

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

HAKSIZ TAHRİK

DOKTORA TEZİ

Gülşah BOSTANCI

Tez Danışmanı: Doç.Dr. Ümit KOCASAKAL

Mayıs 2013

ÖNSÖZ

Bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda doktora tezi çalışması olarak hazırlanmıştır. Tez konusunu teşkil eden haksız tahrik, Türk hukuk sistemi ve diğer devletler hukuk sistemlerinde, suç işleyen failin cezasına etkili olan ve cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında, failin cezasında indirim uygulanmasını sağlayan bir kurum olarak ele alınmaktadır.

Çalışma ile tarihsel süreci ve türleri ele alınarak, haksız tahrik kurumunun hukuk sistemlerinde ortaya çıkış amacı tespit edilmeye çalışılmıştır. Zira, inceleme konusu ülkelere bakıldığında, her birinin kendi hukuk sistemlerinin kuralları çerçevesinde haksız tahrik kurumuna yer verdikleri görülmektedir. Bu bağlamda, inceleme konusu olan ülkelerde düzenlenen haksız tahrik kurumunun, bütün ülkelerin hukuk sistemlerinde ortak iki temel unsuru bulunduğu söylenebilmektedir. Bu unsurlar haksız tahrikin psikolojik esası ve hukuki esasıdır.

Haksız tahrik, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51.maddesine göre, *'bir kimsenin haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir cürüm işlemesi'* halinde; yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesine göre, *'haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem altında suç işleyen kimse'* hakkında öngörülen cezada Kanunda belirtilen oranlarda indirim gerçekleştirilmesini sağlayan bir kurum olarak düzenlenmiştir. Haksız tahrikin koşulları madde metninin yargı kararları ile yorumlanması sayesinde net olarak ortaya konmuş ve belirli bir içtihadı kavuşmuştur. Çalışmada haksız tahrikin unsurları ele alınarak, uygulamada Ceza Hukukunun diğer kurumları ile bir arada değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışılmıştır.

Önsöz.....	ii
İçindekiler	iii
Kısaltmalar.....	x
Résumé.....	xii
Abstract.....	xviii
Özet.....	xxiii
Giriş.....	1

I.BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI, PSİKOLOJİK VE HUKUKİ ESASI, SUÇ GENEL TEORİSİNİN İLGİLİ DİĞER KAVRAMLARI İLE İLİŞKİSİ

A. Haksız Tahrik Kavramı.....	3
B. Haksız Tahrikin Psikolojik Esası Olarak Heyecan Kavramı.....	4
1. Heyecan Kavramı.....	4
2. Heyecanın Birey Üzerindeki Fiziksel ve Davranışsal Etkileri.....	8
3. Değerlendirme.....	10
C. Haksız Tahrikin Hukuki Esası.....	12
1. Genel Olarak.....	12
2. Suça Etki Eden Bir Neden Olarak Haksız Tahrik.....	14
3. Kusurluluğa Etki Eden Bir Neden Olarak Haksız Tahrik.....	15
a. Genel Olarak.....	15
b. Türk Ceza Hukukunda Kusurluluk Kavramı.....	18
c. Haksız Tahrikin Kusurluluk Üzerindeki Etkisi.....	25
d. Değerlendirme.....	28
D. Suç Genel Teorisinin İlgili Diğer Kavramları ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	30
1. Kusurluluğu Etkileyen Haller Olarak Akıl Hastalığı ve Yaş Küçüklüğü ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	30
a. Akıl Hastalığı ve Yaş Küçüklüğü ile Haksız Tahrikin Bir Arada Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	30

b. Akıl Hastalığı ve Yaş Küçüklüğü Nedeniyle İşlenen Fiillerin Haksız Tahrik Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu.....	32
2..Meşru Savunma Hukuka Uygunluk Nedeni ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	34
a. Genel Olarak.....	34
b. Meşru Savunma ile Haksız Tahrikin Bir Arada Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	35
c. Meşru Savunmada Sınırın Aşılması ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	39
3. Cezayı Etkileyen Diğer Haller ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	50
a. Takdiri Hafifletici Sebepler ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	50
b. Tasarlama ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	51
b.a. Genel Olarak.....	51
b.b. Soğukkanlılık Teorisi.....	53
b.c. Plan Kurma Teorisi.....	53
b.d.Tasarlama ile Haksız Tahrikin Bir Arada Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	54
c. Töre Saiki ve Kan Gütme Saiki ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	60
c.a. Genel Olarak.....	60
c.b. Töre Saiki.....	61
c.c.Töre Saiki ile Haksız Tahrikin Bir Arada Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	63
c.d. Kan Gütme Saiki.....	65
c.e.Kan Gütme Saiki ile Haksız Tahrikin Bir Arada Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	67
E. Suça İştirakte Azmettirme ve Teşvik Kavramları ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	72
1.Azmettirme Kavramı.....	72
2.Teşvik Kavramı.....	73
3.Türk Ceza Kanunu'nda Şahsa Bağlı Ağırlatıcı ve Hafifletici Nedenlerin Azmettiren ve Yardım Edene Sirayeti.....	74
F. Tahrik Suçları ile Haksız Tahrik İlişkisi.....	78

II.BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN TÜRK CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, TÜRLERİ VE TARİHİ GELİŞİMİ

A. Düzenleniş Biçimi.....	82
B. Haksız Tahrikin Türleri.....	86
1. Genel Haksız Tahrik.....	86
2. Özel Haksız Tahrik.....	88
3. Hafif ve Ağır Tahrik.....	90
C. Haksız Tahrikin Tarihi Gelişimi.....	92
1. İlkel Ceza Hukuku Dönemi.....	92
2. Roma Hukuku Dönemi.....	93
3. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi.....	94
4. Anglo-Sakson Hukukunu Benimseyen Ülkelerde Haksız Tahrikin Tarihi Gelişimi.....	95
5. Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrikin Tarihi Gelişimi.....	98
a. Cumhuriyet Öncesi Dönem.....	98
b. Cumhuriyet Sonrası Dönem.....	101
b.a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Haksız Tahrik Düzenlemesi.....	101
b.b. Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarılarında Yer Alan Haksız Tahrik Düzenlemeleri.....	102

III. BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK

A. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini Benimseyen Ülkeler.....	105
1. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini Benimseyen Ülkelerde Haksız Tahrikin Şartları.....	105
a. Genel Olarak.....	105
b. Haksız Tahrik ile Azaltılmış Sorumluluk Hali Arasındaki İlişki...107	107
2. Haksız Tahrik'in Şartları.....	109
a. Genel Olarak.....	109
b. Haksız Tahrikin Subjektif Unsuru.....	111

c. Haksız Tahrikin Objektif Unsuru.....	114
3. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini Benimseyen Ülkelerdeki Mevcut Düzenlemeler.....	116
a. İngiltere - 2009 tarihli The Coroners and Justice Act.....	116
b. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini Benimsemiş Diğer Ülkeler.....	119
b.a Yeni Zelanda.....	120
b.b.İskoçya.....	122
b.c.İrlanda.....	125
b.d.Güney Afrika.....	125
b.e. Avustralya.....	126
b.f. Kanada.....	130
b.g.Amerika Birleşik Devletleri.....	131
b.g.a.Model Ceza Kanunu Düzenlemesi.....	131
b.g.b.Model Ceza Kanunu ile Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin Karşılaştırılması.....	133
c.Netice ve Değerlendirme.....	135
c.a.Genel Olarak.....	135
c.b.Haksız Tahrik Düzenlemesinin Tamamen Kaldırılması Eğilimi.....	138
c.c.Haksız Tahrik Düzenlemesinin Tamamen Kaldırılmaması Ancak Daraltılması Eğilimi.....	140
B. Kıta Avrupası Hukuku Ülkeleri.....	141
1. Genel Olarak.....	141
2. Federal Almanya.....	142
a.Alman Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Daha Az Cezayı Gerektiren Hal Olarak Heyecan(dStGB 20)	142
a.a. Genel Olarak.....	142
a.b.Esash Bir Şuur Bozukluğu Hali Olarak Heyecan.....	144
b. Alman Ceza Kanunu'nun Özel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Adam Öldürme Suçunun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali (dStGB 213/1).....	149

b.a. Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin Amacı ve Uygulama Alanı.....	149
b.b. Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin Unsurları....	153
b.b.a. Tahrik Eden ve Tahrik Konusu Fail ya da Yakını.....	153
b.b.a.a.Tahrik Eden Olarak Öldürülen Kişi.....	153
b.b.a.b.Kötü Muamele veya Hakarete Uğrayan olarak Fail ya da Yakını.....	154
b.b.b. Ölen Tarafından Gerçekleştirilen Tahrik Fiili..	154
b.b.a.a. Kötü Muamele.....	155
b.b.a.b. Ağır Hakaret.....	156
b.b.c. Failin Tahrik Fiilinde Başlı Başına Kendi Kusurunun Bulunmaması.....	160
b.b.d. Tahrik Fiilin Failde Öfkeye Neden Olması ve Failin Fiilinin Akabinde Suça Sürüklenmesi.....	162
b.c. Nitelikli Adam Öldürme Suçunda Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	164
b.d. Ölümle Sonuçlanan Kasten Yaralama Suçunda Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu(dStGB227).....	166
c. Alman Ceza Kanunu'nun Özel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Hakaret Suçu Bakımından Özel Haksız Tahrik Hali (dStGB 199)...	167
3.İsviçre.....	169
a.Genel Olarak.....	169
b. İsviçre Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Haksız Tahrik Hali (chStGB 48).....	170
b.a.Genel Olarak.....	170
b.b.İsviçre Ceza Kanunu'nun 48.maddesinin Uygulanabilme Şartları.....	171
c. İsviçre Ceza Kanunu'nun Özel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Kasten Öldürme Suçu Bakımından Haksız Tahrik Hali (chStGB 113).....	173
c.a. Genel Olarak.....	173

c.b.İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinin Uygulanabilme Şartları.....	175
c.b.a.Şiddetli Ruhsal Karışıklık.....	175
c.b.b. Ruhsal Karışıklığın Mazur Görülebilirliği	178
c.b.c.Ciddi Ruhsal Baskı Altında Fiilin İşlenmesi.....	180
d. İsviçre Ceza Kanunu'nun Özel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Hakaret Suçu Bakımından Özel Haksız Tahrik Hali (chStGB 177)..	182
4.Avusturya.....	183
a.Genel Olarak.....	183
b. Avusturya Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Haksız Tahrik Hali (öStGB 34).....	184
c.Avusturya Ceza Kanunu'nun Özel Hükümleri Kapsamında Düzenlenen Kasten Öldürme Suçu Bakımından Haksız Tahrik Hali (öStGB76)	185
c.a. Genel Olarak.....	185
c.b.Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesinin Uygulanabilme Şartları.....	188
c.b.a.Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesinin Objektif Unsuru.....	188
c.b.b.Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesinin Subjektif Unsuru.....	189
c.b.c.Şiddetli Ruhsal Karışıklık.....	191
c.b.d.Ruhsal Karışıklığın Mazur Görülebilirliği.....	195
d. Avusturya Ceza Kanunu'nun Özel Hükümleri Kapsamında Hakaret Suçu Bakımından Düzenlenen Özel Haksız Tahrik Hali (öStGB 115).....	197
5.İtalya.....	198
6.Fransa.....	204
7.Hollanda.....	208

IV. BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİKİN KOŞULLARI

A. Tahrik Teşkil Eden Fiilin Varlığı.....	210
1.Genel Olarak.....	210
2. Tahrik Teşkil Eden Fiiller.....	211
3. Taksirle İşlenen Fiiller.....	214
B. Tahrik Fiilinin Haksız Oluşu.....	216
1. Genel Olarak.....	216
2.Borçlar Hukuku ve Medeni Hukuk Açısından Haksız Fiil.....	217
3. Ceza Hukukunda Haksız Fiil.....	219
4.Kültürel Algının Haksız Fiil Kavramı Üzerindeki Etkisi.....	222
5. Hakkında Takibat Yapılan Suç Niteliğindeki Haksız Fiiller.....	227
C.Haksız Fiilin Varlığını İspat Problemi.....	229
D. Tahrik Fiilinin Yöneldiği Hedef.....	231
1.Genel Olarak.....	231
2. Failin Şahsı Dışındaki Hedefler.....	233
3. Tahrik Fiilinin Müstakil Bir Mağdura Karşı İşlenmesi Gerekli midir?.....	237
E. Tahrik Fiilinin Failde Hiddet veya Şiddetli Eleme Neden Olması.....	238
1.Şiddetli Elem.....	238
2.Hiddet.....	239
F. Haksız Tahrike Neden Olan Fiile Tepki.....	240
1. Tepki Fiili	240
2.Tepki Fiilinin Yönelimi.....	241
3.Tepki Fiilinin Zamanı.....	242
4.Tahrik Fiili ile Tepki Fiili Arasındaki Nedensellik Bağı.....	245
G. Haksız Fiil ile Tepki Fiili Arasında Orantılılık.....	246
1. Genel Olarak.....	246
2.Türk Hukukunda Orantılılık Hususundaki Görüşler	248
3.Yargıtay Kararlarında Orantılılık.....	248
SONUÇ.....	251
KAYNAKÇA.....	262
ÖZGEÇMİŞ.....	280

KISALTMALAR

A.g.e.: Adı Geçen Eser

Art: Article

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜEHFD: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

BGE: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

BGH: Bundesgerichtshof

BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen

bkz: Bakınız

C.:Cilt

C.D. :Ceza Dairesi

CHD: Ceza Hukuku Dergisi

chStGB: schweizerisches Strafgesetzbuch

Cr App: Criminal Appeal

dStGB: deutsches Strafgesetzbuch

E.: Esas

ed.: Edition

FS: Festschrift

hrsg: herausgegeben von

HRR: Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JW: Juristische Woche Zeitschrift

K.:Karar

Kn: Kenar numarası

Krşl:Karşılaştırınız

Maltepe ÜHFD: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

MDR: Monatschrift für Deutsches Recht

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

NStZ:Neue Zeitschrift für Strafrecht

ObG: Obergerichtshof

OGHS: Obergerichtshof in Strafsachen

öStGB: österreiches Strafgesetzbuch

S.: Sayı

Strk: Strafkammer

StV: Strafverteidiger

T.: Tarih

TBB.:Türkiye Barolar Birliği

TCHD: Türk Ceza Hukuku Derneği

TCK: Türk Ceza Kanunu

tdk: Türk Dil Kurumu

vd.: ve devamı

Vol: Volume

Yay.: Yayınları

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

YÜHFD: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

RESUME

L'agitation illégitime a été règlementé dans la loi pénale Turc numéro 5237 comme étant un motif atténuant la faute de l'auteur de l'acte. Dans les dispositions générales de la loi pénale Turc, l'agitation illégitime a été règlementé et est applicable pour tous les types de délits et prend place dans l'article 51 de la loi pénal Turc numéro 765 et dans l'article 29 de la loi pénale Turc numéro 5237. Dans nos travaux concernant l'agitation illégitime, nous remarquons que dans les pays que nous avons considérés des marques d'importances lui sont attribuées et qu'elle prend place dans les règlementations de la loi. Cet exemple existe aussi dans le droit Suisse et le droit Turc, dans les dispositions générales, tous les types de délit et dans les dispositions spéciales concernant certains types de délits, on voit que les agitations illégitimes séparément prévues peuvent être présentes sous forme de règlementations. Vu sous un autre angle, tout comme c'est le cas dans la loi allemande et la loi anglo-saxon, certains types de délits bien définis peuvent laisser place à l'agitation illégitime dans le cadre de dispositions spéciales. Les cas de diminution de peine pour une agitation illégitime réalisé par l'auteur sont règlementés de façon différente selon un type de délit définie que ce soit dans les dispositions générales de la loi pénale Turc ou que ce soit dans les dispositions spéciales. Sous les dispositions spéciales de la loi pénale Turc, au niveau des types de délits définies, on remarque que l'agitation illégitime a une place dans l'organisation. Par exemple, dans plus d'un article de la loi pénale Turc numéro 765, sous certaines conditions définies, au niveau de certains délits, ce qui est nommé l'agitation illégitime spéciale et selon la règlementation des dispositions générales d'agitations, on donne place aux cas d'agitations causé par la règlementation spéciale. Quant a ce qui est dans la loi pénale Turc numéro 5237, au niveau du délit d'injure, une règlementation pour les cas d'agitation illégitime spéciale a été réalisée.

Dans la loi pénale Turc, en cas d'acte illégitime, la présence d'action de rage ou de violence et d'un acte de récidive dû suite à cet effet, une diminution de peine pour agitation illégitime sera appliquée. On appelle cet élément un élément psychologique. Dans la loi Turc suite à un résultat illégitime de l'acte, pour l'acceptation de l'effet défectueux, un des types d'excitation est une action de violence et de rage, cet état est recherché. Mais, ceci n'est pas pareil dans le système

de chaque pays. Les pays qui voient l'agitation illégitime suite à l'excitation sont et sont différents selon les systèmes qu'ils acceptent. Dans la loi Turc, la violence et la douleur sont liés à l'agitation illégitime et est accepté en la même qualité. Suite à une agitation illégitime, la colère dans la loi anglo-saxon et dans la loi américaine, la rage dans la loi Italienne, la colère dans la loi allemande qui sortent là-bas sont recherchés. Quant à la loi d'Autriche et de Suisse, la source sans nécessiter de définition, la présence de cas d'excitation sthénique et asthénique et un dérèglement psychologique suite à une excitation peut être pardonnée, dans ce cas, la diminution pour agitation illégitime revient à l'actualité.

L'agitation illégitime est une raison qui affecte un défaut de l'auteur. Cet élément forme la base de la loi de l'agitation illégitime. Beaucoup de visions différentes ont été avancées pour expliquer la base juridique. Mais, quand on regarde la réglementation de la loi Turc, la base juridique de l'agitation illégitime a été expliquée selon la théorie subjective dans la doctrine Turque. Lié à ceci, en cas d'agitation illégitime, l'auteur se trouve sous l'emprise de la colère et de la rage causée par un acte illégitime motif qui font passer à l'acte l'auteur est considéré moins grave aux yeux de la loi protectrice et on va dans le sens d'une diminution de peine. Mais, l'agitation illégitime à elle seule, n'est pas suffisante pour expliquer la base juridique. Ici, au niveau de la réglementation du droit Turc, seul l'agitation illégitime causé par l'excitation est prise en compte. Si on prend en compte la situation subjective (interne) uniquement de l'auteur, on voit que l'attente au niveau de la normalisation des gens diminue et que suite à l'excitation de ces personnes, le défaut de faiblesse provoqué par sa volonté diminue. Autrement dit, la personne confronté à un facteur ou une agitation légitime, il pourra tomber vers une faiblesse au niveau psychologique. Quant à la théorie objective aussi appelé la théorie d'échange, dans le cas d'une agitation illégitime, si l'un est dans une situation d'agitation illégitime et l'autre confronté à une agitation illégitime, l'existence des deux auteurs est reconnue mais une explication de ce type reste encore insuffisante car si on déduit réciproquement la faute de l'auteur de la faute de la victime, on pourra aller dans le sens de ne pas punir l'auteur. En ce point, il sera nécessaire de discuter de la responsabilité commune de la victime car une personne réalisant un délit sous l'effet de l'agitation illégitime et le pouvoir de se contrôler sera une réaction attendue et exigée de sa part, sinon, dans le cas d'un délit commis sous l'effet de l'agitation illégitime

sera considéré comme une faute de la part de l'auteur. C'est pour cette raison qu'il faut prendre en compte le critère objectif et le critère subjectif. Il est vrai qu'il est question de faiblesse de volonté pour une personne qui serait sous l'effet de l'excitation (rage) ce qui est provoqué par un acte illégitime. Toujours dans cet état d'esprit, pour accepter le fait que la rage et la violence affaiblit la capacité de faute, il faudrait que ceci soit provoqué par un acte illégitime. L'un des sujets très discuté concernant l'agitation illégitime lors des travaux est les autres concepts de la loi pénale et aussi le sujet concernant la réalisation ou non de l'agitation illégitime de façon concrète. En particulier, le dépassement de la limite de la défense légitime, la conception, le motif de la coutume et les motifs de vengeance sanglante et la réalisation ou non de l'agitation illégitime ont été un sujet de débat. Dans la discussion concernant la réalisation ou non de la conception et l'état d'agitation illégitime, l'évaluation de la doctrine a été réalisée de cette façon. Selon la théorie du sang froid de la conception, l'agitation illégitime et la conception ne sont pas liés mais, selon la théorie de la planification, il est expliqué que les deux organisations peuvent être réalisées ensemble. Concernant le motif de la coutume et la disposition de l'agitation illégitime relatif à la possibilité ou non de leur réalisation ensemble, on peut trouver cette évaluation, en vertu de l'article 82 de la loi pénale Turc, dans une affaire concrète, les conditions conduisant a une agitation illégitime ne doivent pas être présente, si elles sont présente, en raison de motif de la coutume un commentaire allant dans le sens de la non application de cas aggravé peut être avancé. De la même manière, dans l'article 29 de la loi pénale Turc, concernant les crimes relatifs aux coutumes ou à l'infidélité de l'agitation illégitime et donc la réalisation d'un crime commit entre parent ne sera pas appliqué et qu'une douleur résultant de la rage et de la violence illégitime doit être mis au jour. Le motif de la vengeance sanglante et les dispositions de l'agitation illégitime peut-t-il être réalisé en même temps, voici l'évaluation concernant ce point. Dans l'article 82 de la loi pénal Turc ; le sentiment du motif de la vengeance sanglante peut conduire a un crime par l'auteur et comme cette raison est un sentiment différent de rage ou de violence recherché pour la présence de l'agissement illégitime, si un crime a été commit avec seulement le motif de vengeance sanglante, il est dit que la disposition de l'agitation illégitime ne sera pas appliqué.

Dans la loi pénale, dans le cas où une personne commet un crime sous l'effet de douleur de rage ou de violence provoqué par un acte illégitime, l'agitation illégitime aura une punition qui ira dans le sens d'une diminution de la peine. Pour pouvoir parler de l'existence de l'organisation de l'agitation illégitime qui prend place dans la loi pénale Turc, il faut l'existence d'un acte provoqué par une agitation dans une affaire concrète, que l'acte d'agitation soit illégitime, que l'acte illégitime soit réalisé contre l'auteur ou envers une autre personne, que l'acte d'agitation cause à l'auteur une douleur de rage ou de violence et que après avoir réagit à l'acte l'auteur commette un crime. La réalité que l'acte de l'agitation cause chez l'auteur une douleur de rage et de violence et que l'auteur affecté par cet acte commette un crime est accepté. Pour qu'une disposition d'agitation illégitime concernant l'auteur puisse être accordé il faut que l'acte causant l'agitation illégitime soit présent. Dans les cas acceptés comme étant un acte illégitime, l'acte étant causé par un acte illégitime n'est pas accepté comme une agitation et donc la diminution de la peine n'est pas accordé. L'état d'agitation de la victime suite aux gestes mesurés réalisés par l'accusé et qui provient de lui-même n'est pas tenu de diminution de peine selon l'article 29 de la loi pénale Turc. Mais, si la réaction de l'auteur est démesurée, au niveau de la victime, une défense légitime et un état d'agitation illégitime sera présent. Dans la disposition concernant l'agitation illégitime prenant place dans la loi pénale Turc, pour la personne causant l'agitation illégitime, aucune définition claire n'existe. Il faut que l'acte d'agitation soit réalisé contre l'acte de réaction. Autrement dit, la personne étant confronté à l'acte d'agitation ne doit pas impérativement être l'auteur de l'acte. Les actes qui forment l'agitation dans la doctrine et dans les décisions de jugements n'ont pas besoin d'être réalisés contre l'auteur de l'agitation, l'acte peut être réalisé contre des parents ayant un lien de sang ou des parents proches, des proches ou contre d'autres personnes. Pour pouvoir appliquer la disposition concernant l'agitation illégitime, l'une des conditions recherchées est l'acte de la réaction qui se réalise contre l'acte de l'agitation illégitime. La cible de l'acte de réaction est que la personne commettant l'acte de l'agitation puisse avoir des droits personnels mais aussi des droits sur ses biens. Cette personne peut être la personne qui empêche l'acte de la personne réalisant l'acte illégitime. Selon cette vision, pour pouvoir profiter de la disposition concernant l'acte de l'agissement illégitime, il faut que l'acte illégitime provienne de la part de la victime personnellement ou que la victime, malgré sa responsabilité d'empêcher l'acte illégitime ou qu'il confirme implicitement cet acte

illégitime. Dans la loi Turc, la proximité temporelle entre les actes d'agitations et de réactions est évaluée selon l'évènement sujet de l'agitation et que pendant la réalisation du crime ayant un effet sur l'auteur continu ou pas. Pour pouvoir aller vers une diminution de la peine concernant le crime commis par l'auteur résultant de l'acte illégitime, l'acte de réaction doit être réalisé à cause de l'acte de l'agitation, c'est-à-dire qu'il doit y avoir entre eux un lien de raison. L'acte commis suite à l'effet de l'agitation dans l'évènement doit être prouvé concrètement. Etant donné que ceci n'est pas expliqué clairement dans la loi pénale Turc, un des autres sujets de discussions est la proportionnalité entre l'acte de l'agitation et l'acte de la réaction. Même si dans la disposition de la loi aucune proportion n'est mentionnée, l'importance de l'acte provoqué par l'agitation et l'importance du résultat et de l'effet provenant par l'auteur est très importante. De ce fait, il sera pris en compte la progression concrète de l'évènement, le lieu où a grandi l'auteur, sa force de soumission et l'importance de la réaction. Si l'état psychologique de l'auteur est accentué, entre un acte commis suite à une réaction démesurée et entre l'acte de la réaction, une proportion ne sera pas définie. Un des autres sujets des travaux est l'agitation illégitime dans la loi avec comparaison. Dans la loi avec comparaison, les pays qui ont adopté la loi anglo-saxon sont l'Allemagne, la Suisse, l'Autriche l'Italie, la France et la Hollande. Dans le système de la loi anglo-saxon, l'agitation illégitime est une application réalisée dans le cas d'un crime volontaire commis sous l'effet d'un acte provenant de l'auteur et que pour cette raison c'est un motif de diminution de peine considéré comme type de crime spécialement nommé « crime volontaire ». L'agitation et pour les autres crimes importants, la peine prévue pour l'auteur est appliquée en évaluant le motif pour assurer la diminution de l'importance de la peine. L'agitation illégitime est une disposition changeant le type du procès ouvert à l'encontre de l'auteur ayant commis le crime sous l'appellation d'agitation et servant aussi par conséquent à diminuer la peine prévue à son encontre. Quand on regarde les lois des états qui ont adopté le système de la loi anglo-saxon, l'auteur ayant commis un crime sous l'appellation d'agitation, le jugement est réalisé en tant que type de crime simple et non pas de crime qualifié (volontaire) et on voit que la peine infligée dans leurs dispositions sera dans ce sens. Le résultat ressortant de cette situation est que dans l'application de la loi anglo-saxonne il n'existe pas de disposition pour l'agitation illégitime reflétant tous les types de crimes et les crimes généraux. Une attaque réalisée sous l'appellation agitation illégitime ou blessure volontaire n'est

qu'une raison de diminution de peine pour l'auteur. En Allemagne fédérale l'agitation illégitime a été réglementée dans le cadre des dispositions générales mais aussi dans le cadre des dispositions spéciales en tant que crime volontaire et aussi en tant que délit d'injure. Si l'agitation illégitime provient suite à un dérèglement psychologique ou à un état de dépression important, le fait que l'acte étant anticonstitutionnel soit incompris par l'auteur ou que l'auteur ne soit pas apte à comprendre ce geste, ceci sera accepté.

Les cas d'excitation ou de dépression important de l'auteur sont vus comme des cas méritant une diminution de peine dans la loi pénale de Suisse. Selon l'article 48 et 113 de la loi pénale Suisse, tout acte d'agitation causant une excitation sur l'auteur et que suite à ceci si l'auteur est conduit à la colère et à la douleur et que ces deux résultats causés par l'agitation sur l'auteur, celui-ci est profondément affecté et qu'il a des réactions subites, une diminution d'agitation illégitime sera appliquée. Selon le paragraphe 34/8 et l'article 115 de la loi Autrichienne, l'auteur peut être pardonné en partie s'il est conduit vers un crime suite à un dérèglement psychologique important, on voit qu'une disposition allégeante a été mise en place sur sa peine. Dans la loi pénale Italienne, en cas de douleur causée par un acte illégitime sur autrui, dans le cas d'une réaction, la peine de l'auteur sera allégée selon la disposition de l'agitation illégitime. Il existe trois points importants dans la disposition de l'agitation illégitime. Le premier est, l'effet des sentiments que la personne ne peut pas contrôler, autrement dit, en perdant son contrôle suite à un facteur sentimental il devient agressif, méchant, colérique. Le deuxième point est l'acte illégitime d'autrui. Quant au troisième point, c'est un lien sans motif d'ordre psychologique démontré entre l'acte illégitime et la réaction adoptée. Dans la loi Française, l'agitation illégitime n'est pas considérée comme une disposition de ses articles de loi donnant droit à une diminution de peine. Mais, pour l'auteur étant sous l'appellation d'agitation illégitime, sa peine sera évaluée en individualisant son cas. De la même façon, dans la loi de Hollande, la définition de la peine de l'auteur dans ce cas est cause de diminution de peine.

ABSTRACT

The new Turkish Penal Code contains a provision that regulates provocation cases. The provision's title is unjustified provocation and if in a given case meets the conditions of which the perpetrator's punishment shall be reduced. As the chapter of this study on comparative criminal law has shown the institution of provocation contain in various legal systems, albeit in different forms. The objective of this study is to analyze the conditions application of provocation provisions in Turkish law as well as comparative criminal law.

Taking a functional comparative approach the study has tried to shed light on the legal regulations, conditions and scope of provocation provisions in different countries. Roughly speaking, every legal system that has been analyzed in this study recognizes provocations cases in various ways depending on the legal policy of the given country. Some legal systems such as Turkish and Swiss criminal law systems contain provisions on provocation both in the general part and the special parts of their penal codes. And some countries (Germany and Common Law Countries, for instance) prefer to recognize cases of provocation only for some offenses in the special parts of their penal codes.

The Turkish Penal Code contains provisions regarding provocation cases, which reduces the punishment of the offender, in the general part, and in special part as well. This is not a novelty of the new Turkish Penal Code. The new Penal Code (Code Number 5237) regulates the provocation in Article 29 whereas the former penal Code (Code Number 765) contained a similar provision in Article 51. Besides the former Penal Code in a number of provisions has included special provocation rules. The new Penal Code, on the other hand, contains in addition to the general provision a special provocation provision regarding the crimes of defamation.

In general terms, there are two conditions for the applicability of the provocation provision in Turkish law. The first condition concerns the act of provocation, which has to be unlawful, and the second condition pertains to the psychological situation of the offender, which is called the psychological element of provocation. In order to fulfill the psychological element the offender must have been

entered in a state of intense affection and heat. These conditions are not same in every country. The determination of these conditions varies according to the system chosen in a given legislation. Turkish definition of provocation lists the conditions of affection and heat disjunctively. As regards Common Law and U.S.A law the central term is anger while in Italian law heat and in German law anger. In Austrian and Swiss law the conditions of provocation are an asthenic or sthenic affection and this affection must be an excusable.

The unlawful provocation is in Turkish law regarded as one of the reasons that reduces the blameworthiness of the perpetrator. This is the essence of the legal institution of provocation. There are number of theories which tries to explain the rationale of the provocation regulation in criminal law system. According to the subjective theory, which is the prevailing theory in the Turkish legal doctrine, for a perpetrator acts under the influence of an unjustified act that has caused the heat and anger the legislator regards such cases less serious than cases in which the perpetrator acts not under such influence whatsoever. Yet, this explanation of the rationale of the institution is not enough in itself, since this approach takes solely the actor's psychological situation into consideration. This would drive legal practitioners into misleading conclusions such as the heat or anger alone satisfies the definition of Article 29 Turkish Penal Code. In other words, a person who exposed to a not unjustified provocation, according to the subjective theory, would be punished by a less severe punishment. Thus, the objective theory, which is also called as exchange theory (*takas teorisi*), sees in provocation cases two offenders, namely the actor of the act of provocation and the perpetrator who acts under the influence of such provocative action. This theory fails to explain the legal nature of provocation as well. For this reason where the blames of the perpetrators exchanged this would have resulted with acquittal of the perpetrator acting under provocation. However, the legal system still expects from a actor acting under provocation that he masters his heat and emotions. Therefore, the subjective and objective criterion must be taken into account together. Yet, an unjustified provocative act is precondition in any provocation case.

The study also discusses the applicability of the provocation provision together with other relevant legal institutions contained in the Turkish Penal Code. This discussion focuses, especially on the provisions on excessive self-defense,

premeditation, honor killing, each of which compared with the provocation regulation. Of these institutions, the possibility of a co-existence between premeditation and provocation debated in the legal doctrine in Turkey. The study sums up the theories, which explains the premeditation. There are two prevailing view in this regard: first is the theory of cold-bloodedness, and secondly the theory planned action. According to the cold-bloodedness theory provocation and premeditation cannot co-exist.

The planned-action theory, however, does not rule out such possibility. As to the cases of honor killing the Turkish Penal Code regards such cases as aggravated killing in Article 82 of the Code. In the legal justification of Article 82 Turkish Penal Code, the legislator names lack of unjustified provocation as a condition for the applicability of aggravated killing provision. If one assumes this correct this would lead one to the conclusion that in cases where the actor acts under the influence of provocation, the aggravated cases of honor killing shall not be applied. The legal justification of Article 29 Turkish Penal Code, however, expresses that the rule on provocation can not be applied, if the actor's case is honor killing case. The legal justification adds further that the adjective unjustified (*haksız*) contained in Article 29 Turkish Penal Code in order to rule such cases out. Accordingly, in cases where the perpetrator has acted purely on the motives of honor and revenge the unjustified provocation provision shall not be applied.

The study, furthermore, provides an analysis on the conditions of Article 29 Turkish Penal Code. In Turkish criminal law, if case meets the conditions of Article 29 the punishment of the perpetrator shall be reduced. First, there must be an unjustified act against the provoked perpetrator himself or another person, and this provocation must have led the perpetrator to heat or affection. The most important element of a provocation within the meaning of Article 29 Turkish Penal Code is the unjustified nature of provocation. The case provocation must have caused by the provoked perpetrator himself.

There is no clarity in Article 29 Turkish Penal Code as to whom the act of provocation must have directed. In other words, the perpetrator may have been provoked as result of an unjustified directed against a third person. In legal doctrine

and jurisprudence it has been acknowledged that unjustified acts may have directed against the relatives, close ones, and other persons. The offence committed as a consequence of the unjustified provocation, however, must be committed against the provoker himself. The attack may target the body or property interests of the provoker. Furthermore, the offense may be committed against a person, who was in position to prevent the unjustified act. According to this view, a provocation may satisfy the definition of Article 29 if the perpetrator committed the crime against the provoker himself, or against a victim who has not prevented or approved the unjustified act.

In Turkish law the time condition of the provocation evaluated according a criterion according to which the perpetrator must commit the crime under the influence of heat or affection. There must be causal link between the crime and the act of provocation. The fact that the crime committed under the influence of provocation must be clearly evidenced. The Turkish Penal Code sets out no proportionality test. Having said that, there must be a reasonable link between the provocation and the crime committed as a result of which if not a proportionate relationship. The court must in such cases consider social environment and upbringing of the perpetrator as well as his power to resist. If the perpetrator's reaction is exceedingly disproportionate to the provocative act it cannot be said that there is a proportionate relationship between the (unjustified) act and the reaction (crime).

The study confines a large scope to comparative criminal law. In doing so, the study analyzes Common law legal systems, Germany, Austria, Italy, France and the Netherlands. In common law jurisdictions provocation is considered as a mitigating factor only in intentional killing cases. Concerning grave crimes, however, the cases of provocation may be taken into account by the judge or the jury in determining the offender's sentence. Generally, in common law jurisdictions existence of provocation defense reduces the crime from murder to manslaughter. In conclusion, it can be said that common law jurisdictions does not contain a universal rule on provocation, these jurisdictions tackle this issue in respect of various crimes instead.

In Germany, on the other hand, regulated both in general part and in special part with regard to intentional killing and defamation crimes. If a provocation causes

a mental situation as a result of which the offender cannot measure and perceive the result of his actions, he is considered an incapable of criminal actor capacity, i.e. capacity of blameworthiness. Furthermore, according to Article 213 German Penal Code 'If the murderer (under section 212) was provoked to rage by maltreatment incited on him or a relative, or was seriously insulted by the victim and immediately lost self-control and committed the offence, or in the event of an otherwise less serious case, the penalty shall be imprisonment from one to ten years'. The Swiss and Austrian criminal law systems contain similar provisions. In Austrian Criminal Code, for instance, Article 34 (8) lists provocation as one of the grounds that leads to a reduction of punishment.

In Italian law, punishment of an offender who committed as result of an unjustified act of another person shall be reduced. There are three conditions that have to be satisfied in provocation cases. Firstly, the offender must have acted as result of aggressive, angry emotional situation in which he cannot master any longer. Secondly, the provocation act must be unjustified. Thirdly, there must be causal link between the unjustified act and the reaction against this act. In French law, there is no clear regulation on provocation cases. However, the judge considers provocation in determination of sentence of the perpetrator. Same holds true for the Dutch law.

ÖZET

Haksız tahrik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda failin kusurluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenen ve bütün suç tipleri için uygulanabilir olan haksız tahrik, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51.maddesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinde yer almaktadır. Haksız tahriğe çalışmamızda ele alınan ülkelerde de çeşitli vesilelerle önem atfedildiği ve hukuk düzenlemelerinde yer verildiği tespit edilmiştir. Bu örneğin İsviçre ve Türk Hukukunda olduğu gibi, genel hükümlerde tüm suç tipleri ve özel hükümlerde bazı suç tipleri hakkında ayrıca öngörülmüş olan haksız tahrik düzenlemeleri şeklinde olabilmektedir. Bir başka biçimde ise örneğin Alman Hukukunda ve Anglo-Sakson Hukukunda olduğu gibi, belli suç tipleri açısından özel hükümler kapsamında haksız tahriğe yer verilebilmektedir. Failin, haksız tahrik nedeniyle cezasında indirimine gidildiği durumlar, Türk Ceza Kanunu'nun gerek genel hükümlerinde gerekse özel hükümlerinde belirli suç tiplerine ilişkin olarak çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri altında da, belli suç tipleri bakımından özel haksız tahrik kurumuna yer verildiği görülmektedir. Örneğin, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birden fazla maddesinde, belli koşullar altında, bazı suç tipleri bakımından özel haksız tahrik denilen ve genel hükümlerdeki tahrik düzenlemesine göre özel düzenleme teşkil eden tahrik hallerine yer verilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise hakaret suçu bakımından özel haksız tahrik hali düzenlenmiştir.

Türk Ceza Hukukunda meydana gelen haksız fiilin, failde hiddet veya şiddetli elem oluşturması ve bunun etkisi altında failin tepki fiilini işlemesi halinde haksız tahrik indirimi uygulanmaktadır. Bu unsura psikolojik unsur denmektedir. Türk hukukunda failin haksız bir fiil neticesinde kusurluluğunun etkilendiğinin kabulü için heyecanın çeşitleri olan şiddetli elem ve hiddete kapılmış olması aranmaktadır. Ancak bu her ülke sisteminde böyle değildir. Heyecanın hangi hallerinin haksız tahrikin koşulu sayılacağı ülkelere ve kabul ettikleri sistemlere göre değişiklik göstermektedir. Türk Hukukunda hiddet ve elem haksız tahrik kurumu bağlamında aynı nitelikte kabul edilmiştir. Haksız tahrik neticesinde Anglo-Sakson Hukuku ve Amerikan Hukukunda kızgınlığın, İtalyan Hukukunda hiddetin, Alman Hukukunda öfkenin ortaya çıkması aranmaktadır. Avusturya ve İsviçre Hukukunda ise kaynağı

belirtilmeksizin stenik ve astenik heyecan hallerinin ortaya çıkması ve failin heyecan nedeniyle ruhsal karışıklığa düşmesinin mazur görülebilir olması halinde tahrik indirimi gündeme gelmektedir.

Haksız tahrik, failin kusurluluğunu etkileyen bir nedendir. Bu unsur haksız tahrikin hukuki esasını oluşturmaktadır. Hukuki esasını açıklamaya yönelik çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak Türk Hukuk düzenine bakıldığında, haksız tahrikin hukuki esasının Türk doktrininde subjektif teoriye göre açıklandığı görülmektedir. Buna göre, haksız tahrik halinde fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elem altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmekte ve cezada indirim yoluna gidilmektedir'. Ancak bu açıklama, haksız tahrikin hukuki esasını açıklamaya tek başına yeterli değildir. Burada Türk hukuk düzeni bakımından yalnızca haksız bir fiilin yol açtığı heyecan dikkate alınmaktadır. Yalnızca failin subjektif (içsel) durumu dikkate alındığında kişilerin kendilerini normlara uydurma konusundaki beklentinin azaldığı, kişinin heyecan nedeniyle iradesinde meydana gelen zayıflamanın kusurunu azalttığı düşüncesi oluşabilecektir. Bir başka deyişle, haksız olmayan bir etmene ya da tahrike maruz kalarak hiddetlenen kimsenin de psikolojik bakımından iradesi zaafa uğrayabilecektir. Takas teorisi olarak da tabir edilen objektif teori ise haksız tahrik halinde biri tahrik eden, diğeri tahrike maruz kalan olmak üzere iki suçlunun varlığını kabul etmektedir. Böyle bir açıklama tarzı da yetersiz kalmaktadır. Zira fail ve mağdurun kusuru karşılıklı mahsup edildiğinde, faile ceza verilmemesi cihetine de gidilebilecektir. Bu noktada mağdurun ortak sorumluluğundan bahsetmek gerekir. Zira haksız tahrik tesiri altında suç işleyen kişinin davranışlarını kontrol etmesi yine de kendisinden beklenmektedir. Aksi takdirde haksız tahrik tesiri altında suç işlenmesi halinde failin kusurlu olmadığı kabul edilmek gerekecektir. Bu nedenlerle objektif kıstas ve subjektif kıstasın birlikte dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekten, haksız bir fiilin yol açtığı heyecan (hiddet) tesiri altındaki kimsenin iradesinde bir zayıflama söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, hiddet ve elem kusur yeteneğini zayıflatan bir etkisini kabul edebilmek için, bunun haksız bir fiilden kaynaklanması gerekir.

Çalışmada haksız tahrik konusunda tartışılan hususlardan biri de Ceza Hukuku'nun diğer kavramları ile haksız tahrikin somut olayda bir arada

uygulanıp uygulanmayacağı olmuştur. Özellikle, meşru savunmada sınırın aşılması, tasarlama, töre saiki ve kan gütme saikleri ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı meselesi önemlidir. Bunlardan tasarlama ile haksız tahrik halinin bir arada bulunup bulunmayacağı tartışmasında doktrinde şu şekilde bir değerlendirme yapılmaktadır. Tasarlamamanın soğukkanlılık teorisine göre açıklanması durumunda, haksız tahrik ile tasarlamamanın bağdaşmayacağı, ancak plan kurma teorisine göre açıklanması halinde ise, her iki kurumun bir arada uygulanabileceği ifade edilmektedir. Töre saiki ile haksız tahrik hükmünün bir arada uygulanıp uygulanamayacağı hususunda ise şu değerlendirmede bulunulabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinin gerekçesinde somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir ifadesinden haksız tahrikin koşulları var ise töre saiki nedeniyle ağırlatıcı hal uygulanmayacağı yorumu yapılabilmektedir. Aynı şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinin gerekçesinde, haksız tahrikin töre ve namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında uygulanamayacağı ve hiddet ve şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerektiği ibaresinin eklendiği belirtilmiştir. Kan gütme saiki ile haksız tahrik hükümlerinin aynı olayda uygulanıp uygulanamayacağı hususunda şu değerlendirmede bulunulabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinin gerekçesinde; kan gütme saikinde intikam duygusunun faili suça yönelttiği ve bu durumun haksız tahrikin varlığı için aranan hiddet veya elemenden farklı bir duygu olması nedeni ile sırf kan gütme saiki ile adam öldürme suçu işlenmişse olayda haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki bir kimsenin suç işlemesi halinde cezasında indirimine gidilen bir haldir. Türk Ceza Hukuku'nda yer alan haksız tahrik kurumunun varlığından bahsedebilmemiz için, somut olayda tahrik teşkil eden bir fiilin varlığı, tahrik fiilinin haksız olması, haksız fiilin faile veya bir başkasına yönelmiş olması, tahrik fiilinin failde hiddet veya şiddetli eleme neden olması ve failin bu fiile tepki göstermek suretiyle suç işlemesi gerektiği kabul edilmektedir. Fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için tahrike neden olan fiilin haksızlığı haiz olması gerekmektedir. Haksız fiil olarak kabul edilen hallerde failin, bizzat neden olduğu haksız fiilden ötürü, tahrike kapılması ve tahrik indiriminden

yararlanması kabul edilmemektedir. Kendisinden kaynaklanan ve sanığın da buna karşılık sergilediği orantılı hareketleri nedeniyle mağdurun tahrike kapılması, Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesi uyarınca indirimine uygun değildir. Ancak failin gösterdiği tepkinin aşırı olması durumunda mağdur açısından meşru savunma ya da haksız tahrik hali meydana gelecektir.

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan haksız tahrik madde düzenlemesinde, tahrike neden olan fiilin yöneldiği kişi bakımından herhangi bir açık ifade bulunmamaktadır. Tahrik fiilinin mutlaka tepki fiilinde bulunana karşı işlenmiş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle, tahrik fiiline maruz kalan kişinin mutlaka failin kendisi olması şart değildir. Doktrinde ve yargı kararlarında tahriki oluşturan fiillerin mutlaka tahrik edilen faile karşı işlenmesinin gerekmediği, failin kan ve sihrî hısımları, yakınları ya da diğer kişilere karşı da olabileceği öngörülmektedir. Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan koşullardan biri de tepki fiilinin haksız fiili gerçekleştirene karşı işlenmesidir. Tepki fiilinin hedefi, tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin şahıs hakları olabileceği gibi malvarlığı hakları da olabilmektedir. Bu kimse ayrıca haksız fiili yapan kişinin fiilini önleme sorumluluğu bulunan kişi de olabilir. Bu görüşe göre, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için, haksız fiilin ya mağdurun bizzat şahsından kaynaklanması ya da mağdurun o haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi veya zımnen bu haksız fiili onaylamış olması gerekmektedir.

Türk Hukukunda, tahrik ve tepki fiilleri arasındaki zamansal yakınlık, tahrike neden olayın fail üzerindeki etkisinin suçun işlenmesi esnasında hala sürüp sürmemesi bağlamında değerlendirilmektedir. Haksız fiil neticesinde failin işlemiş olduğu suçtan ötürü cezasında indirimine gidilebilmesi için, tepki fiili tahrik fiili nedeniyle işlenmiş olmalı yani aralarında nedensellik bağı olmalıdır. İşlenen fiilin tahrike neden olan olayın etkisi ile gerçekleştirildiği somut olayda açıkça ortaya konulmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nda açıkça belirtilmemesinden ötürü tartışılan bir diğer husus ise tahrik fiili ile tepki fiili arasındaki orantılılıktır. Açıkça kanun düzenlemesinde bir oran belirtilmese de tahrik teşkil eden fiilin failde meydana getirdiği etki ve neticesindeki tepkinin ölçüsü önemlidir. Bu nedenle, somut olayın akışı, failin yetiştiği ortam, katlanma gücü tepkinin ölçüsü hususunda dikkate

alınmalıdır. Failin ruhsal durumunun abartılı oluşu halinde verilen ölçüsüz bir tepki nedeniyle işlenen fiil ile tahrik fiili arasında oranın olduğu söylenemez.

Çalışmanın bir diğer konusu da karşılaştırmalı hukukta haksız tahriktir. Karşılaştırmalı hukuk bahsinde Anglo-Sakson Hukukunu benimsemiş ülkeler, Almanya, İsviçre, Avusturya, İtalya, Fransa ve Hollanda ele alınmıştır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde haksız tahrik, sadece failin meydana gelen bir fiilin yarattığı etki altında kasten öldürme suçunu işlemesi halinde uygulanan ve bu nedenle özel olarak ‘kasten öldürme’ suç tipi dahilinde düzenlenen bir indirim nedenidir. Tahrik, diğer ağır suçlarda ise ancak fail hakkında öngörülen cezanın ağırlığını bir miktar azaltabilecek takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilmektedir. Haksız tahrik, tahrik altında suç işleyen fail hakkında açılacak davanın türünü değiştiren ve dolayısıyla daha az ceza öngörülmesine neden olan bir düzenlemedir. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimsemiş devletlerin kanunlarına bakıldığında, haksız tahrik altında suç işleyen fail hakkında nitelikli adam öldürme suç tipinden değil basit adam öldürme suç tipinden yargılama yapılacağı ve buna göre ceza verileceği şeklinde bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Bu durumdan çıkan netice, Anglo-Sakson Hukuk uygulamasında genel ve bütün suç tiplerine teşmil edilecek nitelikte bir haksız tahrik düzenlemesinin bulunmadığıdır. Haksız tahrik altında işlenen saldırı ya da kasten yaralama fiilleri açısından haksız tahrik, ancak faile verilecek cezada takdiri bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilecektir.

Federal Almanya’da ise haksız tahrik hali hem genel hükümler kapsamında haksız fiilin esaslı şuur bozukluğuna neden olması, hem de özel hükümler kapsamında kasten öldürme ve hakaret suçlarının tahrik altında işlenmesi halinde failin cezasında bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Haksız tahrikin esaslı bir şuur bozukluğundan veya başka bir anormal ağır ruhi duruma neden olması halinde fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme kabiliyetine sahip bulunmadığı ya da azaldığı kabul edilir. Alman Ceza Kanunu 213.maddesine göre, kasten öldüren kişi, öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak işlenen bir kötü muamele veya ağır hakaret üzerine, kendi kusuru olmadan öfkeye kapıldığı ve bu öfke nedeniyle orada derhal kendisini bir fiilin içinde bulursa veya sair hafif bir hal varsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Heyecan ya da ruhsal bunalım halleri İsviçre Ceza Hukukunda failin

cezasının indirilmesine neden olacak biçimde ele alınmaktadır. İsviçre Ceza Kanunu'nun 48. ve 113.maddesine göre haksız bir tahrik fiillerinin failde heyecana neden olması ve failin bu davranışlar neticesinde gazap ve kedere sürüklenmesi ve failin tahrike neden olan bu iki durum neticesinde derinden etkilenecek ani bir biçimde tepki göstermesi halinde haksız tahrik indirimi uygulanacaktır. Avusturya Ceza Hukuku'nun 34/8.fikrasında ve 115.maddesinde, failin genel olarak mazur görülebilir şiddetli bir ruhsal karışıklık etkisiyle suça sürüklenmesi halinde cezasını hafifleten bir düzenleme olduğu görülmektedir. İtalyan Ceza Kanunu'nda başkasının haksız fiilinden kaynaklanan hiddet durumunda tepki gösterilmesi halinde failin cezası haksız tahrik düzenlemesine göre hafifletilir. İtalyan hukuku'nda haksız tahrik düzenlemesinin üç unsuru vardır. Bunlardan ilki kişinin kendisinin hakim olamayacağı duyguların etkisiyle, bir başka ifadeyle duygusal bir etken nedeniyle hakimiyet gücünü kaybederek agresif, saldırgan, öfke içeren bir güdü içine girmesine neden olan güçlü bir etki altında bulunması gerekliliğidir. İkinci unsur başkasının haksız fiilidir. Üçüncü unsur ise haksız fiil ile buna karşı gösterilen tepki arasında psikolojik bir nedensellik bağını bulunmasıdır. Fransa Hukuku'nda haksız tahrike ilişkin olarak kanunda özel bir madde düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak, haksız tahrik altında kalan failin durumu cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınmaktadır. Aynı şekilde Hollanda Hukukunda da haksız tahrik hali, failin cezasının belirlenmesinde takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmektedir.

R

Haksız tahrik, gerek Türk Ceza Hukuku gerekse karşılaştırmalı hukukta düzenlenen ve uzun bir geçmişi olan ceza hukuku kurumudur. Bu niteliği itibariyle ceza hukuku tarihinin hemen her döneminde önem arz etmiştir. İnceleme konusu ülke hukuklarında yer alan ve köklü bir geçmişi olan bu kurumun ortaya çıkış nedeni ülkeden ülkeye farklılık göstermişse de neticesinin hemen hemen hepsinde aynı olduğu görülmüştür. Bu netice, tahrik altında suç işleyen failin cezasında bir iyileştirmeye, indirimine gidilmesidir.

Kurumun her ülkede ortaya çıkış nedeninin farklı olması, beraberinde koşullarının da farklı olması anlamına gelmektedir. Koşullarının farklı olması da kurumun hukuki niteliği üzerinde farklı yaklaşımlar ortaya konmasına sebep olmuştur. Günümüzdeki eğilim ise, haksız tahrik kurumunun yargılamalardaki etkisinin tamamen kaldırılmasa bile hafifletilmesine yöneliktir ve bunun nedenleri de çalışmamızda yer bulmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde haksız tahrike kavramsal bir açıklama getirilmeye ve kurumun hukuki niteliği üzerinde durularak suç genel teorisindeki yeri saptanmaya çalışılmıştır. Bu çalışmada görülmektedir ki, kurum tek bir yaklaşımla açıklanamamakta ve yeri konusunda kesin bir belirleme yapılamamaktadır. Kurum ayrıca, diğer suç genel teorisi kavramları ile karşılaştırılmış ve bazı durumlarda bir arada ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, kurumun ülkelere göre farklılık gösteren tarihsel gelişimi ortaya konulmuştur. Ayrıca kurum, Türk Ceza Kanunu'nda nasıl düzenlendiği ve türleri de belirtilmek suretiyle değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde karşılaştırmalı hukuka yer verilmiştir. Bu kapsamda, Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimsemiş ülkeler arasında

nüanslar da ortaya konulmaya çalışılmış ayrıca Almanca konuşan devletler hukuk sistemlerinde de tahrikin etkisi incelenmiştir.

Çalışmamızın dördüncü bölüm olan son bölümünde, Türk Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrik kurumunun koşulları ele alınmıştır.

I B Ö M

HAKSIZ TAHRİT A RAMI, A S Z TA R N S O O E
 U U ESAS SU ENE TEOR S N N ER
 A RAM AR E A S Z TA R S

A. T r r

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, haksız tahrikin koşullarını ön plana çıkartan ya da hukuki veya psikolojik esasına ağırlık veren noktalardan hareket etmek suretiyle, değişik biçimlerde haksız tahrikin tanımının yapıldığı görülmektedir. Doktrinde haksız tahrik *nmezer rman*'a göre *failin haksız bir fiilinin doğurduğu gazap ve elem etkisi altında hareket ederek suç işlemesi*¹, *Taner*'e göre *kendisine karşı haksız bir eylemde bulunularak bir kimsenin suç işlemeye y neltilmesi*², *zbek*'e göre, *failin haksız bir fiilin oluşturduğu dışarıdan gelen bir etkiyle kişiyi kızgınlık ve üzüntü etkisi altında suç işlemeye y neltilme*³, *çel vik*'e göre, *haksız bir eylemin meydana getirdiği fke veya şiddetli üzüntünün etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneğinin nemli lçüde azalması neticesinde suç işlemesi*⁴, *çel okullukıncı zgenç züer Mahmutoğlu ve nver*'e göre *kişinin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalma*⁵, *emirbaş*'a göre ise *failin mağdur tarafından haksız olarak tahrik edilerek heyecan durumuna sürüklenmesi ve failin bu ruhi durumun etkisi altında kalarak suç işlemesi*⁶.

¹Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Onikinci bası, Beta, 1999, s.347.

²Tahir Taner, **Cez U**, 3.Baskı, İstanbul, 1953, s. 443.

³Veli Özer Özbek/ Nihat Kanbur/ Pınar Bacaksız/ Koray Doğan/ İlker Tepe, **T r C**, 3.Baskı, Ankara, Seçkin, 2012, s.405.

⁴Kayıhan İçel/ A.Hakan Evik, **S T r mler**, 2.Kitap, 4.Bası, İstanbul, Beta,2007, s.226.

⁵Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu Akıncı/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Fatih Selami Mahmutoğlu/ Yener Ünver, **S T r**, 2.Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2000, s.283.

⁶Timur Demirbaş, **T r C d Ö T r r**, Üçdal Neşriyat, 1985, s. 37.

Yargıtay kararlarında da haksız tahrikin tanımına birçok kez yer verildiği görülmektedir. Söz konusu Yargıtay kararlarında yer alan tanımlar bir arada değerlendirildiğinde, haksız tahrikin şu iki genel ifade ile tanımlandığı görülmektedir:

aksız tahrik, failin haksız bir fiilin doğurduğu fke veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir u halde fail suç işleme y nünde nceden bir karar vermeksizin dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye y nelmektedir ⁷.

ahrik failin haksız bir fiilin yarattığı gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir ail; haksız bir fiilin doğurduğu fke veya elemin tesir altında dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye y nelmektedir ⁸.

B. T r E O r r

1. r

Türk Ceza Hukukunda meydana gelen haksız fiilin, failde hiddet veya şiddetli elem oluşturması ve bunun etkisi altında failin tepki fiilini işlemesi halinde haksız tahrik indirimi uygulanmaktadır. Haksız tahrik kurumunun niteliklerinden biri failin haksız fiil neticesinde şiddetli elem ve öfkeye kapılmasıdır. Bir başka ifade ile, maddenin uygulanması bakımından haksız fiil, hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek nitelikte olmalıdır. Bu koşul, tahrik kurumunun psikolojik unsuru olarak nitelendirilmektedir⁹. Bu koşulu anlayabilmemiz için, psikolojik unsuru oluşturan elem ve hiddet halini de içerisinde barındıran bir üst bir kavram olan heyecan kavramını ve heyecanın birey üzerindeki etkilerini değerlendirmemiz gerekmektedir.

⁷Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T.19.11.1990, K.1-254/277, Erhan Günay, **Ö r ve Yar r r r E d r A B r S O r T r** Seçkin, Ankara, 2009, s.11.

⁸Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 20.06.2000, K.4-126/135. **A.g.e.**

⁹ Mehmet Akif Tutumlu, **T r C Hukukunda T r Ö r**, Ankara, 1999, s.31.

Kural olarak heyecan, kanunda düzenlenen suç tipleri ve fail hakkında öngörülen cezanın belirlenmesi hususunda özel bir önemi haiz değildir. Ancak, türleri ve yoğunluklarına bağlı olarak, karşılaştırmalı hukuk ceza kanunlarında olduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nda da bazı heyecan hallerine hukuki bir önem atfedilmektedir. Çoğunlukla içsel bir süreci betimleyen heyecan, doğrudan tespit edilemeyecek bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰. Bu nedenle geçmişten günümüze, heyecanın tanımlanmasına yönelik eğilimler olmuştur. Roma Hukuku döneminde, heyecanın adam öldürme suçu üzerindeki etkisi ilk kez Stoa öğretisince ele alınmış, kişinin heyecanın (*perturbationes animi*) etkisi ile bir fiili işlemesi halinde sorumluluğunun azalacağı ifade edilmiştir¹¹. Bu dönemde heyecan kavramının, belli bir ağırlıkta ortaya çıkan ani ruhsal dalgalanma, karmaşa, şiddetli ihtiras hallerinin yanı sıra bütün duygu ya da dış dünya ile ilgili talep durumlarını karşılayacak biçimde kullandığı ileri sürülmüştür¹². Ancak, Roma Hukukunda heyecanın, sadece zina yapan eşin öldürülmesi haricinde, diğer adam öldürme suç tipleri bakımından ceza indirimini gerektirecek biçimde kullanılmadığı söylenmekteyse de Roma Hukukunda Justinianus Kanunlarından *Digeste*'de suçun üç şekilde işlendiği ve bu çeşitlerden biri olan *impetus* kavramının heyecan kavramını karşıladığı ileri sürülmektedir¹³. Ancak, gerek kavramın hem saldırı hem de kavga ile aynı anlamda kullanıldığının öne sürülmesi gerekse içeriği konusunda o döneme ait yeterli bir araştırmanın ortaya konulamaması nedeniyle, heyecanın ne anlama geldiği hususu bu dönem bakımından muğlak kalmıştır.

Günümüzde heyecanın bir duygu durumu olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır¹⁴. Ancak heyecan kavramının her ne kadar doktrinde çok farklı

¹⁰Hans Walder *Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht*, **Schweizeri Z r r S rafrecht**, Band 81, Jahr 1965, (24-67), s.25.

¹¹Richard Schiess, **B r r d A**, Druck von Robert Noske, Grossbetrieb für Dissertationsdruck, Leipzig, 1916, s.4.

¹²**A.g.e.**, s.5.

¹³**A.g.e.**, s.14.

¹⁴**r r** Herausgegeben von Prof.Dr. phil. Hartmut O. Haecker/Prof.Dr. rer. nat. Kurt-. Stapf, 15. Auflage, Verlag Hans Huber, Bern, 2009, s.11.; Heinz Schöch, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch Grosskommentar**, 12.Auflage, herausgegeben von Heinrich Wilhelmkaufhütte, Ruth Rissing- van Saan, Klaus Tiedeman, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, 20, Kn.123, s.1310.

şekillerde tanımlandığı görülmekte ise de¹⁵ henüz ikna edici bir tanımının yapılmadığı ileri sürülmektedir¹⁶. Duygusal hareketlenme, bir şey karşısında reaksiyon gösterme olarak tanımlanan heyecan kavramından, yoğun ve görece kısa süreli duygu, hissiyat anlaşılmaktadır¹⁷. Bu duygu durumu, şiddetli derecede akut karakter ve bedensel birtakım belirtilerin de birlikte ortaya çıktığı tepkisel bir durumdur¹⁸.

Heyecanın tanımlanmasının birtakım zorlukları içerdiği *Walder* tarafından ifade edilmektedir. *Walder*'e göre bu zorluğun nedeni heyecanın ancak bireyin içsel sürecini ya da durumunu içeren ruhsal olguların belirlenmesi yoluyla tanımlanabilmesinde yatmaktadır. Ancak, bunun doğa bilimleri metodolojisi ile tespit edilmesi mümkün değildir. Yazar, kavramın psikolojide '*ruhsal durumun temel fenomeni*' şeklinde tanımlanmasının isabetli olduğu görüşünü benimsemektedir¹⁹.

Jung ise heyecanı, gerek insan vücudunun dikkate değer bir biçimde gerilmesi gerekse tahayyül sürecinin ciddi biçimde bozulması yoluyla ortaya çıkan bir duygu durumu olarak tanımlamaktadır²⁰. Heyecan ve duygular bireyin içsel ya da dışsal olaylara karşı gösterdiği tepkinin ifade biçimleridir. Bunlar yaşanmış olan antipati, nefret, kızgınlık, ümit, şehvet, şevksizlik ya da sempatinin ifade edilmiş biçimleri olabilmektedir²¹. Bu ayırım, bazı yazarlar tarafından farklı şekillerde ele alınmıştır. Örneğin Descartes duyguları altı gruba ayırmıştır. Spinoza ise üçe ayırarak ele almıştır. Bu ayırımlara göre denilebilir ki; her iki yazarın ayırımında da heyecan hali şehvet-arzu halinden türeyen bir

¹⁵ Latince '*animi motus*', '*commotio*' ya da '*permotio*' terimlerinin her biri günümüzde heyecan kavramını karşılamaktadır. <http://de.pons.eu/latein-deutsch/>. Erişim tarihi: 2.12.2012.

¹⁶Schöch, **Leipziger Kommentar**, 20, Kn. 124. Aksi görüş için bkz: Hans Joachim Rudolphi, Affekt und Schuld, **r r r**, Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft, Herausgegeben von Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin, 1974, s.201 (199-214)

¹⁷ Dorsch, **r r**, s.10.

¹⁸ Schöch, **Leipziger Kommentar**, 20, Kn.124, s.1310.

¹⁹ Walder, Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht, **Schweizerische Z r r S r r**, s.25.

²⁰ C.G.Jung, **Psychologische Typen**, Walter-Verlag, Freiburg, 1978, s.448.

²¹Walder Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht, **Schweizerische Z r r S r r** s.26. Ancak duyguların kategorize edilemeyeceği yönünde bkz: **Psychology for the Armed Services**, Edited by Edwin G. Boring, National Research Council, Washington, The Infantry Journal, 1945, s.373.

duygu durumudur²². Ancak, heyecan durumu çoğunlukla öfke, elem, nefret, üzüntü, kızgınlık, korku, acı, keder gibi içgüdüsel durumları barındırmaktadır²³. Bütün bu haller, eğilimlerimizin ve güdülerimizin dış dünyadaki görünümü olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, fiziksel süreç de subjektif olarak gözle görülür haldedir²⁴. Bireyin güdüsel taleplerinin karşılanması halinde zevk ve mutluluk ortaya çıkarken, bunlara karşı olan hareketler kızgınlık ve öfke ile karşılanmaktadır²⁵. Ancak, her şeyden önce burada önemli olan bunların aniden ortaya çıkması ve ani irrasyonel fiillerin durdurulmasının engellenememesidir²⁶. *Rohbacher*, heyecanı bu nedenle dışsal şartlar ya da durumlardan kaynaklı ‘*tepkisel durum*’ olarak tanımlamaktadır²⁷. Bu nedenle, tasarlanan fiillerin değil ani (spontane) bir biçimde işlenen fiillerin ‘*heyecan etkisi*’ ile işlendiği kabul edilmek suretiyle mahkemede fail hakkında ceza indirimine gidilmelidir²⁸.

Heyecan halleri, bazı durumlarda bir hareket ile patlamaya, bazı durumlarda ise ya tamamen hareket yavaşlatma ya da hiç hareket edememeye neden olurlar. Bu durumlar, doktrinde genel olarak iki sınıfta ‘*stenik*’ ve ‘*tenik*’ heyecan şeklinde adlandırılmakta ve ayrılmaktadırlar²⁹. *Stenik* kelimesi Yunanca ‘*stenos*’ kelimesi olan güç, kuvvet anlamlarına gelmekte, bu nedenle kızgınlık ve intikam gibi kişiyi güçlü kılan heyecan halleri için kullanılmakta iken, *astenik* kelimesi *stenik* kelimesinin başına ‘*a*’ olumsuzluk eki getirilmesi suretiyle elde edilmiş olup kişiyi güçsüz, kuvvetsiz kılan heyecan halleri için kullanılmaktadır³⁰. *Stenik* heyecan olarak kızgınlık, kıskançlık, nefret, intikam duygusu; *astenik* heyecan olarak ümitsizlik, telaş, derin acıma duyguları kategorize edilmektedir³¹.

²²Walder Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht , **Schweizerische Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** , s.26.

²³Dorsch, **Strafrecht** , s.10

²⁴Rudolphi, Affekt und Schuld , **Strafrecht** , s.201.

²⁵Walder Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht , **Schweizerische Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, s.27.

²⁶www.psychology48.com/deu/d/affekt/affekt.htm. erişim tarihi: 2.12.2012.

²⁷Rudolphi, Affekt und Schuld , **Strafrecht** , s.202.

²⁸**A.g.e.**

²⁹Walder Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht , **Schweizerische Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** s.28.

³⁰Ali Emrah Bozbayındır, Meşru Savunmada Sınırın Aşılması , **CHD**, Nisan 2012, Sayı 18 (113-135) s.126.

³¹Albin Eser/Hans Georg Koch, **Die vorsätzliche Taten**, Auslandsteil der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Herausgegeben von Max Planck Institut, Band 92, 1980, Heft 3, s.532(140). Ancak yazar bu ayırımın çok büyük bir önem arz etmediğini, örneğin öfke halinin bazen bilinçsizlik bazen de saldırı ortaya çıkardığını ifade etmektedir.

Almanca ‘Affekt’ olarak tanımlanan bu durum, ‘duygu’, ‘ruh hali’, ‘heyecan’ olarak karşılık bulmaktadır³². Bu kelimenin İngilizce karşılığı olarak ‘Emotion’ kullanılmaktadır³³. ‘Affekt’ yani heyecanı ‘emotion’ ya da ‘gefühl’ den ayıran nüans ise bu hallerin vücudun sinir sistemini şiddetli bir biçimde harekete geçirecek yoğunluğa ulaşmaları halinde oluşmasıdır³⁴. Şu halde, kanımızca bir skala şeklinde ele alınabilecek olan duygu durumları arasında heyecan, yoğun ve şiddetli duygu olarak değerlendirilebilir.

Türk doktrininde ise heyecan, ‘normal seyrinde akıp giden teessür hayatı içinde bariz bir sarsıntı halinde ve bazı psikolojik gsteriler ile birlikte meydana gelen şiddetli fakat geçici bir hal’³⁵ ya da ‘gelip geçici ancak birdenbire ortaya çıkan şiddetli teessür hali’³⁶ ya da ‘belirli ruh durumlarının vücut tarafından tepkisi diğer bir deyişle duygusal-ruhi karışıklıkların bir ifadesi’³⁷ olarak tanımlanmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun 29.maddesi bakımından denilebilir ki; bütün duygu durumlarını içeren üst bir kavram³⁸ olan heyecanın sadece hiddet ve elem halleri tahrike bağlı olarak ceza indirim nedeni sayılmaktadır.

2. Heyecanın Bedensel ve Davranışsal Etkileri

Heyecan hali ruhsal değişimlerin yanısıra bedensel birtakım ifade değişikliklerini de beraberinde getirmektedir. Heyecan halinde bireyde fiziksel ve davranışsal birtakım etkiler ve tepkiler meydana gelmektedir³⁹. Örneğin, yüz mimiklerinde ve beden dilinde farklı ifadeler, ses tonunda değişimler görülebilmektedir⁴⁰. Bir başka ifade ile heyecan bireyin fiziksel sistemi ile de yakından ilişkilidir. Bu nedenle, heyecan aynı zamanda merkezi sinir sisteminde

³² ‘gefühl’, ‘seelischer Zustand’ ya da ‘Stimmung’ kelimeleri de ‘Affekt’i tanımlar biçimde kullanılmaktadır. <http://www.wissenschaft-online.de/abo/lexikon/psycho/261>. erişim tarihi: 2.12.2012.

³³ Jung, **Psychologische Typen**, s.448; Dorsch, **Psychologische Typen**, s.11.

³⁴ Jung, **Psychologische Typen**, s.448.

³⁵ Faruk Erem, **Adalet Psikolojisi**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950, s.81.

³⁶ Cemil Sena Ogun, **Psikoloji Dersleri**, İstanbul, 1935, s.114.

³⁷ Demirbaş, **Türk Ceza Kanunu’nda Özgür İfade Hakkı**, s.26.

³⁸ Kemalettin Erel, **Cezanın Bedensel ve Davranışsal Etkileri**, İstanbul, 1998, s.36.

³⁹ Adolf Buse, **Arbeitspsychologie**, Leipzig, 1937, s.4.

⁴⁰ Walder, **Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht**, **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, s.29.

periferal-sinir hareketlenmeleri şeklinde tanımlanmaktadır⁴¹. Bu sistem, kognitif sistem ile paralel biçimde çalışan ancak ondan tamamen farklı karakteristik ve kurallara sahip bir sistemdir⁴². Duygulara ve heyecana sahip olmak esasında birey için önemli sayılan ve hazır olmadığı bir durumda şiddetli tepki verme anlamına gelmektedir⁴³. Bu nedenle, insan vücudu bu hazırlıksız duruma karşı hazırlanmakta, bu durum da birtakım fiziksel, davranışsal etkiler yaratmaktadır. Bu etkilerin temelinde otonom sinir sistemi yatmaktadır. Bir başka deyişle, otonom sinir sistemi duyguların temel organıdır ve insanın iradesi dışında yönlendirilmesi ile etkiler ortaya çıkmaktadır. Beynin arka kısmında bulunan, meydana gelen acil bir durumda bununla mücadele için fizyolojik birtakım değişikliklere neden olan ve sinir hücrelerinin boğumlarından meydana gelen bu sistem, doğrudan iradi olmayan vücut hareketlerini otomatik olarak kontrol etmektedir. Sistem ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan biri parasempatik, diğeri ise sempatik sinir sistemidir. Bu iki sistem birbiri ile etkileşim halinde çalışır. Parasempatik sistem, organizmanın zevke yönelik fonksiyonlarını yerine getirirken sempatik sistem tehlike tehdidi altında devreye girmektedir⁴⁴. Bu halde fiziksel ve davranışsal değişimler meydana gelmektedir. Heyecan, otonom sinir sistemi üzerinde etki eden sempatik sinir sistemine ait bir haldir. Heyecan halinde bireyin fizyolojik olarak görünümünde de değişiklikler meydana gelmektedir. Bunlar, nefes alış verişin artması, kalp atışlarının ve kan akışının hızlanması, gözbebeklerinin büyümesi, terleme, deri üzerinde galvanik elektrik değişimleri gibi değişikliklerdir⁴⁵. Heyecan durumunda meydana gelen fizyolojik tepkilerin kontrol altına alınamayacağı, sempatik sinir sisteminin heyecanı yönetmesi nedeniyle de tepkilerin irade dışında istemsiz olarak ortaya çıkacağı ifade edilmektedir⁴⁶. Heyecan, genellikle iç gerilimle ilişkili ve amaçsız olan huzursuzluk, ellerini ovuşturma, giysilerle oynama, bağırıp çağırma, hayıflanma, inleme gibi sürekli tekrarlanan aşırı sözsöz veya motor etkinlik gibi çeşitli fiziksel veya ruhsal süreçlerin spesifik olmayan bir semptomudur⁴⁷.

⁴¹ Dorsch, *Psikoloji*, s.10

⁴² A.g.e.

⁴³ Boring, *Psychology for the Armed Services*, s.374.

⁴⁴ A.g.e.

⁴⁵ Erel, C. *Ad B r A d T r*, s.38.

⁴⁶ Nevzat Güreli/ Öztekin Tosun, *Heyecan Göstergesi ile Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku*, M C.30, s.503.

⁴⁷ Selçuk Budak *S*, Bilim ve Sanat Yayınları, 2009, s. 153.

r d r

Heyecan hususunda yapılan tanımlamalara bakıldığında denilebilir ki, heyecan bütün yoğun duygu halleri için kullanılan bir üst kavramdır⁴⁸. Günümüzde ilk anda sadece sevinç ve coşkuyu niteleyen⁴⁹ heyecan, esasında ‘*sevinç korku kızgınlık üzüntü kıskançlık sevgi ve bunun gibi sebeplerle ortaya çıkan güçlü ve geçici duygu durumu*⁵⁰’nu ifade etmektedir. Bu durum bireyin genel ruh halinden farklı olarak, çok hızlı bir biçimde ortaya çıkan, çok yoğun bir biçimde yaşanan ve sinir sisteminin otonom bir biçimde yönlendirilmesi ile birlikte ortaya çıkan ‘*tepkisel duygu*’ halidir⁵¹. Psikoanalizde ise heyecan kavramından bilinçdışı ortaya çıkan bedensel tepkiler anlaşılmaktadır ve bilinçli bir algı ya da yaşantıdan farklılık arz etmektedir⁵². Bütün duygu hallerinin daha yoğun ve daha şiddetli olması durumunda heyecan ortaya çıkmaktadır⁵³.

Heyecanın hangi hallerinin haksız tahrikin koşulu sayılacağı ülkelere ve kabul ettikleri sistemlere göre değişiklik göstermektedir. Türk Hukukunda hiddet ve elem haksız tahrik kurumu bağlamında aynı nitelikte kabul edilmiştir. Elem halinde, derhal bir reaksiyonda bulunulmasa dahi, failin bu psikolojik durumu devam ettiği sürece suç işleyebileceği ve hakkında tahrik indirimi uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Haksız tahrik neticesinde Anglo-Sakson Hukuku ve Amerikan Hukukunda kızgınlığın, İtalyan Hukukunda hiddetin, Alman Hukukunda (adam öldürme suçu bakımından) öfkenin ortaya çıkması aranmaktadır. Avusturya ve İsviçre Hukukunda ise kaynağı belirtilmeksizin stenik ve astenik heyecan hallerinin ortaya çıkması ve failin heyecan nedeniyle ruhsal karışıklığa düşmesinin mazur görülebilir olması halinde tahrik indirimi gündeme gelmektedir.

⁴⁸ www.psychology48.com/deu/d/affekt/affekt.htm, erişim tarihi: 2.12.2012; Budak, **Psikoloji S** s. 153.

⁴⁹ Heyecanın Türk Dil Kurumu sözlüğündeki bir diğer anlamı coşku olarak tanımlanmaktadır. <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim tarihi: 3.12.2012.

⁵⁰ Boring, **Psychology for the Armed Services**, s.391.

⁵¹ <http://www.wissenschaft-online.de/abo/lexikon/psycho/261>, erişim tarihi: 3.12.2012.

⁵² **A.g.e.**

⁵³ Walder, **Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht**, **Schweizerische Z r r S r r** s.28.

⁵⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1992/1-361 K. 1993/20 T. 1.2.1993, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 5.11.2012.

Kanımızca önemli olan husus, tahrike neden olan fiilin haksızlığı, haksızlık neticesinde ortaya çıkan duygu durumunun kişinin kusur yeteneğine olan tesiri ve bunun yanı sıra failin bu tesir altında hareket etmesidir. Failin, hangi duygu ile hareket etmiş olursa olsun, idrakının ve düşünce süzgecinin devreye girdiği bir ‘*düşünüp taşınma*’ evresi yaşamış olması ve devamında elemin, hiddetin ya da diğer heyecan hallerinin yoğun etkisinin azalmasına rağmen suç işlemiş olması halinde, tahrik kurumunun amacına ters düşebilecektir.

Heyecan durumlarında, gerginlik, ürkeklik, çekingenlik, sinirlilik, saldırganlık ortaya çıkabilmektedir⁵⁵. Bu duygulardan en çok ortaya çıkan ise öfke, öfke neticesinde beliren saldırganlıktır⁵⁶. Ancak, normal şartlar altında, kişilik yapısı fazla duygusal, fazla alıngan ya da fazla asabi, saldırgan olan bireyin tahrik neticesinde, bünyesindeki mevcut bu neviden karakteristik özelliklerin etkisi ile aşırı bir tepki göstermesi halinde, bu tepkinin somut olay bakımından nedensellik bağına sahip olması gerekmektedir. Bu husus, diğer hukuk sistemlerinde somut olay değerlendirmesinde ele alınmakta ve ‘*makul insan*’ ya da ‘*mazur görülebilirlik*’ kavramları ile subjektif unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Failin, herhangi birisi ile değil, eğitim ve karakteri özellikleri de dahil olmak üzere aynı ya da benzer çevre koşullarına sahip bir kimse ile karşılaştırılması yoluyla makul insan ya da mazur görülebilirlik değerlendirmesi yapılmaktadır.

Son olarak belirtmek isteriz ki, haksız tahrikteki şiddetli elem ve keder hali, kişiyi işlediği fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılayamayacak seviyeye getirmese de ciddi olarak ruhsal durumunu etkileyecek boyutta olmalıdır. Hatta daha ileri bir adım olarak Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, öğretilerdeki bazı yazarların haksız tahrik durumunun *otomatizm*⁵⁷ e benzer nitelik gösterdiğini, bu

⁵⁵ Jale Bafra, Haksız Tahrikte Failin Kişiliğinin Taşıdığı Önem , **B r r** , C.69, S 10-12, 1993, s.770.

⁵⁶ Doğan Cüceloğlu, **r** , 2.Baskı, İstanbul, Remzi Yayınları, 1992, s.289.

⁵⁷ Nöroloji alanına ait bir terim olan otomatizm sıklıkla kompleks parsiyel epilepsi nöbeti esnasında görülen, hastanın, günlük hayatta yapabildiği aktiviteleri, hareketleri veya benzeri davranış biçimlerini nöbet sırasında bilinçsizce gerçekleştirmesi anlamına gelmektedir. <http://www.tipterimleri.com/detay/?uID=16503&session=63292655>, erişim tarihi 03.01.2011. Otomatizm, genellikle kişideki bozuk irade durumunun istemsiz davranışlara neden olması halidir. Bernadette McSherry, Men Behaving Badly: Current Issues in Provocation,

nedenle haksız tahrik neticesinde failde meydana gelen durumun belli bir ağırlıkta olması halinde failin akıl hastası olarak değerlendirilmesi gerektiğini savundukları görülmektedir⁵⁸. Bir başka ifade ile failin haksız tahrik nedeniyle öz denetimini kaybetmesi otomatizm hali ile eş değerde tutulmakta ve bu nedenle failin cezalandırılmayacağı ileri sürülmektedir⁵⁹.

C T r E

1.Genel Olarak

Haksız tahrik kurumuna, gerek Türk hukuku'nda gerekse karşılaştırmalı hukuk ceza kanunlarında yer verildiği görülmektedir. Bu, örneğin Türk Hukukunda olduğu gibi genel hükümlerde tüm suç tiplerine uygulanmak üzere öngörülen genel bir haksız tahrik düzenlemesine yer vermek suretiyle olabildiği gibi, örneğin Alman Hukukunda olduğu gibi belli suç tipleri açısından haksız tahrik düzenlemesine özel hükümler kapsamında yer vermek suretiyle olabilmektedir.

Haksız bir tahrikin etkisi altında suç işleyen failin cezasında indirimde gidilmesinin nedeni hususunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bir görüşe göre, fail, suçu kötü ya da yoz birisi olması nedeniyle yani suç işlemeye meyilli bir karaktere sahip olması nedeniyle işlememekte ancak daha önce meydana gelen olay neticesinin üzerinde yarattığı zayıflık ve içine düştüğü durum nedeniyle

Automatism, Mental Impairment and Criminal Responsibility , **Psychiatry, Psychology and Law**, Vol: 12, Number 1, 2005, s.18.

⁵⁸ Todd Archibald, The Interrelationship Between Provocation and Mens Rea: A Defence of Loss of Self-control , **Criminal Law Quarterly**, 1985-1986, S.28, s.455.

⁵⁹Colin Howard, **Criminal Law**, 3Rd.Ed, The Law Book Co.Ltd, Sydney, 1977, s.335. Avustralya'da görülen Dharmander Singh davasında, başkasıyla yaşamak için kendisini terk eden eşini öldüren failin durumu tartışılmıştır. Somut olayda kocasından sürekli dayak yiyen L, kocasını terk ederek başkası ile yaşamak ister ve boşanma davası açar. Mahkeme, boşanma kararı verir, müşterek çocuklarının velayeti anneye bırakılır. Baba ise haftanın belli günlerinde çocuğu görebilecektir. Ancak, anne çocuğu babası ile buluşturmak istemez. Babanın Aile Mahkemesi'ne yaptığı başvuru neticesinde L, mahkeme tarafından kararı yerine getirmediği için uyarılır. Bunun üzerine sinirlenen L, eski kocasına hakaret ederek telefon fırlatır, eski koca D bunun karşılığında L'yi öldürür. Mahkemede, D'nin, kendisine hakaret edildiği, bu nedenle tahrike kapıldığı savunmasını kabul etmeyerek 24 yıl hapis cezası verir. Ancak karar Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Yapılan ikinci yargılamada D hakkında, jüri tarafından otomatizm nedeniyle beraat etmesi yönünde görüş verilmiştir. R. V. Singh, 2003 86 SASR 473, McSherry, Men Behaving Badly: Current Issues in Provocation, Automatism, Mental Impairment and Criminal Responsibility , **Psychiatry, Psychology and Law**, s.18.

işlemektedir⁶⁰. Bir başka görüşe göre ise, failin karakterinin olağan dışı yetersizliğinden ziyade buna neden olan fiilin ya da durumun olağandışı özelliğinden dolayı işlenen suç nedeniyle failin sorumluluğunun az olduğu kabul edilmektedir⁶¹.

Gerçekte denilebilir ki, insan iradesinin zayıflığının yarattığı bir taviz olarak görülen haksız tahrik halinde fail, hiddetinin yarattığı nedenlerden ötürü davranışlarını kontrol edebilme yetisinden mahrum kalmakta ve daha zayıf hale gelmektedir. Bununla birlikte yalnızca failin içinde olduğu ruh halinin onun daha az cezalandırılmasına imkan tanıyacağı yaklaşımı bizce yetersizdir. Ayrıca bir kimsenin, zihnini bulanıklaştıran tahrik neticesinde işlediği suçta, suç teşkil eden hareketinin yanı sıra bu suçun işlenmesinde mağdurun yapmış olduğu hareketin de etkili olduğu ve fiilin haksızlık içeriğini azalttığı gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır⁶². Zira fail, her ne kadar meydana gelen tahrik fiili neticesinde olsa dahi hukuka aykırı davranmama, tepki göstermeme seçeneğini kullanmamıştır⁶³. Gerçekten, failin isnat yeteneğini kaldıracak derecede olmayan heyecan durumlarında bir bilinç karışıklığı yaşaması kastını ortadan kaldırmamakta, hatta suça yönelik kararını kolaylaştırmaktadır⁶⁴. Bu nedenle haksız tahrike maruz kalan kimse kendisine hakim olamayıp tipik eylemi gerçekleştirdiği takdirde fail vasfını kazanacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu döneminde de haksız tahrik Ceza Ehliyeti ve Bunu Kaldıran ve Hafifleten Nedenler başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak doktrinde haksız tahrik, suç genel teorisi içerisinde incelenirken, ya suça etki eden bir neden olarak⁶⁵ ya da kusurluluğa etki eden bir neden olarak⁶⁶ ele alınmıştır. Kanımızca bu farklılık suç genel teorisini değerlendirirken ortaya çıkan bir tasnif ve metod

⁶⁰Joshua Dressler, **Understanding Criminal Law**, 3Kn.Ed. LexisNexis, 2001, s.536.

⁶¹**A.g.e.**

⁶²Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.346.

⁶³Uma Narayan/Andrew Von Hirsch, Three Conceptions of Provocation, **Criminal Justice Ethics**, Vol.15, No1, 1996, Winter& spring, (65-72), s.65.

⁶⁴Demirbaş, **T r C r d Ö T r r**, s.30.

⁶⁵Nevzat Toroslu, **C r d Ö T r r**, Savaş Yayınevi, 18.Baskı, Ekim, 2012, s.240; Zeki Hafizoğulları, **T r C r d Ö T r r**, Ankara, USA, 2008, s.366.

⁶⁶Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Cilt II-III, İstanbul, Beta, 1992, s.341.; İçel ve Diğerleri, **S T r C r d Ö T r r** s.282; Faruk Erem, **T r C r d Ö T r r** **Hukuku**, Cilt II, 10.Baskı, Ankara, Sevinç, 1974, s.50.

değişikliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü her iki görüşe göre de haksız tahrik tesiri altında işlenen fiil suç olma vasfını yitirmemektedir.

2. S E Ed BrNd O r T r

Suçta etki eden nedenler, suçun varlığı için bulunmaları gerekli olan kurucu unsurlara eklenen, suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını gerektiren, bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ancak bulunmaları halinde ise suçun hukuki vasfında değişikliğe uğratmayan nedenlerdir⁶⁷. Bunlar, suçu daha ağır veya daha hafif hale getirmesi nedeniyle suçun basit şekline nazaran cezanın değişmesi sonucunu doğuran nedenler olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Suçun oluşması için gerekli olan unsurlardan farklı olarak, suça etki eden nedenler suçun varlığına, oluşumuna etkili değildirler. Suçun varlığını etkilemeyen, bir başka deyişle suçu oluşturan bir unsur sayılmayan bu nedenler sadece suçun ağırlığına etki etmektedirler⁶⁹. Diğer taraftan suçun ağırlığını etkileyen bu nedenler isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlerden de sayılmamaktadır. Bunlar cezalandırılabilme şartının da dışında kalmaktadırlar⁷⁰.

Haksız tahriki suça etki eden nedenlerden biri olarak kabul eden görüşe göre, bu sınıflandırmaya takdiri indirim nedenlerini de dahil etmek gerekecektir. Haksız tahrik de tıpkı takdiri indirim nedeninde olduğu gibi suçun temel unsurlarından biri olmayıp, kanunda öngörülen ceza miktarını hafifleten bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle haksız tahrik suçun unsurlarından değil, suça etki eden genel bir hafifletici neden olarak kabul edilmiştir⁷¹. Bu görüş ışığında, haksız tahrik, *suçun kanuni tanımında belirlenen tipik fiilin dışında kalan ve ona eklenen zel fiili unsurlar veya failin psikolojik durumu* olarak tanımlanmaktadır⁷². 1987,1989,1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarılarında, haksız tahrik suça etki eden bir neden olarak düzenlenmiştir. Ancak, tasarı

⁶⁷Dönmezer/Erman, **Nazari Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, s.339.

⁶⁸ Toroslu, C s.264.

⁶⁹ Hafizoğulları, T r C r s. 366.

⁷⁰ A.g.e.; Nurullah Aydın, T r S C , Ankara, Turhan, 2008, s.97.

⁷¹ Toroslu, C , s.264.

⁷² Devrim Aydın, **Tahrik**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s. 12.

gerekçeleri incelendiğinde, haksız tahrikin neden suça etki eden bir neden olarak düzenlendiğine ilişkin herhangi bir açıklamanın bulunmadığı görülmektedir.

Suçu etkileyen nedenler, işlenen suçun cezasının ağırlaştırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlardır. Kanımızca, haksız tahrikin suça etki eden genel nedenlerden biri olarak kabul edilmesi durumunda, failin kusurluluğu üzerinde bir değerlendirme yapılmaması gerekmektedir. Keza, suçu etkileyen diğer bir genel neden olarak görülen takdirli indirim nedenlerini incelediğimizde, sadece failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama esnasındaki davranışları gibi failin, onu fiili işlemeye iten nedenin dışında, fiilden sonraki davranışlarının değerlendirildiği görülmektedir. Haksız tahrik ise, hukuki niteliği gereği diğer suçu etkileyen nedenlerden farklıdır. Haksız tahrikin suçu etkileyen bir hal olarak kabul edilmesi halinde, tahrik teşkil eden fiilin, failin psikolojik durumuna herhangi bir etkisinin olup olmadığının tartışılmasına gerek duyulmayabilir. Oysa ki haksız tahrik hali, failin, gerçekleştirilen haksız bir fiil neticesinde adeta kendini kaybedecek derecede psikolojik buhrana girmesi ve bunun tesiri ile suç işlemesi halidir. Suça etki eden haller olarak kabul edilen diğer genel nedenlerden farklı olarak haksız tahrikte, failin kusurluluğunun üzerinde etkili olan bir halin varlığı söz konusudur. Türk Ceza Kanunu ise haksız tahrikin hukuki niteliğinin diğer suçu etkileyen hallerden farklılığını, cezanın belirlenmesi aşamasında bağımsız olarak değerlendirilmesini öngörmüştür.

3. r E Ed B r N d O r T r

a.Genel Olarak

Ceza Hukukunda bir kimsenin cezalandırılabilmesi, iradi ve bilinçli olarak gerçekleştirilen haksız bir hareketin varlığına bağlıdır. Kusurun temelinde, kişinin özgür iradesi ile bilinçli bir biçimde haklı ile haksızı ayırt edebilme yeteneği bulunmaktadır⁷³. Failin iradi olarak gerçekleştirdiği haksız hareketinden dolayı sorumlu tutulabilmesi, ceza sorumluluğunun doğması için kusurunun bulunması gerekir. Failin kasti veya taksirli fiilinin, diğer bir deyişle

⁷³Johannes Wessels/ Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 39.Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, s.138; Hans Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s.410.

kusurlu fiilinin varlığı durumunda ayrıca hukuka aykırı ve kusurlu bu fiilinin hangi koşullarda kendisine isnad edilebileceğinin de araştırılması gerekmektedir.

Bireyin cezai sorumluluğunun belirlenmesindeki öneminden ötürü kusur, hukuk devletinin gereği olan ilkelerden biri haline gelmiştir. Bu ilke kusur ilkesi olarak adlandırılmaktadır⁷⁴. Bu ilke uyarınca, failin kusurundan söz edebilmemiz için davranışından önce hareketinin haksız olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerekmektedir⁷⁵. Kusur ilkesi, failin Ceza Hukuku açısından sorumluluğu için somut eylem kusurunu gerekli kılmaktadır. Fail, suç teşkil eden hareketini yaptığı anda kusur yeteneğine, kusurlu davranabilme iradesine sahip olmalıdır⁷⁶. Failin, genel olarak haklı ile haksız birbirinden ayırt edebilecek olgunlukta olması ve kusur yeteneğini haiz olması yetmemekte, aynı zamanda iradi olarak hareket edebilme yeteneğine de sahip olması gerekmektedir⁷⁷. İradi gerçekleştirilmeyen davranışlar ceza hukuku açısından fiil özelliği taşımazlar. Bu nedenle fiilin varlığından bahsedebilmemiz için failin, fiili işlediği esnada davranış normunun gerektirdiği şekilde karar verme yeteneğine sahip olması gerekmektedir⁷⁸.

Kusur yeteneği Türk Ceza Kanunu'nda, anlayabilme ve isteyebilme yeteneği olarak kabul edilmiş, suçun failinde kusur yeteneğinin bulunduğu varsayımından yola çıkılarak sadece bunun kimlerde olmadığı düzenlenmiştir. Failin kusur yeteneğinden bahsedebilmemiz için algılama ve irade yeteneklerinin bir arada bulunması gerekir. Algılama yeteneği, kişinin yapmış olduğu hareketin toplumdaki değerini bilmesi, hareketin toplumdaki yaşayış koşulları ile çatıştığını anlamasıdır⁷⁹. Bu görüşe göre kusur yeteneği kusurlu davranabilmenin ön şartıdır. Bu nedenle, kusur yeteneği olmayan bir kişinin hareketi hukuka

⁷⁴ Hamide Zafer, Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı,-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı, **M r** 2009/2, (151-194), s.151.

⁷⁵ Özbek ve Diğerleri, **T r C** r, s.335.

⁷⁶ Yener Ünver, Sebebinde Serbest Hareketler, **Prof.Dr. Sahir Erman Ar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını no:8, İstanbul, 1999, s.807.

⁷⁷ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **T r C** r 7. Bası, İstanbul, Beta, 2011, s.353.

⁷⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **T r C** r, 5.Baskı, Ankara, Seçkin, 2012, s.291.

⁷⁹ Uğur Alacakaptan, **S U r r**, Sevinç, Ankara, 1970, s.104.

aykırı olabilir, ancak kusurlu olamaz⁸⁰. Kusur yeteneği, bir fiilin bir kişiye yüklenebilmesi için, hareketin yapıldığı sırada o kişide bulunması gereken niteliklerin bütünüdür⁸¹. Bir başka deyişle, faile işlediği fiilin yüklenebilmesi için fiili gerçekleştirdiği esnada bulunması gereken anlama ve bu anlayışa göre davranabilme yeteneği, failin işlediği fiilin kendisine isnat edilebilmesi için kendisinde bulunması gereken özelliktir⁸². Bir kimsenin, gerçekleştirdiği hareketlerin toplum içindeki değerini bilmesi ve hareketinin toplum açısından taşıdığı değer ve değersizliği anlama, algılama yeteneği; kişide, yaptığı şeyi isteyerek yapma, iradesine uygun hareket edebilme kabiliyeti ise irade yeteneğidir⁸³.

Tipiklik ve hukuka aykırılık vasıflarını taşıyan bir fiilin kusurlu olarak işlenip işlenmediği ele alınırken, failin fiili işlediği sırada ceza normuna riayet etme veya ihlal etme kararını verebilecek ehliyetinde olup olmadığı kıstasına başvurulmaktadır⁸⁴. Karşılaştırmalı hukuktan örnek vermek gerekirse; Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesine göre fail hakkında, bu maddede sayılmış psikolojik durumlardan birine göre ceza verilmekten kaçınılması ya da az ceza verilmesi için fiili işlediği sırada, failin işlediği fiilin haksızlığını algılama yeteneğinin bulunmaması gerekmektedir veya fail davranışlarını yönlendiremeyecek durumda olmalıdır. Bunun neticesi olarak, aynı kişi ve aynı zaman içerisinde işlenen fiiller bakımından Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi hem uygulanabilir hem de uygulanmayabilir. Bu bağlamda, kusurun hukuki bir kavram olmasından ve ampirik tıbbi bir teşhis olmamasından ötürü, bir kimsenin sürekli veya suçtan bağımsız olarak kusur yeteneğinin olmadığı veya sınırlı olup olmadığı meseleleri kanımızca yanlış anlamaya müsaittir. Bu nedenle kusurluluk hakkında yapılan değerlendirmede sadece failin fiilin işlediği sıradaki durumu esas alınır. Örneğin, Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesindeki⁸⁵ psikolojik rahatsızlıklar süreklilik arz eden şekilde olsa da kanun koyucu failin, fiili işlediği

⁸⁰ Özbek ve Diğerleri, **T r C** r, s.339.

⁸¹ Kayıhan İçel, **T rd S S r**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1967, s.18.

⁸² Hakan Hakeri, **Ceza Huku r** 12.Baskı, Ankara, Adalet, 2011, s.301.

⁸³ **A.g.e.**

⁸⁴ Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5.Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2011, s.229vd.

⁸⁵ Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: ' *astalık teşkil eden ruhi bozukluktan esaslı bir şuur bozukluğundan veya akıl zayıflığından veya başka bir anormal ağır ruhi durumdan dolayı fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa g re hareket etme kabiliyetine sahip bulunmayan kişi kusurlu hareket etmiş olmaz* '

sıradaki durumunu esas almaktadır. Yaş küçüklüğü nedeniyle kusurluluğun mümkün olmaması halinde ise genel olarak kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilmesine karşın Alman Ceza Kanunu 20.maddesine göre kusur yeteneğinin olmayışını sadece somut fiil bakımından kusurluluğu kaldıran hal olarak anlamak icap etmektedir. Elbette bu durumun istisnaları vardır. Örneğin failin fiili işlediği sırada kusur yeteneği olmamakla birlikte istisnai durumlarda failin kusur yeteneğinin belirlenmesi hususunda teşhis noktası önceki bir zaman esas alınarak belirlenebilir. Sebebinde serbest hareket kuramı bağlamında iradi sarhoşluk halleri bu kapsamda değerlendirilebilir⁸⁶. Failin kusur yeteneğinin kalktığı kabul edildiği bir diğer durum ise haksızlık bilincinin olmadığı durumlardır. Yasaklık yanılığının kaçınılabilirliğinin rol oynamadığı, failin psikolojik bozukluğunun bu yasaklık yanılığı işinde işlenen fiilin bu psikolojik rahatsızlığından kaynaklandığı olaylarda Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi uygulanabilecektir⁸⁷.

b T r Ceza Hukukunda r r

Suç teorisine göre, bir kişinin cezalandırılabilmesi için, Ceza Kanunu'nda yer alan suç kalıbına uygun fiil, bu fiile yönelik bir irade ve bu fiilin hukuka aykırı olmasının yanı sıra failin, bu fiilinden ötürü ceza yaptırımını ile karşılaşmasını engelleyecek nedenlerin bulunmaması gerekmektedir. Bu unsurlar, benimsenen teoriye göre farklılık arz etmekle birlikte, genel olarak suçun yasallık unsuru, maddi unsuru, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsuru başlıkları altında incelenmektedir. Suçun yasallık unsuru, kanunda soyut bir düzenleme ile belirlenen suç kalıbı⁸⁸ yani suçun kanuni tanımı ile bu kalıba uyan somut olayın suçu meydana getirmesidir. Maddi unsur ise, olayın maddi yönüne ilişkin özelliştir. Bu özellik, hareket, hareketten doğan netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağıını ifade eder. Bunların dışında suç tanımında yer alan fail, mağdur, suçun konusu gibi bütün maddi nitelikli unsurların da bu başlık

⁸⁶ Thomas Fischer, **B r r S r d N**, Band 10, 58.Auflage, Verlag C. Beck München, 2011, 20,Kn. 2a, s.144.

⁸⁷ **A.g.e.**, 20, Kn.3, s.145.

⁸⁸ Suç kalıbı kavramının ilk kez kullanımı hakkında bkz: Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri, Cilt I.**, İzmir 1982, 184, not : 7, 237 vd.

altında incelendiği görülmektedir⁸⁹. Hukuka aykırılık unsuru ise suçun olumsuz bir unsurudur. Kanunda hukuka aykırılık şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira, suçun hukuka aykırılık unsuru, fiilin hukuka uygun olduğunu gösteren nedenlerden birinin bulunmaması ile gerçekleşir. Bir fiilin kanunda tanımlanmış olması, hukuka aykırı olduğu yönünde bir karine teşkil eder. Bu yargının kesinleşmesi için, kanunda yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir.

Türk Ceza Hukuku öğretisinde, suçun dördüncü unsuru olan manevi unsur içerisinde hangi kavramların incelenmesi gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bunun en temel nedeni, kanımızca, manevi unsura yüklenen anlam ve içerik farklılığıdır. Bu farklılık nedeniyle, bu unsurun tanımı ve kapsamı değişik şekillerde ele alınmakta ve manevi unsur, subjektif unsur, kusur veya kusurluluk gibi farklı isimlerle ifade edilmektedir. Klasik Teoriye göre, manevi unsur, kusurluluk ile aynı anlamı taşımakta, kast ve taksir birer kusurluluk şekli olarak görülmektedir. Bu görüşte kusur, manevi unsurun fiil açısından; kusurluluk ise manevi unsurun fail yönünden ele alınışdır⁹⁰. Bu inceleme yönteminde, kusurluluk üst kavram olarak kullanılmış, isnat yeteneği ise kasten veya taksirle davranabilmenin ön şartı olarak kabul edilmiştir. Çünkü, bir fiili bir kimseye atfetmek için fiil ile fail arasında psişik bir ilişkinin aranması gerekir. Bu nedenle isnat yeteneğini bir kenara bırakarak kusurluluk kavramı açıklanamaz⁹¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından manevi unsur birer haksızlık çeşidi olan kast ve taksir olarak değerlendirilmiş, kusurluluk ise suçun unsurları dışında ayrı bir başlık altında incelenmiştir⁹².

⁸⁹ Zafer, Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı -Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı, M, s.166.

⁹⁰ Dönmezer/Erman, **Nazari Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, Kn. 904, s.197-204.

⁹¹ İçel, T r d S S r, s.19. Öğretide içerik olarak aynı şekilde ele alınmakla birlikte, manevi unsuru isnat yeteneği ve kusurluluk olarak ikiye ayırmak suretiyle inceleyen yazarlar bulunduğu gibi kast ve taksiri birer kusur şekli olarak kabul ederek, bunları kusur yeteneğinin mevcudiyetine bağlayan yazarlar da bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Zafer, Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı,-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı, M s.173; Özbek ve Diğerleri, T r C r s.337.

⁹² Koca/Üzülmez, T r C r, s.131 vd; Zafer, **Ceza Hukuku Genel** r, s.200 vd; Özbek ve Diğerleri, T r C r, s.239 vd; Frister, **Allgemeiner Teil**, s. 82-83.

Meydana gelen bu biçimsel farklılık, beraberinde anlam farklılığını da getirmiştir. Fail tarafından kasten veya taksirle işlenen fiiller haksızlık olarak değerlendirilirken, bu haksızlığın faile yüklenebilmesi, failin kusurluluğu ile açıklanmaktadır. Yani kusurluluk, suçun yukarıda belirtilen dört unsurun varlığının tespitinden sonraki aşamada incelenmektedir⁹³. Bunun neticesinde öğretilerde manevi unsur ve kusurluluk kavramlarına birbirinden farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir. Bunlardan ilki, failin kusurlu davranma yeteneğini, işlenen fiil açısından failin kasten hareket etmesinin bir ön şartı olarak gören, diğeri ise bütün bunların dışında cezalandırılmayı etkileyen bir hal olarak değerlendiren görüşlerdir. 19. yüzyılın başlarından itibaren Klasik Teori olarak adlandırılan ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda etkisi görülen teoriye göre, bir kimsenin gerçekleştirdiği hareketten sorumlu tutulabilmesi, hareketi iradi olarak gerçekleştirmesine bağlıdır⁹⁴. Fail, özgür iradesi ile haksızlığı seçmiş olmalıdır⁹⁵. Fail, haklı ile haksız, iyi ile kötüyü ayırt edebilme imkanına sahip iken iyiyi seçmemiş, özgür iradesi ile kötüye yönelmiştir ve bu nedenle kusurlu sayılıp cezalandırılmaktadır⁹⁶. İrade özgürlüğünün esas alınmış olması, suç işlemiş bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için temyiz kudreti ile irade serbestisinin aranmasına neden olmaktadır. Faile bu isnadın yapılabilmesi için onun kasten veya taksirle hareket etmiş olması, bunun için de kusur yeteneğine sahip olabilmesi gerekir⁹⁷. Dolayısıyla kusur, failin manevi sorumluluğuna, manevi sorumluluğu da irade serbestisine dayanmaktadır⁹⁸. İrade serbestisi ile kast ve taksir arasındaki bu sıkı ilişki nedeniyle isnat edilebilirlik yani kusurluluk; kasten veya taksirli davranabilmenin bir ön şartı olarak kabul edilmiştir⁹⁹.

Türk öğretilerinde, Klasik Teoriyi benimseyen yazarlar, kanuni tanıma uygun fiilin suç olarak nitelendirilmesi için, fiilin iradi olması gerektiğini

⁹³ Koca/Üzülmez, **T r C** r, s.269.

⁹⁴ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, **C** r, 5. Bası, Ankara, Turhan Yayınları, 2011, s.481.

⁹⁵ Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan D** **Subjektif Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2007, s.32.

⁹⁶ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku** **Cilt I**, 13. Tıpkı Bası, İstanbul, Beta, 1997, s. 45-96.

⁹⁷ Cengiz Apaydın, **Teoride ve U** **d C** **Ad T A d r** Ankara, Adil, s.22.

⁹⁸ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel** **C** , Kn.96, s.62. Klasik okulun kusur kavramını dayandığı irade serbestisine karşılık Pozitivist okul irade serbestisini temelsiz bularak, cezayı suç karşısında oluşan bir toplum tepkisi olarak değerlendirmiştir.

⁹⁹ Zafer, **Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı,-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı** , **M** s.160.

savunmuşlardır. Bu irade fail ile hareket ve netice arasındaki psişik ilişkiyi ifade etmektedir¹⁰⁰. Bu ilişki kast ve taksir şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁰¹ ve öğretide manevi unsur, subjektif unsur, kusur türleri¹⁰² veya kusurluluk¹⁰³ şeklinde incelenmektedir. Kusur yeteneği kasten ya da taksirle davranabilmenin ön koşulu; kast ve taksir kusurluluk şekli veya kusurun kendisi olarak değerlendirilmektedir. Öğretide, fiilin değil failin kişisel niteliklerini ilgilendirdiği için kusur yeteneğinin suçlu başlığı altında incelenmesi gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir¹⁰⁴. Bu görüş isnat edilebilirliği bir kimsenin kanunun suç olarak öngördüğü bir fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için sahip olması gereken nitelik olarak kabul etmektedir¹⁰⁵. Isnat edilebilirlik suç failinin cezalandırılması için sahip olması gereken bir niteliktir. Bu nedenle isnat edilebilirliğin yokluğu sadece cezayı ortadan kaldıran bir nedendir; dolayısıyla kişi cezalandırılmasa bile suç oluşmuştur¹⁰⁶.

İrade özgürlüğü bulunmayan bir kimsenin hareketi tipe uygun ve hukuka aykırı olabilir ancak kusurluluğun kasten ya da taksirli davranabilmenin ön şartı olarak kabul edilmesi durumunda, suç oluşmayacaktır¹⁰⁷. Klasik anlayışa göre, kusur yeteneğine sahip olmayan bir kimsenin kasten veya taksirle hareket etmesi

¹⁰⁰ Önder, C r Cilt II-III, s.260.

¹⁰¹ Alacaktan, S U r r , s.104. Yazara göre, manevi unsurun sadece failde kusurlu iradenin varlığı şeklinde ele alınması dar anlamda kusurluluk olarak değerlendirilmektedir. Halbuki, kusurlu bir iradenin var olması için failin aynı zamanda kusurlu davranabilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde bir kimseden kusurlu hareket etmesi beklenemeyecektir. Bu nedenle, yazara göre manevi unsur içerisinde ayrıca isnat yeteneği de incelenmelidir. Yazar ile aynı doğrultuda olan diğer Klasik Suç Teorisi yazarları tarafından da suçun bir unsurunu teşkil eden manevi unsur ile kusurluluk aynı kavram olarak değerlendirilmektedir. Bu teoriye göre fail ile hareketinden doğan netice arasındaki psişik-subjektif ilişki kusurdur. Klasik okul mensubu yazarlara göre de kusurluluk suçun genel unsurlarından biridir. İşlenmiş olan fiil ile fail arasındaki manevi bağıdır. Suçun meydana gelebilmesi için sadece failin kanuni tanıma uygun ve hukuka aykırı eylemi işlemesi yetmez, aynı zamanda bu eyleme failin kusurlu iradesinin de katılmış olması gerekmektedir. Kusurlu irade tarafından yaratılmış olmayan eylemler suç sayılmazlar. Ancak, ümanist doktrin savunucularından Faruk Erem, zararlı netice veren bir fiilin failinin bilindiği halde kendisinde kusur görülmediği için ceza verilmemesi durumunun ümanist doktrin benimsediği bir gelişme olarak işaret etmektedir. Ayrıntılı görüş için bkz: Faruk Erem, r d T r Ceza Hukuku r Cilt I, Ankara, Sevinç, 1976, s.475.

¹⁰²İçel/Evik, C r, s. 167 vd; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku r Ankara, Seçkin, 8.Baskı, 2012, s.347 vd; İçel ve Diğerleri, S T r , s.198.

¹⁰³Ayhan Önder, C r Cilt I-II, İstanbul, Beta, 1992, s.226; Özbek ve Diğerleri, T r C r, s.335.

¹⁰⁴Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, s.144.

¹⁰⁵Toroslu, C s.368.

¹⁰⁶A.g.e., s.374.

¹⁰⁷Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.272.

düşünülemeyecektir¹⁰⁸. Dolayısıyla kusur yeteneği suçun bir unsuru haline dönüşmüştür¹⁰⁹. Başka bir anlatımla, kusurluluk, failin kasten ya da taksirle davranabilme kabiliyeti olarak kabul edilmektedir¹¹⁰. Failin, işlediği bir fiilden dolayı cezalandırılabilmesi, onun ceza normunu anlamaması veya anladığı halde ona uygun hareket etmemesi dolayısıyla kınanabilmesi ancak kişinin kusur yeteneğine sahip olması dolayısıyla kusurluluğunun bulunması durumunda mümkün olacaktır¹¹¹. Ancak bu durumda, kişinin yaptığı hareketin ona isnat edilebilmesi, hukuka uygun hareket edebilmesinin kendisinden beklenilebilmesi gerekir¹¹². Bu görüşe göre, haksız davranabilmenin bir ön şartı olarak, kusurlu davranabilme yeteneği olmayan bir kimsenin gerçekleştirdiği eylem, kanunda suç olarak nitelendirilmesine rağmen suç tipini ihlal etmemiş olacak ve dolayısıyla hakkında yapılan muhakeme neticesinde dava beraatle sonuçlanacaktır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 46.maddesi ile bu husus *iili işlediği zaman şuurunu veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilmez.* şeklinde düzenlemiş ve madde düzenlemesi, ancak isnat yeteneğine sahip olan bir kimsenin bilinç veya hareket serbestisini haiz olacağı şeklinde yorumlanmıştır¹¹³. İtalyan Ceza Kanunu'nun 85., Yunan Ceza Kanunu'nun 35/1., İsviçre Ceza Kanunu'nun 12.maddesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemeye benzer düzenlemelere yer vermiştir¹¹⁴.

Kusur yeteneğinin failin kasten davranabilmesinin bir unsuru olarak kabul edilmesi, beraberinde failin suç işlediği anda kusur yeteneğinin olmadığı durumlarda özellikle failin bizzat kendisinin kusur yeteneğini önemli ölçüde ortadan kaldırması halinde- failin fiilinden nasıl sorumlu tutulacağı meselesini gündeme getirmiştir. Ceza Hukukunda kusur ilkesi gereği, fail suç teşkil eden fiili gerçekleştirdiği esnada kınanabildiği, subjektif açıdan eylemin kendisine yüklenebildiği takdirde sorumlu tutulabilir¹¹⁵. Ancak, failin, kusur yeteneğinin

¹⁰⁸ Ünver, Sebebinde Serbest Hareketler , r r S r Er Ar , s.809.

¹⁰⁹ Zafer, Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı,-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı , M s.176.

¹¹⁰ Ünver, Sebebinde Serbest Hareketler , r r S r Er Ar , s.814.

¹¹¹ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.271.

¹¹² **A.g.e.**

¹¹³ Sulhi Dönmezer, **Ceza Genel Hukuku Dersleri**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2003, s.184.

¹¹⁴ Ünver, Sebebinde Serbest Hareketler , r r S r Er Ar , s.808.

¹¹⁵ **A.g.e.**, s.801.

tamamen veya önemli ölçüde ortadan kalktığı hallerde suç işlemesi ceza yargılaması bakımından ikilem olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶. Bu nedenle hukuka aykırı, tipik hareketin gerçekleştirildiği sırada failin kusur yeteneğini yitirmiş olmasına karşın sorumluluğuna gidilmesi ve cezalandırılmasının mümkün olabilmesi için ceza hukukunda başka yöntemler aranmıştır. Bu bağlamda özellikle 20. yüzyıldan itibaren Klasik Teori terk edilmeye başlanmış, onun yerine Neo-Kasik Suç Teorisi gündeme gelmiştir. Bu akım ile birlikte kusur anlayışında değişiklik meydana gelmiştir. Kusur, fail ile fiil arasındaki bağ değil, yükümlülükler aykırı bir şekilde oluşan irade nedeniyle failin kınanabilmesi olarak belirtilmiştir¹¹⁷. Ancak haksızlık şekilleri olarak kast ve taksirin kusurluluk alanından tamamen çıkartan ve tipik fiilin bir unsuru olarak kabul eden görüş Final Hareket Teorisi olmuştur¹¹⁸. Final Hareket Teorisi ile kast kusurluluk alanından çıkararak haksızlık alanına dahil olmuştur. Haksızlığın bir unsuru olarak kast, kusur yargısının konusunu oluşturmuştur¹¹⁹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Türk Ceza Hukukunda kusurluluk ve haksızlık farklı unsurlar olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Hukuka aykırılık alanında bulunan ve bir cezai yaptırım gerektiren eylemin, hukuk düzeninde yer alan normlar ile çelişmesi haksızlığı oluştururken; ortaya çıkan hukuka aykırı eylemin faile kişisel olarak yüklenip yüklenemeyeceği sorunu kusuru ilgilendirmektedir¹²⁰. Haksızlık teşkil eden bir fiilin işlenmesi halinde, haksızlığı gerçekleştiren kişinin özellikleri dikkate alınmaksızın fiil hakkında değerlendirmede bulunmaktadır. Ancak gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla failin hangi şartlar dahilinde sorumlu tutulacağı kusurluluk ile ilgilidir¹²¹. Bu görüşe göre, kusur, fail ile fiil arasındaki subjektif-manevi bağı değil, failin kınanabilirliğini ifade etmektedir¹²². Bu halde, haksızlık içeren bir fiilin, cezalandırılıp cezalandırılmaması veya ne oranda cezalandırılacağına ilişkin değer yargısı kusurluluk olarak ifade edilmektedir¹²³. Kusur yeteneği, kusurlu davranabilmenin, yani kasten veya taksirle hareket

¹¹⁶ **A.g.e.**

¹¹⁷ Koca/Üzülmez, **T r C** r, s.272.

¹¹⁸ Wessels/Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s.32; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 4.Bası, C.H.Beck, 2006, Kn.17vd.

¹¹⁹ **A.g.e.**

¹²⁰ Ünver, **Sebebinde Serbest Hareketler**, r r S r Er Ar s.804.

¹²¹ İzzet Özgenç, **T r C** r, 8.Bası, Seçkin, Ankara, 2012, s.225.

¹²² Koca/Üzülmez, **T r C** r, s.272 vd.

¹²³ Hamide Zafer, **Ceza Hukuk** r, 2.Bası, İstanbul, Beta, 2011, s. 301.

edebilmenin bir ön koşulu değildir. Kusur yeteneği tamamen ya da kısmen ortadan kalkan birisi de kasten veya taksirle hareket edebilir. Bu durum, kusur yeteneği olmayan bir kişi hakkında emniyet tedbirleri uygulanmasını engellemez¹²⁴.

Bir suçun faile isnat edilebilmesi sadece objektif tipikliğin varlığından ibaret değildir¹²⁵. Suçun faile isnat edilebilmesi için, failin gerçekleştirdiği fiilin sadece kanuni tipe uygun ve hukuka aykırı olması yetmemektedir. Fail, gerçekleştirdiği fiil tipik ve hukuka aykırı olsa bile kendisine isnat edilemiyor ise işlediği fiil nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Ancak, fail ile gerçekleştirilen bir davranış arasında manevi bir bağın tespit edilmesi halinde, fiil tipik haksızlık olarak nitelendirilir ve faile isnat edilebilir¹²⁶. İşlenen fiil ile kişi arasındaki bu bağlantı suç teşkil eden haksızlığın manevi unsurunu oluşturmaktadır. Bir fiilin somut olay bakımından haksız olması ile fiilin haksız olarak değerlendirilmesi birbirinden ayrıdır¹²⁷. Kanundaki belirli suç tipine uygun, kasten veya taksirle gerçekleştirilmiş haksızlık içeren bir fiilin cezalandırılıp cezalandırılmaması konusundaki değer yargısı kusurdur¹²⁸. Akıl hastası olan ya da kendisine uygulanan cebir etkisi altında hareket eden kişi de kasten hareket edebilir. Bu nedenle bir kimsenin kasten hareket edebildiğini söylememiz için mutlaka o fiilden dolayı faile kusur isnat etmemiz şart değildir¹²⁹. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak derecede akıl hastalığına sahip bir kimsenin suç işlemesi halinde de işlenen fiil suç teşkil etmeye devam edecektir¹³⁰. Somut olayda failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiği fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması dolayısıyla sadece haksız olduğu tespiti yapılabilirse de bu durum failin cezalandırılması için yeterli değildir. Ayrıca failin kusur yeteneğinin de mevcut olması gerekir. Kusur yeteneğinin değerlendirmesi ceza sorumluluğunda dikkate alınmalıdır¹³¹. İşlediği fiil nedeniyle failin kusurlu sayılmasının ya da sayılmamasının işlenen fiilin haksız

¹²⁴Ünver, Sebebinde Serbest Hareketler , r r S r Er Ar s.867.

¹²⁵Koca/Üzülmez, T r C r, s.131.

¹²⁶A.g.e.

¹²⁷Zafer, Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı,-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı , M , s.181.

¹²⁸A.g.e.

¹²⁹Koca/Üzülmez, T r C r, s.131.

¹³⁰İzzet Özgenç, T r C r Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3.Baskı, Ocak, 2006, s. 343.

¹³¹Ünver, Sebebinde Serbest Hareketler , r r S r Er Ar , s.868.

olması üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak kusur haksızlıkla yakından ilişkilidir. Çünkü kusur yargısına varabilmemiz öncelikle somut fiilin kasten ya da taksirle işlenen bir haksızlık teşkil edip etmediğine bağlıdır.

c. T r r r d E

Hukuk düzeninin normların muhataplarından beklentisi, onların bu normlara riayet etmeleridir. Bu temel esasın ceza hukuku sahasındaki yansıması ise kişilerin davranışlarını kontrol etmeleridir. Aynı şekilde, kişilerden heyecan ve kızgınlıklarını bastırarak, ceza hukuku tarafından korunan değerleri ihlal etmemeleri de beklenmektedir. Bu nedenle, genel olarak örneğin öldürme veya yaralama olaylarında mevcut olan heyecan veya kızgınlık hallerinin varlığı halinde, şayet eylem tipiklik ve hukuka aykırılık vasıflarını taşıyorsa, fail söz konusu fiil nedeniyle kınanabilecek ve kusurlu bulunacaktır. Gerçekten, fail bu gibi hallerde ceza normuna uyma imkanı olmasına rağmen, normu ihlal etmek cihetine gitmiştir.

Fail hakkında kusur yargısına varılırken, failin davranışlarını hukuk düzenin gereklerine uygun şekilde yönlendirme, suç işlemek yerine başka türlü hareket etme imkanının olup olmadığı hususunda bir araştırmaya gidilmelidir¹³². Bu noktada, değerlendirme yapılırken failin tekil olarak subjektif durumu dikkate alınmakla birlikte esasen failin yerindeki '*bir başka kişinin*', ceza normunu ihlal eden fiili işlememe iradesi gösterip gösteremeyeceği kıstasından yola çıkılmaktadır¹³³. Bu açıklama tarzına göre, kusur yargısında esas alınan temel kıstas '*ortalama davranış biçimi kabiliyetidir*'. Failin, bu ortalama kendini kontrol etme ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin örneğin akıl hastalığında olduğu gibi belli istisnai hallerde var olmadığı veya azaldığı kabul edilmektedir. Haksız tahrik kurumu da bu bağlamda davranışlarını yönlendirme yeteneğini ve kusurluluğu azaltan bir hal olarak değerlendirilmektedir¹³⁴.

¹³² Jescheck/ Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, s. 427.

¹³³ **A.g.e.**

¹³⁴ Bkz. Demirbaş, **Ceza Hukuku**
Kanunu'nda Haksız Tahrik , A

r, s. 408; Devrim Aydın, Yeni Türk Ceza
2004, Sayı 54, Cilt 1, (225-254) s. 229.

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesine göre; failin bu hukuki kurumdan istifade ederek cezasında indirime gidilebilmesi için evvela failin haksız bir fiile maruz kalması ve bu haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altındayken tipik eylemi gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu haksız tahrik bakımından bir objektif unsurun (haksız fiil) ve bir subjektif unsurun (hiddet veya şiddetli elem) varlığını aramaktadır. Buna ilaveten, fiil subjektif unsurun tesiri ile işlenmelidir.

Gerçekten öğretilerde de haksız tahrikin esasını açıklayan görüşler, objektif unsur ve subjektif unsurun ağırlık noktası almalarına göre tasnif edilmektedir. Örneğin Aydın'a göre ' objektif teori failin y nehtilen tahrikin haksızlığından yola çıkarak tahrik fiiline ilişkin hususları ne çıkarırken; subjektif teori ise tahrik fiilinin failde yarattığı hiddet ve elemi dikkate alarak psikolojik-bireysel bir ç zümlemeden hareket ederek faille ilişkin hususları nemsemektedir'¹³⁵. Gerçekten bazı hukuk düzenlerinde subjektif unsura ağırlık verildiği görülmektedir. Örneğin, Alman Hukuku'nda özel haksız tahrik halleri hariç olmak üzere, genel olarak heyecan nedeniyle kusur yeteneğinin ortadan kalktığı veya azalmış olduğunun kabulünde en azından Alman Kanunu'nun lafzı objektif bir kıstasa yer vermemektedir¹³⁶. Bu durum bu ülke öğretisinde de eleştirilmiştir. Örneğin Bernsmann, bu hususta sadece subjektif, yani failin psikik durumunu esas almanın önemli uygulama ve yorum güçlüklerine yol açtığından bahisle fail-mağdur ilişkisinin değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerektiği görüşündedir¹³⁷. Bernsmann, özellikle 'ilişki suçları' bakımından sıklıkla mağdurun viktimolojik bakımdan 'tahrik eden' kategorisine girdiğini belirterek, bu nevi vakalarda mağdurun ortak kusuru olduğu görüşünü ileri sürmektedir¹³⁸. Bu yazara göre, kusura etkili olan heyecanlar bakımından, failin heyecanın ortaya çıkmasında sorumluluğu olup olmadığı kıstası uygulanmaktadır. Failin, heyecanın ortaya çıkmasında kusurunun olup olmadığı gibi iç durumuna yönelik bir değerlendirme de yapılmaktadır. Yazar, bu açıklamanın heyecan fiilinin sadece bir yönünü dikkate alması nedeniyle kriminolojik gerçeklikten

¹³⁵ Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik , A , s. 230.

¹³⁶ Klaus Bernsmann, Affekt und Opferverhalten , NStZ 1989, (160-166), www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 10.10.2012.

¹³⁷ A.g.e.

¹³⁸ Her ne kadar, kanunda yer almamakta ise de öğretilerde 'ilişki suçları' (Beziehungsdelikt) olarak adlandırılan bu terim, bilhassa kadın-erkek ilişkilerinde ortaya çıkan çatışmalar neticesinde işlenen suçları ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. A.g.e., s. 163.

uzaklaştığını yerinde olarak ifade etmektedir¹³⁹. Gerçekten içinden çıkılması zor ve çaresiz bir halde iken çocuğunu öldüren anneyle, kendisine zulüm eden eşini öldüren kadın söz konusu fiili işlerken içinde buldukları heyecan bakımından aynı derecede sorumludur¹⁴⁰. Yazar, aynı şekilde Kanun'un heyecan nedeniyle failin cezai sorumluluğunun azaldığı veya ortadan kalktığı tüm hallerde temel olarak mağdurun, failin içine girdiği heyecan durumundan ortak sorumluluğunun bulunmasının arandığına da işaret etmektedir. Buna örnek olarak Alman Ceza Kanunu'nun 33.maddesinde düzenlenmiş olan meşru savunmada sınırın aşılması veya 213.maddesinde düzenlenmiş olan kasten adam öldürmenin daha hafif hali verilebilecektir¹⁴¹. Bu noktada, Alman yargısının heyecan nedeniyle kişinin kusur yeteneğinin azaldığının kabulünü çok sıkı şartlara bağladığı belirtilmelidir¹⁴². Bu hususta yargı yalnızca, fiile neden olan heyecanın ortaya çıkmasında failin hiç bir kusurunun olmadığı ve buna ilaveten mağdurun kınanabilir biçimde heyecana yol açtığı hallerde kusur yeteneğinin olmadığını kabul etmektedir¹⁴³. *Streng*, bu ek kıstaslara başvurulmasının anlaşılır olmakla birlikte, bunların kanun lafzına uygun olmadığı düşüncesindedir¹⁴⁴. Bu görüş, kusur yeteneğini ortadan kaldıran halin varlığını, hareketin işlendiği sırada arayan Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi lafzıyla da uyumludur¹⁴⁵. Bu noktada yasaklık yanlılığı bakımından uygulanan kaçınılabilirlik kıstasına başvurulmaktadır. Buna karşılık öğretinin bir diğer kısmı da daha az kısıtlayıcı bir yaklaşım benimseyerek, failin heyecanın ortaya çıkmasındaki kusurunun varlığını, sebebinde serbest harekete ilişkin şartların oluşması halinde kabul etmektedir¹⁴⁶. Bu nedenlerle, Alman Hukukunda heyecan meselesinin reforme edilmesi yönünde görüşlere rastlanmaktadır¹⁴⁷.

¹³⁹ **A.g.e.**, s. 165.

¹⁴⁰ **A.g.e.**

¹⁴¹ **A.g.e.**

¹⁴² Bu hususta bkz: Franz Streng, **M r r S r** herausgegeben von Wolfgang Joecks ve Klaus Miebach, Band 1, 2.Auflage, Verlag C.H. beck München, 2011, 20, Kn. 83.

¹⁴³ **A.g.e.**, 20, Kn. 83, 84, 86; ayrıca bkz. Volker Haas, Die Zurechnung zur Schuld bei Affektaten Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.10.08, 2. StRV, in: **F r r r r A - d r - r** (hrsg.), Verlag W. Kohlhammer 2010, (117-146), s. 127vd.

¹⁴⁴ Streng, **M r r** 20, Kn. 87.

¹⁴⁵ Jescheck/Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, s. 439.

¹⁴⁶ **A.g.e.**

¹⁴⁷ Streng, **M r r**, 20, Kn. 87.

d r d r

Bu açıklamalardan sonra Türk Hukuk düzenine bakıldığında, haksız tahrikin hukuki esasının Türk doktrininde subjektif teoriye göre açıklandığı görülmektedir. Buna göre, '*haksız tahrik halinde fail haksız bir fiilin doğurduğu fke veya elem altında kaldığından faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmekte ve cezada indirim yoluna gidilmektedir*'.¹⁴⁸ Bu açıklama tarzı, yukarıda Alman Hukuku bakımından yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere haksız tahrikin hukuki esasını açıklamaya tek başına yeterli değildir. Burada Türk hukuk düzeni bakımından yalnızca haksız bir fiilin yol açtığı heyecan dikkate alınmaktadır. Yalnızca failin subjektif (içsel) durumu dikkate alındığında kişilerin kendilerini normlara uydurma konusundaki beklentinin azaldığı, kişinin heyecan nedeniyle iradesinde meydana gelen zayıflamanın kusurunu azalttığı düşüncesi oluşabilecektir. Bir başka deyişle, haksız olmayan bir etmene ya da tahrike maruz kalarak hiddetlenen kimsenin de psikolojik bakımından iradesi zaafa uğrayabilecektir¹⁴⁹.

Takas teorisi olarak da tabir edilen objektif teori ise haksız tahrik halinde biri tahrik eden, diğeri tahrike maruz kalan olmak üzere iki suçlunun varlığını kabul etmektedir. Böyle bir açıklama tarzı da yetersiz kalmaktadır. Zira fail ve mağdurun kusuru karşılıklı mahsup edildiğinde, faile ceza verilmemesi cihetine de gidilebilecektir¹⁵⁰. Bu noktada mağdurun ortak sorumluluğundan bahsetmek gerekir. Zira haksız tahrik tesiri altında suç işleyen kişinin davranışlarını kontrol etmesi yine de kendisinden beklenmektedir. Aksi takdirde haksız tahrik tesiri altında suç işlenmesi halinde failin kusurlu olmadığı kabul edilmek gerekecektir.

Bu nedenlerle objektif kıstas ve subjektif kıstasın birlikte dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekten, haksız bir fiilin yol açtığı heyecan (hiddet) tesiri altındaki kimsenin iradesinde bir zayıflama söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte heyecanın '*kusur yeteneğini zayıflatan bir etkisini kabul*

¹⁴⁸ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel H** r, s. 410.

¹⁴⁹ Bkz aynı yönde: Artuk/Gökçen/Yenidünya, **C**

¹⁵⁰ **A.g.e.**

r, s.530.

*edebilmek için bunun haksız bir fiilden kaynaklanması gerekir*¹⁵¹. Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinin lafzıyla birlikte düşünüldüğünde haksız tahrikin, failin kusurluluğunu azaltan bir neden olarak tavsif edilmesinde iki nedenin olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi haksız tahrik fiili ya da bir başka deyişle mağdurun ortak sorumluluğu, diğeri ise failin bu haksız fiil nedeniyle iradesinde zayıflamasıdır. Bu nedenle her iki unsur da dikkate alması nedeniyle haksız tahrikin hukuki esasının açıklanmasında karma teorinin, haksız tahrik kurumunun hukuki esasını açıklamaya daha elverişli olduğu kanaatindeyiz¹⁵². Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kararlarında haksız tahrikin niteliği hakkında şu şekilde bir açıklamaya gidildiği görülmektedir: ‘ *aksız tahrik kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir u y nüyle haksız tahrik kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir aşka bir deyişle haksız tahrik halinde failin iradesi üzerine bir zayıflama meydana gelmektedir ylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği nemli lçüde azalmış bulunmaktadır*

*ezai sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik failin haksız bir tahrikin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlenmesini ifade eder u halde fail haksız tahrikin doğurduğu fke veya elemin etkisi altında suç işleme y nünde nceden bir karar vermeksizin dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karşıklığın sonucu olarak suç işlemeye y nelmektedir*¹⁵³.

¹⁵¹ Özgenç, T r C r s.415.

¹⁵² Bkz. aynı yönde: Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik , A , s. 230. Öğretide, haksız tahrikin hukuki içeriğini failin ruhsal durumundan çok failin fiili ile ilişkilendiren görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler takas ve tamamlanmamış meşru savunma görüşleri olarak değerlendirilmiştir. Tamamlanmamış meşru savunma görüşüne göre, haksız tahrik ile meşru savunma arasındaki farkları dikkate almaksızın failin yakın zamanda gerçekleşmesi muhtemel bir tecavüze karşı daha önceden davranmak suretiyle o zamana kadar yapılan tecavüze karşılık suçunu işlemiş olduğu kabul edilmiştir. Takas görüşü ise haksız tahrikin iki failli olduğundan yola çıkar. Bunlar hem tahrik eden hem de tahrik üzerine fiili işleyendir. Tahrik eden mağdur failin suç işlemesine neden olmuştur. Mağdurun önceki kusuru failin kusurundan indirilmeli, kusurlar takas edilmelidir. Ayrıntı için bkz: İsmail Hakkı Ayık, Tahrik **Adalet Dergisi**, S.1, Ocak 1951, (83-107) s.85. Ancak, bu halde ceza hukukunun amacına aykırı bir durum oluşur. Bir diğör görüş ise tahrik sebebiyle tahrik edenin de faili harekete geçirmek suretiyle suça katkıda bulunması ve bu nedenle failin sorumluluğunun azaltılması suretiyle sorumluluğu paylaşmasıdır. İsmail Malkoç, A T r C Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2002, s.513.

¹⁵³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 28.6.2011, E.2011/1-99, K.2011/145; T.23.3.2010, E.2009/1-221, K.2010/61; T.13.10.2009, E.2009/1-141, K.2009/229, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi, 25.4.2013.

D S T r r r r T r

1. r E r O r A ve Ya ile

T r

a. A ve Ya T r Bir Arada

U U S r

Türk Ceza Kanunu, failin cezai sorumluluğu bakımından, akıl hastalıklarının etkisinin ne olacağını 32.maddede belirtmiştir. Maddede akıl hastalığı nedeniyle sorumluluk, failin işlediği suçun karşılığında ya hiç ceza almaması ya da ceza miktarlarının azaltılması yönünde belirlenmektedir. Türk Ceza Kanunu, failin hiç ceza almaması için ‘işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış’ olmasını; cezanın indirilerek verilmesi için de ‘yukarıda belirtilen derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış’ olmasını aramaktadır. Kusur yeteneğini kaldıran veya önemli ölçüde azalmasına neden olan akıl hastalıklarının tespiti psikoloji ve psikiyatri bilimlerinin konusudur. Ancak, genel bir ifade ile denilebilir ki bütün akıl hastalıkları failin işlediği fiil üzerinde hukuki anlam ve sonuçlarını tamamen algılamasını önlemekte ya da önemli derecede azaltmamaktadır. En genel ifade ile ‘psikotik bozukluklar- şizofreni, şizoaffektif bozukluk-hezeyanlı bozukluk- kısa psikotik bozukluk- paylaşılmış psikotik bozukluk-madde kullanımının yol açtığı psikotik bozukluk ve başka türlü adlandırılmayan psikotik bozukluklar ile mental retardasyon durumları’ kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak hale gelmesine neden olmaktadır. Bununla birlikte ‘demans kognitif bozukluklar, dissosiyatif bozukluk’ ise kişinin işlediği davranışla ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltan hastalıklardır. Somut olayda failin kusur yeteneğini kaldıran veya önemli ölçüde azalmasına neden olan akıl hastalıklarının bulunması halinde haklarında cezai yaptırım uygulanmayan ancak emniyet tedbiri uygulanabilecek olan kişiler için haksız tahrik indiriminden bahsedilemez. Çünkü, haksız tahrik failin cezasında indirimine gidilen bir hal iken, akıl hastalığının mevcudiyeti karşısında fail hakkında güvenlik tedbirleri

uygulanacaktır¹⁵⁴. Haksız tahrik altında kalarak işlenen tepki fiiline neden olan ancak cezai sorumluluktan muaf olacak seviyeye ulaşmamakla birlikte davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış bulunanlar hakkında haksız tahrik indiriminden söz edilebilir¹⁵⁵.

Türk Ceza Hukukunda, yaş küçüklüğü hususunda üç dönem belirlenmiş ve her dönem için sorumluluk ayrı ayrı ortaya konarak farklı sonuçlar öngörülmüştür. İlk dönem olarak belirlenen 0-12 yaş döneminde çocuğun kusur yeteneğine sahip olmadığı kabul edilir. Burada bizim açımızdan önemli olan on iki yaşını doldurmamış küçüklerin cezai sorumluluklarının bulunmadığının kabulüdür. Bu yaş grubundakiler hakkında ceza uygulanması söz konusu olmadığına göre cezadan indirim nedeninin bu yaş grubu için irdelenmesi de söz konusu olmamaktadır.

12-15 arası yaş dönemi ise çocuğun kusur yeteneği incelenerek akıl hastalığında olduğu gibi, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği irdelenecektir. İşlediği fiilin hukuki anlam veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması durumunda, çocuk hakkında ceza uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu durumda haksız tahrik indiriminden de bahsedilemeyecektir. Çocuğun işlediği fiilin hukuki anlamını kavrama ve

¹⁵⁴Modern Ceza Hukuku Yaptırım Sisteminin, ikili (dual) bir yapısının olduğunu söylemek mümkündür. Bunun birinci ayağını kusur ilkesine bağlı olarak verilen cezalar oluştururken ikinci ayağını güvenlik tedbirleri teşkil etmektedir. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinden, sosyal, etik yaptırımlar, bir başka deyişle ne fail ne de fiil üzerinde bir haksızlık, kınama yargısı ifade etmeyen önleyici yaptırımlar anlaşılmaktadır. Güvenlik tedbirlerinin arkasında yatan temel düşünce hukuk devleti çerçevesinde gerçekleştirilmeye çalışılan özel önlemedir. Özel önlemin burada caydırma özelliğinden ziyade failin daha iyi duruma getirilmesi ve toplum güvenliğinin temini amaçları ön plana çıkmaktadır. Güvenlik tedbirleri kapsamında müesseseler çok farklı özellik göstermekle birlikte hepsinin yöneldiği amaç aynıdır. O da belli bir kişiden kaynaklanan suç işleme tehdidinin önlenmesidir. Burada toplumun bu gibi kişiler tarafından işlenecek suçlardan korunması amaçlanmaktadır. Güvenlik tedbirleri yöneldikleri bu amaç nedeniyle failin kusurundan bağımsız olarak kendisine hükmedilebilecek bir yaptırım niteliğindedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: Bernd-Dieter Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, 3.Auflage, Springer, 2009, s.233 vd.

Bu nedenle güvenlik tedbirleri fail açısından kusursuz ceza olmaz kuralının istisnasını teşkil etmektedir. Gerçekten şayet böyle bir istisna öngörülmemiş olsa idi kusursuz veya kusurluluğu azalmış fail tarafından işlenen tipik, hukuka aykırı ve kusurlu fiillerin herhangi bir yaptırıma uğraması söz konusu olmayacaktı. Bu nedenle burada failin kusuru değil tehlikeliliği kavramı ön plana çıkmaktadır. Güvenlik tedbirleri bakımından esas belirleyici olan failin tehlikeliliğidir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Springer, 2005, s.69, K.no: 50-51.

¹⁵⁵ Aydın, **T r** s.58.

davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olduğunun tespiti halinde ise çocuk hakkında ceza uygulaması söz konusu olabilecektir. Çocuk hakkında yapılan yargılama sonucunda hakimde suçu işlediği konusunda kanaat oluşmuş ise ceza verilecek ancak cezada kanunda belirtilen oranlarda indirimle gidilecektir. Türk Ceza Kanunu'nun cezanın belirlenmesinde izlenmesi gereken sıralamayı belirttiği 61.maddesi gereği, somut olayda hakim önce haksız tahrik indirimini, daha sonra yaş küçüklüğü indirimini uygulayacaktır (TCK 61/5). 15-18 arası yaş dönemi içerisindeki çocuklar hakkında kamu davası açılarak, suçu işlediğinin sabit olması halinde cezalandırılır. Ancak, verilecek olan cezada kanunda belirtilen şekilde indirimle gidilecektir.

b A ve Ya N d r
T r S S Sorunu

Kişinin, işlediği fiil dolayısıyla kusurlu addedilip edilmeyeceği, bu fiilin suç vasfını haiz bir haksızlık olması üzerinde etki doğurmamaktadır. Bu neviden bir durumun somut olayda var olması halinde failin kusur yeteneği olmadığından bahisle faile işlediği suçtan ötürü ceza yüklenemeyecektir¹⁵⁶. Kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenlerden olan yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı olan bir kimsenin işlediği fiilin bu nedenle suç olsun ya da olmasın haksız fiil teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kanımızca bu kimselerin fiilleri her ne kadar haksız fiil teşkil etmiş olsa da bunların haksız tahrik nedeni sayılıp sayılmayacağı sorunlu bir meseledir. Yargıtay, failin sağır ve dilsiz olduğu bir olayda, sosyal ve ahlaki yönden tamamıyla failin şefkat ve koruması altında olması gereken, kendisinin doğurduğu dört aylık bir bebekten sadır olabilecek hiçbir haksız hareket kabul edilemeyeceği halde, yerel mahkemenin haksız tahrik maddesinin tatbikini yasaya aykırı bularak, kararını bozmuştur¹⁵⁷. Yargıtay'ın bir diğer kararında, dört yaşında küçük bir çocuk olan maktulün temizlik kurallarına uymamasının, gözetim görevini yüklenen üvey kardeşi fail lehine tahrik kabul edilebilecek bir hareket olmadığı halde failin cezasında tahrik indirimi yapılmasını yerinde bulmamıştır¹⁵⁸. Görülmektedir ki, kural olarak, haksız fiil sayılan davranışlar, bu davranışları gerçekleştiren küçükler söz konusu

¹⁵⁶ Özgenç, T r C

r s.357.

¹⁵⁷ 1.C.D. E. 1993/906 K. 1993/1374 T. 22.6.1993, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 6.11.2012.

¹⁵⁸ 1.C.D. E. 2003/2908 K. 2004/1659 T. 4.5.2004, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 11.11.2012.

olduğunda Yargıtay tarafından haksız tahrik olarak nitelendirilmemektedir. Bu noktada, kanımızca, haksız fiile neden olan kimsenin, davranışlarının haksızlık teşkil edip etmediği hususunda bir bilince sahip olması aranmaktadır.

Bir diğer açıdan bakılacak olursa, kural olarak her bireyin kendisine ya da yakınlarına karşı gerçekleştirilen davranışlara katlanma ve davranışlarını kontrol altında tutmaları ceza hukukunun temel varsayımlarından birisidir. Bazı durumlarda bu beklentiden uzak tutumlar sergilenebileceği kabul edilmekte ve davranışlarını kontrol altında tutamayan bireyler işledikleri fiiller nedeniyle tamamen sorumlu tutulmamakta ise de bu durum faile sınırsız olarak hoşgörü sağlanması anlamına gelmemelidir. Hakkaniyet gereği, haksız fiilin kaynağının akıl hastası, yaş küçüklüğü ya da sağır ve dilsizlik gibi nedenler dolayısıyla, davranışlarının hukuki anlam ve neticelerini bilemeyecek durumda olan kimselerin davranışlarına karşı bunu bilen failin katlanma yükümlülüğü, diğer bireylerin haksız tahrik sayılabilecek davranışlarına katlanma yükümlülüklerine göre daha ağır olmalıdır. Zira, kanundaki haksız tahrik düzenlemesi ile, kural olarak failin işlediği fiilden ötürü cezasız kalmasına izin verilmemekte ancak içinde bulunduğu ruhsal durumun davranışları üzerinde yarattığı etki nedeniyle işlediği suç hususunda ceza indirimine gitmek suretiyle içinde bulunduğu durum kısmen mazur görülmektedir.

Alman Hukukunda, davranışlarının hukuken yasaklandığının bilincinde olmayan, başka bir ifade ile haksızlık bilinci bulunmayan¹⁵⁹ kişilerden kaynaklanan ağır hakaret halleri tahrik nedeni olarak kabul edilmemektedir. Zira kusur, failin bilinçli ve özgür iradesi ile haksızlığı seçmiş olması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda failin kendini kusurlu kılması, subjektif haksızlığa mevcudiyet tanımış olması gerekir¹⁶⁰. Mahkeme kararlarında, failin, akıl hastası olduğunu bildiği bir kimseden kaynaklanan ve ağır hakaret teşkil eden davranışlardan ötürü tahrik olduğu ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir¹⁶¹. Aynı

¹⁵⁹ Wessels/Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 153.

¹⁶⁰ Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan D Subjektif Sorumluluk**, s.33.

¹⁶¹ 'Objektif olarak ağır hakaret teşkil edebilecek olsa dahi akıl rahatsızlığı olması nedeniyle kendinden geçmiş olan mağdurun hakaretimiz sözlerinin artık ceza kanunu 213.maddesi anlamında ağır hakaret teşkil etmeyeceği..' BGH NJW 1987, 3143. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 11.2.2012; Momsen, **StGB Kommentar**, Herausgegeben von Helmut Satzger/Bertram Schmitt/Günter Widmaier, Carl Heymans Verlag, 1.Auflage, 2009, 213, Kn. 13, s.1326.

şekilde her davada olmasa bile çoğu davada fail açısından, alkollü olduğunu bildiği mağdurdan kaynaklanan ağır hakaretler tahrik teşkil etmemektedir¹⁶².

İngiliz Hukukunda, tahrik fiilinin kimden kaynaklandığının önemli olmadığı kararlara rastlanmaktadır. *R. v. Doughty* davasında 17 günlük bebeğinin ağlama krizlerine dayanamayan babanın, bebeğini yastıkla boğması davasında jüri üyelerine tahrik hükmünü değerlendirmeye izin vermeyen yerel mahkemenin kararına karşı yapılan temyiz başvurusu Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme, eğer öldürme fiili ile failin verdiği tepki arasında bebek ağlaması dahi olsa ‘*herhangi bir*’ nedensellik bağının bulunması halinde, jürinin tahrikin objektif koşulunu somut olayda değerlendirmesi gerektiği yorumunda bulunmuştur¹⁶³.

2 M r S U N d T r

a. Genel Olarak

Bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için fiilin kanuni tipe uygun ve kusurlu olması yeterli değildir, aynı zamanda fiilin hukuka da aykırı olması gerekmektedir. Bu nedenle, bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanması halinde ayrıca hukuka aykırılığının araştırılmasına gerek yoktur. Tipiklik hukuka aykırılığa karine teşkil etmektedir. Bununla birlikte, karinenin aksine hukuk düzeni, belli şartların varlığı halinde, hukuka aykırılık teşkil eden davranışları cezalandırmaz, bu şartlar hukuka uygunluk nedenlerini oluştururlar¹⁶⁴. Somut olayda hukuka uygunluk halinin mevcut olması halinde, yasak koyan düzenleme, olay bakımından uyulması gereken hukuki görev olmaktan çıkar ve her ne kadar fiil tipe uygun olsa da hukuka aykırı olmaz¹⁶⁵. Hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılan bu haller fiilin tipe uygunluğunu ortadan kaldırmamakta ancak

¹⁶² Burkhard J hnke, **Leipziger Kommentar**, Herausgegeben von Burkhard J hnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky, 5.Band, 11.Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 213, Kn.5, s.138.

¹⁶³ 1986, 83 Cr App R 319, CA, David Ormerod, **Smith&Hogan Criminal Law**, 10.ed, Oxford Uni.Press, 2009, s.649.

¹⁶⁴ **A.g.e.**

¹⁶⁵ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7, Kn.7.

hukuka aykırı olmasını engellemektedir¹⁶⁶. Bir başka söyleyişle, tipik eylem bu istisnai nedenlerden birinin varlığı halinde hukuka uygun hale gelmektedir.

Türk Ceza Kanunu, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen halleri ‘ *eza orumluluğunu aldırın veya zaltan edenler*’ başlığı altında bir arada düzenlemiştir. Ancak, bu iki kurumun hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinde kanun belli bir fiilin işlenmesi yönünde yetki verdiği halde kusurluluğu etkileyen bir neden olan haksız tahrik halinde tepki suçunun işlenmesi yönünde bir yetki söz konusu değildir. Öte yandan hukuka uygunluk nedenleri suçu ortadan kaldıran objektif nedenken, haksız tahrik cezayı azaltan subjektif bir nedendir¹⁶⁷.

b. M r S ile T r in B r Ar d U U S r

Uygulamada, şartlarından bazılarının ortak olması sebebiyle birbirine karıştırılabilen meşru savunma ve haksız tahrik hali, karşılaştırmalı hukukta bazı durumlarda bir arada ele alınmış, bu bağlamda haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olup olmadığı yönünde tartışmalara yol açmıştır. Haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olduğunu kabul eden görüşe göre; iki kurum arasında yoğunluk farkı olduğu gibi, haksız tahriki oluşturan hareketler kendini savunan kişiye karşı icra edilmiş haksız saldırının unsurlarını oluşturmaktadır¹⁶⁸. Aksini savunanlara göre ise; meşru savunma ile haksız tahrikin şartları arasında benzerlik bulunsa dahi, meşru savunma halinde saldırıyı defetme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle meşru savunma objektif bir hukuki esasa dayanmaktadır. Haksız tahrikte ise saldırıya karşı saldırıyı defetme zorunluluğu bulunmamakla birlikte, fail,

¹⁶⁶ Mahmut Koca, Yeni TCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri , **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, Seçkin, (111-145), s.115.

¹⁶⁷ Aydın, **T r** s.53.

¹⁶⁸ Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, **C r**, 14.Bası, Ankara, Seçkin, 1997, s.603; Kevin Jon Heller, Beyond the Reasonable Man?: A Sympathetic but Critical Assessment of the Use of Subjective Standards of Reasonableness in Self-Defence and Provocation Cases , **American Journal of Criminal Law**, Vol:26, Fall 1998, no:1, (3-30), s. 9. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde haksız tahrik halinde olduğu gibi meşru savunma halinde de ‘*makul insan üçüncü kişi*’ değerlendirmesi yapılmaktadır. Bir insanın savunma hali ancak makul bir insanın göstereceği şekil ve şartlar dahilinde ise meşru olarak değerlendirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **A.g.e.** s.12-19.

iradesinde sarsılmaya neden olan hiddet veya eleme karşı koyamamıştır. Bu nedenle haksız tahrik subjektif bir hukuki esasa dayanmaktadır¹⁶⁹.

Türk Hukukunda, haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olmadığı, içerik olarak farklı iki kurum halinde düzenlendiği görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olarak düzenlenmiş bulunan meşru savunma¹⁷⁰, '*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka y nelmiş gerçekleşen gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda h l ve koşullara g re saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı*' diğer hukuka uygunluk nedenleri gibi failin cezalandırılmamasını ifade etmektedir. Meşru savunma halinde failin kendisine ya da başkasının haklarına yönelik saldırı bulunmaktadır. Meşru savunma bu özelliğinden ötürü haksız tahrikten ayrılmaktadır. Meşru savunma ile haksız tahriki birbirinden ayıran diğer önemli unsur, meşru savunma halinde halen mevcut bulunan saldırıya karşı savunma amacıyla karşılık verilmekte iken haksız tahrik durumunda sona eren bir haksız fiile karşılık verilmektedir. Gerek meşru savunma gerekse haksız tahrik hali, haksız saldırıya karşı kabul edilmiştir. Yani meşru savunma ile haksız tahrik arasındaki ortak koşul, her ikisinde de haksız bir saldırının mevcut olmasıdır. Ancak aralarındaki fark, saldırıya karşı verilen tepkinin zamanlamasındadır¹⁷¹. Meşru savunma halinde derhal uzaklaştırılması

¹⁶⁹ Tutumlu, T r C Hukukunda Haks T r Ö r, s.68.

¹⁷⁰ Meşru savunmanın hukuki niteliği hakkında doktrinde tartışmalar olmuştur. Bir grup yazara göre meşru savunma kusurluluğu ortadan kaldırırken, diğer bir grup yazarlar cezalandırmaya etki ettiği düşüncesindedir. Doktrinde meşru savunmanın da failin iradesine etki etmek suretiyle, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak değerlendiren görüşler bulunmuş ancak büyük eleştiri almıştır. Bu görüşteki bazı yazarlar, failin iradesinin haksız saldırı neticesinde zorlandığı ve kasten hareket etme yeteneğini kaybettiğini, bu nedenle savunmada bulunan kişinin irade serbestisinin kaybolacağı düşüncesinden hareketle meşru savunma halini kusurluluğu etkileyen bir hal olarak değerlendirmişlerdir. Bu görüş isnat yeteneği ile suçun manevi unsurunun tam olarak ayrı değerlendirilmediği zamanlarda ele alınmıştır. İsnat yeteneği nasıl anlaşılırsa anlaşılınsın, kişinin meşru savunmadan yararlanabilmesi için buna gerek de yoktur. Saldırgana karşı savunma fiili de iradi olarak işlenmekte, yani savunanın kastı bulunmaktadır. Ayrıca, bu görüş üçüncü kişi lehine meşru savunma halini de izah edememektedir. Haksız saldırı nedeniyle iradesinin manevi cebir altında zorlandığı ve bu nedenle iradenin ortadan kalktığı görüşü de mesnetsiz kalmaktadır. İsnat yeteneğini kaldırmamakla birlikte kusurluluğu etkileyen bir hal olarak savunan yazarlara göre meşru savunma suçun işlenmesinde etkin olan ve kendine özel bir kuvvete sahip saiklerden birisidir. Bu nedenle, meşru savunma faili suça yönelten nedenlerden birisidir. Doktrindeki tartışmaların ayrıntıları için bkz: Muharrem Özen, T r C Hukukunda M r M d , Seçkin, Ankara, 1995, s. 49 vd.

¹⁷¹ '*anık irgül'ün oğlu olan mağdur alim'in sanık iyazi tarafından d vüldüğünü ve bıçaklandığını g rerek buna mani olmak için iyazi'yi darp etmesinde meşru müdafaa şartları içerisinde bulunduğu g z nünde bulundurularak 'nın meşru savunma hükümlerinin uygulanması gerekirken bu hususun ağır tahrik kabulü ile 'nın haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir*' Yargıtay 1.C.D. 11.4.1984 tarih 1984/ 512-1646 sayılı

gereken bir saldırı bulunmaktayken haksız tahrikte sona ermiş bir saldırının akabinde gerçekleştirilen bir tepki bulunmaktadır¹⁷². Meşru savunma hukuka uygunluk nedeni, gerçekleşen, gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak olan saldırıya karşılık verilen tepki fiilleri açısından geçerlidir. Saldırının henüz gerçekleşmediği¹⁷³, gerçekleşmesinin de muhakkak olmadığı¹⁷⁴ ya da gerçekleşip bitmesinden sonra tekrarının da muhakkak olmadığı saldırılara karşı gösterilen tepki, ancak bütün diğer şartları var ise haksız tahrik hükümlerine tabi olabilir¹⁷⁵. Yargıtay'ın somut olayda, gerçekleştirilen savunma hareketinin maruz kalınan saldırıyı defedecek ölçüde olması, diğer bir anlatımla saldırı ile savunma arasında orantı bulunması ve sınırın aşılmasının mazur görülecek bir heyecan,

kararı. Günay, **Ö r ve Yar r r r E d r A B r S**
O r T r s.58.

¹⁷² ‘ sanık ile maktulün arasının açık olduğu maktulün birçok kez sanık ile ağabeyi Mehmet’i tehdit edip تنها yere gitmeyi teklif ettiği olay günü yanındaki işçisini gönderip kahvehaneye çağırdığı ve çağrı ile gitmemeleri üzerine silahlı olarak onların dükkana gittiği ve başka çıkış olmayan kapı ağzını tutup küfrederek ‘bizde akraba vurmak da varmış’ gibi sözler sarf edip tabancasını çekip onlara yelittiği orada bulunanların silah kullanmasına fırsat vermeyip üzerine atlayıp birlikte merdivenlerden aşağıya düştükleri ve bu sırada kendisine mani olmak isteyen tanığa ‘bırak yoksa seni vururum’ diyerek elinden kurtulup tekrar sanığın bulunduğu odaya elinde tabancası olduğu halde çıktığına göre önceki tutum ve davranışları da göz önünde tutulduğunda saldırının başlamış olduğu kabulü ve bu aşamada meşru savunma halinde olduğu anlaşılmaktadır Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 9.4.1994-382/126. **A.g.e.**, s.61.

¹⁷³ ‘ osya içeriği ve oluşa göre henüz kendisine saldırı gerçekleşmemiş olan sanığın elinde bıçak olan mağduru eline geçirdiği nacak ile yaralaması suretiyle meydana gelen olayda meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediği göz zetilerek tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle mahkumiyet hükmü tesisi gerekirken hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiş o yer avcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istenilen gibi M gününde oybirliğiyle karar verildi.’ Yargıtay 2.C.D. E. 2004/6067 K. 2005/25165 T. 16.11.2005, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 11.11.2012.

¹⁷⁴ ‘ laydan hafta kadar önce koyun otlatma meselesinden lenin sanığı tehdit ettiği veyaraladığı olay günü ise mağdurun hayvanlarının barınması için kendisinin yaptığı tahta çitleri s ktüğü sırada onu uyaran sanığın annesini darp edip hakarete bulunduğu bunları göz ren ve ikaz eden sanıkla len arasında tartışma çıktığı ve evinin balkonundan elinde tüfekle bulunan sanığın üzerine balta ile y neldiği dış bahçe kapısı önüne geldiğinde elindeki baltayı dış bahçe kapısına ve erik ağacına vurduğunda sanık henüz kendisine y nelik saldırı başlamadan bahçe kapısı dışında bulunan lene tüfekle metre mesafeden el ateş ederek öldürdüğü olayda meşru savunma zorunluluğundan söz edilemeyeceğine ancak olay ncesi ve olay sırasında vuku bulan haksız hareketlerin sanık lehine haksız tahrik oluşturacağına ’ Yargıtay 1.C.D. 22.12.2003-1642/3249 sayılı karar. Günay, **Ö r ve Yar r r r E d r A**
B r S O r T r s.207.

¹⁷⁵ ‘Sanığın arkadaşı zer ile boğuşmakta olan mağdurun elindeki bıçağı alarak bıçaklı saldırıyı bertaraf ettikten sonra mağdurun hareketleri nedeniyle kapıldığı tahrikin etkisiyle aynı bıçakla vurup onu yaraladığı olayda; bıçağın alınması nedeniyle saldırının kesildiği tanık zer ile mücadeleye devam etmesinin saldırının devam edeceği veya ciddi boyutlara ulaşacağı kabule yeterli olmadığından meşru savunma şartlarının varlığından söz edilememektedir ’ Yargıtay 1.C.D. 19.2.2007-436/537. **A.g.e.** s.217. ‘ henüz kendisine saldırı gerçekleşmemiş olan sanığın elinde bıçak olan mağduru eline geçirdiği nacak ile yaralaması suretiyle meydana gelen olayda meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediği göz zetilerek tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle mahkumiyet hükmü tesisi gerekirken hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmektedir’ Yargıtay 2.C.D. 16.11.2005, 2004/6067 E, 2005/25165 K. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 6.3.2011.

koru ya da telaştan ileri gelmesi koşullarının gerçekleşmemiş olduğundan bahisle, eylemin saldırı ile savunmaya ilişkin diğer koşulları taşımasına karşın, arada orantı bulunmadığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yönünde görüş bildirdiği görülmektedir¹⁷⁶.

Haksız tahrik ile meşru savunma arasındaki bir diğer fark ise; haksız tahrik halinin suçun oluşmasını engellemekte sadece cezanın belirlenmesinde rol oynamakta olmasıdır. Dolayısı ile denilebilir ki meşru savunmada saldırıya karşılık savunma haline hukuk düzeni tarafından izin verilmiş iken, haksız tahrikte haksız fiilden ötürü duyulan elem veya üzüntü neticesinde verilen tepki fiili de suç olarak ortaya çıkmakta ancak kanun koyucu, failin suçu işlerken iradesinin etkilenmiş olmasını dikkate alarak cezasında bir indirimine gidilmesi yönünde bir irade göstermektedir. Tahrike uğrayan kişiden, tahrik karşısında tamamen duygularına hakim, serinkanlı olması beklenmemektedir. Fakat bu durumun fail için bütünüyle bir hukuka uygunluk şekli olarak kabul edilmesi halinde cezalandırılma korkusu ile suç işlemekten korkacak olan kişilerin ani bir kırgınlıkla suç işlemesi daha kolay hale gelecektir¹⁷⁷.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise mağdurun, faili tahrik altına soktuğu durumda meşru savunmadan yararlanıp yararlanamayacağıdır. Örneğin somut olayda A, önce küfür ederek B'yi tahrik altına sokmuş ise, B tarafından gerçekleştirilen bıçaklı saldırıya karşı meşru savunmada bulunabilecek midir? Burada değerlendirmemiz gereken nokta haksız fiiller arasındaki orantıdır. Her ne kadar A, B'yi tahrik etmişse de B tepkisini orantısız bir biçimde göstermiştir. Bu durumda haksız tahrik oluşturan ilk haksız fiili gerçekleştiren, tahrik edilenin davranışı neticesinde meşru savunma durumuna girebilmektedir. Bu değerlendirme yapılırken kanımızca esas alınması gereken husus, haksız tahrike neden olan fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile haksız tahrike neden olan fiile karşı gösterilen tepki fiilinin ihlal ettiği hukuki değer karşılaştırılması hususudur. Bu bağlamda, her ne kadar A, kendi haksız fiili nedeniyle hukuka aykırı bir zeminde bulunmuş olsa da tepki fiilinin yaşam hakkına karşı gerçekleştirilen bir saldırıya

¹⁷⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 8.5.2012 gün 1/436-190 sayılı kararı. İhsan Akçin, **C** **r** **r** **r** Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.84.

¹⁷⁷ CR Snyman, Is There Such a Defence In Our Criminal Law As Emotional Stress? **South African Journal of Criminal Justice**, S. 1, (240-248), s. 248.

dönüşmesi halinde, buna karşı A'nın kendini savunmada bulunma zorunluluğu doğmaktadır. Bu nedenle diyebiliriz ki; failin içinde bulunduğu haksız tahrik hali nedeniyle tahrik edene yönelik saldırı, orantısız olması halinde karşı tarafın meşru savunma hakkına hanel getirmez. Dolayısıyla kişinin kendi sebebiyet verdiği haksız tahrik haline rağmen, meşru savunma olanağından yararlanabilmesine kanunen bir engel bulunmamaktadır. Failin saldırıyı küfür ederek tahrik etmesi sonucu olaya neden olmasına rağmen, şartları olduğundan bahisle meşru savunma hükmünden yararlandığı olayda Yargıtay, '*sanık rdinç'in bıçaklı ve keserli saldırısına uğrayan erdar'ın s zlü tahrikle olaya neden olsa dahi; nefisini savunma zarureti altında kalarak rdinç'i yaraladığının anlaşılması ve oluş tarzının mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında müdahil sanık erdar'ın meşru savunma koşullarında ve hukuka uygunluk içinde olduğunun kabulü gerektiğine*' yönündeki kararı ile bu hususu belirtmiştir¹⁷⁸.

c. M r S d S r A T r

Heyecan hallerinin fail hakkında verilecek hükme olan etkisi, meşru savunmada sınırın aşılması hallerinde de gündeme gelmektedir. Ancak burada etkili olan korku, panik veya telaştan ileri gelen heyecan hallerinin yarattığı ruhsal karışıklık sebebiyle failin davranışlarına hakim olamaması ve bu davranışlar nedeniyle meydana gelen neticenin isnat edilememekle beraber mevcut failin hukuka aykırılığını korumasıdır¹⁷⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler ile meşru savunma sınırının aşılması durumlarını ayrı bir kanun maddesi ile düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 27.maddesi '*eza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur*

Meşru savunmada sınırın aşılması mazur g rülebilecek bir heyecan korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez '

Türk Ceza Kanunu'nun 27.maddesinin ilk fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması hali düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza

¹⁷⁸ Yargıtay 1.C.D. 8.4.2004-81/1248. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:6.3.2011.

¹⁷⁹ Demirbaş, C r s.321.

Kanunu'ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan 'meşru savunmada sınırın aşılması' hali, diğer hukuka uygunluk sebeplerinden farklı olarak ayrıca 27.maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Mevcut meşru savunma halinde fail, kanunda bir şart olarak gösterilen saldırı ile savunma arasında bulunması gereken orantıyı geçecek derecede savunmada bulunmuş ve bu savunma da kişinin içinde bulunduğu heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise failin cezalandırılmaması yoluna gidilecektir. Kişi, içinde bulunduğu bu ruh hali ile sınırı kasten veya taksirle aşmış olabilir hatta savunmanın maddi koşullarını yanlış değerlendirerek bitmiş bir saldırının hala devam ettiğini de düşünebilir¹⁸⁰.

¹⁸⁰ **A.g.e.** ' anıklardan asan ve ikret in kardeşi olan Murat in işlettiği ve sanık asan in da boş zamanlarında yardım için bulunduğu şehir kulübünde maktul ve arkadaşları tanıklar afer erdal ve hmet le alkol aldıkları bilahare kendi aralarında tartışıp yumruklaşmak ve ayrıca maktulün bardağı yere atıp kırması suretiyle taşkın hareketlerde bulunmaları üzerine sanık asan in nce maktulü tanyan ve s zünü dinleyeceğini düşündüğü ağabeyi sanık ikret i arayıp olayı anlatıp yardım istediği sonra da maktul ve arkadaşlarını ikaz ederek "içmeyi bilmiyorsan gelme bu yaptığın bir değil iki değil" dediği çıkan s zlü tartışma sırasında maktulün resepsiyona giderek nceden bıraktığı silahı alması üzerine maktulün olay çıkaracağını düşünen tanık erdal in da ondan alarak beline taktığı arkadaşları tarafından dışarı çıkarılan maktulün orada da tanık afer le tartışmasını sürdürdüğü bu sırada arkadaşları ile olay yerine gelen sanık ikret in hep birlikte maktulü evine gitmesi için ikna etmeye çalıştıkları buna rağmen maktulün gitmemekte direnip ısrarla sanık asan la konuşup "neden bana yle dediğini soracağım" dediği bu arada oradan ayrılmakta olan tanık erdal ı darp ederek belindeki tabancayı ele geçirdiği ve tanıkların arasına dalarak sanık ikret le tartışırken aniden tabancasını çekerek - metre mesafedeki sanık ikret e el ateş ettiği atışlardan 3 tanesinin sanık ikret e isabet ederek sağ popliteal b lge sol tibia ve sol ayaktan yaralanmasına neden olduğu bir tanesinin de olay yerinde bulunan tanık abri nin dizine isabet ettiği maktulün ateşine sanık ikret in de tabancasıyla el ateş etmek suretiyle karşılık verdiği bu sırada kardeşinin yaralandığını ve maktulün halen tabanca ile atışına devam ettiğini g ren sanık asan in da kardeşinin canına y nelik saldırıyı defetmek için el ateş ederek maktulü ldürdüğü olayda; sanığın kardeşinin canına y nelik olarak - metre mesafeden birden çok ateş eden ve halen silahlı saldırısı devam eden maktule meşru savunma koşulları içerisinde hareket edip mazur g rülebilecek bir heyecan korku ve telaştan dolayı kez ateş ederek meşru savunma sınırını aştığının anlaşılmasına g re hakkında sayılı nın maddesi uyarınca ceza verilmemesi gerekirken yazılı şekilde sayılı nın maddesinin uygulanması yasaya aykırı sanık asan müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde g rüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi bozulmasına karar verildi

arşı y er iki taraf veyakınlarının yer aldığı olayda sanık asan in abisi ikret ile maktulün yakın mesafeden karşılıklı tabanca ile birbirlerine vaki atışları sonucu ağabey ikret ayaklarından yaralanmış ve yere düşmüştür u aşamada olay bitmiş sayılamaz ldürülende ikinci bir tabanca bulunup bulunmadığı mevcut silahı ile atışlarını sürdürüp saldırısına devam edip etmeyeceği belli değildir aşka bir ifade ile yenilenmesi her an ve hemen beklenen saldırının da sona ermemiş sayılması gerekir u durumda sanığın kısa sürede gerçekleşen ve abisi ikret ile maktul arasında cereyan eden karşılıklı tabanca atışları nedeniyle paniğe kapılması doğaldır u nedenle meşru müdafaa şartları içinde ldürülene ateş ettiğini kabulde zorunluluk olmakla beraber yaralı haldeki maktulün hayati nemi olmayan vücut nahiyelerine rneğin ayaklarına ateş edip onu durdurması hiç olmazsa ldürülenin yaralı olduğunu g rdükten sonra ateş etmeye devam etmemesi etkisiz kaldıktan sonra da savunma ve tepkilerinde ısrar etmek suretiyle aşırılığa kaçmaması gerekirdi u oluş içinde sanığın yerinden yaralanan maktule el ateş ederek onu ldürdüğüne g re zaruretin sınırını aşarak ldürme suçunu işlediği kabul edilmelidir u hale g re suçun vasıf bakımından mevcut delilleri tahlil ederek oluşa uygun bir şekilde sanığın ldürme suçunu zaruretin tayin ettiği sınırı aşarak işlediği

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da meşru savunmada sınırın aşılması hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan şartları belirtirken, kişinin, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü heyecan, korku, telaş nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneğinden mahrum olması nedeniyle cezalandırılmayacağını ancak saldırıdan kaynaklanmış olsa bile öfke gibi diğer nedenlerden dolayı sınırın aşılması halinde, bir diğer ifade ile saldırının defedilmesinden çok kin duygusunu tatmine yönelik tepkilerinden ötürü bu korumadan faydalanamayacağını belirtmiştir¹⁸¹.

Sınırın aşılması hali, meşru savunmanın zaman ya da nitelik yönünden aşırılığa gidilmesi suretiyle ortaya çıkmaktadır. Bunlar savunmanın niteliği ve saldırının zamanına yönelik iki unsurdur¹⁸². Savunmanın niteliği hususunda sınırın aşılması oranda ya da araçta sınırın aşılması hallerini içermektedir. Bu hal, hukuka aykırı bir saldırı esnasında savunma hareketlerinin saldırıya göre çok aşırı olması gibi durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu halde savunma hareketi saldırıya göre ölçsüzdür¹⁸³. Yargıtay da failin uygun olmayan vasıta ile kendini savunması veya saldırganı etkisiz hale getirdikten sonra savunmayı sürdürmesi halinde oran yönünden savunmanın sınırın aşıldığını kabul etmektedir.

Savunmada zaruret sınırı, failin o andaki ruh haline göre belirlenir¹⁸⁴. Yargıtay'ın, '*nefsine karşı vukubulan haksız bir saldırıyı o anda defetmek zorunluluğu ile işlediği bu suçta sanık sarhoş halde bulunan ldürülenin elinden bıçağını aldıktan sonra onun hayati organlarının bulunmadığı vücut b lgelerini hedef alarak bu bıçağı kullanması veya bir bıçak darbesiyle yetinmesi mümkün iken; zaruret sınırını aşmış ve karşısındakini bıçaklayarak ldürmesi*¹⁸⁵; '*sanığın*

şeklinde takdir eden yerel mahkemenin uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığı düşüncesiyle sayın çoğunluğun sanık asan hakkında sayılı nin madde ve fıkrasının uygulanarak ceza verilmemesi bu nedenle de hükmün bozulması gerektiği y nündeki g rüşünü benimsemiyoruz. Yargıtay 1.C.D. E. 2005/4811, K. 2007/2535, T. 9.4.2007, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 6.3.2011.

¹⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/1-201, K. 2009/81, T. 31.3.2009, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 6.3.2011.

¹⁸² Bozbayındır, 'Meşru Savunmada Sınırın Aşılması', **CHD**, s.121.

¹⁸³ Demirbaş, **C** r, s.318.

¹⁸⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1995/1-213K. 1995/271 T. 10.10.1995, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.4.2013.

¹⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1981/32 K. 1981/107 T. 30.3.1981, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.4.2013.

kendisine y nelik cinsel saldırıyı defetmek maksadıyla elindeki bıçağı rastgele salladığı ve maktüle isabet eden darbelerden sadece birinin ldürücü nitelikte bulunması¹⁸⁶; ‘ anığın bir-iki el ateş ederek ldürüleni etkisiz duruma getirmesi mümkün iken en az altı el ateş ederek zaruret sınırının aşılması¹⁸⁷; ‘ aldirıyı birkaç bıçak darbesiyle nleme olanağına sahip olan sanığın; bunu yapmayıp eylemine devamla yerinden maktulü yaralaması yasal savunmada aşırılık niteliğindedir¹⁸⁸; ‘ anığın tek darbe ile giderilmesi mümkün olan bir saldırıyı hayati tehlike doğuracak ve işine gün engel olacak şekilde mağduru yaralaması yasal savunma sınırının aşılması¹⁸⁹; ‘ anık sarhoş halde bulunan ldürülenin elinden bıçağı aldıktan sonra hayati organlarının bulunmadığı b lgeleri hedef alarak bu bıçağı kullanması veya bir darbe ile yetinmesi gerekirken b yle yapmayarak zaruretin tayin ettiği sınırı aşmıştır¹⁹⁰, gibi bu ve benzer kararlarında özellikle nitelik bakımından sınırın aşılması incelenirken orantılılık unsuru tetkiki yapıldığı, saldırı ile savunma aracı arasında ve saldırıya uğrayan hukuksal değer ile savunma hareketiyle saldırılan hukuksal değer arasında orantısızlık olup olmadığı hususları dikkate alındığı görülmektedir¹⁹¹. Bu noktada bizim de katıldığımız görüşe göre, savunmada nitelik bakımından çok açık bir ölçüsüzlük bulunması halinde, fail kusurluluğunu kaldıran halden yararlanamamalıdır. Zira bu türden olaylarda failin kendini savunması nedeniyle azalan haksızlığın onun hukuk düzeni tarafından mazur görülmesine yetecek seviyeye ulaşmadığı kabul edilmektedir¹⁹².

Meşru savunmanın sınırının zaman bakımından aşılması, genellikle saldırının bitmemiş olduğu zannı ile hareket eden failin, bitmiş bir saldırının ardından savunma hareketlerine devam etmesi veya hukuka aykırı bir saldırıdan önce savunma hareketlerine başlaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Meşru savunmadaki haklı tepki ile sınırın aşılmasındaki hukuka uygun olmayan aşırı

¹⁸⁶ Yargıtay 1.C.D. E. 2007/6072 K. 2008/5146 T. 18.6.2008, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.4.2013.

¹⁸⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1990/1-253 K. 1990/323 T. 3.12.1990, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:16.4.2013

¹⁸⁸ Yargıtay 1.C.D. E. 1989/1802 K. 1989/1921 T. 14.6.1989, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:16.4.2013.

¹⁸⁹ Yargıtay 1.C.D. E. 1986/2940 K. 1986/3019 T. 17.9.1986, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.4.2013.

¹⁹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1981/32 K. 1981/107 T. 30.3.1981, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.4.2013.

¹⁹¹ Bozbayındır, ‘Meşru Savunmada Sınırın Aşılması’, **CHD**, s.122.

¹⁹² **A.g.e.**, s.123.

tepki arasındaki dar ve doğrudan doğruya zaman bağlantısı, her iki durumda da faili aynı psikolojik duruma sokmakta ve zaman sınırının sonradan aşılması da meşru savunmada sınırın zaman bakımından aşılması kapsamında değerlendirilmektedir¹⁹³. Ancak doktrinde, zaman bakımından sınırın aşılması halinde failin esasında bir saldırının başladığı veya bitmediği hususunda bir hataya düştüğünü, gerçekte böyle bir durum olmadığını ve dolayısıyla burada meşru savunmada sınırın aşılması değil hata hükümlerinin uygulanması gerektiği savunan görüşler de bulunmaktadır¹⁹⁴.

Babasının defalarca kez tabanca ile tehdit ederek ırzına geçmesi ve hatta bu ilişkilerden hamile kalan failin, ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan babası olan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü öldürmesi karşısında, Yargıtay fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir¹⁹⁵. Yargıtay kararda, *'tekrarlayan ve süreklilik kazanan olaylar*

¹⁹³ Demirbaş, C... ler, s.319. Yazar, zaman bakımından önceki veya önleyici meşru savunmada sınırın aşılması durumunda meşru savunmada sınırın zaman yönünden aşılmasının söz konusu olmayacağını ifade etmektedir.

¹⁹⁴ Koca/ Üzülmüş, T r C... r, s.286; Zafer, **Ceza Hukuku Genel** r s.321.

¹⁹⁵Yargıtay 1.C.D. 2011/1267 E, 2011/4491 K. 13.7.2011 tarihli kararında, *'sanık anu nun maktulün z kızı olduğu maktulün kızı olan sanığa evliliği süresince " tane çocuğun da olsa seni bu kişiden ayırıp yanıma alacağım isteyen olursa da vermeyeceğim" şeklinde s zler s ylediği tüm bu olaylardan sonra sanığın fşin sliye ukuk Mahkemesi nin tarih sas arar sayılı olup aynı gün kesinleşen kararı ile eşinden boşandığı ve baba evine d ndüğü; maktulün olay tarihinden nceki ay boyunca evlilik geçirmiş ve yaşında olan sanık kızını diğer aile bireyleri içinde dahi kucağına almak kalçasına ve g ğsüne dokunmak sureti ile taciz ettiği aynı odada kalan yaşındaki diğer kızı ahar ın uyuduğundan emin olduğunda odaya girip anu nun kalçalarına ve g ğsüne dokunarak taciz ettiği tabancayı sanığın kafasına dayamak sureti ile tehdit ederek onunla birden çok kez ve rızası dışında cinsel ilişkide bulunduğu; yaşanan bu ilişkiler sonucu sanığın hamile kaldığı; kadın doğum uzmanı r ermin in zel muayenehanesinde tarihinde kürta yaptırdığı; maktulün günü eve geç geldiklerini bahane ederek sanığı eşini ve diğer kızı ahar ı evden kovduğu sanığın annesi ve küçük kız kardeşi ile beraber işletmekte oldukları bazlama dükkanında geceledikleri; maktulün ertesi gün işyerine giderek diğerlerini eve gelmemeleri konusunda tehdit ederek anu yu kolundan tutup eve g türdüğü ve evde silah zoru ile tekrar cinsel ilişkiye girdiği; sanığın o gün evde kalıp ertesi gün işe gittiği olaydan bir gün nce tarihinde saat sıralarında annesi ezvenur ve kardeşi ile beraber eve girdikleri maktulün eve gelmelerine ses çıkarmadığı televizyon izlemekte olan maktulün eşinin uyumasından sonra arada mutfığa girip çıkmak sureti ile kızlarının odasını g zetleyerek küçük ahar ın uyumasını kolladığı ahar ın ve sanığın uyumasından sonra saat sıralarında kızı anu nun yanına gidip eli ile kalçasına ve g ğüslerine dokunmak sureti ile tacizde bulunduğu ve uyanan sanığa "salona gel" dediği sanığın " en senin kanındanım canındanım" demesi üzerine "seni istiyorum kaçışın yok sen benim olacaksın tersten bir kere birlikte olalım" diyerek eli ile gerçekleştirdiği tacizlerini devam ettirdiği sanığın bağıracağını ve annesini çağıracağını s ylemesi üzerine " amam ben sabrederim bugün olmazsa yarın seni mutlaka elde edeceğim ve seninle birlikte olacağım" diyerek odadan çıktığı; maktulün her zaman yaptığı gibi gece tekrar taciz ve tecavüz*

zinciri içinde ırzına y nelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak meşru savunma koşulları içinde ancak mazur g rülebilecek bir heyecan korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü ldüren sanık' hakkında yerel mahkemenin haksız tahrik uygulamasını bozmuştur. Karara konu olayda, sanığın maktulü öldürdüğü sırada, maktül uyku halindedir. Ancak süregelen ırza yönelik ısrarlı saldırıların, Yargıtay tarafından meşru savunmanın saldırı koşullarından olan 'tekrarı muhakkak' bir saldırı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu yorumun, meşru savunmanın 'gerçekleşen gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak' saldırı koşulu ile uyumlu olduğu söylenebilir¹⁹⁶. Ancak, her ne kadar meşru savunma koşulları içerisinde değerlendirilmiş olsa da fail, savunmanın ölçüsünde orantısız davranmıştır. Bu nedenle, sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığından bahisle fail hakkında 'meşru savunmada sınırın aşılması' hükmü uygulanmıştır¹⁹⁷.

için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kız kardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın maktule ait silahı yerinden alıp yastığının altına koyduğu sabah saat sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip çaresizlikten kaynaklanan korku ve paniikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt b lgesine olmak üzere el ateş etmek suretiyle ldürdüğü olayda; açıklanan olaylar zinciri içinde ırzına y nelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak meşru savunma koşulları içinde ancak mazur g rülebilecek bir heyecan korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü ldüren sanık hakkında nun ve M nin -c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılıya düşülerek nin -d maddeleri ile hüküm kurulması; bozmayı gerektirmiştir ' www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 7.3.2011.

¹⁹⁶ Bozbayındır, Meşru Savunmada Sınırın Aşılması , **CHD**, s.126.

¹⁹⁷ Meşru savunmada sınırın aşılması ile haksız tahrikin değerlendirildiği bir diğer olayda Yargıtay, her ne kadar saldırı henüz bitmiş olsa da, olay yerinden kaçmakta olan maktülün arkasından yakalamak suretiyle kasten yaralama suçunda haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. *Maktul ve mağdurlar ncelikle rsin in vücut bütünlüğüne y nelik bir saldırıda bulunmuşlar rsin in bağırarak yardım istemesi nedeniyle sanık atih in olay yerine gelmesi üzerine de bu saldırıyı " atih e" y neltmişlerdir anık atih e y nelik saldırı maktul tarafından "bıçakla" mağdurlar tarafından ise "taşlar ve mermer parçaları ile" yapılmıştır urada maktul ile mağdurlardan gelen ve "sanığın yaşam hakkına veya en azından vücut dokunulmazlığına" y nelen haksız bir saldırı bulunmakta ve devam etmekte ise de; sanık atih in girdiği mücadele sonunda yhan in elindeki bıçağı almasının ardından maktul ve mağdurların saldırıları durmuş fakat sanık olaydan kaynaklanmış bile olsa arkadaşının yaralanmasından duyduğu üzüntünün ve kendisine karşı yapılmış ve bitmiş olan saldırının kızgınlığı ile maktul ile mağdurları bıçakla yaralamış eline geçirdiği bıçakla maktulün nce sağ karın kısmına vurarak karaciğer sağ alt lobunu bununla da yetinmeyerek bıçağı yukarı doğru hareket ettirerek sağ diyaframayı parçalayarak lüme neden olmuştur u şekilde gerçekleşen olayda üzüntü ve kızgınlığın etkili olduğu dolayısıyla ağır düzeydeki haksız tahrik altında işlenmiş kasten ldürme ve kasten yaralama suçlarından bahsedilebilirse de mazur g rülebilecek bir korku panik ya da heyecanın tesirinden s z edilemeyeceğinden sayılı nin maddesinin fıkрасının uygulanma koşullarının oluştuğu s ylenemez*

Maktul ı kasten ldürme mağdurlar ve li ı da kasten yaralama suçlarından yargılanan sanık hakkında her üç eylemle ilgili olarak da "meşru savunma sınırının mazur

air hususlarda bir ihtilaf yaşanmayan olayla ilgili olarak yerel mahkemece "meşru savunmada sınırın aşılması" koşullarının gerçekleştiği zel airece ise gerçekleşmediği kabul edilmiştir ncelenen dosyada

üm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde;

anık atih gece vakti danalılar isimli tekel büfesi nünde rsin ve diğer arkadaşları ile birlikte bira içerken anlatılan bir fıkra nedeniyle aynı yerde bira içmekte olan başka bir grupta rsin arasında tartışma çıkmış ilk etapta bu tartışma yatıştırılmış daha sonra diğer grupta bulunan maktul yhan ın telefon ederek olay yerine kayınbiraderi edat ı çağırması ve edat ın da olay yerine gelmesi üzerine yatışan tartışma yeniden başlamıştır

u aşamada li ve edat kendilerine g re oldukça iri olduğu ifade edilen rsin in kollarına girmek suretiyle rsin i konuşmak için boş araziye doğru g türmüşler elinde bıçak olan yhan da onların hemen arkasından aynı araziye doğru gitmiştir

aranlık ve ıssız olduğu anlaşılan alanda yeniden alevlenen tartışma sırasında li edat ve Ayhan rsin i darp etmişler aynı zamanda rsin yhan tarafından sağ kalçasından bıçaklanmıştır onun üzerine rsin in " atih abi yetiş" şeklinde bağırmasının ardından büfenin nünde oturmakta olan sanık atih kavganın olduğu yere doğru koşmuş olay yerine gittiğinde arkadaşı rsin in yaralı olarak yerde yattığını g rmüş tam bu sırada da maktul yhan tarafından kendisine bıçakla saldırılması üzerine yhan ile boğuşmak suretiyle yhan ın elindeki bıçağı almıştır

undan sonraki aşamada sanık atih arkadaşı rsin in yaralanıp kendisine de saldırılmış olmasından dolayı kapıldığı tehevürün etkisi ile eline geçirdiği bıçakla o sırada saldırılarına son vermiş olan yhan edat ve li yi yaralamış yaralananlardan yhan da kısa bir süre sonra lmiştir

Bu durumda; somut olay açısından yasal savunma veyasal savunmada sınırın aşılması hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerekmektedir

asal savunma sayılı nın maddesinde; " erek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka y nelmiş gerçekleşen gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara g re saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez" biçiminde düzenlenmiştir

teden beri ğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere; sayılı nın maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan yasal savunma hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta dolayısıyla eylemi suç olmaktan çıkarmaktadır ncak yasal savunmanın kabul edilebilmesi için saldırıya ve savunmaya ilişkin koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

asal savunmanın saldırıya ilişkin koşullarını;

a ir saldırının bulunması; burada somut bir saldırının varlığı gerekmede ise de başlayacağı muhakkak olan ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız kılacak veya güç hale getirecek bir saldırıyı başlamış keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur

b aldrının haksız olması

c aldrının herhangi bir hakka y nelik olması

d aldrı ile savunmanın eşzamanlı bulunması

eklinde;

avunmaya ilişkin koşullarını ise;

a) Savunmada zorunluluk,

b aldrı ile savunma arasında oran bulunması lçülülük ilkesi içiminde saymak olanaklıdır

u açıklamalar ışığında sanığın maktul yhan a y nelik eyleminin yasal savunma kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine gelince;

omut olayda saldırının tekrarlanabileceği kabul edildiği takdirde saldırı ve savunmaya ilişkin diğer koşulların bulunduğu kabul edilebilir ise de "gerçekleştirilen savunma maruz kalınan tecavüzü defedecek lçüde olması" yani "saldırı ile savunma arasında oran bulunması" koşulu gerçekleşmediğinden yasal savunma koşullarının olduğundan bahsedilemez ira maktulün kendisinin ve arkadaşının vücut dokunulmazlığına y nelik saldırısı karşısında sanığın savunma hakkının doğduğunun kabulü olanaklı ise de; sanığın maktulün elinde bulunan bıçağı aldıktan sonra silahsız ve bir anlamda savunmasız kaldığı anlaşılan maktul ve mağdurlara bıçakla vurması eyleminde savunma ile saldırı arasındaki dengenin savunma lehine bozulmuş olduğu dolayısıyla da lçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olması nedenine dayalı olarak yasal savunma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir

avunmanın yasal savunma koşullarında başladığı fakat içülülük ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle yasal savunmanın kabul edilmediği bu gibi durumlarda "sınırın aşılması" s z konusu olabilmektedir "ınırın aşılması" da sayılı nın maddesinde "ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerden biri" olarak düzenlenmiştir

sayılı nın maddesinin fıkrası; " eza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılabilir taksirli suç için kanunda yer alan cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur" şeklinde olup madde metninde yer alan " eza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması" ibaresinden yasa maddesinin ve gerekçesinin aksine ğretide kabul edilen g rüşe uygun olarak " ukuka uygunluk hallerinde sınırın aşılmasının" anlaşılmasının isabetli olacağı sonucuna ulaşılmıştır

iğer taraftan sayılı nın maddenin fıkrasında "Meşru savunmada sınırın aşılması mazur g rülebilecek bir heyecan korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez" denilmek suretiyle bu fikranın uygulama alanı "yasal savunma" ile sınırlandırılmıştır

.....Somut olayda.....sanığın eyleminin sayılı asanın maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine gelince;

sayılı asanın maddesinin uygulanabilmesi için;

1- asal savunma kapsamında korunabilecek bir hakkın bulunması

2- aldirıya ilişkin koşulların gerçekleşmesi

3- avunmaya ilişkin koşullardan " içülülük" şartının savunma lehine ihlal edilmesi suretiyle sınırın aşılması

4-" ınırın aşılmasının" mazur g rülebilecek bir heyecan korku veya telaştan ileri gelmesi

erekmekte olup bu koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde yasal savunmada sınırı aşan faile ceza verilmeyecektir.

u durumda; kişinin maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü korku telaş ve şaşkınlık dolayısıyla davranışlarını y nlendirme yeteneğinin ortadan kalkması s z konusu olacağından yasal savunmada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilir olayıyla burada belirleyici olan maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur ira kişi sırf maruz kaldığı saldırının tesiriyle "heyecan korku ve paniğe" kapılarak yasal savunmanın sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek buna karşılık; sırf saldırının etkisiyle değil de vevki saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi fke ve gazap gibi nedenlerle sınırı aştığında ise aynı korumadan faydalanamayacaktır aşka bir deyişle sınırın aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh hali g z nünde tutulacaktır ani failin niyeti fiilin icra tarzına ve ruh haline g re ciddi bir saldırının definden ziyade kin duygusunu tatmine y nelik ise "yasal savunmanın" sınırlarını aşma değil ancak haksız tahrik s z konusu olabilecektir.

omut olayda; maktul ve mağdurlar ncelikle rsin in vücut bütünlüğüne y nelik bir saldırıda bulunmuşlar rsin in bağırarak yardım istemesi nedeniyle sanık atih in olay yerine gelmesi üzerine de bu saldırıyı " atih e" y nelmişlerdir anık atih e y nelik saldırı maktul tarafından "bıçakla" mağdurlar tarafından ise "taşlar ve mermer parçaları ile" yapılmıştır urada maktul ile mağdurlardan gelen ve "sanığın yaşam hakkına veya en azından vücut dokunulmazlığına" y nelen haksız bir saldırı bulunmakta ve devam etmekte ise de; sanık atih in girdiği mücadele sonunda yhan ın elindeki bıçağı almasının ardından maktul ve mağdurların saldırıları durmuş fakat sanık olaydan kaynaklanmış bile olsa arkadaşının yaralanmasından duyduğu üzüntünün ve kendisine karşı yapılmış ve bitmiş olan saldırının kızgınlığı ile maktul ile mağdurları bıçakla yaralamış eline geçirdiği bıçakla maktulün nce sağ karın kısmına vurarak karaciğer sağ alt lobunu, bununla da yetinmeyerek bıçağı yukarı doğru hareket ettirerek sağ diyaframayı parçalayarak lüme neden olmuştur u şekilde gerçekleşen olayda üzüntü ve kızgınlığın etkili olduğu dolayısıyla ağır düzeydeki haksız tahrik altında işlenmiş kasten ldirme ve kasten yaralama suçlarından bahsedilebilirse de mazur g rülebilecek bir korku panik ya da heyecanın tesirinden s z edilemeyeceğinden sayılı nın maddesinin fıkrasının uygulanma koşullarının oluştuğu s ylenemez

u itibarla; zel aire bozma kararında bir isabetsizlik g rülmediğinden yerel umhuriyet savcısı temyizinin kabulüyle direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir

SONUÇ : çıklanan nedenlerle

1- Mersin ğır eza Mahkemesinin 3. ğün ve - sayılı direnme hükmünün tebliğnamedeki düşünce gibi M

2- osyanın Mersin ğır eza Mahkemesine g nderilmesi için argıtay umhuriyet aşsavcılığına ğünü yapılan müzakerede tebliğnamedeki isteme uygun

Yargıtay'ın bu kararı ile '*Battered Woman Syndrome*' olarak İngiliz ve Amerikan Hukuklarında yer alan ve sürekli olarak şiddet gören kadınların, şiddet uygulayanın özellikle uyku halinde iken öldürülmesi olaylarında ceza almalarını engellemek ya da az ceza almalarını sağlamak amacıyla yargılamalarda getirilen bir hususa yaklaşmıştır. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, meşru savunmada sınırın korku, panik ve telaştan doğan heyecan nedeniyle aşılmasına yönelik hukuki bir düzenleme bulunmaması, bunun yanı sıra haksız tahrikin şartları bakımından Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin Türk Hukukundan farklı bir düzenlemeye sahip olması gibi nedenlerden ötürü, bu neviden olaylarda haksız tahrik indirimi uygulanamamakta ve failer kasten öldürme suçundan ömür boyu hapse mahkum olmaktadır. Bunun adaletsiz olduğu ve vicdanen rahatsız ettiğinden bahisle, bu neviden yargılamalarda işlenen ve süregelen istismarlar neticesinde verilen tepkinin hemen verilmesi gerekmediği, failin kendisini kaybetmesinin nedeninin bu istismarlar olduğunun ispat edilmesi durumunda fail hakkında tahrik indiriminin uygulanacağı kabul edilmiş ve failin cezasından bir iyileştirmeye gitme yolu açılmıştır¹⁹⁸.

Alman Hukukunda ise '*Haustyrannenmord*' olarak ifade edilen kasten öldürme hallerinde, kocasından uzun bir süre zarfında birden çok suç teşkil edecek şekilde kötü muamele gören kadının, kocasını uykuda öldürmesi halinde adam öldürme suçunun ağırlatıcı hali olan '*mağdurun saldırı karşısında savunmasız olduğu zamanda*' öldürme fiilinin cezası ile cezalandırılmaktadır. Alman Hukuku bahsinde ele alınacağı üzere, haksız tahrikin şartları bu neviden ağırlatıcı hallerde uygulanamadığından fail haksız tahrik indiriminden ve meşru savunmadaki saldırının '*şimdiki zamanda*' olması şartının o anda mevcut olmamasından ötürü meşru savunmadan da yararlanamamaktadır. Ayrıca, meşru savunmada sınırın '*şaşkınlık korku veya panik*' nedenleriyle aşılması gerektiğinden, failin kızgınlık nedeniyle sınırı aşması durumunda bu

olarak oybirliğiyle karar verildi ' Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, E. 2010/1-170 K. 2010/182. 5.10.2010, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.11.2012.

¹⁹⁸ Gerard Coffey, **Essential Law Texts Criminal Law**, Round Hall, Thomson Reuters Ireland Limited, 2010, s.172.

düzenlemeden de yararlanamayacaktır¹⁹⁹. Ancak, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, içtihadı olan ‘*alışılmışın dışındaki durumlar*’ın varlığı halinde, failin cezasında bir miktar indirimde gidilebilmekte ise de bu durum herhangi bir kanun maddesine dayanmamaktadır. Bu nedenle failin veya yakınlarının can güvenliğinin, şimdiki zamanda ve gelecekte de sürecelebilecek olan kötü muamele tehdidi nedeniyle ‘*mazeret nedeni olarak zorunluluk hali*’nin koşullarında hata hükmünü düzenleyen Alman Ceza Kanunu’nun 35/2.fikrasının somut olayda değerlendirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır²⁰⁰. Alman Ceza Kanunu’nun 35/2.maddesine göre; fail fiili gerçekleştirirken somut olayda kusurluluğu ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan durumların, hataya düşmek suretiyle var olduğunu zannederse sadece hataya düşmekten kaçınabilmesinin mümkün olduğu hallerde cezalandırılır, aksi halde failin cezasında 49.madde uyarınca indirim uygulanır²⁰¹.

Ancak, Alman Hukukunda ‘*meşru savunmanın zamansal sınırının*’ dar yorumlandığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, şiddet gören kadın sendromu vakalarında fail kadının uyumakta olan mağdur saldırganı öldürmesi halinde saldırının aslında sona ermediği, sadece saldırının zayıfladığı öne sürülmektedir. Saldırı ile savunma arasındaki oran bakımından ise failin mağduru sadece yaralaması, mağdurdan faile yönelik daha sonraki olaylar bakımından durumu daha da kötüleştirilmesi ihtimalini güçlendirmektedir. Bu nedenle, olması gereken hukuk açısından ‘*meşru savunmanın sınırlarının*’ daha geniş yorumlanması ve failin meşru savunmanın içinde hareket ettiği kabul edilmesi gerektiği görüşü de taraftar bulmaktadır. Bu görüş, Türk Yargıtay’ının yukarıda izah edilen olaydaki yorumuna paralellik arz etmektedir²⁰².

¹⁹⁹ ‘Meşru savunma hali sona erdikten sonra, failin, meşru savunmanın sınırını saldırının yarattığı kızgınlıktan aşması durumunda, fail 213’den sorumlu olur.’ 6.2.2001 5.StR 579/00 **NStZ** 2001, s.477; **NStZ** 2002, s.541. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi: 15.11.2012.

²⁰⁰<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/> erişim tarihi: 15.11.2012.

²⁰¹ Alman Ceza Kanunu’nun 49.maddesi cezayı indiren özel kanuni nedenleri düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca, Alman Ceza Kanunu’nda failin cezası hakkında bir indirim yapılmasının öngörüldüğü hallerde, indirim, bu maddede belirtilen kurallar ve oranlar dahilinde gerçekleştirilecektir.

²⁰²Karşılaştırma için bkz:Wanja Andreas Welke, Der Haustyranenmord im deutschen Straftatsystem - Diskutiert unter Einbeziehung neuerer Tendenzen im Ortak Hukuk , **Zeitschrift r R** , 2004, Heft 1, s.19 vd, <http://www.beck-online.beck.de>, erişim tarihi: 15.11.2012.

3 C E r r T r

a. Takdiri Hafifletici Sebepler ile T r

Türk Ceza Kanunu'nun 62/2. maddesi ile hakime, somut olaydaki cezanın belirlenmesi aşamasında, failin geçmişini, sosyal ilişkilerini, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarını, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerini değerlendirmek suretiyle, belirlenen ve bireyselleşen cezası hakkında takdiri indirimde bulunabilme yetkisi verilmiştir. Kanunda belirtilen takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıda değildir. Ancak, suçun kurucu unsurları veya suçu nitelikli kılan diğer unsurlar gibi kanunda özel olarak belirtilmiş nedenler ile kanunun amacına aykırı düşen veya kamu vicdanını inciten unsurlar takdiri indirim nedeni yapılamaz²⁰³. Bunun nedeni, cezayı olaya ve faile uygulayarak, bir diğer ifade ile cezanın bireyselleştirilmesi konusunda hakime bir serbesti tanımaktır²⁰⁴. Ancak bu serbesti keyfiliğe kaçmamalı ve makul bir gerekçeye dayandırılmalı, bu gerekçe kararda belirtilmeli ve hukukun kurallarına, kanunların amacına aykırı olmamalıdır²⁰⁵.

Haksız tahrike karşılık yapılan hareket, nitelik itibariyle bir hafifletici nedendir²⁰⁶. Ancak, diğer indirim nedenlerinden farklı olarak haksız tahrik kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, somut olayda haksız tahrik şartlarının varlığı halinde hakim haksız tahrik indirimine gitmek zorunda iken, takdiri indirim nedenlerini uygulamak zorunda değildir. Ayrıca her iki maddenin konuluş amaçları da birbirinden farklıdır. Haksız tahrik, suçun işlenmesine doğrudan etki eden ve faili suç işlemeye sevk eden bir durum iken takdiri indirim

²⁰³Zafer C r, s.281.

²⁰⁴ Sanığın ikrarı ile suçun açığa çıkması, yaptığından pişmanlık duyması, suça nitelik verilmesini kolaylaştırıcı açıklamalarda bulunması, sabıka kaydı bulunmaması, suçtan doğan zararın tazmin veya tamir edilmiş olması, kaçmak imk nı varken kaçmamış olması, kendiliğinden teslim olması gibi haller yargıç tarafından sanık hakkında takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilir. M. Muhtar Çağlayan, Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Ocak - Şubat 1982, S. 2, (14-41), s. 35.

²⁰⁵ Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar, **U r A Ar**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1, (339-365), s. 359.

²⁰⁶ Doktrinde, tahriki oluşturan hareketin, nitelik itibari ile takdiri hafifletici neden sayılmasının mümkün olacağı, bu nedenle haksız tahrik ile takdiri indirim nedenlerinin bir arada bulunabileceğini, mağdurun haksız bir davranışı nedeniyle suç işleyen failin fiilinden doğan zararın çok az olması halinde hem takdiri indirim nedenlerinin hem de haksız tahrik indiriminin uygulanabileceği yönünde görüşler de mevcuttur. Gökhan Yaşar Duran, **Ceza Hukukunda T r** İstanbul, Legal, 2010, s.228.

nedenleri genellikle failin suç işledikten sonraki davranışları ile kişilik özelliklerinin göz önüne alınmasını ve dolayısıyla cezanın bireyselleştirilmesini amaçlamaktadır²⁰⁷. Bu nedenle haksız tahrik, takdiri indirim sebepleri ile bir arada bulunabilir ve hakim tahrik nedeni ile işlenen fiil hakkında tahrik indirimin yanı sıra eğer somut olayda varsa takdiri indirim nedenini uygulayabilir. Ancak, önemli olan, aynı halin hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni sayılıp, cezada iki kere indirim yapılamayacağıdır²⁰⁸. Aynı şekilde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu raporunda, bir kişi hakkında işlediği suç nedeniyle ceza belirlenirken, bir nedenin sadece bir defa uygulanacağı ifade edilmiştir²⁰⁹

b. Tasarlama ile T r i

b.a. Genel Olarak

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tasarlayarak öldürme, adam öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Ancak, kanun metinlerinde tasarlama genel bir hükümle sözü edilmiş, sadece belli suçlar bakımından tasarlamanın bulunmasının cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir sebep sayılmış fakat bu hallerde de tasarlama tanımlamaktan kaçınılmıştır²¹⁰. Tasarlamanın tanımının Yargıtay kararlarında ve doktrinde yapıldığı görülmektedir. Buna göre, doktrinde tasarlama şu şekillerde tanımlanmaktadır: *'failin belirli bir süre içerisinde düşünerek ana hatlarıyla bir plan kurmak suretiyle tehlike halini açığa vurmasının s z konusu olduğuna işaret etmektedir²¹¹'*; *'düşünce kastı da denilen tasarlama failin suç işleme kararını vermesinden sonra bu karardan d nmeyerek düşüncesini uygulamaya*

²⁰⁷ Tutumlu, **T r C Hukukunda T r Ö**, s.65.

²⁰⁸ Hakeri, **C**, s.350. Yargıtay kararlarında da bu durum yalnız bir sebebin hem kanuni hem de takdiri hafifletici sebep olamayacağı şeklinde ifade edilmiştir. Nevzat Gürelli, **Gezgi Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik**, **B r Dergisi**, C: V, S:6, İstanbul, 1951,(341-344), s. 342.

²⁰⁹ Özgenç, **T r C**, s.51.

²¹⁰ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na kaynaklık eden 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık döneminde tasarlama tarif etmeye yönelik çalışmalar gerçekleştirilmiş ise de gerek çok farklı formüllerin ortaya konulması gerekse herkesi tatmin edecek bir tarif bulmanın zorluğu hatta imkansızlığı karşısında tarif etmemenin daha doğru olacağı anlaşılmıştır. Tarifteki bu güçlük sebebiyle bu ağırlatıcı hale hiç yer verilmemesi de ağır basan düşüncelerden birisi olmuştur. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, s.235.

²¹¹ Demirbaş, **C**, s.330.

*koymasıdır*²¹²; ‘ *uç kararı alındıktan sonra yapılan plan gereğince vasıtalar hazırlanmış etraflı düşünülmüş sonra harekete geçilmişse kastın en yoğun hali sayılan taammütten bahsedilir*’²¹³. Yargıtay’a göre, tasarlama, ‘*failin suç işleme niyetinde sebatla şartsız olarak karar vermesi bu karardan ulaştığı ruhi sükunete rağmen vazgeçmeyip kararını ısrarla ve bu akış içinde icraya başlamasıdır*’²¹⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay’ın birden çok kararlarında ise tasarlamanın söz konusu olabilmesi için ‘*failin bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması düşünip planladığı suçu işlemeden nce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla failini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiil belirlenmiş kurgu dahilinde icra etmesi gerekmektedir*’²¹⁵, görüşü mükerrer defalar ifade edilmiştir.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, tasarlamanın unsurları hususunda birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşler, soğukkanlılık-plan kurma teorisi²¹⁶; kronolojik-soğukkanlılık-tasarlama ölçütü²¹⁷; psikolojik-ideolojik-kronolojik-eklektik teoriler²¹⁸ gibi çeşitli şekillerde adlandırılmıştır. Ancak, doktrinde farklı adlandırılmasına rağmen, temel olarak bunların aynı kavramı karşılamaktadır. Yargıtay kararlarında da özellikle iki teorinin öne çıktığı görülmektedir. Bunlar soğukkanlılık teorisi ve plan kurma teorisidir.

²¹² Centel/Zafer/Çakmut, **T r C** r , s.434.

²¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **C** r , s.534.

²¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, T.26.9.1995, 1-233/258. , www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:5.11.2012; Hakeri, **C** r , s. 350. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 450/4.fıkrasında taammüt terimi kullanılmakta idi. Doktrinde ise taammüt terimi yerine tasarlama kullanılmış, ancak bu durum taammütün sadece bir yönüne işaret ettiği için yeterli ve doğru bir kullanım olmadığı eleştirisi yapılmıştır. Bunun yanı sıra Yargıtay da bazı kararlarında taammütü tasarlama olarak ele alırken bazı kararlarda ise taammütü soğukkanlı biçimde adam öldürmek olarak ele almıştır. Tüm bu nedenlerden ötürü taammüt kurumunun yasadan çıkarılması önerilmiştir. Aydın, **T r** , s. 58.

²¹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı. T. 26.6.2012 gün 1/76-258 sayılı, 28.4.1998 gün 117-155 sayılı, 13.11.2001 gün 239-247 sayılı, 3.10.2006 gün 30-210 sayılı, 15.12.2009 gün 200-290 sayılı, 2.2.2010 gün 239-12 sayılı, 16.2.2010 gün 251-25 sayılı ve 25.1.2011 gün 122-7 sayılı kararları. İhsan Akçin, **r C** r r r r Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.380.

²¹⁶ Sulhi Dönmezer, **r M** r C r r , 17.Bası, Beta, 2004, s.54 vd.

²¹⁷ Aydın, **T r** s. 59-60.

²¹⁸ Hakeri, **Ceza H** r , s.350.

b.b. S T r

Soğukkanlılık teorisine göre tasarlama iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki suç işleme kararı ile harekete başlama arasında bir zamanın geçmiş bulunmasıdır. Diğer unsur ise failin fiili işlerken sakin ve soğukkanlılık ile hareket etmiş olmasıdır. Fail, teemmüle yani ayrıntılı düşünmeye yetecek kadar zamanı olmasına rağmen, suç kararı ile suçun icrası arasındaki zamanda suçu işlemekten vazgeçmemiştir²¹⁹. Bu teoriye göre fail, suçu işlerken soğukkanlılıkla hareket etmektedir. Bu kişinin başkasını öldürürken hiç heyecan duymamış olması, ondaki ruhsal kötülüğü göstermektedir²²⁰. Yargıtay, bazı kararlarında tasarlayarak kasten öldürme suçunda kabul ettiği soğukkanlılık teorisini, bir diğer kararında şu şekilde ortaya koymuştur. *'tasarlamının kabulü için öldürme kararının şarta bağlı olmadan alınması ruhsal dinginliğe ulaşıldığını kabule elverişli makul bir süre geçmesine rağmen eylem kararlılığından d nülmemesi ve belli bir hazırlıkla sebat ve ısrarla öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir'*²²¹.

b.c. Plan Kurma Teorisi

Plan kurma teorisine göre de tasarlama iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki, suç işleme kararı ile harekete geçme arasında bir zamanın geçmiş olması, diğeri ise bu geçen zaman içerisinde failin, suç işleme araçlarını seçip suçu nasıl işleyeceğinin planını yapmasıdır²²². Failin, suçu işlemeye karar verdikten sonra icra hareketlerine başlayıncaya kadar geçen süreç içerisinde suçun nasıl işleneceğine ilişkin olarak plan kurması şu halde tasarlama olarak değerlendirilmektedir. Fail, suçu nasıl işleyeceği yönünde plan kurarak, suçu iyice tasarlamış, bu nedenle de mağdurun kendisini savunabilmesi güçleşmiştir²²³. Ancak burada önemli olan failin suçu nasıl işleyeceğini ana

²¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı. T. 22.9.1990, 1-224/299. Ayhan Önder, **r M r C r r B A d S r**, İstanbul, Filiz, 1994, s.32.

²²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı. T. 26.6.2012 gün 1/76-258 sayılı kararı. Akçin, **r C r r r r**, s.381.

²²¹ Yargıtay 1.C.D. E. 2008/9351 K. 2009/4246 T. 6.7.2009. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 9.11.2012.

²²² Dönmezer, **r M r C r r**, s.54; Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Murat Önok, **T r r C Ö**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s.147.

²²³ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, **r r S r**, Cilt:1, Beta, İstanbul, 2007, s.39.

hatlarıyla belirlemiş olmasıdır. Suçu işleyeceği gün, yer, zaman, suçta kullanılacak araç konusunda failin tasarladığı ile somut olay arasında farklılıklar olabilir. Yargıtay, soğukkanlılık teorisini esas alarak verdiği kararlarında adam öldürme eylemlerinde tasarlama hali için zorunlu olan öğelerden eyleme karar verme, kararlılığını sürdürme ve eylemi gerçekleştirmede soğukkanlılık halini tasarlayarak adam öldürmenin nitelikli hali olarak kabul etmiştir²²⁴. Bu kabule göre, öldürme kararının çok önceden ve soğukkanlılıkla alındıktan sonra icra aşamasına dönüştürülmesi tasarlamanın varlığı için zorunludur²²⁵. Plan kurma teorisinin esas alındığı kararlarda tasarlama, failin daha önceden aldığı karar neticesinde bunu icra etmek için fırsat kollayan, bu yoldaki iradesini ısrar ve sebatla sürdürüp, eylemi planladığı şekilde gerçekleştirilme şeklinde yorumlanmaktadır²²⁶.

b.d. Tasarlama ile T r B r A r d U U S r

Tasarlama ile haksız tahrik halinin bir arada bulunup bulunmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde, tasarlamanın soğukkanlılık teorisine göre açıklanması durumunda, haksız tahrik ile tasarlamanın bağdaşmayacağı²²⁷, ancak plan kurma teorisine göre açıklanması halinde ise, her iki kurumun bir arada uygulanabileceği ifade edilmektedir²²⁸. Soğukkanlılık teorisinin tahrik ile bir arada uygulanamayacağını savunan görüşe göre; haksız tahrikteki gazap ve şiddetli elem hali ile '*sakin ve sağlıklı bir iradenin g stergesi olan soğukkanlılık*' hali zıt kavramlardır²²⁹. Kızgınlık ve üzüntü halinden kaynaklanan haksız

²²⁴Yargıtay 1.C.D. 10.8.1993-1118/1530, **YKD**, Ocak 1994, Centel/Zafer/Çakmut, **r**
r S r s.40.

²²⁵Dönmezer, **r M r C r r**, s. 56.

²²⁶Yargıtay Ceza Genel Kurul kararı, T.17.9.2002-1-143/306; 3.12.2002-1-247/414 www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 21.3.2011; Centel/Zafer/Çakmut, **r r**
S r, s.39. '*anığin ağabeyini ldüren maktulün yıl sonra sanık tarafından tasarlanarak evi nünde pusu kurulması suretiyle kaleşnikof silahla ldürüldüğü olayda münhasıran kan gütmeye saiki düşünilemeyeceğinden sanığın kardeşini kasten ldürüp mahkum olup cezasının infaz edilerek çektiği nazara alınıp aradan geçen süreyi de g z nünde tutarak hafif tahrik etkisiyle tasarlayarak adam ldürme suçunu işlediğinin kabulü gerekir*' Yargıtay 1. C.D.,E. 2006/5354, K. 2006/5382, T. 4.12.2006.; 1.C.D., E. 2007/8058, K. 2008/3265, T. 22.4.2008. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 21.03.2011.

²²⁷ İzzet Gür, 'Tahrikle Taamüt Birleşebilir mi?', **r M**, S.6, 1945, s.16.(16-18.); Centel/Zafer/Çakmut, **r r S r** s.43;

²²⁸Dönmezer/Erman, **N r T C**, **r Cilt II**, s.240; Centel/Zafer/Çakmut, **r r S r** s.40.

²²⁹Duran, **Ceza Hukukunda T r**, s.212.

tahrikin, tasarlama ile bağdaşması söz konusu olmayacaktır²³⁰. Zira, haksız tahrikin bulunması için suçun hiddet veya elem ile işlenmesi gerekmektedir ancak tasarlamanın varlığı için soğukkanlılık teorisi esas alınırsa bu iki zıt ruhsal durumun aynı kişide veya aynı anda bulunması imkansız olacağından tahrik ile tasarlama bir arada olamayacaktır²³¹. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, soğukkanlılık teorisini değerlendirdiği kararında ‘ eza anununun tarifini bulunmayan taammüt uygulamada failin bir kimseye karşı belli bir suçu işleme niyetinde sebatla, şartsız olarak bu hususta karar vermesi bu kararında ulaştığı ruhi sükunete rağmen vazgeçmeyip kararını ısrarla ve bu akış içinde icraya başlama şartları olaysal olarak değerlendirilmek suretiyle saptanmaktadır²³², ifadelerine yer vermek suretiyle, haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada olmayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bu yöndeki bir diğer görüşe göre; tahrik neticesinde meydana gelen hiddet veya elem zaman içerisinde kin ve intikama dönüşebilir. Zira, tasarlama sakin ve sağlıklı bir iradenin göstergesi olan soğukkanlılıkla oluşabilir. Dolayısıyla öz denetimi zayıflayarak hiddet veya elem hisleriyle oluşan haksız tahrik ile tasarlamanın birleşmesi mümkün değildir²³³. Burada tahrik ile tasarlamanın birleşmeme gerekçesi zaman içerisinde tahrikteki gazap halinin kin ve intikam duygusuna dönüşeceğine ilişkin düşüncedir.

Plan kurma teorisine göre, tasarlama ile tahrik bir arada bulunabilir. Tasarlamanın hukuki esasını plan kurma teorisi ile açıklayan görüşe göre; haksız tahrik teşkil eden suç bakımından herhangi bir zaman sınırlaması yoktur. Plan kurma teorisinde kabul edilen belli bir sürede plan kurulması, haksız tahrikteki öfke ve elem hali ile çatışmamaktadır. Fail, haksız tahrik etkisi altında daha derin ve ayrıntılı bir biçimde plan yapar. Ayrıca haksız bir eylemden ötürü öfke veya üzüntüye kapılan kişilerin mutlaka plan yapamayacakları, tasarlayarak suç işleyemeyecekleri söylenemez²³⁴. Tasarlamanın ağırlatıcı neden sayılmasının hukuki esası, failin soğukkanlı olması değil, belirli bir süre içerisinde düşünüp

²³⁰ Centel/Zafer/Çakmut, *r r S r s.43.*

²³¹ Dönmezer/Erman, *N r T C r Cilt II, s.238.*

²³² Yargıtay Ceza Genel Kurul kararı, E.1988/1-524K.1989/11 T. 30.1.1989, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 9.11.2012.

²³³ Gür, *Tahrikle Taammüt Birleşebilir mi? , r M s.18.*

²³⁴ Tutumlu, *T r C Hukukunda T r Ö r, s.66;*

Dönmezer/Erman, *N r T C r Cilt II, s.239;*

Centel/Zafer/Çakmut, *r r S r s.43.*

taşınması, ana hatlarıyla plan kurması ve tehlike halini daha büyük ölçüde ortaya çıkarmasıdır²³⁵.

Yargıtay'ın tasarlama nitelikli haline ilişkin olarak, belirli bir teoriyi benimsemediği görülmektedir. Kararlara bakıldığında bazen soğukkanlılık bazen plan kurma²³⁶ bazen de her teoriyi bağdaştırmak suretiyle tasarlayarak adam öldürme ağırlatıcı hali değerlendirdiği görülmektedir²³⁷.

Yargıtay'ın kararlarının incelenmesi sonucunda, somut olayda tasarlamanın kabul edilebilmesi için hangi ölçütlerin değerlendirildiği şu şekilde belirlenmiştir: Fail adam öldürme fiilin işleme konusunda bir karar verecektir; bu karar makul süre içerisinde oluşturulmuş olacaktır; vicdani bir muhakeme sonucu soğukkanlılıkla bu kararı alacaktır; mağduru öldürme hususundaki düşüncesinde sebat ve ısrar gösterecektir; bu nedenle verdiği kararlar, düşünce ve suçun icrası arasında suç işleme hususunda sükunetle sebat gösterdiğini ifade edebilecek makul bir süre geçecektir; bu süre soğukkanlılığı belirleyecek miktarda olacaktır; böylece failin suçunu soğukkanlılıkla irtikap eylediği hususunda kanaat oluşmasına olanak verecek bulgular var olacaktır²³⁸.

Türk hukuk doktrininde genel olarak tasarlama bakımından plan kurma teorisinin kabul edildiği görülmektedir²³⁹. Bu görüşe göre, tasarlamanın ağırlatıcı sebep sayılmasının hukuki esası soğukkanlılık olmayıp, belirli bir süre içerisinde failin düşünüp taşınması, ana hatlarıyla bir plan kurması ve böylece tehlikelilik halini daha büyük bir ölçüde açığa vurması olduğundan, tahrik ile bir arada uygulanmasına engel psikolojik bir hal bulunmamaktadır. Aksine, haksız bir saldırı ile karşılaşmış da bunun doğurduğu ruhsal buhran içinde yapacağı hareketleri planlayan ve buna göre hareket eden faili tasarlama halinde

²³⁵ Dönmezer, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.359.

²³⁶ Yargıtay 1.C.D. E. 2007/3670, K. 2007/4999, T. 21.6.2007., www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 12.12.2012.

²³⁷ Yargıtay 1.C.D. E. 2007/2408, K. 2007/8277, T. 9.11.2007; 1.C.D. E. 2005/1124 K. 2005/4513 T. 19.12.2005, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 11.11.2012.

²³⁸ Dönmezer, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 59-60.

²³⁹ Dönmezer, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** s. 54; Dönmezer/Erman, **Nazari Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, s.239; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku**, 3.Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s.119; Tezcan/Erdem/Önok, **Türk Ceza Hukuku**, s.150; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukuku** S. r s.43.

saymamak ve de bütün şartlarının bulunmasına rağmen haksız tahrik dolayısıyla failin cezasında indirme gitmemek ve faili sadece takdiri hafifletici sebeplerden yararlandırmak adalete uygun görülmemiştir²⁴⁰. Ancak, her ne kadar tasarlama plan kurma teorisi esas alındığında haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada uygulanabileceği kabul edilse de doktrinde, bu halde kanun koyucunun suç siyaseti gereğince ağır ceza ile bastırmayı arzu ettiği bir halin ödüllendirilmiş sayılacağı ve aynı konuya ilişkin değer yargısının, kurumlara göre neden farklılık gösterdiğini açıklamanın zor olacağı yönünde eleştiri de getirildiği görülmektedir²⁴¹.

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarından örneğin, '*saniğin iki ay nce kendisini yaralamış olmasının meydana getirdiği şedit elemin tesiri altında Muharrem'i öldürmeye teşebbüs ettiği hususundaki elverişli delillere dayanarak haksız tahrik maddesinin uygulanmış ve taammüdün kabulü için fiilin soğukkanlılıkla icra edildiği kabul edilmiş ve şiddetli elemin tesiri altında işlenen fiilin soğukkanlılıkla tasarlanmış olduğunu kabule imkan bulunmamış olmasına binaen avcısının taammüdün varlığına ilişkin temyizinde olmadığı*' ve buna benzer '*suçlunun karısı amide*'ye gündüz s vmesi yüzünden *akşam eve gelen kocasına ağlayarak şikayette bulunması üzerine tehevüre gelen saniğin sabaha karşı gündüz gerçekleşen kavgaya katılan üvey oğlu lmas ile beraber maktulün yolunu beklemek suretiyle öldürmelerinde her iki suçlunun soğukkanlılıklarını korumak için yeterli zaman geçmediği ve tehevürle verilen kararın icrai hareketlerine aynı tehevürün devamı sırasında başlanmış olduğu düşünülmeksizin fiilde taammüt vasfının kabul edilmesinin yolsuz olduğu*' kararında tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunmayacağı ifade edilmiştir²⁴². Ancak Yargıtay'ın son tarihli kararları değerlendirildiğinde tasarlayarak öldürme suçlarında, koşullarının varlığı halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının olanaklı olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.6.2012 tarih 1/76-258 sayılı kararında, '*tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı konusu ğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte failin haksız tahrikin doğurduğu hiddet*

²⁴⁰ Dönmezer/Erman, N r T C r Cilt II, s.240.

²⁴¹ Zafer, C r, s.220.

²⁴² Yargıtay 1.C.D. T. 21.5.1941, E.36, K. 1832, Duran, **Ceza Hukukunda** T r s.215.

veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması halinde gerektiği kabul edilmelidir' ifadelerine yer vermek suretiyle tasarlama ile haksız tahrikin aynı olayda bir arada bulunabileceği kabul edilmektedir²⁴³.

Karşılaştırmalı hukukta haksız tahrikin heyecana neden olması ve buna bağlı olarak işlenen suç hakkında ceza indirimi öngörülebilmesinin şartları olarak, failin içinde bulunduğu durum itibarıyla kendine hakim olamayacak, düşünüp taşınamayacak boyuta gelmesi ve fiili işlemekten kendini alıkoyamaması gösterilmektedir. Haksız tahrik neticesinde ceza indirimi uygulanmasının nedeni, tahrike neden olan olayın, faili hiddet ve şiddetli elemi de içeren heyecana sürüklemesi ve bunun etkisiyle failin suç işlemesidir. Heyecan, failde şiddetli ruhsal karışıklık ve yoğun duygu kabarmasına neden olan bir durumdur ve bu durum düşünme ya da bir başka kelime ile tasarlama iradesini ortadan kaldıracak şiddettedir²⁴⁴. Bu nedenle heyecan kendisine özgü yoğunlukta, tepkisel bir duygu durumu olarak kendisini göstermektedir. İsviçre Yüksek Mahkemesi de haksız tahrik nedeniyle ceza indirimini yorumlarken, özellikle failin haksız kışkırtma ya da küçük düşürme fiillerinden derinden etkilenerek ani (*spontane*) bir tepki gerçekleştirilmesi gerektiğini kararında belirtmiştir. Düşünüp tasarlanarak gerçekleştirilen fiiller bakımından ise indirim uygulanmayacaktır²⁴⁵. Alman Hukukunda, kasten öldürmenin hafif hali olan haksız tahrik, ancak nitelikli hallerin somut olayda bulunmaması halinde uygulanacak bir biçimde düzenlenmiştir²⁴⁶. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde tahrikin tanımı yapılırken şu iki unsurun üzerinde özellikle durulmuştur. Bunlar

²⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 26.6.2012 gün 1/76-258 sayılı kararı. Akçin, **T r C r r r**, s.83. ' maddesine konu edilen olayın gün nce meydana geldiği düşünülerek nceden tasarlanarak işlenmiş olmasına g re ldürmenin taammüden meydana geldiğinin kabul edilmesi gerektiği taammütle kanuni hafifletici sebebin bir arada bulunmasına ise kanuni bir engelin bulunmadığı' Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.3.1946, 1-67 , İsmail Hakkı Ayık, Tahrik , **Adalet Dergisi**, s.102. 'maktulün bir gün nce üvey kardeşi olan sanığa 'ne yaptın çaldığın paraları enin gibi kardeş olmaz olsun demesi ve sanığın da bunun etkisiyle ertesi gün onu ldürmesi olayında tasarlama ile birlikte adi tahrikin de bir arada bulunduğu' Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.4.1968, 1/252 E, 137 K, Tutumlu **T r C Hukukunda T r Ö r** s.67.

²⁴⁴ Schiess, **B r r d A** , s.52.

²⁴⁵ BGE 96 IV 110; 107 IV 102 f ; Günter Stratenwerth, **Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II**, Strafen und Massnahmen, Verlag Stampfli&Cie AG Bern, 1989, s.261.

²⁴⁶ Arnd Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, 125. Lieferung, 16. Abschnitt, 2010, Kn:1, s.2.; Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.2, s.1324; J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213, Kn.2, s.136.

failin kendisini, tahrike neden olan olay nedeniyle 'ani' ve 'geçici' kaybetmesidir. Ayrıca, haksız tahrik nedeniyle öldürme suçu bakımından fail hakkında ceza indiriminin gerçekleşebilmesinin ön koşulu, failin fiili tasarlama maksızın işlemiş olmasıdır. Kanımızca bu unsurların aranmasının temelinde, failin intikam duygusu ile hareket etmesi ve suç işlemesi ihtimaline karşılık hukuki bir zeminden yararlanmasını engellemek yatmaktadır. İtalyan Hukukunda ise bu hususta iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Modern psikoloji verileri karşısında bir suçu öfke durumunda da planlamanın mümkün olduğu ancak bu kabul için planlamanın başından sonuna öfke halinin devam etmesi halinde tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanabileceğini kabul eden görüşün²⁴⁷ yanı sıra, öfke halinin doğası gereği kişinin mantıklı düşünme ve program yapma becerilerini kaldıran bir tesiri olduğundan ve bu tesirin belli bir süre devam ettiğinden bahisle tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunamayacağını kabul eden görüşlerdir²⁴⁸.

Kanımızca, somut olayda haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunabileceğini söylemek zordur. Çünkü, haksız tahrik neticesinde ortaya çıkan hiddet ve elem halleri, daha önce ele alındığı üzere birer heyecan çeşitleridir. Heyecan kavramı ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerde, çeşitli farklılıklar olmakla birlikte, ortak olan unsurun, çok hızlı ve çok yoğun bir biçimde ortaya çıkan tepkisel duygu durumu olduğu görülmektedir. İleride değineceğimiz üzere kısaca söylemek gerekirse, tahrike neden olan fiil ile tepki fiili arasında zaman girmesi ile bu tepkisel duygu durumunun şiddeti azalabilecek ve tahrik fiili failin öç alma amacına hizmet edebilecektir. Heyecanın, failde şiddetli ruhsal karışıklık ve yoğun duygu kabarmasına neden olan bir durum olduğu ve bu durumun düşünme ya da bir başka kelime ile tasarlama iradesini ortadan kaldıracak şiddette olması gerektiği de ifade edilen bir düşüncedir. Ayrıca, tasarlamanın altında yatan düşünce Türk hukuk doktrininde, *karar anı ile suçun işlenmesi anı arasında bir zamanın geçmesi ve bu zaman içerisinde düşünme taşınma olanağına sahip bulunan failin bu düşüncesinden vazgeçmeyerek suçu işlemiş*

²⁴⁷Emilio Dolcini/Giorgio Marinucci, **Codice Penale Commentato**, 2.Edizione, Ipsa, Art.62, Kn.29.

²⁴⁸Matteon Caputo, **Codice Penale**, Rossegna Di Giurisprudenza E Di Dottrina, Il Reato, Giorgio Lattanzi/Ernesto Lupo, Volume III, Libro I, Milano, Dott.A.Giuffrè Editore, 2010, s.114.; Mario Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, I, Milano, Dott.A.Giuffrè Editore, 2004, Art.62, Kn.3-4.

*olması*²⁴⁹; failin en kolay en kesin biçimde suçu nasıl işleyeceğini hangi aracı ne zaman ve nerede kullandığı takdirde hedefine ulaşabileceğini en savunmasız şekilde mağduru nasıl yakalayabileceğini suçun ortaya çıkmamasını ve kendisinin yakalanmamasını nasıl sağlayabileceğini düşünüp taşınması hususunda plan yapması²⁵⁰ ya da failin belirli bir süre düşünüp taşınması ana hatlarıyla plan kurması ve tehlike halini daha büyük ölçüde açığa vurması²⁵¹ şeklinde izah edilmektedir. Her ne kadar bu izahları yapan müellifler, açıklamalarının ardından tasarlama ile haksız tahrikin bir arada olabileceğini söylemekte iseler de kanımızca, artık failin bu tepkisel ve yoğun duygu halinden çıkmak suretiyle araya zaman girmesine rağmen plan yapacak zihni duruma kavuşmuş olması karşısında, haksız fiilin meydana getirdiği hiddet ve elem halinden öç alma haline bir geçiş yapıldığı söylenebilmektedir. Bu durumda da haksız tahrik kurumunun yapısı gereği somut olayda haksız tahrik indirimi uygulanmamalıdır.

c.T r S ve Saiki T r

c.a. Genel Olarak

Bir suçun işlenmesinde faili harekete geçiren unsur, iradesini belli bir yolda kullanmaya iten sebeptir²⁵². Bu sebep bazı hallerde karşımıza saik şeklinde çıkabilir. Saik; failin iç dünyasını yansıtan sübjektif bir unsurdur ve bazı hallerde kast ile birlikte suç tipinde manevi unsuru oluştururlar²⁵³. Failin belirli bir saik ile hareket etmiş olması, suçun basit ya da ağırlaştırıcı hallerinde özel olarak düzenlenmediği durumlarda ceza hukuku açısından herhangi bir hüküm doğurmaz; hakim sadece temel cezanın belirlenmesinde dikkate alabilir²⁵⁴. Ancak, kanunda bazı suç tipleri bakımından saik, suçun işlenmesinde nitelikli bir hal haline gelmekte ve bu saikin bulunması, cezanın arttırılmasına yönelik zorunlu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

²⁴⁹ Soyaslan, C Ö r, s.59.

²⁵⁰ Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Ö B r r S r, İstanbul, 1994, Kn.41.

²⁵¹ Dönmezer, r M r C r r, s.54.

²⁵² Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, s.224.

²⁵³ Zafer, Ceza Hukuku G r s.222.

²⁵⁴ A.g.e.

Kasten öldürme suçunda karşımıza çıkan ve bulunması halinde suçun nitelikli halini oluşturan töre ve kan gütme saikleri bu nevidendir. Töre ve kan gütme saiklerine ilişkin olarak doktrinde tanımlar yapılmaya ve bu saiklerin unsurları betimlenmeye çalışılmıştır. Ancak bu kavramların tam olarak ne olduklarına ve hangi şartlarda uygulanacaklarına ilişkin herhangi bir ölçü bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda bu saiklerin yer aldığı madde gerekçelerine bakıldığında, töre ve kan davaları nedeniyle meydana gelen cinayetler hakkında daha önceden uygulanmış olan haksız tahrik indiriminin uygulanmasının önüne geçilmek istendiği açık bir biçimde ifade edilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinin gerekçesinde '*maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna y nelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır* ; 82. madde gerekçesinde *haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde uygulanmaz bu hükmün uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir* ifadelerine yer verilmiştir. Yargıtay Kararları da kanun madde gerekçelerine paralel bir biçimde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesinden önceki dönemlerde töre saiki ile adam öldürme yargılamalarında tahrik indirimini uygulamakta iken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan sonra görüşlerini değiştirmek suretiyle farklı yönde kararlar verdiği görülmektedir.

T r S

Töre, bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, adet olarak tanımlanmaktadır²⁵⁵. Failde töre saikin bulunması için aranan en belirleyici unsur '*aile meclisi*' tarafından alınan ölüm kararıdır²⁵⁶. Yargıtay'ın bazı kararlarında aile meclisi kararının arandığı görülmekte, bazılarında ise görülmemektedir. Örneğin Yargıtay kararında, kız kardeşini kasten öldürmekten failin, kardeşe, çocuğa ve gebe olduğu bilinen maktüleye karşı işlenen öldürme suçunun, alınan aile meclisi kararı sonucu

²⁵⁵ www.tdk.gov.tr, erişim tarihi: 10.3.2011.

²⁵⁶ Tezcan/ Erdem/ Önok, **T r r C Ö**, s.164. Aile meclisi kararının tasarlama nitelikli halini karşıladığını, bu nedenle töre saiki ağırlatıcı nedenin ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı yönünde görüşler için bkz: Hakan Hakeri, **Ö d r S r -82-83**, Ankara, Seçkin, 2006, s.253.

gerçekleştirildiğini gösteren kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı durumlarda suçun töre saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği vurgulanmaktadır²⁵⁷. Ancak, Yargıtay'ın, '*t re saiki ile öldürme suçlarında aile meclisi kararını zorunlu koşul olarak değerlendirmedeği bu koşulun yasal bir dayanağı bulunmadığı t re saiki düzenlemesinin konuluş amacına aykırı olduğu bu saikin tek bir fail tarafından ve anlık bir kararla işlenebilmesinin de olanaklı olduğunu aksinin kabulü halinde yani bu koşulun n koşul olarak aranması durumunda adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına yol açacağı bunun da hukuksal bir dayanağı olmadığından vechile kabul edilemeyeceği*' yönünde daha yeni tarihli kararları da mevcuttur²⁵⁸.

Doktrinde, töre saikinın daha dar bir anlam içerdiği, namus saikinın daha genel ve kapsayıcı bir ifade olduğu, aile meclisi kararına gerek olmaması ve daha çok bireysel nitelik taşımasından bahisle, töre saiki terimi yerine namus saiki kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı yönündeki görüş hakimdir²⁵⁹. Yargıtay'ın bazı kararlarında bu nitelikli halin sadece töre saiki olarak değerlendirilmediği, töre/namus saiki olarak adlandırıldığı, bazı kararlarında ise

²⁵⁷Kararda uğradığı cinsel saldırı sonrası gebe kaldığı anlaşılan küçük kızın erkek kardeşi tarafından öldürülmesi eylemi aile meclisi kararına dayalı işlenmediği gerekçesiyle töre saiki ile öldürme sayılmamışken; ablasının evli ve gebe olan kızını uyurken, kocasını aldattığını düşünen konuğu dayısı tarafından birçok yerinden bıçakla yaralayarak öldürülmesi eyleminin töre saikiyle işlendiğini kabul ederek aile meclisi kararını aramamıştır. Yargıtay 1.C.D. E. 2007/6700 K. 2008/1986 ,T.14.3.2008. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 11.12.2012.

²⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2010/1-56 K. 2011/11 T 11.05.2010, **r** , S:183, Mart 2011, s. 131. '*kardeşe çocuğa ve gebe olduğu bilinen maktüleeye karşı işlenen öldürme suçunun alınan aile meclisi kararı sonucu gerçekleştirildiğini gösteren kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı bu nedenle suçun t re saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği anlaşıldığı halde sayılı 'nın d-e-f maddeleri yerine 82/1.d-k maddeleri uyarınca karar verilmesi bozmayı gerektirir*'. Yargıtay 1.C.D. 14.3.2008, 6700/1986, www.kazanci.com.tr, 17.4.2013. Yargıtay 1.C.D. E. 2007/5621 K. 2008/1197 T. 21.2.2008 kararında suçun töre saiki ile işlendiğinin kabulü için ölüm kararının aile meclisi tarafından alınması, suçun aile bireylerinden birisi tarafından işlenmesi, törelere göre meşru sayılmayan bir davranış nedeniyle gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin yerel mahkeme kararını onayarak örtülü olarak aile meclisi kararının varlığının bir unsur olarak arandığı yönünde bkz: Salih Zeki İskender, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun Değerlendirilmesi , **T r -Alman r r C r r B r r Ar** , Cilt III, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2010,(409-453), s.429.

²⁵⁹ Serap Keskin-Kızıroğlu, Yeni TCK'da Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar , **Ord. r r S r Ar** , C.II, İstanbul, 2008, (995-1004), s.995; Töre saikinın namus saikini kapsamadığı, ancak tasarlamanın şartlarının var olması halinde bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabileceği yönünde bkz:Hakeri, **Ö d r S r -82-83**, s.254; Centel/Zafer./Çakmut, **r r S r** s.57. Namus kavramının doktrindeki tanımları için bkz: İskender, Öğreti veyargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun Değerlendirilmesi , **T r -A r r C r r B r r Ar** s.412; Özbek ve diğerleri, **T r C Ö r**, s.139; Tezcan/Erdem/Önok, **T r r C Ö r** s.164; Centel/Zafer./Çakmut, **r r S r** s.58.

töre kavramının namusu da kapsayan üst bir kavram olarak ele alındığı görülmektedir²⁶⁰.

c.c. T r S T r in B r Ar d U U Sorunu

Töre saiki ile haksız tahrik hükmünün bir arada uygulanıp uygulanamayacağı hususunda ise şu değerlendirmede bulunulabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinin gerekçesinde '*somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir*' ifadesinden, haksız tahrikin koşulları var ise töre saiki nedeniyle ağırlatıcı hal uygulanmayacağı yorumu yapılabilmektedir. Aynı şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinin gerekçesinde, haksız tahrikin töre ve namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında uygulanamayacağı ve hiddet ve şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerektiği ibaresinin eklendiği belirtilmiştir. Yargıtay kanunun ilgili maddelerinin gerekçelerine paralel bir biçimde, töre saiki ile kasten öldürme suçunu değerlendirdiği kararlarında kesin bir dille ve şartları değerlendirilmeksizin haksız tahrik ile töre saikinin bir arada bulunmayacağını

²⁶⁰1- *anığın annesinin kendi yaşam ve davranışlarından dolayı oğluna karşı bir sorumluluğunun olmayıp sadece M nun maddesine g re eşine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu dolayısıyla maktulün sanığın annesiyle rızası dahilinde arkadaşlık etmesinin sanığa y nelik haksız bir eylem oluşturmadığı sanığın eylemi maktul bdullah in annesi eter ile g rüşüp arkadaşlık etmesi nedeniyle ailenin namus ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle ve t re namus saikiyle gerçekleştirdiği anlaşılmalı sayılı nun -k, maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek kasten adam ldürme suçundan aynı yasanın maddesi ile hüküm kurulması*

2- *anığın annesi eter ile maktul bdullah in yaşam tarzlarının sanığa y nelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir s z ve davranış bulunmadığı t re saikiyle ldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanık hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, yasaya aykırıdır ' Yargıtay 1.C.D. E. 2008/248 K. 2009/3287 T. 8.6.2009. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 11.12.2012.*

Yargıtay Ceza Genel Kurul kararına konu olan bir olayda yerel mahkemenin töre saiki ile namus saikinin farklı kavramlar olduğu şu şekilde izah edilmektedir: *re cinayeti ile namus cinayetinin aynı anlamda olmadığı namus cinayeti olarak adlandırılan eylemlerin bireysel olmasına karşın t re cinayetinde zellikle genç kız ve evli kadınların aile veya aşiret lideri gelenlerinin onayı olmaksızın karşı cinsle ilişki kurması evlenmesi kaçması gibi olayların aile onurunu kurması gerekçesi ile aile meclisi kararı ile ldürtülmesidir* Yerel mahkeme, töre ve namus kavramını ayrı tuttuğu kararın devamında aradaki farkı şu şekilde somutlaştırmıştır.

re saikin faili suç işlemeye y nelten t re baskısı altında ç alma duygusu yanlış dinsel inanç ve toplumsal değer yargısıdır re cinayetlerinde faili suç işlemeye y nelten ç alma duygusu yanlış dinsel inanç ve toplumsal değer yargılarıdır re cinayetlerinde kolektif bir karar ve ruh bulunmakta namus cinayetlerinde kolektif ruh ve karar bulunmamaktadır

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yerel mahkemenin bu ayırımını değerlendirirken, TBMM Adalet Komisyonu çalışmalarını dikkate alarak töre saikini namus saikini de kapsayan bir üst kavram olarak değerlendirmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2010/1-56 K. 2011/11 T 11.05.2010,

r , S:183, Mart 2011, s. 133 vd.

ifade etmiştir²⁶¹. Haksız tahrikin unsurlarından olan haksız fiil, bir davranışın hukuk düzeni tarafından kabul edilmemesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle,

²⁶¹ ' lay tarihinde evli ve reşit olan ülbahar ile maktul Murat ın yaşam tarzlarının sanıklara y nelik haksız tahrik oluşturmayacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir s z ve davranış bulunmadığı t re saikiyle ldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeyen tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini.....'Yargıtay 1.C.D. E. . 2009/2339 K. 2009/1937 T. 8.4.2009. ' re aiki ile nсан ldürmeye eşebbüs suçunda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz ' Yargıtay 1.C.D. E. 2010/4303 K. 2010/6578 T. 12.10.2010. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 11.12.2012.

'Maktulenin kız kardeşinin eşi ile ilişkisi olduğunu öğrenen sanıkların ldürülme konusunda karar aldıkları kaçan maktuleyi bulup getirdikleri ve babası olan sanık tarafından ldürüldüğü olayda sanıkların t re saikiyle hareket ettikleri anlaşıldığından sayılı nun -k maddesi gereğince cezalandırılmaları ve tahrike dayalı indirimden yararlandırılmamaları gerekir.

arısı ukiye ile kızı atice yi ldürmekten sanık ursun işbu suçlara katılmaktan sanıklar üksel Mehmet ayati ile Musa izinsiz silah taşımaktan adları geçen sanıklar ursun ve Mehmet in yapılan yargılanmaları sonunda; hükümlülüklerine ilişkin lazıg irinci gır eza Mahkemesi)'nden verilen 05.12.2 gün ve sayılı hükmün duruşmalı olarak argıtay ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş ve hüküm kısmen resen de temyize tabi bulunmuş olduğundan dava dosyası aşsavcılığından tebliğname ile airemize g nderilmekle duruşmalı olarak incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi

1- Maktul ukiye den kaynaklanan haksız tahrik teşkil eden s z ve davranışlar nedeniyle eşi ursun lehine makul miktarda tahrike dayalı indirim yapılması gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile azami miktarda indirim ile eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır

2- oplanan deliller karar yerinde incelenip sanık ursun Musa Mehmet üksel ve ayati nin maktule atice ye sanık ursun un maktule ukiye ye y nelik nitelikli ldürme ve ursun ile Mehmet in sayılı anun a muhalefet suçlarının sübutu kabul oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde bozma nedenleri saklı kalmak üzere suç nitelikleri tayin takdire dayalı cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış savunmaları inandırıcı gerekçelerle kısmen kabul kısmen reddedilmiş incelenen dosyaya g re verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında isabetsizlik g rülmemiş olduğundan sanıklar müdafinin duruşmalı incelemede sanık ursun y nünden eksik soruşturmaya suçun tasarlanarak işlenmediğine diğer sanıklar y nünden maktule atice ye y nelik suçların sübut bulmadığına yardımcı fail olduklarına vesaireye y nelen ve yerinde g rülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle

.....a- anıklardan ursun un maktule atice nin babası Musa Mehmet ve üksel in kardeşleri ayati nin de kız kardeşinin eşi olduğu atice nin nceden evlenip boşandığı ve anne babası ile beraber yaşamaya devam ettiği bu süre içerisinde kız kardeşi yten in eşi olan emzi ile cinsel birliktelik yaşayıp hamile kaldığı çocuğu aldirdığı bu durumun babası ve kardeşleri tarafından öğrenilmesi üzerine olaydan bir ay kadar nce emzi ile beraber kaçtıkları olayı öğrenen sanıkların toplanarak konuyu konuşup ldürülmesi konusunda karar aldıkları bu karar doğrultusunda maktuleyi arayıp eyşehir ilçesinde olduğunu öğrenmeleri üzerine sanıklardan Musa Mehmet üksel ve ayati nin buradan maktuleyi alıp getirdikleri ve ldürme fiilinin de ursun tarafından gerçekleştirildiği olayda sanıkların t re saikiyle hareket ettikleri ve haklarında sayılı nun maddesinin "k" bendinin de uygulanması suçun işlenmesindeki saik nedeniyle tahrike dayalı indirimden de yararlandırılmamaları gerektiği halde yazılı şekilde suç vasfının belirlenmesinde ve tahrike dayalı indirimde hataya düşülmesi

abul ve uygulamaya g re de; maktulenin rızaya dayalı ilişkisinin babası olan sanık ursun kardeşleri olan sanıklar Musa Mehmet ve üksel y nünden makul miktarda indirim gerektirir tahrik teşkil edeceğinin kız kardeşinin eşi olan ayati y nünden ise tahrik teşkil etmeyeceğinin g zetilmemesi

ozmayı gerektirmiş sanıklar müdafinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde g rülmüş olduğundan hükümlerin tebliğnamedeki düşünce hilafına M aleyhe temyiz bulunmadığından sonuç ceza miktarı bakımından sanıkların kazanılmış hakların M nun son maddesi gereğince korunmasına dosya kapsamına tutuklulukta geçen süreye ve verilen ceza miktarına g re sanıklar müdafinin tahliye talebinin reddine gününde oybirliği ile karar verildi ' Yargıtay 1.C.D., E. 2007/8437 K. 2008/3340 T. 25.4.2008, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 11.11.2012.

haksız fiil sayılmayacak fiiller bakımından, her ne kadar geleneklere ve toplumsal değer yargılarına aykırı olsa da tahrik indirimi uygulanmayacaktır. Ancak, kanımızca bu durumda önemli ve tartışmalı olan töreye aykırı kabul edilen davranışın haksız fiil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve haksız fiilin diğer şartları ile töre saikinin bir arada bulunup bulunamayacağıdır. Töre saikinin ne olduğu ve failin böyle bir saikle hareket etmiş olmasının kıstaslarının neye göre belirleneceği konusunda eleştiriler²⁶² bulunmaktadır. Ancak kanımızca, haksız tahrike neden olan hiddet ve şiddetli elem hali ile töre saiki somut olayda bir arada bulunamayacaktır. Zira, haksız tahrikteki heyecan halinin varlığı durumunda, töre saiki olamayacak; töre saikinde aranan şartların varlığı durumunda ise haksız tahrikin psikolojik unsuru oluşmamış olacaktır. Çünkü, kanımızca belli bir heyecan halinin, örneğin hiddetin hem töre saikini oluşturan hem de haksız tahriki oluşturan biçimde ortaya çıkması mümkün olamamaktadır.

d S

Kan gütme saiki, bir kimsenin hısımlarından birini öldüren bir şahıs veya o şahsın hısımlarından birini, öldürenin kanına bedel olmak üzere öldürmesi veya öldürtmesi olarak tanımlanmaktadır²⁶³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında kan gütme saiki, ‘ *ailin daha nce ldürülen bir kimsenin intikamını almak için ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu ldürmesi*’; ‘ *ldürülen ile len arasında hiçbir sub ektif ilişkinin bulunmadığı ve adam ldürmenin adeta bir g rev bilinci içinde işlendiği hallerde kan gütme saiki s z konusudur Kan gütme saiki ile adam ldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin tatbikine imkan yoktur ira kan gütme sebebiyle adam ldürme suçlarında sebep diğer adiyen katil suçlarında mümkün olan acı ve fke duygusu değil ç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı bir düşüncedir*²⁶⁴ şeklinde tarif etmiştir.

²⁶² Eleştiriler için bkz: Köksal Bayraktar, ‘ **T r C d r r S r**, Hukuk ve Adalet, Nisan 2005, Sayı.5, (220-227). Toroslu, C , s.35vd.

²⁶³ Dönmezer, **r M r C r r**, s. 71; T. Azmi Uslu, **T r r S** Ankara, 1964, s.170.

²⁶⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1973/332 K. 1973/458 T. 4.6.1973, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 5.11.2012.

Suçun kan gütme saiki ile işlendiğinin söylenebilmesi için, daha önceden taraflar arasında kasten öldürme olayının var olması ve ilk olay ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmesi gerekmektedir. Bu sürenin ardından fail, ilk adam öldürme fiilinin uyandırdığı öfke, elem ve hiddetin etkisi kalmamasına rağmen adam öldürme suçunu işlemelidir²⁶⁵. Failin, önceden öldürülen bir kişinin intikamını almak amacıyla ilk öldürme fiilinden dolayı duyduğu öfke ve üzüntünün etkisinden sıyrılarak, öldüren kişi veya onun ailesine mensup kişi ya da kişileri görev bilinciyle öldürmesi kan gütme saikinin varlığının göstergesidir²⁶⁶.

1937 yılında kabul edilen 3236 sayılı ‘*an ütme ebebiyle şlenen dam ldürme ve una eşebbüs ürümleri ailleri ısımları akında atbik Olunacak Muameleye Dair Kanun*’ ile ilk kez kan gütme saiki Türk Hukuk Mevzuatına girmiş, bu mevzuat ile kan gütme saiki ile suç işleyenleri ve kanunda belirtilen akrabaları, suçun işlendiği bölgeden uzaklaştırmak ve o bölge ile ilgilerini kesmek suretiyle birbirleriyle kavgalı olan aileler arasında çıkabilecek öldürme olaylarının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak Kanunun ilk iki maddesi Anayasa’da bulunan ‘*erleşme ve eyahat zğürlüğü*’ne aykırı bulunarak iptal edilmiştir (11.2.1964 gün ve 330/15 sayılı karar). Kanun daha sonradan 5637 sayılı Kanun ile tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Kan gütme saiki, suçu ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 450.maddesine 1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile 10.fıkra olarak eklenmiş²⁶⁷; fıkranın gerekçesinde *hemen her daim evvelden tahmin ve tasavvur edilen fiilin icrası için gerekli bütün imkan ve şartların nceden hazırlanmakta olduğu nazarı dikkate alınırca bu gibi fiillerin taammüden adam ldürme kapsamına dahil olduğundan şüphe yoksa da tatbikatta keyfiyeti tespit edilemediğinden maddeye bu bendin ilavesine zaruret hasıl olmuştur* şeklinde bir gerekçe ile neden bu nitelikli halin kanuna işlendiği belirtilmiştir²⁶⁸. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 82/j maddesinde ‘*kan gütme saiki*’ kasten öldürmenin nitelikli hallerinden birisi olarak Kanunda yer almıştır. Yargıtay

²⁶⁵ Dönmezer, *r M r C r r*, s. 74.

²⁶⁶ Tezcan/Erdem/Önok, *T r r C Ö el Hukuku*, s.160; Centel/Zafer/Çakmut, *r r S r*, s.55; Özbek ve Diğerleri, *T r C Ö r* s.136.

²⁶⁷ Cengiz Otacı, *Kan Gütme Saiki İle Kasten Öldürme Suçu*, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat 2008, Sayı: 18, (115-141), s.116.

²⁶⁸ Dönmezer, *r M r C r r*, s. 72.

kararlarında bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin ‘*münhasıran kan gütme saiki ile*’ ve ‘*g rev bilinci içinde*’ suçu işlemesi gerektiği vurgulanmıştır²⁶⁹.

c.e. S T r B r A r d U
U S r

Kan gütme saiki ile haksız tahrik hükümlerinin aynı olayda uygulanıp uygulanamayacağı hususunda şu değerlendirmede bulunulabilir. Türk Ceza Kanunu’nun 82.maddesinin gerekçesinde; kan gütme saikinde intikam duygusunun faili suça yönelttiği ve bu durumun haksız tahrikin varlığı için aranan hiddet veya elemden farklı bir duygu olması nedeni ile ‘*sırf kan gütme saiki ile adam ldürme suçu işlenmişse*’ olayda haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Yargıtay’ın da kararlarında bu hususu açıkça belirttiği görülmektedir²⁷⁰.

²⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu nun 25.03.1997 tarih ve 1-25/61 sayılı kararında, yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.06.1996 tarih ve 1-105/130 sayılı kararında, yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.03.1991 tarih ve 1-36/76 sayılı kararında ve benzer bir çok kararında kasten insan öldürmenin kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulü için;

a-) Olaya neden olan önceki olay ölümle sonuçlanmış olmalıdır.

b-) Fail önceki suçun failini veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisini öç almak duygusu ile ve bir görev bilinci ile öldürmelidir.

c-) İlk öldürülen ile ikinci suçun faili arasında kan hısımlığı şartı olmayıp suçun münhasıran kan gütme saiki ile işlenmesi yeterlidir.

d-) İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içerisinde fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisi ile bir görevi yerine getirmek istek ve bilinci ile hareket etmelidir, denilmiştir. Yukarıda belirtilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında da açıklandığı biçimde kasten insan öldürmenin kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulü için bu olaya neden olan önceki olayın ölümle sonuçlanmış olması ön koşuldur.

Fail ancak bu şekilde evvelce öldürülen bir kişinin intikamını almak maksadı ile ilk öldürme fiilinin husule getirdiği elem ve öfkenin tesiri altında olmaksızın öldüren tarafa mensup bir şahsı öldürmek suretiyle iç dünyasındaki saikini yaşama geçirebilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurul kararı E. 2009/1-228 K. 2010/69 T. 30.03.2010. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 10.3.2011.

Yargıtay, sanığın dedesini öldüren maktulü tahliye olduktan sonra yaklaşık 8 yılın ardından öldürdüğü olayda, sanığın intikam almak görev bilinciyle hareket etmediği, öldürenin öldürülmesinin kan gütme saikini oluşturmayıp tasarlama oluşturduğuna hükmetmiş, sanığın dedesinin maktul tarafından öldürülmesi sanık açısından haksız tahrik oluşturduğunu belirtmiştir. Yrg 1.C.D. E. 2009/7856 K. 2009/5711 T. 7.10.2009. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 10.3.2011.

²⁷⁰ *an gütme sebebiyle adam ldürme suçlarında nun Maddesinin tatbikine imkan yoktur ira kan gütme sebebiyle adam ldürme suçlarında sebep diğer adiyen katil suçlarında mümkün olan acı ve fke duygusu değil ç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı bir düşüncedir Dava: irenme kararında sanığın ç almak amacıyla adam ldürdüğünü kabul etmediği belirtilmekte ve daha çok savunmaya dayanılarak olay izah edilmek suretiyle ldürülenin devamlı hakaret ve tehdidine maruz kalması sonunda sanığın hiddetlenerek camiide hasmını ldürdüğü sonucuna varılmaktadır*

osyanın incelenmesinde olaydan üç yıl nce gününde üleyman Melli nin sanık adullah in dedesi üseyin seyi ldürdüğü iddiasıyla kamu davası açıldığı ve hakkındaki mahkumiyet hükmünün argıtay ca bozularak tutuklu bulunan sanığın salıverilmesi üzerine iki

Bununla birlikte, bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Ağırlıklı kabul edilen görüş, kanunun gerekçesi ile aynı doğrultudadır. Buna göre, adam öldürme suçunda kan gütme saikinın bulunması suçun ağırlatıcı nedeni sayıldığına göre, faili intikam almaya sevk eden duygular hem ağırlatıcı hem hafifletici neden olarak uygulanamaz²⁷¹. Bu nedenle daha önce öldürülen yakınının intikamını alma duygusuyla hareket ederek suç işleyen fail, yakınının öldürülmüş olması nedeniyle gazap veya eleme kapıldığını ileri süremeyecektir. Fail, ya önceki öldürme olayının etkilerinden kurtulmuştur ve kan gütme saikini taşımaktadır ya da etkisinden kurtulamamıştır ki bu durumda haksız tahrik

hasım aile arasındaki düşmanlığın arttığı olay günü üleyman in uma namazı için camiye gitmesini beklediği anlaşılan sanık adullah in da camiye gidip adı geçenin arkasındaki saflardan birine oturduğu tesbit duası sırasında hiç bir olay çıkmadığı halde sanığın tabancasını çekerek arkadan attığı kurşunlu adı geçeni kafasından yaraladığı ve üleyman in bu yara nedeniyle kaldırıldığı hastanede gününde ldüğü tanıklar aban zbek ekir ygun sman lcay osman aya hmet aracan mer ka Mevlüt ıra Mehmet zketin ve afiz ürbüz ün birbirlerini tamamlayan anlatımları lü muayene tutanağı dli ip raporu ve olayın akışı ile sabit olmuştur

ozma ilamından da açıklandığı üzere vaktiyle se yi ldürdüğü iddiasıyla tutuklanan ve sonra salıverilen üleyman in her an dikkatli olması lenin taraftarlarından çekinmesi olağan bir tutum olarak düşünülebilir

u durumdaki bir kişinin savunmada bildirildiği şekilde camide tesbih duasını bırakıp arkaya d nmesi ve sanığı orada g rmesi mümkün bulursa bile kalabalık içerisinde ona başını sallayarak veya dış gacırdatarak tehdit veya tahrik etmesi akla uygun gelmemektedir. Esasen b yle davranış hakkında hiçbir delil elde edilememiştir u konuda savunmanın aksi sabit olmadığı gerekçesine dayanılarak eski hükümde direnilmesi doğru değildir avunmayı doğrulayan herhangi bir belirti bulunmayışı teki delillerle aydınlanan durumun aksine bir g rüşe varılmasına yeterli değildir

u durumda olayın nun maddesinde yer alan kan gütme nedeniyle adam ldürme suçu niteliğinde bulunduğunu kabul etmek zorunludur

ozma ilamı bu y nden yerinde g rülmüştür

ncak suç vasfı bu yolda tesbit edildikten sonra mahkeme kararında yer alan tahrik sebebinin kabulüne de imkan kalmayacaktır ünkü kan gütme sebebiyle adam ldürme eylemini adiyen ldürme suçundan ayıran zellik birincisinde s zkonusu olan acı ve fke duygusunun değil ç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundadır u tür suçlar için ayrı bir bent ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konmasındaki sosyal amaç ise toplumdaki k kleşmiş olan k tü bir g reneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir

yle olunca nun maddesinde ng rülen haksız tahrikin bu zellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir itekim kan gütme saikile adam ldürme suçlarında bu maddenin uygulanmaması gerektiği genellikle benimsenmiş yargı g rüşleri arasında yer almıştır irenme hükmünün davaya katılanlar ve avcısı tarafından temyiz edilmiş olmasına g re zel bir daire ilamındaki bozma sebebinin tahrike de teşmili suretiyle genişletilmesi uygun bulunmuştur

arşı oy sahibi ayın ye Mahkemenin dayandığı gerekçenin isabetli olduğu g rüşüyle çoğunluk oyuna katılmamıştır

u hale g re yerinde g rülen temyiz itirazlarının kabulü ile usule veyasaya uygun bulunmayan direnme hükmünün bozulması gerekir

çıklanan nedenlerle direnme hükmünün tebliğnamedeki düşünce gibi M depo parasının geri verilmesine azınlık oyuna karşı çoğunlukla karar verildi 'CGK E. 1973/332 K. 1973/458 T. 4.6.1973, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 5.11.2012. "adam ldürme suçunun kan gütme saiki ile işlendiğinden s z edebilmek için haksız bir tahrikin etkisi olmaksızın münhasıran bu saikle işlenmesi gerektiğine ' Yrg. 1.C.D. E. 2007/180, K. 2007/6618, kazanci com tr erişim tarihi 25.3.2011.

²⁷¹ Eray Karınca, Şanlıurfa Yöresinden Örneklerle Kan Davası; r Er Ar , T.B.B. Yay., No: 8, Ankara, 1999, (395-447), s. 438.

hükmü uygulanabilir²⁷². Kan gütme saikinde kabul edilen, görev bilinci ile ölenin kanına karşılık intikam alma duygusunun hakimiyetidir. Faili, kan gütme saiki ile adam öldürme suçunu işlemeye sevk eden kin ve intikam duygusu, haksız tahrikin şartları dahilinde olmayan bir husustur. Haksız tahrikte sanık maruz kaldığı haksız hareket neticesinde kapıldığı hiddet veya şiddetli elem etkisiyle suç işlemektedir²⁷³. Kan gütme, daha önce 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 olur²⁷⁴.

Bir diğer görüş, kan gütme saiki ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir²⁷⁵. Bu görüşe göre, *fkesiz kinsiz üzüntüsüz acısız tek kelime ile duygusuz olan insan normal bir insan olmayıp akıl hastası olduğu cihetle bu insanın ruh haletini nazara almamak; yani bir taraftan (7 sayılı maddesi ile cezayı arttırıp diğer taraftan haksız tahrik indirimi uygulanmayacağını kabul etmek sosyolo iye psikiyatriye hukuk tekniği verilerine maddenin konuluş amacına kanuna uygun değildir*²⁷⁶.

Yargıtay'ın, failin kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunu işlediğinin kabulü için belirttiği kriterler bu hususta belirleyici bir rol üstlenmektedir. Bu kararlardan biri olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu nun 25.03.1997 tarih ve 1-25/61 sayılı kararında, 11.06.1996 tarih ve 1-105/130 sayılı kararında ve yine 11.03.1991 tarih ve 1-36/76 sayılı kararında; failin, önceki suçun failini veya

²⁷² Tezcan/Erdem/Önok, **T r r C Ö**, s.163.

²⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya **C mler**, s.536.

²⁷⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, T. 12.3.2002 tarih 1-51/219 sayılı karar. Mustafa Ekinci/Şerafettin Özcan, **Ad Ö d r S r** Ankara, 2004, s. 189. Yargıtay kararlarında, kan gütme saiki açısından münhasıran intikam alma duygusu arandığı görülmektedir. ‘ *yılında maktul li nin oğlu dem in sanığın amcası ahrettin i ldürmesi üzerine sanığın amcasının ldürülmesi olayına hiçbir şekilde katılmayan maktul li ile onun dayısının oğlu maktul urhanettin i sadece amcasının ldürülmesi olayının intikamını almak için tabanca ile ateş ederek ldürdüğü olayda sanığın maktulleri amcasının intikamını almak düşüncesi ve bir g reviyerine getirdiği inancı ile münhasıran kan gütme saiki ile ldürdüğü ve maktulleri ldürmesi için ortada başkaca hiçbir neden bulunmadığından maktul urhanettin e y nelik eylemin de kan gütme saikiyle işlendiği anlaşıldığı halde sayılı nin -j maddesi kapsamında kan gütme saikiyle ldürme suçu yerine suç vasfında yanılıya düşülerek kasten insan ldürme suçundan yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır ’ E. 2008/9284 K. 2009/4026 T. 30.6.2009.*

²⁷⁵ Doğan Soyaslan, **C Ö r**, 6.Bası, Yetkin, Ankara, 2006, s.107; Nur Başar, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, **Adalet Dergisi**, S.4, 1980, (253-263), s.257.

²⁷⁶ Sahir Erman/Çetin Özek, **C Ö B r r S r**, İstanbul, 1994, s.54.

onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisini öç almak duygusu ve bir görev bilinci ile öldürme eylemini gerçekleştirmiş olması; ilk öldürme olayı ile ikinci olay arasında geçen süre içerisinde failin ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisi ile bir görevi yerine getirmek istek ve bilinci ile hareket etmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bu nedenle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında da açıklandığı biçimde fail ancak bu şekilde evvelce öldürülen bir kişinin intikamını almak maksadı ile ilk öldürme fiilinin husule getirdiği elem ve öfkenin tesiri altında olmaksızın öldüren tarafa mensup bir şahsı öldürmek suretiyle iç dünyasındaki saikini yaşama geçirebilecektir. Yargıtay kan gütme saikine ilişkin bir değerlendirmesinde, aralarında kan davası bulunan aileler arasındaki öldürme olaylarında bile failin ani kızgınlık ya da başka bir nedenin ortak etkisiyle eylemin gerçekleştirilmesi halinde kan gütme saikinin bulunamayacağını ifade etmiştir²⁷⁷.

Karşılaştırmalı hukukta ise özellikle kan gütme veya öç alma kastı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı ülke hukuk sistemlerinde öç alma kesinlikle haksız tahrik ile bir arada bulunamazken bazı hukuk sistemlerinde ise haksız fiilden kaynaklanan hiddetin önüne geçmemek suretiyle öç alma duygusu da yer alabilir. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukta da çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, failin fiili intikam duygusu ile işlemesi halinde, her ne kadar failin suç işlemesine neden olan bir tahrik durumu olsa dahi artık haksız tahrikin etkisi altında fiili işlediğinden söz edilemeyeceği, bu durumda ceza indiriminden yararlanamayacağıdır²⁷⁸.

Doktrinde gerek kan gütme gerekse töre saiki ile haksız tahrikin bir arada uygulanmayacağına yönelik görüş daha fazla taraftar bulmakta, neden olarak da aynı halin hem ağırlatıcı hem de hafifletici hal olarak kabul edilemeyeceğine dayanmaktadır. Ancak, kanun gerekçeleri kanun madde metninden sayılmamaktadır. Bu nedenle kanımızca somut olayda tartışılması gereken, öfke ve üzüntünün varlığı ya da yokluğu değil, öfke ve üzüntünün gerçekten somut

²⁷⁷ Yargıtay 1.C.D.4.12.2006, 5354/5382, T Erd Ö T r r C Ö Hukuku, s.162.

²⁷⁸ Alex Briner, Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, r d r r B r d r S r d r r d d Ar ,Uni Zurich, 1977, s.119.

olayda haksız tahrikin şartlarından olan ‘*hiddet veya şiddetli elem*’ hali ile örtüşüp örtüşmediği ve somut olayda faili suça yönlendiren neden olup olmadığıdır. Zaten, kan gütme saikinın tanımlarına baktığımızda, genellikle ‘*ilk öldürme fiilinden dolayı duyduğu öfke ve üzüntünün etkisinden sıyrılarak*’ ibaresinin kullanıldığı göze çarpmaktadır. Örneğin, hiç tanımadığı dedesini öldüren kişiye karşı failin öç almak maksadıyla öldürme fiilini gerçekleştirme halinde, dedesinin intikamını alma dürtüsünün temelinde öfke yer alabilir. Ancak burada haksız tahrikten söz edemeyebiliriz. Çünkü faili harekete geçiren temel neden hiddet veya şiddetli elem değildir. Ancak, babasını öldüren kişiye karşı, failde öç alma duygusundan ziyade babasını kaybetmiş olmasından dolayı meydana gelen hiddet veya şiddetli elem duygusunun faili harekete geçiren neden olduğunu tespit etmek daha kolay olabilecektir.

Yargıtay kararlarında vurgulanan ve kan gütme saikinın varlığı için bir önceki olayın üzerinden belli bir sürenin geçmesi gerekliliği de haksız tahrik ile kan gütme saiki arasında ayırt edici bir unsur olmamaktadır. Zira, ileride ele alınacağı üzere, önceki olayın üzerinden 11 yıl geçmesine rağmen tepki fiili işleyen fail hakkında haksız tahrik indirimini uygulanmıştır. Türk Ceza Kanunu’nun 82.maddesinin kanun gerekçesinde kan gütme saiki ve töre saiki ile haksız tahrikin bir arada uygulanamayacağı ifadesi, başlı başına somut olayda mahkemeyi veya hakimi doğrudan bağlamamaktadır. Bu nedenle hakim somut olayda sadece failin gazap veya elem nedeniyle mi ya da sırf öç alma gibi intikam duygusuyla mı hareket ettiğini yoksa her ikisinin de şartlarının var olup olmadığını araştırmalı ve faili suç işlemeye iten gerçek nedeni saptamalıdır. Öç alma duygusu da hiddet veya elem duyguları da kişinin ruh dünyasında oluşan ve onu suçu işlemeye iten etkenlerdendir. Ancak somut olayda, eğer fail fiilini öç alma saikiyle işlemiş ise artık orada haksız fiilin etkisi ile failin hiddet veya eleme kapıldığını söylemek zordur.

E. S r A r T r r ile T r

1. Azmett r r

Kanunda suç tipleri, bir kişi tarafından ihlal edilecek şekilde düzenlenmiştir. Ancak bazı durumlarda bu suç tipleri birden fazla kişi tarafından ihlal edilmiş olabilir. Kanundaki haksızlığı bizzat gerçekleştirmemekle birlikte suçun işlenişine katkıda bulunan diğer suç ortakları şerik olarak nitelendirilmektedir. Türk Ceza Kanunu, azmettirme ve yardım etme hallerini şerik statüsünde değerlendirmiştir. Bir suça iştiraktan bahsedilebilmesi için, şerikin suça katılma iradesine sahip olması gerekir. Bütün ayrıntılarını bilmemekle birlikte şerikin hangi fiile iştirak ettiğini bilmesi gerekmektedir.

Azmettirme, Türk Ceza Kanunu'nda suça iştirak şekillerinden biri olarak düzenlenmiştir. Azm (azme), kesin karar, niyet, kast anlamına gelmektedir²⁷⁹. Azmettirmede suçun ilk ve etkili sebebi yaratılmaktadır. Sadece suç düşüncesini uyandırmak yetmemekte aynı zamanda bu kararı hayata geçirmeyi sağlamak, suçun etkili sebebi olmayı sağlayacak biçimde yoğun bir manevi faaliyette bulunmak gerekmektedir²⁸⁰. En yalın tanımıyla azmettirme, suç işleme konusunda henüz fikri olmayan bir kimsenin bir başkası tarafından belli bir suç işlemeye karar verdirilmesidir²⁸¹. Failde, aslen suç işlemeye yönelik bir düşünce varsa ve bu düşüncenin azmettirence ortaya çıkartılması halinde, suça teşvik gündeme gelecektir. Azmettirenin, azmettirmede kullandığı araç ise önemsizdir²⁸². Azmettiren, suç işlemeyi düşünmeyen fail üzerinde tahrik, tehdit, korkutma, vaatle bulunma ya da rica, övgü, arzu ve istek yaratma gibi araçları kullanarak ya da kullanmaksızın sadece telkin yoluyla, failin suç işleme kararını alması yönünde etkileyen kişidir²⁸³. Azmettirilen kişinin belli bir kişi olması

²⁷⁹Ferit Develioğlu, **O -T r A d** 26.Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2010, s.66.

²⁸⁰Centel/ Zafer/Çakmut, **T r C** r , s.488.

²⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı, 23.10.1989 tarih, E. 1-235, K. 302. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 3.3.2011.

²⁸²Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.438.

²⁸³ Zafer, **C** r, s.320.

gerekmektedir. Aksi takdirde azmettirmeden bahsedilemez, diğer şartların varlığı halinde suç işlemeye tahrik suçu söz konusu olabilir²⁸⁴.

2. T r

Teşvik kelimesi şevk kökünden gelmekte ve şevke, gayrete getirme, şevklendirme, isteklendirme, kıskırtma anlamında kullanılmaktadır²⁸⁵. Türk Ceza Hukukunda ‘teşvik’ terimi, iki farklı şekilde ele alınmıştır. Bunlardan ilki bazı suç tiplerinin başlığında ya da içeriğinde suçun maddi unsuru olarak ele alınan ve tahrik ile neredeyse aynı anlamda kullanılan anlamıdır²⁸⁶. Suçun maddi unsurunda bazen tahrik kavramı ile bazen de tek başına kullanılan teşvik terimi tahrik ile aynı anlamda kullanılmıştır²⁸⁷. Diğer şekli ile kullanılan ve Türk Ceza Kanunu’nda azmettirme ile birlikte şeriklik statüsü olarak düzenlenen teşvik, suç işlemeye düşüncesine sahip olmakla birlikte henüz kesin karar vermemiş kişiyi, suç işlemeye kararını almak ve suç işletmek yönünde yönlendirme amacını taşımaktadır²⁸⁸. Suç işlemeye teşvik, henüz suç işlemeye kararını vermemiş ancak böyle bir niyet ve fikir sahibi failde suç işlemeye düşüncesini uyandırmak, desteklemek suretiyle vereceği kararı onaylamaktır.

Haksız bir fiilden etkilenmekle birlikte haksız fiili gerçekleştirene karşı suç işlemeye niyetinde olmayan bir kimseyi, suç işlemesi yönünde azmettiren kişi açısından haksız tahrik indirimi olup olmayacağı tartışılabilir. Aynı şekilde suç işlemeye teşvik eden açısından da bakılabilir. Bu durum iştirak halinde işlenen suçlarda şahsa bağlı nedenlerin sirayeti sorununun irdelenmesini gerektirmektedir.

²⁸⁴ Özgenç, T r C r s.500.

²⁸⁵ Develioğlu, O -T r A d , s.1278.

²⁸⁶ Tahrik suçlarının maddi unsurunda bazen tahrik bazen teşvik bazen de her ikisinin bir arada kullanılması doktrinde eleştirilmiş, bu kullanım tarzının 1926 yılında İtalyan Ceza Kanunu’nun tercümesi ile oluşturulan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda terim birliği sağlanamamış olmasına bağlanmıştır. Ahmet Gökçen, A T r C r , Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s. 14.

²⁸⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz: Köksal Bayraktar, S T r C r , İstanbul, 1977, s.22.

²⁸⁸ İçel/Evik, C r, s.282.

3. T r C d B A r Nedenlerin Azmettiren ve Yard Ed S r

İştirak halinde işlenen suçlarda ağırlatıcı ya da hafifletici nedenlerin diğer şeriklere sirayeti konusunda Türk Ceza Kanunu'nda açıkça bir düzenlemeye gidilmemiştir. Ancak, Türk Ceza Kanunu'nun 40.maddesinde yer alan '*bağlılık kuralı*' bu konuya ilişkin bir düzenleme olarak gösterilmektedir. Zira, Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde de sirayet meselesinin bağlılık kuralı ile çözülebileceği ileri sürülmektedir. Madde düzenlemesine göre, '*uçun işlenişine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını nleyen kişisel nedenler g z nünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline g re cezalandırılır*'. Suçun işlenişine iştirak eden kişiden anlaşılması gereken yalnızca fail değil, aynı zamanda azmettiren ve şeriklerdir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceği, suçun işlenişine iştirak eden diğer kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacakları ifadesine binaen kavramın bu şekilde yorumlanması daha uygun olacaktır²⁸⁹. Bağlılık Kuralı'nın düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 40.maddesinin gerekçesinde '*ükümet tasarısında sayılı 'da olduğu gibi kişisel ağırlatıcı nedenlerin ve fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmiştir u hükümler bağlılık kuralının henüz bilinmediği yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konulmuştur ağırlık kuralına metinde yer verdikten sonra bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır aldı ki; ağırlatıcı nedenlerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır*' denilmiştir²⁹⁰. Türk Ceza Kanunu'nun 40.maddesinde suçun işlenişine iştirak eden her kişinin diğerinin

²⁸⁹ Barış Erman, 1'inci Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirme, **r r r r Sempozyumu**; 14 Ocak 2011-15 Ocak 2011; Düzenleyenler, TCHD Yargıtay C.Başsavcılığı, Yayına hazırlayanlar, İlkan Koyuncu Burak Candan Can Vodina, TCHD yayınları, 17, İstanbul 2011, *Ufuk Matbaa*, (50-62), s.53-54. Yazarın, eserinde Alman Hukukundaki bağlılık kuralı ile ilgili düzenlemeyi de ortaya koyarak Türk Hukuku ile mukayese ettiği görülmektedir. Buna göre, Alman Ceza Kanunu'nun 28.maddesi *ahsa bağlı zel nedenlerin cezayı ağırlaştırdığı hafiflettiği veya cezalandırmayı ortadan kaldırdığı y nünde kanunda bir hükmün bulunduğu hallerde bu gibi nedenler suça katılanlardan fail veya şerik hangisi bakımından s z konusu iseler ancak o kişiye uygulanabilirler*. Düzenleme, Türk Hukukundan farklı olarak şahsa bağlı ağırlatıcı veya hafifletici nedenleri de içermektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Erman, 1'inci Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirme, **r r r r Sempozyumu**; s.50vd.

²⁹⁰ Özgenç, **T r C** r , s.527.

cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenlerin göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, ‘cezalandırmayı etkileyen kişisel nedenler’ olarak yorumlanmakta, bu nedenle eski sistemin devamı yönünde görüş bildirilmektedir²⁹¹. Gerçekten de, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 40. maddesinde bağlılık kuralı ile daraltılan durum, failin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler ile cezalandırmayı ortadan kaldıran kişisel nedenlerdir. Ağırлатıcı ve hafifletici nedenlerin failin fiiline göre belirlenmesi, şeriklerin ise hafifletici nedenlerden kendiliğinden, ağırлатıcı nedenlerden ise ancak bu konuda bilgi sahibi olmaları halinde etkilenecekleri anlaşılmaktadır²⁹².

Oysa ki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde şahsa bağlı nedenlerin diğer şeriklere sirayeti konusu açıkça hüküm altına alınmakta idi. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 66.maddesi şahsi ağırлатıcı sebeplerin sirayetini, 67.maddesi ise fiili ağırлатıcı sebeplerin sirayetini düzenlemekteydi. Buna göre; 66.madde ‘ *ir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder nca haklarında terettüp eden cezanın altıda biri indirilebilir ve idam ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi d rt seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur*’; 67.madde ‘ *uilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir.*’ düzenlemesine yer vermekteydi. Bu durumda, herhangi bir tartışmaya neden olmaksızın, iştirak iradesinin gerçekleştiği halde bilme şartıyla birlikte açıkça cezayı ağırлатıran kişisel nedenlerin diğer şeriklere de etki edeceği sonucu ortaya çıkmakta idi. Kişisel ağırлатıcı nedenlerin, iştirak iradelerinin açıklandığı anda veya bu irade ile harekete geçildiği anda bilme koşulu ile diğer faillere geçtiği kabul edilmekteydi²⁹³.

²⁹¹ Zafer, C

r, s. 324-325.

²⁹² Özbek ve diğerleri, T r C

r, s.507.

²⁹³ Öğretide 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ağırлатıcı ve hafifletici sebepler fiile veya faile bağlı sebepler olarak ayırma tabi tutulmuştur. Ancak hangi sebebin faile bağlı hangisinin fiile bağlı bir sebep olduğunu ayırt etmek çok kolay olmamıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 66. ve 67. maddesinde, suç ortaklarından birisiyle ilgili olarak cezayı arttıran veya azaltan şahsi sebeplerin varlığında bu sebebe istinaden diğer suç ortakların cezalarında artırım yapabilmek için vukuf şartının arandığı ifade edilmektedir. Suç ortaklarına cezayı ağırлатıcı sebebin

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda şahsa bağlı ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin sirayeti meselesinin açık bir biçimde düzenlenmemiş olması beraberinde bu hallerin şeriklere uygulanıp uygulanmayacağı ya da nasıl uygulanacağı tartışmasını getirmiştir. Bir görüşe göre, nitelikli hallerin şeriklere etkisi bakımından sadece bağlılık kuralının dikkate alınması '*katı bağlılık kuralı*' olarak değerlendirilmektedir. Şeriklerin sorumlulukları asıl failerin fiiline göre ve azmettirilen veya yardım edilen suçtaki kastlarına göre belirlenecektir. Suçun icrası üzerinde egemen olan müşterek failerin her biri bakımından geçerli olan şahsa bağlı ağırlatıcı nedenler, yalnızca ilgililer bakımından uygulanacak, diğerlerine sirayet etmeyecektir. Şeriklerin cezası asıl failin fiiline göre belirleneceğinden, fail hakkında uygulanacak ağırlatıcı nedenler bu kişiler bakımından ancak kendi kastlarına göre belirlenecektir²⁹⁴. Özetle, azmettiren

uygulanmasına ilişkin olarak aranan şart bu durumun suç ortağı tarafından bilinmesi olarak kabul edilmiştir.

²⁹⁴Hakeri, C r, s. 485. A ve B, B'nin babası olan C'yi birlikte öldürmüş iseler, A kasten öldürme suçundan, B ise nitelikli kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır; zira bu durumda her ikisi de fail olduklarından, şahsa bağlı ağırlatıcı nedenler kendi aralarında sirayet ettirilmeyecektir. Buna karşılık, aynı olayda A, C'nin öldürülmesine katılmamış, fakat B'yi azmettirmekle yetinmiş ise, suçun cezası B'nin fiiline göre belirlenecek, A'ya da, C'nin, B'nin babası olduğunu bilmesi koşulu ile, aynı ağırlatıcı neden uygulanacaktır. Erman, C r r r r r d r s.59vd. Yazar bu durumu eleştirmektedir. Yazara göre bu görüşün kabul edilmesi halinde, ağırlatıcı nedenlerin sadece failden şeriklere doğru sirayet edeceği; şerikler bakımından geçerli olan şahsa bağlı bir ağırlatıcı nedenin faile de uygulanması söz konusu olamayacağı gibi, bunun da ötesinde, bu neden fail açısından geçerli olmadığı için, azmettiren de uygulanamayacaktır. Yargıtay kararlarında şahsa bağlı ağırlatıcı nedenlerin şeriklere sirayeti açısından farklı sonuçlara varıldığı gözlemlenmektedir. Bir grup kararda, suçun cezası işlenen fiile göre belirlenerek azmettiren bundan sorumlu tutulmaktadır. Aralarında maktül ile kan bağı olan azmettirenler hakkında, kan bağına ilişkin ağırlatıcı neden faile ve azmettirenlere uygulanmamış ancak fiile ilişkin ağırlatıcı nedenler olan kan gütme saiki ve tasarlama uygulanmıştır. (1. CD. 01.07.2009 T. 2009/5808 E. - 2009/4145 K.) Başka bir olayda ise, kızını öldürtmek için başkasını azmettiren bir baba hakkındaki kararda 1. Ceza Dairesi, burada fail ile maktule arasında akrabalık ilişkisi bulunmadığından hareketle, kasten öldürme suçunun 82'nci maddedeki nitelikli hallerinin uygulanmasının mümkün olmadığı kararına varmıştır. Yargıtay tarafından alınan bazı kararlarda ise fail hakkında uygulanan ağırlatıcı nedenlerin azmettiren de uygulanmasının yanı sıra, azmettiren hakkında uygulanacak nitelikteki ağırlatıcı nedenlerin de failere uygulanabileceği belirlenmesinde bulunmaktadır. 1.Yargıtay Ceza Dairesi bir kararında *anık alil brahim in eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık dem i azmettirdiği sanık dem in de maktulenin sanık alil brahim in eşi olduğunu bildiği anlaşılma ile azmettiren kaynaklanan şahsi ağırlatıcı sebebin sirayetinin kabulü ile sanık dem hakkında öldürme suçundan sayılı nun 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığı* gerekçesiyle onama kararı vermiştir. (1. CD. 01.02.2010 T. 2010/438 E. - 2010/493 K. Aynı yönde: 1. CD. 21.10.2009 T. 2009/6256 E. - 2009/6198 K., 1. CD. 12.06.2008 T. 2008/489 E. - 2008/4996 K., 1. CD. 01.02.2010 T. 2010 E. - 2010/493 K.) Başka bir grup kararda ise şahsa bağlı ağırlatıcı nedenlerin hiçbir şekilde şeriklere sirayet etmeyeceği savunulmaktadır. Kendi babasını öldürmek için başka bir kişiyi azmettiren 18 yaşından küçük bir kız hakkında TCK m. 82/a, d hükümleri uygulanmış, suçu icra eden failin cezası ise yalnızca tasarlama nedeniyle artırılmıştır.(1. CD. 16.12.2009 T. 2009/2628 E. - 2009/7796 K.) Eşini öldürtmek isteyen, bunun için bir aracı vasıtasıyla 3. bir kimseyi azmettiren kişiye, eşin öldürülmesinden kaynaklanan ağırlatıcı neden

veya yardım eden hakkında, ister şahsa bağlı olsun ister fiile bağlı olsun, gerçekleştiğini bilmedikleri ağırlatıcı nedenler uygulanmayacaktır²⁹⁵. İştirak iradesi, suça etki eden nedenlerin, bu halleri barındırmayan suç ortaklarına ancak bilmeleri halinde uygulanmasını gerektirmektedir. Bilme anı, en geç suç ortağının bu nedenleri öğrendiğinde suça iştiraktan vazgeçmeye yetecek zamana kadardır²⁹⁶. Ancak, suçun işlenişi ile ilgili olmamakla beraber cezayı etkileyen kişisel nedenler sirayet etmeyecektir.

Bir diğer görüşe göre, faile bağlı ağırlatıcı nedenlerin²⁹⁷ sirayeti için bu nedenlerin diğer ortaklarca bilinmesinin yanı sıra; nedenlerin, suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekmektedir²⁹⁸. Fiile bağlı ağırlatıcı nedenler²⁹⁹ de ancak bunun varlığını bilen şeriklere sirayet eder. Yine benzer bir görüşe göre cezalandırmayı etkileyen haller gerçek ve gerçek olmayan şeklinde ikiye ayrılmakta ve ağırlatıcı ya da hafifletici haller gerçek; cezasızlık sebepleri ise gerçek olmayan haller olarak kabul edilmektedir³⁰⁰. Türk Ceza Kanunu'nda ceza sorumluluğunu etkileyen bu nedenlerin hem failden şerike ve hem de şerikten faile bilme koşulunun gerçekleşmesi halinde sirayet edeceğini savunulmaktadır³⁰¹.

Doktrinde, haksız tahrik kurumu kişisel bir indirim nedeni olarak kabul edilmektedir. Haksız tahrikin varlığı, mağdurun haksız fiil niteliğindeki hareketlerinin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemine etkisiyle

uygulanmış, aracı olan ikinci azmettirene ve suçun asıl failine ise, böyle bir ilişkinin bulunmaması nedeniyle aynı ağırlatıcı neden uygulanmamıştır. (1.CD. 28.09.2009 T. 2008/10045 E. - 2009/5418 K.). Kararların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz: Erman, C r r r r d r s.61vd.

²⁹⁵ Koca/ Üzülmüş, T r C r s. 420; Mustafa Ruhan Erdem; Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı , **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, Sy. 5, (204-215), s. 210.

²⁹⁶ Zafer, C r, s.324.

²⁹⁷ 'ailin kimliği ya da fail ile mağdur ilişkisi faile bağlı kişisel neden olarak sayılabilir' Ayrıntılı bilgi için bkz: Devrim Aydın, T r C **Hukukunda S r** , Yetkin, Ankara, 2009, s.234.

²⁹⁸ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, T r C r, USA, Ankara, 2010, s. 362.

²⁹⁹ 'iile bağlı ağırlatıcı nedenler suçun işleniş biçiminden suçta kullanılan araç suçun işlendiği yer ve zaman mağdurun sıfatı meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığından kaynaklanabilir.' Ayrıntılı bilgi için bkz: Aydın, T r C **Hukukunda S r** , s.235.

³⁰⁰ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel r**, s. 498.

³⁰¹ **A.g.e.**; Görüşlerin ayrıntılı açıklamaları için bkz: Vesile Sonay Evik, Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu , **YUHFD, r r r Ar** , Cilt IX, Sayı 2, 2012, (287-301), s.289 vd.

failin tepki suçu işlemiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle, haksız tahrik neticesinde işlenen tepki suçundan sadece haksız fiile maruz kalmış fail faydalanır. Fail için söz konusu olan haksız tahrik indiriminden diğer şerikler faydalanamayacağı gibi diğer şerikler açısından geçerli olan haksız tahrik indirimi de faile uygulanamayacaktır; meğer ki tahrik fiili bütün iştirakçileri hedef alsın³⁰². Kanımızca, haksız fiilden etkilenen ve tepki suçu işleyen faili azmettiren veya yardım eden kişinin haksız tahrik indiriminden yararlanmaması gerekmektedir. Haksız tahrik indirimi, sadece meydana gelen haksız fiilden ötürü ruhsal olarak etkilenen ve bu etkilenme neticesinde tepki göstererek suç işleyen kişi açısından uygulanmalıdır. Haksız tahrik, kusurluluğu azaltan kişisel bir neden olarak kabul edildiğinde de aynı neticeye varılmaktadır. Şerikler açısından haksız tahrik şartlarının doğmaması halinde, haklarında indirime gidilemeyecektir. Zira, kişisel hafifletici nedenler, subjektif nitelikte olduklarından bahisle sadece ilgili kişiler hakkında uygulanmakta, diğer şeriklere sirayet etmeyeceği kabul edilmektedir. Gerekçe olarak, kişisel hafifletici nedenlerde belli bir kişinin kişiliğinin dikkate alındığı, bu nedenle sadece bundan ilgili kişinin yararlanması gerektiği gösterilmiştir³⁰³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, haksız tahrikin, müşterek faillerden her biri veya iştirak edenler açısından ancak hakkında haksız tahrik koşulları gerçekleşen kişiler hakkında uygulanabileceğini ifade etmiş buna gerekçe olarak, haksız tahrikin kusuru azaltan kişisel bir neden olması dolayısıyla yalnızca şahsında haksız tahrik koşulları gerçekleşen failler bakımından uygulanabileceğini göstermiştir³⁰⁴.

F T r S r T r

Tahrik kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup genel anlamda hareket ettirme, kımıldatma, oynatma anlamlarına gelmektedir³⁰⁵. Tahrik, suç işlemenin saikini teşkil eden tutum ve davranışlardır. Bir eylemin saikini bir kişide uyandırmak olarak da ifade edilebilmektedir. Başkalarına belirli yönde hareket

³⁰²Aydın, **T r C Hukukunda S r**, s. 233. *ardeş için kabul edilen tahrik sebebinin icapsız olarak diğer sanıklara teşmiliyle cezalarında indirim yapılması yolsuzdur* Yargıtay 2.CD 13.1.1951, 44-179. Abdullah Pulat Gözübüyük, **T r C A** Cilt 1, 4.Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 221.

³⁰³ Aydın, **T r C Hukukunda S r**, s. 232.

³⁰⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı. 15.11.2011 E.2011/1-123, K.2011/229. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 8.1.2012.

³⁰⁵ Develioğlu, **O -T r A d**, s.1191.

etmeleri için, açık bir psikolojik baskı, kişiyi harekete geçirici, özel, psikolojik bir enerjiyle başkalarının iradesi üzerinde etki yapmaya yönelik davranışlar; kişiyi suç işlemeye sevk edici nitelikte, maddi bir faaliyet ile gerçekleştirilen kişilerarası ilişkidir³⁰⁶.

Ceza hukuku doktrinde, özellikle suç işlemeye tahrik suçu hakkında yazılmış yazılarda, tahrikin çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. ‘*Bir kimseyi suç işlemeye y neltme teşvik etme ve bu kişi üzerinde yapılan etki sonucu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesi*’³⁰⁷; ‘*bir kişinin suç teşkil eden fiili işlemek amacıyla iradesinin etkilenmesi ve hukuka aykırı neticeye y nlendirilmesi*’³⁰⁸; ‘*kişinin belirli bir konuda zendirilmesi itilmesi ya da mevcut durumun devam ettirilmesi gibi amaçlarla kişilerin iradesi üzerine etki yapmaya y nelen davranış*’³⁰⁹; ‘*başkalarını harekete geçirebilme imkanı kişiyi harekete geçirici iradesi üzerinde doğrudan doğruya psikolojik etki yapmaya yarayan bir davranış*’³¹⁰; ‘*bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesini veya mevcut bir durumun kişi veya kişilerin iradesi üzerinde etki yapmasını iradenin harekete geçirilmesini kişileri belli bir y ne sevk etmek için iradelerinin zorlanması*’³¹¹ olarak tanımlanmaktadır.

Türk Ceza Kanunu’nda bazı suç tiplerinde tahrikin suçun unsuru olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunlar, İkinci Kitap, Üçüncü Kısım, Beşinci Bölümde ‘*amu arışına arşı uçlar*’ başlığı altında yer alan suçlardır. Bunlar 214.maddedeki ‘*uç şlemeye ahrik*’, 216.maddedeki ‘*alkı in ve üşmanlığa ahrik ve şağılama*’³¹² ile 217.maddedeki ‘*anunlara ymamaya ahrik*’

³⁰⁶ Erol Cihan, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Cürmü , M, Cilt XL, S.1-4, Ayrı Bası, (97-130), s.97.

³⁰⁷ Duygun Yarsuvat, T r r r rr C r r , İstanbul, Sermet Matbaası, 1968, s.160.

³⁰⁸ Bayraktar, S T r C r , s.4.

³⁰⁹ Erol Cihan, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu , r M C. XXXIV, S.1-4, (167-188), s. 178.

³¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.4.2008 tarih, E.2008/ 8-224 K. 2008-92 sayılı kararı. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 5.8.2011.

³¹¹ Ahmet Gökçen, A T r C r , s. 9.

³¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2008 tarihinde verdiği bir karar dikkat çekicidir. Kararda özetle; Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu’nda görevli 78 kişi hakkında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da yer aldığı suçlamalarla açılan davada yerel mahkeme, kurulun raporunda yer alan ifadeleri ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmiştir. Yerel mahkeme,konunun bilimsel şekilde ele alınması bir kamu görevi gereği hazırlanmış olması, içeriğinde, yasada öngörülen farklılıkları yekdiğeri aleyhine kin ve düşmanlığa sevkedecek ve kamu güvenliğine yönelik açık veyakın bir tehlikeyi ortaya çıkaracak şiddet çağrısını içermemesi

suçlarıdır. İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Beşinci Bölümde ‘ *nayasal üzene arşı uçlar*’ başlığı altında yer alan 313.maddedeki ‘ *ürkiye umhuriyeti hükümetine arşı ilahlı şyan*’, İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Altıncı Bölümde yer alan 318.maddedeki ‘ *alkı skerlikten oğutma*’ suçu ile 319.maddedeki ‘ *skerleri taatsizliğe eşvik*’ suçlarında, tahrik ve teşvik suçun maddi unsurları arasında gösterilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nda yer alan suç tiplerindeki tahrik kavramı, bir kimseyi suç işlemeye sevk ve teşvik anlamına gelmektedir³¹³. Bir kimseyi suç işlemeye sevk ve teşvik suçları tehlike suçlarıdır. Zira, tipikliğin oluşması için failin sevk ve teşvik fiilini işlemesi yeterlidir; ayrıca bu sevk ve teşvik neticesinde suç işlenmesi şartı aranmaz. Gerçekten tehlike suçları ile korunan hukuksal değeri ihlal edici nitelikte bir tehlikenin meydana gelmiş olması yeterlidir. Ancak, kamu barışına karşı işlenen tahrik suçlarının gerekçesine bakıldığında bu tehlikenin somut tehlike olması gerektiği

karşısında sanıklar hakkında beraat kararı verilmiştir. Bu Yargıtay kararında, düşünce özgürlüğünün sınırı veyakın tehlike kavramları üzerinde durulmuştur. Şayet açıklanan düşüncede, söylenen sözlerde (tahrik edici, harekete geçirici) bir özellik bulunuyorsa bu tahrik teşkil eder ve düşünce özgürlüğünün sınırları dışında kalır, fiilde tahrik edici özellikler saptandıktan sonra ayrıca tehlikenin yakın olması şartı aranmamalıdır. Bireyleri harekete geçirici, tahrik edici sözler ve düşünceler sadece bu özellikleri nedeniyle toplum hayatı ve düzeni bakımından tehlike teşkil eder.....

TCK 216.maddedeki suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hakim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında "açık ve mevcut tehlike" kriterinin var olması gerekir. 765 sayılı TCK 312.maddesinde 4744 sayılı kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinde ...çağdaş demokratik ceza hukuku şu yolu veya stratejiyi uygulamaktadır; soyut (mücerret) tehlikeyi değil, somut tehlikeyi suç haline getirmek, somut tehlike suçlarını kabul etmek ve değişik maksatlarla yapılan açıklamaları, gerçek unsurları itibariyle belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarmaları halinde cezalandırmak, yani zorunluluk hallerinde tahriki cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakma yönündeki yaklaşım, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği bir ölçü ile açık ve mevcut tehlike ... kavramına da uygundur açıklaması bulunmaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 312.maddesinin gerekçesindeki bu ifadeler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216.maddesi bünyesine dahil edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E.2007/8-244, K.2008/92, T.29.4.2008, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 13.01.2013.

³¹³ Yargıtay 8.C.D. 25.11.1999 gün ve E. 10953, K. 16748 sayılı kararı. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 17.9.2011. Yargıtay, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulama alanı bulduğu 1999 tarihinde, köy imamı olan sanığın, olay günü görevli olduğu cami'nin hopperlöründen "Dikkat dikkat bu bir cenaze için verilmiş sela değildir, Kur'an kursları kapatıldı, müslüman aleminin başı sağolsun" şeklinde yaptığı anonsu hükümet programında olup, TBMM'de Kanunlaşan 8 yıllık kesintisiz eğitim uygulamasına karşı halkı itaatsizliğe tahrik ve teşvik ettiği gerekçesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan halkın din adamları tarafından hükümet ve devlete karşı suç işlemeye tahrik suçu ile verilen yerel mahkeme kararını onaylamıştır.

gözlemlenmektedir³¹⁴. Bu suç tiplerinin oluşabilmesi için tahrik konusu suçların mutlaka işlenmesi gerekmemektedir. Haksız tahrik ile bu suç tipleri arasında içerik ve anlam farklılıkları bulunmaktadır³¹⁵. Tahrik suçlarında, failin kastı, tahrik ettiği kişi ya da kişiler üzerinde etki oluşturmak suretiyle, topluma ya da diğer kişiler aleyhine suç işletmektir³¹⁶. Bu açıdan, iştirak kurallarından bağımsız olarak her bir fail için ceza yaptırımını uygulanmaktadır.

³¹⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 216.maddesinin gerekçesi için bakınız: Özgenç, TC r , s.962.

³¹⁵ Demirbaş, T r C d Ö T r r s. 13.

³¹⁶ Bayraktar, S T r C r s.12.

II BÖ M
A S Z TA R N T R CEZA KANUNU NDA D ZEN EN
B M T R ER TAR E M

A B

Failin, haksız tahrik nedeniyle cezasında indirimine gidildiği durumlar, ceza kanunumuzun gerek genel hükümlerinde gerekse özel hükümlerinde belirli suç tiplerine ilişkin olarak çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Genel hükümlerde düzenlenen ve bütün suç tipleri için uygulanabilir olan haksız tahrik, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

' ir 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 d rt sene ağır hapis cezasına mahkum olur air hallerde işlenen suçun cezasının d rtte biri indirilir.

ahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi d rt sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir air cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir '

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun mülga edilmesine kadar 1936, 1953, 2002 ve 2004 tarihlerinde kanun metninde değişiklikler meydana gelmişse de metnin ana unsurlarında değişiklik olmamıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinde ise haksız tahrik yine ana unsurları değişmeksizin metnin lafzında değişikliğe gidilerek şu şekilde kaleme alınmıştır:

' aksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası

yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir’.

Özel hükümlerde düzenlenen haksız tahrik halleri hususunda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu farklılık arz etmektedir. Her iki kanun metninde de özel haksız tahrik halleri bulunmakta ise de 765 sayılı Kanunda 5237 sayılı Kanun’a nazaran daha fazla özel haksız tahrik hallerine yer verildiği görülmektedir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun birden fazla maddesinde, belli koşullar altında, bazı suç tipleri bakımından özel haksız tahrik denilen ve genel hükümlerdeki tahrik düzenlemesine göre özel düzenleme teşkil eden tahrik hallerine yer verilmekteydi. Bu düzenlemelerden ilki, 258/4.maddedeki ‘*ğer memur haiz olduğu salahiyet 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*’ düzenlemesidir. Düzenlemeye göre memurun, memuriyete ait vazife sırasında, sahip olduğu yetkinin sınırlarını ihlal ederek veya keyfi davranarak, kendisine ya da yardım edenlere yönelik cebir, şiddet veya tehdit ile mukavemet edilmesine yol açmaları durumunda, bu kişiler hakkında ceza indirimi ya da cezanın tamamen kaldırılması söz konusuydu. Buradaki husus, memurun görevin icabını yerine getirmesi konusunda, görevin ifası hukuka uygunluk nedeninde yetki sınırının aşılmasıdır. Memur, yetkisinin sınırını görev ve yetkisinde olmayan bir hususta işlem yaparak ya da keyfi hareketlerde bulunarak aşabilmektedir.

Bir diğer özel haksız tahrik hali 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Dokuzuncu Bap İkinci Fasılda düzenlenen ‘*ahıslara arşı Müessir fiillerin* kanunda gösterilen mecburiyetlerle yapılması halinde bu fiilleri gerçekleştirenler hakkında ceza verilmemesi’ halidir. Maddeye göre;

‘ ukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

1 - 495, 496, 497, 499 uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbu garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek,

2 - ir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müştemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapısını kıranları veyahut işbu mebani ve müştemilatına ateş koyanları; - bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müştemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartlarıyla - içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmekdir

ncak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaaada ifrada gidilmiş ve hane ve sükna müştemilatına merdiven kırmak kapı kırmak duvar delmek fiillerinin faillerini defî için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiille mürettep ceza ağır hapis hapse tahvil olunmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir '

Maddenin ilk fıkrasında menkul bir malın zilyedini, cürüm mahallinde bulunan bir başkasını, cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslim yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükut etmeye mecbur kalan fiilleri işleyenlere karşı malını müdafaa etmek amacıyla adam öldürme veya müessir fiil suçları işlenirse faile ceza verilmeyecektir. Bu halde, meşru savunma söz konusudur. Ancak, meşru savunmanın sınırının aşılması halinde faili suç işlemeye sevk eden haklı bir hiddet olması durumunda özel haksız tahrik hali nedeniyle cezasında indirimine gidilecektir³¹⁷.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bir diğer hal 15/07/2003 tarih ve 4928 sayılı Kanunun 19. maddesi ile mülga edilmiş olan zina veya gayrimeşru cinsel ilişki sırasında işlenen adam öldürme ve yaralama suçlarındaki özel haksız tahrik halidir. Maddenin mülga edilmeden önceki son değişik düzenlemesine göre;

³¹⁷ Duran, **Ceza Hukukunda** T r s.263.

'zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunduğu esnada yakalanan veya zina yapmak veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmuş olduğundan g rünüşe g re şüphe edilmeyecek surette g rülen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya fürudan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir '

Düzenleme ile adam öldürme ve şahıslara karşı etkili eylem suçlarının şerefi kurtarma maksadıyla ve belli koşullar altında işlenmesi halinde faile verilecek cezada indirim yapılmasını öngören özel bir haksız tahrik indirimi öngörülmekte idi.

Bir diğer hal ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da varlığını korumaya devam eden hakaret ve sövmeye suçları bakımından düzenlenen özel haksız tahrik halidir. Bu düzenlemeye göre;

' endisine tecavüz olunan şahıs ve nci maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır

ğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına g re iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı iskat edebilir

ahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir '

Mağdurun kendi haksız hareketi neticesinde hakaret ve sövmeye maruz kalması veya buna sebep olması, her iki tarafın birbirlerine karşılıklı tahkir etmesi ve failin hayatına, vücut bütünlüğüne, ırzına, hürriyetine karşı şiddet

kullanılmasından dolayı hakarete bulunulması durumunda fail hakkında ya hiç ceza verilmeyecek ya da cezası indirilerek verilecektir.

B T r T r r

1. T r

Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesi, Birinci Kitap, Genel Hükümler başlığı altında düzenlenmektedir. Düzenleniş yeri ve şekli bakımından haksız tahrikin kanuni ve genel cezayı azaltıcı bir neden olduğu ifade edilmektedir³¹⁸. Haksız tahrik indirimi, kanunda istisnai düzenlemeye yer verilmediği haller hariç olmak üzere sadece özel bir suç tipi ya da belirli nitelikteki kişilerle sınırlı olmaksızın, kanunda belirtilen koşulların somut olayda mevcut olması halinde herkese ve her suç tipine uygulanacaktır. Kısaca denilebilir ki; koşulları olduğu takdirde, haksız tahrik hükümleri, nitelik itibariyle elverişli bulunan her suça uygulanacaktır. Doktrinde, tahrik düzenlemesinin suç ve kişi bakımından genel kural olarak kabul edilmesinin haksız tahrikin psikolojik esasına uygun olduğu, kanunda yazılı haksız tahrik hükmünün aradığı şiddetteki hiddet veya elemin suni sınırlamalara uygun bir durum olmadığı görüşü ileri sürülmüştür³¹⁹. Haksız tahrikin genel bir kural olarak düzenlenmesinin, haksız tahrik kurumunun hukuksal özelliğine uygun düştüğü ve kanunda hangi hallerin haksız tahrik sayılacağına sıralanmaması ve kısıtlanmamasının hakime geniş takdir hakkının tanınması anlamına geldiği hususu da doktrinde eleştiri konusu olmuştur³²⁰.

Ancak her ne kadar haksız tahrik düzenlemesi bütün suçlar bakımından uygulanabilecek genel bir kural olarak kabul edilmekte ise de, bizim de katıldığımız görüşe göre, düzenleme bütün suç tipleri için geçerli olmamakta, bazı suçların niteliği dolayısıyla tahrik hali söz konusu olamamaktadır³²¹. Buna ilişkin olarak doktrinde, failin işlediği suçun nitelik bakımından haksız tahrikin oluşumuna elverişsiz olduğu ve bu nedenle tahrik düzenlemesinin

³¹⁸ Cengiz Bardak, Haksız Tahrik Üzerine İnceleme, **Adalet Dergisi**, Yıl 79, 1988, Ocak-Şubat Sayı 1, (42-53), s. 48.

³¹⁹ Erem, **r A d T r C**, Cilt 2, s.51.

³²⁰ Duran, **Ceza Hukukunda T r** s.10.

³²¹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, s.347.

uygulanmadığı ileri sürülmektedir³²². Özellikle, ‘*Genel Adap ve Aile Düzenine arışı şlenen uçlar*’da bunun mümkün olmadığı savunulmakta, Yargıtay kararlarında zorla ırza geçme, yağma, korku, kaygı ve panik yaratabilecek şekilde silahla ateş etme suçlarının niteliği itibariyle, bu suçların failleri hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmadığı görülmektedir³²³. Yargıtay bir kararında, zorla ırza geçme ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde yerel mahkemenin tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini kararını bozmuştur³²⁴. Yargıtay, bir başka kararında, bahçesindeki kayısıları toplamak üzere gelen çocuğun ırzına geçilmesi olayında tahrik hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmiştir³²⁵. Kararda, ırza geçme suçlarının şehvi bir kasıtle ve bu duygunun tatmini için işlenebileceği ileri sürülmektedir. Kararın devamında, sanığın zararına işlediği ve yerel mahkeme tarafından haksız tahrik sayılan eylem ile işlenen suç karşılaştırıldığında, bu ikisi arasında nitelikleri bakımından ne bir bağlantı ne de ağırlık yönünden bir orantı bulunmadığı hususunun altı çizilmektedir. Ancak kanımızca, Yargıtay, somut olayda vicdana uygun karar verme yolunda isabetsiz gerekçeye dayanmaktadır. Çünkü, cinsel saldırı suçu sadece şehvi duyguları tatmin amacıyla işlenmemektedir. Bu yorum, işkence suçu kapsamında işlenen cinsel taciz ya da insanlığa karşı suçlar kapsamında işlenen cinsel saldırı suçları bakımından uygunluk arz etmemektedir. Haksız tahrik halini genel hükümler başlığı altında düzenlemiş olan İtalyan Hukuku uygulamasında da bazı durumlarda tahrikin olmayacağı ifade edilmiş, buna örnek olarak ateşli silahlar kanuna aykırılık, mütemadi suçlar, itiyadi suçlar, zincirleme suçlar ve kötü muamele suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir³²⁶.

³²² Duran, **Ceza Hukukunda Tahrik**, s.11.

³²³ Hasan Gerçekler, **Tahrik ve Tahrikin İncelenmesi**, Cilt 1, Cantekin Matbaacılık, Nisan, Ankara, 2011, s.313. 5.C.D., E. 2006/402 K. 2006/2577 T. 29.3.2006 www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 9.11.2012.

³²⁴ 5.C.D., 29.3.2006, 402/2577. İsmail Malkoç, **Tahrik ve Tahrikin İncelenmesi** M dd -178, 1.Cilt, 3.Baskı, Malkoç Kitabevi, 2008, s.214.

³²⁵ 5. C.D., 24.1.1979, 51/84, Gözübüyük, **Tahrik ve Tahrikin İncelenmesi** A C , s.226.

³²⁶ Dolcini/Marun Ricci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.32.

2. Ö T r

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, haksız tahrik düzenlemesinin genellik özelliğine hakaret suçu bakımından bir istisna getirmektedir. Özel haksız tahrik hali olarak adlandırılan bu durum, genel haksız tahrik düzenlemesine bir istisna olarak ortaya çıkmakta ve fail hakkında sadece özel haksız tahrik hali uygulanmaktadır. Bu bağlamda, hakaret suçu bakımından genel tahrike ilişkin düzenleme yerine fail hakkında belirlenecek ceza bakımından kanunun özel tahrik hükmünü içeren düzenlemesi uygulanacaktır³²⁷. Türk Ceza Kanunu'nun 129.maddesine göre '*haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret*' hallerinin somut olayda bulunması durumunda ceza verilmekten vazgeçilebileceği gibi cezada indirimde de gidilebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 129.maddesine göre:

' akaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi h linde verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir

u suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi h linde kişiye ceza verilmez

akaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi h linde olayın mahiyetine g re taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir'

İlk fıkrada hakaretin, haksız bir fiile tepki olarak işlendiği durumlarda, failin hiddet veya şiddetli eleme düşmesi aranmaksızın, haksız fiili gerçekleştirilene yönelik işlenmesi hali düzenlenmiştir³²⁸. Buradaki haksız fiil ile ilgili olarak kısıtlayıcı unsur fiilin kasten yaralama suçunu oluşturmamasıdır. Aksi takdirde, fail hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 129/2.fıkrası uygulanacaktır. Hakarete neden olan haksız fiilin mutlaka faile yönelik işlenmesine gerek olmamakla birlikte, tepki olarak işlenen hakaretin mutlaka

³²⁷Yargıtay 4.C.D. 22.2.2005, E. 2003/13562, K. 2005/1237 tarihli karar. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 27.11.2012. 'Sanığın, yakınan sanık Mustafa'yı yaralamasından sonra, sanık Mustafa'nın ona sövdüğünün kabul edilmesi karşısında; haksız kışkırtma nedeniyle özel indirim maddesi olan Türk Ceza Kanunu'nun 485/1. maddesi yerine, genel nitelikteki aynı yasanın 51/2. maddesi uyarınca indirim yapılması hatalıdır.' Yargıtay 4.C.D. T.26.6.2002, E. 2002/9700, K.2002/11907 tarihli karar. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 27.11.2012.

³²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **r r S r**, s.245.

mağdura yönelik olması gerekmektedir³²⁹. Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinde yer alan haksız tahrik düzenlemesinden farklı olarak, 129.maddede mutlaka haksız hareketin failde herhangi bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesine gerek olmaksızın uygulanabileceği; çünkü 29.maddede özel olarak belirtilen bu unsurun 129.maddede yer almadığı ifade edilmektedir³³⁰.

İkinci fıkrada ise kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenen hakaret suçundan ötürü cezasızlık hali yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 129.maddesindeki cezasızlık hali 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 485/3.maddesinden daha dar bir kapsamda düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 485/3.fikrasına göre, ' *ahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir* ' Bu ifade sadece kasten yaralama suçuna karşı değil, ırza, özgürlüğe yönelik cebri hareketleri de kapsamaktaydı³³¹. Ancak yürürlükteki Türk Ceza Kanunu düzenlemesi uyarınca kasten işlenen yaralama suçu söz konusu olduğunda, diğer haklara yönelik suçlar cezasız kalacaktır. Taksirle işlenen kasten yaralama suçunda ise maddeni 1.fikrası uygulama alanı bulacaktır. Kastem yaralama suçu bakımından bir hukuka uygunluk hali varsa, artık yaralama suçu nedeniyle hakaret suçunu işleyen fail hakkında cezasızlık nedeni ileri sürülemeyecek ve fail bu halden yararlanamayacaktır³³². Hakaret suçu failine ceza verilmemesi, kastem yaralamasının mutlaka faile yönelmiş olmasına bağlı değildir; üçüncü kişiye karşı yönelen fiile tepki olarak hakaret suçunu işleyen fail hakkında da bu hüküm uygulanacaktır³³³.

Son fıkra ise karşılıklı hakaret halini düzenlemektedir. Kişisel cezasızlık nedeni olan bu halde karşılıklı işlenen suçların hakaret suçu olması, ilk işlenen hakaretin haksız olması ve aralarında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir³³⁴. Hakaretin karşılıklı olmasından maksat, yüze karşı hakarete

³²⁹ Muharrem Özen, Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri , A C.51, S.3, 2002,(27-49), s.31.

³³⁰ Centel/Zafer/Çakmut, r r S r s.249.; Dönmezer, r ve Mala r C r r, s.320.

³³¹ Centel/Zafer/Çakmut r r S r s.256.

³³² A.g.e., s.251.

³³³ A.g.e., s.255.

³³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, T r r C Ö s.477.

karşılık teşkil eden hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için derhal, yüze karşı olmayanlarda ise öğrenildiği zamanda yapılmış olması gerekmektedir³³⁵.

3. Hafif ve A r T r

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, haksız tahriki ağır ve hafif tahrik olmak üzere ikili bir ayırma tabi tutmuştur. Ancak bunun ölçütünün ne olacağı kanunda belirtilmemiştir. Yargıtay'ın kararları doğrultusunda, kesin olmamakla birlikte belirli durumların hafif ya da ağır tahrik teşkil ettiğine ilişkin bir sınıflandırma oluşmuştur. Yargıtay, haksız fiilin niteliği ve işleniş biçimi itibarıyla önemli boyutlara ulaşmış olması halinde tahrikin ağır olduğunu kabul etmektedir³³⁶. Buna göre, genel ahlak ve aile düzenine, iffet ve namus anlayışına aykırı fiil ve davranışlar, hakaret, sövme, tehdit, basit nitelikteki yaralama ve haksız yere sataşma gibi nedenlerin yanısıra mala karşı, iş ve çalışma ve ticaret adap ve kurallarına aykırı kurallar ile komşuluk hukuku ile bağdaşmayanlar gibi davranışlar basit tahrik nedenler olarak nitelendirilmiştir³³⁷.

Meydana gelen olayın, sanığın ruhsal durumu üzerinde şiddetli bir elem ve büyük bir sarsıntıya neden olması halinde ağır tahrikin mevcudiyeti kabul edilmiş, aynı zamanda silahlı saldırılar, toplu saldırılar, öldürme ve yaralama suçları ağır tahrik halleri olarak sayılmıştır³³⁸. Meydana gelen tahrikin ağır ya da hafif olması her bir olay açısından tek tek değerlendirilmelidir. Faile yönelik birden çok devamlı hareketin bir arada değerlendirilerek ağır ve şiddetli kışkırtmayı oluşturduğu, bunun da fail hakkında ağır tahrik olarak kabul edildiği yerel mahkeme kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur³³⁹. Ancak, bazı adi tahrik eylemlerinin ard arda gerçekleştirilmesi halinde ağır tahrike neden olduğu da Yargıtay tarafından kabul edildiği görülmektedir. Örneğin süregelen sarkıntılık, ardı ardına yapılan küfür, cam kırma, taş atma eylemleri kesintisiz olmak kaydı

³³⁵ Dönmezer r M r C r r, s.321.

³³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.02.1979 tarih, 1/521 E. 77 K. Kararı. Tutumlu, T r C Hukukunda T r Ö r s.48.

³³⁷ Ali Parlar/Güleç Demirel, r B d B r S r, Adalet Yayınevi, Ankara, 2002, s.1040.

³³⁸ Yılmaz Parıltı, Töre Saiki ile İnsan Öldürme Suçu , **Adalet Dergisi**, Yıl 99, Eylül 2007, s.29, (206-229), s. 214.

³³⁹ Yargıtay 1.C.D. 20.3.1984, 1984/98 E. 1984/1200 **Adalet Dergisi**, Yıl 77, Temmuz-Ağustos, Sayı 4, 1986, s. 41.

ile ağır tahrik sayılmıştır³⁴⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, çeşitli kararlarında belirttiği üzere, tahrikin derecesi belirlenirken, haksız tahriki oluşturan hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmeli, eğer haksız tahriki oluşturan hareket bu özellikleri itibariyle yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa haksız tahrikin 'ağır ve şiddetli' olduğu kabul edilmelidir³⁴¹.

Hafif ya da ağır tahrik ayrımının, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda açıkça gösterilmemiş olsa da ceza miktarının tayininde dikkate alındığı görülmektedir. Tahrikin hangi durumda ağır hangi durumda hafif olacağı hususunun hakim takdirine bırakılması pratik uygulamada da isabetli olmuştur. Tahrikin ne zaman ve hangi durumlarda ağır ya da hafif olacağının tespitinin hakim kararına bırakılması, somut olayda meydana gelen haksızlık derecesi ve failde meydana getirdiği elemin yoğunluğunun ölçülmesi açısından isabetlidir. Yerel mahkemenin tahrik nedeniyle indirim miktarını belirlerken nelere dikkat etmesi gerektiği hususu Yargıtay tarafından şu şekilde belirlenmiştir. ' *ahrikin derecesinin tespiti mahkemenin değerlendirme yetkisi kapsamına girmekle beraber mahkemeler bu yetkiyi hukukun genel ilkelerine haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanmalıdırlar aksız tahrikin kabulü için olay sebebinin sanığın ruh yapısı üzerinde şiddetli bir elem ve büyük bir hiddetle sarsıntıya yol açması gerekmektedir eğer haksız fiil niteliği ve işleniş itibariyle nemli boyutlara ulaşmışsa haksız ağır tahrikin kabul edilmesi gerekir*³⁴².

³⁴⁰ Yaşar Yavuz, Haksız Tahrik , **r** **rgisi**, Cilt 17, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1991, (445-465) s.460.

³⁴¹ Gerçekler **r** **U** **T r C** , Cilt 1, s.315.

³⁴² Yrg C.G.K., 25.6.1990 gün ve 1990/1-176 E 1990/194 K. Yaşar Yavuz, Haksız Tahrik , **r** **r** s.455.

C T r T r

1 C

İlkel topluluklarda suçun en önemli özelliği, bir kimsenin cezalandırılması için maddi fiilin yeterli olması, kusurun aranmamasıdır³⁴³. Meydana gelen netice bakımından, suçun ne şekilde ve kim tarafından işlendiği dikkate alınmamış, sadece zarar ile nedensellik bağının varlığı aranmıştır³⁴⁴. Zarar, kusurun yerini tutarak tehlike fikri kusur şartının yerini almıştır³⁴⁵. Bu dönemin suç ve ceza politikası kusuru dikkate almamakla beraber failin kişiliğini ve suça etki eden nedenleri de göz ardı etmiştir. Toplumda, düzeni ihlal eden her hareket hukuka aykırı kabul edilmiş, faillerin suçu kasten, taksirle ya da herhangi bir nedenle işlemiş olmaları arasında cezai sorumluluk açısından fark gözetilmemiştir³⁴⁶. Ancak, zamanla Eski Yunan Hukuku'nda suçların cezalandırılmasında, cezayı hafifleten ve ağırlaştıran bazı haller dikkate alınmaya başlanmıştır³⁴⁷. Eski Yunan Ceza Hukuku'nda Osmanlı Ceza Hukuku'nda olduğu gibi, zina halinde karısını yakalayarak öldüren koca hakkında ceza soruşturmasının yapılmayacağı düzenlenmiştir. Bu özel cezasızlık hali, bir meşru savunma kurumu olarak değerlendirilmiştir³⁴⁸.

Antik Çağ'da, Aristoteles'in düşüncelerinde tahrikin temellendirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Aristo'ya göre, ceza verme hakkı devlete ait olsa da o dönemde hala onur teorisinin geçerliliğinden yola çıkarak, onura karşı işlenen suçta bireysel karşılığın verilmesi uygundur³⁴⁹. Burada onur teorisi ile kastedilen, aslında fail tarafından kendisine yönelik gerçekleştirilen fiile 'kisas' düşüncesi ile karşılık vermesine hukuk düzenince izin verilip verilemeyeceğidir. Aristoteles'e göre, mantıklı ve iradesine hakim olan kişi, kendisine karşı bir haksızlık yapıldığı zaman, karşılık verme duygusuna kapılır ve bu duygusunu ölçülü ve orantılı bir biçimde açığa çıkartır. Eğer mağdur, faile karşı ancak

³⁴³Dönmezer/ Erman, **Nazar T C Cilt I**, s. 45.

³⁴⁴İçel, **Ceza Hukukunda T rd S S r**, s.32.

³⁴⁵Dönmezer/ Erman, **N r T C Cilt I**, s. 45

³⁴⁶İçel, **Ceza Hukukunda T rd S S r luk**, s.32.

³⁴⁷Demirbaş, **T r C d Ö T r r**, s. 15.

³⁴⁸Aydın, **T r**, s. 16.

³⁴⁹G.R. Sullivan, Anger and Excuse: Reassessing Provocation, **Oxford Journal of Legal Studies**, 1993, Vol.13, No.3, (421-429), s.422.

orantılı ve uygun bir karşılık verirse doğru davranmış olur³⁵⁰. Bu ifadeyle Aristoteles tahrik ile ilgili olarak bir meşruiyet temeli tesis etmiştir. Modern ceza hukuku anlayışında da tahrikin indirim nedeni olarak vasıflandırılmasının özünde bireyin insani zayıflığının bir imtiyaz olarak rol oynamasının yattığı ifade edilmektedir³⁵¹. Tahrik sonucu işlenen suçta, failin yanı sıra mağdurun da bu harekete etkisi bulunmaktadır. Ancak, kızgınlıkla işlenen fiillerde failin tasarlamadan cezalandırılmaması gerekmektedir³⁵².

2 R

Roma Ceza Hukuku'nun ilk dönemlerinde suç kişiler arasında bir sorun olarak görülmüş, haksız fiil ile suç arasında bir ayrıma gidilmemiştir³⁵³. Bu nedenle failin, kusuruna bakılmaksızın netice sorumluluğu yani objektif sorumluluğu kabul edilmiştir. Sorumluluk, neticesinde bir zararın doğduğu olayın meydana gelmesi halinde, failin kusuru dikkate alınmadan, dış dünyada yansıyan neticeye bakılmak suretiyle saptanmıştır³⁵⁴. Roma Hukukunda subjektif sorumluluk ancak Cumhuriyet dönemi sonlarına doğru ortaya çıkmıştır³⁵⁵. Bu dönemdeki gelişmelerde, özel haksız tahrik hallerinin kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Roma Hukuku'nda İmparator Augustus döneminde, savaş sonrası İtalyan kökenli insanların sayıca azalması ve doğu kökenli insanların Romalı üst sınıf kişilerle evlenmesi neticesinde Roma ve İtalyan aile birliğinde görülen dağılmalara ve Roma kökenli halkın sayıca azalması tehlikesine karşı, bu durumu önlemek ve özellikle maddi durumu iyi Romalıların birbirleri ile evlenmelerini teşvik etmek amacıyla *Lex Iulia Adulteriis*³⁵⁶ kanunu çıkarılmıştır. Kanun ile evlilik birliğini düzenlemek, evlenmeyenlere ve evlilik dışı ilişkilere ağır yaptırımlar getirmek ve böylelikle Roma ve İtalya kökenli halkın nüfusunu arttırmak ve nüfuzunu sağlamak amaçlanmıştır. Milattan Önce sekizinci ve yedinci yüzyılda geçerli olan bu kanundaki en önemli düzenlemelerden biri,

³⁵⁰ Narayan/Von Hirsch, Three Conceptions of Provocation , **Criminal Justice Ethics**, s.17.

³⁵¹ Finnbar McAuley, Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law , **The Modern Law Review**, Vol.50, Mart 1987, No.2, s.136.

³⁵² Aristotle, **The Ethics of Aristotle: The Nicomachean Ethics**, çeviren: J.A.K. Thomson, Penguin Books, Harmondsworth, England, 1976, s.192.

³⁵³ Zafer, C r, s.30.

³⁵⁴ Kayıhan İçel/Süheyl Donay, r r U C , 1.Kitap, 5.Bası, Beta Yay, İstanbul, 2006, s.41.

³⁵⁵ A.g.e, s.42.

³⁵⁶ Pal Csillag, The Augustan Laws on Family Relations (Budapest: Akademiai Kiado 1976) kitap incelemesi için bkz: Peter Stein, **The Cambridge Law Journal** (1978), S.37, s.171-173.

sadece zinaya değil, çok geniş bir alanda cinsel suçlara karşı da ağır yaptırımlar getirmiş olmasıdır.

Evlilik kurumunu düzenleyen bu kanun ile baba ya da kocaya zina yapan kızı ya da karısını öldürme hakkı tanınmıştır. Kanuna göre, ‘*Koca ya da baba, karısını ya da kızını müşterek kullanılan evde zina yaparken suçüstü yakalaması halinde, babanın ya da kocanın hiddetlenmesi neticesinde kendini tutamaması ve hemen olay anında öldürmesi*’ durumunda baba ya da kocaya ceza verilmemekteydi³⁵⁷. Bu kanun ile faile ilk kez ‘*hiddet*’e kapılarak tahrik olması neticesinde suç işlenmesi halinde ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile bu kanun ile ‘*hiddet*’in bir cezasızlık nedeni olarak hukuka girdiği görülmektedir. Antoninus Pius döneminde kanun değiştirilmiş, zina yapan kadının yukarıda belirtilen şartlar dahilinde babası ya da kocası tarafından öldürülmesi suç olarak kabul edilmiştir; ancak artık hiddet bir cezasızlık nedeni değil, cezayı azaltan bir hal olarak failin cezasında indirim neden olmaktadır. Baba ya da kocaya bu yetkinin verilmesinin temelinde Roma Hukukunda pater familias anlayışı bulunmaktadır. Kadının gerçekleştirdiği fiil, erkeğin evdeki erkek egemenlik alanına yönelik bir saldırı olarak kabul edilmektedir³⁵⁸.

3. M r C

Roma Hukuku, Ortaçağ Hukuku üzerinde onsekizinci yüzyıla kadar etkisini sürdürmüştür³⁵⁹. İlk dönemlerde suçların ne olduğu hususunda bir belirlilik bulunmamakta ve hakimlerin takdire dayalı cezalar verdikleri görülmektedir³⁶⁰. Ancak, Roma Hukuku üzerinde İtalyan hukukçular tekrar inceleme yapmaya başlamışlar ve bu incelemeler neticesinde ceza hukuku meseleleri konusunda önemli çalışmalar ortaya koymuşlardır³⁶¹. Bu çalışmalar aynı zamanda Alman Hukukunun temelini oluşturan ve üç yüzyıl uygulama alanı bulan Carolina Kanunu’na (*Constitution Criminalis Carolina*) kaynaklık etmiştir³⁶². ‘*Constitution Criminalis Carolina*’nın 137.maddesinde kasten öldürme suç tipi tasarlayarak ve tasarlamadan olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

³⁵⁷ <http://.csun.edu/~hcfl1004/Adulteriis.html>, Kanun’un 2.maddesi. erişim tarihi: 2.12.2012.

³⁵⁸ Stein, *The Cambridge Law Journal*, s. 171-173.

³⁵⁹ Dönmezer/ Erman, N r T C

Cilt I, s. 46.

³⁶⁰ A.g.e., s. 47.

³⁶¹ İçel/Donay, r r U C

s.44.

³⁶² A.g.e., s.45.

Kanunda yer alan ‘*tasarlamadan*’ kavramının ‘*nicht vorbedacht*’ yani ‘*tasarlamayarak*’ şeklinde değil ‘*totschlag aus gerecht und zorn*’ yani ‘*kızgınlık ve fkedden kaynaklanan ldürme*’ şeklinde ifade edilmiş olması Schiess tarafından kızgınlık ve öfkenin ve dolayısıyla bunların neden olduğu tahrikin açıkça kanunda yer aldığı göstergesi olarak sunulmaktadır³⁶³. Carolina Kanunu’nun 137.maddesinde, ‘*aniden*’ (*gachheit ya da gaehheit*) ya da ‘*kızgınlık*’ (*aus Zorn*) ile adam öldürme halinde ceza miktarı diğer adam öldürme suçlarından daha hafif öngörülmüştür³⁶⁴.

4. Anglo-Sakson Hukuku B r d T r T r

Onikinci ve onüçüncü yüzyıllarda, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde çok sınırlı olmakla birlikte, kasten öldürme fiillerinde meşru savunma uygulanmakta ancak haksız tahrik belirli bir biçimde uygulanmamaktaydı. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, fail hakkında uygulanan tahrik indirimi, ilk defa Ortaçağ dönemindeki, failin tahrik neticesinde meydana gelen kızgınlığa bağlı olarak gerçekleştirdiği, ‘*se defendendo*’³⁶⁵ yani kendini savunma neticesinde kasten öldürme olarak çevirebileceğimiz hallerde uygulanmaktaydı. Bu halde, iki insan arasında meydana gelen ve ani gerçekleşen beklenmedik bir saldırı esnasında birinin, diğerinin ölümcül darbelerinden önce kendisini güvenli bir alana çekebilmesi ve akabinde gelecek saldırıdan korunmak için gerektiğinde düşmanını öldürmesi niteliğindeki öldürme eylemleri söz konusu olmaktadır. Bu eylemlere bağlı gerçekleştirilen yargulamalarda haksız tahrikin gündeme geldiği görülmektedir³⁶⁶. Tahrik teorisinin, bu şekilde kastın tamamen kötülük yapma amacıyla gerçekleştirildiği karinesini çürütmeye başlaması ile her öldürme eyleminin altında gizli nefretin yatmadığı ve dolayısıyla mutlaka kötülük yapma kastı ile hareket edilmediği kabul edilmiştir³⁶⁷.

³⁶³ Schiess, B r r d A , s.18.

³⁶⁴ Reinhard Moos, **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, herausgegeben von Frank Höpfel/Eckart Ratz, 34.Lieferung, Wien, 2002, 76, Kn.1, s.5.

³⁶⁵ <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Se+defendendo>. Erişim tarihi: 2.11.2011.

³⁶⁶ Sullivan, Anger and Excuse: Reassessing Provocation , **Oxford Journal of Legal Studies**, s.422.

³⁶⁷ A.J.Ashworth, The Doctrine of Provocation , **Cambridge Law Journal**, 35/2, Kasım, 1976, s.292.

Haksız tahrik kurumunun, bugünküne benzer biçimde anlaşıldığı şekliyle Anglo-Sakson Hukuk Sistemine girmesi onyedinci yüzyıllara rastlamaktadır. Bu dönemde, taammüden adam öldürme ile bir kavgada ya da kendini savunurken adam öldürme arasında, faile verilen ceza miktarlarındaki farkın mahkeme kararlarına yansdığı, buna bağlı olarak haksız tahrikin hukuki alanda kendini gösterdiği ifade edilmektedir³⁶⁸. Her ne kadar bu dönemde haksız tahrik kelimesi kitaplarda ya da mahkeme kararlarında geçmemekte ise de yargılamalarda failin taammüden adam öldürmesi ile aşırı kızgınlık neticesinde adam öldürmesi birbirinden ayrı ele alınmış ve buna bağlı olarak ayrı cezalar öngörülmüştür³⁶⁹.

Haksız tahrik teorisinin Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde ortaya çıkış nedeni tıpkı Roma Hukukundaki gibi bireyin ihlal edilen onurunun korunması ile benzerlik göstermektedir. Onyedinci yüzyıl sonu onsekizinci yüzyıl başında günümüz haksız tahrik anlayışının ortaya çıkmasından önce, centilmen birisi onuruna karşı gerçekleştirilen saldırı karşısında, yiğitliğini ya da iade-i itibarını geri kazanmak amacıyla, kişisel kıstasta bulunma hakkına sahipti³⁷⁰. Bu nedenle, failin cezasında indirimine gidilmesinin rasyonel temeli, kontrolsüz, bir anda meydana gelen bir aşırı kızgınlık, heyecan değil bir kişinin onurunu koruması nedeniyle suç işlemiş olmasıydı³⁷¹. Failin kısas neticesinde, tepkinin boyutlarının çok aşılmadığı sürece, işlediği fiili üzerinde haksız tahrik etkisinin varlığı kabul edilmişti³⁷². Ancak, daha az bir kısas mümkün iken, insan iradesinin zayıflığı neticesinde olması gerekenden fazla gösterilen tepkinin neticesinde ölüm meydana gelmesi halinde, onurunu korumaya çalışan birine bile öldürme yetkisi verilmediğinden dolayı neticeden sorumluluk doğmasına neden olmaktaydı. Özetlemek gerekirse, ilk dönemlerde, kişilerin şereflerinin aşırı kutsal sayılması ve önem taşıması gibi sosyal bir kabul bulunmaktaydı ve buna yönelik olarak sarfedilen küçümseyici ve aşağılayıcı davranışlar birer ‘hakaret etme’, ‘tahkir

³⁶⁸ Michael J. Allen, ‘Provocation’s Reasonable Man: A Plea for Self-Control’, **The Journal of Criminal Law**, Vol. 64, 2000, (216-244), s.217.

³⁶⁹ Sir Edward Coke, **The Third Part of the Institutes of the Laws of England**, The fourth Edition, London, 1669, s.51.

³⁷⁰ CMV Clarkson/HM Keating and SR Cunningham, **Clarkson and Keating Criminal Law**, 6th Ed., Thomson Sweet&Maxwell, London,2007,s. 710.

³⁷¹ Sullivan, ‘Anger and Excuse: Reassessing Provocation’, **Oxford Journal of Legal Studies**, s.422.

³⁷² **A.g.e.**, s.423.

etme' sayılmakta ve neticesinde kişinin saygınlığına zarar verici hareketler olarak kabul edilmekteydi³⁷³.

Meydana gelen olaylar ve yapılan yargılamalar neticesinde, hangi durumların bireyin onurunu küçümseyici ve aşağılayıcı, dolayısıyla 'tahrik'e neden olduğu hususunda dört kategori ortaya çıkmış ve mahkemeler tarafından uygulanmıştır. Bunlar ilk olarak, *Lord Holt* tarafından *R v. Mawgridge* yargılamasında ileri sürülmüştür. Buna göre, ağır kasten yaralama fiillerine maruz kalmak; arkadaşına ya da yakınına karşı bir saldırı; bir vatandaşın hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılması; bir kadının tecavüze uğraması fiillerinin failde haksız tahrike neden olacağı kabul edilmiştir³⁷⁴. Bu dönemde, kişinin onurunu koruması ve tekrar saygınlığını kazanması için kişi, bir karşılıklı, kısasta bulunmak zorundadır. Bu kısas, tahrike neden olan fiil ile orantılı ağırlıkta olmak zorundadır. Ancak, burada altını çizilmesi gereken husus, failin, tahrike neden olan fiil ile orantılı olan davranışı, buna neden olan kişiyi öldürecek boyutta olmaması gerektiğidir³⁷⁵. Bu nedenle, failin tahrik neticesinde gerçekleştirdiği öldürme fiilleri için cezasızlık öngörülmemiş ancak failin bu şekilde davranması başlangıçta hukuki olarak kabul edilen bir zeminde hareket etmesinden ötürü suçun niteliğinde değişikliğe gidilerek ceza indirimi sağlanmıştır.

Bugün hala Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde etkisini gösteren ve kurumun ilk çıktığı dönemde de gözönünde bulundurulması gereken temel unsur, failin meydana gelen fiil neticesinde aşırı kızgınlık duyarak hareket etmesi ve hareketin, faili tahrike kapılmasına yeter ağırlıkta tahrik edici olması gerektiğidir. Bu nedenle altını çizmek gerekirse önemli olan, ilk dönemlerden beri intikam duygusu ile hareket edip, adam öldüren fail hakkında, daha önce tahrike neden olan hareketlere maruz kalınsa bile, tahrik indirimi uygulanmamasıdır³⁷⁶.

³⁷³ Mitchell N. Berman/ Ian P. Farrel, **Provocation as Partial Justification and Partial Excuse**, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Nummer 166, s. 6, <http://ssrn.com/link/texas-public-law.html>

³⁷⁴ Ashworth, The Doctrine of Provocation , **Cambridge Law Journal**, s.293.

³⁷⁵ Berman/Farrel, **Provocation as Partial Justification and Partial Excuse**, s. 6.

³⁷⁶ **A.g.e.**

Onsekizinci yüzyılda, onur ve kisas kavramından uzaklaşmış ve kızgınlık, öfke hali başka bir anlama bürünmüştür³⁷⁷. Kızgınlık ve öfke, buna neden olan şeye ve kime karşı koyma kabiliyeti ile ilişkilendirilmiştir. Bu nedenle, aşırı öfkenin kişide öz denetimini kaybetmesine neden olacağı ve bunun tesiri ile suç işleyen failin kısmen de olsa mazeretinin varlığı kabul edilmiştir³⁷⁸. Günümüz Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, geçmişte olduğu gibi bir tahrik kategorisi bulunmamasına ve şartlarında değişikliğe gidilmesine rağmen, haksız tahrik uygulamasının yeri korunmuş ve 1957 tarihli Homocide Act ile ilk kez kanuni düzenlemede yerini almıştır.

5. T r C Hukukunda Ha T r T r

a C r Ö

İslamiyet öncesi Türk devletlerinde uygulanan ceza hukukunun ilkel dönem ceza hukuku ile benzerlik gösterdiği söylenebilir³⁷⁹. İslamiyet sonrası dönemde ise İslam Hukuku kuralları islamiyet öncesi bazı kurum ve geleneklerle bir arada varlığını göstermiştir. İslam Hukukunun kaynakları olan Kuran, Sünnet, İcma-i Ümmet ve Kıyas-ı fukaha Türk Hukukunda uygulanmıştır. İslam şariatının öğretilerinden bahseden ilim fıkıh ilmidir ve bu ilim ibadet, muamelat ve ukubattan oluşmaktadır. Ceza Hukuku ukubat kısmında yer almaktadır³⁸⁰. İslam Ceza Hukukunda cinayet, cerime şeklinde ifade edilen suç, ceza hukuku yaptırımını ile karşılanan herhangi bir yasak fiilin işlenmesidir³⁸¹. İslam Ceza Hukukunda kişilere, malvarlığına, dine, nesebe, ırza, kamu düzenine, siyasi iktidar düzenine yönelik fiiller suç olarak kabul edilmiş ve karşılığında yaptırımlar uygulanmıştır³⁸². Suçlar, had, kisas ve tazir suçları şeklinde sınıflandırılmıştır. Had suçları Allah ve peygamberi tarafından belirlenmiş, Allah haklarına yönelik suçlardır. Kisas suçları ise kişilere yönelik suçlardır. Kisas suçlarında yaptırımın başka suçlara çevrilmesi, affa uğraması, şikayetten

³⁷⁷ Stephen Gough, Taking the Heat Out of Provocation , **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.19, Autumn 1999, (481-493) s. 485.

³⁷⁸ Berman/Farrel, **Provocation as Partial Justification and Partial Excuse**, s. 7.

³⁷⁹ Çoşkun Üçok, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler , **A C r B rd C** C.IV, S.1-4, 1947, s.48.

³⁸⁰ Ahmet Gökçen, **T d O C r B rd C** **M d r** İstanbul, 1989, s. 3.

³⁸¹ Mustafa Avcı, **O C r** , Mimoza, Konya, 2008, s.25.

³⁸² **A.g.e.**, s.13.

vazgeçilmesi mümkündür. İslam Ceza Hukukunda, ceza verme hakkı bulunan devlet başkanı veya onun görevlendirdiği kişiler, toplum yapısını ilgilendiren suçlar haricindeki suçlar bakımından, failin kişiliğini, ruhani halini, içinde bulunduğu şartları ve ahlakını göz önünde tutarak cezanın hafifletilebilmesi yetkisine sahip olmuşlardır³⁸³.

Osmanlı Ceza Hukukunun genel olarak İslam Hukukunun kaynak ve ilkelerine uygun olduğu söylenmektedir³⁸⁴. Bununla birlikte Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun yanı sıra örfi hukukta da ceza hukukuyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Osmanlı Hukukunda haksız tahrik halinin cezayı azaltan bir durum olarak uygulandığı suçlar mevcuttur³⁸⁵. Tahrik altında işlenen kasten yaralama suçunda faile ceza verilmediği, kendisinin sadece tevbih edildiği görülmektedir³⁸⁶. Kasten öldürme ve yaralama suçlarının tahrik nedeniyle gerçekleştirildiği ya da şiddete uğrayan kişinin şiddet uygulayana karşı hakaret ettiği durumlarda failin hiç cezalandırılmadığı ya da daha az ceza aldığı görülmektedir³⁸⁷.

Tanzimat dönemi ile Osmanlı İmparatorluğunda birtakım yeniliklere gidilmiştir. Bu yeniliklerin tesir ettiği alanlardan birisi de hukuk alanıdır. Tanzimat Fermanı ile yapılması planlanan Ceza Kanunu 3 Mayıs 1840'da ilan edilmiştir³⁸⁸. 1851 (1267) tarihinde, 1840 (1256) tarihli Kanunun eksikliklerini gidermek amacıyla yeni bir kanun daha kabul edilmiştir. Ancak gerek Tanzimat dönemi kanunlarında gerekse örfi hukukta yer alan ceza hukukuyla ilgili düzenlemelerde haksız tahrik ile ilgili bir hükme rastlanmamaktadır³⁸⁹.

1858 (1274) tarihinde kabul edilen ve 1911 ile 1914 tarihlerinde değişikliğe uğrayan Ceza Kanunname-i Humayunu, mehzaz Fransız Kanunu olmakla birlikte içinde İslam Hukukundan gelen hükümleri de

³⁸³ Demirbaş, T r C d Ö T r r s.22.

³⁸⁴ Avcı, O C r , s.19.

³⁸⁵ A.g.e., s.78.

³⁸⁶ A.g.e., s.132.

³⁸⁷ Mustafa Avcı, O Hukukunda S r C r , 2004, İstanbul, s.228.

³⁸⁸ Gökçen, Tanzimat D O C r B rd C

M d r , s. 11.

³⁸⁹ Demirbaş, T r C d Ö T r r , s.23

barındırmaktadır³⁹⁰. Tanzimatın ilanından sonra devletin batılılaşma yolundaki önemli adımlarından biri olan bu kanun, önceki kanunlardan farklı olarak, doğrudan tahrike ilişkin genel bir düzenleme içermemekle birlikte, bazı maddelerinde özel haksız tahrik hallerine yer vermiştir³⁹¹. Kanunun 188.maddesinde, bir kimsenin karısını veya diğer mahreminden birisini bir kişi ile zina halinde görüp, her ikisini ya da birisini vurur, onları yaralar veya öldürürse bundan dolayı failin kısmi olarak mazur görülebileceği düzenlenmiştir³⁹². Yine Kanunun 189. ve 190. maddelerinde yaralama, öldürmeye yönelik işlenen fiillere karşılık gerçekleştirilen hareketler neticesinde cezai sorumluluğun azalacağı kabul edilmiştir. Kanunun 189. maddesinde, kasten öldürme, yaralama ve kötü muamele suçlarını failin, aynı neviden davranışlar dolayısıyla tahrik edilmesi neticesinde bu fiillere karşılık işlenmesi halinde kısmi olarak mazur görülebileceği ifade edilmiştir. Kanunun 190.maddesiyle de fail hakkında üç aydan üç yıla kadar hapis cezası uygulanacağı düzenlenmiştir³⁹³. Kanunun 214/13.fikrasında kendi hareketi ile hakarete maruz kalınması veya her iki tarafın karşılıklı olarak hakaret etmeleri halinde cezaların azaltılarak, yirmidört saat ile bir ay arasında veya bir buçuk ila üç mecdiye altını para cezası ile cezalandırılacağı kabul edilmişti³⁹⁴. Burada, haksız olmak şartı ile herhangi bir fiil tahrik olarak değerlendirildiği gibi karşılıklı işlenen herhangi bir suçtan dolayı fail mazur addedilerek cezası indirilmektedir³⁹⁵.

³⁹⁰Gökçen, **Tanzimat D O C r B rd C M d r** s. 26.

³⁹¹Demirbaş, **T r C d Ö T r r**, s.23. Tahir Taner, **Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku**, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s.10.

³⁹² C.G.Walpole, **The Ottoman Penal Code**, William Clowes and Sons Limited, London, 1888, s.81.

³⁹³ **A.g.e.**

³⁹⁴ **A.g.e.**,s.95.

³⁹⁵ Taner, **C U** s.444.

b C r S r

S T r Ceza K d r A T r

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu, kanunun 51.maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

' ir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemnin 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 d rt sene ağır hapis cezasına mahkum olur air hallerde işlenen suçun cezasının d rtte biri indirilir.

ahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi d rt sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir

air cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir'

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51.maddesinde, 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile mülga edilene kadar, iki kere değişikliğe gidilmiştir. Bunlardan 23.6.1936 gün ve 3038 sayılı Kanun ile sadece cezalardaki indirim oranlarında değişikliğe gidildiği görülmektedir.

9.7.1953 gün ve 6123 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle, haksız tahrik neticesinde fail hakkında ölüm cezası yerine belirlenecek olan cezanın alt sınırında bir artışa gidildiği görülmektedir³⁹⁶. Düzenlemenin gerekçesinde; indirim oranlarının yüksek bulunduğu dikkate alınarak hafif ve ağır tahrik neticesinde suç işleyen kişilerin cezalarında yapılacak indirimin daha az olması amacıyla madde düzenlemesindeki cezadan indirim oranının küçültülmüş ve münhasıran hakim ve mahkemenin takdirine bağlı tahfif sebebi dolayısıyla cezadan yapabileceği indirme oranı da azaltılmış olduğu ifade edilmiştir³⁹⁷.

³⁹⁶ 14.7.2004 gün ve 5218 sayılı Kanun'un 1/A-8.fıkrası ile madde metnindeki 'ölüm cezası' ibaresi 'ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası' ile değiştirilmiştir.

³⁹⁷ Tutumlu, **T r C Hukukunda T r Ö r** s.17.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu lafzı da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklılıklar arz etmektedir. 765 sayılı Kanun'da '*haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedir bir elem*' ifadelerine yer verilmektedir. Madde metninde tahrikin haksızlığından bahsedilmekte, fiilin haksızlığından bahsedilmemektedir. Ancak 765 sayılı Kanun döneminde de doktrinde, ilerde ele alınacağı üzere, haksız tahrikin unsurları ele alınırken haksız tahrik uygulaması için haksız bir fiilin varlığından bahsedilmektedir. Her ne kadar doktrinde fiilin haksızlığı ele alınmış olsa da kanımızca, 5237 sayılı Kanun'da açık bir biçimde düzenlenmesinin nedeni özellikle töre saiki altında işlenen kasten öldürme suçları hakkında, somut olayda mağdurdan kaynaklanan fiilin haksızlığı bulunmadığından bahisle, haksız tahrik indiriminin gerçekleştirilmemesi gerektiğidir. 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay, töre saiki ile kasten öldürme suçlarında, mağdurdan kaynaklanan herhangi bir haksız fiil olmadığı halde, haksız tahrik nedeniyle ceza indirilmesine yönünde kararlar verebilmekte idi³⁹⁸. 5237 sayılı Kanun düzenlemesinde, fiilin haksız olması gerektiği yer almış ve düzenleme '*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem*' şeklinde kaleme alınmıştır.

b.b.T r Ceza K Ö T r r d Yer Alan T r r

1987 ve 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarılarında haksız tahrik genel hükümler arasında ve '*uç a esir den ebepler*' başlığı altında düzenlenmiştir. 1987 tarihli Ön Tasarının 30., 1989 tarihli Ön Tasarının 32. maddesinde haksız tahrik kurumu şu şekilde düzenlenmiştir;

' ir kimse haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında bir suç işlerse fiil lüm cezasını gerektirdiği takdirde yirmi yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on beş yıl hapis cezasına mahkum olur iğer hallerde işlenen suçun cezasının d rtte birinden üçte birine indirilir nca bu hallerde verilecek ceza on iki yıldan fazla olamaz

³⁹⁸ Yargıtay 1.C.D. 9.12.1992, 2280/2822. Tezcan/Erdem/Önok, **T r r C Ö Hukuku**, s.165.

ahrik ağır ve şiddetli olursa fiil lüm cezasını gerektirdiği takdirde on beş yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıl hapis cezası verilir iğer hallerde cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir nca bu hallerde verilecek ceza on yıldan fazla olamaz.'

Madde metnine bakıldığında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemenin aslının korunduğu, adi ve ağır tahrik ayırımının devam ettiği görülmektedir. Her iki Ön Tasarıdaki madde düzenlemesi ve gerekçeleri aynı olup, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51.maddesinde yer alan '*gazap ve şedit bir elemin tesiri altında*' ifadelerinin uygulamada karışıklığa neden olduğu gerekçesi ile bu ifadelerin '*hiddet veya şiddetli elem*' olarak değiştirildiği ve hiddetin aslında şedit halini de kapsamasına rağmen birlikte kullanıldığının açıklamalarda yer verildiği görülmektedir. Ağır tahrik nedeniyle yapılan indirimdeki alt ve üst sınırın, adi tahrik halinde de uygulanmasının kabul edilmesi suretiyle, olayın özelliğine göre hakime takdir imkanı tanınması amacıyla benimsendiği görülmektedir³⁹⁹.

Her iki tasarıda da özel haksız tahrik düzenlemesini içeren suç tiplerine yer verilmiştir. 1987 tarihli Ön Tasarı, '*evlete arşı uçlar*' başlığı altında beşinci bölümde '*amu izmeti ve revlerine arşı uçlar*'ı düzenlemiştir. Beşinci bölümde yer alan ve memurlara karşı işlenen bu suçların, memurun memuriyet sınırını aşarak veya keyfi hareketlerde bulunarak işlenmesine sebebiyet vermesi halinde, failin cezası indirilebilir ya da tümünden kaldırılabilir. Bu durum, Ön Tasarının onuncu bölüm müşterek hükümler içerisinde düzenlenen ve özel ortak haksız tahrik indirimini öngören bir düzenleme olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı nitelikteki düzenleme, madde metinleri farklı ancak içerik olarak aynı kalmak üzere, 1989 tarihli Ön Tasarıda da karşımıza çıkmaktadır⁴⁰⁰.

Ön Tasarılarda düzenlenen bir diğer özel haksız tahrik hali '*arşılıklı Hakaret*'tir. 1987 tarihli Ön Tasarının 143., 1989 tarihli Ön Tasarının 176. maddelerinde yer alan düzenlemelerde, cezanın kaldırılması veya azaltılması hususunda üç ayrı durum bulunmaktadır. Mağdurun kendi haksız hareketleri ile

³⁹⁹ T r C Ö r r , Ankara, 1987, s.47.

⁴⁰⁰ A.g.e., s.261.

hakarete sebebiyet vermesi halinde haksız hareketin ağırlığına göre failin cezası azaltılır ya da tümüyle kaldırılabilir. Hakaretin karşılıklı olması durumunda hakim, hangisinin sebebiyet verdiğini göz önünde bulundurarak her iki tarafa ya da bir tarafa ceza vermeyebilir. Son durum ise kendisine karşı şiddet kullanan kişiye karşı bundan ötürü hakaret edilmesi halinde faile hiç ceza verilmemesidir.

1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Ön Tasarılarından sistematik ve içerik olarak farklılıkları arz etmiştir⁴⁰¹. 1997 tarihli Tasarıda haksız tahrik, taksirli suçlarda indirim ve takdire bağlı hafifletici sebeplerle birlikte ‘Suça etki eden sebepler’ başlığı altında düzenlenmiştir. 1997 tarihli Tasarının 31.maddesinde ele alınan haksız tahrik düzenlemesinde adi ve ağır haksız tahrik ayırımı kaldırılmış, tahrik halinde verilecek cezada aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilerek olayın özelliğine göre uygulanacak ceza indirimi bakımından hakime takdir hakkı tanınmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemede yer alan ‘gazap veya şedit bir elemin tesiri altında’ ifadesi korunmuştur. Tasarının 31.maddesine göre, ‘ aksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet veya 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 iğer hallerde verilecek cezanın d rtte birinden d rtte üçüne kadarı indirilir ancak verilecek ceza oniki yıldan fazla olamaz ’

2001 Tasarısının 31.maddesi de haksız tahrik düzenlemesinde adi ve ağır haksız tahrik ayırımını kaldırmış, tahrik halinde verilecek cezada aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilerek olayın özelliğine göre uygulanacak ceza indirimi bakımından hakime takdir hakkı tanımıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemede yer alan ‘gazap veya şedit bir elemin tesiri altında’ ifadesi korunmuştur.

⁴⁰¹ Kabahatlerin suç olmaktan çıkartılmaya başlanmış olması, yaptırımların güvenlik tedbirleri ile tamamlanması, dolaylı faillik, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması bunlardan bazıları sayılabilir. Burhan Caner Hacıoğlu, 1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler A E , C.4, S 1-2, 2000http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000_1_7.pdf, s.97. erişim tarihi 28.04.2011.

BÖ M
AR A T RMA U U TA A S Z TA R

A. Anglo-Sakson Hukuk S B r

**1. Anglo-S S B rd Tahrikin
r r**

a.Genel Olarak

Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, suç tipini değiştirmek suretiyle fail hakkında verilecek cezada indirim yol açan haksız tahrik düzenlemesinin hukuki temeli ve niteliği bir dönemi meşgul edecek şekilde tartışılmıştır. Bu tartışmanın temelinde, tahrik edenin faildeki şiddet dürtüsünü ya da ihtirasını kışkırttığından ve bu nedenle failin kendi iradesi ile hareket edemediğinden bahisle meydana gelen neticeden kısmen mi sorumlu olduğu (*partial excuse*); yoksa tahrik edenin hareketinin neticesinde faile misilleme yapma hakkını mı doğurduğu (*partial justification*)⁴⁰² meselesi yatmaktadır. Daha basit bir ifade ile, tahrik indiriminin temeli, failin ihtirası ve bunun neticesinde ortaya çıkan kontrol kaybına mı yoksa tahrik edenin yanlış tutumuna ve neticesinde failde meydana gelen zedelenmiş irade dolayısıyla ortaya çıkan davranışına mı dayanmakta olduğu meselesidir⁴⁰³.

Haksız tahrik kavramının ilk çıktığı dönemlerde, bunun bir misilleme, kısasta bulunma hakkı olarak kabul edildiği (*partial justification*) görülmektedir. Haksız tahrike neden olan olayla orantılı karşılık verme tamamen misilleme hakkı çerçevesinde kabul edilerek cezalandırılmazken, bunun aşırısı yani kişinin öldürülmesi bu hakkın aşılması olarak görülerek kısmi bir cezasızlık nedeni kabul edilmiş ve failin cezasında indirimle gidilmiştir⁴⁰⁴. Günümüz Anglo-

⁴⁰²Joshua Dressler, Provocation: Partial Justification or Partial Excuse? **The Modern Law Review**, Vol: 51, Issue 4, (467-480), s. 467.

⁴⁰³Peter Alldridge, "The Coherence of Defences", **Criminal Law Review**, Y.1983, (665-672), s.671.

⁴⁰⁴Dressler, **Understanding Criminal Law**,s.535.

Sakson Hukuk Sisteminde, her ne kadar farklı düşünen bir azınlık olsa da çoğunlukla kabul edilen düşünce, mağdurun tahrike neden olduğu bir davranışının failde infial uyandırması, bunun neticesinde ise faile işlediği suçtan dolayı daha az sorumluluk isnat edilmesi yönündedir⁴⁰⁵. Burada, aşırı infial halinin failin kusurluluğu üzerinde etkisi değerlendirilmekte ve isnat yeteneğinin kısmi biçimde etkilendiği kabul edilmektedir. Çoğunluk görüşünün etkisi mahkeme kararlarında da görülmüş, bu kabul doğrultusunda tahrikin şartları oluşturulmuştur.

Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde kasten öldürme fiilleri, nitelikli (*murder*) ve basit (*manslaughter*) adam öldürme şeklinde ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir⁴⁰⁶. Basit adam öldürme ise kasten (*Voluntary Manslaughter*) ve taksirle (*Involuntary Manslaughter*) olarak ikiye ayrılmaktadır. ‘*Voluntary Manslaughter*’ olarak kabul edilebilecek ve failin basit kasten öldürme suçunun cezasında indirime gidilebilmesine olanak sağlayacak olan haller üç tanedir. Bunlar, zihinsel birtakım nedenlerle azaltılan sorumluluk ‘*diminished responsibility*’, intihara yardım antlaşması ‘*suicide pact*’, ve tahrik ‘*provocation*’ altında işlenen, ‘*kasten öldürme*’ suçunu oluşturan hallerdir.

Türk Hukukundan farklı olarak, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde haksız tahrik, sadece failin meydana gelen bir fiilin yarattığı etki altında kasten öldürme suçunu işlemesi halinde uygulanan ve bu nedenle özel olarak ‘kasten öldürme’ suç tipi dahilinde düzenlenen bir indirim nedenidir. Tahrik, diğer ağır suçlarda ise ancak ve ancak fail hakkında öngörülen cezanın ağırlığını bir miktar azaltabilecek takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilmektedir⁴⁰⁷. Haksız tahrik, tahrik altında suç işleyen fail hakkında açılacak davanın türünü değiştiren ve dolayısıyla daha az ceza öngörülmesine neden olan bir düzenlemedir. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimsemiş devletlerin kanunlarına bakıldığında,

⁴⁰⁵ Berman/Farrel, **Provocation as Partial Justification and Partial Excuse**, s. 3.

⁴⁰⁶ Homocide (kasten öldürme), hukuka aykırı olarak bir kişinin kasten öldürülmesidir. İngiliz Hukukunda kasten öldürme fiilleri istisnaları olmakla birlikte genel olarak *murder* ve *mashlaughter* olarak nitelendirilmektedir. Bu iki hal arasındaki öngörülen ceza miktarlarının farklı olması önemli bir husustur. Her iki halde de maddi unsur bir insanın öldürülmesidir. Manevi unsur açısından baktığımızda, tasarlayarak öldürme suçunda (*murder*) tahammüdün öne çıktığı görülmektedir.

⁴⁰⁷ Clarkson/ Keating/Cunningham, **Clarkson and Keating Criminal Law**, s. 710.

haksız tahrik altında suç işleyen fail hakkında ‘nitelikli’ (*murder*)⁴⁰⁸ adam öldürme suç tipinden değil ‘basit’ (*manslaughter*)⁴⁰⁹ adam öldürme suç tipinden yargılama yapılacağı ve buna göre ceza verileceği şeklinde bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Bu durumdan çıkan netice, Anglo-Sakson Hukuk uygulamasında genel ve bütün suç tiplerine teşmil edilecek nitelikte bir haksız tahrik düzenlemesinin bulunmadığıdır. Haksız tahrik altında işlenen saldırı ya da kasten yaralama fiilleri açısından haksız tahrik, ancak faile verilecek cezada taksiri bir indirim sebebi olarak nazarı dikkate alınabilecektir⁴¹⁰.

b. Tahrik A S r Ar d ki

Tahrik ile azaltılmış sorumluluk arasındaki ilişkiye değinmemizin nedeni, Türk Hukukundaki haksız tahrik düzenlemesinin bu her iki kurumun özelliklerine benzediği düşüncesinden ileri gelmektedir. İlk olarak İngiltere’de *1957 Homicide Act*’de düzenlenen ve akabinde *2009 Coroners and Justice Act* ile yenilenen azaltılmış sorumluluk hali, zihinsel fonksiyonlarında anormallik yaşayan fail hakkında, bunun tesiri ile kasten öldürme fiili işlemesi halinde hakkında 1.dereceden kasten öldürme olarak da ifade edilen nitelikli adam öldürme (*murder*) suçundan değil, 2. derecede kasten öldürme olan basit adam öldürme suçundan (*voluntary manslaughter*) yargılama yapılmasıdır.

Azaltılmış Sorumluluk (*Diminished responsibility*) hali, bir hasarın veya hastalığın sebep olduğu ya da herhangi bir içsel nedenden ötürü oluşan zihni

⁴⁰⁸ ‘*Murder*’ failin kasten adam öldürme suçunu, planlayarak, taammüden işlediği suç tipidir. Bu suç tipinde, manevi unsur failin suçu işleme kastı olmakla birlikte, öldürme neticesinin gerçekleşmesini daha da kesinleştirecek olan taammüd kastının (malice aforethought) somut olayda mevcut bulunması gerekmektedir. <http://www.nolo.com/dictionary/murder-term.html>. Fail hakkında bu suç tipinden takibat yapılabilmesi için, somut olayda, failin kasten ve taammüden suçu işleme niyetinin olmasının yanı sıra sorumluluğunu azaltacak, kusurluluğunu etkileyecek vb. kanuni mazeret nedenlerinin bulunmaması gerekmektedir. Somut olayda, failin maktülü öldürmeden önce işkence etmesi, hürriyetini tahdit etmesi durumunda fail bu suçtan yargılanmaktadır. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/malice+aforethought>. Erişim tarihi: 3.3.2012.

⁴⁰⁹ ‘*Manslaughter*’ suçu, ‘*murder*’ suçundan farklı olarak taammüd içermeyen ve bundan ötürü daha az cezai sorumluluk getiren kasten öldürme suçudur. Bu suç tipi iki şekilde ihlal edilmektedir. Bunlardan ilki ‘*Involuntary manslaughter*’ diğeri ise ‘*voluntary manslaughter*’dır. *Voluntary manslaughter*’da da fiil kasten işlenmektedir ancak faili suça iten sebepler bulunmaktadır. Bunlar haksız tahrik ve azaltılmış sorumluluk halleridir. Bu nedenle failin cezasında indirimde gidilir. *Involuntary manslaughter*’da ise taksirle suç işlenmektedir. Failin suç işleme hususunda bir kastı bulunmamaktadır. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/voluntary+manslaughter>. Erişim tarihi: 3.3.2012.

⁴¹⁰ Forster, *Nationales Strafrecht in rechtvergleichender Darstellung Allgemeiner Teil*, Band 5, Duncker&Humboldt Berlin, s. 87.

anormallik nedeniyle, hareketlerine yön veren zihinsel durumunun esaslı şekilde hasar görmüş olmasından dolayı failin eza çekmesi ve bu nedenle birisini öldürmesidir⁴¹¹. Failde meydana gelen anormalliğin ‘tıbbi’ yollarla da ortaya konulması, kanıtlanması gerekmektedir⁴¹². Bu durumda Jüri, tıbbi raporla birlikte, failin durumunu ve ilgili diğer delilleri bir arada değerlendirecektir. Jüri, failin zihni bir anormalliğe sahip olduğu konusunda ikna olsa dahi ayrıca bunun zihinsel sorumluluğunda önemli bir sakatlığa neden olup olmadığına da karar vermelidir⁴¹³.

Haksız tahrikin bu halden en ayırt edici özelliği, ‘*ani ve geçici bir kendini kaybetme*’ durumu olarak değerlendirilmesidir⁴¹⁴. Burada failin zihinsel durumu, yediği dayaktan ya da travma sonrası stres bozukluğu gibi nedenlerden ötürü bozulmuş olabilir. Yapılan yargılamalarda, jürinin somut olayda tahrikin varlığına ikna olabilmesi için failin suçu işlediği anda kontrolünü kaybetmiş (*sub etif değerlendirme*) ve buna neden olan hareketin makul bir insanı dahi tahrik edebilecek derecede ciddi seviyeye ulaşmış olduğunun (*objektif değerlendirme*) ortaya konulması gerekecektir. Bu iki unsurdan birisinin yokluğu halinde tahrik uygulaması gündeme gelmeyecektir.

Haksız tahrik indirimi uygulanırken kural olarak failin genel olarak ruhsal durumu ile ilgili bir değerlendirme yapılmamaktadır. Failin, akıl hastalığı seviyesine ulaşmamış olmak kaydı ile yargılamalarda dikkate alınacak olan ruhsal durumu, azaltılmış sorumluluk (*diminished responsibility*) haline girmektedir. Ancak bazı olaylarda, failin ruhsal durumunun gerek tahrik fiiline

⁴¹¹ Homocide Act, s.2, Nicola Padfield, **Criminal Law**, Butterworths Core Text Series, London-Edinburg-Dublin, 1998, s 153. Yazar, kanundaki bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Özellikle failin zihinsel sorumluluğunu esaslı şekilde hasara uğratan aklın anormalliği tanımlamasının anlaşılmadığını ifade etmektedir. Eğer failde akıl hastalığı varsa zaten sorumluluğu doğmamakta, hapis cezası ile cezalandırılmamaktadır. Ancak, *diminished responsibility*, tanımında adam öldürme cezasını hakedecek derecede *aklı başında* olan kişi ile ilgilidir.

⁴¹² Susan Lorraine Bandalli, **Women, Spousal Homicide and The Doctrine of Provocation in English Criminal Law**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Osgoode Hall Law School, York University, North York, Ontario, Canada, 1993, s.6.

⁴¹³ **A.g.e.**, s.6.

⁴¹⁴ Thornton 1992 ve 1996 (1992 I All ER 306, CA; 1996 2 All ER 1023 CA). Fail D, 1988’de alkolik olan V ile evlenmiştir. D, evlendikleri günden beri V’den sürekli şiddet görmektedir. Şiddetten bunalan D, işyerinde, birgün dayanamayıp kocasını öldüreceği yönünde sözler sarfetmiştir. Bu sözlerin ardından 1 ay sonra D, yine uzunca bir süre süregelen kavgaların ve hakaretlerin ardından mutfığa giderek V’nin darbelerini engellemek amacıyla sakinleşmeye çalışır ancak tezgahta gördüğü bıçağı kaparak içeri gider ve V’yi midesinden ölümcül derecede yaralar. Mahkemede, jüri, D’nin hareketinin ani kontrol kaybı olduğu gerekçesi ile tahrik altında suç işlediğine karar vermiştir. **A.g.e.**, s.6.

neden olay gerekse tepki fiiline neden olan durum bakımından etkili olduğu ve azaltılmış sorumluluk halinin temelde haksız tahrik uygulamasının bir kolu olarak değerlendirildiği de görülmektedir⁴¹⁵. Amerikan Hukukunda, bu durum daha net görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda, her iki unsuru bir arada birleştiren bir düzenleme getirildiği ve failin duygusal, psikolojik durumunda meydana gelen tahribat neticesinde tepki gösterdiği düşünülmektedir⁴¹⁶. İngiliz Hukukunda da *1957 Homicide Act* değiştirilmeden önce gerek doktrin gerekse hukuk komisyonu tarafından her iki düzenlemeyi de içine alan bir haksız tahrik düzenlemesi yapılabileceği konusunda taslak metinler hazırlanmıştır. Bunlara göre, tahrikin rasyonelliği onun failde, aşırı duygusal rahatsızlığa neden olması, bunun sadece öfke boyutu ile değerlendirilmemesidir. Bir olay neticesinde sadece öfkelenmek ve akabinde harekete geçerek suç işlemek makul görülmemiştir⁴¹⁷.

2. T r r r

a. Genel Olarak

Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimseyen devletlerde yer alan ve tahrik düzenlemesini içeren kanunların lafzında zaman içerisinde değişikliğe gidilmişse de somut olay bakımından tahrikin varlığı hususunda değerlendirme yapılırken, ele alınan unsurların öz itibariyle değişmediği görülmektedir. Örneğin, İngiltere’de *1957 Homicide Act*’te yer alan tahrik düzenlemesinin *2009 Coroners and Justice Act* ile lağvedilmiş olmasına rağmen, hala yargılamalarda ve düzenlemenin bizzat kendisinde, eski kanun uygulamasının hemen hemen aynı şekilde devam ettiği açıkça görülmektedir. Bu durumdan yola çıkarak, değerlendirmemiz gereken iki unsur olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar, objektif unsur ve subjektif unsur olarak adlandırılan, failin cezai sorumluluğunu değerlendiren ‘*ob ektif test*’ ve ‘*sub ektif test*’lerdir. Somut olayda, fail hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanması için tahrik, subjektif ve objektif unsurları

⁴¹⁵ Jacqueline Martin/ Tony Storey, **Unlocking Criminal Law**, Hodder&Stoughton, Bookpoint Ltd, London&Bristol, 2005, s. 289.

⁴¹⁶ 1997, 2. Cr. App.R.94, Clarkson/ Keating/Cunningham, **Clarkson and Keating Criminal Law**, s. 739.

⁴¹⁷ Jeremy Horder, Reshaping the Subjective Element in the Provocation Defence , **Oxford Journal of Legal Studies** ,Vol.25,2005, (123-136), s. 126.

içermelidir⁴¹⁸. Günümüz kanun metinlerinde bu unsurların daha detaylı ve sınırları daha belirgin şekilde düzenlendiği söylenmekte ve bu unsurlar somut olay yargılamasında haksız tahrikin varlığı hususunda mihenk taşı vazifesi görmeye devam etmektedir⁴¹⁹.

Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde haksız tahrikin tanımı ilk kez, kocasından sürekli dayak yiyen bir kadının, kocasını öldürmekten yargılandığı 1949 tarihli *R.v. Duffy* davasının karar özetinde şu şekilde yapılmıştır: ‘*tahrik; maktul tarafından sanığa y nelik fiiller neticesinde, herhangi bir makul üçüncü kişinin ve zellikle de sanığın ani ve geçici olarak kendini ve de zihni kontrol yetisini kaybetmesine neden olan bir fiil ya da fiiller bütünüdür*⁴²⁰. Gerek kanun metnine gerekse mahkeme kararlarına bakıldığında, tahrik teşkil eden hareketlerin genellikle şiddet içeren saldırılar şeklinde olduğu, görülmektedir. Ancak sadece eşin zinası, bu genellemeden ayrı olarak saldırı şeklinde adlandırılmamasına rağmen, tahrik fiili olarak kabul edilen tek durum olarak ele alınmaktadır⁴²¹.

Tahrikin varlığının somut olayda tartışılabilmesi için, bütün Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde ortak olan şu soruların ve buna bağlı olan unsurların mevcut bulunması gerekmektedir. Bunlardan subjektif unsuru belirleyecek olan sorular şunlardır: Tahrik, failin kendi öz denetimini kaybetmesine neden olmuş mudur? Fail, mağdura yönelik hareketini hali hazırda kendini kaybettiği zamanda mı gerçekleştirmiştir? Burada belirtmemiz gereken husus, mağdurun tahrik fiiline neden olması, dolayısıyla failin tahrike neden olan fiile sürüklenmesidir. Failin normal bir insanda husule gelebilecek dereceden daha aşırı bir biçimde sınırlı olması veya sürekli alkol kullanması gibi durumlarda ise tahrikin tamamen mağdurdan kaynaklandığı kabul edilmemekte ve failin tahrik indiriminden yararlanamamaktadır. Bir diğer unsur olan ve objektif unsur olarak ele alınan halde ise yanıtlanması gereken, failin içinde bulunduğu durumda

⁴¹⁸Ashworth, The Doctrine of Provocation , **Cambridge Law Journal**, s.297; Padfield, **Criminal Law**, s. 156

⁴¹⁹ Amanda Clough, Loss of Self-Control as a defence: The Key to Replacing Provocation , **The Journal of Criminal Law**, 2010, 74, (118-126), s.123.

⁴²⁰ Peter Seago, **Criminal Law**, Fourth Edition, Concise College Texts, Sweet&Maxwell, London, 1994, s.234; Richard Holton/ Stephen Shute, ‘**Self Control in the Modern Provocation**’ <http://web.mit.edu/holton/pubs/Provocation.US.pdf>, s. 3.

⁴²¹ Gerhard Huber, **T d -amerikanischen Recht**, Freiburg i.Br, s.73.

sıradan makul bir insan dahi bu infiale kapılır mıydı, bir başka deyişle herhangi bir makul insan bile failin içinde bulunduğu koşulda tahrike kapılarak suç işler miydi sorusudur.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir mesele de failin tahrik neticesinde gerçekleştirdiği fiilin ‘*intikam*’ alma duygusuna dönüşmemesi ya da bu duygu ile birleşmemesidir. Aksi takdirde tahrikten söz edilemeyecektir. Zira, failin tahrike kapılması neticesinde, ‘*kızgınlıkla kontrolünü kaybetmesi*’ (*anger as loss of self control*), ‘*kanının beynine sıçraması*’ (*heating of the blood*) nedeniyle suç işlemiş olması halinde hakkında tahrik indiriminin uygulanacağı gerek kanun düzenlemesinde gerekse doktrinde özellikle üzerinde durulan bir konudur. Bu nedenle, intikam duygusu gibi soğukkanlı olmayı gerektiren bir durumda, kızgınlık ve olayın yarattığı acının ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁴²². Çünkü somut olayda tahrikin varlığının kabul edilebilmesi için, hiddetin ortaya çıkmasıyla birlikte aradan sakinleşecek bir zaman dilimi geçirmeksizin; tekrarlanan fiillerde ise bundan duyulan infialin etkisinin azalmaksızın failin suç işlemesi gerekmektedir. Bu nedenle failin suç işleme konusunda planı olmadığı yani suç işlemeyi tasarlayamayacağı kabulünden yola çıkılmaktadır⁴²³. Bu sonuç, bizi fail hakkında ‘*tasarlama/basit adam ldürme*’ suçundan yargılama yapıldığının bir diğer gerekçesine götürmektedir.

b. Tahrikin Subjektif Unsuru

Subjektif unsur kişinin kendi öz denetimini kaybetmesi hali olarak da nitelendirilmektedir. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, kendini kaybetme hali öfke ya da kızgınlık neticesinde meydana gelen bir durum olarak kabul edilmektedir⁴²⁴. Failin öz denetimini kaybetmesi neticesinde fiili işleyip işlemediğinin değerlendirilmesinde öncelikli şart, tahrik fiili öncesinde öz denetimine sahip olup olmadığının belirlenmesidir. Bir diğer ifade ile tahrik fiilinin işlenmesinden önce failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mevcut

⁴²²Sullivan, Anger and Excuse: Reassessing Provocation , **Oxford Journal of Legal Studies**, s.424.

⁴²³Allen, Provocation’s Reasonable Man: A Plea for Self-Control , **The Journal of Criminal Law**, s.218.

⁴²⁴Clough, Loss of Self-Contrtol as a defence: The Key to Replacing Provocation , **The Journal of Criminal Law**, s.118.

olup olmadığına bakılmaktadır⁴²⁵. Eğer öyle ise fail kontrolünü tahrik fiili neticesinde mi kaybettiği ve kendisini kaybederek mi suçu işlediği belirlenecektir. Zira, eğer fail genel olarak kendini kontrol etme yetisinden uzaksa, yani herşeye hemen kızgınlıkla karşılık veriyorsa ya da öfkeleniyorsa tahrik savunmasından yararlandırılmama eğilimi mevcuttur. Aynı şekilde, haksız fiil karşısında tepki gösteren failin, suçu işlediği anda hali hazırda öz denetimini bilerek kaybetmiş, örneğin alkol almış olması halinde, artık tahrik neticesinde kendini kaybetmiş olduğundan bahsedilmeyecektir.

Kişinin öz denetimini kaybetmesi tahrik edilmesi neticesinde gerçekleşmiş olmalıdır. İngiltere’de *Acott*⁴²⁶ davasında *Lord Steyn*, mağdurdan kaynaklanan tahrikin, failin mutlaka kendini kaybetmesi neticesini doğurması ve özellikle bu yönde delillerin bulunması gerektiğine vurgu yapmıştır. Fail haksız tahrike neden olan fiilden ötürü kendine hakim olma kontrolünü kaybedecek, gözleri adeta kör olacak şekilde tahrike uğramalıdır. Ancak, failde bu denli bir etki bırakmayan ve bu durumu ‘*intikam alma*’ amacının bahanesi oluşturan hareketler haksız tahrik olarak kabul edilmeyecektir⁴²⁷. *Lord Steyn*’in ‘*tahrikin intikam alma amacına d nüşmemesi*’ betimlemesinden kastedilen, failin tahrike neden olan olayın arkasından düşünmesi, planlaması, tasarlaması ve harekete geçmesidir ki bu gibi durumlarda Anglo-Sakson Hukukunda tasarlamının varlığının kabul edildiği ve bu nedenle tahrik hükmünün uygulanmadığı görülmektedir. Failin, tahrike neden olan olayın hemen ardından öz denetimini kaybederek karşı hareketi gerçekleştirmesi halinde ‘*tahrik*’ indiriminin uygulanacağı neticesi ortaya çıkmaktadır. Tahrik edici fiil ile neticesinde gösterilen tepki fiili arasına belirli bir zaman dilimi girmiş olması, tahrik savunmasının zayıflamasına neden olmakta ve her ne kadar kesin bir ilke olmasa

⁴²⁵ R. v. Miao Hui, 2003, EWCA Crim 3486, C.A. 17 Kasım 2003, <http://web.mit.edu/holton//pubs/Provocation.US.pdf>, s. 17.

⁴²⁶ 1997, 2. Cr. App.R.94, Clarkson/Keating/Cunningham, **Clarkson and Keating Criminal Law**, s. 714.

⁴²⁷ *Acott* 1997, 2 Cr App R 94, Ormerod, **Smith&Hogan Criminal Law**, s.649. Bu durum 1957 tarihli kanun zamanında verilen mahkeme kararları ile ortaya konulmuştur. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, her ne kadar 2009 tarihli kanun ile açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, hukuk komisyonunun düzenlediği ve tahrik düzenlemesini de içeren son taslak metinde intikam amacının olması halinde failin tahrik indiriminden yararlanamayacağı açıkça yer almıştır. [http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc290 Partial Defences to Murder.pdf](http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc290%20Partial%20Defences%20to%20Murder.pdf) , s.32.

da jürinin işlenen fiilin tahrik neticesinde işlenip işlenmediğine yönelik delilleri değerlendirirken fail aleyhine sonuç doğmasına neden olmaktadır⁴²⁸.

Tahrikin sınırı, failin ne yaptığını ya da gerçekleştirdiği fiilin amacını bilemeyecek dereceye ulaşacak biçimde genişletilmemektedir. Aksine fail bunları bilmekte, ancak hareketini adeta amacı değil şiddetli öfkesi belirlemektedir⁴²⁹. Çünkü fail suç işleme kastı ile hareket ettiğinin bilincindedir. Eğer fail ne yaptığını ya da işlediği fiilin amacının ne olduğunu bilemeyecek derecede ise tamamen kusursuzluğundan bahsedilecek ve ceza vermeme yoluna gidilecektir⁴³⁰. Bununla birlikte, bu unsurun Anglo-Sakson Hukuk düzeninde tanımlanmamış olması, çok sıklıkla ve şiddetli biçimde eleştirilmesine neden olmaktadır. İngiliz Temyiz Mahkemesi *Richens* davasında failin suçu işlediği anda kendisinden tamamen kontrolünü kaybetmiş olmasının beklenilemeyeceği ve bahsedilemeyeceğini, bunun beklenmesinin yanlış olduğunu, o halde fail hakkında cezasızlık nedenlerinin söz konusu olabileceğini ifade etmiştir⁴³¹.

Failin kendini kaybetmesi halinin, tahrikte kabul edilen şekliyle ne anlama geldiği, tıp biliminin de tam olarak üzerinde görüş birliği sağlayamadığı bir husustur. İngiltere’de 2009 tarihli Kanunun yapılması aşamasında hukuk komisyonunun bu unsurun kaldırılması, psikoloji literatüründe henüz hala kendini kaybetmenin ne demek olduğu ve sınırlarının nasıl belirleneceği konusunda bir birlik olmadığı yönündeki eleştirilerine rağmen, hükümet, namus cinayetleri gibi tahrik indirimini hak etmeyecek nitelikteki kasten öldürme suçlarında da tahrik indiriminin uygulanabilir olacağı endişesi ile ‘kontrol kaybı’ unsurunun yer alması gerektiği görüşünü savunmuştur⁴³². Neticede yeni kanunda kontrol kaybı yer almaya devam etmiş ancak önceki kanun düzenlemesinde olduğu gibi ani ve geçici olması şartı dahil edilmemiştir.

⁴²⁸ Ahluwalia (1992), Kararda temyiz mahkemesi, uzun yıllar süren aile içi şiddetin etkisiyle meydana gelen psikolojik bir travma olarak kabul edilen istismara uğramış kadın sendromu etkisindeki kadının durumunu ancak aynı etkiler altında olan bir kadın ile karşılaştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Padfield, **Criminal Law**, s 162.

⁴²⁹ George Mousourakis, Reason, Passion and Self-Control :Understanding the Moral Basis of the Provocation Defence **R d dr d U r d S r r** , 38, 2007, s.221.

⁴³⁰ **A.g.e.** , s.221

⁴³¹ Barry Mitchell Loss of Self-Control under the Coroners and Justice Act 2009: Oh No! in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011, s.41.

⁴³² A.Reilly, Loss of Self Control in Provocation , **Criminal Law Journal**, Vol 21, 1997, (320-325), s.320.

Bu bağlamda değinmek istediğimiz bir diğer husus da Anglo-Sakson Hukuk öğretisinde haksız tahrik ile ALİC (sebebinde serbest hareket) kuramının benzer özelliklere sahip olduğu yönündeki görüştür. Bu görüşe göre, haksız tahrik neticesinde failde meydana gelen şiddetli elem ve neticesinde failin fiili işlediği anda kusur yeteneğine tam olarak sahip olmaması ile tipik eylemi gerçekleştirmeden önce failin kusur yeteneğini ortadan kaldırması veya büyük oranda azaltması birbirine benzetilmiştir. Alkol ve uyuşturucu madde etkisinde iken fail, gerçekleştirdiği hareketin neticesini öngörme yetisine sahip olmamaktadır. Aynı şekilde, fail, zihnini bulanıklaştıracak ve öngörüsünü azaltacak derecede etkili olan haksız tahrik halinde de bu yetisini yitirmektedir. Bu halde fail, sağlıklı bir zihin yapısı ile bir kimseyi gerçekten yaralama ya da öldürme kastı taşımaktan yoksundur⁴³³. Bu durumda, fail isnat yeteneğinin yokluğundan ötürü gerçek anlamda mağduru öldürme ya da yaralama kastı ile hareket etmemektedir. Ancak içinde bulunduğu ruh halinin zihninde meydana getirdiği, istemeyerek ve sonuçlarını görerek hareket etmediği bir neticeye neden olmaktadır⁴³⁴.

c. Tahrikin Objektif Unsuru

Tahrik uygulamasında yer alması gereken ve objektif unsur olarak ifade edilen diğer hal tahrikin ağırlığının değerlendirilmesinde rol oynayan ‘*makul bir üçüncü kişi*’ (*Reasonable Man*) unsurudur. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi, *Holley* ve *Champlin* davalarında ‘*makul üçüncü bir kişi*’ değerlendirmesi ile tanışmıştır⁴³⁵. Yeni Zelanda’da görülen bu davada tahrike kapılan failin gerçekleştirdiği tepki davranışının yerinde olup olmadığı değerlendirilirken, ‘*makul üçüncü kişi*’nin somut olayda vereceği tepki bir ölçü olarak kabul edilmiştir. Kararda, ‘*makul insandan kastedilen fail ile aynı yaş ve cinsiyetteki sıradan bir insandan beklenilecek kendini kontrol edebilme yetisine sahip olan kimsedir ailin karakterindeki bu kişi failin karşılaştığı tahrikin ağırlığındaki bir durumda failin sergilediğine benzer nitelikte bir davranış sergilerse eğer bu*

⁴³³ Crm Dlamini, The Changing Face of Provocation , **South African Journal of Criminal Justice**, 1990/2, (130-139), s.131.

⁴³⁴ **A.g.e.**, s.132.

⁴³⁵ Martin/Storey, **Unlocking Criminal Law**, s. 280.

durumda failin davranışı makuldür' ifadeleri yer bulmuştur⁴³⁶. Burada kastedilen, verilen tepki fiilinin makul olması değildir. Önemli olan failin 'tahrik' edildiği somut olayda, 'makul bir üçüncü kişi dahi somut olayda tahrike kapılır mıydı ve failin g sterdiği lçüde bir karşılık verir miydi' sorusunun cevabıdır⁴³⁷. Tahrik neticesinde oluşan hareket, eğer bir 'sıradan' 'makul' insanı bile duygularına hakim olamayacak derecede etkilenmesi neticesine götürüyorsa, tahrik fail açısından da gerçekleşmiştir⁴³⁸. Kanada Temyiz Mahkemesi *Hill*⁴³⁹ davasında failin tahrik savunmasının değerlendirirken, bireyin kendini kontrol etme yeteneği hususunda failin hesaba katıldığı bir yargılamanın olmayacağını belirtmiş; failin kişisel durumunun dahil olduğu bir yargılamada adil olmayacak sonuçların ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir. Ancak Kanada Temyiz Mahkemesi *Thibert*⁴⁴⁰ davasında bu tür bir değerlendirmede fail ile aynı yaş, cinsiyet ve failin yaşam tarzına sahip kişinin somut olayda nasıl davranacağı kriterlerini göz önünde bulundurmıştır⁴⁴¹.

Bu unsurun pratikte uygulanmasının zor olduğu gerek doktrinde yazarlar gerek uygulamada yargıçlar tarafından ifade edilmiştir⁴⁴². Bu görüşe göre, özellikle, tahrik nedeni olan hareketin ağırlığı kişilerin bütün özellikleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu nedenle makul üçüncü kişi değerlendirmesi, sanığın kişisel özellikleri ele alınarak yapılmalıdır⁴⁴³. Jürinin tahrik edici fiil karşısında makul bir kişinin nasıl davranacağı konusunda genel bir kanısı bulunabilirse de ne kadar çeşitli kişisel bozukluk olabileceği, akli dengesizlik, psikoz ve nevroz olabileceği ve bunların kişinin kendisini kontrol edebilme kabiliyeti üzerinde ne derecede etkili olabileceğini tahmin etmesi zordur⁴⁴⁴.

⁴³⁶ Lord Diplock değerlendirmesi için bkz: DPP v. Camplin, 1978, AC 705. Keith Rix, Battered Woman Syndrome and the Defence of Provocation: two Women with Something more in Common , **Journal of Forensic Psychiatry**, Vol.12, no.1, Nisan, 2001, (131-141), s.132.

⁴³⁷Narayan/Von Hirsch, Three Conceptions of Provocation **Cr E** , s.16.

⁴³⁸ State v. Felton, 329 N.. 2d 16, 172 (Wis.1983), Heller, Beyond the Reasonable Man?: A Sympathetic but Critical Assessment of the Use of Subjective Standards of Reasonableness in Self-Defence and Provocation Cases , **American Journal of Criminal Law**, s.3.

⁴³⁹ 1986 27 DLR 4th 187, Allen, Provocation's Reasonable Man: A Plea for Self-Control , **The Journal of Criminal Law**, s.226.

⁴⁴⁰ 1996 131 DLR 4th 675. **A.g.e.**, s.226.

⁴⁴¹ Martin/Storey, **Unlocking Criminal Law**, s. 280.

⁴⁴²Padfield, **Criminal Law**, s.159

⁴⁴³ Champlin (1978), Ashworth, The Doctrine of Provocation , **Cambridge Law Journal**, s.302. Bu davada Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi, 'makul kişi' nin kim olduğu problemi ile meşgul olmuştur.

⁴⁴⁴Allen, Provocation's Reasonable Man: A Plea for Self-Control , **The Journal of Criminal Law**, s.226.

Ayrıca, herkesten aynı derecede makul olmasının beklenemeyeceği, bir kimse için makul olanın başka birisi için makul olmayacağı, failin depresyonda ya da aşırı şiddet gösteren bir kişilikte olması halinde, aynı nitelikte makul bir insan değerlendirmesinin nasıl yapılacağı da tartışma konusudur⁴⁴⁵.

Fazla üzerinde tartışılmamakla birlikte mahkeme kararlarında ele alınan, tahrike neden olan olay ile tepki suçu arasında oran bulunup bulunmadığı yani ‘*orantılılık unsuru*’ da somut olayda değerlendirilmelidir. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde gerçekleştirilen ve tahrik nedeni sayılan harekete karşı oluşturulan aşırı orantısız ve adeta ‘*kıyas*’ haline bürünen fiil haksız tahrik neticesinde gerçekleşmemiş sayılmaktadır. 1957 *Homicide Act*’in 3. maddesinde kanun koyucu jüriye, tahrikin makul üçüncü kişiyi sanık gibi davranmaya itecek yeterlilikte olup olmadığını değerlendirme zorunluluğu yüklemiştir⁴⁴⁶. Bu şartın yanı sıra *Ashworth*, tahrikin, faile verilecek ceza miktarında indirimine gidilmesini gerektirecek kadar ‘*ağır*’ olup olmadığını somut olayda tartışılması gerektiği kanaatindedir⁴⁴⁷.

3. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini Benimseyen Ülkelerdeki Mevcut Durum

a. İngiltere - 2009 tarihli The Coroners and Justice Act

1957 tarihli *Homocide Act*’te yer alan tahrik düzenlemesinin uygulamada çelişkili kararlar verilmesine neden olması ve günümüz anlayışına aykırı olması nedeniyle Hukuk Komisyonu 2008 yılında toplanmış ve yeni bir düzenleme ortaya koymuştur. Bu düzenleme 2009 tarihinde hükümet tarafından onaylanarak kanunlaşmıştır⁴⁴⁸. 2009 tarihli kanunun 56.maddesi ile 1957 tarihli kanunun haksız tahrik düzenlemesi mülga edilmiş, yerine 54. ve 55. maddeler ile yeniden düzenlemeye gidilmiş ve yeni düzenlemenin başlığı Kanunun 56/1.fikrasında ‘*kontrol kaybı*’ olarak değiştirilmiştir.

⁴⁴⁵Holton/Shute, **Self Control in the Modern Provocation Defence**, çevrimiçi <http://web.mit.edu/holton//pubs/Provocation.US.pdf>, s. 26.

⁴⁴⁶Ashworth, *The Doctrine of Provocation*, **Cambridge Law Journal**, s.302.

⁴⁴⁷**A.g.e.**, s.307.

⁴⁴⁸Clough, *Loss of Self-control as a Defence: The Key to Replacing Provocation*, **The Journal of Criminal Law**, s.118.

2009 *Coroners and Justice Act*'in tahrik düzenlemesinde, 1957 *Homocide Act* ile arasında terim farklılıkları olmakla birlikte, uygulamada içerik olarak yine aynı kriterlerin arandığı görülmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; 2009 tarihli Kanunda da 1957 tarihli Kanunda olduğu gibi, failin kontrol kaybı neticesinde suç işlemesi halinde suç tipi değişerek, fail hakkında uygulanacak ceza miktarında azalmaya gidilir. 2009 tarihli kanunda yer alan unsurların somut olayda varlığı halinde suç tipi önceden olduğu gibi değişecektir. Ancak eski kanunda, söylenen ya da sergilenen bir davranıştan kaynaklanan kızgınlık, failin kontrolünü kaybetmesine yönlendiren bir unsur olarak kabul edilmekte iken, yeni kanun ile kızgınlığın yanı sıra korku da kontrol kaybına temel teşkil etmektedir⁴⁴⁹. Bunun nedeni -ileride değinileceği üzere- Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde bir türlü çözülemeyen '*hırpalanmış tartaklanmış kadın sendromu*' (*battered woman syndrome*) etkisinde eşlerini ya da partnerlerini öldüren kadınların kanundaki düzenleme yüzünden tahrik indiriminden yararlanamamaları ve ömür boyu hapis cezasına mahkum olmalarıdır.

2009 tarihli Kanuna göre, fail hakkında nitelikli adam öldürme suçu yerine basit adam öldürme suçundan yargılama yapılması ve cezalandırılması için 1957 tarihli Kanundaki iki şarta ek olarak tahrike neden olan '*nitelikli davranış*' şartı getirilmiştir. 2009 tarihli kanununun 54/1. fıkrasında bu şartlar şu şekilde belirtilmiştir;

-kişinin kendi davranışları üzerinde hakimiyetini yitirmesi (*loss of self control*) (54/1.a)

-bu hakimiyeti yitirme haline nitelikli sebep/tahrik (*qualified trigger*) olarak tabir edilen bir davranışın sebebiyet vermiş olması⁴⁵⁰(54/1.b)

-failin yaşının ve cinsiyetinin de dikkate alındığı bir makul davranış şartıdır. (*reasonable act*)(54/1.c).

⁴⁴⁹ Aynı yönde bkz: Horder, *Reshaping the Subjective Element in the Provocation Defence*, *Oxford J Legal Studies*, s.123.

⁴⁵⁰ 2009 tarihli kanun yürürlüğe girmeden önce Hukuk Komisyonu tarafından düzenlenen son raporda, failin, ancak ağır tahrik ya da kendisine ya da 3. bir kişiye yönelik olan ciddi bir şiddet korkusu ya da bunların her ikisinin bir arada bulunması nedeniyle, bu hareketlere karşılık hareket etmesi durumunda tahrikin varlığının kabul edileceği ifade edilmiştir. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/part/2/chapter/1/crossheading/partial-defence-to-murder-loss-of-control>.

Fail her ne kadar kanuna göre kendine hakim olamama durumu içerisinde olmalı ise de kendine hakim olamama hali ancak failin harekete geçmesine neden olan fiile tepki şeklinde ortaya çıkmalıdır. *2009 Coroners and Justice Act*'in 54/2.maddesine göre bu tepkinin hemen ortaya çıkması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kanunun bu maddesi ile failin tepki fiilini tahrik fiilinin hemen akabinde gerçekleşmesine gerek olmadığı açıkça düzenlenmek suretiyle 'slow burn' ya da 'battered woman syndrome' neticesinde meydana gelen adam öldürme suçları hakkında tahrik indirimi uygulanmasının önü açılmaktadır⁴⁵¹. Bu değişiklik, *1957 Homicide Act*'te düzenlenen tahrik maddesi ile *2009 Coroners and Justice Act* arasındaki en belirgin farktır. Ancak, *1957 Homicide Act* düzenlemesine paralel olarak tepkinin, failin intikam duygusu ile hareket etmesi haline bürünmesi durumunda, kanun maddesinde yer alan tanım uygulama alanı bulamayacaktır(md 54/4)⁴⁵².

Şayet faile karşı yapılan hareket ya da söylenen sözler ağır tahrik niteliği taşıyorsa ve failde mazur görülebilecek derecede ciddi bir biçimde haksızlığa uğramışlık hissine sebebiyet verecek derecede ise, failin davranışları üzerindeki hakimiyet kaybı mazur görülebilecektir.(md.54/1b).

Makul davranış testi olarak adlandırdığımız ve daha önce de objektif unsur olarak nitelendirdiğimiz diğer hal ise, failin yaş ve cinsiyetinde olan, kendisinden makul seviyede beklenebilecek hoşgörü ve kendini zaptedebilme kapasitesindeki bir kimsenin bile karşı koyamayacağı ya da faile benzer bir şekilde tepki gösterebileceği durumlarda, fail basit adam öldürme suçundan yargılanmasıdır (md 54/1.c). 1957 tarihli eski kanunun belirlediği ve 'makul insan' (*reasonable man*) olarak nitelendirdiği bu unsur, yeni kanunla birlikte tanım değişikliğine uğramıştır. Yeni kanunla birlikte, failin yaş ve cinsiyetinde olan ve normal seviyede bir hoşgörü ve kendine hakim olma kudretine sahip kişinin, failin içinde bulunduğu şartlarda sergileyeceği davranış ve tepki ile birlikte değerlendirilmesi yapılacaktır.

⁴⁵¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/part/2/chapter/1/crossheading/partial-defence-to-murder-loss-of-control>.

⁴⁵² Ancak şunu vurgulamak gerekir ki, doktrinde, aslında tahrikin bir tür intikam alma hali olduğunu ancak bunu dillendirmekten kaçınıldığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2nd Ed., London, Stevens&Sons, 1983, s.527.

2009 tarihli Kanun, failin hakimiyetini kaybetmesine neden olan nitelikli sebebin ne olduğunu 55. maddede ayrıca açıklamıştır. Buna göre, failin sadece haksız fiilden duyduğu kızgınlık neticesinde değil aynı zamanda kendisine veya başkasına yönelik ciddi bir zarara uğrama korkusu nedeniyle kontrolünü kaybetmesi de nitelikli haksız tahrik hali olarak kabul edilmiştir (madde 55/3). Bu düzenlemeden çıkartılacak sonuç, gerek kızgınlığın gerekse korkunun aynı derecede kişinin öz denetimini zayıflamasına neden olduğu varsayımdır. Bu duruma örnek olarak, hayat arkadaşının sürekli kötü muamelesine maruz kalan kadının, tekrar kötü muameleye uğrayacağı korkusu ile hayat arkadaşını öldürmesi gösterilmektedir⁴⁵³. Bu durumda failin öz denetimini kaybetmesi, ciddi zarar korkusu ile mağdurdan kaynaklanan aşırı boyutlardaki tahrik edici fiilin birleşimi olarak değerlendirilmektedir. Ancak fail, ciddi bir zarara uğrama korkusu nedeniyle kontrolünü kaybetmesi halini, şiddet kullanmak için bir fırsat sağlamak amacıyla bilerek sözleri ya da fiilleri ile neden olmuşsa, tahrik indiriminden yararlanamayacaktır (madde 55/6a).

b. Anglo-Sakson Hukuk Sistemini Benim

r r

Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimsemiş olan diğer devletlerin haksız tahrik düzenlemelerine bakıldığında, bazı farklılıklar içermekle birlikte, İngiliz hukukuna paralel biçimde ele alındığı görülmektedir. Bu düzenlemelerde ortak olan en büyük özellik, haksız tahrikin özel olarak kasten öldürme suçları için failin cezasında bir indirim nedeni şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Daha yeni ve farklı olan ise, yapılan kanun değişiklikleri ile ya haksız tahrik şartlarında değişikliğe gidilmesi ya da tamamen kanunlardan çıkartılmasıdır. Aşağıda, diğer Anglo-Sakson Hukuku ülkelerindeki düzenlemeler hakkında bilgi verirken, tahrike ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz bilgilerden ayrılan noktalarına değinerek, aynı hususlar hakkında bilgi tekrarına gitmemeye çalışacağız.

⁴⁵³ Forster, *Nationales Strafrecht in rechtvergleichender Darstellung Allgemeiner Teil*, s. 87.

b.a. Yeni Zelanda

Haksız tahrik kurumu Yeni Zelanda Hukukuna ilk kez 1893 tarihinde girmiştir. *Crimes Act*⁴⁵⁴ 165.maddesinde, herhangi bir hukuka aykırı fiil ya da hakaret tahrik sebebi sayılmış, ancak kanunda 1908 tarihinde gerçekleştirilen değişiklik ile madde düzenlemesine ‘*makul insan testi*’ dahil edilmiş, buna ilave olarak tahrikin, failin sadece tahrik eden hareket neticesinde aniden ortaya çıkan kızgınlık içerisinde hareket etmesi ve tahrik edeni öldürmesi halinde hukuken geçerli olacağı ve tahrike kapılan failin ‘*sakinleşmeden*’ hareket etmesi gerektiği eklenmiştir. Ardından gelen ve 1908 tarihli Kanunu büyük ölçüde değiştiren *1961 Crimes Act*’te Özel Hükümler başlığı altında ‘Kişilere Karşı Suçlar’ bölümünün 169.maddesinde yer alan kasten öldürme suçu altında 1. fıkra ile, kasten öldürme suçunun cezasının ancak haksız tahrik altında işlenmesi durumunda indirileceği ifade edilmiş; söylenen ya da yapılan bir davranışın tahrik nedeni sayılabilmesi için, failin karakterindeki herhangi bir kişiyi dahi kendisini kontrol etme kudretinden alıkoyacak derecede olması, bu kontrol kaybının da faili kasten öldürme suçunu işlemeye sürüklemesi gerektiği düzenlenmiştir. Somut olayda, makul bir insanın öz denetimini kaybetmesine neden olacak ve böylece kasten öldürme suçunu işlemesine ‘*teşvik etmiş*’ davranış veya sözlerin haksız tahrik oluşturacağı düzenlenmiştir.

İlk olarak 1976 tarihli Yeni Zelanda Ceza Hukuku Reform Komitesinin önerisinde, tahrikin sadece cezanın bireyselleştirilmesi hususunda, takdiri indirim nedenlerinden biri olarak dikkate alınması gerektiği savunulmuştur⁴⁵⁵. Bununla birlikte, bu dönemde rapor ciddi biçimde muhalefet toplamış olmasına karşın tahrik düzenlemesinin bir reforma ihtiyacı olduğu hususu desteklenmişse de tahrik kanun düzenlemesinde varlığını bir süre daha korumuştur. Tahrik kurumunun uygulanmasında ve yorumlanmasında hatalar olduğu ancak bunun giderilmesinin yolunun kurumu tamamen ortadan kaldırmak olmadığı muhalifler tarafından ileri sürülmüştür⁴⁵⁶. Komisyon 2007’de tekrar bir rapor hazırlığı

⁴⁵⁴ <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1961/0043> , erişim tarihi: 15.7.2011.

⁴⁵⁵ Report on Culpable Homicide, **Criminal Law Reform Committee New Zealand**, July 1976, <http://www.lawcom.govt.nz/>. Erişim tarihi: 15.7.2011.

⁴⁵⁶ Warren Brookbanks, Partial Defences to Murder in New Zealand , in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011, s.275.

çalışmalarına başlamıştır. Bu raporda, haksız tahrik ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken üç ana soruna odaklanılmıştır. Bunlar, kontrol kaybına neden olan zihni karakteristik hallerin ne şekilde dikkate alınacağı, aile içi şiddet hususunda tahrikin nasıl kullanılacağı ve aile içi şiddet mağdurlarının tahrikten nasıl yararlandırılacağı olmuştur⁴⁵⁷. Neticede 1961 tarihli *Homicide Act*'te 2009 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile haksız tahrik kurumu tamamen kanundan çıkartılmıştır. Böylelikle, Ceza Hukuku Reform Komisyonunun ilk kez 1976 tarihinde, en son olarak da 2001 tarihinde haksız tahrik kurumunun kanundan lağvedilmesi önerileri ancak 2009 tarihli kanun değişikliği ile hayata geçirilmiştir⁴⁵⁸.

Haksız tahrik kurumunu madde metni olarak kanundan kaldıran en güncel devletlerden biri olan Yeni Zelanda bu anlamda özel bir öneme sahiptir. Çünkü kanun metninden kaldırılalı henüz üç yıl olan bu hukuk sisteminde, tahrik düzenlemesi olmadan haksız tahrik halinin yargılamalarda nasıl değerlendirildiği önem arz etmektedir. Günümüz Yeni Zelanda Hukukunda tahrik düzenlemesinin kaldırılması ile kasten öldürme suçu yargılamalarında ciddi bir biçimde değişikliğe gidildiği ileri sürülmektedir. Tahrikin kaldırılması bu türden olayların tamamen gözardı edilmiş olduğu anlamına gelmemekte, ancak yargılamalarda yeni eğilimlere gidilmesine neden olmaktadır. 2002 tarihli *Sentencing Act* uyarınca faili tahrik eden bir durum yargılamalarda cezanın belirlenmesi safhasında fail hakkında hükmedilecek cezanın indirilmesi yönünde bir neden teşkil edecektir⁴⁵⁹. Tahrik hali failin yargılanması esnasında karar verme aşamasından cezasının belirlenmesi aşamasına taşınmıştır. Bunun pratik önemi artık yargılamaların '*manslaughter*' olarak değil '*murder*' suçu üzerinden yürüyeceğidir. Bu durumda failin cezası '*mür boyu hapis cezası*' üzerinden tahrik indirimine uğrayacaktır. Tahrikin kaldırılması neticesinde yargılamalarda '*azaltılmış sorumluluk*' kapsamında değerlendirme yoluna da gidilmiştir. Bu

⁴⁵⁷ A.g.e.

⁴⁵⁸ Yeni Zelanda Hukuk Komisyonu (NZLC) Raporu, s.98, 2007. <http://www.legislation.govt.nz>, çevrimiçi, 21.07.2011. Raporda, Yeni Zelanda Bölge Mahkemesi yargıçlarının, haksız tahrik düzenlemesinin, 'ceza hukukunun bir lekesi', 'anlaşılması olanaksız ve kavranılamaz' olarak nitelendirdiklerini, bu nedenle düzenlemenin kalkması yönünde son 30 yıldır görüş bildirdikleri ileri sürülmüştür. **New Zealand Criminal Law Reform Committee Report on Culpable Homicide (1976)**; Crimes Bill 1989; Crimes Consultative Committee Crimes Bill 1989: **Report of the Crimes Consultative Committee (Wellington, 1991)**; a differently constituted New Zealand law Commission in NZLC R73 the Ministry of Justice.

⁴⁵⁹ *Sentencing Act* md. 9/2-e.

kapsamda, *Sentencing Act*'te tahrik durumu özel olarak belirtilmemekle birlikte, failde meydana gelen ancak akıl hastalığı seviyesine ulaşmamış patolojik durumlar kapsamına girebilecek olan karşı konulamaz kontrol kaybı hali de tahrikin cezanın azaltılması hususunda göz önünde bulundurulması gereken bir hal olarak ele alınabilecektir⁴⁶⁰.

Ceza miktarının '*nitelikli adam öldürme suçu*' kapsamında daha yüksek bir seviyeden başlayacak olması, sanığın müdafii ile savcılık arasında Türk Hukukunda olmayan ancak Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde mevcut bulunan '*disputed fact*'⁴⁶¹ müzakeresinin yapılmasına ve yargılamaların uzamasına neden olmaktadır. Bir diğer etkisi de eskiden başarılı bir haksız tahrik savunmasının ve uygulamasının soğukkanlılıkla ya da canavarca bir hisle kasten öldürme suçunu işleyen fail ile maktulun neden olduğu ve failde infial uyandıran olay neticesinde öldürme suçu işleyen fail arasında kusurluluklarına dayanan bir farklılık ve toplum nazarında önemi haiz olmasının artık bir değeri bulunmamaktadır⁴⁶². Tahrik düzenlemesinin kaldırılmış olması bütün olumsuzluklarına rağmen bu önemli mesafenin ortadan kalkmasına neden olmakta ve Yeni Zelanda Hukukunda bütün kasten öldürme faillerinin aynı kefedede değerlendirilmesinin önünü açmış bulunmaktadır⁴⁶³.

İskoçya Ceza Hukuku, İngiliz ve Galler Hukukundan etkilenmekle birlikte Anglo-Sakson Hukuk Sisteminden ziyade Kıta Avrupası Hukukuna daha

⁴⁶⁰Warren Brookbanks, Provocation: Psychological Precursors for Loss of Self-Control as a Mitigatory Claim , **Psychiatry, Psychology and Law**, 2009, Sayı 16, (196-216), s.196

⁴⁶¹ Bazı durumlarda sanık kendisine yöneltilen suçlamaları kabul etmekle birlikte savcının bazı iddialarına itiraz edebilmektedir. Örneğin, müessir fiil davasında sanık, mağdura bir kere vurduğunu iddia ederken savcı defalarca vurduğunu ve aynı zamanda tekmelediğini de öne sürmektedir. Mahkeme, failin cezasını belirlerken cezanın oranını daha net ortaya koymak açısından gerçekten ne olduğunu bilmek istemektedir. Genellikle bütün bu anlaşmazlıklar ayrı bir duruşma ile ortaya konulmaz. Mahkeme öncesinde savcı ile anlaşma yoluna gidilir. Bu olmadığı zaman dava esnasında ayrı bir duruşma yapılır. Bu duruşmada sanık ile savcı arasındaki mesele deliller ve tanıklar ışığında hakim tarafından çözülür. <http://www.lawhandbook.sa.gov.au>. Erişim tarihi: 22.7.2011.

⁴⁶²Brookbanks, Partial Defences to Murder in New Zealand , in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, s.282.

⁴⁶³A.g.e.

yakın bir hukuk Sistemine sahiptir⁴⁶⁴. İskoçya Ceza Hukukunda haksız tahrik, kasten öldürme ve yaralama fiilleri hakkında uygulanacak biçimde düzenlenmiştir. Haksız tahrik nedeniyle yaralama fiillerinde suçun cezasında indirimle gidilirken, kasten öldürme fiillerinde İngiliz Hukukunda olduğu gibi suç tipinde değişikliğe gidilmektedir.

Haksız tahrik nedeniyle kasten öldürmenin kabul edilebilmesi için tahrike neden olan olayın üzerinden zaman geçmeden, failin tahrik fiilinin hemen akabinde tepki fiilini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, yani tahrike neden olay ile tepki fiili arasına zaman girmesi durumunda fail, meydana gelen fiil neticesinde öz denetimini kaybetmiş olsa bile bu halden yararlanamayacaktır⁴⁶⁵. İngiliz Hukukundan ayrılan bir diğer nokta ise daha önceden meydana gelen tehlikeler nedeniyle ciddi bir zarara uğrama korkusu ile suç işlemesi halinde faile tahrik indiriminden yararlanma hakkı tanınmamış olmasıdır⁴⁶⁶.

İskoçya Hukukunda, bazı durumların kural olarak haksız tahrikle ilgili olabileceği kabul edilmektedir. Bunlar; zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi kapsamına girmeyen ancak kendisini ya da üçüncü bir kişiyi hayati bir tehlikeden kurtarmak amacıyla gerçekleştirdiği fiiller; kendisine ya da üçüncü bir kişiye yönelik olan ancak hayati tehlike yaratmayan bir saldırıya karşı gerçekleştirdiği savunmaya yönelik fiiller; ciddi bir saldırı bulunmama ile birlikte (kastan yaralama ya da hakaret içeren söz ya da hareketler gibi) mağdurdan ya da üçüncü bir kişiden kaynaklanan tahrik edici nedenlerden ötürü

⁴⁶⁴ Ancak, bazı hukuk kurumları açısından İskoç Ceza Hukukunun bu iki hukuk sisteminden farklılıklar arzettiği söylenebilir. Bu farklılıklardan biri, incelediğimiz konumuz ile ilgili olarak, suçun manevi unsurunda ortaya çıkmaktadır. İngiliz Hukukunda olduğu gibi İskoç Hukukunda adam öldürme suçu bakımından 'taammüd' (malice aforethought) terimi kullanılmamaktadır. Bunun yerine 'kötü niyet-kast' (wicked intent) kavramı kullanılmaktadır. Bunun inceleme konumuz üzerinde doğrudan bir etkisi olmamakla birlikte, tahrikin uygulama alanı olan adam öldürme fiilleri açısından incelediğimiz anglo-Sakson Hukuku ana başlığı altında yer alan devletlerin iç hukuklarında farklı yorumlara neden olduğu ve birbirleri ile mukayese edilirken bu farklılıklara değinildiğini belirtmek gerekmektedir. James Chalmers, *Partial Defences to Murder in Scotland: An Unlikely Tranquillity*, in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011, (167-181), s.176.

⁴⁶⁵ HM Advocate v. Hill; Drury v. HM Advocate, Summers, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit- Schottland **Nationales Strafrecht in rechtvergleichender Darstellung Allgemeiner Teil**, Band 5, Duncker&Humboldt Berlin, s. 371.

⁴⁶⁶ Ancak bu gibi durumlarda, savcının *murder* yerine *culpable homicide* suçundan dava açabilmektedir. **A.g.e.**

itidalini kaybetmesi neticesinde işlenen fiillerdir⁴⁶⁷. Bu fiillerin, hukuka uygunluk, zorunluluk hali ya da hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması kapsamında değerlendirilememesi ve bu nedenden ötürü hukuka uygun olarak nitelendirilememesi halinde, haksız tahrik kapsamında ele alındığı görülmektedir⁴⁶⁸. Somut olayda tahrik değerlendirmesi yapılırken iki husus ele alınmaktadır. Bunlardan ilki bir şiddet fiiline karşılık failin kendisini kaybetmesi ikincisi ise tahrik ile tepki fiili arasında orantının ve makul ilişkinin varlığıdır. Bir başka ifade ile, İskoçya Hukukunda, haksız tahrike neden olan fiil ile tahrik neticesinde gerçekleştirilen fiil arasında büyük orantısızlık bulunmaması gerekliliği tahrikin bir koşulu olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda, İngiliz Hukukunda olduğu gibi ‘*makul insan*’ değerlendirmesinin yapıldığı görülmektedir⁴⁶⁹.

Son olarak özellikle vurgulamamız gerekir ki; Türk Hukukunda hakaret olarak değerlendirilen sözlü ifadeler İngiliz Hukukunda tahrike elverişli sayılmaz iken İskoçya Hukukunda tahrik unsuru kabul edilmektedir⁴⁷⁰. Aynı zamanda, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde tahrik indiriminin sadece kasten öldürme fiilleri açısından geçerli olduğu gözönünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, değerlendirme yaparken, sadece adam öldürme fiilleri bakımından ve buna paralel olarak neticesinde kasten öldürme fiilini işleyecek ağırlıkta ya da makul bir nedenin var olması gerekmektedir. Doktrinde, bu kanun değişikliği ile ilgili olarak haksız tahrik düzenlemesinin tamamen kaldırılması yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ İskoçya Hukukunda, failin tahrik halinden yararlanabilmesi için çok ciddi ya da hayati tehlike arz edecek nitelikteki fiilere maruz kalmış olması aranmaktadır. Bu nedenle, failin kural olarak üç halde tahrik düzenlemesinden yararlanmaması gerekmektedir. Yani faille yönelik tahrik edici sözler bu kapsamda değerlendirilmemektedir. (Thomson v. HM Advocate) Ancak, aldatma ya da eşcinsel ilişkiler, ciddi ya da hayati tehlike yaratmayan saldırılar olmasına rağmen tahrik edici fiiller olarak kabul edilmiştir. (McKay v. HM Advocate, HM Advocate v. McKean), **A.g.e.**

⁴⁶⁸ **A.g.e.**

⁴⁶⁹ Hillan v. HM Advocate; Low v. HM Advocate, Drury v. HM Advocate, A.e. Chalmers, Partial Defences to Murder in Scotland: An Unlikely Tranquillity , in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, s.179.

⁴⁷⁰ Watts v. Brynes; Richard Singer, The Resurgence of Means Rea: I-Provocation, Emotional Disturbance and the Model Penal Code , **Boston College Law Review**, Vol. 27, Mart 1986, Sayı 2, s.253 (243-283); George Mousourakis, **Criminal Responsibility and Partial Excuses**, Ashgate Dartmouth, s.76, dipnot 52.

⁴⁷¹ Padfield, **Criminal Law**, s 170.

r d

Commonwealth ülkesi olan İrlanda'da Anglo-Sakson Hukuk Sistemi uygulanmaktadır ve haksız tahrik düzenlemesi hususunda bu sistem geçerlidir. Ancak, İrlanda uygulaması birtakım farklılıkları da muhteva etmektedir. Bunlardan en belirgin olanı '*makul insan*' ya da '*ob ektif unsur*' değerlendirmesinin mevcut olmamasıdır. İrlanda Hukukunda tahrik değerlendirmesi tamamen '*sub ektif*' tutulmakta, failin karakteristik özellikleri, mizacı ve fiili işlediği sıradaki geçici kendini kaybetme halindeki durumlar mahkeme esnasında dikkate alınmaktadır⁴⁷². İrlanda Hukukunda da diğer Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerde olduğu gibi, zaman içerisinde meydana gelen istismar veya saldırıların şiddetine dayanamamanın neticesinde oluşan ancak herhangi bir saldırı öncesi ya da sonrasında gerçekleşmemiş olan öldürme fiilleri hakkında tahrik indiriminin uygulanıp uygulanamayacağı sorun olarak gündeme gelmektedir. İrlanda 1964 *Criminal Justice Act* 4.maddesine göre, failin kasten adam öldürme ya da ağır müessir bir fiili işlemesi durumunda, sadece bunun anlamını kavrayabilme kapasitesinde cezai sorumluluğunu azaltacak derecede yoksunluk meydana getiren halin varlığı halinde, cezai sorumluluğu azalacaktır.

b.d A r

Hukuk sisteminin hem Anglo-Sakson Hukuku hem de Kara Avrupası Hukuku (özellikle Alman Hukuku ve Hollanda Hukuku) etkisi ile şekillendiği Güney Afrika Hukukunda ise başlangıçta haksız tahrik nedeniyle ceza indirimi gerçekleştirilmesi yönünde bir eğilim bulunmakta ve bu doğrultuda 1886 *Transkeian Ceza Kanunu*'nun 141.maddesi ile failin tahrik neticesinde meydana gelen ve makul bir insanın bile aynı durumda kapılabileceği ani öfke nedeniyle öldürme fiilini işlemesi halinde suçun cezasında indirimine gidilmesi öngörülmekteydi⁴⁷³. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Güney Afrika Hukukunda diğer Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerdeki gibi haksız tahrik

⁴⁷²Coffey, **Essential Law Texts Criminal Law**, s.166.

⁴⁷³Jonathan Burchell, South Africa , in: **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Edited by Kevin Jon Heller, Markus D. Dubber, Stanford Law Books, Stanford University Press, California, 2011, s.462.

kısmi bir mazeret nedeni olarak değil, failin ceza kabiliyeti ile ilgili olarak ele alınmıştır. Mahkeme kararlarında, failin ceza kabiliyetini etkileyen, başka bir ifade ile failin cezai kabiliyetsizliğine neden olan durumlar patolojik ve patolojik olmayan nedenler olarak ayrılmış ve bu surette değerlendirilmede bulunulmuştur⁴⁷⁴. Akıl hastalıkları patolojik kabiliyetsizlik olarak kabul edilirken; alkol, duygusal stres ve tahrik gibi durumlar patolojik olmayan kabiliyetsizlikler olarak kabul edilmiştir. Bunun haricinde, kırgınlık, kıskançlık ya da diğer duygu durumlarının ancak tahrik neticesinde oluşması halinde failin cezasında indirimde gidildiği görülmektedir.

b.e.Avustralya

Avustralya Başkent Bölgesi (Australian Capital Territory), Yeni Güney Veyls (New South Wales), Kuzey Bölgesi (Northern Territory), Kuinsland (Queensland), Güney Avustralya (South Australian), Tazmanya (Tasmania), Viktorya (Victoria) ve Batı Avustralya (Western Australia) eyaletlerinden oluşan Avustralya'nın bazı eyaletlerinde, haksız tahrike bağlı indirim hali kanunlardan çıkartılmıştır. Tazmanya eyaletinde, 2004 senesinde meydana gelen kanun değişikliği bu duruma bir örnek teşkil etmektedir⁴⁷⁵. Viktorya eyaletinde ise, 23 Kasım 2005 tarihinde '*The Crimes (Homocide) Act*'de yapılan bir değişiklik ile haksız tahrik indirimi kanun metninden çıkartılmış, bu durumun failin cezasının belirlenmesinde bir takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir⁴⁷⁶. Kanun değişikliğinden önce, mağdurun tahrik edici davranışı nedeniyle failin kontrolünü kaybetmesi ve bunun neticesinde mağduru yaralaması ya da öldürmesi halinde haksız tahrik uygulaması gündeme gelmekteydi. Ancak Viktorya Hukukunda, failin haksız tahrik kurumundan yararlanabilmesi için, haksız tahrike neden olan olayın üzerinden zaman dilimi geçmeden, failin hemen akabinde tepki göstermesi gerekmekteydi. Bir diğer

⁴⁷⁴ **A.g.e.**

⁴⁷⁵ Criminal Code Amendment Act 2003, Bernadette Mc Scerry, Afterword: Options for the Reform of Provocation, Automatism and Mental Impairment , **r d Law, Vol.12, 2005**, (s. 44-49), s. 45.

⁴⁷⁶Felicity Stewart/Arie Freiberg, **Provocation in Sentencing**, Research Report, Provocation in Sentencing, Research Report, Published by the Sentencing Advisory Council Melbourne Victoria Australia, 2.nd Ed, Temmuz, 2009, s.8.

ifade ile, tahrikin bir öç alma ya da plan kurma aracı olmaması gerektiği vurgulanmakta idi⁴⁷⁷.

Viktorya Hukuk Komisyonu'nun raporunda tahrik düzenlemesinin günümüz uygulamasından neden çıkartılmasının gerektiği birkaç madde şeklinde ele alındığı görülmektedir. Bunlardan ilki, artık kızgınlık halinin bir kişiyi öldürme hususunda ahlaki olarak mazur görülemeyeceğidir. Günümüz toplum standartlarında kişi her durumda kendini kontrol altında tutabilmelidir. Raporda, insanın acizliği ve bu nedenle tahrik altında suç işleyebileceği savunması da olumsuz bir değerlendirmeye tabi tutularak, bu halin hiç kimseye mağduru öldürmesi ya da yaralaması hususunda bir ehliyet kazandırmadığı vurgulanmaktadır. Kıskançlık cinayetleri olarak da ifade edilen ve genellikle erkeklerin eşlerini ya da sevgililerini kendilerini aldattıkları iddiası ile öldürdükleri olaylarda da faillerin tahrikten yararlanmaları, aslında kadınların bu tür erkeklerden kurtulma çabalarının neticesiz kalması ve kendilerini terk etme haklarının tamamen ellerinden alınmasının ödülü olarak değerlendirilmektedir⁴⁷⁸. Bu yorum Avustralya'da 1989-1999 yılları arasında yapılan 143 cinayet soruşturmasının ele alındığı bir çalışmaya dayanmaktadır⁴⁷⁹.

Haksız tahrik düzenlemesinin kanundan kaldırılması yönünde çağrılara neden olan olay özetle şu şekilde gerçekleşmiştir⁴⁸⁰. 23 yıllık evli olan Julie ve James Ramage sorunlu giden bir evliliğe sahiptir. Bu sorunlar neticesinde ayrılmaya karar veren ve evini ayıran Julie, başka birisi ile tanışarak ilişki içerisine girmiş, bu durumu kocası James'e açıklayarak, zaten daha önce de şiddet gördüğü kocasından ayrılmaya karar vermiştir. James Ramage'ın iddiasına göre, karısı James'e ondan ayrılmak istediğini, onunla yaşadığı cinsel hayatın mide bulandırıcı olduğunu ancak yeni erkek arkadaşının kendisinden çok daha iyi olduğunu söylemiştir. Bu konuşmaya dayanmadığı ve kendini kaybettiği iddiası ile James, karısına defalarca vurarak yere düşürmüş ve kafasını ezmeye

⁴⁷⁷ **A.g.e.**, s. 1.

⁴⁷⁸ **A.g.e.**, s.7.

⁴⁷⁹ Çalışmada, özellikle erkek hükümlüler (31.5) cinayeti cinsel ilişki sırasında, partnerleri tarafından haksız tahrike uğradıkları için işlediklerini söylemiştir. McSherry, Men Behaving Badly: Current Issues in Provocation, Automatism, Mental Impairment and Criminal Responsibility , **Psychiatry, Psychology and Law**, s.15.

⁴⁸⁰R v. Ramage, 2004, VSC 508 Supreme Court of Victoria, Osborn J, 9 Aralık 2004, **A.g.e.**, s.16.

başlamıştır. Sonunda Julie ölmüştür. James, Julie'nin yerdeki kanlarını temizleyip cesedini ormanlık bir alana gömmüştür. Daha sonra Melborn'a dönerek hiçbir şey olmamış gibi hayatını yaşamaya devam etmişse de James, yapılan soruşturma neticesinde Julie'yi öldürmekle yargılanmıştır. Mahkemede James'in en temel savunması haksız tahrike uğradığıdır. Jüri, fail hakkında haksız tahrik indirimi uygulayarak, failin cezasında indirimine gidilmesi yönünde görüş bildirmiştir. Haksız tahrik indiriminin uygulandığı bu olay medyada geniş yer bulmuş ve kamuoyunda büyük yankı uyandırmıştır. Kararın medyaya yansımaları, neticesinde protestoların yükselmesine neden olmuş ve adeta tahrikin kanun metninden çıkartılması hususundaki hassasiyetlerin fitilini ateşlemiştir. Bunun üzerine Viktorya Hukuk Reform Komisyonu haksız tahrikin kaldırılması yönünde görüş yayınlamıştır. Viktorya hükümeti bu görüşü desteklemiş ve haksız tahrik düzenlemesi kaldırılmıştır⁴⁸¹. Düzenlemenin Kanun metninden çıkartılması bir reform olarak kamuoyuna hükümetin bir başarısı şeklinde lanse edilmiştir. Hükümet, bu değişiklik ile bu sistemi daha fazla desteklemeyeceğini ve dolaylı biçimde de olsa suçun mağdurlarını cezalandırmayacağını ifade etmiştir. Hükümet açıklamasında özetle; ‘ *zellikle kanunun bu düzenlemesine güvenerek kırgınlık ya da kıskançlık nedeniyle partnerlerini öldüren ya da onurlarını lekeledikleri gerekçesiyle kızlarını öldüren erkekler kanuna dayanamayacaklardır anun ile erkek şiddetini korumayacağız kontrolünü kaybettiği gerekçesi ile suç işleyenler artık kasten adam öldürme suçundan yargılanacaklar ve tahrik hali var ise ancak alacakları cezada indirimine gidilecektir*’ ifadelerine yer verilmiştir⁴⁸².

Avustralya'nın diğer eyalet kanunlarında haksız tahrik kurumu yer almakla birlikte, yukarıda belirttiğimiz eyaletlerdeki kanun değişiklikleri bu eyaletlerde de tartışma konusu olmuştur. Örneğin, Batı Avusturya (Western Australia) Eyaleti Hukuk Reformu Komisyonu 2007 tarihinde yayınladığı bir raporda, adam öldürme suçunun cezasının ömür boyu hapis cezasından belirli süreli hapis cezasına dönüşmesi halinde haksız tahrikin kanunlardan kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸³. Bu sayede Avustralya'nın bazı eyaletlerinde haksız

⁴⁸¹ A.g.e., s.17.

⁴⁸² Stewart/Freiberg, **Provocation in Sentencing**, s.8.

⁴⁸³ A.g.e., s.9, dipnot: 47.

tahrikin kanun metninden kaldırılması, kurumun failin cezasının bireyselleştirilmesi aşamasında gözönünde bulundurulması anlamına gelecektir.

Avustralya'nın halihazırda tahrik düzenlemesini koruyan eyaletlerden Kuinsland(Queensland)'a baktığımızda, diğer Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimseyen devletlerden farklı olarak bazı durumlarda, kasten öldürme suçunun haricindeki diğer suç tiplerinde de haksız tahrikin tam bir savunma hali olarak görüldüğü anlaşılmaktadır⁴⁸⁴. Queensland Eyaleti 1899 *Queensland Criminal Code Act*'in 267.maddesine göre:

‘ u kanun anlamında tahrik kavramı saldırı ihtiva eden suçlara istinaden kullanılır u terim şu halleri ihtiva eder ıradan bir kimseye veya bu sıradan kimsenin mevcut olduğu sırada onun bakım ve g zetim yükümünde olduğu bir başka kişiye karşı yapılan haksız fiil veya s zlü saldırılar;

aksız fiil ve s zlü saldırıların niteliği şunlardır

1. Kişiyi kendini kontrol yeteneğini ortadan kaldırmaya veya bu kişiyi haksız tahriki yapan kişiye karşı saldırıda bulunmaya karşı sevketmeye matuf davranışlar

yle bir fiil veya saldırı bir kimseden bir başkasına işlendiğinde veya bir başkasının varlığında onun g zetimi altındaki bir kimseye işlendiğinde nceki kişinin bir saldırı için tahrik ettiği kabul edilir

3. ukuka uygun bir fiil bir saldırı için tahrik teşkil etmez

ir kimse bu kanun kapsamında tahrik düzenlemesinden yararlanmak amacıyla bir başkasını tahrik ederse meydana gelen saldırı bu kanun anlamında tahrik değildir

aksız tutuklama başlı başına bir tahrik teşkil etmez, bununla birlikte yakalanan kimse bunun kanuna aykırılığını biliyorsa bu tahrik için bir delil olarak kullanılabilir⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ **A.g.e.**, s.10.

⁴⁸⁵ <http://www.legislation.qld.gov.au/legisltm/current/c/crimincode.pdf> , erişim tarihi: 4.8.2012. Western Australia Eyaleti *Criminal Code Act Compilation Act 1913*md 245'de aynı düzenlemeyi içermektedir. http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/ccaca1913252/notes.html#appendix

Kuinsland (Queensland) ve Batı Avusturya (Western Australia) eyaletlerinde, haksız tahrik dolayısıyla failin müessir fiilde bulunması bir cezasızlık nedeni sayılmaktadır.

1899 *Queensland Criminal Code Act*, 269.maddesine göre;

‘ Kendisine y nelik bir saldırı nedeniyle tahrik eden kişiye karşı saldırıda bulunan kimsenin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır ncak bu nevi bir tahrikin kişinin gerçekten kendisini kontrol yetisini ortadan kaldırmış olması; bu tahrike binaen ani ve kendisini sakinleştirecek bir zaman olmaması; failin fiilinin tahrikle orantısız ve kasti olmaması; lüm ve ağır bedensel zararı verecek nitelikte olmaması gerekmektedir üm bunların belirlenmesi olaya ilişkin meselelerdir ⁴⁸⁶,

b.f.Kanada

1985 tarihli yürürlükteki Kanada Ceza Kanunu'nun haksız tahriki düzenleyen 232.maddesine göre, tahrik nedeni neticesinde aşırı kızgınlıkla kasten adam öldürme suçunu işlemiş olması durumunda fail, 2.derece kasten adam öldürmekten yargılanacaktır (md 232/1). Haksız tahrikin ne olduğu kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, makul, sıradan bir insanın bile kontrolünü kaybetmesine neden olacak haksız bir fiil ya da hakaret nedeniyle bireyin buna tepki olarak derhal ve araya zaman girmeksizin hareket etmesi ve suç işlemesi halinde, tahrike neden olan kişiye karşı işlediği bu fiil hakkında haksız tahrik kurumunun uygulanabileceği kabul edilmektedir (md 232/2). Kanada Hukukunda diğer Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki gibi adam öldürme suçunun cezası ömür boyu haptir. Failin, öfke ve heyecan ile bu suçu işlemesi durumunda ise cezası azaltılacaktır. Ancak tek başına öfke hali cezanın azaltılması için yeterli değildir. Fail haksız fiil ya da sözlü saldırının hemen

⁴⁸⁶<http://www.legislation.qld.gov.au/legisln/current/c/crimincode.pdf>. 11.8.2012. Aynı şekilde, Western Australia Criminal Code Act Compilation Act 1913, md 246'ya göre, *endisine y nelik bir saldırı nedeniyle tahrik eden kişiye karşı saldırıda bulunan kimsenin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır ncak bu nevi bir tahrikin kişinin gerçekten kendisini kontrol yetisini ortadan kaldırmış olması; bu tahrike binaen ani ve kendisini sakinleştirecek bir zaman olmaması; failin fiilinin tahrikle orantısız ve kasti olmaması; lüm ve ağır bedensel zararı verecek nitelikte olmaması gerekmektedir üm bunların belirlenmesi olaya ilişkin meselelerdir*

akabinde ve kızgınlık hali geçmeden karşılık vermeli ve bu kızgınlık hali makul olmalıdır⁴⁸⁷.

A r B r

M d C

Amerika, federal yargıyı ilgilendirenler hariç olmak üzere diğer suç tipleri ile ilgili düzenlemeleri eyaletlerin yetkisine bırakmış ve her bir eyalete kendi kanununu ve dolayısıyla suç tiplerini belirleme imkanı tanımıştır. Bunun neticesinde eyaletlere göre ceza hukukunda anlayış farklılıkları belirlemiştir. 50 eyaletin her biri kendine ait ceza kanununa sahiptir. Bu kanunların, temel kaynakları Anglo-Sakson Hukuk Sistemine dayanmış olmasına rağmen, birbirlerinden farklılıklar içerdiği de tespit edilmiştir. Bu farklılıkların en aza indirilmesi amacıyla Amerikan Ceza Kanunları ilk kez *Edward Livingston* ve daha sonrasında *David Dudley Field* tarafından toplanıp derlenmiştir. Bunlardan *Livingston*'un taslağının belirlediği Federal Amerikan Ceza Kanunu ve Louisiana Ceza Kanunu, Amerika'daki Ceza Kanunu'nun kodifikasyonu bakımından çok başarı sağlayamamışsa da *Field*'in kodifikasyonu daha başarılı olmuş ve *Field*'in New York Ceza Kanunu 1881 yılında kanunlaşmış, 1967 yılına kadar da yürürlükte kalmıştır⁴⁸⁸. Ancak, bu reformun diğer eyaletlere etkisi olmamış, eyaletler arasındaki ceza hukuku bakımından farklılıklar ortadan kalkmamıştır.

Modern Amerikan Ceza Hukuku dediğimiz vakit, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından düzenlenmiş ve 1962'de yayınlamış olan Amerikan Model Ceza Kanunu'nundan bahsetmemiz gerekecektir⁴⁸⁹. Yukarıda değindiğimiz kodifikasyon hareketlerinin istenilen etkiye ulaşamamış olması ve dönemindeki eyalet ceza hukuklarının düzenli bir 'kanuni metin'den ziyade ad hoc birer

⁴⁸⁷ Kent Roach, Canada, in: **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed.By Kevin Jon Heller, Markus Dubber, Stanford University Press, 2011, s.124.

⁴⁸⁸ Paul Robinson/Markus Dirk Dubber, **An Introduction to the Modern Penal Code**, Mart 1999, www.law.upenn.edu/fac/phrobirs/intromodpencode.pdf, s.2 vd. erişim tarihi: 6.2.2012.

⁴⁸⁹ 52 farklı ceza kanununun bulunduğu ve aralarında ciddi farklılıkların olduğu Amerika'da, bu farklılıkların en aza indirilmesi ve bir birlik sağlanması amacıyla 1962 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından düzenlenen ve 1981 yılında değişikliklere gidilen Model Ceza Kanunu düzenlenmiştir. 1960 ve 1970lerde, Model Ceza Kanunu etkisi ile eyaletlerde hukuk reformlarına gidilmiştir. Bu nedenle, Model Ceza Kanunu Amerikan Ceza Hukukunun kodifiye edilmesi yönündeki en başarılı adım olarak kabul edilmektedir. http://en.wikipedia.org/wiki/Model_Penal_Code, 6.2.2012.

mahkeme kararları koleksiyonuna dönmüş olması nedeniyle, Amerikan Hukuk Enstitüsü⁴⁹⁰ tarafından bir model kanun hazırlığına girilmiştir⁴⁹¹. Livingston ve Dudley'in daha önce hazırlamış olduğu kodifikasyon hareketlerinden etkilenen bu metin sadece 1967 tarihli New York Ceza Kanunu'nu değil 1962 tarihli Minnesota, 1963 tarihli New Mexico; 1969 Georgia; 1970 Kansas; 1971 Connecticut; 1972 Colorado ve Oregon; 1973 tarihli Delaware, Hawaii, New Hampshire, Pennsylvania ve Utah; 1974 tarihli Texas; 1975 tarihli Florida, Kentucky, Kuzey Dakota ve Virginia; 1976 tarihli Ankanas, Maine, ve Washington; 1977 tarihli Güney Dakota ve Indiana; 1978 tarihli Arizona ve Iowa; 1979 tarihli Missouri, Nebraska ve New Jersey; 1980 tarihli Alabama ve Alaska; 1983 tarihli Wyoming kanunlarını da etkilemiştir. Bu doğrultuda, Model Ceza Kanunu ortak bir Amerikan Ceza Kanunu'nun oluşabilmesi yönünde en yakın ve etkili kaynak olmuştur⁴⁹². Burada Model Ceza Kanunu'nun kısa bir geçmişini vermemizin nedeni, bütün Amerika'daki eyalet kanunlarında haksız tahrik düzenlemesine yer vermeden, Model Ceza Kanunu ve Federal Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelere değinmek suretiyle Amerikan ceza Hukukundaki haksız tahrik algısını ortaya koyabilmektir.

Genel olarak Amerikan Hukukunda da haksız tahrikin dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar; failin şiddetli hiddet ile hareket etmesi; kızgınlığa neden olacak fiilin faili tahrik edecek derecede 'yeterli' olması; gerçekleştirilen tahrik fiilinin üzerinden failin sakinleşmesi için bir zaman diliminin geçmemesi; tahrik fiili ile tepki fiili arasında nedensellik bağının olmasıdır. Bu şartlardan ilki olan hiddet hali öfke ya da kızgınlıktan çok daha ağır olan ve korkuyu, kıskançlığı hatta çaresizliği dahi içeren bir kavram olarak kullanılmaktadır⁴⁹³. İşlenen fiilin, faili tahrik etmeye yetecek derecede etkili olması gerekmektedir. Bu ifadeden

⁴⁹⁰Amerikan Hukuk Enstitüsü, hükümet dışı bir organizasyon olup Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yüksek yargıç, avukat ve hukuk profesörlerinden oluşan ve mülkiyet, sözleşme, gibi temel hukuk alanlarında emsal mahkeme kararlarını da yansıtan açıklamalarını ciltler halinde toplayan ve bağlayıcı olmayan hukuk eserini düzenleyen bir Enstitüdür. Bu Enstitünün düzenlediği eserlerin kanuni olarak bir bağlayıcılığı olmasa da yayımlandıkları tarihten itibaren yayımlandıkları konu ile ilgili olarak mahkemeler ve hukuki düzenlemeler üzerinde ciddi etkileri olmaktadır. Özellikle mahkemeler, Enstitünün eserlerini bir kanun metninin yorumlanmasında ve uygulamasında etkin olarak kullanılmaktadırlar. **Merriam-Webster**, Springfield, MA 1996, s.431.

⁴⁹¹Robinson/Dubber, **An Introduction to the Modern Penal Code**, www.law.upenn.edu/fac/phrobirs/intromodpencode.pdf, s.3, erişim tarihi, 6.2.2012.

⁴⁹²Paul Robinson/ Markus Dirk Dubber, **The American Model Code: A Brief Overview**, **New Criminal Law Review**, Vol 10, Number 3, 2007, s.320.

⁴⁹³Dressler, **Understanding Criminal Law**, s.528.

fail hakkında bütün tahrik edici davranışlar neticesinde işlenen tepki fiilleri hakkında haksız tahrik indirimi uygulanmayacağı anlamı çıkmaktadır. Fiil her ne kadar tahrik edici olsa da failin bu fiile tepki olarak gerçekleştirdiği eylem bakımından yeterli derecede ağırlığa ulaşmamış olması halinde, somut olayda tahrikin oluşmadığı kabul edilmektedir. Zira, özellikle faili tahrik etmeye yeterli dereceye varan ya da elverişli fiil şartı, bizde tahrik fiili ile tepki fiili arasında bir oran arandığı kanısı uyandırmaktadır. Failde infiale neden olacak ve neticesinde tepki fiilin işlenmesine yol açacak fiilin yeterli derecede olmasından kastedilen, her olayda farklılık gösteren ancak genel olarak ortalama bir insanın dahi somut olayda gösterebileceği tepkidir. Bu noktada, makul insan değerlendirmesinin de dikkate alınacağını hatırlatmamız gerekir.

Amerikan Hukukunda özellikle üzerinde durulan bir diğer konu diğer bütün Anglo-Sakson Hukuk Sistemini benimseyen devletlerde de uygulandığı üzere- failin tepki fiilini, tahrik fiili neticesinde gösterip göstermediğinin belirlenmesidir. Bu husustaki en önemli unsur '*tahrik fiili ile tepki fiili arasında failin sakinleşmesi*' (*cooling off time*) için zaman geçip geçmediği değerlendirmesidir. Failin, tahrik fiilinin akabinde sakinleşmek ve düşünmek için zaman geçirmesine rağmen yine de karşı saldırıda bulunması halinde tepki fiilinin tahrik neticesinde gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Bununla birlikte günümüzde, diğer Anglo-Sakson Hukuku devletlerindeki gelişmelere paralel olarak bunun çok sıkı bir biçimde uygulanmadığı da görülmektedir⁴⁹⁴.

b.g.b. Model Ceza Kanunu ile Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin

r r

Model Ceza Kanunu (Model Penal Code-MPC) madde 210.3(1)(b) (1962)'a göre failin işlediği suçun haksız tahrik altında işlendiğinin kabulü için

⁴⁹⁴ Amerikan Mahkemesinden verilen bir kararda, karısını bir başka adamla gören failin, onları birlikte görmesinin üzerinden 7 saat geçmesinin ardından karısını öldürmesi olayında, araya sakinleşme süresi girdiğinden bahisle tahrik indirimi uygulanmadığı görülmekte iken (Commonwealth v. Andrade, 661 N.E. 2d 1308,1311) <http://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/volumes/422/422mass236.html>; kesintili olarak 2 hafta süre ile istismara maruz kalan bir kadının son istismarın üzerinden 20 saat geçmesine rağmen işlediği fiil hakkında tahrik indirimi uygulanmıştır. (People v. Berry, 556 P 2d. 777) Victoria L. Steinberg, A Heat Of Passion Offense: Emotions And Bias In "Trans Panic" Mitigation Claims , **Boston Collage Third World Law Journal**, Vol 25, Issue, 2, s. 499. (499- 524) (2005) <http://lawdigitalcommons.bc.edu/twlj/vol25/iss2/8>. erişim tarihi:12.02.2012.

'makul bir izahat ya da mazeretten türü aşırı zihinsel ya da duygusal bozukluğa uğramış olması' (under the influence of extreme emotional disturbance for which there was a reasonable explanation or excuse) (EMED) gerekmektedir⁴⁹⁵. Model Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan EMED hali hemen hemen çoğu eyalet ceza kanunlarına da yansımış, bunun neticesinde Amerikan Hukuku haksız tahrikin tanımı bakımından diğer Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ülkelerinden farklı bir niteliğe bürünmüştür. Bu ifade daha önce haksız tahrik bakımından kabul edilen *'aşırı duygusal bozukluk hali'* nin yeniden ele alınmış bir görünümü olarak kabul edilmektedir. Tahrikten farklı olarak EMED düzenlemesi ile amaçlananın tahrike neden olan unsurdan ziyade failin psikolojik durumuna odaklanmak olduğu söylenebilir. Yargılamalarda ise EMED'in nasıl yorumlandığı şu şekilde özetlenebilir. *'şırı duygusal bozukluk ya da stress bozukluğu failin psişik ya da psikolojik durumu sıradan ya da normal olarak beklenenden çok daha fazla derecede anormallik içeren ve bunun neticesinde meydana gelen bozukluktur u nevideki bir bozukluk failde yle bir hale neden olmaktadır ki failin mantığının sesini duymayacak derecede sağır eder ve zihninde taşkınlığa neden olur'*⁴⁹⁶ Kanımızca bu ifadelerden çıkartılması gereken sonuç EMED ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki iki unsurun birleştirilmek istendiğidir. Bu unsurlardan ilki tahrike neden olan fiilin neticesinde ortaya çıkan hiddet, bir diğeri ise sınırlı sorumluluk-bir diğeri deyişle-azaltılmış sorumluluktur. Failin, meydana gelen fiil nedeniyle tepki göstermesinin altında makul bir mazeret nedeni ya da açıklama yatmak zorundadır. Ancak bunun neticesinde aşırı duygusal bozukluk meydana gelmiş ise fail bunun etkisi ile işlediği suçtan ötürü sınırlı bir sorumluluğa sahip olacaktır⁴⁹⁷. Bu bağlamda, Model Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki tahrik düzenlemesinden daha geniş kapsamlı olduğu söylenilir. Ayrıca düzenlemeden anlaşılmaktadır ki; ortaya çıkan hiddetin, hemen haksız tahrike neden olan fiilin akabinde gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bir diğeri ifade ile araya zaman girmiş olması nedeniyle ortadan kalktığı kabul

⁴⁹⁵The United States Code: Title 18: Ceza ve Ceza Muhakemesi başlığı altında yer alan Part: 1 Chapter 51 'Adam Öldürme' başlıklı düzenlemesinin 1112. Maddesinde tanımlanan kasten öldürme suçunda, failin ani çıkan bir kavga ya da aşırı bir elem üzerine adam öldürmesi durumunda işlediği suç manslaughter olarak kabul edilecektir. http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_18_00001112---000-.html, erişim Tarihi 10.2.2012.

⁴⁹⁶ Boyd v. State, The Delaware Supreme Court Decision, 389 A 2d. 1282, 1286-7, (1978) Dressler, **Understanding Criminal Law**, s.542.

⁴⁹⁷ **A.g.e.**

edilen tahrik hali EMED’de varlığını sürdürmektedir. Ancak aşırı duygusal bozukluk tabiri, Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki hiddet ya da öfkeden çok daha ağır bir durumdur. Bir mahkeme kararında, ‘*failde akıl hastalığı derecesine ulaşmamış olması kaydıyla aşırı olağandışı stres ve kızgınlık moral bozukluğu tutku hiddet fke gibi aşırı duygu yoğunluğunun tesine geçen bir nedenden türü failin kendisini kaybetmesi neticesinde aşırı duygusal tepki vermesi halinde*’ failde aşırı duygusal bozukluk halinin var olduğuna işaret edilmiştir⁴⁹⁸.

Doktrinde, henüz hala Model Ceza Kanunu’nun uygulamasının yerleşmediği ve düzenlemedeki belirsizliğin sürdüğü ileri sürülmektedir⁴⁹⁹. Failin, mağdur tarafından tahrik edilmesinin gerekip gerekmediği ya da failde meydana gelen aşırı duygusal bozukluğun nasıl ve neden oluşması gerektiğinin belirsiz olması tartışma konusu olmaktadır⁵⁰⁰. ‘*şırı duygusal bozukluk*’ durumunda, tahrik eden olayın varlığı aranmamakla birlikte var olması halinde ‘*tahrik fiilinin hemen akabinde*’ tepki fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Burada önemli olan bir diğer husus da meydana gelen olayın failin aşırı elem ya da hiddet haline neden olması değil, failde önemli zihinsel travma yaratması ve bunun neticesinde görünürde herhangi haksız tahrik teşkil eden bir fiilin olmamasına rağmen failin şiddete başvurusudur⁵⁰¹.

N r d r

c.a. Genel Olarak

Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde haksız tahrikin, fail hakkında açılacak davanın niteliğini değiştiren, bunun neticesinde de nitelikli adam öldürme (*murder*) suçundan ömür boyu hapis cezası ile yargılanmak yerine basit adam öldürme suçundan (*manslaughter*) yargılama yapılmasına neden olan bir unsur olduğunu daha önce belirtmiştik. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, günümüzde

⁴⁹⁸ State v. Elliott, 177 Conn. 1, 9, 411, A. 2d 3, 8 (1979); State v. Trieb, 315 N. 2d, 649, 659 (1982) State v. Carson 292 Or. 451, 459, (1982) Singer, The Resurgence of Means Rea: I-Provocation, Emotional Disturbance and the Model Penal Code, **Boston College Law Review**, s.298.

⁴⁹⁹ **A.g.e.**, s.294.

⁵⁰⁰ Bu neviden bir tartışmayı öngörerek, Model Ceza Kanunu düzenlemesine uygun kanun yapan bazı eyaletler kanun lafzında bazı değişikliğe giderek bu düzenlemenin uygulanabilmesi için failde ‘*e treme provocation*’ denen ağır haksız tahrike kapılma nedenini aramışlardır. **A.g.e.**, s.297.

⁵⁰¹ State v. Corbin, 15 Or. App. 536, 548-49, 515 p. 2d. 1314, 1320, (1973), **A.g.e.**, s.295.

haksız tahrik kurumunun bu nitelikte bir düzenleme olmaktan çıkartılması, sadece hakime failin cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında takdiri indirim nedeni olarak gözönünde bulundurulması ya da tahrikin kanun metninde yer alan düzenlemelerde köklü değişikliğe gidilmesi yönünde bir eğilim mevcuttur.⁵⁰² Haksız tahrikin çıkış nedeni, failin onuruna ya da başka bir izahla mahremiyetine karşı gerçekleştirilen saldırılara karşılık vermemenin korkaklık olarak nitelendirildiği toplumlarda, bireyin bu alana karşı gerçekleştirilen saldırılara karşılık vermemesinin adeta toplum baskısı yaratacağı, buna karşılık işlenen suç ile toplum düzeninin bozulması ve cezasız bırakılmaması gerekçesi ile adeta bir orta yol bulunarak fail hakkında işlediği suçun niteliğinin değiştirilmesi suretiyle cezasında hafifletilmeye gidilmesidir. Bu itibarla, her ne kadar hala kişinin onuruna karşı gerçekleştirilen fiillerden ötürü kızgınlık duyulmakta ise de bu hal açgözlülük ya da şehvet gibi *'itibarsız'* duygulardan sayılmamaktadır. Ancak, günümüz algısı içerisinde kişi, haklı olarak bir haksızlığa karşı öfkelenmiş dahi olsa duygularını kontrol etmek ve sınırlamak zorundadır⁵⁰³.

2009 tarihinde İngiltere'de meydana gelen kanun değişikliğinden önce Hukuk Komisyonu tarafından belirli aralıklarla danışma raporları düzenlenmiş ve haksız tahrik düzenlemesini içeren 6 Ağustos 2004 tarihli final raporunda da mevcut haksız tahrik düzenlemesinin sakıncaları tekrar dile getirilmiştir⁵⁰⁴. Bu raporda üzerinde durulan, haksız tahrik kurumunun teorik olarak temellendirilmekten yoksun olduğudur. Özellikle, tahrikin şartları olarak ele alınan ani ve geçici öz denetim kaybının *'idaresi güç'* ve *'sıkıntı verici'* olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu tip bir değerlendirmenin *'slo burn'* tipi denilen ve süregelen haksız tahrik hali neticesinde zamanla ortaya çıkan öfke olaylarında nasıl yapılacağı soru işareti olarak kalmaktadır. Çünkü, daha önce de belirtildiği gibi, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde haksız tahrik indiriminin uygulanabilmesi için failin ani ve geçici olarak kendini kaybetmesi şartı aranmaktadır. Ancak *'cumulative provocation'* denilen, failin tahrik fiilinin hemen akabinde gerçekleştirilmeksizin ve geçici olarak kontrolünü kaybetmeksizin, saldırganının pasif olduğu konumları fırsat bilerek, saldırganı

⁵⁰²Sullivan, Anger and Excuse: Reassessing Provocation , **Oxford Journal of Legal Studies**, s.421.

⁵⁰³**A.g.e.**, s.426.

⁵⁰⁴[http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc290 Partial Defences to Murder.pdf](http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc290%20Partial%20Defences%20to%20Murder.pdf). erişim tarihi: 7.9.2012.

öldüren fail hakkında nasıl bir değerlendirme yapılacağı tartışma konusu olarak kanun değişse dahi varlığını sürdürmektedir⁵⁰⁵. Burada, ‘*haksız saldırının hemen akabinde tepkinin g sterilmesi*’ kavramına yüklenen anlam ile tartışma çözülmeye çalışılmaktadır. Eğer, tahrike neden olan fiilin hemen akabi kavramı zamansal olarak gerçek anlamında kullanılacak ise fail tahrikten yararlandırılmamaktadır. Bu nedenle, genellikle uygulamada, ani kontrol kaybının olayın etkisinin sürdüğü süreci kapsadığı varsayılarak değerlendirilmektedir⁵⁰⁶. Bu tartışmanın ortaya çıkış nedeni, daha önce de değindiğimiz üzere ‘*battered oman syndrome*’ etkisidir. Genellikle, fail üzerinde bir ‘*sakinleşme sürecinin*’ mevcut olabildiği fiillerde tahrikin varlığı kabul edilmemektedir. Ancak bu durum sevgililerinden ya da eşlerinden sürekli kötü muameleye maruz kalan ve neticesinde istismarcısını öldüren kadınları uzun süreli ya da ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılmaları neticesinden kurtaramamaktadır. Bu nedenle, işlenen ve süregelen bu istismarların neticesinde verilen tepkinin mutlaka hemen verilmesinin gerekmediği, failin kendisini kaybetmesinin nedeninin bu istismarlar olduğunun ispat edilmesi durumunda fail hakkında tahrik indiriminin uygulanacağı kabul edilerek, failin cezasında bir iyileştirmeye gitme yolu açılmıştır⁵⁰⁷. Ayrıca bu tür saldırıların da haksız tahrikten yararlandırılmaları için kanunda birtakım değişiklikler gerçekleştirilerek somut olaylara çözüm bulma arayışları ortaya çıkmaktadır.

Diğer unsur olan ‘*makul insan tepkisi*’ değerlendirmesi de raporda aynı ölçüde tepki ile karşılaşmaktadır. Bunun kriterinin ne olduğu ve neye göre belirleneceği bir sorundur. Haksız tahrikin rasyonel temelden yoksun olduğu, haksız tahrik doktrinin hiç bir zaman doğru, tutarlı, mantıksal uygulanmadığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, Anglo-Sakson Hukuk doktrininde ve kamuoyunda tahrik kurumunun akıbeti tartışmalarını iki temel görüş ve gerçekçe altında derleyebiliriz.

⁵⁰⁵Martin/Storey, **Unlocking Criminal Law**, s. 276.

⁵⁰⁶Regina v. Baillie, 1995(2), Crim.App.31,37(C.A.1994) Alan Reed, Duress and Provocation , **Journal of Transnational Law and Policy**, Vol.6:1, Fall 1996, (51-92), s. 73.

⁵⁰⁷Coffey, **Essential Law Texts Criminal Law**, s.172.

c.b. T r T d r E

Haksız tahrik indiriminin kaldırılmasını savunan görüşleri değerlendirebilmemiz için kanımızca öncelikle bu indirim nedeninin bir başka temelinde daha inmek gerekmektedir. Haksız tahrik kurumun ortaya çıktığı ilk zamanlarda, kadının erkeğin malı olduğu kabul edilmekteydi. Malvarlığına yönelik olan ve malvarlığının kadın olması halinde ise malvarlığının kendisinden ya da başka birisinden kaynaklanan tecavüzler karşısında erkeğin bunu savunma hakkı bulunmaktaydı. Karısını zina yaparken yakalayan erkeğin, karısı üzerindeki malvarlığı hakkından yola çıkarak, bu hakkın korunması amacıyla malvarlığına yönelik saldırıda bulunanı öldürmesi durumunda, cezasının indirilerek verileceği kabul edilmişti. Hatta bu vesile ile kıskançlık cinayetlerinde tahrik uygulamasının önünün açıldığı ileri sürülmektedir⁵⁰⁸.

Günümüzde haksız tahrikin uygulamadan ve kanun metinlerinden tamamen kaldırılması yönündeki eğilimlerin özellikle feminist hareketlerde kendini bulması bu nedenle tesadüf olarak değerlendirilmemektedir. Bu düşünceye göre tahrik uygulamasının hukuktaki varlığı, kadının erkeğe itaatinin şiddet şekli olarak kalmaya devam etmesi anlamının vurgulanmasıdır⁵⁰⁹. Feminist akıma göre, karısını ya da nişanlısını öldürmeyen hiç bir erkek yoktur ki tahrik edildiğini iddia etmesin! Somut olayda haksız tahrikin mevcut bulunduğu yönünde verilen kararlara yönelik araştırmalarda⁵¹⁰ görülmektedir ki; faillerin 84'ü erkek 16'sı kadındır. Yine araştırmada işlenen kasten öldürme suçlarında 88.7 oranında failler ile mağdurlar arasında halen mevcut olsun ya da olmasın akraba, karı koca ya da sevgili gibi bir bağ bulunmaktadır. Bir başka deyişle, bu fiiller çoğunlukla ilişki tarafları arasında ve hane içinde işlenmektedir. Araştırma raporuna baktığımızda, failler, kendilerini suç işlemeye teşvik eden şeylerin başında hiddet, tartışma ya da şiddet içeren kavganın olduğunu ileri sürmektedir. Bu durum da feministlerin savunmalarını doğrular niteliktedir.

⁵⁰⁸ Lord Hold in R. v. Mawgridge(1707) Kel.j. 119 at 137, Sue Bandalli, Provocation- A Cautionary Note , **Journal of Law and Society**, Vol.22, Sayı 3, Eylül 1995, (398-409), s. 399.

⁵⁰⁹ Emily L. Miller, Comment, (Wo)manslaughter: Voluntary Manslaughter, Gender, and the Model Penal Code , **50 Emory Law Journal**, 665, 667-78 (2001).

⁵¹⁰ R D Mackay, Appendix A The Provocation Plea in Operation-An Emprical Study , in: **Law Commission Partial Defences to Murder**, Final Report, <http://www.lawcom.gov.uk>, s.111.

Kıskançlık ya da tutku suçları şeklinde adlandırabileceğimiz, genel olarak evlilik birliği içerisinde olsun ya da olmasın çiftlerin birbirlerine karşı işledikleri suçlarda tahrik indiriminin kaldırılması gündeme gelen bir konu olmuştur. Günümüzde, özellikle kıskançlık nedeniyle eşlerine şiddet uygulayan erkeklerin soruşturma ve kovuşturma aşamalarında eşlerinin kendilerini tahrik ettikleri gerekçesini ileri sürmeleri, eşlerin maktul olmaları ve genellikle failerin iddiaları aksinin ispatlanamaması nedeni ile ‘zorunlu’ haksız tahrik indiriminden faydalanmaları⁵¹¹, tahrik düzenlemesinin kanunlardan kaldırılması yönündeki en güçlü iddiadır. Erkeklerin kıskançlık ve hiddet nedeniyle, kadınların ise genellikle korku nedeniyle kasten öldürme suçunu işlediği gözönüne alındığında, Anglo-Sakson Hukuku uygulaması bağlamında tahrik indiriminin adaleti eşitçe sağlamadığına işaret edilmektedir⁵¹².

Ayrıca, Türkiye’de henüz tartışılmamakla birlikte, eşcinsel cinayetlerinin sıklıkla yaşandığı ülkelerde, fail hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanıyor olması da bu kurumun kaldırılması yönündeki seslerin duyulmasına neden olmaktadır⁵¹³. Özellikle bu iki husus, tahrikin erkek odaklı ve egemen bir indirim olarak değerlendirilmesine temel teşkil etmektedir. Ancak, bu husus bazı yönlerden eleştiri konusu olmuştur. Kıskançlık cinayetlerindeki maktullerin genellikle kiskanılan kadından ziyade bu kadınla birlikte olan erkek olması ve de tahrik indiriminin uygulandığı olayların genel çerçevede sayıca çok daha az olması tahrikin sırf ya da özellikle kadın cinayetleri için uygulandığı savunmasına karşı durmaktadır⁵¹⁴. Tahrikin etik olarak savunulabilir olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. Hukukun, şiddet içeren bir davranışa başkasının davranışı neden olsa dahi kızgınlık ve öfke gerekçesi ile kısmen mazur görmesi etik olarak da eleştirilmiş ve bütün bu hususlar tahrik indiriminin

⁵¹¹ Alison Dundes Renteln, **The Cultural Defense**, Oxford University Press, 2004, s. 33.

⁵¹² Queensland Law Reform Commission Report, **A Review of the Defence of Provocation, Discussion Paper**, 2008, s. 138. <http://www qlrc.qld.gov.au/AccidentProvocation/docs/WP63pdf>

⁵¹³ Eşcinsel cinayetler ile ilgili tartışma için bkz: Robert B. Mison, Comment, Homophobia in Manslaughter: The Homo-sexual Advance as Insufficient Provocation, **California Law Review**, S.133, Y.1992.

⁵¹⁴ Joshua Dressler, Why Keep the Provocation Defense?: Some Reflections on a Difficult Subject, **Minnesota Law Review**, Vol.86, 2001-2002, s.976.

uygulamadan ve kanunlardan tamamen kaldırılması yönünde taraftar toplanmasına vesile olmuştur⁵¹⁵.

c.c. T r Tamame d r Ancak
r E

Tahrik indiriminin tamamen kaldırılmamasındaki en önemli etkenlerden biri aile içi şiddet gören kadınların çoğunlukla kocalarına karşı işledikleri adam öldürme fiilleri neticesinde ömür boyu hapis cezası almalarına hukuken engel olmaktır. ‘*Battered Woman Syndrome*’⁵¹⁶ denilen, kocasından ya da sevgilisinden sürekli kötü muamele ve şiddet gören kadınların, şiddet anında gerçekleştiremedikleri ancak şiddet nedeniyle ve şiddete daha fazla dayanamadıkları için şiddet anı dışındaki bir zamanda işledikleri öldürme fiilleri ile ilgili olarak haklarında tahrik indiriminin uygulanması ve bu nedenle tahrik indiriminin yalnızca bu neviden vakalar bazında daraltılarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Şiddete uğrayan kadının şiddet anında partnerini öldürmesi durumunda meşru savunmadan yararlanacağı ve beraat edeceği aşıkardır. Ancak, kadının bu durum haricinde özellikle istismarcısı uyuyorken ya da başka ‘*pasif*’ konumlarda iken işlediği adam öldürme suçunda meşru savunma iddiasından yararlanamamaktadır⁵¹⁷.

Haksız tahrik indiriminin Anglo-Sakson Hukuk Sistemi çerçevesinde düzenlenen kanunlardan tamamen kaldırılmamasının nedenlerinden birisinin altında adam öldürme fiillerine verilen cezaların yüksek olması yatmaktadır. Özellikle, ölüm cezasının mevcut olduğu zamanlarda ve de ömür boyu hapis cezası bakımından ortaya çıkan haksız tahrik indirimi, sadece hukuki mantıkla değil kamu vicdanının teskini ile de alakalıdır. Kamunun nezdinde de vicdani olarak haksız bir fiile maruz kalan failin en azından cezasının daha az olması

⁵¹⁵ Allen, Provocation’s Reasonable Man: A plea for Self-Control , **The Journal of Criminal Law**, s.216.

⁵¹⁶ İlk kez Amerikalı psikiyatrlar tarafından geliştirilen bu kavram 1977 tarihinde Amerikan Ulusal Akıl Sağlığı Enstitüsü tarafından yapılan bir araştırmada kullanılmıştır. Lenore E.A.Walker, **The Battered Woman Syndrome**, Springer Publishing Company, 3Kn. Ed. 2009, s.42.

⁵¹⁷ Ancak, günümüzdeki eğilim bu durumda failin her ne kadar gerçekleşmesi muhtemel saldırı bulunmasa dahi, ‘meşru savunmanın makul olmayan biçimde kullanılması’ / ‘eksik meşru savunma’ya dayanmak suretiyle kısmi bir savunma olarak kabul edilmesi yönünde olmuştur. Dressler, **Understanding Criminal Law**, 18.03.

hissiyatı mevcuttur⁵¹⁸. Günümüz haksız tahrik düzenlemesi bağlamında, somut olaydaki haksız tahrik halinin varlığı nedeniyle, işlendiği iddia edilen fiil hakkında suç tipinin değişerek basit adam öldürme (*manslaughter*) olması, yargıca, fail hakkında verilecek cezada takdir hakkı tanımaktadır⁵¹⁹. Çünkü, bu halde ceza miktarı, tahrikin yoğunluğuna, bir başka ifade ile derecesine göre belirlenmektedir⁵²⁰. Battered Woman Syndrome tartışmasının nedeni her ne kadar Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde tepki fiilinin tahrik fiilinin hemen akabinde gerçekleştirilmesi halinde tahrik indiriminden yararlanıyor ve bu neviden olaylarda haksız tahrik uygulanmıyor olması ise de tartışma, İngiliz Hukuku bakımından pratik anlamını 2009 tarihli kanun ile yitirmiş, failin korku yüzünden tahrike kapılması ve adam öldürmesi halinde sorumluluğunda azalmaya gidilmesi mümkün kılınmıştır.

B. A r r

1. Genel Olarak

Kıta Avrupası Hukukunda, failin haksız tahrik nedeniyle işlediği suçlardan sorumluluğunun genellikle iki hususta ele alındığı söylenebilir. Bunlardan ilki, faile verilecek cezada indirim nedenleri başlığı altında '*failin cezasında hafifletici sebep*' olarak kabul edilen ve failin genel olarak mazur görülebilecek derecedeki şiddetli bir heyecanın ya da coşkunun, bunlardan kaynaklanan ağır ruhsal etki altında kalan faili fiili işlemeye sevk etmesi ve bu etki altında suç işleyen failin cezasının indirilerek uygulanması halidir. Bu hal genellikle kusurluluğu azaltan bir neden olarak değerlendirilmekte ve suç tiplerinden bağımsız olarak heyecanın, öfkenin ve hiddetin failin kusurluluğu üzerindeki etkisi tartışılmaktadır. Bir diğer husus ise haksız tahrikin belirli bir suç tipinin özel hali olarak düzenlendiği durumlardır.

⁵¹⁸ Director of Public Prosecutions v. Champlin, 1978, 2 All. E.R. 168,180.A.g.e., s.534. Ancak yazara göre bütün bu düşüncelere rağmen tahrik kurumu mantık temellerinden yoksundur.

⁵¹⁹Clarkson/Keating /Cunningham, **Clarkson and Keating Criminal Law**, s. 710.

⁵²⁰Örneğin, failin, herhangi bir ateşli silah ile saldırması durumunda 12-10 yıl, diğer hallerde 7 yıla kadar ceza öngörülür.

http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_case_compendium.pdf.

2. Federal Almanya

a. A C ri d
S A C r r i Olarak Heyecan (dStGB 20)

a.a.Genel Olarak

Kusur, bireyin norma aykırı davranıştan dolayı ortaya çıkan neticeden sorumlu olmasının temel şartıdır. Bir başka ifadeyle kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren bireyin, bu fiili gerçekleştirmesi dolayısıyla kınanabilmesi gerektiği hususundaki yargıyı ifade etmektedir⁵²¹. Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi anlamında ise kusur yeteneği, kişinin psikolojik durumundan kaynaklanan norma uygun davranışta bulunma yeteneğinin olmaması olarak betimlenmektedir. Kusurun, haksızlık teşkil eden bir davranışın gerçekleştirilmesi nedeniyle fail hakkındaki bir kınama yargısı olarak kabul edilmesi halinde, kusur yeteneği olmayan failin haksızlık dolayısıyla kınanıp kınanamayacağı yani kusurluluk yargısı konusunda - *nleyici tedbirler hariç*- sorumlu tutulmayacağı sonucu çıkmaktadır. Buradaki '*isnat edilebilirlik*' doğa bilimleri anlamında belirlenmiş kriterlere göre değil kanun tarafından yapılmış normatif bir belirlemeyle tespit edilecektir. Buna göre, toplumsal davranış kuralları kusur yeteneğinin belirlenmesinde belirleyici rol oynayacaktır⁵²².

Alman Ceza Kanunu'nun 20. ve 21.maddesi de '*heyecan*' halinin kusur yeteneği üzerindeki etkisine önem atfetmek suretiyle, failin cezasının kaldırılmasında ya da azaltılmasında dikkate alınmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 20. ve 21.maddesinde failin kusur yeteneğini zedelemesi mümkün olan psikolojik nedenler sayılarak, bu hallerde failin kusur yeteneğinin tamamen ya da kısmen kalkabileceği kabul edilmiştir. Heyecan bu kategoride, esaslı bir şuur bozukluğuna neden olan hal olarak ele alınmaktadır.

⁵²¹Özgenç, T r C

r, s.357.

⁵²²Fischer, Bec

r

r , 20,Kn. 2, s.145.

Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesinin düzenlemesine göre;

' astalık teşkil eden ruhi bozukluktan esaslı bir şuur bozukluğundan veya akıl zayıflığından veya başka bir anormal ağır ruhi durumdan dolayı fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme kabiliyetine sahip bulunmayan kişi kusurlu hakeret etmiş olmaz '

Alman Ceza Kanunu'nun 21.maddesinin düzenlemesine göre;

' ailin fiilinin haksızlığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme ehliyeti fiilin icrası sırasında maddede gösterilen sebeplerle nemli derecede azalmışsa ceza maddenin fıkrasına göre indirilir '

Alman Ceza Kanunu 1975 değişikliğinden önce 51.maddede, 20. ve 21.maddeye benzer bir düzenleme mevcuttu. Bu düzenleme 1934'te değişikliğe uğramışsa da esas çatısını korumuş ve 1975 yılına kadar içeriğini muhafaza etmiştir. 1934 tarihli düzenlemeye göre;

' failin fiili işlediği sırada ruhsal durumunda bir hastalık ya da zihinsel gerilik dolayısıyla ehliyetsiz olmasından kaynaklanan şuur bozukluğundan dolayı fiilin hukuka aykırı olduğunu algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması halinde, işlediği fiilden dolayı ceza verilmez u yeteneğin nemli derecede ortadan kalkması durumunda ise failin cezası azaltılarak verilir '

1975 yılından sonraki düzenlemeye göre ise;

' failin suç teşkil eden davranışı fiili işlediği sırada özgür irade yeteneğini ortadan kaldıracak boyutta bir şuur bozukluğu ya da ruhsal durumundaki bir hastalık bulunması durumunda cezalandırılmaz⁵²³.

⁵²³ Alman Ceza Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan hükümlerini de içeren metni için bkz: <http://delegibus.com/2010.1.pdf>

Şu halde denilebilir ki; failin ruhsal durumunda bir hastalığa neden olan, esaslı bir şuur bozukluğuna sevkeden ya da anormal ağır ruhi bunalıma neden olan bir hal dolayısıyla failin ceza sorumluluğu etkilenecektir. Bu sebeplerden biri olarak ele alınan ve tahrike bağlı olarak ortaya çıksın ya da çıkmasın failde meydana gelen heyecan halinin, doktrinde ve yargı kararlarında özellikle esaslı bir şuur bozukluğuna neden olabilecek hallerden biri olarak gösterildiği ve bu kapsamda ele alındığı görülmektedir.

E B r r B O r

‘ *esaslı bir şuur bozukluğu* ’ (*tiefgreifende e usstseinsst rung* kavramı, entellektüel bilgi kaybının yanı sıra ruh dünyasının ve öz benliğinin esaslı bir biçimde zedelenmesiyle oluşan bilinç bulanıklaşması ya da daralması olarak tasvir edilebilir⁵²⁴. Bu şuur bozukluğu hali, patolojik olmayan bir psikolojide oluşan ruhsal rahatsızlıkları ifade etmektedir. Bunlar, bitkinlik, yorgunluk, hipnoz ya da hipnoz sonrası oluşan davranışlar ile uyku sarhoşluğu, ateş veya benzer bir engel ve belirli türlerdeki heyecan hallerinden kaynaklanabilir⁵²⁵. Madde uygulaması için önemli olan, bu şuur bozukluğunun esaslı bir biçimde yani belli bir yoğunlukta olmasıdır ki şu halde bu kimsenin ruhsal yapısı geçici olarak zedelenmiş ya da kısıtlanmıştır⁵²⁶. İleride açıklanacağı üzere, öncelikle belirtmek gerekirse doktrinde ve yargı kararlarında, her insanda meydana gelebilecek olan heyecanlar normal sınırlarda görülmekte ve nadir hallerde failin davranışını mazur göstermektedir. Çok sınırlı hallerde ancak heyecanın kusur yeteneğini kaldırdığı ya da azalttığı kabul edilir; aksi takdirde bu sınırlı hallerden birisi mevcut değilse ruhen sağlıklı fail, heyecanlarını ve kendisini genel olarak kontrol edebilmelidir. Bu nedenle, genellikle bu halin kusurluluğu kaldırması nadiren kabul edilmektedir⁵²⁷.

⁵²⁴ *iefgreifende e usstseinsst rung* kavramı için bkz: Fischer, **B r** **Kommentare**, 20,Kn. 27, s.155.

⁵²⁵ Schild, **Nomos Kommentar**, herausgegeben von Ulfrid Neumann, Urs Kindhaeuser, Hens Ullrich Pueffgen, 1.Band, 3.Auflage, 20, Kn.86, s.867.

⁵²⁶ BGH **NStZ** 1990, 231; BGHSt 34, 22, 25; 35, 200, 207; 37, 397, 401. Fischer, **B Kurz Kommentare**, 20, Kn.29, s.156; Schild, **Nomos Kommentar**, 20, Kn.87, s.867; Heinz Schöch, **Leipziger Kommentar**, 20, Kn.62, s.1291.

⁵²⁷ **A.g.e.**, 20, Kn.127, s.1311.

Esaslı şuur bozukluğuna neden olabilecek heyecan fiilleri, iki farklı zeminde tasnif edilmek suretiyle ele alınmakta ve bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bunlardan ilki ani (spontane) bir biçimde meydana gelen heyecan, diğer ise uzun zaman içerisinde oluşan, genellikle süreklilik arzeden ilişkilerde ortaya çıkan sorunlardan kaynaklanan heyecan halidir. Ancak, her iki halde de heyecanın esaslı şuur bozukluğuna hangi durumlarda neden olacağı ve fail hakkında Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi ile 21.maddesinin nasıl uygulanabileceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır⁵²⁸. Psikiyatr ve psikologların bu hususta yardımcı olabilecek araştırmaları neticesinde ortaya çıkan veriler ile mahkemelerin süregelen kararlarının bir arada değerlendirilmesi suretiyle, hangi durumda heyecanın esaslı şuur bozukluğuna neden olacağı ya da olmayacağı konusunda belli bir görüşün meydana geldiği söylenebilmektedir. Buna göre, fail ve mağdur arasında geçmişte geçen ve fiil ile bağlantılı olan sorunlar, failin kişiliğinin psikopatolojik eğilimli olması gibi hallerde heyecanın esaslı şuur bozukluğuna neden olabileceği kabul edilmektedir. Fiilin sözle ya da yazılı biçimde ifade edilmesi, fiil ile buna neden olduğu ileri sürülen davranış arasında herhangi bir bağın olmaması gibi hallerin ise esaslı şuur bozukluğuna neden olamayacağı ifade edilmektedir. Her ne kadar esaslı şuur bozukluğunun belirlenmesi noktasında psikiyatrik ve psikolojik bilirkişi raporları bilgilendirici olsa da somut olay bakımından etkili olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Doktrinde, bu hususun büyük ölçüde yargılama esnasında mahkeme tarafından değerlendirildiği ve bu neviden bir kategorinin anlamsız olduğu yönünde eleştiriler ortaya çıkmıřtır⁵²⁹. Yargı kararlarına bakıldığında ise ancak çok şiddetli derecelerde olan heyecan hallerinde, failde kusur yetisinin kalktığı ya da azaldığı kabul edilmektedir. Heyecanın değerlendirilmesi hususundaki kriterlerin, yargılama esnasında hakim somut olay bakımından gerçekleştirdiği normatif değerlendirme neticesinde ortaya konması gerektiği de ifade edilmektedir⁵³⁰. Zira yüksek yargı içtihatlarına bakıldığında, belli bir hastalık belirtisi olarak ortaya çıkmamış heyecan dolayısıyla kusurluluğun kalkması için belirlenen kıstasların son derece ağır olduğu görölmektedir. Örneğin, Federal Mahkemenin özellikle eski içtihatlarında, kusurluluğun kalkmasını heyecanın tamamen kusursuz olduğu olaylarla sınırlamakta olduğu görölmektedir. Aynı

⁵²⁸ Streng, M r r, 20, Kn.76, s.915.

⁵²⁹ A.g.e., 20, Kn.77, s.916.

⁵³⁰ A.g.e., 20, Kn.83, s.919.

şekilde doktrinde hakim olan görüşe göre, Alman Ceza Kanunu'nun 17.maddesinde yer alan '*hukuki hata*'ya benzer bir kaçınılabilirlik çözümü savunulmakta, böylece yasaklık yanılığısındaki hatanın kaçınılabilirlik ölçütüne paralel bir ölçütün Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi açısından da uygulanabileceği dile getirilmektedir⁵³¹. Doktrinin bir diğer kısmı ise failin kusurluluğunun kaldırılması yönündeki imkanı biraz daha az daraltmak eğilimindedir. Bu görüşe göre kanun lafzında, ayrıca bir kaçınılabilirlik sınırlandırılmasının haklı dayanağı bulunmamaktadır. Zira kanun, failin heyecanının tesirinin fiilin işlendiği sırada olmasını aramaktadır. Buna göre olay ile doğrudan alakalı, ihlal edilen hukuki değer ile ilişkili yani tespit edilebilir bir tehlike durumu ile ilgili aktif veya pasif önceki davranışlar dikkate alınabilir. Bu hal, fiilin olay örgüsü içinde fiil ile doğrudan alakalı olmalıdır.

Şu halde denilebilir ki; bir hastalıktan kaynaklanmayan heyecan hali tek başına her zaman kusur yeteneğini kaldıran ya da azaltan bir neden değildir. Aksi kabulde, ceza hukukunun temel ilkeleri tehlikeye girebilecektir. Çünkü hukuk toplumunda herkesten içinde bulunduğu zor durumlarda bununla orantılı bir biçimde ve muhtemel çerçevede ihtiraslarına ve güdülerine hakim olması beklenmektedir. Ancak bariz bir biçimde kusuru olmayan bir kimsenin, uzun bir süre zarfında, sebepsiz yere ciddi bir derecede tahrik edilmiş, kızdırılmış, ruhsal yönden eza çektirilmiş ve nihayetinde '*patlama*'ya sürüklenmiş ise heyecan, kusuru kaldıran ya da azaltan bir neticeyi doğurabilecektir⁵³². Ayrıca görülmektedir ki çok az olayda, heyecanın etkisiyle, bir kimsenin tamamen kusur yeteneğinin ortadan kalkması hali dikkate alınmaktadır⁵³³. Ancak yine de psikiyatrik bir hastalıktan kaynaklanmayan heyecanların failin kusur yeteneğini ortadan kaldırmayacağını kabul ettiği zamanlarda dahi Alman yargısı, savaş sonrası dönemde istisnai olaylarla sınırlı olmakla birlikte heyecanın failin kusur yeteneğini ortadan kaldırabileceğini kabul etmiştir. Federal Alman Temyiz Mahkemesi'nin bu konudaki temel yaklaşımı kısaca '*yüksek derecedeki bir fkenme halindeki failde, bu hastalıktan kaynaklanmamış olsa ve diğer*

⁵³¹ **A.g.e.**

⁵³² Gerson, Ein Beitrag zur Bewusstseinsstörung durch hochgradigen Affekt, **Monatsschrift für die Rechtspsychologie**, 49.Jahrgang, Oktober, 1966, Heft 5, (215-219), s.216

⁵³³ Schöch, **Leipziger Kommentar**, 20, Kn.123, s.1310.

belirtiler buna eşlik etmese bile bazı durumlarda 20.madde anlamında bir bilinç kaybı ortaya çıkabilir' şeklinde özetlenebilmektedir⁵³⁴.

Günümüzde aynı şekilde pozitif bilimlerin bakımından yüksek derecede meydana gelen heyecanın ortaya çıkması halinde, çoğunlukla bireylerin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁵³⁵. Bununla birlikte, bu şekilde failin kusursuz telakki edilmesi genel önleme düşünceleri ile değerlendirildiğinde çoğunlukla '*çok geniş*' bulunmuştur. Yargı da aynı şekilde bu tereddütleri giderme amacına uygun olmak üzere heyecanın ortaya çıkışında failin kusuru olmamasını aramıştır. Federal Alman Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında, failin önlenbilir karakter hatası ve ahlaki münasebetsizliğinin fiile yol açması halinde kusurluluğunun ortadan kalktığı savunması reddedilmiştir. Aynı şekilde şiddet ve sürtüşme eylemlerine kendi kusuru ile neden olan kişinin kusur yeteneğinin ortadan kalkmayacağı da kabul edilmiştir. Federal Mahkeme de bu görüşe paralel bir biçimde heyecanda kusursuzluğun gerekli olduğunu belirtmiştir. Yalnız burada failin '*hayatını yaşama tarzı kusuru*' değil daha ziyade fiile yol açan olay örgüsündeki yakın bağlantı içindeki kusurluluk anlaşılmaktadır⁵³⁶.

Yukarıda ifade edilen açıklamalardan yola çıkıldığı vakit denilebilir ki; yüksek derecede heyecan, yaygın bir biçimde kabul edilen görüşe göre, kusurluluğu kaldıran veya önemli derecede azaltan bir neden olarak değerlendirilmektedir. Şüphesiz failin kusuruna etki eden normal psikolojik bir heyecanın tespiti, tarifi ve değerlendirilmesi bir çok açıdan tartışmalıdır. Zira heyecan kavramı belirsiz bir kavramdır ve çok sayıda hastalık derecesinde olmayan psikolojik deneyim ve reaksiyon biçimlerini içermektedir. Aynı şekilde kasten adam öldürme suçlarında yüksek heyecan durumu bir istisna değil adeta sıklıkla görülebilen bir durumdur. Bu nedenle önceleri çok sayıda olayda failin kusursuz olduğu yönünde değerlendirme tehlikesi göz önüne alınmak suretiyle, kusurluluğuna tesir eden heyecan hali sadece çok istisnai durumlarla ve belli olaylarla sınırlanmış, ayrıca ek hastalık semptomlarını içeren faktörlerin bulunması koşuluna bağlanmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkeme, heyecanı

⁵³⁴ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 20, Kn.14

⁵³⁵ *A.g.e.*

⁵³⁶ *A.g.e.* 20, Kn.15.

ek hastalık semptomlarına bağlayan bu kısıtlamayı kaldırmıştır. Buna göre, kusurluluğu kaldıran heyecan, sürekli bir ruhi veya manevi hastalığın varlığına bağlı değildir. Aynı kararda, heyecan kavramının bireyin düşüncelerini sağlıklı yönlendirme yeteneğini ortadan kaldırması ve irade oluşturma mekanizmalarını ya da süreçlerini önemli ölçüde sınırlandırmış olması da aranmıştır. Ancak, Federal Mahkemenin bu kararına karşın kusurluluğu kaldıran heyecanın kabul edilmesi yine de istisnai olaylarla sınırlı kalmaya devam etmiştir⁵³⁷.

Neticede çok istisnai hallerde uygulanması gündeme gelen Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesine karşılık kusurluluğu azaltan Alman Ceza Kanunu'nun 21.maddesi anlamındaki heyecan durumlarının uygulanabilirliği daha geniş ölçüde kabul edilmiştir. Bunun nedeni olarak ise genel önleme düşüncesinin gerekleri kabul görmektedir. İlişkilerden kaynaklanan durumlarda özellikle failin kusurluluğunun kalktığı kabul edilmesi için çatışmaya mağdurun sebep olması ve bu tehlikenin patlayıcı bir boşalmaya yol açmış olması gerektiği de vurgulanmaktadır⁵³⁸. Ancak, burada da ruhen sağlıklı insanların heyecanlarını genel olarak kontrol etmeleri gerektiği postulatından hareket ederek normatif bir sınırlama tetkiki yapılmalıdır. Bu anlamda özellikle kızgınlık, nefret, amacı belli olmayan agresyon gibi failin adeta ruhunun parçalanması neticesini doğurmayan durumlarda kabul edilmemekte daha ziyade astenik heyecanlardan olan panik, korku bu kapsamda heyecan olarak kabul edilmektedir⁵³⁹.

Mahkeme kararları ve doktrinde geniş yer bulan görüşe göre, yüksek dereceli heyecanın etkisi ile esaslı şuur bozukluğuna neden olduğuna ilişkin yargılamalarda mağdurun, failde heyecana neden olan duruma birlikte kusurunun etkisi olabileceği gibi, failin heyecana neden olma hususunda daha önceki davranışlarının da dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir. Mağdurun kendi kusuru ile failde heyecana neden olması ve neticesinde suç işlemesi halinde, failin kusur yeteneğinin ortadan kalktığı kabul edilerek Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi uygulanabilir⁵⁴⁰. Ancak failin kusur yeteneği, başka bir sebepten hali

⁵³⁷ Fischer, B r r , 20,Kn. 30, s.155.

⁵³⁸ Schöch, **Leipziger Kommentar**, 20, Kn.139, s.1315.

⁵³⁹ **A.g.e.**

⁵⁴⁰ Streng, M r r 20, Kn.86, s.920.

hazırda ortadan kalkmışsa ve fail heyecana kendi kusuru ile yol açmışsa artık kusurluluğunun kalkmış olduğundan bahsedilemeyecektir. Uygulamada kusur yeteneğinin değerlendirilmesi, önceki fiiller ve fiilin geçmişinin bir arada ele alınması ile gerçekleştirilmektedir⁵⁴¹. Derin ruhsal bunalımın tespitinde yani yüksek derece heyecanın tespitinde mağdurun müşterek kusuru ile failin önceki davranışlarından dolayı kusurunun heyecanın oluşumunda dikkate alınması gerekmektedir. Failin, doğrudan fiili işlemeye neden olan heyecanın ortaya çıkmasında kusuru var ise, bunun failin fiili işlediği sıradaki kusur yoksunluğunu dengelediği ileri sürülmektedir. Bu husustaki değerlendirme, failin psikolojik olarak içinde bulunduğu heyecan tesiri ile yıkılması veya tesir altında olmasından ziyade, heyecanın ortaya çıkmasında kusurlu olarak katkıda bulunmuş olması nedeniyle kınanabilmesine dayanmak suretiyle yapılmaktadır⁵⁴². Bu şarta ek bir sınırlama daha getirilmiş, şayet mağdurun heyecanı kınanabilir şekilde tahrik etmiş olması halinde, failin heyecanın oluşmasında sadece kendi kusurunun olmadığı kabul edilmiştir⁵⁴³.

b. A C Ö ri d
Ad Ö d r S A C r r Nitelikli Hali (dStGB
213/1)

b.a. Alman Ceza Kanunu 213.maddesinin A U A

Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi '*adam ldürmenin hafif nitelikli hali*' (*Minder schwerer Fall des Totschlags*) başlığı altında haksız tahrikin tesiri altında öldürme ve niteliği belirtilmeyen diğer hafif haller düzenlenmiştir. Buna göre:

' asten ldüren kişi ldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna y nelik olarak ika edilen bir k tü mualeme veya ağır

⁵⁴¹ **A.g.e.**

⁵⁴² Fischer, **B r r** 20, Kn.34, s.159. Yazara göre; Yargı kararları bu yönde olmasına karşın bu kusur ilkesi ile uyumlu değildir. Burada failin kusurunun olduğu durumların öğretideki hakim görüşün aksine ALİC çerçevesindeki bir olay grubu olarak değerlendirilmesi gerekir .

⁵⁴³ Streng **M r r**, 20, Kn.86, s.920. Streng'e göre mahkemeler iş birliğine açık bilirkişiler marifeti ile esasen kriminal politik bir değerlendirmeyi psikiyatrik kavramlarla süslemektedirler. Öğretide failin önceki kusurluluğu ve heyecan ile ilgili fiilin bakımından norma uygun davranışın beklenebilirliği hususunda özel bir kuralın ihdas edilmesi de talep edilmiştir.

hakaret üzerine kendi kusuru olmadan fkeye kapıldığı ve bu fke nedeniyle orada derhal kendisini bir fiilin içinde bulursa derhal file mağlup olmuşsa veya sair hafif bir hal varsa bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır '

Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin uygulamada dikkate değer bir önemi haiz olduğu kaydedilmiştir. Yerel mahkemelerin kasten adam öldürmenin varlığına hükmettiği vakaların yaklaşık 19'unda bu madde tatbik edilmiş; ayrıca Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarının 25'inde bu maddenin uygulama şartlarının varlığı onanmış veyahut da yerel mahkemeye bu maddenin uygulama şartlarının oluşup oluşmadığını incelemek üzere dosyalar geri gönderilmiştir⁵⁴⁴.

Madde, failin mağdur tarafından tahrik edildiği ve buna bağlı olarak meydana gelen heyecan nedeniyle kendisini kaybettiği hallerin göz önünde bulundurulduğu durumlarda⁵⁴⁵, fail hakkında cezanın belirlenmesinde rol oynamakta⁵⁴⁶ ve maddenin uygulama şartları oluşmuşsa failin cezasında kanunun açık lafzı karşısında indirimine gidilmesi gerekmektedir.⁵⁴⁷ Bu nedenle Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi başlı başına özel bir suç tipi oluşturmamakta, Alman Ceza Kanunu'nun 212.maddesi ile birlikte değerlendirilmektedir⁵⁴⁸. Öncelikle, failin işlediği suç Alman Ceza Kanunu'nun 212.maddesi kapsamında ele alınacaktır. Somut olayda, Alman Ceza Kanunu'nun 212.maddesinde yer alan, basit adam öldürme suçunun işlendiğinin mahkeme tarafından ispat edilmesinin akabinde, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin tatbik şartları oluştuğu takdirde fail hakkında Alman Ceza Kanunu'nun 212.maddesi uyarınca değil, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinde belirtilen miktar olan bir yıldan on yıla kadar ceza verilebileceği

⁵⁴⁴ Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder ve Manfred Maiwald, **Strafrecht Besonderer Teil, Te d S r r - d r r**, C.F. Müller Verlag, 10.Auflage, Heidelberg 2009, 61.

⁵⁴⁵ Albin Eser, **S r d r S B**, 28.Auflage, 2010, 213, Kn.1, <http://www.beck-online.beck.de>, erişim tarihi 11.4.2012.

⁵⁴⁶ OLG Hamm NJW 1982, 2786. Rössner/Wenkel, Dölling/Duttge/Rössner, **Nomoskommentar Gesamtes Strafrecht Handkommentar**, 2.Auflage, Nomos, 213, Kn.1.s.1142; Wolfgang Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 8.Auflage, C.Beck München, 2009, 213, Kn. 1, s.382; Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn. 1, s.1324.

⁵⁴⁷ J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213 Kn. 2.

⁵⁴⁸ Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn.1, s.2; Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.2, s.1324; J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213, Kn.2, s.136.

öngörülmüştür⁵⁴⁹. Alman Ceza Kanunu'nun 212.maddesinde düzenlenmiş olan adam öldürme suçunda cezanın alt sınırının beş yıl olduğu düşünülecek olursa, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin düzenlemesinin failin cezasında önemli derecede indirimle gidilebilmesine olanak sağladığı görülecektir. Esasen 1998 yılında yapılan değişikliğe kadar cezanın alt sınırı altı ay, üst sınırı ise beş yıl iken Alman kanun koyucu izlenen suç siyaseti gereği bu madde için öngörülmüş olan ceza miktarını artırma yoluna gitmiştir. Bu değişiklik Alman Ceza Kanunu'nda önemi haiz cürüm cünha ayırımı bakımından Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesine cürüm niteliğini kazandırmıştır⁵⁵⁰. Belirtmek gerekir ki; korunan hukuki değer olarak üst bir değer olan yaşam hakkının ihlal edilmiş olması sebebiyle Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesindeki ceza miktarının yüksek tutulması yerindedir⁵⁵¹. Bu değişiklik ile Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesine göre failin cezası 1 ila 10 yıl arasında belirlenecektir. Alman Ceza Kanunu'nun 49/1.fıkra 3.bendine göre, bu cezanın alt sınırı 3 aya kadar düşebilecektir. Yine Alman Ceza Kanunu'nun 47/2.fıkrası kapsamında failin bu nitelikteki bir olayda para cezasına da çarptırılabilmesi de söz konusudur⁵⁵².

Kanun koyucunun haksız tahrik tesiri altında öldürme fiiline, adam öldürmenin basit şekline nazaran daha az cezanın verileceğini öngörmesinin altında, mağdurun adam öldürme fiilinden müşterek sorumluluğu düşüncesinin yattığı ileri sürülmektedir.⁵⁵³ Buna karşılık, failin haksız fiilin tesiri altında içine girdiği heyecan neticesinde kusurunun azalması nedeniyle cezasında indirimle gidildiği görüşü de öğretide savunulmakla birlikte⁵⁵⁴; bu argümanın ancak ikincil bir rol oynayabileceği görüşü de ileri sürülmektedir. Zira bu açıklama failin haksız tahrik fiilinin meydana gelmesinde katkısının olduğu hallerde, bu

⁵⁴⁹ Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn.2, s.2.

⁵⁵⁰ Cürüm Alman Ceza Kanunu'nun 12. maddesinde, kendisi için en az bir yıl süreli hapis cezası öngörülmüş suç olarak tanımlanmıştır. Bu hususta bkz. Wolfgang Mitsch, Minder schwerer Fall des Totschlags, in **d M T M r A Z r AnwaltsKommentar StGB**, 2011 Bonn, 213 Kn. 1; Mommsen, **StGB Kommentar**, 213., Kn.1, s.1324.

⁵⁵¹ **A.g.e.**, 213, Kn.3, s.1324.

⁵⁵² **A.g.e.**, 213, Kn.28, s.1328.

⁵⁵³ Ulfrid Neumann, **Nomos Kommentar**, herausgegeben von Ulfrid Neumann, Urs Kindhaeuser, Hens Ullrich Pueffgen, 1.Band, 3.Auflage,2010, 213 Kn. 6; Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, herausgegeben von Prof.Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, Verlag C.. Beck München, 2012, 213, Kn. 5, s.1410.; ayrıca bakınız Gabriele Zwiehoff, **Die r T** Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001, s.20vd.

⁵⁵⁴ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn.5.

maddedeki ceza indiriminden yararlanamamasını açıklayamamaktadır.⁵⁵⁵ Gerçekten, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi bakımından yalnızca failin içine girdiği heyecan neticesinde irade yeteneğinin azalmış olması yeterli olmamakta, buna ilave olarak tahrik fiilinin *haksız* olması gerekmektedir.⁵⁵⁶

Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin doğrudan doğruya failin idrak, isnat ya da kavrama yeteneğine bağlı olmaksızın tipik bir durumu betimlediğinden, Alman Ceza Kanunu'nun 21.maddesi ile bir bağlantısı bulunmamaktadır⁵⁵⁷. Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinde failin cezası, kendi kusurunun bulunmadığı tahrik neticesindeki heyecan yüzünden kusurluluğunda azalma meydana gelmesi ya da mağdurun meydana gelen olayın oluşundaki birlikte sorumluluğu nedeniyle azaldığından Alman Ceza Kanunu'nun 213/1.fikrası, Alman Ceza Kanunu'nun 21.maddesi uygulamasından farklılık arz etmektedir. Aynı zamanda Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi, Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi ve 21.maddesinin kapsadığından daha farklı bir heyecan durumunu düzenlemektedir. Faildeki hiddet hali Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi ya da 21.maddesindeki yoğunlukta olmak durumunda değildir⁵⁵⁸. Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi uyarınca, tahrik indirimi hususunda belirleyici olan, failin somut olay bakımından suç işlemekten kaçınabilip kaçınamayacağıdır. Eğer failin kapıldığı hiddet hali, fiili işlediği esnada hakim bir etkiye sahipse, madde uygulaması bakımından bu hal yeterli görülmektedir⁵⁵⁹. Failin Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi anlamındaki heyecanın Alman Ceza Kanunu'nun 20.maddesi ve 21.maddesinin gerektirdiği derecede esaslı bir bilinç bozukluğuna ulaşmasına gerek bulunmamaktadır⁵⁶⁰. Bir başka ifade ile, öfkeyi meydana getiren heyecana neden olan tahrikin Alman Ceza Kanunu'nun 21.maddesi anlamında isnat yeteneğini etkileyen halin sebebi olması durumunda bu madde

⁵⁵⁵ Neumann, **Nomos Kommentar**, 213, Kn.6.

⁵⁵⁶ Her ne kadar mağdurun daha önce defalarca talep edilmesine rağmen borcunu ödememiş olmasından dolayı faille yönelik kötü muamelede bulunmuş ve bu nedenle tahrikin olduğu kabul edilmekte ise de failin, mağdurun yanında tartışmanın tırmanması fiili ile doğrudan bir bağlantısının bulunması nedeniyle failin mağdurla birlikte kusuru olduğu kabul edilmektedir. BGH 6.5.2008- 5 StV 163/08 LG Hamburg, www.beckonline.de, erişim tarihi 12.6.2012.

⁵⁵⁷ Momsen, **StGB Kommentar**, 213., Kn.1, s.1324.

⁵⁵⁸ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213,Kn.5.

⁵⁵⁹ BGH NJW 1981, 2310. **A.g.e.**, 213,Kn.8.

⁵⁶⁰ Rüdiger Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte, **FS Peter Riess**, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, 653-676, s.673.

de uygulanacaktır⁵⁶¹. Bunun pratik neticesi, somut olayda şartlarının bulunması halinde Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin yanı sıra Alman Ceza Kanunu'nun 21.maddesinin de uygulanabilirliğini kaybetmemiş olmasıdır⁵⁶². Bir başka ifade ile olayda ayrıca Alman Ceza Kanunu'nun 21.maddesinin şartlarının oluşması haline Alman Ceza Kanunu'nun 49.maddesi uyarınca da indirim yapılacaktır⁵⁶³.

Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin fail hakkında tatbik edilebilmesi için iki halin varlığı söz konusu olmalıdır. Bu haller '*haksız tahrik*', ve '*diğer hafif nitelikli haller*' olarak gruplandırılmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin haksız tahrik formülasyonuna bakıldığında, iki halde tahrikin varlığının kabul edildiği görülmektedir. Bunlardan birincisi kötü muamele ikincisi ise ağır hakarettir. Bu maddenin uygulanabilmesi için mağdur tarafından faile veya onun bir yakınına karşı bu tahrik fiillerinin gerçekleştirilmiş olması gereklidir.

b.b A C dd U r r

b.b.a. Tahrik Eden ve Tahrik Konusu Fail ya da Y

b.b.a.a. T r Ed O r Ö d r

Bireyin söz ile veya başka bir biçimde hakaret etmesi ya da fiziksel veya ruhsal kötü muamelede bulunmasının neden olduğu öfke neticesinde suç mağduru olması, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin uygulanabilmesinin bir ön koşuludur. Tahrik neticesinde failin işlediği suçtan ceza indirimi uygulanabilmesi için, hareketin mutlaka tahrike neden olan kişiye karşı gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tahrik eden kişi, bu hareketi neticesinde faili öfkeye, kızgınlığa sürüklemiş olmalıdır. Faildeki kızgınlık duygusuna dolaylı

⁵⁶¹ Bu durumda, Alman Ceza Kanunu'nun 50.maddesi uyarınca 213.maddesi ile 20.maddesine göre 49.madde uyarınca yapılan indirim 50.maddeye takılmayacaktır. BGH **NStZ** 1986, 71. **A.g.e.**, s.651, s.674.

⁵⁶² **A.g.e.**, s.673.

⁵⁶³ Momsen, **StGB Kommentar**, 213., Kn.29, s.1328; Eser, **S r d r S B**, 213, Kn.5.

olarak neden olunması ise ancak bir üçüncü kişiyle bağlantılı olması halinde mümkündür⁵⁶⁴.

Tahrikin ağırlığı da somut olayda tahrik indiriminin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu noktada, mahkeme kararlarında, son tahrik davranışının ‘*bardağı taşıran son damla*’ olarak nitelendirilerek, öldürülenin bütün davranışlarının bir arada değerlendirilmesi ve neticede tahrikin yeterli ağırlıkta olup olmadığının karşılaştırılması sorunsalı da ortaya çıkmaktadır⁵⁶⁵.

b.b. M r U r O r d

Kötü muamele ya da hakaretin, kasten öldürme davranışını gerçekleştiren kişiye karşı doğrudan ya da bu kişinin bir yakınına karşı gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yakını tabirinden ne anlaşılması gerektiği Alman Ceza Kanunu’nun 11/1.fikrasında belirtilmiştir. Bu hususta, özellikle karı-koca ya da yaşam partnerliğinin sona ermesinin ardından Alman Ceza Kanunu’nun 213.maddesi bakımından hısımlık ve yakınlık ilişkisinin akıbeti sorun teşkil etmektedir⁵⁶⁶. Bundan başka, failin yakınının da uğramış olduğu tahrik fiilinin belli bir ağırlıkta olması, bir başka deyişle, failin yakınının bu tahrik fiili nedeniyle duygularının ciddi biçimde zedelenmiş olması madde uygulaması bakımından aranan bir husustur⁵⁶⁷.

b.b. Ö T r d r T r Fiili

Yukarıda da ifade edildiği gibi tahrik eden mağdur, faile karşı kötü muamelede bulunmuş veya ağır hakaret etmiş olmalıdır. Alman Ceza Kanunu’nda kötü muamele ve hakaret kavramlarının, yaralama ve hakaret suçları kapsamındaki tanımları, Alman Ceza Kanunu’nun 213.maddesi anlamında bağlayıcı değildir. Bir başka ifadeyle, Alman Ceza Kanunu’nun

⁵⁶⁴ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn. 7, s.1410.

⁵⁶⁵ BGH NStZ 1992, 588 vd. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 12.6.2012.

⁵⁶⁶ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn.9, s.1410.

⁵⁶⁷ A.g.e., 213, Kn.9, s.1410.

213.maddesi kapsamında kötü muamele ve ağır hakaret kavramları daha geniş yorumlanmaktadır⁵⁶⁸.

b.b.a.a. M

Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi anlamındaki kötü muamele kapsamına ancak belli bir seviyeye ulaşmış fiiller girmekle beraber, bu kapsamdaki fiillerin mutlaka failin bedensel sağlığına zarar verecek nitelikte olmaları gerekmekte, aynı zamanda ruhsal sağlığına yönelik her türlü zarar verici davranışlar da kötü muamele kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁶⁹. Bir başka ifade ile, fiziki reaksiyonlara sebebiyet vermek şartıyla kişinin manevi bütünlüğüne yönelik saldırılar da bu madde kapsamında kötü muamele olarak değerlendirilebilirler⁵⁷⁰. Bu nedenle kötü muamele kavramı kasten yaralama suçunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 223.maddesinden daha geniş yorumlanmaktadır⁵⁷¹. Kötü muamele teşkil eden davranışların, mutlaka failin vücudunda güncel bir etki gerçekleştirmesi ya da suç teşkil etmesi gerekmemektedir⁵⁷². Saldırı tehdidi yoluyla ya da teşebbüs aşamasında kalmış hayata ya da beden bütünlüğüne yönelik saldırılardan failin manevi bütünlüğünün etkilenmesi halinde de kötü muamelede bulunulmuş olduğu kabul edilmektedir⁵⁷³. Bu nedenle, sağlığa zarar verecek nitelikteki kasten yaralama boyutuna ulaşmasa bile ciddi boyutlardaki kötü muamele fiilleri madde kapsamında tahrik sayılacaktır⁵⁷⁴. Ayrıca, psikolojik bir netice doğuran ruhsal zararlar da kötü muamele sayılmaktadır⁵⁷⁵. Yalnızca teşebbüs aşamasında kalmış olan vücut bütünlüğünün ihlaline yönelik fiiller bakımından, henüz bir kötü

⁵⁶⁸Mitsch, Minder schwerer Fall des Totschlags, **Anwaltskommentar**, 213 Kn.7; Maurach/Schroeder/Maiwald, **Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen r d r r** s. 61; J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213, Kn.4.

⁵⁶⁹Neumann, **Nomos Kommentar**, 213, Kn.8.

⁵⁷⁰Fischer, **Beckische Kurz Kommentare**, 213, Kn.4.; Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213., Kn. 11., s.1411; Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 213, Kn. 8, s.383.

⁵⁷¹BGH NJW 1995, s.1910. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 12.6.2012.

⁵⁷²Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn.4, s.3; Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.11, s.1325; aksi görüş için bakınız: Helmut Schneider, Überlegungen zur restriktiven Auslegung von 213 StGB, **NStZ** 2001, s. 455.

⁵⁷³Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213 Kn.11, s.1411; Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 213.Kn. 8, s.383; Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.3, s.1324.

⁵⁷⁴BGH v.14.5.02-5 StR 119/02- StV 03,73. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 15.6.2012.

⁵⁷⁵BGH v.9.2.95-4 StR 37/95 NJW 95,1910. www.beck-online.beck.de erişim tarihi 15.6.2012.

muamele söz konusu olmadığından bahisle haksız tahrik koşulunun oluşmadığı kabul edilmektedir⁵⁷⁶.

Kötü muamele niteliğindeki fiilin faili tahrik etmesi ve failin tahrik neticesinde gerçekleştirdiği kasten öldürme fiili bakımından tahrik indiriminden yararlanabilmesi için kötü muamelenin belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Failin hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik saldırının hedefini bulmamış olsa bile tahrik ile orantılı olduğunu kabul eden Federal Mahkeme⁵⁷⁷ kararına karşılık doktrinde basit yaralanmaya neden olan tahrik fiilinin kasten öldürme suçu bakımından orantılı olmadığı görüşü hakimdir⁵⁷⁸. Ancak, tahriki oluşturan fiilin belli bir ağırlıkta olmasının yanı sıra -kanun ifadesinden de anlaşılacağı üzere- failde kızgınlık yaratacak, faili suç işlemeye sürükleyecek düzeyde belirli bir tahrik olayının olması gerekmektedir⁵⁷⁹. Çünkü, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi sadece ceza miktarının belirlenmesinden ibaret değildir. Somut olayda, tahrikin var olup olmadığı hususunda şüpheye düşülmesi halinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince tahrikin varlığı kabul edilecektir⁵⁸⁰.

b.b.a.b A r r

Bu madde kapsamındaki ağır hakaret Alman Ceza Kanunu'nun 185. ve devamı maddeleri anlamındaki şerefe yönelik saldırıları da içeren ancak bunlarla sınırlı olmayan her türlü ağır küçültücü muameleyi ihtiva eder⁵⁸¹. Bu anlamda haksız tahriki gerçekleştiren failin hakaretimiz davranışının cezai sorumluluğu gerektirir tarzda olmasına lüzum yoktur.⁵⁸² Ancak, mağdurun sözleri hakaret etme amacını içermelidir; mağdurun davranışları ya da sözlerinin hataen hakaret olarak algılanması durumunda Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi

⁵⁷⁶ Neumann, **Nomos Kommentar**, 213, Kn. 9.

⁵⁷⁷ BGH NStZ 1996, 33. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 15.6.2012.

⁵⁷⁸ Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.8, s.1325.

⁵⁷⁹ **A.g.e.**

⁵⁸⁰ **A.g.e.**

⁵⁸¹ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213 Kn.12, s.1411; Neumann, **Nomos Kommentar**, 213, Kn.9; Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 213., Kn. 9, s.383; Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte, **FS Peter Riess**, s.656.

⁵⁸² Fischer, **Beckische Kurz Kommentare**, 213, Kn. 5, s. 1415.

zorunlu gözükmektedir⁵⁹⁰. Bu durumda, ayrıca fiil öncesinde fail ve mağdur arasındaki ilişki de göz önüne alınmalıdır⁵⁹¹.

Hakaretin ağırlığı hususunda soyut kıstaslardan ziyade, somut olayın failin çevresi, sosyal koşulları ve kişiliği göz önünde bulundurulmak suretiyle objektif bir biçimde değerlendirilmesi icap etmektedir⁵⁹². Bunun yanı sıra objektif bir değerlendirmeye failin kişiliği üzerinde önemli bir zarara yol açan ve ağır ruhi bir bunalıma iten tahrikler madde kapsamında değerlendirilir⁵⁹³. Hakaretin ağır niteliği haiz olup olmadığının belirlenmesinde, suç işlemeye karar verilmesi ve icra edilmesi hususundaki bütün nedenler değerlendirilir⁵⁹⁴.

Kendi başına ağır nitelik taşımayan, ancak süreklilik arz ettiğinden deyim yerindeyse failin sabrını taşıran küçültücü hareketlerin ağır hakaret kavramı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür⁵⁹⁵. Bu nedenle, örneğin karı-koca ya da yakınlar arasındaki ifadelerin hakaret sayılıp sayılmayacağı, aralarındaki ilişki dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ayrıca mağdurun tahrik fiili ile failin fiili arasında orantılılık bulunması gerekmektedir. Bu anlamda öldürme fiilinin mağdurun kötü muamelesinin neticesinde insani olarak anlaşılabilir bir tepki olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹⁶. Suçun tanımında açık olarak orantılılık koşuluna yer verilmemesine karşın, bu şart ‘*ağır k tü muamele*’ kavramı kapsamında ele alınmaktadır. Bu noktada madde kapsamında bir orantılılık şartının varlığına karşı, adam öldürme fiili ile fiziki kötü muamele veyahut hakaret fiilleri arasında her zaman bir nispetsizlik olduğu ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, burada orantılık kavramından, artık failin müşterek sorumluluğunun sınırlarını aşan aşırı derece kabul edilemez tepkilerin Alman

⁵⁹⁰ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213 Kn.12, s.1411.

⁵⁹¹ Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.11, s.1326; Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn. 4, s.4.

⁵⁹² Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn. 4, s.4. ;BGH, **NStZ**, 1985, s.217. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 17.6.2012.

⁵⁹³ BGH **NStZ** 1996, s.33. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 17.6.2012.

⁵⁹⁴ Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn. 4, s.4.

⁵⁹⁵ Özellikle, bir silsile halindeki küçük düşürücü hareketlerin -her birinin ağır hakaret boyutunda olmasına gerek olmaksızın- söz konusu olduğu durumlarda, hakaret deyim yerindeyse ‘bardağı taşıran son damla’ olarak tasvir edilmekte olduğu görülmektedir. BGHSt 21,14, 16; BGH **NStZ** 1982, 27; **NStZ** 2011, 339, 340. Fischer, **Beckische Kurz Kommentare**, 213, Kn.5.

⁵⁹⁶ Neumann, **Nomos Kommentar**, 213 Kn. 16.

Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin uygulaması dışında bırakılması anlaşılmaktadır⁵⁹⁷.

Buna karşılık öğretide *Schneider* tarafından bu madde kapsamındaki hakaret kavramının Alman Ceza Kanunu'nun 185. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan hakaret suçu tanımıyla tahdit edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Hakaret suçu anlamında hakaret teşkil etmeyen fiiller bakımından ise aynı yazar, ancak bu halin Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen diğer başka bazı hafifletici sebeplerin varlığı halinde uygulanabileceği görüşündedir. Bu yoruma yazar, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinde de Alman Ceza Kanunu'nun 185.maddesindeki gibi hakaret terimini kullanmış olduğunu ve yaşam hakkı hukuki değerinin ihlal edilmiş olması nedeniyle maddenin dar yorumlanması gerekçesini göstermiştir.⁵⁹⁸

Sözle hakaretin bir ilişkide sıradan hale gelmesi durumunda, ifadeler ciddi hakaret içeriğini kaybedebilmektedir⁵⁹⁹. Bu noktada, fail ve mağdur arasındaki ilişki bakımından Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin en çok cinsel içerikli hakaret ve çiftler arasında sadakatsizlik olaylarında gündeme geldiği vurgulanmaktadır⁶⁰⁰. Mahkeme kararlarında, aile reisinin süreklilik arz eden ve tehlikelilik unsuru içeren kötü muameleleri⁶⁰¹; cinsel ilişki sırasında iktidarsızlık nedeniyle söylenen küfürleri ya da imaları⁶⁰² birer hakaret olarak kabul edilmiştir. Örneğin eşler arasında sadakatsizlik bu madde anlamında hakaret olarak kabul edilebilmektedir⁶⁰³. Ancak, eşlerden birinin ayrılma kararını diğer eşe bildirmesi üzerine, diğer eşin infiale kapılarak adam öldürme suçunu işlediği olaylarda haklı olarak Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin tatbik şartlarının oluşmadığına karar vermişlerdir.

⁵⁹⁷ **A.g.e.**

⁵⁹⁸ Schneider, Überlegungen zur restriktiven Auslegung von 213 StGB , **NStZ 2001**, s.456; bkz. aynı yönde J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213, Kn. 4.

⁵⁹⁹ Rössner/Wenkel, **Handkommentar**, 213, Kn.3.,s.1143; Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn. 4, s.4.

⁶⁰⁰ Fischer, **Beckische Kurz Kommentare**, 213, Kn. 6, s. 1415.

⁶⁰¹ BGH 31.7.79, 1 StR 296/79 **MDR** 79, 987. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 17.6.2012.

⁶⁰² Mahkeme, kocasından cinsel bakımdan daha iyi olduğunu ima eden sevgilisinin bu laflarını, kocasına bir kavga esnasında söyleyen karısını öldüren adam hakkında haksız tahrikin varlığını kabul etmiştir. Aynı şekilde buna ek olarak sürekli bir biçimde tekrarlanan Aile Hukukundan kaynaklanan ihlaller nedeniyle mağdurun öldürülmesi olayında da mahkeme tahrikin varlığını kabul etmiştir. Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn.4, s.3 dipnot 25.

⁶⁰³ Schneider, Überlegungen zur restriktiven Auslegung von 213 StGB , **NStZ 2001**,s.456.

Fail ile mağdur arasında yakın ilişki olan veya fail tarafından bilinen psikolojik bir hastalığı olan mağdurdan kaynaklanan tahrik sözleri Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi bünyesinde ağır hakaret olarak kabul edilmemektedir⁶⁰⁴. Bu durum aynı zamanda alkol etkisinde gerçekleştirilen suçlar için de geçerli sayılmaktadır.⁶⁰⁵ Ancak şunu belirtmek gerekir ki; çoğu tahrik neticesinde adam öldürme olaylarında fail ve mağdurun her ikisi de alkollü vaziyettedir. Bu halde, mağdur alkolsüz olduğundan daha fazla hakaretimiz davranış sergilemeye, fail de alkolsüz olduğu durumdan daha fazla tahrik olmaya eğilimli durumdadır⁶⁰⁶. Ancak, alkollü mağdurun davranışları karşısında daha sakin kalması beklenen failin, bu davranışların sürekli olarak vuku buluyor olması ve uzun bir süre zarfında yıpratılması neticesinde suçta sürüklenmesi halinde tahrikin varlığı kabul edilmektedir⁶⁰⁷.

b.b. T r d B B d r B

Tahrik sonucunda ortaya çıkan öfke hali ile gerçekleştirilen adam öldürme fiilinde failin kusurlu olduğu kabul edilmektedir. Konumuz açısından önemli olan ise, failin tamamen kusursuz olması değil, kasten öldürme fiilini tahrikin etkisi ile gerçekleştirmiş olmasıdır. Ancak, fail öfkeye kapılması hususunda da tek başına, sadece kendi kusuru ile neden olmamalıdır⁶⁰⁸. Failin, kızgınlık duygusunun oluşmasında tek başına kusuru bulunmamalı ve mağdurun davranışı da failin fiili işlediği zamanki hareketine gerekçe oluşturmuş olmalıdır⁶⁰⁹. Failin daha önceki kusurlu hareketine binaen mağdurun anlaşılır ve ölçülü tepkisine yönelik davranışlarının olması durumunda, failin tahrikin ortaya çıkması hususunda kendi kusurunun bulunduğu kabul edilecektir⁶¹⁰. Buradaki

⁶⁰⁴ Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.13., s.1326; Sinn, **Systematischer Kommentar**, 213, Kn. 4, s.4.

⁶⁰⁵ Neumann, **Nomos Kommentar**, 213 Kn. 10.

⁶⁰⁶ Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.13., s.1326.

⁶⁰⁷ **A.g.e.**

⁶⁰⁸ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn.15, s.1412; Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte , **FS Peter Riess**, s.656.

⁶⁰⁹ BGH **NStZ** 1981, s.300; BGH 22.9.1981 1 StR 508/81. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 17.6.2012.

⁶¹⁰ Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte , **FS Peter Riess**, s.656; **JW**, yıl 1930, s.919 Nr.23; **HRR** 1936, Nr. 1390; BGH **NStZ** 1981, s.140, Kn.5; BGH, **MDR** 1979, s.456; BGH 16.10.1973, 1 StR 667/72. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 18.6.2012.

kusur ifadesi failin tahrike sebebiyet vermesi ve toplumsal alanda belli bir derecede kınanabilmesi anlamında kullanılmaktadır. Çünkü kusur her halükarda yalnızca ‘sebebiyet vermek’ten daha fazla bir anlama gelmektedir⁶¹¹. Bu bağlamda, failin tahrik edilmesi bakımından kusurunun olmamasından kasıt, kendisine yönelik kötü muamele ya da hakaretin gerçekleştirilmesi hususuna yol açmaması, sebebiyet vermemesidir⁶¹². Her iki tarafın davranışlarının değerlendirilmesi suretiyle daha önceki davranışların da göz önünde bulundurulması kaydıyla ilk bakışta mağdurun hareketine kendi kusuru ile sebebiyet vermemiş olması halinde failin sadece olayda kendi kusurunun bulunmadığından bahsedilecektir⁶¹³.

Failin, mağduru kendi yararına, bir başka ifade ile kendi kusurlu hareketi ile tahrikten faydalanmak amacıyla tahrik fiiline neden olması durumunda, işlediği kasten öldürme suçuna indirim uygulanmayacaktır. Karşılıklı ve uzun süreli hakaretlerde ise öldürme fiiline neden olan tahrik bakımından daha ayrıntılı bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu durumda, süreklilik arz eden sorunsallarda karşılıklı davranışların bir arada değerlendirilmesi ile failin mağdur tarafından kasten öldürme olayına neden olan belli bir olay nedeniyle fiili işleyip işlemediği ve bu olaya failin kendisinin neden olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶¹⁴. Failin öldürme fiili ile mağdur tarafından gerçekleştirilen önceki tahrik davranışı arasında güncel bir ilgilinin bulunması halinde Alman Ceza Kanunu’nun 213.maddesinden hüküm kurulacaktır⁶¹⁵.

Ayrıca mağdurun tahrik fiili ile failin fiili arasında orantılılık bulunması gerekmektedir⁶¹⁶. Bu anlamda öldürme fiilinin, mağdurun kötü muamelesinin neticesinde insani olarak anlaşılabilir bir tepki olarak işlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶¹⁷. Suçun tanımında açık olarak orantılılık koşuluna yer verilmemesine karşın, bu şart ‘*ağır k tii muamele*’ kavramı kapsamında ele alınmaktadır. Bu noktada, madde kapsamında bir orantılılık şartının

⁶¹¹ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn. 15, s.1412.

⁶¹² **A.g.e.**, 213, Kn.16, s.1412.

⁶¹³ Rössner/Wenkel, **Handkommentar**, 213, Kn.5, s.1143; Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 213.Kn. 12, s.383.

⁶¹⁴ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213,Kn.16, s.1413.

⁶¹⁵ BGH NJW 1977, 2086; NStZ 1984, 216. **A.g.e.**

⁶¹⁶ BGH NStZ 1996, s.216. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 20.6.2012.

⁶¹⁷ Neumann, **Nomos Kommentar**, 213 Rn. 16.

aranmamasına karşın adam öldürme fiili ile fiziki kötü muamele veyahut hakaret fiilleri arasında her zaman bir nispiyetlilik olduğu ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, burada orantılık kavramından, artık failin müşterek sorumluluğunun sınırlarını aşan aşırı derece kabul edilemez tepkilerin Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin uygulaması dışında bırakılması anlaşılmaktadır⁶¹⁸.

b.b.d. Tahrik Fiilinin d Ö N d O failin Fiilin Akabinde S S r

Alman Hukukunda, tahrik nedeniyle işlenen suçtan dolayı ceza indirimi uygulanabilmesi için failin tahrik fiili neticesinde öfkeye kapılması gerekmektedir. Maddenin uygulanabilmesi için kızgınlık ya da hiddetin yanı sıra her türlü öfkeye neden olacak uyarı, nedensellik bağı kurulabildiği sürece yeterli görülmektedir. Alman Hukukunda hiddet halinin arkasında nefret ya da intikam dürtüsünün olması tahrik indiriminin uygulanması hususunda sorun yaratmamakla birlikte yine de özellikle hiddet halinin somut olayda faili suça sürüklemesi hususunda baskın bir duygu olması aranmaktadır; aksi takdirde intikam isteği baskın çıkacak ve tahrik indiriminin amacını ortadan kaldıracaktır⁶¹⁹. Mağdurdan kaynaklanan fiile karşılık sergilenen tepkisel süreçte hiddet, failin işlediği kasten öldürme fiiline egemen bir etkide bulunmuş olmalı ve sadece karakteristik koşullara bağlı olarak aşırı tepkiye neden olmamalıdır⁶²⁰. Buna ilişkin olarak failin fiili ile tahrike neden olan olay arasında psikolojik güdülenme bağlantısı bulunmalıdır⁶²¹. Bu bağlantı doğrudan tahrik fiilinin ya da hakaretin akabinde olabilir⁶²². Bir başka deyişle haksız tahrik neticesinde oluşan heyecan hali ile failin mağduru öldürme fiili arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁶²³. Ancak, '*hemen akabinde*' ifadesi ile kastedilen, failin, tahrik fiiline müteakiben değil, bu fiilin etkisi henüz geçmeden suç

⁶¹⁸ **A.g.e.**

⁶¹⁹ BGH 22.12.1982- 3 StR 457/82, StV 5/1983, Eser, **S S r d r**, 213, Kn.17 s.198.

⁶²⁰ Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte, **FS Peter Riess**, s.657; Schneider, Überlegungen zur restriktiven Auslegung von 213 StGB, **NStZ** 2001, s.458.

⁶²¹ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn.18.

⁶²² BGH **NStZ** 1984, s.216.

⁶²³ Neumann, **Nomos Kommentar**, 213, Kn.12; Schneider, Überlegungen zur restriktiven Auslegung von 213 StGB, 213 StGB, **NStZ** 2001, s.457; **NStZ** RR 2000/80 www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 20.6.2012; J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213, Kn. 11.

işlemiş olmasıdır⁶²⁴. Önemli olan, zamansal ya da mekansal yakınlık değil, psikolojik motivasyon anlamında bir bağlantının bulunmasıdır⁶²⁵. Zamansal ve mekansal yakınlık ancak failin tahrik altında suç işlediğine yönelik bir ipucu etkisine sahip olabilmektedir⁶²⁶. Ancak, tahrik fiilinin hemen akabinde ifadesinin, mahkeme kararlarında zamansal ve mekansal yakınlığın mutlaka zorunlu olması gerekmediği şeklinde yorumlanması, kanunun lafzı bağlamında bir yorumunun dışına çıkıldığı ve faili suça sürükleyen tahrikin, suç fiiline kadar ciddi bir tesirinin bulunmayacağı yönünde eleştirilmektedir⁶²⁷.

Failin suça sürüklenmiş olması, nedensel bir ilişkiyi betimlemektedir. Bu ilişki, failin tahrikten önce suç işlemeye karar vermesi halinde, bir başka deyişle başka nedenlerden ötürü zaten mağduru öldürmeye karar verdiği ancak tahrike neden olan olayın daha önceki suç işleme kararının uygulanmasında son sebep olduğu hallerde ortadan kalkacaktır⁶²⁸. Böyle bir suç işleme kararının varlığı, failin isteğinden bağımsız olarak olay örgüsü içinde gerçekleşmiş olan bir olay ile vuku bulmuşsa bile bu hakikat değişmeyecektir⁶²⁹. Şu halde, tahrik fiili ile işlenen suç arasındaki nedensel bağın yokluğundan bahsedilmektedir⁶³⁰. Ancak belirtmek gerekir ki; failin suç teşkil eden davranışının arkasında yatan asıl nedenin tahriki doğuran fiil olması koşuluyla, başka nedenlerin bulunması tahrik indirimini engellemeyecektir⁶³¹. Haksız tahrikin varlığı hususunda şüpheye düşüldüğünde ise *'in dubio pro reo'* prensibinin uygulanması gerekir⁶³².

⁶²⁴BGH v. 26.7.94, 1 StR 286/94 **NStZ** 95, 83; v.11.1.84,- 3 StR 443/83, **NStZ** 84, 216. Rössner/Wenkel, **Handkommentar**, 213, Kn.6, s.1143; Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.21, s.1327. Alman Ceza Kanunu'nun türkçe çevirisi olan Yenisey/Plageman Alman Ceza Kanunu'nunda 213.madde çevirisine bakıldığında, fiilin hemen akabinde ifadesinin, *'fke nedeniyle orada derhal kendisini bir fiilin içinde bulursa derhal fiile mağlup olmuşsa'* şeklinde çevirildiği görülmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 213. maddesinin türkçe çevirisi için ayrıca bkz: Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, Beta, İstanbul, 2009.

⁶²⁵ Neumann, **Nomos Kommentar**, 213, Kn. 13.

⁶²⁶ BGH v. 26.7.94 1 StR 286/94 **NStZ** 95,83, Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 213., Kn. 13, s.384; Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte, **FS Peter Riess**, s.657.

⁶²⁷ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn.18.

⁶²⁸ Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 213., Kn. 15, s.384; Neumann, **Nomos Kommentar**, 213, Kn. 12.

⁶²⁹ BGH, **NJW** 1966, s.787. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 20.6.2012.

⁶³⁰ BGHSt 21,14,16, **NJW** 1966, s.787, 788.

⁶³¹ Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.20, s.1327; 14.7.1977, 4 StR 291/77. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi 20.6.2012.

⁶³² J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213 Kn.2.

Tahrik sebebiyle işlenen suç ‘*ani*’ (spontan) bir biçimde, yani kendiliğinden, o esnada gelişmelidir. Bu nedenle, örneğin *Momsen*’e göre ‘*soğukkanlılık*’ ya da ‘*intikam*’ dürtüsü ile tahrik fiili aynı olayda bir arada değerlendirilemeyecektir⁶³³. Çünkü, bu halde failin öfkeye neden olaydan sonra sakinleştiği kabul edilmektedir. Oysa ki tahrik neticesinde meydana gelen öfke, suç işleme anına kadar mevcut olmalı ya da güncel kızgınlık olarak süre gelmiş olmak durumundadır⁶³⁴. Ancak, münferit olaylarda zamansal ve mekansal yakınlık zorunlu bir unsur olarak aranmadığından, bu durum kin beslemeye neden olabilmekte ve fail ilk etapta tahrike neden olan olay etkisiyle değil kin gütmeye anlamını kavrayarak hareket etmektedir⁶³⁵.

b.c. Nitelikli Adam Ö d r S nda A C **213.maddesinin U S r**

Doktrinde genel olarak bu madde kapsamına yalnızca Alman Ceza Kanunu’nun 212.maddesi kapsamındaki basit adam öldürme suçunun (*Totschlag*) girdiği, Alman Ceza Kanunu’nun 211.maddesi kapsamındaki adam öldürme suçunun nitelikli hallerinin (*Mord*) söz konusu olması halinde Alman Ceza Kanunu’nun 213.maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶³⁶. Bu görüşe gerekçe olarak da Kanun’un lafzı gösterilmektedir. Gerçekten Alman Ceza Kanunu’nun 213.maddesi, ‘adam öldürmenin hafif hali’ (*Minder schwerer Fall des Totschlags*) başlığını taşımakta ve ayrıca maddede katil *m rder* yerine adam öldüren (*Totschl ger* terimi kullanılmaktadır⁶³⁷. Buna karşı görüş olarak ise özellikle *Neumann* ilk bakışta ikna edici gözükten lafzi ve sistematik yorumun, tarihsel yoruma başvurulması halinde ikna ediciliğini yitirdiği ve Alman Ceza Kanunu’nun 211.maddesi kapsamındaki

⁶³³ Momsen, **StGB Kommentar**, 213, Kn.21, s.1327.

⁶³⁴ **A.g.e.**

⁶³⁵ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213, Kn.18.

⁶³⁶ Bkz. Mitsch, *Minder schwerer Fall des Totschlags*, **Anwaltskommentar**, 213, Kn.4; Joecks, **Studienkommentar StGB**, 213, Kn. 1.; J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213, Kn. 2.

⁶³⁷ J hnke, **Leipziger Kommentar**, 213.Kn.2.; Eser, **S S r d r** 213, Kn. 2. Burada katil ifadesinden, suç işleme hususunda Alman Ceza Kanunu’nun 211.maddesinde belirtilen nitelikli hallerde birisini işleyen fail anlaşılmalıdır. Alman Ceza Kanunu’nun 211.maddesinin 2.fikrasına göre katil;

Öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin etme, sırf menfaat ve sair ilkel saik nedeniyle; mağdurun saldırı karşısında savunmasız olduğu ve tehlikenin farkında olmadığı bir durumu kullanmak suretiyle; canavarca bir bir şekilde veya toplum için genel tehlike yaratan araçlarla; bir suç gütmek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla bir insanı öldüren kişidir.

adam öldürme halleri halinde de Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadır.⁶³⁸ Zira, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin formüle edildiği zaman 211.maddenin ve 212.maddenin arasındaki ayırım tasarlama *berlegung* üzerinden yapılmakta ve hal böyleyken Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi ve 211.maddesinin kesişmesi ihtimal dahilinde değildi⁶³⁹. Ancak 1941 yılında bugünkü şeklini alan Alman Ceza Kanunu'nun 211.maddesi düzenlenirken, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi ile ortaya çıkan kesişme dikkate alınmamış olmasının kanun koyucunun hatasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Ayrıca öğretilde, kanun lafzından, maddenin adam öldürme suçunun nitelikli halini düzenlediği görüşünün ağırlıkta olması her nitelikli adam öldürme suçunun aynı zamanda basit adam öldürme suçunu oluşturması nedeniyle de lafzi yorumun ağırlığını yitirdiği savunulmaktadır.⁶⁴⁰

Arka plandaki bir diğer eleştirinin altında ise 1998'deki Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesindeki kanun değişikliğine kadar, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesi ile suçun cezası 6 aydan 5 yıla kadar olduğundan, bunun nitelikli adam öldürme suçu açısından orantısız ve adaletsiz derecede düşük olduğu düşüncesi de yatmaktaydı⁶⁴¹. Zira *Neumann*, ceza adaleti bakımından adam öldürmenin nitelikli hallerinin birinin varlığı halinde Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin uygulanmamasının ceza adaleti bakımından menfi neticeleri olacağını belirterek 6. Ceza Reformu Yasasıyla birlikte Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinde öngörülen cezaların alt ve üst sınırlarının yükseltilmesiyle Alman Ceza Kanunu'nun 211.maddesinin kapsamına giren olaylarda da şayet şartları oluşmuşsa Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin

⁶³⁸ Ulfrid Neumann, Zum Verhaeltnis von minder schwerem Fall des Totschlags (213 StGB) und Mord (211 StGB) nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, in Jörg Arnold vd. (hrsg.) **r r A E r r** Verlag C.H. Beck München 2005, (ss. 431-442,) s. 435-436.

⁶³⁹ 1 Ocak 1872 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun 211.maddesi, 15 Eylül 1941 tarihindeki değişikliğe kadar, her kim bir kimseyi tasarlayarak öldürürse, idam cezasına çarptırılır şeklinde düzenlenmekte idi. Buna karşılık 212.madde ise, her kim bir kimseyi tasarlamadan öldürürse beş yıldan az olamamak kaydıyla hapis cezasına çarptırılır şeklinde düzenlenmekte idi. Alman Ceza Kanunu ve geçirdiği değişiklikler için bkz: Thomas Fuchs, **S r r d Reich vom 15 Mai 1871**, Historisch-synoptische Edition 1871 2012,13.Auflage, lexetius.com, Mannheim 2012, s.992 vd.

⁶⁴⁰ Bu noktada yargı tarafından 211. ve 212.maddesinin ayrı suç tipleri olarak sınıflandırıldığı vurgulanmalıdır. Bkz. Klaus Bernsmann, Zur Konkurrenz von 'priviligierten' (213, 216, 217) und 'qualifizierten' (211) Tötungsdelikten, **Juristen Zeitung** 1983, s. 45,(ss. 45-53)

⁶⁴¹ Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 213,Kn.27.

uygulama kabiliyeti bulması gerektiği kanaatindedir⁶⁴². Yazar, netice olarak bu çözüm tarzının da aslında tam manasıyla meseleyi çözmediğini, esaslı bir çözümün Alman Ceza Kanunu'nun adam öldürme suçlarına ilişkin pek de tutarlı olmayan sistematığının değiştirilmesiyle mümkün olabileceği görüşünü de ifade etmektedir⁶⁴³.

**b.d. Ö S Kasten Yaralama Su d Alman Ceza
dd U U S r**

Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin uygulama alanı bakımından vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar hakkında uygulanıp uygulanmayacağı hususunda ise kanun lafzına göre sadece Alman Ceza Kanunu'nun 212.maddesindeki kasten öldürme fiilleri bakımından geçerli olmakla birlikte, mahkeme kararlarında Alman Ceza Kanunu'nun 213/1.fikrasının mukayese yoluyla Alman Ceza Kanunu'nun 227/1.fikrasında yer alan '*yaralamanın yaralanan kişinin lümüne sebebiyet vermesi*' *rperverletzung mit odesfolge* suçuna da uygulandığı görülmektedir⁶⁴⁴. Buna karşılık yaralama suçları bakımından Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin benzeri bir düzenlemeye Alman Ceza Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bu durum öğretide *Deckers* tarafından tenkit edilmiştir. Bu yazar, neticesi adam öldürmeden daha hafif olduğu açık olan ve adam öldürme suçuna benzer bir hukuki değeri ihlal eden yaralama suçu bakımından Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin benzeri bir düzenlemenin bulunmayışının sistem içi bir tutarsızlık teşkil ettiğini ve Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin, Alman Ceza Kanunu'nun 224.maddesinde düzenlenen yaralama suçları bakımından da uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.⁶⁴⁵

⁶⁴² Neumann, **Zum Verhaeltnis von minder schwerem Fall des Totschlags (213 StGB) und Mord (211 StGB) nach d S r r r r**, s. 431-433, (436-437).

⁶⁴³ A.g.e., s. 442.

⁶⁴⁴ Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte, **FS Peter Riess**, s.670; NSTZ RR 2000, s.80.

⁶⁴⁵ A.g.e., s. 673.

c. A C Ö r d
Hakaret S B d Ö Tahrik Hali (dStGB 199)

Alman Ceza Kanunu'nun 199.maddesi karşılıklı hakaret (*Wechselseitig begangene Beleidigungen*) halini düzenlemiştir. Düzenlemeye göre;

‘ *ayet bir hakaret edildikten sonra akabinde buna hakaret ile karşılık verilmiş ise hakim taraflardan her ikisi veya biri hakkında ceza vermekten vazgeçebilir* ’

Düzenleme, ‘kısas’ ya da ‘*karşılık verme*’ düşüncesine göre, mahkemeye, karşılıklı hakaret halinde, ilk hakaret edene karşılık ikinci hakaret edenin, hakareti en azından hukuka aykırı ve tipik olması halinde ve her iki hakaret arasında psikolojik bir bağlantının bulunması durumunda, her iki faile ya da birisine suçunun cezasız kalması yönünde bir imkan tanımaktadır⁶⁴⁶. Cezasızlık halinin temelinde, kısas düşüncesinin yattığı ileri sürülmektedir. Buna göre, her iki hakaretin cezasında bu kadar geniş bir indirim olması dolayısıyla her iki taraf ya da bir taraf hakkında ceza verilmekten sarfi nazar edilmesi kavranabilir bir durum olarak görülmektedir⁶⁴⁷. Bu hususta her iki failin işlediği suçun cezasızlığı hakkında farklı hukuki gerekçeler ileri sürülmektedir. İlk fail açısından, işlediği hakaret suçuna karşılık verilmesi neticesinde fiilin belli oranda hala cezayı gerektirip gerektirmediği düşüncesi; ikinci fail açısından ise tahrik neticesinde işlenen fiilin haksızlık içeriği korunmakta ise de fiil meşru savunmaya benzer bir hal almaktadır⁶⁴⁸.

Düzenleme, ölen kişinin hatırasına hakaret suçu dahil olmak üzere Alman Ceza Kanunu'nun ondördüncü bölümündeki ‘ *akaret*’ (*Beleidigung*) başlığı altında yer alan bütün suç tipleri hakkında uygulanabilmektedir. Düzenlemenin uygulanabilmesi için mutlaka ilk hakaretin, doğrudan ikinci hakaret failine karşı işlenmesine gerek bulunmamaktadır. İlk hakaretin, ikinci hakaret failinin bir yakınına karşı işlenmesi durumunda da, ikinci hakaret açısından düzenleme

⁶⁴⁶Valerius, B r O -Kommentar (BeckOK StGB), herausgegeben von Heintschel-Heinegg, 20.ed., 199, Kn.1; Theodor Lenckner/Jörg Eisele, Adolf Schönke/Horst Schröder, **Strafgesetzbuch**, 28.Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2010, 199, Kn.1-2.

⁶⁴⁷ Valerius, **BeckOK StGB**, 199, Kn.1.

⁶⁴⁸ Jürgen Regge, M r Band 3, 1.Auflage, 2003, Verlag C.H. Beck, München, 199, Kn.1.

varlığını koruyacaktır. Bu nedenle, örneğin ölen kişinin hatırasına hakaret suçu da bu kapsamda, Alman Ceza Kanunu'nun 199.maddesinin uygulanma alanına girmektedir⁶⁴⁹. Ancak, ikinci hakaret fiilinin mutlaka ilk hakaret fiili failine karşı gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁶⁵⁰.

Düzenlemenin uygulanabilmesi için hakaret fiillerinin hukuka aykırı, kusurlu, cezalandırılabilir ve kovuşturulabilir nitelikte olması gerekmektedir. Çoğunluk görüşüne göre, ilk hakaret fiilinin mutlaka hukuka aykırı, kusurlu ve tipik olması gerekmektedir iken ikinci hakaret fiilinin kusurlu olması icap etmemektedir⁶⁵¹. Halihazırda, hakaret teşkil eden fiiller bakımından bu unsurların olmaması durumunda madde uygulama alanı bulamayacak, işlenen fiiller hakkında ya ceza verilmeyecek ya da kovuşturma yapılamayacaktır⁶⁵². Bu nedenle, örneğin, Alman Ceza Kanunu'nun 193.maddesinde yer alan *'bilimsel veya sanatsal eserler veya ticari edim veya hizmetler hakkında ayıplayıcı nitelikteki değer yargıları ile hakların kullanılması ve savunulması veya haklı menfaatlerden yararlanılması amacıyla yapılan açıklamalar ve üstlerin astlarına y nelettikleri ikaz ve kınamalar bir memurun g revisi ile ilgili olarak yaptığı şikayetler veya değer yargıları ve benzeri haller'de*, sadece yapılan açıklamanın biçiminden ve açıklamanın yapıldığı koşullardan dolayı hakaretin mevcut bulunduğu anlaşılıyorsa cezalandırılacağından, bu durumların mevcudiyeti hakaret teşkil etmeyecek ve dolayısıyla bu fiillere karşılık gerçekleştirilen hakaretler ile ilgili olarak Alman Ceza Kanunu'nun 199.maddesi uygulanmayacaktır⁶⁵³.

İlk hakaret eden failin kusur yeteneğinin bulunmaması halinde ikili bir ayrıma gidilmektedir. İkinci hakaret suçunun failinin bu durumu bilmesi halinde karşılıklı hakaret dolayısıyla cezasızlık halinden yararlanamayacak iken, bilmemesi ya da kendisinden gizlenmesi dolayısıyla bilemeyecek olması halinde

⁶⁴⁹ A.g.e., 199, Kn. 3.; Valerius, **BeckOK StGB**, 199, Kn.2; Lenckner/Eisele, **S r d r S B**, 199, Kn.21. www.beck-online.beck.de, erişim tarihi: 3.11.2012.

⁶⁵⁰ Regge, **M r**, 199, Kn.11.

⁶⁵¹ Valerius, **BeckOK StGB**, 199, Kn.4.

⁶⁵² Regge, **M r**, 199, Kn.6; Valerius, **BeckOK StGB**, 199, Kn.3.

⁶⁵³ Regge, **M r**, 199, Kn.7.

düzenlemeden yararlanacaktır⁶⁵⁴. İlk hakaret fiilinin Alman Ceza Kanunu'nun 185.maddesine uygun bir hakaret fiili ile karşılık verilmesi gerekmektedir.

Her iki hakaret fiili arasında illiyet bağı bulunmalıdır ve karşılık teşkil eden hakaret, ilk hakareten sonra gerçekleştirilmelidir. Burada, ikinci hakaret fiilinin mutlaka ilkinin akabinde gerçekleştirilmesi anlaşılmalıdır. Bir başka deyişle, objektif olarak yer ve zaman bağlantısı olarak anlaşılmalı, derhal karşılık verilmesinden ziyade ilk hakarete bağlı olarak bu hakarete uğramış olmanın yarattığı psikolojik durumu esas alarak illiyet bağı değerlendirmesi yapılmalıdır⁶⁵⁵. Doğrudan hakaret neticesinde oluşan kızgınlığın devam ettiği sürece bir karşılığın verilmesi halinde illiyet bağı geçerlidir. Bu nedenle, fiilden hemen sonra ya da ertesi gün karşılık verilmesi önemli değildir. Belirleyici olan ilk ve ikinci fiilin bir bütün, bağlantılı silsile oluşturmalarıdır⁶⁵⁶.

3. r

a. Genel Olarak

21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu, gerek genel hükümlerde gerekse özel hükümlerdeki bazı suç tipleri açısından haksız tahrik hükmü ihtiva eden ülkelerden biri olmuştur. İsviçre Hukukunda, bu bağlamda Türk Hukukundan farklı olarak haksız tahrik durumu, kanunun ‘*ezanın belirlenmesi*’ (*Strafzumessung*) başlığı altında, daha az cezayı gerektiren hallerden biri olarak ele alınmıştır. Şu halde, somut olayda kanunda belirtilen cezanın azaltılması gereken bir halin varlığı durumunda, hakim açısından mutlaka ceza indirimine gitme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, failin ruhsal durumu değerlendirilerek hakkında verilecek olan ceza miktarında madde göz önünde bulundurulabilecektir. 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren ve genel hükümlerde meydana gelen kanun değişikliğine kadar, cezanın indirilmesini gerektiren haller İsviçre Ceza Kanunu'nun 64.maddesinde yer almaktaydı. Bu

⁶⁵⁴ Valerius, **Beck OK StGB**, 199, Kn.6.

⁶⁵⁵ **A.g.e.**, .199, Kn.7.

⁶⁵⁶ Rainer Zaczyk, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, herausgegeben von Urs Kinkhaeuser/Ulfrid Neumann/Hans Ulrich Paeffgen, 3.Auflage, Band 2, Nomos, 2010, 199, Kn.5; Kristian Kühl, **r S B S r**, 27.Auflage, C.H.Beck, 2011, 199, Kn.3.

düzenlemeye göre, haksız bir kışkırtma veya küçük düşürtme üzerine ortaya çıkan öfke veya büyük elem halinin faili tahrik etmek suretiyle suç işlemeye sürüklenmesi durumunda, hakim cezayı hafifletebilme hakkına sahipti. 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nun yapım aşamasında, haksız tahrik düzenlemesi ile ilgili çeşitli tartışmalar yaşanmış, 1893 tarihli tasarı tartışmaları sırasında haksız tahrik halinin sadece genel hükümlerde yer alan bir indirim nedeni olarak görülmemesi gerektiği, aynı zamanda özel hükümlerdeki bazı suç tipleri altına da yerleştirilmesi gerektiği bazı hukukçular tarafından ifade edilmiştir⁶⁵⁷. Neticede İsviçre Ceza Kanunu'nun'da hem genel hükümlerde ceza indirim hali olarak haksız tahrik düzenlemesine yer verilmiş hem de özel hükümlerde belirli suç tipleri içerisinde özel olarak haksız tahrik indirimi düzenlenmiştir.

b. r C ri d Tahrik Hali (chStGB 48)

b.a.Genel Olarak

Heyecan ya da ruhsal bunalım hallerinin İsviçre Ceza Hukukunda failin cezasının indirilmesine neden olacak biçimde ele alındığı ve düzenlemelerde yer verildiği hususu sıklıkla karşılaşılan bir durumdur⁶⁵⁸. Tahrik neticesinde oluşan heyecanın failde ceza indirimine neden olması hali 2007 tarihinde İsviçre Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklik ile genel hükümlerde yer alan İsviçre Ceza Kanunu'nun 48.maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Aynı zamanda daha önce takdiri olarak uygulanan bu indirim nedenleri yeni kanun ile birlikte zorunlu olarak göz önünde bulundurulur hale gelmiştir⁶⁵⁹. Bütün şartlar için değilse bile, bu yeniden düzenleme ile özellikle haksız tahrik olarak kabul edebileceğimiz fıkranın lafzı da değişmiştir⁶⁶⁰. Neticede, İsviçre Ceza Kanunu'nun 48.maddesinde yeniden ele alınan, bütün suç tipleri bakımından uygulanan ve

⁶⁵⁷ Stoss'dan naklen Briner, **Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen S r r d r r B r d r S r d r r d d Ar** 64, s.116.

⁶⁵⁸ Hans Walder Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht , **S r Z r r S r r** Band 81, Jahr 1965, (24-67) s.33.

⁶⁵⁹ Hans Wipr chtiger, **Basler Kommentar Strafrecht I**, Art. 1-110 StGB, herausgegeben von M.A. Niggli/Wipr chtiger 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, 48, Kn.4.s.887.

⁶⁶⁰ http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafgesetzbuch_allg/bot-stgb-at-d.pdf; 1998 Kanun tasarısı. S.2061.

faile verilecek cezanın belirlenmesinde rol oynayan ‘*cezayı azaltıcı nedenler*’ *trafmilderung ründe* bir bütün olarak tek tek yeniden belirtilmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu’nun genel hükümler kısmında meydana gelen kanun değişikliği, cezayı azaltan haller üzerinde etkisini göstermiştir. Zira, İsviçre Ceza Kanunu’nda cezayı azaltan haller arasında yer alan ve aslında sadece heyecanın rol oynadığı suçlarda cezada indirim nedeni olarak kabul edilen⁶⁶¹ haksız tahrik hali ile ilgili en önemli değişiklik maddenin özel hükümlerde yer alan ve kasten adam öldürme suçunun cezasında tahrik nedeniyle indirime gidilmesini düzenleyen İsviçre Ceza Kanunu’nun 113.maddesinin lafzı ile tutarlı bir düzenlemeye dönüşmesidir. Bu sayede, İsviçre Ceza Kanunu’nun 48. ile eski ceza kanununun 64.maddesine kıyasla- maddenin kapsamı genişletilmiş, İsviçre Ceza Kanunu’nun 113.maddesinin lafzında yer alan şartların somut olayda mevcudiyeti halinde, kasten öldürme suçu hariç, bütün suç tipleri hakkında uygulanacak zorunlu bir indirim nedeni getirilmiştir⁶⁶². Ancak kasten öldürme suçunun söz konusu olduğu somut olayda, İsviçre Ceza Kanunu’nun 113.maddesinin uygulama kapsamına giren bir durum meydana geleceğinden İsviçre Ceza Kanunu’nun 48.maddesi göz önünde bulundurulmayacaktır⁶⁶³.

r C n 48.maddesinin Uygulan r r

Değişiklikten önceki İsviçre Ceza Kanunu’nun 64.maddesinin uygulanabilmesi için, haksız bir tahrik (kışkırtma) ya da hakaret (küçük düşürücü fiil) fiillerinin failde heyecana neden olması ve failin bu davranışlar neticesinde gazap ve kedere sürüklenmesi gerekmektedir⁶⁶⁴. Fail, tahrike neden olan bu iki durum neticesinde derinden etkilenecek ani (spontane) bir biçimde tepki göstermeliydi⁶⁶⁵. Yeni düzenlemede ise daha önce belirtildiği gibi lafzi değişikliğe gidilmiş olsa bile eski kanun uygulamasında yer alan özellikler aynı şekilde İsviçre Ceza Kanunu’nun 48.maddesi uygulamasında dikkate

⁶⁶¹ Günter Stratenwerth, **Schweizerischen strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen**, s.260, 94.

⁶⁶² Wipr chtiger, **Basler Kommentar**, 48, s.892, Kn.23.

⁶⁶³ Andreas Donatsch, **Strafrecht III Delikte gegen den Einzelnen**, 9.Auf, Schulthens, 2008, s.15.

⁶⁶⁴ BGE 104 IV 237, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge>, erişim tarihi 3.4.2012.

⁶⁶⁵ Jörg Herberg, **Strafrecht II, Strafen und Massnahmen**, 6.Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1994, s.65.

alınmaktadır. Bu nedenle gerek İsviçre Ceza Kanunu'nun 48.maddesi gerekse İsviçre Ceza Kanunu'nun mülga 64.maddesi olsun uygulanabilme koşulları bir arada değerlendirilecektir.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 48.maddesinin düzenlemesine göre iki durumda failin tahrik altında kalarak suç işlemesi halinde ceza indirimine gidilebilir. Bunlardan ilki şiddetli ruhsal karışıklık diğeri ise ağır ruhsal baskı altında suçun işlenmesidir. Bu haller altında failin tahrik edilerek öfkeye kapıldığı ve başkasının bu davranışının büyük acı verdiği kabul edilmektedir⁶⁶⁶. Faili tahrik eden davranışlar fiziksel olarak şiddet içerikli olabileceği gibi sözlü hakaret ya da el kol hareketi gibi hakaretimiz davranışlar da olabilir. Bu hareketlerin faile yönelik olup olmaması gerektiği hususunda İsviçre Ceza Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu davranışların gerek faile, gerek failin akrabalarından birine gerekse bir diğeri üçüncü kişiye karşı yapıp yapılmamasının fark etmediği ifade edilmektedir. Burada önemli olan failin, mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız hareketler neticesinde kışkırtılmış olmasıdır. Ancak uygulamada, haksız hareketlerin faile ya da failin akrabası derecesinde yakınlık sahibi olan kişilere karşı işlenmesi durumunda tahrikin varlığı kabul edilmektedir⁶⁶⁷.

Fail, haksız tahrik neticesinde heyecana düşmüş olmalı yani öfke ya da şiddetli eleme kapılmalıdır. Heyecan, duygu çeşitlerinden birisi olarak, kişinin içsel ya da dışsal olaylara karşı bireyin görüş tarzıdır. Bu düşünce entellektüel değerlendirmenin değil, subjektif bir değerlendirmenin bir formu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak heyecanı diğeri duygu durumlarından ayıran unsur, heyecanın çok daha yoğun ve şiddetli duyguları içermesi ve duygularda artan bir biçimde fiziksel olarak da görülebilecek bir değişimin meydana gelmesidir. Meydana gelen bu duygu değişiklikleri etkisiyle failin psikolojik durumu zarara uğramakta ve tepki gösterme yetisi bir süreliğine kısıtlanmaktadır. Esasında, fail egosunu yönlendirme yetisindeki zayıflama neticesinde içine düştüğü psikolojik durumu engellemek ya da yönlendirmek için gerekli olan enerjiyi

⁶⁶⁶ Walder, Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht , **Schweizerische Z r r S r r** s.63.

⁶⁶⁷ Briner, **Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, unter d r r B r d r S r d r r d d Ar** s.118.

kullanamamaktadır⁶⁶⁸. Bu halde failin şiddetli bir biçimde tahrik olduğu kabul edilmekte ve fail ani (spontane) bir reaksiyon göstermektedir. Bu durum uygulamada ayrıca gerek haksız tahrik gerekse küçük düşürme halinin faili çok derinden sarsması, tahrik etmesi ve ani (spontane) bir reaksiyona sürüklemiş olması zorunluluğunun göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmektedir⁶⁶⁹.

Yeni düzenlemeye göre, İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesi ile paralel olarak, heyecanın ve aşırı ruhsal yükün mazur görülebilir olması gerekmektedir. Mazur görülebilirlik, etik bir bakış açısı içeren objektif değerlendirmeyi kapsamaktadır. Heyecanın ya da ruhsal yükün oluşumu anlaşılabilir, kavranabilir olmalıdır ve sadece ya da tümüyle failin bizzat kendi davranışları neticesine dayanmamalıdır⁶⁷⁰.

c. r C n Ö ri d
Ö d r S B d T r Hali (chStGB 113)

c.a.Genel Olarak

Genel hükümlerde yer alan ve faile verilecek cezada indirimle gidilebilmesini mümkün kılan haksız tahrik düzenlemesinin yanı sıra, İsviçre Ceza Kanunu özel hükümlerde kasten öldürme suçu bakımından özel bir haksız tahrik haline (*Totschlag*) yer vermek suretiyle, bu suç tipine özel bir hüküm getirmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesine göre;

*‘ ailin halin mazur g sterebileceği şiddetli duygu karmaşası ya da derin psikolojik stres halinde hareket etmesi durumunda, fail 1 ila 10 yıllık hapis cezası ile cezalandırılabilir.’*⁶⁷¹

⁶⁶⁸ Eva Schönberg, **Der Affekt als Strafzumessungsgrund**, Basel, 1956, s.35.

⁶⁶⁹ BGE 104 IV, 237 vd. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4104232.html>. Erişim tarihi 5.4.2012.

⁶⁷⁰ Wipr chtiger, **Basler Kommentar**, 48, Kn.26. s.893.

⁶⁷¹ http://www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/a113; 8.10.2011, 23 Haziran 1989 tarihli Federal Kanun No.I uyarınca düzenlemedeki değişiklik 1 Haziran 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (AS 1989

İsviçre Ceza Kanunu'nun 111.maddesinde düzenlenen ' Nitelikli Olmayan Kasten Adam Öldürme' *ors tzliche tung* fiillerinin mazur görülebilecek bir heyecan altında işlenmesi halinde, genel hükümlerdeki haksız tahrik uygulama alanı bulamayacak ve faile uygulanacak cezanın belirlenmesinde İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesi uygulanacaktır. Ayrıca 'nitelikli adam ldürme fiilleri' (*Mord*) bakımından madde uygulama alanı bulamayacaktır⁶⁷². Madde, kasten adam öldürme fiilleri için geçerlidir, 'taksirle adam ldürme' *ahrl ssige tung* halinde İsviçre Ceza Kanunu'nun 117.maddesi uygulanacaktır⁶⁷³.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesindeki indirim hali zorunludur⁶⁷⁴. Düzenlemeye göre adam öldürme olaylarında, aşırı heyecan ya da derin psikolojik stres gibi duygu durumları altında işlenen kasten öldürme fiilleri açısından faile adeta bir ayrıcalık getirilmiştir. Maddede birbirinden bağımsız olarak ceza indirimini gerektiren iki özellik bulunmaktadır. Bunlar failin aşırı heyecan ve derin psikolojik stres halinde hareket etmesi durumudur. Bu hallerde, failin işlediği fiil halihazırda hukuka aykırılığını korumaktadır ancak mağdurun neden olduğu ve failin iç dünyasında aşırı heyecan durumları ya da psikolojik stresi yaratan nedenler neticesinde suç işleyen failin, işlediği suçtan ötürü adeta mağdur ile sorumluluğu paylaşmaları söz konusudur⁶⁷⁵. Failin, kasten öldürme fiilini işlediği sırada içinde bulunduğu tahrik halinin, sadece bu durumla sınırlı olmak üzere, davranışlarını kontrol kaybına neden olduğu ve bundan ötürü bu halin somut olayda dikkate alındığı kabul edilmektedir⁶⁷⁶. Fail mazur

2449 2456; BBl 1985 II 1009). Ceza miktarındaki değişiklik ise 13 Aralık 2002 tarihli 16.Federal Kanunun No.II 1 paragrafına uygun olarak gerçekleştirilmiş, uygulama 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (AS 2006 3459 3535; BBl 1999 1979).

⁶⁷²Briner, **Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, unter d r r B r d r S r d r r d d Ar** s.123; Kurt Seelman, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, s.199. Hans Walder, **Vors tzliche Tötung, Mord und Totschlag**(Schweizerische StGB Art. 111-113) , **S r Z r r S r r** Band 96, 1979, Verlag St mpfli CIE AG, Bern, (157-165), s.159.

⁶⁷³**A.g.e.**, s.159.

⁶⁷⁴Christian Swarzenegger, **Basler Kommentar Strafrecht II Art. 111-392 StGB**, herausgegeben von M.A.Niggli, H.Wigraechtiger, , 2.Auflage, Hrlbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, 113, Kn.2, s.55.

⁶⁷⁵**A.g.e.**

⁶⁷⁶Kassationshof in Strafsachen 6S.180/2004-24 Eylül 2004. C.1.1. BGE 118 IV 233 vd. 119 IV 202 vd. **A.g.e.**

psikolojik ve ruhsal duygu durumlarını kapsar şekilde düzenlenmiş olmakta ve bunun stenik ya da astenik olması madde bakımından farklılık yaratmamaktadır⁶⁸⁰.

Heyecan kavramı içerisine yer alan korku, keder, kızgınlık, öfke gibi bütün duygu durumları fail üzerinde ağır psikolojik etkilere neden olabilmektedir. Burada ele alınması gereken bir diğer mesele İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinde, failde aşırı heyecana neden olabilecek bütün heyecan hallerinin mi yoksa sadece belirli heyecan hallerinin mi maddenin uygulanışı açısından dikkate alınıp alınmayacağıdır⁶⁸¹. Ruhsal karışıklık hali, patolojik olmayan aksine failin içinde bulunduğu durumu değerlendirme ya da kendine hakim olma yetisini belli bir derecede kısıtlayan ciddi bir tahrik hali tarafından bastırılmış özel bir psikolojik durumu ifade etmektedir. Burada tipik olan, failin kendisini tahrik edene bir tepki göstermesidir. Bu özel durumla olayda, failin kasten öldürme fiilini işlediği esnada davranışlarını kontrol edebilme yetisinin sınırlandığı göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁸². Duygusal karışıklık hali şiddetli olmalı ve bu şiddet gerçekte heyecanı yaratan durumdan kaynaklanmalıdır. Kanun, ruhsal karışıklık halinin şiddetli olmasını şart koşmakta, buna neden olan heyecanın şiddetli olmasını aramamaktadır. Bu nedenle, belli bir yoğunluktaki asabiyet, gazap, kıskançlık gibi stenik heyecan çeşitleri de madde uygulaması için yeterli görülmektedir⁶⁸³. Astenik heyecan olarak kabul edilen önemli panik kaynaklı korku, telaş, derin acıma, üzüntü ile umutsuzluk ve çaresizlik halleri de şiddetli ruhsal karışıklık hallerinden sayılmaktadır⁶⁸⁴. Bu nedenle denilebilir ki telaşa kapılma, ümitsizlik, aşırı kaygı, korku halleri gibi astenik heyecanlar da İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁸⁵. Şiddetli ruhsal karışıklık, stenik heyecan

⁶⁸⁰BGE 26.1.1951, Walder, 'Vors tzliche Tötung,Mord und Totschlag, StGB Art 111-113' **S r Z r r S r r** s.159; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, **schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 2.Auflage, St mpli Verlag AG, Bern, 2009, 113, Kn.4, s.255. Sadece astenik heyecanın 113.madde bağlamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz: Walder, 'Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht' **S r Z r r S r r** s.35.

⁶⁸¹**A.g.e.**

⁶⁸²BGE 119 IV 202 E. 2a S. 203; 118 IV 233 E. 2a S. 236. www.servatunibe.ch/dfr/bgh/4104202, erişim tarihi 5.4.2012.

⁶⁸³BGE 26.1.1951, Walder, 'Vors tzliche Tötung,Mord und Totschlag, StGB Art 111-113' **S r Z r r S r r** s.160.

⁶⁸⁴**A.g.e.**

⁶⁸⁵Walder 'Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht', **Schweizerische Z r r S r r** s.35.

halinde vücudun titremesi, kızgınlığın yüzün ifadesinden okunabilmesi, suratın kızarması gibi bedeni birtakım ifade değişikliklerinden fark edilebilmektedir. Astenik heyecanda ise ara sıra kişinin gözyaşı dökmesi ya da acı çeken bir ifade gözlemlenebilmektedir. Hatta bazı durumlarda, kişide hiçbir dışavurum gözlenemeyebilmektedir⁶⁸⁶.

Tahrik edilen kişi, ruhsal karışıklığa yol açan olguya ya da heyecanın özüne öyle bir yoğunlaşmıştır ki bu durumda başka türlü düşünceler ya da uyarılar geçici olarak devre dışı kalmaktadır⁶⁸⁷. Tahrike neden olan olayla ilgili olumlu ya da olumsuz değerlendirmeye ilişkin davranış eğilimi ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, ciddi takatsizlik veya yorgunluk hali de İsviçre Hukukunda şiddetli ruhsal karışıklık olarak kabul edilmektedir. Yıllarca özverili ve fedakarca hasta çocuğuna bakan bir annenin bu yorgunluğa daha fazla dayanamayarak depresyona girmesi ve çocuğunu aşırı miktarda uyku ilacı vermek suretiyle öldürmesi olayında Mahkeme İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinin fail hakkında uygulanmasına karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde; her ne kadar İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinin ortaya çıkış nedeni kızgınlıktan kaynaklanan kasten öldürme fiilleri olsa ve bu nedenle özellikle heyecan suçlarında maddenin uygulanabileceği düşünülse de kanunun ruhuna uygun olan yorumların bu kapsamda akla uygun bir biçimde ve amaca hizmet eder doğrultuda ve kanun maddesinin gerçek anlamında olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, dışarıdan bakıldığında depresyonun şiddetli ruhsal karışıklık olarak algılanmaması önem arz etmemektedir. Burada belirleyici olan 'düşünce tarzı' kriteridir. O da kasten öldürmenin bireyin sadece istisnai bir durum baskısı altında kalmak suretiyle suçu işlemiş olmasıdır. Somut olayda karakteristik olarak mükemmel olan ancak yıllar içinde sürekli derinden ağır bir yorgunluğa ve tükenmişliğe maruz kalan bir insanın hasta durumda bulunan çocuğunu da kapsayan bir kurtuluş düşüncesinden hareketle fiili işlemiş olması istisnai bir durumda bulunmasıdır. Failin davranışı astenik heyecan olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda fail hakkında İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesi uygulanmıştır⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Walder, Vors tzliche Tötung, Mord und Totschlag, StGB Art 111-113, **Schweizerische Zeitschrift für Rechtswissenschaften** s.160.

⁶⁸⁷ **A.g.e.**

⁶⁸⁸ Zürich, ObG 1.StrK 1.6.1970, **Schweizerische Juristen Zeitung**, Heft 22, 1970, 66.jahrgang, s.344.

R r M r r r

Bir çok kasten öldürme fiilinin temelinde heyecan hallerinin bulunması, İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinin uygulanması açısından başka kriterlerin aranmasına yol açmıştır. Bunlardan birisi de *heyecanın mazur görülebilir olması* kriteridir⁶⁸⁹. Bir başka ifade ile madde metninde ceza indirimi olarak kabul edilen heyecan durumu failin içinde bulunduğu şartlar dahilinde mazur görülebilir olmalıdır⁶⁹⁰. İsviçre Hukukunda failin psikolojik durumuna etki eden nedenler dolayısıyla, adam öldürme fiilini işlediği sırada davranışlarını yönlendirme ve kontrol etme yeteneğinde azalma meydana geldiği kabul edilerek, failin cezai sorumluluğunda azalmaya gidilmektedir. Ancak, failde meydana gelen mevcut heyecan durumu nedeniyle, failin işlediği fiilden ötürü mazur görülebilecek bir halde olması gerekmektedir. Bu değerlendirme sadece psikolojik olarak değil aynı zamanda etik bir bakış açısı altında objektif biçimde gerçekleştirilmektedir⁶⁹¹. Failin içinde bulunduğu durum göz önüne alındığında davranışları anlaşılabilir, kabul edilebilir ise ve ayrıca makul seviyedeki bir kişinin bile benzer bir duygusal çöküş halindeyken failin karşılaştığı duruma düşmesi mümkün ise heyecan mazur görülebilir sayılacaktır⁶⁹².

Burada mazur görülebilirlik fiile yönelik değil heyecana yöneliktir. Mazur görülebilirlik kavramı etik prensiplere uygun olarak gerçekleştirilen bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Alman Hukukunda olduğu gibi, failin içinde bulunduğu duruma kendi kusuru ile neden olmaması ön şartı İsviçre Hukukunda bulunmamaktadır. Ancak, duygu karmaşası sadece ya da genellikle egoistik olarak ortaya çıkmamakta, heyecana neden olan dış etkenler dahilinde haklı görünmesi de gerekmektedir⁶⁹³. Bir başka ifade ile, ortaya çıkan bu durum

⁶⁸⁹ BGE 81 IV 155; 107 IV 106; 108 IV 101 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge>, erişim tarihi 6.4.2012; Stratenwerth/Wohlens, **schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 113, Kn.5, s.255.

⁶⁹⁰ Briner, **Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, unter d r r B r d r S r d r r d d Ar** s.123.

⁶⁹¹ BGE 82 IV 88; 100 IV 151; 107 IV 106 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge>, erişim tarihi 6.4.2012; Stratenwerth/Wohlens, **schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 113, Kn.5, s.255.

⁶⁹² BGE 108 IV 99vd. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge>, erişim tarihi 6.4.2012.

⁶⁹³ BGE 82 IV 88; 100 IV 150,151; 107 IV 103,106; 108 IV 99, 103; <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge> erişim tarihi 8.4.2012. Buna karşılık Walder etik ilkelere göre yapılan bu değerlendirmelerde, ilkelerin mazur görülüp görülemeyecek heyecanları ayırmakta

sadece ya da büyük çoğunlukla failin kendi kusuruna dayanmamalıdır. Bu nedenle, fail duygu karmaşasından doğan ihtilafli durumu tamamen kendi kusurlu davranışı ile meydana getirmiş ya da büyük oranda kendi kusurlu davranışları neticesinde meydana gelmesine sebep olmuşsa heyecan mazur görülemez⁶⁹⁴. Aksine, kanun çalışmalarında da vurgulanmıştır ki; heyecanlar ancak haksız bir tahrik hali, fiziksel kötü muamele, hakaret dolayısıyla mazur görülebilir⁶⁹⁵. Bazı durumlarda, örneğin kötü muamele, heyecanın mazur görülmesi hususunda duruma uygun olacak nitelikte ve ağırlıkta olmayabilir. Bu durumda heyecanın yoğunlaşması ve ani ve ciddi bir heyecan boşalmasına neden olan silsilede kötü muamelenin mevcudiyetinin ağırlığı somut olayda tartışılmalıdır⁶⁹⁶.

İsviçre Temyiz Mahkemesi, mazur görülebilirlik ile failin kişiliğinin hesaba katılmasını değerlendirirken herhangi bir kimse ile değil eğitim ve karakteristik özellikleri de dahil olmak üzere aynı ya da benzer çevre koşullarına sahip bir kimse ile karşılaştırmaktadır⁶⁹⁷. İsviçre doktrini de duygu karmaşasının mazur görülebilir karakterini ortalama bir makuliyette, hukuka bağlı bir insanın istisnai olarak raydan çıkması şeklinde değerlendirilmesi hususunda görüş birliğine sahiptir⁶⁹⁸. Failin sahip olduğu kültürel özellikler ancak bu genel çerçevede değerlendirmeye tabi tutulabilir aksi durumda cezanın belirlenmesi aşamasında muhakemeye dahil edilmelidir. Meydana gelen heyecanın, failin heyecanlı karakteri ya da kişilik bozukluğu nedeniyle ortaya çıkması mümkün olabilmektedir. Ancak bu gibi halleri İsviçre Mahkemeleri failin cezasının kişiselleştirilmesi aşamasında göz önünde bulundurmamakla birlikte İsviçre Ceza

yeterli olup olmayacağı hususunda kuşkuludur. Örneğin, kızgınlık ya da kıskançlıktan kaynaklanan heyecanda da kişi belli bir etik noktadan hareket etmektedir. Ancak bu onların davranışlarının haklı olduğu anlamına gelmez. Buna karşılık 113.maddedeki şartlar mevcutsa bu heyecan mazur görülebilecektir. Walder, Vors tzliche Tötung, Mord und Totschlag, StGB Art 111-113 , **S r Z r r S r r** s.164.

⁶⁹⁴ **A.g.e.**, s.160. Aynı yönde bkz: BGE 108 IV 99;107 IV 103,106; 6S.790/1995 sayı 7. Ağustos 1996 tarihli karar. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge>, erişim tarihi 7.4.2012.

⁶⁹⁵ BGE 107 IV 162, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c40107162.html>, erişim tarihi 7.4.2012; Stratenwerth/Wohlers, **schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 113, Kn.5, s.255.

⁶⁹⁶ Walder, Vors tzliche Tötung, Mord und Totschlag, StGB Art 111-113 , **Schweizerische Z r r S r r** , s.164.

⁶⁹⁷ BGE 100 IV 150. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4100150.html>, erişim tarihi 8.4.2012.

⁶⁹⁸ Hans Binder, Der Juristische und Der Psychiatrische Massstab bei Der Beurteilung der Tötungsdelikte , **S r Z r r S r r** , 67.Jahrgang, 1962, s.318; Walder, Der Affekt und Seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht , **Schweizerische Zeitschrift r S r r** , s.39. BGE 107 IV 162, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge>, erişim tarihi 9.4.2012.

Kanunu'nun 113.maddesi kapsamında değerlendirmemektedir. Zira, ruhsal karışıklık hali özel bir psikolojik durumu betimlemektedir. Ancak bu duruma patolojik bir sebep gösterilmemektedir. Fakat, heyecan durumu o kadar yoğundur ki fail bu nedenle somut olayı değerlendirme ya da kendini kontrol etme yetisini kaybetme derecesine ulaşmıştır. Bu sebeple, ruhsal karışıklık bu hal ile karakterize edilerek sınırlandırılmıştır. Fail az ya da çok aniden kendisini etkisi altına alan kıskançlık, kaygı, çaresizlik, öfke, şiddetli kızgınlık, korku gibi bir duyguyla tepki göstermektedir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesindeki bu ayrıcalık ancak heyecan duygusunun failin kasten öldürme fiilini işlediği sırada davranışlarını kontrol etme yetisini ortadan kaldırdığı ya da sınırlandırdığı durumlarda dikkate alınacaktır.⁶⁹⁹.

C dd R B A d

İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinde düzenlenen ve failin cezasında indirimine gidilmesine neden olan durumlardan bir diğeri ise *failin ruhsal baskı altında işlenilmesi* halidir. Düzenleme, güncel olmayan, o an beklenmeyen heyecan durumlarının da faili suça sürüklemesi halinde İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinde öngörülen indirimi uygulanır hale getirmiştir. Bu sayede madde, önceden meydana gelen ve zaman içerisinde sürekli olarak gelişen ve hastalık sürecine neden olan -kronik depresyon gibi- duygusal istisnai durumları da içermiş hale gelmektedir⁷⁰⁰. Faildeki bu kronik ruhsal durum, faili tamamen çaresizliğe düşürerek öldürme fiilini işlemekten başka çare bırakmayan ve uzun bir zaman zarfında, süre gelen bir biçimde artan ve rahatsızlık sürecine sürükleyen psikolojik baskı olarak izah edilebilmektedir.

İsviçre Yüksek Mahkemesi içtihatları neticesinde, şu hallerde failin psikolojik baskı altında olduğu yönünde bir karine oluştuğu görülmektedir: Kendi ölümlerinden sonra hasta ve sakat çocuklarının yeterli bakım ve ilgi göremeyeceğini düşünen yaşlı anne ve babanın çocuklarını öldürmesi; çaresiz bir hastalığa yakalanmış çocuğunun acılarına daha fazla dayanamayacağı ve

⁶⁹⁹ BGE 82 IV 88; 100 IV 151; 107 IV 103; 107 IV 161; 108 IV 99. 24.9.2004 6S.180/2004 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge>, erişim tarihi 9.4.2012.

⁷⁰⁰ Stratenwerth/Wohlers, **schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 113, Kn.6, s.255.

neticede buna ilişkin durumları kaldırmayacağı için çocuğunu öldüren anne; parasızlık yüzünden çocuğunu geçindiremeyen kocası ölmüş bir kadının çocuğunu suya atması; ardında çökmüş bir aile ilişkisi bulunan öldürme fiilinde; kocasız çocuğuna iyi bir anne olamayacağından korkan kadının yenidoğan çocuğunu düşünmesi adına öldürmesi fiilleri gibi⁷⁰¹. Astenik heyecanın söz konusu olduğu olaylarda uzun bir süre zarfında meydana gelen ruhsal baskının da ekseriyetle mazur görülebilir olması gerekmektedir⁷⁰². Bir başka ifadeyle, şiddetli ruhsal karışıklık olaylarında geçerli kriterlerden olan mazur görülebilirlik şartı, ruhsal baskı için de geçerli olmaktadır⁷⁰³. Ancak, fiilden önce bulunan ve ruhsal baskıya neden olan nedenlerin çokluğu, şiddetli ruhsal karışıklığa nazaran mazur görülebilirliğin değerlendirilmesini daha zorlaştırmaktadır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesine göre ruhi baskı hali sadece buna neden olan durumların psikolojik olarak açıklanabilir değil aynı zamanda objektif bir değerlendirme neticesinde haklı görülmesi halinde mazur görülebilmektedir⁷⁰⁴. Bu değerlendirme, buna neden olan dış etkenlerin makul bir biçimde kavranabilir ya da anlaşılabilir olmasına dayanan objektif bir değerlendirme neticesinde ortaya çıkmalıdır⁷⁰⁵.

Failin mazur görülebilir ruh hali mağdurun kınanabilir bir davranışı nedeniyle meydana gelmiş olabilmektedir. Ayrıca İsviçre Ceza Kanunu'na göre bu üçüncü kişinin davranışı ya da dış koşullar mağdur ve failin eşit derecede sorumlu olduğu çatışmadan kaynaklanabilir. Bununla birlikte İsviçre Ceza Kanunu'nda açıkça belirtildiği üzere çatışma durumundan failin tamamen veya ağır basan bir biçimde sorumlu olmaması gerekmektedir⁷⁰⁶. Ayrıca, faile benzer sosyal çevreden gelen ve benzer şartlarda olan birinin bu şartlar altında aynı duygusal duruma girip girmeyeceği de göz önünde bulundurulmaktadır. Bu nedenle İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesi bağlamında failin karakteristik özelliklerine bağlı hastalıklı kıskançlık ya da çabuk sinirlenme halleri İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesi kapsamında değil, kusur yeteneğinin azalması hali varsa İsviçre Ceza Kanunu'nun kusur yeteneğine ilişkin düzenlemesi olan

⁷⁰¹ Schwarzenegger, **Basler Kommentar**, 113, Kn.14, s.62.

⁷⁰² BGE 118 IV 233, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4118233.html>, erişim tarihi 9.4.2012.

⁷⁰³ BGE 119 IV 204; <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4119204.html>, erişim tarihi 9.4.2012.

⁷⁰⁴ BGE 119 IV 202, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4119202.html>, erişim tarihi 9.4.2012.

⁷⁰⁵ http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2000/Entscheide_6S_2000/6S.94_2000.html BGE 22.8.2000, 6S.94/2000, BGE 15.6.2001, 6S.132/2001, erişim tarihi 12.4.2012 .

⁷⁰⁶ Schwarzenegger, **Basler Kommentar**, 113, Kn.16, s.63.

19.maddesi kapsamında değerlendirilir ya da cezanın belirlenmesinde bu durum İsviçre Ceza Kanunu'nun 47.maddesi çerçevesinde dikkate alınır⁷⁰⁷. Burada vurgulanması gereken husus failin işlediği fiilin değil fakat içine girdiği ruh halinin mazur görülebilirliğidir. Yalnız uygulamada bu iki durumun karıştırıldığı da doktrinde vurgulanan ve eleştirilen bir husus olmuştur⁷⁰⁸.

d. r C Ö r d
Hakaret S B d Ö Tahrik Hali (chStGB 177)

İsviçre Ceza Kanunu hakaret suçunu düzenleyen 177/2. ve 3. fıkralarında ayrıca özel bir haksız tahrik (*Beschimpfung*) düzenlemesine yer verilmiştir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 177/2.fikrasına göre, hakarete uğrayan tarafın, kendi uygunsuz davranışları ile hakarete sebebiyet vermesi halinde mahkeme fail hakkında ceza vermektan vazgeçebilir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 177/3.fikrasına göre ise, ilk hakaret fiiline hakaret veya bir fiil ile karşılık verilmesi halinde, taraflardan her ikisi veya birisi hakkında mahkeme ceza vermektan vazgeçebilir. Bu düzenleme fail lehinedir; keza hakaret halinde şartları varsa, hakimin bu yöndeki takdiri ile fail hiç ceza almayabilecektir. İsviçre hukuku bu düzenlemeyi mazeret sebebi olarak değil cezasızlık nedeni olarak görmektedir⁷⁰⁹.

İsviçre Hukuku'nda, 'tahrik dolayısıyla cezanın indirilmesi nedenleri'nden biri olarak düzenlenmiş olan hal İsviçre Ceza Kanunu'nun 177/2.fıkra; 'misilleme/karşılıklılık' olarak kabul edilen hal ise İsviçre Ceza Kanunu'nun 177/3.fikradır. Tahrik hali, mağdurdan kaynaklanan bir fiil neticesinde failin suç teşkil eden bir davranış sergilemesidir. Mağdur, faili davranışları ile suça tahrik etmeye, ayartmaya teşebbüs etmelidir. Mağdurdan kaynaklanan bu davranış, fail üzerinde, makul bir insanın karşı koyamayacağı nitelikte etki uyandırmış olmalıdır⁷¹⁰. Ancak, söz konusu indirim çeşidinde yer alan suça tahrik etme hali, faili mutlaka kızgınlık, hiddet, öfke veya acıya düşürecek biçimde tahrik edecek olması şeklinde anlaşılmalıdır. Faili bu

⁷⁰⁷ A.g.e., 113, Kn. 17, s.63.

⁷⁰⁸ A.g.e., 113, Kn. 18, s.63.

⁷⁰⁹ BGE 109 IV 39,43, Franz Riklin, **Basler Kommentar**, herausgegeben von M.A. Niggli, H.Wipr chtiger, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, 177, Kn.14, s.916.

⁷¹⁰ Martin Killias, Andre Kuhn, Nathalie Dongois, Marcelo F. Aebi, **Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuch**, St mpfli Verlag AG Bern, 2009, no: 1017, s.171. BGE 102 IV 273, 278 E. 2c, 97 IV 76 sayılı mahkeme kararından alınan görüş.

derecede olmaksızın, suça teşvik edecek, suç işlemeye sevk edecek boyuttaki hareketler bu indirim haline girmektedir⁷¹¹. Bu hallere mahkeme kararlarından örnek vermek gerekir ise; avlanma yasağı olan yerde avlanmak⁷¹²; eski sevgilisinden intikam almak amacıyla, onun çocuklara karşı gizli bir ilgisinin olduğu şeklinde kötölemek⁷¹³; çevreye rahatsızlık verecek şekilde parketmek⁷¹⁴; yollarda aracı tehlikeli bir biçimde kullanmak⁷¹⁵ birer tahrik hali olarak kabul edilmiştir. Doktrinde, halka açık kamusal alanlarda çok çeşitli şekillerde sergilenen kaba ve terbiyesizce fiiller de bu kapsamda tahrik olarak değerlendirilmektedir⁷¹⁶. Burada, mağdurun bütün davranışları fail hakkında cezada indirim nedeni sayılmamaktadır. Ancak mağdurun kışkırtıcı, tahrik edici fiili karşısında makul bir insanın bile karşı koyamayarak failin fiiline benzer şekilde davranması halinde ceza indirim hali söz konusu olacaktır⁷¹⁷. Bir diğer koşul da failin bu fiiller karşısında doğrudan hakaret etmesi gerektiğidir. Failin, fiil karşısında kızgınlıkla ve olayı müteakip hareket etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, düşünme ve sakinleşmesinin akabinde işlediği hakaret suçu nedeniyle fail cezasızlık halinden yararlanamayacaktır⁷¹⁸. Maddenin 3.fikrasında ise failin, mağdurun hakaretine karşılık olarak hakaret etmesi ya da başka bir fiil işlemesi neticesinde cezasız kalması hali düzenlenmiştir⁷¹⁹.

4. Avusturya

a.Genel Olarak

Heyecan durumunun failin kusur sorumluluğunu etkilediği haller, Avusturya Ceza Hukuku'nda hem genel hükümlerde hem de suç tipleri bağlamında özel hükümlerde düzenlenmiştir. Genel hükümlere baktığımızda

⁷¹¹Briner, **Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, unter d r r B r d r S r d r r d d Ar** s.106.

⁷¹²BGE 117 IV 270. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4117270.html>, erişim tarihi 12.6.2012.

⁷¹³BGE 74 IV 98,101. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4098101.html>, erişim tarihi 12.6.2012

⁷¹⁴Zürih Temyiz Mahkemesi Kararı 4.10.1990, **B r r Z r r R r** 1991, 117, nr.38.

⁷¹⁵Hans Walder, **Vorsatzliche Tötung, Mord und Totschlag, StGB Art. 111-113 , S r Z r r S r r** , s.160.

⁷¹⁶Riklin, **Basler Kommentar**, 177, Kn.17, s.917.

⁷¹⁷BGE 102 IV 273, 278, **A.g.e.**

⁷¹⁸**A.g.e.**

⁷¹⁹**A.g.e.**

Avusturya Ceza Kanunu'nun 34/8.fikrasında heyecanın 'zel afifletici Sebepler' altında, failin genel olarak mazur görülebilir şiddetli bir ruhsal karışıklık etkisiyle suça sürüklenmesi halinde cezasını hafifleten bir düzenleme olduğu görülmektedir. Özel hükümler bakımından ise kasten öldürme suçu olan Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi ve hakaret suçu olan Avusturya Ceza Kanunu'nun 115.maddesindeki filler bakımından tahrik düzenlemesinin özel olarak ele alındığı ve failin cezasında bunlara istinaden indirime gidildiği görülmektedir.

b. Avusturya Ceza Kanunu ri d Tahrik Hali S B

Avusturya Ceza Kanunu'nun 34.maddesinde fail hakkında uygulanacak cezada indirim yapılması gereken haller 'zel afifletici ebepler' (*Besondere Milderungsgründe*) üst başlığı altında bir arada düzenlenmektedir. Maddenin 8.fikrasında, failin genel olarak kavranabilir bir ruhsal karışıklık nedeniyle suça sürüklenmesi halinde hakkında ceza indirimi yapılacağı belirtilmektedir. Failin fiili işlemesi hususunda engel olamayacağı, bir başka ifadeyle buna karşı koyma iradesine sahip olamayacağı bir dereceye ulaşmış stenik ve astenik heyecanların etkisi ile içinde bulunduğu psikolojik bir istisnai durumun faili suça sürüklediği hallerde failin cezasında indirime gidilecektir⁷²⁰. Fail, entellektüel olarak değerlendirme, ölçme, tartma yetisini azaltacak derecedeki derin heyecan durumu nedeniyle adeta suça sürüklenmelidir ki ahlaken kınanabilirliği ortadan kalksın ve failin işlediği fiil nedeniyle cezasında indirime gidilsin⁷²¹. Burada önemli olan failin, içinde bulunduğu heyecanın genel olarak algılanabilirliğinin ahlaken kınanabilirliğini ortadan kaldırmasıdır. Bu nedenle özellikle cinsel suçlarda bu madde mucibince indirime gidilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır⁷²². Failin, bizzat kendisinin bir davranışının tahrik edici olması

⁷²⁰ Otto Leukauf/ Herbert Steninger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 3.Auflage, Prugg Verlag, Eisenstadt, 1992, 34, Kn. 14, s.302.

⁷²¹ Otto Leukauf/ Herbert Steninger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 76, Kn.5, s.469; Ch.Mayerhofer (sektionsleitr im Bundesministerium für Justiz), **rr S r r** 1.Teil, 5.Auflage, Verlag österreich, Wien, 2000, 34, Kn.27b, s.288.

⁷²² Mayerhofer, 34, Kn.27b, s.288.

karşısında verilen tepkiye istinaden, failde gerçekleşen heyecan hali nedeniyle ceza indirimine gidilemeyecektir⁷²³.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi adam öldürme suçu bakımından özel bir tahrik haline yer vermektedir. Bu nedenle madde, Avusturya Ceza Kanunu'nun 34.maddesi ile aynı anda uygulanmamaktadır. Zira, her ikisi de heyecan nedeniyle failin suça sürüklenmesini düzenlemektedir. Bu yüzden aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Fakat, her iki düzenlemenin de koşulları aynı olmakla birlikte fark, neticede işlenen suçun niteliğindedir⁷²⁴.

c. A r C Ö ri d
Ö d r S B d Tahrik Hali S B

c.a. Genel Olarak

1852 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nda, kasten öldürme suçu kapsamında failin ruhsal durumunu dikkate alan ve failin cezasının indirilmesi neticesini doğuran herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı⁷²⁵. 1 Ocak 1975'te yürürlüğe giren kanun ile '*Totschlag*' olarak ifade edilen ve genel olarak mazur görülebilir şiddetli ruhsal karışıklıktan doğan kasten öldürme filleri, kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesine göre;

*'Her kim, genel olarak halin mazur g sterebileceği şiddetli ruhsal karışıklığın etkisi altında suça sürüklenirse 5 ila yıllık hapis cezası ile cezalandırılır'*⁷²⁶,

⁷²³ **A.g.e.**, 34, Kn.28b, s.289.

⁷²⁴ Josef Ebner, **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Herausgegeben von Frank Höpfer/Eckart Ratz, 2.Auflage, 45.Lieferung, Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, Wien, 2003, 34, Kn.21, s.68.

⁷²⁵ Otto Tschulik, Die vorsätzliche Tötung im österreichischen Recht, **Kriminologische Gegenwartsfragen, -T d - B r r d T d r r d**, Ferdinand Enke Verlag Stuttgart, 1980, s.31.

⁷²⁶ <http://www.internet4jurists.at/ges/pdf/stgb.pdf>, erişim tarihi 30.04.2013.

Kanundaki *'totschlag'* suç tipinin bu şekilde kavramsallaştırılması hem tarihle hem de bu suçla ilgili günümüzdeki anlayışı belirleyen Avusturya reform geleneği ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de 1532 tarihli Carolina Ceza Kanunu'nun 137.maddesinde iki tip adam öldürme suçu düzenlenmiştir. Biri kasten öldürme; diğeri, kasten öldürmenin haklı kızgınlık içinde, öldürmek için daha az acı veren bir (tekerlekle ezilmek yerine kafa kesilmesi) yöntem ile işlenmesidir⁷²⁷. 1769 tarihli Theresiana Kanunu, Carolina Ceza Kanunu'nunda bahsedilen bu ikinci öldürme tipini *'totschlag'* kavramı altında toplamış ve kızgınlıkla hareket eden faile daha az ceza verilmesi öngörmüştü. Bu ayrımın 1787 tarihli Josephina Kanunu'nda muhafaza edilmesine karşın heyecan tesiri altında öldürme konusunda özel bir düzenlemeye gidilmesi 1803 ve 1852 tarihli Kanunlarının geçerli olduğu 100 yıl boyunca arka plana itilmiştir.

1975 tarihli Kanunun bu suç tipi bakımından bir ceza indirimi öngörmesi ve Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi kapsamında ayrı bir suç tipi olarak düzenlemesi nedeniyle önceki kanun sistemine bir dönüş yapmıştır. Avusturya Ceza Kanunu bu bakımdan benzer düzenlemeyi içeren İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesinin düzenlemesinden etkilenmiştir. 1989'da İsviçre Ceza Kanunu'nun 113.maddesine ciddi ruhsal baskı altında fiilin işlenmesi ibaresi eklenmişse de Avusturya Ceza hukuku İsviçre'deki bu düzenlemeyi içermemekte ve bu haldeki ödürmeler kasten öldürme içerisinde değerlendirilmekte, en fazla şartlar mevcutsa takdiri ceza indirimine gidilmektedir⁷²⁸.

Avusturya Ceza Hukukunda adam öldürme suçları bakımından Alman Ceza Hukukundan daha farklı kavramlaştırmaya gidilmiştir. Alman Hukukunda *'totschlag'* kasten adam öldürmeyi ifade ederken Avusturya Hukukunda *'totschlag'* kavramı konumuzu teşkil eden hem ruhsal karışıklık altında öldürmeyi hem de kasten adam öldürmenin basit şeklini ifade etmektedir^{729, 730}.

⁷²⁷ Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.1.

⁷²⁸ **A.g.e.**, 76, Kn.2.

⁷²⁹ Herbert Wegscheider/Alois Birklbauer/Ingrid Mitgutsch/Michaela Breier/Lyane Sautner, **Strafrecht Besonderer Teil**, Herausgegeben von Herbert Wegscheider, 3.Auflage, Manzche Verlags-Universit tsbuchhandlung, 2009, Wien, s.18.

⁷³⁰ *Totschlag*'ın bu şekilde tanımlanmasının tarihi çok eski değildir. 1975 değişikliğinden önce 1803 ve 1852 Avusturya Ceza Kanunlarında heyecan tesiri altında öldürme *mord* kavramı içerisinde incelenmekteydi. Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.1.

Alman Hukukunda ise Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesine benzer bir düzenleme yoktur. Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesine benzer olaylar için cezanın belirlenmesi kuralını ihtiva etmektedir. Alman Ceza Kanunu sadece failin kusuru olmadan, tahrik edilerek, kızgınlık içinde öldürme fiilini işlemesi hallerini de ihtiva eden genel bir düzenlemedir⁷³¹. Ancak, Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi bağımsız bir suç tipi olarak kanunda düzenlenmekle birlikte, içerik olarak adam öldürme suçunun özel bir görünümünü arz etmektedir; çünkü madde düzenlemesi Avusturya Ceza Kanunu'nun 75.maddesinde yer alan kasten öldürme suçunun unsurlarını aynı şekilde muhafaza etmektedir⁷³². Bu halde denilebilir ki, Avusturya Hukukundaki düzenleme olarak İsviçre Hukukuna benzemekle birlikte, içerik olarak Alman Hukukuna yaklaşmaktadır.

Yargı kararlarına baktığımızda ise maddenin çok sınırlı uygulandığı görülmektedir. Failin işlediği fiil hususunda daha az cezayı gerektiren olaylarda sıklıkla Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi yerine neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu tatbik edilmektedir. Öyle ki; öldürme kastı konusunda çok az bir şüphe bile bulunsa bu yönde bir yaklaşım bulunmaktadır. Bu maddenin esas uygulanma sahası fail ile mağdur arasında yakın şahsi ilişkilerin bulunduğu olay gruplarıdır. Bu ilişkilerin özelliği ve heyecanın seviyesinin onların kusurunda azalmaya yol açmakta olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca fail Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi manasında tehlikeli bulunmamaktadır; çünkü bu kişinin normalde hukuk düzenine sadık olmasına karşın sadece tahrike neden olan dış etmenlerin baskısı altında suç işlediği düşünülmektedir. Netice itibariyle 76.madde kapsamındaki tahriklerden dolayı işlenen fiiller özellikle kusuru azaltan bir sebep olarak görülmektedir⁷³³.

⁷³¹ **A.g.e.**, 76, Kn.2.

⁷³² Helmut Fuchs/Susanne Reindl-Krauskopf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 3.Auflage, SpringerWienNewyork, 2009, 76, s.9.

⁷³³ Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.3.

c.b. A r C

76.maddesinin U

r r

c.b.a. A r C

76.maddesinin Objektif Unsuru

Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi kasten öldürme fiili ile ilgili olarak, bu fiillerin heyecan altında işlenmesi halini düzenlemektedir. Bir başka ifadeyle, Avusturya Ceza Kanunu'nun 75.maddesinde düzenlenen kasten adam öldürme suçundan ayıran tek unsur bu fiilin heyecan tesiri ile işlenmesidir. Suçun konusu bir başka kimsenin kasten öldürülmesidir. Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi bakımından failin suçu bizzat kendisi işlemesi gerekmekte, heyecan tesirinde olan fail bunu bir üçüncü kişi vasıtasıyla da işleyebileceği kabul edilmektedir⁷³⁴.

Heyecanın, failin fiil ehliyeti üzerinde etkisi bulunmamaktadır; çünkü fail heyecanın tesiri altında da olsa fiillerini iradesi ile yönlendirebilmektedir. Bu durum, failin gerçeklik bilincindeki kısmi kayıp, kati olarak hedefe kilitlenme ve hareketler üzerindeki kontrol kabiliyeti ile ilgili bir sorundur. Bununla birlikte, çok güçlü bir heyecan durumunda da tıpkı irade hürriyetini ortadan kaldıran sarhoşluktaki gibi çok istisnai hallerde fiil ehliyeti ortadan kalkabilir. Bu halin varlığında tamamen bilinç yitimi neticesinde failin isteyerek davranışlarını yönlendirme yeteneğinin tamamen ortadan kalkması aranmaktadır⁷³⁵. Ancak bu durumda Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi değil, diğer ilgili düzenlemeler gündeme gelecektir.

Avusturya Hukukunda, heyecan nedeniyle adam öldürme ile tasarlamamanın bir arada ele alınabildiğini, örneğin ihtiras dolu birisinin aynı zamanda işleyeceği suç hakkında plan kurabilmesinin engel teşkil etmediğini savunan görüş⁷³⁶ karşısında, bunun bir arada uygulanamayacağını savunan görüşler de bulunmaktadır⁷³⁷. Kanun maddesinde yer alan failin '*suça sürüklenmiş olması*' ifadesinden heyecan nedeniyle failin ciddi derecede normatif olarak oryantasyon hareketinin sınırlandırıldığı bu nedenle soğukkanlılıkla ve inatla haftalar

⁷³⁴ A.g.e., 76, Kn.6.

⁷³⁵ A.g.e., 76, Kn.7.

⁷³⁶ Leukauf/ Steninger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 76, Kn. 9, s.470.

⁷³⁷ Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.9.

öncesinde plan yapmasının her durumda şiddetli ve suça sürükleyen heyecan istisnai durumu ile uygun olmayacağı anlamı çıkmaktadır⁷³⁸.

c.b.b. A r C

76.maddesinin Subjektif Unsuru

Fail, suçu kasten işlemelidir. Bu suç ihmali davranışla da işlenebilir. Bu noktada Avusturya Ceza Kanunu'nun 2.maddesindeki failin neticeyi önlemekle yükümlü olduğu hallerden birinin söz konusu olması gerekir. Neticeyi önleme yükümlülüğü bulunan kişiler bakımından suç ihmal suretiyle de işlenebilmektedir. Burada önemli olan failin doğrudan içinde bulunduğu duygu ve ruh halinin sevki ile fiili işlemesidir. Bu açıklama tarzı astenik heyecanların da Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi kapsamına alınmış olması ile uyumludur. Bilindiği gibi astenik heyecanlar kişiyi aktif veya pasif durumlara yöneltebilmektedir. Örneğin gemiden düşen karısını kurtarma yükümlülüğü bulunan kocanın, karısının bu düşüşünün verdiği panik ve heyecan hali içerisinde kurtarmaması durumunda veya eşini zaruret halinde bırakan adamın veya garantörün korumakla yükümlü olduğu kişiyi üçüncü bir kişinin öldürmesine bu duygu neticesinde izin vermesi halinde sorumlu olacaktır⁷³⁹. Failin kastı suçun konusunu, hareketi ve neticeyi ihtiva eder. Heyecan tesiri içinde işlenen fiilde failin ne doğrudan ne de olası kastı ortadan kalkar. Güçlü bir heyecanın tesiri ve sevkiyle bir fiil işleyen kişi işlediği fiili bilmekte ve istemektedir. Hatta bir başkasının yok edilmesine yönelik güçlü heyecanın tesiri altındaki fiilde özel öldürme kastı da söz konusudur. Bu gibi olaylarda fail söz konusu amacından başka bir şey görmemektedir ve bunun için her türlü şeyi yapmaya hazırdır. Yalnız burada kast ile genel olarak kabul edilebilir şiddetli ruhsal karışıklık birbirinden farklı aşamalarda değerlendirilirler. Kast işlenen fiilin bilme ve isteme unsurlarını ihtiva eder. Buna karşılık heyecan ya da duygusal durum kusurluluk kapsamında değerlendirilir. Kast, isnat yeteneği kavramından bağımsızdır. Yalnız bazı durumlarda heyecan neticesinde kastın bilme ve algılamaya ilişkin unsurunda bir azalma olmuş olabilir. Heyecan failin isnat

⁷³⁸ Inneborg Zerbes, **Schuldausschluss bei Affekttaten**, Springer WienNewyork, Wien, 1999, s.153.

⁷³⁹ Leukauf/ Steninger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 76, Kn. 3, s.469.

yeteneği üzerinde etkilidir ve heyecan halinde failin kusurluluğu etkilenir. Bu nedenle heyecanın failin kastının üzerinde etkisi bulunmamaktadır⁷⁴⁰.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi kapsamına giren olaylarda failin kastının neye yönelik olduğunun tespit edilmesi birtakım güçlükleri ihtiva etmektedir. Zira failin fiili ile neyi kastettiği çoğu zaman çok açık ortada değildir. Bu öldürme kastının açıkça tespit edilemediği ya da failin yaralama kastı ile hareket etmesine rağmen ölüm neticesinin meydana geldiği hallerde Avusturya Ceza Kanunu'nun 86.maddesi dikkate alınarak, bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu tatbik edilmektedir. Ancak, tahrik indiriminin kasten öldürme suçları bakımından uygulanması söz konusu olduğu ve bu şekilde uygulanan Avusturya Ceza Kanunu'nun 86.maddesinin fail hakkında tahrik nedeniyle indirim öngörmemesi nedeniyle, uygulamada genel hükümlerde yer alan Avusturya Ceza Kanunu'nun 34/1.fikra 8.bend vesilesiyle failin cezasında indirimle gidilmektedir⁷⁴¹. Bununla birlikte Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesinin bu tür olaylarda hiçbir şekilde uygulanmayacağı sonucuna varılmamalıdır. Psikolojik krizin tesiri altında hareket eden failerde çoğu zaman heyecan düşünme yeteneğini gerçekten ortadan kaldırmamakta daha ziyade öldürme konusundaki psikolojik engeli kontrol etme yetisini ortadan kaldırmaktadır. Fail, mağduru o an için tamamen yok etmek istemekte veya ölümünü göze almaktadır. Zira o şahsın varlığı onun için artık katlanılmaz hale gelmiştir. Failin sadece heyecanın tesiri altında olduğu süre zarfında öldürme kastı ile hareket etmesi ve sonrasında failde işlemiş olduğu fiil nedeniyle tamamen pişmanlık duyguları ve kabul edilemezlik neticesi doğmuş olması ya da işlediği fiil nedeniyle şaşkınlık içinde ise veya intiharı düşünmesi halinde, onu ahlaken yaralayan hatırayı arkalara itse ve öldürme isteğini kabullenmek istemese dahi, bütün bunlar fiili işlediği sırada kasten hareket etmediği anlamına gelmeyecektir⁷⁴².

⁷⁴⁰ Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.9.

⁷⁴¹ Alois Birklbauer/Marianne Johanna Hilf/Alexander Tipold, **Strafrecht Besonderer Teil I**, fucultas.wuv, Wien, 2011, 76, Kn.4, s.37.

⁷⁴² Moos, **Wiener Kommenar**, 76, Kn.10. Almanya'da ise failin fiili işlediği sıradaki psikolojik halini dikkate almak yerine, suç politikası amaçları doğrultusunda failin sorumluluğu, failin heyecana yol açan halde kusuruna izafe edilmek suretiyle, fiili işlediği esnada isnat yeteneğinin var olduğu sonucuna varılmaktadır. Burada failin sorumluluğunda bu yıkıcı duyguları zamanında yeterince bastırmamış olması argümanı ileri sürülmektedir. Failin kusurun bu şekilde fiilin öncesindeki duruma alınması Almanya'da 1957 yılından beri neredeyse failin fiil sırasında şüphe görülmez bir biçimde isnat yeteneğinin ortadan kalktığı hallerde bile sorumluluğu cihetine

iddetli Ruhsal r

Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi uyarınca, heyecan etkisiyle fiili işleyen faile daha az ceza verilmesindeki neden, ruhsal karışıklık nedeniyle faildeki kusurun azalmış olmasıdır. Failin heyecan nedeniyle şiddetli ruhsal karışıklığa düştüğünün kabulü için, heyecanın ciddi boyutta olması gerekmektedir⁷⁴³. Adam öldürme fiillerinde de genellikle heyecan ihtiva eden bir duygusal durum söz konusudur; ancak bu Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesinde belirtilen sınıra erişmiş bir hal değildir. Bu nedenle, Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesindeki bilinç yitimi önemli derecede olmalı ve daha da önemlisi failin iradesini, isnat yeteneğini azaltacak şekilde sınırlamış olmalıdır. Bu seviyeye ulaşmamış bir heyecan Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi kapsamında değerlendirilemez. Bir başka ifade ile Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi anlamındaki yüksek seviyedeki heyecan, Avusturya Ceza Kanunu'nun 75.maddesinde düzenlenen öldürme suçu kapsamındaki normal heyecan ile Avusturya Ceza Kanunu'nun 11.maddesinde düzenlenmiş olan ve failin isnat yeteneğini ortadan kaldıran çok yüksek seviyedeki heyecan arasında durmaktadır⁷⁴⁴.

Failde şiddetli ruhsal bunalıma neden olan heyecanın kaynağı mağdurun kendisinden olabileceği gibi başka bir neden de olabilir⁷⁴⁵. Bu hususta, Avusturya Hukuku, İsviçre Hukukuyla benzerlik arz etmektedir. Ancak doktrinde, heyecana neden olan şey ile mağdur arasında bir bağlantının bulunup bulunmayacağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Avusturya Yüksek Mahkemesi kararlarında, fiil ile mağdur arasında bir bağlantı aranmaktadır. Buna göre, heyecana neden olay ile mağdur arasında psikolojik ve ahlaki bir ilişkinin olmaması durumunda adam öldürmeye neden olan heyecanın genel olarak kavranabilirliği unsurunun yokluğundan bahisle Avusturya Ceza Kanunu'nun

gidilmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle yalnızca tamamen neredeyse öngörülmez heyecan hallerinde Alman Hukukunda değer tanınmaktadır. **A.g.e.**, 76,Kn.13.

⁷⁴³Birklbauer/Hilf/Tipold, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 76, Kn.5, s.37.

⁷⁴⁴ Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.17. Avusturya Ceza Kanunu, 11.maddesinde hangi hallerde kişinin isnad kabiliyetinin olmadığı kabul edilebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenlerden biri de Alman Ceza Kanunu'nda da paralel bir düzenleme ile yer alan esaslı şuur bozukluğu halidir.

⁷⁴⁵ Leukauf/ Steninger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 76, Kn. 9, s.470.

76.maddesi bağlamında ceza indirimine gidilmeyeceği içtihat olarak benimsenmiştir⁷⁴⁶. Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre, mağdur ile heyecanın kaynağı arasında psikolojik bir bağlantı bulunmak zorundadır. Çünkü, failin suçu işlemesi hususunda aldığı karar ve icra ettiği suçta mağdurun ortak sorumluluğu olduğu, bu nedenle failin cezasında indirimine gidildiği Avusturya Hukukunda da dile getirilen bir görüştür⁷⁴⁷. Ancak kanunun lafzından heyecanın kaynağının mutlaka mağdurun davranışı olması gerektiği anlamı çıkmamaktadır⁷⁴⁸. Bundan bahisle azınlık görüşü, böyle bir zorunluluk olmadığı yönünde değerlendirmede bulunmaktadır⁷⁴⁹. Ancak genellikle, mağdurun olaya neden olması halinde maddenin uygulanması gündeme gelmektedir.

Heyecan'ın türü de Avusturya Hukuku bakımından İsviçre Hukukunda da olduğu gibi önem arz etmemektedir. Bu ümitsizlik, kızgınlık, gazap ya da intikam dürtüsü olabilir. Bunlar herhangi bir dış neden olmaksızın sadece içsel nedenlerle de biçimlenebilmektedir. Ruhsal karışıklık astenik heyecan olan ümitsizliğin yanı sıra stenik heyecan olan gazap ve kızgınlık ile de olabilir. Fakat bu durum çok şiddetli olmalıdır ki fail suç işlemeye sürüklensin. Zira, beklenmedik, ağır olaylar neticesinde meydana gelmiş olan heyecan durumu adeta failde fırtına kopararak aniden adam öldürme suçunun işlenmesine neden olabilirse de bu her zaman böyle olmayabilir. Uzun zaman süren baskılar neticesinde kişi ruhsal sıkıntıya sürüklenebilir ve neticesinde fail için çok önemsiz sayılabilecek bir neden faili ciddi ümitsizlikle yıkabilir. Bu durum da faili suça sürükleyen şiddetli ruhsal karışıklık halidir⁷⁵⁰. Ruhsal karışıklığın ağır olmasından kastedilen, bu durumun belli bir dereceyi bulmuş, belli bir yoğunluğa erişmiş olmasıdır. Öyle ki; fail davranışlarına engel olma, meydana gelen olayların üstesinden gelme yetisini kaybetmiş olmalıdır⁷⁵¹.

⁷⁴⁶Ernst Eugen Fabrizy/ Egmont Foregger, **sterreiche Strafgesetzbuch Kurzkomentar**, 10.Auflage,Manzche Verlags- und Univerist tsbuchhandlung, Wien, 2010, 76, Kn.3, s.261. Avusturya Yüksek Mahkemesi, fiil ile mağdur arasında bir bağlantı olmasını aramaktadır .

⁷⁴⁷Zerbes, **Schuldausschluss bei Affekttaten**, s.123.

⁷⁴⁸Fuchs/Reindl-Krauskopf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 76, s.9.

⁷⁴⁹Günther R. Rebisant, **r r rr S r r**, Facultas.wuv., Wien, 2011, 76., Kn.169, s.39.

⁷⁵⁰Christian Bertel/Klaus Schwaighofer, **Österreiches Strafrecht Besonderer Teil I**, Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, Springer Wien Newyork, 2006, 76, Kn.2, s.3.

⁷⁵¹Helmut Haberl, **rr S r**, 2.Auflage, Graz, Mai 1979, s.89.

Failin kasten adam öldürme suçunu dikkatlice düşünmesi ve bunun için zaman harcaması halinde suça sürüklenmesinden bahsedilemez⁷⁵². Çünkü, Avusturya Hukukunda gerek suç işleme kararı gerekse saldırı fiilinin heyecan nedeniyle ve heyecan etkisi altında işlenmesinden fiilin ani (spontane) işlendiği kabul edilmektedir. Bunun için herhangi bir zaman aralığı öngörülmemiştir⁷⁵³. Failde meydana gelen heyecandan ötürü ruhsal karışıklık hali daha uzun süre sürebilir. Bu nedenle bu iki olay arasında belirli bir zaman diliminin girmesi mümkün kabul edilmiştir⁷⁵⁴. Ruhsal karışıklığın uzun sürmesi halinde, suç işleme kararının ve suç işleme fiilinin birbirini takip ettiği kabul edilir⁷⁵⁵. Burada önemli olan, suçun işlenmesi sırasında heyecanın etkisinin geçmemiş ya da azalmamış olmasıdır. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, fiili işleme kararı ile fiilin icrası arasında en fazla saatler geçebilir; günler, aylar hatta yılların geçmesi halinde Avusturya Hukuku bakımından heyecanın etkisinin devam ettiği rahatlıkla söylenememektedir⁷⁵⁶. Bu aralık yukarıda da belirtildiği gibi sadece uzun zaman süren ruhsal baskılar bakımından daha uzun sürebilir. Ancak, çoğunlukla failin suç işleme kararını alma ve akabinde icra etme arasında zaman aralığı çok bulunmamakta, fail heyecanın etkisi ile doğrudan suçu icra etmeye koyulmaktadır. Bir diğer deyişle; failde, beklenmedik ve zor bir olay neticesinde meydana gelen heyecan hali öldürme kastını bir anda doğurabilmekte ya da zaman içerisinde yayılan, yavaş yavaş oluşan ağır yük altında ağır ruhsal gerginliğe yönlendirebilmektedir⁷⁵⁷. Kasten öldürme fiilinin heyecanın etkisi ile işlenmiş olması ve bu heyecanın kavranabilirliğinin anlamı, ruhsal karışıklığın heyecan nedeniyle oluşması ve heyecan etkisi altında iken failin suç işlemesidir. Bu etki altında iken failin silah aramak gibi birtakım suç işlemeye yönelik hazırlık yapması mümkündür. Bu hazırlık sürecinde heyecanın etkisinin giderek azalması halinde artık işlenecek suç kasten adam öldürme olacaktır.

Şiddetli ruhsal bunalıma neden olan yoğun veya yüksek derecedeki heyecan akıl hastalığı ile karıştırılmamalıdır. Burada çoğunlukla söz konusu olan

⁷⁵² Bertel/Schwaighofer, **Ö r r S r r B d r r T** , 76, Kn.2,s.3.

⁷⁵³ Wegscheider ve diğerleri, **Strafrecht Besonderer Teil**, s. 21; Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.26; Leukauf/ Steninger, **Kommentar zum strafgesetzbuch**, 76, Kn. 7, s.469.

⁷⁵⁴ Österreichische Juristen-zeitung-Leitsatzkartei in Strafsachen (186/75) Haberl, **Das r r S r r zbuch**, s.89.

⁷⁵⁵ Leukauf/ Steninger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 76, Kn. 7, s.469.

⁷⁵⁶ Fuchs/ Reindl-Krauskopf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 76, s.11.

⁷⁵⁷ Bertel/ Schwaighofer, **Ö r r S r r B d r r T** , 76, Kn.3, s.4.

failin mağdurun bir fiili ile tahrik olması ve bunun neticesinde, bilincinin ve fiillerinde karar alma mekanizmasının önemli derecede etkilenmesidir. Bu o derecededir ki, fail bu duygusal durum ile akli arasında artık bir denge kurma yetisini haiz değildir⁷⁵⁸. Böyle derin sınırları kaldıracak derecedeki bir heyecan yerleşik içtihatlarla ve karşılaştırmalı hukukta da olduğu gibi en fazla isnat yeteneğinde bir azalmaya neden olmakta ancak onu tamamen kaldırmamaktadır⁷⁵⁹.

Ruhsal karışıklık halinin Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesinde belirtildiği üzere doğrudan doğruya failin işlediği fiillere etkisi olmuş olmalıdır. Yani failin fiili işleme zamanındaki motivasyonunu oluşturmalıdır. Bu motivasyon şiddetli olmalıdır ki fail suçu işlememe hususunda karşı koyamayacak hale gelsin⁷⁶⁰. Bu nedenle, madde düzenlemesinde yer alan ruhsal karışıklık, tahrik kavramından çok daha geniş bir anlamı içerecek biçimde kullanılmıştır⁷⁶¹. Çünkü, kanun maddesi daha önce de belirtildiği üzere gerek stenik (hiddet ya da kızgınlık gibi) gerekse astenik (cesaretsizlik ya da çaresizlik gibi) heyecan durumlarını kapsamaktadır⁷⁶². Burada önemli olan unsur meydana gelen ruhsal karışıklığın mutlaka ağır, genel olarak mazur görülebilir ve failin fiili işlediği sırada bu ruhsal karışıklık durumunun etkisinin azalmamış olmasıdır⁷⁶³. Çünkü, failin cezasında indirimine gidilmesinin tek sebebi içinde bulunduğu ruh halidir. Bunun sadece kusur üzerinde tesiri vardır. Bu özel ruh hali failin hem isnat yeteneğini hem de ondan hukuka uygun davranmasının beklenebilirliğini azaltmaktadır. Failin kasten işlediği fiil haksızlık içeriğini olduğu gibi muhafaza etmektedir; çünkü zarar verilen hukuki değer ne kasten adam öldürmeden daha azdır ne de fiilin haksızlık içeriği daha düşüktür. Mağdurun faili tahrik etmiş olması da onun hayati değerini düşürmez. Bu durumun en fazla failin kınanabilirliği üzerinde bir tesiri vardır. Failin tahrik

⁷⁵⁸ Wegscheider ve diğerleri, **Strafrecht Besonderer Teil**, s. 21.

⁷⁵⁹ Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.12. Yazara göre ayrıca ruhsal bakımdan sağlıklı insanlarda psikolojik bakımdan yüksek derecedeki heyecan durumlarının tespitine yönelik psikiyatrik ve psikolojik bilirkişi raporlarının hazırlanması son derece zordur. Bu konuda kullanılan kavramların zayıflığı tabii ilimler ile normatif konuların birbiri ile iç içe geçmesi kafa karıştırıcı olarak nitelendirilmektedir.

⁷⁶⁰ Leukauf/ Steninger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 76, Kn. 7, s.469.

⁷⁶¹ Foregger/ Fabrizy, **Österreichische Strafgesetzbuch Kurz Kommentar**, s.259.

⁷⁶² Österreichische Juristen-zeitung-Leitsatzkartei in Strafsachen, (1982/153- 1977/95-1982/153) in: Foregger/ Fabrizy, **S r r**, s.259; Haberl, **Das**

rr **S r** s.89.

⁷⁶³ Haberl **rr** **S r** s.89.

neticesinde haklı olarak bu ruh haline girmiş olması da bu halin hiçbir şekilde bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesine imkan tanımaz. Bu daha ziyade failin içine girdiği psikolojik durumun sosyal ve etik olarak anlaşılabilirliği, kabul edilebilirliği ve failin fiili işlediği sıradaki motivasyonunun şahsen kınanabilirliği üzerindeki tesiri ile açıklanabilir. Bunun kusurluluk çerçevesinde değerlendirilmesi buna iştirak edenlerin de işlenen fiilden kendisinin bağımsız olarak sorumlu olmalarını sağlamaktadır. Bu psikolojik hal failin sadece kendisi için söz konusudur; iştirak edenlere teşmil edilemez⁷⁶⁴.

c.b.d. R r M r r r

Ruhsal karışıklığın genel olarak kavranabilir, anlaşılabilirliğinden kasıt failin sosyo-psikolojik ve psişik özellikleri benzer, hukuk kurallarına uyan ortalama makul bir insanın failin içinde bulunduğu durumda iken aynı ruhsal bunalıma düşüp düşmediği hususudur. Bir başka ifadeyle, makul ölçülerdeki bir insanın bile objektif şartlar altında buna neden olan olayla orantılı olarak böyle bir ruh haline düşmesinin anlaşılabilir olmasıdır⁷⁶⁵. Başka bir anlatımla, meydana gelen ruhsal karışıklığın nedeni ancak failin karakteristik özelliklerinden ya da ihtiraslarından veya buna benzer eğilimlerinden ileri gelmemelidir.

Kanuni düzenlemeye göre, kasten öldürme suçunun kavranabilir olup olmaması önemli değildir, önemli olan heyecanın kavranabilirliğidir⁷⁶⁶. Örneğin, çocuğu kapısının önündeki sokak arasında oynamakta iken, hızla gelen bir arabanın çocuğa çarpması ve çocuğun ölmesi olayında, babanın bundan dolayı öfkelenerek arabanın şoförünü öldürmesi halinde ruhsal bunalım genel olarak kavranabilir bir durum iken, kendisini aldatan eşin, diğer eş tarafından öldürülmesi olayında bugün için kavranabilirliğinin olduğu kesin bir dille söylenememektedir⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.5.

⁷⁶⁵ Wegscheider ve diğerleri, **Strafrecht Besonderer Teil**, s. 21

⁷⁶⁶ Birklbauer/Hilf/Tipold, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 76, Kn.8, s.38.

⁷⁶⁷ **A.g.e.**

Failin, heyecan nedeniyle kınanabilirliğinin azaldığının kabulü için, isnat yeteneğini azaltan psikolojik nedenlere karşı tepkinin ani (spontane) oluşunun yanında nedenselliğinin de var olması gerekmektedir. Bunların hepsi değerlendirildikten sonra failin bu halden yararlanıp yararlanamayacağına karar verilir. Failin çok güçlü duygusal durumda olması şayet onun bu duruma düşmesi genel olarak kavranabilir değil ise kasten adam öldürmeden sorumlu tutulmasına neden olacaktır⁷⁶⁸.

Düzenlemede fiilin değil sadece heyecanın genel olarak kavranabilir olması gerekmektedir. Cezanın üst sınırının on yıl olmasından da anlaşılacağı üzere kişinin bu durumda heyecanı mazur görülse de işlediği fiilin kusur içeriği hala yüksektir ki kasten adam öldürmenin alt sınırı kadar ceza alma imkanı tanınmıştır. Olayda failin işlediği fiil mazur görülmemekte, kusuru kalkmamakta sadece kusuru azalmaktadır, bu kavram bu yüzden seçilmiştir⁷⁶⁹. Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken bir husus da failin heyecanına neden olan hareket ile fiil arasında bir orantılılık bulunmasının gerekmediğidir. Örneğin faile mağdur sadece hakaret etmiştir ancak fail mağduru öldürmüş olabilir. Bununla birlikte, böyle çok ciddi olmayan mağdur fiilleri neticesinde işlenen suçların genel olarak anlaşılabilirliği hususunda daha sıkı ölçütlere başvurulmalı ve daha dar uygulanmalıdır, ayrıca Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi uygulansa da daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmelidir. Buna ilaveten, heyecana sebep olan fiil ve olay örgüsü dikkate alındığında tamamıyla ölçüsüz reaksiyonların genel olarak anlaşılabilir olduğu söylenemez. Bu nedenle kavramın sadece duygusal durumla ilgili olduğu ve fiille alakalı olmadığından verilen zararın ölçüsü Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi uygulaması bakımından önem taşımamaktadır. Fiilin teşebbüs aşamasında kalması ya da birden fazla kişinin öldürülmesinin bir farkı yoktur. Örneğin failin eşini ve eşinin sevgilisini öldürmesi halinde Avusturya Ceza Kanunu'nun 76.maddesi her iki kasten öldürme suçu açısından ayrı ayrı uygulanacaktır⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.26; Herbert Wegscheider ve Diğerleri, **Strafrecht Besonderer Teil**, s.21.

⁷⁶⁹Moos, **Wiener Kommentar**, 76, Kn.27.

⁷⁷⁰**A.g.e.**, 76, Kn.28.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 32.maddesinde kusurun tanımı, genel olarak kavranılabilirlik kavramının içeriği ve uygulanmasındaki ölçütleri de ortaya koymaktadır. Buna göre; failin kusurundaki azalmanın sebebi diğer insanların hayatını reddeden ve onlara karşı kayıtsız olan tutumundan değil, daha ziyade sadece harici şartların veya faili davranışa yönelten nedenlerin somut olayda mevcut olması, bu şartların failin yerinde olan diğer hukuki değerlere bağlı insanlar tarafından da anlaşılabilir olması ve bu şartlar dahilinde diğer insanların aynı şekilde davranabileceği ve ruhsal karışıklık yaşayabileceğidir⁷⁷¹. Makul insan değerlendirmesi vasıtasıyla bu ölçü *genel olarak kavranılabilir* kavramına objektif bir karakter kazanmıştır. Bu noktada şahsi olarak kötü karakter özelliklerine sahip birisi bile bu kritere uyuyorsa bu kişinin davranışı *kavranılabilir* sayılır. Burada önemli olan mevcut şartlar dahilinde bu figürün seviyesine göre failin heyecan durumunun kabul edilebilir olmasıdır. Bu makul kişi ölçütü vasıtasıyla failin iç dünyasının tespit edilmesi pek mümkün görünmemektedir. Burada harici objektif bir değerler karşılaştırması yapılmaktadır⁷⁷².

d. A r C Ö r d Hakaret
S B d Ö Tahrik Hali S B

Avusturya Ceza Kanunu'nun 115.maddesinde hakaret (*Beleidigung*) suç tipini düzenlemiştir. Maddenin 3. fıkrası ise hakaret suçu bakımından İsviçre Hukukundan farklı olarak özel bir mazeret nedenini düzenlemektedir. Kızgınlık hakareti olarak da nitelendirilen düzenlemeye göre failin, bir kimsenin davranışı nedeniyle genel olarak kavranabilir hiddet hali içerisinde sövme, hakaret, bedene yönelik kötü muamele ya da kötü muamele tehdidinden ötürü hakarete sürüklenmesi durumunda faile ceza verilmeyecektir⁷⁷³. Burada, Avusturya Hukuku, failin fiilinden önce hakarete uğrayanın gerçekleştirdiği hareketlere karşılık olarak mazur görülebilecek seviyedeki tepkisel hareketlerini mazeret nedeni olarak değerlendirmektedir⁷⁷⁴. Bir kimsenin faille alay etmesi de bu

⁷⁷¹ A.g.e. , 76, Kn.29.

⁷⁷² A.g.e. , 76, Kn.30.

⁷⁷³ Diethelm Kienapfel/Kurt Schroll, **Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil, Band III, Delikte gegen sonstige Individual-und Gemeinschaft**, Manzche Verlags-und Universit tsbuchhandlung, Wien, 2005, 115, Kn.28.

⁷⁷⁴ Leukauf/Steininger, **Kommentar zum strafgesetzbuch**, 115, Kn.16, s.689.

kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁷⁵. Ancak, failin mağdur ile alay etmesi bu suç kapsamında hakaret sayılmamaktadır⁷⁷⁶. Hiddet hali genel olarak kavranabilir olmalıdır. Bunun anlamı, hukuka uyan, saygılı bir insanın, failin içinde bulunduğu durumda aynı davranışı sergilemesi halinde hiddet, kavranabilir denilmektedir⁷⁷⁷. Failin gösterdiği tepki, mazur görülebilecek şekilde olmalıdır. Bir başka deyişle, failin gösterdiği tepki ile tahrik orantılı olmalıdır⁷⁷⁸. Tahrik fiili ile orantılı olmayan tepki fiilleri daha fazla mazeret nedeni olarak kabul edilmemektedir⁷⁷⁹. Fail, ancak kızgınlık ile suça sürüklenmiş olmalıdır. Diğer duygu durumları, hakaret suçu bakımından birer mazeret nedeni olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle, tasarlama ile bu fiiller gerçekleştirilemez. Aksi takdirde fail bu mazeret sebebinden yararlanamaz⁷⁸⁰.

Mağdurun davranışının mutlaka faile karşı işlenmesi gerekmemektedir. Ancak failin davranışı mağdura karşı olmalıdır⁷⁸¹. Örneğin, bir çocuğun istismara uğraması ya da çocuğu kırıcı şekilde alay edilmesi gibi etik olarak zedeleyici davranışların sergilendiğini gören bir kimse, bu davranışları sergileyene karşı hakaret, sövme, kötü muamele ya da kötü muamele tehdidinde bulunması durumunda, bu davranışlar Avusturya Ceza Kanunu'nun 115/3.fıkrası kapsamında değerlendirilerek faile ceza vermektan kaçınılabılır⁷⁸².

18 Ekim 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu, Kanununun 62.maddesinde yer alan '*Genel Hafifletici edenler*' başlığı altında düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre, '*başkasının haksız fiilinden kaynaklanan hiddet durumunda tepki g sterilmesi*' halinde failin cezası hafifletilir. Maddenin konuluş amacı olarak ortalama bir insandan gerçekte

⁷⁷⁵ Christian Bertel/Klaus Schwaighofer, **Ö r r S r r B d r r T** , 11. Auflage, Springer Wien NewYork, 2010, 115, Kn.12,s.128.

⁷⁷⁶ Leukauf/Steininger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 115, Kn.23, s.690.

⁷⁷⁷ Bertel/Schwaighofer, **Ö r r S r r B d r r T** , 115, Kn.12,s.128; Leukauf/Steininger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 115, Kn.20, s.690.

⁷⁷⁸ Bertel/Schwaighofer, **Ö r r S r r B d r r T** , 115, Kn.13,s.128.

⁷⁷⁹ Leukauf/Steininger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 115, Kn.22, s.690.

⁷⁸⁰ **A.g.e.** , 115, Kn.20, s.690.

⁷⁸¹ Michael Rami, **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, herausgegeben von Frank Höpfl/Eckart Ratz, 1.Lieferung, 2.Auflage, Wien, Manzche und-Universit tsbuchhandlung, 2011, 115, Kn. 16, s.26.

⁷⁸² Leukauf/Steininger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch** , 115, Kn.17, s.690.

olduğundan daha fazlasının beklenemeyeceği düşüncesi yer almaktadır. Bir başka düşünce ise başkasının haksız fiili neticesinde gerçekleştiren tepki davranışlarına karşı kamuoyunun gösterdiği hoşgörüdür. Öğretide bir görüş, İtalyan Ceza Kanunu'nun 90.maddesinde ifadesini bulan ve kanun koyucunun her türlü duygudan veya tutkudan kaynaklanan halin, ceza hukuku anlamında dikkate alınmayacağını öngören kuralın bir istisnası olarak değerlendirmektedir. Kanun koyucu aslında haksız tahrikin, ne kasta ne hukuksal konuya karşı bilinçli hareket etme yani hareketin iradiliğine ne de kusurluluğa etki eden bir neden olduğu görüşündedir. Çünkü o kişi hem belli bir amacı doğrultusunda bilerek isteyerek davranmaktadır hem de bu hal kusuru ortadan kaldıran nedenlerden değildir; çünkü kusur sorumluluğunu etkilememekte sadece cezayı indirmektedir. Yani kusurluluğun azalması sonucu ceza indirilmektedir. Zira, tepki davranışını meşru gösteren öfke değil öfkeye sebep olan haksız fiildir⁷⁸³.

Madde düzenlemesinin üç unsuru vardır. Bunlardan ilki kişinin kendisinin hakim olamayacağı duyguların etkisiyle, bir başka ifadeyle duygusal bir etken nedeniyle hakimiyet gücünü kaybederek agresif, saldırgan, öfke içeren bir güdü içine girmesine neden olan güçlü bir etki altında bulunması gerekliliğidir. İkinci unsur başkasının haksız fiilidir. Üçüncü unsur ise haksız fiil ile buna karşı gösterilen tepki arasında psikolojik bir nedensellik bağını bulunmasıdır⁷⁸⁴.

İlk unsur olan, kendi üzerindeki hakimiyetini kaybedecek ölçüde hiddeti içeren psikolojik durum diğer bazı durumlardan örneğin nefret, intikam ya da iğrenme gibi psikolojik durumlardan farklıdır. Her ne kadar bunlar da duygusal anlamda ortaya çıkan etkiler olsa da bu durumların haksız tahrike neden olmadıkları kabul edilmektedir. Aynı şey çaresizlik veya korku bakımından da geçerlidir. Zira öfke hali normal şekilde bir güçlü uyarılma halinin iğrenmeyi, intikamı, nefreti veya kefareti düşüncesini aşmanın ötesine geçmelidir. Oysa ki diğer haller, öfke hali ile bağdaşmayan psikolojik durumlardır⁷⁸⁵. İtalyan Yargıtay'ı başlangıçta bir tahrik hali olmasına rağmen bunun zaten var olan nefret, intikam veya benzeri duyguların ortaya çıkartılması bakımından bir

⁷⁸³ Dolcini/ Marinucci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.21.

⁷⁸⁴ Caputo, **Codice Penale**, s.106.

⁷⁸⁵ Dolcini/Marinucci, **Codice Penale Commentato**, Art.62,Kn.15.

vesileden ibaret olduğu hallerde haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağını belirtmiştir⁷⁸⁶. Subjektif unsur olarak da adlandırılan ve tahrik indirimine neden olan hal öfkedir. Öfke hali kişinin kendisini frenlemesini sağlayan mekanizmasını fonksiyonsuz bırakan kuvvetli bir heyecan halidir. Agresif yönelimlerin karakterize ettiği güçlü bir hiddet halidir⁷⁸⁷.

İkinci unsur olan başkasının haksız fiilinden kastedilen tutarlı içtihatlarla göre yalnızca dar anlamda hukuka aykırı bir fiilin yanı sıra sosyal normlara veya örf ve adete ya da toplumsal birlikte yaşayışa ilişkin kurallar, örneğin genel adap gibi kuralları ihlal eden fiiller, tahrike neden olan haksız fiil olarak kabul edilebilirler. Örneğin İtalyan Yargıtay'ının birçok farklı kararında rahatsızlık yaratan, saldırgan ya da küçük düşürücü fiillere karşı da haksız tahrikin olabileceği belirtilmektedir⁷⁸⁸. Hatta hukuka uygunluk nedeninden yararlanmakla birlikte bazı fiiller, toplumsal örf ve adetlere göre rahatsız edici, mantıksız, saygısızlık veya saldırganlık ifade eden ya da utanmazca işlenen fiiller de haksız tahrike neden olabilmektedir⁷⁸⁹.

Ancak, buna karşı çıkan *Marini* 1961 yılında yazdığı makalede⁷⁹⁰ sadece gerçekte hukuka aykırı bir fiilin haksız tahrike neden olması gerektiğini belirterek fiilin objektif anlamda haksız olması gerektiğini, aksi takdirde bunun dışsallaştırılması yöntemi bakımından bu durumu meşru gösteren bir halin olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Haksız fiilin varlığının soyut olarak değilse de ahlaki, entellektüel, sosyal, politik, dini yaklaşımlar ve niteliklere göre hem fiili işleyen hem de tahrike uğrayan kişinin eğilimlerinin de göz önünde bulundurularak daha önceki fiiller, suçun işlendiği durumlar, suçun işlendiği yer, tahrik eden ile tepkide bulunan arasındaki ilişki gibi unsurların da dikkate alınıp bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹¹. Birlikte yaşanan kişinin sadakatsizliği de Yargıtay kararlarına göre tahrik teşkil etmektedir. Aynı şekilde taksirle öldürme suçunun öldürülenin kardeşi bakımından bir haksız fiil

⁷⁸⁶ Caputo, **Codice Penale**, s.106; Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Art.62, Kn.3, s.672.

⁷⁸⁷ Dolcini/Marun Ricci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.15.

⁷⁸⁸ I.C.D. 10.6.1994, Castronovo, CED, no. 200136; 23 Ocak 1992 1.Daire 1993 no. 1103; Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Art.62, Kn.3.

⁷⁸⁹ Caputo, **Codice Penale**, s.107.

⁷⁹⁰ G.Marini, *Il Fatto Ingiusto Nella Provocazione*, in: Riv.it.dir.e proc.pen. 1961, 811.'den naklen Caputo, **Codice Penale**, A.g.e.

⁷⁹¹ Dolcini/Marun Ricci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.17.

olduğu kabul edilmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasına dayanan veya dürüstlük kuralına aykırı fiiler birer haksız fiil teşkil etmektedir.

Üçüncü unsur ise haksız fiil ile tepki fiili arasındaki nedensellik bağıdır. Bu sadece neden sonuç ilişkisini değil aynı zamanda uygun nedenselliğe göre belirlenmesi gereken bir bağı ve tahrik fiili ile tepki fiili arasındaki orantılılığı da göstermektedir. Orantılılığın tamamen bulunmadığı hallerde bu bağı varlığı kabul edilememektedir. Belli bir orantılılığın bulunması gerektiği özellikle tahrik fiilinin tepki fiili için sadece vesile ya da bahane olarak ele alınmasının önüne geçmek için kabul edilmişse de orantılılığın kanun koyucu tarafından açıkça aranmış bir koşul olmadığı ve orantının aranmaması gerektiği de ifade edilen bir görüşür⁷⁹². Ancak, genel olarak kabul edilen, orantısızlık nedeniyle işlenen fiil ile psikolojik durum arasındaki nedensellik bağına kaldırılacak olması halinde failin haksız tahrik indiriminden yararlanamamasıdır. Aynı zamanda tahrik eden fiil ile tepki fiili arasındaki orantısızlığın boyutu yapılacak indirimin miktarı bakımından da dikkate alınacaktır⁷⁹³. Bazı yazarlar bu nedenle nedensellik bağından farklı olarak ayrıca bir orantılılık bağından bahsetmekte ise de diğerleri bu unsuru reddedip ölçünün fail hakkında verilecek cezadaki indirimin niteliği bakımından bir unsur olduğunu söylemektedirler. İtalyan Yargıtay'ı nedensellik bağı içerisinde orantılılık ve uygunluk fikrinin yer aldığını ve bu unsurların bulunmadığı hallerde ise haksız fiili indirim bakımından sadece bir vesile olma nedeni olarak görüp tahrik indirimini uygulamamıştır⁷⁹⁴.

Haksız fiil ile tepki fiili arasındaki orantısızlığın ortaya çıktığı bir diğer alan ise kendi haksız fiili ile tepkiye neden olan kimsenin, bu tepki fiiline karşılık vermesi durumunda haksız tahrik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Kural olarak belirtmek gerekir ki; haksız fiile uğradığını iddia eden kimsenin kendisi hukuka aykırı bir zeminde hareket etmemiş olmalıdır. Bir başka ifadeyle başlangıçta kendi haksız fiiline dayanılarak gerçekleştirilen haksız fiil nedeniyle fail tahrike uğradığından bahsedemez ve işlediği fiille ilgili olarak indirim uygulanamaz. Ancak başta kendisinin haksız fiilde bulunana karşı gerçekleştirdiği fiili aşırı ve ölçüsüz olmuş ise haksız fiilden

⁷⁹² A.g.e., Kn.24.

⁷⁹³ Caputo, **Codici Penale**, s.109.

⁷⁹⁴ Ölçülülük bağına arayan yazarlar ve diğerleri hakkında bkz: A.g.e., s.110.

yararlanabilecektir⁷⁹⁵. Şu halde, tepki davranışında bulunan kişinin meşru zeminde olması veya en azından başlangıçta haksız zeminde olsa dahi karşıdan gelen tepki fiilinin aşırılığı nedeniyle karşı tarafın haksız duruma düşmüş olması halinde tahrik indirimi mümkündür⁷⁹⁶. Özetle, tahrik indirimi sadece tahrik edilen kişinin aşırı orantısız tepkisi halinde ilk tahrikte bulunana da uygulanabilir. Her halükarda taraflardan biri kabul edilebilir ve öngörülebilir sınırların ötesinde bir tepki göstererek yeni ve bağımsız bir haksız fiil işlemiş olduğu zaman bu yeni haksızlık karşısında tepki gösteren kişinin haksız tahrik altında davranmış olduğu kabul edilir⁷⁹⁷.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 62/2.fikrasında failin kızgınlık halinde tepki göstermesi durumunda tahrik indiriminin uygulanacağından bahsedilmektedir. Bu durum, tepki fiilinin, tahrik fiilinin hemen akabinde işlenip işlenmemesi meselesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. İçtihatlarda azınlık görüş zaman ve mekan bakımından tahrik eden fiil ile tepki fiili arasında yakınlık olması gerektiğini savunmaktadır⁷⁹⁸. Ancak doktrin ve uygulamada çoğunluk böyle bir unsuru aramamakta, bu halin Kanunun 599/2.fikrasında yer alan ve cezasızlık nedeni olan karşılıklı hakaret halinden farklı olduğunu söylemektedirler. Zira, hakaret ve sövme suçlarında, karşılıklı hakarete cezasızlık hali vardır ve bu halde kanunda zamansal olarak hakaretin hemen akabinde karşılık verilmiş olması gerektiği söylenmektedir. Bu durum yeni kanunda geçen kızgınlık hali ifadesi ile de bağlantılıdır; zira eski kanunda bahsedilen '*zihinsel bir engele neden olan fkenin tesiri*' ifadesi yerine yeni Kanun '*fke durumu*'ndan bahsetmektedir. Bu ifadelerden yola çıkarak yürürlükteki kanunda öfke durumu daha geniş bir zamansal aralığı öngörmekte iken eski kanunun daha yakın zamansal aralığı ifade ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak tepki fiilinin, tahrik fiilinin hemen arkasından olması gerekmemekte ise de tepki ile tahrik arasındaki süre uzamamalıdır ki öfke durumu başka duygulara dönüşmesin⁷⁹⁹.

Yargıtay ise tahrik ile tepki arasında bir zamansal yakınlık ya da anilik olması tezinin aksine bunun zamana yayılmış olabileceğini kabul etmiştir.

⁷⁹⁵ A.g.e., s.108.

⁷⁹⁶ Dolcini/Marinucci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.32.

⁷⁹⁷ Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Art.62, Kn.4.

⁷⁹⁸ 5.C.D. 12 Aralık 2006, C.E.D. no.236312. Caputo, **Codici Penale**, s.110.

⁷⁹⁹ A.g.e., s.111.

Kişide duygusal uyarımın tepkisel bir alevlenmeye yol açmayıp bu uyarıların zaman içerisinde birikmesi ve başkasına karşı şiddetli bir davranış ile patlama göstermesinin mümkün olduğunu söylemiştir. Yine tahrik eden davranışın hemen arkasından gelmeyip zamansal bakımdan uzun süre sonra fakat ilk haksız fiili yeniden yaşatan olay vesilesiyle patlak veren fiil de haksız tahrik indirimi nedeni olabilir. Fakat haksız tahrik mütemadi ve zincirleme suçlarda uygulanamaz; çünkü temadi veya teselsül tahrikin başlangıçtaki etkisini ortadan kaldırır ve öfke durumundan farklı psikolojik duygusal durumların ortaya çıkmasına neden olur⁸⁰⁰. Çok neticeli sapma halinde de haksız tahrik uygulanamaz. Kötü muamele suçunda haksız tahrik uygulanması kabul edilmemektedir⁸⁰¹.

İtalyan Hukukunda, tahrik olan kişiden farklı birinin tepki fiilinde bulunması indirim nedeni olarak kabul edilebilmektedir. Çünkü arkadaşlık, ebeveyn, dayanışma, birlikte yaşama ve ortak yaşama adabı gibi nedenlerle bir kimse bir başkasının adına hareket edebilir ve bu da öfke durumunu haklı gösterebilir. Tabii ki tahrik eden davranış ile öfke durumu arasında nedensellik bağının mevcut olması gerekir ancak tahrik eden haricinde bir kimseye karşı yapılan tepki fiili söz konusu olduğunda durum tartışmalıdır. Uygulamada bu duruma çelişen biçimde çözümler getirilmektedir⁸⁰². Bazı kararlarda buna izin verildiği görülmekte ve bu kişiler bakımından da dayanışma, arkadaşlık, ailevi ilişkiler ve hatta aynı ırktan, aynı dinden ya da aynı milliyetten olma bu hususta birer bağ olarak görülmektedir⁸⁰³. Ancak, bazı kararlarda daha dar bir yorum gözlemlenmektedir. Bu kararlarda bu üçüncü kişinin sadece tahrik eden fiile katılmış olması, iştirak olsun olmasın işlenmesini kolaylaştırmış olması ya da tahrik edenin ajanı olarak davranmış olması gibi hallerde ya da bu üçüncü kişinin tahrik eden kişi ile dayanışma halinde olduğunun gösterilmiş olması halinde bu kişiye karşı fiillerde de tahrik indirimi uygulanabilir. Doktrinde bu hususta farklı görüşler vardır. Bazıları dayanışmayı soyut olarak, tahrik eden ile ailevi ya da arkadaşlık ilişkisinin varlığını kabul ederek resmi bir dayanışma bağı ararken

⁸⁰⁰ A.g.e., s.111-112.

⁸⁰¹ Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Art.62, Kn.3.;Dolcini/Marinucci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.26.

⁸⁰² Caputo, **Codici Penale**, s.112.

⁸⁰³ 1.C.D. 11 Ekim 1979,Galizia Temyiz 1978, 327; 6.C.D. 1979, Calvolo Giust.pen. 1980, II, 481. A.g.e.

diğerleri ise somut bir dayanışmanın varlığını kabul etmektedirler. Buna göre, tahrikçi ile üçüncü kişi arasındaki tepki fiilini anlaşılabilir kılan bağlantının olması halinde tahrik indirimini uygulanabilir. Objektif olarak algılanabilir ve anlaşılabilir bir şekilde tepki mağduru olanın tahrik fiiline katılmış olması aranmakta veya bazı durumlarda tahrikçinin fiili bu kişi ile üçüncü kişi arasındaki bağlantı ve failin bu bağlantı karşısındaki tepkisi dikkate alınarak bir sonuca ulaşmaya çalışılmaktadır⁸⁰⁴. Üçüncü görüş ise sadece tepkinin tahrik edene karşı yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Çünkü tahrik fiilinin tahrik eden ile tahrik olan arasındaki doğrudan ilişki olması bakımından ön şart olduğunu kabul ederek kollektif sorumluluk haline getirmenin riskini vurgulamaktadırlar⁸⁰⁵.

6.Fransa

Fransız Hukukunda, tahrik nedeniyle ceza indiriminin uygulanmasına ilişkin genel olarak objektif ve subjektif görüşler ileri sürülmüştür. Subjektif görüşe göre, tahrik halinde, bunu meydana getiren, muhakeme yeteneğini azaltacak derecede kızgınlık ortaya koyan davranış biçimi içindedir ve bu hareket ani (spontane) bir harekettir. Bu nedenle, soğukkanlılıkla suç işleyen daha az tehlikelidir. Objektif görüşe göre ise burada daha çok yapılan hareket ön plana çıkartılmıştır. Failin işlediği suç cezalandırılabilir bir suçtur fakat kanun koyucu, failin suçu işlerken sadece kendi hareketlerinden tek başına sorumlu olmadığı, bu harekete neden olanın da bundan sorumlu olduğu görüşünü ortaya koymaktadır⁸⁰⁶.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu döneminde, haksız tahrik, cezayı azaltan bir neden olarak kabul edilmekte ise de genel hükümlerinde, failin cezasında azalmaya neden olacak genel bir tahrik düzenlemesi öngörmemekteydi⁸⁰⁷. Fransız Ceza Kanunu'nun 321 ve devamı maddelerinde hangi durumlarda tahrikin şartlarının var olduğu düzenlenmekte idi. Fail,

⁸⁰⁴ Dolcini/Marunicci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.22-23.

⁸⁰⁵ Görüşler için bkz: Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Art.62, Kn.3; Dolcini/Marunicci, **Codici Penale Commentato**, Art.62, Kn.22.

⁸⁰⁶ Fabrice Defferrard, *La Provocation*, **Revue de Science Criminelle**, 2002, s.233.

⁸⁰⁷ Briner, **Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, unter d r r B r d r S r d r r d d r**, s.53.

öldürme, yaralama ve hakaret suçlarını, hakaret ya da elem verici bir şiddete maruz kalması dolayısıyla uğradığı tahrik neticesinde işlemesi halinde, mazur görülebilir kabul edilmekteydi. Örneğin, tahrikin, aşırı ve ciddi şiddet olaylarında, gün içerisinde gerçekleştirilen hırsızlık suçlarında ya da kocanın karısı ile birlikte yaşadığı evde karısının başka bir adamla cinsel ilişkiye girdiğini öğrenmesi halinde meydana geldiği kabul edilirdi⁸⁰⁸. Kanunun Üçüncü Kitap, İkinci Başlık, Birinci Bölüm, Birinci Kısım'da düzenlenen adam öldürme fiillerinde failin mazur görülebileceği ve bu nedenle cezasının azaltılabileceği haller düzenlenmişti. Buna göre; failin, kasten öldürme ve yaralama fiilleri ağır şiddet veya yaralama neticesinde tahrik edilmiş olması halinde mazur görülebilirdi(madde 321). Faili tahrik eden davranış neticesinde gösterdiği tepki fiili arasına uzun bir zaman dilimi girmemeli⁸⁰⁹ ve fail, tepki fiilini, ağır şiddet ya da yaralama neticesinde meydana gelen hiddetin etkisi altında işlemeliydi. Bir başka deyişle, tasarlama kastı ile haksız tahrik indirimi bir arada uygulanamıyordu⁸¹⁰. Şu durumu özellikle belirtmemiz gerekir ki; ebeveynleri öldürme fiillerinde, tahrik hiç bir durumda mazeret nedeni olarak kabul edilmemiştir (madde 323).

Kanunda, genel olarak ceza indirim oranlarını belirten bir düzenleme tercih edilmiştir. Buna göre; olayda tahrik bulunması halinde; failin işlediği suçun cezasının idam ya da ömür boyu hapis olması durumunda, bir yıldan beş yıla kadar; diğer hallerde ise altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür (madde 326)⁸¹¹.

Kanun düzenlemesinde, zina yapan eşin durumu tahrik olarak değerlendirilmemekle birlikte, bir mazeret nedeni sayılmıştı. Kocanın, karısını birlikte ikamet ettikleri konutta zina yaparken yakalaması ve bunun üzerine, karısını ya da karısının birlikte olduğu kişiyi öldürmesi halinde, kocanın davranışı mazur görülebilirdi(madde 324/2). Bu suçlar literatürde '*Tutku cinayetleri*' olarak da anılmaktadırlar. Kanunun yürürlüğe girdiği yıllarda bu

⁸⁰⁸Spencer, Intentional Killings in French Law , **The Law of Murder:Overseas**, http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Murder_comparative_studies.pdf, Ağustos 2005, s.70.

⁸⁰⁹König, **T d S r r** s.171.

⁸¹⁰**A.g.e.**

⁸¹¹http://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode2.html

suçların faillerinin %50'si hakkında beraat kararı verilmekteydi. Çünkü, tutku cinayetleri halinde erkek failin ceza sorumluluğu tamamen ortadan kalkmakta idi⁸¹². Neticede 1975 yılında kanunda meydana gelen bir değişiklik ile madde düzenlemesi kanundan çıkartılmıştır.

Diğer ülke kanunlarından farklı olarak Eski Fransız Ceza Kanunu özel bir tahrik haline de yer vermiştir. Eski Fransız Ceza Kanunu'nda hadımlaştırma suçu tanımlanmaktadır. Kanunun 325.maddesi, '*failin şiddet uygulanması suretiyle gerçekleştirilen sarkıntılık suçuna karşılık ani bir tepki olarak sarkıntılık eden kişiyi hadım etmesi-çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına neden olması yaralaması ya da öldürmesi*' halinde failin tahrik indiriminden yararlanmasını öngörmüştür⁸¹³. Kanımızca buradaki hadım etme fiili ile, kanun maddesinin düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere bir cerrahi müdahale değil, sarkıntılık suçuna maruz kalan kişinin, bu suçun failine karşı gösterdiği ancak neticesinde failin vücut bütünlüğünü kalıcı olarak hasara uğrattığı fiiller kastedilmiştir.

Özellikle 1990'lı yılların başından itibaren, haksız tahrik kurumunun '*modası geçmiş*' olarak nitelendirilmeye başlandığı görülmektedir⁸¹⁴. Yeni Fransız Ceza Kanunu ile birlikte haksız tahrik indiriminin, -bu yöndeki hakim bakış açısının etkisiyle de- kaldırıldığı görülmektedir. Günümüz Fransız Ceza Kanunu'nda gerek Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki gibi bir kontrol kaybı hali gerekse Kıta Avrupası Hukuklarındaki gibi bir tahrik haline denk gelen ve failin bundan ötürü ceza sorumluluğunda azalma neticesini doğuran bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, failin içinde bulunduğu psikolojik ve nöropsikolojik halinin, failin cezalandırılmasında etkili olmadığını söylemek ve dolayısıyla tahrike neden olan olay neticesinin failin cezalandırılmasında dikkate alınmadığını söylemek güçtür.

⁸¹² Eliza Earle Ferguson, Judicial Authority and Popular Justice: Crimes of Passion in Fin-de-Siecle Paris , **Journal of Social History** ,Volume 40, Number 2, Winter 2006, s.293 (293-315).

⁸¹³Spencer, Intentional Killings in French Law , **The Law of Murder: Overseas**, s.70. M.Emmanuel Lasserre, **d r C N C E M r** Toulouse 1877, s.360.

⁸¹⁴Spencer, Intentional Killings in French Law , **The Law of Murder: Overseas**, s.70.

Tahrik neticesinde fail hakkında iki şekilde ceza indirimi söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, tahrike neden olan olayın failin isnat yeteneğini ciddi biçimde etkilediği durumlardır. Yürürlükteki Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1 maddesi psikolojik ve nöropsikolojik bozuklukları düzenlemektedir. Bu maddenin ilk fıkrası failin cezai sorumluluğunun bulunmadığı hale yer vermektedir. Failin suçu işlediği sırada davranışlarını kontrol etme yetisinin olmaması veya zihni kabiliyetlerinin hasara uğraması nedeniyle psikolojik veya nöropsikolojik bozukluk içerisine girmiş olması halinde faile ceza verilmeyecektir.

Maddenin 2.fıkrası ise, uğradığı psikolojik bozukluk neticesinde işlediği suçlardan ötürü failin cezasında indirimle gidilecek hali düzenlemiştir. Düzenlemeye göre; failin fiili işlediği sırada psikolojik veya nöropsikolojik bir bozukluk nedeniyle davranışlarını kontrol etme yetisinin veya zihni kabiliyetlerinin azalmış olması halinde cezasında indirimle gidilecektir. Mahkeme, bu durumu fail hakkında ceza verirken gözönünde bulunduracaktır⁸¹⁵. Failin burada başlı başına psikolojik bozukluğa sahip olması hakkındaki cezanın azalmasına neden değildir. Önemli olan, failin suçu işlediği esnada zihni kapasitesinde bozukluk meydana gelmesi veya kendini kaybetmesidir.

Bir diğer hal ise, failin isnat yeteneğini kaybetmediği ancak kusurluluğunun etkilendiği tahrik halleridir. Yeni Fransız Ceza Kanunu, daha önceki kanundan farklı olarak tahrik hallerini tek tek düzenlememektedir. Ancak, bu durum somut olayda hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı demek değildir. Bu hallerin kanundan kaldırılması hakimlerin bu durumu göz önünde bulundurmayaacağı anlamına gelmemektedir. Zira haksız tahrik hali, cezaların indirilmesinde hukuki bir neden olmamakla birlikte, cezaların bireyselleştirilmesinde hukuki bir enstrüman olarak varlığını sürdürmektedir⁸¹⁶. Ancak, her ne kadar haksız tahrik hakimlerin resen dikkate alabileceği bir hal ise de ispat yükü, tahrike uğradığını ileri süren kişidedir. Ayrıca bu iddianın, tahrik fiili

⁸¹⁵ Caroline Fournet, *Between Lack of Responsibility and Dangerousness Determinism and the Specificity of the French Criminal Law on Lack of Intellectual Insight and Loss of Control*, in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011, s.354.

⁸¹⁶ Brigitte Pereira, **Excuses Repertoire**, Dalloz, 2012, Kn. 55,62.

ile tepki fiili arasındaki gerekli orantıyı da ortaya koyması gerekmektedir⁸¹⁷. Kural olarak, tahrik ile verilen tepkinin arasında zamansal olarak yakınlık yok ise fiil bir tahrik hali olma özelliğini kaybetmektedir. Ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur⁸¹⁸.

Haksız tahrik düzenlemesinin kanundan kaldırılması hakim yetkilerinin artırılması yönünde bir gelişmeye neden olmuştur. Yasa koyucu tahrikin varlığını değerlendirirken bütün şartların göz önünde bulundurulacağı konusunda hakimlere daha fazla güvenmektedir. Başka bir deyişle, haksız tahrik cezaların şahsiliği ilkesi içinde yer almaya devam etmektedir⁸¹⁹. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile cezaların üst sınırları korunmuş ancak alt sınırları kaldırılmıştır. Haksız tahrikten dolayı hakime ne kadar indirim yapabileceğine dair düzenleme de kaldırılmıştır. Hakim bundan sonra hem suçun işleniş tarzı hem de failin kişiliğini göz önünde bulundurarak haksız tahrik halini değerlendirecektir⁸²⁰.

7.Hollanda

1886 tarihli Hollanda Ceza Kanunu'nda faile hapis cezasının verilmediği akıl hastalığı, meşru savunma, ikrar gibi düzenlemeler bulunmakta ise de genel olarak bağımsız bir yasal kavram ve zorunlu bir indirim nedeni olarak cezayı azaltıcı nedenlerin kabul edilmediği görülmektedir⁸²¹. Ancak, bazı suç tipleri açısından, failin içinde bulunduğu koşullar itibariyle, cezasının azaltılmasının şart koşulduğu durumlar göze çarpmaktadır⁸²². Ancak, bu haller arasında tahrik indirimi yer almamaktadır. Oysa ki, kanun yürürlüğe girmeden önceki tasarıda tahrik indirimi öngörülmüş ve Hollanda Ceza Kanunu Tasarısı'nın 311.maddesine göre şu şekilde kaleme alınmıştır: '*mağdurun faile ya da üçüncü bir kişiye karşı kasten işlediği k tū niyetli hareketi neticesinde failde meydana gelen son derece hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında mağduru ldürmesi*

⁸¹⁷ A.g.e., Kn.58.

⁸¹⁸ A.g.e., Kn.57.

⁸¹⁹ A.g.e., Kn.63.

⁸²⁰ A.g.e., Kn.64.

⁸²¹ Hein D. Wolswijk, Provocation and Diminished Responsibility in Dutch Homicide Law , in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011, s.329.

⁸²² Bunlardan örneğin, 7 yaşındaki bir çocuğun ebeveynleri tarafından terk edilmesi halinde 4 buçuk yıla kadar hapis cezası öngörülmekte iken (madde 256); annenin hamile kaldığı ve çocuk doğurduğunun ortaya çıkması korkusu etkisinde bu suçu işlemesi halinde ceza yarı oranında indirilecektir. (madde 259). A.g.e., s.330.

halinde maddede yer alan kasten öldürme suçunun cezası yarı oranında indirilir. Maddenin gerekçesi de şu şekilde açıklanmıştı: ‘*Tahrikin failin kusurunda ve dolayısıyla cezasında azalmaya neden olması kural olarak bireyin zgür iradesinin yoğun ruh durumları etkisinde olması halinde dahi duygu ve davranışlarını kontrol etme yükümlülüğünde bulunduğu bu nedenle sorumluluğunun tamamen ortadan kalkamayacağı ancak yle bazı durumlarda rneğin hiddet duygu durumu gibi failin bunları kontrol edebilmesi ve bunun neticesinde başkasına şiddet uygulama isteğini bastırabilmesi çok zor hale gelebilmektedir iddet bir haksızlığa karşı fke kızgınlık duygularının taşmasıdır u taşma hali insan yapısının kusursuz olmayan ahlaki değerlerinin doğal sonucudur u nedenle soğukkanlılıkla ya da taammüden suç işleyen faile g re bu kişinin durumu daha farklı değerlendirilmelidir.*’ Bununla birlikte, madde düzenlemesi yürürlüğe girmemiştir. Sadece, failin cezasının belirlenmesinde tahrikin failin kusuruna olan etkisi gözönünde bulundurulabilecektir. Çünkü, Hollanda Ceza Kanunu’nda suçların cezası gösterilirken faile verilecek cezanın üst sınırı yer almakta, alt sınırı bulunmamaktadır. Bu da hakime, somut olaydaki hal ve şartlara göre fail hakkında verilecek olan ceza bakımından geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Haksız tahrik düzenlemesinin genel hükümlerde de failin kusurunu azaltan bir hal olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle Hollanda Mahkemeleri haksız tahrik ile bağlantılı olarak genel hükümlerde düzenlenen ve ‘*bireyin kendinden kaynaklanmayan ve karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez*’ düzenlemesini yargılamalarında bir arada değerlendirebilmektedirler. Örneğin, Hollanda Mahkemeleri çok sık olmamakla ve sıkı bir biçimde uygulamakla birlikte, tahrik edici bir durumu da failin seçme ve davranışlarını yönlendirme özgürlüğünü ortadan kaldıracı bir husus olarak ele almakta ve özellikle kasten öldürme fiilleri bakımından tatbik etmektedir. Özellikle, ‘*battered oman syndrome*’ olarak daha önce de değindiğimiz durumlar Hollanda Hukukunda da sorun olmuştur. Bu gibi hallerde mahkemeler, kadınların tam ceza sorumluluğuna tabi olmalarını adaletsiz görerek cebir uygulamasına başvurmaktadırlar.⁸²³

⁸²³ A.g.e., s.336.

IV BÖ M

T R CEZA HUKUKUNDA A S Z TA R N O U AR

A T r T Ed r

1.Genel Olarak

Ceza hukukunun temel beklentilerinden biri, her koşulda kişilerden kendi davranışlarını kontrol altında tutmalarıdır⁸²⁴. Kural olarak, bireyi rahatsız eden, kızdıran, tahrik eden fiillere maruz kalan kişinin bunu vücuda getiren fiile karşı sabır ve tahammül göstermesi gerekmektedir; aksi durumda harekete geçerek suç işlemesi halinde ceza sorumluluğu doğacaktır⁸²⁵. Ancak, tahrik teşkil eden fiil, failin dayanma ve karşı koyma iradesini zayıflatmış olduğundan bahisle, failin bu durumu mazur görülerek cezasında indirimine gidilmektedir⁸²⁶. Bir diğer ifade ile, haksız tahriki oluşturan unsurların altında yatan neden, bireyin belli şartlarda kendi davranışlarını kontrol edebilme yetisini kaybetmesi ve bu duruma hukuk düzeni tarafından önem atfedilmesidir. Bu durum, bazı suç tipleri bakımından suçun nitelikli halleri ile daha hafif cezayı gerektiren halleri arasında da ortaya çıkabilmektedir⁸²⁷. Ancak, tahrik indiriminin uygulanabilmesi, kişinin kendisini kontrol etme kaybı neticesinde işlenen hukuka aykırı bir fiilin bu önemi haiz olması, ortada tahrike neden olan bir durumun bulunmasına bağlıdır. Ayrıca, haksızlığa neden olan fiilin hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinin gerekçesinde yer aldığı üzere, indirim sebebi sayılacak ve haksız tahrik uygulaması bakımından dikkate alınacaktır. Hangi fiillerin tahrik teşkil ettiği yargı uygulamalarının neticesinde ortaya çıkmaktadır.

⁸²⁴ McAuley, Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law , **The Modern Law Review**, s.133.

⁸²⁵ M.Muhtar Çağlayan, **T r Ceza Kanunu**, 3.Baskı, Cilt 1, Yetkin, s.506.

⁸²⁶ **A.g.e.**

⁸²⁷ A Reilly, Loss Of Self Control in Provocation , **Criminal Law Journal**, s. 320.

T r T Ed r

Hangi fiillerin tahrik teşkil edeceği Türk Ceza Kanunu'nda belirtilmemiştir; ancak düzenlemenin genel hükümlerde yer alması ve özel suç tipleri hususunda bir ifade bulunmaması dolayısıyla herhangi bir fiilin tahrik fiili olabileceği kabul edilmektedir. Doktrinde ‘ *işi üzerinde maddi cebir tehdit kabaca hareketler işaretler istihfaf eden bir gülüş başka manaya da gelen yazılar s zler alay sırların ifşası haksız rekabet suç teşkil etmese de hayvanlara k tû muamele halleri* ’ birer tahrik fiili olarak gösterilmiştir⁸²⁸. Örneğin, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda genellikle ‘ *çingene* ’ hitabının tahrike neden olacak bir fiil olarak kabul edildiği görülmektedir⁸²⁹. Yargıtay kararında, iğneleyici nitelikteki şaka nedeniyle meydana gelen kasten öldürme suçunda, fail hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Karara konu olayda; ‘ *acı olan sanığa hacıların eşkıya gibi zalim olduklarını vurgulayan hikaye anlatarak sataşması sanığın maktule bu tür hikayeleri sevmediğini kendisine sataşmaması gerektiğini s ylemesine rağmen maktulün bunun şaka olduğunu s ylemesi ve mütemadiyen bunu tekrarlaması üzerine sanığın işlediği suça ilişkin yargılamada sanığın haksızlığına vesile olarak ona şaka yapmakta bu tür şakayı kabul etmediğini ve kızdığını belirttiği halde sanığa karşı olan bu tutum ve davranış ile s zlerini sürdürmesi neticesinde tüm bu süreklilik arz eden haller ele alındığında eylem haksız tahrik sayılmıştır* ’⁸³⁰. Bir başka kararında, ‘ *maktulün sanığa ‘parlak mülayim, seni yapacağım’ şeklindeki s zü ve haysiyet kırıcı davranışlarının tekrarı* ’⁸³¹ tahrik olarak kabul edilmiştir.

Tahrike konu fiilin, bireyden kaynaklanması gerekmektedir. Hayvan hareketleri, ancak bunların bir birey tarafından kullanılması ve bireyin kusurlu hareketlerinden ötürü gerçekleşmiş olması halinde tahrik unsuru olarak kabul

⁸²⁸ Çağlayan, T r C s.506. Mağdurun sanığın evinin önüne tuvalet yaptırması tahrik fiili olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 2.C.D. 8.3.1985, 1298/2455, Mehmet Görgün, T r C r C M dd -124, Kardeşler, 1993, s. 407. Gözübüyük, T r C A C , s. 213.

⁸²⁹ Yargıtay 2.C.D. 9.5.1989, Görgün, T r C r C , s.401.

⁸³⁰ Çağlayan T r C r , s. 515.

⁸³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1973/75, K. 1973/44, T. 29.1.1973. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 8.11.2012.

edilebilmektedir⁸³². Bu nedenle, hayvanın sahibine atfedilecek bir kastın ya da taksirin olmaması durumunda, hayvan hareketlerinden dolayı bir zararın meydana gelmesi neticesinde oluşan hiddet ya da şiddetli elem sebebiyle suç işlenmesi halinde fail tahrik indiriminden yararlanamayacaktır⁸³³. Tahrik fiilinin mağdurdan kaynaklanması gerekmektedir. Dolayısıyla mağdur, bizzat kendi davranışları nedeniyle haksızlık zemininde bulunmalıdır. Failin, davranışının haksız olmasına rağmen kendisine yönelik gerçekleştiği iddia edilen haksızlık neticesinde verdiği tepki fiili Yargıtay tarafından haksız tahrik sayılmamıştır⁸³⁴.

Bazı durumlarda her biri başlı başına adi tahrik teşkil eden ve zaman aralıkları ile devam eden hareketler, failde şiddetli elem ve büyük bir hiddete ve neticesinde ağır tahrike neden olabilmektedir⁸³⁵. Bu durumda, her biri tek başına tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirir nitelik ve ağırlıkta olmayan fiillerin, zaman içerisinde tekrarlanması suretiyle ağır hale gelmesi, failin işlediği suç hakkında tahrik indirimini gündeme getirecektir.

Somut olayda tahrik teşkil edecek bir fiilin objektif olarak bulunması lazımdır. Ancak failde somut olayda tahrikin bulunduğu yolunda bir inancın olması durumunda, tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda nasıl bir tutum sergileneceği tartışmalıdır. Doktrinde mefruz tahrik olarak da adlandırılan

⁸³² Özen, **T r C** **d M r M d**, s.81. Müştekinin komşusu olan sanığın izni olmadan failin penceresinin önünde bulunan ağıla koyduğu keçilerin yaydığı kötü kokudan failin ve ailesinin rahatsız olması üzerine, keçilerin bulunduğu yerden kaldırmamasını söylemek için müşterinin konutuna geceleyin rızası hilafına giren fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması Yargıtay tarafından ifade edilmiştir. Yargıtay 2.C.D. 2.4.2007, 2007/457-2007/4728. Yakınanın hayvanlarının, sanıkların arazisine girmesinin, haksız kışkırtıcı nitelikte bir davranış olduğu ve sanıklar yararına 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51/1.maddesinin uygulanmasını gerektirdiği gözetilmeden, yetersiz gerekçe ile yasal indirim hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay 4.C.D. 23.1.2008 13021/624, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 8.11.2012.

⁸³³Yargıtay 2 C.D., 5.10.1953, 53/14997, 53/14973. Tutumlu, **T r C** **Hukukunda** **T r** **Ö** **r**, s.28.

⁸³⁴ Sanığın, resmi eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşadığı evine evlilik dışı ilişki yaşadığı bayanı getirerek ahlak dışı davranışla metres hayatı yaşamayı, ayrıca metresinin kız kardeşiyle herkesce bilinebilecek şekilde ilişki kurduğunun duyulup ifade edilmesi, eşi maktuleye karşı şiddet kullanarak onu boşanmaya zorlaması ve dolayısıyla kendisinin haksız zeminde bulunması karşısında; her ne kadar eşinin kendisine sadakat göstermediğini söylemişse de, bu nedenle onu öldürmesi eyleminde haksız tahrik hükümlerinden yararlanmasının hakkaniyet ve nisfetle bağdaşmayacağı dikkate alındığında, daha az ceza almaya yönelik soyut savunmaya itibar edilerek haksız tahrik hükmünün uygulanması sebebiyle yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Yargıtay 1.C.D. 13.3.2012, E.2010/3234, K.2012/1724. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 8.11.2012.

⁸³⁵Yargıtay 1.C.D. 22.3.2006 E.2021 K.905. Remzi Gündüz/Veyssel Gültaş, **T r** **C** **r C** Bilge, Ankara, 2009, s.233.

varsayılan tahriki bir indirim nedeni olarak kabul eden görüşe göre, sanığın somut olayda tahrikin varlığı hususundaki makul inancı yeterli görülmektedir; çünkü tahrikte ceza indirimi, failin gazap ve elemle hareket etmesi yani psikolojik bir nedene dayanmaktadır. Bu görüşe karşılık, failin bu yöndeki subjektif inancının yerinde ve yeterli olmadığını savunanlar, failin zan ve vehiminin nedensellik değeri bulunmadığını ifade etmektedirler⁸³⁶. Haksız tahrikin psikolojik olduğu kadar hukuki esası da mevcuttur ve bu nedenle failin sadece mevcut zannı ile cezasında indirim yapılması uygun olmayacaktır⁸³⁷. Ortada gerçekte işlenmiş bir haksız hareket mevcut değildir. Haksız tahrike ilişkin koşulların somut olayda bulunmamasına rağmen, bu şartların gerçekleştiğinden bahisle hareket etmesi halinde fail haksız tahrikin maddi şartlarında hataya düşmüş olur. Türk Ceza Kanunu'nun 30.maddesi uyarınca kusurluluğu kaldıran ya da azaltan bir nedenin maddi şartlarında hataya düşülmesi, bu yanılığının kaçınılmaz olması durumunda fail hakkında haksız tahrik indirimi gerçekleşecek, aksi takdirde fail hatasından faydalanamayacaktır⁸³⁸.

Yargıtay tarafından ise içtihat oluşturacak yönde bir görüş belirtilmemekte, aksine Yargıtay'ın her iki yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay, ' *er ne kadar olayda maktulden kaynaklanan bir tahrik hali yoksa da; eşinin yaralandığını g ren sanığın sorumluları saptayabilme zaman ve şansının bulunmadığı ve bu ani algılamada eşinin yakın çevresindekileri sorumlu tutarak karşı eyleme y nelmesinin halin icabına g re benimsenebilir bir mefruz ağır tahrik telakki edilebileceğini*' kabul etmiştir⁸³⁹. Davranışın haksız olduğu konusundaki görüşleri iki grupta ele alırsak; bunlardan ilki olan ve çoğunluğun savunduğu görüşe göre, davranışın haksız olduğu sadece objektif olarak değerlendirilecek ve böyle bir durumda haksız tahrik indirimi uygulanmayacaktır. Bir diğer azınlıkta kalanların görüşüne göre; haksız tahrikin

⁸³⁶ Bu yönde görüşler için bkz: Duran, **Ceza Hukukunda T r** , s.115.

⁸³⁷ Faruk Erem, **T r C r** r Cilt 1,Seçkin, Ankara, 1993, s.420.

⁸³⁸ Özgenç, **T r C r** , s.425-435.

⁸³⁹Yargıtay 1.C.D., 6.5.1998 428/1417. Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, **A -Yeni T r C r** 1.Cilt, Seçkin, Ankara, 2010, s. 516.

Yargıtay, bir diğer kararında ise; 'Olayın sebep ve başlangıcından haberdar olmasa dahi, haksız hareketleriyle olaya sebep olan babasının olay öncesinde saldırıya uğradığını zannederek ateş eden sanığın, haksız bir tahrikin etkisi ile suç işlediği kabul edilemez' şeklinde görüş belirterek mefruz tahriki kabul etmemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.5.1989-1-121/186. Günay, **r A S O r T r** s.102.

subjektif olduğu varsayımından yola çıkılarak tahrik teşkil eden fiilin haksız olduğu zannıyla gerçekleştirilen tepki fiillerinde haksız tahrik indirimi uygulanacağını ifade edilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, davranışın haksız olduğu konusunda sadece objektif olarak bir değerlendirmenin yapılabileceği ve böyle bir durumda tahrik fiili yok ise haksız tahrik indirimi uygulanmayacağı görüşü çoğunlukta ise de haksız tahrikin subjektif olmasından kaynaklanarak buradaki davranışın haksız olduğu zannıyla gerçekleştirilen davranışlarda haksız tahrik indiriminin uygulanabileceği kabul edilmektedir⁸⁴⁰.

Bir diğer husus ise, tahrike konu olayda, tahrik edici nitelikte bir fiilin varlığının yargılamada ortaya konulmasıdır⁸⁴¹. Mağdurun, haksız tahrike konu olabilecek söz ve davranışlarda bulunmadığı bir durumda sanığın haksız tahrik etkisi altında işlediği kabul edilen eylemleri hukuki dayanaktan yoksun kalacaktır. Örneğin, Yargıtay, maktulün gayri meşru kocası olan sanığa hitaben ‘*zıkkım yesen benim kocam değil babamsın*’ sözlerinin ne suretle tahrik teşkil ettiği inandırıcı gerekçelerle hüküm yerinde açıklanmasının gerekliliğini vurgulamıştır⁸⁴².

3. T r Fiiller

Tahrik fiilinin iradi ve bilinçli olarak işlenmesi gerektiği, taksirli suça sebebiyet veren iradi hareketin de haksız tahrike yol açabileceği çoğunluk

⁸⁴⁰Dolcini/Marinucci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.19.

⁸⁴¹Yargıtay 1.C.D. 29.1.2007 2006/5059- 2007/56. Mustafa Artuç, Çetin Akkaya, Cemil Gedikli, **2006-2007- r TC**, Adalet, Ankara, 2008, s.141. ‘...maktüllerin sanığa y nelik tahrik olarak kabul edilen olay ncesi ve olay sırasındaki haksız eylem ve s zlerinin ne olduğu denetime imkan verecek şekilde açıklanmadan tahrik nedeni ile cezadan indirim yapılması yasaya aykırıdır’ Yargıtay 1.C.D., E. 2008/7903 K. 2008/7985 T. 17.12.2008 www.kazanci.com.tr, 8.11.2012.

⁸⁴² Yargıtay 1.C.D. 2.10.1963, 1325/1913, A.Şahap Algan/İlhami Bozkoyunlu, **T r C** r, Güneş Matbaası, Bilecik, 1968, s.46. Aralarında huzursuzluk bulunan ve boşanmak isteyen karı kocanın, kadının baba evine bu konuda konuşmak için gittikleri esnada, maktül kocanın kızını bırakmaya getirdik, geri götürmeyeceğiz demesi üzerine, sanığın evde bulunan tüfeğini alarak maktülü vurup öldürdüğü olayda sanığa yönelik tahrik olarak kabul edilen olay öncesi ve sırasındaki haksız hareket ve sözlerin ne olduğu denetime imkan verecek şekilde açıklanmadan yerel mahkeme tarafından cezada indirim yapılması Yargıtay tarafından bozma sebebi sayılmıştır. Yargıtay 1.C.D. 17.12.2008, E.2008/7903, K.2008/7903. Gündüz/Gültaş, **T r C** r **Cilt 1**, s.212.

tarafından savunulan bir görüştür⁸⁴³. Bu nedenle, işlenen bu fiil, failin kasten ya da taksirle işlediği bir fiil olabilir. Yargıtay ‘*olaydan nce maktulün tedbirsizlik ve dikkatsizlikle sanığın beş yaşındaki kardeşinin yanarak ağır şekilde yaralanmasına neden olması*’ nedeniyle tahrik olduğunu ileri süren sanık lehine haksız tahrikin uygulanmasına karar vermiştir⁸⁴⁴. Yargıtay benzer diğer kararları ile haksız tahrik hükümlerinin taksirli suçlar için de uygulanacağını ifade etmiştir. Buna göre; *kanuni indirim nedeni olan tahrik sebebinin kabulü için ortada bir haksız hareketin bulunması bu hareketin mağdur veya maktulden gelmesi failin de bunun etkisi altında kalarak ve maruz kaldığı gazap veya şiddetli elemle suç teşkil eden eylemi hareketi yapana karşı icra etmesi gerekir u konuda haksız hareketin mevcudiyeti yeterli olup bunun suç oluşturup oluşturmaması sonuca etkili değildir layda maktül dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna g re sanıklar lehine haksız tahrik hükmünün kabulü yasal düzenleme gereği olup oluşa nazaran bu tahrik basit düzeydedir*⁸⁴⁵ Yargıtay bir diğer kararında taksirli suçlarda haksız tahrik uygulamasını şu şekilde belirtmiştir: ‘*Olayda, maktulün, elverişli genişlikte olmasına rağmen biraz daha sağa yanaşmayarak tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu trakt rüne takılı alet ile sanıkların trakt rüne çarptığı ve hasara neden olduğunu bundan kaynaklanan kavgada sanıkların maktulü sopa ile darp ettiği diğer sanığın da av tüfeği ile ateş ederek maktulü ldürdüğü anlaşılmaktadır Maktul haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna g re sanıkların lehine sayılı maddesinin uygulanması gerekeceğine karar verilmelidir ünkü haksız hareketin mevcudiyeti yeterli olup bunun suç oluşturup oluşturmaması neticeye etkili bulunmadığı gibi eylemin kasten ya da taksirle işlenmesi arasında da bir fark yoktur*⁸⁴⁶. Kanımızca burada değerlendirilmesi gereken taksirli fiilin haksız tahrikin şartı olan haksız fiil olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Suç olarak düzenlensin ya da düzenlenmesin, taksirli hareket bundan etkilenen mağdur açısından haksız fiil teşkil ediyorsa kanımızca tahrik oluşturduğu kabul

⁸⁴³Duran, **Ceza Hukukunda T r** , s.103. Gözübüyük, **T r C A** Cilt 1, s.214; İçel, **Ceza Hukukunda T rd S S r** , s.58 vd.

⁸⁴⁴ Yargıtay 1.C.D. 6.6.1994 gün E. 1926 K.1763 sayılı kararı. Ahmet Zeki Polat, **Ö r U d Ad Ö d r S r** 1.Bası, Alfa Yayınları, Mart, 1999, s.661.

⁸⁴⁵ Yargıtay 4.C.D. 18.12.1945, 11546/11536; 2.C.D. 22.10.1985, 7645/8347, Önder, **r M r C r B A r S r** , s.85.

⁸⁴⁶ Yargıtay 1.C.D. 7.5.1995 gün E. 4368 K.251, **YKD**, C.21.S.4.Nisan 1995, s.653 vd.

edilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta taksirli davranış ile netice arasındaki illiyet bağının kurulabilmesidir. Taksirli davranış ile netice arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa haksız tahrik hükümleri de uygulama alanı bulabilir. Failin tahrik etme ya da zarar verme veya tahkir kastı ile davranmış olmasına gerek yoksa da manevi anlamda bu davranışın failine isnat edilebilir olması gerekir. Ancak, kaza ve tesadüfe dayanan davranışlar haksız tahrik oluşturmaz⁸⁴⁷.

B T r O

1. Genel Olarak

Fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için tahrike neden olan fiilin haksızlığı haiz olması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda haksız fiil tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle bir fiilin haksız olması hususunda diğer hukuk dalları aracılığıyla bir değerlendirme yapabilmemiz mümkündür. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi haksız fiil olarak kabul edilen hallerde failin, bizzat neden olduğu haksız fiilden ötürü, tahrike kapılması ve tahrik indiriminden yararlanması kabul edilmemektedir. Kendisinden kaynaklanan ve sanığın da buna karşılık sergilediği orantılı hareketleri nedeniyle mağdurun tahrike kapılması, Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesi uyarınca indirimine uygun değildir. Ancak failin gösterdiği tepkinin aşırı olması durumunda mağdur açısından meşru savunma ya da haksız tahrik hali meydana gelecektir. Ayrıca, failin fiilinden ötürü indirimden yararlanabilmesi için daha önce de belirtildiği üzere hukuka aykırı zeminde bulunmaması gerekmektedir. Örneğin, failin öldürme fiilini, hırsızlık amacıyla girdiği işyerinde suçu işleyememesinden kaynaklanan kızgınlıkla gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, maktulden kaynaklanan faile yönelik haksız tahrik teşkil eden herhangi bir fiil bulunmamaktadır⁸⁴⁸. Aksi bir örnekte ise Yargıtay, konutundan çıkmak istemeyen kişiyi iten maktulün davranışını, hukuka aykırı olmadığından bahisle,

⁸⁴⁷Dolcini/Marinucci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.21.

⁸⁴⁸ Yargıtay 1.C.D. E. 2006/2690 K.2006/5233, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 22.11.2012.

tahrik olarak görmemiş ve fail hakkında haksız tahrik indirimini yersiz bulmuştur⁸⁴⁹.

B r r Hukuku M d A d

Borçlar Hukuku bakımından haksız fiil, hukuk düzeninin kişilerin mal varlığını veya şahıs varlığını korumaya yönelmiş yazılı veya yazılı olmayan kurallarına aykırı fiillerdir⁸⁵⁰. Borçlar Hukuku bağlamında haksızlığın hukuka aykırılık unsuru ile bir tutularak değerlendirildiği görülmektedir. Haksız fiiller, aktif bir davranış şeklinde ortaya çıktığı gibi hukuk düzeninin başkasını zarardan korumak için belli tedbirlerin alınmasını, fiillerin yapılmasını öngördüğü hallerden kaçınma şeklinde de ortaya çıkabilir⁸⁵¹. Ayrıca hakkın, kanunun öngördüğü amacın dışında kullanılması durumunda ortaya çıkan '*hakkın k tüye kullanılması*' yoluyla, bir başkasına zarar verilmesine neden olması durumunda haksız fiilin varlığından söz edilmektedir⁸⁵². Buna ilave olarak, dürüstlük kuralına aykırı hareketler de hukuka aykırı fiiller olarak kabul edilmektedir⁸⁵³. Haksız fiiler Borçlar Hukuku'nda temel olarak iki grupta toplanmaktadır. Bunlar, sözleşmeye aykırı davranışlar ve dar anlamda haksız fiiller olarak da adlandırılan ve taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmaksızın, sözleşme ile bağlantılı olmaksızın, kanunların herkese yüklediği görevlere aykırı hareketlerdir⁸⁵⁴.

Borçlar Hukukuna göre haksız bir fiilden dolayı sorumluluğun doğması için fiilin hukuka aykırı ve kusurlu olması gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nun 49.maddesi kusurlu ve hukuka aykırı fiilden bahsetmektedir. Hukuka aykırılık fiilde objektif bir değerlendirmeyi içerirken, kusur subjektif bir

⁸⁴⁹Yargıtay 1.C.D.21.5.2002-281/1954. Günay, **Ö r ve Yar r r r E d**
r A B r S O r T r, s.132.

⁸⁵⁰Safa Reisoğlu, **B r r**, 21.Bası, Beta, İstanbul,2010, s.159.

⁸⁵¹**A.g.e.**

⁸⁵²**A.g.e.** Borçlar Kanunu'nun 49.maddesi uyarınca, kusurlu ve hukuka aykırı fiiller dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu bulunmakta ise de kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğu gerek Borçlar Hukuku'nda gerekse Medeni Hukukta bulunmaktadır. Ancak kusursuz sorumluluktan doğan haksız fiil halleri ancak üçüncü kişinin fiilinden doğmaktadır. Bu halde, haksız tahrik bakımından, tepki fiilinin tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye yönelik olması arandığından, objektif sorumluluk halleri haksız tahrik konusu dışında kalmaktadır.

⁸⁵³M.Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, **B r r**, 3.Bası, Filiz, İstanbul, 2000, s.483.

⁸⁵⁴Reisoğlu, **B r r**, s.159.

değerlendirmedir⁸⁵⁵. Kanun metinlerinde bir fiilin nasıl ve hangi niteliklere sahip olması halinde hukuka aykırı sayılacağı belirtilmemiştir. Ancak, denilebilir ki bir kimse, hukuk düzeninin kişileri zarardan korumak amacıyla koyduğu emirleri veya yasakları çiğnerse hukuka aykırı hareket etmiş olur⁸⁵⁶. Fiilin genel bir davranış kuralına aykırı olması da hukuka aykırı fiile dalalet eder. Ancak, fiilin hukuka aykırı olmasına rağmen ortada zararın bulunmaması durumunda haksız fiil sorumluluğu doğmamaktadır.

Açık ve kesin emir ve yasaklara aykırılık dolayısıyla suç teşkil eden fiiller aynı zamanda Borçlar Hukuku ve Medeni Hukuk bakımından da birer haksız fiil niteliğini taşımaktadırlar. Ancak, cezalandırmanın özel hukuk kişilerini zarardan korumak amacına dayanması halinde, bunların birer haksız fiil sayılacağı belirtilmektedir⁸⁵⁷. Şu halde denilebilir ki; aslında Ceza Hukuku bakımından haksız fiil olarak nitelendirilen durumlar, doğrudan Medeni Hukuk ya da Borçlar Hukuku bakımından kişileri maddi veya manevi zarara uğratmaması halinde fiil haksız fiil sayılmayacaktır⁸⁵⁸. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun kişilere ve mallara yönelik suçlar başlığı altındaki suç tipleri haksız fiil olarak kabul edilebilecekken, devletin güvenliğine, anayasal düzene ve milli savunmaya karşı suçlar haksız fiil sayılmayacaklardır. Ayrıca, özellikle Kabahatler Hukuku bakımından kabahat sayılan davranışlar, Borçlar Hukuku bakımından haksız fiil niteliğini taşımayabilirler⁸⁵⁹. Dolayısıyla, Borçlar Hukuku bakımından her suç ya da kabahat, maddi veya manevi zararın doğmaması halinde birer haksız fiil olarak değerlendirilmemektedir⁸⁶⁰.

⁸⁵⁵ Oğuzman/Öz **B r r** r s.477.

⁸⁵⁶ Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tek B r r** r C , 5.Bası, İstanbul, 1985, s.643.

⁸⁵⁷ **A.g.e.**, s.646.

⁸⁵⁸ **A.g.e.**

⁸⁵⁹ Ahmet M.Kılıçoğlu, Haksız Fiillerden sorumlukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi , <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-29-03-04/AUHF-1973-29-03-04-Kilicoglu.pdf>, 185-225, s.186.

⁸⁶⁰ Kılıçoğlu, **rd n Sorumlulukta Ceza H M d** , s.186.

3. Ceza Hukukunda

Ceza Hukuku'nda kanunda suç olarak belirlenen davranışlar, haksız tahrik bakımından evleviyetle birer haksız fiil olarak kabul edilmektedir⁸⁶¹. Ancak, kanımızca, her suçun başlı başına haksız tahrik indirimi bakımından birer tahrik unsuru olduğu söylenemez. Bu yorum Yargıtay tarafından da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemlerde, sarhoşluk suçunda tahrikin söz konusu olamayacağı hususundaki kararı⁸⁶² ile kanımızca desteklenmektedir.

Ceza Hukukundan farklı olarak diğer hukuk dallarında bir fiilin haksız olarak nitelendirilebilmesi için birden çok unsurun bir arada bulunması gerekmele birlikte Ceza Hukuku bakımından böyle bir durum yoktur. Tahriki oluşturan fiillerin haksız sayılması için yükümlülük getiren veya yetki veren herhangi bir normun dışına çıkılmış olması yeterlidir. Bu kapsamda davranış normlarının dışına çıkılması da tahrik nedeni sayılmaktadır. Örneğin, bir Yargıtay kararında mağdurların müşterek apartman sahanlığında top oynayarak gürültüleri ile sınığı rahatsız ettikleri ve daha evvel vaki şikayete rağmen, gürültüye ve top oynamaya devam etmeleri olayında bu fiiller suça tahrik niteliğinde bulunmuştur⁸⁶³.

Fiilin haksızlığı, bunun suç teşkil edip etmemesi ya da Borçlar Hukuku bakımından haksız olup olmamasına bağlı değildir. Hukuka aykırı fiiller, hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi birisinin olmaması halinde, haksız birer fiil olarak kabul edilmektedirler⁸⁶⁴. Daha önce değindiğimiz üzere esasında hukuka

⁸⁶¹ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda** A r Seçkin, Ankara, 2003, s.234.

⁸⁶²Haksız tahrik düzenlemesinin, şahısların birbiri aleyhine işlemiş oldukları suçlarda uygulanabileceği ve kasıtsız suçlarda uygulanabilme olanağı bulunmadığı gözetilmeden saldırgan sarhoşluk suçundan sanıklar hakkında uygulanamayacağına karar vermiştir. Yargıtay 2.C.D. 22.10.1985, E.7645/ K.8347. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 13.11.2012.

⁸⁶³Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.5.1972, 2/144-234. Çağlayan, T r C r s.562. Yargıtay 'Müştekinin alt katındaki dairede oturan sınığın evine müştekinin dairesinden devamlı su sızdığı ve balkon yıkanırken oluşan pis suların da dairesine sıçratılmasından rahatsız olan sınığın olay günü müştekinin evine izinsiz girmek suretiyle işlediği suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması' nı yasaya aykırı bulmuştur.Yargıtay 2.C.D. E. 2002/704 K. 2003/7886 T. 2.7.2003,www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 8.11.2012.

⁸⁶⁴ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 17.1.2008, 2008/10-2008/10. A r r r r r r r **Dergisi**, 2008, s.499-506., s.501. Yargıtay 1.C.D. 9.7.1981-3551/3407. Günay, Ö r ve Yar r r r E d r A B r S O r T r s.104.

uygun olan bir fiil işleniş tarzı bakımından hakkın kötüye kullanılması sayılabiliyorsa hukuka aykırı bir nitelik alabileceğinden haksız fiil niteliğine bürünebilmektedir⁸⁶⁵. Ya da hukuka uygunluk nedeninin sınırında bir aşma söz konusu ise -örneğin memurun görevini kötüye kullanması-, bu durum da sanık açısından haksız fiil teşkil etmektedir⁸⁶⁶. Şu halde, Borçlar Hukukuna göre haksız sayılan bir fiil Ceza Hukuku bağlamında da haksız sayılacaktır. Örneğin Yargıtay bir kararında, Borçlar Hukukuna aykırı olarak borcunu ödemeyen borçluya karşı alacaklının gerçekleştirdiği kasten öldürme fiilinde haksız tahrik koşullarının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁶⁷. Bununla birlikte, devamsızlığı yüzünden işinden çıkarılan kişinin kendi kusuru neticesinde katlanması zorunlu olup bundan dolayı hiddete kapılarak suç işlemesi halinde tahrik hükümleri uygulanmayacaktır⁸⁶⁸. Ancak, hukuka aykırılığın haksız fiilin tek ölçütü olmadığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır⁸⁶⁹. Buna göre,

⁸⁶⁵ Dönmezer/Erman, **N r T C** r Cilt II, s.353.
⁸⁶⁶ ‘ *olisin zor kullanma yetkisi sınırının aşımı haksız tahrik nedenidir* ’ Yargıtay 4.C.D. 24.9.2008 8446/17394. Günay, **Ö r ve Yar r r r E d r A Bir Sebep O r T r**, s.166. ‘ *ğretmenleri olan müştekinin mobiletinin benzin deposuna toz şeker atmak suretiyle zarar vermek isteyen sanıklar tüm aşamalarda müştekinin kendilerine sık sık " pta salak vs " gibi s zlerle küfür etmesi ve sebepsiz yere kendilerini d vmesinden kaynaklanan fkeyle atılı suçu işlediklerini belirterek suçlarını samimi bir biçimde ikrar etmeleri karşısında; sanıkların müşteki hakkındaki s z konusu iddialarının doğruluğu halinde müştekinin memurluk g revini yasaya uygun olarak yaptığının kabul edilmesi mümkün olamayacağından ve bu durumda sanıklar hakkında haksız tahrik altında kaldıklarının kabulü ile basit ızzar suçundan cezalandırılmaları gerekeceğinden...* sayılı Milli ğitim Temel Kanunu'nun 2 ve 43. maddelerinde de açıklandığı üzere eğitim g revini yerine getiren ğretmenlerin ğrencilerini beden zihin ahlak ruh ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı bir kişi olarak yetiştirmekle g revli olmaları ve bu nedenle pedagoji formasyonuna da sahip olmalarının gerekliliği karşısında ğrencilerinin olumsuz davranışları nedeniyle uyarılıp cezalandırılması durumlarında yaşları nedeniyle sahip oldukları psikolojik zellikler de g z nünde bulundurulurken utanç duygularını rencide etmeyen ancak hatasını kavramasını ve tekrarından kaçınmasını sağlayacak bir tutum ve uygulamanın sergilenmesi gerekmektedir osya kapsamına g re; fen bilgisi dersi ğretmenleri olan müştekinin mobiletinin benzin deposuna toz şeker atmak suretiyle zarar vermek isteyen sanıklar tüm aşamalarda müştekinin kendilerine sık sık " pta salak vs " gibi s zlerle küfür etmesi ve sebepsiz yere kendilerini d vmesinden kaynaklanan fkeyle atılı suçu işlediklerini belirterek suçlarını samimi bir biçimde ikrar etmeleri karşısında; sanıkların müşteki hakkındaki s z konusu iddialarının doğruluğu halinde müştekinin memurluk g revini yasaya uygun olarak yaptığının kabul edilmesi mümkün olamayacağından ve bu durumda sanıklar hakkında nin maddesinin bendi uyarınca değil haksız tahrik altında kaldıklarının kabulü ile basit ızzar suçundan nin ilk ve maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekeceğinden sanıklara müşteki hakkındaki s z konusu iddialarını ispatlamaları olanağının da verilerek ayrıca mahkemece de bu husus da re sen araştırma yapılması gerektiği de g zetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır’ Yargıtay 10. C.D. E. 2003/3198 K. 2003/19556 T. 30.9.2003, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 8.11.2012.
⁸⁶⁷ ‘ *orcun stendiğinde irden ok ez akaret ve ehdi tme katta akki lmadığı alde üklü Miktarda ara stemek* ’ haksız birer davranıştır. C.G.K., 2009/1-221E, 2010/61 K, 23.3.2010; Yargıtay 1.C.D. 20.5.1966, 1115/1206, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 7.11.2012.
⁸⁶⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 4.6.1949, 2/59-53, Gözübüyük **T r C**
⁸⁶⁹ **A** Cilt 1, s.221.
⁸⁶⁹ Erem/Danışman/Artuk, **C** r, s. 596.

haksızlık kavramı, hukuka aykırılıktan daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Bu nedenle de failin psikolojik durumunun göz önüne alındığı subjektif kararlarla tahrik fiilinin haksızlığı değerlendirilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre, sadece ahlaka aykırı bir eylem tahrik için yeterli olabilir. Buna karşın, tahrik fiilindeki hukuka aykırılığın objektif nitelik taşıdığı ve bu nedenle failin içinde bulunduğu psikolojik durumun öneminin bulunmadığı görüşü de doktrinde yer almaktadır⁸⁷⁰.

Fiilin Ceza Hukuku bağlamında haksız olup olmadığı hususundaki değerlendirme kanımızca sadece fiile bakarak değil, somut olayda failin çevresi, sosyal koşulları ve kişiliği göz önünde bulundurulmak suretiyle objektif bir biçimde yapılmalıdır. Fiilin haksızlık niteliğini haiz olup olmadığının belirlenmesinde, bu fiilin işlenmesi hususunda bütün nedenler somut olayda değerlendirilmeli ve yargılama esnasında bir arada ele alınmalıdır. Zira bazı durumlarda mağdurun söylediği sözden çok söyleyiş tarzı ya da beden dili de tahrik nedeni olabilmektedir⁸⁷¹. Yargıtay, kasten öldürme suçunda, maktulün ortağı bulunduğu şirketin, failin şirketine karşı menfi tespit davası açmak suretiyle yasal bir yola başvurmuş olmasını haksız tahrik olarak değerlendirmemekle birlikte, olaydan bir süre önce ve o tarih itibarıyla aralarında halen devam etmekte olan menfi tespit davası nedeniyle adliyede buldukları sırada failin yanına gelen maktulün alaycı bir üslupla *'bu dosyayı kapatalım bir miktar para verelim aksi taktirde çok sürünürsünüz'* şeklindeki konuşması ve bu tür sözlerin maktul tarafından değişik zamanlarda da söylenmiş olmasını fail lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren haksız bir davranış olarak kabul etmiştir⁸⁷². Bir diğer kararında *'lenin olaydan bir süre nce*

⁸⁷⁰ Özen, **T r C Hukukunda M r M d**, s.81.

⁸⁷¹ *'obanlık yapan sanık için az sayılamayacak miktarda olan yaklaşık lira parayı kısa bir süre içerisinde demek üzere alan maktulün bu borcu deyecek mal varlığına sahip olmasına rağmen dokuz ay gibi uzun bir süre borcunu demediği gibi olay günü karşılaştıklarında parasını isteyen sanığa hitaben alaycı ve tahrik edici bir üslupla 'mahkemenin yolu oradan geçer gücün yetiyorsa gel al' şeklindeki konuşması yaşama ve geçim çabası içerisinde bulunan sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren haksız bir davranış olup alacağımı uzun süredir alamayan ve herhangi yazılı bir belge almamış olduğu için de alacağımı tahsil edemeyeceğini düşünen sanığın maktulden kaynaklanan haksız davranışın oluşturduğu fkenin etkisi altında kalarak kasten öldürme suçunu işlediğinin kabulü gerekmektedir'* Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.2.2012 gün 1/453-36 sayılı karar. Akçin, **r r r C r r r**, s.90.

⁸⁷² Yargıtay 3.C.D. 28.11.2007, 2006/10914- 2007/8821, Artuç/Akkaya/Gedikli, **2006-2007-2008 r r r TC** s.137; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.3.2011, E.2011/1-33, K.2011/20. Sanığın tanığı hastaneye götürmek için geldikleri taksi durağında ticari taksicilik yapan

sanığa omuz vurması olay günü de kahvehaneden el kol hareketleriyle dışarıya çağırması biçimindeki haksız hareketleri nitelikleri itibarı ile sanık yararına adi tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirir' hükmüne yer vermiştir⁸⁷³.

Kanımızca, tahrike neden olan fiilin haksızlık içeriğinin çok geniş tutulmaması, hukuk dışı değerlendirilmelerle genişletilmemesi hukuk düzeninin gereğidir. Bu sayede bütün ahlaka, örf'e ya da bütün toplumsal değer yargılarına aykırı fiiller, tahrik oluşturacak derecede ağır fiiller olup olmadığı hususunda değerlendirmeye tabi tutulmadan, doğrudan haksız tahrik unsuru sayılmayacaktır⁸⁷⁴. Bir davranışın hukuka aykırı olmayıp sadece örf ve adete aykırı olması durumunda ise bunun haksız bir fiil olarak kabul edilmemesi gerektiği bizim de katıldığımız bir görüş olarak doktrinde ifade edilmektedir. Buna örnek olarak ise yetişkin bir kadın ve erkeğin rızaya dayalı birlikteliği örf ve adete uygun olmamasına rağmen haksız fiil olarak kabul edilmemesi gösterilebilir.

r A r r d E

Türk Hukukunda, hukuki ve ahlaki yönlerden haklı sayılmayan eylemlerin, hukuka, ahlaka ve toplumsal değer hükümlerine aykırı her türlü hareketin ya da bir hakka dayalı olmaksızın yapılan taarruzların haksız fiil

mağdurun sanık ile arkadaşını hastaneye götürmemesinin sanık lehine tahrik oluşturup oluşturmadığının kararda tartışılmamış olmasını bozma sebebi sayan Yargıtay (3.C.D. 23.1.2008 1353/630) kararı karşısında, normal şartlarda haksız olmayan bir eylemin ortada yaralı birinin olması halinde bu durumun tahrik nedeni olabileceği değerlendirilmelidir. Bir başka kararda ise, maktulün kardeşinin işlettiği kahvehanede garson olarak çalışan sanığın lavabodan çıktığını gören maktulün sanığa elini yıkadın mı şeklindeki iyi niyetli uyarıda bulunması tahrik oluşturmayacağından yerel mahkemenin bu yöndeki kararı bozulmuştur. Yargıtay 1.C.D. 24.10.2007 2006/5044-2007/7718. **A.g.e.**, s.141.

⁸⁷³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1994/1-142 K. 1994/165 T. 6.6.1994 www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 6.11.2012.

⁸⁷⁴ Aynı yönde görüş için bkz: Özen, **T r C Hukukunda M r M d** s.81. Yargıtay'ın, aralarında resmi nikah bulunmayan sanığın, maktüleyi bir başkası ile aralarında ilişki olduğundan bahisle öldürmesi olayında sanık hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmasının yerinde olduğu kararı karşısında (YCGK., 24.4.1989, 1-99/159, **r r r r** Eylül 1989, Görgün, **T r C r** Cilt 1, s.381) fiilin haksızlık unsuru kanımızca geniş yorumlandığı sonucuna varılmalıdır. Fail ile maktulün aralarında hukuk düzeni tarafından kabul edilen ve korunan herhangi bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar birlikte olmuş olsalar da taraflardan birisinin bir başkası ile birlikte olması, bu ilişkinin daha fazla devam etmesini istemediği ya da bu ilişkinin devam etmediğinin göstergesidir. Bu sebeple, failin, maktülenin daha fazla fail ile birlikte olmak istememesi halinde failin bu durumu kabul etmeyerek öldürme suçunu işlemesinde tahrik indiriminin uygulanması adalete uygun düşmemektedir.

nitelendirilmesinde birer ölçüt olduğu belirtilmektedir⁸⁷⁵. Özellikle Yargıtay'ın 'toplumsal değer hükümlerine ahlaka r f ve adete aykırı davranışların hukuka aykırı davranış'⁸⁷⁶ olarak nitelendirmesi ve 'bir insanın giyim kuşamı veya herhangi bir y nü ile alay edilmesinin başlı başına haksız bir davranış olduğu hukuka aykırı her türlü davranışın haksız eylem niteliğini taşıdığı'⁸⁷⁷ yönündeki kararları karşısında bir fiilin haksızlık niteliğinin geniş tutulabildiği görülmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki; bazı durumlarda toplumlar zaman içerisinde değişen sosyal eğilimler ve örf-adet ya da ahlak anlayışlarının değişmesi neticesinde daha önce katlandıkları ya da göz yumdukları davranışlara tahammül etme konusunda daha az eğilimli hale gelebildikleri gibi, bazı davranışların ahlaka aykırılığı konusunda daha ılımlı oldukları, bu nedenle bu kriterlerin içeriklerinin zaman içerisinde değiştikleri ve hatta kanunlara yansıdığı görülmektedir. Örneğin, kapalı alanlarda sigara içilmesi daha önce toplum tarafından kabul edilen bir durum iken bugün Kabahatler Kanunu ile kabahat olarak nitelendirilen bir davranış haline gelmiştir. Aynı şekilde, bir kültürde yetişen kişi için haksızlık teşkil etmeyen bir fiil, başka bir kültürdeki kişi için onur kırıcı, hakaretamiz bir davranış olarak değerlendirilebilir. Ya da bazı toplumlarda eşlerden birinin karşı cinsten başkaları ile tokalaşıp sarılmaları birer rencide edici davranış sayılırken, bazı toplumlarda bu davranışlar normal karşılanmakta hatta bunun garipsenmesi yadırganmaktadır. Örneğin, Türk toplumunda normal sayılan gayri resmi yaşadığı kadının yaşlı bir akrabası olan maktulün elini öpmesi ve maktulün de kadının yanaklarından öpmesi hareketi yerel mahkeme tarafından haksız fiil olarak değerlendirilerek sanık hakkında tahrik indirimine neden olmuşken Yargıtay tarafından fiilin haksız olmadığından bahisle yerel mahkemenin kararı bozulmuştur⁸⁷⁸. Peki, bu örnekler karşısında fiilin haksız olduğuna yönelik algının ve dolayısıyla yargılamalar üzerindeki kültürel algının belirleyici bir etkisi olduğu tartışılabilir mi? Bu sorun, özellikle, göçmenlerin ya da farklı kültürlerden gelen bireylerin bir arada oluşturdukları toplumlarda kendisini göstermektedir. Bu durum özellikle dışarıdan göç alan devletlerdeki yargılamalarda daha açık bir biçimde görülmektedir. Örneğin,

⁸⁷⁵ Duran, **Ceza Hukukunda** T r , s.121.

⁸⁷⁶ Yargıtay 1.C.D. 1.4.1980, E 8041, K. 80/1453, **A.g.e.**, s.122.

⁸⁷⁷ Yargıtay 1.C.D. 9.7.1981 E. 3551, K.81/3407, **A.g.e.** Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 8.12.19801/354-422. Çağlayan, **T r C r** , s.524.

⁸⁷⁸ Yargıtay 1.C.D. 26.4.2006-1295/1589. Günay, **Ö r ve Yar r r r E d r A BrS O r T r** s.107.

Amerika Los Angeles kentinde bir restaurantta şarkı söyleyen Taylandlı Pongsak Trakulratın şarkı söylediği esnada, izleyicilerden birisi tabanları Trakulrat'a doğru gelecek şekilde ayağını masanın üzerine koymuş, bu davranışı Tayland kültüründe ağır hakaret olarak kabul edilen bir fiil olduğundan bahisle, Trakulrat adeta komalık olacak derecede aşırı öfkelenmiş ve izleyiciyi tabancası ile öldürmüştür. Mahkeme, olayda tahrikin varlığını kabul ederek fail hakkındaki cezada indirim girmiştir⁸⁷⁹. Bir diğer örnek ise Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin verdiği karardır. Diğer Anglo-Sakson Hukuku ülkeleri ile paralel biçimde gelişme gösteren Avustralya'da Yüksek Mahkeme *Stingel*⁸⁸⁰ davasında, yukarıdaki örnekten farklı olarak Avustralya toplumunun birden çok kültürlü bir yapıya sahip olduğu ve bunun objektif değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerektiğini vurgulamışsa da bu farklı standarttaki toplulukların olaylar karşısında verecekleri tepkinin de farklı olabileceğini ancak her topluluğa göre farklı standardın belirlenmesinin '*hukuk eşitliği ilkesine*' zarar vereceği düşüncesiyle bu ölçünün herkes için aynı olacak biçimde uygulanmasına karar vermiştir. Görüldüğü üzere, bazı yargılamalarda kültürel algı tahrik hükmünün uygulanması açısından etkili olur iken⁸⁸¹ bazı yargılamalarda eşit koruma ilkesi gereğince failin etnik ya da kültürel kökeninin dikkate alınmaksızın tahrike neden olan fiillere karşı aynı şekilde yargılamanın gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁸². Bununla birlikte, Ceza Hukukunda haksız fiilin ne olduğu, ayrıca fiilin değerlendirildiği toplumun standartlarına da dayanmaktadır. Bir fiilin suç olarak kanunda düzenlenmesi ya da kanunlardan kaldırılması kadar haksız fiilin ne olduğunu ve buna karşı nasıl tepki gösterileceğini de çoğu zaman bireyin içinde bulunduğu toplumun kültürel yapısı belirler⁸⁸³. Örneğin, 1981 yılında mülga edilene kadar, İtalyan Ceza Kanunu 587. maddesinde düzenlenen 'Onur Neticesinde Yaralama veya Öldürme' suçuna göre, erkeğin, karısını, kızını ya da kız kardeşini, kanunda suç olarak belirtilen yasadışı cinsel ilişkiyi fark etmesi neticesinde öfkeye kapılması ya da ailenin namusunun gittiği

⁸⁷⁹Renteln, **The Cultural Defense**, s. 34 dipnot: 45.

⁸⁸⁰ 1996 131 DLR 4th 675. Allen, *Provocation's Reasonable Man: A Plea for Self-Control* , **The Journal of Criminal Law**, s.226.

⁸⁸¹People v. Trujillo Garcia, Court of Appeal, California, 17, Renteln, **The Cultural Defense**, s. 232.

⁸⁸²**A.g.e.**, s. 234 dipnot 53.

⁸⁸³ McAuley, *Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law* , **The Modern Law Review**, s.138. İngiliz Hukukunda 1957 tarihli Kanun'dan önce tahrik için sadece şiddetin var olması öngörülür ve sözler tahrik nedeni sayılmaz iken, 1957 tarihli kanun sonrasında herhangi bir hareket tahrik nedeni olabilmektedir.Martin/Storey, **Unlocking Criminal Law**, s. 274.

gerekçesi ile öldürmesi halinde, 3 ila 7 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırdı. Yaralaması halinde de kasten yaralama suçunun cezası üçte birine kadar indirilerek verilirdi. Yaralama neticesinde ölüm meydana gelirse failin cezası 2 ila 5 yıl arasında belirlenirdi. Yani, failin adam öldürme ya da yaralama suçunun cezası, bu durumda hafifletilmiş olurdu. Sadece kızını, eşini ya da kız kardeşini değil bunlarla ilişkiye giren erkekleri öldürmesi durumunda da aynı cezalar öngörülmüştü. Bu madde ile zina, ailenin şeref ve namusuna leke olduğundan bahisle haksız tahrik olarak değerlendirilmişti⁸⁸⁴.

Verilen örneklerden yola çıkarak söyleyebiliriz ki; haksız fiil kavramının içeriği kültürden kültüre değişebilmektedir. Toplumlar modernize oldukça tahrik fiilinin içeriği de değişmektedir. Örneğin, töre saikiyle adam öldürme fiillerinde daha önceden tahrik indirimi uygulanmakta iken günümüzde tam tersine ağırlatıcı bir hal olarak kabul edilmekte, hatta kanun gerekçelerinde bile altı çizilmektedir. Buradaki nokta, faillerin suçu işleyiş biçimlerini değiştirmeleri değil, bu nevinden olaylarda haksız fiil algısının değişmiş olmasıdır⁸⁸⁵. Bir başka örnek ise Türk Yargıtay'ının kararlarından gösterilebilir. Örneğin; 1973 tarihli Ceza Genel Kurul Kararında ergin kızının evlenmek için habersiz olarak evden kaçması üzerine, kaçtığı kişiyi öldüren baba lehine ağır değil adi tahrik hükmünün uygulanması gerekir yönünde karar vererek, bu kararını ‘ yasalarımıza g re yaşını dolduran bir kız hareketlerinde serbest bulunmaktadır u durum geleneklere aile fertleri arasındaki ilişkilerde aranacak ahenk ve huzur ortamına aykırı bulunsa dahi yasaların tanıdığı bir imkanın ağır ve şiddetli bir tahrik olarak kabulünü gerektirecek vehamette g rülmemiştir ncak yasal hakların kullanılmasında toplumdaki değerlerini koruyan, bu gibi geleneklere uyulması da aile başkanlarının beklediği olağan bir davranış olduğu halde ldürülenin buna aykırı bir yol izlemesinde nun maddesinde yer alan haksız tahrikin bulunduğu kabulü gerekir’

⁸⁸⁴<http://www.comune.pontecagnanofaiano.sa.it/manifesti/codicepenale.pdf>, erişim tarihi 18.01.2012.

⁸⁸⁵ Töre ya da namus cinayeti denilen kavram sadece Türk toplumuna da ait değildir. Yunanistan'da da namus cinayetlerinin önlenmesi ve suç haline getirilmesi ve indirim yapılmaması hususunda toplumsal ve akademik mücadeleler yapılmıştır. Bu hususta bkz: Scafiliros-Rothchild,C., Honor Crimes in Contemporary Greece , **The British Journal of Sociology**, 1969, (20), 205-218.

ifadeleri ile gerekçelendirmiştir⁸⁸⁶. Kanımızca, her ne kadar bu halde hafif tahrik dahi bulunmaz iken karara konu olayda yerel mahkemenin ‘ *k klü ürk geleneklerine g re yaşı ne olursa olsun evlenecek kızların aile reisi olan babalarından istenmesi gerektiği halde buna uymayan üseyin in kızı تنها bir yere g türmesi halinin babayı en k tü ihtimalleri düşünmeye sevkedebileceği belirtilerek olayımızda sanığın ağır ve şiddetli tahrik altında bu suçu işlediğinin kabul edildiği gerekçesine dayanılmıştır* ’ görüşü ile karşılaştırıldığında Yargıtay’ın tahrik kabul ettiği olayda, yerel mahkemeye nazaran daha akla ve olması gereken hukuka yakın bir karar verdiği söylenebilir.

Günümüzde, haksız sayılmayacak fiiller bakımından her ne kadar geleneklere ve toplumsal değer yargılarına aykırı olsa da tahrik uygulamasının gerçekleşmediği görülmektedir. Yargıtay özellikle bu hususta görüş değiştirme eğilimini benimseyerek daha güncel bir kararında, sanığın kız kardeşinin olay tarihinden yaklaşık bir hafta önce öldürülen ile anlaşarak birlikte yaşamaya başladıkları, sanığın maktulü dışarı çağırdığı kız kardeşi ile olan birlikteliği nedeniyle üzerinde taşıdığı bıçak ile vurarak maktulü öldürdüğü olayda, reşit olan kız kardeşinin kendisini ilgilendiren davranışlarından dolayı sanığa karşı sorumluluğunun bulunmadığı ve öldürülenin sanığa yönelik haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirecek haksız fiil oluşturan bir söz veya davranış bulunmadığından bahisle sanık hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmaması yönünde görüş belirtmiştir⁸⁸⁷. Kararın devamında Yargıtay, ‘ *eşit olan kız kardeşi nin kendisini ilgilendiren davranışlarından dolayı sanığa karşı sorumluluğunun bulunmadığı ldürülenin sanığa y nelik haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirecek haksız eylem oluşturan bir s z veya davranış bulunmadığı sanığın kız kardeşinin ailesinin isteği dışında ldürülenle yaşamaya başlaması nedeniyle eylemini ailesinin ve kendisinin şeref ve namusunu eksilttiği düşüncesiyle gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında sanığın eyleminin t re saikiyle ldürme suçunu oluşturduğu halde eylemin yanlış nitelendirilerek yazılı şekilde basit ldürme suçundan hüküm kurulması* ’nı yasaya aykırı bularak sanık hakkında töre saiki ile adam öldürme

⁸⁸⁶Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1973/324 K. 1973/537 T. 9.7.1973. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 4.9.2012.

⁸⁸⁷Yargıtay 1.C.D., E. 2009/9808 K. 2010/4917 T. 28.6.2010 www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 9.11.2012.

maddesinin uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir. Eşlerden birisinin diğer eşini aldatması halinde daha önceleri Yargıtay, aldatılan eş dışındaki kimseler için de aldatma olayının haksız fiil niteliğini haiz olduğunu benimsemekte iken⁸⁸⁸ daha güncel kararlarında eşin dışındaki kimseler bakımından bu durumun tahrik oluşturmayacağını belirtmiştir. Bir kararında bu hususu ‘ *ncak evli ve reşit olan bir kimsenin başkaları ile cinsi münasebette olması bu kişinin yeğenleri açısından tahrik oluşturmayacağı..*’ şeklinde vurgulamaktadır⁸⁸⁹.

d T S N d Fiiller

Haksız fiilin suç olması halinde, bu suçtan dolayı kanuni takibat yapılması neticesinde fiilin haksız tahrik olarak kabul edilmeye devam edip edilmeyeceği tartışmalı bir husustur. Takibatın yapılması neticesinde artık bu fiilin tahrik teşkil etmeyeceğine yönelik görüşlere göre⁸⁹⁰, fiilin tahrik oluşturmaya devam etmesi halinde, olayın intikam alma dürtüsüne dönüştüğü ve bunun da kişilerin kendi haklarını kendilerinin almalarına neden olacağı ifade edilmektedir. Kanunun öngördüğü ceza yeterli bulunmayarak kişisel duygu, düşünce ve takdirde davranma halinde bu durum kişilerin kendi haklarını kendiliklerinden almalarına yol açabileceği gibi anarşik bir ortam da yaratma tehlikesinin doğabileceği belirtilmiştir⁸⁹¹. Yargıtay’ın haksız bir fiili affeden kimsenin, daha sonra bu fiil nedeniyle suç işlemesi halinde de tahrik indirimini uyguladığı yönünde kararları olduğu gibi uygulamadığı yönünde karar verdiği de görülmektedir⁸⁹². Yargıtay da bir kararında ‘ *ncak basit tahrik oluşturacak nitelikte haksız hareketlere maruz kalan kişi bu haksız hareketleri gerçekleştiren kişiyi affetmiş ve onunla barışmışsa bu affetme ve barıştan sonra işlenen suçlar nedeniyle affa ve barışa konu olan haksız hareketler tahrik hükümlerinin uygulanmasında nazara alınmamalıdır çünkü haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir*

⁸⁸⁸ ‘ *ina iddiasının oluşturacağı haksız hareket eşi ilgilendirir ş dışında kalanlar y nünden bu hareket ağır değil adi tahrik oluşturur* ’Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1978/484K. 1979/58 T. 12.2.1979, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 7.11.2012.

⁸⁸⁹Yargıtay 1.C.D. 19.9.2006, E.237 K.3612. Gündüz/ Gültaş, **T r C nu** r Cilt 1, s.229.

⁸⁹⁰ Duran, **Ceza Hukukunda T r** , s.138; Malkoç, **T r C M dd** 1-178, s.198.

⁸⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 16.4.1979, 1/93-71. **A.g.e.**

⁸⁹²Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.6.2012 gün 1/560-227 sayılı karar. Akçin, **r C** r r r s.84.

elemnin etkisi altında suç işlemesi gerekir ailin daha nce affettiği bir haksız hareketin etkisi altında kalması düşünülemez ksini kabul yasa hükmüne aykırı olduğu gibi yasa koyucunun amacına da ters düşer⁸⁹³, diyerek affetme ya da hukuki takibatın neticesinde mağdurdaki gazap ve şedit elemnin etkisinin daha fazla kalmadığını ifade etmektedir. Buna karşın, Yargıtay'ın aksi yöndeki kararlarında, ' ir eylemin kıskırtma nedeni sayılabilmesi için haksız olması yeterlidir yrica ceza yasalarında ng rülen bir suç kalıbına uyması başka bir deyişle suç oluşturması gerekli değildir u nedenle tahrik teşkil eden fiilin faili bu eylemi nedeniyle yargılanarak mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa bile bu haksız fiilin doğurduğu fke ve şiddetli elemnin etkisi altında bulunup bu ruhi durumun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında haksız tahrik kuralları uygulanmalıdır radan uzun zaman geçmesi taraflar arasında nceden gerçekleşmiş bulunan olayın yargulamaya konu edilmesi ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesi ya da eylemin bir suçu oluşturmaması nedeniyle kişinin beraat etmesi dava veya cezanın afla ortadan kalkması gibi hallerin tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği' vurgulanmıştır⁸⁹⁴. Yargıtay, bir diğer kararında, 11 sene önce işlenen ve sanığın cezasını çekip tahliye olduğu bir adam öldürme olayında, maktulün kardeşinin bu öldürme olayının failine yönelik işlediği suçta tahrik indiriminin uygulanmasını yerinde bulmuştur⁸⁹⁵.

Kanımızca, suç teşkil eden haksız bir fiilin mahkeme tarafından cezalandırılması ve bu suçtan dolayı failinin mahkum olması, haksız fiilin zarar göreni açısından fiilin vahametini azaltıp azaltmayacağını tespiti bakımından önem arz etmektedir. Bu hususta, somut olaydaki şiddetli elem veya hiddetin kapsamı ve ne kadar sürdüğü önem taşımaktadır. Somut olayda, haksız fiil teşkil eden suç hakkında takibat yapılmış olması, bundan zarar gören açısından hiddetini dindirecek, elemni azaltacak veya ortadan kaldıracak bir netice

⁸⁹³ Yargıtay 1.C.D. 17.4.1984, 658/1749, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 8.11.2012.

⁸⁹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.6.2003 tarih 143/183 kararı, Ahmet Gündel, **T r C** A Cilt 1, Madde 1-52, Ankara, 2009, s.684.

⁸⁹⁵ Yargıtay 1.C.D. 5.12.2006, 5969-5457. Artuç/Akkaya/Gedikli, **2007-** r **TCK**, s.138. Aynı yönde Yargıtay, 'Failin olaydan önce kendisini kandırıp livata etmekten mahkum olan maktulün cezasını çekip çıkması üzerine ve kasabada konuşulması üzerine maktulü öldürmeye karar verip yolunu beklediği, traktörde bulunan maktulü, annesini ve sürücüyü öldürdüğü, arabada olup olayla ilgisi olmayan mağduru da yaraladığı eylemde, failin maktulü tasarlayarak öldürdüğü, yaralananı da yaraladığı, öldürme eyleminde ise tahrikin varlığı kabul edilmelidir.' kararı vermiştir. Yargıtay 1.C.D. E. 2003/1979 K. 2004/623 T. 3.3.2004 www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 11.10.2012.

doğuruyorsa, daha fazla haksız tahrikten bahsedilmemeli ancak aksi bir etki söz konusu ise yani takibat, fiilin kişide yarattığı elem ve hiddeti teskin edici bir hal almamışsa, kişi hakkında haksız tahrik nedeni olarak kalmaya devam edecektir.

C. r r

Genellikle kasten öldürme suçlarında maktülden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan söz ve fiillerin neler olduğu diğer suçlara nazaran kolaylıkla tespit edilememekte ve ortaya konulamamaktadır. Yargıtay bu hususta, yerel mahkemelerin yargılama esnasında haksız tahrik oluşturan söz ve davranışların neler olduğunun denetimine imkan verecek şekilde açıklanıp tartışılması gerektiğine işaret etmiş ve bir kararında '*maktülden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan söz ve davranışların neler olduğu denetime imkan verecek şekilde açıklanıp tartışılmadan olaydan önce sanığın kardeşi ile maktülün karşılıklı küfürleşmelerinden ve öldürülme anında taraflar arasında ne şekilde bir tartışma geçtiği anlaşılamadığından*' bahisle yetersiz ve yasal olmayan gerekçe ile yerel mahkemenin kararında uyguladığı haksız tahrik indirimini bozmuştur⁸⁹⁶.

Haksız tahrik indiriminin söz konusu olduğu çoğu davada, genellikle tahrik edildiğini iddia eden taraf faildir ve tahrikin kaynağı olarak maktülü göstermektedir. Ancak, maktülün kendisini savunabilmesi ya da tahrik etmediğini iddia edebilmesi başka tanıkların olmaması durumunda mümkün gözükmemektedir. Bu gibi durumlarda, tahrikin varlığını iddia eden fail bakımından, '*şüpheden sanık yararlanır*' kuralı mucibince tahrik indirimi söz konusu olabilmektedir⁸⁹⁷. Ancak kanımızca haksız fiilin varlığının kabulü sadece tahrike uğradığını iddia eden tarafın beyanına dayanmamalıdır. Yargıtay bazı kararlarında, mağdurun faile 'seni öldüreceğim' dediği iddiasını yeterli görmeyerek, sadece failin beyanı ile olayda haksız bir fiilin varlığına dayanmamıştır⁸⁹⁸. Buna benzer şekilde Yargıtay mağdurun müessir fiil eylemi bulunduğu dair failin savunmasının hiçbir delille tespit edilemediği, aksine

⁸⁹⁶ Yargıtay 1.C.D., 2011/987 E. 2011/2180 K. 11.4.2011, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 5.11.2012.

⁸⁹⁷ Yargıtay 1.C.D. 26.12.2006, 4661-6029, Artuç/Akkaya/Gedikli, **2006-2007-** r
ile TCK, s.137.

⁸⁹⁸ Algan /Bozkoyunlu, **T r C**

r, s.46.

mağdurdan gelen bir haksızlık bulunmadığı halde tahrik indiriminin uygulanmasını kanuna aykırı görmüştür⁸⁹⁹.

Tahrikin varlığının failin beyanı dışında herhangi bir delil ile ispatlanamaması durumlarında, '*şüpheden sanık yararlanır*' prensibi gereğince fail lehine olan kararların onanması, bazı durumlarda ise bunun aksine failin iddiasının hiçbir delille tespit edilemediğinden bahisle fail lehine tahrik indiriminin uygulandığı kararların bozulması karşısında, Yargıtay'ın da bu hususta belirli bir içtihadının olmadığı söylenebilir. Ancak Ceza Genel Kurulu'nun, tarafsız görgü tanığının bulunmadığı olayda, failin, maktulün kendisine taş attığı ve küfür ettiği iddiasının dosya kapsamından net olarak belirlenememesi nedeniyle, fail hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmasını hukuka aykırı bulduğu kararı kanımızca önemlidir⁹⁰⁰. Ayrıca, Yargıtay'ın, söylentiden ibaret zina iddiası nedeniyle işlediği kasten öldürme suçu bakımından yine aynı gerekçe ile tahrik indiriminin gerçekleştirilmesini yeterli görmeyerek, yerel mahkemenin kararını bozduğu görülmektedir⁹⁰¹. Yargıtay bir başka kararında, '*sanığın adam öldürmeye teşebbüs suçunu mağdurun eşine duyduğu alakadan dolayı işlediğini ileri sürmesine rağmen bu konuda herhangi bir delil bulunmadığı gibi bu fikri kendi kurduğu senaryolara dayandırması karşısında*' fail hakkında tahrik hükmünün uygulanmasını isabetsiz bulmuştur⁹⁰².

Somut olayda, ilk haksız hareketin kim tarafından yapıldığının tespit edilememesi karşısında, her iki fail lehine asgari oranda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yönünde uygulamada bir eğilim bulunmaktadır⁹⁰³. Ancak bu hususta Yargıtay, bir açıdan özellikle tartışma ve kavgalarda buna ilk kimin haksız fiili ile sebep olduğu belirlenemediği durumlarda fail lehine tahrik

⁸⁹⁹ Yargıtay 1.C.D. 28.3.1988 gün E. 1128, K. 1230, Duran, **Ceza Hukukunda** T r , s.102.

⁹⁰⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 4.3.2008, 2/42 sayılı kararı. Gerçekler r U T r C C , s.323.

⁹⁰¹ Yargıtay 1.C.D., 17.3.1954, 576/1062. Gözübüyük, T r C A Cilt 1, s.222.

⁹⁰² Yargıtay 1.C.D., E. 1999/3216 K. 1999/3997 T. 29.11.1999, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 5.11.2012.

⁹⁰³ Yargıtay 1.C.D. 1.3.2012, E. 2009/6936, K. 2012/1343. 3.C.D. 6.2.2008, 12736/667. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 5.11.2012.

indirimi uygulanmasını yerinde bulurken⁹⁰⁴, bir başka açıdan ise tahrik hükmünün ilk haksız hareketin karşı taraftan geldiğinin belirlenmesi halinde uygulanabileceğini belirterek haksız hareketin kimin tarafından geldiğinin tespit edilememesi nedeniyle tahrik indiriminin uygulanamayacağını ifade etmektedir⁹⁰⁵.

Yerleşmiş yargı kararlarında kabul edildiği üzere, gerek fail gerekse maktulün karşılıklı haksız fiillerde bulunması halinde kural olarak, haksız bir eylem ile maktulü tahrik eden fail karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremeyecektir. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği fiille karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, artık başlı başına haksız bir nitelik almasından ötürü bu tepkinin fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir. Karşılıklı tahrik oluşturan fiillerin varlığı halinde de fail ile mağdur bakımından tahrik oluşturan haksız fiiller birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre etki tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek failin başlangıçtaki haksız fiiline gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir orantısızlık saptanması halinde failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir⁹⁰⁶.

T r d d

1.Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan haksız tahrik madde düzenlemesinde, tahrike neden olan fiilin yöneldiği kişi bakımından herhangi bir açık ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle, tahrik fiilinin kime yönelik olması gerektiği hususunda doktrindeki görüşlere ve yargı kararlarına bakılarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre, tahrik fiilinin mutlaka tepki fiilinde bulunana karşı

⁹⁰⁴Yargıtay 1.C.D., 30.10.2008-298/6962;1CD 7.11.2002-2147/4006, Günay, **Ö r ve Yar r r r E d r A B r S Ö r T r** s.120;126.

⁹⁰⁵ Yargıtay 2.C.D., 7.11.2007-10781/14547; 4.C.D., 23.2.2004-3851/1825.**A.g.e.** s.120-125.

⁹⁰⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.2.2008, 1/163-21, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2011/1-51 E, 2011/42 K, 12.4.2011. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 12.10.2012.

işlenmiş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle, tahrik fiiline maruz kalan kişinin mutlaka failin kendisi olması şart değildir. Failden başka şahıs ve şeylere yönelik olan, örneğin failin anne, babası veya onun için sevgili diğer bir varlığa ve hatta '*lehinde insani hissiyatın uyandırdığı yabancı birine*' karşı olması failin haksız tahrikten yararlanabilmesi hususunda bir fark yaratmayacaktır⁹⁰⁷. Bu fiiller de fail üzerinde şiddetli elem ve hiddete yol açabilmektedir⁹⁰⁸. Tahrik fiilinin mutlaka failin yüzüne karşı işlenmesinin gerekmediği de Yargıtay kararları ve doktrinde belirtilmektedir. Yargıtay, mağdurun failin bulunmadığı bir ortamda faile küfür etmesini ve tehdit etmesini ve bu durumun daha sonra faile iletiği olayda haksız tahrik indiriminin uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁹⁰⁹.

Alman Ceza Kanunu'nda açıkça tahrik fiilinin kimlere yönelmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kimseler, aile mensupları ve failin kendisidir. Aile mensupları kavramı Alman Ceza Kanunu'nun 11.maddesinde belirtilmek suretiyle, tahrik fiiline kimlerin maruz kalması halinde failin tahrik indiriminden yararlanacağı hususunda açıklık getirilmiştir. Ancak, İsviçre ve Avusturya Hukuku bakımından aynı yönde bir yorum yapmak mümkün olmamaktadır. Çünkü her iki kanun bakımından düzenleme, tahrikin kaynağını belirtmemektedir. Bu sistemlerde tahrikin kaynağı bir insandan çok duygular, heyecandır. Bu nedenle, failin şiddetli ve halin mazur gösterebileceği ruhsal karışıklığın etkisi altında iken bir kimseyi öldürmesi halinde, bu ruhi karışıklık halinin, işlenen suçta sürüklenmesi tahrik olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, İsviçre ve Avusturya Hukukunda aranan şartlardan biri olan faili fiile sürükleyen heyecan durumunun kaynağı, mağdurun faile karşı kınanabilir bir davranışı olabileceği gibi üçüncü bir kişinin davranışından ya da dış şartlar veya fail ile mağdurun birbirine karşı gerçekleştirdiği eşit oranda sorumlu oldukları anlaşmazlık durumu olabilir⁹¹⁰. Ancak şu hususu belirtmemiz gerekir ki; bu ülke

⁹⁰⁷ Nejat Özütürk, **T r C** r T 1.Cilt, 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970, s.159.

⁹⁰⁸ Erem/Danışman/Artuk, **C** r, s. 595. 'Kiralık katil tahrikten yararlanamaz.' Yargıtay Ceza Genel Kurulu T. 24.4.1989 1-99/159. Malkoç, **A** T r **Ceza Kanunu**, Cilt 1, s.570.

⁹⁰⁹ Yargıtay 1.C.D. 2006/3984, 2007/1392. Artuç/Akkaya/Gedikli, **2006-2007-TCK**, s.138.

⁹¹⁰ Schwarzenegger, **Basler Kommentar**, 113, Kn.15, s.63.

doktrinlerinde de tahrik fiilinin faili ile heyecanın kaynağı arasında bir ilişki olması gerektiği çoğunluk tarafından ifade edilmektedir.

2. Failin d d r

Doktrinde ve yargı kararlarında tahriki oluşturan fiillerin mutlaka tahrik edilen faile karşı işlenmesinin gerekmediği, failin kan ve sıhri hısımları, yakınları ya da diğer kişilere karşı da olabileceği öngörülmektedir⁹¹¹. Yargıtay bu hususta, ‘ aksız eylemin failin yakını bir kimseye veya failce sayılan bir kişiye veya faile tamamıyla yabancı kişiye karşı işlenmiş olabileceği’ ve ‘tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın nefesine veya akrabasına y nelmesine gerek olmayıp herhangi bir şahsa karşı y nelmesinin insanda elem ve teessür uyandırabileceği’⁹¹² yönünde görüş beyan etmiştir. Tahrik fiilindeki maddi

⁹¹¹Dönmezer/Erman, N r T C r C , s.351.

⁹¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T 6.6.1983 E.1-43, K. 275; Yargıtay 2.C.D., 10.11.1948, E. 9806 K 10532; Duran, **Ceza Hukukunda T r** , s.110.

Bir olayda, haksız tahrik bulunduğunu kabul etmek için haksız hareketin bizzat sanık veya yakınına y nelik olması gerekmez 3. kişilere hatta eşya ve hayvanlara karşı yapılan haksız hareketler de hafifletici sebep oluşturabilir

astın aşılması sonucu adam ldürmek suçundan sanık üseyin in nun ve maddeleri uyarınca sonuç olarak sene ay ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin ltındağ ğır eza Mahkemesi nden verilen gün ve - sayılı hüküm sanık ve katılan vekillerinin temyizi üzerine eza airesi nce incelenerek 3. gün ve sayı ile;

üseyin ile ilgili hükme gelince; maktül ve arkadaşlarının birlikte gezen ecla ülümser ve erpil in peşlerine takılarak arkadaşlık teklif ettikleri refüze edilmelerine rağmen takibe devam ettikleri bu durumu müşahede eden ülümser in akrabası olan sanığın kızların rahatsız edildikleri inancıyla tahrike kapılarak müdahale ettiği cihetle olayın sebebini teşkil eden bu halin sanık lehine nun maddesinin tatbikini istilzam ettireceğinin g zetilmesi gerekmesi sabetsizliğinden bozulmuştur

Yerel Mahkeme ise, 13.3. gün ve - sayı ile;

" anık ile kızlar arasında hemşehrilik tesinde yakın akrabalık yoktur adece hemşehrilik TCK.nun 51. maddesinin uygulanmasını gerektirmez " biçimindeki açıklamalarla direnmiştir u hükümde sanık vekili tarafından süresinde temyizi üzerine dosya aşsavcılığı nın bozma isteyen gün ve sayılı tebliğnamesiyle irinci aşkanlığa g nderilmekle; Ceza enel urulu nca okundu gereği konuşulup düşünüldü

Dosyaya, oluşa ve toplanan kanıtlara g re; len ve arkadaşlarının birlikte gezmekte olan ecla ülümser ve erpil in peşlerine takılıp arkadaşlık teklif ettikleri red cevabı almalarına karşın takiplerini sürdürdükleri bu durumu g ren ve kızlardan ülümser ile erpil in memleketlisi olan sanığın yanlarına gelip rahatsız edilip edilmedikleri sorduğu hayır yanıtını almasına karşın rahatsız edildiklerini g rmesi ve yeniden izlemesi nedeniyle maktüle tokatla vurup tekme savurduğu sanığın darbelerinden korunmak isteyen maktülün geri çekilirken yola düştüğü bu sırada utluk istikametinden gelen eki y netimindeki minibüsün altında kalarak ldüğü anlaşılmaktadır

luş ve subutta zel daire ile yerel mahkeme arasında uyuşmazlık yoktur yuşmazlık olayda tahrik sebebi bulunup bulunmadığına ilişkindir

ir olayda tahrikin varlığını kabul etmek için haksız hareketin bizzat sanık veya bir yakınına y nelik olması gerekmez 3. kişilere ve hatta eşya ve hayvanlara karşı yapılan haksız hareketler de tahfif sebebi oluşturabilir

konunun, bir kişi olması da doktrinde şart koşulmamıştır. Fiilin faile ait eşyaya ya da hayvana karşı işlenmesi durumunda tahrik hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda da tahrik fiili bizzat faile karşı işlenmiş sayılmaktadır. Yargıtay, doktrinin benimsediği doğrultuda haksız fiilin failin yakını bir kimseye veya failce sayılan bir kişiye veya faile tamamıyla yabancı bir kimseye karşı işlenmiş olabileceğini⁹¹³, bu durumun, başkalarına yönelik olsa bile insanda hiddet ve elem yaratabileceğini⁹¹⁴ ifade etmiştir. Örneğin, tahrike neden olan fiile sadece failin maruz kalmasını aramadığı ve failin aralarında resmi nikah olmaksızın 11-12 senedir bir arada yaşayan kadına karşı gerçekleştirilen basit cinsel saldırı fiiline karşılık, bu fiili gerçekleştiren kişiye saldırması olayında fail hakkında haksız tahrik indiriminin gerçekleştirilmesi gerektiğini vurguladığı⁹¹⁵ ya da failin mutlaka fiilin muhatabı olmasına gerek olmadığı, sanığın yakınlarına veya bir başka kişiye yönelmiş olup da sanığın ruhunda gazap ve elem doğuran fiillerin tesiri altında işlenen suçlarda haksız tahrik maddesinin uygulanması gerektiğini ifade ettiği kararı, Yargıtay'ın bu husustaki eğilimini göstermektedir⁹¹⁶.

u açıklamalar ışığında olayımıza bakıldığında sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızların maktül ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında şedit elem duyarak suçu işlediği saptandığından lehine nun maddesinin uygulanması gerekir.

u nedenle zel daire bozma kararı yerinde olup uyulmak gerekirken yerinde g rülmeyen gerekçelerle direnilmesinde isabet g rülmemiştir

oğunluk g rüşüne katılmayan yeler direnme gerekçesine uygun olarak hükmün onanması y nünde oy kullanmışlardır

ukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme direnme hükmünün M gününde istem gibi oyçokluğuyla karar verildi ' Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1989/1-133 K. 1989/192 T. 22.5.1989, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 9.11.2012.

⁹¹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 6.6.1983 1-43/275. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 9.11.2012.

⁹¹⁴Yargıtay 1.C.D. 11.2.1980 80/4702, 80/5113, Ali Demir, Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik ve Uygulanması, **Adalet Dergisi**, S2, 1986,(s.45-51), s.46.

⁹¹⁵ Sanığın Medeni Kanun kapsamında korunmayan resmi olmayan evlilik sürecinde imam nikahlı eşi sanık Gülsen'in ölenle cinsel ilişkiye girmesinden kaynaklanan haksız tahrik nedeniyle 29.madde uyarınca yapılacak indirimin asgari düzeyde olması gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Yargıtay 1.C.D. 23.7.2007, 2006/3570 2007/6139. Artuç/Akkaya/Gedikli, **2006-2007- r TC s.138.**

⁹¹⁶Algan/Bozkoyunlu, **T r C r s. 47.** Sanığın kardeşi olan mağdurun, olay öncesi günlerde aynı apartmanda oturduğu aile üyeleri ile huzursuzluk içinde bulunduğu, çocukların kavgası nedeniyle, sanığın yanında bulunan annesine ve kız kardeşine küfürler ettiği, yaşanan arbede nedeniyle polis çağırmasına kızarak sanığa tokat attığı, olay günü de aile içi huzursuzluğu konuşmak için babası tanık Ahmet'in işyerine geldiğinde babasına karşı 'sana baba demeye utanıyorum' dediği bunun üzerine babasının mağdura tokat attığı sanığın babasındaki kalp rahatsızlığından dolayı endişeye kapılarak mağdur ağabeyine bıçak vurması olayında mağdurun sanığa ve diğer aile bireylerine yönelik haksız hareketlerinin sanık için tahrik nedeni olacağı düşünülmemesi sonucu tahrik hükmünün uygulanmaması nedeniyle karar bozulmuştur. Yargıtay 1.C.D. 10.3.2008, 6067/1794, Malkoç, **T r C Kanunu Madde 1-178**, s.206. 'Kızının kocasının başka kadınlar ile samimi olduğu fotoğrafların kendisine gösterilmesi üzerine üzüntüye kapılan, kızının içinde bulunduğu infial halinin de sanığın bu üzüntüsünü arttırdığı, bu haleti ruhiye içerisinde damadını bekleyerek bıçakladığı

Yargıtay her ne kadar failin mutlaka fiile maruz kalmasını şart koşmamakta ise de kanımızca tahrike neden olan haksız fiilin niteliği ve somut olay değerlendirilmesi karşısında her zaman aynı yönde kararlar vermediği görülmektedir. Örneğin, evli ve reşit olan bir kimsenin başkaları ile cinsi münasebette olması, bu kişinin yeğenleri açısından tahrik oluşturmayacağı vurgulanmaktadır⁹¹⁷. Bu nedenle, bazı fiillerin ancak bazı kişiler bakımından tahrike neden olacağı ve ancak bu kişilerin tepki vermesi halinde tahrik indirimi uygulanacağı görülmektedir⁹¹⁸. Yargıtay ‘ *anıklara y nelik mağdurdan kaynaklanan başkaca haksız tahrik oluşturacak bir eylem yok ise sanıklardan birinin kız kardeşine y nelik tacizin o sanığın arkadaşları için haksız tahrik oluşturmayacağı g zetilmelidir*⁹¹⁹, kararı ile mağdurun, sanıkların arkadaşının kız kardeşine yönelik cinsel tacizin, cinsel taciz mağduru ile aralarında herhangi bir akrabalık ya da ilişki olmadığından bahisle, sanıklar hakkında tahrik nedeni sayılmayacağını hükme bağlamıştır. Ancak Yargıtay ‘ *uç tarihinde yaşından küçük olan ve sanığın velayeti altında bulunan mağduru sanığın uyarmasına karşın erkek arkadaşı ile g rmesinin verdiği haksız tahrik altında sanığın eyleminin gerçekleştirmiş olmasına rağmen yetersiz gerekçe ile sanık hakkında nun maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması*⁹²⁰, yönündeki yerel mahkeme kararını bozarak, velayeti altında bulunana karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçu nedeniyle failin tahrike kapılması ve suç işlemesi halinde bu durumun sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek haklılıkta görmüştür.

bütün dosya kapsamından anlaşıldığına göre, sanık hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi yasaya aykırıdır.’ Yargıtay 1.C.D., 22.3.2001, 17/1041. **A.g.e.**, s.554.

⁹¹⁷ Yargıtay 1.C.D. 19.9.2006, E.237 K.3612. Gündüz/ Gültaş, **T r C** r Cilt 1, s.229.

⁹¹⁸ ‘Yasa yönünden zina eylemi maktulün eşini ilgilendirir.’ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.2.1979 1/484-58. Çağlayan, **T r C** r s.536. Ancak Yargıtay’ın kız kardeşinin eşinin, kız kardeşine ‘çocuğun olmuyor, seni boşadım’ diyerek babası evine göndermesi olayında, sanığın kız kardeşine söylediği bu sözlerden ötürü hiddet duyması ve maktulü öldürmesi olayında sanık hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine kanaat getirerek (1.C.D. 4.6.1985, 1660/2522 Görgün, **T r C** r , s.406.), aslında sadece eşi ilgilendiren bir hususu daha geniş yorumlamıştır.

⁹¹⁹ Yargıtay 1. C.D, E. 2004/1025 K. 2005/671T. 31.3.2005, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 7.11.2012.

⁹²⁰ Yargıtay 3.C.D., 2.11.2011, 2011/13702 E, 2011/15786 K. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 6.11.2012.

Kanımızca, fiilin hiddet veya şiddetli elem duygusunu meydana getirmesi kişiden kişiye farklılık arz etmektedir. Örneğin Yargıtay, bir küçük çocuğun ırzına geçmekten hüküm giyerek cezaevinde bulunan maktulü, mağdur çocuğun kendilerinin yakını olmadığı halde sırf işlediği suçun redaetinden duydukları kızgınlığın sevkiyle, tasarlamak suretiyle öldüren sanıklar yönünden Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahrik maddesi kapsamında değerlendirilebilecek haksız bir kışkırtmadan söz edilemeyeceği gözetilmeden, yasal düzenlemeye farklı kapsam kazandırarak toplumsal infialin tahrik oluşturacağından bahisle failler yararına tahrik hükümlerinin uygulanmasını kanuna aykırı bulmuştur⁹²¹. Bu hususta fail ile korunan hukuksal yararın ilişkili olması ya da fiilin faili hiddete ya da öfkeye düşürebilecek rasyonellikte olması gerekmektedir. Yargıtay, '*anık Mehmet'in reşit olan kızı nci'nin kendi ırzasıyla kaçarak evli ve çocuklu olan maktül ile karı koca gibi birlikte yaşamaları baba olan sanık Mehmet açısından ağır tahrik hükmünün gerektirmeyeceğine nazara alınmadan sanık hakkında ağır tahrik hükmünün uygulanması yasaya aykırıdır*'⁹²² kararı ile işlenen fiil her ne kadar örf ve adete aykırı olsa bile reşit olan kadının durumunun babası açısından hiddet veya şiddetli elem etkisi meydana getirecek bir tahrik teşkil etmeyeceğini belirtmiş olmaktadır. Bu olayda, sanığın resmi evlilik bağı ile bağlı olduğu eşi açısından fiil, hiddete neden olacak düzeyde haksızlık içeriğini taşımaktadır; ancak reşit kadının babası açısından, hukuk düzenince tanınan haklı bir hiddet veya şiddetli eleme neden olabileceği kabul edilmemektedir. Yargıtay'ın bu iki yönlü kararları ile gerçekte, '*haksız eylemin yabancı bir kimseye dahi gerçekleştirilmesi ya da tamamıyla yabancı kişiye karşı işlenmiş olabileceği*' veya '*tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın nefesine veya akrabasına y nelmesine gerek olmayıp herhangi bir şahsa karşı y nelmesinin insanda elem ve teessür uyandırabileceğine*' ilişkin ifadelerini daralttığı görülmektedir. Bu nedenle, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sanığın dışındaki hedeflere yönelik gerçekleştirilen haksız fiillerde, mağdurun şahsı ve özellikleri, sanık hakkında verilecek kararda önem taşımaktadır. Kararlarda, bir fiilin, fail bakımından haksız fiil niteliğini haiz olmasının yanı sıra, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin gerçekte faili heyecana sürüklenme hususunda hukuk düzenince

⁹²¹ Yargıtay 1.C.D.,T 11.6.2001 1447/2648. Malkoç, A T r C C s.553.

⁹²² Yargıtay 1.C.D.,T. 22.4.2004, 4215-1471. Parlar/Hatipoğlu, A - r T r C r 1.Cilt, s. 513.

kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir. Türk Hukukunda özellikle belirtilmemekle beraber doktrinde tahrik indiriminin ancak bu şartın benzer bir durumda herhangi bir kişinin de etkilenebileceğinin kabulü halinde uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁹²³.

3. T r M B r M d r r r d r

Tahrik indiriminin uygulanabilmesi için tahrik fiilinin mutlaka faile karşı işlenmesine gerek bulunmamasına karşın, somut olayda müstakil bir mağdurun varlığının arandığı görülmektedir. Yargıtay, tahrikin genellik özelliğinde belirttiğimiz üzere, bazı suç tiplerinin müstakil mağdurunun bulunmaması nedeniyle tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmadığını ifade etmektedir. Özellikle korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçunun yapısı, niteliği ve kamuya karşı işlenmiş suçlardan olması sebebiyle, bu suç tipleri haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli bulunmamıştır⁹²⁴. Ancak bunun aksine Yargıtay, devlet aleyhine işlenen bir suçta, fail hakkında tahrik indiriminin uygulanması gerektiği neticesine varmıştır. Kararda, *‘Maktulün devlete ait ormandan izinsiz olarak odun ve kozalak toplamasının olayın nedenini teşkil etmesine hukuka aykırı her türlü davranışın haksız eylem niteliği taşımasına haksız hareketin mutlaka sanığa karşı vukuu şart olmayıp devlet aleyhine işlenmesi takdirinde de sanığın tahrik hükmünden yararlanması gerekmesine g re maktulden gelen devlet aleyhine suç teşkil eden ve olaya sebep olan ormandan izinsiz odun ve kozalak çıkarma şeklindeki haksızlık hareketinin sanık lehine haksız tahrik maddesinin uygulamasını gerektirir adi tahriki oluşturacağıının düşünülmemesi yasaya aykırıdır’*⁹²⁵ ibaresine yer verilmiştir. Bu karar, tahrik maddesinin uygulama alanını gereğinden fazla genişlettiği yönünde eleştirilmiştir⁹²⁶. Ancak, bu eleştiri

⁹²³ A.g.e., s.510.

⁹²⁴ Yargıtay 8.C.D. 27.11.2007, 2006/9031-2007/8288 tarihli karar. Artuç/Akkaya/Gedikli, **2006-2007-** r TC s.138. Ancak, hangi fiilin müstakil bir mağdurunun olduğu kanımızca kolay saptanamamaktadır. Sanıkların gece vakti apartmanın bahçe duvarına tuvaletlerini yapmaları nedeniyle apartman görevlisinin sanıklara bıçakla saldırması olayında Yargıtay, bu durumun apartman görevlisi için haksız tahrik sayılarak hakkında indirim yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay 2.C.D. 27.6.2007 E.5264-K.9484. A.g.e., s.216.

⁹²⁵ Yargıtay 1.C.D. 9.7.1981 3551/3407. Çağlayan, T r C r s.568.

⁹²⁶ Karar, failin devlet malına zarar verenle ilgili hukuki bir görev olmayıp, sosyal ve ahlaki bir görev olduğundan bunun aksi durumda bir bireyin yaşam hakkının diğerine teslim edilmesi anlamına geldiği yönünde eleştiriye uğramıştır. Duran, **Ceza Hukukunda** T r s.113, Başar, T r i, s.356.

kanımızca yerinde değildir. Çünkü tahrik düzenlemesinin kanun sistematığındeki yeri itibariyle ve diğer koşulların da somut olayda bulunması halinde, karar kanuni düzenlemeye uygundur. Zira, kanun düzenlemesinde, tahrik indiriminin kapsamının geniş tutulması karşısında herhangi bir daraltıcı unsur yer almamaktadır.

Tahrik fiilinin mutlaka bir insana karşı işlenmesinin gerekmediği, bunun bir eşyaya ya da hayvana karşı işlenmesi halinde de failde öfke ve gazap oluşturabilecek durumlar tahrik fiili olarak kabul edilmektedir⁹²⁷. Ancak, failde öfke ve gazabın oluşması için hayvanın veya eşyanın faile ait olması gerektiği söylenebilir. Bu nedenle diğer koşullar da bulunduğu takdirde, tahrikin mal aleyhine işlenen suçlarda da uygulanacağı kabul edilmektedir⁹²⁸.

E. Tahrik Fiilinin Failde

1. Elem

Elem ifadesi psikolojik bakımdan hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici ruh halidir. Elem halinin üzüntü anlamına geldiği, bunun da hareketsizliğe sevk ettiği düşüncesi ile elemin tahrik nedeni olamayacağını savunan görüşler bulunmaktadır⁹²⁹. Buna göre, elem hali, sakinliği betimlemekte, bu da kişinin suç işlemesini imkansız hale getirmektedir⁹³⁰. Bu yorum, Türk Ceza Kanunu'nun 1958 tarihli tasarısında kendisini göstermektedir. Tasarıda, şiddetli elemin bir çöküntüyü, ruhi bitkinliği ifade ettiği, bu halde bulunan bir kimsenin suç işlemesinde psikolojik imkansızlık bulunduğu ancak gazap halinde hiddet heyecanı denilen durumun ortaya çıktığı ve cezaya etki edebilecek derecede şiddetli olanına gazap dendiği ifade edilmiştir. Bu görüşün aksini savunanlara göre, Türk Ceza Kanunu bakımından söz konusu olan hiddete yönelten bir eylemdir⁹³¹. Derin bir üzüntüye kendisini kaptırılmış olan kişinin düşünce

⁹²⁷ Duran, **Ceza Hukukunda** T r s.112.

⁹²⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 8.7.1991-8-196/225. Günay, **Ö r ve Yar** r r r **E d r A B r S Ö r T r** s.135.

⁹²⁹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Huk** r C , s.356.

⁹³⁰ Erem/Danişman/Artuk, **C** r, s.598; Duran, **Ceza Hukukunda** T r s.148.

⁹³¹ Parlar/Hatipoğlu, **A** - r T r C r 1.Cilt, s.511.

aşamasından elem aşamasına geçmesi mümkün görülmektedir⁹³². Kızgınlık ya da bir diğer ifadeyle hiddet halinde kişinin aniden suç işlemesi mümkün iken, haksız fiile hemen tepki verememiş bir kimsenin bir müddet sonra bu olaydan ötürü duyduğu derin elem nedeniyle infiale kapılarak suç işlemesi mümkün olabilmektedir⁹³³. Yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu, bu görüşü benimsemek suretiyle elemin de failde haksız fiile bir tepki oluşturabileceğini varsaymıştır⁹³⁴. Ancak, Kanun, elemin şiddetli olmasını aramakta ise de özellikle Yargıtay kararlarında, somut olayda elemin şiddetli olup olmadığı hususunda gerçekleştirilen herhangi bir tartışmaya rastlanmamıştır.

2. Hiddet

Aristo'nun ifadesi ile kendisine ya da yakınına yöneltilen küçümsemeye karşı acıyı da içeren dürtü⁹³⁵ olarak tanımlanan hiddet⁹³⁶, günümüzde öfke, kızgınlık, korku gibi hüsranın, bozguna uğramanın karşılığında verilen duygusal tepki olarak da kabul edilmektedir⁹³⁷. Hiddet, öfke ve gazap kelimeleri ile eş anlamlıdır⁹³⁸. Birey, kızgınlık halinde iken agresif ve savunma eğilimli olmaktadır. Kızgınlık hali de sempatik sinir sistemi ile ilgilidir ve bireyin hayatı menfaatlerine yönelik bir tehdit ya da saldırı olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu tehdit ya da saldırının bireyin değerlerine, sevdiklerine ya da kendi öz saygınlığına karşı işlenmiş olması durumunda, bireyin öfkeye kapılmaması olanaksızdır. Bu kızgınlık halinde, bireyin yargıları çarpıklaşır çünkü kızgın birisi için sakin olduğu zamanlardaki gibi makul ve mantıklı düşünebilmesi mümkün olamamaktadır⁹³⁹.

Türk Ceza Hukukunda, meydana gelen haksız fiilin, failde hiddet veya şiddetli eleme neden olması halinde işlenen fiilere haksız tahrik indirimi uygulanmaktadır. Türk Ceza Hukuku, haksız tahrik kurumunun niteliklerinden

⁹³² Dönmezer/Erman, **N r T C** **r C II**, s.357.

⁹³³ İsmail Hakkı Ayık, Tahrik, **Adalet Dergisi**, s.93.

⁹³⁴ Hiddet kavramının yanı sıra kanun metninde ayrıca şiddetli elem ifadesine yer verilmesine gerek olmadığı görüşü için bkz: Özgenç, **T r C** **r**, s.414.

⁹³⁵ Aristotle's Rhetoric, Kitap 2, Bölüm 2, <http://rhetoric.eserver.org/aristotle/rhet2-2.html>, erişim tarihi 16.01.2012.

⁹³⁶ <http://www.tdk.gov.tr/>, erişim tarihi 16.1.2012.

⁹³⁷ Boring, **Psychology for the Armed Services**, s.391.

⁹³⁸ Özgenç, **T r C** **r** s.416.

⁹³⁹ **A.g.e.**

biri olarak, failin haksız fiil neticesinde, heyecan hallerinden sadece şiddetli elem ve hiddete kapılmış olmasını kabul etmiştir. Bir başka ifade ile, haksız tahrik kurumunun uygulanması bakımından, haksız fiil hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek nitelikte olmalıdır. Bu koşul, daha önce de belirtildiği üzere, tahrik kurumunun psikolojik unsuru olarak nitelendirilmektedir.

F. H Tahrike Neden Olan Fiile Tepki

1. Tepki Fiili

Haksız tahrik neticesinde failin işlediği tepki fiili ceza hukuku bakımından suç niteliğini haizdir. Ancak tepkiye neden olan tahrik fiili failin kusurunu etkilediğinden, cezasında belirli oranlarda indirimine gidilmektedir. Tepki fiilinin kasten işlenmesi halinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay tepki fiilinin olası kast ile işlenemeyeceğini kararlarında belirtmiştir⁹⁴⁰. Taksirli suçlarda haksız tahrikin mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Doktrinde *Erem* ve *afizoğulları*'na göre, kanunun açıkça yasaklamadığı durumlarda haksız tahrikin, nadiren de olsa şartları bulunması halinde taksirli suçlarda da uygulanabileceği kabul edilmelidir⁹⁴¹. Zira, taksirli suçlarda da hareket iradidir. Bu nedenle iradi olarak işlenen her fiil hakkında tahrikin kabul edilmesi gerekir⁹⁴². Ayrıca kanunda haksız tahrikin sadece kasıtlı suçlarda uygulanabileceğine dair bir hüküm olmadığı gibi bu hafifletici sebep bütün suçlara uygulanan kanunun genel hükümleri arasında yer almaktadır⁹⁴³. *Erem*, kasıtlı suçlarda bulunan ve tahrikin varlığına neden olan psikolojik esasın taksirli suçlarda da bulunduğunu ileri sürmekte ve buna örnek olarak demiryolu bekçisine her gün bu yoldan geçen bir marşandiz katarının makinistinin her geçişinde bekçiyi kızdırmak için lüzumsuz yere düdük çaldığını ve geçerken de ayrıca küfür ettiği halde, günün birinde uzaktan aynı katarın düdüğünü işiten bekçinin kapıldığı hiddet ile geçidi kapamaması ve bundan dolayı meydana gelen kaza neticesinde marşandiz makinistinin yaralanması halinde bekçi lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması lazım geldiğini ifade etmektedir⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ Yargıtay 1.C.D. 7.2.2008, 3937/745, Malkoç,

⁹⁴¹ Hafizoğulları, **T r C**

⁹⁴² Faruk Erem, **T r C**

⁹⁴³ **A.g.e.**

⁹⁴⁴ **A.g.e.**

T r C

r s. 368.

r Seçkin, 1993, s.435.

M dd -178, s.204.

ürelli 'ye göre ise haksız tahrikin neden olduğu suç bir tepki niteliğinde olmalı ve tahrik edene yönelmelidir. Bu durumda fail mutlaka kasti bir şekilde hareket etmelidir⁹⁴⁵. Yargıtay da kasten işlenmeyen suçlar bakımından tahrik hükmünün uygulanmayacağı görüşündedir⁹⁴⁶. Karşılaştırmalı hukukta, taksirli fiillerin de haksız tahrik altında işlenebileceği kabul edilmektedir. Tepki bakımından hareketin istenerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir ancak neticenin istenmesine gerek yoktur⁹⁴⁷.

2.T

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan koşullardan biri de tepki fiilinin haksız fiili gerçekleştirene karşı işlenmesidir. Tepki fiilinin hedefi, tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin şahıs hakları olabileceği gibi malvarlığı hakları da olabilmektedir⁹⁴⁸. Bu kimse ayrıca haksız fiili yapan kişinin fiilini önleme sorumluluğu bulunan kişi de olabilir⁹⁴⁹. Bu görüşe göre, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için, haksız fiilin ya mağdurun bizzat şahsından kaynaklanması ya da mağdurun o haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi veya zımnen bu haksız fiili onaylamış olması gerekmektedir. Yargıtay, özellikle *‘Medeni anun hükümlerine rf ve adete g re; çocuklarını terbiye ve tedip hakkına sahip olan ev reisi ve baba sıfatlarını taşıyan mağdurun olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti g rmesine rağmen sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda bulunmaması ve onları menetmemek suretiyle huzuru ile adeta müteceviz eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen müzahir olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine ahlaka rf ve adete hukuka*

⁹⁴⁵ Nevzat Gürelli, *Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik*, **B**, s.339; Nur Başar, *Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, **Adalet Dergisi**, s.361.; Yaşar Yavuz, *Haksız Tahrik*, **r** **r** s.463.

⁹⁴⁶ Mehmet Emin Artuk, Caner Yenidünya, *‘Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi’*, **r** **r** **Er** **Ö** **Ar** Alkım, İstanbul, 2003, (505-534), s.514. Maktuldeki yazarların TCK 86/2.maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2.maddesi aracılığı ile 85.maddesi uygulandığına göre taksirle adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar vermek suretiyle sanığa eksik ceza tayinini öngören yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Yargıtay 1.C.D. 16.5.2007, 2703-3776. Malkoç, **T r C**, Madde 1-178, s.207. Yargıtay 4.C.D. 8.12.1946 E. 11546 K. 11536 sayılı kararı. Erem/Danışman/Artuk, **C** **r**, s.596.

⁹⁴⁷ Caputo, **Codice Penale**, s.115.; Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Art.62, Kn.4; Dolcini/Marinucci, **Codice Penale Commentato**, Art.62, Kn.31.

⁹⁴⁸ Önder, **C** **r** **Cilt II-III**, s.383.

⁹⁴⁹ Parlar/Hatipoğlu, **A** - **r** **T r C** **orumu**, 1.Cilt, s. 512.

aykırı davranış niteliği taşıdığından bu y nden sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması' halini kanuna aykırı görmüştür⁹⁵⁰. Ancak genel olarak kabul edilen husus, mağdurdan kaynaklanmayan başkasının haksız fiillerinin haksız tahrik nedeni olarak görülmemesidir. Bu nedenle, tahrik fiilini gerçekleştirmeyen kimseye karşı işlenen fiiller bakımından tahrik indirimi uygulanmaz. Örneğin, bir suç mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller nedeniyle haksız tahrik indirimine gidilemez. Madde gerekçesinde bu husus özellikle vurgulanarak, maddeye haksız bir fiil ibaresinin eklenmesinin amacı, *'t re ve namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi ldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının nüne geçilmesi'* olarak gösterilmiştir⁹⁵¹.

3.T Z

Türk Hukukunda, tahrik ve tepki fiilleri arasındaki zamansal yakınlık, tahrike neden olayın fail üzerindeki etkisinin suçun işlenmesi esnasında hala sürüp sürmemesi bağlamında değerlendirilmektedir. Fiziksel ziyanlarda bu etki daha kolay bir biçimde tespit edilebilmektedir. Örneğin; Yargıtay, tahrike neden olan sanığın yüzünde sabit iz oluşturacak biçimde mağdurun sanığa bardakla vurması olayında, *'bu izin olay zamanında bile belirgin biçimde g zlemlenebilmesi ve bunun psikolo ik baskısını sanığın her zaman hissetmesi neticesinde duyduğu elem ile tahrik fiili ile tepki fiilinin işlenmesi arasında sene geçmiş olmasına rağmen'*, yerel mahkemenin *'aradan uzun süre geçmiş olması'* nedeniyle tahrik indirimi uygulamadığı kararını bozmuştur⁹⁵². Yargıtay kararlarında *' aksız kışkırtma maddesinin uygulanabilmesi için zaman aralığı zorunlu bir ğe olmayıp haksız bir olayın bulunması ve bu olayla sanıkta meydana gelen fke ve acı ile suçun işlenmesi arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir atılan ile yakınanın sanığa s vdüğü iddia olunan olayların suç tarihlerin bir yıl ncesine dayanması ve farklı konular olması biçimindeki gerekçeyle sanık yararına haksız kışkırtma hükümlerinin*

⁹⁵⁰ Yargıtay 1.C.D., T. 1.4.1980, 41-1453. **A.g.e.**, s. 513.

⁹⁵¹ **A.g.e.**

⁹⁵² Yargıtay 3.C.D. 20.12.2006, 9078/9492. Haydar Erol, **T r C** Matbaacılık, Ankara, s.452.

değerlendirilmemesini , kanuna aykırı bulmuştur⁹⁵³. Bir diğer Yargıtay kararında ise tepki fiilinin zamanı hususunda şöyle bir değerlendirme yapılmıştır; *‘ aksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir aksız bir olayın bulunması bu olay ile sanıkta meydana gelen fke ve acı; bu fke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdirıyla sonuca göre hüküm kurulması gerekirken kurulmaması’* kanuna aykırı bulunmuştur⁹⁵⁴. Bu nedenle denilebilir ki; Yargıtay, kararlarında failin üzerinde tahrike neden olayın etkisini dikkate almakta ve suçun tahrik fiilinin hemen akabinde işlenmesine ilişkin kanun düzenlemesinde herhangi bir ibarenin bulunmaması karşısında zaman unsurunu dar yorumlamamaktadır. Buna göre, değerlendirmedeki ölçü suç ile haksız fiil arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır⁹⁵⁵.

Ancak aradan geçen bu sürenin uzaması, somut olayda fail hakkında tahrike dayalı indirim miktarının asgari ya da azami olması hususunda önem taşımaktadır. Bununla birlikte Yargıtay kararlarında, tahrik ile tepki fiili arasındaki zaman diliminin fail hakkında hükmedilen cezada gerçekleştirilecek olan indirim miktarında dikkate alındığı görülmektedir. Çünkü, haksız fiilinin etkisi ve yoğunluğunun zamana bağlı olarak azaldığı kabul edilmektedir. Uzun zaman dilimi girmesi halinde indirim miktarı asgari düzeyde belirlenirken, kısa zaman dilimlerinde azami miktara yaklaşmaktadır⁹⁵⁶. Örneğin, Yargıtay, maktulün, failin kardeşini olaydan 11 yıl önce öldürmesi olayında aradan geçen zaman dilimi ve cezasını çekip tahliye olması halinde tahrik nedeniyle gerçekleştirilen indirimin azami miktarda gerçekleştirilmesini bozma nedeni saymıştır⁹⁵⁷. Ancak, olaydan yaklaşık 2 ay önce maktul ve arkadaşları tarafından darp edilen failin maruz kaldığı haksız fiilin etkisinin yoğun olması sebebiyle

⁹⁵³ Yargıtay 4.C.D., E. 2003/1626 K. 2004/6257 T. 17.5.2004, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 7.11.2012.

⁹⁵⁴ Yargıtay 4.C.D., E. 1991/7141, K. 1991/8305, T. 25.12.1991, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 7.11.2012.

⁹⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.9.1979 1/272-325, Çağlayan, **T r C** r s.534.

⁹⁵⁶ Yargıtay 1.C.D. 5.12.2006, E.5969 K.5457. Gündüz/Gültaş, **T r C** r Cilt 1, s.226.

⁹⁵⁷ Yargıtay 1.C.D. 5.12.2006, E.5969 K.5457. **A.g.e.**

azami miktarda indirimin gerçekleşmesi gerektiği Yargıtay tarafından ifade edilmiştir⁹⁵⁸.

Failin haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi için, olayın hemen öncesinde ve olay anında ya da olaydan önceki günlerde fail ile mağdur arasındaki ilişkiler değerlendirilmeli, failin maktule karşı fiiline neden olan ruhsal durum belirlenmelidir⁹⁵⁹. Ancak meydana gelen ruhsal durumun yarattığı infialin, mutlaka olay anında meydana gelmesi gerekmemektedir. Türk doktrininde, nedensellik ilişkisi kurulduğu müddetçe, tahrik fiilinin üzerinden zaman geçmesine rağmen, failde bunun yarattığı buhran hali güncel kaldığı sürece tahrik indiriminin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Tepki fiilinin zamanı konusunda Türk Ceza Kanunu'nda herhangi bir sınırlamanın olmaması, bizi haksız tahrikin diğer unsurlarının iyi değerlendirilmesi ve araştırılması gerektiği sonucuna götürmektedir.

Diğer hukuk sistemlerinde örneğin Anglo-Sakson ve Amerikan Hukuk Sistemlerinde, tahrike uğramış failin iradesi '*hasarlı irade*' olarak nitelendirilmektedir. Fail, '*sıcağı sıcağına kızgınlık*' hali ile, duygularının esiri olması nedeniyle hukuka uyma yetisini kaybetmelidir⁹⁶⁰. Bu nedenle failin gerçekleştirdiği tepki suçu, mağdurun tahrik fiilinin akabinde gerçekleştirilmiş olmalıdır. Tahrik karşısında failin öfkesi adeta daha '*soğumadan*', tahrik eden fiilin hemen akabinde ortaya çıkmalı ve tepki fiili işlenmelidir⁹⁶¹. Bu sistemde, kural olarak toplum, bireylerinden duygularını kontrol etmelerini beklemektedir ancak bu demek değildir ki tahrike uğramış kişi de buna neden olana karşı duygularını mutlak surette kontrol edebilmelidir⁹⁶². Alman Hukukunda da herhangi bir zaman sınırlaması özel olarak aranmamakla birlikte, gerek kanun lafzına yönelik değerlendirmelerde gerekse doktrinde, tahrik ile tepki fiili arasında zaman aralığının dar olmaması halinde, tahrike neden olan fiilin

⁹⁵⁸ Yargıtay 1.C.D. 28.6.2007, 2007/2146-2007/5294. Artuç/Akkaya/Gedikli, **2006-2007-2008** r TC s.142.

⁹⁵⁹Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 3.4.2008, 2008/68-2008/63, Gerçekler, r U T r C Cilt 1, s.336.

⁹⁶⁰ Narayan/ Von Hirsch, Three Conceptions of Provocation , **Criminal Justice Ethics**, s.15.

⁹⁶¹ Crm Dlamini, The Changing Face of Provocation , **South African Journal of Criminal Justice**, 1990, S.2, s.132.

⁹⁶² CR Snyman, Is There Such a Defence In Our Criminal Law As Emotional Stress S **African Journal of Criminal Justice**, s. 248.

yarattığı öfke halinin azalacağı ve maddenin uygulanma mantığının dışına çıkılacağı yönünde eleştiriler yapılmaktadır.

Kanımızca, tahrik fiili ile tepki fiilinin arasına giren zaman aralığının fazlalığı halinde tahrikin neden olduğu hiddet ve elem durumunda azalma olması mümkündür. Bu nedenle dikkat edilmesi gereken husus, tahrik fiilinin sürekliliği ve güncelliğidir. Failde meydana gelen ve aynı zamanda fiziksel iz de bırakan tahrik filllerinde tahrik olma hali güncelliğini koruyabilmektedir. Çünkü bireyde, tahrike neden olan unsur halihazırda varlığını korumaktadır. Ancak tahrik fiilinin aynı zamanda fiziksel bir etki bırakmaması ve tekrara yol açacak biçimde işlenmemesi durumunda, buna ilişkin gösterilecek tepkinin zamansal olarak yakın bir gelecekte gösterilmesi önem taşımaktadır. Aksi takdirde, kanımızca tepki fiili, birlikte büyük ölçüde kin ya da intikam dürtüsüne dönüşmüş bir davranış olarak kendisini gösterme ihtimalini barındıracaktır. Bu da tahrik indiriminin gerekçesine aykırılık oluşturacaktır.

4. Tahrik Fiili ile Tepki Fiili Ar d N d B

Haksız fiil neticesinde failin işlemiş olduğu suçtan ötürü cezasında indirimle gidilebilmesi için, tepki fiili tahrik fiili nedeniyle işlenmiş olmalıdır. Yargıtay bu hususu ‘ *anıkları bugünkü suçu işlemeye iten onların beyninde şedit gazap ve elem uyandıran olay değildir önceki yaralama aileler arasında süregelen ihtilaflar zincirinin ilk halkasıdır ve bu nedenle tahrik sebebi kabul edilemez* ⁹⁶³ kararı ile ifade etmektedir. Nedensellik bağı değerlendirmesinde sebep sonuç ilişkisi dikkate alınmalıdır. İşlenen fiilin tahrike neden olan olayın etkisi ile gerçekleştirildiği somut olayda açıkça ortaya konulmalıdır. Bu hususta önemli olan, failde suç işleme kastını oluşturacak etkinin tahrik fiili neticesinde meydana gelmesidir. Yani, tahrik ile işlenen suç arasında bir nedensellik olmalıdır. Failin, daha önce suç işlemeye karar vermesi halinde, daha sonradan ortaya çıkabilecek olan tahrik hali, fail hakkında tahrik indiriminin uygulanmasına engel olabilecektir⁹⁶⁴.

⁹⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.2.1988, 1-531/58. Parlar/Hatipoğlu, A **-Yeni**
r T r C r , 1.Cilt, s.512.

⁹⁶⁴ Demirbaş, T r C d Ö T r r s.45.

Kanımızca, özellikle araya zaman giren tepki fiilleri ya da failin kişilik ve malvarlığına karşı olmayan haksız fiillere karşı failin buna tepki olarak işlediği suçlar bakımından nedensellik bağının tespiti daha fazla önem arz etmektedir. Örneğin, petrol yüklü tankerden meydana gelen sızıntı nedeniyle çevrenin kirlenmesinden ötürü hiddete kapıldığını ve bu nedenle, petrolün sahibi olan kişinin benzin istasyonunu havaya uçurduğunu iddia eden failin işlediği suç ile tahrike neden olan olay arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığının tespiti, kasten yaralama suçuna gösterilen tepki arasındaki nedensellik bağının tespitinden daha zor olacaktır.

T Ar d Or

1. Genel Olarak

Failin işlediği tepki fiili ile buna neden olan tahrik fiili arasında herhangi bir oran aranıp aranmayacağı hususunda Türk Ceza Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ve mahkeme kararlarında, tahrik ile tepki fiili arasında bir orantının bulunması gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. Failin hiddet veya şiddetli elem etkisi ile gerçekleştirdiği fiil bakımından orantının aranmaması gerektiğini savunan görüşlerin⁹⁶⁵ dayandığı temel husus, bunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasıdır. Aksi görüşü savunanlara göre ise tahrik ve tepki fiili arasındaki orantının tahrik mefhumunda zımnen mevcut olduğu kabul edilmelidir⁹⁶⁶. Suç ile fiil arasında nedensellik bağının mevcut olması lazım geldiğine ve bu neviden bir bağ belli bir oranı gerektirdiğine göre, eğer suç tahrik fiilinden aşıkare surette ağır ise onun tahrikten ileri geldiği söylenemez; zira tahrik böyle bir suçun işlenmesinde ancak bir vesile olmuştur⁹⁶⁷.

Tahrik fiili ile tepki fiili arasında orantılılık unsuruna yer verildiğini ve orantılı olmayan tepkiden ötürü failin tahrik indiriminden yararlanamayacağı yabancı hukuk yargılamalarında görülmektedir. Örneğin, Alman Hukuku bakımından, Alman Ceza Kanunu'nun 213.maddesinin lafzı mucibince, öncül

⁹⁶⁵ Hasan Gerçeker, *Türk Ceza Kanunu'nda Tahrik ve Tepki Fiilleri*, Cilt 1,s.312.

⁹⁶⁶ Erem, *Türk Ceza Kanunu'nda Tahrik ve Tepki Fiilleri*, s.428.

⁹⁶⁷ *A.g.e.*

suçun belli bir ağırlıkta olması kasten öldürme suçu bakımından gereklilik arz etmemektedir. Ancak failde şiddetli öfkeye neden olacak şekil ve ağırlıktaki fiiller tahrik bakımından yeterli olacaktır⁹⁶⁸. Amerikan yargılamasından örnek vermek gerekirse; Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Commonwealth v. Bermudez* davasında mağdur tarafından faile söylenen sözlerin tek başına yeterli olmayacağını ve bu durumun tahrik indirimi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargılamaya konu olayda, aralarında hala evlilik birliği olmasına rağmen, kendisinden ayrı yaşamaya başlayan karısı ve çocuğunu görmek istemeyen koca, karısının artık kendisini görmek istemediği ve hayatında başka birisi olduğunu küfürler yağdırarak söylemesi üzerine karısını öldürmüştür. Kararda, failin sadece karısının sarf ettiği sözler neticesinde tahrik olduğu ve karısını öldürdüğü savunmasının yeterli görülmediği açıkça ifade edilmiştir. Maktulün, küfürlü ve saldırgan söylemleri tahrik indiriminin uygulanması için yeterli görülmemektedir⁹⁶⁹. Kararda, *hakaret ve ağız dalaşı makul bir tahrik için tek başına yeterli görülmemektedir er ne kadar aşağılayıcı olursa olsun sadece s zle yapılan bir saldırı bir kimsenin başka bir kimseyi öldürmesi neticesinde tahrik indirimi yapılmasını gerektirmemektedir* ifadeleri vurgulanmıştır⁹⁷⁰. Hatta bu durum daha açık bir şekilde bazı eyalet kanunlarına da geçmiş, *'s zle yapılan tehditler hakaretler aşağılamalar bir kimsenin bir başkasını öldürme fiillerinde fail hakkında haksız tahrik indirimine yetecek ağırlıkta değildir'* düzenlemesi açıkça kanun maddelerinde yer almıştır⁹⁷¹. Amerikan Hukukunda da tahrik hükmü İngiliz Hukukundaki gibi sadece kasten öldürme suçları bakımından ceza indirimi sağlamaktadır. Bu açıdan, kararda insan öldürme ile hakaret fiilleri arasında bir değerlendirmenin yapıldığı ve bunlar arasındaki orantının göz önünde bulundurulduğu hatırlatılmalıdır.

⁹⁶⁸ Deckers, Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte , *r r r R* , (653-676) s.657.

⁹⁶⁹ Singer, 'The Resurgence of Means Rea: I-Provocation, Emotional Disturbance and the Model Penal Code' *Boston College Law Review*, s. 263.

⁹⁷⁰ State v. Levelle, 34 S. C. 120, 129, 13 S.E. 319, 320(1890) , Singer, The Resurgence of Means Rea: I-Provocation, Emotional Disturbance and the Model Penal Code , *Boston College Law Review*, s.265.

⁹⁷¹ Georgia Ceza Kanunu, *A.g.e*, s.266.

T r Hukukunda Oran Hususundaki r r

Türk Ceza Kanunu'nda açıkça belirtilmemesinden ötürü tartışılan bu husus hakkında doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Orantının bulunmasına gerek olmadığını savunan yazarlara göre, orantının aranmaması gerektiğinin en temel göstergesi bunun kanunda düzenlenmemiş olmasıdır⁹⁷². Tahrik fiili ile buna karşılık tepki fiili arasında nedensellik bağı kurulabildiği sürece, failin psikolojisine göre, hangi olaya nasıl tepki vereceği konusunda önceden tahmin etmek zordur. Bu nedenle kanunda tepki suçunun oranı konusunda hüküm yer almaması isabetli bulunmuştur⁹⁷³. Tahrik neticesinde meydana gelen elem ve gazap gibi iki sebepten husule gelen bu mazeretin kabulü ve bunun fail üzerindeki etkisi kronometre veya benzeri bir ölçü aleti ile ölçülemez⁹⁷⁴. Tepki, tahriki oluşturan eylemden biraz ağır olabilir, denge ve eşitlik aranmaz⁹⁷⁵.

Buna karşılık, önemli olanın tahrik ile tepki fiili arasındaki nedensellik bağı olduğu, aralarında açık ve kesin bir ölçüsüzlüğün bulunması halinde failin ruhsal durumu ile fiil arasında nedensellik bağının bulunmadığından bahisle fail hakkında tahrik indiriminin uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁹⁷⁶. Aksi görüşe göre tahrik fiili ile tepki fiili arasında oran bulunmalıdır. Açıkça kanun düzenlemesinde bir oran belirtilmese de tahrik teşkil eden fiilin failde meydana getirdiği etki ve neticesindeki tepkinin ölçüsü önemlidir. Bu nedenle, somut olayın akışı, failin yetiştiği ortam, katlanma gücü tepkinin ölçüsü hususunda dikkate alınmalıdır. Failin ruhsal durumunun abartılı oluşu halinde verilen ölçüsüz bir tepki nedeniyle işlenen fiil ile tahrik fiili arasında oranın olduğu söylenemez⁹⁷⁷.

3.Y r r r r d Or

Yargı kararlarına bakıldığında ise bazı durumlarda tahrik fiili ile tepki fiili arasındaki denge dikkate alınmakta iken bazı durumlarda aksi yönde tutum

⁹⁷²Erem/Danışman/Artuk, T r C r s.601.

⁹⁷³Tutumlu, T r Ceza Hukukunda T r Ö r s.36.

⁹⁷⁴Çağlayan, T r C r s.535.

⁹⁷⁵Malkoç, A T r C Cilt 1, s.516.

⁹⁷⁶Dönmezer/Erman, N r T C r Cilt II, s.358;

⁹⁷⁷A.g.e.

sergilenmektedir. Örneğin, Askeri Yargıtay tarafından verilen bir kararda, ‘mağdurun disiplin cezasını gerektiren davranışları karşısında sanığın mağduru uyarması ve bir üst amir sıfatı ile gerekli disiplin işlemlerini uygulamak yerine mağdura karşı ciddi müessir fiilde bulunduğu ve b ylece mağdurun haksız fiili ile sanığın g sterdiği tepkisel davranışı arasında meydana gelen sonuç itibarıyla sanık aleyhine orantısızlık bulunduğu anlaşıldığından mağdurun bu davranışı sanık lehine haksız tahrik oluşturmadığı⁹⁷⁸ yönünde görüş ortaya konmuş, tahrik fiili ve tepki fiili arasında dengenin mevcut olması gerektiği öngörülmüştür. Ceza Genel Kurulu, ilk haksız davranışa karşı işlenen fiilin ölçüsüz ve aşırı tepki niteliği taşıması halinde bu aşırı tepki nedeniyle suç işleyen kişinin haksız tahrikten yararlandırılmasına; ilk haksız fiilde bulunan failin haksız tahrik hükmünden yararlanması olanaklı değilse de karşılaştığı tepkinin aşırı ve orantısız bulunup başlı başına haksız bir fiil niteliğini alması durumunda haksız tahrik maddesinden yararlandırılmasına olanak tanımaktadır⁹⁷⁹. Yargıtay bir diğer Ceza Genel Kurulu kararında; tepkideki orantısızlık halinde nasıl bir değerlendirmede bulunulması gerektiğini şu şekilde ortaya koymuştur: ‘Maruz kalınan tepkinin failin gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hal alması durumunda başka bir deyişle tepkide açık bir orantısızlık olması durumunda bu tepkinin artık başlı başına bir haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir arşılıklı tahrik

⁹⁷⁸ Gerçekler, r U T r C Cilt 1, s.331.

⁹⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu,25.5.2004 87/124, 24.10.2000 189/211. www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 10.11.2012.

osyaya toplanan delillere ve sanık nin kardeşi nin tanık olarak alınan ifadesine g re; lay günü saat sıralarında mağdura s z atmış ve harekette bulunmuş mağdur da onu d verek bağ bıçağı ile yaralamaya teşebbüs etmiştir u olayı evine giden asan ağabeyi sanık R.S.’ye anlatmıştır ymü gün saat sıralarında sanık k y meydanında mağduru g rünce yukarıda açıklanan ve küçük kardeşinin mağdur tarafından d vülmesi ve bıçakla yaralamaya teşebbüs edilmiş olmasının etkisiyle tabancasını çıkarıp - el ateş ederek mağduru ldürmeye tam teşebbüste bulunduğu anlaşılmıştır

u oluşa g re sanık küçük kardeşi asan in mağdur ecati tarafından d vülüp bıçakla yaralamaya teşebbüs edildiğini bilmektedir layın nedeni bu haksız harekettir er ne kadar sanığın kardeşi asan mağdura nce hakaret ederek ilk haksız harekette bulunmuş ise de mağdur bu etkiye karşı daha ağır vasıfa olarak onu d vümü ve elindeki bağ bıçağı ile yaralamaya teşebbüs etmiştir u haliyle tepki daha ağır olup sanığı suçu işlemeye itmiştir anık lehine yasal tahrik hükmünün uygulanması gerekir

Bu itibarla sanık vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne ve direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

oğunluk kararına katılmayan yeler ise; irenmeye ilişkin gerekçeye g re direnme hükmünün onanması yolunda oy kullanmışlardır

ukarıda açıklanan nedenlerle direnme hükmünün tebliğnamedeki onama isteyen düşüncenin reddiyle M depo parasının geri verilmesine üçte ikiyi geçen çoğunlukla 3.3.1978 tarihinde karar verildi.’Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1978/302 K. 1978/367 T. 23.3.1978, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 8.11.2012.

oluşturan eylemlerin varlığı halinde fail ve mağdurun yekdiğeri y nünde tahrik oluşturulan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli öncelik sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri g z nünde tutulmalı ulaştıkları boyutlar vahamet düzeyleri etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı buna g re; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı g zetilerek failin başlangıçtaki haksız davranışına g sterilen tepkide aşırılık ve açıklık bir orantısızlık saptanması halinde failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir⁹⁸⁰.

Kanımızca, Türk Hukukunda tahrik ile tepki fiili arasında aranan unsur orantı değil, tepki fiilinde sınırın aşılmasıdır. Tepki ile tahrik fiili arasında orantının aranması halinde, tahrike neden olan fiilin varlığının tahrik için yetersiz sayılması gerekir iken, yargulamalarda genellikle tahrik fiilinin varlığı kabul edilmekle birlikte tepkinin ölçüsüzlüğü bir başka ifadeyle aşırılığı gündeme gelmektedir. Tepkinin ölçüsüzlüğü, aşırılığı karşısında sanık hakkında tahrik indirimi en alt seviyeden verilmeli, sınırın aşılması suretiyle, mağdur bakımından ise meşru savunma ya da haksız tahrik hali gündeme gelmelidir.

⁹⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 12.2.2008, E.2007/1-163, K.2008/21. Remzi Gündüz/Veyssel Gültaş, **T r C** r Cilt 1, s.211. ‘ tepkinin daha ağır olması nedeniyle sanığın suçu işlemeye itildiğinden bahisle sanık lehine tahrik hükmünün uygulanması gerekir ’ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.3.1978, 1/302-367 Çağlayan, **T r C** r s.542.

SONU

Çalışma konumuz olan haksız tahrik hali, Türk Hukuku ve karşılaştırmalı Hukuk çerçevesinde ele alınmıştır. İncelenen ülke hukuklarında haksız tahrike çeşitli vesilelerle önem atfedildiği ve kanun metinlerinde düzenlendiği görülmektedir. Bu örneğin İsviçre Hukukunda olduğu gibi, genel hükümlerde tüm suç tipleri ve özel hükümlerde bazı suç tipleri (özellikle hakaret suç tipi) hakkında ayrıca öngörülmüş olan haksız tahrik düzenlemeleri şeklinde olabilmektedir. Bir başka biçimde ise örneğin Alman Hukukunda olduğu gibi, belli suç tipleri açısından özel hükümler kapsamında haksız tahrike yer verilmektedir.

Türk Hukukunda haksız tahrikin, sadece özel bir suç tipi ya da belirli nitelikteki kişilerle sınırlı olmaksızın, herkese ve her suç tipine uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak, kanımızca bu hususta şüphe mevcuttur. Zira, genel kural bu olmakla birlikte, bazı suç tipleri bakımından, nitelikleri itibariyle haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde ifade edilmektedir. Karşılaştırmalı Hukuka bakıldığında, haksız tahriki genel hükümlerinde düzenlemiş devletlerde dahi düzenlemenin mütemadi ve zincirleme suçlarda uygulanamayacağı, zira temadi ve teselsülün tahrikin başlangıçtaki etkisi olan öfke durumlarındaki psikolojik duygusal buhranın ortaya çıkmasına engel olacağı ileri sürülmektedir.

Çalışmamızda ele alınan yüksek mahkeme kararları ve karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ortaya çıkan husus, haksız tahrik düzenlemesinin yoğun olarak belli başlı suç tiplerine uygulandığı, hatta bazı suç tipleri bakımından uygulanamayacağının açıkça ifade edildiğidir. Haksız tahrik, kanun lafzı bakımından sadece Türk Hukukunda değil karşılaştırmalı hukukta da tartışma konusu olan bir hükümdür. İnceleme konusu olan ülke hukuklarının çoğunda, haksız tahrikin unsurları bakımından sıkıntılar göze çarpmakta, ideal bir tanımlamanın hala yapılamadığı görülmektedir. Bu noktada özellikle son zamanlarda haksız tahriki kanunlardan kaldırma eğilimi gösteren devletlerin hukuklarına işaret etmek gerekmektedir. Çalışmamızda ayrıntılı incelendiği üzere, haksız tahrik kurumunun çok uzun yıllardan beri kanunlarda yer almasına

rağmen, uygulamacılar tarafından yargılamalarda tatmin edici biçimde değerlendirilmiyor olması, haksız tahrikin kanunlardan kaldırılması yönünde eğilim gösterilmesine neden olmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki, haksız tahrik kurumunun kanun sistematığı içerisinde başlı başına bir madde olarak düzenlenmesinden kaçınılması, kurumun yargılamalarda tamamen dikkate alınmadığı anlamına gelmemektedir. Zira haksız tahrik, takdiri indirimi nedeni olarak yargılamalarda değerlendirilmekte ve failin cezasının bireyselleştirilmesi aşamasında nazarı dikkate alınmaktadır. Türk Hukuku bakımından ise önerimiz, haksız tahrikin her suç tipi bakımından uygulanmadığı ve özellikle tahrik indiriminin yargılamalarda belirli suçlarda yoğunlaştığı göz önünde bulundurulduğunda, belli başlı suç tipleri bakımından ortak hüküm şeklinde ya da failin cezasının bireyselleştirilmesi aşamasında takdiri indirim nedeni olarak ve şartları günümüz mevcut madde düzenlemesinden daha sıkı ve dikkatli bir biçimde formüle edilmiş bir haksız tahrik düzenlemesine yer verilmesidir.

Bizim açımızdan önemli diğer bir mesele olan ve çalışmamızda üzerinde durduğumuz sorun haksız tahrik halinde suç işleyen faile bu nevi bir ayrıcalık tanınmasının nedeni olmuştur. Çalışmalarımız neticesinde bu hususta da farklı yaklaşımların mevcut olduğu görülmüştür. Bir yaklaşım, içinde bulunduğu durum veya meydana gelen olayın neticesinin fail üzerinde yarattığı zayıflık nedeniyle suç işlendiğini ifade etmektedir. Bir başka yaklaşım ise işlenen suç nedeniyle failin insani karakterinin olağan dışı yetersizliğinden ziyade buna neden olan fiilin ya da durumun olağandışı özelliğinden dolayı failin sorumluluğunun az olmasını ifade etmektedir. Her iki yaklaşımda da ortak olan husus haksız tahrik halinde failin, davranışlarını kontrol edebilme yetisinden mahrum kalmasıdır. Bununla birlikte, yalnızca failin içinde olduğu ruh halinin onun daha az cezalandırılmasına imkan tanıyacağı yaklaşımı yetersiz kalmaktadır. Bu noktada bir kimsenin, zihnini bulanıklaştıran tahrik neticesinde işlediği suçta, suç teşkil eden fiilin yanı sıra bu suçun işlenmesinde mağdurun yapmış olduğu fiilin de etkili olduğu ve fiilin haksızlık içeriğini azalttığı gerçeğinin göz önünde bulundurulmasına yönelik yaklaşım devreye girmekte ve failin neden cezalandırıldığı hususu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Haksız tahrikin esasını açıklamaya yönelik bu yaklaşımlar, haksız tahrikin objektif unsuru olan haksız fiil ile subjektif unsuru olan hiddet veya şiddetli

elemden ağırlık noktası olarak hangisi tercih edilmiş ise ona göre tasnif ve izah yoluna gitmişlerdir. Zira objektif teori, faile yöneltilen tahrikin haksızlığından yola çıkarak tahrik fiiline ilişkin hususları öne çıkarmış, subjektif teori ise tahrik fiilinin failde yarattığı hiddet ve elemi dikkate almak suretiyle psikolojik-bireysel bir çözümlenmeden hareket ederek faile ilişkin hususları önemsemiştir. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesine bakıldığında; bir failin bu hukuki kurumdan istifade ederek cezasında indirimine gidilebilmesi için öncelikle failin haksız bir fiile maruz kalması ve bu haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin tesiri altındayken tipik eylemi gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucunun haksız tahrik bakımından bir objektif unsurun (haksız fiil) ve bir subjektif unsurun (hiddet veya şiddetli elem) varlığını aradığı görülmektedir.

Bu açıklamalardan sonra Türk Hukuk düzenine bakıldığında, haksız tahrikin hukuki esasının Türk doktrininde subjektif teoriye göre izah edildiği söylenebilir. Haksız tahrik halinde fail, haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elem altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmekte ve cezada indirim yoluna gidilmektedir. Gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gerekse 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu döneminde de haksız tahrik '*eza hliyeti ve unu aldırın ve Hafifleten Nedenler*'den biri olarak düzenlenmiştir. Düzenleniş yeri olarak bakıldığında, haksız tahrik tesiri altında işlenen fiil suç olma vasfını yitirmemektedir. Zira fail, her ne kadar meydana gelen tahrik fiili neticesinde olsa dahi hukuka aykırı davranmama, tepki göstermeme seçeneğini kullanmamıştır. Gerçekten, failin isnat yeteneğini kaldırarak derecede olmayan heyecan, gazap, elem durumlarında bir bilinç karışıklığı yaşamaması kastını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle haksız tahrike maruz kalan kimse kendisine hakim olamayıp tipik eylemi gerçekleştirdiği takdirde fail vasfını haizdir. Ancak sadece bu neviden bir yorum haksız tahrikin hukuki esasını açıklamaya tek başına yeterli olmayacaktır. Burada Türk hukuk düzeni bakımından yalnızca haksız bir fiilin yol açtığı heyecan dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, yalnızca failin içsel durumu dikkate alındığında kişilerin kendilerini normlara uydurma konusundaki beklentinin azaldığı, ve heyecan nedeniyle iradesinde meydana gelen zayıflamanın kusurunu azalttığı düşüncesi oluşabilecektir. Bir

başka deyişle, haksız olmayan bir etmene ya da tahrike maruz kalarak hiddetlenen kimsenin de psikolojik bakımından iradesi zaafa uğrayabilecektir. Buna karşın objektif teorinin başlı başına benimsenmesi halinde ise haksız tahrik halinde biri tahrik eden, diğeri tahrike maruz kalan olmak üzere iki sorumlunun varlığı kabul edilecektir ki böyle bir açıklama da yetersiz kalacaktır. Zira fail ve mağdurun kusuru karşılıklı mahsup edildiğinde, faile ceza verilmemesi cihetine de gidilebilecektir. Oysa mağdur her zaman tahrik fiiliyle fail sıfatını kazanmamaktadır. Bu noktada mağdurun ortak sorumluluğundan bahsetmek gerekir. Zira haksız tahrik tesiri altında suç işleyen kişinin davranışlarını kontrol etmesi yine de kendisinden beklenmektedir. Aksi takdirde failin kusurlu olmadığını kabul edilmek gerekirdi. Bu nedenlerle kanımızca haksız tahrikin hukuki esası meselesinin çözümünde objektif ve subjektif teorinin birlikte dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekten, haksız bir fiilin yol açtığı hiddet veya şiddetli elemin tesiri altındaki kimsenin iradesinde bir zayıflama söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, heyecanın kusur yeteneğini zayıflatan bir etkisi olduğunu kabul edebilmek için, bunun haksız bir fiilden kaynaklanması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinin lafzıyla birlikte düşünüldüğünde, haksız tahrikin failin kusurluluğunu azaltan bir neden olarak nitelendirilmesinde iki nedenin olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi haksız tahrik fiili ya da bir başka deyişle mağdurun ortak sorumluluğu, diğeri ise failin bu haksız fiil nedeniyle iradesindeki zayıflıktır. Bu nedenle her iki unsurun da dikkate alınması ve haksız tahrikin hukuki esasının izah edilmesinde karma teorinin esas alınması daha uygun görünmektedir.

Tahrikin failin ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olmasının bir diğer sebebinin de mağdurun tesiriyle meydana gelen fiil nedeniyle failin irade serbestisinin zaafa uğraması olduğunu daha önce belirtmiştik. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, ceza hukukunun temel varsayımlarından biri her bireyin kendisine ya da yakınlarına karşı gerçekleştirilen davranışlara katlanma ve davranışlarını kontrol altında tutmalarıdır. Bazı durumlarda, kişilerin bu beklentiden uzak tutumlar sergilenebileceği kabul edilmekte ve davranışlarını kontrol altında tutamaması suretiyle işledikleri fiiller nedeniyle tamamen sorumlu tutulmamaktadır. Ancak bu durum sınırsız hoşgörü sağlanması anlamına gelmemektedir. Zira, kanundaki haksız tahrik kurumu ile kural olarak failin

işlediği fiilden ötürü cezasız kalmasına izin verilmemektedir. Ancak failin içinde bulunduğu ruhsal durumun davranışları üzerinde yarattığı etki nedeniyle, işlediği suçun cezasında indirimine gidilmek suretiyle bir nevi içinde bulunduğu katlanılamaz durum mazur görülmektedir. Ancak haksız fiil sayılan fiiller, bu fiilleri gerçekleştiren küçükler ya da sağır dilsizler söz konusu olduğunda Yargıtay tarafından haksız tahrik olarak nitelendirilmemektedir. Bu noktada, kanımızca, birtakım sınırlamalara gidilmektedir. Hakkaniyet gereği, haksız fiilin kaynağının akıl hastası, yaş küçüklüğü ya da sağır ve dilsizlik gibi nedenler dolayısıyla, davranışlarının hukuki anlam ve neticelerini bilemeyecek durumda olan kimselerin fiillerine karşı bunu bilen failin katlanma yükümlülüğü, diğer bireylerin davranışlarına katlanma yükümlülüklerine göre daha ağır olmalıdır. Türk Hukukunda, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenlerden olan yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı olan bir kimsenin işlediği fiilin bu nedenle suç olsun ya da olmasın haksız fiil teşkil ettiği yönünde eğilim mevcuttur. Bununla birlikte, kanımızca yukarıda da açıklamaya çalıştığımız üzere, bu kimselerin fiilleri her ne kadar haksız fiil teşkil etmiş olsa da haksız tahrik nedeni sayılıp sayılmayacağı sorunlu bir meseledir. Karşılaştırmalı hukukta örneğin Alman Hukukunda, failin haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi için mağdurun haksızlık bilincine sahip olması aranmaktadır. Dolayısıyla, akıl hastası, küçük ve hatta sarhoş bir kimsenin davranışına karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından haksız tahrik indirimi uygulanmamaktadır.

Haksız tahrik halinin, ceza hukukunun diğer kurumları ile ilişkisi ve somut olayda bir arada uygulanıp uygulanmayacağı da çalışmamızda ele alınan bir diğer önemli unsur olmuştur. Bunlardan ilki olan tasarlama ile bir arada uygulanıp uygulanamayacağı, tartışılan bir husustur. Türk Hukukunda tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceği, buna kanunen bir engel bulunmadığı çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta ise bu hususa daha temkinli yaklaşılmakta, tasarlamanın bir düşünüp taşınma evresinin olduğuna binaen haksız tahrikin ani öfke ve geçici olarak kendini kaybetme unsuru ile bağdaşamayacağı ve ayrıca tasarlamanın haksız tahriki ölç alma noktasında bir araç haline getireceğinden bahisle haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada uygulanamayacağı savunulmaktadır. Zira, karşılaştırmalı hukukta haksız tahrikin koşulu olan heyecan hali tepkisel bir duygu olarak ortaya

çıkmasını kabul eden sistemlerde, tasarlama niteliği gereği haksız tahrik ile bir arada uygulanamamaktadır. Bir diğer çekince de tasarlamanın failde öç alma şekline dönüşmesi ihtimalinin yoğunluğudur. Karşılaştırmalı hukukta Anglo-Sakson Hukukundaki haksız tahrik kurumunun tarihsel gelişimine bakıldığında, bu indirim halinin mutlaka öç alma şekline dönüşmemesi gerektiği, zira ani ve geçici öfke ve kendini kaybetme hali ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Failin tahrike neden olan olayın arkasından düşünmesi, planlaması, tasarlaması ve harekete geçmesi intikam alma amacına hizmet etmektedir ki bu durumda tahrik hükmünün uygulanmadığı görülmektedir. Ancak, örneğin Alman Hukukuna bakıldığında, intikam duygusunun da tepki fiilinin bünyesinde barınabileceği ancak failin başlı başına bu duygu ile ya da bu duygunun etkili tesiri ile hareket etmemesi gerektiğine işaret edildiği görülmektedir.

Bir diğer cezayı etkileyen haller töre saiki ile kan gütmeye saikidir. Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerini oluşturan bu saikler ile haksız tahrik indiriminin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı da daha önceleri sorun teşkil eden bir husus olmuştur. Bununla birlikte, bu husus yürürlükteki Türk Ceza Kanunu döneminde büyük ölçüde çözüme kavuşmuş görünmektedir. Ancak, Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinde düzenlenen 'Nitelikli Adam Öldürme' suçunun madde gerekçesinde özel olarak haksız tahrik ile bir arada uygulanmayacağı ifade edilmiş olması kanımızca yeterli görülmemektedir. Zira madde gerekçesi metnin uygulaması bakımından kesin bir emir teşkil etmemekle birlikte kanımızca asıl sorun haksız tahrikin 'haksız fiil' koşulunun doğru yorumlanması ve uygulanmasıdır. Keza, uygulama hangi fiilin haksız olduğu konusunda karar verme hususunda kanımızca birtakım sorunları içermektedir.

Çalışmamızda, üzerinde durduğumuz konulardan biri de karşılaştırmalı hukuk araştırması olduğu daha önce ifade edilmiştir. Bu çalışmadan çıkan neticeye göre evvela denilebilir ki; araştırma konusu hemen her devlet, tarihi ve sosyolojik şartları doğrultusunda, kendi hukuk sistemlerine özgü haksız tahrik kurumuna sahiptir. Karşılaştırmalı hukukta, haksız tahrikin hukuki esasına ilişkin kabul edilen husus, tahrikin mağdurun ya da başka bir durumun neden olduğu bir etken dolayısıyla failde infial uyandırması ve neticesinde failin işlediği suçtan

dolayı kendisine daha az sorumluluk isnat edilmesidir. Burada, aşırı infialin failin kusurluluğu üzerinde etkisi değerlendirilmekte ve isnat yeteneğinin kısmi biçimde etkilenip etkilenmediği incelenmektedir. Anglo-Sakson Hukukunda haksız tahrik sadece kasten öldürme suçunda bazı Anglo-Sakson Hukukunu benimsemiş devletlerde ise hem kasten öldürme hem de kasten yaralama- failin cezasını hafifleten bir hal olarak düzenlenmektedir. Somut olayda haksız tahrikin kabulünde, kişinin öz denetiminin ani ve geçici kaybı ile makul üçüncü kişi değerlendirmesini içeren iki temel unsurun yanı sıra failin şiddetli hiddet ile hareket etmesi, kızgınlığa neden olacak fiilin faili tahrik edecek derecede ‘yeterli’ olması, gerçekleştirilen tahrik fiilinin üzerinden failin sakinleşmesi için bir zaman diliminin geçmemesi, tahrik fiili ile tepki fiili arasında nedensellik bağının olması koşullarının da var olması aranmaktadır.

Kıta Avrupası Hukukunda özellikle Almanca konuşan devletlere baktığımızda ise haksız tahrik düzenlemesi, kasten öldürme suç tipinin cezayı azaltan bir hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireyi tahriğe sürükleyen heyecan hallerinin geniş anlamda failin cezasında azalmaya neden olduğu durumlar ayrıca kanunlarda düzenlenmiştir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu’nda haksız tahrik, kasten öldürme ve hakaret suçlarında cezayı azaltan nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Kastens öldürme düzenlemesinin şartlarına bakıldığında, hangi fiillerin haksız tahriğe neden olabileceğinin özel olarak belirtildiği görülmektedir. Bunlar hakaret ve kötü muameledir. Bu muameleye ya da hakarete kimlerin uğraması gerektiği kanunun bir diğer maddesine atıf yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur. Bu fiiller neticesinde fail, hiddet duymalı ve suça sürüklenmelidir.

Alman Hukukunda da diğer karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, tahrik fiili ile tepki fiili arasındaki zaman dilimi tartışma konusu olmuştur. İsviçre Ceza Kanunu, haksız tahriki hem özel hem de genel hükümlerinde düzenleyen ülkelerden birisidir. Ancak öncelikle belirtmemiz gerekir ki; İsviçre Ceza Kanunu’nda düzenlenen haksız tahrik kurumunun haksız fiil ve buna neden olan duygu durumları unsurları, Türk Ceza Hukukunda anlaşıldığından daha geniş bir kapsama alanına sahiptir. Bu bağlamda, İsviçre Hukukunda, şiddetli ruhsal karışıklık ve ağır ruhsal baskıya neden olan heyecan altında suça

sürüklenen failin cezasında, kaynağı önemli olmamakla birlikte, indirimle gidilecektir. Çünkü, stenik ve astenik olarak iki grup altında incelenen heyecan hali herhangi bir ayırıma tabi tutulmaksızın tahrikin kaynağı olarak kabul edilmektedir. İsviçre Hukukunda, Anglo-Sakson Hukukunu benimsemiş devletlerde olduğu üzere, failin içinde bulunduğu şartların mazur görülebilirliğini tartışırken, fail ile aynı koşullarda ve aynı özelliklere sahip bir başka kimsenin verebileceği tepki ile karşılaştırıldığı görülmekte, bu sayede, failin cezasında indirimle gidilirken, tahrik olma ve suç işleme yönünde mazur görülüp görülemeyeceği değerlendirilmektedir. Avusturya Ceza Kanunu'nda yer alan haksız tahrik kurumu, Alman Hukukundan esinlenmiş olmakla birlikte İsviçre Hukuku ile daha fazla ortak özellikler göstermektedir. Örneğin, tahrik kurumunun koşulları bakımından hemen hemen aynı neticelere varıldığı görülmektedir.

Çalışmamız dahilinde ele alınan bir diğer Kıta Avrupası Hukuku ülkesi İtalya olmuştur. Türk Ceza Hukuku uygulamasına en yakın örneklerden olan İtalyan Hukukunda bazı unsurların bir arada olması halinde haksız tahrik, fail hakkında ceza indirimi öngören bir düzenlemedir. Bunlar, kişinin kendisinin hakim olamayacağı duyguların etkisi nedeniyle, bir başka ifadeyle duygusal bir etken nedeniyle hakimiyet gücünü kaybederek agresif, saldırgan, öfke içeren bir güdü içine girmesine neden olan güçlü bir etki altında bulunması; başkasının haksız bir fiili ve haksız fiil ile buna karşı gösterilen tepki arasında psikolojik bir nedensellik bağını bulunmasıdır. Kanun değişikliği ile haksız tahrik indirimini kanun metninden çıkartan ülkelerden biri olan Fransa'da, her ne kadar haksız tahrik kurumu kanun metninden çıkartılsa da yargılama esnasında göz önünde bulundurulmadığını söylemek zordur. Zira, failin cezasının bireyselleştirilmesi aşamasında, failin suç işleme iradesi üzerinde haksız tahrikin etkisi araştırılmaktadır. Hollanda Hukukunda da kanun metninde haksız tahrik özel olarak cezayı azaltan bir hal olarak düzenlenmemişse de hakim, failin cezasının belirlenmesinde haksız tahrik halini takdiri indirim sebebi olarak failin cezasının bireyselleştirilmesi aşamasında değerlendirebilecektir.

Çalışmamızda üzerinde özellikle durduğumuz bir diğer konu da Türk Hukukundaki haksız tahrik halinin koşulları olmuştur. Öncelikle ifade etmek

isteriz ki; kanunumuzda haksız tahrik hali, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altındaki bir kimsenin suç işlemesi halinde cezasında indirim gidileceği şeklinde düzenlenmektedir. Bununla birlikte, haksız tahrikin koşullarının kanun metninden ziyade, uygulamada maddenin tatbiki neticesinde belirlendiği söylenebilir. Bu nedenle çalışmamızda, tahrikin koşullarının irdelenmesi amaçlanmıştır. Bu unsurlardan ilki, tahrik teşkil eden bir fiilin varlığıdır. Hangi fiillerin tahrik teşkil edeceği Türk Ceza Kanunu'nda açık bir biçimde yer almamakla birlikte doktrinde ve yargı kararlarında kasten ya da taksirle işlenebilen ve failde hiddet veya elem uyandıran fiiller birer tahrik fiili olarak sayılmıştır. Failin tahrik indiriminden yararlanabilmesi için öncelikle kendisinin tahrike neden olan fiilin oluşması hususunda haksızlık zemininde bulunmaması gerekmektedir.

Bir diğer unsur ise fiilin hangi durumlarda haksız olarak değerlendirileceğidir. Kanımızca haksız tahrik uygulamasında en önemli unsur olan haksız fiil betimlemesi, failin cezasında gerçekleştirilecek olan indiriminin adil bir biçimde uygulanması hususunda mihenk taşı vazifesi görmektedir. Haksız fiil kavramı sadece Ceza Hukukunda değil, Borçlar Hukukunda da yer bulan bir kavramdır. Haksız fiillerin bazıları suç siyaseti doğrultusunda aynı zamanda suç olarak kabul edilmiştir. Suç olarak kabul edilen fiillerin haksız tahrik teşkil etmesi hususunda kanımızca ciddi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, asıl mesele suç olarak kabul edilmeyen, hatta Borçlar Hukuku bakımından dahi haksız fiil sayılmayan fiillerin yargılamalarda haksız fiil olarak görülmesi ve tahrik oluşturduğu kabul edilerek ceza indirimine neden olmasıdır. Burada, somut olay yargılamasının önemine bir daha atıf yapmamız gerekmektedir. Zira, bazı durumlarda toplumlar zaman içerisinde değişen sosyal eğilimler ve örf-adet ya da ahlak anlayışlarının değişmesi neticesinde, daha önce katlandıkları ya da göz yumdukları davranışlara tahammül etme konusunda daha az eğilimli hale gelebildikleri gibi, bazı davranışların ahlaka aykırılığı konusunda daha ılımlı oldukları, bu nedenle bu kriterlerin içeriklerinin zaman içerisinde değiştikleri ve hatta kanunlara yansıdığı görülmektedir. Neticede, haksız fiil kavramının zamana, kültüre, algıya göre toplumda ve yargı kararlarında değişik şekillerde yorumlandığı dikkate alındığında Türk Hukukundaki haksız fiil ifadesinin aşırı geniş bir biçimde kabul edilmesi tarafımızca eleştiri konusudur.

Bu bağlamda, hangi fiillerin haksız olabileceği somut olay bazında sıkı ve ciddi bir biçimde değerlendirilmelidir. Bu hususta maddi olay değerlendirmesinde bulunan mahkemelerin, rasyonel, genel yaşam deneyimleri ve hukuk düzenine uygun bir biçimde tahrikin haksızlığı üzerinde tartışmada bulunma yükümlülükleri bulunmaktadır. İnceleme konusu olan yargı kararlarına bakıldığında her fiilin herkes bakımından haksız olmayacağı ifade edilerek, bir sınırlamaya gidilmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak, buradaki sınırlama kanımızca yanlış olarak fiilin haksızlık değerlendirilmesi ile yapılmamalıdır. Bir fiilin haksız olduğu ifade edildikten sonra bu fiilin haksızlığının kişilere göre değişmesi değil haksız fiilin failde, hiddet veya şiddetli eleme neden olacak ağırlıkta olup olmadığının ve tahrik fiili ile tepki fiili arasında nedensellik bağının kurulup kurulamayacağının değerlendirmesi yapılmalıdır.

Bu değerlendirme beraberinde bir diğer unsur olan haksız fiil mağduru ile tepki fiilinin faili arasındaki ilişkinin, yani tahrik fiilinin yöneldiği hedefin ortaya konulmasını icap ettirmektedir. Türk Hukukunda failin dışındaki hedeflerin de faili haksız fiile sürükleyebileceği kabul edilmektedir. Ancak kanımızca, tepki fiilinin faili ile haksız fiil arasında faili suç işleme konusunda motivasyonunu oluşturabilecek bir bağlantının aranması gerekir. Bu noktada, karşılaştırmalı hukukta ortak bir unsur olan ‘makul insan’ ve ‘heyecanın genel olarak kavranabilirliği’ şeklinde ifade edilen ve bir fiilin bütün unsurlarıyla hiddet veya eleme sürükleyecek nitelikte olup olmadığının açık bir biçimde ortaya konulmasını gerektiren değerlendirme, Türk Hukukunda da göz önünde bulundurulabileceği tarafımızca önerilmektedir.

Türk Hukukunda, tahrikin fail hakkında ceza indirimine neden olabilmesi için aranan unsurlardan biri de fiilin failde hiddet veya şiddetli eleme neden olmasıdır. Hiddet veya elemi içinde barındırması ve karşılaştırmalı hukukta diğer türlerinin de haksız tahrike neden olabilmesi dolayısıyla çalışmamızda heyecan kavramı incelenmiştir. Karşılaştırmalı hukukta stenik ve astenik heyecan olarak gruplandırılan heyecan türlerinden yalnızca hiddet ve elem halleri Türk Ceza Hukukunda haksız tahrik kurumu bakımından dikkate alınmaktadır. Heyecanın ne olduğu konusunda tam bir görüş birliğine varılamamıştır. Ancak, üzerinde uzlaşa sağlanan husus, heyecanın kısa süreli, yoğun ve tepkisel bir duygu durumu

olduğudur. Türk hukukuna baktığımızda da heyecanın ani, yoğun, şiddetli ve bedensel fonksiyonlarda reaksiyona neden olan tepkisel geçici hal olarak tanımlandığı görülmektedir.

Türk Hukukunda, tahrik fiili ile tepki fiili arasına giren zaman aralığının dar olması, kurumun uygulanması bakımından aranan zorunlu bir öge olmayıp, haksız bir olayın bulunması ve bu olayla sanıkta meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile suçun işlenmesi arasında nedensellik bağının bulunması yeterli görülmektedir. Bu zamansal yakınlık, tahrik indiriminin uygulanması bakımından bir şart olmamakta ise de tahrik indirimi oranında göz önünde bulundurulmaktadır. Bir diğer husus olan tahrik fiili ile tepki fiili arasındaki nedensellik bağı ile orantılılık kriteri, karşılaştırmalı hukukta da tartışılmıştır. Bu bağlamda, nedensellik bağının varlığı ile ilişkilendirilen orantılılık kriterine göre, her iki fiil arasında orantının bulunmaması halinde nedenselliğin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Aynı şekilde tepki fiili ile tahrik fiili arasındaki zamansal yakınlığın aranması gerektiği de vurgulanmaktadır. Kanımızca, somut olayda zamansal yakınlığın bulunmaması, tahrik fiilinin uzun bir süre zarfında güncelliğini korumadığı olaylarda haksız tahrik kurumunun unsurlarının daha dikkatli incelenmesine sebebiyet vermelidir. Zira, haksız tahrik neticesinde ortaya çıkan hiddet veya elem halinin güncelliği, buna neden olan tahrik fiilinin üzerinden uzunca bir zaman geçmesi halinde azalabilecek veya kaybolabilecektir. Bu duygular zaman içerisinde kan gütme ya da öç alma şekline bürünebilecektir ki bu durum tahrik kurumunun amacı ve gerekçesi ile bağdaşmamaktadır. Özetle söylemek gerekirse, Türk Ceza Hukuku'nda düzenlenen bir kurum olan haksız tahrikin, kanunda gerek ayrı bir madde şeklinde gerekse takdiri indirim nedeni olarak düzenlensin, şartlarının her somut olay bakımından dikkatle incelenmesi ve sıkı surette uygulanması suretiyle failin cezasının belirlenmesinde dikkate alınmasının, adalet duygusunun tatmini bakımından önem arzedeceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akçin, İhsan; **Türk Ceza Hukukunda Adil Davranışın Sorunları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Alacakaptan, Uğur S. Uğur, Sevinç, Ankara, 1970.

Algan, A.Şahap/ Bozkoyunlu, İlhami; **Türk Ceza Hukukunda Hususi Kanunlar**, Güneş Matbaası, Bilecik, 1968.

Alldrige, Peter; "The Coherence of Defences", **Criminal Law Review**, yıl 1983, s.671. (665-672)

Allen, Michael J. ; 'Provocation's Reasonable Man: A Plea for Self-Control', **The Journal of Criminal Law**, Vol. 64, 2000.(216-244)

Apaydın, Cengiz; **Türk Ceza Hukukunda Adil Davranışın Sorunları**, Adil, Ankara.

Archibald, Todd; The Interrelationship Between Provocation and Mens Rea: A Defence of Loss of Self-control , **Criminal Law Quarterly**, 1985-1986, S.28.(367-396)

Aristotle, **The Ethics of Aristotle: The Nicomachean Ethics**, çeviren: J.A.K. Thomson, Penguin Books, Harmondsworth, İngiltere, 1976.

Aristotle, **Rhetoric**, Kitap 2, Bölüm 2, <http://rhetoric.eserver.org/aristotle/rhet2-2.html>.

Artuç, Mustafa / Akkaya, Çetin / Gedikli, Cemil; **2006-2007-2008 Yılı Ceza Hukukunda Hususi Kanunlar**, Adalet, Ankara, 2008.

Artuk, Mehmet Emin / Yenidünya, Caner; 'Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi', **Türk Ceza Hukukunda Hususi Kanunlar**, Alkım, İstanbul, 2003, (505-534).

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner; **Ceza Hukukunda Hususi Kanunlar** 5. Bası, Turhan Yay., Ankara, 2011.

Artuk, Mehmet Emin/ Yenidünya, Caner; 'Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi', **Türk Ceza Hukukunda Hususi Kanunlar**, Alkım, İstanbul, 2003, (505-534).

Ashworth, A.J.; The Doctrine of Provocation , **Cambridge Law Journal**, 35/2, Kasım, 1976.

Avcı, Mustafa; **Ceza Hukukunda Hususi Kanunlar**, Mimoza, Konya, 2008.

Avcı, Mustafa; **Ceza Hukukunda Hususi Kanunlar**, Gökkuşbuğ, 2004, İstanbul.

Aydın, Devrim; ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik’, **A** 2005, (225-254)

Aydın, Devrim; **T r** , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Aydın, Devrim; **T r C d S r** , Yetkin, Ankara, 2009.

Aydın, Nurullah; **T r S C** , Turhan, Ankara, 2008.

Ayk, İsmail Hakkı; ‘Tahrik’, **Adalet Dergisi**, S.1, Ocak-1951, (83-107).

Bandalli, Sue; ‘Provocation- A Cautionary Note’, **Journal of Law and Society**, Vol.22, Sayı 3, Eylül 1995, (398-409).

Bandalli, Susan Lorraine; **Women, Spousal Homicide and The Doctrine of Provocation in English Criminal Law**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Osgoode Hall Law School, York University, North York, Ontario, Canada, 1993.

Bardak, Cengiz; Haksız Tahrik Üzerine İnceleme , **Adalet Dergisi**, Yıl 79, 1988, Ocak-Şubat Sayı 1.(42-53)

Başar, Nur; Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik , **Adalet Dergisi**, S.4, 1980.(253-263)

Bayraktar, Köksal; **S T r C r** , Formül Matbaası, İstanbul, 1977.

Bayraktar, Köksal; ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar’, **Hukuk ve Adalet**, Nisan 2005, Sayı.5, (220-227).

Berman, Mitchell N./ P. Farrel, Ian; **Provocation as Partial Justification and Partial Excuse**, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Nummer 166.

Bernsmann, Klaus; ‘Affket und Opferverhalten’, **NStZ** 9/1989.(160-166)

Bernsmann, Klaus; ‘Zur Konkurrenz von ‘priviligierten’ (213, 216, 217) und ‘qualifizierten’ (211) Tötungsdelikten’, **Juristen Zeitung** 1983, (45-53).

Bertel, Christian / Schwaighofer, Klaus; **Ö r r S r r Besonderer Teil I**, Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, Springer Wien Newyork, 2006.

Bertel, Christian / Schwaighofer, Klaus; **Ö r r S r r Besonderer Teil II**, 11. Auflage, Springer Wien NewYork, 2010.

Binder, Hans; 'Der Juristische und Der Psychiatrische Massstab bei Der Beurteilung der Tötungsdelikte', **S r Z r r S r r**, 67.Jahrgang, 1952 (307-339)

Birklbauer, Alois / Hilf, Marianne Johanna / Tipold, Alexander; **Strafrecht Besonderer Teil I**, fucultas.wuv,Wien, 2011.

Bozbayındır, Ali Emrah; 'Meşru Savunmada Sınırın Aşılması', **CHD**, Nisan 2012, Sayı 18 (113-135)

Briner, Alex; **Die ordentliche Strafmilderung nach dem S r S r r d r r B r d r S r d r r d d Ar**, 1977.

Brookbanks, Warren; 'Provocation: Psychological Precursors for Loss of Self-Control as a Mitigatory Claim', **Psychiatry, Psychology and Law**, 2009, Sayı 16, (196-216).

Brookbanks, Warren; **Partial Defences to Murder in New Zealand, in: Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011.(271-291)

Budak, Selçuk; **S** Bilim ve Sanat Yayınları, 2009.

Burchell, Jonathan; **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Edited by Kevin Jon Heller, Markus D. Dubber, Stanford Law Books, Stanford University Press, California, 2011.

Buse, Adolf; **Ar r d S**, Leipzig, 1937.

Caputo, Matteon; **Codice Penale**,Rossegna Di Giurisprudenza E Di Dottrina, Il Reato, Giorgio Lattanzi/Ernesto Lupo, Volume III, Libro I, Milano, Dott.A.Giuffre Editore, 2010.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem; **T r C r** 7. Bası, Beta, 2011.

Chalmers, James; 'Partial Defences to Murder in Scotland: An Unlikely Tranquillity', in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011, (167-181).

Cihan, Erol; **Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Cürmü**, **M**, Cilt XL, S.1-4.(97-130)

Cihan, Erol; **Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu**, **niversitesi M**, C. XXXIV, S.1-4.(167-188)

Clarkson, CMV/ Keating, HM and Cunningham, SR; **Clarkson and Keating Criminal Law**, 6th Ed. , Thomson Sweet&Maxwell, London,2007.

Clough, Amanda; 'Loss of Self-Control as a defence: The Key to Replacing Provocation', **The Journal of Criminal Law**, 2010, 74, (118-126).

Coffey, Gerard; **Essential Law Texts Criminal Law**, Round Hall, Thomson Reuters Ireland Limited, 2010.

Coke, Sir Edward; **Treatise on the Lawes and Customes of England**, The fourth Edition, London, 1669.

CR Snyman, Is There Such a Defence In Our Criminal Law As Emotional Stress? **South African Journal of Criminal Justice**, S. 1. (240-248)

Csillag, Pal; **The Augustan Laws on Family Relations**, Budapest, Akademiai Kiado, 1976.

Cüceloğlu, Doğan; **Türk Ceza Kanunu**, 2.Baskı, İstanbul, Remzi Yay, 1992.

Çağlayan, M. Muhtar; Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi; **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Ocak - Şubat 1982, S. 1.(14-41)

Çağlayan, M.Muhtar; **Türk Ceza Kanunu**, 3.Baskı, Cilt 1, Yetkin.

Deckers, Rüdiger; 'Die Provokationsvariante des 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte', in **Ernst-
rüdiger Deckers, Rüdiger Deckers, Rüdiger Deckers, Rüdiger Deckers, Rüdiger Deckers**, **4. Juni 2002**, Walter de Gruyter, Berlin 2002, (651-676.)

Defferrard, Fabrice; 'La Provocation', **Revue de Science Criminelle**, 2002.

Demir, Ali; 'Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması', **Adalet Dergisi**, S2, 1986,(s.45-51).

Demirbaş, Timur; **Ceza Kanununda Haksız Tahrik**, 8.Baskı, Seçkin, 2012, s.321.

Demirbaş, Timur; **Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik**, Üçdal Neşriyat, 1985.

Develioğlu, Ferit; **Olayın Tesiri ve Haksız Tahrik**, 26.Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2010.

Dlamini, Crm; The Changing Face of Provocation , **South African Journal of Criminal Justice**, 1990/2.(130-139)

Dolcini, Emilio / Marinucci, Giorgio; **Codice Penale Commentato**, 2.Edizione, Ipsoa.

Donatsch, Andreas; **Strafrecht III Delikte gegen den Einzelnen**, 9.Auf, Schulthens, 2008.

Dorsch, r r , Herausgegeben von Prof.Dr. phil. Hartmut O. Haecker/Prof.Dr. rer. nat. Kurt-H. Stapf, 15. Auflage, Verlag Hans Huber, Bern, 2009.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1**, 13. Tıpkı Bası, Beta, 1997.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II**, 12.Bası, Beta, 1999.

Dönmezer, Sulhi; **Ceza Genel Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Dönmezer, Sulhi; r M r C r r, 17.Bası, Beta, 2004.

Dressler, Joshua ‘Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?’ **The Modern Law Review**, Vol: 51, Issue 4. (467-480)

Dressler, Joshua; **Understanding Criminal Law**, 3rd.Ed. LexisNexis, 2001.

Duran, Gökhan Yaşar; C d T r , Legal, İstanbul, 2010.

Ebner, Josef H; **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Herausgegeben von Frank Höpfel/Eckart Ratz, 2.Auflage, 45.Lieferung, Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, Wien, 2003.

Emily L. Miller, Comment, ‘(Wo)manslaughter: Voluntary Manslaughter, Gender, and the Model Penal Code’, **Emory Law Journal**, Vol 50, 2001.(665-693)

Erdem, Mustafa Ruhan; ‘Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı , Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık 2005, Sy. 5, (s. 204-215).

Erel, Kemalettin; C Ad B r A d **Tahrik**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998.

Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin; **Ceza Hukuku r**, 14.Baskı, Seçkin, Ankara, 1997.

Erem, Faruk; **Adalet Psikolojisi**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950.

Erem, Faruk; T r C r , Genel Hükümler, Cilt 1, Seçkin, Ankara, 1993.

Erem, Faruk; **T r A d T r C**, Cilt II, 10.Baskı, Sevinç, Ankara, 1974.

Erem, Faruk; **r d T r C**, Cilt:1, Genel Hükümler, Sevinç, Ankara, 1976.

Erman, Sahir / Özek, Çetin; **C Ö B r r S r**, İstanbul, 1994.

Erman, Barış; ‘**r r r S C za Dairesi r r r r d r**, 14 Ocak 2011-15 Ocak 2011, Düzenleyenler, TCHD Yargıtay C.Başsavcılığı, Yayına hazırlayanlar, İlkan Koyuncu Burak Candan Can Vodina,TCHD yayınları, 17, İstanbul 2011, Ufuk Matbaa. (50-62)

Erol, Haydar; **T r Ceza Kanunu**, 1.Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara.

Eschelbach, **Strafgesetzbuch Kommentar**, herausgegeben von Prof.Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, Verlag C.H. Beck München, 2012.

Eser, Albin / Koch, Hans Georg; **Die vorsatzlichen T d A d d r Z r r d Strafrechtswissenschaft**, Herausgegeben von Max Planck Institut, Band 92, 1980, Heft 3.

Eser, Albin; **S r d r S B**, 28.Auflage, 2010.

Evik, Vesile Sonay; ‘Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu’, YUHFD, **r r r Ar**, Cilt I, Sayı 2, 2012, (287-301)

Fabrizy, Ernst Eugen / Foregger, Egmont; **rr Strafgesetzbuch Kurz Kommentar**, Manzsche Verlags- und Universit tbuch, 10.Auflage, Wien 2010.

Ferguson, Eliza Earle; ‘Judicial Authority and Popular Justice: Crimes of Passion in Fin-de-Siecle Paris’ **Journal of Social History**, Volume 40, Number 2, Winter 2006, (293-315).

Fischer, Thomas; **B r r S B d Nebengesetze**, Band 10, 58.Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2011.

Forster, **Nationales Strafrecht in rechtvergleichender Darstellung Allgemeiner Teil**, Band 5, Duncker&Humboldt Berlin.

Fournet, Caroline; ‘Between Lack of Responsibility and Dangerousness Determinism and the Specificity of the French Criminal Law on Lack of Intellectual Insight and Loss of Control’, in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011.(353-367)

Frister, Helmut; **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5.Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2011.

Fuchs, Helmut / Reindl-Krauskopf, Susanne; **Strafrecht Besonderer Teil I**, 3.Auflage, SpringerWienNewyork, 2009.

Fuchs, Thomas; **S r r d R M 1871**, Historisch-synoptische Edition 1871 2012, 13.Auflage, lexetius.com, Mannheim 2012.

Gerçeker, Hasan; **r U T r C**, Cilt 1, Cantekin Matbaacılık, Nisan, Ankara, 2011.

Gerson, 'Ein Beitrag zur Bewusstseinsstörung durch hochgradigen Affekt', **Monatsschrift r r d S r r r r r**, 49.Jahrgang, Oktober, 1966, Heft 5, (215-219).

Gough, Stephen; 'Taking the Heat Out of Provocation' **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.19, Autumn 1999, (481-493).

Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner; '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar' **U r A Ar**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1.(339-365)

Gökçen, Ahmet; **A T r C r** Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.

Gökçen, Ahmet; **T O C r B rd C M d r**, İstanbul, 1989.

Görgün, Mehmet; **T r C r**, Cilt 1 Madde 1-124, Kardeşler, 1993.

Gözübüyük, Abdullah Pulat; **T r C A**, Cilt 1, 4.Bası, Kazancı Hukuk Yayınları.

Gropp, Walter; **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Springer, 2005.

Günay, Erhan; **Ö r r r r E d r A B r S O r T r**, Seçkin, Ankara, 2009.

Gündel, Ahmet; **Ye T r C A**, Cilt 1, Madde 1-52, Ankara, 2009.

Gündüz, Remzi / Gültaş, Veysel; **T r C r**, Cilt 1, Bilge, Ankara, 2009.

Gür, İzzet; 'Tahrikle Taamüt Birleşebilir mi?', **r M**, S.6, 1845(16-18.)

Gürelli, Nevzat / Tosun, Öztekin; 'Heyecan Göstergesi ile Yalının Bulunması ve Ceza Hukuku', **M C.30.Sayı3-4** 1964, (498-544)

Gürelli, Nevzat; 'Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik', **B**, C: **V**, S:6, İstanbul, 1951.(331-344)

Haas, Volker; 'Die Zurechnung zur Schuld bei Affektaten. Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.10.08, 2. StR', in: **r r** **Volker Krey**, Knut Amelung, Hans-Ludwig Günther ve Hans-Heiner Kühne (hrsg.), Verlag W. Kohlhammer 2010, (117-146)

Haberl, Helmut; **rr S r**, 2.Auflage, Graz, Mai 1979.

Hacıoğlu, Burhan Caner; '1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler' **A E** C.4, S 1-2, 2000.

Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem; **T r C** **ler**, US-A, Ankara, 2010.

Hafizoğulları,Zeki; **T r C** **r**, USA, Ankara,2008.

Hakeri, Hakan ; **Ö d r S r -82-83**, Seçkin, Ankara, 2006.

Hakeri, Hakan; **C** **r**, 12.Baskı, Adalet, Ankara, 2011.

Hans Wipr chtiger, **Basler Kommentar**, herausgegeben von M.A. Niggli, H.Wipr chtiger, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.

Heler, Kevin Jon; Beyond the Reasonable Man?: A Sympathetic but Critical Assessment of the Use of Subjective Standards of Reasonableness in Self-Defence and Provocation Cases , **American Journal of Criminal Law**, Vol:26, Issue 1, Fall 1998.(3-30)

Herberg, Jörg; **Strafrecht II, Strafen und Massnahmen**, 6.Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1994.

Holton, Richard/ Shute, Stephen; **Self Control in the Modern Provocation Defence**, <http://web.mit.edu/holton//pubs/Provocation.US.pdf>

Horder, Jeremy; 'Reshaping the Subjective Element in the Provocation Defence', **Oxford J Legal Studies**, Spring 2005 25 (1), (123-140).

Howard, Colin; **Criminal Law**, 3rd. Ed, The Law Book Co.Ltd, Sydney, 1977.

Huber, Gerhard; **T r d -amerikanischen Recht**, Freiburg i.Br.

İçel, Kayıhan / Donay, Süheyl; **r r U C Hukuku Gen**, 1.Kitap, 5.Bası, Beta Yay, İstanbul, 2006.

İçel, Kayıhan/ Sokullu Akıncı, Füsün/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Ünver, Yener; **S T r**, 2.Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2000.

İçel, Kayıhan/Evik, A.Hakan; **S T r Ceza Hukuku Genel r**, 4.Bası, Beta, İstanbul.

İçel, Kayıhan; **T rd S S r**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

İskender, Salih Zeki; ‘Öğreti veyargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun Değerlendirilmesi’, **T r -A r r C r r B r r Ar** Cilt III, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2010.(409-453)

J hnke, Burkhard; **Leipziger Kommentar**, Herausgegeben von Burkhard Jaehnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky, 5.Band, 11.Auflage, De Gruyter Recht, 2011, Berlin.

Jale Bafra, ‘Haksız Tahrikte Failin Kişiliğinin Taşıdığı Önem’, **Barosu Dergisi**, C 69, S 10-12, 1993.(770-772)

Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas; **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin 1996.

Joecks, Wolfgang; **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 8.Auflage, C.H.Beck München, 2009.

Joshua Dressler, ‘Why Keep the Provocation Defense?: Some Reflections on a Difficult Subject’, **86 Minnesota Law Review**, (959-1002) 2001-2002.

Jung, C.G; **Pschologische Typen**, Walter-Verlag, Freiburg, 1978.

Karınca, Eray; **r r d Ör r**; Faruk Erem Armağanı, T.B.B. Yay., No: 8, Ankara, 1999.(395-447)

Katoğlu, Tuğrul; **Ceza Hukuku d A r**, Seçkin, Ankara, 2003.

Keskin-Kızıroğlu, Serap; Yeni TCK’da Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, **Ord r r S r Ar**, C.II, İstanbul, 2008.(995-1004)

Keyman, Selahattin ; ‘Tipiklik ve Ceza Hukuku’, **AHFD**, 37, s.1-4, 1980. (59-105)

Kienapfel, Diethelm / Schroll, Kurt; **Studienbuch Strafrecht**, Besonderer Teil, Band III, Delikte gegen sonstige Individual-und Gemeinschaft, Manzche Verlags-und Universitaetsbuchhandlung, Wien, 2005.

Killias, Martin / Kuhn, Andre/ Dongois, Nathalie/ Aebi, Marcelo F.; **Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuch**, St mpfli Verlag AG Bern, 2009.

Kindhaueser, Urs; **Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen** **Nomos**, 5. Auflage, 2012
Baden-Baden.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan; **T r C**, 5.Baskı, Ankara, Seçkin, 2012.

Koca, Mahmut; Yeni TCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri , **CHD**, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, Seçkin.(111-145)

König, Dieter; **Die T d S r r**, Freiburg, 1953.

Kühl, Kristian; Lackner/Kühl, **StGB Strafgesetzbuch Kommentar**, 27.Auflage, C.H.Beck, 2011.

Lasserre, M.Emmanuel ; **d r C N C**
E M r Toulouse 1877.

Lenckner,Theodor/EiseleJörg;Schönke,Adolf/Schröder,Horst;
Strafgesetzbuch, 28.Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2010.

Leukauf, Otto / Steninger, Herbert; **Kommentar zum strafgesetzbuch**, 3.Auflage, Prugg Verlag, Eisenstadt, 1992.

M.Kılıçoğlu, Ahmet; **rd r C**
M d <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-29-03-04/AUHF-1973-29-03-04-Kilicoglu.pdf>, (185-225.)

Malkoç, İsmail; **A T r C**, Cilt 1, Yetkin
Yayınevi, Ankara, 2002.

Malkoç, İsmail; **T r C M dd -178**, 1.Cilt, 3.Baskı,
Malkoç Kitabevi, 2008.

Martin, Jacqueline/ Storey,Tony; **Unlocking Criminal Law**,
Hodder&Stoughton, Bookpoint Ltd, London&Bristol, 2005.

Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred;
S r r B d r r T T d S r r -
d r r , 10Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2009.

Mayerhofer, Ch.; **r B d r r**
rr S r r 1.Teil, 5.Auflage, Verlag österreich, Wien, 2000.

Mc Scerry, Bernadette; 'Afterword: Options for the Reform of
Provocation, Automatism and Mental Impairment', **r d**
Law, 12, 2005, (s. 44-49)

McAuley, Finnbar; 'Anticipating the Past: The Defence of Provocation in
Irish Law', **The Modern Law Review**, Vol.50, Mart 1987, No.2.

McSherry, Bernadette; 'Men Behaving Badly: Current Issues in
Provocation, Automatism, Mental Impairment and Criminal Responsibility',
Psychiatry, Psychology and Law, Vol: 12, Number 1, 2005.(15-22)

Meier, Bernd-Dieter; **Strafrechtliche Sanktionen**, 3.Auflage, Springer,
2009.

Merriam- r Dictionary of Law, Springfield, MA 1996.

Mitchell Barry; 'Loss of Self-Control under the Coroners and Justice
Act 2009: Oh No!' in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By
Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain,
2011.(39-51)

Mitsch, Wolfgang; 'Minder schwerer Fall des Totschlags' in
AnwaltsKommentar StGB, Klaus Leipold, Michael Tsambikakis ve Mark A.
Zöller, , 2011 Bonn.

Momsen, **StGB Kommentar**, Herausgegeben von Helmut
Satzger/Bertram Schmitt/Günter Widmaier, Carl Heymans Verlag, 1.Auflage,
2009.

Moos, Reinhard; **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**,
herausgegeben von Frank Höpfel/Eckart Ratz, 34.Lieferung, Wien, 2002.

Mousourakis, George; 'Reason, Passion and Self-Control :Understanding
the Moral Basis of the Provocation Defence' **R d dr d U r**
de Sherbrooke, 38, 2007.(115-126)

Mousourakis, George; **Criminal Responsibility and Partial Excuses**,
Ashgate Dartmouth.

Narayan, Uma /Von Hirsch, Andrew; Three Conceptions of
Provocation , **Criminal Justice Ethics**, S.17,Y. 1996, Winter& spring.(65-72).

Neumann, Ulfrid; ‘Zum Verhaeltnis von minder schwerem Fall des Totschlags (213 StGB) und Mord (211 StGB) nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, **r Ar d d r r r A E r zum 70. Geburtstag**, Verlag C.H. Beck München 2005 (431-442.)

Neumann, Ulfrid; **Nomos Kommentar**, herausgegeben von Ulfrid Neumann, Urs Kindhaeuser, Hens Ullrich Pueffgen, 1.Band, 3.Auflage,2010.

Oğuzman, M.Kemal / Öz, M.Turgut; **B r r r**, 3.Bası, Filiz, İstanbul, 2000.

Ongun, Cemil Sena; **Psikoloji Dersleri**, İstanbul, 1935.

Ormerod, David; **Smith&Hogan Criminal Law**, 10.ed, Oxford Uni.Press, 2009.

Otaçı, Cengiz; ‘Kan Gütme Saiki İle Kasten Öldürme Suçu’, **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2008, Sayı: 18. (115-141)

Ozansü, Mehmet Cemil; **C d S Sorumluluk**, Seçkin, Ankara, 2007.

Önder, Ayhan; **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992.

Önder, Ayhan; **C r**, Cilt I-II, Beta, İstanbul, 1992.

Önder, Ayhan; **C r**, Cilt II-III, Beta, İstanbul, 1992.

Önder, Ayhan; **r M r C r r B A d S r**, Filiz, İstanbul, 1994.

Özbek, Özer / Kanbur,Nihat/ Bacaksız, Pınar/ Doğan, Koray/ Tepe, İlker; **T r C r** 3.Bası, Seçkin, Ankara, 2012.

Özbek, Özer / Kanbur,Nihat/ Bacaksız, Pınar/ Doğan, Koray/ Tepe, İlker; **T r C Ö r** Seçkin, Ankara, 2012.

Özen, Muharrem; ‘Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri’, **A C.51, S.3, 2002. (27-49)**

Özen, Muharrem; **T r C d M r M d** Seçkin, Ankara, 1995.

Özgenç, İzzet; **T r C r**, 8. Bası, Seçkin, Ankara 2012.

Özgenç, İzzet; **T r C r** Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3.Baskı, Ocak, 2006.

Özütürk, Nejat; **T r C r T**, 1.Cilt, 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970.

Padfield, Nicola; **Criminal Law**, Butterworths Core Text Series, London-Edinburg-Dublin, 1998.

Parıltı, Yılmaz; 'Töre Saiki ile İnsan Öldürme Suçu', **Adalet Dergisi**, Yıl 99, Eylül 2007, (206-229).

Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer; **A - r**
T r C r 1.Cilt, Seçkin, Ankara, 2010.

Parlar, Ali/ Demirel, Güleç; **K r B d B**
r S r Adalet Yayınevi, Ankara, 2002.

Paul H. Robinson, Markus D. Dubber, 'The American Model Code: A Brief Overview', **New Criminal Law Review**, Vol 10, Number 3, 2007.(319-341)

Pereira, Brigitte; **Excuses Repertoire**, Dalloz, 2012.

Polat, Ahmet Zeki; **Ö r U d Ad Ö d r S r**, Alfa Yay. 1.Bası, Mart, 1999.

Psychology for the Armed Services, Edited by Edwin G. Boring, National Research Council, Washington, **The Infantry Journal**, 1945.

Queensland Law Reform Commission Report, **A Review of the Defence of Provocation**, Discussion Paper, 2008.

R D Mackay, 'Appendix A The Provocation Plea in Operation-An Empirical Study', in: **Law Commission Partial Defences to Murder**, Final Report.

Rami, Michael; **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, herausgegeben von Frank Höpfel/Eckart Ratz, 1.Lieferung, 2.Auflage, Wien, Manzche und-Universitaetsbuchhandlung, 2011.

Rebisant, Günther R.; **r r rr S r r**,
Facultas.wuv., Wien, 2011.

Reed, Alan; 'Duress and Provocation', **Journal of Transnational Law and Policy**, Vol.6:1, Fall 1996, (51-92).

Regge, Jürgen; **M r r**, Band 3, 1.Auflage, 2003,
Verlag C.H. Beck, München.

Reilly, Alex; 'Loss of Self Control in Provocation', **Criminal Law Journal**, Vol 21, V, 1997.(320-325)

Reisoğlu, Safa; **B r r** r 21.Basi, Beta, Istanbul,2010.

Renteln, Alison Dundes; **The Cultural Defense**, Oxford University Press, 2004.

Riklin, Franz; **Basler Kommentar**, herausgegeben von M.A. Niggli, H.Wipr chtiger, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.

Rix, Keith; 'Battered Woman Syndrome and the Defence of Provocation: two Women with Something more in Common', **Journal of Forensic r** , Vol.12, no.1, Nisan, 2001, (131-141).

Roach, Kent; 'Canada', in: **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed.By Kevin Jon Heller, Markus Dubber, Stanford University Press, 2011.

Robert B. Mison, Comment, Homophobia in Manslaughter: The Homosexual Advance as Insufficient Provocation, Vol.80, Issue 1, **California Law Review**, (1992) (133-178)

Robinson, Paul H./ Dubber, Markus Dirk; **An Introduction to the Modern Penal Code**, Mart 1999.

Romano, Mario; **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, I, Milano, Dott.A.Giuffre Editore, 2004.

Roxin, Claus; Strafrecht, **Allgemeiner Teil**, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 3.Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1997.

Rössner/Wenkel, Dölling/Duttge/Rössner, **Nomoskommentar**, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 2.Auflage, Nomos.

Rudolphi, Hans Joachim; 'Affekt und Schuld', in: **r r Heinrich Henkel, Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft**, Herausgegeben von Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin, 1974,(199-214).

Safilios-Rothchild, C.; 'Honor Crimes in Contemporary Greece', **The British Journal of Sociology** 1969, (20), (205-218).

Schiess, Richard; **B r r d A** Druck von Robert Noske, Grossbetrieb für Dissertationsdruck, Leipzig, 1916.

Schild; **Nomos Kommentar**, herausgegeben von Ulfrid Neumann, Urs Kindhaeuser, Hens Ullrich Pueffgen, 1.Band, 3.Auflage, 2010.

Schneider, Helmut; 'Überlegungen zur restriktiven Auslegung von 213 StGB', **NStZ** 2001, (455-460)

Schöch, Heinz; **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch Grosskommentar**, 12.Auflage, herausgegeben von Heinrich Wilhelmkaufhütte, Ruth Rissing- van Saan, Klaus Tiedeman, De Gruyter Recht, Berlin, 2006.

Schönberg, Eva; **Der Affekt als Strafzumessungsgrund**, Basel, 1956.

Schwarzenegger, Christian; **Basler Kommentar**, herausgegeben von M.A.Niggli, H. Wigraechtiger, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, , 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.

Seago, Peter; **Criminal Law**, Fourth Edition, Concise College Texts, Sweet&Maxwell, London, 1994.

Seelman, Kurt; **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag.

Singer, Richard; 'The Resurgence of Means Rea: I-Provocation, Emotional Disturbance and the Model Penal Code' **Boston College Law Review**, Vol. 27, Mart 1986, Sayı 2, (243-283).

Sinn, Arnd; **Systematischer Kommentar**, 125.Lfg, 16. Bölüm, 2010.

Soyaslan, Doğan; **C Ö r** 6.Bası, Yetkin, Ankara, 2006.

Spencer, J.R.; **r T Murder:Overseas**,http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Murder_comparative_studies.pdf, Ağustos 2005.

Steinberg, Victoria L.; 'A Heat Of Passion Offense: Emotions And Bias In "Trans Panic" Mitigation Claims', **Boston Collage Third World Law Journal**, Vol 25, Issue, 2, (499- 524) (2005)

Stewart, Felicity/ Freiberg, Arie; **Provocation in Sentencing**, Research Report, Provocation in Sentencing, Research Report, Published by the Sentencing Advisory Council Melbourne Victoria Australia, 2.nd Ed, Temmuz, 2009.

Stratenwerth, Günter / Wohlers, Wolfgang; **schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 2.Auflage, St mpli Verlag AG, Bern, 2009

Stratenwerth, Günter; **Schweizerisches Strafrecht**, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, Verlag Stampfli&Cie AG Bern, 1989.

Streng, Franz; **M r r S r r**, herausgegeben von Wolfgang Joecks ve Klaus Miebach Band 1, 2.Auflage,Verlag C.H. beck München, 2011.

Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay; **B r r r**, Cilt 1, 5.Bası, İstanbul, 1985.

Sullivan, G.R.; 'Anger and Excuse: Reassessing Provocation', **Oxford Journal of Legal Studies**, 1993, Vol.13, No.3.(421-429)

Taner, Tahir; **C** **U** , 3.Baskı, İstanbul, 1953.

Taner, Tahir; **Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku**, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, M.Ruhan/ Önok, Murat; **Teorik ve Pratik C Ö** 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012.

Toroslu, Nevzat; **C** , Savaş, 18.Baskı, Ekim, 2012.

Trechsel, Stefan; **Schweizerisches Strafgesetzbuch Kurzkommentar**, Schullthes Pollygraphischer Verlag, Zurich, 1989.

Tschulik, Otto; **Die vors T rr R Kriminologische Gegenwartsfragen, -T d - B r r d O r** , Ferdinand Enke Verlag Stuttgart, 1980.

Tutumlu, Mehmet Akif; **Türk C d T r Ö r** , Ankara, 1999.

T r C Ö r r , Ankara, 1987.

Uslu, T. Azmi; **T r r S** , Ankara, 1964.

Üçok, Çoşkun; 'Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler', **A** , C.IV, S.1-4, 1947.

Ünver, Yener; **Sebebinde Serbest Hareketler , r r S r Er Ar** , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim veyardımlaşma Vakfı Yayını no:8, İstanbul, 1999. (801-889)

Valerius, **B r O -Kommentar**, herausgegeben von Heintschel-Heinegg, 20.ed.

Walder, Hans; 'Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht' **S r Z r r S r r** , Band 81, Jahr 1965, (24-67).

Walder, Hans; 'Vors tzliche Tötung, Mord und Totschlag(STrGB Art. 111-113) , **S r Z r r S r r** Band 96, 1979, Verlag St mpfli CIE AG, Bern, (157-165).

Walker, Lenore E.A.; **The Battered Woman Syndrome**, Springer Publishing Company, 3rd. Ed. 2009.

Walpole, C.G.; **The Ottoman Penal Code**, William Clowes and Sons Limited, London, 1888.

Wegscheider, Herbert / Birklbauer, Alois / Mitgutsch, Ingrid / Breier, Michaela / Sautner, Lyane; **Strafrecht Besonderer Teil**, Herausgegeben von Herbert Wegscheider, 3.Auflage, Manzche Verlags-Universitätsbuchhanglung, 2009, Wien.

Welke, Wanja Andreas; 'Der Haustyranenmord im deutschen Straftatsystem - Diskutiert unter Einbeziehung neuerer Tendenzen im common Law', **Z r r R**, 2004, Heft 1.(15-25)

Wessels/Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 39.Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2009.

Williams, Glanville; **Textbook of Criminal Law**, 2nd Ed., London, Stevens&Sons, 1983.

Wolswijk, Hein D.; 'Provocation and Diminished Responsibility in Dutch Homicide Law' in: **Loss of Control and Diminished Responsibility**, Ed. By Alan Reed and Michael Bohlander, Ashgate Publishing Limited, Britain, 2011.(325-341)

Yarsuvat, Duygun; **T r r r rr**
C r İstanbul, 1968.

Yavuz, Yaşar; 'Haksız Tahrik', **r r**, Cilt 17, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1991, (445-465).

Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried; **Alman Ceza Kanunu**, Beta, İstanbul, 2009.

Yüce, Turhan Tufan; **Ceza Hukuku Dersleri**, C. I., İzmir 1982.

Zaczyk, Rainer; **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, herausgegeben von Urs Kinkhaeuser/Ulfrid Neumann/Hans Ulrich Paeffgen, Nomos, 3.Auflage, 2010.

Zafer, Hamide; Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı,-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı , **M r r** 2009/2.(151-194)

Zafer, Hamide; **C r**, İstanbul,Beta, 2.Bası, 2011.

Zerbes, Inneborg; **Schuldausschluss bei Affekttaten**, Springer WienNewyork, Wien, 1999.

Zwiehoff, Gabriele; **r r T N**
Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001.

S r r

Schweizerische Juristen Zeitung
 Blaetter für Zürcherische Rechtsprechung
 Österreische Juristen-zeitung-Leitsatzkartei in Strafsachen
 Askeri Yargıtay Kararları Dergisi.

Elektronik Kaynaklar

<http://juris.bundesgerichtshof.de>
<http://www.tdk.gov.tr>
<http://www.csun.edu>
<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>
<http://ssrn.com/link/texas-public-law.html>
<http://hukuk.erzincan.edu.tr>
<http://www.nolo.com/dictionary>
<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>
<http://web.mit.edu>
<http://www.justice.gov.uk>
<http://www.legislation.gov.uk>
<http://www.legislation.govt.nz>
<http://www.lawcom.govt.nz>
<http://www.legislation.qld.gov.au>
<http://www.law.upenn.edu>
<http://www.law.cornell.edu>
<http://lawdigitalcommons.bc.edu>
<http://www.justice.gov.uk>
<http://www.lawcom.gov.uk>
<http://www.qlrc.qld.gov.au>
<http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk>
<http://delegibus.com>
<http://www.servat.unibe.ch>
<http://www.admin.ch>
<http://www.justice.gov.uk>
<http://www.napoleonseries.org>
<http://auhf.ankara.edu.tr>
<http://www.comune.pontecagnanofaiano.sa.it>
<http://de.pons.eu/latein-deutsch>
<http://www.psychology48.com>
<http://www.wissenschaft-online.de>
<http://www.tipterimleri.com>
<http://www.lawhandbook.sa.gov.au>
<http://www.internet4jurists.at>

Ö Z E M

B r

-Soyisim: Gülşah Bostancı

Meslek: Araştırma Görevlisi

r Maltepe Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

E-mail Adresi: gulsah_bostanci@yahoo.com

II. Akademik Bilgiler

Lisans: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2000-2004)

: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı(2005-2007)

T Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Doktora: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (2007-2009)

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (2009-)

Doktora Tez Konusu: Haksız Tahrik

r

1. *sayılı 'da insel okunulmazlığa arşı uçlar ve insel uç Mağdurları* in: Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmalar-II Beta Yayınları, İstanbul 2008, Kitap Bölüm yazarlığı.
2. *anık oruma anunu ve u erçevede lınan edbirler* , in: Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, Kitap Bölüm Yazarlığı ve proje asistanı.
3. *insel aldırı uçlarında Mağdurun ücut ve uh ağığında ozulma Meydana elmesi itelikli ali* in: Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl 3, Sayı 6, Temmuz 2008.

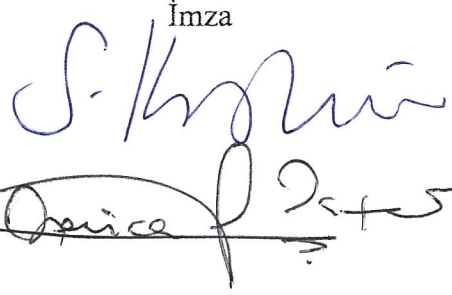
4. *eue egelungen n er trafprozessordnung ur erhinderung er Folter und Die Getroffenen Massnahmen''* in: Beitrage zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Giessener Schiften zum Strafrecht und zur Kriminologie, Band 35,1.Auflage, Nomos, 2010.
5. *ayılı eza Muhakemesi anunu'nda oruma edbirleri edeniyle azminat ve onuçları* in: Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2009, Beta Yayınları, 2009.
6. *'ş ve alışma ürriyetini hlal uçu'* in: Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İÜHF Yayınları, İstanbul, 2011.

TEZ ONAY SAYFASI

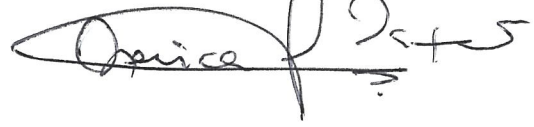
Üniversite GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Adı Soyadı GÜLŞAH BOSTANCI
Tez Başlığı HAKSIZ TAHRİK
Savunma Tarihi 13/06/2013
Danışmanı DOÇ.DR. ÜMİT KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

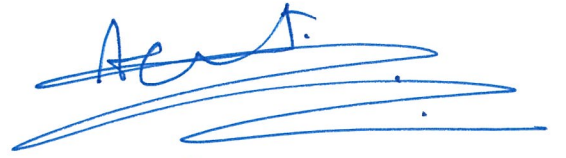
Ünvanı, Adı, Soyadı
PROF.DR. SERAP KESKİN KIZIROĞLU

İmza


PROF.DR. HAMİDE ZAFER



PROF.DR. AHMET ULVİ TÜRKBAĞ



DOÇ.DR. ÜMİT KOCASAKAL



DOÇ.DR. VESİLE SONAY EVİK



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK

