altında haksız tahrikin geçerliliğini kabul eden ceza hukuku mantığı ile bağdaşmaz¹²⁴.

Tahrik halinde fail, yapılan harekete karşı bir tepki suçu işleyebileceğinden, birçok suç açısından haksız tahrik halinin uygulanması olanaklıdır. Failin işlemiş olduğu tepki suçu icrai veya ihmali olabileceği gibi müteselsil suç, tekerrür suçu ya da mütemadi suç da olabilir. Tahrikin etkisiyle hareket eden faillerin iştirak halinde suçlarda da tahrik kurumu uygulanabilecektir. Fakat bu halde tahrik indirimi faillerin tümüne değil, ancak tahrikin etkisi ile suça iştirak etmiş olan şerike uygulanabilecektir.

Kanunumuzun metninde açıkça belirtildiği üzere; haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimsenin cezası belirli oranlarda indirilir. Görüleceği üzere, kanunda “suç işleyen kimse” denilmek suretiyle suçu işleyen failin **herkes** olabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla hiddet veya şiddetli eleme kapılmış herkes tahrik indiriminden yararlanabilecektir.

Haksız tahrik neticesinde suç işleyen ile mağdur arasındaki ilişkiyi kanun göz önüne almamıştır. Bu bakımdan aralarındaki ilişki ne derecede olursa olsun (örneğin akrabalık) haksız tahrikin şartları gerçekleşmişse 29. madde uygulanır. Böylece ana,

¹²³ Özgenç- Şahin, **a.g.e.**, s. 284.

¹²⁴ İzmir **a.g.e.**, s. 25.

baba, karı, koca arasında işlenmiş suçlarda da eğer fail haksız yere tahrik edilmiş ise, ceza indiriminden faydalanır. TCK, suç yönünden olduğu gibi kişi bakımından bazı sınırlar koyan Fransız Ceza Kanunu sisteminden ayrılmıştır.

TCK'nın haksız tahriki suç ve kişi bakımından genel kural olarak kabul etmesi psikolojik esaslara da uygundur. Çünkü 29. maddenin aradığı şiddetteki bir heyecan suni sınırlamalara müsait psikolojik bir durum değildir.

Ceza hukuku uygulaması bakımından **heyecan** durumlarının önemi büyüktür. Zira, heyecan durumlarından biri olan haksız tahrik halinde fail, duruma değil, durum faile hâkimdir¹²⁵. Heyecan hallerinin şiddetli olması halinde, somut olay göz önünde bulundurularak bir fiilin bir kimseye yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümü, yani isnat yeteneğinin tamamen veya kısmen ortadan kalkması sonucunu doğuran arızı bir sebebin mevcudiyeti kabul edilebilir; çünkü fail böyle bir durumda davranışlarını hukuki normların gereklerine uydurabilme yeteneğinden tamamen veya kısmen yoksundur.

İsnat yeteneğini kaldıracak safhada olmayan heyecan durumlarında bir şuur karışıklığının bulunması kastı ortadan kaldırmaz, fakat bu hallerden biri olan haksız tahrik halinde failin suça yönelik fiil konusunda karar vermesi kolaylaşır. Ancak böyle bir ruhi karışıklığın faili etkilemesi benzer bir durumda normal bir kişinin de etkilenebileceğinin kabulü halinde söz konusu olur.

Doktrinde haksız tahrik, kimi yazarlarca “suçu” veya “cezayı” kimi yazarlarca da “kusurluluğu” etkileyen haller arasında incelenmiştir¹²⁶. Kanaatimizce haksız tahrik, kusurluluğu azaltan bir nedendir. Haksız tahrik halinde kişi kusurlu olmaya devam eder, ancak iradesi karşı tarafın fiili nedeniyle etkilendiğinden kusuru azalır dolayısıyla cezasından indirim yapılır. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin (örneğin, akıl hastalığı ya da ceza verilmeyecek derecedeki yaş küçüklüğü hali) varlığı halinde kişiye kusur izafe edilemeyeceğinden dolayı cezaya hükmolunmaz, ancak tedbir uygulanabilir.

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve sağır-dilsizlik durumlarının şahsi indirim sebebi olduklarına dair tartışma olmamasına rağmen, haksız tahrikin şahsi indirim sebebi mi yoksa fiili bir indirim sebebi mi olduğunda tartışma vardır. Tahrikin varlığı

¹²⁵ Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoğlu, (1994), **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, 1.Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 1006.

¹²⁶ Artuk vd. **a.g.e.**, ss. 528-529.

halinde cezanın indirilmesinin nedeni haksız tahrikin fail üzerinde meydana getirdiği psikolojik etkidir. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda fiile bağlı bir neden gibi görülmekte ise de tepki suçunun ilk haksız hareketi yapana yönelik olması gerektiğinden, fiile bağlı değil, **şahsa bağlı** bir indirim nedeni olarak kabul etmek gerekir.

Haksız tahrik bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Sadece cezayı azaltan bir sebeptir. O halde hukuka uygunluk sebeplerinin aksine haksız tahrik durumunda fiil hukuka aykırı olmaya devam eder¹²⁷.

Hukuka aykırılık kusurdan farklıdır. **Kusur**, failin işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesi, fiilin faile kişisel olarak da isnat edilebilmesi, işlediği fiil nedeniyle bizzat hukuk nezdinde sorumlu tutulabilmesi anlamına gelmektedir. Bu sebeple fail hakkında “kusurlu” yargısına varmadan önce onun tarafından yapılan ve tipe uyan haksızlığın bulunması gerekir. Fail içinde bulunduğu ortam ve koşullara göre davranışlarını hukuk düzeninin beklentileri doğrultusunda yönlendirebilecek iradeye sahip olmasına rağmen aksi bir tutumu tercih etmiştir. O halde, hukuka aykırılık fiilin bir niteliği olduğu halde kusurluluk fiilin değil, bu fiille ilgili olarak fail hakkında verilen bir değer yargısını ifade etmektedir¹²⁸. Bu durumun sonucu olarak haksız tahrikte fiilin suç sayılma niteliği ortadan kalkmayıp failin cezai sorumluluğu devam etmektedir. Bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilen meşru savunmada hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, failin cezai sorumsuzluğu gündeme gelmektedir¹²⁹.

TCK’nın haksız tahriki düzenleyen 29. maddesi kişiye haksız tahrikin etkisi altında işlediği suçtan dolayı verilecek olan cezanın belirli bir miktarda indirilmesini öngörmüştür. Tüm suçlar açısından geçerli olan **bu genel kuralın yanı sıra**, belli birtakım suçların bir haksız fiilin oluşturduğu hiddet ve şiddetli elem halinin etkisi altında işlenmesi halinde bu suçların cezasında belli bir miktarda indirim yapılmasını gerektiren **özel tahrik halleri de vardır**. Bu özel tahrik hallerinden birinin varlığı halinde artık genel hüküm içeren 29. madde uygulanamayacaktır. Zira, suç failinin tek

¹²⁷ Bahri Öztürk vd., (2003), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 2.bası, Turhan Yayınları, Ankara, s. 97.

¹²⁸ Mahmut Koca, (2006), “Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, ss. 115-144.

¹²⁹ Şen, **a.g.e.**, s. 81.

bir indirim sebebinden iki defa yararlanması mümkün değildir¹³⁰.

Anayasanın 141. maddesi ile CMK'nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca hâkim ve mahkemelerin her türlü kararının karşı oy dahil gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Haksız tahrike ilişkin kararın da buna dahil olduğu kuşkusuzdur. Sanığı eyleme yönelten tahrikin varlığı ile bu tahrikin ağırlık derecesini takdir keyfiyeti mahkemenin sorumluluğunda ise de, bu takdirin olayın oluşuna, kanıtlara ve normlara uygun olup olmadığının Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi'nce denetlenebilmesi için mahkemece gerekçeye bağlanması zorunludur.

Yargıtay uygulamalarına göre, tahrik konusunda hüküm kurulurken kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve hangisinin diğerine üstün tutularak kabul edildiğinin açıklanması, tahrik oluşturan eylemlerin açıkça ve net olarak gösterilmesi, haksız kışkırtma hükmünün nesnel ve öznel öğeleri ile nesnellik bağlarının ve ilk haksız davranışın kimden geldiğinin saptanması ile ulaşılan sonuca göre tahrikin derecesi, failde uyandırdığı öfke ve acı da dikkate alınarak mantıklı gerekçe gösterilmek suretiyle karara yansıtılması gerekir¹³¹.

Yargıtay pek çok kararında tahrikin varlığı veya ağırlık derecesinin saptanması bakımından mahkemenin kararına dayanak yaptığı tahrikin kabulü veya reddine ilişkin önceki olayla ilgili bir dosyanın varlığı halinde bu dosyanın incelenmesi ve Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesi gerektiğini, ayrıca savunmada ileri sürülen fiilin gerçek olup olmadığının araştırılması, bu konuda gösterilen tanıkların dinlenilmesi, gerektiğinde mülkiyet, zilyetlik iddiası gibi irtibatlı dosyaların getirtilerek konunun etraflıca soruşturulması gerektiğini vurgulamaktadır¹³².

¹³⁰ İzmir, **a.g.e.**, s. 21.

¹³¹ "...Olaya sanığın sövmesinin yol açtığı ya da olayda sövme olmadığına ilişkin savunma, yakınma ve tanık anlatımları arasındaki **çelişkinin yüzleştirilerek giderilmeye çalışılması**, giderilemediği takdirde yöntemince irdelenerek **hangi anlatımlara hangi nedenlerle üstünlük tanındığı açıklanıp sonucuna göre haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi** gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile karar verilmesi..." (Yargıtay 3. CD. 03.05.2004 tarih ve 6759-4484 E. K. sayılı kararı.)

Aynı şekilde **"...sanığın kendisine küfür edip vurması nedeniyle yakınını yaraladığının anlaşılmasına karşın, yeterli gerekçe gösterilmeden haksız kışkırtma hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi..."** (Yargıtay 4. CD. 16.09.2003 tarih ve 25432-7604 E. K. sayılı kararı.)

¹³² Parlar-Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 230.

2.2. HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI

TCK'nın 29. maddesinde haksız tahrikin ne olduğu ve hiddet veya şiddetli elem halinde hangi oranda indirim yapılacağı belirtildiği halde haksız tahrikin şartları belirtilmemiştir¹³³.

Haksız tahrik, çoğu ceza kanunlarında genel bir indirim nedeni olarak kabul edilmekle birlikte, ihtiraslardan doğan hiddetlerin kötüye kullanılmasının önlenmesi için bir takım şartlara¹³⁴ bağlanarak sınırlandırılmıştır.

Haksız tahrikin şartlarını **üçlü** bir ayrımla ifade eden yazarlara göre bu şartlar “tahrik teşkil eden bir fiilin bulunması, fiilin haksız olması, fiilin haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şiddetli bir elemin tesiri altında işlenmesi” olarak açıklanabilir.

Haksız tahrikin şartlarını **dörtlü** bir ayırım ile ifade eden yazarlara göre ise tahrikin şartları “tahrik teşkil eden bir fiilin olması, bu fiilin haksız olması, haksız fiilin failde gazap veya şiddetli bir elem yaratmış olması, bu suçun buhran halinde işlenmesi”dir¹³⁵.

Bu konuda **beşli** ayırımı kabul eden yazarlara göre, tahrikin şartları, “haksız tahrik teşkil eden bir eylemin bulunması, haksız eylemin failde gazap ve hiddet meydana getirmesi, suçun bu gazap ve hiddetin etkisiyle işlenmiş olması ve suçun, tahriki oluşturan haksız eylemi yapan kimseye karşı işlenmiş olması” şeklinde açıklanabilir.

Bu konuda **altılı** bir ayırımı kabul eden yazarlara¹³⁶ göre haksız tahrikin şartları yukarıda belirtilen beş koşula ilaveten “fail tarafından işlenen suçun, söz konusu ruhsal durumun tepkisi olması” koşuludur.

Yargıtay, bir kararında¹³⁷ bu şartları “tahrikin mevcudiyeti, bu fiilin haksız

¹³³ Cengiz Bardak, (1988), “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Sayı:1, Ankara, s. 43.

¹³⁴ Haksız tahrik halinin kabul edilebilmesi için gerekli olan bu şartlar, bazı yazarlarca haksız tahrikin “**koşulları**” (Öztürk-Erdem-Özbek a.g.e., s. 228; Başar, a.g.m., s. 255, İçel vd. a.g.e., s. 284, Centel, a.g.e., s. 351, Duran, a.g.e., s. 100) kimi yazarlarca haksız tahrikin “**unsurları**” (Erem-Danışman-Artuk, a.g.e., s. 594; Yavuz, a.g.m., s. 447); kimi yazarlara göre haksız tahrikin “**şartları**” (Dönmezer-Erman, II.cilt, a.g.e., s. 350; Taner, a.g.e., s. 445; Önder, II, a.g.e., s. 377; Şen, a.g.e., s. 477, Soyaslan, a.g.e., s. 503; Güreli, a.g.m. s. 333) bazı yazarlar da haksız tahrikin “**öğeleri**”, (Aktaş, a.g.e., s. 113) olarak açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, a.g.e. s. 100.

¹³⁵ Duran, a.g.e., s. 100.

¹³⁶ Dönmezer- Erman, 2. cilt, a.g.e., s. 350.

¹³⁷ Yarg. CGK.nın 16.06.1998 tarih ve 1998/148-232 E.K. sayılı kararı.

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 altılı bir ayrımla açıklamışken,

Bir başka kararında¹³⁸ ise, “tahriki oluşturan bir fiil olması, bu fiilin haksız olması, failin gazap veya elemin etkisi altında kalması, failin işlediği suçun bu ruhi durumun tepkisi olması, haksız tahrik teşkil eden eylemin mağdurdan kaynaklanması” şeklinde beşli bir ayrımla ifade etmiştir.

Yargıtay bir başka kararında¹³⁹ ise, bu koşulları “tahriki oluşturan bir fiil olması, bu fiilin haksız olması, failin öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalması, failin işlediği bu suçun bu ruhi durumun tepkisi olması, haksız tahrik oluşturan eylemin mağdurdan sadır olması ya da mağdurun o fiili önleme sorumluluğunun bulunması, suçun tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması” şeklinde yine altılı bir ayrıma tabi tutmuştur¹⁴⁰.

Biz bu çalışmamızda doktrin ve uygulamadaki görüşlerden de yararlanarak haksız tahrikin kabul edilebilmesi için gerekli şartları altı başlık altında inceleyeceğiz. Bunlar;

- 1- Tahrik Oluşturan Bir Fiil Olmalıdır.
- 2- Bu Fiil Haksız Olmalıdır.
- 3- Bu Haksız Fiil, Failde Hiddet Veya Şiddetli Bir Elem Meydana Getirmelidir.
- 4- Suç, Hiddet Veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında İşlenmelidir. (Haksız Fiil ile Suç Arasında Nedensellik Bağının Mevcudiyeti)
- 5- Haksız Tahrik Teşkil Eden Eylem Mağdurdan Sadır Olmalı Veya Mağdurun O Fiili Önleme Yükümlülüğü Bulunmalıdır.
- 6- Tahrik Eden Kişiye (Mağdura) Yönelik Bir Tepki Suçu İşlenmiş Olmalıdır.

¹³⁸ Yarg. CGK.nın 31.10.1994 tarih ve 1994/225-250 E.K. sayılı kararı.

¹³⁹ Yarg. CGK.nın 10.06.2003 tarih ve 143-183 E.K. sayılı kararı.

¹⁴⁰ Duran, **a.g.e.**, s. 102.

2.2.1. Tahrik Oluşturan Bir Fiil Olmalıdır.

Haksız tahrikten söz edebilmek için her şeyden önce haksız bir fiilin varlığı gerekir. Ortada “**haksız bir fiil**” bulunmuyorsa haksız tahrikten bahsedilemeyeceği açıktır.

Yargıtay, bir kararında¹⁴¹ “**tahrik edici bir hareket bulunmadıkça maddenin uygulanamayacağını**” belirtmiş, yine başka bir kararında¹⁴² “**maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem bulunmadığı halde sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması**”nı bozma sebebi yapmıştır¹⁴³.

Kanunumuz sadece belirli halleri haksız tahrik sayan, mesela yalnız öldürmeye teşebbüs, müessir fiil, ırza tecavüz gibi sayılan suçların tahrik kabul edilebileceğini benimseyen Amerikan sisteminden farklı olarak, ne gibi hallerin tahrik teşkil edebileceğini göstermiş değildir. Türk Ceza Kanunu fiilin yalnızca haksız olma niteliğinden bahsetmiş, bunun dışında hangi fiillerin tahrik niteliğinde olduğuna ilişkin bir belirlemede bulunmamıştır¹⁴⁴. Bir fiilin tahrik edici niteliği haiz olup olmadığı, tahriki oluşturan fiili yapan kişinin durumuna, tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, bu kişiler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer şartlarına göre takdir edilmelidir.

Haksız tahrikin varlığı için öncelikli koşullardan ilkinin objektif olarak tahrik fiilinin varlığı olduğunu söylemek gerekir. Bu fiilin en önemli özelliği ise “**haksız**” olmasıdır¹⁴⁵. Bunun haricinde kanunumuz tahrik fiilinin niteliği konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle diğer koşulların bulunması halinde **herhangi bir fiil** haksız tahrik olarak kabul edilebilecektir. Bu fiil, olumlu ya da olumsuz bir hareket olabileceği gibi, bir söz, yazı, işaret veya davranış biçiminde de bulunabilir.

¹⁴¹ Yargıtay 1. CD.nin 05.04.2005 tarih ve 2005/480-704 E.K. sayılı kararı

¹⁴² Yargıtay 1. CD.nin 19.11.2007 tarih ve 2006/6519 E. 2007/8520 K. sayılı kararı

¹⁴³ Yargıtay’ın bu hususa ilişkin kararlarını çoğaltmak mümkündür. Örneğin:

“Maktulden kaynaklanan ve **haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem olmadığı halde sanık lehine hafif haksız tahrik hükmünün uygulanması..**” (Yargıtay 1. CD.nin 2006/6519 E. 2007/8520 K.- Uyap İçtihat Sorgulama)

“Gerek olay öncesi, gerekse olay sonrasında **mağdurdan kaynaklanan ve haksız tahrik teşkil eden hareket bulunmadığı halde** sanığın cezasından tahrik gerekçesiyle indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini..” (Yargıtay 1. CD’nin, 2007/7608 E, 2009/1327 K.-Uyap İçtihat Sorgulama)

¹⁴⁴ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 317.

¹⁴⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 103.

Fiilin tahriki teşkil edici bir fiil¹⁴⁶ olması gerektiği gibi, objektif olarak da mevcut olmalıdır. Vehim ve zan tahrik oluşturmaz.¹⁴⁷ Zira vehim ve zan gerçekte ve fiille bağdaştırılmaz.

Haksız tahrikten söz edebilmek için mutlaka bir fiilin bulunması ve bu fiilin bir insan tarafından meydana getirilmesi gerekmektedir.¹⁴⁸ Bu nedenle sözünü dinlemeyen bir hayvana kötü muamelede bulunan kişi hayvan tarafından tahrik edildiğini öne süremez.¹⁴⁹

Eğer ortada bir hayvan hareketi söz konusu ise, ancak bu hayvanın bir insan tarafından kullanılması ya da tahrik fiiline hayvan sahibinin kusurlu davranışlarının neden olması durumlarında fiilin haksız olduğu kabul edilebilir.

Yargıtay da, bir kararında¹⁵⁰ “*hayvan sahibine atfedilebilecek bir kasıt veya taksir mevcut olmadıkça, tarlasına giren hayvanın bir zarar meydana getirmesi dolayısıyla failin gazap ve elemnin haksız tahrik indirimine yol açmayacağı*”nı kabul etmişken, bir başka kararında¹⁵¹ “*gerekli özeni göstermeyerek hayvanını bağlamayıp altı yaşındaki kızının nezaretine bırakan kişinin ihmali sonucunda hayvanın mısır tarlasına girerek mahsullerine zarar vermesinin yol açtığı öfke nedeniyle işlenen suçta fail lehine haksız tahrik indiriminin uygulanması gerekeceğine*” karar vermiştir. İlk kararda hayvan sahibine atfedilebilecek herhangi bir kusur bulunmaması, ikinci kararda ise mağdurun gerekli özeni göstermeyerek hayvanının failin mahsullerine zarar vermesine sebebiyet vermesi sebepleri ile bu kararlar arasında herhangi bir çelişki yoktur.

Haksız hareketin mutlaka **sanığın şahsına yönelik olması aranmaz**. Sanığın yakınlarına, sevdiği bir kişiye ve hatta yabancı bir kişiye yapılan haksız bir hareket de haksız tahrik teşkil edebilir¹⁵².

¹⁴⁶ A.Nevzat Aygün, (1986), “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:77, Sayı:4, Ankara, ss. 25-48.

¹⁴⁷ Faruk Erem, (1946), “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:37 Sayı:7, Ankara, ss. 637-654.

¹⁴⁸ Yaşar Yavuz, (1991), “Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, Sayı:68, Ankara, ss. 445-466.

¹⁴⁹ Hakan Hakeri, (2008), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 212.

¹⁵⁰ Yargıtay 2. CD.nin 05.12.1953 tarih ve E.53/14997, K.53/14973 sayılı kararı (Duran **a.g.e.**, s. 104)

¹⁵¹ Yargıtay CGK.nın 24.12.1990 tarih ve E.8-340, K. 357 sayılı kararı.

¹⁵² Nitekim Yargıtay **CGK** da, 06.06.1983 tarihli 1983/43-275 E.K. sayılı kararında “**haksız tahrikin faile karşı işlenmiş olması şart değildir, haksız fiilin, failin yakını olan bir kimseye veya failce sayılan bir kişiye veya faile tamamıyla yabancı bir şahsa karşı da işlenmiş olabilir...**” diyerek aynı görüşü ifade etmiştir.

Uygulama da bu doğrultuda olup, Yargıtay da haksız hareketin mutlaka sanığın kendisine veya akrabasına yönelmesi şart olmayıp, herhangi bir şahsa yönelen haksız eylemlerin de insanda elem ve teessür uyandırabileceğini kabul etmektedir. Örneğin, Yargıtay bir kararında “*sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızların maktul ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında şiddetli elem duyarak suç işleyen sanığın eyleminin*”¹⁵³, bir başka kararında “*üç kişinin bir çocuğu kovaladığını görüp bunların peşine düşen ve bunlardan birini silahla yaralayan zabıta memurunun eyleminin*”¹⁵⁴ sanık üzerinde hiddet veya şiddetli elem meydana getirebileceğini kabul ederek haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir¹⁵⁵.

Haksız fiilin yöneldiği kişinin failin akrabası veya ona yakın bir kişi olması da şart değildir. Nitekim kanunumuzda tahrik fiiline maruz kalanın fail olmasını şart koşan bir unsur bulunmamaktadır¹⁵⁶. Türk Ceza Kanunu’nda tahrik eyleminin kime yönelik olması gerektiği konusunda da açık bir düzenleme yoktur.

Bazı kanunlarda, örneğin Alman Ceza Kanunu’nun 213. maddesinde “*kişinin kendisine veya bir yakınına yönelik haksız bir eylem veya ağır hakaret...*” demek suretiyle haksız tahrik eyleminin hedefinin sanıktan başkası da olabileceği açıkça belirtilmiş ve yasada yakınların kimler olduğu tek tek sayılmıştır¹⁵⁷. Türk C.K. ise bu konuda herhangi bir ayrıma gitmemiş ve sınırlama da getirmemiştir. O halde, faile yakın bir kimseye, failce sevilen veya sayılan bir kişiye, hatta bir yabancıya karşı yapılan bir fiil de, faili öfke veya elem durumuna sokabilir. Bu sebeple sokakta küçük bir çocuğun sebepsiz yere dövüldüğünü görüp de hiddete kapılan ve çocuğu döven kişiye karşı herhangi bir suç işleyen kimse bakımından haksız tahrikin varlığını kabul etmek gerekir. Bunun gibi failin hayvanlarına veya bahçesindeki bitkilerine yönelik

¹⁵³ Yargıtay CGK. 22.05.1989 tarih ve 133-192 E. K. sayılı kararı. (Duran **a.g.e.**, s. 111.)

¹⁵⁴ Yargıtay CGK. 23.03.1978 tarih ve 306-369 E. K. sayılı kararı. (Duran **a.g.e.**, s. 111.)

¹⁵⁵ Yargıtay’ın 2011 tarihli bir kararı da aynı doğrultudadır: “**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 faili öfke veya elem durumuna sokabileceği** oluş ve kabule göre olay günü arkadaşı Bekir’le tartışan ve onun üzerine elinde sopa olduğu halde yürüyen katılanın bu haksız hareketi üzerine ona yumrukla vuran sanık hakkında **haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekirken** sanığın sopa ile üzerine yürüme eyleminin mağduru olmadığından bahisle yazılı şekilde karar verilmesi...” (Yargıtay 2. CD’nin 18/01/2011 tarih ve 2009/30305 E. 2011/174 K. sayılı kararı.-Uyap İçtihat Sorgulama)

¹⁵⁶ Savaş-Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 689.

¹⁵⁷ Nur Başar Centel, (1982), “Haksız Tahrik”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Yıl:5, Sayı:3, Ankara, ss. 353-356.

işlenen fiiller de onu hiddete sevk edebileceği¹⁵⁸ gibi, failin sevgi ve saygı duyduğu yabancı bir kişi ya da manevi değeri olan bir eşya da tahrike konu olabilir¹⁵⁹.

Haksız hareketin mutlaka sanığa yönelik olması gerekmediği gibi, **sanığın bir yakınına yönelik olması da şart değildir**. Örneğin Yargıtay bir kararında¹⁶⁰, devlete ait ormandan izinsiz olarak odun ve kozalak toplanması eyleminde mağdurun haksız niteliğindeki bu eyleminin faili hiddet veya öfke durumuna sokabileceğini belirterek failin haksız tahrik hükmünden yararlanması gerekeceğine karar vermiştir¹⁶¹.

Tahrik fiilleri, **olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilir**. Yargıtay da tahrik eyleminin müspet veya menfi hareketlerle yapılabileceğine karar vermiştir¹⁶². Sanığa, geçmişte telefonla hakaret edilmesi¹⁶³, sanığın kız kardeşinin fotoğrafının izinsiz çekilmesi¹⁶⁴, maktulün, kocası evde olmayan sanık kadına cinsel ilişki teklifi¹⁶⁵, maktulün, failin yatak odasını gözetlemesi¹⁶⁶, su yüzünden çıkan tartışmada maktulün sanığa hakaret etmesi¹⁶⁷, mağdurun, sanığın üzerine traktör sürmesi¹⁶⁸, babasının da kendisinin de dövüldüğü bir ortamda failin çakı bıçağıyla mağduru yaralaması¹⁶⁹, üzerinde çayır bulunan araziden araba geçirilmesi¹⁷⁰, sanığın hacılığından bahsedilerek ona devam eden şekilde şakalar yapılması¹⁷¹, yere bardak atılıp hakaret içeren sözler söylenmesi¹⁷², mahkemece belirlenen günde sanığın çocuğunu görmesinin engellenmesi¹⁷³ şeklindeki eylemler Yargıtay’ca haksız tahrik oluşturan olumlu veya olumsuz hareketlere örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁴.

Yasa hangi eylemlerin tahrik eden eylem sayılacağını göstermediğinden **herhangi bir eylem** “tahrik eylemi” sayılabilir. Yukarıda bahsedildiği gibi bu eylem

¹⁵⁸ Dönmezer-Erman, II, s. 351.

¹⁵⁹ Abdullah Pulat Gözübüyük, (1998), **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 5.Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s.574.

¹⁶⁰ Yargıtay 1. CD.nin 09.07.1981 tarih ve 3551-3407 E.K. sayılı kararı.

¹⁶¹ Ancak bu karar, haksız tahrikin uygulama alanını fazla genişlettiği düşüncesiyle eleştiriye uğramıştır.

¹⁶² Yargıtay CGK. 14.03.1966 tarih ve 116-56 E. K. sayılı kararı.

¹⁶³ Yargıtay 1. CD.nin 13.11.2000 tarih ve 2482-3137 E.K. sayılı kararı.

¹⁶⁴ Yargıtay 2. CD.nin 16.06.2004 tarih ve 6129-12008 E.K. sayılı kararı.

¹⁶⁵ Yargıtay 1. CD.nin 11.12.1980 tarih ve 4690-5103 E.K. sayılı kararı.

¹⁶⁶ Yargıtay CGK. 06.04.1981 tarih ve 5-117 E.K. sayılı kararı.

¹⁶⁷ Yargıtay 1. CD.nin 28.09.1977 tarih ve 2359-2781 E.K. sayılı kararı.

¹⁶⁸ Yargıtay 2. CD.nin 26.04.2004 tarih ve 248-7947 E.K. sayılı kararı.

¹⁶⁹ Yargıtay 1. CD.nin 13.11.2000 tarih ve 2482-3137 E.K. sayılı kararı.

¹⁷⁰ Yargıtay 4. CD.nin 25.01.1996 tarih ve 7866-561 E.K. sayılı kararı.

¹⁷¹ Yargıtay CGK.nın 20.03.1982 tarih ve 38-117 E.K. sayılı kararı.

¹⁷² Yargıtay 4. CD.nin 22.03.1977 tarih ve 1762-1717 E.K. sayılı kararı.

¹⁷³ Yargıtay 4. CD.nin 18.12.2002 tarih ve 16289-18777 E.K. sayılı kararı.

¹⁷⁴ Duran **a.g.e.**, s. 105.

olumlu veya olumsuz bir davranış olabileceği gibi kişi üzerinde maddi ya da manevi cebir, tehdit, kabaca davranışlar, işaretler, küçümseyen, hor gören bir gülüş, alay, sırların ifşası, haksız rekabet, suç teşkil etmese bile hayvanlara kötü muamele halleri ve bunlara benzer durumlar tahrik eylemlerine örnek olarak gösterilebilir^{175, 176},

Bu konuda bahsedilmesi gereken önemli bir mesele de “**mefruz tahrik**” konusudur. Mağdurdan kaynaklanmayan, ancak failin mağdurdan kaynaklandığını sandığı bir fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında, (mağdurdan kaynaklandığını zannettiği bu duruma tepki olarak) suç işlemesi durumuna “mefruz tahrik” (veya varsayılan kışkırtma) denmektedir.

Tahriki oluşturan fiilin objektif olarak mevcut olmadığı, örneğin, haksız tahrik oluşturacak bir hareket yapılmadığı halde fail böyle bir hareketin yapıldığını zannederek hiddet veya şiddetli elem haline girmiş ve bu psikolojik hal içerisinde suç işlemişse bu haksız tahrik kabul edilip indirim sebebi sayılabilecek midir?

Bu konuda doktrinde ve uygulamada 2 farklı görüş ve içtihatlar bulunmaktadır.

Mefruz tahriki bir indirim nedeni olarak kabul etmeyen birinci görüşe göre; tahriki oluşturan hareketin yapılmış olduğunun failce zannedilmesi maddenin uygulanması için yeterli değildir, bu hareketin gerçekte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Failin bu yöndeki zan ve kanaati bir nedensellik değeri taşımamaktadır. Gerçekte mağdur tarafından yapılmış haksız bir eylem olmayınca ortada “karşılıklı kusurlu olma” durumu da bulunmaz. Hukukun temel ilkelerinden birisi de “bir kimsenin kendi kusurundan yararlanamaması” ilkesidir. Bu nedenle haksız eylem varsayımı ile hareket eden failin yanılığısına hukuki bir değer yükleyen görüşlere katılmak mümkün değildir¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Ali Demir, (1986), “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, **Adalet Dergisi**, Sayı:2 Ankara, ss. 45-51.

¹⁷⁶ “Maktulenin eşi olan sanıkla Antalya’ya gitmek istememesi ve cinsel birleşme talebini reddetmesi haksız tahrik teşkil etmiyor ise de; aksi kanıtlanamayan savunmaya göre olay gecesi cinsel ilişki teklif ettiği eşi olan maktülenin, kendisini iteklemesi, yataktan düşürmesi ve hakaret etmesinin sanık lehine **haksız tahrik teşkil ettiği**” Yargıtay 1. CD’nin 2006/4528 E. 2007/6751 K. sayılı kararı (Uyap İçtihat Sorgulama)

¹⁷⁷ Güreli, **a.g.m.**, s. 333, Demirbaş, **a.g.e.**, s. 46, Erem-Danışman-Artuk, **a.g.e.**, s. 595, Başar I, **a.g.m.**, s. 59, Malkoç, **a.g.e.**, s. 336, Ayık, **a.g.m.**, s. 89 bu görüşü savunan yazarlardır. Adalet Bakanlığı da, 31.05.1934 tarihli 2090 sayılı mülga genelgesinde “**vehim ve zannın tahriki gerektiren hallerden sayılamayacağını**” belirterek bu görüşü desteklemiştir. Yargıtay eski üyelerinden Sadık Mollamahmutoğlu da, “**mefruz tahrik halinde fail haksız tahrik hükmünden yararlanamaz, ancak bu durum cezayı azaltıcı takdiri bir sebep olabilir**” (Savaş

Mefruz tahriki bir indirim nedeni olarak kabul eden ikinci görüşe göre ise, haksız tahrikin uygulanmasındaki espri faildeki psikolojik ruh halidir. Failde bu hâl oluşmuşsa yani hiddet ve elem meydana gelmişse bu maddenin uygulanması ve failin cezasının indirilmesi gerekir. Failin tahrik edici bir eylemin var olduğu yolundaki makul inancını lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasını kabul etmek için yeterli kabul etmek gerekir. Çünkü haksız tahrikte cezanın indirilmesinin asıl nedeni psikolojik olup, failin gazap veya elem saikiyle hareket etmiş olması nedenine dayanır. Bu psikolojik esas, mefruz tahrik halinde de bulunduğundan, duygularının veya zihni yeteneklerinin faili yanıltmış olması, bu sebepten yararlanmamasını gerektirmez. Aksi durum isabetsiz olacaktır¹⁷⁸.

Yargıtay’ın, mefruz haksız tahrik halini indirim nedeni olarak kabul eden kararları bulunduğu gibi aksi yönde kararları da vardır. Örneğin Yargıtay, bir kararında¹⁷⁹, “*sanığın karısı ile maktulün zina etmesi söz konusu olmadığı halde, sanığın böyle bir sanıya kapılması durumunun haksız tahrike konu olabileceği*”ne hükmetmişken, bir başka kararında¹⁸⁰ aksine bir görüşle “*babasının saldırıya uğradığını sanarak ateş etme*” olayında haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir¹⁸¹.

Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 826) diyerek bu fikre destek vermiştir.

Ayhan Önder de aynı kanaattedir. (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İst., 1992, s.348.)

¹⁷⁸ Dönmezer-Erman II, a.g.e., s. 357, Soyaslan, a.g.e., s. 506, Başar, I, a.g.m., s. 258, Özgenç-Şahin, a.g.e., s. 287, bu görüşü savunan yazarlardandır.

Yargıtay eski üyelerinden Vural Savaş da, “**fail iyi niyetle ve olayın doğruluğuna inanarak hareket etmiş olduğu takdirde cezasının indirilmesi gerekir**” diyerek bu görüşe destek vermiştir. (ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, a.g.e., s. 115)

¹⁷⁹ Yarg. 1. CD’nin, 24.05.1977 tarih ve 1076-1830 E. K. sayılı kararı.

¹⁸⁰ Yarg. CGK’nın 15.05.1989 tarih ve 121-186 E. K. sayılı kararı.

¹⁸¹ Yargıtay 1. CD’nin, 02.02.1995 tarih ve 63-210 E. K. sayılı kararı da benzer şekilde olup, “**öldürme olayından 15 dakika önce sanığın ağabeyinin dövülmesi olayında maktul bulunmadığı halde, sanığın maktulün de bulunduğunu sanarak suç işlemesi**” olayında haksız tahrik uygulanamayacağına karar vermiştir.

Yargıtay’ın, her iki yönde kararları bulunmakla birlikte, **özellikle eski tarihli olanlarında mefruz tahrik halini indirim nedeni sayan kararları daha ağırlıklıdır**. Örneğin Yargıtay 1. CD’nin 19.06.1953 tarih ve 1373-3132 E.K. sayılı kararında “**zanlının karısı ile maktul arasındaki gayrimeşru münasebete inanarak ve bu kanaatle suçu işlemiş olan sanık hakkında 51. madde ile cezanın indirilmesi lazım gelirken, şayanın dedikodu hududunu geçmediğinden bahisle indirim yapılmamasının yolsuz olduğu**”na karar vermiştir.

Yine, sanığın karısı ile olan geçimsizliğine kayıncıvalidesinin sebebiyet verdiği düşüncesiyle kayıncıvalidesini öldürme eyleminde Yargıtay haksız tahrik indirimi yapılmasını kabul etmiştir. (Yargıtay 1. CD. 02.03.1976 tarih ve 3233-781 E. K. sayılı kararı.

Yargıtay 1. CD. 09.12.2003 tarihli ve 3000/3039 E.K. sy.lı kararında ise “**mağdurlardan kaynaklı her hangi bir haksız hareket bulunmadığı halde, otomobil ile yolda gitmekte olan mağdurların oto**

Yine Yargıtay, 24.12.2002 tarihli bir genel kurul kararında “*sanığın hiçbir zaman meydana gelmemiş ve kendisine yönelmemiş bir eylemin haksız olduğu inancı içerisinde hareket ederek suç işleminde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur*” diyerek mefruz haksız tahrik halini indirim nedeni kabul etmez iken, bir başka kararında¹⁸² “*failin haksız davranışın kendisine yöneldiğini zannederek ve bunun etkisi ile suç işlemesi durumunda varsayılan kışkırtma nedeniyle bu inandırıcı nedenden yararlanacağı açıktır.*” diyerek mefruz haksız tahrik halini indirim nedeni olarak kabul etmiştir.

Bu konuda bizim de katıldığımız karma diyebileceğimiz görüşe göre, mefruz tahrik halinde cezanın indirilmesi konusunda bir ayrıma gidilmelidir. Fail kendi kusuru yahut özensizliği neticesinde tahrik fiilinin var olduğu zehabına kapılmış ve bu nedenle suç işlemişse tahrik hükümlerinden yararlandırılmamalı, eğer kendi kusuru ve özensizliği olmaksızın normal bir kişinin davranış şeklini sergilemesine rağmen tahrik fiilinin olduğu kanaatine varmış ve bu şekilde suç işlemişse bu durumda tahrik indiriminin uygulanması gerekmektedir¹⁸³. Bu fikre göre eğer, failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusur yok ise, onu bu psikolojik durumundan yararlandırmamak haksız tahrikin esasına aykırı olacaktır¹⁸⁴.

Örneğin, bir toplulukta aynı isimde birden fazla kişi mevcut olup bunu bilmeyen ve ismi söylenerek hakaret edildiğinde kendisine hakaret edildiğini zannederek öfkeye kapılıp hakarete karşılık veren kişinin cezasından indirim yapılacak mıdır? İşte burada somut olayı irdelenip bulunulan yer, zaman, koşullar birlikte değerlendirilerek, faile izafe edilecek özensizlik bulunup bulunmadığına ve indirim yapıp yapılmayacağına karar vermek gerecektir. Eğer fail, kendi kusuru olmaksızın (normal bir kişinin davranışını sergileyip, yeterli özeni göstermesine rağmen) yanılmış ve bu şekilde suç işlemişse bu durumda tahrik indiriminden yararlanması gerekecektir.

içinde eğildikleri sırada gerçekte **gerçekte mevcut olmadığı halde silah alıp ateş edeceklerinden bahisle uygulama olanağı bulunmadığı halde sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması**” diyerek mefruz tahrik savunmasını kabul etmemiştir.

¹⁸² Yargıtay 4. CD.nin 17.04.1996 tarih ve 3547 K. sayılı kararı.

¹⁸³ İzzet Özgenç, (2009), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 372.

¹⁸⁴ Duran, **a.g.e.**, s. 115.

Yargıtay eski üyelerinden Sami Selçuk da, bir muhalefet şerhinde “**mefruz tahrik durumunda fail kusursuz yanılarak öfke veya elem haline sürüklenmiş ise haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir**” şeklindeki açıklaması ile bu görüşü savunmuştur.

Yargıtay’ın, gerçekte tahrik oluşturan bir fiil bulunmamasına rağmen failin böyle olduğuna inanarak işlediği suçtan dolayı haksız tahrikin uygulanamayacağı yönündeki kararlarının Y.TCK’nın 30/3. maddesi karşısında geçerliliği kalmamıştır¹⁸⁵.

Zira, TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrası, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır” hükmünü içermektedir.

Yeni TCK’nın bu (30/3.) maddesi, karma diyebileceğimiz 3. görüşün yasal dayanağı olarak kabul edilebilir.

Koca-Üzülmez de “bu konudaki tartışmalara değinmeksizin konunun yeni TCK’nın 30/3. maddesiyle çözüme kavuşturulduğunu belirtelim. Gerçekten haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir sebebi oluşturduğuna, mefruz haksız tahrik hali de kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hataya düşülmesini ifade ettiğine göre 30/3. madde gereğince somut olayda bu yanılmanın kaçınılabılır olup olmadığına bakılacaktır. Failin içinde bulunduğu şartlar itibariyle bu yanılmanın kaçınılamaz olduğu söyleniyorsa haksız tahrikin varlığı kabul edilecektir. Buna karşılık yanılğı kaçınılabılır nitelikteyse haksız tahrik bulunmadığı söylenecektir” diyerek bu hususu vurgulamışlardır¹⁸⁶.

Tahrik fiilinin failin yüzüne karşı, yahut huzurunda yapılması şart değildir. Kişinin **gıyabında** yapılan davranışlar, söylenen sözler ve hareketler de failde hiddet ve şiddetli elem meydana getirebilir¹⁸⁷.

Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Örneğin, Yargıtay CGK 22.05.1989 tarih ve 133-192 E. K. sayılı kararında “*maktulün, sanığın babasının koluna sopayla vurarak kıldığını öğrenmesi üzerine olay yerine gelen sanığın maktulün başına sopa ile vurarak ölümüne sebebiyet vermesi*” şeklindeki kararıyla ve yine Genel Kurulun 09.07.1973 tarih ve 324-537 E. K. sayılı kararında “*ergin kızının evlenmek için habersiz olarak evden kaçması üzerine kızın kaçtığı kişinin öldürülmesi*” olayında haksız tahrik teşkil eden eylemin failin huzurunda yapılmış olmasının şart olmadığı belirtilmiştir.

¹⁸⁵ Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁸⁶ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 319.

¹⁸⁷ Bardak, **a.g.m.**, ss. 42-52.

Haksız fiilin mutlaka olay sırasında veya olaydan hemen önce vukuu bulmuş olması gibi bir zorunluluk da yoktur. Çünkü failde haksız tahrikin yarattığı hiddetin veya şiddetli elemin etkisi sürebilir, önemli olan husus, suçun işlenmesini tahrik eden haksız fiillerle faile yüklenen suç arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Yargıtay CGK. 01.11.1993 tarihli 261-286 E.K. sayılı kararında “*haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için kanunda bir zaman sınırlaması mevcut değildir, tahriki teşkil eden fiilin faili bu suç nedeniyle mahkum edilmiş ve aradan uzunca bir zaman geçse bile önceki olay sanığı bu suçu işlemeye itmiş ise tahrik hükmü uygulanmalıdır*” demiştir¹⁸⁸.

Haksız fiilin mevcudiyeti konusu kapsamında bahsedilmesi gereken bir diğer konu da kendi fiiliyle olaya sebebiyet veren kişinin tahrik edilen kişinin tepkisi karşısında haksız tahrik hükmünden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Kural olarak fail kendi haksız hareketiyle olaya bizzat neden olmuşsa, yani ilk haksız fiil kendisinden kaynaklanmışsa haksız tahrikten yararlanamaz. Bu nedenle bir kimse önce kendi haksız fiili ile bir kimseyi tahrik ettikten sonra tahrik edilen kişinin tepkisi karşısında kendisinin tahrik edildiğini öne süremez. Ancak ilk yapılan haksız fiile karşı gösterilen tepki ilk hareket bakımından çok **aşırı bir reaksiyon niteliği taşıyorsa** bir başka deyişle haksız davranışı oluşturan fiiller arasında **büyük bir orantısızlık var ise** ilk haksız hareketi yapanın haksız tahrikten yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁹.

Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Örneğin;

“*Sanığın basit bir tokatlama hareketine karşı onu sırtından bıçaklamak suretiyle ağır bir biçimde yaralayan mağdurun karşı tepkisi daha ağır olup, sanığı yüklenen suç işlemeye itmiştir, bu itibarla ilk hareketinde haksız dahi olsa maruz kaldığı tepkinin çok daha ağır olması halinde sanık yararına haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekmektedir.*” (Yarg. CGK 04.10.1993 tarih ve 193/222 sayılı kararı.)

“*Hakaret ettiği mağdurun kendisini tokatlaması üzerine onu öldüren sanığın eyleminde hafif nitelikli haksız kışkırtmanın kabulü gerekir.*” (Yarg. CGK 16.05.1977)

¹⁸⁸ Öğretide de, uygulamaya benzer görüş kabul görmüştür: “**Suç, haksız fiile tepki olarak hemen işlenebileceği gibi kısa veya uzunca bir zaman sonra da işlenebilir. Önemli olan suçun işlendiği anda haksız fiilin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin devam edip etmediğidir. Hâkim, etkinin devam edip etmediğini, yapılan haksız fiilin niteliğine bakarak bunun normal bir kimse üzerinde ne kadar bir süre ile hiddet veya üzüntü meydana getireceğini hesaplayarak belirlemelidir.**” (Koca-Üzülmez, a.g.e., s. 321)

¹⁸⁹ Koca-Üzülmez, a.g.e., s. 319.

tarikh ve 159/209 E-K sayılı kararı¹⁹⁰.)

İlk haksız hareketin karşılıklı iki sanıktan hangisinden geldiği belirlenemeyen durumlarda haksız tahrikin her iki sanık içinde uygulanması gerekeceği yine Yargıtay’ ın yerleşik uygulamasıdır¹⁹¹. Örneğin;

“Kavgaya kimin sebep olduğu dosya kapsamından açıkça tespit olunamadığından, sanık lehine mağdura karşı eyleminde tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi” (Yarg. 1 CD’nin 30.10.2008 tarih ve 2008/298-6962 E.K. sayılı kararı.)

“Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 22.10.2002 tarih, 2002/4-238, 2000/367 sayılı kararı ve buna uyum gösteren özel ceza daireleri uygulamaları doğrultusunda ilk haksız hareketin hangi taraftan kaynaklandığı belirlenemediğinde şüpheli kalan bu halden sanıkların yararlandırılması dolayısıyla atılı yaralama eylemini haksız tahrik altında işlediklerinin kabulü gerektiği” (Yarg. 3. CD’nin 03.11.2010 tarih ve 2010/13534-16533 E.K. sayılı kararı.)

“Sanığa ait hayvanlarla mağdura ait hayvanların birbirine karışması nedeniyle çıkan kavgada ilk haksız hareketin mağdurdan geldiğine ilişkin savunmanın aksi ispatlanamadığından, sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi” (Yarg. 3. CD’nin 14.05.2007 tarih ve 2007/2233-3689 E.K. sayılı kararı¹⁹².)

¹⁹⁰ Benzer şekilde; “Mağdur sanık Erol’un bir yıl önce mağdur sanık Rahim’e sataşp yumruk atmasıyla başlayan ve mağdur sanık Rahim’in de Erol’u bıçakla çehrede sabit eser oluşturacak şekilde yaralaması nedeniyle ertesi günü öldürmeye kalkışma fiilini gerçekleştirdiği olayda bir gün önce meydana gelen fiiller değerlendirildiğinde **etki tepki arasındaki dengesizliğin** Erol yararına oluşacağının kabulü ile **öldürmeye kalkışma suçundan lehine haksız tahrik indiriminin uygulanması gerektiğinin** düşünülmemesi” Yarg. CGK’ nın 25.05.2004 tarih ve 87-124 E-K sayılı kararı.

“Kadın garsonun kendisinden bira ısmarlaması teklifinde bulunması sonucunda kadın garsona yumrukla vurup dudağını patlatıp ve dişinin sallanmasına sebep olan sanığın bundan sonra diğer garsonların kendisine saldırması üzerine ateş edip maktülü sırtından vurmasında **etki tepki kuralı da gözetilerek basit tahrik hükmünden yararlandırılması gerekir**” Yarg. 1. CD’nin 04.07.2006 tarih ve 719/2914 E-K sayılı kararı.

Farklı şekilde; “Sanıkların maktul ve müdahile ait duvarın dibini kazmaları ile başlayan tartışma ve olayın çıkmasına göre tahrik nedeninin **sanıklar lehine bozulduğu kabul edilemeyeceği gibi** maktulden kaynaklanan **haksız tahrik teşkil eden söz ve hareket bulunmadığı** halde sanıklar hakkında verilen cezaların tahrik sebebiyle indirime tabi tutularak eksik ceza tayini...” Yarg. 1. CD’nin 13.12.2006 tarih ve 5703- 5658 E-K sayılı kararı.

¹⁹¹ Bardak, **a.g.m.**, ss. 43-44.

¹⁹² Yargıtay’ ı aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Örneğin: “**Tahrik hükmünün ilk haksız hareketin**

Özetle, ilk haksız eylemde bulunan kişi, daha sonra bir tepkiyle karşılaştığında kural olarak tahrik edildiğini ileri süremez. Fakat ilk tahrik eylemi ile tepki arasında açık bir orantısızlık varsa, bu takdirde ilk tahrik eden kişi tahrikten yararlanır. Örneğin, failin küfrüne maktulün bıçaklama eylemiyle cevap verdiği olayda etki (sövme) ve tepki (yaralama) orantısızlığı göz önünde tutulduğunda failin maruz kaldığı yaralama tahrikinin etkisi ile öldürme suçunu işlediğinin kabulü halinde cezasında haksız tahrik indirimi söz konusu olabilecektir¹⁹³.

Tahrik teşkil eden fiil **tek bir fiil olabileceği gibi birden çok veya peş peşe yapılan çok sayıda fiilden de oluşabilir**. Ancak, tevali eden haksız hareketler tahrikin boyutunu artırır. Her biri hafif (basit) tahrik teşkil edecek hareketlerin birleşmesi veya peş peşe yapılması ağır haksız tahrik teşkil eder. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay CGK yeni bir kararında¹⁹⁴ bu hususu vurgulayarak şöyle demiştir:

“Yargıtay Ceza Genel Kurulunun duraksamasız benimsediği ve birçok kararında vurguladığı genel ilke gereğince tahrikin derecesi belirlenirken haksız hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmeli, eğer haksız hareket bu özellikleri itibariyle yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa ancak bu takdirde haksız tahrikin ağır ve şiddetli olduğu kabul edilmelidir. Yine, YCGK ve özel dairelerin yerleşmiş uygulamasına göre her biri basit tahrik oluşturan haksız davranışların tevali etmesi halinde tahrikin ağır boyuta ulaştığının kabulü gerekir.”

2.2.2. Bu Fiil Haksız Olmalıdır.

Haksız tahrikin bir indirim nedeni olarak kabul edilmesinin en önemli koşullarından biri tahrik fiilinin “haksız” olmasıdır. Tahrik fiilinin haksızlığı konusunu İsviçre, Almanya, Avusturya Ceza Kanunlarında olduğu gibi bizim eski (765 sy.lı TCK m.51) ve yeni (5237 sy.lı TCK m.29) ceza kanunlarımızda da yasal bir koşul olarak

karşı taraftan geldiğinin belirlenmesi halinde uygulanabileceği gözetilmeden, ‘kavgayı kimin başlattığı tespit edilemediğinden’ şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile sanık hakkında tayin olunan cezada haksız tahrik nedeniyle indirim yapılması” Yargıtay 2.CD’nin 07/11/2007 tarih ve 10781/14567 E-K sayılı kararı.

¹⁹³ Günay, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁹⁴ Yargıtay CGK’nın 03.12.2002 tarih ve 1-274/414 E.K. sayılı kararı.

açıkça düzenlenmiştir¹⁹⁵, ¹⁹⁶.

Buna göre tahriki oluşturan fiil **haksız** olmalıdır. Haksız tahrik ancak, haksız fiili yapan kişiye karşı işlenen suç bakımından etkili bir faktördür. Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Fiil haklı, yani hukuka uygun ise failin böyle bir fiilden dolayı hiddet veya şiddetli eleme kapılması ve böyle bir fiil ile karşıt tepkide bulunması mazur görülemez¹⁹⁷.

Haksız fiil terimi, davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir¹⁹⁸. Fiilin haksız olup olmadığı, toplumsal düzende hâkim olan değer yargılarına göre hâkim tarafından takdir edilir. Fiilin haksız olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken sadece yazılı hukuk kuralları değil, hukuk düzeninin bütünü göz önünde tutulmalıdır. Fiilin haksız sayılması için suç teşkil etmesi veya borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil oluşturması şart değildir.

Fiil, “haksız” bir fiil niteliğinde değilse failde ne kadar şiddetli öfke veya elem meydana getirmiş olursa olsun haksız tahrikten söz edilemez. Örneğin, başarısız bir öğrencinin sınıfta bırakılması, “haksız bir fiil” olmadığı için, bu öğrencinin öğretmenini dövmesi veya tehdit etmesi durumunda, haksız tahrik indiriminden yararlanması mümkün olamaz.

Yargıtay da, “*sanığın kız kaçırmak üzere kamyonu durdurması sebebiyle taş ile savunmada bulunulması haksız tahrik teşkil etmez*”¹⁹⁹ “*maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem bulunmadığı halde, sanık lehine hafif haksız tahrik hükmünün uygulanması*”²⁰⁰ “*maktulenin kocası aleyhine boşanma davası açması haksız tahrik teşkil etmez*”²⁰¹ şeklindeki kararlarıyla bu hususu vurgulamıştır.

Fiilin haksızlığı yeterli olup, suç teşkil etmesi gerekli değildir. Genelde bir hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki hareketler haksız sayılmaktadır. Bunun değerlendirmesi hâkime ait ise de, somut olayda haksız tahrikin bulunup bulunmadığı

¹⁹⁵ Duran **a.g.e.**, s. 117.

¹⁹⁶ 5237 sayı TCK’nun 29. maddesi ; “**Haksız bir fiilin** meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen... diyerek fiilin **haksızlık** unsurunu yasal bir şart olarak açıkça düzenlenmiştir.

¹⁹⁷ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 318.

¹⁹⁸ Bknz. 29. madde gerekçesi.

¹⁹⁹ Yargıtay 1. CD. 22.02.1983 tarih ve 595-505 E. K. sayılı kararı.

²⁰⁰ Yargıtay 1 CD’nin 19.11.2007 tarih ve 2006/6519 E. 2007/8520 K.sayılı kararı.

²⁰¹ Yargıtay CGK. 25.01.1968 tarih ve 289-377 E. K. Sayılı kararı.

ve tahrikin boyutu Yargıtay tarafından denetlenmektedir²⁰².

Haksız Fiil Sayılan Hallere Yargıtay Kararlarından Örnekler:

Evli bir kadına sevişme önerisinde bulunma (Yarg. CGK. 01.06.1992 tarih ve 154-178), Keser fırlatma (Yarg.1. CD.nin 24.06.1975 tarih ve 1853-2553), Faile karşı aşağılayıcı davranışlarda bulunma (Yarg. CGK. 18.10.1993 tarih ve 233-248), Maktulün, failin küçük kızının ırzına geçmesi (Yarg.1. CD.nin 27.03.1995 tarih ve 288-508), Maktul tarafından failin bıçakla kovalanması (Yarg.1. CD.nin 27.05.1998 tarih ve 693-1767), Sanığın başındaki şapkaya gülme (Yarg. CGK. 08.12.1980 tarih ve 16354-422), Failin kız kardeşine sarkıntılıkta bulunulması (Yarg.1. CD.nin 21.05.1999 tarih ve 1752-1876), Failin arazisinde hayvan otlatılması (Yarg.1. CD.nin 25.02.1999 tarih ve 4283-515), At arabasını tehlikeli şekilde sürmek (Yarg. 4. CD.nin 11.07.1997 tarih ve 5789-6016), Mağdurun telefonla sanığın eşini tehdit etmesi (Yarg. 4. CD.nin 14.04.1998 tarih ve 2009-2536), Kiracının sözleşmeye aykırı şekilde eve fazla kişi alması (Yarg. 4. CD.nin 12.04.2004 tarih ve 7683-4645), Sanığın babasına tokat atılması (Yarg. 2. CD.nin 23.09.2003 tarih ve 5091-10149), Sanıktan anahtar alıp habersiz olarak evine kadın getirmek (Yarg. 2. CD.nin 24.11.2004 tarih ve 6968-21210), Sanığın evli kız kardeşine sarkıntılık (Yarg.10. CD.nin 29.05.1995 tarih ve 4248-4779), Mağdurun sanığa ait ağacı kesmesi (Yarg. 2. CD.nin 03.05.1999 tarih ve 1966-5748), Mağdurun sanığa köpek demesi (Yarg. 2. CD.nin 14.01.1993 tarih ve 40-132)

Haksız Fiil Sayılmayan Hallere Yargıtay Kararlarından Örnekler:

Maktulenin kocası aleyhine boşanma davası açması (Yargıtay CGK. 25.01.1968 tarih ve 289-377 E. K. sayılı kararı), Failin devamsızlığı yüzünden işten çıkarılması (Yargıtay CGK. 04.06.1949 tarih ve 59-53 E.K. sayılı kararı), Jandarma önünden kaçan failin maktul tarafından yakalanmaya çalışılması (Yargıtay CGK. 23.10.1987 tarih ve 298-298 E.K. sayılı kararı), Katılanın sanıktan olan alacağını istemesi (Yargıtay 3. CD. 25.04.2005 tarih ve 13238-3458 E.K. sayılı kararı), Mağdurun yoldan geçerken kendisine saldıran sanığın köpeklerinden korunmak için taş atması (Yargıtay 1. CD. 02.10.1991 tarih ve 1630-2266 E.K. sayılı kararı), Maktulün

²⁰² Örneğin "...mağdur Durmuş Ali'nin kavgayı aralamak istemesinden başka, **bir eylemi olmadığı halde** sanığın bu mağduru yaralamasından verilen cezanın tatbik yeri **bulunmayan tahrik hükmünün uygulanması** suretiyle indirime tabi tutularak eksik ceza tayini..." Yarg. 1.CD.05.12.2006-4463/5453.

zorla kaçırılan kızını alıp götürmesi (Yargıtay 1. CD. 25.10.1977 tarih ve 2684-3135 E.K. sayılı kararı), Maktulün, sanık kocanın bilgi ve rızası ile karısıyla ilişkide bulunması (Yargıtay CGK. 20.11.1978 tarih ve 312-415 E.K. sayılı kararı), Yasal bir şikayet hakkının kullanılması (Yargıtay CGK. 25.01.1968 tarih ve 289-377 E.K. sayılı kararı), Hâkimin olayın sanığı hakkında tutuklama kararı vermesi (Yargıtay 1. CD. 15.11.1977 tarih ve 2886-3443 E.K. sayılı kararı)

Tahrik fiilinin faili tahrik edici nitelik taşıması, hukuka, ahlak veya sosyal kurallara aykırı olması yeterlidir. Ayrıca tahrikçinin tahrik etme kastının bulunması gerekmez²⁰³.

Tahriki oluşturan haksız fiilin bir insan tarafından yapılması gerekir ise de, bu insanın kusur yeteneğine sahip olması şart değildir. Bu nedenle yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi sebeplerle kusur yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdikleri fiiller de haksızlık niteliğine sahip olduğu için bu fiillere karşı da haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir²⁰⁴.

Kendisine karşı suç işlenen kimsenin milletvekili, büyükelçi gibi ceza bağışıklığından yararlanan bir kişi olması durumunda failin haksız tahrik nedeniyle cezasından indirim yapılmasına bir engel var mıdır?

Ceza bağışıklığı fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz sadece cezalandırılabilme unsurunu ortadan kaldırır. Bu nedenle bu bağışıklıktan yararlananların hukuka aykırı fiilleri de haksız tahrikin uygulanmasını gerektirir²⁰⁵. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi “*Suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin meclis kürsüsünde de söylenmesi sebebiyle. ceza sorumluluğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldırmayacağı...*” şeklindeki kararıyla bu görüşü desteklemiştir²⁰⁶.

Kanun, tahrik fiilinin mevcudiyetini şart koşmakla beraber herhangi bir sınırlamada bulunmamış, yalnızca fiilin bir vasfından bahsetmiş ve “haksız” olmasını aramıştır. Yani fiilin suç teşkil etmesini aramamıştır. Tahrik fiili, failin hayatına, fiziksel bütünlüğüne, hürriyetine, malvarlığına, sosyal ve ahlaki değerlerine, saygınlığına yönelik olabilir, bunlarda herhangi bir ayırım söz konusu değildir, önemli olan haksız bir

²⁰³ Aydın, **a.g.e.**, s. 233.

²⁰⁴ Dönmezer-Erman, II, s. 352.

²⁰⁵ Güreli, **a.g.m.**, s. 335.

²⁰⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 22.06.1950 tarih ve 2818/7902 sayılı kararı (Artuk vd. **a.g.e.**, s.547.)

davranışın olmasıdır²⁰⁷, ²⁰⁸.

Örneğin, kendisi ile evlenmek istemeyen kadını öldürme durumunda, bayanın evlenmek istememesi failde ne kadar hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olursa olsun fiilin “haksız” olduğundan söz edilemeyeceği için fail haksız tahrikten yararlanamaz. Zira medeni kanuna göre nişanlılık bile evlenmeye zorlama hakkı vermez.

Fiil, **bir hakkın kullanılması niteliğinde ise** haksız olmadığından haksız tahrik teşkil etmeyecektir²⁰⁹. Hakkın suiistimalini teşkil etmeyen bir hakkın kullanılması hallerinde mağdurun hareketi failde hiddet ya da şiddetli elem doğurmuş olsa bile haksız tahrik indiriminden faydalanamaz. Zira, eylem hukukun cevaz verdiği sınırlar içerisindeydir. Örneğin bir tutuklu veya hükümlünün kendisini yakalayan görevliye kızıp darp veya hakaret suçunu işlemesi durumunda failin tahrik indiriminden yararlanması mümkün değildir.

Yine, ihbar veya şikâyet hakkını kullanan birine karşı fail tarafından bir suç işlenmesi (örneğin kaçak ev yapan sanığı ihbar eden mağdurun sanık tarafından dövülmesi) durumunda, fail haksız tahrik indiriminden yararlanamaz²¹⁰.

Yargıtay da, yeni tarihli bir kararında, “*sanığın öldürme fiilini hırsızlık amacıyla girdiği işyerinde hırsızlık suçunu işleyememesinden doğan kızgınlıkla işlediğinin anlaşılması karşısında, maktulden kaynaklanan sanığa yönelik haksız tahrik*

²⁰⁷ Aydın, **a.g.m.**, s. 231.

²⁰⁸ Yargıtay’ın **haksız fiil olarak kabul etmediği** kararlarından somut örnekler verecek olursak:

“Maktulün ‘evde bereket kalmadı’ diyerek **dini içerikli kitabı** sanığa doğru fırlatmasının bu kişi üzerinde haksız tahrik oluşturabilmesi için bu değerlere sahip olması, en azından **uyuşturucu içilen bir ortamda bulunmaması gerekir**. Bu nedenle, sanığın içinde bulunduğu durum itibarıyla **sanıkta bu gibi manevi değerlerin bulunduğu düşünölemeyeceğinden** maktulden hasıl olan hareketlerin sanık lehine **haksız tahrik oluşturamayacağı**” (Yargıtay 1. CD’nin, 2006/6621 E. 2007/8547 K.)

“Eşi maktuleye aile birliğinin gerektirdiği şefkati göstermeyen sanığın **olay günü ikram ettiği meyve suyunu içmeyi reddeden eşini boğarak öldürmesi olayında** maktulün davranışının sanık lehine haksız tahrik uygulanmasını gerektirir nitelikte **haksız bir eylem oluşturmayacağı** gözetilmeksizin haksız tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini” (Yargıtay 1. CD.nin 2008/9687 E. 2009/1691 K.)

“Erkeklerle para karşılığı ilişkiye giren maktule ile sanığın da birçok defa para karşılığı ilişkiye girdiği, aralarında herhangi bir akrabalık veya duygusal bağ bulunmadığı, **sanığın fuhuş yapmamasını istediği maktulenin bunu kabul etmemesinde sanığa karşı herhangi bir haksız tahrik bulunmadığı** halde haksız tahrik hükmünün uygulanarak eksik ceza tayini” (Yargıtay 1. CD.nin 2005/1410 E. 2006/1683 K.) Uyp İçtihat Sorgulama.

²⁰⁹ Günay **a.g.e.**, s. 25.

²¹⁰ Günay **a.g.e.**, s. 26.

teşkil eden herhangi bir hareket bulunmadığı”²¹¹ gerekçesiyle sanık lehine tahrik hükümleri uygulanarak cezada indirim yapan bir kararı bozmuştur.

Yargıtay CGK eski tarihli bir kararında “Maktulenin, sanığın iktidarsızlığını ileri sürerek boşanma davası açması kanunun kendisine verdiği bir hak ve yetkiyi kullanmasından ibarettir. Bu yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı, yani kocasını küçük düşürmek maksadına matuf olup olmadığı ise ancak boşanma davası sonunda hâkimin vereceği kararla anlaşılabilir”²¹² diyerek hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olmadığı sürece bir hakkın kullanılmasının haksız tahrik teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

TCK’nın 29. maddesinde geçen “haksız bir fiil” ifadesi mağdurdan kaynaklanan hareketin, hukuk düzeninin tasvip etmediği bir hareket olması ve fiilin hukuk düzeni ile çatışması anlamına gelir. Özel hukuk açısından “haksız fiil” ve ceza hukuku açısından “suç” olarak nitelendirilen hareketler aynı zamanda haksız hareketlerdir ve esasen **suç da tipik bir haksız fiildir**²¹³.

Yeni TCK’nın 29. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi; “*bu indirimin yapılabilmesi için haksız fiilin bir **hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta** olması gerekir, bu nedenle böyle bir etkiyi meydana getirebilecek ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır.*”

İşlenen fiilin haksızlık unsuru içerip içermediğini toplumda geçerli olan değerlere göre yargılamayı yapan hâkim takdir edecektir. Bir fiilin haksız kabul edilebilmesi için mutlaka “suç” oluşturması ya da “haksız fiil” teşkil etmesi gerekmez. Bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan fiiller de tahrik için yeterli olabilirler. Ancak bir fiil hukuka uygun bir nitelik taşıyorsa haksız tahrik olarak kabulü mümkün değildir²¹⁴. Örneğin; bir erkekle flört eden genç bir kız başka birisi ile de flört etmeye başlasa diğer genç de kızla ilişkisini kesmesini söyleyip kabul edilmeyince de onu öldürse burada haksız bir tahrikin varlığı kabul edilemez. Eğer kız birincisinin nişanlısı ya da eşi olsa idi sadakat yükümlülüğünün bulunması sebebiyle haksız tahrik olabilirdi.

Kanundaki düzenlemenin içeriğinde açık olarak ifade edildiği gibi tahrikin

²¹¹ Yargıtay 1. CD. 28.11.2006 tarih ve 2690-5233 E.K. sayılı kararı.

²¹² Yargıtay CGK. 25.01.1968 tarih ve 289-377 E. K. sayılı kararı.

²¹³ Duran **a.g.e.**, s. 118.

²¹⁴ Sulhi Dönmezer, (2003), **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 239.

mazeret sebebi olarak kabul edilebilmesi için bir fiil olması yeterli değildir. Bu fiilin aynı zamanda “haksız” olması gerekmektedir²¹⁵. Aranılan kriter tahrikin **haksız** olmasıdır, yoksa ağır olması değildir. Tahrikin ağır olması cezanın daha fazla indirilmesini gerektirir bir sonuçtur²¹⁶. Fiilin haksız olması arandığına göre bu durumda haksızlığın manası ve kapsamının ne olacağı meselesi önem arz etmektedir. **Acaba hangi fiiller haksızlık unsuru içerir?**

Bu konuda hukuka aykırılığı tek ölçüt sayanların görüşüne göre, haksız tahrik oluşturabilecek fiillerin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırı olmayan fiiller örneğin, soyut olarak hukuka aykırı olmayıp yalnız ahlaka aykırı olan fiiller haksız tahrik sayılamazlar. Çünkü kanun koyucu haksızlık unsurunu aramakla korumak istediği şey hukuk düzenidir. İzafi veya nispi olan ahlak kuralları yaptırım altına alınmak istenmemiştir. Eğer bir fiil sadece ahlak kurallarını çiğniyor hukuk düzenini çiğnemiyorsa haksız tahrik teşkil edemez. Ayrıca evrensel olan ve her yerde kabul edilen önemli ve ortak ahlaki esaslar hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmıştır. Hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmayan kurallara aykırı hareket etmek hukuka aykırılık oluşturmaz. Bunlar hukuka uygun fiillerdir²¹⁷.

Hukuka aykırılık ölçütünü bu konuda tek ölçüt olarak kabul etmeyen yazarlara²¹⁸ göre ise, hukuka aykırılık haksız fiilin tek ölçütü değildir. Çünkü “haksızlık” kavramı hukuka aykırılık kavramından daha geniş bir anlam ifade eder. Haksızlığın ölçütleri konusunda kesin bir kural konulamaz. Somut olayın özelliklerine göre salt ahlaka aykırı bir eylem sanığı tahrik edebilir²¹⁹.

Yargıtay kararları da 2. görüşe uygun niteliktedir. Yargıtay bir kararında²²⁰ “toplumsal değerlere, ahlaka, örf ve adete aykırı davranışların hukuka aykırı davranış niteliğinde olduğunu” açıklamış, bir başka karında ise “hukuka aykırı her türlü davranışın haksız eylem niteliğini taşıdığına” karar vermiştir.

Askeri Yargıtay’da bir kararında²²¹ Yargıtay’ın görüşüne paralel olarak, “hukuka, ahlaka ve toplumsal değer hükümlerine aykırı her türlü hareketin haksız fiil

²¹⁵ Başar, **a.g.m.**, s.263. Kaya, **a.g.e.**, s. 36.

²¹⁶ Tahir Taner, (1953), **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3.Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 446

²¹⁷ Nevzat Güreli, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl:25, Sayı:6, İstanbul, ss. 331-344.

²¹⁸ Erem-Danışman-Artuk, **a.g.e.**, s. 596, Başar, **a.g.m.**, s. 258.

²¹⁹ Duran **a.g.e.**, s. 121.

²²⁰ Yarg. 1 CD’nin 09.07.1981 tarih ve 3551/3407 E.K. sy.lı kararı.

²²¹ Askeri Yargıtay D.K’nun 11.09.1970 tarih ve 62/62 E.K. ayılı kararı.

olarak kabul edilmesi” gerektiğini belirtmiştir²²².

Yüksek mahkemelerin bu kararları bazı yazarlarca tahrik fiilinin haksızlık niteliğini fazlaca genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmişse de kanaatimizce failin psikolojik durumu göz önüne alınarak fiilin haksızlığının değerlendirilmesinde ulaşılan bu sonuçlar isabetlidir.

Tahrik fiilinin kasten işlenmesinin gerekip gerekmediği, diğer bir anlatımla **taksirle işlenen fiillerin “haksız bir fiil” sayılıp sayılmayacağı konusu** tartışmalıdır. Kimi yazarlar taksirli suçlarda da haksız tahrikin uygulanabileceğini söylerken, kimileri de taksirli suçlarda haksız tahrikin söz konusu olmayacağını belirtmektedir.

Esasen haksız tahrik hükmünün taksirli suçlarda uygulanabilmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslında haksız tahrik müessesesinin genel esprisi bizi taksirli suçlarda da uygulanabilirliği sonucuna ulaştırmalıdır. Özü itibariyle bu müessese failin içinde bulunduğu psikolojik durumu esas almış ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir bir madde olduğu kabul edilmiş olduğuna göre hem faile yönelik taksirli bir suçta veya hem de failin gerçekleştirdiği taksirli bir suçta uygulanabilme imkânını kabul etmek gerekir. Örneğin; bir müşterinin kendisine yaptığı hakaretin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile kaza yaparak hakaret eden müşterinin yaralanmasına sebebiyet veren şoförün haksız tahrikten yararlanamamasının sebebini izah etmek mümkün değildir²²³.

Haksız fiile tepki olarak işlenen suç, kasıtlı bir suç olabileceği gibi taksirli bir suç da olabilir. Zira, haksız tahrik halinde failin içinde bulunduğu psikolojik durum esas alındığı için failin gerçekleştirdiği taksirli suç bakımından da haksız tahrik hükmü uygulanabilmelidir

Aksi görüşteki yazarlar ise; fail tarafından gerçekleştirilen fiil taksirli ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını savunmaktadırlar. Buna göre haksız tahrik niteliği itibariyle taksirli suçlarla bağdaşmaz. Haksız tahrikin bir şartı da tepkinin haksız tahriki yapmış olana yönelmesidir. Bu ise ancak kasıtlı suçlarda gerçekleşebilir.

Yargıtay’ın taksirli suçlarda haksız tahrik olup olmayacağı yönündeki kararları çelişiktir. Yargıtay, kimi kararlarında taksirli suçlarda haksız tahrikin varlığını kabul

²²² Duran **a.g.e.** s. 122.

²²³ Önder, **a.g.e.**, ss. 349-350.

ederken kimi kararlarında da taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay 1.CD.07.02.1995 tarih ve E.K.4368/251 sayılı kararında şöyle demektedir: “*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’nın 51/1 maddesinin tatbikini icap ettirir adi tahrik boyutundadır*”²²⁴.

Aksi yöndeki bir başka kararında ise Yargıtay; “*Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasti ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir*”²²⁵. diyerek taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir. Yargıtay’ın tahrik hükmünün uygulanamayacağına yönelik kararlarının ağırlıklı olduğu söylenebilir²²⁶.

Fiilin haksızlığı bakımından tartışılan bir konu da, kusur yeteneğine sahip olmayan kimselerin; örneğin küçüklerin ve akıl hastalarının fiillerinin haksız sayılıp sayılamayacağıdır²²⁷. Bu konuda iki görüş mevcuttur:

Birinci görüşe göre, bu gibi kişilerin fiilleri haksız sayılamaz, çünkü bu kimseler hukuka uygun bir şekilde hareket etmek yeteneğine sahip değildirler. Bu sebeple bu gibi kişiler tarafından yapılan fiiller “haksız tahrik” teşkil edemez. Ancak fail kendisine saldırıda bulunan kişinin durumu hakkında yanılmış olur ve bu yanılması da kusursuz görünürse haksız tahrikin kabulü ve failin bu yanılmadan yararlanması gerekir²²⁸. Demek oluyor ki, fail kendisi aleyhine bir fiil işleyen kişinin durumunu

²²⁴ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 25.

²²⁵ Yargıtay 2.CD. 22.10.1985, 7645/8347 E.K. sayılı kararı” Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, (2008), **Asliye Ceza Davaları**, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.1321.

²²⁶ Yarg. 4. CD. 08.12.1945 tarihli kararında da benzer şekilde “**Kasıtsız suçlarda haksız tahrik bahse konu olamaz**” denilmiştir.

²²⁷ Dönmezer-Erman **a.g.e.**, II, s. 353.

Ancak belirtilmelidir ki; haksız fiile maruz kalan (tepki suçunu işleyen) kişinin akıl hastası veya çocuk olması durumu (yani kusur yeteneği olmayanların haksız tahrikten yararlanıp yararlanamayacağı hususu) aşağıda incelenecektir. Burada kusur yeteneği olmayanların fiillerinin haksız tahrik oluşturup oluşturmayacağı (bunların fiillerinin ‘haksız’ sayılıp sayılmayacağı) hususu ele alınmaktadır.

²²⁸ Bu fikri savunan yazarlara göre cezai ehliyeti olmayanların fiillerini sanığın bu durumu bilip bilmemesine göre değerlendiren görüş isabetlidir. Ceza ehliyeti olmayanların haksız tahrik teşkil

biliyor veya bilebilecek durumda bulunuyorsa haksız tahrik yoktur. Aksi halde haksız tahrikin varlığı kabul edilebilir. Örneğin, kendisine söven mağdurun akıl hastası olduğunu bilen fail, kapıldığı hiddetin etkisiyle mağdura müessir fiilde bulunursa haksız tahrik hükmünden yararlanamazken, bunu bilmeyen veya bu konuda kusursuz olarak yanılan failer hakkında TCK'nın 29. maddesi uygulanmalıdır.

Buna karşılık ikinci fikre göre fiilin hukuka uygun veya aykırı olmasıyla bu fiili yapan kimsenin isnat yeteneğine sahip bulunup bulunmaması ayrı kavramlardır. Kusur yeteneğine sahip bulunmayan kimse cezalandırılmazsa da, onun yaptığı hareketin hukuka aykırı olması, hatta suç teşkil etmesi mümkündür. Fiilin haklı veya haksız olduğu değerlendirilirken onu yapan kimsenin sübjektif durumuna değil, fiile maruz kalan kimsenin durumuna bakmak daha doğru olur. Bu sebeple tahriki oluşturan fiili yapan kimsenin kusur yeteneğinden yoksun bulunması bu fiilin haksız sayılmasına engel olmadığı için bu tür durumlarda haksız tahrik hükümleri uygulanabilir²²⁹.

Bu kanaatteki yazarla göre cezai ehliyetsizlik hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum teşkil etmediğinden ve sübjektif sebeplerle hukuki yaptırımlara muhatap olmayan ehliyetsizlere hukuka aykırı hareketlerde bulunma hakkı tanınmadığından, bunların hareketleri de haksız tahrik oluşturur. Örneğin kendisini döven veya hakaret eden kişinin akıl hastası olduğunu bilen bir kimsenin bu ehliyetsize karşılık vermesi halinde şartları varsa TCK'nın 29. maddesi uygulanabilir²³⁰.

Tutumlu'ya göre; Tahrik kurumunun öznesi olan insan, ne aşırı alıngan ne de tamamen duyarsız bir kişilik olup, diğer yasalar gibi TCK'nın haksız tahriki düzenleyen hükmü de ortalama insan psikolojisini kriter almaktadır. Öyleyse bu makul hareket tarzı, anlama ve yorumlama yeteneğine sahip olmayan akıl hastalarının hukuka uygun olması beklenmeyen hareketlerini hoş görmekte, öfke ve elem konusu yapmamaktadır. Bu nedenle belirtilen özellikteki kişilerin davranışlarına tepki olarak suç işleyen failerin cezasından tahrik hükümlerine göre indirim yapılmaması gerekir. Ancak, failin haksız eylemde bulunan kişinin bu özelliğinden haberi yoksa, bunu bilecek durumda da

eden hareketlerine muhatap olup da bunların kişisel durumları hakkında kusursuz olarak yanılan failerin hiddet veya şiddetli elemin tesiriyle suç işlemeleri halinde TCK'nın 29. maddesi uygulanmalıdır. Haksız fiil ile hukuka aykırı hareket edebilen bir kişi kusur yeteneğine sahip olmasa dahi fiilindeki haksızlık mahiyeti sürmekte olduğundan bu kişinin haksız fiiline karşı tepkide bulunan fail haksız tahrikten yararlanmalıdır. (Günay a.g.e. s. 71.)

²²⁹ Dönmezer-Erman da aynı kanaattedir, a.g.e., II, s. 354.

²³⁰ Artuk vd. a.g.e., s. 547.

değilse, bu durumda haksız tahrikle ilgili maddeden yararlandırılması hakkaniyete uygun düşecektir²³¹.

Koca-Üzülmez'e göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi sebeplerle kusur yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdikleri fiiller de haksızlık niteliğine sahip olduğu için, bu fiillere karşı da haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir²³².

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, zihinsel özürlü dört çocuğun babası tarafından öldürülmesine ilişkin bir olayda, çocukların rahatsız edici hareketlerinin “haksız eylem” sayılamayacağını belirtmiştir²³³.

²³¹ Tutumlu, **a.g.e.**, s.29.

²³² Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 318.

²³³ “Yakın akraba evliliği yapan sanığın zihinsel özürlü beş çocuğu olmuş ve daha sonra karısından boşanmıştır. Yeniden evlenen sanıkla ikinci eş arasında çocukları nedeniyle münakaşa çıkmış ve huzursuzluk başlamıştır. Çocukların tümü piknikte zehirlenmişler, en büyükleri olan Ç.S. ölmüş, diğerleri tıbbi müdahale ile kurtarılmışlardır. Üvey anneleri çocuklara kötü davranmaya başlamış, onları dövmüş hatta yemek vermemiş ve ellerini yakmıştır. Okulda da başarılı olamayan çocuklar, çevreyi rahatsız etmişler ve evde kalmaya başlamışlardır. Sanık, çocuklarını yetiştirme yurduna vermeye çalışmış, sonuç alamamıştır. Bu ortam içerisinde bulunan ve olay günü eşi ile birlikte dışarı çıkan sanık, bilahare tek başına geri dönerek kapıyı kırmış ve içeri girmiştir. Odada oynamakta bulunan maktulleri sırasıyla, öteki odaya getirip bel kemeri ve naylon iple boğarak öldürmüş ve hazırladığı fidye mektubunu masaya bırakarak cesetleri arabasının bagajında kent dışına çıkarıp çalılıklara bırakmıştır. Sanık, bir süre sonra Asayiş şube müdürlüğüne imzasız mektup yazarak cesetlerin bulunduğu yeri tarif etmiş, cesetlerin bulunmasından sonra alınan ifadesinde, olayı ayrıntıları ile anlatmış, TCK'nın 450/1, 4, son maddeleri gereğince dört kez idam cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Bu olaydaki tahrik konusu **Yargıtay CGK'da** tartışılmış ve şu sonuca varılmıştır: Maddi olayda maktullerin sanığa yönelik haksız eylemlerinden söz edilemez. 2 ila 9 yaşları arasında bulunan maktullerin zihinsel özürlü olmaları, evde huzursuzluğa sebebiyet vermeleri, çevreyi rahatsız etmeleri okulda başarısız olmaları üzüntü kaynağı ise de “haksız bir fiil” olarak kabul edilemez. Maktullerin zihinsel özürlü olmaları ile sanığın eylemi arasında bir hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Bu sebeple sanık hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Aksi takdirde yatalak hastanın öldürülmesi halinde de haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durumda ise, “Tahriri oluşturan haksız bir fiil olmalıdır” koşuluna aykırıdır. Çocukların kendi maluliyetlerinin babalarına karşı haksızlıkları veya haksız hareketleri olarak kabul ve değerlendirilmesine hukuken imkan yoktur.”

Kanaatimizce Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca ulaşılan sonuç doğrudur. Ancak Tutumlu'nun görüşünün aksine bu karar bizi akıl hastalarının hukuka uygun olmayan eylemlerinin hoş görülmesini gerektireceği veya bu gibi eylemlerin haksız tahrik teşkil etmeyeceği kabulüne de götürmez. Zira, karara konu olan olayda öncelikle fail mağdur ilişkisine bakıldığında, baba ve çocuklar olduğu görülecektir. Babanın akıl hastası olan çocuklar karşısındaki hukuki konumu ile üçüncü kişilerin çocuklar karşısındaki hukuki konumları farklıdır. Üçüncü kişilerin akıl hastası olan kişilerin eylemlerine katlanmalarını gerektirecek yasal bir düzenleme mevcut değildir. Oysa babanın Medeni Kanun gereğince çocuklar üzerinde bakım, gözetim, denetim ve sair yükümlülükleri mevcuttur. Hukuken ve ahlaken bir sorumluluğu ve dolayısıyla bir katlanma yükümlülüğü vardır. O halde akıl hastası olan çocukların babalarına yönelik karara konu olaydaki eylemlerinde “haksız bir fiil” söz konusu değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kararda haksız fiil şartının oluşmaması nedeniyle tahrikin oluşmayacağı sonucuna varmıştır. Akıl hastalarının katlanma yükümlülüğü bulunmayan üçüncü kişiye yönelik haksız sayılabilecek eylemleri olmuş

Kanaatimizce, tahriki oluşturan fiili işleyen kusur yeteneğinin olmaması veya şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanması maddenin uygulanmasına engel değildir. Fiilin haksız olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir²³⁴. Cezai ehliyeti olmayanların fiillerinin haksız tahrik sayılmaması fikri isabetli değildir. Zira cezai ehliyetsizlik hukuka aykırılığı kaldıran bir durum değildir. Hukuk normları ehliyetsizlere hukuka aykırı hareketlerde bulunma hakkını tanımamıştır. Bu kişiler sadece sübjektif nedenlerden dolayı hukuki yaptırıma tabi tutulmazlar. Akıl hastası bir kişi, bir şahsın kafasına şiddetle vursa ve bu kişide vuranın akıl hastası olduğunu bilse bile hiddete kapılıp bu kişiye mukabelede bulunursa, mukabelede bulunanın haksız tahrikten yararlanmaması gerektiğine ilişkin mantıklı hiçbir neden gösterilemez²³⁵.

2.2.3. Bu Haksız Fiil, Failde Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Meydana Getirmelidir.

Haksız tahrikin varlığı için bulunması gereken bir diğer koşul da haksız fiilin, failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesidir. Buna göre tahriki oluşturan haksız fiil, faili hiddet veya şiddetli eleme sokmalı ve suç, bu ruhi hâl altında işlenmiş olmalıdır.

Kanunumuz haksız tahriki oluşturan fiilin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesini şart koşturmaktadır. Bu itibarla haksız tahrik oluşturan fiilin hiddet veya şiddetli elem meydana getirecek nitelikte olması gerekir. Haksız fiilin bu nitelikte olup olmadığı failin sübjektif durumuna göre değil, fiilin normal bir kişiyi elem veya öfkeye sevk edecek nitelikte olup olmadığına göre belirlemelidir.

Haksız fiil sonucu failde hiddet veya şiddetli elemin meydana gelip gelmediğini tespit edecek olan hâkimdir. Fiilin haksızlığı hiddet veya üzüntü karinesi olarak kabul edilmemeli, fiil haksız olmakla birlikte failin psikolojisinde bir öfke veya üzüntü yaratmamış ise haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün olmamalıdır²³⁶.

Ancak, uygulamada Yargıtay'ın mağdurun hareketinin haksız olması halinde failin bu haksız hareket sonucu hiddet ve şiddetli elem haline girdiği, her haksız hareketin böyle bir sonucu yarattığını kabul eden kararlarına sıkça rastlanılmaktadır.

olsa idi kanaatimizce haksız tahrik söz konusu olurdu.

²³⁴ Sedat Bakıcı, (2000), **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 1238.

²³⁵ Gürelli, **a.g.m.**, s. 335.

²³⁶ Önder, **a.g.e.**, s. 350.

Böyle bir değerlendirmenin psikolojik bir hâl olan hiddet ve şiddetli elemenden ziyade, hareketin haksızlığına itibar ederek onu esas aldığı anlaşılmaktadır. Bu yanlış uygulamanın düzeltilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Karşılaştırmalı hukukta bazı ceza kanunları “**ruhi heyecan**” halinden bahsederken, eski kanunumuzun (765 sy.lı TCK) 51. maddesinde “**gazap veya şedit elem**”den, yeni kanunumuz (5237 sy.lı TCK) ise 29. maddesinde “**hiddet veya şiddetli elem**”den bahsetmektedir²³⁷.

Tahrik kaynağı olan eylemin failde hiddet veya şiddetli eleme yol açması gerektiği koşulu tahrik kurumunun dayandığı psikolojik temeldir. Haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin irade üzerine tesir ederek onu sarsıntıya uğratması sonucu meydana gelen buhran ve ruhi heyecanlanma hali failin hareketlerini istediği tarafa yönlendirmesine engel olur. Bu tesir altındayken fail kolayca suça sürüklenir. İşte bu nedenle tahrikin psikolojik nedeni ya da sübjektif esasının haksız tahrikin hiddet veya şiddetli elem haline ilişkin koşuluyla açıklandığı görülmektedir.

Kanundaki açıklamaya göre failin hem hiddet hem de elem duymuş olması gerekmez. Bu iki duygu bir arada olabileceği gibi sadece birinin varlığı da yeterlidir. **Kanun hiddetin şiddetli olmasını aramazken, elemin varlığı halinde bu duygunun şiddetli olmasını aramıştır**²³⁸. Yargıtay, birçok içtihadında kanunda açıkça yazılı bu koşulu kararına esas alarak “*bir kimsenin haksız bir tahrikin etkisi altındaki hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suç işlemesi halinde*” cezasının indirileceğine karar vermiştir²³⁹.

Askeri Ceza Kanunu’nun 92. maddesindeki haksız tahrike ilişkin düzenlemede hiddet veya şiddetli elem koşulundan bahsedilmemiş ise de, doktrinde bu koşulun askeri ceza kanunu açısından da geçerli olacağından şüphe edilmemesi gerektiği belirtilmektedir²⁴⁰.

²³⁷ Duran, **a.g.e.**, s.144.

²³⁸ Aydın **a.g.e.**, s. 228.

²³⁹ Duran **a.g.e.**, s. 144.

²⁴⁰ Erman, “Askeri Ceza Hukuku” isimli eserinde, “**Tahrikin varlık nedeni ve özündeki düşüncede haksız tahrik dolayısıyla failin bir öfkeye kapılarak ruhi hal sona ermeden suçun işlenmesi yatmaktadır.**” Her ne kadar 92. maddede bu yolda bir açıklama yoksa da bu koşulun askeri Ceza Kanununda da geçerli olacağından şüphe edilmemesi gerekmektedir. Belki de kanun, “92. maddede numaralarını saydığı suçların hemen yapılmasını şart koşarken bu ruh halinin ortadan kalkmaması gerektiği şartı da dolaylı olarak anlatılarak gazap ve elem haline zımnen yer verilmiştir.” demektedir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinde suçun işlendiği sırada failin etki altında bulunması icap eden psikolojik hallere yer verilmiştir. Bu psikolojik haller bir **heyecan** çeşidi olan hiddet ve şiddetli elemdir²⁴¹. Sözlükte **hiddet**, gazap, darılma ve kızgınlık; **elem** ise ağır acı, sancı, kaygı, dert, gam anlamlarına gelir²⁴².

Heyecan nedir ve haksız tahrik ile ilişkisi nasıldır? Hiddet ve şiddetli elem nasıl bir heyecandır ve cezanın indirilmesine ne şekilde etki eder? sorularına hem psikolojik hem de hukuki bakımdan açıklık getirmek gerekmektedir.

Heyecan, normal seyrinde akıp giden gündelik hayat içerisinde bariz bir sarsıntı halinde ve bazı fizyolojik gösterilerle birlikte meydana gelen geçici psikolojik bir olaydır. Heyecanın şiddeti arttıkça irade kontrolü de o oranda zayıflar. Ruh akışındaki sükutun ani bulanışı bir dengesizlik doğurur. Bu sebeple ceza kanunları yapılırken insanın psikolojik yönleri de hesaba katılmış haklı heyecan hallerinde normal bir zamana göre cezadan indirim yapılması yoluna gidilmiştir. Bir başka deyişle heyecanın şiddeti ile irade kontrolünün zayıflaması yolundaki psikoloji bilgisi, ceza hukukunda suçlunun sorumluluğunu tayinde kanuni hükümler haline getirilmiştir²⁴³.

İşte hiddet ve şiddetli elem de birer heyecan türüdür. Hiddet kavramı psikolojik bakımından genellikle geçici bir enerji artışını ifade eder. Fizyolojik alanda kendine has bazı tepkiler uyandırır. Ceza hukuku bakımından ise haksız tahrikte kanunun dikkate aldığı “hiddet” kelimesinin ifadesine uygun bir şiddette olan hiddettir.

Şiddetli elem ise sakin ve ruhi kuvvetler de bir çöküntüyü, psikolojik bir iktidarsızlığı ifade eder. Esasen elem durumu dinamik neticeler doğurmaya müsait bir durum değildir. Ancak kanun koyucu burada hiddete dönüşen bir hali kastetmek istemiştir²⁴⁴.

Ceza hukukunun, insan psikolojisini ve kendisini suç işlemeye sevk eden sebepleri dikkate alması ve suç işlediği andaki haleti ruhiyesini farklı değerlendirmelere tabi tutması, ceza hukukunun çağdaşlaşması bakımından önemli bir aşamadır. Çünkü birçok suç genel olarak heyecan hali denilen çeşitli psikolojik etkiler altında

Askeri Yargıtay da, kararlarında gazap ve elem haline ilişkin koşulu aramaktadır.

²⁴¹ Haydar Metiner ve E. Ahsen Koç, (2008), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, 1.Baskı Yorum Basın Yayın Sanayi, Ankara, s. 717.

²⁴² Artuk vd. **a.g.e.**, ss. 547-548.

²⁴³ Faruk Erem, (1945), “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı:4, İstanbul, ss. 50-79.

²⁴⁴ Erem, **a.g.e.**, ss. 61-62.

işlenmektedir. Fakat heyecan durumlarının hepsinde kusuru azaltıcı veya kaldırıcı tesiri kabul edilemez. Çünkü yukarıda da bahsettiğimiz gibi, patolojik bir temele dayanmayan heyecan durumları kural olarak isnat yeteneğine zarar vermezler. İşte bu heyecan halindeki hiddet ve şiddetli elemenden gelen ruhi karmaşa halini yasalar psikolojik gerçekleri kabul etmek suretiyle cezayı azaltıcı bir sebep saymışlardır²⁴⁵.

Ceza kanunu cezayı azaltan bu kanuni sebebin uygulanmasında tahrikten ileri gelen iki psikolojik hali bir tutmaktadır. Bu iki durumdan birisi “hiddet” diğeri ise “şiddetli elem”dir²⁴⁶. Kanun bu durumu, “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında...” şeklinde formüle etmiştir.

Buna göre hiddet veya şiddetli elemin haksız bir şekilde gerçekleştirilen fiil sebebiyle meydana gelmiş olması ve failde yarattığı bu psikolojik karmaşa durumunun sonucu olarak fiilin işlenmiş bulunması gerekir. Öyle ise mahkeme haksız hareket sonucu failde bu psikolojik karmaşa yani hiddet ve şiddetin meydana gelip gelmemiş olduğunu tespit edecektir.

Haksız fiilin, failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi şart olduğuna, kanun da indirim oranı konusunda hâkime takdir yetkisi verdiğine göre bu hiddet veya şiddetli elemin derecesi ve boyutunu da belirlemek gerekir.

5237 sayılı TCK’nın hafif tahrik-ağır tahrik ayrımını terk etmesinin isabetli olduğunu belirtmiştik. 765 sayılı TCK’daki düzenlemeyi yerinde bulan yazarlar olduğu gibi ayrımı eleştirenler de²⁴⁷ vardı. Yeni TCK’yı yapan kanun koyucuya göre bu ayrım pratikte sorunlara yol açıyor ve beklenen faydayı sağlayamıyordu.

765 sayılı TCK döneminde Yargıtay temyiz incelemelerinde tahrikin ağır mı hafif mi olduğu meselesini inceleme ve bozma konusu yapıyordu. Buna göre Yargıtay;

²⁴⁵ Kemalettin Erel, (2001), “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl:92, Sayı:6, Ankara, ss. 165-170.

²⁴⁶ Faruk Erem, (1961), **Adalet Psikolojisi**, 4. Baskı, Ajans Türk Matbaası, Ankara, s. 78.

²⁴⁷ İkili ayrımı yerinde görmeyen hukukçulardan biri de Erem’dir. Erem’e göre kanunun tahriki ikiye ayırması doğru ve tatbiki kolay bir unsur sayılamaz. Yargıç tamamıyla sübjektif bir mefhumla dayanan haksız tahrik hükmünü güçlülükle tatbik edebilir. Ayrıca bunun bir de basit ve ağır olduğunu araştırmak ve böyle bir ayrımı kanuni bir ayrım haline getirmek yargıcı hakikat yerine tahminlerde bulunmaya zorlar. Bu nedenle tek çeşit tahrik müessesinin kabulü yerinde olacaktır. Yargıtay bir çok kararında 51. maddesinin 1. fıkrası yerine 2. fıkrasının veya 2. fıkra yerine 1. fıkrasının uygulanmasını yolsuz bulmuştur. Bu bozma sebeplerine çoklukla rastlanılması kanuni ayrımın uygulamada doğurduğu güçlüğü gösterir. (Erem-Danışman- Artuk, a.g.e., s. 602.)

Geç saatte teyp sesini yüksek biçimde açma eylemini²⁴⁸, Maktulün sanıkla tartışmasını ve küfür etmesini²⁴⁹, Tokat vurma (vb. tevali etmeyen tehdit, hakaret, basit yaralama gibi) eylemleri²⁵⁰, Maktulün sanığa “bir psikoloğa ihtiyacın var” diyerek tokat atmasını²⁵¹, Ölenin sanığa omuz vurmasını²⁵², Sanığın babasını yaralı görmesini²⁵³, Mağdurun kola şişesiyle sanığın başına vurmasını²⁵⁴, Müşterek çocuğun sanığa gösterilmemesini²⁵⁵, Uyarılara rağmen kamyonetin mağdurun büfesinin önüne park edilmesini²⁵⁶, Mağdurun nara atarak etrafı rahatsız etmesini²⁵⁷, Sanığın üzerine yürünmesi ve araç sürülmesi gibi eylemleri²⁵⁸, Sanığın gelini olan maktulün evi terk etmesini²⁵⁹ ve sanığın kızının evli erkeğe kaçmasını²⁶⁰, Maktulden gelen adiyen darp ve hakaret fiillerini²⁶¹ **hafif tahrik** olarak,

Tevali eden tokatlama ve bıçakla kovalama eylemlerini²⁶², Mağdurun sanığı olaydan bir hafta önce dövmesi ve orospuluk yapıyor diye etrafta söylemesini²⁶³, Uzun zamandan beri süre gelen para sızdırma ve tehditlerini²⁶⁴, Maktulün sürekli olarak aile efradına kötü muamelede bulunmasını²⁶⁵, Eşine yönelik yıllarca devam eden şiddet uygulama (tehdit, hakaret, darp gibi) eylemlerini²⁶⁶, Uzun süre devam eden darp, hakaret, sövme ve tehdit şeklindeki eylemlerin birikimi neticesinde suç işlemeyi²⁶⁷, Alkollü vaziyette gidip dul olan sanık bayana sarkıntılık etme, para karşılığı cinsel ilişki teklifinde bulunma eylemini²⁶⁸ ise **ağır tahrik** olarak kabul etmiştir²⁶⁹.

²⁴⁸ Yargıtay 4. CD. 10.02.1999 tarih ve 12319-841 E. K. sayılı kararı.

²⁴⁹ Yargıtay CGK. 27.06.1994 tarih ve 166-186 E. K. sayılı kararı.

²⁵⁰ Yargıtay 1. CD. 25.05.1999 tarih ve 860-1949 E. K. sayılı kararı.

²⁵¹ Yargıtay CGK. 21.11.1995 tarih ve 247-343 E. K. sayılı kararı.

²⁵² Yargıtay CGK. 18.04.1994 tarih ve 84-109 E. K. sayılı kararı.

²⁵³ Yargıtay 1. CD. 08.02.1999 tarih ve 3889-129 E. K. sayılı kararı.

²⁵⁴ Yargıtay 4. CD. 18.03.2003 tarih ve 17218-965 E. K. sayılı kararı.

²⁵⁵ Yargıtay 4. CD. 18.12.2002 tarih ve 16289-18777 E. K. sayılı kararı.

²⁵⁶ Yargıtay 4. CD. 18.03.2003 tarih ve 17328-967 E. K. sayılı kararı.

²⁵⁷ Yargıtay 2. CD. 03.02.1999 tarih ve 12241-659 E. K. sayılı kararı.

²⁵⁸ Yargıtay 2. CD. 26.04.2004 tarih ve 248-7947 E. K. sayılı kararı.

²⁵⁹ Yargıtay 1. CD. 23.02.2007 tarih ve 230-732 E. K. sayılı kararı.

²⁶⁰ Yargıtay 1. CD. 22.04.2004 tarih ve 4215-1471 E. K. sayılı kararı.

²⁶¹ Yargıtay CGK. 25.09.1978 tarih ve 217-291 E. K. sayılı kararı.

²⁶² Yargıtay 1. CD. 27.05.1998 tarih ve 693/1767 E.K. sayılı kararı.

²⁶³ Yargıtay 1. CD. 14.12.2006 tarih ve 4919/5709 E.K. sayılı kararı.

²⁶⁴ Yargıtay 1. CD. 26.05.1999 tarih ve 825-1965 E. K. sayılı kararı.

²⁶⁵ Yargıtay 1. CD. 24.05.1999 tarih ve 1321-1907 E. K. sayılı kararı.

²⁶⁶ Yargıtay 1. CD. 22.03.2006 tarih ve 2021-905 E. K. sayılı kararı.

²⁶⁷ Yargıtay 1. CD. 16.03.2006 tarih ve 3700-457 E. K. sayılı kararı.

²⁶⁸ Yargıtay 2. CD. 25.09.2003 tarih ve 4150-10489 E. K. sayılı kararı.

²⁶⁹ **Genel olarak iade edilecek olursa, Yargıtay’ın ağır tahrik, hafif tahrik ayırımına ilişkin kararlarına göre;** Aşağılayıcı hitaplar, sövme ve tehdit niteliğindeki davranışlar, önemli

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın tahrikin uygulanması ile ilgili yerel mahkeme hâkimlerinin takdirini yerinde görmeyerek bozmuş olduğu birçok kararı bulunmaktadır. 79 yıl yürürlükte kalan 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay yüz binlerce kararı sırf bu sebeple bozmuş, bu da davaların yıllarca uzamasına sebebiyet vermiştir. Oysa tahrik eden mağduru, tahrik altında suç işlediğini iddia eden sanığı, olayın görgü tanıklarını vs. görmeden, delillerle temas etmeden sadece evrak üzerinden değerlendirme yapmak çoğu zaman haksız tahrik gibi bir konuda kanaat bildirmek için yeterli olmamaktaydı. Ayrıca, kanunda her ne kadar ağır ve hafif diye bir ayrıma gidilmiş ise de hangi hallerin ağır, hangilerinin hafif tahrik olduğu ve bunun kriterinin ne olduğu belli değildi. Esasen ağır ve hafif ayrımını yapacak olan yargılamayı yapan hâkimdir. İlk derece mahkemesi olmayan, delillerde ve taraflarla doğrudan doğruya ilişki kuramayan Yargıtay'ın dosya üzerinde hafif olarak gördüğü bir eylem kanıtlarla yüz yüze olan ve daha sağlıklı bir değerlendirme yapabilecek olan ilk derece mahkemesince ağır olarak kabul edilmiş ya da tersi durumlar söz konusu olabilmekteydi. Bu durum ise bozmayı gerektirdiğinden hem yargılamanın uzamasına sebebiyet vermekte, hem de zaman zaman adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilmekteydi.

Bu sebeple yeni TCK'da hafif haksız tahrik - ağır haksız tahrik ayrımının kaldırılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Yeni düzenlemeye göre tahrikin basit ya da ağır olmasını maddi bir sorun olması nedeniyle hâkim belirleyecek, hâkim somut olayda tahrikin ağırlığını takdir edecek ve maddede belirtilen sınırlar içerisinde kalarak cezayı belirli bir oranda indirecektir²⁷⁰.

Hafif ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Bu düzenlemede 765 sayılı TCK'da yer alan adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlamalar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. Hâkim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi*

boyutlara varmayan (tokat atma, yumruk vurma gibi) etkili eylemler, (bahçe ve tarlaya hayvan sokma, mala zarar verme gibi) mal varlığına yönelik eylemler **hafif tahrik** sayılmakta,

Toplu saldırı, cebren ırza geçme, gasp, geceleyin konut dokunulmazlığını bozma, ağır yaralama gibi eylemler, tevali eden (ardı ardına yapılan) tehdit ve hakaretler, ırz ve namusa yönelik eylemler birden fazla haksız fiil gibi eylemler de çoğu zaman **ağır tahrik** sayılmaktaydı.

Ancak, Yargıtay'ın belirlediği kriterlerin çoğu doğru olmakla birlikte aksini savunma, yani Yargıtay'ın hafif tahrik kabul ettiği olayı ağır tahrik olarak değerlendirme veya Yargıtay'ın ağır tahrik dediği bir hadisenin de hafif tahrik olduğunu savunma imkanı vardır.

²⁷⁰ Özbek, **a.g.e.**, s. 384.

saptayabilecektir. Ancak bu indirimin yapılabilmesi için haksız fiilin bir hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerekir. Bu nedenle böyle bir etkiyi meydana getirebilecek ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır”²⁷¹.

Tahrikten yararlanacak olan failin fiili hiddet ve şiddetli elemin etkisi altındayken yapmış olması gerektiğinden suçun işlenmesi sırasında bu etkinin devam edip etmediğini de belirlemek gerekir. Bu etkinin devam edip etmediği matematiksel bir gerçeklikle saptanamaz. Ancak tepkinin tahriki oluşturan fiilin hemen akabinde yapılmasının şart olmadığı, etkinin belirli bir süre devam edebileceği, bu konuda bir zaman sınırlamasının kanunda yer almadığı söylenebilir. Hatta tahrik oluşturan fiilin hemen akabinde hiddet veya elemin yoğunluğunun olayın şoku ile zayıflamış olduğu da söylenebilir. Öfke ve elem durumunun tamamen ortadan kalkmamış olması ve özellikle faille tahriki yapan kimse arasında normal ilişkiler kurulmamış olmak kaydıyla öfke veya elemin yoğunluğunun az veya çok olması etkinin varlığını engellemez²⁷².

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’da bir kararında; TCK’nın haksız tahrike ilişkin maddesinin uygulamasına neden olacak fiillerin muhakkak olay sırasında ya da olaydan kısa bir süre sonra olması gerekmediğini, zaman mefhumunu bu kadar daraltmanın yerinde olmadığını, her olayı kendi oluşuna ve nedenlerine göre değerlendirmek gerektiğini, takdire esas tutulması gereken hususun suçun işlenmesini tahrik eden haksız eylemlerle dava konusu suç arasındaki sebep ve sonuç bağının tespiti noktasında toplandığını belirtmiştir²⁷³.

2.2.4. Suç, Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında İşlenmelidir.

(Haksız Fiil ile Suç Arasında Nedensellik İlişkisinin Mevcudiyeti)

Haksız tahrikin varlığı için bulunması gereken bir diğer şart da failin işlediği suçun kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesidir. Yani haksız eylem ile failin suç işlemesine etkili olan

²⁷¹ İzzet Özgenç, (2006), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, s. 408.

²⁷² Dönmezer, **a.g.e.**, s. 356.

²⁷³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 18.09.1972 gün ve 971/1-426/290 sayılı kararı (Metiner, **a.g.e.**, s. 717.)

psikolojik (sübjektif) durumu arasında nedensellik bağı bulunmasıdır. Zaten haksız tahrikin suçu etkileyen bir hâl sayılmasının psikolojik sebebi “failin hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında” suç işlemesidir. O halde tahrik oluşturan haksız fiil hem failde böyle bir psikolojik hal meydana getirecek, hem de suç, bu halin etkisi altında işlenmiş olacaktır²⁷⁴.

Şayet failin içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli elem hali başka bir sebepten ileri gelmişse haksız tahrikten söz edilemez. Bu itibarla haksız tahrik oluşturan fiilin hiddet veya şiddetli elem meydana getirecek nitelikte olması gerekir. Haksız fiilin bu nitelikte olup olmadığı failin sübjektif durumuna göre değil, fiilin normal bir kişiyi elem veya öfkeye sevk edecek nitelikte olup olmadığına göre belirlenmelidir. Esasen hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirebilecek nitelikte olmamakla birlikte failin fazla alıngan ya da aşırı duygusal olması sebebiyle onun üzerinde böyle bir etki meydana getiren fiillere karşı haksız tahrik hükmü uygulanmaz, çünkü bu durumda failin öfke veya üzüntüye kapılması, haksız fiilden değil kendi ruhsal yapısından kaynaklanmaktadır²⁷⁵.

Başkasının eylemine sinirlenerek, olayla hiçbir ilgisi olmayan şahsa karşı bir suç işlenirse bu durumda fail haksız tahrik indiriminden yararlanamaz. Yani failin içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli elem hali tahriki oluşturan haksız fiil sonucu olmalıdır.

Bu konudaki bir görüş ise, her olayda aynı ölçütün kullanılamayacağı bu nedenle somut olayın özelliklerinin önemli olduğu biçimindedir. Örneğin, hassas yapıda olan bir failin bu hassasiyetini bilen bir kimsenin buna rağmen haksız bir fiilde bulunması halinde, hiddete kapılan failin tepki suçu işlemesi durumunda, haksız tahrik hükümlerini uygulamak mümkün olabilecektir²⁷⁶.

Suçun tahrike yol açan fiilden hemen sonra işlenmiş olması gerekmez. Yani, suçun haksız fiilin, failde bıraktığı ruhi buhran içinde işlenmiş olması tahrikten hemen sonra işlenmesi anlamına gelmez. Nitekim Yargıtay CGK’nın bir kararında²⁷⁷ belirttiği gibi “failde haksız tahrikin yarattığı öfke veya şiddetli elemnin etkisi sürebilir. Haksız hareketin etkisi devam ettiği sürece sanığın haksız tahrikten yararlandırılması gerekir”

²⁷⁴ Koca- Üzülmüş a.g.e., s. 320.

²⁷⁵ Koca-Üzülmüş, a.g.e., s. 320.

²⁷⁶ Osman Yaşar, (2010), **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 736.

²⁷⁷ Yargıtay CGK. 18.10.1982 tarih ve 230-381 E. K. sayılı kararı.

Ancak, tahriki oluşturan fiil, faili öfke veya şiddetli elem durumuna soktuğuna göre, fail bu buhran hali sona ermeden suçu işlemelidir. Başka bir deyişle failin ruhi durumu ile işlediği suç arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. Bu illiyet bağı, fail tahrik edilmeseydi atılı suçu işlemeyecekti anlamındadır. Bu itibarla fail eğer daha önce suç işlemeye karar verdiyse tahrik hükmünden faydalanamaz. Buhran halinin suçun işlendiği sırada devam edip etmediği haksız hareketin niteliğine ve bunun normal kişi üzerinde ne kadar süre etki yapacağına göre belirlenecektir²⁷⁸.

Haksız fiil normal kişiyi buhran haline sokabiliyorsa bu hal devam ediyor sayılmaktadır. Burada önemli olan husus, somut olayın özellikleri ve psikolojik ortam göz önünde bulundurularak normal bir kişinin de böyle bir duruma sürüklenip sürüklenemeyeceğidir. Çünkü aynı zamanda ahlaken de kabul edilebilir olması gereken bu buhran durumu failin kolay heyecanlanabilirliği, saldırganlığı veya alınganlığı gibi anormal bir psikolojik yapının sonucu olmamalıdır²⁷⁹.

Yukarıda da değinildiği gibi fail, haksız tahrik oluşturan fiil sonucunda meydana gelen öfke veya şiddetli elemin etkisindeyken ve bu durumun tepkisi olarak suçu işlemiş olmalıdır. Haksız tahrikin cezadan indirim yapılmasına etken olan düşünce budur. Zira fail, tahrikin sebebiyet verdiği heyecan halinin bir tepkisi olarak suç işlemektedir. Fail söz konusu suçu işlemeye daha önce karar vermişse, işlenen suç ile tahrik arasında illiyet bağı olmadığından tahrik edilmiş olsa bile haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz²⁸⁰.

Nitekim Yargıtay da bir olayda, bahçesinden kayısı çalan kimsenin ırzına geçen failin haksız tahrik hükümlerinden istifade edemeyeceğini zira hırsızlık fiili ile ırza geçme fiili arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunmadığını, fiiller arasında ağırlık bakımından da bir orantısızlık olduğuna hükmetmiştir²⁸¹. Sanığın işlediği suç haksız fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemenden değil de eski bir husumet, öç alma, kin ve sair başka bir sebepten kaynaklanıyorsa işlenen suç ile haksız fiil arasında bir

²⁷⁸ Günay, **a.g.e.**, s. 34.

²⁷⁹ Güreli'ye göre haksız fiilde bulunan kişi bunu gidermeye çalışmış ve tahrik edilen faili sakinleştirmiş ise artık öfke veya şiddetli elemenden söz edilemeyeceği için haksız tahrik yok sayılır. Aksi düşüncedeki Erem ise "haksızlığı gidermeye çalışmak haksızlığı gidermez" diyerek bu fikre karşı çıkmıştır.

²⁸⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 399.

²⁸¹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 261.

illiyet bağının bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir²⁸².

Yargıtay'ın isabetle uyguladığı gibi tahrik teşkil edecek eylemden sonra fail derhal bir reaksiyonda bulunmasa dahi bu psikolojik durumu devam ettiği süre içinde tepki suçunun işlenmesi halinde haksız tahrik söz konusudur. Bu sebeple tahrike yol açan haksız fiilin hemen arkasından suçun işlenmiş olması şart değildir. Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için olay nedeninin, sanığın ruh yapısı üzerinde şiddetli bir eleme veya hiddetli bir sarsıntıya yol açması gerekli ve yeterlidir²⁸³.

“Hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalmak” ifadesi haksız tahrikin sübjektif unsurunu teşkil eder. Bu sübjektif unsurun mevcut olmaması halinde haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin soyut olarak varlığının 29. maddenin tatbiki için yeterli kabul edilemeyeceğini belirtmiştik. Haksız tahrik oluşturabilecek bir fiilin mevcudiyeti karşısında hiddet veya şiddetli elemin mutlaka oluşacağını söylemek mümkün değildir. Kişiden kişiye değişebilecek olan bu sübjektif halin araştırılması ve oluşup oluşmadığının kararı, yargılamayı yapan hâkime ait olmalıdır²⁸⁴.

Haksız bir fiilden kaynaklanan öfke ve elemin oluşup oluşmadığının hâkimin takdirine bırakılması yerinde bir düşüncedir. Zira hâkim taraflarla, kanıtlarla yüz yüze gelecek yargılama sırasında failin kişilik özellikleri, sosyal durumu ve bu arada psikolojik durumu hakkında fikir sahibi olacaktır. Dolayısıyla hâkim, haksız tahriki oluşturan fiilin, kişiyi öfke ve eleme sevk edecek nitelikte olup olmadığını ve olayda öfke ve elemin oluşup oluşmadığını sağlıklı bir şekilde belirleyebilecektir.

Haksız tahrik açısından **tartışmalı konulardan birisi de** haksız tahriki oluşturan eylem ile bu eylemin etkisi altında kalınarak işlenen suç, yani öfke veya şiddetli elem hali arasında **bir oranın** mevcut olup olmamasıdır.

Aşağıda ayrıntılı biçimde inceleyeceğimiz bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Bazı yazarlar, bu konuda oranın olması gerektiğini savunurken, bazıları da bu konuda oranın her hangi bir öneminin olmadığını, işlenen suçun ağırlığı ne olursa olsun haksız

²⁸² Metiner, **a.g.e.**, s. 719.

²⁸³ Sanık iki yıl önce karısı ile maktul arasında cinsel ilişkiden kuşkulanan onları şikayet etmiş, bilahare araya girenlerin (çocuklarınız var, barışın diye) ısrar etmeleri üzerine şikayetini geri almıştır. Mağdure ve maktul, failin bu sabırlı davranışını kötüye kullanıp olay anına kadar **ağır sözlerle** onu hem tahkir etmişler, hem de aralarındaki **cinsel ilişkinin varlığını açıklayarak ağır ve şiddetli derecede tahrik** etmişlerdir. (Yargıtay CGK 28.11.1994 tarihli ve 297-31 E.K. sayılı kararı.)

²⁸⁴ Güreli, **a.g.m.**, s. 336.

tahrike ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.

İlk fikre göre tahriki oluşturan fiil ile tepki olarak ortaya çıkan fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekir ve her illiyet bağı bir oranı ve ölçüyü gerektirir²⁸⁵. İkinci fikre göre ise, haksız tahrik açısından önemli olan kişinin maruz kaldığı fiilin kendisinde bir öfke veya şiddetli elem oluşturup oluşturmadığıdır. Eğer somut olayda gerçekten öfke veya şiddetli elemin olduğu sonucuna ulaşılmış ise artık söz konusu oranın varlığını araştırmaya gerek olmayacaktır²⁸⁶.

Somut bir olayda failin haksız tahrik savunmasında bulunduğu her durumda haksız fiil ile sonuç arasında illiyet bağının kurulması ve bu bağın olaya uygun bir şekilde kanıtlanması gerekmektedir. Ancak, tahrik durumunun mutlaka sanık veya müdafisi tarafından ileri sürülmesi gerekmez²⁸⁷. Yargılamayı yapan hâkim, tahrik olgusunun mevcut olup olmadığını, ne boyutta olduğunu kendiliğinden araştırıp tespit edecektir. Bu husus ceza yargılamasında **resen** araştırma kuralının gerektirdiği bir zorunluluktur.

Yargıtay'ın bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Eski bir husumet şeklinde ifade edilen ve mahkemece de olayın sebebi olarak kabul edilen mağdur-müdahil Mehmet in sanık Nedim'in kardeşini öldürmesi olayı ile ilgili yeterli araştırma yapılarak sonucuna göre sanığın suç vasfının tayin edilmesi ve hakkında tahrik hükümleri uygulanmasının gerekip gerekmediğinin tartışılması gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır”²⁸⁸.

Sonuç olarak; haksız fiil ile bu fiile tepki olarak işlenen suç arasında nedensellik bağı aranması konusunda açık bir düzenleme mevcut değil ise de bu şekilde illiyet bağının kurulmasının istenmesi mantık kurallarının bir sonucudur. Zira iki şey arasında münasebetin olmadığı durumlarda birinin diğerinin sebebi, ötekinin de sonucu olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle bu husus doktrinde hiç tartışılmamış olsaydı bile yargılamayı yapan hâkim bu hususu göz önünde bulundurmak zorunda olacaktı.

²⁸⁵ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 358.

²⁸⁶ İçel, **a.g.e.**, s. 292.

²⁸⁷ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 33.

²⁸⁸ Parlar-Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 1316.

2.2.5. Haksız Tahrik Teşkil Eden Eylem Mağdurdan Sadır Olmalı veya Mağdurun O Fiili Önleme Yükümlülüğü Bulunmalıdır.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan koşullardan biri de haksız fiili yapanın mağdur olması veya mağdurun bu fiili önleme sorumluluğunun bulunmasıdır. Her ne kadar kanun tepkiyi teşkil eden suçun tahrik edene karşı işlenmiş olması gerektiğini açıkça belirtmemiş ise de, bu husus tahrik eden ile edilen arasındaki ilişkiye dayanan haksız tahrik kurumu için doğal bir koşuldur²⁸⁹.

Kural olarak, suç haksız fiili yapan kimseye yönelmiş olmalıdır. Haksız tahrik fiiline maruz kalan kişinin bu nedenle öfke veya şiddetli elem durumuna girmesi halinde içerisine sürüklendiği ruhi durumun bir tepkisi olmasının sonucu olarak bu suçun mutlaka tahriki oluşturan haksız fiili yapan kişiye yöneltmesi gerekir. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme mevcut değil ise de bu tahrik edenle edilen arasındaki ilişkiye dayanan haksız tahrik müessesinin tabii bir sonucudur. Bu bakımdan Ahmet'in Mehmet'i dövmesi üzerine kendisine göre güçlü kuvvetli olan Ahmet'e bir şey yapamayan Mehmet'in, Ahmet'in çocuğunu dövmesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Zira burada çocuğun dövülmesi olayında nedensellik bağı mevcut değildir²⁹⁰.

Ancak, mağdurun haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi, lakayt kalması ya da zımnen bu haksız fiili onaylaması halinde de haksız tahrik hükmü uygulanabilir. Yargıtay, bu hususu vurgulayan bir kararında şöyle demektedir: “*Medeni Kanun hükümlerine, örf ve âdete göre; çocuklarını terbiye ve tedip hakkına sahip olan ev reisi ve baba sıfatlarını taşıyan mağdurun olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti görmesine rağmen, sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda bulunmaması ve onları men etmemek suretiyle huzuru ile adeta mütecaviz eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen müzahir olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve âdete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, bu yönden sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması yasaya aykırı görülmüştür*”²⁹¹.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta kişinin haksız fiil oluşturan davranışı

²⁸⁹ Duran **a.g.e.**, s. 164.

²⁹⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 400.

²⁹¹ Parlar-Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 1317 (Yargıtay 1. CD. 01.04.1980 tarih ve 41-1453 E.K. sayılı kararı)

önleme yükümlülüğünün olup olmamasıdır. Bu yükümlülük kanunlarla, yazılı diğer hukuk kuralları ile yahut hukuka ve kamu düzenine aykırı olmayan örf ve adetle verilmiş olabilir. Böyle bir yükümlülük yok ise ya da yükümlülüğün yerine getirilmesi imkanı yok ise (Örneğin; aile reisi durumundaki kişi yukarıdaki örnekte bahsedilen olayları görmesine rağmen yaşlı ve hasta olması dolayısıyla müdahale edemiyorsa) sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

Özetle, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için haksız fiilin bizzat mağdurdan sadır olması veya başkasından sadır olmuşsa mağdurun o haksız fiili önleme yükümlülüğü bulunmasına rağmen önlememesi gerekir²⁹².

Bir kişinin sevdiklerine veya bir yakınlarına karşı yapılan bir tahrik fiili failin bir tepkide bulunmasına yol açabilecekken, tepki fiilinin haksız eylemde bulunan şahıstan başkasına, onun yakınlarına, hatta eşine karşı işlenmesi halinde bile failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması mümkün değildir²⁹³.

Tepki fiilinin yönelimi konusunda Yargıtay kararlarında benimsenen görüşler de aynı doğrultuda olup, Yargıtay konuyla ilgili örnek içtihatlarında; “*Maktül Selahattin’i ağır tahrik altında, maktül Selami’yi ise hiçbir kışkırtıcı tavrı olmadığı halde öldüren sanık hakkında TCK’nın 450/5. maddesinin değil, ayrı saiklerle hareket ettiğinden TCK’nın 448, 451/2 ve 448. maddelerinin ayrı ayrı uygulanması gerektiğine*²⁹⁴”, “*failin mağdurenin kocası ile kahvehanede 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 tahrik bulunmadığından sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına*²⁹⁵” karar vermiştir.

²⁹² İzmir, **a.g.e.** s. 44.

²⁹³ Tutumlu **a.g.e.** s. 162.

²⁹⁴ Yargıtay 1. CD’nin 22.03.1999 tarih ve 656/1973 E. K sayılı kararı (Duran **a.g.e.**, s.163)

²⁹⁵ Yargıtay CGK’nın 31.10.1994 tarih ve 225/250 E.K sayılı kararı (Duran **a.g.e.**, s.164)

Benzer Şekilde; Sanıklar, kasten adam öldürme suçundan yargılanmışlardır. Haksız tahrik nedeniyle indirim yapılabilmesi için **haksız hareketin bizzat maktulden gelmesi ve sanığa ya da etkileneceği bir yakınına yönelmesi gerekir.** Somut olayda, maktulenin taş atmak veya küfür etmek suretiyle sanıklara karşı haksız bir hareketi net biçimde tespit edilememiştir. Maktuleden kaynaklanan ve sanıklara yönelik **herhangi bir haksız hareket belirlenemediğinden** haksız tahrik indirimi yapılmaksızın ceza tayin edilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir. Yargıtay CGK’nın 4.3.2008 tarih ve 2008/1-42 E.K. sayılı kararı. (Uyap İctihat Sorgulama)

Askeri Yargıtay içtihatlarında da aynı esas benimsenmiş olup, bir kararında “onbaşı ve çavuşlar tarafından dövülmesi sebebiyle firar eden sanık hakkında firar suçundan verilecek cezanın Ask. CK.nın 92. maddesi gereğince indirim yapılmasına gerek olmadığına”²⁹⁶ karar vermiştir.

2.2.6. Tahrik Eden Kişiye (Mağdura) Karşı Bir Tepki Suçu İşlenmiş Olmalıdır.

Haksız tahrikin koşullarından sonuncusu, suçun tahrik eden kişiye karşı işlenmiş olması, diğer bir ifadeyle tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik bir tepki suçu işlenmiş olmasıdır. Buna göre, tahrik altında işlenmiş suç, haksız fiili işleyen kişiye yönelmiş olmalıdır. Kanun birisine kızıp da hıncını başkasından alanı koruyamayacağına göre haksız tahrikin bulunması için tepkinin tahriki teşkil eden fiili yapan kimseye yönelmiş olması şarttır.

Şayet tahrik eden kişi ile suçun mağduru farklı kişiler ise haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Örneğin babanın fiiline öfkelenen kişinin babasını dövemediği için oğlunu dövmesi halinde fail haksız tahrikten yararlanamayacaktır²⁹⁷.

Yargıtay da bu görüştedir. Bir olayda mağdurun çocukları failin çocuğunu dövmüş, bunun üzerine fail de çocukların babasına sövmüştür. Yargıtay bu olayda haksız tahrikin olmadığına, sadece takdiri hafifletici sebebin söz konusu olabileceğine karar vermiştir²⁹⁸.

Askeri Yargıtay’da bir kararında²⁹⁹ kışlaya alkollü içki ile girerken yakaladığı eri döven sanık komutan hakkında disiplinsizliğin kendisine yönelik olmadığı gerekçesiyle haksız tahrik hükümlerini uygulamamıştır.

Kanunumuzda tahrik fiilinin **kime yönelik olması gerektiği** konusunda bir açıklık mevcut değildir. Buna karşılık bazı batılı kanunlarda haksız tahrik eyleminin hedefinin sanıktan başkası da olabileceği açıkça belirtilmiş ve bunların kimler olduğu da

²⁹⁶ Askeri Yargıtay D.K.’nın 12.11.1965 tarih ve 122/126 E.K sayılı kararı (Duran a.g.e., s.164)

²⁹⁷ Koca-Üzülmüş a.g.e., s. 320.

²⁹⁸ Hakeri, a.g.e., s. 287.

Dönmezer Erman da “Yargıtay içtihatları böyle olduğu gibi biz de aynı kanaatteyiz. Çocuğun attığı bir taş üzerine babasının tokatlanması olayında haksız tahrikin bulunmadığını, bunun olsa olsa takdiri hafifletici bir sebep teşkil edebileceğini kabul etmekteyiz, ancak mağdurun önleme yükümlülüğü bulunan bir haksız hareketi engellemeyip buna seyirci kalması halinde bu hareketsizliğin bir haksız tahrik teşkil edebileceğini kabul etmekteyiz.” diyerek aynı kanaati dile getirmişlerdir.

²⁹⁹ Ask. Yarg. 3 Daire 02.10.1990 tarih ve 441/430 E.K. sayılı kararı.

tahdidi olarak sayılmıştır. Ne eski TCK'da ne de yeni TCK'da tahrik fiilinin hedefinin kime yönelik olması gerektiği konusunda bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte doktrinde ve Yargıtay kararlarında tahrik fiiline reaksiyon olarak işlenen fiilin (tepki suçunun) hedefinin “tahrik teşkil eden fiili yapan kimse” olması gerektiği yerleşik görüştür.

Buna göre hiddet veya şiddetli elem halinde işlenen suçun tahrik eden kişiye yönelik olması gerekir. Tahrik eden ile suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde haksız tahrike ilişkin madde uygulanamaz. Suçun bu kişiye yönelmiş olması yeterlidir, suçun kişinin şahsına veya malına yönelik olması arasında herhangi bir fark yoktur.

Tahrik eden kişi yukarıdaki şartlarda açıkladığımız şekilde tahrikin sonucunda bir suç işlerse bu suç “**tepki suçu**” denilir ve bu suçun cezası belli oranda azaltılır. Bir tepki suçu işlenmiş olmadıkça tahrikin varlığı ve diğer koşullar anlam ifade etmez. Bu sebeple tahrik eden kişiye karşı bir tepki suçunun işlenmesi gerekir. Tepki suçunun tahrik edenin şahsına karşı işlenmiş olması şart olmayıp, tahrik edenin zararına işlenmiş olması yeterlidir. Bu nedenle tepki suçu tahrik edenin eşyalarına veya hayvanlarına karşı işlenmiş olursa da fail tahrikten yararlanır. Ancak, bu suç başka bir şahsa karşı işlenmiş olursa fail tahrikten yararlanamaz. Bu sebeple, suçun tahrik edene karşı işlenmiş olması şarttır. Ancak bu tepki suçunun teşebbüs aşamasında kalmasının önemi olmadığı gibi, müstakil bir suç veya bir tekrür suç veya müteselsil suç olup olmamasının da bir önemi yoktur. Şartlarının bulunması halinde işlenen tepki suçunun cezası indirilir³⁰⁰.

“Tepki suçu” ile “tahrik edici fiil” kavramlarını karıştırmamak gerekir. **Tahrik edici fiilin** mutlaka suçu işleyen kişiye karşı işlenmiş olması şart olmayıp, faile yakın bir şahsa, arkadaşına, failin eşyalarına, hatta bir yabancıya karşı da işlenmiş olabilir. (Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için mağdurun haksız davranışlarının faile yönelik olması şart olmayıp, bu davranışın failde hiddet, elem veya öfke uyandırması yeterlidir.) **Tepki suçunun** ise tahrik eden kişiye (mağdura) karşı işlenmiş olması şarttır.

Haksız tahrikte tahrik teşkil eden eylemin kime yönelik olması gerektiği madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun*

³⁰⁰ İzmir a.g.e., s. 46.

mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. 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”³⁰¹.

Gerekçede de belirtildiği gibi burada önemle belirtilmesi gereken nokta haksız tahrik indiriminin bir suçun mağduruna değil, **failine karşı** uygulanacak olmasıdır. Bir genç kızın tecavüze uğraması olayında, kızın, kendi aile bireyleri tarafından öldürülmesi durumunda aile bireylerine yönelik olarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olmamakla birlikte, tecavüz eden kişinin öldürülmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır³⁰².

Bir başka anlatımla haksız fiilin oluşmasına sebebiyet vermeyen ya da esasında haksız fiilin mağduru olan bir kişiye (yukarıdaki örnekteki gibi cinsel saldırıya maruz kalmış genç kıza) karşı namus korumak iddiası veya bir başka saikle işlenen suçta haksız tahrik hükümleri uygulanmaz. Haksız tahrik işlenen fiilin oluşmasına kendi iradi hareketiyle sebebiyet veren kişiye karşı söz konusu olabilir³⁰³.

İtalyan Yargıtay’ı da bir olayda belirtilen esaslara uygun bir karar vermiştir. Karara konu olayda bir siyasi parti mensubu tarafından kardeşi öldürülen sanık bu olay nedeniyle kapıldığı elem ve öfkeyle karışit siyasi parti mensubundan birisini öldürmüştür. Bu olayda İtalyan Yargıtay’ı haksız tahrik hükümlerini tartışmış ve olayla ilgisi olmayan parti mensubu olmak dışında bir bağlantısı bulunmayan kişiye yönelik işlenen fiilde, haksız tahrik bulunmadığına karar vermiştir³⁰⁴.

Özetle haksız fiile reaksiyon olarak işlenen fiilin hedefi “tahrik eden kimse” olmalıdır. Tepkinin alakalı olmayan üçüncü bir kişiye yöneltilmiş olması halinde ceza indirimi söz konusu olamaz. Eğer tepki sonucu meydana gelen fiil, ceza kanununun “suç” saydığı bir fiil ise fail cezalandırılmakla beraber ceza indirilir³⁰⁵. Haksız fiil

³⁰¹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 29.madde gerekçesi.

³⁰² Zeynep Burcu Akbaba, (2008), “Töre Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:21 Sayı:75, Ankara, ss. 333-351.

³⁰³ Şen, **a.g.e.**, s. 81.

³⁰⁴ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 359.

³⁰⁵ Erem, **a.g.e.**, s. 629.

sonucunda verilen tepki “suç” oluşturmuyorsa herhangi bir cezai yaptırımın mümkün olamayacağından, bir cezai indirim de söz konusu olmaz. Haksız tahrik ancak tepki fiilinin kanunlarda “suç” olarak belirlenmiş olması halinde var olacaktır.

Haksız tahrikte suçun haksız fiilin meydana getirdiği öfkenin etkisi altında işlenmiş olması gerektiğinden, suçun işlendiği anda bu etkinin devam edip etmediğinin de belirlenmesi gerekir. Suç, haksız fiile tepki olarak hemen işlenebileceği gibi kısa veya uzunca bir zaman sonra da işlenebilir. Önemli olan suçun işlendiği anda haksız fiilin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisinin azalmış da olsa devam edip etmediğidir. Bu nedenle haksız fiil ile işlenen suç arasında belli bir sürenin geçmiş olması, etkinin sürüp sürmemesi bakımından kesin bir ölçüt değildir. Hâkim, etkinin devam edip etmediğini, yapılan haksız fiilin niteliğine bakıp bunun normal bir kimse üzerinde ne kadar bir süre ile hiddet veya üzüntü meydana getirebileceğini hesaplayarak belirlemelidir. Haksız tahriki oluşturan fiilin aynı zamanda bir suç teşkil etmesi ve işlediği bu suçtan dolayı failin cezalandırılması halinde bu suçun failine karşı daha sonra işlenen suç bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkündür.

Tepki fiili konusunda önem taşıyan ve öğretide tartışılan, “tepkinin zamanı” ve “tepkide oran” meselelerine değinmek gerekir.

2.2.6.1. Tepkinin Zamanı

Tahriki oluşturan fiil, faili öfke veya şiddetli elem durumuna soktuğuna göre, suçun işlenmesi sırasında bu etkinin varlığını araştırmak gerekir. Tepki suçunun ne zaman işlenmesi gerektiği konusunda TCK’da bir açıklık olmadığı gibi, bu konuda bir sınırlama, ya da suçun tahrik fiilini takiben derhal ve fevri olarak işlenmesi gibi bir koşul da bulunmamaktadır³⁰⁶. Meşru savunmada haksız saldırının “derhal” defedilmesi gerektiğinden bahsedilmesine karşın, haksız tahrikte buna benzer bir kaydın kullanılmamış olması böyle bir kayda lüzum görülmediğindendir. Çünkü zaman konusu bu maddenin gösterdiği unsurlardan çıkartılacaktır.

Kanun, “hiddet veya şiddetli bir elemin tesiri altında işlenen” suçtan bahsettiğine göre, tepkiyi teşkil eden bir fiilin bu tesir devam ettiği müddetçe yani psikolojik buhran içerisinde (bu buhran hali geçmeden) işlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle fail,

³⁰⁶ Duran a.g.e., s. 155.

psikolojik durumun etkisi devam ettiği süre içinde fiili işlerse tahrikten yararlanır. Bu durum saat ile ölçülemez. Tahrik edilenin fiili ani olarak işlemesi şart değildir. Burada önemli olan nokta fiilin buhran hali sona ermeden işlenmesidir. Bu nedenledir ki, hâkim öfke veya şiddetli elem durumunun devam edip etmediğini tespit bakımından haksız hareketin niteliğine bakmalı ve bunun normal bir kimse üzerinde etkisini ne kadar bir süre devam edeceğini hesaplamalıdır.

Yargıtay’a göre de³⁰⁷ haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yol açacak eylemlerin mutlaka olay sırasında veya olaydan hemen sonra vuku bulması zorunluluğu yoktur. Her olayı kendi oluşuna veya nedenlerine göre değerlendirmek gerekir. Maddenin uygulanması yönünden önemli olan failin suçu öfke veya şiddetli elemin tesiri altında işleyip işlemediğidir. Haksız tahriki teşkil eden eylem ile suçun aynı anda işlenmiş olmasını aramak her olayda doğru olmaz³⁰⁸.

Zira, haksız fiil sonucu verilen tepki kişiden kişiye değişiklik gösterir. Bazıları haksız tahriki teşkil eden fiile ani bir tepki verirken, bazıları ise ani reaksiyon vermez önce bunu içine atar, zaman geçmesi ile öfkesi artar ve belli bir süre sonunda tepkisini gösterir³⁰⁹. Tepkinin süresinin farklılığı tepkiye maruz kalan kişilerin psikolojik yapılarının farklılığından ileri gelir. Haksız fiile karşı tepkinin sonradan gösterilmesi ya da o anda gösterilmesi sonucu değiştirmez. Yeter ki tepki fiili hiddet veya şiddetli elem altındayken işlenmiş ve aralarında illiyet bağı mevcut olsun. Buradaki kriter, “suçun ruhi sarsıntı sona ermeden ve faile sükunet gelmeden işlenmesidir”³¹⁰. Hatta kimi durumlarda öfke veya elemin ilk meydana geldiği andaki yoğunluğu, suçun işlendiği sırada zayıflamış da olabilir. Tepki suçuna neden olan hiddet veya şiddetli elemin büsbütün ortadan kalkmaması ve tahriki yapan kimse ile normal ilişkilerin kurulmamış olması kaydıyla, yoğunluğun az veya çok olması, etkinin bulunmasını engellemez³¹¹.

Yargıtay, bu konuda verdiği kökleşmiş içtihatlarında; “aradan uzun zaman geçmesinin ve taraflar arasında önceden vuku bulan olayın yargılamaya konu edilmesinin ve hatta mahkûmiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesinin ya da eylemin

³⁰⁷“Mağdurdan gelen haksız hareketlerin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunduğu hallerde sanığa verilen cezadan TCK’nın 51. maddesinin uygulanması suretiyle indirim yapılması gerekir” Yargıtay CGK 18.10.1982, 230-361 E. K. sayılı kararı.

³⁰⁸ İzmir a.g.e., s. 46.

³⁰⁹ Yavuz, a.g.m., s. 453.

³¹⁰ Taner, a.g.e., s. 446.

³¹¹ Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 356.

bir suçu oluşturmaması nedeniyle kişinin beraat etmesinin, dava veya cezanın aflı ortadan kalkmasının tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceğine³¹²,” “sanığın 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini 6 yaşında öksüz bırakan ve 1803 sayılı kanun uyarınca tahliye edilen maktulü öldürdüğü olayda aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına³¹³,” “sanığın ağabeyi Mustafa’yı öldüren Çetin’i 20 yıl sonra tasarlayıp pusu kurmak suretiyle öldürdüğü olayda haksız tahrikin düşünülmemesinin bozmayı gerektirdiğine³¹⁴” karar vermiştir.

Yargıtay’ın kararlarında da belirtildiği üzere haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olay bulunmalı, bu olay sanıkta bir öfke veya acı durumu meydana getirmeli, bu öfke veya acıyla suçun işlenmesi arasında nedensellik bağı bulunmalı ve mahkemece de bu olayla sanığın psikolojik yapısı dikkate alınarak tahrikin derecesi belirlenip sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Nitekim Yargıtay bir kararında³¹⁵ “*bu araştırma ve saptamalar yapılmadan mağdurun olaydan üç ay sonra sanığı ve arkadaşlarını tokatlaması olayında aradan üç ay geçtiğinden ve koşulları bulunmadığından bahisle haksız tahrik hükmünün uygulanmaması*” şeklindeki kararıyla haksız tahriki aradan zaman geçmiş olması sebebiyle kabul etmeyen yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında isabetle vurgulandığı gibi üzüntü halinde derhal bir reaksiyonda bulunulmasa dahi bu psikolojik durumun devam ettiği süre içinde suçun işlenmesi halinde tahrik söz konusudur. Bu sebeple haksız tahrikte önemli olan, faili suç işlemeye iten, onun beyinde şiddetli öfke ve şiddetli elem uyandıran haksız hareketin etkisini sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesidir. Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için, olay nedeninin, sanığın ruh yapısı üzerinde şiddetli bir eleme ve hiddetli bir sarsıntıya yol açması gerekli ve yeterlidir. Böyle bir ruh halinin etkisiyle bir süre sonra ve fırsat bulunduğu fiilin işlenmesi durumunda da söz konusu hüküm uygulanacaktır.

Tepki suçunun işlenmesi bakımından yasada bir zaman sınırlaması getirilmediğini belirtmiştik. Kanunumuz meşru müdafaa (TCK m. 25) haline ilişkin

³¹² Yargıtay CGK’nın 18.10.1982 tarih ve 230/361E. K. sayılı kararı.

³¹³ Yargıtay 1. CD 09.10.2002 tarih ve 2288/3508 E. K. sayılı kararı.

³¹⁴ Yargıtay 1. CD 04.12.2006 tarih ve 5354/5382 E. K. sayılı kararı.

³¹⁵ Yargıtay 4. CD 25.12.1991 tarih ve 7141/8305 E. K. sayılı kararı.

düzenlemede haksız taarruza derhal savunmada bulunulması koşuluna yer verdiği halde aynı koşulu haksız tahrik hükmünde (TCK m. 29) aramamıştır. Meşru müdafaa durumu insanın kendi varlığını korumak güdüsünün zorunlu bir sonucu olduğu halde, haksız tahrikte böyle bir zorunluluk olmaması nedeniyle tepki fiilinin hemen işlenmesi gibi bir koşula bağlanmaya gerek yoktur³¹⁶. Örneğin, kişi kendisine bir toplantıda yapılan hakarete o sırada cevap verebileceği gibi ortam gereği tepkisini daha sonra uygun bir zemin ve zamana da bırakabilir. Ya da tepkisini hiç sesini çıkarmayarak bir başka deyişle suç işlemeye gerek görmeyerek de ortaya koyabilir. Haksız bir tahrik oluşturan bir fiile maruz kalan kimsenin tepki gösterip göstermemesi, tepkinin şekli ve zamanı gibi hususlar her olayın özelliğine ve mağdurun kişilik yapısına göre de değişir.

Yargıtay, bu konuda kabul ettiği ilke kararları doğrultusunda; “*sanığa 3 ay önce işlettiği gazinodan kadın temin eden maktülün kadını geri alması üzerine çıkan tartışmada sanığın av tüfeğiyle gaziyoza giderek maktülü öldürdüğü olayda*³¹⁷”, “*maktül göz koyduğu sanığın karısını iki üç seneden beri süregelen hareketleriyle elde etmek istediği, bu sebeple sanığı her gördüğünde laf attığı, sarkıntılık ettiği, sonuç olarak sanığın kahvesine giderek ona söverek tokat attığı, esrarlı sigarayla uyutup eve götürerek karısının yanağını ısırıldığı, bu olaylardan uzun bir süre sonra sanığın tahrike kapılarak maktülü öldürdüğü olayda*³¹⁸”, “*bir müddet evvel sanığın babasına taş vurulup küfür edilmesi, annesine de hakaret edilmesi olayında*³¹⁹” aradan zaman geçmesinin haksız tahrikin oluşumuna engel olmadığına karar vermiştir³²⁰.

Yargıtay’ın bu konuda istikrar kazanmış bir kararı konumuzu açıklamak bakımından önem taşımaktadır. Ceza Genel Kurulu bu hususu açıklayan bir kararında şöyle demektedir: “*Haksız tahrik hükümlerinin 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. Aradan uzunca bir zaman geçse bile, önceki olay, sanığı bu suçu işlemeye itmiş ise tahrik*

³¹⁶ Duran a.g.e., s. 156.

³¹⁷ Yargıtay CGK’nın 17.09.1979 tarih ve 272/37583 E.K. sayılı kararı.

³¹⁸ Yargıtay 1 CD’nin 10.02.1981 tarih ve 581/473 E.K. sayılı kararı.

³¹⁹ Yargıtay CGK’nun 18.10.1982 tarih ve 230/361 E.K. sayılı kararı.

³²⁰ Duran a.g.e., s. 156.

hükümleri uygulanmalıdır.

Maddi olayda; sanık, dört yıl önce kardeşini öldüren ve şartla tahliye edilerek köye dönen mağduru bu olayın etkisi ve olay öncesi söylediği sözlerin oluşturduğu gazap ve şiddetli elemin tesiriyle öldürmeye teşebbüs ettiğinden hakkında ağır tahrik hükümleri uygulanmalıdır.” (Yargıtay CGK.1.11.1993,1-261/286 ³²¹)

Yargıtay’ın yukarıda belirtilen kararında iki hususta içtihatla bulunulmuştur. Bunlardan **ilki** tepki suçunda aradan uzunca bir zaman geçmiş olsa bile haksız fiilin etkisi geçmemiş, failde sükûnet oluşmamış ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğidir. Yargıtay kararlarında aradan uzun yıllar geçmiş olmasına rağmen önceki olayın tesiriyle hiddet veya şiddetli eleme kapılan sanıklar hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanmaktadır. Bu konuda herhangi bir görüş farklılığı yoktur.

Karardaki **ikinci husus ise**, haksız fiil oluşturan ilk olayda sanığın bu suçtan yargılanmış, ceza almış ve cezası infaz edilmiş olmasına rağmen, ilk olayın haksız tahrik olarak kabul edilmesidir. Yargıtay kararlarının bu kısmı eleştiri konusu olmuştur. Bu eleştiri yapan yazarlara göre haksız fiil oluşturan ilk olayın sanığının ceza almış ve cezası infaz edilmiş olmasına rağmen ilk olayın haksız tahrik olarak kabul edilmesinin kabulü mümkün değildir. Zira ilk olay kanuni bir yaptırımla sonuçlanmış, kamu otoritesi tarafından haksız fiile bir tepki verilmiştir. Bu tepki her ne kadar mağdur tarafından verilmemiş ise de toplum adına verilen bu tepki mağduru da içine almaktadır. Dolayısıyla mağdur yönünden de hiddet ve elem halinin sona erdiğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde her suçun kişiler tarafından bir karşılığı vermeye çalışılacaktır ki bu durumda bir hukuk devletinde kabul edilemez. Zaten psikolojik olarak da kişinin cezalandırılması mağdurda bir rahatlama ve sükûnet meydana getirecektir^{322 323}.

Yargıtay CGK’nın yukarıda belirttiğimiz kararı çoğunluk görüşüdür. Bu kararın karşı oy yazılarında; “*Haksızlık keyfiyeti yasaların saptadığı koşulların dışına*

³²¹ Savaş ve Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 698. Yargıtay CGK’nın 10.06.2003 tarih ve 1-43/183 .K sayılı kararı da aynı şekildedir.

³²² Kaya, **a.g.e.**, s. 50.

³²³ Yargıtay’ın bu yöndeki kararları istikrarlı vaziyette olup, Yargıtay haksız fiil teşkil eden ilk olayda sanık bu suçtan yargılanmış ve ceza almış olsa dahi eylemin haksız tahrik edeceğini, ancak cezanın infaz edilmiş olmasının tahrikin boyutunu azaltacağını kabul etmektedir. “...Haksız tahrike konu olan olayda, mağdurun tahliye olarak cezasını çektiği de dikkate alınarak, **haksız tahrik uygulamasında hak ve nesafet kuralları gereğince makul bir indirim yapılması gerekirken, en üst sınırdan indirim yapılması...**” Yargıtay 1. CD’nin 2006/5643 E. 2007/ 7838 K. sayılı kararı. (Uyap İçtihat Sorgulama.)

çıkılması halinde söz konusu olur. Yasaların yasakladığı eylemlere karşı koyduğu cezaları kafi 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. TCK'nın haksız tahrike ilişkin maddesi kişilerin intikam duygularının tatminini değil psikolojik durumlarını esas alan bir düzenlemedir. Bu bakımdan yasal takibe uğramış ve yaptırıma bağlanmış haksız eylemlerin haksız tahrik nedeni sayılması mümkün değildir.” şeklinde görüş ve eleştiriler dile getirilmiştir.

2.2.6.2. Tepkide Oran

TCK'nın haksız tahrike düzenleyen 29. maddesinde tepki suçunun işlenmesi bakımından bir süre sınırlaması getirilmediği gibi, tepki fiilinin ağırlığı ya da oranı konusunda da bir hükme yer verilmemiştir. Yasanın bu düzenlemesini doğal karşılamak gerekir, zira Roma Hukuku'ndan gelen ifadede anlatıldığı gibi “Saldırıya uğrayanın elinde bir terazi yoktur.” Her bireyin psikolojisi birbirinden farklı olduğundan kimin hangi olaya ne şekilde tepki vereceğini belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun tepki suçunun oranı konusunda bir sınırlama getirmemiş olması yerindedir³²⁴.

Haksız tahrik halinde işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oranın mevcudiyetinin gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda kimi yazarlar oranın gerekli olduğu kanısında ise de başka bir görüş, fiil ile tepki arasında oranın gerekli olmadığı şeklindedir.

Bir görüşe göre, tepki ile tahrik oluşturan fiil arasında oran bulunmalıdır.³²⁵ Haksız tahrike oluşturan fiil ile tepki arasında ölçüsüz bir oransızlık varsa haksız tahrikin varlığından söz edilemez. Kanun, işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oranın mevcut olması gerektiğini açıkça bildirmemesine rağmen bu koşulun tahrik kavramında zımnen mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Aksi yöndeki görüşlere göre ise haksız tahrike oluşturan fiil ile tepki arasında bir

³²⁴ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 36.

³²⁵ Dönmezer-Erman II **a.g.e.**, s. 358, Erem-Danışman-Artuk, **a.g.e.**, s. 600, Gürelli **a.g.m.**, s. 338, Demirbaş **a.g.e.**, s. 45, Günay **a.g.e.**, s. 33.

oran bulunması gerekli değildir. Çünkü haksız fiil “bardağı taşıran bir damla veya barut fıçısına düşen bir kıvılcım” gibidir. Ancak böyle bir fiilin somut olayın özelliklerine göre faili öfke veya şiddetli elem durumuna sokabilecek nitelikte bulunması gerekir. Failin heyecan durumuna sürüklenmesi kabul edilebilir olduktan sonra tepkinin tahrik fiiline oranla şiddetli olmasının önemi yoktur. Nitekim TCK 29. maddesinde failin öfke veya şiddetli elem halinin tepkisi olarak suç işlenmesini esas almış ve haksız fiil ile tepki arasında bir oran aramamıştır. Ancak hâkim olayın özelliklerini ve failin ruhi durumunu dikkate alarak tahrikin derecesini tayin edebilecektir.³²⁶

Birinci görüşü savunan yazarlara göre, tepki ile tahrik oluşturan fiil arasında oran bulunması gerekir. Haksız tahriki oluşturan fiil ile tepki arasında ölçüsüz bir oransızlık varsa haksız tahrikin varlığından söz edilemez³²⁷. Bu tahriki oluşturan fiilden daha ağır bir tepkinin gösterilmemesi demek değildir. Zaten kesin bir ölçüsüzlük halinde haksız tahrik kabul edilemez. Yargıtay kararlarında da tahrik fiiliyle işlenen suç arasında etki tepki dengesine önem verilmektedir. Nitekim Yargıtay da bir olayda, bahçesinden kayısı çalan kimsenin ırzına geçen failin haksız tahrik hükümlerinden istifade edemeyeceğini zira hırsızlık fiili ile ırza geçme fiili arasında orantısızlık olduğuna hükmetmiştir.

Kanun, işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oranın olması lazım geldiğini açıkça bildirmemekte ise de bu halin “tahrik” kurumunda zımnen mevcut olduğu kabul edilmelidir. Suç ile tahrik fiili arasında bir illiyet bağının mevcut olması lazım geldiğine ve böyle bir bağın oranı gerektirdiğine göre, eğer suç, tahrik fiilinden açıkça ağır ise onun tahrikten ileri geldiği söylenemez, tahrik böyle bir suçun işlenmesinde ancak bir vesile olmuştur.³²⁸

İkinci görüşü savunan yazarlara göre ise, haksız tahriki oluşturan fiil ile bu fiile verilen tepki arasında bir oranın mevcudiyeti şart değildir. Bu sebeple böyle bir oranın aranması kanuna aykırı bir taleptir. Maddi olayın özelliklerine göre haksız fiilin faili hiddet veya şiddetli elem durumuna sokabilecek nitelikte bulunması gerekir, failin heyecan durumuna sürüklenmesi kabul edilebilir olduktan sonra tepkinin tahrik fiiline oranla şiddetli olup olmamasının bir önemi yoktur. Nitekim kanun da “failin hiddet

³²⁶ İzmir **a.g.e.**, s. 40.

³²⁷ Günay, **a.g.e.**, s. 33.

³²⁸ Erem, **a.g.e.**, s. 631.

veya şiddetli elem halinin tepkisi olarak” suç işlemesini esas almış ve haksız fiil ile tepki arasında bir oran bulunması gereğinden bahsetmemiştir. Ancak, hâkim maddi olayın özelliklerini ve failin ruhsal ve psikolojik durumunu göz önünde bulundurarak, tahrikin derecesini tayin edebilecektir³²⁹.

Kanaatimizce, tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir orantının bulunması gerekmediği ve esasen böyle bir oran aramanın kurumun doğasına uygun olmadığı yolundaki düşünceler daha isabetlidir. Kurumun özü, bir saldırı ile savunma arasında denge kurmak değil, tahrik nedeniyle suç işleyen failin öfke veya üzüntüsüne hukuki değer tanıyarak cezasını belli bir oranda indirmektir. Yargıtay’ın yukarıda örnek olarak verilen kararında fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmama sebebi oransızlık değil, kayısı çalma eylemi ile ırza geçme fiili arasındaki alakasızlıktır. Burada failin işlediği suçun kaynağı öfke ve üzüntü değil, cinsel istektir. Tahrik teşkil eden fiil ile tepki arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Her nedensellik bağı da bir oranı, bir ilgiyi, alakayı ve ölçüyü gerekli kılar. Tahrik teşkil eden fiil ile tepki arasında oran bulunması demek, tahrik oluşturan fiilden daha ağır bir tepkinin gösterilmemesi demek değildir. Nasıl ki bir kelime ile kendisine söven kişiyi ağır bir şekilde döven kişi hakkında bile haksız tahrik hükümlerini uyguluyorsak, yukarıdaki örnekte de bahçesinden kayısı çalan kişiye yönelik kasten yaralama veya benzeri ağır ve orantısız sayılabilecek bir eylemde bulunulsa idi bu orantısızlığa rağmen haksız tahrik hükümleri uygulanabilirdi. Demek ki burada haksız tahrik hükümlerinin uygulanmamasının asıl sebebi “fiiller arasında ağırlık bakımından açık bir orantısızlık”tan ziyade hırsızlık fiili ile ırza geçme fiili arasında bir sebep sonuç ilişkisinin ve ihlal edilen hukuki menfaat açısından da bir alâkanın bulunmamasıdır.

Belirttiğimiz sebeplerle biz de tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir orantının bulunmasının gerekmediği şeklindeki görüşe katılıyoruz. Zira, tahrik fiilinin hafif olması failin cezasından az miktarda indirim yapılması; işlenen tepki suçunun ağır olması da faile işlediği suçun ağır olan cezai yaptırımının uygulanması sonucunu doğurur. Nasıl ki herkesin her türlü suçu tahriksiz olarak da işleme imkanı varsa işlenen tepki suçunun ağır olması durumunda fail, işlediği bu suçun cezasının çeker. İşlenen suç, tahrike göre orantısız diye haksız tahrik hükümleri uygulanmamak suretiyle faili

³²⁹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 399.

tahriksiz suç işleyen biriyle aynı duruma düşürmek doğru değildir. Örneğin, arabasını çizen kişiyi öldüren failin fiilinde, tahrikin varlığından fakat hafifliğinden söz edilebilir ve bundan dolayı da failin cezası daha az indirilir. Eğer tahrik indirimi ile tepki suçu arasında bir orantının bulunması gerekseydi yaşam hakkı ile malvarlığı arasında bir denge söz konusu olamayacağı için fail, haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktı³³⁰.

Uygulamaya gelince; Yargıtay’ın tahrik teşkil eden fiil ile tepki suçu arasında oran bulunması gerekip gerekmediği hususundaki kararlarında başka kriterlere de dikkat ederek olaysal değerlendirme yaptığı, bu sebeple bazı kararlarında oran bulunması gerektiğini belirtirken, bazı kararlarında tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir oranın bulunmasının gerekmediğine karar verdiği görülmektedir.

Örneğin Yargıtay, oran kriterini haksız tahrikin ayırıcı bir koşulu gibi kabul etmeyen ve bu koşula yer vermeyen bir kararında³³¹ *“öldürme olayına takaddüm eden anlarda meydana gelen hakaret fiili ile buna tepki olan müessir fiil arasında açık bir orantısızlık bulunduğu, başka bir deyişle müessir fiilin hakaret eyleminden daha ağır olduğunun kabulü gerekir. Bu durum karşısında sanık lehine haksız tahrik maddesinin uygulanması gerekir.”* diyerek (orantısız ve aşırı tepki niteliğindeki bu olayda) haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay daha yeni bir kararında ise³³² *“çoluk çocuğun nafakasını çobanlıkla temin eden sanığın koyunlarını çalarken gördüğü mağdurun kafasına birkaç defa sopa ile vurarak öldürücü nitelikte yaralar husule getirmesi olayında sanığın sürüsünü korumakla ve çaldırdığı koyunlar bakımından işverene karşı sorumlu bulunmakla, gerek ekonomik güçsüzlüğü gerekse mağdurdan gelen haksız hareketler karşısında daha ağır tahrike kapılmasına neden olmuştur”* diyerek tahrik edici fiil ile tepki fiili arasında oran bulunmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir.

Askeri Yargıtay’a gelince, Askeri Yargıtay’ın kararlarında oran kriterine yer verdiği görülmektedir. Örneğin eski bir kararında³³³ *“2 gün önceki asta müessir fiil olayından iki gün sonraki üstü öldürme olayında hem zaman hem de işlenen suçlar*

³³⁰ İsmail Ercan, (2007), **Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler**, 3.Basım, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul, s. 284.

³³¹ Yarg.CGK nın 06.05.1977 tarih ve 156/209 E.K. sayılı kararı (Duran .a.g.e., s. 173)

³³² Yarg. CGK nın 17.12.1984 tarih ve 1678/441 E.K. sayılı kararı (Duran .a.g.e., s. 173)

³³³ Askeri Yargıtay 1. Dairesinin 08.02.1972 tarih ve 17/49 E.K. sayılı kararı.

arasındaki nispetsizlik bakımından tahrik teşkil edemeyeceğine” karar vermiştir³³⁴.

İlk haksız bir fiil ile bir kimseyi tahrik eden kişinin bu kimsenin tepkisi karşısında kalınca arada açık bir orantısızlık yok ise aynı tepki dolayısıyla kendisinin tahrik edildiğini ileri süremeyeceğini ve haksız tahrik hükümlerinden faydalanamayacağını belirtmiştik. Kökleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, gerek fail gerekse mağdurun karşılıklı haksız eylemlerde bulunması halinde, genel tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşı tarafın verdiği tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Fakat ilk eylemi gerçekleştirenin maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir orantısızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle eylemi ilk gerçekleştiren fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir³³⁵.

Yargıtay’da yerleşik kararlarında³³⁶ orantısız bir tepki varsa ilk haksız hareketi ile olayı başlatan sanık hakkında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

Yargıtay CGK’nın yeni bir kararında³³⁷ bu konu şöyle açıklanmıştır:

³³⁴ Askeri Yargıtay yine başka bir kararında “*sanık albayın ordu evinden çıkmakta olan mağdur teğmen ile karşılaşması üzerine sivil kıyafetli olan mağdurun gömleğinin düğmelerinin yarısının açık olduğunu görerek mağdura hakaret edip tekme tokat vurmak suretiyle yaraladığı olayda mağdur teğmenin uygun olmayan ve bir subaya yakışmayacak kıyafetle ordu evine girmiş olması hoş görülebilecek bir davranış olmamakla birlikte üstü durumunda olan normal bir kimsede öfke ve elem yaratabilecek nitelikte olmadığına, bu nedenle haksız tahrikin unsurlarının bulunmadığına*” karar vermiştir.

Doktrinde **oran kriteri kapsamında** anlatılan bu olayın **kanaatimizce** oran kriteri ile bir ilgisi bulunmamakta, “kışlaya alkollü içki ile girerken yakaladığı askeri döven sanık komutan hakkında disiplinsizliğin kendisine yönelik olmadığı gerekçesiyle haksız tahrik hükümlerini uygulamadığı (Ask. Yarg. 3 Daire 02.10.1990 tarih ve 441/430 E.K. sayılı kararı)” olayda olduğu gibi mağdur teğmenin eylemi disiplinsiz olmakla birlikte **sanık albaya yönelik haksız bir fiil niteliğinde olmadığından burada haksız tahrikin şartları bulunmamaktadır**.

³³⁵ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 354.

³³⁶ Yargıtay CGK’nın 24.10.2000 tarih ve 1-189/211 sayılı kararı.

³³⁷ Örneğin; “*Sanık K’nın ve maktül T’nin haksız davranışları karşılıklı olarak değerlendirildiğinde; K’nın arkadaşları ile birlikte, maktülün abisine basit etkili eylemde bulunması şeklindeki haksız hareketi ile bu haksız davranışın etkisiyle ateş ederek arkadaşını ayaklarından vurup, sanık K’nın ayaklarına da yaralama kastı ile ateş etmeye başlayan maktül T’nin, etki tepki oluşumu içinde aşırıya kaçan haksız eylemi arasında açık bir oransızlık bulunmaktadır. Maktülün haksız davranışının ulaştığı boyutlar, sergilediği vahamet ve neticeleri itibarıyla dengenin sanık lehine bozulduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, abisini dövdükleri maktülün olay yerine gelerek, arkadaşını tabanca ile ayağından yaralaması ve kendisinin de ayaklarına doğru 3-4 metre mesafeden yaralama kastıyla ateş etmesi üzerine, tabanca ile maktülü vurup öldüren sanık K’nın, bu suçu haksız tahrik altında işlediğinin kabulü zorunludur.*” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2008/163-21 sayılı kararı- Uyap İçtihat Sorgulama)

“Karşılıklı tahkir oluşturan eylemlerin varlığı halinde, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri de göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vehamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunulmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir”³³⁸.

³³⁸ Albayrak, **a.g.e.**, s. 62.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİKTE ÖZEL HALLER
(HAKSIZ TAHRİKİN CEZA SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN BAZI
KURUMLARLA OLAN İLİŞKİSİ) VE HAKSIZ TAHRİKİN SONUÇLARI

3.1. HAKSIZ TAHRİK VE MEŞRU MÜDAFAA (YASAL SAVUNMA) İLİŞKİSİ

Meşru müdafaa çok eski dönemlerden beri hemen bütün ceza kanunlarında kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenidir. Roma Hukuku'nda, Cermen Hukuku'nda, İslam Hukuku'nda meşru savunma değişik biçimlerde de olsa yer almıştır³³⁹.

Meşru savunma, özünde, insanda var olan kendini koruma içgüdüsünün hukuken tanınmasından ibarettir. Bir saldırıya maruz kalan kişi, tabiatı gereğince bu saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla bir tepkide bulunur. Hukuk düzeni böyle bir tepkiyi meşru, yani haklı görmektedir. Hukuk, esasen haksızlığı yenme, adaletsizliği ve saldırıları yasaklamak amacını güder. Bu nedenle meşru müdafaa halinde kanunda belirtilen şartlara uygun olarak işlenen fiil hukuka uygundur ve herhangi bir sorumluluğu gerektirmez. Meşru savunma, bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan bir saldırı karşısında savunma amacına yönelik olarak ve bu saldırıyı defedecek ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eder³⁴⁰. Meşru müdafaa hukuk düzeninin saldırıya uğrayanın menfaatini kanuna karşı çıkanın menfaatine tercih etmesinden kaynaklanmaktadır.

Meşru savunma ile haksız tahrik ilişkisini daha iyi anlayabilmek için her iki kurumun da niçin var olduklarını, kanundaki sistematiklerini, hangi kategori içerisinde yer aldıklarını, konuluş amaçlarını, benzerliklerini ve farklarını belirlemek gerekmektedir³⁴¹.

³³⁹ Necati Meran, (2002), "Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma", **Yargıtay Dergisi**, Yıl:28, Sayı:108, Ankara, ss. 557-572.

³⁴⁰ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 271.

³⁴¹ Meşru savunma, haksız bir saldırıyı ve meşru bir tepkiyi veya savunmayı içerir.

A) Failin kendisini meşru biçimde savunabilmesinin ön şartı, onun haksız bir saldırıya uğramış olmasıdır. Haksız saldırıdan söz edilebilmesi için aranan şartlara (Saldırıya İlişkin Şartlara) gelince:

1) **Bir saldırı olmalıdır.** 5237 sayılı TCK, eski kanundan farklı olarak, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan saldırının da meşru savunmaya neden olabileceğini açıkça öngörmüştür. Böylece henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte, gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılan bir saldırı gibi, sona ermiş olmasına rağmen tekrarına kesin gözüyle bakılan saldırı da meşru savunma nedenidir.

2) **Saldırı bir hakka yönelmiş olmalıdır.** 765 s.lı TCK saldırının nefse ve ırza yönelik olmasını şart koşarken, 5237 sayılı TCK, "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka" yönelik saldırıdan söz etmekte, böylece sadece hayata, vücut bütünlüğüne ve ırza yönelik saldırının değil, herhangi bir hakka yönelik saldırının da meşru savunmaya imkân vereceğini kabul etmektedir. Bu itibarla malvarlığı haklarına yönelik haksız saldırı da meşru savunmaya imkân verebilecektir.

3) **Saldırı haksız olmalıdır.** Bunun için yükümlülük getiren veya yetki veren herhangi bir normun dışına çıkmış olması yeter, saldırının suç teşkil etmesi gerekmez. Saldırının haksız sayılabilmesi için, saldırının cezalandırılabilir olması gerekmez. Bu itibarla akıl hastalarının ve küçüklerin saldırılan gibi, diplomasi veya yasama dokunulmazlığından yararlanan kimselerin saldırıları da

Meşru savunma kurumu TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında (25/2. maddede) düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'nın 49. maddesinde "Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu fil hal def'i zaruretinin bahis olduğu mecburiyetle işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.." şeklinde düzenlenen meşru müdafaa, 5237 sayılı TCK'nın 25/2. maddesinde; "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez." şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesinde ise meşru savunmanın kapsamı, "**bir hakka**" yönelik saldırı denilmek suretiyle genişletilmiştir. Buna göre yasal savunmadan söz edebilmek için; somut bir saldırının failin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş bulunması, savunmanın zorunlu olması, savunma ile saldırının eş zamanlı olması (savunmanın saldırı devam ederken yapılması) ve savunma ile saldırı arasında oran bulunması gerekmektedir³⁴².

Saldırıya ve savunmaya ilişkin koşulların bulunmadığı durumlarda meşru savunmadan söz edilemez. Örneğin saldırının sona ermesinden sonra mağdur veya maktüle karşı yaralama veya öldürme suçlarının işlenmesi durumunda meşru savunmanın koşulları bulunmadığından, bu durumda somut olayın özelliklerine göre

haksız kabul edilebilir ve meşru savunmaya neden olabilir.

B) Savunmanın veya tepkinin meşru sayılması için de bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. "Savunmaya İlişkin Şartlar" olarak adlandırılan bu koşullara göre;

1) Savunma zorunlu olmalıdır. Saldırıya tepki göstermek veya ona katlanmak seçenekleri ile karşı karşıya kalındığında, yani saldırgana zarar vermeden saldırıdan kurtulmanın mümkün olmaması halinde bu zorunluluk gerçekleşmiştir. Buna karşılık failin bir başka seçeneğe sahip olduğu, yani bir başka yola başvurarak saldırıyı önleyebildiği hallerde bu zorunluluk gerçekleşmemiştir. Bu itibarla, örneğin saldırganı ikna etmek, güvenlik güçlerine haber vermek, yolunu değiştirmek veya kenara çekilmek suretiyle saldırıyı önleyebilecek durumdayken bunu yapmayan ve savunmaya kalkışan kimse meşru savunmadan yararlanamaz.

2) Savunmanın saldırı ile orantılı olmalıdır. Savunmanın meşru kabul edilebilmesi için aranan bir başka şarttır. Saldırgana yapılan kötülük, bu kişi tarafından tehdit edilen veya gerçekleştirilmek istenen kötülüktən hafif veya ona eşit yahut hoşgörü ile karşılanabilecek oranda ondan ağır olduğunda bu oran var demektir. Bunun için, failin kendisini savunmak zorunda olması ve bu savunmayı verilen zarardan başka bir şekilde yapma imkânsızlığı içinde bulunması yeterli değildir; verilen zararın önlenmek istenenden oransız derecede ağır olmaması da gerekir.

³⁴² Parlar-Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 1263.

koşulları bulunduğu takdirde TCK'nın 29. maddesinin uygulanması mümkün olabilir. Mağdurun saldırısı sona erdikten, örneğin saldırganın elindeki bıçak alındıktan sonra yaralanması veya öldürülmesinde artık meşru savunma hükmünün değil, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.

Meşru müdafaa, kişinin kendisinin veya başkasının hukuki varlığını, gerçekleşmekte olan ya da gerçekleşmesi yakın olan, hukuka aykırı bir saldırıya karşı **zorunlu** savunmasıdır³⁴³. Bir başka ifadeyle bir kimsenin kendisine ya da üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı bertaraf etmek için gösterdiği zorunlu tepkidir³⁴⁴. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni sayılan meşru savunma hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, fiili hukukun meşru saydığı bir fiil haline getirmektedir.

Yeni TCK, meşru savunmaya konu olan hakkın içeriği bakımından herhangi bir ayrıma gitmediği için hayat, özel yaşam, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, şeref, özgürlük, mülkiyet gibi ceza hukuku korumasından yararlanan hukuksal değerler

³⁴³ Meran, **a.g.e.**, s. 558.

³⁴⁴ Konuyla ilgili Yargıtay Kararlarında örnek verecek olursak: “Olay günü sanık H'nin ağabeyi ile birlikte maktülün babası ile tartışıp kavga ettikleri, bu durumu öğrenip ruhsatsız av tüfeğini alıp gelen sanığın yolda katılanların da yer aldığı otobüsle karşılaştıkları, sanık ve müdahil tarafın araçlarından indikleri, maktül ve mağdurların sopalarla ve levyeyle sanığa doğru yöneldikleri sırada sanığın av tüfeğini ateşlediği, önce maktülü yaralayıp yere düşürdüğü, daha sonra mağdurlara da ayrı ayrı ateş edip onları da yaraladığı, oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edildiğine göre maktül ve mağdurlardan gelmesi muhtemel saldırı sanık yararına **yasal savunma koşullarının oluştuğu şeklinde değerlendirilemeyeceğinden**, bu haksız hareketlerin ağır düzeyde olduğunun kabulü **ile haksız tahrik hükümleri uyarınca cezasından indirim yapılması** gerektiği halde yazılı şekilde karar verilmesi,” (Yarg.1.CD. 07.05.2003 tarih ve 3355/906 E.K sayılı kararı.)

“Esrar içmek için bir araya gelen maktüller ve sanıkların arasında herhangi bir tartışma geçmediği halde maktül Mustafa'nın tabancasını çekerek önünde durmakta olan sanık Ziya'nın kafasına yönelttiği, bunu gören sanık İlker'in “ne yapıyorsun” diyerek Mustafa'nın eline müdahale ettiği, bu sırada ateş alan silahtan çıkan merminin Ziya'nın yanında bulunan maktül Hasan'ın kafasına isabet ederek ölümüne neden olduğu, silah sesi üzerine sanık Ziya'nın Mustafa'nın tabancasının kendisine yönelik olduğunu görmesi üzerine üzerine atlayarak boğuşmaya başladıkları, boğuşma sırasında Mustafa'ya iki el ateş edip onu yaralayıp yerdeyken de taşla başına vurarak öldürdüğü, sanıklar İlker ve Volkan'ın sanık Ziya'nın maktülü taşla darp ettiği sırada elleriyle maktül Mustafa'ya vurarak darp ettikleri olayda, sanık Ziya'nın maktül Mustafa'nın kendisine tevcih ettiği tabancasını boğuşarak ele geçirip, maktülün kendisine yönelik **saldırısının bitmesinden sonra öldürmesine göre** sanık Ziya hakkında **ağır tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği**, sanıklar İlker ve Volkan'ın ise maktülün doğrudan kendilerine yönelik bir eylemi olmamasına karşı olay sırasında arkadaşlarına yönelik vaki eylem nedeniyle lehlerine **basit tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği**” (Yarg. 1. CD'nin 15.12.2003 tarih ve 3015/3138 E.K sy.lı kararı)

“Mağdur Mehmet'in elini beline attığı hususu gerçek sayılsa dahi oluşum biçimi itibariyle bu hareketin sanığı nefis savunmasına düşürdüğünü kabule olanak bulunmadığından, açıklanan nitelikteki davranışların ancak ve sadece **basit tahrik sayılacağı** istikrar kazanmış içtihatlar olduğundan, sanık İzzet'in basit tahrik altında adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması gerekirken, yanlış sonucu **meşru müdafaa hükümlerinin uygulanması...**” (Yargıtay 1. CD' nin 17.03.2004 tarih ve 2430/881 E.K sayılı kararı.)

yanında, genel kişilik hakkı ve hatta genel davranış özgürlüğü gibi bireysel nitelikteki hukuksal değerlere yönelik saldırılar bakımından meşru savunma mümkün hale gelmiştir³⁴⁵.

Bilindiği gibi hukuka uygunluk nedenleri; suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiilin suç teşkil etmesine engel olan bir başka ifade ile haksızlığı ortadan kaldıran sebeplerdir³⁴⁶. İşte meşru müdafaa da bir hukuka uygunluk nedenidir. Aynı zamanda **ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedendir**³⁴⁷. Zira hukuka aykırı hareket eden bir kimsenin hukuken korunan bir değere saldırısının defedilmesi hukuka uygundur³⁴⁸.

*Meşru müdafaa*da sürmekte olan bir saldırı karşısında bireyin kendisine veya başkasına ait bir hakkı koruma zorunluluğu söz konusudur. Korunma veya tepki fiilinin saldırı eyleminin başladığı ve sürmekte olduğu anda işlenmesi büyük önem taşır. Hâlbuki *haksız tahrikte* eylem sona ermiştir ve mağdurun olay anında tepki gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Hatta mağdur hiç bir zaman tepkide bulunmamayı bile tercih edebilir.

Bu iki kurum arasında yapılacak mukayese mahiyetlerini aydınlatma bakımından faydalı olur³⁴⁹. Erem'e göre meşru savunma ile tahrik arasında öz bakımından değil "kesafet"(yoğunluk) bakımından fark vardır. O halde haksız tahrik kurumu, meşru savunmaya dahildir. Bu sebeple meşru savunmanın bulunduğu hadiselerde tahrikten bahsedilemez. Tahrik fiilini teşkil eden hareketler kendini müdafaa edene karşı icra edilmiş haksız taarruzun unsurlarıdır³⁵⁰.

Meşru savunma **objektif** bir temele dayanan hukuka uygunluk nedenidir. Haksız tahrik ise, heyecan hali nedeniyle iradenin zayıflamış olmasından dolayı cezanın hafifletilmesini sonuçlayan **sübjektif** bir temele dayanmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, haksız tahrikle meşru savunmanın bir arada bulunamayacağı aşîkardır. Zaten bir

³⁴⁵ Mustafa Ruhan Erdem, (2007), "Malvarlığına Yönelik Saldırlara karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı", **DEÜHF Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir, ss. 987-998.

³⁴⁶ Mahmut Koca, (2006), "YTCK' da Hukuka Uygunluk Sebepleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, ss. 115-144.

³⁴⁷ M.Muhtar Çağlayan, (1982), "Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Meşru Müdafaa (Yasal Savunma) Üzerinde Bir İnceleme", **Adalet Dergisi**, Yıl:73, Sayı:2, Ankara, ss.257-270.

³⁴⁸ Yener Ünver, (2003), **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 990.

³⁴⁹ Gürelli, **a.g.m.**, s.341.

³⁵⁰ Erem, **a.g.e.**, s. 634.

beraat sebebi olan meşru savunmanın mevcudiyeti halinde haksız tahrikten bahsetmeye bile ihtiyaç yoktur. Fakat haksız tahrik üzerine, tepkide bulunan kimse tahriki doğuran fiili yapmış olan kişiyi meşru savunma durumuna sokabilir³⁵¹.

Meşru savunma, kişinin hakkına yönelik mevcut bir saldırı karşısında mağdurun başka türlü korunma imkanı bulunmadığı hallerde savunma amacıyla karşılık vermesidir. *Haksız tahrik ise*, bitmiş veya henüz sürmekte olan olan haksız bir eyleme zorunlu olmamakla birlikte mukabele edilmesidir³⁵².

Meşru savunma halinde saldırıdan başka türlü korunmaya imkanı olmadığı için söz konusu fiilin işlenmesinde **zorunluluk** vardır. Halbuki haksız tahrik halinde kanun koyucu tahrik edenin tecavüzüne tahrik edenin katlanmasını, sabır ve tahammül göstermesini istemiş, bu sabrı gösteremeyip tepki suçunu işleyenlerin cezasını da bir miktar indirmiştir.

Haksız tahrik ile meşru müdafaanın aynı fiilde bir arada bulunamamasının sebebi her iki kurumun hukuki niteliği ve şartları farklı olduğu için, bir olayda birisinin bulunmasının diğerini ortadan kaldırmasıdır. Meşru savunma bir **hukuka uygunluk sebebidir** ve şartları gerçekleştiğinde meşru savunma halinde işlenen fiilden dolayı kişiye ceza verilmeyeceği gibi, başka bir hukuk dalının yaptırımını da uygulanamaz. Meşru müdafaa halinde suç işleyen faile ceza verilmeyeceği için hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına da gerek kalmamaktadır. Buna karşılık haksız tahrikte tahrik altında işlenen fiil hukuka aykırı olmaya devam etmekte; failin heyecan hali nedeniyle kusurunun azaldığı kabul edilmekte, bu durum sadece **cezanın indirilmesine yol açmaktadır**³⁵³.

Aşırı müdafaa hükmü meşru müdafaanın şartlarının bulunduğu, fakat zaruretin tayin ettiği hududun aşılması halinde tatbik olunur. Bu sebeple meşru müdafaanın bulunmadığı yerde aşırı müdafaadan bahsedilemez. Meşru müdafaa ile haksız tahrikin birlikte kabul edilmesine mani olan sebep, aşırı müdafaa ile haksız tahrikin birlikte kabulüne de manidir. Aşırı müdafaa hali aynı suç ve aynı şahıs hakkında haksız tahrik ile birlikte kabul edilemez.

Bu konuda eski TCK'da bulunmayan fakat Yeni TCK'nın 27/2. maddesinde

³⁵¹ Demirbaş, **a.g.e.**, ss. 402-403.

³⁵² Artuk vd. **a.g.e.**, s. 538.

³⁵³ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 321.

düzenlenmiş olan “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faille ceza verilmez.*” hükmüne değinmek gerekir³⁵⁴. Burada failin ruhsal hali yani sübjektif bir durum söz konusu olduğundan bu şekilde ruhi karışıklığın failin kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı söylenmelidir. Nitekim CMK’nın 223/3-c maddesine göre meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması halinde “*kusurun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına*” karar verilecektir. Bu durumda artık fail meydana gelecek neticeden sorumlu tutulamaz. Ancak heyecan, korku ve telaşın mazur görülebilecek nitelikte olması gerekir. Heyecan, korku ve telaşın ne zaman mazur görülebilecek nitelikte olduğu somut olayın niteliklerine göre hâkimce belirlenecektir³⁵⁵.

Yargıtay konu ile ilgili bir kararında³⁵⁶ “*sanığın kardeşinin canına yönelik olarak 2-3 metre mesafeden birden çok ateş eden ve halen silahlı saldırısı devam eden maktüle meşru savunma koşulları içerisinde hareket edip mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan dolayı 10 kez ateş ederek meşru savunma sınırını aştığı anlaşıldığından 5237 sayılı TCK’nın 27/2 maddesi uyarınca ceza verilmemesi gerekir*” şeklinde bir içtihatla bulunmuştur³⁵⁷.

Açıklanan farklılıklarına rağmen, haksız tahrik ve meşru savunma kurumları “haksız saldırının” varlığı konusunda birleşmektedirler. Aralarındaki fark meşru savunmada saldırının mevcut olması aranırken haksız tahrikte bu şartın aranmamasıdır. Şu halde, kişinin hukukça korunan bir hakkına yönelik saldırı halen devam etmekteyken karşılıklı bulunulması durumunda haksız tahrik kurumu ile meşru savunma arasında yalnız bir yoğunluk farkı mevcut olduğundan sadece meşru savunma hükmü tatbik edilir. Başka bir anlatımla saldırının devamı halinde meşru savunma hükmünün uygulanması haksız tahrik hükümlerinin tatbikine gerek bırakmamaktadır³⁵⁸.

Meşru müdafaa hakkını kullanan kişinin fiili, saldırgan açısından, haksız tahrik olarak ta değerlendirilemez. Çünkü hukuk düzenini ilk ihlal eden kendisidir. Bu saldırı

³⁵⁴ Günay a.g.e., s. 56.

³⁵⁵ Günay a.g.e., s. 58.

³⁵⁶ Yargıtay 1. CD. nin 09.04.2007 tarih ve 4811-2535 E.K. sayılı kararı (Günay a.g.e., s. 58)

³⁵⁷ Yargıtay’ın şu kararı da aynı niteliktedir: “5237 sayılı TCK’nun 27. maddesinin uygulanabilmesi için meşru savunmada sınırın kasıt olmadan aşılması gerekli olup, olayda sanıkların maktüle yönelik meşru savunma şartları içinde başlayan hareketlerinde sınırı kasten aştıkları anlaşıldığından 5237 sayılı TCK. nun 81/1, 29 ve 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekir...” (Yargıtay 1. CD. 20.03.2008 tarih ve 1064/2137 E.K sayılı kararı)

³⁵⁸ Artuk vd., a.g.e., ss. 538-539.

devam etmekteyken hakkı saldırıya maruz kalan karşı taraf yasal savunma hakkını kullanmaktadır.

Olayda meşru savunma halinin koşulları kalktıktan sonra işlenen bir fiil söz konusu ise, örneğin saldırgan olay yerinden uzaklaştığı sırada fail koşarak saldırganı yakalayıp yaralamışsa ortada devam eden bir saldırı söz konusu olmadığı için meşru müdafaa kurumu uygulanamaz, fakat fail kendisini korumak için değil, duyduğu hiddet veya elemin etkisiyle hareket ederek bir tepki suçu işlediğinden haksız tahrik kurumu uygulanabilir. Buna göre yargılamayı yapan hâkim, sona ermiş olan saldırının niteliğini değerlendirerek olayda tahrikin ulaştığı boyuta göre indirim yapacaktır³⁵⁹.

Öğreti tarafından kabul edilen ve yukarıda açıklanan görüşler Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Örneğin Yargıtay CGK. aşağıdaki kararında haksız tahrik ile meşru müdafaa arasındaki farkları açıklayarak, bunları incelemesini yaptığı olaya uygulamıştır;

“Haksız tahrikle hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan meşru müdafaa arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Meşru müdafaa haksız saldırı henüz sona ermiş ve bitmiş değildir ve failin bunu ortadan kaldırma zorunluluğu vardır. Haksız tahrikte ise faile yönelmiş haksız fiil sona ermekte fakat fail maruz kaldığı öfke ve elemin etkisi altında bu tecavüze karşılık vermekle beraber bunda zorunlu bulunmamaktadır. Meşru müdafaa bir hukuka uygunluk sebebi sayılmakta, sadece ceza hukuku bakımından değil diğer hukuki bakımlardan da hukuka uygun sayılmakta ve faile ceza verilmemektedir. Haksız tahrikte ise suçu etkileyen bir durum bulunmakla beraber, failin fiilinde hukuka aykırılık vasfı silinmemekte, sadece suçun cezasından indirim yapılmaktadır.

Olayımızda sanık ile maktûlün arasının açık olduğu, maktûlün birçok kez sanık ile ağabeyini tehdit edip تنها bir yere gitmeyi teklif ettiği, olay günü yanındaki işçisini gönderip kahvehanesine çağırdığı, gelmemeleri üzerine de silahlı olarak onların dükkanına gittiği ve başka çıkış kapısı olmayan kapı ağzını tutup küfür ederek “bizde akraba vurmak da varmış” gibi sözler sarf edip tabancasını çekip onlara yönelttiği, orada bulunanların silah kullanmasına fırsat vermeyip üzerine atladıkları, bu sırada kendisine mani olmak isteyen tanığa “bırak yoksa seni de vururum” diyerek elinden

³⁵⁹ Aydın, a.g.m., s. 241.

kurtulup elinde tabanca ile tekrar sanığın bulunduğu odaya girdiği, maktûlün önceki tutum ve davranışları da göz önünde alındığında saldırının başlamış olduğunun kabulü ve bu aşamada sanığın meşru müdafaa halinde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak sanık bir el ateş etmekle saldırıyı önlemesi mümkün iken tek atışla yetinmeyip onun çeşitli yerlerinden yaralayıp öldürmesi fiilinde savunmada aşırıya gitmiş olmaktadır. Bu durumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması oluşı ve yapılan açıklamalara uygun bulunmamaktadır” (Yargıtay CGK. 09.04.1974 tarih ve 382/126 E.K sayılı kararı)³⁶⁰.

Bir olayda ne zaman meşru müdafaa ne zaman haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerekeceği hususundaki ölçü haksız tahrikin hedefinde, tepkinin zamanında ve savunmanın zaruretinde aranmalıdır³⁶¹. Mağdur tarafından yapılan saldırının failde oluşturduğu **hiddet veya şiddetli bir elemin tesiriyle mi**, yoksa failin içine düştüğü **savunma zorunluluğundan dolayı mı** karşı fiilin icra edilip edilmediğinin tespiti, bu ayırmadaki **en önemli noktayı** oluşturur. Saldırıyla eş zamanlı savunma söz konusu ise ve bu savunmanın yapılması o an için korunması gereken hukuki yararlar bakımından bir zorunluluk mevcut ise, meşru savunmanın şartlarının var olduğu kabul edilmelidir. Hâlbuki haksız tahrikte, tamamlanmış, sona ermiş bir haksız fiil vardır ve fail hukuki yararı korumak amacıyla zorunluluk içinde bulunmamakla birlikte duyduğu hiddet veya elemin etkisi altında kalarak tepkisini ortaya koymakta ve yeni bir suç işlemektedir.

Haksız tahrik halinde, mağdur tarafından icra edilen haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalan ve bu haksız fiile tepki olarak suç işleyen fail bulunduğu halde, *meşru savunmada* eş zamanlı olarak failin savunma yapmak zorunluluğu gündeme gelmekte ve karşı fiil bir tepkinin sonucu değil, bir hakkın korunması amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bir başka ifade ile haksız tahrikte fail, haksız fiile duyduğu tepkiyle suç işlemektedir. Örneğin, yanında bulunan babasına

³⁶⁰ Benzer şekilde: “Henüz kendisine yönelik saldırı gerçekleşmemiş olan sanığın, elinde bıçak olan mağduru eline geçirdiği nacak ile yaralaması suretiyle meydana gelen olayda **meşru müdafaa şartları gerçekleşmediği gözetilerek haksız tahrik hükümlerinin uygulanması** gerekirken...” Yargıtay 2. CD. nin 16.11.2006 tarih ve 6067/25165 E.K. sayılı kararı. (Uyap İçtihat Sorgulama)

“...Karşı koca olan sanıklar arında kavga çıkması şeklinde gelişen olayda Sanık Ş.B.’nin eyleminin oluş ve kabule göre **hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek nitelikte olduğu, meşru müdafaa koşulları bulunmadığından** atılı suçtan adı geçen sanığın mahkumiyetine karar verilerek lehine tahrik hükümlerinin uygulanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 2 CD’nin 2008/1506 E. 2008/7371 K. sayılı kararı. (Uyap İçtihat Sorgulama)

³⁶¹ Erem, **a.g.e.**, s. 634.

veya eşine sövüldüğünü veya bir yakınının itilip kakıldığını gören failin gösterdiği tepki ve bu kapsamda işlediği fiil elbette hukuka uygun sayılmayacak, sadece haksız fiil ile tepki arasında nedensellik bağından dolayı “haksız tahrik” kurumunun uygulanması söz konusu olacaktır³⁶².

Haksız tahrik ve meşru savunma kurumları açısından özet olarak söylenecek olan; her iki kurumun da ceza sorumluluğuna etki eden nedenlerden olduğu, ancak meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olması nedeniyle ceza sorumluluğunu tamamen kaldıran bir sebep olduğu, haksız tahrikin ise ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olduğudur. Yine meşru savunmada haksız bir saldırıyı defetme hak ve yetisi varken haksız tahrikte, haksız bir fiile yönelik bir tepki suçunun işlenmesi mevzu bahisdir. Bu nedenlerle her iki kurumun uygulanması ve doğurduğu sonuçlar birbirinden farklıdır. Netice itibarıyla, yukarıda da belirtildiği gibi haksız tahrik kurumu meşru savunmaya dâhildir ve meşru savunmanın bulunduğu hallerde tahrikten bahsedilemez.

3.2. HAKSIZ TAHRİK VE ZORUNLULUK HALİ İLİŞKİSİ

Zorunluluk hali 5237 sayılı TCK’nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında (25. maddede) düzenlenmiştir. Buna göre; “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka surette korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”

Zorunluluk durumunun esasını, meşru savunmada olduğu gibi, kendini koruma içgüdüsünün hukuken tanınmasında, bir başka deyişle "zaruretin kanunu yoktur" biçimindeki doğalcı normun hukuk normu halini almasında aramak gerekir. Gerçekten çatışma halinde olan iki menfaatten hiç olmazsa birinin zarar görmesi, yok olması gerektiğine göre, hukuk düzeni, bu menfaatler aynı değerde olduklarında herhangi bir tercih yapmaz, farklı değerde olduklarında ise önemli olanını tercih eder.

Kanunun gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere zorunluluk hali *kusurluluğu*

³⁶² Şen, **a.g.e.**, ss. 81-82.

ortadan kaldıran bir nedendir³⁶³. Bu sebeple şartların mevcudiyeti halinde, faile ceza verilemeyecektir³⁶⁴. Oysa yukarıda da izah edildiği gibi haksız tahrik kurumu kusuru ortadan kaldıran değil, *azaltan* bir nedendir.

Zorunluluk durumunun klâsik örnekleri arasında, iki kişiyi birlikte taşıyamayacak bir tahta parçasına tutunmuş iki deniz kazazedesinden birinin, kendisini kurtarmak için, diğerini denize itmesi, tutundukları ipin kopmak üzere olması nedeniyle yukarıda bulunan dağcının ipi keserek arkadaşını uçuruma düşürmesi gösterilebilir.

Zorunluluk hali, bir kişinin bilerek neden olmadığı tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma **mecburiyeti** içine girmesi halinde, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek şekilde suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirmesi durumudur. Başka bir anlatımla, hukuken korunan yararları tehdit eden ve başkasının hukuken korunan yararlarını ihlal etmekten başka çaresi kalmayan tehlike durumuna “zorunluluk hali” denir. Zorunluluk halinde, kendisine yönelik bir tehlikeden kurtulmak için üçüncü bir kişiye zarar verilmesi veya bu kişiye yönelik bir tehlikenin yaratılması durumu söz konusudur³⁶⁵. *Haksız tahrik ise*, bitmiş veya henüz sürmekte olan haksız bir eyleme zorunlu olmamakla birlikte mukabele edilmesidir.

Zorunluluk halinde failin cezalandırılmamasının gerekçesi; dışarıdan gelen zorlama nedeniyle failin iradesinin direncini kaybetmesi, kişinin kendini koruma içgüdüsüne yönelmesi, bu durumdaki bir kişinin de cezalandırılmasında bir fayda bulunmaması ve kanunun çatışma haline giren iki değerden birine üstünlük tanınması şeklinde izah edilmiştir³⁶⁶. Haksız tahrikte ise hatırlanacağı üzere haksız bir fiilin doğurduğu öfke ve elemin etkisi altında kalan kişinin iradesini yönlendirme yeteneği zayıfladığından cezanın indirilmesi yoluna gidilmektedir.

Zorunluluk durumunda, meşru savunmanın aksine, bir saldırganın menfaatine

³⁶³ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s.306

³⁶⁴ Kusurun bulunmaması nedeniyle “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir. Keza Borçlar Kanununun 52/2. maddesinde de zorunluluk hali nedeniyle başkasına zarar veren kişinin fiilinin haksızlık teşkil ettiği kabul edilerek yaptırım öngörülmüştür. Hukuk düzeninin bütünlüğü prensibi gereğince bir hukuk dalında hukuka uygun, diğerinde hukuka aykırı olamayacağına göre Borçlar Kanununun kendisine yaptırım bağladığı bir fiili, ceza hukuku bakımından hukuka uygun nitelenebilir mümkün değildir. Tüm bu sebepler birlikte değerlendirildiğinde, zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi teşkil ettiği kabul etmek gerekir. Bütün bu pozitif hükümlere rağmen, Türk doktrininde bir çok yazar zorunluluk nedeninin bir hukuka sebebi olduğunu savunmaktadırlar. (Koca-Üzülmez **a.g.e.** s.307)

³⁶⁵ Metiner, **a.g.e.**, s. 587.

³⁶⁶ Nevzat Toroslu, (2005), **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, s. 108.

değil, tehlikeye neden olmayan *masum bir üçüncü şahsın menfaatine* zarar verilmektedir. Haksız tahrikte ise haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında *haksız fiilde bulunan kişiye* yönelik bir suç işlenmektedir.

Zorunluluk durumu bir tehlike durumunu ve tehlikeyi önlemek isteyen kişinin zorunlu bir davranışını içerir. Zorunluluk durumundan söz edilebilmesi için, zararlı davranışın yapıldığı sırada tehlike durumunun, yani “korkulan zararlı sonucun gerçekleşme ihtimali” gerekir. Tehlike durumunun nedeni önemli değildir. Buna doğal güçler veya hayvanlar neden olabileceği gibi, bir insanın saldırısı da neden olabilir. (Örneğin serserilerin saldırısından kurtulmak için başkasının evine sığınarak konut dokunulmazlığını ihlâl eden kişinin durumunda olduğu gibi)³⁶⁷.

³⁶⁷ Zorunluluk halinin şartlarına kısaca değinirsek;

Zorunluluk halinden söz edilebilmesi için, öncelikle bir **tehlikenin varlığı** gerekir. Zorunluluk durumu için bir hakka yönelik herhangi bir tehlike yeterli değildir. Bunun, masum bir üçüncü kişinin zarar görmesini haklı gösterecek ağırlıkta olması gerekir. Hâkim, tehlikenin ağırlığını, hukuk düzenine ait değerlendirmelerden elde edilen objektif ölçütlere göre belirleyecektir.

Tehlikeye ilişkin bir diğer koşul da, tehlikeye bilerek sebep verilmemiş olmasıdır. Buna göre fail tehlikeye "bilerek neden olmamış" olmalıdır. Örneğin, gemiyi batırıp yegâne cankurtaran sandalını ele geçiren teröristlerin zorunluluk halinde oldukları söylenemez. 25/2. madde, "**bilerek neden olmadığı**" tehlikeden söz ettiğine göre, tehlikeye kasıtlı olarak veya bilinçli taksirle neden olan kimse bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Buna karşılık tehlike sonucuna basit taksirle neden olma durumunda, ona bilerek neden olma söz konusu değildir.

Tehlikenin zorunluluk haline yol açabilmesi için **ağır** olması yeterli değildir, aynı zamanda **muhakkak** da olmalıdır. Diğer taraftan tehlikenin gerek kendisine, gerek başkasına ait **bir hakka yönelik** olması da gerekir.

Diğer bir koşul da failin işlediği fiil, korunma yönünden **zorunlu** olmasıdır. Kanun bu hususu "başka suretle korunmak olanağı bulunmayan" biçiminde ifade etmektedir. Fail bir zarara katlanmak veya bir zarar vermek seçenekleri ile karşı karşıya kaldığında savunma zorunluluğu gerçekleşmiştir. Bunun için basit bir zorunluluk yetmez, ciddi bir zorunluluk, yani gerçek anlamda bir önlenemezlik gerekir. Zira burada masum bir üçüncü kişiye zarar verilmektedir. Bu itibarla başka bir biçimde, örneğin kaçarak, tehlikeyi önlemek mümkün ise, bu hukuka uygunluk nedeninden söz edilemez. Aynı şey, herhangi bir sağlık kurumundan derhal elde edebilecek iken, ilaç çalan kimse yönünden de söylenebilir.

Kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen zorunluluk durumu tehlikeye göğüs germek yükümlülüğü olan kişiye uygulanmaz. Çünkü bir tehlikeye karşı koymak yükümlülüğü olan kişinin bu tehlike karşısında kendisini korumak için başkasına zarar vermesi kabul edilemez. Askerlerin, itfaiye erlerinin, gemi kaptanlarının durumunda olduğu gibi.

Korunmaya ilişkin bir diğer koşul da, tehlikeyle korunma arasında bir orantının bulunmasıdır. Buna göre zararlı davranışın tehlikenin ağırlığı ile **orantılı** olması gerekir. 25/2. maddede bu husus "tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak" şeklinde ifade edilmiştir. Bu itibarla verilen zarar, tehdit edilen zarara eşit veya ondan daha az olabilir; ancak bunun aksi mümkün değildir. Zorunluluk halinde zararlı davranış masum bir şahsa yöneltilmiş olduğundan, söz konusu oran ile ilgili yargı meşru savunmadakinden daha katı olmalıdır. Haksız

Haksız tahrik halinde ise böyle bir “tehlike” ve “zorunluluk” söz konusu olmadığı gibi, masum bir “üçüncü şahsa” zarar verilmesi gibi bir durum da yoktur.

Zorunluluk hali ile haksız tahrik kurumları arasındaki en önemli fark, zorunluluk durumunu doğuran fiilin haklılığının veya haksızlığının bir öneminin olmamasıdır. Bilindiği gibi, *haksız tahrik* kurumunun uygulanabilmesi için failde hiddet ve şiddetli eleme neden olan tahrik edici fiilin **haksız bir fiil** olması gerekir. *Zorunluluk halinde ise* fiilin haklılığının veya haksızlığının her hangi bir önemi yoktur.

Diğer taraftan zorunluluk durumunda bulunan kişinin, bu tehlikeli durumdan kurtulmak için tepki fiilini işlemekten başka çaresi kalmamaktadır. Hâlbuki tahrik edici fiile maruz kalan kişi, tepki suçunu işlemek zorunda değildir, işleyip işlememekte serbesttir; tahrik edici fiile karşı kendisini frenleyebilme iradesini gösterme ihtiyarı mevcuttur.

Başka surette korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile hareket edilmişse zorunluluk halinin şartlarının var olduğu kabul edilmelidir. Hâlbuki haksız tahrikte, sona ermiş bir haksız fiil vardır ve fail, zorunluluk içinde bulunmamakla birlikte duyduğu hiddet veya elemin etkisi altında kalarak tepkisini ortaya koymakta ve yeni bir suç işlemektedir.

Ayrıca, zorunluluk halinde failin bir başkasına zarar verme isteği olmamasına rağmen, haksız tahrikte fail, tahrik edici fiil nedeniyle hiddet ve eleme kapılmasına neden olan şahsın kendisine veya malvarlığına bilerek ve isteyerek zarar vermekte ve bir suç işlemektedir³⁶⁸.

Bir başka fark da haksız tahrik durumunda **haksız bir fiil**, dolayısıyla faile yönelik haksız bir saldırı söz konusu iken, zorunluluk halinde kişiye yönelik bilinçli bir saldırı durumu söz konusu değildir. Bir **tehlikelilik hali** mevcuttur ve tehlikeye maruz kalan kişinin de kendini bu *tehlikeden kurtarma hamlesi* söz konusudur.

Esasen bir cezasızlık sebebi olan zorunluluk halinin mevcudiyeti halinde haksız tahrikten bahsetmeye bile gerek yoktur. Zorunluluk halinde saldırıdan başka türlü korunmaya imkân yoktur ve fiilin işlenmesinde zorunluluk vardır. Hâlbuki haksız tahrik halinde kanun koyucu tahrik edenin tecavüzüne tahrik edenin katlanmasını, sabır

tahrikte ise yukarıda da izah edildiği gibi tahrik fiili ile tepki suçu arasında oran olması gerekmez.
³⁶⁸ Çam, a.g.e, s. 74.

ve tahammül göstermesini istemiş, ancak, bu tahammülü gösteremeyip tepki suçunu işleyenlerin cezalarını heyecan hali nedeniyle (iradelerinin zayıflamış olmasından dolayı) indirmiştir.

3.3. HAKSIZ TAHRİK VE TASARLAMA İLİŞKİSİ

Tasarlama (taammüd) failin suç işleme kararını aldıktan sonra suçun işlenmesine kadar geçen zaman içinde düşünüp taşınması, suç işleme kararını pekiştirmesi veya plan kurarak bu plan gereğince hareket etmesidir.

Şahsi ağırlaştırıcı bir sebep olan tasarlama ile tahrikin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalı bir konudur. Haksız tahrik genel bir **indirim** nedeni olarak düzenlenmişken, tasarlama cezayı **arttıran** bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Tabiatı itibarıyla birbirine zıt bu iki kurumun bir arada bulunup bulunamayacakları, birlikte uygulanıp uygulanamayacaklarının tartışılması doğaldır³⁶⁹. Buradaki tartışma, tasarlamanın dayandığı temel üzerindeki farklı düşüncelerden kaynaklanmaktadır³⁷⁰.

Tasarlama, 5237 sayılı TCK'nın 82/1-a maddesinde kasten adam öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlendiğinden, konumuz, bu madde ile haksız tahrike ilişkin 29. maddenin birlikte uygulanıp uygulanamayacağından, yani bir kimsenin haksız tahrikin etkisi altında ve tasarlayarak bir kimseyi öldürüp öldüremeyeceğinden ibarettir.

Tasarlamanın dayandığı esas hakkında farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bu farklı yaklaşımlar tasarlama ile tahrikin birlikte uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışmalara sebebiyet vermektedir. Tasarlama konusunda 2 görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan birisi “Soğukkanlılık Teorisi”, diğeri ise “Plan Kurma Teorisi”dir.

Tasarlamanın hukuki esasını soğukkanlılıkla açıklayan görüş, hiddet ve gazap halini ifade eden haksız tahrikle tasarlamanın bir arada bulunamayacağını savunmaktadır. Buna karşılık tasarlamanın failin karar vermesiyle harekete geçmesi arasında bir sürenin geçmesi ve bu süre içinde failin ana hatlarıyla yapacağı hareketi planlaması şeklinde anlaşılması gerektiğini savunan ve Türk Doktrininde hâkim olan

³⁶⁹ Hakan Hakeri, (2007), **Kasten Öldürme Suçları**, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 226.

³⁷⁰ Ayık, **a.g.m.**, s. 101.

görüş tasarlamayla haksız tahrik anının bir arada bulunabileceğini kabul etmektir³⁷¹.

3.3.1. Soğukkanlılık Teorisi

Bu teoriye göre tasarlamanın esası yani tasarlamanın ağırlatıcı neden olarak kabulüne esas olan gerekçe soğukkanlılıktır. Taammüden işlenen suçların diğer fiillerden başlıca ayırt edici özelliği tasarlayarak suç işleyen kimsenin ruhi soğukkanlılık ve sakinliğidir. Soğukkanlılık, failin suçu düşünmekte, hazırlamakta ve icrada heyecana kapılmadan hareket ederek işlemesidir.

Ancak, İtalyan Yargıtayı'nın haklı olarak belirttiği üzere, buradaki soğukkanlılıktan amaç, suç işleme anındaki ruhi durumu değil, suç işleme kararına götüren psikolojik ve düşünsel süreçteki istikrarlı kararlılıktır. Zira, tecrübeler gösterir ki her suç, bir çaba, heyecan ve telaşı gerektirir. Bu sebeple suçun işlenmesi sırasındaki soğukkanlılık değil, suç işleme süreci ve kararındaki sebat ve ısrar dikkate alınmalıdır³⁷².

3.3.2. Plan Kurma Teorisi

Plan kurma teorisi denilen ikinci görüşe göre tasarlamanın ağırlatıcı sebep sayılmasının hukuki esasını failin suç işleme kararını vermesi ile harekete geçmesi arasındaki süre içinde fikirlerini toplamasında, araçlarını seçmesinde ve icra hakkında bir proje meydana getirmesinde bulur³⁷³. Bu teoriye göre tasarlama öldürmek niyeti üzerinde devam eden bir düşünce hali ve zaman fasılası mevcuttur. Yani fail fiili nasıl icra edeceği konusunda belli bir müddet düşünmüş ve fiili icra edebilecek birtakım imkânlarını hazırlamıştır. Buna göre ayrıntılı ve akli selim ile düşünmeye yetecek kadar zaman olmasına rağmen, fail suç kararı ile suçun icrası arasındaki zamanda suçu işlemekten vazgeçmediği için cezası arttırılmaktadır.

Tasarlamanın esası olarak zaman ve plan ölçütü kabul edilirse, tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanabilmesi mümkündür. Ayrıntılı düşünme süresi

³⁷¹ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 321.

³⁷² Günay, **a.g.e.**, s. 66.

³⁷³ Dönmezer-Erman **a.g.e.**, II. s. 237.

boyunca fail tahrikin etkisiyle hareket etmiş ve suçu da bu duyguların etkisiyle işlemişse cezası, önce tasarlama nedeniyle arttırılacak ve sonra da tahrik nedeniyle de indirilecektir³⁷⁴.

Yukarıda da belirtildiği gibi tasarlama hakkında bu iki teoriden birinin veya diğerinin benimsenmesi tasarlamanın tahrikle bir arada bulunması meselesinde bizi değişik sonuçlara götürür. Haksız tahrikin bulunması için suçun hiddet veya şiddetli elem etkisi altında işlenmesi şart olduğuna göre tasarlamanın varlığı için soğukkanlılık şartı aranacak olursa bu iki zıt ruhsal durumun aynı kişide aynı anda bulunması imkansız olacağı için soğukkanlılık teorisi kabul edildiği takdirde tahrikin tasarlama ile birleşmemesi gerekecektir. Buna karşılık tasarlama failin karar vermesiyle harekete geçmesi arasında bir sürenin geçmesi ve bu süre içinde failin ana hatları ile olsa dahi, yapacağı hareketi düşünüp taşınması ve bunu planlaması şeklinde anlaşıldığı takdirde tahrik ile bir arada bulunabilir³⁷⁵.

Tasarlamayı soğukkanlılık teorisi ile açıklayanlara göre; bir kimsenin uzun uzadıya düşünüp taşınmaksızın, bir suçu işlemeye niyet etmesi ve akabinde, yani aradan, soğukkanlılıkla düşünecek kadar zaman geçmeksizin harekete geçmesi halinde **basit kast** mevcuttur. Bir kimsenin işlemeyi niyet ettiği bir suçu işlemeyen önce, soğukkanlılıkla düşünüp taşındıktan sonra bu suç işleme niyetinden ve kararlılığından vazgeçmeyerek fiili işlemesi halinde ise **tasarlama** vardır. Tasarlama fail suçu soğukkanlılıkla düşünüp taşınıp karar verdikten sonra işlemiştir. Tahrikte ise bir hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suç işleme söz konusudur. Bu nedenle tasarlama ile tahrik bir arada bulunamaz. Çünkü iki zıt psikolojik hal aynı anda aynı kişide mevcut olamaz³⁷⁶.

Aksi görüştekilere göre ise; tasarlama tahrik ile bir arada bulunabilir. Tahrik altında kalan bir kimse de tasarlayarak hareket edebileceğinden tasarlama ile adam öldürmenin cezasını tahrikten dolayı indirmek mümkün olmalıdır.

Dönmezer Erman'a göre, tasarlamanın ağırlatıcı sebep sayılmasının hukuki esası soğukkanlılık olmayıp belli bir süre içerisinde failin düşünüp taşınması, ana

³⁷⁴ Aydın, **a.g.e.**, s. 136

³⁷⁵ Dönmezer-Erman **a.g.e.**, II s. 238.

³⁷⁶ Çağlayan, **a.g.m.**, s.37.

hatlarıyla plan kurması ve böylece tehlike halini daha büyük bir ölçüde açığa vurması olduğu için tahrikle bir arada bulunmasına engel psikolojik bir hal düşünölemeyeceğı gibi, kanuni bir engel de yoktur. Hiddet veya şiddetli elem halinde bulunan kimsenin belirli bir düşünsel safhalardan geçerek bir plan dahilinde suç işlemesi mümkündür. Haksız bir saldırıyla karşılaşp da bunun doğurduğu ruh buhranı içinde yapacağı hareketi planlayan ve buna göre hareket eden kimseyi tasarlama halinde saymamak sosyal savunma bakımından doğru olmayacağı gibi, aynı kişinin cezasını bütün şartların bulunmasına rağmen haksız tahrik dolayısıyla indirmemek ve sadece takdiri hafifletici sebeplerden yararlandırmak da adalet düşüncesine uygun düşmez³⁷⁷.

Türk Doktrinin de hâkim olan kanaat de bu yönde olduğu gibi biz de aynı kanaatteyiz. Buna göre tasarlama için şart olan kararla harekete geçme zamanı arasındaki fasıla haksız tahrikte de bulunabilir, zira tepkinin haksız tahrik teşkil eden fiilin hemen sonunda yapılması, haksız tahrikin olmazsa olmaz şartı değildir. Tasarlamamanın şartı olan bu süre içerisinde bir plan kurulması da, haksız tahrikin psikolojik esasını oluşturan öfke ve elem hali ile bağdaşabilir, dahası bir kimsenin, bu gibi öfke ve üzüntü anlarında daha derin ve teferruatlı bir şekilde düşünüp taşınması, ruhunu saran öç alma ya da karşılık verme fikrinin etkisi altında planının daha iyi hazırlaması bile söz konusu olabilir³⁷⁸.

Bilindiğı gibi tasarlama, adam öldürme suçunda nitelikli hallerden biridir. Tasarlanarak yapılan planlı bir adam öldürme fiilinde dahi karar ile bu kararın icrası arasında az çok bir zaman fasılasının geçmiş olması, bu iki kurumun bir arada bulunabileceklerini ortaya koymaktadır. Zira, haksız tahrikten failin yararlanabilmesi için suçun tahrik fiilinin hemen akabinde işlenmesi şart değildir. Haksız tahrike uğrayan failin, bundan duyduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında aradan geçecek zaman içerisinde işleyeceği tepki suçunu tasarlaması ve hayata geçirmesi mümkündür³⁷⁹. Failin haksız bir tahrike uğraması ve bundan duyduğu hiddet veya şiddetli elemin tesiri ile ve bu tesirin devamı süresince işleyeceği suçu tasarlaması ve kararlaştırması olasıdır. Bu durumda önemli olan şey, faile tesir eden saikin mahiyetidir³⁸⁰.

³⁷⁷ Dönmezer-Erman **a.g.e.**, II. s. 240.

³⁷⁸ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 349.

³⁷⁹ Yalkut, **a.g.m.**, ss. 243-252.

³⁸⁰ Savaş ve Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 691.

Uygulamaya gelirse; Yargıtay’ın bu konudaki kararları arasında bir birlik yoktur. Yargıtay, eski tarihli bazı kararlarında haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada olamayacağına hükmetmiştir. Örneğin, 1.C.D, 1976/1271,1651 E.K. sayılı kararında: “*Maktulle kardeşi olay günü saat 11 sıralarında sanık ile kahvede kavga ettikleri, maktulün kardeşi sanığı dövdüğü gibi maktulünde sanığa söverek onu kahveden dışarı attığı, aynı gün saat 19 sıralarında sanığın kahvede gördüğü maktulü öğleyin yediği dayanın tesiri ile öldürdüğü ve **haksız tahrik kabul olunduğuna göre taammüt yoktur***”³⁸¹ diyerek haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunamayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay 2002 tarihli bir kararında; “*Sanığın 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini 6 yaşında öksüz bırakan ve bilahare 1803 sayılı kanun uyarınca tahliye edilen maktulü öldürdüğüünün oluş ve kabulden anlaşılmasına, bu durumda **aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına** göre suçun münhasıran kan saiki ile işlendiğinden söz edilemeyeceği cihetle sanığın **maktulü basit tahrik altında ve taammüden** öldürdüğünü kabulü suretiyle hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suça kan gütme vasfının ilave edilmesi ve TCK’nın 51/1 maddesinin tatbiki lüzumunun gözetilmemesi hukuka aykırıdır*”³⁸² demek suretiyle haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunabileceğine hükmetmiştir.

2006 tarihli bir kararında³⁸³ da; “*Sanığın 1979 yılında ağabeyini öldüreni 20 yıl sonra tasarlayıp evi önünde pusu kurmak suretiyle kaleşnikof silahla öldürdüğü olayda, münhasıran kan gütme saiki düşünölemeyeceğinden ilk olayda sanığın kardeşini kasten öldürüp 765 Sayılı TCK’nın 448, 51/1 ve 55/3. maddeleri uyarınca mahkum olup cezasının infaz edilerek çektiği nazara alınıp aradan geçen süreyi de göz önünde tutarak hafif tahrik etkisiyle tasarlayarak adam öldürme suçunu işlediğinin kabulüyle 765 sayılı TCK’nın 450/4, 51/1 ve 59. maddeleriyle hüküm kurulması gerekirken, bu hususta istikrar kazanmış içtihatlarla itibar edilmeyerek yazılı biçimde TCK’nın 450/10, 59. maddeleriyle hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir*” diyerek yine tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunabileceğini belirtmiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi soğukkanlılık teorisi esas alındığı takdirde

³⁸¹ İzmir, a.g.e., s. 70.

³⁸² Yargıtay 1. CD 09.10.2002 tarih ve 2288/3508 E. K. sayılı kararı (İzmir, a.g.e., s. 70).

³⁸³ Yargıtay 1.C.D.04.12.2006 Tarih ve 2006/5354-5382 Esas Kararı (Uyap İctihat Sorgulama).

tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunamayacağı sonucuna varmak gerekir. Ne var ki Yargıtay tasarlama konusunda ağırlıklı olarak soğukkanlılık teorisini benimsemiş olduğu halde eski bazı kararlarında haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada olamayacağına hükmetmekte, bazı kararlarında da soğukkanlılık ve plan teorisini birlikte karma olarak uygulamaktaydı. Ancak, yukarıda örnek olarak verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay'ın yeni içtihatlarında istikrarlı bir şekilde tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceğine karar verdiğini görüyoruz³⁸⁴.

Özetle ifade etmek gerekirse; cezayı hafifletici bir neden olan haksız tahrik ile cezayı artırıcı bir neden olan tasarlamanın birlikte aynı olayda var olup olmayacağı meselesi bu kurumların dayandıkları hukuki temeller konusundaki görüşlerin farklılığından kaynaklanmıştır. Yargıtay'ın son yıllarda verdiği bu yöndeki kararları istikrar kazanmış olup, bugün gelinen nokta her iki kurumun da birlikte uygulanabileceği yönündedir.

3.4. HAKSIZ TAHRİK VE TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ İLİŞKİSİ

Takdiri hafifletici sebepler kanun tarafından belirlenmeyip, hâkimin göz önünde tutabileceği bir takım özellikler dolayısıyla cezanın bir ölçüde indirilmesine imkân sağlayan ve kabul veya reddi yine hâkimin takdirine bırakılan hallerdir. Bu sebeplerin neler olduğu kanunda gösterilmediğinden takdiri hafifletici sebepler **belirli değildir**, her suçun cezasında indirim yapılmasına imkân verdikleri için **geneldir** ve nihayet kabul veya reddi hâkimin takdirine bağlı bulunduğu için de **takdiridir**.

TCK'nın "Takdiri İndirim Nedenleri" başlıklı 62. maddesi şu şekildedir;

"Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde,

³⁸⁴ Yargıtay 1. CD'nin 23/06/1997 tarih ve 1523/2433 E.K. sayılı kararı da aynı şekildedir: *"Sanık K askerdeyken eşi Z ile ilişkiye giren maktül A'nın öldürülmesinde sanık H'nin asli, sanık K'nın fer'i fail olduğu anlaşıldığından, her iki sanık için olayın öldürme sebebi maktül A'nın sanık K'nın resmi eşi, sanık H'nin de yengesi olan Z ile rızai ilişkiye girmesi olduğundan, sanıklar lehine ağır tahrik oluşturduğunun kabulü ile sanık K'nın TCK'nın 450/4, 65/3, 51/2, (fer'i fail olarak tahrik altında taammüden adam öldürme), sanık H'nin de 450/4 ve 51/2. (asli fail olarak tahrik altında taammüden adam öldürme) maddeleri uygulanarak cezalandırılmaları gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırı olup, sanıkların TCK'nın 448, 463 (faili belli olmayan adiyen adam öldürme) maddeleri gereğince cezalandırılmaları gerektiğine ve tahrik bulunmadığına ilişkin temyiz itirazlarının reddine"*

ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

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.”

Görüldüğü üzere TCK’da takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği sınırlı olmak üzere örnekler şeklinde sayılmıştır. Bunlar maddenin 2. fıkrasında “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar” olarak belirlenmişlerdir. Bu nedenler, hükümet tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti. Ancak yapılan değişiklikle mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir³⁸⁵.

TCK’da örnek olarak bir kaç sayılan ancak genel olarak belirli olmayan takdiri hafifletici sebep kurumunun hukuki esası cezayı olaya ve suçluya uydurarak daha adil ve insafli bir cezaya hükmedebilmek hususunda hâkime bir özgürlük tanıma şeklinde özetlenebilir. Takdiri indirim sebepleri kanun tarafından gösterilmeyip hâkimin olayın özelliğine göre saptayabileceği hallerdir; varlıklarını kabul edip etmemek yargılamayı yapan hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Kanun koyucu ancak genel ve soyut şemalar verebilir. Oysa her olayın özellikleri başka olduğu gibi her failin kişiliği de farklıdır. Bunları önceden belirtme, cezayı bu özellik ve kişiliğe uydurma imkânı yoktur. Bu sebeple meseleyi hâkimin takdirine bırakmak ve önceden belirlenemeyen bu sebeplerden dolayı hâkime cezayı indirmek hususunda yetki tanımak zorunludur. Ceza kanunumuz da bunu yapmıştır.

Böyle bir müessesenin kabulündeki amaç, verilecek cezanın failin kişisel durumuna uydurulmasını ve kişiselleştirilmesini sağlamaktır. Ceza hukukunda “eşit suça eşit ceza verilir” şeklinde bir prensip mevcut değildir. Cezanın belirlenmesinde failin kişiliği de göz önünde tutulur³⁸⁶. O halde, hâkim olayın niteliğine, oluş şekline ve

³⁸⁵ Özgenç, TCK Gazi Şerhi, **a.g.e.**, s. 151.

³⁸⁶ Ali Şafak, (2005), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 1.Baskı, Selim Kitapevi, Ankara, s. 49.

cereyan tarzına göre hareket edecek, takdirini ona göre kullanacaktır. Örneğin, sanığın ikrarı ile suçun açığa çıkması, yaptığından pişmanlık duyması, suça nitelik verilmesini kolaylaştırıcı açıklamalarda bulunması, geçmişteki halinin lekesiz olması, suçtan doğan zararın tazmin edilmiş veya eski hale getirilmek suretiyle giderilmiş olması, sanığın kaçma imkânı varken kaçmamış olması veya kendiliğinden teslim olması, duruşmalardaki saygılı tutumu, suçun ulvi duygularla veya az çok kabul edilebilecek nedenlerle işlenmiş bulunması, suçtan dolayı zarar doğmamış olmaması veya sanığın zararı tazmin ve tamir etmiş bulunması, sanığın mağdur ile münasebetleri, ruhi durumu gibi birçok hususu hâkim, hafifletici sebep kabul ederek cezayı indirebilir³⁸⁷.

Peki, sanık hakkında haksız tahrik ile birlikte takdiri hafifletici sebebi içeren 62. madde de uygulanabilir mi? Doktrin ve Yargıtay bu soruya olumlu yanıt vermektedirler. Buna göre haksız tahrik ile takdiri hafifletici sebepler bir arada bulunabilir, ancak aynı halin hem haksız tahrik, hem de takdiri hafifletici sebep sayılması ve cezada iki defa indirim yapılması mümkün olmadığı gibi, haksız tahrikin bütün şartlarının bulunduğu görüldükten sonra bunun hafifletici sebep sayılması da doğru değildir³⁸⁸.

Haksız tahrik ve takdiri indirim nedeni ceza kanunumuzda düzenlenmiş olan iki genel hafifletici nedendir. TCK m. 29’da düzenlenmiş olan ve “kanuni indirim nedeni” olarak da adlandırılan haksız tahrik kurumu; suça etki eden, failin suç işleme yönündeki ruhsal durumunu etkileyen ve varlığı halinde cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran bir indirim nedenidir. Olayda haksız tahrikin varlığı ispatlanırsa hâkim cezada indirim yapmak mecburiyetindedir. Oysa 62. maddede düzenlenmiş olan takdiri indirim nedeni, sanığın suçtan sonraki davranışları, kişilik özellikleri, geçmişi, sosyal özellikleri vs. dikkate alınarak cezanın kişiselleştirilmesini amaçlayan bir kurumdur.

Hâkim, kanuni sebepler dışında herhangi bir sebebi takdiri hafifletici sebep kabul edip etmemekte serbesttir. Diğer taraftan -diğer unsurlar bulunmak şartıyla- herhangi bir fiil tahrik olarak da kabul edilebilir. Yani takdiri ve kanuni her iki sebebin kabulünde hâkim geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak şöyle bir farkla; hâkim takdiri hafifletici sebebin kabulünde tamamen serbesttir. Ve bu yönüyle Yargıtay’ın denetimine de tabi değildir. Halbuki tahrikte hâkim fiili takdir hususunda serbest olduğu halde, diğer kurucu unsurlarla (haksızlık, hiddet veya şiddetli elem) kanunun tayin ettiği

³⁸⁷ Çağlayan, **a.g.m.**, s.33 ve Aydın, **a.g.e.**, s. 242.

³⁸⁸ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 350.

bu unsurların mevcudiyeti bakımından Yargıtay’ın denetimine tabidir³⁸⁹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, aynı sebep hem tahrik hem de takdiri hafifletici sebep kabul edilemez. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında da “*yalnız bir sebep hem kanuni hem de takdiri tahfif sebebi ittihat edilemez*” demektedir. Buna karşılık aynı suçta farklı olaylar haksız tahrik ve de takdiri hafifletici sebep sayılabilir. Örneğin, mağdurun haksız bir tahriki sonucu suç işleyen failin daha sonra pişmanlık göstererek suçunu ikrar etmesi veya benzeri bir takdiri indirim sebebi bulunması halinde hem 29. hem de 62. madde tatbik olunabilir³⁹⁰.

Demek ki sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması hâkimin 62. madde konusunda bir karar vermesine engel değildir, ne var ki her iki normun konuluş amacı farklıdır. Haksız tahrik suçun işlenmesine doğrudan etki eden, sanığı adeta suç işlemeye sürükleyen psikolojik bir olgudur. Bu olgu kanıtlandığında yargıç 29. maddeyi uygulamak zorundadır. Oysa 62. madde sanığın suçtan sonraki davranışları ile kişilik özelliklerinin göz önüne alınmasını, dolayısıyla cezanın kişiselleştirmesini amaçlayan bir indirim kuralıdır. Bu nedenle “aynı eylem” veya “aynı olgudan dolayı” hem 29. hem de 62. madde ile sanığın cezasından indirim yapmak uygulamada hükmün bozulması sonucunu doğurmaktadır.

3.5. HAKSIZ TAHRİK VE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ İLİŞKİSİ

Bir kimsenin işlediği bir fiilden dolayı kınanabilmesi, yani o kişinin kusurlu olduğundan söz edilebilmesi için, fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Kusur yeteneği, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, yani yaptığı davranışın hukuken tasvip edilmeyen bir davranış olduğunu anlama ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirme kabiliyeti olarak tanımlanabilir³⁹¹. Kişinin fiziki gelişimiyle birlikte toplumun değer yargılarını anlama yeteneği de geliştiğinden kusur yeteneği ile yaş arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır³⁹².

Çocukların hukuki konumları TCK’nın 31. maddesinde “Yaş Küçüklüğü” başlığı altında 3 kategoride düzenlenmiştir. Bunlar, kusur ehliyetinin ve cezai

³⁸⁹ Ayık, **a.g.m.**, ss. 103-104.

³⁹⁰ Artuk vd. **a.g.e.**, ss. 540-541.

³⁹¹ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 327.

³⁹² Artuk vd. **a.g.e.**, s. 478.

sorumluluğun bulunmadığı 0-12 yaş, cezai sorumluluğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmemesine göre belirlendiği 12-15 yaş ve cezai sorumluluğun bulunduğu 15-18 yaş dönemleridir. Yasada, bu yaş gruplarında yer alan çocukların kusur yetenekleri ve ceza sorumlulukları açıkça gösterilmiştir. Ancak, belirtelim ki yaştan kusur yeteneği üzerindeki etkisi 18 yaştan tamamlanmasına kadar kabul edilmiştir. Bu yaştan sonra kişinin yaşı ne olursa olsun, yaştan ceza sorumluluğu üzerinde bir etkisi söz konusu olmayacaktır³⁹³.

3.5.1. 0-12 Yaş Dönemi (TCK. m. 31/1)

Suç işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocukların kusur yetenekleri bulunmadığından, bu dönemde ceza verilmesi söz konusu olmaz. Ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Bu yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında soruşturma yapılabilirse de kovuşturma söz konusu olamaz³⁹⁴. Bunlar hakkında kamu davası açılması ve ceza verilmesi mümkün olmadığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir³⁹⁵. Zira haksız tahrik, davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğini azaltan bir etkiye, yani kusuru azaltan bir etkiye sahip olup ancak kusur yeteneğine sahip olanlar bakımından etkisi tartışılabilir bir kurumdur. Kanun, fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocukların kusur yeteneğinin olmadığı mutlak bir şekilde kabul etmiş olduğundan, bu yaş grubuna giren çocukların kusur yeteneğinin ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun olup olmadığı araştırılmayacaktır³⁹⁶.

3.5.2. 12-15 Yaş Dönemi (TCK. m. 31/2)

Bu yaş grubunda bulunan çocukların işledikleri suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin yeterince gelişmiş olması halinde ceza verilir, ancak cezalarından yaş küçüklüğü sebebiyle indirim yapılır. Bu durumda, şartları varsa haksız tahrik hükümleri de uygulanabilir.

³⁹³ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 328.

³⁹⁴ Malkoç, **a.g.e.**, s. 97; Ercan, **a.g.e.**, s. 238

³⁹⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 465.

³⁹⁶ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 329.

Ancak, işledikleri suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde kusur yetenekleri ve ceza sorumlulukları yoktur. Bu durumda birinci dönem olan 0-12 yaş döneminde olduğu gibi çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır³⁹⁷. Bunlar hakkında da kamu davası açılabilir ceza verilemeyeceğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir.

Demek ki bu yaş grubunda bulunan çocukların hakkında ilk olarak işlediği fiille ilgili kusur yeteneklerinin olup olmadığı tespit edilecektir. Ancak bu işlem yapılırken çocuğun kusur yeteneği genel olarak değil, işlediği her bir fiil bakımından ayrı ayrı belirlenmelidir. Örneğin bu yaş grubundaki bir çocuğun işlediği hırsızlık suçu açısından kusur yeteneğine sahip olduğu kabul edilebilirken, ergenlik döneminde bulunan çocuğun bu dönemin etkisiyle işlediği cinsel suçlar bakımından irade yeteneğinin önemli derecede zayıfladığı ve hatta bazen tamamen kalktığı söylenebilecektir³⁹⁸. Dolayısıyla hâkim bu yaş gruba giren çocuğun bu yeteneğinin olup olmadığını, her somut olayda inceleyerek takdir etmelidir³⁹⁹.

3.5.3. 15-18 Yaş Dönemi (TCK. m. 31/3)

Bu dönemde bulunan çocukların, kusur yetenekleri var kabul edildiğinden, 12-15 yaş döneminde yapılan ve uygulamada farik-mümeyyizlik raporu denilen “anlama-algılama-yönlendirme” hususundaki araştırma yapılmaz. Bu dönemde bulunan çocukların (gençlerin) kusur yetenekleri yetişkinlerle aynı kabul edildiğinden, işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle haklarında dava açılır ve suçu işledikleri sabit olursa cezalandırılırlar. Ancak cezalarından indirim yapılır⁴⁰⁰. Bu indirim, 12-15 yaş gurubu çocuklarına göre daha az orandadır. Burada çocuğun cezai sorumluluğu büyüklerinkinden farklı olmadığından haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

Özetle cezanın hem yaş küçüklüğünden hem de tahrikten indirilmesi mümkündür. Ancak bu gibi hallerde önce haksız tahrik, daha sonra yaş küçüklüğü

³⁹⁷ Malkoç, **a.g.e.**, s. 97.

³⁹⁸ Özgenç **a.g.e.**, s. 358.

³⁹⁹ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 331.

⁴⁰⁰ Ercan, **a.g.e.**, s. 239; Malkoç, **a.g.e.**, s. 98.

indirimi yapılmalıdır⁴⁰¹. Yani 31. maddenin 29. maddeden önce uygulanması doğru değildir.

Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmaktadır: “*Temel ceza belirlendikten sonra 5237 sayılı TCK’nın 61/5. maddesine aykırı olarak yaş küçüklüğü nedeniyle yapılan indirimin, haksız tahrik indiriminden önce uygulanması suretiyle sıralama hatası yapılarak sanığa fazla ceza verilmesi*”⁴⁰².

3.6. HAKSIZ TAHRİK VE AKIL HASTALIĞI İLİŞKİSİ

Kusur yeteneğini etkileyen hallerden birisi de akıl hastalığıdır⁴⁰³. Akıl hastalığı, kişinin anlama, yorumlama ve irade yeteneğini etkileyen psikolojik veya nörolojik rahatsızlıktır. Böyle bir hastalığın etkisinde kalarak, suç teşkil eden fiili işleyen kişinin kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle akıl hastalığı, failin kusurluluğunu ortadan kaldıran ve ceza sorumsuzluğu sonucunu doğuran bir durumdur.

Akıl hastalığının kusur yeteneğini kaldıracı veya azaltıcı etkisi çok eski zamandan beri tanınmıştır. Akıl hastalığının böyle bir etki yapmasının sebebi, bu yeteneğin bulunması için gereken niteliklerin gelişmesini durdurmasından veya bunların bozukluk veya noksanlığa sebebiyet vermesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle gerek akli melekelerin gelişmesini durduran, gerek bunlar geliştikten sonra gerilemelerine yol açan bütün akıl hastalıkları isnat yeteneğini az veya çok etkiler⁴⁰⁴.

Akıl hastalığına ilişkin düzenleme TCK’nın 32. maddesinde yer almaktadır⁴⁰⁵. Kanunumuz 32. maddesinde akıl hastalıklarının neler olduğunu tek tek saymamış,

⁴⁰¹ Günay **a.g.e.**, s. 85.

⁴⁰² Yargıtay 1.CD’nin 17.04.2007 tarih ve 2721/2908 E.K sayılı kararı- UYAP İçtihat Sorgulama.

⁴⁰³ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 334.

⁴⁰⁴ Dönmezer-Erman **a.g.e.**, s.169

⁴⁰⁵ Buna Göre;

- (1) *Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.*
- (2) *Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.*

sadece akıl hastalığının kusur yeteneğini etkileyen bir sebep olduğunu belirtmiştir. Zaten akıl hastalıklarının neler olduğu ve her bir akıl hastalığının kişinin davranışları üzerinde ne tür etkiler gösterebildiğini belirlemek tıbbi bir konudur. TCK'ya göre önemli olan husus, kişinin fiili işlediği sırada akıl hastası olması ve bu hastalığın kişinin algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisidir⁴⁰⁶.

Şu halde, ilk belirlenecek olan husus, kişinin suç teşkil eden fiili işlediği sırada akıl hastası olup olmadığıdır. İkinci olarak, şayet akıl hastası ise, bu hastalığın genel olarak kişinin davranışları üzerinde ne tür etkileri olabileceğini tespit etmektir. Son olarak da bu hastalığın somut olayda kişinin algılama ve irade yeteneğini ne ölçüde etkilemiş olduğu araştırılıp ortaya çıkarılacaktır. İlk iki tespit tıp biliminin konusu olup, psikiyatri uzmanları tarafından yapılacaktır. Ancak sonuncu husus, yani akıl hastalığının somut olay açısından kişinin algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisini belirlemek hâkime ait bir görevdir⁴⁰⁷.

Suç işleyen kişinin akıl hastası olması, işlediği fiilden bağımsız olarak, yani soyut bir şekilde kusur yeteneğini ortadan kaldıracı bir etkiye her zaman sahip değildir. Bu nedenle maruz kalınan akıl hastalığının kişinin işlemiş bulunduğu fiil açısından algılama ve irade yeteneğini etkilemesi gerekmektedir. Örneğin, kleptomani akıl hastası olan kişinin hafif değerdeki şeylere yönelik olarak işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneği olmadığı söylenebilirse de, aynı kişinin kasten öldürme veya yaralama suçlarını işlemesi durumunda irade yeteneğinin olmadığından bahsedilemez⁴⁰⁸. Keza aynı durum sar'a hastaları bakımından da söz konusudur. Sar'a hastasının nöbet sırasında öldürme, yaralama, cinsel saldırı suçlarını işlemesi halinde bu fiiller bakımından hastalığının kişinin somut davranışlarını etkilediği muhakkaktır, fakat sahtecilik veya dolandırıcılık suçları bakımından aynı şey söylenemez⁴⁰⁹.

Koca-Üzülmez'e göre, akıl hastalığını tam veya kısmi akıl hastalığı olarak ikiye ayırmak doğru değildir. Bir insan ya akıl hastasıdır ya da değildir. Hukuken önemli olan husus akıl hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne derece etkili olduğudur. Ayrıca akıl hastalığı kişinin işlediği her fiil açısından algılama ve irade yeteneği üzerinde etkili olmayabilir. Bu itibarla akıl hastalığının kusur yeteneği

⁴⁰⁶ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 334.

⁴⁰⁷ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 335.

⁴⁰⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s. 365.

⁴⁰⁹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 335.

üzerindeki etkisi bir derecelendirmeye tabi tutulabilir ve akıl hastalığının kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırdığından veya azalttığından bahsedilebilir⁴¹⁰.

Ülkemizde ceza hukukçuları arasında klasik suç teorisinin etkisi devam ettiği için bazı yazarlarca eski yasa dönemindeki alışkanlık ile tam - kısmi akıl hastalığı ayrımı sürdürülmekte ise de, kanaatimizce de akıl hastalığının kusur yeteneği üzerindeki etkisinin bir derecelendirilmeye tabi tutularak akıl hastalığının kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırdığından veya azalttığından bahsedilmesi yeni TCK'ya ve yasanın suç teorisine daha uygun olacaktır.

Aklıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirdiği eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu eylemle ilgili olarak hareketlerini yönlendirme kabiliyeti *önemli ölçüde azalmış olan* kişiye TCK'nın 32/1. maddesi gereğince ceza verilmez, fakat bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur⁴¹¹. İşlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği *azalmış olan* kişiye ise TCK'nın 32/2. maddesi uyarınca indirimli ceza verilir. Ancak, mahkeme hükmettiği bu cezanın ceza infaz kurumunda değil de, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da infaz edilmesine karar verebilecektir⁴¹².

Aklıl hastalığı bulunan kişiler yönünden haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesine gelince; bu konuda akıl hastası olan kişinin haksız fiile maruz kalan kişi mi, yoksa haksız fiili yapan kişi mi olduğuna göre bir ayrıma gitmek doğru olacaktır. Akıl hastalarının fiillerinin haksız tahrik oluşturup oluşturmayacağı hususu, haksız bir fiilin varlığı konusu kapsamında tartışılmıştı. Burada haksız fiile maruz kalan (tepki suçunu işleyen) kişinin akıl hastası olması durumunu (yani akıl hastalarının haksız tahrikten yararlanıp yararlanamayacağı hususunu) inceleyelim:

TCK 32/1. madde kapsamında kalan, yani kusur yeteneğini ortadan kaldıran bir akıl hastalığı bulunan kimsenin eylemine ceza verilemeyeceğinden, bu hususta tahrik hükmünün uygulanması da söz konusu olamaz. Yani bir cezasızlık sebebi olan bu akıl hastalığı halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz, bu iki hal bir arada bulunamaz.

TCK 32/2. madde kapsamında kalan, yani kusur yeteneğini azaltan bir akıl

⁴¹⁰ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 336.

⁴¹¹ Ercan, **a.g.e.**, s. 242.

⁴¹² Koca-Üzülmez **a.g.e.** s. 337.

hastalığı bulunan faillere gelince, bunların kusur yetenekleri ve cezai ehliyetleri tam olmasa da mevcut olduğundan, bu kişilerin tahrike kapılarak tepki suçu işlemeleri halinde haklarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür. Akıl hastalığı ile haksız tahrikin hukuki temeli birbirinden bağımsız olduğu için, böyle bir durumda aynı halden dolayı iki defa ceza indirilmesi yasağı da ihlal edilmiş olmaz.

Ancak burada TCK'nın gösterdiği sıraya göre önce tahrik indirimi (m.29), daha sonra da akıl hastalığı nedenine ilişkin indirim (m.32/2) uygulanmalıdır⁴¹³. 32. maddenin 29. maddeden önce uygulanması yanlış olup, bozma sebebidir.

Haksız tahrikin şartlarının bulunması koşuluyla sarhoş olan fail hakkında da haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Ancak failin sarhoş olması nedeniyle tahrik edilmediği halde tahrik edildiği zannına kapılması (örneğin, failin sarhoşluğu sebebiyle kendisine selam verenin hakaret ettiğini zannederek öldürmesi⁴¹⁴) halinde TCK'nın 29. maddesi uygulanmaz. Zira vehim ve zannın tahriki oluşturmayacağını yukarıda belirtmiştik.

Dönmezer-Erman bu konuda şu açıklamaları yapmaktadır: Haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunabileceği, hatta kısmi akıl hastasının içinde bulunduğu durum itibarıyla, daha kolaylıkla hiddetlenebileceği ya da eleme uğrayabileceği genel olarak kabul olunmaktadır. Fakat tahriki teşkil eden fiil, failin şuur ve harekât serbestisini önemli derecede kaldıracak bir ruhi karışıklığa neden olmuşsa artık haksız tahrikten değil, geçici nedenlerden söz edilir. Böyle bir durumda ruhi karışıklığın şiddetine göre, kısmi isnat yeteneği veya isnat yeteneğinin tamamen kalkması da mümkün olabilir. Bu gibi hallerde TCK'nın 34/1. madde hükmü uygulanacaktır. Fail kısmi akıl hastalığından dolayı tahrik edilmediği halde sırf hastalığı sebebiyle (mesela takip edildiğini düşünerek) bir suç işlerse, hiddet veya elem, olmayan haksız tahrikten değil de failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş olduğundan, yine haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunmasından söz edilemez ve fail hakkında sadece kısmi akıl hastalığına ilişkin hüküm uygulanır. Bu iki istisnai hal dışında kısmi akıl hastalığı ile haksız tahrik hükümleri bir arada bulunabilir ve birlikte

⁴¹³ Günay **a.g.e.**, s. 69.

⁴¹⁴ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 403.

uygulanabilir⁴¹⁵.

3.7. HAKSIZ TAHRİK VE KAN GÜTME SAIKİ İLİŞKİSİ

Kan gütme olayı, hukuki bir konu olmaktan çok, bazı toplumlara has, sosyolojik bir olaydır⁴¹⁶. Kan gütme, bir aile, kabile veya aşiretin üyelerine karşı, başka bir aile, kabile veya aşiret üyelerinin çeşitli sebeplerle duydukları kin dolayısıyla karşılıklı birbirlerinin hayatlarına son vermeleridir⁴¹⁷.

Bir başka tanıma göre; kan davası olarak belirtilen olay, iki alt insan grubu arasında, belirli sebeplerle, karşılıklı olarak kişiler üzerinde devamlı zincirleme olarak devam eden cebir ve şiddete başvurulması demektir⁴¹⁸.

Türk Hukuk Lügatine göre; “kan gütme saiki ile adam öldürme suçu; failin daha önceden öldürülen yakınının kanına bedel olmak üzere, bu suçun failini ya da bu failin akrabalarından ya da ailesinden birini öldürmesi veya öldürtmesidir⁴¹⁹”.

Yargıtay CGK kan gütme saikinin ceza hukuku açısından tanımını yaparak, “failin, daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için, ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi” olarak tanımlamıştır⁴²⁰.

Öç almaya dayanan bu geleneğin tesirinden henüz kurtulamamış olan zihniyetteki aileler arasında devam ede gelen kan gütme olayları ve özellikle kan gütme dolayısıyla insan öldürme suçlarını önlemek veya azaltmak için 1937 yılında 3236 sayılı kanun yayımlanmıştır⁴²¹. Bugünkü düzenlemelerin temeli bu kanuna dayanmaktadır.

09.07.1953 tarih ve 6123 sayılı kanunla 765 sayılı TCK’nın 450. maddesine 10. bent eklenerek kan gütme saikiyle adam öldürme suçları, bu suçun nitelikli hali

⁴¹⁵ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 350.

⁴¹⁶ Cengiz Otacı, (2008), “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:18, Ankara, ss. 132-138.

⁴¹⁷ Mahmut Tezcan, (1974), “Türkiye’de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:65, Sayı: 8, Ankara, ss. 667-676.

⁴¹⁸ İlhan Akbulut, (2006), “**Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme**”, Birinci Baskı, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, s. 11.

⁴¹⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 16.

⁴²⁰ Yargıtay CGK’nın 18.02.1991 gün ve E. 1, K. 41; 11.03.1991 gün ve E. 36, K. 76; 14.10.1991 gün ve E. 233, K. 264 sayılı kararları. (Duran **a.g.e.**, s. 218)

⁴²¹ A. Pulat Gözübüyük, (2006), “Kan Gütme Cürümleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:10, Ankara, ss.1185-1198.

kabul edilerek, cezası ağırlaştırılmıştır. Kan gütme saikine ilişkin özel bir ağırlatıcı sebebin konulma gerekçesi; özellikle 1980’li yıllara kadar yurdun bazı bölgelerinde neredeyse gelenek haline gelen kan davalarının ortadan kalkmasına katkıda bulunmak, yine kan davalarında taammüdün tespitindeki güçlükleri ortadan kaldırmak olarak açıklanmıştır⁴²².

765 sayılı TCK’nın 448. maddesindeki adam öldürme cürümlerinin nitelikli hallerinden biri olarak düzenlenen 450/10. maddeye karşılık olarak 5237 sayılı y. TCK’nın 82/j maddesi düzenlenmiş, ancak 765 sayılı TCK’dan farklı olarak suçun temel şekli yönünden “müebbet hapis cezası” öngörülmüştür. 82. maddenin (j) bendinde düzenlenen “kan gütme saikiyle adam öldürme” suçunun işlenmesi halinde, fail, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında kan gütme saiki ile adam öldürme suçunda haksız tahrik indirimi konusunda herhangi bir farklılık veya değişiklik söz konusu değildir. Her iki TCK’da da haksız tahrik kanuni bir hafifletici sebep olmasına karşılık, kan gütme saiki cezayı ağırlatıcı bir neden olarak düzenlenmiştir. Yeni TCK’daki düzenleme kan davalarında tahrik indiriminin uygulanmaması gerektiği yönündeki oturmuş uygulama ve doktrindeki görüşlerin devamı niteliğindedir⁴²³.

Kan gütme saikinın ne olduğu ve hangi hallerde kan gütme saikinden bahsedileceği ve tanımı kanunda belirtilmemiştir. Sözlük anlamı “sevk eden”, “götüren” olarak açıklanan **saik**; ceza hukuku açısından failin eyleme geçmesine neden olan etkenlerdir. Failin harekete geçmesine yol açan nedendir. İnsan yaptığı hareketleri mutlaka belli bir saikle yapar. Yasanın suçun unsuru veya ağırlatıcı neden olarak kabul ettiği hallerde saike dikkat edilmelidir. Bu suçun kesin olarak oluştuğu neticesine varabilmek, saikin doğru belirlenmesi gerekmektedir. Esasen kan gütme saiki ile öldürme suçunda, “saik” kötü bir anlayışın tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılacak araştırmada kan gütme saikinın bulunup bulunmadığı mutlaka tespit edilmelidir. Kan gütme saiki demek, fiilin sadece kan gütme, öldürülenin öcünü alma, bir görevin yerine getirilmesi bilinci ve niyeti ile işlenmesi demektir. Kan gütme saikinde görev bilinci vardır. Fail, şiddet hareketlerine intikam almak, misli ile karşılıklıta bulunmak, bağlı olduğu topluluk veya grup için zafer kazanmak ve onurunu

⁴²² Artuk-Gökçen-Yenidünya, **a.g.e.**, s. 709.

⁴²³ Duran, **a.g.e.**, s. 218.

kurtarmak amaçları ile başlamaktadır⁴²⁴.

Kan gütme saikiyle öldürme, failin, ilk öldürme hareketinin doğurduğu kızgınlıktan doğan intikam duygusu geçtikten sonra, her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme kastı ve bilinci ile eylemi işlemiş olmalıdır.⁴²⁵ Failin kan gütme saikiyle hareket ettiğini kabul edebilmek için, önceki öldürme eyleminin etkisi altındayken bundan doğan intikam duygusuyla hareket etmemesi, eylemini, önceki öldürmeden kaynaklanan acı ve elemnin etkisi altında gerçekleştirmemiş olması gerekir.

Kanun koyucunun kan gütmeyi ağırlaştırıcı sebep saymasının ana nedeni, sosyolojik bir vakıa olan ve belli topluluklarda meşru görülen kan gütme olayları ile mücadele etmek isteğidir. Yargıtay’a göre de, *“Kan gütme sebebiyle adam öldürme eylemini adiyen öldürme suçlarından ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, oç alma şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundandır. Bu tür suçlar için ayrı bir bent ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konmasındaki sosyal amaç ise toplumda kökleşmiş olan kötü bir göreneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir. Böyle olunca TCK’nın 51. maddesinde öngörülen haksız tahrikin bu özellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir. Nitekim kan gütme saikiyle adam öldürme suçlarında bu maddenin uygulanmaması gerektiği genellikle benimsenmiş yargı görüşleri arasında yer almıştır⁴²⁶.”*

TCK’nın kan gütme saikiyle adam öldürme suçuna ilişkin 82. maddesinin gerekçesinde: *“Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, kan gütme saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, failin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması halinde söz konusu olabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde, bu bent hükmü uygulanmaz”* denilmiştir⁴²⁷.

Yargıtay CGK’nın kararlarında⁴²⁸ belirtildiği üzere kan gütme; failin daha önce

⁴²⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s. 16.

⁴²⁵ Necati Meran, (2008), **Kişilere Karşı Suçlar**, 2.Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 72.

⁴²⁶ Yargıtay CGK’nın 04.06.1973 tarih ve 1/332-458 E.K sayılı kararı. (Ahmet Zeki Polat, (1999), **Adam Öldürme Suçları**, 1.Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 118.)

⁴²⁷ Çam, **a.g.e.**, s. 78.

⁴²⁸ Yargıtay CGK’nın 18.02.1991 tarih ve 1/41,11.03.1991 gün 36/76,14.10.1991 gün ve 230/264 sayılı Kararı.

öldürülen bir kimsenin intikamını almak için ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra, suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi halinde söz konusu olur. İnsan öldürme suçunun kan gütme saikiyle işlendiğinin kabulü için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

1. İki taraf arasında önceden bir öldürme olayının gerçekleşmiş olması gerekir. (Olaya neden olan önceki hadise, ölümle sonuçlanmış olmalıdır.)
2. Fail, önceki suç faili veya onun mensup olduğu grup ya da ailelerden birisini, öç alma duygusuyla ve bir görev bilinciyle öldürmelidir.
3. Öldürme eylemi kan davasından kaynaklanmalıdır. Yani kan davası olmasaydı öldürme eylemi gerçekleşmeyecek olmalıdır. (İlk öldürülen ile ikinci suç faili arasında kan hısımlığı bulunması şart olmayıp, suçun kan gütme saiki ile işlenmesi yeterlidir.)
4. İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içinde fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir⁴²⁹.

Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun mağduru, bir önceki öldürme suçunun failinin akrabası, yakını ya da mensup olduğu gruptan kişilerdir. Yargıtay, öldürenin öldürülmesi halinde kan gütmenin söz konusu olmadığını kabul etmektedir. Bunun sebebi önceki öldürme olayının failinin “haksız fiil” olduğu şüphesiz olan cinayet şeklinde bir eylemde bulunmuş olması sebebiyle bu kişinin öldürülmesi şeklindeki karşı eylemin tahrik altında işlenmiş olmasıdır. Nitekim Yargıtay 1. CD’nin 2006 tarihli bir kararında⁴³⁰ bu husus şu şekilde ifade olmuştur. “*maktûlün 1991 yılında sanıkların babası Abdullah’ı öldürdüğü dosya kapsamından anlaşılmakla, **dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarına göre öldürenin öldürülmesi halinde kan gütme saikinın geçerli olmayacağı** düşünülmeden sanık Mehmet Salih’in tasarlayarak tahrik altında insan öldürme, sanık Hüseyin’in de tahrik altında tasarlayarak insan öldürmeye yardım suçlarından mahkûmiyetleri yerine yanlış vasıflandırmayla kan gütme saikiyle insan öldürme suçlarından cezalandırılmalarına karar verilmesi*”

⁴²⁹ Meran, **a.g.e.**, s. 73.

⁴³⁰ Yargıtay 1. CD’nin 29.11.2006 tarih ve 1375/5321 E.K sayılı kararı.

Yargıtay'ın pek çok kararında ifade edildiği şekilde “öldürenin öldürülmesi kan gütme saiki ile öldürme kabul edilemeyeceği” dikkate alınırsa mağdur grubundan “önceki fiilin faili” nin çıkartıldığı anlaşılmaktadır⁴³¹.

Kan gütme saikinın haksız tahrikle bağdaşıp bağdaşmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bunun sebebi, aynı duygu ya da saikin hem ağırlatıcı, hem de hafifletici bir neden olarak kabul edilip edilemeyeceği, bu durumun çelişki oluşturup oluşturmayacağı hususundan kaynaklanmaktadır. Gerçekten haksız tahrik kanuni bir hafifletici sebep olmasına karşılık, kan gütme saiki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir.

Doktrindeki ağırlıklı görüş kan gütme saikiyle işlenen kasten öldürme fiillerinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı yönündedir.

Karşı görüşe göre ise, kan gütme saiki ile öldürme olaylarında haksız tahrik indirimi yapılabilir. Zira, intikam duygusunun yatıştırılması bu tür olayların niteliği olarak kabul edilmektedir. Psikolojik gerçek göz önüne alınırsa kabul edilmeli ki, her öç alma duygusunun özünde tahrik mevcuttur. Bu nedenle kan gütme saiki ile öldürme olaylarında da diğer koşulları gerçekleştiği takdirde haksız tahrik indirimi yapılabileceği kabul edilmelidir⁴³².

Doktrinde daha çok kabul gören ilk görüşe göre, kan gütme saiki ile hareket edildiği hallerde, fail, kasten öldürme suçunu işlerken içinde bulunduğu grupta ya da alt kültürde egemen olan bir görevi yerine getirdiği bilinci ve iradesi ile ölenin kanına karşılık olmak üzere ve onun öcünü alma motivasyonu ile eylemini gerçekleştirmektedir. TCK'nın 29. maddesinde de “bir kimsenin haksız bir fiil sonucu kapıldığı hiddet veya elemin etkisiyle suç işlemesi” söz konusudur. Bu bakımdan, aynı psikolojik duygu ya da saik, hem daha ağır cezayı hem de daha hafif cezayı gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğinden kan gütme düşüncesiyle işlenen kasten öldürme fiillerinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Diğer bir anlatımla faili, kan gütme şeklinde öç almaya iten nedenin, aynı zamanda haksız tahrik teşkil etmesi mümkün değildir⁴³³.

⁴³¹ Otacı, **a.g.e.**, s. 121.

⁴³² Nur Başar, (1980), “Türk Ceza Hukukunda Tahrik-II”, **Adalet Dergisi**, Yıl:71, Sayı:4, Ankara, ss. 353-365.

⁴³³ Artuk vd. **a.g.e.**, ss. 536-537.

TCK'nın 82/j maddesindeki düzenleme, bir yakını öldürülen failin kapıldığı öfke veya elem duygusuna “kan gütme saiki mevcut ise” hukuki değer tanımamış ve failin intikam alma duygusunu cezadan indirim nedeni olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle daha önce öldürülen yakınının “intikamını almak duygusuyla” ve “görev bilinciyle” hareket ederek suç işleyen fail, yakınının öldürülmüş olması nedeniyle hiddet veya eleme kapıldığını ileri süremeyecektir.

Faili, kan gütme saikiyle adam öldürme suçunu işlemeye sevk eden kin ve intikam duygusu, haksız tahrik kurumunun içermediği, ceza hukukunun cezayı hafifletmek için kıymet vermediği bir husustur. Bu maddenin gerekçesinde de “sırf kan gütme saiki ile adam öldürme suçu işlenmişse” olaya haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Burada altı çizilmesi gereken husus, kan gütme saikinde faili hukukun kabul etmediği “intikam” duygusu suça yöneltmiştir ve bu durum haksız tahrikin varlığı için aranan “hiddet veya elem”den farklıdır⁴³⁴.

Aynı kanaati paylaşan Hakeri'ye göre, “kan gütme suretiyle adam öldürme” halinde haksız tahrikten bahsedilemez. Çünkü haksız tahrikin temelini oluşturan, failin hiddet ve şiddetli eleme kapılması hali kan gütme suretiyle adam öldürmede yerine haksız tahrik kurumuyla hiç bağdaşmayan öç alma ve hıncını çıkarma amaçlarına bırakır⁴³⁵.

Günay da bu konuda; “Kan gütmenin cezanın ağırlaştırmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmesi nedeniyle haksız tahrik ve kan gütme bir arada bulunamaz. Fail ya önceki öldürme olayının etkisinden kurtulmuştur ve kan gütme söz konusudur veya halen etkisindedir ve haksız tahrik uygulanır.” diyerek öğretideki ağırlıklı görüşü desteklemiştir⁴³⁶.

Otacı ise kanaatimizce yerinde bir yaklaşımla azınlıkta olduğunu belirttiğimiz 2. görüşü destekler nitelikte şunları ifade etmektedir: Kan gütme saiki ile insan öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı mağdur kim olduğu ile yakından ilgilidir. Suçun mağduru, önceki öldürme eyleminin faili ise, -Yargıtay her ne kadar bu ihtimalde suçun kan gütme saiki ile işlenmediği görüşünde ise de- suçun kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulüne ve fail hakkında haksız tahrik indirimi

⁴³⁴ Aydın, **a.g.m.**, s. 244.

⁴³⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s. 190.

⁴³⁶ Günay **a.g.e.**, s. 73.

uygulamaya kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı nedenin cezanın hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici nedeni olmayacağı doğrudur. Ancak, bu suç tipinde sanığa, saiki nedeniyle ile daha ağır bir ceza öngörülmektedir. Failin, ilk suçun fiilinden gelen haksızlığa uğradığı da ortadadır. Bu durumda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmek, sanığı, maruz kaldığı haksızlık nedeniyle işlediği suç için iki defa cezalandırmak gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu gibi hallerde sorunun, biraz da suç tipinden kaynaklandığını ifade etmek gerekir. Bunun haricinde, kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda fail, devletin cezalandırma hakkına müdahale ederek, kamu otoritesini sarsacak şekilde yeni bir suç işlemektedir. Önceki öldürmeye mukabil yeni bir öldürme eyleminde bulunması, cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesidir. Suçun failinin, haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağını ileri sürmek, haksızlığa uğramış olmayı suç tipinin unsuru haline getirir. Kan gütme saikini doğuran ve kendisi de başka bir saik olup kan gütme saikinin zeminini oluşturan haksızlığa maruz kalmak, aynı saik ya da aynı neden de sayılamaz⁴³⁷.

Mağdur, önceki öldürme eyleminin failinin yakın akrabası, mensup olduğu aile, aşiret veya gruptan birisi ise, mağdurdan kaynaklanan faile yönelik haksız bir eylem olmadığı için tahrik indirimi uygulamak mümkün olmayacaktır. Haksız tahrikin uygulanabilir olduğunu savunan yazarların (Başar, Otacı), suçun mağdurunun, önceki öldürme eyleminin faili olabileceğini kabul ettiği sonucunu çıkarmak gerekir⁴³⁸.

Bu açıklamalardan ve madde gerekçesindeki “*kan gütme saikiyle öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, fiilin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması hâlinde söz konusu olabilecektir. Haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hâllerde, bu bent hükmü uygulanamaz.*” şeklindeki açıklamadan çıkartılması gereken sonuç şudur, burada “kan gütme saikiyle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümleri uygulanamaz” demekten ziyade, “**haksız tahrikin mevcut olduğu öldürme suçlarında bu nitelikli hal uygulanarak artırım yapılmaz**” demek istenmiştir. Esasen bu durum haksız tahrik hükümlerinin değil, TCK’nın kan gütme saikiyle nitelikli adam öldürmeye ilişkin hükmünün (m. 82-i bendinin) uygulanmasını daraltır.

Zira, kan gütme saiki öldüren ile öldürülen arasında hiçbir sübjektif ilişkinin

⁴³⁷ Otacı, **a.g.e.**, ss. 132-133.

⁴³⁸ Otacı, **a.g.e.**, s. 133.

bulunmadığı ve öldürmenin bir görev bilinciyle işlendiği hallerde söz konusu olur. Kan gütme saikinin varlığı, kan davası şeklinde bir geleneğin bulunduğu, fail üzerinde böyle bir ailevi veya toplumsal baskının olduğu, failin üzerinden ilk öldürmenin meydana getirdiği hiddet ve üzüntünün etkisi geçtikten ve böyle bir zaman aralığı gerçekleşikten sonra işlenen ikinci öldürme durumunda kabul olunmalıdır. Fail ile maktûlün bağlı bulundukları topluluklar arasında bir kan davası bulunsu bile failin kapıldığı ani bir kızgınlıkla veya tahrik teşkil eden başka bir sebebin etkisi altında öldürme suçunu işlediği durumlarda kan gütme saikiyle öldürmenin varlığı kabul edilmemelidir. Yeni TCK'nın bahsedilen düzenlemesi ve gerekçesi bunu gerektirir.

Uygulamada çoğunlukla mağdurdan kaynaklı hakaret etme, tehdit etme gibi tahrik teşkil edebilecek durumlar ortaya çıktığında suç vasfının değişmesi durumu söz konusu olmakta veya önceki olayın yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisinin devam ettiği kabulü ile kan gütme saikinden ziyade haksız tahrik söz konusu olabilmektedir.

Yargıtay'ın bu konuda içtihat değiştirdiğini görüyoruz. Yüksek Mahkeme, eski tarihli içtihatlarında “*kan gütme saikiyle işlenmiş suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanmasına mani bir halin bulunmadığına*” karar vermiştir⁴³⁹.

Örneğin bir kararında “*mağdurun olaydan dört ay gibi kısa bir süre önce önemsiz bir sebeple maznunun babası Ali'yi öldürdüğü ve bununla ilgili duruşmasının devam etmekte olduğu anlaşılmıştır. Maznunun babasının öldürülmesinden dolayı gazap ve elem duyduğu aşikar bulunmuş, bu gazap ve elemin ortadan kalkması veya hafiflemesi için aradan yeterli bir zaman geçmemiş, suçun kan gütme saikiyle işlenmiş olmasına karşılık suçlunun öldürülmesinden dolayı 51. maddenin uygulanmasına da bir engel bulunmamış olduğu halde maznun hakkında 51. maddenin uygulanmamasının yolsuz olduğu*” belirtilmiştir⁴⁴⁰.

Ancak Yargıtay bu görüşünü daha sonra değiştirerek içtihatlarında; “*cezayı hafifletici bir saik varsa, kan gütme saikinin geçerliliğinin kalkacağına*⁴⁴¹”, “*kan gütme saikiyle işlenen öldürme suçunda haksız tahrik hükmünün uygulanmasının yasaya aykırı olduğuna*⁴⁴²”, “*töre ve namus saikiyle işlenen öldürme olayında haksız tahrik*

⁴³⁹ Başar, II **a.g.m.**, s. 357

⁴⁴⁰ Yargıtay 1. CD. 20.11.1959 tarih ve 1085/3318 E. K. sayılı kararı (Duran, **a.g.e.**, s. 220.)

⁴⁴¹ Yargıtay 1. CD. 21.05.2001 tarih ve 1059/2220 E.K. sayılı kararı (YKD, C. 27, Sy. 11, s. 1754)

⁴⁴² Yargıtay 1. CD. 27.12.1978 tarih ve 4119/4714 E.K. sayılı kararı.

hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayinine⁴⁴³” ilişkin kararlar vermiştir.

Yargıtay bunun nedenlerini şu gerekçelerle açıklamaktadır: Yasada tanımlanmış olmakla birlikte CGK’nın duraksamasız uygulamalarına göre failde kan gütme saikinın varlığını kabul edebilmek için evvelce taraflar arasında bir öldürme olayının var olması, ilk olay ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir sürenin geçmiş olması, bu süre içerisinde failin ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak bir görevi yerine getirme bilinciyle hareket edip adam öldürmesi” koşullarının bir arada olması gerekir. Bu nedenle kan gütme saikinın varlığını kabul edebilmek için olayda bu saikin olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak münhasıran kan gütme saikinın etkisi ile fiilin işlendiği kesin olarak saptanırsa TCK 450/10. bend uygulanmalıdır⁴⁴⁴.

Yargıtay bu ilkeler doğrultusunda verdiği kararlarında;

“Sanığın ağabeyi Mustafa’yı öldüren Çetin’i 20 yıl sonra tasarlayıp pusu kurmak suretiyle öldürdüğü olayda münhasıran kan gütme saiki düşünülemediğinden hafif tahrik etkisiyle tasarlayarak adam öldürme suçunu işlediğinin kabul edilmesi gerektiğine⁴⁴⁵”,

“Sanık öç alma bilinci ve gelenekleri sürdürme amacıyla değil, tesadüfen daha önceki olayın yarattığı gazap ve şiddetli elemin doğurduğu ağır tahrik etkisiyle ateş ettiğinden haksız tahrikten yararlanması gerektiğine⁴⁴⁶”,

“Tahliye olduktan dört ay sonra oğlunun öldürülmesinden duyduğu acı, üzüntü ve kızgınlığın yerini kan gütme saikine bıraktığını kabule yeterli bir süre olmadan, sanığın oğlunun öldürülmesi ve kendi yaralanmasının yarattığı gazap ve şedit elemi halen yaşamakta ve bunun sonucu ağır tahrik altında mağduru öldürdüğüne göre, ilk olayın elem ve infiali geçtikten sonra görev bilinciyle hareket etmediğinden haksız tahrikten yararlanması gerektiğine⁴⁴⁷” karar vermiştir⁴⁴⁸.

⁴⁴³ www.adalet.org/forum2/karar/cbekran.php?di=6064.

⁴⁴⁴ Yargıtay 1. CD. 05.03.1990 tarih ve 1-28/45 E.K. sayılı kararı (Duran a.g.e., s. 221.)

⁴⁴⁵ Yargıtay 1. CD 04.12.2006 tarih ve 5354/5382 E. K. sayılı kararı (Uyap İçtihat Sorgulama.)

⁴⁴⁶ Yargıtay CGK.nın 11.06.1996 tarih ve 1-105/130 E.K. sayılı kararı (YKD, C. 22, Sy. 11, s. 1805.)

⁴⁴⁷ Yargıtay CGK.nın 18.02.1991 tarih ve 1-1/41 E.K. sayılı kararı (YKD, C. 18, Sy. 1, s. 98.)

⁴⁴⁸ Benzer şekilde;

“Sanığın 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini 6 yaşında öksüz bırakan maktulü öldürdüğü olayda

Kan gütme saikiyle adam öldürmelerde haksız tahrik hükümleri uygulanarak indirim yapılamayacak ise de olayda kan gütmenin bulunması failin takdiri indirim nedeninden yararlanmasına engel değildir. Ne var ki bu hükmün uygulanması kan gütme saikinin nitelikli hal sayılmasıyla çelişmemelidir. Örneğin failin babasının önceden mağdurca öldürülmüş olması Y. TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına dayanak yapılamaz.

3.8. HAKSIZ TAHRİK VE TÖRE SAIKİ İLİŞKİSİ

Töre saiki ile öldürme suçu 765 sayılı TCK'da mevcut olmayıp, **yeni** bir düzenlemedir. Töre saikiyle insan öldürme suçu 5237 sayılı TCK'nın 82. maddenin (k) bendinde, kasten öldürmenin nitelikli bir hali olarak düzenlenmiş ve cezası da “ağırlaştırılmış müebbet hapis” olarak öngörülmüştür.

Buna göre; “*Kasten öldürme suçunun,..töre saikiyle...işlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Töre, bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların bütünü demektir. Diğer bir ifadeyle töre, insanların yaşama biçimlerini düzenleyen, çok uzun bir zamandan beri kökleşmiş bulunan değişmez davranış kuralları bütünüdür⁴⁴⁹. Sosyolojik anlamıyla, kuşaktan kuşağa aktarılan, toplumun veya bir topluluğun üyeleri arasında güçlü bir bağ yaratan alışkanlıklar, kültürel aktarımlar, bilgi, adet ve davranışlardır⁴⁵⁰.

aradan geçen uzun zamanın tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına göre suçun münhasıran kan saiki ile işlendiğinden söz edilemeyeceği cihetle sanığın maktulü basit tahrik altında ve taammüden öldürdüğünün kabulü suretiyle hüküm tesisi gerekirken suça kan gütme vasfının ilave edilmesi ve TCK'nın 51/1. maddesinin tatbiki lüzumunun gözetilmemesi” (Yargıtay 1. CD 09.10.2002 tarih ve 2288/3508 E. K. sayılı kararı -Meran, Yeni TCK ss. 182-183.)

“Maktulün 1991 yılında sanıkların babası Abdullah'ı kasten öldürdüğü anlaşılmakla, dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarına göre öldürenin öldürülmesi hallerinde kan gütme saikinın geçerli olmayacağı düşünülmeden, sanık M.S.nin tasarlayarak tahrik altında insan öldürmek, sanık Hüseyin'in de tahrik altında tasarlayarak insan öldürmeye yardım suçlarından mahkumiyetleri yerine suça yanlış vasıf verilerek kan gütme saikiyle insan suçlarından cezalandırılmalarına karar verilmesi” Yargıtay 1. CD'nin 29.11.2006 tarih ve 1375/5321 E.K sayılı kararı. (Uyap İtihat Sorgulama)

⁴⁴⁹ Akbaba, **a.g.m.**, s. 333.

⁴⁵⁰ Salih Zeki İskender, (2009), “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:35, Sayı:127, Ankara, s. 60.

Namus cinayeti⁴⁵¹ de denilen “töre saiki ile insan öldürme”, kız çocuklarının veya kadınların, ailenin veya bulunduğu toplumsal grubun egemen gelenek veya törelerinin belirlediği namus anlayışını ihlal ettiği, dolayısıyla aile şerefini lekelediği, aileye veya erkeğe utanç kaynağı olduğu gerekçesiyle, aile meclisinde alınan kararlar veya erkeğin kişisel kararıyla öldürülmesidir⁴⁵².

Töre cinayetlerinin temel nedenleri olarak, toplumsal bilinç ya da organik dayanışma, kadının aile içerisindeki statüsü, toplumun grup üyelerindeki rol beklentisi, grup üyelerinin seksüel tatmin aracı olarak sınırlı varlık oluşu, itaat ve yoksulluk kültürü, namus ve şerefün üstün toplumsal bir değer olarak algılanması ve toplumsal eğitim eksikliği gibi etkenler sayılmaktadır.

Töre cinayetlerinin tek nedeni bekâret olmayıp, esas itibarıyla kültür ve geleneklerin kadınlar ve kızlar için koyduğu kurallara aykırı hareket edilmesidir. Hatta kadının bu kurallara uymayacağını sadece beyan etmesi dahi kimi zaman bu tür cinayetlerin işlenmesine neden olabilmektedir. Böylece erkeklere itaat etmemenin bu tür öldürmelerin temel nedeni olduğu ifade edilmektedir⁴⁵³.

Bu tür cinayetlerin yaygın olduğu toplumlarda, “namus” daha ziyade kadın bedeni ve cinsellik odaklı olarak algılanmakta, bu algılama da töre nedeniyle işlenen cinayetlere altyapı oluşturmaktadır. Öte taraftan da kişinin çevresinin baskısı altında kalması kişiyi suç işlemeye sevk ettiği gibi, toplumsal bakış açısı da failin işlediği suçun hafife alınmasına ortam hazırlamaktadır. Namus cinayetlerinin ortak özelliklerine bakıldığında;

Kadının bir erkekle yaşadığı ailenin onaylamadığı bir ilişki veya mağduru olduğu bir cinsel saldırı, çevre ve toplum baskısı, namus veya törelerin getirdiği bir zorunluluk, ailenin veya erkeğin, kendinde kadının yaşamını belirleme ve yönetme hakkı görmesi ve bedeni üzerinde hak sahibi olduğunu düşünmesi, kadının kirlenmiş bir mal veya eşya gibi görülmesi, bu cinayetin işlenmesi ve utancın kaynağını ortadan kaldırmakla namus ve şerefün temizleneceğine olan inanç, kadının öldürülmesiyle failin,

⁴⁵¹ Kanaatimizce “töre” yerine “namus” sözcüğünün kullanılması daha isabetlidir. Zira, yukarıda da ifade edildiği gibi töre “bir toplulukta yerleşmiş görenek ve geleneklerin bütünü” gibi çok daha geniş anlamlar taşıyan ve konumuz olan “namus saikiyle işlenen cinayetleri” tam olarak ifade edemeyen bir kavramdır.

⁴⁵² Vildan Yirmibeşoğlu, (2007), **Toprağa Düşen Sevdalar**, Mega Basım, İstanbul, s. 74

⁴⁵³ Akbaba, **a.g.m.**, ss. 337-338

*toplum ve çevrede saygınlık kazanacağı düşüncesi, aile üyelerinin sosyal kurtuluşunun sağlanacağı inancı*⁴⁵⁴ gibi hususların öne çıktığı görülmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinin (k) bendinde düzenlenen töre saikiyle öldürme suçunda "saik" suçun unsuru olarak kabul edildiğinden bu suç açısından **özel kast aranmaktadır**⁴⁵⁵. Töre saiki kavramı, öldürme suçunun bir unsuru olarak ceza hukuku uygulaması açısından sosyolojik bir terim olmaktan öte hukuki bir anlam taşımasına karşın, yasada içeriği belirlenip tanımlanmamıştır⁴⁵⁶.

Saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan duygu ve düşünceler bütünüdür. Suçun unsuru olarak saike yer verilmesi, failin belirli bir saikle hareket etmesinin, o suçun benzer suçlardan ayırt edilmesinde önemli bir etmendir⁴⁵⁷.

Yargıtay'ın bu suçlara bakan 1. CD'nin,"töre saiki" kavramını tanımlayan ve benzer suçlardan ayırt edilmesinin kriterini açıkça ortaya koyan emsal oluşturacak bir kararı bulunmamaktadır. Bunda Yargıtay'ın içtihat mahkemesi işlevini yapamamasından kaynaklanan işleyişin yanında, töre saikiyle öldürmenin kanunumuza yeni girmiş bir suç olmasının ve "töre" sözcüğünün hukuksal anlamda tanımlanmasındaki zorluğun büyük bir payı vardır⁴⁵⁸.

Töre saikiyle öldürme olaylarında haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir husustur.

Yeni TCK'nın 29.maddesi "haksız bir tahrikin meydana getirdiği" formülünü kullanmıştır. Kanunun (29.maddenin) gerekçesinde de "*Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.*" şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Fakat bu gerekçe yerinde değildir. Çünkü eski düzenlemeden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Töre saikiyle insan öldürme olaylarında çoğu zaman (örneğin, mağdurun ırzına geçilmiş olma gibi) mağdurdan kaynaklanan bir haksız fiil bulunmaz. Kaldı ki kasten öldürme suçu, töre saikiyle

⁴⁵⁴ Yirmibeşoğlu, **a.g.e.**, s. 50.

⁴⁵⁵ Akbaba, **a.g.m.**, s. 342.

⁴⁵⁶ İskender, **a.g.m.**, s. 7.

⁴⁵⁷ Demirbaş, **a.g.e.**, ss. 343-344.

⁴⁵⁸ İskender, **a.g.m.**, s. 30.

işlenirse artık nitelikli insan öldürme olarak kabul edilmiştir. Aynı sebep hem haksız tahrikte indirim sebebi hem de adam öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilemeyeceğinden artık fail haksız tahrik indiriminden faydalanamayacaktır. Ancak, görev bilinci olmaksızın işlenen cinayetlerde diğer bir deyişle töre saikinden söz edilemeyen hallerde haksız fiilden meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle suç işleyen fail haksız tahrik indiriminden faydalanacaktır. Örneğin; kendisini aldatan eşini hiddete kapılarak (görev bilinci olmaksızın) öldüren fail haksız tahrik indiriminden yararlanır⁴⁵⁹. Sadakat yükümüyle bağdaşmayan hareketlerinin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen öldürme olayının töre saikiyle olduğu kabul edilemez⁴⁶⁰. (Bu konuda kan gütme saikiyle ilgili yukarıda yaptığımız açıklamalar büyük ölçüde geçerlidir.)

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesinin gerekçesinde, “*töre saikiyle öldürme suçuna ilişkin nitelikli halin uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekir*” şeklinde bir açıklama yer almaktadır. Bu açıklamadan çıkartılması gereken sonuç, “namus cinayetleri” kapsamında değerlendirilebilecek suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması tamamı ile yasaklanmamış, tam tersine, haksız tahrikin mevcut olduğu öldürme suçlarında bu nitelikli halin uygulanamayacağı söylenmek istenmiştir⁴⁶¹.

82. madde ile 29. maddenin gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, bir suç mağduruna yönelik töre cinayetlerinde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı, diğer hallerde ise uygulanmasına bir engel bulunmadığı sonucuna varılmaktadır⁴⁶².

TCK’nın töre saikiyle insan öldürmeye ilişkin **82-j** maddesinin uygulanması için öldürme eyleminin töre saiki ile gerçekleştirildiğinin ispatlamış olması gerekir. Fail ancak böyle bir durumda haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaz. Madde gerekçesindeki ifadelerle göre, ancak “haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerekmediği durumlar” töre saiki ile öldürmenin konusunu oluşturabilir. Aksi söyleyişle haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği öldürme eyleminin töre saiki olduğu kabul

⁴⁵⁹ Özbek, **a.g.e.**, s. 383.

⁴⁶⁰ Günay, **a.g.e.**, s. 76.

⁴⁶¹ İskender, **a.g.m.**, s. 36.

⁴⁶² Hakeri, **a.g.e.**, s. 247.

edilemez⁴⁶³.

Yargıtay’ın kasten insan öldürme suçlarının temyiz incelemesi ile görevli 1. Ceza Dairesi; “Kız kardeşinin eşinden (eniştesinden) hamile kalarak çocuğunu aldırarak dul bir kadının, durumun ailede öğrenilmesi üzerine kardeşleri ve eniştesinin yardımıyla babası tarafından annesiyle birlikte öldürülmesini”,

“Cezaevinde olan eşine karşı boşanma davası açarak başka bir erkekle yaşamaya başlayan yengesinin ailenin namusunu lekelediği gerekçesiyle öldürülmesini”,

“Başka erkeklerle ilişki kurarak kocasını aldattığı yolunda çıkan dedikodulara inanılan, ailesiyle birlikte yaşama isteğini geri çeviren kız kardeşin yaşam tarzının ailenin namusunu ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle öldürülmesini”,

“Ailesiyle yaşadığı konutu sıkça terk ettiği için istemediği biriyle evlendirilen, ancak evliliğin yürümemesi üzerine baba evine dönen, daha sonra da evden ayrılarak kendi başına yaşamını sürdüren, bu süreçte hamile kalan kadının aile bireylerinin kararı doğrultusunda annesi ve kız kardeşi tarafından uyurken öldürülmesini”

“İstemediği birisiyle dini nikahla evlendirilen kadının, kısa bir süre sonra evi terk ederek kaçtığı sevdiği kişi ile yakalanarak, görevlendirilen iki yakın akrabası tarafından öldürülmelerini⁴⁶⁴”, **töre saiki ile öldürme suçu olarak kabul etmiş,**

“Kocasından ayrılarak, kendi başına yaşayan ve baba evine dönmesine ilişkin isteği geri çeviren kadının erkek kardeşi tarafından öldürülmesini”,

“Yaşam tarzı nedeniyle çevrede kötü kadın olarak hakkında dedikodu yapılan kadının, bu durumu açıklaması istenildiğinde ‘başıma erkek mi kesildin’ yanıtına öfkelenen erkek kardeşi tarafından öldürülmesini”, (öfke-haksız tahrik)

“Başkalarından gebe kaldığı için evlendirildiği kişi tarafından baba evine gönderilen kızın ve başkalarıyla ilişkisi olduğundan kuşkulandığı eşin aynı anda öldürmesini” (sadakatsizlik-haksız tahrik)

“Çevrede bir market sahibi ile ilişkisi bulunduğu için, eşi tarafından önemsenmeyen dedikodulardan kaçmak amacıyla başka bir ilçeye göç hazırlığı yapan

⁴⁶³ Meran, **a.g.e.**, s. 76.

⁴⁶⁴ İskender, **a.g.m.**, ss. 31-32.

kadının kocasının kardeşi tarafından öldürülmesini”, (sadakatsizlik-haksız tahrik)

“Cep telefonuyla başka erkeklerle konuştuğu gerekçesiyle eşi tarafından babasının evine bırakılması üzerine baba evine geri gönderilme nedenini açıklaması istenilen ablanın “sen küçüksün anlamazsın” karşılığında öfkelenen erkek kardeş tarafından öldürülmesini”, (sadakatsizlik, hiddet, öfke-haksız tahrik)

*“Aile baskısına dayanamayarak evlendiği erkeğin boşanma isteği üzerine evini terk ederek birlikte yaşamaya başladığı erkeğin, kadının erkek kardeşlerince öldürülmesini”⁴⁶⁵ ise **töre saiki ile insan öldürme suçu olarak kabul etmemiştir.***

765 sayılı TCK’nın 462. maddesinde “zina veya gayri meşru cinsel ilişki esnasında adam öldürme veya müessir fiil” suçlarında mağdurların cezasını belli bir oranda indirilmesini öngören “özel bir haksız tahrik hali” bulunmaktaydı. Bu madde cezanın genel tahrik hükmüne oranla daha fazla indirilmesi nedeniyle eleştirilmekteydi. Bu maddede geçen “gayri meşru cinsel ilişki” ifadesinin hukuki bir tanımının mevcut olmaması ve belirsizliği nedeniyle kadın ve erkeğin zinasını düzenleyen hükümler, AYM kararı ile iptal edilmiştir. Daha sonra da bu hüküm, 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı Kanunun 19.07.2003 tarih ve 25173 no lu Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Zina veya hukuka aykırı cinsel ilişki nedeniyle işlenen suçlarda faillerin haksız tahrik hükmünden istifade etmesi uygulama ve öğretide kabul edilen bir durumdur.

Şartların mevcudiyeti halinde genel haksız tahrik hükmü olan 29. maddenin uygulanabileceği de dikkate alınırsa yeni TCK’da zina veya gayri meşru cinsel ilişki esnasında yakalamaya ilişkin bu “özel haksız tahrik” haline yer verilmemiş olması isabetlidir; ancak zina veya hukuka aykırı cinsel ilişki tahrik teşkil edebileceğinden, bu durumu, namus saiki ile işlenen adam öldürmeye neden olan davranışlardan ayrı tutmak gerekecektir. Cinsel ilişki hukuka aykırılık teşkil etmiyorsa bu durumda haksız tahrikin “hukuka aykırı olma” şartı da gerçekleşmemiştir ve olayda haksız tahrik indirimi uygulanamayacaktır. Örneğin, reşit bir genç kızın erkek arkadaşıyla birlikte yaşaması nedeniyle babası veya abisi tarafından ya da boşanmış bir kadının başka bir erkekle birlikte yaşaması nedeniyle eski kocası tarafından öldürülmesinde mağdurdan kaynaklanan bir “haksız tahrik” kabul edilmemektedir. Ancak evlilik birliği devam

⁴⁶⁵ İskender, **a.g.m.**, ss. 32-33.

ederken kocasını başka bir kadınla cinsel ilişki esnasında gören kadın, kapıldığı hiddetin etkisiyle kocasını öldürürse bu durumda haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir⁴⁶⁶.

Töre saiki ile adam öldürme eylemlerinde, tarafların gayri meşru ilişkisinin akrabalar açısından haksız eylem teşkil edip etmediği konusuna gelince; Gelenek ve görenek gereği ailede bir kadının gayri meşru ilişkisinin tüm aile bireyleri açısından haksız tahrik oluşturacağı, zira kadının namusundan geniş anlamda bütün ailenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Bu tarz bir örf ve adet, namus cinayetlerinin artmasına sebebiyet vermekte, kanun koyucu ve uygulayıcı da bu örf ve adeti desteklercesine böyle bir düşüncüyü kanuni indirim nedeni olarak kabul etmektedir. Belirtilen örf ve adete rağmen, Türk mevzuatında “evlilik dışı cinsel ilişki” olarak da nitelendirilebilecek gayri meşru ilişkiyi yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca Medeni Kanun eşler arasında sadakat yükümlülüğü getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında evlilik dışı ilişkinin eşler dışında diğer akrabalar açısından haksız bir fiil ve bir tahrik nedeni olarak kabul edilmemesi gerekecektir. Sadakat yükümlülüğü bulunmayan bir kimsenin cinsel ilişkisi ahlaki veya geleneksel açıdan tartışılabilirse de, yasal açıdan ailenin diğer fertleri için bir haksızlık teşkil ettiği ve haksız tahrik oluşturduğu kabul edilemeyecektir. Bu sebeple mağdurun eylemi hukuka aykırılık teşkil etmemesine rağmen fail bu eylemden dolayı hiddet ve şiddetli elem içine düşmüşse, bu durumun kanunun uygulanması bakımından göz önüne alınmaması ve haksız bir fiil olarak kabul edilmemesi gerekir⁴⁶⁷.

Yargıtay’ın 2009 tarihli iki içtihadı da bu doğrultuda olup, Yargıtay;

*“Dul ve reşit olan K ile maktulün yaşam tarzlarının sanıklara yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış bulunmadığı, töre/namus saiki ile öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeyen, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayininin...”*⁴⁶⁸ ve

“Reşit olan Gülbahar ile maktul Murat’ın yaşam tarzları sanıklara yönelik haksız tahrik oluşturmayacağı gibi, maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan

⁴⁶⁶ Aydın, a.g.e., ss. 246-247.

⁴⁶⁷ Ayşe Nuhoglu, (2004), “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:1-2, İstanbul, ss. 205-213.

⁴⁶⁸ Yargıtay 1. CD’nin 15.04.2009 tarih ve 2008/7373 E. 2009/2154 K. sayılı kararı. (Uyap İçtihat Sorgulama)

herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, **töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı** düşünülmeyen, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayininin⁴⁶⁹” bozmayı gerektirdiğine karar vermiştir.

Töre saikinden söz edebilmek ve bu maddeyi uygulayabilmek için suçun işlendiği yörenin ve ailenin yaşam koşulları ve tecrübelerine göre evlilik dışı ilişkinin ölüm cezasını gerektirdiğinin anlaşılması, öldürme eyleminin haksız bir tahrikin etkisi altında olmadan yalnızca “töre” kurallarının baskısı altında ya da bu konuda aile meclisinin ya da failin bağlı bulunduğu aile, aşiret veya topluluk tarafından alınan bir kararın sonucu olarak gerçekleştirilmiş olması, failin görev bilinci içinde hareket etmiş olması ve failin aile üyelerinden birini öldürmüş olması gerekmektedir. Fakat burada aile kavramı dar anlamda altsoy, üstsoy ve civar hısımlığını değil, geniş anlamda aileyi içermektedir.

Faillerde yaş ve cinsiyet sınırlaması da söz konusu değildir. Suçun failleri genellikle erkekler olmakla birlikte kadınlar da olabilirler. Yaşın küçük olması bir ölçüt değildir. Fakat aile meclisi kararıyla işlenen öldürme fiillerinde failer henüz reşit

⁴⁶⁹ “Sanıklar Ercan ve Burhan’ın kardeşleri olan tanık Erdal ile evli olan Gülbahar’ın olay tarihinden 6-7 ay önce maktül Murat ile kaçtığı, 2-3 ay birlikte yaşadıkları, daha sonra kocası Erdal’ın **affetmesi üzerine evine döndüğü**, ancak sanıkların, kardeşleri Erdal ile eşiyle **affetme nedeniyle konuşmadıkları** ve onları oturdukları semtten uzaklaştırdıkları, sanık Ercan’ın, maktül Murat’ın babasına semti veya şehri terk etmesini söylediği, bu talebin kabul edilmemesi üzerine, **töre gereği** kız verilmesini istediği, tekrar red edilmesi üzerine, sanıklar Ercan ve Burhan’ın, yengeleri Gülbahar’ın kaçmasını **namus meselesi** kabul ettikleri ve aralarında maktül Murat’ı gördükleri yerde vurma konusunda anlaştıkları, maktül Murat’ı aramaya başladıkları ve bu amaçla sanık Burhan üzerinde maktülün vesikalık fotoğrafını taşıdığı, olay günü sanık Ercan’ı gören maktül Murat’ın üst kata çıkmaya çalıştığı, arkasından giden sanık Ercan’ın, maktülü göğsünden vurmak suretiyle öldürdüğü olayda;

Yengeleri Gülbahar’ın maktul Murat ile kaçarak 2-3 ay birlikte yaşamasını ailenin namus ve şerefini eksiltten bir davranış olarak nitelendiren sanıkların, eylemlerini ailenin namusunu kurtarma ve töre saiki ile gerçekleştirdikleri anlaşıldığından 5237 sayılı TCK’nın 82/1-k maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek kasten adam öldürme suçundan aynı yasanın 51. maddesi ile hüküm kurulması,

Olay tarihinde evli ve reşit olan Gülbahar ile maktul Murat’ın yaşam tarzları **sanıklara yönelik haksız tahrik oluşturmayaacağı** gibi, maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeyen, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini” (Yargıtay 1.C.D. nin 08.04.2009 Tarih ve 2009/2339-1937 E.K. sy.lı kararı- Uyap İçtihat Sorgulama)

Bu kararda dikkat edilmesi gereken husus kadının eşi tarafından affedilmiş olması ve eylemi kocasının değil, erkek kardeşlerinin işlemiş olmasıdır. Söz konusu suç kadının eşi tarafından işlenseydi tarafların evli olmaları ve Medeni Kanundaki eşlerin birbirlerine yönelik sadakat yükümlülüğünün ihlali sebebiyle yukarıda belirtilen şekilde eş hakkında tahrik indirimi söz konusu olabilecekti.

olmayan aile üyeleri arasından seçilmektedir⁴⁷⁰. Yapılan bir araştırma sanılanın aksine bu suçun mağdurlarının (öldürülenlerin) kadınlardan çok, (bu kadınlarla ilişki yaşayan) erkekler olduğunu ortaya koymuştur.

Töre saikinden bahsedebilmek için olaya neden olan önceki hadise ölümle sonuçlanmalı, fail önceki suç faili ve onun mensup olduğu grup veya aileden birisini öç alma duygusuyla ve görev alma bilinciyle öldürmelidir. Diğer bir deyişle fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerinin etkisiyle ve münhasıran bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir⁴⁷¹.

Öğretide belirtilen bu görüşler Yargıtay Kararlarında da vurgulanmaktadır:

“Maktüle R’nin olaydan 8-10 yıl önce firari sanık H’nin zorla ırzına geçilmesinden mütevellit töre gereği öldürüldüğü olayda maktülden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan bir hareketin söz konusu olmadığına gözetilmemesi...” (Yargıtay 1.CD’nin 12.03.2002 tarih ve 146/766 E.K.sayılı kararı)

“Sanıkların töre saikiyle hareket ettikleri ve haklarında 5237 sayılı TCK’nın 82/1. maddesinin k bendinin uygulanması ve suçun işlenmesindeki saik nedeniyle tahrike dayalı indirimden de yararlandırılmamaları gerektiği halde tahrike dayalı indirimde hataya düşülmesi, kabul ve uygulamaya göre de maktülenin rızaya dayalı ilişkisinin babası olan sanık Dursun ve kardeşleri olan sanıklar Musa, Mehmet ve Yüksel yönünden makul bir miktarda bir indirim gerektirir tahrik teşkil edeceğinin, kız kardeşinin eşi olan Hayati yönünden ise tahrik teşkil etmeyeceğinin gözetilmemesi”⁴⁷²

Özetle ifade edecek olursak, töre saiki ile öldürme suçu Türk Ceza Kanunu’muza yeni girmiş bir düzenleme olup, “töre” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde ve uygulamada tam bir uyum söz konusu değildir. Ancak kesin olan husus, töre saiki ile öldürme suçu işlenmişse haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağıdır. Yine tartışma konusu olmayan bir başka nokta ise töre saiki ile öldürmelerde, haksız tahrik indiriminin bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla faile uygulanamayacağıdır.

⁴⁷⁰ Ece Göztepe, (2005), “Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanununun Bir Değerlendirmesi”, **TBB Dergisi**, Yıl:18, Sayı:59, Ankara, ss. 29-48.

⁴⁷¹ Günay a.g.e., s. 76.

⁴⁷² Yargıtay 1.CD’nin 25.04.2008 tarih ve 8437/3340 E.K sayılı kararı. (Uyap İçtihat sorgulama.)

3.9. TAKSİRLİ SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK

Suçlar kural olarak kasten işlenirler. Ancak istisnaen taksirle işlenen bazı fiiller de kanunda suç olarak düzenlenmektedir. TCK'nın 22/2. maddesinde **taksir**; “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir hareketin suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddeye göre taksirle işlenen fiiller kanun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

Yukarıda da değinildiği gibi taksirle işlenen suçlarda haksız tahrikin mümkün olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır. Yalnız buradaki tartışma “failin gerçekleştirdiği taksirli suçlarda” haksız tahrik indiriminin yapılıp yapılamayacağına ilişkindir. Yoksa taksirli suç mağduru olup kasıtlı suç işleyen kişinin göstereceği tepki bakımından diğer unsurları -hiddet veya şiddetli elem v.s.- varsa haksız tahrik hükümleri uygulanmaktadır.

Haksız tahrikin unsurlarından bahsederken faile yönelik haksız fiilin “hukuka aykırı” olmasının yeterli olduğunu söylemiştik. O halde haksız fiilin, taksirli bir hareketle de yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Zira taksirli bir suçta haksız bir fiil olabilir. Haksız fiilin mutlaka kasıtlı bir eylem olması gerekmemektedir. Örneğin, herhangi bir trafik kuralını ihlal ederek çocuğuna çarpan şoföre babanın hakaret etmesi yahut müessir fiilde bulunması halinde haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Yargıtay da aynı kanaattedir. “*Maktül dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre sanıklar lehine haksız tahrik hükmünün kabulü yasal düzenleme gereği olup, bu tahrik basit düzeydedir*”⁴⁷³.

Gelelim asıl tartışma konumuz olan “failin gerçekleştirdiği taksirli suçlarda” haksız tahrik indiriminin yapılıp yapılamayacağı meselesine:

Taksirli suçlarda da haksız tahrikin uygulanabileceği düşüncesinde olan yazarlara göre, haksız tahrik kurumunun taksirli suçlarda da uygulanabilmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslında haksız tahrik hükümlerinin genel esprisi, bizi taksirli suçlarda da uygulanabileceği sonucuna götürmektedir.

Aksi görüşteki yazarlar ise; fail tarafından gerçekleştirilen fiil, taksirli ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını savunmaktadırlar. Buna göre haksız

⁴⁷³ Yargıtay 1. CD 07.02.1995 tarih ve 4368/251 E.K sayılı kararı.

tahrik niteliği itibariyle taksirli suçlarla bağdaşmaz. Haksız tahrikin bir şartı da tepkinin haksız tahriki yapmış olana yönelmesidir. Bu ise ancak kasıtlı suçlarda gerçekleşebilir.

Birinci fikri savunan yazarlara göre, taksirli suçlarda da haksız tahrikin bulunabileceğinden şüphe edilemez. Haksız fiile tepki olarak işlenen suç, kasıtlı bir suç olabileceği gibi taksirli bir suç da olabilir. Zira, haksız tahrik halinde failin içinde bulunduğu psikolojik durum esas alındığı için failin gerçekleştirdiği taksirli suç bakımından da haksız tahrik hükmü uygulanabilmelidir. Tedbirsizlik, dikkatsizlik teşkil eden bir fiil, bir kimsenin haksız yere tahrik edilmiş olmasından dolayı işlenmiş olabilir. Manzini bu konuda şu örneği vermektedir: Bir demir yolu bekçisi, birkaç çocuk tarafından kızdırılmaktadır, çocuklar bekçi ile küfretmek, onu taşlamak suretiyle alay etmektedirler. Bir gün bu çocuklardan birine rastlayan bekçi hiddete kapılmış ve bu esnada geçit direğini kapamayı unutmuş ve bu yüzden bir araba tren altında kalmıştır. Böyle bir halde bekçi haksız tahrik hükmünden niçin istifade etmesin⁴⁷⁴?

“Haksız tahrikin kabulü için tepkiyi teşkil eden suçun, tahrik edene karşı işlenmesi şarttır” yolundaki kural, kasıtlı suçlar için söz konusudur. Taksirli suçlar için böyle bir kaide konulamaz. Hatta böyle bir kural kabul edilmiş olsa bile haksız yere tahrik edildiğinden dolayı taksirli bir suç işlemiş olanın suçundan zarar görenin bizzat tahrik eden kimse olması da mümkündür. Yukarıdaki örnekten yola çıkarak demiryolu bekçisine her gün bu yoldan geçen bir marşandiz katarının makinistinin her geçişinde bekçiyi kızdırmak için lüzumsuz yere düdük çaldığını ve geçerken de ayrıca ona küfür ettiğini farz edelim. Günün birinde uzaktan aynı katarın düdüğünü işiten bekçinin, aynı hakarete maruz kalacağını düşünerek kapıldığı hiddet hali içinde geçidi kapamaması ve bundan doğan kaza neticesinde marşandiz makinistinin yaralanması halinde bekçi lehine haksız tahrik hükmünün tatbik edilmemesi için hiçbir sebep düşünülemez. Taksirli suçların esasen cezası az suçlardan olduğu ve ayrıca haksız tahrikten dolayı bu cezanın indirilmesinin doğru olmayacağı iddiası da yerinde değildir. Çünkü suçların cezalarını tayin kanun koyucuya ait bir vazifedir⁴⁷⁵.

İkinci fikirde olan (taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını savunan) yazarlar ise şu açıklamalarda bulunmaktadır:

⁴⁷⁴ Erem, **a.g.m.**, s. 650.

⁴⁷⁵ Erem, **a.g.e.**, ss. 638-639.

Taksirli suçlarda haksız tahrikin kabul edilip edilmeyeceğine dair kanunda bir açıklık yoktur. Buna rağmen bu husus taksirli suçların ve haksız tahrikin mahiyetinden çıkarılabilmektedir. Haksız tahrikin unsurlarını incelerken, haksız tahrik neticesinde işlenen suçun “tahrikin reaksiyonunu teşkil etmesi” ve “tahrik edene yönelik olması” gerektiğini belirtmiştik. O halde bu şartların yerine gelmesi için failin *mutlaka kasıtlı bir şekilde hareket etmesi gerekir*. Taksirli suçlar ise tedbirsizlik, dikkatsizlik ve emirlere riayetsizlik suretiyle işlenen suçlardır. Haksız tahrik kurumu, sadece taksirle işlenen suçlarda uygulanamaz. Bu suç grubunun dışında kalan her nevi suçlar hakkında şartların mevcudiyeti halinde haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Bir insan öfkeli olduğu zaman, öfkenin meydana getirdiği hiddet veya elem yüzünden bazı hususlara riayet etmeyebilir veya bazı kurallara aykırı davranışta bulunabilir. Örneğin, müşterisinin haksız tahriki ile hiddetlenen bir taksi şoförü sinirliliği sebebiyle bazı kurallara riayet etmeyerek bir üçüncü şahsı kazaen yaralayabilir, hatta aynı şekilde otomobili bir yere çarparak tahrik eden müşterisinin yaralanmasına sebep olabilir. Bu hallerde şoför haksız tahrik hükümlerinden istifade edemez. Çünkü burada işlenen suçlar doğrudan doğruya haksız tahrikin reaksiyonunun teşkil etmez. Bu tür durumlarda haksız tahrik hükmü yerine takdiri indirim nedenlerini uygulamak gerekir⁴⁷⁶.

Nitekim Yargıtay 4.CD. 08.12.1945 tarihli bir kararında; “*Kasıtsız suçlarda tahrik bahse konu olamayacağından 59.madde yerine 51.maddenin uygulanması...*”⁴⁷⁷ diyerek, yine 1.CD. 16.05.2007-2703/3776 sayılı yeni tarihli bir kararında da; “*Maktuldeki yaraların 5237 sayılı TCK 86/2 maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2 maddesi aracılığıyla 85. maddesi uygulandığına göre, taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa eksik ceza tayini...*”⁴⁷⁸ demek suretiyle bu fikri doğrulamıştır.

Taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağı düşüncesinde olan Tutumlu da konuyla ilgili şu açıklamalarda bulunmaktadır. Taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasını savunan yazarların ileri sürdükleri gerekçeler tatmin edici olmaktan uzaktır. Önder, “Bir müşteri şoföre hakaret ettiği için gazap ve şedit elemin

⁴⁷⁶ Güreli, **a.g.m.**, s. 339.

⁴⁷⁷ Yavuz, **a.g.m.**, s. 464.

⁴⁷⁸ Uyp İçtihat Sorgulama.

etkisi ile duvara arabayı çarptıran ve küfreden müşterisinin yaralanmasına da sebebiyet veren şoförün, haksız tahrikten yararlanamaması sebebini izah imkânsızdır” demektir. Ancak örnekteki kazayı bir tepki olarak değerlendirmek mümkün değildir. Böyle bir kazada şoförün kendisi de ölebilir. Oysa haksız tahrik ile ilgili düzenlemenin konuluş amacı buhran halindeki kişinin her eylemini hafifletici yasal sebepten yararlandırmak değildir. Haksız tahrikin koşullarından biri de failin, kendisine karşı tahrik edici haksız eylemde bulunan şahsa karşı bir tepki suçu işlemesidir ki bu da kasıtlı bir eylemi zorunlu kılar. Dolayısıyla Önder’in verdiği örnek olayda haksız tahrikin iki unsuru gerçekleşmemiştir: Birincisi, fail bilinçli bir tepkide bulunmamıştır. İkincisi, tepkinin biricik hedefi tahrikte bulunan kişi değildir. Bu nedenle taksirli suçlarda failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaması gerekir⁴⁷⁹.

Günay da taksirle işlenen fiilin de haksız bir fiil olduğunu, bu sebeple bu fiile karşı verilen tepki suretiyle işlenen suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini, ancak *failin işlediği suçun kasıtlı suç olması gerektiğini* belirterek taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını savunan ikinci görüşü destek vermektedir. Ona göre çocuğuna çarpan şoförü darp eden baba hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması zorunlu iken, vaktiyle kendisine hakaret eden kişiyi müşteri olarak aracında taşıdığı sırada aracının devrilmesi sonucunda ölmesi olayında failin haksız tahrik indiriminden yararlanması mümkün değildir⁴⁸⁰.

Uygulamaya gelince; aksi yöndeki kararlarına da rastlanmakla birlikte, Yargıtay ağırlıklı olarak taksirli suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir.

Yargıtay bir kararında taksirli suçların “kasıtsız suçlar” olduğundan bunlar hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Kanaatimizce taksirli suçlarda haksız tahrikin kabul edilemeyeceğini kabul için taksirli suçların “kasıtsız suçlar olduğu” yolundaki gerekçe yeterli değildir. Her ne kadar kasıt kavramı üzerinde ceza hukukunda tam bir anlaşma bulunmasa da genellikle üzerinde hemfikir olunan tanıma göre kasıt, “kanunun suç saydığı fiili işlemek iradesidir” Kasıt irade manasına geldiğinden taksirli suçların gayri iradi suçlar sayılması imkânsızdır. Taksirli suçlarda da olayın sebebini teşkil eden fiil iradidir. Taksirli suçların diğer

⁴⁷⁹ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁸⁰ Günay **a.g.e.**, s. 64.

suçlardan farkı sadece neticenin istenmemiş olmasıdır. O halde irade ile işlenen her fiil hakkında tahrikin kabulü mümkün olabileceğinden taksirli suçlarda da tahrik kabul edilmelidir⁴⁸¹.

Yargıtay, taksirli suçlarda haksız tahriki kabul eder nitelikte yorumlanabilecek bir kararında ise: “*sanığın beyanlarında kavganın müştekinin lağım borusunu tıkamasından kaynaklandığını savunması, müştekinin de bunu doğrular nitelikteki beyanları nazara alındığında müştekinin boruyu tıkama eylemlerindeki kusur durumu da araştırılarak sonuçta sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılması*” gerektiğine karar vermiştir⁴⁸².

Aksi yöndeki bir başka kararında ise Yargıtay; “*Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasti ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir*”⁴⁸³. diyerek taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir.

Yargıtay 4. CD’nin eski bir (08.12.1945 tarihli) kararı da benzer şekilde olup kararda, “*Kasıtsız suçlarda haksız tahrik bahse konu olamaz*” denilmiştir.

Kanaatimizce haksız tahrik kurumunun taksirli suçlarda da uygulanabilmesine engel bir düzenleme bulunmadığına göre failin içinde bulunduğu psikolojik durumu esas alan ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir nitelikte bulunan bu kurumun taksirli suçlarda da uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Bu kurum failin içinde bulunduğu psikolojik durumu esas almış ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir bir madde olduğu kabul edilmiş olduğuna göre, gerek faile yönelik taksirli suçlarda gerekse failin gerçekleştirdiği taksirli suçlarda uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin, bir müşteri şoföre hakaret ettiği için hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile kaza yapan ve hakaret eden müşterisinin yaralanmasına da sebebiyet veren şoförün, haksız tahrikten yararlanamamasının sebebini izah etmek mümkün değildir⁴⁸⁴.

Ancak burada ikili bir ayrıma gidilmelidir. Taksirli bir hareket sonucunda zarar

⁴⁸¹ Erem, **a.g.m.**, s. 650.

⁴⁸² Yargıtay 3. CD. 15.11.2006 tarih ve 10326-8947 E. K. sayılı kararı (UYAP İçtihat Sorgulama.)

⁴⁸³ Yargıtay 2.CD. 22.10.1985, 7645/8347 E.K. sayılı kararı” Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, (2008), **Asliye Ceza Davaları**, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 1321.

⁴⁸⁴ Önder, **a.g.e.**, ss. 349-350.

gören kişi taksirli harekete sebebiyet veren ya da en azından kusura iştirak eden kişi olmayıp alakasız üçüncü bir kişi ise faille haksız tahrik hükümleri uygulanamamalıdır. Taksirli suçun mağduru olan kişi, tahrik eden kişi ise bu durumda fail hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulamak hakkaniyete uygun olacaktır. Öğretide verilen yukarıdaki örnekten yola çıkacak olursak, minibüs şoförü olan failin kendisine hakaret eden müşterisi ile tartışıp sinirli halde (bu durumunda etkisi ile) kaza yapmış olması halinde olayla hiç alakası olmayan yoldan geçmekte olan üçüncü bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermişse bu durumda şoförün haksız tahrik hükümlerinden yararlanmasından bahsedilemez. Ancak kaza neticesinde olaya kusuru ile iştirak eden, haksız fiiliyle faili tahrik eden müşteri yaralanmış olursa şoför açısından haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Zira burada her ne kadar kaza taksirli de olsa hakaret eden müşteriye yönelik, bilinçli bir tepki sonucu olay meydana gelmiştir.

3.10. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK

Kişi, suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice de gerçekleşmiş olabilir. Aslında fail, kastettiği neticenin dışında gerçekleşen bu daha ağır veya başka netice açısından kasten hareket etmediği halde bu neticeden de sorumlu tutulmaktadır⁴⁸⁵. İşte bu gibi durumlarda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç söz konusudur.

Suçlar genel olarak, ya kasten ya da taksirle işlenirler. Ancak ceza kanunu kast ve taksirin kombinasyonundan oluşan “karma suçlara” da yer vermiş ve bunları “netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç” olarak isimlendirmiştir⁴⁸⁶.

Eski TCK’da bu tür suçlara ilişkin özel bir maddeye yer verilmemişti. Adam öldürme suçları bakımından 452. maddede, müessir fiil suçları açısından da 458. maddede düzenlemeler mevcuttu. Objektif sorumluluk esası benimsenmiş olan bu maddelerde failin eylem ve iradesi dışında gelişen neticeden ötürü kusurlu olması aranmamış, sanığa verilecek cezadan bir miktar indirim yapılması esası benimsenmişti.

Oysa günümüz ceza hukuku, kusura dayanan sorumluluğu kabul etmekte ve bir fiilin suç tipinde öngörülenden daha ağır veya başka bir neticeye yol açtığı durumlarda,

⁴⁸⁵ Dönmezer-Erman II. **a.g.e.**, s. 252.

⁴⁸⁶ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 242.

ortaya çıkan ağır neticeler bakımından failin sorumlu tutulabilmesini en azından taksirin bulunmasına bağlamaktadır.

İşte yeni TCK'nın 23. maddesinde bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir sonuca yol açması durumunda failin bu ağır neticelerden sorumlu tutulabilmesine ilişkin şartlar gösterilmiş bulunmaktadır⁴⁸⁷. Diğer bir deyişle 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinde bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilerek, objektif sorumluluktan vazgeçilerek kusura dayalı sorumluluk sistemi benimsenmiştir⁴⁸⁸. Buna göre; *“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”*

Yeni kanunda bir fiil ile bağlantılı olarak ortaya çıkan ağır sonuçlar bakımından sırf nedensellik bağlantısının varlığı, failin sorumluluğu için yeterli görülmemiş, ortaya çıkan bu netice bakımından failin en az taksirinin bulunması aranarak, kusura dayalı sorumluluk esası benimsenmiştir⁴⁸⁹.

TCK'nın 23. maddesinin dikkate alınarak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç, bir fiilin belli bir suç tipinin oluşumu için yeterli olan neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticeye yol açması halinde belli şartlarla cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren suçlar şeklinde tamamlamak mümkündür⁴⁹⁰.

Yeni TCK'nın 23. maddesindeki bu düzenlemeye göre netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda failin sorumluluğu, bu neticeler bakımından taksirinin varlığına bağlıdır. Buna göre failin temel suç tipi bakımından kasten, ağır netice bakımından ise en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir⁴⁹¹. Amaçladığı suçu gerçekleştirmek için hareket eden kimsenin, daha ağır veya daha başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde ancak bu neticelerin yaşam tecrübelerine göre tipik ve fail için önceden görülebilir olması durumunda sorumlu tutulabilmesi söz konusu olacaktır⁴⁹². Zira, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda amaçlanan suça (temel suç tipine) eklenen ağırlaştırılmış hal mevcuttur. Dolayısıyla temel suç tipi haksız bir fiilin

⁴⁸⁷ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 242.

⁴⁸⁸ Özgenç, Gazi Şerhi, Genel Hükümler, s. 47.

⁴⁸⁹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 243.

⁴⁹⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s. 47.

⁴⁹¹ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 244.

⁴⁹² Albayrak, **a.g.e.**, s.55.

etkisinde gerçekleştirilmişken, ağır netice zaten temel suç tipini oluşturan fiilden kaynaklandığından, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda uygulanmaması için herhangi bir neden yoktur.

Özetle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda haksız tahrikin uygulanması mümkündür. Bu çeşit suçlarda aşırılığın neticeyi, bu nedenle de suçun maddi unsurunu ilgilendirmesi sebebiyle suçun kurucu unsuru ile alakası bulunmayan cezaya etki eden bir neden olan haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün olacaktır⁴⁹³. Bir başka anlatımla haksız tahrikin diğer unsurları olayda mevcut ise eylemin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olması halinde tahrik hükümlerinin uygulanmasına herhangi bir engel yoktur. Örneğin, kendisine hakaret edilmesi dolayısıyla öfkeye kapılıp tahrik edeni yaralamak kastıyla vuran ancak olaya eklenen başka bir sebeple onun ölümüne sebep olan fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir

Uygulamada Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatları da bu yöndedir⁴⁹⁴.

3.11. ZİNCİRLEME (MÜTESELSİL) SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK

Zincirleme suç, bir suç işleme kararı çerçevesinde aynı suçun aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesidir. 765 sayılı eski TCK'da (m.80), aynı suçun tek bir kararla *farklı kişilere karşı* birden fazla işlenmesi halinde de zincirleme

⁴⁹³ Erem, **a.g.m.**, s. 651.

⁴⁹⁴ Örneğin; *Maktul ve arkadaşlarının, birlikte gezen N, G, ve S'nin peşlerine takılarak arkadaşlık teklif ettikleri, ret cevabı almalarına karşın takiplerini sürdürdükleri, bu durumu gören ve kızlardan G ile S'nin memleketlisi olan sanığın maktule tokatla vurup tekme savurduğu, sanığın darbelerinden korunmak isteyen maktulün geri çekilirken yola düştüğü, bu sırada yoldan geçmekte olan bir minibüsün altında kalarak öldüğü olayda Yargıtay dairesi sanığın kızların rahatsız edildikleri inancıyla tahrike kapılarak müdahale etmesi sebebiyle olayın sebebini teşkil eden bu halin sanık lehine TCK'nın 51/1. maddesinin tatbikini gerektireceğini belirterek kararı bozmuş, yerel mahkeme ise, sanık ile kızlar arasında hemşerilik ilişkisi TCK'nın 51. maddesinin uygulanmasını gerektirmez gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir.*

Yargıtay CGK "Oluş ve sübutta özel daire ve yerel mahkeme arasında uyumsuzluk yoktur. Uyumsuzluk, olayda tahrik sebebi bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bir olayda tahrikin varlığını kabul etmek için, haksız hareketin bizzat sanık veya yakınına yönelik olması gerekmez. Üçüncü kişilere ve hatta eşya ve hayvanlara karşı yapılan haksız hareketlerde tahrik sebebi oluşturabilir. Bu açıklamalar ışığında olayımıza baktığımızda; sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızların maktul ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında şedit elem duyarak suç işlediği saptandığından lehine TCK'nın 51/1. maddesinin uygulanması gerekir." şeklindeki kararıyla kastın aşılması sonucu adam öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. (Yargıtay CGK'nın 22.05.1989 tarih ve 1-133/192 E.K. sayılı kararı.)

suçun varlığı kabul ediliyordu⁴⁹⁵. Yeni kanun ise aynı suçun ancak aynı kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç kabul etmektedir (m.43/1). Diğer taraftan maddenin son fıkrasında (m.43/3) bazı suçların zincirleme suç şeklinde işlenemeyeceği kabul edilerek zincirleme suçun uygulama alanı daraltılmıştır⁴⁹⁶.

Birden çok suç işleyen kimsenin işlediği suç sayısı kadar ceza alması ceza hukukunun temel kurallarından birisidir. Bu kuralın istisnasını ortada birden çok suç bulunmasına rağmen çeşitli nedenlerle faile tek cezanın verildiği “suçların içtimaı” adı verilen müessese oluşturmaktadır. Yeni TCK’nın 5. bölümünde “suçların içtimaı” başlığı altında 42. maddede “birleşik suç”, 43. maddede “zincirleme suç” ve 44. maddede de “fikri içtima” kuralları yer almıştır⁴⁹⁷.

Yeni TCK, 765 sayılı TCK’nın 80. maddesinde düzenlenen “müteselsil suç” kavramı yerine “zincirleme suç” terimini benimsemiştir⁴⁹⁸.

Zincirleme suç halinde aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmalıdır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı arttırılmaktadır.

Zincirleme suçun şartları; “birden çok fiilin bulunması”, “fiillerin her birinin aynı suçu oluşturması”, “aynı suçun birden çok defa aynı kişiye karşı işlenmesi” ve “bu suçların bir suç işleme kararlarının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi” şeklinde özetlenebilir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Koca-Üzülmez “765 sayılı eski TCK’da, aynı suçun tek bir kararla farklı kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde de zincirleme suçun varlığı kabul ediliyordu” demektedir (a.g.e., s. 458) esasen Yargıtay, farklı mağdurlara karşı işlenen suçlarda müteselsil suçun varlığını kabul etmiyor, mağdur sayısının suç oluşacağını belirtiyordu. Bu bakımdan yeni TCK, uygulamaya her hangi bir farklılık ve yenilik getirmiş değildir.

⁴⁹⁶ Koca-Üzülmez a.g.e., s. 458.

⁴⁹⁷ Duran a.g.e., s. 244.

⁴⁹⁸ 5237 sayılı TCK’nın “zincirleme suç” başlıklı 43. maddesi şu şekildedir:

- (1) *Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/06/2005-5377 S.K./6.mad) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*
- (2) *Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.*
- (3) *Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, ... ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.*

⁴⁹⁹ Koca-Üzülmez a.g.e., s.460 vd.

Zincirleme suçlarda haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır:

Bir görüşe göre, devamlılık gösteren suçların başlangıcında haksız tahrik düşünülse dahi, tek eylem ile devamlılık ögesi oluşmayacağından bu suçlarda haksız tahrik uygulanmaz⁵⁰⁰.

Aksi görüşe göre ise, zincirleme suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira bu suç türünde ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin uygulanması bakımından müteselsil suça dahil fiiller bağımsızlıklarını koruduklarından kanuni bir hafifletici sebep olan haksız tahrikin de burada uygulanabileceği söylenebilir. Ancak yine de bu değerlendirme somut olay göz önüne alınarak yapılmalıdır. Zira tahrik ile zaman arasındaki ters orantı sebebi ile önceleri var olan tahrikin giderek zayıflaması ihtimali vardır⁵⁰¹.

Bir başka görüşe göre ise zincirleme suçta değişik zamanlarda birden fazla suçun aynı kasıtle işlenmesi söz konusu olduğundan işlenen her suçta failin tahrik sonucu kapıldığı öfke veya elemin etkisi altında hareket edip etmediği araştırılmalıdır⁵⁰². Örneğin, kendisine küfür eden kişinin evinin camını kıran, bununla da yetinmeyip (aynı kızgınlıkla) bir saat sonra bu şahsın arabasına taş atan failin eylemi zincirleme biçimde işlenen mala zarar vermek suçunu oluşturur. Bu durumda fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Esasen “aynı neviden fikri içtima” mahiyetinde bulunan ancak TCK’nın “zincirleme suç” başlıklı 43/2. maddesinde düzenlenen⁵⁰³ **“aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda”** haksız tahrik hükümlerinin uygulanması daha kolaydır. Zira, bu durumda aynı zaman diliminde işlenen suçlar söz

⁵⁰⁰ Aktaş, **a.g.e.**, s. 128.

⁵⁰¹ Abban, **a.g.e.**, s. 117.

⁵⁰² Tutumlu **a.g.e.**, s. 245.

⁵⁰³ Bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlendiği hallerde “**aynı neviden fikri içtima**” söz konusudur. Aynı neviden fikri içtima 43. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Esasında böyle bir düzenlemenin 43. maddede değil de farklı neviden fikri içtimanın düzenlendiği 44. maddede yer alması daha isabetli olurdu. Zira aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç arasında yapısal bir benzerlik yoktur. Bu iki kurum arasındaki tek ortak yön cezaların artırılmasına ilişkin oranların aynı olmasından ibarettir. Bununla birlikte TCK’da farklı neviden fikri içtima halinde faile sadece en ağır suçtan dolayı ceza verilmesiyle yetinilmesi ve bu cezanın ayrıca artırılmaması karşısında en azından aynı neviden fikri içtimanın zincirleme suça ilişkin hükümlere tabi tutulması yerinde olmuştur. (Koca-Üzülmez, a.g.e. s. 472)

konusu olduğundan tahrikin giderek zayıflaması ihtimali olmadığı gibi tahrikin etkisinin devam edip etmediğini araştırmaya da ihtiyaç yoktur. Örneğin, haksız yere kendisini yuhalayan bir kalabalığa tek bir sözle (*hepinizin...diyerek*) hakaret eden kişi hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır. (Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi bu durumda her bir mağdur bakımından ayrı sövme suçları değil, tek bir sövme suçu oluşur. Ancak, suçun cezası 43/2. madde yollamasıyla 43/1. madde uyarınca artırılır, daha sonra da haksız tahrik indirimi yapılır.)

Zincirleme suçun varlığı halinde önce temel ceza tayin edilecek, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin bulunması durumunda TCK'nın 61/5. maddesi uyarınca temel cezada önce arttırma sonra indirme yapıp, bu ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs ve iştirak hükümleri uygulanıp peşinden TCK'nın 43. maddesi ile ceza arttırılacaktır. Akabinde de haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve şahsi indirim nedenleri uygulanacaktır⁵⁰⁴.

Netice itibariyle haksız tahrikin şartlarının oluştuğu ve suçun haksız tahrikle işlenmeye müsait suçlardan olması durumunda aynı kasıt altında irade yeteneği azalan sanığın aynı şahsa ya da birden fazla mağdura karşı işlediği (zincirleme veya aynı neviden fikri içtima mahiyetindeki) suçlarda haksız tahrik indiriminin uygulanmaması için hiçbir neden söz konusu değildir.

3.12. MÜTEMADİ (KESİNTİSİZ) SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK

Mütemadi suç, “temadi eden”, “devam eden”, “süreklilik gösteren”, “kesintisiz” suç anlamlarına gelmektedir. Doktrinde kesintisiz suç “suçta icra hareketleri bitmiş ve suç tamamlanmış olduğu halde, yasanın ihlalinin halen devam etmesi”, “fiilin ve hukuki zararın tek olması, ancak bir süre devam etmesi” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁰⁵. Mütemadi suçta, kanunun ihlalinde bir devamlılık, süreklilik söz konusudur.

Bu suçta devam etmesi gerekenin ne olduğu tartışmalıdır.

Koca-Üzülmez'e göre, netice, ancak suçun kanuni tanımında hareketten bağımsız olarak ayrıca gösterildiği takdirde bir unsur olarak hesaba katılmalıdır. Zaten,

⁵⁰⁴ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 852.

⁵⁰⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 246.

neticenin tek başına hareketten bağımsız olarak devam etmesi mümkün de değildir. Netice, hareketin bir sonucu olduğuna göre, neticenin devamı mantıken ancak hareketin sürdürülmesi ile mümkündür. Bu itibarla mütemadi suçta devam eden netice değil, esasen suçun kanuni tanımında gösterilen harekettir⁵⁰⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 109), suç işlemek için örgüt kurma suçu (TCK m. 220), uyuşturucu madde bulundurma suçu (TCK m. 191/1), girilen konuttan çıkmamak suretiyle işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 116/1) mütemadi suçlardandır⁵⁰⁷.

Yargıtay bir kararında⁵⁰⁸ yasak eşya taşıma, askerlik hizmetinden kaçma ve firar suçlarının kesintisiz suçlara örnek olarak gösterilebileceğini belirtmiştir. Yeni TCK'nın 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçu ile enerji alımında süreklilik gösteren elektrik hırsızlığı suçu da kesintisiz suçlara örnek olarak gösterilebilir.

Doktrinde kesintisiz suçlarda haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi de tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre mütemadi suçların teknik yapısı, yani eylemin devamlılık göstermesi tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir. Tahrik etkisiyle işlenen suç bir tepkiyi dile getirmektedir. Oysa mütemadi suçta bir tepkiden ziyade devam eden bir suçun işlenmesi söz konusudur⁵⁰⁹.

Bu konudaki karşı görüşe göre ise, haksız tahrikin mütemadi suçlarda kabulüne engel herhangi bir durum yoktur. Ancak temadi boyunca haksız tahrikin şartlarının varlıklarını sürdürebilmelerine pek ender olaylar da rastlanır. 51. maddenin şartlarına uygun biçimde başlayan bir mütemadi suça, şartlar ortadan kalkmasına rağmen devam edilmiş ise failin tahrikten yararlanması mümkün değildir⁵¹⁰.

Kanaatimizce mütemadi suçlarda diğer koşulların mevcudiyeti halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum yoktur. Her ne kadar temadi eden suçlarda hiddet ve elemin etkisi altında bulunma şartının çoğu zaman mevcudiyetini devam ettirmesi mümkün olmasa da, imkânsız da değildir. Ayrıca mütemadi suçlarda eylemin devamlılık göstermesi olgusu da başlı başına tahrik hükümlerinin

⁵⁰⁶ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 160.

⁵⁰⁷ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 160.

⁵⁰⁸ Yargıtay 6. CD'nin 24.09.1983 tarih ve 5935/5931 E. K. sayılı kararı (Duran, **a.g.e.**, s. 246.)

⁵⁰⁹ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 42.

⁵¹⁰ Erem-Danışman-Artuk, **a.g.e.**, s. 607.

uygulanmamasını gerektirmez. Zira hiddet veya şiddetli elemin bir anda olup bitmesi gerekmez. Haksız tahrike karşı işlenen suçun bir tepki suçu olması da mütemadi suçlarda haksız tahrikin uygulanmasına engel değildir. Örneğin; kendisine yapılan haksız bir davranış nedeniyle kendisini tahrik eden kişiyi bir odaya hapsedip özgürlüğünü kısıtlayan kimse kısıtlama süresince devam eden mütemadi (kesintisiz) nitelikte bir suç işlemiş olacaktır. Böyle bir durumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması için bir sebep mevcut değildir. Ancak temadi süresince haksız tahrikin şartları ortadan kalkmışsa ve buna rağmen suça devam edilmiş ise haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.

3.13. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK

Failin suçu tamamlamak kastıyla icraya başlamasına rağmen elinde olmayan çeşitli nedenlerle sonucu gerçekleştiremediği, amacına ulaşamadığı durumlarda suça teşebbüsten söz edilir. 765 sayılı E. TCK'nın 61. maddesinde tam teşebbüs, 62. maddesinde ise eksik teşebbüs düzenlenmekteydi. 5237 sayılı Y. TCK ile bu ayırım ortadan kaldırılmış, teşebbüs hali 35. maddede şöyle düzenlenmiştir:

Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Suçta teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

Doktrinde, haksız tahrik ve teşebbüs aşamasında kalan suçların birlikte uygulanamayacağına ilişkin her hangi bir görüş yoktur. Zaten bu iki müessesenin birlikte bulunabileceği ve uygulanabileceği konusunda bir engel veya şüphe de bulunmamaktadır.

Uygulama da bu doğrultuda olup, Yargıtay, “mağdureyi öldürmeye tam teşebbüste bulunduğu anlaşıldığından hakkında teşebbüs ile birlikte TCK'nın 51/1. maddesinin uygulanabileceğine⁵¹¹” yine “mağdurdan gelen öldürmeye eksik teşebbüs

⁵¹¹ Yargıtay CGK'nın 10.10.1995 tarih ve 229/273 E.K sayılı kararı (Duran a.g.e., s. 248.)

suçunun nedenini teşkil eden bu haksız hareketin sanık lehine TCK'nın 51/1. maddesinin uygulanmasını gerektirir adi tahriki oluşturacağına⁵¹² karar vermiştir⁵¹³.

Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları istikrarlı ve müstakar (yerleşik) vaziyettedir⁵¹⁴.

3.14. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK

Suç bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden çok kişi tarafından birlikte de işlenebilir. Bir kişi tarafından işlenebilecek bir suçu birden çok kişi birlikte işlediğinde suça iştirak söz konusudur⁵¹⁵.

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kimsenin önceden iş birliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi haline iştirak, bu suretle işlenen suçlara da iştirak halinde işlenen suçlar adı verilir⁵¹⁶

Suç kadar eski olan iştirak giderek yaygınlaşan bir suç işleme biçimidir. Gerçekten de modern hayatın artan karmaşıklığı bir araya gelmeyi sadece meşru ekonomik faaliyetler yönünden değil, suç işleme teşebbüsleri yönünden de zorunlu kılmaktadır⁵¹⁷.

Sosyal yönden önemli derecede tehlikeli olan ve toplumsal düzeni bozduğu kabul edilen fiiller “suç” olduğuna ve böyle bir davranışı gerçekleştiren herkes suç faili kabul edildiğine ve bütün iştirak edenler de bu ortak suçun gerçekleşmesine katkıda

⁵¹² Yargıtay 1. CD'nin 31.12.1984 tarih ve 421/740 E.K sayılı kararı (Duran **a.g.e.**, s. 248.)

⁵¹³ Duran **a.g.e.**, s. 248.

⁵¹⁴ “...Mağdur sanık Şükrü'nün sanık Ramazan'ı tehdit etmediği, ancak Ramazan'a müessir filde bulunan Deniz'in yanında yer alarak ve dükkâna onunla birlikte girip baskı unsuru olacak şekilde husule gelen hareketi sebebiyle bu mağdurun öldürülmeye **teşebbüs** edilmesinde tahrik hükmünün uygulanmasında isabetsizlik görülmemiştir...” (Yargıtay 1.CD 02.10.2006-1558/3987 E.K. sayılı kararı-Uyap İçtihat Sorgulama)

“...Olay günü mağdurun sanığa sürekli küfürlerde bulunduğu, olay sırasında da yine küfürde bulunup maktulle birlikte sanığı darp ettiğinin anlaşılmasına, oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmesine göre, mağdurun öldürülmeye **teşebbüs** eyleminde cezanın tahrik sebebiyle daha fazla indirim tabi tutulması gerekirken, en az miktarda indirim yapılarak sonuçta fazla ceza tayini...” (Yargıtay 1.CD 05.06.2006-193/2366 E.K. sayılı kararı-Uyap İçtihat Sorgulama)

“...Mağdurenin sanıklardan Ali'nin yeğeni Rıza'nın kız kardeşi Şerife hakkında başkaları ile ilişkide bulunduğu şeklinde dedikodu çıkarmasının, öldürmeye **teşebbüs** suçunda adi tahrik sebebi kabul edilip cezasından 51/1 madde ile indirim yapılması karşısında öldürmeye teşebbüs suçunu icra için konut dokunulmazlığını bu sebeple ihlal eden sanık Ali hakkında bu suçtan kurulan hükümde de aynı kanuni indirim sebebinin uygulanmaması...” (Yargıtay 1. CD 24.01.1994-2715/37 E.K. sayılı kararı-E.Günay **a.g.e.**, s. 155)

⁵¹⁵ İzmir, **a.g.e.**, s. 60

⁵¹⁶ Dönmezer-Erman II, **a.g.e.**, s. 446.

⁵¹⁷ İzmir, **a.g.e.**, s. 60.

bulunduklarına göre sadece bu nedenle katılanların hepsi faildir ve hepsinin cezalandırılmaları gerekir.

5237 sayılı yeni TCK ile iştirak müessesesi yeniden ele alınarak, 765 sayılı TCK'da bulunan asli iştirak - feri iştirak ayrımı kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeyle iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ve faillerin eylemleri ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak görülen iştirak statüleri ise faillik (TCK m.37), azmettirme (TCK m.38) ve yardım etmeden (TCK m.39) ibarettir⁵¹⁸.

Karşılaştırılmalı hukukta iştirak edenlerin değerlendirilmesi ve cezalandırılmasında genellikle iki yol izlenmektedir. Bunlardan 1.si iştirak biçimlerinin farklılığına göre farklı şekillerde sorumlu tutmak ve cezalandırmak, 2.si de ilke olarak eşit derecede sorumlu tutmak, ancak somut olarak her birinin gerçek sorumluluklarını değerlendirmek ve cezayı gerçekte oynadıkları role göre belirlemek⁵¹⁹.

Ceza kanunlarının büyük bir kısmı (örneğin Almanya, Belçika, Hollanda ve Portekiz Ceza kanunları gibi) farklılaştırılmış sorumluluk ilkesini kabul etmişlerdir. Klasik görüşten esinlenen 1926 tarihli TCK gibi, 5237 sayılı Y. TCK'da iştirak edenleri suçun işlenmesindeki katkılarına göre farklı ağırlıktaki cezalarla cezalandırma yoluna gitmiştir.

Nitekim TCK fiili birlikte gerçekleştirenlerin veya suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullananları fail olarak cezalandırmakta (m.37), aynı şekilde suçun işlenmesine “azmettirme” biçiminde iştirak edenleri işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağını öngörmekte (m.38), buna karşılık suçun işlenmesine “yardım etme” biçiminde iştirak edenlerin cezalarında indirim yapmaktadır⁵²⁰.

Tahriki, iştirak ve iştirak şekillerinden olan teşvik ve azmettirme ile karıştırmamak gerekir. İştirak suçun faillerinin anlaşmasını gerektirir. Azmettirme, suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsede bir suçu işleme iradesi oluşturmaktır. Teşvik de bir kimsedeki suç işleme fikrini kuvvetlendirmektir. Hâlbuki bir mazeret sebebi olan tahrik, kendisine karşı haksız bir fiil işlenmek suretiyle bir kimseyi suç işlemeye

⁵¹⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s. 63.

⁵¹⁹ İzmir **a.g.e.**, s. 61.

⁵²⁰ Toroslu **a.g.e.**, s. 122 .

yönlendirmektir⁵²¹.

Cezayı azaltıcı şahsi bir sebep olan haksız tahrik, ancak “tahrik edilenin” cezasını indiren bir sebeptir. Tahrikin esası bireysel psikolojiye dayandığından iştirak halinde işlenen suçlarda, tahrik edilen fail dışındaki suç ortaklarının yasal hafifletici nedenden yararlanmalarına olanak yoktur⁵²². Ancak tahrik kaynağı haksız eylem suç ortaklarının hepsine birden yöneltilmiş ise, örneğin mağdur tarafından faillerin (suç ortaklarının) hepsine küfür edilmişse, bu durumda mağdura karşı suç işleyen sanıklar hakkında TCK’nın 51/1 maddesi ayrı ayrı uygulanması gerekir⁵²³.

Haksız tahrik, cezadan indirim yapılmasına sebep olan kişisel ve geçici bir neden olduğundan, iştirak halinde işlenen suçlarda haksız tahrik, fail ve şeriklerin her biri ayrı ayrı tahrik edilmediği sürece sadece tahrik edilen kişi bakımından uygulanabilir, suça iştirak eden diğer kişilerin cezalarını etkilemez⁵²⁴. Zira, tahrikin hukuki esası haksız bir fiile maruz kalma sonucunda heyecan haline girme ve bu heyecanın tesiri altında kişisel olarak bir suç işlenmesidir. Örneğin haksız tahrik altında bir başkasını suça azmettiren kişi hakkında haksız tahrik hükmü uygulanabilecekken, suçu işleyen fail hakkında uygulanamaz⁵²⁵.

Yargıtay da aynı görüşte olup; “*Kardeş için kabul edilen tahrik sebebinin icapsız olarak **diğer sanıklara da teşmiliyle** cezalarından indirim yapılmasının yolsuz olduğuna⁵²⁶”, “Aynı haksız hareketin sanıklardan birisi hakkında **adi**, diğeri hakkında **ağır** tahrik kabul edilmesi ve farklı indirimler yapılmasının usule aykırı olduğuna⁵²⁷” “*Karısı Ayşe ile ilişki kurup bu ilişkisini sürdüren kardeşi Tevfik’in öldürülmesi için sanık Mustafa’yı azmettiren sanık Ali lehine oluşan ağır tahrikten kiralık katil durumundaki sanık Mustafa’nın yararlanamayacağı düşünülmeden adı geçen sanığın tahrikten yararlandırılmasının bozma sebebi olduğuna⁵²⁸”* karar vermiştir.*

⁵²¹ Ayık, **a.g.m.**, s. 103.

⁵²² Maktulün oğlu olan sanık Abdullah’a karşı olan haksız davranışları, öldürme eyleminde **kiralık katil** olarak görev alan sanık yönünden **tahrik** nedeni olarak kabul edilemez. (Yargıtay 1. CD 22.06.1999 tarih ve 1821-2860 E.K. sayılı kararı.)

⁵²³ Günay, **a.g.e.**, s. 80.

⁵²⁴ Centel, vd., **a.g.e.**, s. 451.

⁵²⁵ Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 322

⁵²⁶ Yarg. 2. CD’nin 13.01.1951 tarih ve 44/179 E.K. sayılı kararı, Duran, **a.g.e.**, s.235)

⁵²⁷ Yarg. CGK’nın 24.09.1973 tarih ve 73/1-216 E.K. sayılı kararı, Duran **a.g.e.**, s. 235)

⁵²⁸ Yargıtay 1. CD 15.12.1988 tarih ve 4349/4512 E. K. sayılı kararı, Yavuz **a.g.m.**, s. 466)

İştirak halinde adam öldürmeye ilişkin şu Yargıtay kararları da benzer yöndedir:

Olayda iştirakçilerden her biri ayrı ayrı tahrik edilmiş veya yapılan bir hareket iştirakçilerin hepsini tahrik etmişse, suç ortaklarının her biri haksız tahrik hükümlerinden yararlanır⁵²⁹. Ancak, böyle bir durumda cezanın indirilmesinin nedeni haksız fiilin bir ortaktan diğerine sirayet etmiş olması değil, ortaklar hakkında haksız tahrikin ayrı ayrı kabul edilmiş olmasındandır. Bu sebeptendir ki bir suça iştirak edenlerden biri hakkında haksız tahriki kabul, diğerleri hakkında reddeden hüküm tezat teşkil eden bir hüküm sayılamaz ve asli fail hakkında tahrikin kabulü diğerlerinin cezasının da indirilmesini icap ettirmez.

3.15. KABAHAHLERDE HAKSIZ TAHRİK

Kabahatler, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun 3. kitabında düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK'da "cürüm" "kabahat" ayrımı kaldırılmış, kabahatlerin büyük bir kısmı 5326 sayılı Kabahatler Kanununa nakledilmiş, bir kısmı da 5237 sayılı TCK'da "suç" olarak muhafaza edilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2. maddesi "kabahat deyiminden kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü, haksızlık anlaşılır" diyerek kabahatin tanımını yapmış, 7. maddesi "kabahatler icrai veya ihmali davranışla işlenebilir, ihmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığı gerekir." 9. maddesi de "kabahatler kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebilir" hükümlerine yer vermiştir⁵³⁰.

Kusurluluk açısından kabahatlerin diğer suçlardan farklı bir özellik arz etmesi

"Sanıklar Recep, Hasret ve yeğenleri Zafer yönünden varlığı benimsenen ve maktülün Hasret'e yönelttiği sarkıntılığa dayandırılan tahrikin, bu kişilerle hiçbir akrabalığı bulunmayan ve sanık Recep'in sadece arkadaşı olduğu anlaşılan fer'i fail Fikret'e sirayet ettirilmesinin haklı ve kabul edilebilir gerekçesi gösterilmeden sanık Fikret'e de haksız tahrik hükmünün tatbiki" (Yargıtay 1.CD.nin 17.11.2003 tarih ve 2082/281 E.K. sayılı kararı.-E.Günay a.g.e., s.80)

"Sanık K askerdeyken eşi Z ile ilişkiye giren maktül A'nın öldürülmesinde sanık H'nin asli, sanık K'nın fer'i fail olduğu anlaşıldığından, her iki sanık için olayın öldürme sebebi maktül A'nın sanık K'nın resmi eşi, sanık H'nin de yengesini olan Z ile rızai ilişkiye girmesi olduğundan, her iki sanık lehine de ağır tahrik oluşturduğunun kabulü ile sanık K'nın TCK'nın 450/4, 65/3, 51/2, (fer'i fail olarak tahrik altında taammüden adam öldürme), sanık H'nin de 450/4 ve 51/2. (asli fail olarak tahrik altında taammüden adam öldürme) maddeleri uygulanarak cezalandırılmaları gerekir" (Yargıtay 1. CD 23/06/1997 tarih ve 1523/2433 E.K sayılı kararı, Günay, s.81)

⁵²⁹ Çam, a.g.e., s. 95.

⁵³⁰ Duran a.g.e., s. 250.

söz konusu değildir. Suç teşkil eden fiilin sübjektif şartları için söylenenler, cürümler için olduğu gibi kabahatler hakkında da geçerlidir. Fakat cürümlerde kanun ilke olarak failin kasten hareket etmesini aradığı halde kabahatler açısından failin taksirle hareket etmiş olmasını yeterli saymaktadır. Yani kanun kabahatlerde failin ilke olarak kasten hareket etmesini aramamıştır.

Kanun taksirle işlenen fiillerde kanunun açıkça belirttiği hallerde fiilin cezalandırılmasını öngörmüşken, kabahatler açısından ise “kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir” diyerek kabahatlerde failin taksirle hareket etmiş olması halinde de sorumluluğu cihetine gidilebileceğini belirtmiştir⁵³¹. Yani, kast cürümlerde kural iken, kabahatlerde istisnaen aranmaktadır.

Kabahat türündeki suçlarda kasıt unsurunun kanıtlanmasının önem taşımaması, bir başka ifade ile kanunun öngördüğü tipiklikte bir eylemin varlığının yeterli sayılması, bu suçlarda TCK’nın haksız tahrik ile ilgili maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun tartışılmasına yol açmıştır.

Kabahatlerle haksız tahrikin bir arada bulunabileceğini savunan yazarlara göre kabahatlerde kastın ispatlanması şart sayılamazsa da şüphesiz kabahatlerde haksız tahrike yer vermemeye imkan yoktur. Çünkü kabahatlerde kastın var olup olmaması değil, kastın ispatına lüzum olup olmadığı söz konusu olup, kastın ispat edilememesi durumunda da suçlu cezalandırılabilir⁵³².

Yargıtay’ın “kabahatlerde kastın vücudu şart değildir⁵³³” yolundaki içtihadı, “kabahat nevinden suçların mutlak surette gayri kasti bir suç teşkil edeceği iddiası ceza kanununun kastla ilgili maddesinin sarahatinden anlaşılabileceği üzere, varit değildir⁵³⁴” biçiminde değişmiş bulunmaktadır. Sonraki içtihat kanuna daha uygundur. Çünkü kabahatlerde kastın bulunup bulunmaması değil, kastın ispatına lüzum olup olmadığı söz konusudur. Kanunundaki düzenlemenin amacı kabahatlerde kastın ispat edilmemiş olduğu hallerde de suçlunun cezalandırılabilmesini ifade etmektir.

Kanun, kabahat suçlarında suçlunun aleyhine ve ispatla mükellef olanın lehine olmak üzere bir kast karinesi koymuş ise de bu karinenin aksinin ispatı mümkündür.

⁵³¹ İçel, **a.g.e.**, s. 294.

⁵³² Tutumlu, **a.g.e.**, s. 39.

⁵³³ Yargıtay 2. CD’nin 28.03.1929 tarih ve 1976 K. sy.lı kararı.

⁵³⁴ Yargıtay 2. CD’nin 11.09.1943 tarih ve 6406/63255 E.K. sy.lı kararı.

Kabahatten yargılanan, kastın mevcut olmadığını ispat etme hakkına sahiptir⁵³⁵. Bu açıklama göz önüne tutulacak olursa, kabahatlerde de haksız tahrikin kabul edilebileceği kolaylıkla anlaşılabılır. Örneğin kabahatler kanununun 36. maddesindeki gürültü yapma eylemi gürültü yapana karşı işlenmiş olduğu takdirde bu yüzden çevrenin rahatsız edilmesinden dolayı verilecek cezada bu indirim uygulanabilir⁵³⁶.

Kabahatlerle haksız tahrikin birlikte uygulanamayacağını savunan yazarlara göre ise, taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olan nedenler kabahatler için de geçerlidir. Haksız tahrik kurumunun en önemli unsurlarından biri olan bilinçli tepki koşulunun kabahatlerde gerçekleşmesi zordur. Yine tepkinin, tahrik eden şahsa yöneltilmesi koşulu için de aynı zorluk mevzu bahistir. Bu nedenle Yargıtay'ın saldırgan sarhoşluk suçunda benimsediği mantık doğrudur. Çünkü, saldırganlık tahrik nedeni ile meydana gelmişse sarhoşluktan söz edilemez, saldırganlık sarhoşluktan kaynaklanmışsa bu kez failin öfke veya elem duygusuyla hareket ettiği ileri sürülemez. Yine bir başka kabahat türü olan dilencilik eylemi de haksız tahrike elverişli değildir⁵³⁷.

Uygulamada Yargıtay'ın saldırgan sarhoşlukla ilgili verdiği bir kararında kabahatlerde tahrik kuralının uygulanamayacağı görüşünü benimsemiş olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay kararına göre “saldırgan sarhoşluk suçunda tahrikin varlığının kabulü, tecavüzi hareketin sarhoşluktan kaynaklanmadığı sonucunu doğurduğu için sarhoşluk suçunun oluşmayacağı, olayın sarhoşluk saikiyle meydana geldiğinin kabulü halinde ise TCK'nın 51/1. maddesinin uygulama yerinin bulunmadığı gözetilmeden TCK'nın 572/1 ve 51/1. maddeleriyle hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir⁵³⁸”.

Kanaatimizce kural olarak kabahatlerde haksız tahrik hükümleri uygulanamazken niteliği gereği elverişli olan bazı kabahatlerde uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Örneğin dilencilik, kumar oynama, sarhoşluk, tütün mamullerinin tüketilmesi, çevreyi kirletme, afiş asma, silah taşıma gibi kabahatler niteliği gereği haksız tahrik uygulanmasına elverişli olmadığı halde, emre aykırı davranış, gürültü yapma, kimliği bildirmeme gibi bazı kabahatlerde olayın niteliğine göre haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olabilir.

⁵³⁵ Erem, **a.g.m.**, s. 651.

⁵³⁶ Duran **a.g.e.**, s. 251.

⁵³⁷ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 39.

⁵³⁸ Yargıtay 4.CD'nin, 13.11.1981 tarih ve 6724/6981 E.K. sy.lı kararı. (Tutumlu, **a.g.e.**, s. 39.)

3.16. HAKSIZ TAHRİKİN TAZMİNAT DAVALARINDAKİ ETKİSİ

Ceza yargılaması sonucunda fail hakkında kurulan hükümde fail lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmış olması, tazminat istemine engel değildir. Mağdur veya maktulün mirasçıları hukuk mahkemelerinde tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilirler. Ancak olaydaki haksız tahrik, tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olur⁵³⁹. Zira;

Borçlar kanununun 43/1. maddesi “hâkimin **hal ve mevki icabına ve hatanın ağırlığına göre** tazminatın suretini ve derecesini tayin edeceği”ni, 44/1. maddesi “mağdurun **müterafik** (birlikte) **kusurunun** bulunması ve zararın doğmasına veya artmasına yardımcı olan davranışlarının bulunması halinde tazminat miktarını tenkis edebileceğini”, 47. maddesi de, “hâkimin cismani zarara düşer olan kimseye, yahut ölünün ailesine **adalete muvafık** bir tazminat ödenmesine karar verebileceğini” belirtmektedir.

Yargıtay da yerleşmiş uygulamalarında; “haksız tahrikin birlikte (müterafik) kusur sayılacağına ve tazminattan indirimi gerektirdiğine⁵⁴⁰”, “Ceza Mahkemesince kabul edilen haksız tahrikin hukuk mahkemesince BK’nin 44. maddesi anlamında maddi tazminattan indirimi gerektiren birlikte kusur olduğuna⁵⁴¹”, “Ceza davasında tahrikin varlığının kabul edilmiş olmasının manevi tazminat yönünden de indirim sebebi olduğuna⁵⁴²”, “Hukuk mahkemesi hâkiminin ceza mahkemesindeki kusur oranları ile bağlı olmadığına, ancak ceza mahkemesince kusurluluğun varlığı kabul edilmiş ise hukuk hâkiminin kusursuzluğa karar veremeyeceğine⁵⁴³” karar vermiştir⁵⁴⁴.

Mağdurun ağır tahrikinin (ortak kusurunun) failin kusurunu (eylemini) izale edecek yoğunlukta olması halinde manevi tazminata hükmetmeye gerek yoktur. Bunun haricindeki durumlarda kusur nispetince indirim yapılarak manevi tazminata hükmetmek gerekir⁵⁴⁵.

Belirtilen ilkeler, Yargıtay kararlarında da süreklilik göstermektedir. Şöyle ki:

⁵³⁹ Günay **a.g.e.**, s. 96.

⁵⁴⁰ Yargıtay 4. HD’nin 22.02.1989 tarih ve 9373/1629 E.K. sy.lı kararı.

⁵⁴¹ Yargıtay 4. HD’nin 28.01.1988 tarih ve 7956/917 E.K. sy.lı kararı.

⁵⁴² Yargıtay 4. HD’nin 15.06.1989 tarih ve 2317/5424 E.K. sy.lı kararı.

⁵⁴³ Yargıtay 10. HD’nin 12.10.1984 tarih ve 4513/4678 E.K. sy.lı kararı.

⁵⁴⁴ Duran **a.g.e.**, s. 279.

⁵⁴⁵ Günay, **a.g.e.**, s. 97.

“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 gideri belirlenirken de tahrik unsuru gözetilerek indirim yapılması gerekir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan hazırlanmış bilirkişi raporunda gösterilen tedavi giderlerinin tamamı verilmek suretiyle fazla maddi tazminata hükmedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 4. HD.nin 14.02.2005 tarih ve 7577/1172 E. K. sayılı kararı)

“Davacının haksız tahrikte bulunduğu anlaşılması manevi tazminat talebinin reddini gerektirmez. Olsa olsa, müterafik kusur nedeniyle istenilen miktardan matematiksel olmamak üzere indirimi gerektirir. Şu durumda somut olayın özelliğine göre uygun bir manevi tazminata hükmetmek gerekirken talebin tümünden reddi usul ve yasaya uygun görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 4. HD.nin 04.04.2002 tarih ve 12815/4209 E. K. sayılı kararı)⁵⁴⁶.

HAKSIZ TAHRİKİN SONUÇLARI

Failin kişiliğinin dikkate alındığı modern ceza hukukunda failin suç işlemesine neden olan psikolojik durumunun da suça etki eden bir neden olduğu kabul edilmiştir. Zira, toplum içerisinde yaşayan ve diğer insanlarla sürekli etkileşim içerisinde bulunan, aynı zamanda psikolojik bir yönü de olan insanı, dış etkenlerin tesirinde kalmayan ve bu nedenlerden hiç etkilenmeyen bir varlık olarak kabul etmek, manevi ve psikolojik yönünü tamamen inkar etmek anlamına gelecekti.

Suçun işlenmesinde etkili olan bu gibi durumların verilecek cezanın belirlenmesinde önemli rol oynaması çağdaş adalet anlayışının bir gereğidir. İşte kanun

⁵⁴⁶ Yargıtay HGK.nın şu kararı da benzer doğrultudadır: **“Hâkim, tahrik şeklindeki ortak kusurun BK.nın 49. maddesindeki ağır kusurun oluşmasına ya da illiyet bağıını kesmesine neden olduğunun tespit edilmesi halinde davanın reddine karar verecek, ancak tahrikin (birlikte kusurun) ağır kusurun oluşmasını önlemediği, vehameti bertaraf etmediği sonucuna varması halinde ise BK 43 ve 44. madde hükümlerini uygulamak suretiyle manevi tazminata hükmedecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, bu konudaki değerlendirme ve takdir hatası her zaman Yargıtay’ca denetlenebilecektir. Bu itibarla özel dairenin hafif de olsa her türlü tahrikin (ortak kusurun) manevi tazminat talebini engelleyeceği yolundaki bozma nedeni genel kurulun çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir”**. (Yargıtay HGK.nın 09.02.1983 tarih ve 4-1871/121 E. K. sayılı kararı) Özel dairenin hafif de olsa her türlü tahrikin (ortak kusurun) manevi tazminat talebini engelleyeceği yolundaki görüşüne katılma imkanı yoktur.

insan psikolojisindeki ruhsal karmaşa ve dalgalanmaları doğal karşılamış ve bu psikolojik durumun etkisinde kalarak suç işleyen kişiye verilecek cezada belirli oranlarda indirim yapılmasını öngörmüştür.

5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu cezayı azaltan bir sebeptir. Bu kurumun kanunda yer almış olması nedeniyle haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kişinin cezası kanunda öngörülen miktarda indirilecektir⁵⁴⁷.

Haksız tahrik kişisel, sübjektif, genel ve kanuni bir indirim nedenidir. **Kişisel** olması haksız tahrikin varlığı halinde, sadece tahrik altında kalıp tepki suçunu işleyen kişinin tahrik hükmünden yararlanması, bunun fiile bağlı değil, şahsa bağlı bir indirim nedeni olması, **sübjektif** olması, suçun manevi unsuruna (kusurluluğa) etki etmesi, **genel** olması her fail hakkında ve kural olarak her suçta uygulanabilmesi, **kanuni** olması ise olayda varlığının hâkim tarafından talep olmasa dahi resen araştırılması ve koşulları olduğu takdirde uygulanmasının hâkimin takdirine bırakılmamış olması demektir.

Bir olayda mağdurdan kaynaklanan haksız hareketler varsa ve bu haksız hareketler failin hiddet veya şiddetli eleme kapılmasına neden olmuşsa, bu psikolojik durumun etkisiyle mağdura yönelik tepki suçu işleyen failin cezasının tahrikin ağırlığına göre bir miktar indirilmesi kabul edilmiştir⁵⁴⁸.

Unutulmamalıdır ki; haksız tahrik kurumunun kabul edilme sebebi, **her olayda** failin cezasını bir miktar indirebilmek değildir. Bu sebeple haksız tahrik uygulamasında gerekli tüm şartların olayda bulunup bulunmadığı **araştırılmalıdır**. Türk Ceza Kanunu tahrikin ancak haksız hareketlere tepki olması durumunda kabul edildiğini vurgulamak için tahrik fiilinin “**haksız bir fiil**” olması şartını getirmiştir.

Haksız tahrik halinde yapılacak indirim miktarı ve oranları da aynı madde içerisinde (29. madde) düzenlenmiştir. Buna göre; “Haksız tahrik 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 hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

İndirim oranının belirlenmesinde, failin kişisel durumu, yaşadığı sosyal çevre,

⁵⁴⁷ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁴⁸ Aydın, **a.g.e.**, s. 249.

olayın oluş şekli, haksız fiilin niteliği, failde meydana getirdiği ruhsal durum ile tahrik eden ve failin davranışları göz önüne alınmalıdır⁵⁴⁹.

Kanunumuz ne gibi hallerin haksız tahrik sayılacağını göstermediğinden bir eylemin haksız tahrik oluşturup oluşturmadığının takdiri yargılamayı yapan hâkime aittir. Zaten bir olayda tahrikin olup olmadığı hukuki değil maddi bir meseledir⁵⁵⁰.

Haksız tahrikin yoğunluğu ve tahrikin ulaştığı boyut, yapılacak indirim miktarını etkiler. Tahrikin sanığın psikolojik durumu üzerinde şiddetli bir üzüntü ve büyük bir öfke ile sarsıntıya yol açtığı, haksız fiilin niteliği ve işleniş biçimi itibarıyla önemli boyutlara ulaştığı hallerde, indirim oranının üst hadlerden olması gerekir⁵⁵¹.

765 sayılı TCK’da hafif tahrik ve ağır tahrik şeklinde bir ayrıma yer verilmekte ve hafif ve ağır tahrik hallerinde yapılacak indirim oranları ayrı ayrı gösterilmektedir. Buna göre, hâkim önce tahrik eyleminin hafif mi ağır mı olduğunu belirlemekte, sonra indirim oranını uygulamaktaydı. Ayrıca Yargıtay içtihatları ile hangi halde hafif, hangi halde ağır tahrik kabul edileceği olaylara dayalı olarak ortaya konulmuştu. Yeni kanunumuz hafif tahrik-ağır tahrik ayrımını kabul etmemiştir. Tahrikin hafifliğini veya ağırlığını yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde hâkim takdir edecektir⁵⁵².

Yeni yasada hafif tahrik-ağır tahrik ayrımı ortadan kaldırıldığı gibi indirim oranlarındaki alt ve üst sınır makası daha çok açılmış ve hâkime daha çok takdir hakkı tanınmıştır⁵⁵³.

Eski TCK’daki düzenlemede basit tahrikte 1/4, ağır tahrikte 2/3 oranında indirim yapılması öngörülmüyordu. Yeni TCK düzenlemesinde ise 1/4 ile 3/4 oranları kabul edilmiştir. Üst sınırdan indirim yapılması halinde yeni düzenlemenin daha lehe (sanık lehine) olduğu anlaşılmaktadır.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezalarında da yeni TCK’nın lehe olduğu söylenmelidir. Zira, eski TCK’ya göre “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis cezasına” hükmedilecekken, yeni TCK’ya göre “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla kadar”

⁵⁴⁹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁵⁰ Erem, **a.g.e.**, s. 639.

⁵⁵¹ Centel vd., **a.g.e.**, s. 452.

⁵⁵² Koca-Üzülmez **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁵³ Centel, vd., **a.g.e.**, ss. 452-453.

hapis cezası verilecektir.

Yine eski TCK'ya göre “müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ağır hapis cezası” vermek gerekirken, yeni TCK'ya göre “müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası”na hükmedilecektir.

Yeni TCK'da indirim oranlarının artırılması ile “haksız tahrik” kurumunun daha da önem kazandığı söylenebilir.

Birden fazla failin bulunduğu olaylarda, hangi sanık haksız tahrike uğramış ise o sanık tahrik hükümlerinden faydalanır, diğerleri faydalanamaz⁵⁵⁴. Haksız tahrikten bir defa yararlanan kişi, aynı kişiye yönelik olarak ikinci kez haksız tahrikten yararlanamaz. Aynı fiilden dolayı aynı şahsa karşı fail ancak bir kez haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir. Aynı fiilden dolayı bir kaç kez tahrike kapıldığı iddiasıyla mağdura birkaç kez yönelen faile her defasında önceki tahrik eylemi nedeniyle haksız tahrik indirimi uygulanmaz.

TCK'nın 29.maddesi tatbik edilirken önce TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel ceza tayin edilecek, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin bulunması durumunda TCK'nın 61/5. maddesi uyarınca temel cezada önce arttırma sonra indirme yapıp, bu ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak ve zincirleme suç hükümleri uygulanacak, daha sonra haksız tahrikin ağırlığına, yani haksız tahrikin kusurluluğa etkisine göre⁵⁵⁵ TCK'nın 29. maddesi ile dörtte birden dörtte üçe kadar indirim indirim yapılacaktır⁵⁵⁶, sonra da varsa yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir.

⁵⁵⁴ Yavuz, **a.g.m.**, s. 453.

⁵⁵⁵ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 594

⁵⁵⁶ Ancak bu durumda haksız tahrikin ağırlığı çifte değerlendirme yasağı nedeniyle m.61/1'e göre ceza belirlenirken temel ceza belirlenirken dikkate alınmayacaktır. (Koca-Üzülmez, **a.g.e.** s. 595)

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

4.1. MÜLGA TCK'DA YER ALAN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

Bazı ceza kanunlarında, haksız tahrik bütün suçları kapsayacak şekilde genel bir hükümde düzenlendikten sonra daha ağır veya özel şiddette olan değişik tahrik durumları için “özel tahrik halleri” denilen indirim maddeleri de düzenlenmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 51. maddesinde haksız tahrik genel bir indirim maddesi olarak düzenlenmiş, bunun yanında başka bazı suçlara ilişkin özel tahrik hallerine de yer verilmiştir⁵⁵⁷.

Bunlar; “memurun yetki sınırını aşarak veya keyfi hareketlerle kendisine yönelik mukavemete sebebiyet vermesi halinde failin cezasının indirimine ilişkin” 258/4. madde, “memurun keyfi hareketiyle kendisine yönelik müessir fiile neden olması halinde failin cezasından yapılacak indirimine ilişkin” 272. madde, “zina halinde yakalanana öldürmeye veya müessir fiilde bulunmaya ilişkin” 462. madde ve “karşılıklı hakarete ilişkin” 485. maddelerdir.

Bu maddeler 51. maddedeki genel hükmü sınırlandırıyor, özel tahrik hali varsa bu özel maddeler uygulanıyor, aynı indirim nedenine dayanarak genel indirim maddesiyle ikinci kez indirim yapılamıyordu.

Özel haksız tahrik hallerine ilişkin konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından, yürürlükten kalkmış olan 765 sayılı TCK’daki özel tahrik hallerine kısaca değindikten sonra, 5237 sayılı Y. TCK’daki durum ele alınacaktır.

4.1.1. 765 Sayılı TCK’nın 258/4. Maddesinde Yer Alan Düzenleme;

Bu düzenleme memura mukavemet suçunda memurun haksız tahriki (yetkisini aşması veya keyfi hareketlerde bulunması) sebebiyle cezasının indirimine ilişkin olup, *“Eğer memur haiz olduğu salâhiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir”* şeklindedir.

Bu maddenin uygulanabilmesi için TCK’nın 279. maddesi anlamında bir memurun bulunması, bu memurun yetki sınırını aşması veya keyfi davranması, bu davranışın failin şahsına, yakınlarına, akrabalarına veya 3. bir şahsa yönelmesi ve bu sebeple failin gazap veya şiddetli elemin etkisiyle, cebir veya tehdit ile memura

⁵⁵⁷ Duran, a.g.e., s. 254.

mukavemette bulunması ve failin, memurun keyfi muamele ya da yetki sınırını aşması haksızlığına karşı gösterilen tepki fiilinde bir oran bulunması gerekir⁵⁵⁸.

5237 sayılı TCK'nın 265. maddesinde, eski TCK'daki 258. maddenin karşılığı niteliğinde bir düzenlemeye yer verilmesine rağmen, bu suçun, memurun memuriyet sınırlarını aşması ya da keyfi hareketlerde bulunması nedeniyle işlenmesi halinde indirime, yani özel haksız tahrik haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple bu tür durumlarda genel haksız tahrike ilişkin 29. madde uygulanacaktır.

4.1.2. 765 Sayılı TCK'nın 272. Maddesinde Yer Alan Düzenleme;

“Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir.” şeklindeki bu madde, bir memurun memuriyet hududunu aşması veya keyfi hareketlerde bulunması hallerinde uygulama alanı bulan özel tahrik halleri idi.

Bu maddenin uygulanabilmesi için görevli bir memurun bulunması, bu memurun yetki sınırını aşması veya keyfi davranması, failin yakınlarına, akrabalarına veya üçüncü bir kişiye yönelen bu haksız davranışın failde gazap veya şiddetli eleme yol açması, bu sebeple failin TCK'nın 266 (memura görev sebebiyle hakaret veya sövme), 267 (memura görev sırasında hakaret veya sövme) , 268 (hâkime sövme veya hakaret), 269 (şiddet veya tehdit kullanarak sövme veya hakaret) veya 271 (memura karşı müessir fiil) maddelerinde yazılı olan suçlardan birini işlemesi gerekmektedir⁵⁵⁹.

Yeni TCK, eski kanunun 266, 267, 268, 269 ve 271. maddelerinde düzenlenen suçlardan bazılarını, o suçlara ilişkin genel kapsamlı maddeler içinde yer alan özel fıkralarda düzenlemiştir. (Örneğin E. TCK'nın 266, 267, 268 ve 269. maddelerine karşılık olarak 125/3-a maddesi, 271. maddesine karşılık olarak da 86/3-c maddesi

⁵⁵⁸ Duran, a.g.e., s. 256.

⁵⁵⁹ **Yargıtay Kararlarından örnek verecek olursak;** Köy muhtarının yetkisi bulunmadığı halde sanıkların elektriklerini kesmesi; Bölgede avlanmayı yasaklayan bir karar olmadığı halde muhtarın avlanmaya gelen sanıklara mani olmak istemesi; Sanığı halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak bir hareketi bulunmadığı halde bekçi marifetiyle karakola celp edilip alkol muayenesi yapılması; İlçe belediyesinde su işleriyle görevli olan sanığı polislerin karakol önündeki kesik suyu açmaya zorlamak için karakola götürmek istemeleri şeklindeki eylemler memurların görev ve yetki sınırını aşması ve keyfi hareket etmesi olarak kabul edilmiştir.

düzenlenmiştir.) Bu tür durumlarda ilgili özel fıkralar uygulanacaktır. 5237 sayılı TCK'da E. TCK'nın 272. maddesine karşılık gelen bir özel tahrik haline yer verilmediği için genel haksız tahrik hükmü olan 29. madde uygulanacaktır.

4.1.3. 765 Sayılı TCK'nın 462. Maddesinde Yer Alan Düzenleme;

Bu maddeye göre; karı koca veya üstsoydan biri veya erkek yahut kız kardeşten biri tarafından, bir koca veya karı, yahut kız kardeş veya altsoydan biri, başkası ile zina işlemek üzere veya zinayı icra halinde veya henüz işlemiş vaziyette görülmesi üzerine bu kimse veya ortağı veya her ikisi aleyhinde öldürme veya yaralama fiili işlenmesi halinde, failin cezası indirilmekteydi⁵⁶⁰.

Zina suçu yürürlükten kaldırılmadan önce 765 sayılı TCK'nın 440 ve 441. maddelerde kadının zinası ve kocanın zinası ayrı ayrı düzenlenmişti. Bu maddelerden kadının zinasına ilişkin 440. madde 1996 yılında, erkeğin zinasına ilişkin 441. madde ise 1998 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Gayri meşru cinsel ilişki halinde yakalanan kişiyi dövme veya öldürme halinde failin cezasında indirim öngören 462. madde, uzun yıllar eleştirilmiş, birçok değişikliğe uğramış, TCK'nın 440 ve 441. maddelerinin iptaline rağmen bir süre yürürlükte kaldıktan sonra 15.7.2003 tarih ve 4928 sayılı kanunun 19/a maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

TCK'nın 462. maddesinin ayrı bir suç tipi mi yoksa adam öldürme ve müessir fiilin hafifletici nedeni mi yani bu suçlara mahsus özel bir tahrik hali mi olduğu doktrinde ve uygulamada öteden beri tartışılmış ve genellikle hafifletici bir neden olduğu sonucuna varılmıştır⁵⁶¹.

Bu maddenin uygulanabilmesi için zina veya gayrimeşru cinsel ilişkide bulunurken suçüstü yakalanma veya bu tür ilişkide bulunmak üzereyken ya da henüz yapıldığının şüphe edilmeyecek şekilde belli olması, suçun koca veya karı yahut kız kardeş veya fürudan biri yahut bunların müşterek failine, bir veya ikisine karşı karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenilmiş olması, gazap

⁵⁶⁰ Ayık, **a.g.m.**, s. 105.

⁵⁶¹ Duran **a.g.e.**, s. 265.

veya şiddetli eylem içindeki failin zina veya gayrimeşru cinsel ilişki sırasında yakaladığı kişilere karşı kasten adam öldürme veya müessir fiil suçlarından birini işlemesi gerekmektedir⁵⁶².

Yargıtay da belirtilen bu koşullara uygun biçimde “anasıyla zina yaparken suçüstü yakalanan müşterek fail madde kapsamındaki kişilerden olmadığına göre TCK’nın 62. maddesinin olayımızda uygulama yeri yoktur⁵⁶³”, “Kayınpederin 462. maddede gösterilen akrabalarından birisi olmadığı gözetilmeden indirim yapılması kanuna aykırıdır⁵⁶⁴”, “Annenin zinasında TCK’nın 462. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır⁵⁶⁵” şeklinde kararlar vermiştir.

4.1.4. 765 Sayılı TCK’nın 485. Maddesinde Yer Alan Düzenleme;

E.TCK’daki özel haksız tahrik hallerinden biri de hakaret ve sövme suçlarına ilişkin olarak 485. madde de düzenlenmişti. Maddeye göre;

“Kendisine tecavüz olunun şahıs 480 ve 482. maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır.

Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirlerini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı ıskat edebilir.

Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, maddenin üç ayrı fıkrasında üç özel tahrik nedeni düzenlenmiştir. 1. fıkrada mağdurun kendi haksız hareketi ile hakaret veya sövme suçuna sebep olması, ikinci fıkrada karşılıklı hakaret, üçüncü fıkrada da şiddet kullanılmasından dolayı mağdurun hakareti düzenlenmiştir⁵⁶⁶.

⁵⁶² Duran a.g.e., s. 268.

⁵⁶³ Yargıtay CGK’nın 16.11.1987 tarih ve 9-355/557 E.K sayılı kararı.

⁵⁶⁴ Yargıtay 4 CD’nin 16.04.1953 tarih ve 53/3095 E.K sayılı kararı.

⁵⁶⁵ Yargıtay CGK’nın 22.12.1986 tarih ve 1-429/611 E.K sayılı kararı.

⁵⁶⁶ Duran, a.g.e., s. 269.

4.1.4.1. Mağdurun Haksız Eyleminden Kaynaklanan Hakaret Veya Sövme

(TCK 485/1):

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen bu özel tahrik halinde, mağdurun hakaret veya sövme cürümlerine kendi haksız hareketiyle sebep olması durumunda failin cezasından indirim öngörülmüştür⁵⁶⁷.

Yargıtay'ın çeşitli içtihatlarındaki; “olayın sanıklarla komşu olan müştekinin paspas, halı ve kilim gibi eşyaların sanıklara zarar verecek yerde ve şekilde silkelemeleri⁵⁶⁸”, “müzik setinin alışılmışın dışında komşu dairelerde oturan sanığı da rahatsız bir biçimde açılması⁵⁶⁹”, “yakınıncının haksız davranması nedeniyle sövme suçundan hükmedilen cezadan özel madde olan 485/1 yerine 51. maddeden indirim yapılması⁵⁷⁰” gibi kararlar buna örnek olarak gösterilebilir.

4.1.4.2. Karşılıklı Tahkir (TCK 485/2)

Karşılıklı tahkir haline ilişkin TCK 485/2. maddesine göre; “Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirlerini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı ıskat edebilir.”

Yargıtay'ın “TCK'nın 485. maddesinin uygulanması için iki tahkir arasında illiyet bağı bulunmasının yeterli olduğu, fiillerin aynı zamanda meydana gelmesinin gerekmediği”, “ihtarnameye karşılık mektupla yapılan hakarete TCK'nın 485/2. maddenin uygulanmasına engel bir durumun olmadığı”, “söylenen sözleri sana iade ediyorum” şeklindeki ifadenin tahkir kastı taşımadığı” şeklindeki kararları bu konuya ilişkin örnekler olarak gösterilebilir⁵⁷¹.

4.1.4.3. Şiddet Kullanımı Sebebiyle Hakaret veya Sövme (TCK 485/3)

Maddenin 3. fıkrasında şiddete maruz kalan kişinin faile yönelik hakaret veya

⁵⁶⁷ Duran, **a.g.e.**, s. 269.

⁵⁶⁸ Yargıtay 2. CD'nin 17.09.1991 tarih ve 8534/9410 E.K sayılı kararı

⁵⁶⁹ Yargıtay 2. CD'nin 21.01.1986 tarih ve 36/303 E.K sayılı kararı

⁵⁷⁰ Yargıtay 4. CD'nin 12.12.1986 tarih ve 9209/9983 E.K sayılı kararı

⁵⁷¹ Duran **a.g.e.**, s. 271.

sövmesi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre “*Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir*”

Yargıtay, çeşitli içtihatlarında “sanığın davacıyı taş ile yaralayarak sövmesi üzerine davacının hakaret sözleri sarf etmesi halinde TCK 485/3. maddesinin uygulanması gerektiğine⁵⁷²”, “TCK’nın 485/son maddesinin uygulanabilmesinin hakaret suçunun şiddetin devamı sırasında işlenmesi veya şiddetin hemen sonrasına rastlaması halleriyle sınırlı olduğundan, 3 gün evvel dövülmesi sebebiyle rastladığı davacıya sövmesi halinde fıkranın uygulanamayacağına⁵⁷³”, “olayda TCK 485/son maddesinin tatbiki yerine TCK 51. maddesi uyarınca indirim yapılmasının yasaya aykırı olduğuna⁵⁷⁴”, “kendisi hakkında boşanma davası açmış olan karısını sokakta sürüklemeye başlayan kocasına ‘pezevenk’ diyen kadının söylediği sözde bir haksızlık olamayacağından ceza verilip 51. maddesiyle indirim yapılmasının yasaya aykırı olduğuna⁵⁷⁵” karar vermiştir.

4.2. YENİ TCK’DAKİ ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ (Md.129)

4.2.1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK’da eski TCK’nın 480 ve 482. maddelerine karşılık olarak 125. madde; 485. maddenin karşılığı olarak da 129. madde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK’da “Haksız Fiil Nedeniyle Veya Karşılıklı Hakaret” suçuna ilişkin 129. madde dışında özel haksız tahrik haline yer verilmemiştir. Bu tür hallerde şartları varsa genel tahrik hükmü olan 29.madde uygulanacak demektir.

Haksız tahrik cezayı azaltıcı genel bir sebep olmakla beraber, kanunun haksız tahriki bazı suçlar hakkında cezayı azaltıcı özel sebep saydığı hallerde genel tahrike ilişkin hüküm uygulanamaz. Çünkü genel kural, özel kural ilişkisi gereği özel tahrik sebeplerinin bulunduğu hallerde genel indirim kuralı uygulanmayacağı gibi, birinin diğerinin yerine uygulanması da mümkün değildir⁵⁷⁶. Bu sebeple iki hüküm çatıştığı zaman genel kural değil, özel kural uygulanır. Aksine uygulama bozma nedenidir.

⁵⁷² Yargıtay 2. CD’nin 20.04.1975 tarih ve 2435/3324 E.K sayılı kararı.

⁵⁷³ Yargıtay 2. CD’nin 01.07.1976 tarih ve 5620/6690 E.K sayılı kararı.

⁵⁷⁴ Yargıtay 1. CD’nin 12.12.1974 tarih ve 3509/5856 E.K sayılı kararı.

⁵⁷⁵ Yargıtay 1. CD’nin 12.12.1974 tarih ve 3509/5856 E.K sayılı kararı.

⁵⁷⁶ Erem, **a.g.m.**, s. 654.

4.2.2. Hakaret Suçunda Özel Haksız Tahrik Halleri

Failin kişiliğinin dikkate alındığı modern ceza hukukunda failin suç işlemesine neden olan psikolojik durumunun suça etki eden bir neden olduğu kabul edilmiştir. Suçun işlenmesinde etkili olan bu gibi durumların verilecek cezanın belirlenmesinde önemli rol oynaması çağdaş adalet anlayışının bir gereğidir.

Türk Ceza Kanunlarında da bu düşüncelerin yansıması olarak hakaret suçları ve bu suçların tahrik nedenlerine ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Son olarak 5237 sayılı TCK 125 ve devamı maddelerinde bu hükümlere yer verilmiş ve 129. maddede özel tahrik hali düzenlenmiştir.

Y. TCK’da bütün suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünün (29. maddenin) yanı sıra, belirli suçların bir haksız fiilin oluşturduğu gazap veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi halinde belirli bir oranda indirim yapılması gerektiği yönündeki (eski TCK’nın 258/4, 272 ve 462. maddelerindeki gibi) hükümlere bir durum dışında yer verilmemiştir⁵⁷⁷. Bu bir durum da 129. maddedir. 129. maddenin üç ayrı fıkrasında üç ayrı olgu özel tahrik nedeni sayılmıştır⁵⁷⁸. Bu haller dışındaki diğer tüm suçlarda şartları mevcut ise genel tahrik hükmü olan 29.madde uygulanacaktır. Zira, TCK’nın haksız tahrike ilişkin 29. maddesi genel ve yasal bir indirim maddesidir. 129. madde ise yalnızca hakaret suçu bakımından uygulanabilen özel bir tahrik nedenidir⁵⁷⁹.

765 sayılı TCK’nın 485. maddesine karşılık olarak düzenlenen bu hüküm, 5237 sayılı TCK’nın ikinci kitabında, “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümde yer almaktadır.

5237 Sayılı TCK’nın “Haksız Fiil Nedeniyle Veya Karşılıklı Hakaret” başlıklı 129. madde metni şu şekildedir:

Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.

⁵⁷⁷ Özgenç, TCK Gazi Şerhi, s. 408.

⁵⁷⁸ Maddenin “Haksız Fiil Nedeniyle veya Karşılıklı Hakaret” şeklindeki başlığı üç ayrı fıkradaki üç ayrı olguyu değil, 2 hali göstermesi itibarıyla **kanaatimizce** yeterli ve madde içeriğini yansıtan bir başlık olmamıştır.

⁵⁷⁹ Mine Arısoy, (2007), “Hakaret”, **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı:72, Ankara, ss.152-205.

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.

Madde gerekçesindeki açıklamaya göre: “Madde metninde, hakaret suçundan dolayı cezanın kaldırılması ve azaltılması bakımından üç ayrı duruma ilişkin hüküm bulunmaktadır. Birinci fıkraya göre, mağdur kendi haksız hareketleriyle hakarete neden olmuş ise, haksız hareketinin ağırlığını göz önüne almak suretiyle hâkim, failin cezasını azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle kaldırabilecektir. İkinci fıkraya göre, kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Üçüncü fıkraya göre, karşılıklı hakaret hâllerinde hâkim, hangisinin olaya neden olduğunu göz önünde bulundurarak taraflardan her ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten tamamen sarfınazar da edebilecektir.”

5237 sayılı TCK’nın, 765 sayılı TCK’nın 485/1. maddesine tekabül eden 129. maddesinin 1. fıkrasında, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak haksız bir fiile tepki olarak işlenen hakaret suçunda failin cezasının üçte birine kadar indirilebileceğinden hatta ceza vermekten de vazgeçilebileceğinden bahsetmektedir. (Eski TCK’da sadece indirim hükmü vardı) 5237 sayılı TCK’nın, E. TCK’nın 485. maddesinin 3.fıkrasına tekabül eden, 2. fıkrasında, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde kişiye ceza verilmeyeceği hususu düzenlenmiştir. 3. fıkra ise karşılıklı hakaret durumunda taraflardan biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebileceği hükmü düzenlenmiştir⁵⁸⁰.

5237 sayılı TCK’nın 125. maddesinde “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*” denilmek suretiyle sövme ve hakaret ayrımı kaldırılmış ve sövme, hakaret suçunun unsuru haline getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde de “...Bu düzenlemede 765 sayılı TCK’da benimsenen hakaret ve sövme suçu ayrımı kaldırılmıştır...” denilmektedir. O halde sövme veya karşılıklı sövme söz konusu ise genel tahrik indirimi değil, 129. madde de

⁵⁸⁰ İzmir a.g.e., s. 83.

yer alan özel tahrik indirimi uygulanacaktır⁵⁸¹.

Mülga TCK'nın 480. maddesi hakaret, 482. maddesi sövme, 266. maddesi memurlara yönelik hakaret ve sövme eylemlerini cezalandırılıyor, bunlardan 480 ve 482. maddeler için 485. madde, 266. madde için de 272. madde özel tahrik hükmünü oluşturuyordu. Bu suçlar 5237 sayılı Ceza Kanunumuzda tek bir maddede (125. maddede) toplanmış, ortak tahrik hükmü de yine tek bir madde olarak 129. maddede içerisinde düzenlenmiştir. Bu durumda 129. madde hem kişilere hem de kamu görevlilerine hakaret suçlarında ayırım yapılmadan uygulanacak, bu şekilde memurlar ve diğer kişiler yönündeki farklı düzenleme ve eşitsizlikte ortadan kalkmış olacaktır⁵⁸².

Yasanın 129. maddesinde hangi suçların özel tahrik kapsamına gireceği belirtilmiştir. Buna göre failin haksız bir fiile ya da kasten yaralama eylemine tepki olarak hakaret etmesi veya hakarete hakaretle karşılık vermesi gerekir. Bu 3 hâl özel tahrik kapsamındadır. Her 3 durumda da işlenen suç mutlaka hakaret olmalıdır. Fail, haksız tahrik nedeniyle farklı bir tepki suçu işlerse (örneğin tehdit veya yaralama) koşulları varsa 29. madde de düzenlenmiş olan genel tahrik indiriminden yararlanabilir, ama buradaki özel tahrik hükmünden yararlanamaz.

129. maddedeki bu düzenleme hakaret suçundan dolayı cezanın indirilmesi bakımından "haksız tahrik" kurumuna ve fail hakkında ceza verilmemesi yönünden de bir hukuka uygunluk sebebine benzemektedir. Kanun koyucu, fail tarafından işlenen hakaret suçunun maddede gösterilen sebeplerle -haksız fiil, yaralama, hakaret - icra edilmesi haline bağlı olarak cezanın azaltılması veya ortadan kaldırılmasına dair hükümler öngörmüştür⁵⁸³.

Hakaret suçunun cezasının azaltılması veya tamamen kaldırılması açısından düzenlenen hükmün hukuki niteliğini, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmek isabetli olmayacaktır. Aslında hükmün ikinci fıkrası, kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçunun işlenmesi durumunda faile ceza verilemeyeceğini düzenleyerek, cezanın indirilmesi yolunu kapamak suretiyle bir hukuka uygunluk nedeni göstermiş gibi gözükmektedir. Ancak hükmün ilk ve son fıkraları cezanın indirilmesine de imkan

⁵⁸¹ Aydın, **a.g.m.**, s. 249.

⁵⁸² Erol Çetin, (2005), **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.121.

⁵⁸³ Şen, **a.g.e.**, s. 570.

verdiğinden özel bir hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilemeyecektir. Çünkü, hukuka uygunluk sebebinde, fiil baştan itibaren hukuka uygun hale geldiğinden ve böylelikle suçun hukuka aykırılık unsuru tamam olmadığından bu sebebin sınırı taksirle aşılmadığı sürece faile ceza verilebilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle, 129. maddenin bir hukuka uygunluk nedeni değil nev'i şahsına münhasır bir düzenleme olduğu söylenebilir⁵⁸⁴.

Demek ki kanun koyucu burada hakaret suçuna has, özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinden farklı olarak mahkeme cezadan indirim gidebileceği gibi, ceza vermekten tamamen de vazgeçebilir. Fakat yukarıda da değinildiği gibi Türk Ceza Kanunu'nun 129. maddesinin uygulandığı durumlarda, genel tahrik hükmü uygulanamaz⁵⁸⁵.

Türk Ceza Kanunu'nun 129.maddesinde; hakaret suçlarında cezadan indirim yapılmasına ya da cezanın tamamen kaldırılmasına olanak sağlayan 3 ayrı tahrik nedenine yer verilmektedir. Şimdi bu özel tahrik hallerini inceleyelim;

4.2.2.1. Haksız Fiil Sebebiyle Hakaret (Md. 129/1)

4.2.2.1.1. Mağdurun, Tahrik Oluşturan Haksız Bir Fiili Bulunmalıdır.

TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilmesinin ilk koşulu mağdurun faile yönelik haksız bir eylemde bulunmasıdır. Haksız tahrikin şartları açıklanırken belirtildiği gibi eylemin haksız olmasının ölçütü mutlaka bir suç oluşturması demek değildir. Yasa bu eylemi “haksız bir fiil” şeklinde genel bir ifade ile açıklamıştır. Haksız fiili bir hakka dayanmayan, hukuka aykırı olan, suç teşkil etmesi de şart olmayan fiiller olarak tanımlamak mümkündür. Bu sebeple, bir kimse hakkında kolluğa veya savcılığa yapılan suç ihbarı, şikâyet hakkının kullanılması, suçlunun yakalandığı yerin bildirilmesi, boşanma davası açma gibi bir hakkın kullanımına yönelik veya hukuka uygun fiiller “haksız fiil” olarak kabul edilemez.

Yargıtay 4. C.D. bir kararında “*Baba reşit olan oğlunu eve kabul edip etmemekte serbest olduğundan, evine kabul etmediği için babasına hakaret eden evladın*

⁵⁸⁴ Şen, **a.g.e.**, s. 570.

⁵⁸⁵ Arısoy, **a.g.m.**, s.185; Yenidünya ve Alşahin, **a.g.m.**, s. 76.

bu kabul etmeme nedeniyle 485/1. maddeden yararlanamayacağına” hükmetmiştir⁵⁸⁶.

5237 sayılı TCK.nın 129/1. maddesinin uygulanması bakımından haksız hareket kavramının dışında tutulması gereken iki eylem vardır. Hakaret suçu kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenirse 129/1. fıkra yerine 2. fıkra, hakaret suçu karşılıklı olarak işlenirse yine 1. fıkra yerine 129/3. fıkra uygulanacaktır. Özetle bu fıkranın uygulanabilmesi için mağdurun hakaret veya kasten yaralama dışında bir tahrik eyleminin varlığı gerekmektedir. Bu husus, özel tahrik düzenlemesinin genel tahrikten ayrıldığı noktayı da ortaya koymaktadır⁵⁸⁷.

Faile yöneltilen fiilin hukuka uygun olduğu durumlarda, faildeki yansıması ne olursa olsun haksız tahrikten söz etmek mümkün değildir. Tahrike konu fiilin “haksız” olması, herhangi bir hakka dayanmayan bir fiil olması demektir. Haksız tahrike konu fiilin suç teşkil etmesi halinde kovuşturma konusu yapıp yapılmaması ya da cezalandırılabilir nitelikte olup olmaması önemli değildir⁵⁸⁸. Bu nedenle söz konusu fiil hukuka aykırı değilse 129. maddenin 1. fıkrası uygulanamaz. İtalyan Yargıtay’ı belirtilen esasa uygun bir içtihadında “Borcunu ödemeyen borçluya dava açacağını bildiren alacaklının fiili haksız sayılamaz” demiştir⁵⁸⁹.

Mağdur kendi haksız fiili neticesinde hakarete sebebiyet vermişse yargı organı haksız fiilin ağırlığını dikkate almak suretiyle fail hakkındaki cezayı azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle de kaldırabilecektir. Burada öncelikle mağdur tarafından faili maddi veya manevi açıdan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak etkilediği tespit edilen haksız bir fiilin mevcudiyeti gerekmektedir. Bu haksız fiilin ceza hukuku anlamında suç teşkil edip etmemesi önemli olmadığı gibi kasten veya taksirle işlenmiş olmasının da önemi yoktur. Örneğin, kusurlu hareketiyle aracında hasara sebebiyet veren mağdura hakaret edilmesi halinde, mahkemece haksız fiil ile hakaretin ağırlığı mukayese edilmek suretiyle ya kısmi ceza tayin edilecek veya hiç ceza verilmemesi yoluna gidilecektir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Çetin, **a.g.e.**, s. 121 (Yargıtay 4.C.D.’nin 03.06.1968 tarih ve 3133-4352 E. K. sayılı kararı)

⁵⁸⁷ Muharrem Özen, (2002), “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:51, Sayı:3, Ankara, ss. 27-45.

⁵⁸⁸ Arısoy, **a.g.m.**, ss.185-186.

⁵⁸⁹ Özen, **a.g.m.**, s. 33.

⁵⁹⁰ Şen, **a.g.e.**, s. 570.

4.2.2.1.2. Sanığın Tepki Fiili Hakaret Suçunu Oluşturmalıdır.

Fıkranın uygulanabilmesinin ikinci koşulu işlenen suçun hakaret olmasıdır. Mağdurun haksız fiili karşısında sanığın karşılıklıta bulunduğu tepki fiili başka bir suç değil yalnızca “hakaret” suçunu oluşturmalıdır. Madde “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde...” diyerek bu şartı açıkça ortaya koymuştur.

Yasada yalnız “hakaret” suçundan söz edildiğinden 129. madde hükmü ancak 125. maddede unsurları belirtilen hakaret suçu için uygulanabilir. Başka hiçbir suç için uygulanamaz. Özel tahrik hali olan bu husus genel tahrikin tersine sadece tahrik üzerine işlenen fiilin başka bir suç veya fiil değil sadece hakaret suçunu oluşturması halinde uygulama alanı bulacaktır⁵⁹¹.

4.2.2.1.3. İki Eylem Arasında Nedensellik Bağı Bulunmalıdır.

Hakaret ile haksız tahrike konu eylem arasında nedensellik bağı bulunmalı, suç sebep sonuç ilişkisi içerisinde işlenmelidir. Bir başka anlatımla, hakaret suçunun haksız fiile duyulan tepkinin bir karşılığı olarak işlenmesi gerekir.

Burada değinilmesi gereken iki husus vardır. Bunlardan birisi failin hemen tepkide bulunmasının gerekip gerekmediği, diğeri de genel tahrik hükmünde yer alan “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerinin 129. maddede bulunmamasının etkisidir.

Soyaslan, 29. maddedeki genel haksız tahrikte tahrik ile tepki arasında zaman geçebilirken, 129/1. maddedeki özel haksız tahrik halinde hakaretin haksız tahrike karşı aradan uzunca bir zaman geçmeden yapılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁹².

Arısoy ise, tahrikin gerçekleştiği an ile hakaretin yapılması arasında belirli bir zaman aralığı bulunması nedensellik bağının kurulabildiği durumda önem arz etmeyecektir demektedir⁵⁹³.

Kanaatimizce kanun, haksız fiile “derhal” hakaretle karşılık verilmesi şartı aramamaktadır. Fakat aradan zaman geçmiş olması çoğu kez illiyet bağının bulunmadığına işaret edebilir. Karşılığın derhal verilmesi düşünülürse de illiyet bağının

⁵⁹¹ Özen, **a.g.m.**, s. 35.

⁵⁹² Soyaslan, **a.g.e.**, s. 252.

⁵⁹³ Arısoy, **a.g.m.**, s. 186.

korunması kaydıyla varsa engelin kalktığı ilk anda gerçekleşmesi yeterlidir. Önemli olan makul sayılabilecek sürenin aşılmaması ve illiyet bağının korunabilmesidir. Haksız davranışın yarattığı öfke veya elem durumu ortadan kalkmamış ve aradan fazla bir süre geçmemiş olmak şartıyla, fail 129/1. maddeden yararlanabilecektir. Burada önemli olan yer ve zaman değil, failin psikolojik durumudur. Ancak aradan uzunca bir süre geçmesi durumunda artık 129/1. madde uygulanamaz, böyle durumlarda genel haksız tahrik hükmü olan TCK 29. madde uygulanabilir.

Genel tahrik hükmü olan 29. maddede yer alan “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerinin 129. maddede bulunmaması meselesine gelince; 765 sayılı TCK’nın 485. maddesinde de durum aynıydı. Yani “hiddet veya şiddetli elem” ifadeleri kullanılmıyordu. Bu durum genel tahrik hükmünden farklı olarak bu özel tahrik halinde haksız hareketin mağdur da şiddetli öfke veya üzüntü yaratmasına gerek olup olmadığı konusunda tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Bu konuda Tezcan, genel tahrikten farklı olarak haksız hareketin, failde gerçekten öfke ve üzüntü meydana getirmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur demektedir.

Erem ve Toroslu’ya göre, 485. maddede hiddet veya şiddetli elemin mevcudiyeti hakkında kanuni bir karineye yer verilmiştir. Esasen uygulamada genel haksız tahrikte dahi şart koşulan hiddet veya şiddetli elemin ayrıca ispatı mümkün olmamakta ve taarruzun haksızlığının anlaşılmasıyla hiddet veya şiddetli elem mevcut farz edilmektedir. Kanunun 129. maddesinde hiddet ve şiddetli elem şart koşulmadığına göre bu maddeyi bir çeşit intikam hakkı tanıyan bir hüküm telakki etmek akla gelen düşüncelerdendir.

Demirbaş’da TCK’nın 129/1. maddesinde hiddet veya şiddetli elemin mevcudiyeti hususunda kanuni bir karineye yer verildiği görüşünü desteklemektedir. Buna göre 129/1. madde mağdurdan kaynaklanan haksız hareketten dolayı, failin öfke ve üzüntüye kapılarak tepki göstereceğini, suç isleyeceğini öngörmüştür. Bu nedenle failin, öfke veya üzüntü duygusu ile hareket ettiğini kanıtlaması gerekmez; mağdurun haksız hareketi ile olaya neden olduğunun kanıtlanması yeterlidir.

Erman ve Özek’e göre de, genel haksız tahrikte olduğu gibi burada da bir hiddet veya elemin varlığı aranmakta, ancak özel haksız tahrik halinde bu şartın

bulunduğu bir karine olarak kabul edilmektedir. 51. maddeye dayanan kimse hiddet veya elemin bulunduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu halde, 485/1.maddeden yararlanmak isteyen için böyle bir ispat yükü yoktur⁵⁹⁴.

Kanaatimizce, öfke ve üzüntü psikolojisinin TCK'nın 129/1. maddesinde bir varsayım olarak yer aldığı yolundaki görüşler isabetlidir. Yasal düzenlemeye bakıldığında, hakaret suçunun, mağdurun haksız fiiline reaksiyon olarak işlenmiş olması cezadan indirim yapılması ya da ceza verilmesi için yeterli olacaktır. Ayrıca hiddet ya da şiddetli elemin mevcut olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Gerçekten 129/1. madde mağdurdan kaynaklanan haksız hareketten dolayı, failin öfke ve üzüntüye kapılarak tepki göstereceğini, suç isleyeceğini öngörmüştür. Bu yorum tarzı kanun koyucunun gerek madde metninde, gerekse gerekçesinde “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine yer vermemek suretiyle özel tahrik hükmü ihdasına uygun düşer. Önem taşıyan husus suçun ani öfkeyle tepkisel olarak işlenmiş olmasıdır⁵⁹⁵.

4.2.2.1.4. Hakaret, Haksız Eylemi Gerçekleştiren Kişiye Yapılmalıdır.

Haksız fiilin bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Kanun, birinin haksız fiiline kızıp başka birine hakaret etme eylemini himaye etmeyeceğine göre hakaret suçunun haksız fiili yapan kimseye yönelmiş olması şarttır.

Her ne kadar 765 sayılı TCK'nın 485. maddesinde açıkça yer alan “*Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482. maddelerinde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise...*” ifadesi yeni düzenlemede yer almamış ise de madde gerekçesinde “mağdurun kendi haksız hareketiyle hakarete neden olması”ndan söz edilmiş bulunmasına göre, üçüncü bir kişinin haksız fiilini indirim ya da cezasızlık sebebi saymak mümkün olmayacaktır.

Eski metindeki “*kendisine tecavüz edilen kişinin buna haksız hareketi ile sebebiyet vermiş olması*” ifadesi yerine yeni yasada “*hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi*” ifadesi tercih edilmiştir. İki metin arasındaki fark ifade farklılığı olup, esasa etkili bir fark bulunmamaktadır. Temel fark cezai yaptırım yönünden olup eski hükümde bu hal bir hafifletici sebep iken, yeni düzenlemede cezasızlık sebebi

⁵⁹⁴ Arısoy, **a.g.m.**, s. 187.

⁵⁹⁵ Arısoy, **a.g.m.**, s. 187.

olabileceği de belirtilmiştir⁵⁹⁶.

Fail, kendisine yönelik olarak işlenen haksız bir fiile tepki duyarak mağdura hakaret etmişse 129. maddenin birinci fıkrası hükmünden yararlanabileceği gibi, üçüncü kişiye yönelik bir haksız fiile tepki olarak işlediği hakaret suçunda da bu hükümden yararlanabilir. Zira, kanun “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hali”nden söz etmiş, bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bu sebeple mağdurun haksız fiili hakaret suçunun failinden başka üçüncü kişiye yönelik de olabilir. Buna tepki olarak işlenen hakaret suçu nedeniyle de 129. maddenin birinci fıkrasının uygulanması mümkündür. Örneğin, bizzat kendisine değil de çocuğuna yönelik bir haksız fiilde bulunan kişiye hakaret eden fail hakkında haksız tahrikin varlığı kabul edilmelidir⁵⁹⁷.

Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi hakaret suçunun haksız fiili yapan kişiye yönelik olması gerekir. Mağdurun haksız fiilinin faile yönelik olması şart değil ise de hakaretin haksız eylemi gerçekleştiren kişiye yapılmış olması şarttır. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi tahrik edici sözler haksız eylemi yapanın dışında üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilirse bu fıkra hükmü uygulanamaz⁵⁹⁸. Örneğin, kendisine yönelik olarak yapılan haksız bir fiil sonucunda, bizzat o kişiye değil de karısına veya çocuğuna hakaret edilmesi durumunda, hakaretin haksız eylemi gerçekleştiren kişiye karşı yapılması şartı gerçekleşmediğinden bu özel tahrik hükmü uygulanamaz.

4.2.2.2. Kasten Yaralama Suçuna Tepki Sebebiyle Hakaret (Md.129/2)

5237 sayılı TCK’nın 129. maddenin 2. fıkrası “*Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*” şeklinde özel bir haksız tahrik hali düzenlemiştir.

Hükmün hukuki esası tartışmalıdır. Erman’a göre, şiddet kullanılan şahsın tahkir eylemi bir yasal savunma durumudur. Zira şiddete maruz kalan kimsenin saldırganı tahkir etmesinde zorunluluk vardır. Tahkir eyleminin şiddeti püskürtmeye yeterli olup olmaması ise ayrı bir sorundur ve bu durum, tahrikin yasal savunma

⁵⁹⁶ Süheyl Donay ve Mahmut Kaşıkçı, (2005), **Türk Ceza Kanunu**, 1.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 203.

⁵⁹⁷ Arısoy, **a.g.m.**, s. 186.

⁵⁹⁸ Çetin, **a.g.e.**, s. 121.

niteliğini ortadan kaldırmaz.

Tutumlu'ya göre ise; benzer yanları bulunmasına karşın, şiddete karşı tepki olarak işlenen tahrik eylemi yasal savunmadan farklıdır. Şiddete maruz kalma hali kuşkusuz ağır bir kışkırtma durumudur; bu nedenle şiddet mağdurun saldırgana karşı işlediği hakaret suçu kanun koyucu tarafından doğal karşılanmış ve bu hareketine ceza verilmemesi esasını kabul edilmiştir. Bu nedenle, şiddete karşı tahrik eyleminin özel kışkırtma halleri arasında sayılması uygun bir düzenlemedir⁵⁹⁹.

Fıkranın uygulama koşullarına gelince;

4.2.2.2.1. Mağdurun Fiili Kasten Yaralama Olmalıdır.

Hakarete maruz kalan kişinin fiilinin kasten yaralama olması gerekir. Zira bu hüküm, kasten yaralama suçunun failinin, hakaret suçunun mağduru olması koşulunu aramaktadır.

Daha yalın bir ifadeyle bu düzenlemeye göre, kasten yaralamaya maruz kalan kişi kendisini döven kişiye hakaret etmesi durumunda cezalandırılmayacaktır. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 129/2. maddesinde kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenen hakaret suçlarında özel bir haksız tahrik hali düzenlemiş ve suç olması itibariyle normal şartlarda ceza gerektiren bu hakaret eylemine ceza verilmeyeceği hükmü getirilmiştir.

Ancak söz konusu yaralama eyleminin hukuka aykırı olması gerekir. Yasanın izin verdiği sınırlar içinde kalan hukuka uygun bir fiil sonucu meydana gelen yaralanmalar nedeniyle bu hüküm uygulanamaz. Örneğin, meşru savunma sebebiyle ya da geçici yakalama hakkı kullanılırken oluşan veya boks maçı gibi mağdurun rızasına dayanan hukuka uygun yaralanmalara karşı hakaret suçunu işleyen kimse cezalandırılabilecektir.

Maddenin eski TCK'daki düzenlemesi olan 485/3. maddesinde “*şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir*” şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. 5237 sayılı yeni ceza kanunumuzda ise hakaret suçunu kasten yaralamaya maruz kalan kişinin işlemesi durumunda ceza almayacağı belirtilmektedir. Görüleceği üzere, 765 sayılı kanun “şiddet

⁵⁹⁹ Tutumlu, **a.g.e.**, s. 101.

kullanılması”ndan bahsettiği halde 5237 sayılı kanun “kasten yaralama hali”ni düzenlemiştir.

Eski kanunda geçen “şiddet” tabiri maddi anlamdadır. Bu tabir, kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne yönelik eylemleri de kapsamaktaydı. Yeni yasada sadece “kasten yaralama”dan söz edilmekle kapsamın daraltılıp, belli bir suça özgülendiği anlaşılmaktadır⁶⁰⁰.

Yeni düzenlemede hakaretin kasten yaralamaya bir tepki olarak işlenmesinden söz edildiği halde bundan daha ağır olan kasten öldürmeye bir tepki olarak işlenmesi halinde aynı sonucun ortaya çıkmaması eksik bir düzenleme olduğunu ortaya koymaktadır. Kanunun bu emredici ve açık düzenlemesi karşısında kasten öldürmelerde olsa olsa genel tahrik hükmü uygulanabilecektir⁶⁰¹.

Hükmün uygulaması açısından kasten yaralama eyleminin nitelikli halleri ile basit hali arasında bir fark yoktur. Kasten yaralama suçunun ağırlığı ve meydana gelen neticeler önemli olmayıp, gerek 86. ve gerekse 87. maddeler kapsamına giren tüm kasten yaralama hallerini 129. maddenin ikinci fıkrası kapsamında ele almak gerekir⁶⁰². Buna göre 129. maddenin 2. fıkrası, basit bir kasten yaralama suçuna duyulan tepkiyle yapılan hakaret hakkında uygulanabileceği gibi, bıçakla ağır yaralama eylemine karşı yapılan bir hakaret hakkında da uygulanabilir.

Kasten yaralama eyleminin faili olan kişinin kastının çeşidi önem arz etmez. Yani kastın genel kast veya özel kast, doğrudan kast veya dolaylı kast, ani kast veya düşünce kastı olması arasında bir fark yoktur. Eylemin “kasten” işlenmesi yeterlidir. Ayrıca fiilin cezalandırılabilir ya da kovuşturma konusu yapıp yapılmamış olması da bir önem arz etmez. Ancak, eylemin “taksirli” olarak işlenmesi halinde bu fıkra uygulanamaz. Zira maddede hakaretin “kasten” yaralamaya tepki olarak işlenmesi ifadesi yer almaktadır. Taksirle yaralama halinde bir görüşe göre 129. maddenin 1. fıkrası uygulanmalı⁶⁰³ iken başka bir görüşe göre bu gibi durumlarda TCK 29.

⁶⁰⁰ Arısoy, **a.g.m.**, s. 190.

⁶⁰¹ Durmuş Tezcan vd., (2008), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 471. (Esasen bu durumda mağdurun -hakaret suçunu işleyen failin- ölmüş olması sebebiyle eyleminin TCK’nun 29. veya 129/2. maddelerden hangisine girdiğinin pratikte çok da bir önemi olmayacaktır.)

⁶⁰² Şen, **a.g.e.**, s. 571.

⁶⁰³ Arısoy, **a.g.m.**, s. 190.

maddedeki genel haksız tahrik hükümleri uygulanma alanı bulabilir⁶⁰⁴.

Kanaatimizce haksız fiil niteliğindeki taksirle yaramaya karşı işlenen tepki suçu “hakaret” ise özel düzenleme olması itibarıyla 129. maddenin 1. fıkrasının uygulanması, başka bir suç işlenmesi (örneğin tehdit veya yaralama) hallerinde ise genel hüküm olan 29. maddenin uygulanması daha uygun olacaktır.

4.2.2.2.2. Sanığın Tepki Fiili Hakaret Suçunu Oluşturmalıdır.

Kasten yaralama suçuna maruz kalan mağdur-sanığın tepki fiili “hakaret” suçunu oluşturmalıdır. TCK 125. maddesinde ifadesini bulan hakaret dışında başka bir karşılığın verilmesi halinde bu madde uygulanamayacaktır.

Maddenin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için aranacak husus, failin hakaret eylemini mağdurun yaralama eylemine tepki olarak yapmış olmasının gerekmesidir⁶⁰⁵. Hakaret kasten yaralamaya tepki olarak işleneceğinden, eylemin devam ettiği sırada ya da eylemin hemen ardından hakaret edilmiş olmalı, araya fasıla girmemelidir. Ancak kişinin kasten yaralama sonucu aldığı darbenin etkisiyle karşılık veremeyecek veya konuşamayacak hale gelmesi ancak ilk tedavi sonrası hakaret etmesi örneğinde olduğu gibi eyleme dair tepkinin ve illiyet bağının devam ettiğinin anlaşılması halinde cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür⁶⁰⁶.

Kanun koyucu bu hükmü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepkiyle yapılan hareketleri kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Kasten yaralama suçunun icrası sırasında veya hemen sonrasında olmayan, yahut kasten yaralamaya reaksiyon olarak verilmeyen, bu fiilin icrasının üzerinden birkaç gün geçtikten sonra mağdurla karşılaşan fail tarafından yapılan hakaretler, “tepki” kavramı içinde değil, mağdura karşı duyulan hırs, kin ve intikam duygusuyla söylenmiş sözler olarak kabul edilebilecek ve 129. maddenin 2. fıkrası içerisinde değerlendirilmeyecektir⁶⁰⁷.

Yukarıda (son cümlede) ifade edilen ve “tepki fiili” açısından Yargıtay’ın uzun

⁶⁰⁴ Yenidünya ve Alşahin, **a.g.m.**, s. 79.

⁶⁰⁵ Çetin, **a.g.e.**, s. 122.

⁶⁰⁶ Arısoy, **a.g.m.**, s. 190.

⁶⁰⁷ Şen, **a.g.e.**, s. 571.

yıllar önce işlenen cinayetlerde bile aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına ilişkin yerleşik kararları ile çelişen görüşe katılamıyoruz. Kanun koyucunun bu hükmü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepkiyle yapılan hakaretler için düzenlediği doğru ise de daha sonra yapılan hakaretlerin, “tepki” kavramı içinde değil, mağdura karşı duyulan hırs, kin ve intikam duygusuyla söylenmiş sözler olarak kabul edilip tepki fiili olarak değerlendirilmemesi doğru değildir. (Bu görüş, aradan geçen zamanın eylemi tepki fiili olmaktan çıkartıp, illiyet bağını yok edeceği şeklinde bir sonuca götürür ki bu da haksız tahrikin bulunduğu pek çok olayda bu hükümleri uygulamaz hale getirir.) Kasten yaralama suçunun icrasının üzerinden birkaç gün geçtikten sonra mağdurla karşılaşan fail tarafından yapılan hakaretler de “tepki” kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Bu sebeple kasten yaralama suçuna maruz kalan kişinin tepki fiilinin kasten yaralamaya reaksiyon olarak (zamanında) yapılmaması ve aradan zaman geçtikten sonra yapılması halinde TCK’nın 129/2. maddesi yerine genel tahrik hükmü olan 29. madde uygulanmalıdır. (Aradaki fark, kasten yaralamaya maruz kaldığı anda hakaret tepkisini veremeyen mağdurun cezasızlık imkânını kaçırmaması ve indirimli ceza almasıdır.)

Yargıtay’ın tepki suçunun zamanı ile ilgili kararları da aynı yönde olup, Yargıtay “*Hakaret suçunun, uğradığı şiddetin sürdürüldüğü sırada işlenmesi veya şiddetin gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hallerle sınırlı*⁶⁰⁸” olduğunu belirtmiştir. Bu yorum yasaya uygundur. Gerçekten de şiddet eyleminin yapılmasından bir süre sonra saldırgana hakaret edilmesi halinde fail hakkında özel kışkırtma hükmünün değil, genel tahrik kuralı olan 29. maddenin uygulanması gerekir⁶⁰⁹.

Şiddet kullanımı ile birlikte faile hakarete edilmişse, failin karşı tahkir eylemi “karşılıklı hakaret” olarak yorumlanamaz. Bu durumda sanık hakkında 129/2 hükmü uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar verilmelidir. Yargıtay bu konuda: “*Sanığın davacıyı taşla yaralaması ve sövmesi üzerine davacının da ona hakaret sözlerini sarfettiği anlaşılmaktadır. Hakaret kastı dışında ve sadece dövülmesinin bir tepkisi olarak söylenen sözler mukabil hakaret sayılamaz. Ayrıca 129/2 gereğince ceza*

⁶⁰⁸ Yargıtay 2. CD’nin 24.03.2004 tarih ve 26112-5865 E.K sayılı kararı (Haydar EROL: **a.g.e.**, 142-143.)

⁶⁰⁹ İzmir **a.g.e.**, s. 90.

almayan failin tazminat ya da yargılama giderleri ile yükümlü tutulması da düşünülemez⁶¹⁰” demiştir.

4.2.2.2.3. Hakaret, Kasten Yaralama Suçunun Failine Yönelik Olmalıdır.

Sanığın bu cezasızlık nedeninden yararlanabilmesinin son koşulu hakaret eyleminin kendisini yaralayan kimseye yönelik olmasıdır. Kendisini yaralayan kimseden başka birine yapılan hakaretlerde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Örneğin, babası tarafından darp edilen mağdurun babasından korktuğu veya bir şey diyemediği için oğluna hakaret etmesi halinde bu fıkra hükmü uygulanamayacaktır.

Burada değinilmesi gereken bir husus ise, kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine karşı gerçekleştirilmiş olma şartının aranıp aranmayacağıdır. Eski yasadaki “*şahsı hakkında şiddet uygulanması...*” şeklindeki düzenleme nedeniyle kasten yaralamanın hakaret suçunu işleyen faile yönelik olması gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktaydı. Yani kasten yaralama suçunun bizzat hakaret suçunu işleyene yönelik olması üçüncü bir kişiye yönelmemesi gerekmektedir.

Yeni kanunun 129. maddesinin ikinci fıkrasında böyle bir ibareye yer verilmeyip “*Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde*” denilmekle yetinildiği için kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine karşı gerçekleştirilmiş olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda tereddüt ortaya çıkmış ise de maddenin gerekçesinde, “**failin kendisine karşı** işlenen kasten yaralama suçuna duyduğu tepki sebebiyle söylediği hakaret içerikli sözlerden dolayı cezalandırılmayacağı” ifade edilerek duruma açıklık getirilmiştir. Böylece failin şahsına değil de kendisini ilgilendiren bir yakınına karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki duyarak hakaret etmesi halinde, bu fiil maddenin ikinci değil ilk kapsamında değerlendirilecektir⁶¹¹.

Yasadaki düzenlemeyi eleştiren **bir başka görüş ise** “Böyle bir sınırlamanın sebebini anlamak güçtür; çünkü bir kimsenin yakınının dövülmesinin yarattığı öfke

⁶¹⁰ Yargıtay 2. CD’nin 20.04.1975 tarih ve 2425/3324 E.K. sayılı kararı. (Tutumlu, **a.g.e.**, 103.)

⁶¹¹ Şen, **a.g.e.**, s. 571.

Aksi görüş (Yenidünya ve Alşahin, **a.g.e.**, s. 79) ise, 5237 sayılı YTCK’nın 129/2. maddesinin uygulanabilmesi için kasten yaralamanın bizzat hakaret suçunun failine veya üçüncü bir kişiye yapılmış olması arasında bir ayırım yapmamıştır.

durumunun, kendisinin dövülmesi halindekinden daha az olduğu ileri sürülemez. Böyle durumlarda TCK m.129/1 vasıtasıyla ceza hafifletilebilecektir. Ancak böyle bir hafifletmenin TCK m. 129/2'nin cezayı tamamen kaldıran niteliği karşısında adil olmayacağı açıktır. Bu nedenledir ki söz konusu hükmün değiştirilmesi gereklidir. Nitekim Alm. C.K 233. maddesinin uygulanabilmesi için tahrikin veya müessir fiilin failin şahsına karşı yapılmış olması şart değildir; ona yakın bir kişiye yapılmış olması durumunda da söz konusu hüküm uygulama alanı bulur” demektedir⁶¹².

Kanaatimizce, yasal düzenleme yerindedir. Zira, bir kimsenin yakınının dövülmesi eylemi ile bizzat şahsına karşı yapılan bir kasten yaralama eylemi arasında fark vardır. Bu farkı gözetken yasa koyucunun farklı hüküm ihdasında her hangi bir isabetsizlik yoktur. Şiddete maruz kalan kimsenin saldırganı tahkir etmesi yasal savunmaya benzer bir durum olup, etki tepki oranı da gözetildiğinde bunun cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiş olması (yakınının dövülmesinin yarattığı öfkeyle hakaret suçunun işlenmesi halinde 129/1. maddenin, başka bir suç işlenmesi halinde de 29. maddenin uygulanması) doğrudur.

Kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine karşı gerçekleştirilmesinin şart olup olmadığı meselesine gelince; madde gerekçesindeki açıklama ve maddenin eski hali (765 sayılı TCK'daki düzenlemesi) karşısında aksinin savunulması, yani kasten yaralamanın bizzat hakaret suçunun failine karşı yapılmış olmasının şart olmadığı şeklinde bir görüş ileri sürme imkânı yoktur. TCK'nın 129/2. maddesinin uygulanabilmesi için kasten yaralama suçunun bizzat hakaret suçunu işleyen kişiye yapılmış olması şarttır. Diğer bir ifadeyle fıkra yalnızca kasten yaralamaya maruz kalan kişinin kendisini döven kişiye hakaret etmesi durumunda uygulanabilir. Zira madde gerekçesi, tıpkı maddenin eski yasadaki karşılığı gibi “failin kendisine karşı işlenen” diyerek bu hususu teyit etmektedir. Maddenin 1. fıkrası daha genel bir düzenleme olduğundan 3. bir kişiye yapılan kasten yaralama eylemleri 1. fıkra kapsamında ele alınabilir.

TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrasında da 1. ve 3. fıkralarda olduğu gibi, failin psikolojik durumuna ilişkin bir açıklık yoktur. Aslında burada da failin öfke durumu zımnen öngörülmüştür. Aksinin yani fail şiddet üzerine öfke veya elem durumuna

⁶¹² Demirbaş a.g.e., s. 138.

sürüklenmemiş olsa dahi, söz konusu hükmün uygulanabileceğinin kabulü haksız tahrikin esasına aykırı olur. Nitekim bu hususta doktrinde ve Yargıtay kararlarında “kendisi hakkında şiddet kullanılmış olması dolayısıyla hakarete bulunanın fiilinin cezayı müstelzim sayılmaması şiddetin buna muhatap olan kimse üzerinde meydana getirdiği psikolojik etki nedeniyledir.” şeklinde ifade edilmektedir⁶¹³.

4.2.2.3. Karşılıklı Hakaret (Md.129/3)

Uygulamada en sık rastlanan durumlardan birisidir. Yasadaki düzenlemeye 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*”

Karşılıklı hakaretin koşullarına geçmeden önce bu cezasızlık sebebinin mahiyeti üzerinde durmakta fayda vardır. Karşılıklı tahkir halinin cezasızlık sebebi sayılmasında üç teori ileri sürülmüştür:

Birinci teoriye göre hakaret hakareti, tahkir tahkiri ortadan kaldırmakta, birbirlerini nakzetmektedirler. Bu teori eski olup Roma Hukuku’nda mevcut olan kötülüğün kötülüğü götürmesi prensibine dayanmaktadır. Kötülüğe karşı kötülük prensibi günümüzde kabul edilebilecek bir prensip değildir.

Bir diğer teoriye göre, karşılıklı tahkirler hafif suçlardır. Ayrıca hakaretler arasında eşitlik vardır. Eşit nitelikteki hafif suçların karşılıklı olarak işlenmesi nedeniyle hukuk failleri cezalandırmak hakkından vazgeçmektedir⁶¹⁴.

Üçüncü teori ise karşılıklı tahkir halini meşru savunma veya haksız tahrik hali saymaktadır. Oysa karşılıklı tahkiri ne meşru savunma ne de haksız tahrik saymak mümkün değildir. Zira, meşru savunmada haksız saldırıyı yapan şahıs cezalandırılmaktadır. Aynı şekilde haksız tahrikte eğer haksız fiil aynı zamanda suç oluşturuyorsa haksız hareketi yapan kimse cezalandırılır. Halbuki karşılıklı tahkirde her iki tarafında cezalandırılmaması mümkündür. Bu sebeple E.TCK’nın 485/2. maddesinde ve Y.TCK’nın 129/3. maddesinde düzenlenen bu hükmü taraflardan her

⁶¹³ İzmir a.g.e., s. 89.

⁶¹⁴ Soyaslan, a.g.e., s. 258.

ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada indirim imkanı sağlayan veya cezasızlık sebebi niteliğinde bulunan kendine özgü bir düzenleme olarak değerlendirmek gerekir.

Bu fıkranın uygulanabilmesinin koşulları; Karşılıklı Olarak İşlenen Suçların Hakaret Olması, İlk Hakaret Edenin Haksız Olması Ve Hakaretlerin Karşılıklı Olmasıdır.

4.2.2.3.1. Karşılıklı İşlenen Suçlar Hakaret Olmalıdır.

Türk Ceza Kanunu’nun 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesinin ilk koşulu işlenen suçların hakaret olmasıdır. Örneğin A, B’ye hakaret etmeli, B’de A’ya hakaretle karşılık vermelidir. Hükmün uygulanabilmesi için her iki suçun da TCK’nın 125. maddesi anlamında “hakaret” suçunu oluşturması şarttır. Kendisine hakaret eden kişiye karşı hakaret dışında başka bir suç işleyen, örneğin yaralayan failin 129/3 den faydalanması mümkün değildir. Bu durumda TCK’nın 29. maddesindeki genel tahrik hükümleri uyarınca kasten yaralamadan verilecek cezada indirime gidilmesi söz konusu olabilir. Kişinin, kendisini kasten yaralayan kişiye hakaret etmesi halinde ise 129/3. değil 129/2. madde uygulama alanı bulacaktır⁶¹⁵.

Bu maddenin uygulanabilmesinin ön şartı, her iki suçunda hakaret suçu niteliği taşımasıdır. İlk suç veya tepki suçu hakaret suçu teşkil etmiyorsa bu madde uygulama alanı bulamaz. Eylemlerde aynılık olması gerekmez, yani taraflardan birisi somut bir fiil veya bir olgu isnadında bulunursa diğeri sövmek suretiyle karşılık verirse yine 129/3 uygulanır.

Ancak, her iki suçun hakaret olduğu her halde de bu madde uygulanamayabilir. Örneğin, ilk olarak kasten yaralama suçu işlenmiş ve buna karşı hakaret edilmiş akabinde kasten yaralama suçunu işleyen kişi de hakarete hakaretle karşılık vermişse burada karşılıklı hakareten bahsetmek mümkün değildir. Zira kasten yaralamaya karşı hakaret 129. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

⁶¹⁵ A.Caner Yenidünya ve M. Emin Alşahin, (2007), “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı: 68, Ankara, ss. 43-93.

4.2.2.3.2. İlk Hakaret Eden Haksız Olmalıdır.

Hükümün uygulanabilmesinin 2.koşulu ilk hakaretin haksız olmasıdır. Hakaretin haksızlığı hukuken koruma görmemesi, yani hakaret edene kanunen veya örf adetçe o fiili gerçekleştirme yetkisinin verilmemiş olması demektir.⁶¹⁶ İlk hakaret eden kişi bir görevi yerine getirmekte veya bir hakkı kullanmakta ise bu kişiye karşılık veren kimse 129/3 fıkradan yararlanamaz. Örneğin, terbiye hakkı sınırları içerisinde oğlunu azarlayan babaya oğlunun hakaret ederek karşılık vermesi halinde bu hüküm uygulanmaz⁶¹⁷.

Burada üzerinde durulması gereken bir mesele de, bir milletvekilinin parlamento içinde bir kimseye hakaret etmesi üzerine bu kimsenin milletvekiline sözle veya basın aracılığıyla cevap vermesi durumunda bu fıkranın uygulanıp uygulanamayacağıdır. Hakaretin haksız olması ile kovuşturulabilir nitelikte olup olmamasını birbiriyle karıştırmamak gerekir⁶¹⁸. Mutlak yasama dokunulmazlığı ceza kovuşturması yapılmasına engel olmasına karşılık hukuka uygunluk nedeni olmadığından hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu nedenle yasama dokunulmazlığından yararlanan milletvekilinin, milletvekili olmayan başka birine karşı yaptığı hakaret, cezalandırılabilme unsurunun yokluğu nedeniyle kovuşturulamaz ise de hukuka aykırı olma özelliğini muhafaza etmektedir. Bu sebeple ceza kovuşturmasına engel olan mutlak yasama dokunulmazlığı, milletvekilinin yaptığı fiilin bir tahkir sayılmasına ve dolayısıyla karşılıklı hakarete ilişkin bu maddenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁶¹⁹.

4.2.2.3.3. Hakaretler Karşılıklı Olmalıdır.

Yapılan hakaretlerin karşılıklı olması bu fıkranın uygulanabilmesinin son koşulu ve en önemli özelliğidir. Buna göre tarafların birbirlerine karşı TCK'nın 125. maddesi anlamında "hakaret" suçunu işlemeleri şarttır.

Üçüncü bir şahıs tarafından yapılan hakarete "karşılıklı hakaret" söz konusu

⁶¹⁶ Kemal Akgüner, (1952), "Karşılıklı Hakaret Müessesesi", **Adalet Dergisi**, Yıl: 43, Sayı:6, Ankara, s. 811.

⁶¹⁷ Yenidünya-Alşahin, **a.g.e.**, s. 80.

⁶¹⁸ Sulhi Dönmezer, (2001), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Onaltıncı Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, s. 322.

⁶¹⁹ Özen, **a.g.e.**, s.39.

olmadığından böyle bir durumda bu madde uygulanamaz. Ancak mağdur sanığa dolaylı biçimde hakaret de bulunmuş olursa o zaman karşılıklı hakaret mevcut olur. Nitekim Yargıtay’da bir kararında⁶²⁰ “*bir kadına kocası hakkında söylenen tahkir edici sözlerin kocaya olduğu kadar kariya da hakaret teşkil edeceği ve karşılıklı hakaret olacağını...*” belirtmekle *dolayısıyla hakaretlerde de karşılıklı hakareti kabul etmiştir*⁶²¹.

Karşılıklı hakarete ilişkin bu maddenin uygulanabilmesi için tahkirler arasında bir oran bulunması zorunluluğu yoktur. Bunlardan birinin hakaret diğerinin sövme olması arasında fark bulunmadığı gibi, kullanılan sözcüklerin ifade ettiği tahkirin gerek kelimeler, gerekse ağırlık ve yoğunluk bakımından aynı olması da gerekmez. Bu nedenle bir kelimeyle yapılan hakarete karşı bir çok cümleden oluşan hakaretle karşılık vermek mümkün olduğu gibi değer yargısı bakımından birinin diğerinden daha ağır ya da yoğun olması da karşılıklılığı etkilemez. Nitekim Yargıtay da bir kararında “hakaretin karşılıklı olması için iki hakaretin aynı şekilde ve derece de olmasının şart olmadığını” belirtmiştir⁶²².

Hakaretin “karşılıklı” sayılması için söz konusu iki hakaret arasında bir ilişki ve **nedensellik bağı** olmalıdır. Yani, biri diğerinin sebebi, ötekinin de neticesi olmalıdır⁶²³. Buna göre ikinci hakarete ilk hakaretin sebebiyet vermiş olması gerekir⁶²⁴. İki hakaret arasında karşılıklılık unsuru yoksa bu madde uygulanamaz. Örneğin, failin ilk hakaretine kızmayıp daha önceden aralarında geçen başka bir sebepten dolayı hakaret eden kişi açısından hakaretin karşılıklı olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda hakaretler yakın zamanlarda olsa bile aralarında illiyet bağı bulunmadığından “karşılıklı hakaret” kabul edilemeyecektir.

İki hakaretin karşılıklı olması şartını arayan kanun, ikinci hakaretin “derhal” yapılma şartını aramamıştır. Bu sebeple karşılığın aynı zamanda ve derhal vukuu imkânsız olan hallerde aradan zaman geçmiş olması sebebiyle bu hükmün tatbikinden kaçınmak doğru değildir. Fakat iki hakaret arasında uzunca bir zamanın geçmiş olması

⁶²⁰ Yargıtay 4.C.D.nin 14/12/1949 tarih ve 12289/12826 E.K. sayılı kararı.

⁶²¹ Akgüner, **a.g.m.**, s. 812.

⁶²² Yargıtay 2.C.D. nin 26/10/1960 tarih ve 7391-9568 E.K. sayılı kararı, Çetin, **a.g.e.**, ss.123-124.

⁶²³ Soyaslan, **a.g.e.**, s.257.

⁶²⁴ Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, (1987), **Türk Ceza Hukuku Özel hükümler**, 5. Basım, Savaş Yayınları, Ankara, s. 553.

çoğu kez illiyet bağının bulunmadığına işaret edebilir⁶²⁵.

Karşılığın derhal verilmesi düşünülürse de illiyet bağının korunması kaydıyla engelin kalktığı ilk anda gerçekleşmesi yeterlidir. Yüze karşı hakaret durumunda dahi bu şekilde kabul edilmelidir. Zira çeşitli nedenlerle o anda karşılık verilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, bir toplulukta yapılan hakarete görgü kuralları gereği karşılık verilmemiş, “karşılık hakaret” dışarı çıkıldığında veya kalabalık dağıldığında yapılmış olabilir. Önemli olan makul sayılabilecek bir sürenin geçmesi ve illiyet bağının korunabilmesidir.

Aynı şekilde basın yayın yoluyla işlenen suçlarda karşılığın gerçekleşmesi yeni bir yayımı gerektirecek bu da doğal olarak o anda olamayacaktır. Hakaretin gıyapta gerçekleşmesi halinde de karşılıklı hakareten söz edilebilir. Ancak gıyapta hakarete hakaret öğrenilir öğrenilmez karşılık gerçekleştirilmelidir⁶²⁶.

Demek ki, bir kişinin yüzüne karşı olan hakaretlerde karşılık teşkil eden hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için mümkünse derhal, yüze karşı olmayan hakaretlerde ise karşılık hakaret öğrenildiğinde yapılması gerekir. Nitekim Yargıtay CGK bir kararında⁶²⁷, “*mağdurun bir gün sonra yaptığı hareketinin müstakil bir suç olduğuna ve bu hakaretin bir gün evvelki hakarete mukabele teşkil etmeyeceğine ve cezanın 485. madde ile ıskatına karar verilmesini yolsuz olduğuna*” karar vermiştir⁶²⁸.

Bu konuyla ilgili olarak aydınlatılması gereken bir başka sorun da bu maddenin uygulanabilmesi için, karşılıklı hakarete maruz kaldığını iddia eden tarafın dava açmış olmasının gerekip gerekmediğidir. Bu konuda öğreti ve uygulamadaki görüşler paralellik göstermekte olup dava açılmış olması gibi bir şart aranmamaktadır. Öğretiye göre, kanundaki düzenleme sadece tahkirlerin karşılıklı olmasını aramakta şikâyetlerin veya davaların karşılıklı olmasını şart koşmamaktadır. Yargıtay da “*karşılıklı hakaret hükmünün uygulanabilmesi için ... öteki tarafın dava açması zorunlu değildir*” diyerek belirtilen esasa uygun içtihatla bulunmuştur⁶²⁹.

Karşılıklı hakaret durumlarında tarafların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı

⁶²⁵ Erem - Toroslu, **a.g.e.**, s.553.

⁶²⁶ Arısoy, **a.g.e.**, ss.188-189.

⁶²⁷ Yargıtay CGK’nın 13/12/1948 tarih ve 4/202-220 E.K. sayılı kararı.

⁶²⁸ Dönmezer, **a.g.e.**, s.321.

⁶²⁹ Özen, **a.g.m.**, s. 41.

cezalandırılacaksa hangisinin cezalandırılacağı veya hangisinin cezasından indirim yapılacağı konuları hâkimin takdirindedir. Hâkim, somut olayın niteliğine göre takdir yetkisini kullanarak taraflardan her ikisi veya biri hakkında vereceği cezayı üçte birine kadar indirebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçebilecektir.

Hakaret suçunun karşılıklı işlenmesinde, ilk önce haksız bir fiil işleyen yahut hakaret edene karşı taraf tepki olarak hakaret etmişse, ikinci hakaret nedeniyle ceza indirimine veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Eğer haksız fiile maruz kalan kişi, duyduğu tepki sebebiyle sadece o an için hakaret etmekle kalmayıp, olayın devamında da hakarete bulunmayı sürdürmüşse, diğer tarafça yapılan karşılık hakaretin üçüncü fıkra içinde incelenmesi mümkün olabilecektir. Yargılamayı yapan hâkim somut olayın özellikleri ile hakaret fiillerinin icrasına kimin neden olduğunu incelemeli ve buradan ulaştığı sonuçlara göre kararını vermelidir⁶³⁰.

Karşılıklı hakaretin oluştuğu sonucuna varan hâkim mutlaka cezada indirim yapmak veya ceza vermekten vazgeçmek mecburiyetinde değildir. Eğer hâkim karşılıklı hakaret suçunu işleyenlerden yalnız bir tarafın cezasını indirecek veya bir kişiye ceza vermekten vazgeçecekse, bu kişinin ilk hakaret eden değil, uğradığı hakarete tepkide bulunarak hakaret eden karşı taraf olması gerekir. Bununla birlikte TCK'da hâkimin bu hükmü uygularken "olayın mahiyetine" bakması arandığından, eğer karşılık verenin hakareti ilk hakarete oranla daha ağır ise sadece ilk hakaret eden kişinin cezasında indirime gidilebilir veya bu kişiye ceza vermekten vazgeçilebilir⁶³¹.

4.3. ASKERİ CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK

4.3.1. Genel Olarak

1872 tarihli Alman Ask. CK'dan iktibas edilen, 22.05.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunumuzda da haksız tahrik kurumu cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmiş, fakat Türk Ceza Kanunundan farklı olarak her suçta uygulanabilir genel bir indirim nedeni olarak değil de ast tarafından işlenmiş belirli suçlar için indirim sağlayan bir sebep sayılmıştır.

Ask.CK.'daki haksız tahrik kurumunun 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde

⁶³⁰ Şen, **a.g.e.**, s. 573.

⁶³¹ Yenidünya ve Alşahin, **a.g.m.**, s. 81.

düzenlenmiş olan genel haksız tahrik kurumu ile düzenleniş şekli ve içeriği yönünden aralarında önemli farklılıklar mevcuttur⁶³².

Askeri Ceza Kanununda haksız tahrik kurumu TCK’da olduğu gibi genel hükümler arasında değil “Askeri İtaat Ve İnkıyadı Bozan Suçları” düzenleyen 3. babın 5. faslının, “Tahrik Suretiyle Madunun Yaptığı Suçlar Hakkındaki Cezaların Nasıl İndirileceği”ni düzenleyen 92. maddesinde düzenlenmiştir.

Askeri Ceza Kanununun 92. maddesine göre;

“Bir amir veya mafevk (üst), askeri nizamla ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam ve mevkiinin salahiyetini tecavüz etmek suretleriyle madunu (astını) 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 51. maddesine göre madunun (astın) cezası hafifletilir.

Birinci fıkradaki tahriki yapanlar, tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır.”

Görüldüğü üzere As.CK. 92. maddesindeki hüküm, haksız tahrik sebebiyle astın işlediği bazı suç türlerinde cezanın indirim şart ve şekillerini öngörmüştür.

Öğretide As. CK.nun 92/1. maddesinde, 765 sayılı TCK’nın 272, 462 ve 485 maddelerinde olduğu gibi belirli suçlar hakkında uygulanabilen özel bir haksız tahrik hükmüne yer verildiği belirtilmektedir⁶³³.

Maddenin düzenleniş gerekçesi konusunda öğretide maddenin, “Türk Silahlı Kuvvetleri’ndeki disiplin anlayışının bir gereği ve hiyerarşi arası ilişkilerde, bazı suç türlerinin karakteri de göz önüne alındığında durumun gerektirdiği zaruretin bir sonucu olarak düzenlendiği” ifade edilmiştir.

TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik kurumu için açıkladığımız genel şartlar, bir kaç farklı düzenleme hariç, AS. CK’nın 92.maddesi için de geçerlidir.

Maddenin uygulanma koşullarına geçerek;

⁶³² Duran **a.g.e.**, s. 273.

⁶³³ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 73.

4.3.2. Üstün Haksız Bir Fiille Astı Tahrik Etmesi

Maddenin uygulanmasının ilk şartı, bir amir veya üstün askeri kurallara aykırı hareket etmek veya makam ve mevkiinin yetkisini aşmak suretleriyle astını tahrik etmesidir.

Bu fiil, 92. maddede “askeri nizamlara ve askeri kaidelere aykırı muamele” şeklinde belirtilmiştir. Burada kanunlara, genel emirlere, nizamnamelere, talimatnamelere, askeri örf ve adete aykırı olarak gerçekleştirilen fiiller kastedilmektedir⁶³⁴.

Bu fiilin mutlaka faile yönelik olması gerekmez, failin arkadaşına, yakınına, üstüne yönelebilecek fiiller de tahrik kapsamında değerlendirilir. Nitekim Askeri Yargıtay, 20.11.1958 tarih ve E:58/3277, K:58/4361 sayılı kararında; *“tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın nefesine veya akrabasına karşı tevcihi şart olmayıp, herhangi bir şahsa karşı vukuu da insanda elem ve teessür uyandırabileceğinden, sanığın bu tesir altında hareket ettiğinin mahkemece kabulü halinde haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğine”* karar vermiştir.

Maddenin özel kısımda düzenlenmesi ve maddede belirli suçların sınırlı olarak sayılması sebebiyle, As.CK 82-91 maddelerde sayılan suçlar dışında askeri mahkemelere görülen suçların faillerini haksız tahrik indiriminden yararlanıp yararlanmayacağı konusu öğretide tartışma konusu olmuştur.

Askeri Yargıtay da bir içtihadında⁶³⁵ “As.C.K.da haksız tahrik halinin yalnız 92. madde de yazılı hallere ve suçlara münhasır olarak kabul edilemeyeceğine, bunun dışında bir üst veya amirinin haksız bir tahriki neticesinde ruhunda husule gelen gazap veya şedit bir elemin tesiri ile herhangi bir suç işleyen ast hakkında da TCK. 51. maddesinin uygulanmasının gerektiğine” yerinde olarak karar vermiş ve zaman içerisindeki aynı doğrultudaki kararları ile bu uygulamaya istikrar kazandırmıştır⁶³⁶.

Askeri Yargıtay’ın “Ask. CK.nın 92. maddesinde yazılı şartlar dışında kalan diğer hal ve hadiseler sebebiyle kanuni şartlar mevcut ise TCK’ daki genel haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği” yönündeki içtihatları kökleşmiş vaziyettedir.

⁶³⁴ Cihan Koç, (2005), **Askeri Ceza Kanun ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu**, Ankara, s. 465 vd.

⁶³⁵ Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 19.03.1965 tarih ve 32/41 E.K sayılı kararı.

⁶³⁶ Duran **a.g.e.**, s. 274.

Ask. Ceza Kanunun 92. maddesindeki haksız tahrik hükmünden astın yararlanabilmesi için fiilin “üst” tarafından işlenmesi gerekmektedir. Tahrik fiili ast tarafından islenip üst suç islerse 92. maddenin uygulanma kabiliyeti kalmayacağından bu durumda genel hüküm olan TCK m.29 uygulanır. Üst ve amirin tahrik fiilinin askerlik hizmeti ve işlemleri ile alakası yoksa, örneğin karısına, kızına ve namusuna yönelik sözler sarf etmesi halinde yine genel haksız tahrik hali olan TCK m. 29 uygulanmalıdır⁶³⁷.

Ask. CK.nın 92.maddesi “astın üste karşı işlemiş olduğu suçlarda” uygulanır. Askeri Ceza Kanununda üstün asta karşı işlemiş olduğu fiiller için özel bir haksız tahrik hükmü düzenlenmediği gibi, astın tahriki sonucu suç işleyen üst ile ilgili suç sınırlaması da bulunmamaktadır. 92. madde kapsamında kalan bu tür durumlarda genel haksız tahrik hükmü olan TCK. m.29 uygulanmalıdır.

Hükmün uygulanabilmesi için üstün fiili “haksız” olmalı, ast bu haksız fiil sebebiyle üste yönelik belirtilen suçlardan birisini işlemiş olmalıdır. Askeri Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında; “vazifesi gereği haklı bir sebebe dayanarak müdahalede bulunan çavuşun bu hareketinde haksız tahrik halinin olmadığına”, “tazip maksadına matuf olmayan, sırf sanığı hizmete sevk etmek istemekten ibaret olan üstün kolundan tutup sarsma hareketinin sanık açısından haksız tahrik olarak kabulüne imkan olmadığına” ve “görev gereği olarak yapılan hareket veya söylenen bir sözde tahrik unsurunun bulunmadığına” dair kararlar vermektedir⁶³⁸.

4.3.3. Astın Kanunda Sayılan Suçlardan Birini İşlemesi

Maddenin uygulanmasının ikinci koşulu, astın belirtilen tahrik sebebiyle üstüne karşı As.C.K’nın 92. maddesinde sayılan suçlardan birini işlemesidir. Maddede sayılan suçlar, “askeri itaat ve inkıyadı bozan” ve “sırf askeri suç” niteliğinde olup şunlardır:

Md. 82- Amire Ve Üste Hürmetsizlik ve Tehdit

Md. 83- (Mülga) Bilerek Doğruyu Söylememek

Md. 84- Yalan Yere Veya Usulsüz Şikayet Etmek

Md. 85- Amir veya Üste Hakaret Etmek

⁶³⁷ Sahir ERMAN a.g.e., s. 228

⁶³⁸ İzmir a.g.e., s. 95

Md. 86- (Mülga) İtaatsizlik

Md. 87- Emre İtaatsizlikte Israr

Md. 88- Silahlı İken veya Hizmetten Savuşmak İçin Yapılan İtaatsizlik

Md. 89- Büyük Zararlar Veren Emre İtaatsizlik

Md. 90- Amir veya Üste Mukavemet

Md. 91- Amir veya Üste Fiili Taarruz

Maddenin uygulanması için astın üstüne karşı yasada tek tek sayılan bu suçlardan birini işlemiş olması gerekir. Maddenin bu düzenlenmiş şeklinden TCK'daki düzenlemenin aksine, haksız tahrikin bazı suçlarda özel neden olarak düzenlendiği açıklanmıştır. Bu durumda As.CK.da 92. maddenin özel bir haksız tahrik hali olduğu söylenebilir.

Genel haksız tahrik hükmünün şartlarından olan astın hiddet veya şiddetli eleme kapılması hali burada düzenlenmemiştir. Ancak, astın tahrike kapılmasından, TCK'da olduğu gibi hiddet ve şiddetli eleme kapılması yani buhran hali anlaşılmalıdır. Tepki fiilinin işlenmesi faildeki hiddet veya şiddetli elemin sonucu olmalıdır.

Bununla birlikte madde metnindeki tahrik sonucu işlenen tepki suçunun “hemen” işlenmiş olması şartı askeri disiplinin hemen sağlanabilmesi ve astın öfkesinin devam etmesine önem verilmediğinin amaçlandığını gösterir⁶³⁹.

Askeri Yargıtay madde metnindeki bu düzenlemeyi esas alarak önceki kararlarında failin suçu “hemen” (haksız tahrik fiilini takiben aradan zaman geçmeden) işlemesi gerektiğine karar vermekte, bu husus Yargıtay ile Askeri Yargıtay arasında içtihat farklılığına yol açmaktaydı. Ancak daha sonra Askeri Yargıtay tutumunu değiştirerek sonraki kararlarında “hemen” teriminden arada zaman aralığı bulunmaması gerektiği şeklinde anlam çıkartılmaması gerektiğine, 92. maddede yer alan “hemen” sözcüğünün, kanunun genellik prensibine de uygun olarak “psikolojik buhran halinin devam ettiği süre içinde ve buhran hali sona ermeden” anlamında yorumlanması icap ettiğine” doğru olarak karar vermiştir⁶⁴⁰.

Bu madde dışında kalan suçlarda haksız tahrikin nasıl uygulanacağı konusunda

⁶³⁹ İzmir a.g.e., s. 93.

⁶⁴⁰ Duran, a.g.e., s. 288.

As.CK. 44. maddesi önem taşır. Bu maddeye göre; “cezaya ehliyet veren ve bunu kaldıran veya hafifleten sebeplere dair TCK. 1. kitabının 4. babında yazılı hükümler, bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askeri cezalar hakkında da mer’idir.” Böylece As.CK.’nın 92. maddesi kapsamın dışında kalan diğer askeri suçlarda TCK’nın 29. maddesi uygulanacaktır⁶⁴¹.

Askeri Yargıtay’da bu görüş doğrultusunda verdiği kararlarında; “As.CK. 92. maddesinde yazılı suç işlendiğinde, bu madde delaletiyle TCK’nın 51. maddesi uygulanacak, bu maddede gösterilmeyen bir suç işlendiği takdirde ise, As. CK’nın 44. maddesindeki atıf dolayısıyla yine TCK 51. maddesi uygulanacaktır.” demektedir

Gerek Ask.CK’nın 92. maddesinde yazılı suçlarda, gerekse bu madde kapsamı dışındaki askeri suçlarda TCK’nın 29. maddesi uygulanacağından artık As. CK.’nu 92. maddesinin pratikte bir yararı olmadığı açıktır. Bu sebeple **kanaatimizce** Ask. CK’nın 92. maddesindeki özel düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Zaten 81 yıl önce yürürlüğe giren, (1930 tarihli) Askeri Ceza Kanunu günümüz ihtiyaçlarına cevap veremez durumdadır. Başta 5237 sayılı TCK olmak üzere, son yıllarda yürürlüğe giren yeni yasal düzenlemelere uygun ve çağdaş biçimde yeni bir Askeri Ceza Kanunu hazırlamalı ve 92. maddedeki gibi ast tarafından işlenen belirli suçlara özgü haksız tahrik hükümlerine yer verilmemeli, bu konuda Türk Ceza Kanunu genel hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmelidir.

4.4. ADLİ PSİKİYATRİ AÇISINDAN HAKSIZ TAHRİK

Haksız fiil sonucu failde hiddet veya şiddetli elemin meydana gelip gelmediğini, meydana gelmişse bunun ağırlığı ve oranını tespit edecek olan yargılamayı yapan hâkimdir. Ancak haksız tahrik kavramı incelendiğinde bu kavramı oluşturan unsurların büyük bir kısmının tıp ilmini ilgilendirdiği görülür.

Dünya Sağlık Örgütü’nün kabul ettiği hastalıklar sınıflandırmasında yer alan ve “Durumsal Büyük Stress Reaksiyonları” adı verilen strese bağlı hastalıklar grubundaki rahatsızlıklar, tahrik kavramı ile yakından ilişkilidir. Zira, organizmanın normal dengesini bozabilecek her türlü ruhsal ve fiziksel olaya stres adı verilmektedir. Bu tanım karşısında tahrik ve stres kavramının yakınlığı açıktır. Bu gibi stres ve panik

⁶⁴¹ Duran **a.g.e.**, s. 275.

durumlarında kişinin yıllardır korumakta olduğu dengesi bozulabilir ve kişi öyle eylemlerde bulunur ki bunların bazıları suç teşkil edebilir⁶⁴².

Çevresel şartlardan kaynaklanan ve kişilik bozukluklarından biri olarak benimsenen “Büyük Stres Reaksiyonuna” göre kişi normal hayatını sürdürmekteyken araya giren ve kişinin o zamana kadar gösterdiği kişilik organizasyonunu, huzur ve emniyetini tehdit edici hareketler karşısında farklı tepkiler verebilmektedir. Sosyal bir çevre içinde yaşayan her insanın belirli olaylar karşısında bir “yıkılma noktası” vardır.

Adli Tıp Raporlarında failin psikiyatrik muayenesi neticesinde kişilik yapısı, yetiştiği ve bulunduğu sosyal çevre, öğrenim durumu, ruhsal durumundaki değişikliğe neden olan etkenler, kendi açısından duygusal önem taşıyan kavramlar, failin streslere karşı yıkılma noktası, tahrik fiiline karşı dayanma gücü ve hiddet veya şiddetli elem sırasındaki cevap tarzının suç konusu olayın değerlendirilmesinde göz önüne alındıktan sonra karar verilmesi gerektiği açıklanmıştır. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır⁶⁴³.

Bazı adli tıp psikiyatrilere göre gelişen ceza hukuku ve modern tıp anlayışı karşısında tahrikin tespiti hâkime ait olmamalıdır. Çünkü ortada suç işleyen ve işlediği suça kişilik özelliklerini katan bir fail vardır. Hangi olayın hangi kişi için duygusal yük oluşturduğunun tayini ve bunun sonucu olarak tahrikin kabulü hâkimden çok hekimi ilgilendirir⁶⁴⁴.

Adli tıp psikiyatrilерinin bu görüşüne karşın hâkim-savcılar ise kusur yeteneği hususunda düzenlenen psikiyatri bilirkişi raporlarını rahatsız edici bir element olarak görmekte ve “hukukun psikiyatrilleşmesi”ni ciddi biçimde eleştirmektedirler⁶⁴⁵.

Kanaatimizce haksız fiil sonucu failde hiddet veya şiddetli elemin meydana gelip gelmediğini, meydana gelmişse bunun ağırlığı ve oranını tespit edecek olan yargılamayı yapan ve delilleri değerlendiren hâkimdir. Bu konuda gerek görülen hallerde psikiyatrilerden bilirkişi olarak yararlanılması mümkün ise de “tahrikin kabulünün hâkimden çok hekimi ilgilendirdiği” şeklindeki bir kanaate katılma imkanı yoktur. İşin psikolojik yönü olmakla birlikte bir olayda tahrikin olup olmadığı hukuki veya tıbbi değil, maddi bir meseledir. Böyle bir meseleyi hekime havale etmek hekime

⁶⁴² İzmir a.g.e., s. 97.

⁶⁴³ Duran a.g.e., s. 64.

⁶⁴⁴ Kriton Dinçmen (1984), *Tahrik Kavramının Adli Psikiyatri Açısından İncelenmesi*, İstanbul, s. 88.

⁶⁴⁵ Schreiber Hans-Ludwig (Çeviren Doç.Dr. Yener Ünver) (2004), *“Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, Tıp Ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Türkiye Cumhuriyeti’nin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara, ss. 11-25.

hâkimlik görev ve yetkisi vermek olur. Diğer taraftan bu konu, “çözümü, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir hal” niteliğinde olmadığı için, maddi gerçeğe ulaşma amacıyla yürütülen ceza muhakemesinde maddi bir vakıa ile ilgili bilirkişi incelemesi yaptırılmasının Ceza Muhakemesi Kanununa uygun düştüğü de söylenemeyecektir. Zira, CMK’nın 63/1. maddesine göre “hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.” Olayda haksız bir fiil olup olmadığını, ifadelerde bahsedilen olay veya olayların failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirip getirmediğini tespit edecek olan, ifadeleri alan, kovuşturmayı yapan ve olaya tüm yönleriyle vakıf olan hâkimdir. Hâkim, maddi olayın özelliklerini ve failin ruhsal ve psikolojik durumunu göz önünde bulundurarak, maddi duruma, fiile ve olaya ilişkin olan haksız tahrikin olup olmadığını ve varsa derecesini tayin edecek, yasanın kendisine verdiği yetkileri kullanarak cezanın kişiselleştirilmesini ve suçlunun kişiliğine uydurulmasını sağlayacaktır.

Askeri Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında şöyle demektedir; “...*haksız tahrikin tespiti tamamen fiili bir durum olup, mahkemenin mutlak takdirine aittir. Bu nedenle sanığın buhran halinin devam edip etmediğinin bir hekim tarafından tespit yoluna gidilmesi usulsüzdür*⁶⁴⁶.”

Haksız tahrikin kabulünün hâkimden çok hekimi ilgilendirdiği görüşü gibi bilirkişiden yararlanılamayacağı ya da mutlaka bilirkişiden yararlanılması gerektiği şeklinde kesin kural koymak da doğru değildir. Hâkimin delilleri topladıktan sonra failin psikolojik durumuna ilişkin bir değerlendirme yapamadığı, failin psikolojik durumu ve etkisi altında kaldığı tahrik konusunda tereddüt ettiği özel durumlarda istisnaen bir bilirkişiden görüş alınabilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu durum sadece failin psikolojisine ilişkin bilirkişi raporuyla sınırlı olmalıdır⁶⁴⁷.

4.5. HAKSIZ TAHRİK KONUSUNDAKİ ELEŞTİRİLER VE AYM’ NİN

HAKSIZ TAHRİK KONUSUNDAKİ KARARI

Haksız tahrik kurumu, töre ve namus cinayetlerini beslediği, kadına karşı işlenen şiddet suçlarını meşrulaştırdığı, ilkel düşünciyi destekler hale geldiği, maddenin konulma amacına aykırı biçimde suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen

⁶⁴⁶ Askeri Yargıtay GK’nın 15.06.1962 tarih ve 505/35 E.K sayılı kararı (Duran **a.g.e.**, s. 53.)

⁶⁴⁷ Duran **a.g.e.**, s. 154.

fiillerden dolayı da faile haksız tahrik indiriminden yararlanma imkanı sağladığı, hemen hemen her suçta faillerin suçu tahrik altında işlediklerini ileri sürerek cezalarından indirim talep ettikleri, amacını aşar yaygınlıkta bir uygulamaya yol açtığı şeklinde eleştirilere uğramaktadır. Bu eleştirilerde doğruluk payı vardır.

Haksız tahrik indiriminin özellikle öldürme suçlarında yarattığı haksızlık halen üzerinde tartışılan bir konudur. Bugün öldürme suçlarına ilişkin davaların yüzde kaçında haksız tahrik indirimi uygulandığı konusunda istatistiki bilgi vermek mümkün değil ise de bu oranın çok yüksek olduğu kesindir. Burada en büyük sorun haksız tahrik indiriminden yararlanan ile yararlanmayan failer arasında cezanın infazındaki süreler açısından adil olmayan bir orantının olmasıdır.

Gerçekten haksız tahrik altında kasten adam öldüren fail (m.81,29) 18 yıl hapis cezası alırken, bu indirimden yararlanamayan fail müebbet hapis cezası almaktadır. 18 yıl ceza alan kişi 12 yılını infaz kurumunda geçirirken müebbet hapis cezası alan kişi 24 yılını infaz kurumunda geçirmektedir.(5275 sayılı CGTİHK m.107/2). Aradaki kat tam bir kat olup basit bir hareketin muhatabı olan sanık, diğerine göre 12 yıl erken tahliye olmaktadır⁶⁴⁸.

Yine 4 yıl hapis cezasını gerektiren bir eylemde, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere TCK'nın 29. maddesi ile $\frac{3}{4}$ oranında indirildiğinde ceza birden bire 1 yıla düşmektedir. Haksız tahrik kabul edilmeyen bir durumda bu sanığın cezaevine gireceği muhakkak iken, bu maddenin uygulanması ile şartları varsa paraya çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi tüm müesseseler de uygulanabilir hale gelmekte ve neticede tahrikin uygulanması ile uygulanmaması arasında çok büyük bir fark ortaya çıkmaktadır. Mağdurun bir yanlışının neticeye bu derece tesir etmesi tartışılması gereken bir durumdur. Yeni TCK ile ağır tahrik-hafif tahrik ayrımını kaldırılmasının, azami indirim oranının $\frac{2}{3}$ 'ten $\frac{3}{4}$ 'e çıkarılmasının ve hâkimin takdir yetkisinin genişletilmesinin müessesenin sakıncalarını daha da artırdığı görülmektedir.

Otacı bu durumu şu sözlerle açıklamaktadır⁶⁴⁹:"Haksız tahrik, Türk Ceza Hukuku uygulamasının, özellikle de öldürme suçlarının kanayan yarasıdır. Bir tarafta

⁶⁴⁸ Cengiz Otacı, (Kasım 2009/11-71), Öldürme Suçunun Cezası Nedir?, **Güncel Hukuk Dergisi**, s. 39.

⁶⁴⁹ Otacı, **a.g.e.**, s. 39

yaşam hakkının kutsallığı ve dokunulmazlığı diğer tarafta ise basit bir tahrik/kışkırtma nedeni ile infazda yarıya varan indirim". Bu sözlere katılmamak mümkün gözükmemektedir⁶⁵⁰.

Doğubayazıt Ağır Ceza Mahkemesinde haksız tahrik altında kasten adam öldürme suçundan sanıklar hakkında açılan bir davada, 26.9.2004 günlü oturumda bu konu gündeme getirilerek; 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinin, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırılığı savıyla iptali isteminde bulunmuş ise de, AYM "Anayasa'daki temel ilkelere aykırı olmamak koşuluyla suçlular ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak yasa koyucunun yetkisi içinde kalmaktadır. Anayasa'da ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür bir ceza verileceği, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler ile cezalardan yapılacak indirim veya artırım oranları gibi konularda bir kural konulmamış, bunların saptanması yasa koyucuya bırakılmıştır. Yasa koyucu da haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç işleyenlerin cezasında maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür. Bu nedenle TCK'nın 29. maddesi Anayasaya aykırı değildir" şeklinde karar vermiştir⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Duran **a.g.e.**, s. 280

⁶⁵¹ AYM.nin 19.02.2009 tarih ve 2007/91 E. 2009/25 K. sayılı kararı

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

“Ceza Hukukunda Haksız Tahrik” konulu tezimizde doktrindeki görüşlerden ve Yüksek Mahkeme İçtihatlarından da yararlanarak “haksız tahrik” konusunu tüm yönleriyle açıklamaya ve incelemeye çalıştık.

Bu çalışma neticesinde sonuç ve değerlendirme olarak şunları söyleyebiliriz:

Ceza hukuku, ilkel dönemin netice sorumluluğuna dayanan sert ve ağır cezalandırma sistemlerinden, kusur sorumluluğu ilkesine dayanan daha yumuşak ve insancıl cezalandırma yöntemlerine doğru bir gelişim göstermiştir. Günümüzde modern ceza hukukunda cezalandırmada benimsenen ölçü failin kusuru ölçüsünde cezalandırılmasıdır. Bu gelişimin bir sonucu olarak, kanun koyucu bazı koşullarla ceza sorumluluğunda failin kusurluluğunu azaltan indirim kurumları benimsemiştir. Bugün haksız tahrik, uygulamada en çok karşılaşılan indirim kurumlarından biri olarak ceza hukukundaki yerini almıştır.

Modern ceza hukuku, suçun oluşabilmesi için failin sadece kanunda belirtilen fiili işlemini değil, suça etki eden nedenleri ve kişinin davranışlarının yegâne kaynağı olan insan ruhunu da dikkate alır. Aksinin kabulü sosyal bir varlık olan, toplum içerisinde yaşayan ve diğer insanlarla sürekli etkileşim içerisinde bulunan, aynı zamanda psikolojik bir yönü de olan insanı, dış etkenlerin tesirinde kalmayan ve bu nedenlerden hiç etkilenmeyen bir varlık olarak kabul etmek, manevi ve psikolojik yönünü tamamen inkâr etmek anlamına gelecektir.

Modern ceza hukukunun insan psikolojisine verdiği değerin sonucu olarak, dıştan gelen bir etkinin kişiyi sürüklediği ruhsal duruma hukuken değer verilmesi sonucu, haksız tahrik altında suç işleyen failin cezası indirilmektedir. İşte “haksız tahrik” ceza hukukunda bu felsefi anlayışın kurumsal kimliğe bürünmüş en önemli şekillerinden birisidir.

Haksız tahrikin ceza sorumluluğunu hafifleten bir mazeret sebebi sayılmasının nedeni, onun etkisiyle, irade serbestîsinin zaafa uğramasıdır. Tahrike maruz kalmış şahsın, onu husule getiren fiile karşı sabır ve tahammül göstermesi lazım gelirken, harekete geçerek, bir suç işlemesi dolayısıyla, cezai sorumluluğu vardır. Ancak tahrik, failin tahammül ve mukavemet kudretini kırmış ve hiddet veya şiddetli elem hali oluşturarak iradesini sarsmış bulunduğu için, bu kişinin soğukkanlılıkla suç işleyen kimseler derecesinde sorumlu tutulması çağdaş ceza hukuku prensipleri ile bağdaşmaz.

İşte bu düşünceler ışığında kaleme alınmış olan ve TCK’da genel bir hafifletici sebep olarak düzenlenen haksız tahrik kurumu, failin haksız fiilin doğurduğu hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek haksız fiilde bulunan kişiye karşı bir suç işlemesidir. Diğer bir deyişle haksız bir fiil sonucu hiddet ve şiddetli eleme kapılan failin bu hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlemiş olduğu suçun cezasının kanunda belirtilen oranlar dâhilinde indirilmesidir.

Genel olarak “insan psikolojisindeki ‘buhran’ haline hukuki neticeler tanınması” olarak ifade edilebilecek olan, doktrinde “hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen suçta kusur yeteneğinin azalması” olarak tanımlanan haksız tahrik müessesesi 5237 sayılı Y. TCK’nın 29. maddesinde düzenlenmiştir. Haksız tahrik hali kusurluluğu azaltan, fakat tamamen ortadan kaldırmayan bir neden olarak cezayı hafifleten bir sonuç doğurduğundan TCK’nın 29. maddesi failin cezasının belirli oranlarda indirilmesini düzenlemektedir.

Haksız tahrik cezanın kişiselleştirilmesinde ve suçlunun kişiliğine uydurulmasında önemli araçlardan birisidir. Zira çağdaş ceza kanunları sadece işlenen fiili soyut olarak ele almaz, aynı zamanda failin psikolojik ve ruhsal hallerine de önem vererek suça etkisini değerlendirmeye tabi tutarlar.

Ancak ceza hukuku her hiddet halini indirim nedeni olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle de haksız tahrikin kusur yeteneğini azalttığını kabul edebilmek için bunun haksız bir fiilden kaynaklanması zorunludur.

Haksız tahrik halinde failin kınanabilirliği normal kişilere göre daha azdır. Zira, tahrik halinde kişi bir heyecan hali olan öfke veya elem durumları içerisine girmektedir. Bu psikolojik hal kişinin muhakeme ve irade yeteneğine etki ederek bu yeteneklerin zayıflamasına sebebiyet vermektedir. Bu durumda kişi normal zamanlarındaki davranışlarından daha farklı ve sağlıksız kararlar verebilmektedir. Bu durumda bulunan bir kişiye içinde bulunduğu bu psikolojik hali göz önüne almadan cezai müeyyide uygulamanın adil olduğu söylenemez.

Diğer taraftan haksız tahriki dikkate almayan bir uygulama faili tahrik eden kimsenin suçun işlenmesine etki veya katkısını göz ardı etmek olurdu. Gerçekten mağdur hukuka aykırı bir hareketiyle failin öfkelenerek harekete geçmesine sebep olmuş, böylece failde kusurluluğunun derecesi azalmıştır. Bütün bunları dikkate alan

kanun koyucu haksız tahrik halinde failin cezasından bir miktar indirim yapılmasını kabul etmiş, kimi hallerde de ceza vermenin gereksiz olduğu düşüncesiyle ceza verilmeyeceğine dair düzenlemeler yapmıştır.

Ancak bunun için haksız tahrikin tüm unsurları itibariyle oluşması gerekmektedir. Buna göre; haksız tahrikten bahsedebilmek için mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiil olmalı, tahrik teşkil eden bu fiil failde hiddet veya şiddetli eleme neden olmalı ve fail tahrikin etkisi altında bir tepki suçu işlemiş olmalıdır.

Ortada faili tahrik edici haksız bir fiil bulunmadığı hallerde kişi herhangi bir sebeple öfke veya elem halinde bulunsu bile haksız tahrikten bahsetmek söz konusu olamayacaktır. Yine tahrik mevcut olup ta, kişide hiddet veya şiddetli elem doğuracak ölçüde değilse unsurları gerçekleşmediğinden haksız tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması mümkün olmayacaktır. Diğer şartlar mevcut olsa bile fail tahrikin etkisi altında bir tepki suçu işlemiş değilse, ortada nedensellik bağı veya tepki suçu yok ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yine mümkün olmayacaktır. Kısacası haksız tahrik dolayısıyla failin cezasından indirim yapılması tahrikin bütün unsurları itibariyle mevcudiyetine bağlıdır.

Öğretideki bir başka şart olarak ileri sürülen "*suç ile haksız tahrik fiili arasında bir oran bulunması*" koşulu kanaatimizce yasal ve yerinde değildir. Zira haksız tahriki oluşturan fiil ile tepki arasında bir oran bulunması gerekli değildir. Kanun koyucu da bu konuda bir hükme yer vermemiş ve böyle bir şart aramamıştır.

765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde, 5237 sayılı TCK'nın da 29. maddede düzenlenen "haksız tahrik" her iki yasada da genel hükümler içerisinde düzenleme alanı bulmuştur. Her iki kanunda da haksız tahrik kurumu genel, yasal ve cezai sorumluluğa etki eden ve azaltan bir neden olarak yer almıştır.

Ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olan haksız tahrik yasal ve genel bir indirim nedenidir. Zaten haksız tahrikin kusuru azaltan etkisi kabul edildikten sonra, artık bazı ülke kanunlarında olduğu gibi suç ve şahıslar bakımından sınırlandırılarak uygulanması hukuki niteliğe uygun düşmezdi.

Kurumun genel niteliği, hem fiil hem de fail yönünden geçerlidir. Fiil yönünden genelliği, belli suçlara münhasır olmayıp şartlarının mevcudiyeti halinde tüm suçlar yönünden uygulama alanı bulması şeklinde ifade edilebilir. (Ancak korku, kaygı

veya panik yaratabilecek şekilde silahla ateş etme, yağma, zorla ırza geçme, ruhsatsız silah bulundurma ve taşıma gibi suçlarda, yapısı ve niteliği itibarıyla haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Gerçekten de, bahsedilen suçlarda tahrike yol açtığı iddia edilen haksız fiillerle işlenen bu suçlar arasında illiyet bağı olmadığı gibi, bunları “tepki suçu” olarak nitelendirme imkanı da yoktur.) Fail yönünden genelliği ise sıfatına bakılmaksızın herkes hakkında uygulanabilirliğini ifade etmektedir. Yasal olması, takdire bağlı olmamasını yani şartlarının bulunması halinde hâkim tarafından uygulanmasının zorunlu olmasını ve resen araştırılması gerektiğini belirtmektedir.

5237 sayılı düzenleme ile getirilen en önemli yenilikler; ağır ve hafif tahrik ayrımının kaldırılmış olması, indirim oranlarının yeniden düzenlenmiş olması ve “haksız tahrik” kavramı yerine “haksız bir fiil” kavramının kullanılmış olması şeklinde özetlenebilir.

Ağır ve hafif tahrik ayrımının kaldırılmış olması nedeniyle yargılamayı yapan hâkime aşağı ve yukarı sınırlar arasında tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi saptayabilme konusunda daha geniş takdir yetkisi verilmiş, buna paralel olarak indirim oranları da yeniden düzenlenmiştir. Hâkim cezanın indirilmesinde tahrikin yoğunluğunu, derecesini ve etkisini kendisi belirleyerek kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar içerisinde bir oranda indirim yapabilecektir. Bu düzenleme çeşitli yönlerden eleştirilse de kanaatimizce yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira hafif ve ağır tahrik ayrımının bulunduğu dönemde bu husus Yargıtay tarafından incelenmekte, çok sayıda karar sırf bu nedenle bozulmakta ve yargılamaların uzamasına sebebiyet verilmekteydi. Yeni düzenleme ile ağır tahrik ve hafif tahrik ayrımının kaldırılarak hâkime daha geniş takdir hakkı tanındığından bu husustaki bozmalar önceki düzenlemeye oranla azalmıştır. Delillerle temas etmeden sadece evraklar üzerinden değerlendirme yapmak, çoğu zaman suça etki edecek birtakım unsurların değerlendirme dışı bırakılmasına neden olabilmektedir. Bu yönüyle de bu konudaki Yargıtay denetiminin azalmasına ve yargılamanın hızlandırılmasına sebep olan bu düzenlemenin daha hakkaniyetli sonuçlara ulaştıracağını düşünmekteyiz.

5237 sayılı yeni TCK ile getirilmiş olan başka bir değişiklik de, “gazap veya şedit elem” tabirinin yerine “hiddet veya şiddetli elem” tabirlerine yer verilmesi ve

hiddet veya şiddetli elemin “haksız bir fiil” sonucu ortaya çıkması gereğidir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı gerekçede “Ülkemizde özellikle ‘töre veya namus cinayeti’ olarak adlandırılan akraba içi öldürme olaylarında haksız tahrik indiriminin yanlış şekilde uygulanmasının önüne geçmek” şeklinde açıklanmıştır.

Bu sebeple bir suçun mağduruna yönelik olarak “töre saikiyle” adeta bir görevin gerçekleştirilmesi şeklinde gerçekleştirilen suç konusu fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. *"Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir.* Bu nedenle yeni yasada “haksız bir tahrik” yerine “haksız bir fiilin” teriminin kullanılmasını daha uygun buluyoruz.

Kanunumuz buhran deyimini esas almakla beraber, buhran haline sadece öfke değil, aynı zamanda elemin de yol açabileceği düşüncesiyle suçun “hiddet veya şiddetli elemin” tesiri altında işlenmesinden söz etmiştir. Gerçekten “*derin bir teessüre kendisini kaptırmış bir kimsenin düşünce safhasından elem safhasına geçmesi imkânsız olmadığından*” kanunumuzda “şiddetli elem” terimine yer verilmesi uygulamada duraksamalara meydan bırakmaması açısından da uygundur.

Ceza kanunun temel ilkesi olan “şüpheden sanık yararlanır” kuralı gereğince, Yüksek Mahkemenin, “*ilk haksız eylemin kimin tarafından başlatıldığıнын tespit edilemediği karşılıklı kusurlu olma durumlarında*” her iki failin haksız tahrik hükmünden yararlanabileceğine ilişkin kararları bizce de yerindedir.

Öğretide en çok tartışılan konulardan biri de taksirle işlenen suçlarda haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Tezimizde ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere, haksız tahrik kurumunun taksirli suçlarda uygulanabilmesine engel bir düzenleme bulunmadığına göre failin içinde bulunduğu psikolojik durumu esas alan ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir nitelikte bulunan bu kurumun taksirli suçlarda da uygulanabileceği, bu gibi hallerde failin haksız tahrik indiriminden yararlandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bir başka konu da, Yüksek Mahkemenin, Yerel Mahkemenin haksız tahrik konusundaki kararlarını denetleyip denetlemeyeceği meselesidir. Hâkim yasal bir

indirim nedeni olan haksız tahriki koşullarının oluşması halinde resen uygulamak zorundadır. Bu sebeple yerel mahkemelerin tahrikin varlığı ya da yokluğu konusunda verdikleri yanlış kararlara Yüksek Mahkemenin müdahale etmesinin adil ve yerinde olduğunu düşünüyoruz.

Sonuç olarak, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK'da da haksız tahrik, kusurluluğa ve dolayısıyla cezaya etki eden ve cezai sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kanunumuzdaki yerini almıştır. Haksız tahrikin varlığı halinde failin cezasından kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılacak ve ceza suçlunun kişiliğine uydurulmak suretiyle daha adil bir neticeye varılmış olacaktır.

Tez konumuzda ceza hukukunda sorumluluğa etki ederek cezanın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran haksız tahrik kurumunu eski ve yeni düzenlemeleri ile mukayese ederek, Yargıtay içtihatlarından da yararlanarak açıklamaya ve incelemeye çalıştık. Uygulamaya ve öğretiye az da olsa bir katkı sağlaması en büyük mutluluğumuz olacaktır.

KAYNAKÇA

- ABBAN, Hakan, (2001), “Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.
- AKBABA, Zeynep Burcu, (2008), “Töre Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 21, Sayı:75, Ankara.
- AKBULUT, İlhan, (2006), **Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul.
- AKGÜNER, Kemal, (1952), “Karşılıklı Hakaret Müessesesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 43, Sayı:6, Ankara.
- ALBAYRAK, Mustafa, (2009), **Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARISOY, Mine, (2009), “Hakaret”, **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı:72, Ankara.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, (2009), “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 4. Bası, Ankara.
- AYDIN, Devrim, (2003), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.
- AYDIN, Devrim, (2004), “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, Yıl:2004, Sayı:1 Ankara.
- AYDIN, M. Akif, (2005), **Türk Hukuk Tarihi**, Hars Yayıncılık, İstanbul.
- AYIK, İsmail Hakkı, (1952), “Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:1, Ankara.
- AYGÜN, A.Nevzat, (1986), “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:77, Sayı:4, Ankara.
- BAKICI, Sedat, (2000), “**Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**”, Adalet Yayınevi, Ankara.
- BAKICI, Sedat, (2007), “**5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**”, Adalet Yayınevi, Ankara.

- BARDAK, Cengiz, (1988), “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:79, Sayı:1, Ankara.
- BAŞAR, Nur, (1980), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:71, Sayı:3, Ankara.
- BAYRAKTAR, Köksal, (1977), “**Suç İşlemeye Tahrik Cürümü**”, Formül Matbaası, İstanbul
- CENTEL, Nur, Hamide, ZAFER ve Özlem, ÇAKMUT, (2005), “**Türk Ceza Hukukuna Giriş**”, Beta Yayınları, İstanbul.
- CENTEL, Nur Başar, (1982), “Haksız Tahrik”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Yıl:5., Sayı:3, İstanbul.
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, (1982), “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sayı:1, Ankara.
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, (1982), “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Meşru Müdafaa (Yasal Savunma) Üzerinde Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:73, Sayı:2, Ankara.
- ÇAM, Onur, (2008), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, **Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.
- ÇETİN, Erol, (2005), **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÇOLAK, Haluk, (2005), **Güncel Ceza Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara.
- DEMİR, Ali, (1986), “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, **Adalet Dergisi**, Yıl:77 Sayı:2 Ankara.
- DEMİRBAŞ, Timur, (1985), “**Türk Ceza Kanununda Özel tahrik Halleri**”, Üçdal Neşriyat, İstanbul.
- DEMİRBAŞ, Timur, (2009), “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, (1995), **Osmanlıca -Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitapevi Yayınları, Ankara.

- DİNÇMEN, Kriton, (1984), **Tahrik Kavramının Adli Psikiyatri Açısından İncelenmesi**, İstanbul.
- DURAN, Gökhan Yaşar, (2010), **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Legal Yayınları, İstanbul.
- DONAY, Süheyl ve Mahmut, KAŞIKÇI, (2005), **Türk Ceza Kanunu**, Beta Yayınları, İstanbul.
- DÖNMEZER, Sulhi, (2001), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- DÖNMEZER, Sulhi, (2003), **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- DÖNMEZER, Sulhi ve Sahir, ERMAN, (1994), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul.
- DÖNMEZER, Sulhi ve YENİSEY, Feridun. (1998), **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, İstanbul.
- ERCAN, İsmail, (2007), **Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler**, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, (2007), Malvarlığına Yönelik Saldırlara karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı, **DEÜHF Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir.
- EREL, Kemalettin, (2001), “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 92, Sayı: 6 Ankara.
- EREL, Kemalettin, (2001), “Kişilik ve Suç Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Failin Kişiliğinin Önemi”, **Adalet Dergisi**, Yıl:92, Sayı:7 Ankara.
- EREM, Faruk ve Nevzat, TOROSLU, (1987), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınları, Ankara.
- EREM, Faruk, (1943), “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, **Adliye Ceridesi**, Yıl:34, Sayı:8, Ankara.

- EREM, Faruk, (1945), “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1945, Sayı:4, İstanbul.
- EREM, Faruk, (1946), “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:37 Sayı:7, Ankara.
- EREM, Faruk, (1961), **Adalet Psikolojisi**, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
- EREM, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, (1997), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara.
- ERMAN, Sahir. (1983), **Askeri Ceza Hukuku** 7. Baskı, İstanbul.
- EROL, Haydar, (2005), **Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Yayın Matbaacılık, Ankara.
- EYÜBOĞLU, İsmet Zeki, (1991), **Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü**, Sosyal Yayınlar, İstanbul.
- GÖZTEPE, Ece, (2005), “Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, **TBB Dergisi**, Yıl: 18, Sayı: 59, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, (1952), “Kan Gütme Cürümleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:10, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, (1988), **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 5.bası Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.
- GÜNAY, Erhan, (2009), **Haksız Tahrik**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- GÜRELLİ, Nevzat, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl:25, Sayı:6, İstanbul.
- HAKERİ, Hakan, (2007), **Kasten Öldürme Suçları**, TCK 81,82,83 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- HAKERİ, Hakan, (2008), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- İSKENDER, Salih Zeki, (2009), “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:35, Sayı: 127, Ankara.
- İZMİR, Gökalep, (2007), “Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.

- KARAMAN, Hayrettin, (1974), **Mukayeseli İslam Hukuku**, İrfan Yayınevi, İstanbul.
- KAYA, Fahrettin, (2010), “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik” **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, Kütahya.
- KOCA, Mahmut, (2006), “Y.TCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara.
- KOCA, Mahmut ve İlhan, ÜZÜLMEZ, (2010), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- KOÇ, Cihan, (2005), **Askeri Ceza Kanun ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu**, Ankara.
- KONİ, Ekrem, (1938), “Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Yıl:12, Sayı:1, İstanbul.
- MALKOÇ, İsmail, (2004), **2004 Değişiklikleri ve İçtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu**, Malkoç kitapevi, Ankara.
- MERAN, Necati, (2002), “Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:28, Sayı:108, Ankara.
- MERAN, Necati, (2008), **Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- METİNER, Haydar ve E. Ahsen, KOÇ, (2008), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, Yorum Basın Yayın Sanayi, Ankara.
- NUHOĞLU, Ayşe, (2004), “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:1-2, İstanbul.
- OKANDAN, Recai Galip, (1952), **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, 1.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- OTACI, Cengiz, (Nisan 2003), Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulaması, **Adalet Dergisi**, Yıl:94, Sayı:15 Ankara.
- OTACI, Cengiz, (Kasım 2009/11,71), Öldürme Suçunun Cezası Nedir? **Güncel Hukuk Dergisi**.
- OTACI, Cengiz, (2008), “**Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu**”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:18, Ankara.

- ÖNDER, Ayhan, (1992), **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul.
- ÖZBEK, Özer Veli, (2006), **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Seçkin Yayınevi, C.1, 3. Baskı, Ankara.
- ÖZEN, Muharrem, (1998), **Türk Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara.
- ÖZEN, Muharrem, (2002), “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:51, Sayı:3, Ankara.
- ÖZGENÇ, İzzet, (2006), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara.
- ÖZGENÇ, İzzet, (2009), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZGENÇ, İzzet- ŞAHİN, Cumhur, (2001), **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3 Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÖZTÜRK, Bahri / Mustafa Ruhan, ERDEM/ Özer Veli, ÖZBEK, (2003), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Turhan Yayınları, Ankara.
- PARLAR, Ali ve Muzaffer, HATİPOĞLU, (2008), **Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- POLAT, Ahmet Zeki, (1999), **Adam Öldürme Suçları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- SAVAŞ, Vural ve Sadık, MOLLAMAHMUTOĞLU, (1994), **Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- SCHREIBER Hans-Ludwig (Çeviren Doç.Dr. Yener Ünver) (2004), **“Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- SOYASLAN, Doğan, (2005), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ŞAFAK, Ali, (2005), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Selim Kitapevi, Ankara.
- ŞEN, Ersan, (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- TANER, Tahir,(1953), **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.

- TEZCAN, Mahmut, (1974), “Türkiye’de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:65, Sayı: 8, Ankara.
- TEZCAN Durmuş, M., Ruhan, ERDEM ve R., Murat, ÖNOK, (2008), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TOROSLU, Nevzat, (2005), **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara.
- TUTUMLU, M. Akif, (1999), **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Adil Yayınevi, Ankara.
- TÜRK DİL KURUMU, (1998), **Türkçe Sözlük**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara.
- ÜÇÖK, Coşkun, (1946), “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:3: Sayı:1, Ankara.
- ÜNVER, Yener, (2003), **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- YALKUT, Necdet, (1979), “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt:II, Ankara.
- YAŞAR, Osman, (2010), **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- YAVUZ, Yaşar, (1991), “Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:17, Sayı:68, Ankara.
- YENİDÜNYA, A.Caner ve M. Emin, ALŞAHİN, (2007), “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar” **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı: 68, Ankara.
- YİRMİBEŞOĞLU, Vildan, (2007), **Toprağa Düşen Sevdalar**, Mega basım, İstanbul.

DİZİN

A

Ağırlaştırıcı sebep, 133
Akıl hastalığı, 31, 51, 52, 69, 75, 128,
129, 130, 131, 160, 173
Anayasa, 53, 177, 210
Azami indirim oranı, 210

B

Beraat, 95, 108,
Buhran, 2, 7, 10, 11, 15, 17, 19, 34, 54,
73, 78, 85, 94, 120, 152, 154, 205,
208, 212, 215

C

Cezayı azaltan sebep, 11
CMK, 53, 110, 208

D

Delil, 82, 207, 208, 214
Dönmezer, 10, 26, 29, 45, 49, 54, 55,
59, 61, 69, 71, 74, 75, 83, 87, 90, 93,
95, 98, 102, 118, 119, 120, 124, 128,
131, 155, 163, 198, 200
Duruşma, 124, 139

E

Ehliyetsiz, 75, 77
Elem, 3, 9, 12, 16, 39, 52, 60, 63, 70,
76, 79, 80, 83, 87, 88, 91, 92, 94, 97,
100, 120, 124, 131, 134, 136, 147,
150, 157, 168, 186, 187, 212

G

Gazap, 8, 9, 10, 16, 23, 33, 34, 35, 36,
39, 54, 55, 57, 61, 78, 79, 97, 117,
139, 140, 152, 176, 178, 181, 203,
215
Görev bilinci, 133, 135, 136, 138, 140,
143, 148

H

Hafifletici neden, 2, 3, 12, 44, 49, 124,
137, 165, 177
Hakaret, 48, 58, 62, 69, 131, 150, 152,

154, 155, 178, 179, 181, 182, 183,
184, 185, 186, 188, 189, 190, 191,
192, 194, 195, 196, 197, 198, 199,
200, 201

Haksız fiil, 8, 12, 19, 39, 64, 71, 77, 86,
87, 89, 92, 93, 97, 112, 116, 143,
183, 185, 196

Haksız Tahrik, 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11,
12, 13, 15, 20, 21, 23, 25, 34, 48, 50,
54, 56, 57, 58, 60, 64, 66, 69, 70, 74,
77, 78, 79, 82, 84, 86, 87, 88, 92, 95,
97, 98, 101, 108, 110, 116, 120, 128,
135, 141, 146, 151, 159, 160, 166,
169, 173, 184, 196, 202, 205, 209,
212, 215, 216

Hiddet, 3, 11, 12, 14, 19, 20, 24, 38, 39,
52, 60, 63, 70, 73, 79, 80, 83, 86, 91,
94, 97, 100, 111, 112, 116, 119, 120,
124, 136, 147, 150, 151, 154, 161,
171, 186, 187, 188

İ

İllyet bağı, 85, 87, 94, 170, 179, 186,
192, 193, 199, 200, 214,
İştirak, 154, 160, 163, 164, 165, 166,
173

K

Kabahat, 34, 35, 166, 167, 168

Kamu davası, 126, 127

Kan gütme, 121, 131, 132, 133, 134,
135, 136, 137, 138, 139, 140, 141,
217

Karma teori, 23, 24, 25

Karşılaştırmalı hukuk, 4, 42, 48, 78

Karşılıklı Hakaret, 28, 175, 178, 180,
181, 182, 193, 196, 197, 198, 199,
200, 201, 217

Kusur, 1, 2, 3, 4, 10, 13, 18, 19, 21, 24,
26, 43, 48, 51, 57, 60, 62, 69, 74, 75,
109, 110, 114, 125, 129, 154, 169,
171, 185, 207, 211, 216

Kusur yeteneği, 1, 2, 4, 10, 18, 19, 25,
43, 49, 69, 74, 75, 77, 110, 125, 128,
130, 207, 212

M

Manevi tazminat, 169, 170
 Meşru savunma, 20, 23, 28, 31, 105,
 108, 109, 110, 111, 113, 190, 196
 Müttemadi suç, 50, 160, 161

N

Namus cinayeti, 39, 141, 143, 215
 Nitelikli hal, 117, 143, 144, 160, 173,
 191

O

Objektif teori, 20, 23, 24, 25
 Otacı, 48, 131, 135, 137, 138, 209, 210

Ö

Önder, 18, 19, 54, 61, 73, 78, 152, 153,
 154, 222
 Özel haksız tahrik, 5, 13, 27, 28, 29, 30,
 31, 44, 45, 48, 146, 175, 178, 180,
 185, 186, 187, 222

P

Plan teorisi, 122
 Para cezası, 182

S

Soğukkanlılık teorisi, 117, 118, 119,
 121, 122
 Sübjektif teori, 19, 20, 23, 24, 25

Ş

Şiddetli elem, 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 12, 13,
 16, 17, 19, 20, 24, 34, 38, 39, 42, 48,
 50, 52, 58, 60, 63, 67, 77, 79, 84, 87,
 93, 100, 116, 120, 140, 143, 147,
 150, 154, 161, 171, 181, 186, 205,
 211, 213

T

Tahrik, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16,
 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 32, 34,
 35, 36, 38, 39, 48, 49, 50, 51, 52, 53,
 57, 58, 60, 62, 64, 69, 70, 72, 73, 74,

76, 79, 83, 85, 86, 87, 88, 91, 92, 93,
 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 105,
 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115,
 116, 117, 119, 120, 121, 122, 124,
 125, 126, 127, 130, 131, 136, 137,
 138, 143, 144, 146, 147, 148, 149,
 150, 151, 152, 153, 154, 157, 160,
 161, 164, 165, 167, 168, 171, 172,
 175, 176, 180, 181, 183, 184, 185,
 186, 187, 188, 189, 191, 192, 196,
 197, 212, 214, 215, 216

Takas teorisi, 20, 21, 22

Takdiri indirim, 11, 123, 124, 125, 141,
 152, 173

Taksirli suç, 73, 74, 149, 150, 152, 153,
 168, 215

Taksirli suçlarda, 73, 74, 150, 153, 154,
 168, 215

Tasarlama, 117, 118, 119, 120, 121,
 122, 220

Tepki fiili, 89, 93, 94, 96, 98, 101, 108,
 116, 176, 186, 192, 193, 205

Tepkide oran, 93, 98

Teşebbüs, 56, 91, 97, 107, 160, 162,
 163, 173

Töre, 30, 39, 92, 139, 141, 142, 143,
 144, 146, 209, 215, 221

Tutumlu, 16, 19, 20, 21, 34, 35, 36, 74,
 76, 87, 89, 98, 152, 153, 159, 161,
 167, 190, 194, 223

Y

Yargıtay, 7, 9, 20, 24, 57, 64, 69, 74,
 76, 83, 86, 87, 88, 92, 96, 97, 99,
 102, 103, 118, 120, 121, 122, 124,
 125, 134, 137, 141, 143, 144, 147,
 148, 152, 153, 154, 157, 167, 168,
 172, 185, 199, 200, 214, 216

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 9, 20, 65,
 66, 76, 77, 83, 96, 103

Yaş küçüklüğü, 51, 54, 69, 75, 125,
 127, 160, 173

Z

Zincirleme suç, 157, 158, 159, 160, 173

