

TÜRK CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK

(Yüksek Lisans Tezi)

Fahrettin KAYA

Kütahya - 2010

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

Yüksek Lisans Tezi

TÜRK CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK

Danışman:
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Hazırlayan:
Fahrettin KAYA

Kütahya - 2010

Kabul ve Onay

Fahrettin KAYA'nın hazırladığı "Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik" başlıklı Yüksek Lisans tez çalışması, jüri tarafından lisansüstü yönetmeliğinin ilgili maddelerine göre değerlendirilip oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir

.../.../2010

Tez Jürisi	İmza	
	Kabul	Red
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Danışman)		
Yrd. Doç. Dr. Hasan DURAN		
Yrd. Doç. Dr. Hakan KARAKAHYA		

Prof. Dr. Ahmet KARAASLAN
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Yemin Metni

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

.../.../2010

Fahrettin KAYA

Özgeçmiş

10.03.1975 tarihinde Malatya'da doğdu. İlkokula 1981 yılında Şeker İlköğretim Okulu- Malatya'da başladı ve 1986 yılında Şeker İlkokulundan mezun oldu. Aynı yıl ortaokula Sümer Ortaokulu-Malatya'da başladı. 1989 yılında Sümer Orta Okulundan mezun oldu. Kurumlar sınavı ile 1990 yılında Konya Atatürk Sağlık Meslek Lisesini kazandı ve liseye bu okulda devam ederek 1994 yılında bu okuldan mezun oldu.

1994 yılında Boğaziçi Üniversitesi Fen- Edebiyat Fakültesi Edebiyat bölümünü kazandı. İki ay kadar bu okulda okuduktan sonra zorunlu hizmet kapsamında Malatya İli Akçadağ İlçesi Develi köyüne sağlık memuru olarak atandı. 1995 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni kazandı, 1997 yılında İzmir ili Alsancak Devlet Hastanesine sağlık memuru olarak tayin edildi, sağlık memuru olarak çalıştığı bu süreçte hukuk fakültesine devam ederek dört yıllık öğrenim süresi sonunda 1999 yılında mezun oldu.

2000 yılında yapılan yazılı ve sözlü sınavları kazanarak Eylül 2000 tarihinde Ankara Adliyesinde Hâkim Adayı olarak başladığı hâkimlik stajını Mayıs 2003 tarihinde Malatya Adliyesinde bitirerek kur'a çekimi sonucu Kayseri İli Pınarbaşı İlçesinde Hâkim olarak göreve başladı. 2003 yılı Mayıs ayı ile 2006 yılı Ekim ayları arasında burada, 2006 yılı Kasım ayı ile 2009 yılı Temmuz ayları arasında Manisa İli Selendi İlçesinde görev yaptıktan sonra 2009 yılı Ağustos ayında halen görev yaptığı Erzincan İline tayin oldu.

2001 yılı Ocak ayında evlendi ve halen üç çocuk babasıdır.

ÖZET

TÜRK CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK

KAYA, Fahrettin

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ekim, 2010, 147 sayfa

Bu araştırmanın amacı, Türk Ceza Kanununda genel hükümler arasında yer alan ve uygulamada oldukça sık karşılaşılan haksız tahrik kurumunun ne olduğu ve nasıl uygulandığı ortaya koymak, mevzuatta ve uygulamada mevcut bulunan eksiklik ve yanlışlıkların tespit edilerek bu eksiklik ve yanlışlıkların düzeltilmesi yolunda öneriler sunabilmektir.

1 Haziran 2005 yılında Yeni Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ile birçok kurumda olduğu gibi haksız tahrik kurumunda da birtakım yeni düzenlemelere gidilmiş ve doğal olarak uygulamada da yeni içtihatlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Haksız tahrik konusunun mahkeme kararlarındaki uygulama sıklığı ve kararların geçmiş dönemlerde Yargıtay tarafından haksız tahrikin yanlış uygulanması nedeniyle bozulma oranı göz önüne alındığında Türk Ceza Hukuku bakımından bu konunun önemi iyi anlaşılacaktır. Bu bağlamda içeriğinin tespiti ve sınırlarının net olarak ortaya konulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Haksız Tahrik, Hakaret, Hiddet veya Şiddetli Elem, Özel Haksız Tahrik, Tahrik, Tepki Fiili.

ABSTRACT**UNJUST PROVOCATION IN TURKISH PENAL CODE****KAYA, Fahrettin****M.A.Thesis, Department of Public Administration****Supervisor: Associate Professor. İlhan ÜZÜLMEZ****October, 2010, 147 pages**

The aim of this study is first to explain what is unjust provocation and how it is applied which is faced frequently in practice, and secondly to find out the mistakes and defects in practice and finally to suggest proposals to overcome those mistakes and defects.

On 1st June 2005, after the coming into force of New Turkish Penal Code, like the other criminal issues, it has been made some new regulations regarding to unjust provocation and naturally these new regulations are followed by new case-law. When the frequency of the application of unjust provocation in practice and the number of the decisions which were overridden by the Court of Cassation in the past because of wrong application of unjust provocation, are taken into account, the importance of the unjust provocation for the Turkish Criminal law will appear. In this context, there is an essential need to ascertain its nature and to introduce its limits clearly.

Keywords: Provocation, Unjust Provocation, Act of Reactio, Anger or Intensive Pain, Special Unjust Provocation, Reaction act, Insult.

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER VE AÇIKLAMALAR

1.1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE.....	4
1.1.1. Tahrik Kavramı	4
1.1.2. Haksız Tahrik Kavramı	6
1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ	9
1.2.1. Haksız Tahrikin Psikolojik Boyutu	9
1.2.2. Haksız Tahrikin Hukuki Boyutu	11
1.2.2.1. Objektif Teori.....	11
1.2.2.1.1. Takas Teorisi.....	11
1.2.2.1.2. Tamamlanmamış Meşru Savunma Teorisi	12
1.2.2.2. Subjektif Teori	13
1.2.2.3. Karma Teori	15
1.3. HUKUKİ BİR KURUM OLARAK HAKSIZ TAHRİKİN GELİŞİMİ	16
1.3.1. Ceza Hukuku Dönemi	16
1.3.1.1. İlkel Ceza Hukuku Dönemi.....	16
1.3.1.2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi.....	17
1.3.1.3. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi.....	18
1.3.1.4. Modern Ceza Hukuku Dönemi	18

1.3.2. Türk Ceza Hukuku Tarihinde	19
1.3.2.1. İslamiyet'ten Önceki Dönem	19
1.3.2.2. İslam Ceza Hukukunda	19
1.3.2.3. Osmanlı Devleti Dönemi.....	20
1.3.2.4. Cumhuriyet Dönemi.....	20
1.3.2.4.1. 13.03.1926 Tarihli İlk Düzenleme	20
1.3.2.4.2. 1936 Tarihli 3038 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik	22
1.3.2.4.3. 1953 Tarihli 6123 sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik.....	23
1.3.2.4.4. 2004 Tarihli 5218 Sayılı Yasa İle Yapılan Değişiklik.....	24
1.3.2.4.5. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	24

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

2.1. GENEL OLARAK	30
2.2. HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI (ŞARTLARI)	33
2.2.1. Tahrik Edici Bir Eylemin (Fiilin) Varlığı	33
2.2.2. Eylemin (Fiilin) Haksız Olma Koşulu	37
2.2.3. Haksız Fiilin (Eylemin) Failde Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Doğurması	41
2.2.4. Haksız Eylem (Fiil) ile Suç Arasında Nedensellik (İllyet Bağı) İlişkisinin Mevcudiyeti.....	44
2.2.5. Suça Tahriki Teşkil Eden Eylemin (Fiilin), İşleyen Kimseye Yönelmiş Olma Koşulu	47
2.2.6. Haksız Eyleme (Fiile) Yönelik Tepkinin Varlığı.....	49
2.2.6.1. Tepkinin Zamanı	49
2.2.6.2. Tepkide Oran.....	52
2.3. HAKSIZ TAHRİKTE ÖZEL HALLER.....	54
2.3.1. Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Bazı Kurumlarla Olan İlişkisi	54
2.3.1.1. Haksız Tahrik ve Meşru Savunma İlişkisi	54

2.3.1.2. Haksız Tahrik ve Zorunluluk Hali İlişkisi	58
2.3.1.3. Haksız Tahrik ve Tasarlama İlişkisi.....	60
2.3.1.3.1. Devamlılık (Kronolojik ya da Niyet ile fiil arasında geçen müddet) Teorisi	61
2.3.1.3.2. Soğukkanlılık Teorisi	61
2.3.1.3.3. İdeolojik (Teemmül) Teori.....	62
2.3.1.4. Haksız Tahrik ve Kan Gütme Saiki İlişkisi	65
2.3.1.5. Haksız Tahrik ve Töre Saiki İlişkisi	71
2.3.1.6. Haksız Tahrik ve Akıl Hastalığı İlişkisi.....	78
2.3.1.7. Haksız Tahrik ve Yaş Küçüklüğü İlişkisi	83
2.3.1.8. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri İlişkisi.....	85
2.3.1.9. Haksız Tahrik ve İştirak İlişkisi	87
2.3.2. Diğer Suç Türleri ve Kabahatlerle Olan İlişkisi.....	89
2.3.2.1. Taksirli Suçlarda Haksız Tahrik.....	89
2.3.2.2. Kabahatlerde Haksız Tahrik.....	93
2.3.2.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Haksız Tahrik.....	95
2.3.2.4. Zincirleme Suçlarda Haksız Tahrik	97
2.3.2.5. Mütemadi Suçlarda Haksız Tahrik	98
2.4. HAKSIZ TAHRİKİN SONUÇLARI	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

3.1. GENEL OLARAK	103
3.2. HAKARET SUÇUNDA ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ.....	104
3.2.1. Haksız Fiil Sebebiyle Hakaret.....	108
3.2.1.1. Hakaret ve Kasten Yaralama Dışında Mağdurun Bir Haksız Fiilinin Bulunması	108
3.2.1.2. Sanığın Tepki Fiilinin Hakaret Suçunu Oluşturması ve İki Eylem	

Arasında Nedensellik Bağının Bulunması	110
3.2.1.3. Haksız Fiilin Bizzat Mağdur Tarafından Gerçekleştirilmesi ve Hakaretin Haksız Eylemi Gerçekleştiren Kişiye Yapılması	111
3.2.2. Kasten Yaralama Suçuna Tepki Sebebiyle Hakaret.....	112
3.2.2.1. Mağdurun Fiilinin Kasten Yaralama Olması	112
3.2.2.2. Sanığın Tepki Fiilinin Hakaret Suçunu Oluşturması	114
3.2.2.3. Hakaretin Kasten Yaralama Suçunun Failine Yönelik Olması.....	115
3.2.3. Karşılıklı Hakaret	116
3.2.3.1. Karşılıklı İşlenen Suçların Hakaret Olması	116
3.2.3.2. İlk Hakaret Edenin Haksız Olması.....	116
3.2.3.3. Hakaretlerin Karşılıklı Olması	117
SONUÇ VE DEğERLENDİRME	123
KAYNAKÇA	126
DİZİN	133

KISALTMALAR LİSTESİ

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

TEZ METNİ

GİRİŞ

İnsanın psiko-sosyal bir varlık olmasının, toplum içerisinde yaşamasının, diğer insanlar ve varlıklarla etkileşim içerisinde bulunmasının doğal bir sonucu olarak, hayatı boyunca çeşitli şekillerde ceza muhakemesine muhatap olması söz konusu olabilecektir. Çağdaş Ceza Hukukunun geldiği aşamada ceza muhakemesine muhatap olan her insanın ayrı ayrı ele alınması gerektiği, insanların çok yönlü bir varlık olmaları nedeniyle değerlendirmelerin de çok yönlü olmasının icap ettiği, aksi halde eksik ve yetersiz bir yargılama yapılacağı kabul edilmektedir. Bu anlayışın tabii bir neticesi olarak cezai müeyyidelerle karşı karşıya kalan kişilerin eylemlerini değerlendirirken sadece kanunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine değil; aynı zamanda failin bireysel hallerine, suç işlemekten önce ve suç işlediği sırada içinde bulunduğu psikolojik ve fizyolojik hallerine de bakmak icap edecektir. Suçun işlenmesinde etkili olan bu gibi durumların verilecek cezanın belirlenmesinde önemli rol oynaması çağdaş adalet anlayışının bir gereğidir. İşte kanun koyucu bu hususları dikkate alarak ve insan psikolojisine verdiği önemin bir sonucu olarak, bir suç işlendiği sırada psikolojik faktörleri de göz önünde bulundurmuş ve bu gibi hallerde cezanın bireyselleştirilmesini ve failin kişiliğine uydurulmasını emretmiştir. Bu haller kimi zaman ceza verilmesini engelleyici, kimi zaman cezayı arttırıcı, kimi zaman cezayı azaltıcı bir biçimde düzenleme alanı bulmuştur. Ceza sorumluluğuna etki eden ve cezanın azaltılmasını, kimi durumlarda ise ceza verilmesini engelleyici bir kurum olan haksız tahrik kurumu bu düzenlemelerden birisidir.

Haksız tahrik kurumu hemen hemen çağdaş tüm hukuk sistemlerinde farklılıklarına rağmen mevcut olan bir kurumdur. Haksız tahrik, ceza verilirken kişinin psikolojik durumlarının dikkate alınmasını öngörmektedir. Bir cezai sorumluluğun tespiti bakımından sadece işlenen fiile ve kanunda yasaklanan konuya bakmak hakkaniyetli bir sonuca varmayı zorlaştıracaktır. Bu nedenle failin fiili işlediği sırada yahut işlenmeden önceki ruhsal hallerinin incelenmesi ve mağdurun bundaki rolünün belirlenmesi oldukça önemlidir. Zira normal ve psikolojisi etkilenmemiş bir kişi ile psikolojisi etkilenmiş bir kişinin aynı olay karşısında aynı tepkiyi vermesi beklenemez. Bu bağlamda Türk Ceza Kanunlarında da cezayı etkileyen bir kurum olarak haksız tahrik kurumu düzenleme alanı bulmuştur. Hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK' da haksız tahrik kurumu birtakım farklarla da olsa yer almıştır.

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

Haksız tahrik, 765 sayılı TCK’unda 51. maddede 5237 sayılı TCK’unda ise 29. maddede düzenleme alanı bulmuştur. Her ikisi arasında ki benzerlik ve farkları aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğiz. Haksız tahrik kurumunun uygulamadaki yaygınlığı, genel bir hüküm oluşu, tüm suçlar ve herkes yönünden uygulanabilirliği (şartlarının gerçekleşmesi halinde), kapsama alanı oldukça geniş olan böyle bir konuda yeterince çalışma yapılmamış olması nedenleriyle bu konuyu tez konusu olarak seçmiş bulunmaktayım.

Türk Ceza Kanunu’nda haksız tahrik konulu tezim üç ana kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda, genel olarak tahrik ve haksız tahrik kavramları açıklanmış, haksız tahrikin hukuki niteliği incelenmiş ve hukuki bir kurum olarak haksız tahrikin tarihi gelişiminden bahsedilmiştir. İkinci kısımda haksız tahrikin unsurları, haksız tahrikte özel haller ve haksız tahrikin sonuçları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Üçüncü ve son kısımda ise Türk Ceza Kanununda yer alan özel tahrik halleri ve bu bağlamda hakaret suçunda özel haksız tahrik hali incelenmiştir. Çalışmamızda öncelikle doktrin görüşlerine mukayeseli olarak yer verilmiş, Yargıtay kararları ile uygulamanın ne şekilde olduğu açıklanmış ve kısmen de kişisel görüşlerimiz yer almıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BİLGİLER VE AÇIKLAMALAR

1.1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.1.1. Tahrik Kavramı

Tahrik sözcüğü kökeni arapça olmakla birlikte hukuk dilimize yerleşmiş olup “kımıldatma”, “kımıldatılma”, oynatma”¹, “oynatma”, kımıldatma”, “harekete getirme, etki yapma” kışkırtma”², “(Eski) yola çıkartma”, “hareket ettirme, kımıldatma”³, “Bir kimseyi kötü bir iş yapması için ileri sürme, kışkırtma”⁴ anlamlarına gelmektedir.

Ceza hukuku bağlamında ifade edilecek olursa tahrik; bir kişiyi suç işlemeye yöneltme, kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucunda kişinin suç işleme yönünde harekete geçirilmesi demektir.⁵ Uygulamada çoğunlukla tahrik sözcüğü kullanılmakla birlikte zaman zamanda tahrik yerine kışkırtma sözcüğünde kullanılmaktadır. Bunun gerekçesi ise dilde sadeleşme ve Türk Dili’ni yabancı sözcüklerden arındırma yönündeki eğilimdir. Kanaatimizce tahrik sözcüğü daha isabetlidir. Zira hem kanunun dilidir hem yerleşmiştir hem de kışkırtma sözcüğü gibi yanlış anlamalara sebebiyet vermekten uzaktır. Kışkırtma sözcüğünde azmettirmeye yaklaşan bir anlam da mevcuttur.

Tahrik bir insan ürünü olup ve dış dünya da etki doğurur.⁶ Tahrikin objektif olarak mevcut olması gerekmektedir. Vehim(manasız korku) ve zan tahriki içermez. Kanunda ne gibi fiillerin tahrik teşkil edeceği gösterilmemiştir. Bu nedenle herhangi bir fiil tahrik fiili oluşturabilir. Fiilin kasdi veya ihmali oluşu arasında bir fark söz konusu değildir. Kişiler üzerindeki maddi cebir, tehdit, kabaca davranışlar, alaylı bir gülüş, sözler, suç teşkil etmese bile hayvanlara kötü muamele, tahrik fiilini oluşturabilir.⁷

Tahrik bir kişiye yönelik olan ve dış dünyadan kaynaklanan ve kişinin iç dünyasında psikolojik etkilere yol açan bir fiildir. Kişinin dış dünyanın tesiri olmaksızın kendi iç dünyasından gelen ve psikolojisinde değişimler yaratan etkiler ceza hukuku

¹ Ferit Devellioğlu, (1995), **Osmanlıca -Türkçe Ansiklopedik Lügat**, 12.Baskı, Aydın Kitapevi Yayınları, Ankara, s.1021.

² Mustafa Nihat Özün, (1973), **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, 5.Baskı, İnkılap ve Aka Yayınevi, İstanbul, s.700.

³ Türk Dil Kurumu, (1998), **Türkçe Sözlük**, 9. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, ss.2115.

⁴ İsmet Zeki Eyüboğlu, (1991), **Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü**, 2.Bası, Sosyal Yayınlar, İstanbul, s.634.

⁵ M.Muhtar Çağlayan, (1982), “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73,Sayı:2, Ankara, ss.14-41.

⁶ M. Akif Tutumlu, (1999), **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Adil Yayınevi, Ankara, s.22.

⁷ Faruk Erem, (1969), **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, 8.Baskı, AÜHF Yayınları, Ankara, s.624-625.

anlamında tahrik olarak kabul edilemez. Zira kişinin, ortada dış kaynaklı bir sebep yokken kendi kendini tahrik etmesi söz konusu olur ki; bu da tamamen subjektif bir yaklaşım olur. Bu subjektif yaklaşım ise ceza hukukunun konusu olamaz.

Bir hakkın kötüye kullanılması da tahrik sayılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki bir davranış hukuka aykırı olmayıp sadece örf ve adet kurallarına aykırı ise bu davranış tahrik oluşturan haksız bir fiil sayılmaz. Haksız fiil hukuki yönden haklı sayılmayan bir hareket demektir. Fiilin haksız sayılması için bir suç teşkil etmesi ya da borçlar hukuku anlamında haksız fiil sayılması gerekmez.⁸

Türk Ceza Kanunu'nun değişik maddelerinde "tahrik" sözcüğü yer almaktadır. Örnek olarak, TCK 216 ve 217 maddeler verilebilir. Bu maddelerde geçen tahrik sözcüğü bir kimseyi suç işlemeğe yahut kanunlara itaatsizliğe veya kin ve düşmanlığa sevk manasına gelmekte olup, TCK 29. maddede yer alan inceleme konusunu teşkil eden haksız bir hareketin meydana getirdiği gazap ve elemnin etkisiyle suç işlemek değildir.⁹

Tahrik fiilinin hedefi bizzat suçlunun kendisi olmayabilir. Suçludan bir başkasına yönelmiş olan fiil de suçluda buhran hali doğurabilir. Kanun tahrik fiiline maruz kalanın bizatihi suçlu olmasını şart koşmamaktadır. Suçlunun sevdiği kimselerin haksız bir fiile maruz kalmaları suçluda haklı bir hiddet doğurabilir. Tahrik fiiline hedef olan bir "şey" ya da hayvan olabilir. Hatta yabancı olsa dahi kendisine koruyamayan bir çocuğa yapılan kötü muamele tahrik teşkil edebilir.¹⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.11.1990-1-254/277 s. kararında tahriki"..... fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumun da yarattığı karışıklığın"¹¹ şeklinde ifade etmiştir. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere de tahrikin mevcudiyeti dış kaynaklı bir etkinin sonucu olmalıdır. Buna ilaveten bu etki kişinin psikolojisinde karışıklık meydana getirecek düzeyde olmalıdır. Kişinin psikolojisine tesir etmeyen onu etkilemeyen bir durumun tahrik olarak değerlendirilmesi mümkün olamamaktadır.

⁸ Nur Centel vd., (2005), **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul, s.447.

⁹ Mehmet Emin Artuk vd., (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, s.529.

¹⁰ Erem, **a.g.e.**, s.625.

¹¹ Erhan Günay, (2009), **Haksız Tahrik**, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.11.

Uygulamada çoğunlukla tahrikin kişi üzerindeki bu özelliği pek fazla dikkate alınmamakta, haksız bir fiilin mevcudiyeti kabul edilmişse bunun kişinin psikolojisine etki ettiği ve gazap ya da elem doğurduğu tartışmasız kabul edilmektedir.

Yine yukarıdaki Yargıtay Genel Kurulu'nun kararından çıkan diğer bir sonuç da tahrikin kişide önceden var olan bir durumun sonucu değil; yeni bir durumun, yeni bir faktörün etkisinin ürünü olmasının gerekmesidir.

1.1.2. Haksız Tahrik Kavramı

Doktrinde haksız tahrik değişik şekillerde ifade edilmiştir.

Bir tanıma göre haksız tahrik insan psikolojisinde bir buhran haline hukuki sonuçlar tanınmasını ifade eder.¹² Bir kimsenin dıştan gelen haksız eylemler sonucu tahrik edilerek suç işlemesidir.¹³ Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın, hiddetin yahut şiddetli elemnin sonucunda suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade eder. Haksız tahrik, kişinin irade unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür.¹⁴Yine bir başka tanımda haksız tahrik; failin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazap ve elemnin etkisi altında kalarak bir suç işlemesidir.¹⁵

Bu tanımların herbirinde haksız tahrikin farklı bir unsuruna vurgu yapılmıştır. İlk tanımda haksız tahrikin psikolojik esasına vurgu yapılmıştır. İkinci tanımda haksız tahrikin dış kaynaklı esasını öne çıkartılmış bir sonraki tanımda ise haksız tahrikin irade üzerindeki etkisi belirtilerek irade yeteneğindeki azalma özelliği vurgulanmıştır. Son tanımda ise haksız tahrikin haksız bir fiil sonucu oluşabileceği belirtilerek haksız tahrikin en birinci ve temel unsuru ön plana çıkartılmıştır.

Haksız tahrik kanununun sistematigi içerisinde ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden değil ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir.

Cezayı azaltan sebepler, fiili veya şahsi, genel veya özel, kanuni veya takdiri olmak üzere ayrıma tabi tutulurlar. Şahsi indirim nedenleri, failin şahsına bağlı sebeplerdir ki ancak fail hakkında hüküm ifade eder ve suç ortaklarına sirayet etmez.

¹² Erem, a.g.e., s.621.

¹³ Artuk, a.g.e., s.529.

¹⁴ Kayıhan İçel vd., (1999), **Suç Teorisi**, 1.Bası, Sebati Yayıncılık, İstanbul, s.288.

¹⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, (1) (1994), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 10.Baskı Beta Yayınları İstanbul, s.345.

Fiili indirim sebepleri, fiile ilişkindir. Bütün suç ortakları hakkında uygulanır. Genel indirim sebepleri bütün suçlar hakkında tatbik edilir. Özel indirim sebepleri ise belirli suçlar hakkında tatbik edilir. Kanuni indirim sebepleri kanun koyucunun evvelden belirlediği indirim sebepleridir ki; bunların niteliğini ve kapsamını kanun koyucu açıklamıştır. Takdiri indirim sebepleri, kanun koyucunun her olay hakkında hâkimin takdirine bıraktığı ve hâkimin o olayın özelliğine göre cezanın indirilmesini haklı bulduğu nedenlerdir.¹⁶

Haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olup, genel ve kanunidir. Genel olmasının nedeni, hem ceza kanununun genel hükümleri içerisinde düzenlenmiş olması, hem de tüm suçlar yönünden uygulanabilme olanağının bulunmasındandır. Ancak niteliği itibariyle haksız tahrikin uygulanamayacağı suçlar da mevcuttur. Kanuni bir neden olmasının anlamı ise koşulları olduğu takdirde uygulanmasının hâkimin takdirine bırakılmamış olmasındandır.

Haksız tahrikin varlığından bahsebilmek ve temel cezadan kanuni hafifletici sebep dolayısıyla indirim gidebilmek için, en önce ortada mağdurdan kaynaklanmış haksız bir fiil mevcut olmalı ve bu fiil fail üzerinde hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirmeli, fail de kendisinde oluşan bu hiddet veya şiddetli elemin etkisi ve sonucunda suçu işlemelidir. Böylece haksız fiil sonucunda fail üzerinde ortaya çıkan somut bir hiddet veya şiddetli elemin varlığı tespit edilmeli, somut tespitler ile işlenen suç arasında nedensellik bağı yani sebep sonuç ilişkisi doğrudan doğruya kurulabilmelidir. Ancak bu şekilde suç işlediği iddia edilen faile verilmesi düşünülen temel ceza üzerinden haksız tahrikin ağırlığının derecesine göre indirim yapılabilecektir.¹⁷

Doktrinde haksız tahrikin cezayı azaltma nedenleri arasında sayılmasının nedeni olarak kusur üzerinde yaptığı etki gözönüne alınmıştır. Haksız tahrik failin kusurluluğuna etki eden bir neden olduğundan, haksız tahrikin etkisiyle işlenen bir fiilin haksızlık içeriğinde herhangi bir azalma söz konusu olmamaktadır. Buna rağmen haksız tahrikin kusur üzerindeki etkisi de sınırlıdır. Bir başka deyişle tahrik kusuru tamamen

¹⁶ Ekrem Koni, (1938), “Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Yıl:12, Sayı:1, İstanbul, ss.203-209.

¹⁷ Ersan Şen, (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.80.

kaldırmamakta sadece azaltmaktadır.¹⁸

Haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedenidir. Haksız tahrik durumunda failin iradesinde bir zayıflama söz konusu olmaktadır. Bu şekilde haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır. Bu şekilde bir etki altında kalan kişinin kendini yönlendirme ya da belli fiilleri işlemekten alıkoyma yeteneğinin tam olduğundan sözedilemez. Ancak gazabın irade yeteneğini zayıflatan bir etkisini kabul edebilmek için bunun haksız bir fiilden meydana gelmesi gerekir.¹⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.11.1990-1-254/277 s. kararında haksız tahrik şu şekilde ifade edilmiştir "Tahrik, bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir".²⁰

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

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun sonraki bir tarihli kararı da düşüncemizi doğrular niteliktedir. YCGK 20.06.2000-4-126/135 sayılı kararında tahrik şu şekilde tanımlanmıştır. "Tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Fail; haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin tesiri altında, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu

¹⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, (2009), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.302.

¹⁹ Timur Demirbaş, (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.395.

²⁰ Günay, **a.g.e.**, s.11.

olarak suç işlemeye yönelmektedir. “²¹ Bu tanım yukarıdaki 1990 tarihli tanıma göre daha doğru bir tanım olmuştur.

1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ

1.2.1. Haksız Tahrikin Psikolojik Boyutu

Haksız tahrikte kanunun cezası indirmesindeki nedenlerinden birisi de psikolojik nedendir. Haksız tahrik insan psikolojisinde bir buhran haline hukuki sonuçlar bağlanmasıdır.²²

Haksız tahrik ile harekete geçerek suç işleyen failin fiili de onun bir davranışdır ve bireysel faktörlerin etkisindedir.²³ Yasaların fiillerinden sorumlu tuttuğu özne; bilinci açık, iradesi zaafa uğramamış, zihni yetenekleri mevcut olan insandır. Oysa üzüntü, öfke ve kızgınlık gibi duygular belli bir boyuta ulaştığında kişinin iyiyi kötüden ayırt etme yeteneğini tamamen ortadan kaldırmaya bile belli bir ölçüde örsellemektedir. Üstelik failin kendi kusuru olmaksızın başkalarının haksız fiilleri sonucu bu örselenme oluşmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu anılan ruhsal karmaşayı doğal karşılamış ve bu psikolojik durumun etkisinde kalarak suç işleyen kişiye verilecek cezada belirli oranlarda indirim yapılmasını öngörmüştür. Başka bir ifade ile haksız tahrik olgusunu yasal bir mazeret nedeni olarak kabul etmiştir. Nitekim haksız tahrik Türk Ceza Kanunu’nun “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan” nedenler bölümünde düzenlenmiştir.²⁴

Ceza hukukunda haksız tahrik adı verilen kurum, psikolojide heyecanların bir çeşidi olan hiddetten başka bir şey değildir. İnsan psikolojisinde heyecan, teessür hayatının olağan akışında belirli bir sarsıntıyı (buhranı) ifade eden ve bazı fizyolojik gösterilerle birlikte meydana gelen şiddetli, fakat geçici bir haldir. Heyecan ihtirastan farklıdır. İhtiras hislere hâkim olan psikolojik dengeyi kendine doğru çökerten ve geçici olmayan adeta itiyadi (sürekli) sayılabilen bir haldir. Haksız tahrik bir hiddet

²¹ Günay, a.g.e., s.15.

²² Faruk Erem, (1946), “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:37, Sayı:7, Ankara, ss.637-654.

²³ Erel Kemalettin, (2001), “Kişilik ve Suç Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Failin Kişiliğinin Önemi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 92, Sayı:7, Ankara, ss.158-170.

²⁴ Tutumlu, a.g.e., s.19-20.

heyecandır ve ihtirasla bir bağlantısı yoktur.²⁵

Heyecan hallerine korku, şaşkınlık, öfke, saldırganlık ve elem gibi haller örnek olarak gösterilebilir. Heyecan ruh akışında geçici bir durum olmakla beraber kişi böyle bir durumda çok defa ne yaptığını bilmez ve şaşkınlık gösterir, böyle durumlarda dikkat zorlanarak düşünce gittikçe daralır ve sonunda kişiye tek bir düşünce hâkim olur. Örneğin; panik halinde kaçma, haksızlık durumunda intikam hissi, ümitsizlik durumunda ölüm düşüncesi gibi.²⁶

Heyecanın şiddeti arttıkça irade yeteneğinde ve bilhassa iradenin “nehi”(yasaklama) unsurunda zayıflama meydana gelir. Heyecanın irade üzerine tesiri psikolojik bir hakikat olarak kabul edildiğinden haksız tahrik kurumu ile heyecan ceza hukukuna aktarılmış bulunmaktadır. Genellikle heyecanlar şiddet ve süreklilik bakımından ikiye ayrılır. Ani sayılabilen sademe(birdenbire, ansızın gelişen) heyecanlar ve daha ziyade sürekli sayılabilen his heyecanlar olmak üzere. Hiddet birincinin, elem ikincinin örneğini teşkil eder. Sademe heyecan hislerin akışında ani bir kargaşalık doğurur, fizyolojik sahada belirli ve hızlı geçen olaylara neden olur. His heyecan ise bir sademe heyecan (Örneğin, hiç beklenmeyen bir kara haberin alınması) ile başlar şiddeti gittikçe zayıflar ruhi bir çöküntü ve akabinde bitkinlik doğurur bir nevi ruhi iktidarsızlık sayılabilir.²⁷

İnsan her ne kadar mantıklı bir varlık ise de duyguları ve hisleri de mevcuttur. İnsanı duygularından ve hislerinden ayrı mütaala etmek rasyonel bir yaklaşım olmaz. İnsan bir makina ya da robot değildir. Onun bu iki yönünü gözönünde bulunduran kanun koyucu hislerine ve duygularına da belli ölçüde önem vermiştir. Makul sınırlar içerisinde insanın duyguları hisleri ve heyecanları da yok farz edilmeyerek hukuk metinleri içerisinde yer almıştır. İşte bir heyecan çeşidi olan hiddet ve elem de ceza kanunları içerisinde yer almasının felsefi açıklaması budur.

Bu bakımdan kişinin suçu işleme sırasındaki ruhsal halinin onun kusuru ve dolayısıyla cezalandırılmasında gözönüne alınması, psikolojik görüşün ceza hukukunda yer almasını sağlamıştır. Bu sebeptendir ki ceza hukuku irade kavramında psikoloji bilim

²⁵ Erem, **a.g.m.**, s.637-638.

²⁶ Timur Demirbaş , (1985), **Türk Ceza Kanununda Özel Tahrik Halleri**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, s.27.

²⁷ Erem, **a.g.m.**, s.638.

dalı ile ve isnat yeteneği ile ilgili hususlarda da psikiyatri bilim dallarıyla iç içe girmiştir.²⁸

1.2.2. Haksız Tahrikin Hukuki Boyutu

Haksız tahrikin hukuki boyutunun incelenmesi meselesinde birçok teorinin varlığından söz edilebilir. Ancak bunları belli bir sınıflandırmaya tabi tutacak olursak üç ana başlık altında sınıflandırmak mümkün olacaktır. Bunlar objektif teori, subjektif teori ve karma teori olmak üzere sınıflandırılabilir.

1.2.2.1. Objektif Teori

Objektif teori, faile yöneltilen tahrikin haksızlığından yola çıkarak tahrik fiiline ilişkin hususları ön plana çıkarmaktadır.²⁹ Objektif teori, takas teorisi ve tamamlanmamış meşru savunma teorisi olarak iki alt başlıkta incelenecektir.

1.2.2.1.1. Takas Teorisi

Bu görüşe göre, tahrik durumunda iki suçlu vardır. Biri tahrik eden, diğeri de tahrik edilerek fiili işleyendir. Bu durumda hem fail hem de mağdur kusur sahibidirler, mağdur kendi kusuru ile suçun işlenmesine ortak olmuş demektir. O halde mağdurun kusurunu failin kusurundan indirmek hakkaniyet gereğidir ve burada kusurların takası söz konusudur.³⁰ Haksız tahrikten faydalanan fail ceza kanunlarına göre her ne kadar kusurlu hareket ederek bir suç işlemiş ise de bu eyleminde kusur yalnızca kendisine ait değildir. Failin suçu işlenmesinde tepki suçunun mağduru veya maktulü de etken olmuştur. O halde kusurun tümünü faile yüklemek adaletli bir sonuç olmaz. İşlenen suçta mağdur veya maktulünde kusuru vardır ve bu nedenle tepki suçunu işleyen faile verilecek cezadan indirim yapılmalıdır.³¹

²⁸ Demirbaş, a.g.e., s.30.

²⁹ Devrim Aydın, (2004) “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, Yıl:2004, Sayı:1 Ankara, ss.225-253.

³⁰ Nevzat Güreli, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl:25 Sayı:6, İstanbul, ss.331-344.

³¹ Tutumlu, a.g.e, s.20.

Bu görüş önemli eleştirilere uğramış bu nedenle çağdaş hukukta etkinliğini yitirmiş gözükmektedir. Bu eleştirilerin odağında şu hususlar yatmaktadır;

Bu görüş kabul edildiği takdirde kusurların eşitliği söz konusu olduğu için faile ceza vermemek gerekir. Zaten bu, ferdi çıkarlar gözönünde bulundurularak yapılan izahtır ki daha ziyade toplumun menfaatini gözönünde tutan ceza hukukunda makbul bir görüş olamaz, denmektedir.³²

Her ne kadar bugün için takas teorisi çok fazla kabul görmese de kanaatimizce cezanın azaltılması noktasında önemli bir bakış açısı getirmektedir. Takas teorisine getirilen eleştiriler pek de haklı sayılmaz şöyle ki; takas teorisinin bireysel çıkarlara önem verdiği oysa ceza hukukunun toplumun menfaatlerine üstünlük tanıdığı bu nedenle cezanın bu gerekçe ile indirilmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur. Oysa hukuk felsefesinin bugün geldiği noktada bireysel çıkarlar ve birey kavramı toplum kavramının önüne geçmiştir. Toplumsal çıkarlar elbette ki önemlidir ancak toplum çıkarı denilerek bireysel çıkarlar göz ardı edilemez. Burada olsa olsa bir denge kurmaktan söz edilebilir. Bu da her zaman birey aleyhine olamaz. Kaldı ki kusurların takas edilmesinde hem birey hemde toplumsal menfaat söz konusu olabilecektir. Ayrıca takas durumunda kusurların eşitliği halinde ceza verilmemesi gerektiği yönündeki bir eleştiri de haklı değildir zira takas kusurların her zaman eşitliği anlamına gelmez sadece iki tarafın kusurunun derecesine göre makul ve haklı bir indirimi gerektirir. Bu da özelde bireysel, genelde de toplumsal çikara hizmet eder. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun temel felsefesinde bireye ağırlık verilmesinin ve insan odaklı bir kanun olduğu söylenmesinin fikrimizi desteklediği kanaatindeyiz.

1.2.2.1.2. Tamamlanmamış Meşru Savunma Teorisi

Bu teoriye göre, tahrik bir nevi meşru savunma, başka bir deyişle tamamlanmamış meşru savunma (legitime defence incomplete) sayılmıştır. Yani fail vuku bulması çok yakın kesin ve mutlak bir saldırıya karşı daha önce davranarak saldırıya karşılık suçu işlemiştir.³³

³² Gürelli, a.g.m., s.332.

³³ İsmail Hakkı Ayık, (1952), "Tahrik", **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:1 Ankara, ss.83-107.

Bu teori ciddi ve haklı eleştirilere uğramıştır.

Bu teoride meşru savunma ile tahrik arasındaki farklar ihmal edilmiştir. Meşru savunmada fail müdafada bulunur ve öldürülmemek için öldürdüğünden cezalandırılmaz. Tahrik mazeretinin mevcudiyeti halinde fail intikam alır ve intikam ise esasında meşru bir şey olmayıp hukukça koruma altına alınamaz.³⁴

Her şeyden önce failin fiziki olarak ölümüne veya ağır yaralanmasına sebep olabilecek tehdit altında, yani sınırlı durumlarda, hiç zaman aralığı olmaksızın soğukkanlılıkla karşılık verilmesini öngören ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eden meşru savunma fiilinin tam tersine, failde hiddetle harekete geçme biçiminde gerçekleşen bir eylem söz konusudur.³⁵

Meşru savunmada, failin halihazırda devam eden yahut gerçekleşmesi muhakkak bir tehlikeye karşı savunmada bulunanın haklı ve meşru bir tepkisi söz konusu olup bu durum bir hukuka uygunluk sebebi sayılmıştır. Oysa tahrik halinde tepkide bulunan halihazırda devam eden yahut yakın bir saldırı altında olmayıp, olmuş bitmiş bir saldırının etkisi altındadır. Burada kanun koyucu tepkide bulunanın tepkisine karşılık bir hukuka uygunluk bir başka deyişle bir meşruiyet tanımamıştır. Dolayısıyla karşı saldırı hakkı vermemiştir. Ancak bu durumda karşı saldırıda bulunması halinde cezadan indirim yapılması yoluna gitmiştir. Bu nedenle haksız tahrikin hukuksal temelini tamamlanmamış meşru savunma eksenine oturtmak kanaatimizce yerinde olmamıştır.

1.2.2.2. Subjektif Teori

Subjektif teoride ise çağdaş ceza hukukunun kusur ilkesi esas alınmıştır. Mağdur ya da maktulden gelen haksız fiil sebebiyle şiddetli bir öfke veya üzüntü içine giren kişinin irade kudreti belli ölçüde zaafa uğratılmıştır. Dolayısıyla bu durumdaki kişinin kusursuz, normlara uygun davranma yeteneği ya da iradesi zayıflamış olduğundan verilecek cezada da bu zayıflama hali göz önüne alınmalı, faile kanuni

³⁴ Ayık, a.g.m., s.85.

³⁵ Onur Çam, (2008), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s.16.

indirim uygulanmalıdır.³⁶

Bu görüşe göre, tahrike maruz kalan ve bu nedenle şiddetli bir öfke ve üzüntü içine giren failin irade serbestisi zaafa uğradığından sorumluluğu azalmıştır.³⁷ Bir başka anlatımla haksız fiil sonrasında kişinin heyecanı (hiddeti, elemi) artmakta ve irade kontrolü de o oranda azalmaktadır. Heyecanın iradeye tesiri psikolojik bir gerçektir. Bunu dikkate alan kanun koyucu da hiddet ve şiddetli elemden kaynaklanan psikolojik karışıklığın hasıl ettiği bir durumu cezayı azaltıcı bir sebep saymıştır.³⁸

Subjektif teoride diğer teoriler gibi eleştirilere uğramıştır.

Herşeyden önce hiddet, her halukarda cezai sorumluluğu azaltan bir sebep olamaz; diğer bir deyimle her hiddet cezai sorumluluğu azaltmak için bir mazeret sayılamaz. Hukukun koruma altına aldığı hiddet, haksız bir fiile karşı reaksiyon olan hiddettir. Bir başka taraftan hiddet bir ihtiras olarak düşünülmektedir. Halbuki ceza kanunu bireysel ihtirasları belli bir şekilde frenlemeyi amirdir. Ayrıca psikoloji biliminin verilerine göre de ihtiras heyecandan farklı bir ruh halidir ve geçici değildir. İhtirastan kaynaklanan şiddetli hiddete mağlup olarak bir suç işleyen kimse hukuken koruma görmeye layık değildir.³⁹ Böyle olmasa idi öfkesini kontrolsüzce açığa vuran sorumsuz ve gelişmiş fiillere prim verilmesi hali söz konusu olurdu. Fakat Ceza Kanunumuz, haksız tahrik durumunda sadece haksız fiilden kaynaklanan hiddeti cezadan indirim sebebi kabul ederek eleştiri konusunu bertaraf etmiştir. Bu şekilde hukuka uygun fiillere ne sebeple olursa olsun herkesin tahammül etmesi zorunlu kılınmıştır.⁴⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun haksız tahrikin hukuki esası hakkındaki - 1991 tarihli kararına göre- görüşü aşağıdaki karardan açıkça anlaşılmaktadır.

“Haksız bir fiile maruz kalan failin, bu fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde, faili harekete geçiren saikler daha az vahim sayılarak, haksız tahrik hükümleri kabul edilmiştir.”⁴¹

³⁶ Tutumlu, **a.g.e.**, s.20.

³⁷ Güreli, **a.g.m.**, s.332.

³⁸ Artuk, vd., **a.g.e.**, s.530.

³⁹ Ayık, **a.g.m.**, s.85.

⁴⁰ Hakan Abban, (2001), “Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara, s.36.

⁴¹ Tutumlu, **a.g.e.**, s.20.

Yargıtay bu kararında haksız tahrikin hukuki esasını; haksız fiilin sebebiyet verdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemek ve faili harekete geçiren saikler bu nedenle daha az vahim kabul edilerek, şeklindeki ifadesi ile iradenin kısmen zaafa uğramış olduğunu bu nedenle de vehametinin daha az olduğunu ifade etmek suretiyle subjektif teoriyi esas almış gözükmektedir.

1.2.2.3. Karma Teori

Thierfelder tarafından ileri sürülen ve objektif - subjektif kusur belirtileri de adı verilen bu teoriye göre, failin psikolojik durumu bazı hallerde kanun tarafından öngörülmüş belirli bir dış etkene bağlıdır. Örneğin; Federal Almanya Ceza Kanunu'nun 1975 metninden önceki şekline göre failin "ihtiyaç sebebiyle" değerli olmayan bir şeyi çalması, güveni kötüye kullanması veya birini dolandırması durumunda cezası indirilirdi. Thierfelder'e göre, buradaki ihtiyaç nedeniyle kavramı "objektif - subjektif" niteliktedir. Bunun tamamıyla objektif olması için "ihtiyaç içinde" denmesi gerekirdi. Bu iki kavram arasındaki fark "ihtiyaç içindenin" tamamıyla objektif bir dış durumu ve "ihtiyaç sebebiyle" ise bir dış durumu bu nedenle de failin psikolojik halini ifade etmesi şeklinde açıklanabilir. Objektif - subjektif kusur belirtilerinin subjektif kusur belirtilerinden farkını ise yine "ihtiyaç sebebiyle" ve "şahsi hırstan" kavramları açıklar. Bunlardan birincisi objektif bir dış etkenin neden olduğu failin psikolojik durumunu ifade etmekte iken ikincisinde dış etken hiçbir rol oynamaz ve tamamen failin ruhi durumunu ifade eder.⁴²

Objektif teorinin tahrik fiiline, subjektif teorinin ise failin psişğine önem veren açıklamalarını birleştirmeye çalışan karma teoriye göre, hem faile yöneltilen tahrik fiilini hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak kabul etmektedir. Hem fiile hem de faile ilişkin hususların birlikte değerlendirilmesi kurumun amacına daha uygun düştüğünden, karma teori daha isabetlidir. Çünkü haksız tahrik müessesesi hem faili harekete geçiren tahrik fiilinin hem de failin kapıldığı hiddet veya elemin bir araya gelmesi kaynaşması ile uygulama bulabilir.⁴³

⁴² Demirbaş, a.g.e., s.34-35.

⁴³ Aydın, a.g.m., s.231.

Yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'numuzda haksız tahrik kurumu hem faili hem de fiili dikkate alan karma teoriye uygun olarak düzenlenmiştir.⁴⁴

Yargıtay her ne kadar önceki bazı kararlarında subjektif teoriyi benimsemiş gözüke de yeni tarihli kimi kararlarında karma teoriyi esas almıştır. Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nin 2004 tarihli bir kararında; haksız tahrik müessesesi, bireylerin intikam duygularının tatminini değil suç işleme anındaki psikolojik durumlarını ve bu psikolojik durumlara neden olan dış etkenleri esas alır⁴⁵ diyerek karma teoriyi benimsediğini göstermiştir.

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

1.3. HUKUKİ BİR KURUM OLARAK HAKSIZ TAHRİKİN GELİŞİMİ

1.3.1. Ceza Hukuku Dönemi

Ceza hukukunun tarihsel gelişimi de insanlığın ve medeniyetin gelişimi gibi tedrici olmuştur. Tüm hukuk disiplinlerinde olduğu gibi ceza hukukunun da gelişimi ve modern seviyeye ulaşması uzun zaman almıştır.

Ceza hukukunun gelişim yönü sert ve otomatikleşmiş bir sistemden modern anlayış olan kusura dayalı bir sisteme doğru olmuştur. Bu gelişim seyri haksız tahrik müessesesi yönünden de aynı paralelliktedir.⁴⁶

1.3.1.1. İlkel Ceza Hukuku Dönemi

Toplumlar “Devlet” şekline ulaşmadan önce de aile, kabile ve aşiret halinde yaşadıkları sıralarda da bir ceza hukukuna sahiptirler.⁴⁷ Ancak bu zamanlarda toplum düzeninin her ihlali hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bu dönemlerde kusura dayanmayan

⁴⁴ Gökalp İzmir, (2007), “Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara, s.17.

⁴⁵ Haydar Erol, (2005), **Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 1.Baskı, Yayın Matbaacılık, Ankara, s.139.

⁴⁶ Demirbaş, **a.g.e.**, s.14.

⁴⁷ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, (2) (1994), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 11.baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s.39.

bir sorumluluk söz konusu olup, tesadüfen işlenen fiillerde cezalandırılmış ve bu cezalandırma kolektif sorumluluk esasına dayanmıştır. Kusura dayanmayan netice sorumluluğunun esas olduğu bu dönemde haksız tahrik kurumunun varlığını düşünebilmek mümkün değildir. Daha sonraları Lex Salica ve Hammurabi kanunları ile suçlar ve cezalar kanunlarda gösterilmiş ise de kusura dayanan bir sorumluluk yine de yoktur ve netice sorumluluğu esastır.⁴⁸

Eski Yunan Ceza Hukukunda suçluların cezalandırılmasında cezayı hafifleten ve ağırlaştırılan hallerin mevcudiyetinden söz edilebilir. Bu bağlamda haksız tahrikin de bulunduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, failin tehevüre (öfkeye) kapılması sonucu bir suç işlemesi hafifletici sebep sayılmış ayrıca karısını zina halinde suçüstü yakalayarak öldüren koca hakkında cezai takibat yapılamayacağı kabul edilmiştir.⁴⁹

Roma Ceza Hukukunda da ilk önceleri şahsi intikam kabul edilmiştir. İlerleyen dönemlerde cezalandırma hakkı bir kamu tepkisi olarak devlete geçmiştir. Roma Ceza Hukuku'nda *iniuria* yı karşılıklı bulunma hakkı kabul edilmişti. Buradaki *iniuria* bugünkü anladığımız anlamda hakaret değil, bilerek ve hukuka aykırı olarak üçüncü bir şahsın mağdur edilmesi anlamındaydı.⁵⁰

Yine Roma Ceza Hukuku'nda adam öldürme bazı hallerde suç kabul edilmemiştir. Örneğin, bir kimsenin yaşamına, ırzına, namusuna tecavüz eden bir şahsın tecavüze maruz kalan tarafından öldürülmesi, düşman ülkelerinden birine mensup olan bir kimsenin Roma topraklarında, her nerede olursa olsun, bir asker tarafından öldürülmesi suç olarak kabul edilmemiştir.⁵¹ Bu gibi hallerde adam öldüren yönünden bir nevi tahrik düşünülerek suç olduğu öngörülmemiş ve cezalandırma yoluna gidilmemiştir.

1.3.1.2. Müsterek Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemde İtalya'da gelişen hukuk eğitimi Ortaçağ Almanya'sını da etkilemiş ve Roma Hukuku'ndan farklı bir hukuk doğmuştur. Sadece savunmaya izin

⁴⁸ Demirbaş, a.g.e., s.14-15.

⁴⁹ Recai Galip Okandan, (1952), **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, 1.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.291.

⁵⁰ Demirbaş, a.g.e., s.15-16.

⁵¹ Okandan, a.g.e., s.480.

verildiği ve intikamın kabul edilmediğinin sonucu olarak karşılıklı tahkir meşru savunma sınırları içerisinde değerlendirilmiştir.⁵²

Yine bu dönemde Alman hukukunun temeli sayılabilecek Carolina Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunda hâkim otomatik olarak ceza vermek zorunda olmayıp failin ruhi halini, kişiliğini ve özelliklerini de göz önünde bulunduracaktır. Nitekim Carolina Kanunu 137. maddesinde heyecan (affekt) halinde adam öldürmeyi düzenlemiş ve bunu kasten öldürmenin nitelikli şeklinden ayırmıştır.⁵³

1.3.1.3. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemde ceza hukuku, felsefe hareketleri, kanunlaştırma hareketleri ve okullar çatışması sonucunda gelişmiştir.⁵⁴

Kusur esasına dayanan Prusya Ceza Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun kimsenin keyfi cezalandırmaya hakkı yoktur diyerek, hakaretlere bireysel olarak karşılıklı bulunmayı yasaklamıştır. Yine bu dönemde Kant'ın filozofik görüşleri etkisi altında kalan Feuerbach, tahrikin failin suç işlememe yönündeki psikolojik engelleri kaldıracağını ve bu nedenle böyle bir durumda suç işleyen kimsenin daha hafif cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir. 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'nda ise hâkim, karşılıklı tahkirin şartlarının oluşması durumunda her iki taraf veya taraflardan birisi için cezanın niteliğini veya miktarını hafifletebileceği gibi cezayı tamamen de kaldırabilirdi.⁵⁵

1.3.1.4. Modern Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemde haksız tahrik kurumu ceza kanunlarında yer bulabilmiştir. Ancak İsviçre, İtalya, Avusturya, Doğu Almanya gibi ülkelerin ceza kanunlarında Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi genel haksız tahrikle birlikte özel tahrik hallerine ilişkin hükümlerde bulunmasına karşın, Federal Almanya ve Fransa Ceza Kanunlarında sadece

⁵² Demirbaş, a.g.e., s.17.

⁵³ Demirbaş, a.g.e., s.18.

⁵⁴ Dönmezer, a.g.e., s.50.

⁵⁵ Demirbaş, a.g.e., s.20-21.

özel haksız tahrik hükümleri mevcuttur.⁵⁶

1.3.2. Türk Ceza Hukuku Tarihinde

1.3.2.1. İslamiyet'ten Önceki Dönem

İslamiyet'ten önceki Türk toplumlarında devlet ve halk arasındaki ilişkiler “töre” ile düzenlenmiştir. Törenin temeli ise Türk gelenek ve göreneklerine dayanmaktadır

İlk Türk devletlerinde cezalandırma yetkisi devlete aitti. Fertlerin bireysel olarak cezalandırma yetkisi yani ihkak ı hak bulunmamaktaydı.⁵⁷

Türkler İslamiyet'ten önce kurmuş oldukları devletlerde kamu hukuku kurumlarıyla birlikte ceza hukukuna da sahiptiler.⁵⁸

1.3.2.2. İslam Ceza Hukukunda

İslam Ceza Hukuku'nda suçlar; hakkı ademiye karşı işlenen suçlar, Allah a karşı işlenen suçlar ve taziren cezalandırılan suçlar olmak üzere üç gruba ayrılırlar.⁵⁹

İslam hukukunda amellerin niyetlerle ölçülmesi prensibinin gereği olarak İslam Hukuku suçluya sorumluluk takarrür etmesi halinde sadece cezaya bakmaz önce suça sonra da suçlunun amacına, niyetine bakar.⁶⁰

İslam Hukuku'nda yasaklanan fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesi yani fiilde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. Yine İslam Ceza Hukuku'nda cezai ehliyeti ortadan kaldıran veya azaltan sebeplere de yer verilmiştir. Ancak bunlar arasında açıkça haksız tahrikten bahsedilmemiştir. Fakat haksız tahrike benzer bir kurum olan meşru savunma açıkça yer almaktadır.⁶¹

⁵⁶ Demirbaş, a.g.e., s.21.

⁵⁷ M.Akif Aydın,(2005), **Türk Hukuk Tarihi**, 5.Baskı, Hars Yayıncılık, İstanbul, s.17.

⁵⁸ Dönmezer, a.g.e., s.115.

⁵⁹ Hayrettin Karaman, (1974), **Mukayeseli İslam Hukuku**, İrfan Yayınevi, İstanbul, s.125.

⁶⁰ Demirbaş, a.g.e., s.22.

⁶¹ Aydın, a.g.e., s.182-185.

1.3.2.3. Osmanlı Devleti Dönemi

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

Osmanlı İmparatorluğu'nda padişahlar, İslam'ın hükümdara verdiği yetkiye dayanarak çeşitli kanunnameler çıkarmışlardır.⁶²

1856 Islahat Fermanına dayanan 1274 Ceza Kanunname i Hümayunu ile Osmanlı Devleti'nde fragmanter mevzuat dönemi sona ermiştir. Bu kanun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme edilmişti. Ceza Kanunname i Hümayunda tahrikle ilgili genel bir hüküm bulunmamakla birlikte 188, 189 ve 214/13. maddelerinde özel tahrık hallerine yer verilmişti. 765 sayılı TCK m.462 ye benzer bir hüküm olan 188. md göre “ bir kimse zevcesini veyahut diğer mehariminden birini bir şahıs ile fiil i şeni zina halinde görüp de birisini veya ikisini birden darp veya cerh ve yahut katl etse mazurdur.” demektedir.⁶³

1.3.2.4. Cumhuriyet Dönemi

1.3.2.4.1. 13.03.1926 Tarihli İlk Düzenleme

13.03.1926 Tarihli Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe giren, 01.03.1926 gün ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde haksız tahrike ilişkin ilk düzenlemeye yer verilmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51.md si şu şekildeydi:

“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir cürüm işler ve bu cürüm idam ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa faili on iki seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına

⁶² Coşkun Üçok, (1946), “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza hukukuna Aykırı Hükümler”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, Ankara, s.60.

⁶³ Demirbaş, **a.g.e.**, s.23.

mahkûm olur. Sair hallerde irtikâp olunan fiilin cezası yarısına kadar indirilerek verilir.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa idam ve müebbet ağır hapis yerine yedi seneden on iki seneye kadar ağır hapse konulur.

Sair cezalar, ağır hapis ve müebbet hidematı ammeden memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.⁶⁴

Kaynak kanun olan İtalyan Ceza Kanunu'nun 51.md. sine göre," **Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse o suç için muayyen ceza müebbet ağır hapis olduğu takdirde yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde suçun cezası üçte bir nispetinde azaltılır.**

Tahrik ağır olursa müebbet ağır hapis yerine on seneden yirmi seneye kadar adi hapis hükmolunur. Ve sair cezalar, ağır hapis yerine hapis ve amme hizmetlerinden müebbeten memnuiyet yerine muvakkat memnuiyet kaim olmak üzere yarıdan üçte ikiye kadar azaltılır.⁶⁵ demektedir.

Bu iki metin arasında önemli iki fark bulunmaktadır. Kaynak kanunda failin sadece gazap veya elemin etkisinde bulunması yeterli görülmeyerek gazap veya şiddetli elemin doğurduğu buhran halinde suçun işlenmesi şartı aranmıştır.⁶⁶

Kaynak kanundaki gazap veya şiddetli elemin doğurduğu buhran halinde suçun işlenmesi ile gazap veya elemin etkisinde suçun işlenmesi arasında şöyle bir fark vardır; kaynak kanundaki ifadede buhran halinden söz edildiği için buhran halinin geçmesi halinde haksız tahrik bir unsuru kalkmış olacağından indirim uygulanamayacaktır. Nitekim bu husus tartışma da yaratmıştır. Oysa buhran halinden bahsedilmediği takdirde gazap ve elemin etkisi altında suç işlemek yeterli olacaktır.

Bir diğer fark ise, yine kaynak kanun, "bir kimse... bir fiili işlerse..." demek suretiyle haksız tahrikin cürümlerin yanı sıra kabahat niteliğindeki suçlarda da

⁶⁴ Tutumlu, a.g.e., s.16-17.

⁶⁵ Majno, Luigi, (1977), **Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Yargıtay Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, s.226.

⁶⁶ Çam, a.g.e., s.20.

uygulanabileceğini belirtmektedir. Fakat TCK, “bir kimse... bir cürüm işler...” demek suretiyle haksız tahrik kurumunu tüm suçlar için değil sadece cürümler için genel bir indirim nedeni olarak kabul etmiş ve kabahat suçlarında haksız tahrik kurumunun uygulanmasına olanak tanımamıştır.⁶⁷

1.3.2.4.2. 1936 Tarihli 3038 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik

1936 tarihinde 3038 sayılı kanunla TCK'nin 51. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. 3038 sayılı kanunla yapılan düzenleme şu şekildedir:

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

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

Sair cezaların, ağır hapse ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.”⁶⁸

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

Bir diğer değişiklik ise haksız tahrik halinde indirim oranlarında yapılan değişiklik olmuştur. Yeni düzenlemede indirim oranları azaltılmıştır.

⁶⁷ Devrim Aydın, (2003), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s.36.

⁶⁸ Tutumlu, a.g.e., s.17.

Bir başka değişiklik ise “ıdam “ cezası tabiri yerine ölüm cezası tabirinin getirilmiş olmasıdır.

1.3.2.4.3. 1953 Tarihli 6123 sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik

1953 tarihli değişiklik metni:

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

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

Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.”⁶⁹

1953 tarihinde 6123 sayılı yasa ile haksız tahrikin unsurlarında değil indirim oranlarında değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik ise gerekçede şu şekilde ifade edilmiştir:

“51 ve 59. maddeler gereğince yapılan tenzil nispetlerinin yüksek bulunduğu nazara alınarak, hafif ve ağır tahrik neticesi suç işleyen şahısların cezalarından yapılacak tenzilatın daha az nispet dahilinde icrası maksadıyla 51. maddedeki cezadan indirme nispeti küçültülmüş ve münhasıran hâkim ve mahkemenin takdirine bağlı tahfif sebebi dolayısıyla cezadan yapabileceği indirme nispeti de azaltılmıştır.”⁷⁰

Ceza indirim oranlarındaki değişiklikten başka bir önceki düzenlemede yer alan ağır hapsin hapse ve kamu hizmetlerinden müebbet yasaklılığın geçici yasaklılığa dönüştürülmesi hükümlerinin tamamen kaldırılmış olmasıdır.

⁶⁹ Tutumlu, a.g.e., s.17.

⁷⁰ Tutumlu, a.g.e., s.17-18.

1.3.2.4.4. 2004 Tarihli 5218 Sayılı Yasa İle Yapılan Değişiklik

2004 yılında 5218 sayılı yasa ile yapılan değişiklik metni şu şekildedir:

“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkûm olur.

Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.

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

Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.”⁷¹

Bu tarihli düzenleme ile yapılan değişiklikte haksız tahrikin unsurlarında ya da indirim oranlarında herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Yalnızca Türk Ceza Kanunu’nda ölüm cezasının kaldırılmış olması nedeniyle ölüm cezası yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına yer verilmiştir.

1.3.2.4.5. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Kanunlar toplumsal değişimler ve teknolojik gelişmeler karşısında zamanla ihtiyaçlara yanıt veremez hale gelir ve bu nedenle değiştirilme ihtiyacı hissedilir. Bu realite karşısında 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nda da birçok kez değişiklik yapılmıştır. Kimi maddeleri yürürlükten kaldırılmış, zaman zaman da ihtiyaçları karşılamak için yeni maddeler eklenmiştir. Ancak dönemine göre ileri bir kanun olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki yapılan birçok değişiklik hem kanunun sistematliğini bozmuş hem de kanunun dili konusunda ahenk ve tutarlılığı ortadan kaldırmıştır.

Bunun yanında gün geçtikçe ceza hukukundaki gelişmelerde hızlanmış ve yepyeni bir ceza anlayışı doğmuştur. Küreselleşme ile birlikte dünya devletleri daha fazla iletişime girmiş ve birbirlerini hukuk alanında da etkilemeye başlamışlardır.

⁷¹ İsmail Malkoç, (2004), **2004 Değişiklikleri ve İçtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu**, 1.Bası, Malkoç Kitapevi, Ankara, s.51-52.

Bunun sonucu olarak uluslar arası sözleşmeler artmış ve ceza hukuku alanında da uluslar üstü anlaşmalar ve birtakım kurallar kabul edilmeye başlanmıştır. Bu ulus üstü kurallar ülkelerin iç hukuk kurallarını etkilemeye ve yönlendirmeye başlamıştır. Bu durum modern ve demokratik devletlerin hukuk sistemlerini gözden geçirme ve evrensel standartlara çıkartma gereğini ortaya koymuştur.

İşte bu gelişmelerin bir yansıması sonucu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun değiştirilmesi fikri ortaya çıkmıştır.

Yeni bir ceza kanunu yapma çalışmaları 1987 yılı ön tasarısı ile başlamış ve 21.12.1999 tarihinde kurulan komisyon ile devam edip son olarak 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmiş ancak kanunlaşmamıştır. 2003 yılında Hükümet, 2001 tasarısını benimsemiştir. Tasarıya yönelik eleştirilerin değerlendirilmesi için bir komisyon oluşturulmuştur. Adalet Komisyonu alt komisyon tarafından hazırlanan metin üzerinde çalışmaya devam etmiştir.⁷²

Tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda görüşülüp tartışılarak 26.09.2004 günü kabul edilmiş ve 12.10.2004 gün, 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 184. maddede düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçu yayımı tarihinde, çevrenin kasten kirletilmesi başlıklı 181/1. maddesi ve çevrenin taksirle kirletilmesi başlıklı 182/1. maddesi yayımı tarihinden iki yıl sonra, diğer hükümlerinin ise 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Ancak gelen yoğun eleştiriler ve altyapıdaki eksiklikler nedeniyle 5328 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi ile yasanın yürürlük tarihi olan 01.04.2005 tarihi 01.06.2005 olarak değiştirilmiştir.⁷³

01.06.2005 tarihinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu mülga edilerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe konulmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ceza kanunumuzda çok önemli değişikliklere gidilmiş ve kanunun temel felsefesi değişmiştir. Ancak 29.maddede düzenlenen haksız tahrik kurumunda diğer hükümlere oranla çok büyük oranda bir değişiklik yapıldığından bahsedilemez. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesindeki düzenleme şu şekildedir:

⁷² Sedat Bakıcı, (2007), **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.2.

⁷³ Çam, **a.g.e.**, s.24.

“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”⁷⁴ şeklindedir.

Bu madde ile getirilen yenilikleri birkaç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki “haksız tahrik“ tabiri yerine “haksız fiil“ tabirinin kullanılmış olmasıdır.

Yeni Türk Ceza Kanunu “Haksız bir tahrikin meydana getirdiği” formülü yerine “Haksız bir fiilin meydana getirdiği” formülünü tercih etmiştir. Haksız bir tahrik ile haksız bir fiil arasındaki fark ve bu kavramların değiştirilme nedeni kanunun gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçede” Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle “töre veya namus cinayeti“ olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.” şeklinde açıklanmıştır.⁷⁵

İkincisi “gazap veya şedit bir elem “ tabiri yerine “hiddet veya şiddetli bir elem” tabirinin kullanılmış olmasıdır. Gerekçeden yola çıkılarak iki ifade arasındaki farkın önemsiz olduğu söylenebilir.

Üçüncüsü ve kanaatimizce en önemli değişiklik hafif ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması olmuştur.

Bu farkın kaldırılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira tahrikin basit ya da ağır olmasını maddi bir sorun olması nedeniyle hâkim belirleyecektir. Yeni düzenlemeye göre hâkim somut olayda tahrikin ağırlığını takdir edecek ve maddede belirtilen sınırlar içerisinde kalarak cezayı belirli bir oranda indirecektir.⁷⁶

Hafif ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

⁷⁴ Mustafa Albayrak, (2009), **Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.61.

⁷⁵ Veli Özer Özbek, (2006), **TCK İzmir Şerhi**, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.382-383.

⁷⁶ Özbek, **a.g.e**, s.384.

“Bu düzenlemede ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlamalar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. Hâkim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirim saptayabilecektir. Ancak bu indirimin yapılabilmesi için haksız fiilin bir hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerekir. Bu nedenle böyle bir etkiyi meydana getirebilecek ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır.”⁷⁷ şeklindedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki ağır ve hafif tahrik ayrımının kaldırılması kanaatimizce isabetli bir düzenlemedir. Zira kanunda her ne kadar ağır ve hafif diye bir ayrıma gidilmiş ise de hangi hallerin ağır, hangilerinin hafif tahrik olduğu, bunun kriterinin ne olduğu belirlenmemiştir. Dolayısıyla ağır ve hafif ayrımını yapacak olan yargılamayı yapan hâkimdir. Ancak ağır bir tahrikin hafif olarak kabulü ya da hafif tahrikin ağır olarak değerlendirilmesi Yargıtay’ın denetimine tabidir. Yargıtay ise ilk derece mahkemesi olmayıp delillerde ve taraflarla doğrudan doğruya ilişki kuramamaktadır. Yargıtay’ın dosya üzerinde hafif olarak gördüğü bir eylem kanıtlarla yüz yüze olan ve daha sağlıklı bir değerlendirme yapabilecek olan ilk derece mahkemesinde ağır olarak kabul edilmiş olabilir ya da tersi durum söz konusu olabilecektir. Bu durum ise bozmayı gerektirdiğinden hem yargılamanın uzamasına sebebiyet verecek hem de sağlıklı bir sonuca ulaşmaktan uzaklaşılacaktır. Nitekim 765 Sayılı Kanun dönemindeki uygulamalara baktığımızda sadece ağır ve hafif tahrik ayrımından dolayı çok sayıda kararın bozulmuş olduğu görülecektir.

Eski ve yeni düzenleme arasındaki dördüncü fark haksız tahrik halinde cezadan yapılacak indirim oranlarındaki farklı düzenlemedir.

Önceki düzenlemede basit (hafif) tahrikte $\frac{1}{4}$, ağır tahrikte $\frac{2}{3}$ oranında cezadan indirim yapılması öngörülüyordu. Yeni düzenleme ile $\frac{1}{4}$ ve $\frac{3}{4}$ alt ve üst sınır oranları kabul edilmiştir. Ancak her ne kadar basit ve ağır tahrik ayrımı kalkmış olsa da $\frac{1}{4}$ oranın basit (hafif), $\frac{3}{4}$ oranın ağır tahrik durumlarında uygulanacağı düşünülmektedir. Nihayet yeni indirim oranın fail için daha lehe sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Örneğin; 12 yıl hapis cezası verilen bir sanığa tahrikin üst sınırdan uygulanması halinde

⁷⁷ İzzet Özgenç, (2006), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, s.408.

765 s. Türk Ceza Kanunu'na göre verilecek ceza 4 yıl hapis iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre verilecek hapis 3 yıl olacaktır. Bu durumda eski kanuna göre 8 yıl yeni kanuna göre ise 9 yıl indirim mümkün olacaktır. Aynı durum ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası içinde geçerlidir. O halde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrike ilişkin hükmün üst sınırdan uygulanmasının failin lehine olduğu söylenmelidir.⁷⁸

⁷⁸ Özbek, **a.g.e.**, s.385.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

2.1. GENEL OLARAK

Suç, hareket, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi dört temel kavram üzerine bina edilmiştir. Haksız tahrik, bu dört unsurdan “*kusurluluk*” kavramı içinde değerlendirilen bir kavramdır.⁷⁹

Haksız tahrik, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Birinci Kitabının (Genel Hükümler) İkinci Kısımının (Ceza Sorumluluğunun Esasları) İkinci Bölümünde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında 29. maddede düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise Birinci Kitabın (Genel Hükümler) Dördüncü Babında “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler” başlığı altında 51. maddede düzenlenmiştir.

Kanunun sistematüğinden de anlaşılacağı üzere haksız tahrik suçun unsuru olmayıp ceza sorumluluğunu azaltan hallerdendir. Haksız tahrik yeni suç teorisinde suçu etkileyen hallerden de değildir.

Suçu etkileyen halleri, suçun varlığı için bulunmaları mecburi olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır ya da daha hafif sayılmasını ve bunun neticesi olarak da temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren fakat yoklukları halinde suçun mevcudiyetine zarar vermeyen ve buldukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan nedenler olarak açıklamak mümkündür.⁸⁰

Suçta etki eden durumlar yasal ve takdiri olarak ikiye ayrılır. Kanunun belirttiği haller yasal, hâkimin varlıklarını kabul ve takdir edebileceği haller ise takdiri suça etki eden durumlardır. Fakat çağdaş hukuk düzeninde takdiri haller sadece hafifletici nedenler bakımından kabul edilmiştir. Ağrılaticı nedenler bakımından kabul edilmemiştir. Ağrılaticı nedenler sadece kanunidir. Yeni Türk Ceza Kanun’umuzun 62. maddesinde bu konuda açık hüküm vardır.⁸¹

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

⁷⁹ Cengiz Otacı, (2003), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, **Adalet Dergisi**, Yıl:94, Sayı:15, Ankara, ss.115-139.

⁸⁰ Dönmezer, **a.g.e.**, s.338.

⁸¹ Haluk Çolak, (2005), **Güncel Ceza Hukuku**, 1.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, s.115.

yapılması kanunla zorunlu kılınmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik, koşulları oluştuğunda her suç tipi yönünden ve herkes hakkında uygulama olanağı bulabileceğinden hem suç, hem de kişi bakımından genel bir hükümdür. Öğretide -yeni suç teorisinden- önce haksız tahrik kimi yazarlarca “cezayı” yahut “suçu” ve kimi yazarlarca da “kusurluluğu” etkileyen haller arasında incelenmiştir.⁸²

Haksız tahrik kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden değil kusurluluğu azaltan bir nedendir. Haksız tahrik halinde kişi kusurlu olmaya devam eder ancak iradesi karşı tarafın fiili nedeniyle etkilendiğinden kusuru azalır dolayısıyla cezasından indirim yapılır. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ise daha farklıdır bu hallerin varlığı halinde kişiye kusur izafe edilemeyeceğinden dolayı cezaya hükmolunmaz ancak tedbir uygulanabilir. Örneğin; tam akıl hastalığı ya da ceza verilmeyecek derecedeki yaş küçüklüğü hali.

Bunun yanında haksız tahrik bir hukuka uygunluk sebebi de değildir. Sadece cezayı azaltan bir sebeptir. Kusurluluğu azaltan bir haldir. O halde hukuka uygunluk sebeplerinin aksine haksız tahrik durumunda fiil hukuka aykırı olmaya devam eder.⁸³ Hukuka aykırılık kusurdan farklıdır. Kusur, failin işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesi, fiilin faile kişisel olarak ta isnat edilebilmesi, işlediği fiil nedeniyle bizzat hukuk nezdinde sorumlu tutulabilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla fail hakkında böyle bir yargıya varmadan önce onun tarafından yapılan ve tipe uyan haksızlığın bulunması gerekir. Fail içinde bulunduğu ortam ve koşullara göre davranışlarını hukuk düzeninin beklentileri doğrultusunda yönlendirebilecek iradeye sahip olmasına rağmen aksi bir tutumu tercih etmiştir. O halde, hukuka aykırılık fiilin bir niteliği olduğu halde kusurluluk fiilin değil bu fiille ilgili olarak fail hakkında verilen bir değer yargısını ifade etmektedir.⁸⁴ Bu durumun sonucu olarak haksız tahrikte fiilin suç sayılma niteliği ortadan kalkmayıp failin cezai sorumluluğu devam etmektedir. Bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilen meşru savunmada hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden fiil suç olmaktan çıkmakta ve failin cezai sorumluluğu gündeme

⁸² Artuk, **a.g.e.**, s.528-529.

⁸³ Bahri Öztürk vd., (2003), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 2.bası, Turhan Yayınları, Ankara: s.97.

⁸⁴ Mahmut Koca, (2006), “Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, ss.115-144.

gelmektedir.⁸⁵

Haksız tahrikin Türk Ceza Kanunu'nda genel hükümler arasında yer alması, her suç tipi yönünden uygulanabilmesi ve fail bakımından da ayırım yapmamasından dolayı genel ve kanuni bir indirim sebebi olduğunu belirtmiştik.

Karşılaştırmalı hukukta haksız tahrike genel hükümler arasında yer veren kanunlar olduğu gibi (Örneğin, 1937 İsviçre Ceza Kanunu m.64; 1975 Avusturya Ceza Kanunu 34/8; 1930 İtalyan Ceza Kanunu m.62), belirli suçlar açısından TCK' da olduğu gibi özel haksız tahrik halleri de (Örneğin, İsviçre Ceza Kanunu m.113 (adam öldürme suçu bakımından), m.177/2,3 (uygunsuz davranış üzerine hakaret etme, hakarete karşılık verme); Avusturya Ceza Kanunu 76 (heyecan içinde adam öldürme), 115/3 (haksız tahrik üzerine sövme, kötü davranma veya kötü davranmayla tehdit etme), İsviçre Ceza Kanunu m.599 (karşılıklı tahkir ve tahrik) mevcuttur. Bu kuruma genel hükümler arasında yer vermeyip de sadece belirli suç tipleri açısından kabul eden kanunlar da mevcuttur. Örneğin; Alman Ceza Kanunu 199 (karşılıklı tahkir), 213 (kasten adam öldürme suçları bakımından), 233 (müessir fiil suçları).⁸⁶

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahriki düzenleyen 29. maddesi kişiye haksız tahrikin etkisi altında işlediği suçtan dolayı verilecek olan cezanın belirli bir miktarda indirilmesini öngörmüştür. Tüm suçlar açısından geçerli olan bu genel kuralın yanı sıra; belli birtakım suçların bir haksız fiilin oluşturduğu hiddet ve şiddetli elem halinin etkisi altında işlenmesi halinde bu suçların cezasında belli bir miktarda indirim yapılmasını gerektiren özel tahrik halleri de vardır. Bu durumda yani özel tahrik hallerinin varlığı halinde söz konusu suçlar hakkında genel hüküm içeren 29.madde artık uygulanamayacaktır. Suç failinin tek bir indirim sebebinden iki defa yararlanması mümkün değildir.⁸⁷

Haksız tahrik müessesesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.maddesinde ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin içeriğinden haksız tahrik müessesesinin temel esasları belirlenebilmektedir. Haksız tahrikin tüm şartlarının ortaya konması için Türk Ceza Hukuku öğretisi ve uygulamasında tasnif

⁸⁵ Ersan Şen, (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.81.

⁸⁶ Artuk, **a.g.e.**, s.530.

⁸⁷ İzmir, **a.g.e.**, s.21.

sayılarının farklılık arz etmesine rağmen genel kabul gören bir görüş yerleşmiştir.⁸⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu haksız tahrikin mevcudiyeti için gereken şartları aşağıda görüldüğü gibi 6 kısımda belirtmiştir.⁸⁹ Buna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulu, haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için:

“Tahriki oluşturan bir fiil olmalıdır, bu fiil haksız olmalıdır, fail öfke ve şiddetli elemin etkisi altında bulunmalıdır, failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalıdır, haksız tahrik oluşturan eylem mağdurdan sadır olmalı veya mağdurun o haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmalıdır, suçun tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir”⁹⁰ şartlarının gerçekleşmesini aramıştır.

Biz bu çalışmada haksız tahrikin unsurlarını altı başlık altında inceleyeceğiz. Bu başlıklar:

A- Tahrik Edici Bir Eylemin (Fiilin) Varlığı

B- Eylemin (Fiilin) Haksız Olma Koşulu

C- Haksız (Fiilin) Eylemin Failde Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Doğurması

D- Haksız Eylem (Fiil) ile Suç Arasında Nedensellik (İllyet Bağı) İlişkisinin Mevcudiyeti

E-Suçta Tahriki Teşkil Eden Eylemin (Fiilin), İşleyen Kimseye Yönelmiş Olma Koşulu

F-Haksız Eyleme (Fiile) Yönelik Tepkinin Varlığı

2.2. HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI (ŞARTLARI)

2.2.1. Tahrik Edici Bir Eylemin (Fiilin) Varlığı

Haksız tahrikin ilk uygulama başlangıcı tahriki teşkil eden bir fiilin varlığıdır. Yani faile karşı bir fiil bulunmadıkça tahrikten bahsedilemez; ancak bu fiilin tahriki teşkil edici fiil olması lazımdır.⁹¹ Tahriki teşkil edici fiil objektif olarak mevcut

⁸⁸ Çam, a.g.e., s.27.

⁸⁹ Erdal Noyan, (2007), **Ceza Davası**, 2.Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, s.167.

⁹⁰ Çam, a.g.e., s.28.

⁹¹ A.Nevzat Aygün, (1986), “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:77, Sayı:4, Ankara, ss.25-48.

olmalıdır. Vehim ve zan tahrik oluşturmaz.⁹² Zira vehim ve zan gerçeğe ve fiille bağdaştırılamaz.⁹³ Tahriki teşkil eden bir fiil bulunmadıkça haksız tahrikten söz edilemeyeceği ve failin psikolojik durumunu araştırmaya gerek bulunmadığı izahtan varestedir. Haksız tahrikten söz edebilmek için mutlaka bir fiilin bulunması gereklidir.⁹⁴ Bu fiilin bir insan tarafından meydana getirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle sözünü dinlemeyen bir hayvana kötü muamelede bulunan kişi hayvan tarafından tahrik edildiğini öne süremez.⁹⁵

Kanun hangi eylemlerin “tahrik eden eylem” sayılacağını tahdidi olarak göstermemiştir. Bu nedenle sıradan herhangi bir eylem “tahrik eylemi” sayılabilir. Bu eylem olumlu veya olumsuz bir davranış olabileceği gibi kişi üzerinde maddi ya da manevi cebir (tehdit), kabaca davranışlar, işaretler, küçümseyen, hor gören bir gülüş, alay, sırların ifşası, haksız rekabet, suç teşkil etmese bile hayvanlara kötü muamele halleri ve bunlara benzer durumlar tahrik eylemlerine örnek olarak gösterilebilir.⁹⁶ Bir fiilin tahrik edici niteliğe haiz olup olmadığı tamamen değişken ölçülere göre, örneğin tahrik edildiğini ileri süren kimsenin bireysel niteliklerine, tahriki oluşturan fiili yapan kimsenin durumuna, bu kimseler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer şartlarına göre takdir olunur.⁹⁷

Kanun, tahrik fiilinin mevcudiyetini şart koşmakla beraber herhangi bir sınırlamada bulunmamış, yalnızca fiilin bir vasfından bahsetmiş ve haksız olmasını aramıştır. Yani fiilin suç teşkil etmesini aramamıştır. Tahrik fiili, failin hayatına, fiziksel bütünlüğüne, hürriyetine, malvarlığına, sosyal ve ahlaki değerlerine, saygınlığına yönelik olabilir, bunlarda herhangi bir ayırım söz konusu değildir önemli olan haksız bir davranışın olmasıdır.⁹⁸

Tahriki oluşturan fiilin mutlaka tepkide bulunan faile yönelmiş olması aranmaz, failden başkasına yönelen haksız bir fiil de faili hiddet veya şiddetli elem durumuna sokabilir. Haksız fiilin yöneldiği kişinin failin akrabası veya ona yakın bir

⁹² Faruk Erem, (1946), “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:37 Sayı:7, Ankara, ss.637-654.

⁹³ Mehmet Gökalp, (1969), “Haksız Tahrik ve Sebepleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:60, Sayı:8, Ankara, ss.518-523.

⁹⁴ Yaşar Yavuz, (1991), “Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:17, Sayı:68, Ankara, ss.445-466.

⁹⁵ Hakan Hakeri, (2008), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.212.

⁹⁶ Ali Demir, (1986), “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, **Adalet Dergisi**, Yıl:77, Sayı:2 Ankara, ss.44-51.

⁹⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.210.

⁹⁸ Aydın, **a.g.m.**, s.231.

kişi olması da şart değildir. Nitekim kanunumuzda tahrik fiiline maruz kalanın fail olmasını şart koşan bir unsur söz konusu değildir.⁹⁹ Türk Ceza Kanunu'nda tahrik eyleminin kime yönelik olması gerektiği konusunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bazı kanunlarda örneğin Alman Ceza Kanunu'nun 213. maddesinde “kişinin kendisine veya bir yakınına yönelik haksız bir eylem veya ağır hakaret...” demek suretiyle haksız tahrik eyleminin hedefinin sanıktan başkası da olabileceği açıkça belirtilmiş ve aynı kanunun 11/1 maddesinde de bu kanun anlamında yakınların kimler olduğu tek tek belirtilmiştir.¹⁰⁰ Türk Ceza Kanunu ise bu konuda herhangi bir ayırma gitmemiş, sınırlama getirmemiştir. O halde, kişide hiddet ve şiddetli elem meydana getirebilecek tahrik fiilinin hedefi çok geniş bir mana taşımaktadır. Bu hedef kişinin kendisi olabileceği gibi bir yakını yahut sevgi saygı duyduğu yabancı bir kişi hatta bir hayvan ya da manevi değeri olan bir eşya da olabilir.¹⁰¹

Tahriki oluşturan fiilin objektif olarak mevcut olmaması bir başka deyişle mefruz tahrik hali varsa; örneğin, haksız tahrik oluşturacak bir hareket yapılmadığı halde fail böyle bir hareketin yapıldığını zannederek hiddet veya şiddetli elem haline girmişse ve bu psikolojik hal içerisinde suç işlemişse bu haksız tahrik kabul edilip indirim sebebi sayılabilecek midir? Bu konu iki farklı şekilde düşünülmüştür. Birincisi, haksız tahrikin uygulanmasındaki espri faildeki psikolojik halettir. Bu hal oluşmuşsa yani hiddet ve elem meydana gelmişse bu maddenin uygulanması ve failin cezasının indirilmesi gerekir. Diğer bir fikre göre ise, tahriki oluşturan hareketin yapılmış olduğunun failce zannedilmesi maddenin uygulanması için yeterli değildir, bu hareketin gerçekte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Tahriki teşkil eden hareketin gerçekte gerçekleşmiş olmasını aramak daha doğru bir yaklaşımdır. Bu durumda yani mefruz tahrik halinin varlığı halinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz ise de takdiri indirim nedenleri uygulanabilecektir.¹⁰²

Mefruz tahrik halinde cezanın indirilmesi konusunda bir ayırma gidilmelidir. Şöyle ki; fail kendi kusuru yahut özensizliği neticesinde tahrik fiilinin var olduğu zehabına kapılmış ve bu nedenle suç işlemişse tahrik hükümlerinden

⁹⁹ Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoğlu, (1994), **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, 1.Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, s.689.

¹⁰⁰ Nur Başar Centel, (1982), “Haksız Tahrik”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Yıl:5, Sayı:3, Ankara, ss.353-356.

¹⁰¹ Abdullah Pulat Gözübüyük, (1988), **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 5.Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s.574.

¹⁰² Ayhan Önder, (1992), **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, s.348.

yararlandırılmamalı, eğer kendi kusuru ve özensizliği olmaksızın normal bir kişinin davranış şeklini sergilemiş ancak buna rağmen tahrik fiilinin olduğu kanaatine varmış ve bu şekilde suç işlemişse bu durumda tahrik indiriminin uygulanması gerekmektedir.¹⁰³ Örneğin, bir toplulukta birden fazla aynı isimde kişi mevcut olup bunu bilmeyen ancak ismi söylenerek hakaret edilen kişi -gerçekte aynı isimde başka birine hakaret edildiği halde- öfkeye kapılarak hakarete karşılık vermişse bu durumda cezadan indirim yapılacak mıdır? İşte burada somut olayı irdeleyip bulunulan yer, zaman, koşullar ve failin kendisine izafe edilecek özensizliğinin mevcut olup olmadığı birlikte değerlendirilerek indirim yapıp yapılmayacağına karar vermek gerekir.

Tahrik fiilinin failin yüzüne karşı yahut huzurunda vuku bulması şart değildir. Kişinin gıyabında yapılan davranışlar, söylenen sözler ve hareketler de failde hiddet ve şiddetli elem meydana getirebilir.¹⁰⁴

Tahrik, iştirak halinde işlenen suçlarda bütün sanıklara ya da bunlardan birine veya bir kaçına uygulanabilir mi? Bu konuda kanunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle bu husus doktrinde tartışmalıdır.¹⁰⁵ Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik mazeretleri şahsi indirim sebebi olduklarına dair tartışma olmamasına rağmen, haksız tahrikin şahsi indirim sebebi mi yoksa fiili bir indirim sebebi mi olduğunda tartışma vardır. Tahrikin varlığı halinde cezanın indirilmesinin nedeni haksız tahrikin fail üzerinde meydana getirdiği psikolojik etkidir. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda fiile bağlı bir neden gibi görülmekte ise de tepki suçunun ilk haksız hareketi yapana yönelik olması gerektiğinden, fiile bağlı değil, şahsa bağlı bir indirim nedeni olmak gerekir.

Fail kendi haksız hareketiyle olaya bizzat neden olmuşsa, yani ilk haksız fiil kendisinden sudur etmiş ise haksız tahrikten yararlanamaz. Bu nedenle bir kimse önce kendi haksız fiili ile bir kimseyi tahrik ettikten sonra tahrik edilen kişinin tepkisi karşısında kendisinin tahrik edildiğini de kural olarak öne süremez. Ancak ilk yapılan haksız fiile karşı gösterilen tepki ilk hareket bakımından çok aşırı bir reaksiyon niteliği taşıyorsa bir başka deyişle haksız davranışı oluşturan fiiller arasında büyük bir

¹⁰³ İzzet Özgenç, (2009), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.372.

¹⁰⁴ Cengiz Bardak, (1988), "Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme", **Adalet Dergisi**, Yıl:79, Sayı:1, Ankara, ss.42-52.

¹⁰⁵ Yüksel Özbek, (1982), "Tahrik Üzerine İnceleme", **Adalet Dergisi**, Yıl:73 Sayı:7, Ankara, ss.344-347.

orantısızlık var ise ilk haksız hareketi yapanın haksız tahrikten yararlanabilceği kabul edilmektedir.¹⁰⁶ Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Örneğin, hakaret ettiği mağdurun kendisini tokatlaması üzerine onu öldüren sanığın eyleminde haksız tahrikin kabulü gerekeceği belirtilmiştir. İlk haksız hareketin karşılıklı iki sanıktan hangisinden geldiği belirlenemeyen durumlarda haksız tahrikin her iki sanık içinde uygulanması gerekeceği yine Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıdır.¹⁰⁷

Haksız fiilin belli gruba yönelik olması durumunda nasıl uygulama yapılacaktır. Örneğin belli bir grubu ya da milleti kastederek aşağılayan kişiye yönelik olarak o gruptan ya da milletten birisinin çıkararak bir suç işlemesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanabilecek midir? Kanaatimizce bu durumda da ilk haksız eylemi yapan daha sonradan haksız tahrik hükümlerinden istifade edemeyeceğinden eylemler arasında açık bir orantısızlık bulunmaması koşulu ile haksız tahrikten yararlandırılması gerekir. Eylemler arasında açık bir orantısızlık varsa, örneğin hakaret fiiline öldürme fiili ile karşılık verilmişse burada oran aşıldığından haksız tahrikten yararlandırmamak gerekir.

2.2.2. Eylemin (Fiilin) Haksız Olma Koşulu

Kanundaki düzenlemenin içeriğinde açık olarak ifade edildiği gibi tahrikin mazeret sebebi olarak kabul edilebilmesi için bir fiil olması yeterli değildir. Bu fiilin aynı zamanda haksız olması gerekmektedir.¹⁰⁸ Aranılan kriter tahrikin haksız olmasıdır, yoksa ağır olması değildir. Tahrikin ağır olması cezanın daha fazla indirilmesini gerektirir bir sonuçtur.¹⁰⁹ Fiilin haksız olması arandığına göre bu durumda haksızlığın manası ve kapsamının ne olacağı meselesi önem arz etmektedir. Acaba hangi fiiller haksızlık unsuru içerir? Haksız tahrik oluşturabilecek fiillerin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırı olmayan fiiller örneğin, soyut olarak hukuka aykırı olmayıp yalnız ahlaka aykırı olan fiiller haksız tahrik sayılamazlar. Çünkü kanun koyucu haksızlık unsurunu aramakla korumak istediği şey hukuk düzenidir. İçeriği itibariyle izafî ve nisbi olan ahlak kuralları yaptırım altına alınmak istenmemiştir. Bir başka

¹⁰⁶ Üzülmöz, a.g.e., s.304.

¹⁰⁷ Bardak, a.g.m., s.43-44.

¹⁰⁸ Nur Başar, (1980), "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", *Adalet Dergisi*, Yıl:71, Sayı:3, Ankara, ss.253-263.

¹⁰⁹ Tahir Taner, (1953), *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3.Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s.446.

söyleyişle; eğer bir fiil sadece ahlak kurallarını çiğniyor hukuk düzenini çiğnemiyorsa haksız tahrik teşkil edemez. Ayrıca evrensel olan ve her yerde kabul edilen önemli ve ortak ahlaki esaslar hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmıştır. Hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmayan kurallara aykırı hareket etmek hukuka aykırılık oluşturmaz. Bunlar hukuka uygun fiillerdir.¹¹⁰

Faile yönelik olarak işlenen fiilin haksızlık unsuru içerip içermediğini toplumda geçerli olan değerler sistemine göre yargılamayı yapan hâkim takdir edecektir. Bir fiilin haksız kabul edilebilmesi için mutlaka suç oluşturması ya da haksız fiil teşkil etmesi gerekmez. Bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan fiiller de tahrik için yeterli olabilirler. Ancak bir fiil hukuka uygun bir nitelik taşıyorsa haksız tahrik olarak kabulü mümkün değildir. Örneğin; genç bir erkek ile bir kızın flört ettiği sırada kız başka bir erkek ile de flört etmeye başlasa diğer genç de kızla ilişkisini kesmesini söylese kabul edilmeyince de onu öldürse burada haksız bir tahrikin varlığı kabul edilemez. Eğer kız birincisinin nişanlısı ya da eşi olsa idi haksız tahrik olabilirdi.¹¹¹

Salt ahlaka aykırı eylemlerin haksız tahrik teşkil etmeyeceği yönündeki yukarıdaki görüşün aksine görüşlerde mevcuttur.

Hakkın suistimalini teşkil etmeyen bir hakkın kullanılması hallerinde mağdurun hareketi failde hiddet ya da şiddetli elem doğurmuş olsa bile haksız tahrik indiriminden faydalanamaz. Zira eylem hukukun cevaz verdiği sınırlar içerisindedir. Örneğin; bir görevin ifası sırasında görevin gerektirdiği sınırları aşmaksızın görevini ifa eden memurun hareketinde haksız tahrik söz konusu olmaz.¹¹² Bir başka olayda kadın, kocası aleyhine boşanma davası açmış ve kocası da buna sinirlenerek kadını dövmüş ise Yargıtay burada kadının yasal hakkını kullandığını ve bunun haksız tahrik oluşturmayacağını belirtmiştir.¹¹³

Taksirli fiillerde haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar taksirli suçlarda da haksız tahrikin olabileceğini söylerken

¹¹⁰ Nevzat Güreli, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl:25, Sayı:6, İstanbul, ss.331-344.

¹¹¹ Sulhi Dönmezer, (2003), **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.239.

¹¹² Erem, **a.g.e.**, s.626.

¹¹³ Demirbaş, **a.g.e.**, s.397.

kimisi de taksirli suçlarda haksız tahrikin söz konusu olmayacağını belirtmektedir.

Haksız tahrik hükmünün taksirli suçlarda uygulanabilmesine bir mani mevcut değildir; aslında haksız tahrik müessesesinin genel esprisi bizi taksirli suçlarda da uygulanabilirliği sonucuna ulaştırmalıdır. Özü itibariyle bu müesese failin içinde bulunduğu psikolojik durumu esas almış ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir bir madde olduğu kabul edilmiş olduğuna göre hem faile yönelik taksirli bir suçta veya hem de failin gerçekleştirdiği taksirli bir suçta uygulanabilme imkanını kabul etmek gerekir. Örneğin; müşteri şoföre hakaret ettiği için hiddet ve şiddetli elemin etkisi ile taksirli hareket sonucu kaza yapan ve hakaret eden müşterinin yaralanmasına sebebiyet veren şoförün haksız tahrikten yararlanamaması sebebini izah etmek mümkün değildir.¹¹⁴ Aksi görüşte ise; fail tarafından yapılan fiil taksirli ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmektedir. Ancak, olayda bilinçli taksir söz konusu ise örneğin; alkollü araç kullanması nedeniyle bir yayaya çarparak onun ölümüne sebebiyet verilen bir olayda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.¹¹⁵

Yargıtay'ın taksirli suçlarda haksız tahrik olup olmayacağı yönündeki kararları çelişiktir. Kimi kararlarında taksirli suçlarda haksız tahrikin varlığını kabul ederken kimi kararlarında da taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay 1.CD.07.02.1995 tarih ve E.K.4368/251 sayılı kararında şöyle demektedir:” Olayda, maktul dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre sanıklar lehine tahrik hükmünün kabulü yasal düzenleme gereği olup oluşa nazaran bu tahrik TCK ‘nun 51/1 maddesinin tatbikini icap ettirir adi tahrik boyutundadır.”¹¹⁶ Aksi yöndeki bir başka kararında ise ; “Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasdi ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir. (2.CD.22.10.1985,E.K.7645/8347)”¹¹⁷ demektedir.

¹¹⁴ Önder, **a.g.e.**, s.349-350.

¹¹⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.260.

¹¹⁶ Tutumlu, **a.g.e.**, s.25.

¹¹⁷ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, (2008), **Asliye Ceza Davaları**, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.1321.

Cezai ehliyeti olmayanların, örneğin çocukların yahut akıl hastası olanların fiilleri haksız tahrik oluşturur mu? Tahriki oluşturan fiili işleyeninin isnad yeteneğinin olmaması veya şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanması maddenin uygulanmasına engel değildir. Fiilin haksız olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹¹⁸ Cezai ehliyeti olmayanların fiillerinin haksız tahrik sayılmaması fikri isabetli değildir. Zira cezai ehliyetsizlik hukuka aykırılığı kaldıran bir durum değildir. Hukuk normları ehliyetsizlere hukuka aykırı hareketlerde bulunma hakkını tanımamıştır, sadece bu kişiler subjektif nedenlerden dolayı hukuki yaptırıma tabi tutulmazlar. Akıl hastası bir kişi, bir şahsın kafasına şiddetle vursa ve bu kişide vuranın akıl hastası olduğunu bilse bile hiddete kapılıp bu kişiye mukabelede bulunursa, mukabelede bulunanın haksız tahrikten yararlanmaması gerektiğine ilişkin hiçbir neden gösterilemez.¹¹⁹

Kendisine karşı suç işlenen kimse milletvekili, elçi gibi ceza bağışıklığından yararlanan bir kişi olması durumunda failin haksız tahrik nedeniyle cezasından indirim yapılmasına bir engel var mıdır? Ceza bağışıklığı fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz sadece cezalandırılabilme unsurunu ortadan kaldırır. Bu nedenle bu bağışıklıktan yararlananların hukuka aykırı fiilleri de haksız tahrikin uygulanmasını gerektirir.¹²⁰ Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi 22.06.1950 tarih ve 2818/7902 sayılı kararında; “ Haddi zatında suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin meclis kürsüsünde de söylenmesi sebebiyle... ceza sorumluluğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldırmayacağı...” şeklinde bu görüşü desteklemiştir.¹²¹

Haksız fiil teşkil eden hareketi ilk yapan kimse karşısındakinin aynı tepkisi karşısında kural olarak kendisinin tahrik edildiğini ileri süremez. Ancak ilk haksız hareket oranla verilen tepki çok aşırı ise bu durumda verilen bu orantısız tepki başlı başına haksız bir nitelik alır ve ilk tahrik eden bakımından haksız bir tahrik oluşturabilir.¹²² İlk haksız harekete karşılık verilen tepki normal ise kişi kendi sebep olduğu fiilden dolayı mazur görülemez.¹²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008/163-

¹¹⁸ Sedat Bakıcı, (2000), **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.1238.

¹¹⁹ Güreli, **a.g.m.**, s.335.

¹²⁰ Güreli, **a.g.m.**, s.335.

¹²¹ Artuk, **a.g.e.**, s.547.

¹²² Dönmezer, **a.g.e.**, s.354.

¹²³ Güreli, **a.g.m.**, s.335.

21 esas karar sayılı kararında bu konu şöyle açıklanmıştır: “Karşılıklı tahkir oluşturan eylemlerin varlığı halinde, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri de göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vehamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunulmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.”¹²⁴

2.2.3. Haksız Fiilin (Eylemin) Failde Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Doğurması

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 29.maddesinde suçun işlendiği sırada failin etki altında bulunması icap eden psikolojik hollere yer verilmiştir. Bu psikolojik holler bir heyecan çeşidi olan hiddet ve şiddetli elemdir.¹²⁵ Sözlükte hiddet; gazap, darılma, kızgınlık elem ise ağır acı, sancı, kaygı, dert, gam anlamlarına gelir.¹²⁶ O halde bu terimlere hem psikolojik hem de hukuki bakımdan açıklık getirmek gerekmektedir. Öncelikle heyecan nedir ve haksız tahrik ile ilişkisi nasıldır? Hiddet ve şiddetli elem nasıl bir heyecandır ve cezanın indirilmesine ne şekilde etki eder?

Heyecan, normal seyrinde akıp gidep gündelik hayat içerisinde bariz bir sarsıntı halinde ve bazı fizyolojik gösterilerle birlikte meydana gelen geçici psikolojik bir olaydır. Heyecanın şiddeti arttıkça irade kontrolü de o oranda zayıflar. Ruh akışındaki sükutun ani bulanışı bir dengesizlik doğurur. Heyecanın şiddeti ile irade kontrolünün zayıflaması yolundaki psikoloji bilgisi ceza hukukunda suçlunun sorumluluğunu tayinde kanuni hükümler haline inkılap etmiştir.¹²⁷ Bir başka deyişle ceza kanunları yapılırken insanın psikolojik yönleri de hesaba katılmış haklı heyecan hallerinde normal bir zamana göre cezadan indirim yapılması yoluna gidilmiştir.

¹²⁴ Albayrak, **a.g.e.**, s.62.

¹²⁵ Haydar Metiner ve E. Ahsen Koç, (2008), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, 1.Baskı Yorum Basın Yayın Sanayi, Ankara, s.717.

¹²⁶ Artuk, **a.g.e.**, s.547-548.

¹²⁷ Faruk Erem, (1945), “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1945, Sayı:4, İstanbul, ss.50-79.

Hiddet ve şiddetli elem de birer heyecan türüdür. Hiddet kavramı psikolojik bakımından genellikle geçici bir enerji artışını ifade eder. Fizyolojik alanda kendine has bazı tepkiler uyandırır. Ceza hukuku bakımından ise haksız tahrikte kanunun itibara aldığı “hiddet“ kelimesinin ifadesine uygun bir şiddette olan hiddettir. Şiddetli elem ise ise sakin ve ruhi kuvvetler de bir çöküntüyü, psikolojik bir iktidarsızlığı ifade eder. Elem durumu dinamik neticeler doğurmaya müsait bir durum değildir. Hiddet halinde suç işlemek mümkün ise de elem halinde suç işlemek imkansızdır. Kanun koyucu burada hiddete dönüşen bir hali kasdetmek istemiştir.¹²⁸

Ceza hukukunun, heyecan ve heyecanı oluşturan halleri tür ve niteliklerine ayırarak farklı değerlendirmelere tabi tutması, ceza hukukunun çağdaşlaşması bakımından önemli bir aşamadır. Çünkü birçok suç heyecan hali altında işlenmektedir. Fakat heyecan durumlarının hepsinde kusuru azaltıcı veya kaldırıcı tesiri kabul edilemez. Çünkü yukarıda da bahsettiğimiz gibi, patolojik bir temele dayanmayan heyecan durumları kural olarak isnat yeteneğine zarar vermezler ve böyle durumlarda kasti davranış bulunup, fail duruma değil, durum faile hâkimdir. İşte bu heyecan halindeki hiddet ve şiddetli elemden gelen ruhi karmaşa halini yasalar psikolojik gerçekleri kabul etmek suretiyle cezayı azaltıcı bir sebep saymışlardır.¹²⁹

Ceza kanunu cezayı azaltan bu kanuni sebebin uygulanmasında tahrikten ileri gelen iki psikolojik hali bir tutmaktadır. Bu iki durumdan birisi “hiddet“ diğeri ise “şiddetli elem“ dir.¹³⁰ Kanun bu durumu,” Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında...” şeklinde formüle etmiştir.

Buna göre hiddet veya şiddetli elemin haksız bir şekilde gerçekleştirilen fiil sebebiyle meydana gelmiş olması ve failde yarattığı bu psikolojik karmaşa durumunun sonucu olarak fiilin işlenmiş bulunması gerekir. Öyle ise mahkeme haksız hareket sonucu failde bu psikolojik karmaşa yani hiddet ve şiddetin meydana gelip gelmemiş olduğunu tespit edecektir. Buradan çıkan sonuç şudur ki hareketin haksızlığı hiddet ve şiddetin karinesi olarak kabul edilmemelidir. Hareket haksız olmakla beraber kişide bir etkilenme söz konusu olmamış ise bu maddenin uygulanabilmesi yoluna gidilmemelidir. Fakat Yargıtay uygulamalarında mağdurun hareketinin haksız olması

¹²⁸ Erem, a.g.e., s.61-62.

¹²⁹ Kemalettin Erel, (2001), “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl:92, Sayı:6, Ankara, ss.165-170.

¹³⁰ Faruk Erem, (1961), **Adalet Psikolojisi**, 4. Baskı, Ajans Türk Matbaası, Ankara, s.78.

halinde failin bu haksız hareket sonucu hiddet ve şiddetli elem haline girdiği, her haksız hareketin böyle bir sonucu yarattığını kabul eden kararlarına da rastlanılmaktadır. Böyle bir değerlendirmenin psikolojik bir hal olan hiddet ve şiddetli elemden ziyade, hareketin haksızlığına itibar ederek onu esas aldığı anlaşılmaktadır.¹³¹

Önemli olan bir nokta da, tahrikten yararlanacak olan failin tahrikin etkisiyle yapmış olduğu fiili hiddet ve şiddetli elemin etkisi altındayken işlemiş olmasıdır. Bu nedenle suçun işlenmesi sırasında bu etkinin devam edip etmediğini belirlemek gerekir. Bu etkinin devam edip etmediği matematiksel bir gerçeklikle saptanamaz. Ancak tepkinin tahriki oluşturan fiilin hemen akabinde yapılmasının şart olmadığı etkinin belirli bir süre bir süre devam edebileceği, bu konuda bir zaman sınırlamasının kanunda yer almadığı söylenebilir. Hatta tahrik oluşturan fiilin hemen akabinde hiddet veya elemin yoğunluğunun olayın şoku ile zayıflamış olduğu da söylenebilir. Öfke ve elem durumunun tamamen ortadan kalkmamış olması ve özellikle faille tahriki yapan kimse arasında normal ilişkiler kurulmamış olmak kaydıyla öfke veya elemin yoğunluğunun az veya çok olması etkinin varlığını engellemez.¹³² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18.09.1972 gün ve 971/1-426/290 sayılı kararında; Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahrike ilişkin maddesinin uygulamasına neden olacak fiillerin muhakkak olay sırasında ya da olaydan kısa bir süre sonra olması gerekmediğini, zaman mefhumunu bu kadar daraltmanın yerinde olmadığını, bu durumun yetersiz kalacağını, her olayı kendi oluşuna ve nedenlerine göre değerlendirmek gerektiğini, takdire esas tutulması gereken hususun suçun işlenmesini tahrik eden haksız eylemlerle dava konusu suç arasındaki sebep ve sonuç bağının tespiti noktasında toplandığını, "Olayda suç gecesinden önceki günlere doğru kısa aralıklarla uzayıp giden bir haksız saldırılar zincirinin varlığının açıkça ortaya çıktığını..." şeklinde ifade ederek bu konuya bakışını belirtmiştir.¹³³

Hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalmak ifadesi haksız tahrikin subjektif unsurunu teşkil eder. Bu subjektif unsurun mevcut olmaması halinde haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin soyut olarak varlığı 29. maddenin tatbiki için yeterli kabul edilemeyeceğini belirtmiştik. Haksız tahrik oluşturabilecek bir fiilin mevcudiyeti karşısında hiddet veya şiddetli elemin mutlaka oluşacağını söylemek mümkün değildir.

¹³¹ Önder, **a.g.e.**, s.350.

¹³² Dönmezer, **a.g.e.**, s.356.

¹³³ Metiner, **a.g.e.**, s.717-718.

Kişiden kişiye değişebilecek olan bu subjektif halin araştırılması ve oluşup oluşmadığının kararı yargılamayı yapan hâkime ait olmalıdır.¹³⁴

Haksız bir fiilden kaynaklanan öfke ve elemnin oluşup oluşmadığının hâkimin takdirine bırakılması yerinde bir düşüncedir. Zira hâkim taraflarla, kanıtlarla yüzyüze gelecek yargılama sırasında failin kişilik özellikleri, sosyal durumu ve bu arada psikolojik durumu hakkında fikir sahibi olacaktır. Dolayısıyla suça konu olayda öfke ve elem duyup duymayacağını sağlıklı bir şekilde belirleyebilecektir. Yalnız burada hâkimin belirleyeceği konu somut olayda öfke ve elemnin oluşup oluşmadığı hususudur yoksa haksız tahriki oluşturan fiilin, kişiyi kanunun aradığı şekilde öfke ve eleme sevk edecek nitelikte olup olmadığı değildir.

Haksız tahriki meydana getiren fiilin kişide hiddet veya şiddetli elem meydana getirecek nitelikte olup olmadığı kişinin subjektif durumuna göre değil, fiilin normal bir insanı elem ve öfkeye sevk edecek nitelikte olup olmadığına göre belirlenmelidir. Kişinin fazla alıngan, hassas ya da aşırı duygusal olması nedeniyle esasen hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirebilecek nitelikte olmamakla birlikte kişi üzerinde böyle bir etki meydana getiren fiillerden dolayı haksız tahrik hükmü uygulanmaz. Çünkü bu durumda failin öfke veya üzüntüye kapılması haksız fiilden değil kendi psikolojik yapısının hassaslığından kaynaklanmaktadır.¹³⁵ Aksi bir görüşte ise, her olayda aynı ölçütün kullanılamayacağı bu nedenle somut olayın özelliklerinin önemli olduğu biçimindedir. Örneğin, hassas yapıda olan bir failin bu hassasiyetini bilen bir kimsenin buna rağmen haksız bir fiilde bulunması halinde, hiddete kapılan failin tepki suçu işleme durumunda, haksız tahrik hükümlerini uygulamak mümkün olabilecektir.¹³⁶

2.2.4. Haksız Eylem (Fiil) ile Suç Arasında Nedensellik (İllyet Bağı) İlişkisinin Mevcudiyeti

Fail, haksız tahrik oluşturan fiil sonucunda meydana gelen öfke veya şiddetli elemnin etkisindeyken ve bu durumun tepkisi olarak suçu işlemiş olmalıdır. Bir başka deyişle failin bu psikolojik hali (öfke veya şiddetli elem içinde olma) ile işlenen suç

¹³⁴ Güreli, **a.g.m.**, s.336.

¹³⁵ Üzülmöz, **a.g.e.**, s.305.

¹³⁶ Osman Yaşar v.d., (2010), **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.736.

arasında nedensellik bağı mevcut olmalıdır. Haksız tahrikin cezadan indirim yapılmasına etken olan düşünce budur. Zira fail, tahrikin sebebiyet verdiği heyecan halinin bir tepkisi olarak suç işlemektedir. Eğer fail tahrik fiiline maruz kalmamış olsaydı bu şekilde bir suç işlemeyecekti. Bundan dolayıdır ki fail zaten söz konusu suçu işlemeye daha önce karar vermişse, tahrik edilmiş olsa bile haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz. Çünkü burada işlenen suç ile tahrik arasında bir sebep sonuç ilişkisi yani illiyet bağı yoktur.¹³⁷ Nitekim Yargıtay da bir olayda, bahçesinden kayısı çalan kimsenin ırzına geçen failin haksız tahrik hükümlerinden istifade edemeyeceğini zira hırsızlık fiili ile ırza geçme fiili arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunmadığını, fiiler arasında ağırlık bakımından da bir orantısızlık olduğuna hükmetmiştir.¹³⁸ Sanığın işlediği suç haksız fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemden değil de başka bir sebepten kaynaklanıyorsa - bu sebep eski bir husumet, öç alma, kin ve sair sebepler olabilir- işlenen suç ile haksız fiil arasında bir illiyet bağının bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir.¹³⁹

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

Bir görüş, bu konuda oranın olaması gerektiği yönündedir. Tahriki oluşturan fiil ile tepki olarak ortaya çıkan fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekir ve her illiyet bağı bir oranı, ölçüyü gerektirir.¹⁴⁰ Önder'in görüşüne göre ise, işlenen suçun ağırlığı ne olursa olsun haksız tahrike ilişkin hükümlerin uygulanmasının zorunlu olduğudur. Haksız tahrik açısından önemli olan kişinin maruz kaldığı fiilin kendisinde bir öfke veya şiddetli elem oluşturup oluşturmadığıdır. Eğer somut olayda gerçekten öfke veya şiddetli elemnin oluştuğu sonucuna ulaşılmış ise artık söz konusu oranın varlığını araştırmaya gerek olmayacaktır.¹⁴¹

Haksız tahrik fiiline maruz kalan kişinin bu nedenle öfke veya şiddetli elem durumuna girmesi halinde içerisine sürüklendiği ruhi durumun bir tepkisi olmasının sonucu olarak bu suçun mutlaka tahriki oluşturan haksız fiili yapan kişiye yöneltilmesi

¹³⁷ Demirbaş, **a.g.e.**, s.399.

¹³⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.261.

¹³⁹ Metiner, **a.g.e.**, s.719.

¹⁴⁰ Dönmezer, **a.g.e.**, s.358.

¹⁴¹ İçel, **a.g.e.**, s.292.

gerekir. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme mevcut değil ise de bu tahrik edenle edilen arasındaki ilişkiye dayanan haksız tahrik müessesesinin tabii bir sonucudur. Bu bakımdan Ahmet'in Mehmet'i dövmesi üzerine kendisine göre güçlü kuvvetli olan Ahmet'e bir şey yapamayan Mehmet'in, Ahmet'in çocuğunu dövmesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Zira burada çocuğun dövülmesi olayında nedensellik bağı mevcut değildir.¹⁴²

Somut bir olayda failin haksız tahrik savunmasında bulunduğu her durumda haksız fiil ile sonuç arasında illiyet bağının kurulması ve bu bağın olaya uygun bir şekilde kanıtlanması gerekmektedir. Ancak tahrik durumunun mutlaka sanık veya müdafisi tarafından ileri sürülmesi gerekmez.¹⁴³ Yargılamayı yapan hâkimin tahrik olgusunun mevcut olup olmadığını, ne boyutta olduğunu kendiliğinden araştırıp tespit edecektir. Bu husus ceza yargılamasında resen araştırma kuralının gerektirdiği bir zorunluluktur.

Yargıtay'ın bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Eski bir husumet şeklinde ifade edilen ve mahkemece de olayın sebebi olarak kabul edilen mağdur-müdahil Mehmet in sanık Nedim'in kardeşini öldürmesi olayı ile ilgili yeterli araştırma yapılarak sonucuna göre sanığın suç vasfının tayin edilmesi ve hakkında tahrik hükümleri uygulanmasının gerekip gerekmediğinin tartışılması gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır."¹⁴⁴

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

¹⁴² Demirbaş, **a.g.e.**, s.400.

¹⁴³ Tutumlu, **a.g.e.**, s.33.

¹⁴⁴ Parlar ve Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1316.

2.2.5. Suça Tahriki Teşkil Eden Eylemin (Fiilin), İşleyen Kimseye Yönelmiş Olma Koşulu

Türk Ceza Kanunu'muzda tahrik fiilinin kime yönelik olması gerektiği konusunda bir açıklık mevcut değildir. Buna karşılık bazı batılı kanunlarda haksız tahrik eyleminin hedefinin sanıktan başkası da olabileceği açıkça belirtilmiş ve bunların kimler olduğu da tahdidi olarak sayılmıştır.

Ne 765 sayılı mülga kanunda, ne de 5237 sayılı yeni düzenlemede tahrik fiilinin hedefinin kime yönelik olması gerektiği konusunda bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte öğretide tahrik fiilinin hedefinin tahriki teşkil eden fiili yapan kimse olması gerektiği yönündedir.

Failin haksız fiil sonucunda hiddet veya şiddetli elem halinde işlediği suçun tahrik teşkil eden hareketi yapmış olan kişiye yönelik olması gerekir. Suçun bu kişiye yönelmiş olması yeterlidir, suçun kişinin şahsına veya malına yönelik olması arasında herhangi bir fark yoktur. Buradaki anlatımda kasdedilmek istenen şudur; tahrik eden ile suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde haksız tahrike ilişkin maddenin uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Örneğin, babanın haksız hareketi sebebiyle hiddet veya şiddetli elem haline giren kişinin, fail baba yerine oğlunu dövmesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır.¹⁴⁵ Bir başka deyişle haksız fiile reaksiyon olarak işlenen fiilin hedefi tahrik eden kimse olmalıdır. Tepkinin alakalı olmayan üçüncü bir kişiye yöneltilmiş olması halinde ceza indirim söz konusu olamaz. Tahrik edenin kuvveti karşısında hıncını alakalı olmayan üçüncü şahıslardan almak isteyen kişinin bu şahıslara karşı işlediği suçlar hakkında haksız tahrik dolayısıyla indirim yapılması mümkün değildir.¹⁴⁶

Haksız tahrikte tahrik teşkil eden eylemin kime yönelik olması gerektiği madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirim yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince

¹⁴⁵ Önder, a.g.e., s.350.

¹⁴⁶ Erem, a.g.m., s.643.

tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.”¹⁴⁷

O halde burada üzerinde durulması gereken esas nokta haksız tahrik indiriminin bir suçun mağduruna değil failine karşı uygulanacak olmasıdır. Bir genç kızın tecavüze uğraması olayında, kızın, kendi aile bireyleri tarafından öldürülmesi durumunda aile bireyelerine yönelik olarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olmamakla birlikte, tecavüz eden kişinin öldürülmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır.¹⁴⁸

Bir başka anlatımla haksız fiilin oluşmasına sebebiyet vermeyen ya da esasında haksız fiilin mağduru olan bir kişiye karşı (yukarıdaki örnekteki gibi cinsel saldırıya maruz kalmış genç kız) namus korumak iddiası veya bir başka saikle işlenen suçta haksız tahrik hükümleri uygulanmaz. Haksız tahrik işlenen fiilin oluşmasına kendi iradi hareketiyle sebebiyet veren kişiye karşı söz konusu olabilir.¹⁴⁹

İtalyan Yargıtay’ı da bir olayda yukarıdaki anlatımlara paralel nitelikte bir karar vermiştir. Karar konu olan olayda bir siyasi parti mensubu tarafından kardeşi öldürülen bir kişi bu olay nedeniyle elem ve öfkeye kapılmış ve o da karşıt siyasi parti mensubundan birisini öldürmüştür. Bu olayda İtalyan Yargıtay’ı haksız tahrik hükümlerini tartışmış ve olayla ilgisi olmayan parti mensubu olmak dışında bir bağlantısı bulunmayan kişiye yönelik işlenen fiilde, haksız tahrik bulunmadığına karar vermiştir.¹⁵⁰

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için haksız fiilin hedefinin tahrik teşkil eden fiili yapan kimseye yönelmesi gerektiğini belirtmiştik. Ancak mağdurun haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi, lakayt kalması ya da zımnen bu haksız fiili onaylaması halinde de haksız tahrik hükmü uygulanabilir. Bu konuda Yargıtay bir kararında şöyle demektedir: “ Medeni Kanun hükümlerine, örf ve âdete göre; çocuklarını terbiye ve tedip hakkına sahip olan ev reisi ve baba sıfatlarını taşıyan mağdurun olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti görmesine rağmen, sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda

¹⁴⁷ **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**,(2004), md.29 (Gerekçe).

¹⁴⁸ Zeynep Burcu Akbaba, (2008), “Töre Namus ve Töre Saikıyla Kasten Öldürme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:21., Sayı:75, Ankara, ss.333-351.

¹⁴⁹ Şen, **a.g.e.**, s.81.

¹⁵⁰ Dönmezer, **a.g.e.**, s.359.

bulunmaması ve onları men etmemek suretiyle huzuru ile adeta mütecaviz eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen müzahir olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve âdete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, bu yönden sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması yasaya aykırı görülmüştür.”¹⁵¹

Burada dikkat edilmesi gereken nokta kişinin haksız fiil oluşturan davranışı önleme yükümlülüğünün olup olmamasıdır. Bu yükümlülük kanunlarla, yazılı diğer hukuk kuralları ile yahut hukuka ve kamu düzenine aykırı olmayan örf ve adetle verilmiş olabilir. Böyle bir yükümlülük yok ise ya da yükümlülüğün yerine getirilmesi imkanı yok ise (Örneğin; ev reisi yukarıdaki örnekte olayları görmesine rağmen yaşlı ve hasta olması dolayısıyla müdahale edemiyorsa) sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

2.2.6. Haksız Eyleme (Fiile) Yönelik Tepkinin Varlığı

Haksız tahrik hallerinin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemenden meydana gelen psikolojik karışıklık bir tepkiye sebep olur. Eğer tepki sonucu meydana gelen fiil, ceza kanununun suç saydığı bir fiil ise fail cezalandırılmakla beraber ceza indirilir.¹⁵²

Bu ifadenin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, haksız fiil sonucunda verilen tepki suç oluşturmuyorsa herhangi bir cezai yaptırımın mümkün olamayacağı dolayısıyla bir cezai indirim de mevzu bahis olamayacağıdır. Haksız tahrik ancak tepki fiilinin kanunlarda suç olarak belirlenmiş olması halinde var olacaktır.

Tepki fiilinde, tepkinin zamanı ve tepkide oran meselesi önemli olup doktrinde de bu konular tartışılmıştır.

2.2.6.1. Tepkinin Zamanı

Tepkiyi teşkil eden fiilin ne zaman meydana gelmesi gerektiği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Meşru savunmada haksız saldırının derhal defedilmesi gerektiğinden bahsedilmesine karşın “o anda” yahut buna benzer bir kaydın haksız

¹⁵¹ Parlar, **a.g.e.**, s.1317.

¹⁵² Erem, **a.g.e.**, s.629.

tahrik hükmünde kullanılmamış olması böyle bir kayda lüzum görülmediğindedir. Çünkü zaman meselesi bu maddenin gösterdiği unsurlardan çıkartılacaktır. Kanun bu hükmünde hiddet veya şiddetli bir elemin tesiri altında işlenen suçtan bahsettiğine göre tepkiyi teşkil eden bir fiilin bu tesir devam ettiği müddetçe daha doğru bir deyimle psikolojik buhranın devam ettiği süre içerisinde bu buhran hali geçmeden işlenmesi gerekmektedir.¹⁵³

Haksız fiil sonucu verilen tepki kişiden kişiye değişiklik gösterir. Haksız tahriki oluşturan fiil, karşı tarafta zaman yönünden ani tepki oluşturabileceği gibi, belli bir süre sonrada bu tepkiyi oluşturabilir. Tepkinin süresinin farklılığı tepkiye maruz kalan kişilerin psikolojik yapılarının farklılığından ileri gelir. Bazı kişilerin yapılan haksız tahrik karşısında reaksiyonu ani olur. Bazıları ise ani reaksiyon vermez önce bunu içine atar, alıngan olur zaman geçmesi ile öfkesi artar ve belli bir süre sonunda tepkisini gösterirler.¹⁵⁴

Haksız fiile karşı tepkinin sonradan gösterilmesi ya da o anda gösterilmesi sonucu değiştirmez. Yeter ki tepki fiili hiddet veya şiddetli elem altındayken işlenmiş ve aralarında illiyet bağı mevcut olsun. Her insanın psikolojik yapısı farklı olduğundan kişinin haksız fiile tepkisinin meşru olup olmadığını bir başka deyişle yasal unsurlarını taşıyıp taşımadığını somut olayda tarafları dinleyen ve onların kişilik özelliklerini de analiz eden hâkim belirleyecektir.

Buradaki kriter, “suçun ruhi sarsıntı sona ermeden ve faile sükunet gelmeden işlenmesidir”¹⁵⁵. Hatta kimi durumlarda öfke veya elemin ilk meydana geldiği andaki yoğunluğu, suçun işlendiği sırada zayıflamış da olabilir. Tepki suçuna neden olan hiddet veya şiddetli elemin büsbütün ortadan kalkmaması ve tahriki yapan kimse ile normal ilişkilerin kurulmamış olması kaydıyla, yoğunluğun az veya çok olması, etkinin bulunmasını engellemez.¹⁵⁶

Tepki suçunun işlenmesi bakımından yasada bir zaman sınırlaması getirilmediğini belirtmiştik. Örneğin, kişi kendisine bir toplantıda yapılan hakarete o sırada cevap verebileceği gibi bulunduğu yeri müsait kabul etmeyerek tepkisini daha

¹⁵³ Erem, **a.g.e.**, s.630.

¹⁵⁴ Yavuz, **a.g.m.**, s.453.

¹⁵⁵ Taner, **a.g.e.**, s.446

¹⁵⁶ Dönmezer ve Erman, **a.g.e.**, s.356

sonra uygun bir zemin ve zamana da bırakabilir. Ya da tepkisini hiç sesini çıkarmayarak bir başka deyişle suç işlemeye gerek görmeyerek de ortaya koyabilir. Özetle, haksız bir tahrik oluşturan bir fiile maruz kalan kimsenin tepki gösterip göstermemesi, tepkinin şekli ve zamanı gibi hususlar her olayın özelliğine ve mağdurun kişilik yapısına göre de değişir. Bu husus adeta kronometre ile ölçüm yapar gibi belirlenemez.¹⁵⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu hususu açıklayan bir kararında şöyle demektedir: “Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için yasada bir zaman sınırlaması mevcut değildir. Tahriki teşkil eden fiilin faili bu suç nedeniyle mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa bile, bu haksız fiilin öfke ve şiddetli elem etkisi altında bulunan ve bu ruhi durumun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Aradan uzunca bir zaman geçse bile, öncek olay, sanığı bu suçu işlemeye itmiş ise tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

Maddi olayda; sanık, dört yıl önce kardeşini öldüren ve şartla tahliye edilerek köye dönen mağduru bu olayın etkisi ve olay öncesi söylediği sözlerin oluşturduğu gazap ve şiddetli elemin tesiriyle öldürmeye teşebbüs ettiğinden hakkında ağır tahrik hükümleri uygulanmalıdır. CGK.1.11.1993,1-261/286)¹⁵⁸

Yargıtay bu kararında iki hususta içtihatla bulunmuştur. Bunlardan ilki yukarıda da ifade ettiğimiz ve bizimde iştirak ettiğimiz gibi tepki suçunda aradan uzunca bir zaman geçmiş olsa bile haksız fiil nedeniyle faile sükunet gelmemiş ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğidir. Yargıtay’da somut olayda aradan dört yıl geçmiş olmasına rağmen önceki olayın tesiriyle hiddete kapılan sanığa haksız tahrik hükümlerini uygulamıştır. Ancak kararda katılmadığımız bir husus vardır ki o da haksız fiil oluşturan ilk olayın yani sanığın kardeşini öldürme olayının sonucunda kişi bu suçtan yargılanmış ceza almış olmasına rağmen ilk olayın haksız tahrik olarak değerlendirilmesi olmuştur. Bizce bunun kabulü mümkün değildir. Zira ilk olay kanuni bir yaptırımla sonuçlanmış, kamu otoritesi tarafından haksız fiile bir tepki verilmiştir. Bu tepki her ne kadar mağdur tarafından verilmemiş ise de toplum adına verilen bu tepki mağduru da içine almaktadır. Dolayısıyla mağdur yönündede hiddet ve elem halinin sona erdiğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde her suçun kişiler tarafından bir

¹⁵⁷ Tutumlu, **a.g.e.**, s.34

¹⁵⁸ Savaş ve Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.698

karşılığı verilmeye çalışılacaktır ki bu durumda bir hukuk devletinde kabul edilemez. Zaten psikolojik olarak da kişinin cezalandırılması mağdurda bir rahatlama ve sükunet meydana getirecektir.

2.2.6.2. Tepkide Oran

Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahriki düzenleyen maddesinde tepki suçunun işlenmesi bakımından bir süre sınırlaması getirilmediği gibi , tepki fiilinin ağırlığı ya da oranı konusunda da bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumu doğal karşılamak gerekir, zira Roma Hukuku'ndan gelen ifade anlatıldığı gibi “Saldırıya uğrayanın elinde bir terazi yoktur.” Her bireyin psikolojisi birbirinden farklı olduğundan kimin hangi olaya ne şekilde tepki vereceğini belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun tepki suçunun oranı konusunda bir sınırlama getirmemiş olması yerinde bir karardır.¹⁵⁹

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

Kanun işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oranın olması lazım geldiğini açıkça bildirmemektedir. Fakat bu halin “tahrik” kurumunda zımnen mevcut olduğu kabul edilmelidir. Suç ile tahrik fiili arasında bir illiyet bağının mevcut olması lazım geldiğine ve böyle bir bağın oranı gerektirdiğine -çünkü bir sebep ancak iktidarı ile orantılı olan neticeler doğurabilir- göre, eğer suç tahrik fiilinden açıkça ağır ise onun tahrikten ileri geldiği söylenemez, tahrik böyle bir suçun işlenmesinde ancak bir vesile olmuştur.¹⁶⁰

Haksız tahriki oluşturan fiil ile bu fiile verilen tepki arasında bir oranın mevcudiyeti şart değildir, dolayısıyla böyle bir oranın aranması kanuna aykırı bir taleptir. Zira haksız fiil, “fıçıyı taşıran bir damla veya barut fıçısına düşen kıvılcım” gibidir. Fakat burada tahrik fiili ile bu fiil sonucu ortaya çıkan heyecan hali arasında bir oran bulunması gereklidir. Gerçekten, böyle bir fiilin maddi olayın özellikleri göz önünde bulundurularak faili hiddet veya şiddetli elem durumuna sokabilecek nitelikte

¹⁵⁹ Tutumlu, **a.g.e.**, s.36.

¹⁶⁰ Erem, **a.g.e.**, s.631.

bulunması gerekir, bu nedenledir ki failin heyecan durumuna sürüklenmesi kabul edilebilir olduktan sonra tepkinin tahrik fiiline oranla şiddetli olup olmamasının bir önemi yoktur. Nitekim kanundaki düzenleme, failin hiddet veya şiddetli elem halinin tepkisi olarak suç işlemesini esas almış ve haksız fiil ile tepki arasında bir oran bulunması gereğinden bahsetmemiştir. Ancak hâkim maddi olayın özelliklerini ve failin ruhsal ve psikolojik durumunu gözönünde bulundurarak, tahrikin derecesini tayin edebilecektir.¹⁶¹

Tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir orantının bulunması gerekmediği ve esasen bunun da kurumun doğasına uygun olmadığı yolundaki düşünceler daha isabetlidir. Kurumun özü, bir saldırı ile savunma arasında denge kurmak değil, tahrik nedeniyle suç işleyen failin öfke veya üzüntüsüne hukuki değer tanıyarak cezasını belli bir oranda indirmektir. Örneğin, arabasına zarar veren kişiyi öldüren failin fiilinde, tahrikin varlığından fakat hafifliğinden söz edilebilir ve bundan dolayı da failin cezası daha az indirilir.¹⁶² Eğer tahrik indirimini ile tepki suçu arasında bir orantının bulunması gerekseydi yaşam hakkı ile malvarlığı arasında bir denge söz konusu olamayacağı için fail, haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktı.¹⁶³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24.10.2000 tarih ve 1-189/211 sayılı kararında; “ sanık (K)’nın ve maktül (T)’nin haksız davranışları karşılıklı olarak değerlendirildiğinde; (K)’nın arkadaşları ile birlikte, maktülün abisine basit etkili eylemde bulunması şeklindeki haksız hareketi ile, bu haksız davranışın etkisiyle ateş ederek arkadaşını ayaklarından vurup, sanık (K)’nın ayaklarına da yaralama kastı ile ateş etmeye başlayan maktül (T)’nin, etki tepki oluşumu içinde aşırıya kaçan haksız eylemi arasında açık bir oransızlık bulunmaktadır. Maktülün haksız davranışının ulaştığı boyutlar, sergilediği vehamet ve neticeleri itibariyle dengenin sanık lehine bozulduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, abisini dövdükleri maktülün olay yerine gelerek, arkadaşını tabanca ile ayağından yaralaması ve kendisinin de ayaklarına doğru 3-4 metre mesafeden yaralama kastıyla ateş etmesi üzerine, tabanca ile maktülü vurup öldüren sanık (K)’nın, bu suçu haksız tahrik altında işlediğinin kabulü zorunludur.”

¹⁶¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s.399.

¹⁶² Aydın, **a.g.m.**, s.239.

¹⁶³ İsmail Ercan, (2007), **Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler**, 3.Basım, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul, s.284.

diyerek oranın varlığı gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁴

Tepkide, önce haksız bir fiil ile bir kimseyi tahrik eden kişi bu kimsenin tepkisi karşısında kalınca arada açık bir orantısızlık yok ise aynı tepki dolayısıyla kendisinin tahrik edildiğini ileri süremez. Ve bu durumda haksız tahrik hükümlerinden faydalanamaz.¹⁶⁵ Kökleşmiş Yargıtay kararlarında kabul edildiği üzere, gerek fail gerekse mağdurun karşılıklı haksız eylemlerde bulunması halinde, genel tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşı tarafın verdiği tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Fakat ilk eylemi gerçekleştirenin maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir orantısızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle eylemi ilk gerçekleştiren fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir.¹⁶⁶

2.3. HAKSIZ TAHRİKTE ÖZEL HALLER

2.3.1. Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Bazı Kurumlarla Olan İlişkisi

2.3.1.1. Haksız Tahrik ve Meşru Savunma İlişkisi

Meşru savunma ile haksız tahrik ilişkisini daha iyi anlayabilmek için öncelikle bu iki kurumunda ne olduklarını, niçin var olduklarını, kanundaki sistematüğini, düzenleme yerlerini, hangi kategori içerisinde yer aldıklarını, kanuna konuluş amaçlarını benzerliklerini ve farklarını belirlemek gerekmektedir.

Meşru savunma kurumu Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir.

Meşru savunma, varlığı her dönemde kabul edilmiş bir kavramdır. Roma Hukuku'nda, Cermen Hukuku'nda, İslam Hukuku'nda meşru savunma değişik biçimlerde de olsa yer almıştır.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Artuk, **a.g.e.**, s.546.

¹⁶⁵ Yavuz, **a.g.m.**, s.454.

¹⁶⁶ Albayrak, **a.g.e.**, s.62.

¹⁶⁷ Necati Meran, (2002), "Yasal Savunma (Meşru Müdafâ) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma", **Yargıtay Dergisi**, Yıl:28, Sayı:108, Ankara, ss.557-572.

Meşru savunma, bir kimsenin kendisine ya da üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı bertaraf etmek için gösterdiği zorunlu tepkidir. Bir başka ifadeyle kişinin kendisinin veya başkasının hukuki varlığını, gerçekleşmekte ya da gerçekleşmesi yakın olan, hukuka aykırı bir saldırıya karşı zorunlu savunmasıdır.¹⁶⁸ Yeni TCK meşru savunmaya konu olan hakkın içeriği bakımından herhangi bir ayrıma gitmiş olmadığı için yaşam, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, şeref, özgürlük, mülkiyet, özel yaşam gibi ceza hukuku korumasından yararlanan hukuksal değerler yanında, genel kişilik hakkı ve hatta genel davranış özgürlüğü gibi bireysel nitelikteki hukuksal değerlere yönelik saldırılar bakımından meşru savunma mümkün hale gelmiştir.¹⁶⁹

Meşru savunma bir hukuka uygunluk nedenidir.¹⁷⁰ Hukuka uygunluk nedenleri; suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiilin suç teşkil etmesine engel olan bir başka ifade ile haksızlığı ortadan kaldıran sebeplerdir.¹⁷¹ Bu nedenle meşru savunma ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedendir.¹⁷² Meşru savunma bir sevki tabidir.¹⁷³ Bu hukuka uygunluk nedeninin önemli bir şartı olarak “bir insanın bir hukuksal değeri ihlal tehdidini yaratması” ifade edilmiştir. Zira hukuka aykırı hareket eden bir kimsenin hukuksal değere saldırısının defedilmesi hukuka uygundur.¹⁷⁴

Bir beraat sebebi olan meşru savunmanın mevcudiyeti halinde haksız tahrikten bahsetmeğe ihtiyaç yoktur. Fakat bu iki kurum arasında yapılacak bir mukayese mahiyetlerini aydınlatma bakımından faydalı olur.¹⁷⁵ Erem'e göre meşru savunma ile tahrik arasında öz bakımından değil “kesafet”(yoğunluk) bakımından fark vardır. O halde haksız tahrik kurumu, meşru savunmaya dahildir. Bu sebeple meşru savunmanın bulunduğu hadiselerde tahrikten bahsedilemez. Tahrik fiilini teşkil eden hareketler

¹⁶⁸ Meran, **a.g.e.**, s.558.

¹⁶⁹ Mustafa Ruhan Erdem, (2007), “Malvarlığına Yönelik Saldırlara karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı”, **DEÜHF Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir, ss.987-998.

¹⁷⁰ Metiner, **a.g.e.**, s.582.

¹⁷¹ Mahmut Koca, (2006), “YTCK’ da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, ss.115-144.

¹⁷² M.Muhtar Çağlayan, (1982), “Yargıtay İçtihatlarının Işığında Meşru Müdafaa (Yasal Savunma) Üzerinde Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:73, Sayı:2, Ankara, ss.257-270.

¹⁷³ Faruk Erem, (1943), “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, **Adliye Ceridesi**, Yıl:34, Sayı:8, Ankara, ss.605-624.

¹⁷⁴ Yener Ünver, (2003), **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.990.

¹⁷⁵ Gürelli, **a.g.m.**, s.341.

kendini müdafaa edene karşı icra edilmiş haksız taarruzun unsurlarıdır.¹⁷⁶

Meşru savunma objektif bir temele dayanan hukuka uygunluk nedenidir. Haksız tahrik ise, heyecan hali nedeniyle iradenin zayıflamış olmasından dolayı cezanın hafifletilmesini sonuçlayan subjektif bir temele dayanmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, haksız tahrikle meşru savunmanın bir arada bulunamayacağı aşikardır. Fakat haksız tahrik üzerine, tepkide bulunan kimse tahriki doğuran fiili yapmış olan kişiyi meşru savunma durumuna sokabilir.¹⁷⁷

Meşru savunma halinde ika edilen fiilin işlenmesinde zorunluluk vardır, saldırıdan başka türlü korunmaya imkan yoktur. Halbuki haksız tahrik halinde kanun koyucu tahrik edenin tecavüzüne tahrik edenin katlanmasını, sabır ve tahammül göstermesini istemiştir.¹⁷⁸ Meşru savunma, kişinin hakkına yönelik mevcut bir saldırı karşısında mağdurun başka türlü korunma imkanı bulunmadığı hallerde savunma amacıyla karşılık vermesidir. Haksız tahrik ise, bitmiş veya henüz sürmekte olan olan haksız bir eyleme zorunlu olmamakla birlikte mukabele edilmesidir.¹⁷⁹

Haksız tahrik ile meşru savunma aynı fiilde birleşemez, birarada bulunmaz. Çünkü her iki kurumun hukuki niteliği ve şartları farklı olduğu için, bir olayda birisinin bulunması diğerini ortadan kaldırır. Meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebidir ve şartları gerçekleştiğinde meşru savunma halinde işlenen fiilden dolayı kişiye ceza verilmeyeceği gibi, başka bir hukuk dalının yaptırımını da uygulanamaz. Buna karşılık haksız tahrikte altında işlenen fiil hukuka aykırı olmaya devam etmekte; failin heyecan hali nedeniyle kusurunun azaldığı kabul edilmekte bu durum sadece cezanın indirilmesine yol açmaktadır.¹⁸⁰

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

¹⁷⁶ Erem, **a.g.e.**, s.634.

¹⁷⁷ Demirbaş, **a.g.e.**, s.402-403.

¹⁷⁸ Güreli, **a.g.m.**, s.342.

¹⁷⁹ Artuk, **a.g.e.**, s.538.

¹⁸⁰ Üzülmüş, **a.g.e.**, s.307.

saldırının devamı halinde meşru savunma hükmünün uygulanması haksız tahrik hükümlerinin tatbikine gerek bırakmamaktadır. Neticeten, haksız tahrik kurumu meşru savunmaya dahildir ve meşru savunmanın bulunduğu hallerde tahrikten bahsedilemez.¹⁸¹

Hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan meşru savunma kurumu, 765 sayılı TCK."nun 49. maddesinde **“Nefse veya ırza vuku bulan haksız bir taarruzu filhal defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.”** denilerek düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK."nun 25. maddesinde ise meşru savunmanın kapsamı, “bir hakka” yönelik saldırı denilmek suretiyle genişletilmiştir. Buna göre meşru müdafaa kurumunun uygulanabilmesi için; maddi mahiyette bir saldırının failin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş bulunması, savunmanın zorunlu olması, savunma ile saldırının eş zamanlı olması (savunmanın saldırı devam ederken yapılması) ve savunma ile saldırı arasında konu ile kullanılan vasıtalar bakımından orantılılık bulunması gerekmektedir.¹⁸²

Meşru savunma hakkını kullanan kişinin fiili, saldırgan açısından, haksız tahrik olarak ta değerlendirilemez. Çünkü hukuk düzenini ilk ihlal eden kendisidir. Olayda meşru savunma halinin koşulları kalktıktan sonra işlenen bir fiil söz konusu ise, örneğin saldırgan elindeki silahı fırlatıp olay yerinden uzaklaştığı sırada fail koşarak saldırganı yaralamışsa ortada devam eden bir saldırı söz konusu olmadığı için meşru savunma kurumu uygulanamaz fakat olaya haksız tahrik kurumu uygulanabilir. Böyle bir durumda fail kendisini korumak için değil, duyduğu hiddet veya elemin etkisiyle hareket etmiş ve bir tepki suçu işlemiştir. Buna göre yargılamayı yapan hâkim, sona ermiş olan saldırının niteliğini değerlendirerek olayda tahrikin ulaştığı boyuta göre indirim yapacaktır.¹⁸³

Bir hadisede ne zaman meşru savunma ne zaman haksız tahrik kurumunun uygulanmasının gerekeceği hususundaki ölçü haksız tahrikin hedefinde, tepkinin zamanında ve savunmanın zaruretinde aranmalıdır.¹⁸⁴Mağdur tarafından yapılan saldırının failde oluşturduğu hiddet veya şiddetli bir elemin tesiriyle mi, yoksa failin

¹⁸¹ Artuk, **a.g.e.**, s.538-539.

¹⁸² Parlar ve Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1263.

¹⁸³ Aydın, **a.g.m.**, s.241.

¹⁸⁴ Erem, **a.g.e.**, s.634.

içine düştüğü savunma zorunluluğundan dolayı mı karşı fiilin icra edilip edilmediğinin tespiti, bu ayırmadaki en önemli noktayı oluşturur. Saldırıyla eş zamanlı savunma söz konusu ise ve bu savunmanın yapılması o an için korunması gereken hukuki yararlar bakımından bir zorunluluk mevcut ise, meşru savunmanın şartlarının var olduğu kabul edilmelidir. Halbuki haksız tahrikte, tamamlanmış, sona ermiş bir haksız fiil vardır ve fail hukuki yararı korumak amacıyla zorunluluk içinde bulunmamakla birlikte duyduğu hiddet veya elemin etkisi altında kalarak tepkisini ortaya koymakta ve yeni bir suç işlemektedir. Haksız tahrik halinde, mağdur tarafından icra edilen haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalan ve bu haksız fiile tepki olarak suç işleyen fail bulunduğu halde, meşru savunmada eş zamanlı olarak failin savunma yapmak zorunluluğu gündeme gelmekte ve karşı fiil bir tepkinin sonucu değil, bir hakkın korunması amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bir başka ifade ile haksız tahrikte fail, haksız fiile duyduğu tepkiyle suç işlemektedir. Örneğin, yanında bulunan babasına veya eşine sövüldüğünü veya bir yakınının itilip kakıldığını gören failin gösterdiği tepki ve bu kapsamda işlediği fiil elbette hukuka uygun sayılmayacak, sadece haksız fiil ile tepki arasında nedensellik bağından dolayı “haksız tahrik “kurumunun uygulanması burada gündeme gelebilecektir.¹⁸⁵

Haksız tahrik ve meşru savunma kurumları açısından özet olarak söylenecek olan; her iki kurumun da ceza sorumluluğuna etki eden nedenlerden olduğu, ancak meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olması nedeniyle ceza sorumluluğunu tamamen kaldıran bir sebep olduğu, haksız tahrikin ise ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olduğudur. Yine meşru savunmada haksız bir saldırıyı defetme hak ve selahiyeti varken haksız tahrikte, haksız bir fiile yönelik bir tepki suçunun işlenmesi mevzu bahistir. Bu nedenlerle her iki kurumun uygulanması ve doğurduğu sonuçlar birbirinden farklılık arz etmektedir.

2.3.1.2. Haksız Tahrik ve Zorunluluk Hali İlişkisi

Zorunluluk hali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁸⁵ Şen, a.g.e., s.81-82.

Buradaki düzenleme; **“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka surette korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasının kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasınada orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”**¹⁸⁶ şeklindedir.

Zorunluluk hali meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk nedenidir. Şartların mevcudiyeti halinde, hukuka uygunluk nedeni olduğundan faile ceza verilemeyecektir. Bir başka ifade ile zorunluluk hali de ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir nedendir. Oysa yukarıda da izah edildiği gibi haksız tahrik kurumu ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran değil azaltan bir nedendir.

Zorunluluk hali, bir kişinin bilerek neden olmadığı tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma mecburiyeti içine girmesi halinde, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek biçimde olan, ancak suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirme durumudur. Başka bir anlatımla, hukuken korunan yararları tehdit eden ve başkasının hukuken korunan yararlarını ihlal etmekten başka çaresi kalmayan tehlike durumuna zorunluluk hali denir. Zorunluluk halinde, kendisine yönelik bir tehlikeden kurtulmak için üçüncü bir kişiye zarar verilmesi veya bu kişiye yönelik bir tehlikenin yaratılması durumu söz konusudur.¹⁸⁷

Bu halde failin cezalandırılmamasının gerekçesi; dışarıdan gelen zorlama nedeniyle failin iradesinin direncini kaybetmesi, kişinin kendini koruma içgüdüsüne yönelmesi, bu durumdaki bir kişinin de cezalandırılmasında bir fayda bulunmaması ve kanunun çatışma haline giren iki değerden birine üstünlük tanınması şeklinde izah edilmiştir.¹⁸⁸ Haksız tahrikte ise hatırlanacağı üzere haksız bir fiilin doğurduğu öfke ve elemnin etkisi altında kalan kişinin iradesini yönlendirme yeteneği zayıfladığından cezanın indirilmesi yoluna gidilmekteydi.

Zorunluk hali ile haksız tahrik kurumları arasındaki en önemli fark, zorunluluk durumunu doğuran fiilin haklılığının veya haksızlığının bir önemi olmamasıdır. Bilindiği gibi, haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için en önemli unsur, failde

¹⁸⁶ Albayrak, **a.g.e.**, s.57.

¹⁸⁷ Metiner, **a.g.e.**, s.587.

¹⁸⁸ Nevzat Toroslu, (2005), **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, s.108.

hiddet ve şiddetli eleme neden olan tahrik edici fiilin haksız bir fiil sonucu meydana gelmiş olması gerekliliğidir. Zorunluluk hali içinde bulunan kişinin, bu tehlikeli durumdan kurtulmak için tepki fiilini işlemekten başka çaresi kalmamaktadır. Halbuki tahrik edici fiile maruz kalan kişi, tepki suçunu işlemek zorunda değildir, işleyip işlememekte serbesttir; tahrik edici fiile karşı kendisini frenleyebilme iradesini gösterme ihtiyarı mevcuttur. Bundan başka haksız tahrike maruz kalan kimse, içine düştüğü heyecan içinde ancak tahrik edici fiili işleyene karşı tepki suçunu işleyebilmesine rağmen, zorunluluk halinde tepki fiili olaya tamamen yabancı bir şahsın zararına da yönelebilmektedir. Zira burada önemli olan kişinin kendisini veya başkasını tehlikeli durumdan kurtarmak istemidir. Dolayısıyla zorunluluk halinde failin bir başkasına zarar verme isteği olmamasına rağmen, haksız tahrikte fail tahrik edici fiil nedeniyle hiddet ve eleme kapılmasına neden olan şahsın kendisine veya malvarlığına bilerek ve isteyerek zarar vermekte ve bir suç işlemektedir.¹⁸⁹

Bir başka ayırım da haksız tahrik durumunda haksız bir fiil, dolayısıyla haksız bir saldırı söz konusu iken, zorunluluk halinde kişiye yönelik bilinçli bir saldırı durumu söz konusu değildir. Bir tehlikelilik hali mevcuttur ve tehlikeye maruz kalan kişinin de kendini bu tehlikeden kurtarma hamlesi mevzu bahistir.

2.3.1.3. Haksız Tahrik ve Tasarlama İlişkisi

Şahsi ağırlaştırıcı bir sebep olan tasarlama ile tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalı bir husustur. Buradaki tartışma, yazarların tasarlamanın dayandığı temel üzerindeki farklı düşüncelerden kaynaklanmaktadır.¹⁹⁰

Haksız tahrik cezada genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmişken, tasarlama cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle tartışılması gereken husus, tabiatı itibarıyla birbirine zıt bu iki kurumun bir arada bulunup bulunamayacakları, birlikte uygulanıp uygulanamayacakları, yani bir kimsenin haksız tahrik etkisi altında ve tasarlayarak mağduru öldürüp öldüremeyeceğidir.¹⁹¹

¹⁸⁹ Çam, a.g.e, s.74.

¹⁹⁰ Ayık, a.g.m., s.101.

¹⁹¹ Hakan Hakeri, (2007), **Kasten Öldürme Suçları**, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.226.

Tasarlamanın dayandığı esas hakkında, bir başka deyişle tasarlamanın ağırlatıcı neden olarak kabulüne esas olan gerekçeler konusunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bu farklı yaklaşımlar tasarlama ile tahrikin birlikte uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışmalara sebebiyet vermektedir.

Bu nedenle tasarlamanın esası hakkında ileri sürülen nazariyeleri kısaca belirtmekte yarar görmekteyiz. Tasarlama konusunda üç görüş ileri sürülmüştür: 1- Devamlılık (Kronolojik ya da Niyet ile fiil arasında geçen müddet) Teorisi, 2- Soğukkanlılık Teorisi, 3- Teemmül (Plan) Teorisi

2.3.1.3.1. Devamlılık (Kronolojik ya da Niyet ile fiil arasında geçen müddet) Teorisi

Bu teoriye göre, tasarlama niyetinin olduğu andan sonucun meydana getirilmesine kadar az çok bir zaman geçmiş olmalıdır. Burada teorinin temeli zaman unsuruna dayanmaktadır.¹⁹² Bu teoriye göre suç işleme kararı ile fiil arasında belli bir zamanın bulunması gerekmektedir. Ayrıntılı ve akli selim ile düşünmeye yetecek kadar zaman olmasına rağmen, fail suç kararı ile suçun icrası arasındaki zamanda suçu işlemekten vazgeçmediği için cezasının arttırıldığı savunulmuştur. Tasarlamanın esası olarak zaman ölçütü kabul edilirse, tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanabilmesi mümkündür. Ayrıntılı düşünme süresi boyunca fail tahrikin etkisiyle hareket etmiş ve suçu da bu duyguların etkisiyle işlemişse cezası, önce tasarlama nedeniyle arttırılacak ve sonra da tahrik nedeniyle de indirilecektir.¹⁹³

2.3.1.3.2. Soğukkanlılık Teorisi

Bu teorinin kurucusu Carmignani olmuştur. Carmignani tasarlama şu şekilde tarif etmiştir: “Öldürmek niyetiyle soğuk ve sakin bir ruhla, adeti olarak veya münasip bir fırsat kollayarak ve cinayeti başarmayı çok arzu ederek yapılmış katil fiili.”¹⁹⁴ Bu teoriye göre tasarlama ruhi processustan başka bir şey değildir. Bu ruhi processusun ise

¹⁹² Sadık Okay ve Bedri Arslan, (1949), “Adam Öldürmede Cezayı Arttıran Sebeplerden Taammüt”, **Adalet Dergisi**, Yıl:40, Sayı:10, Ankara, ss.1460-1477.

¹⁹³ Aydın, a.g.e, s.136.

¹⁹⁴ Necmettin Gücer, (1949), “Tasarlama (Taammüt)”, **Adalet Dergisi**, Yıl:40, Sayı:2, Ankara, ss.219-232.

başlıca ayırt edici vasfı taammüden suç işleyen kimsenin ruhi soğukkanlılık ve sakinliğidir. Soğukkanlılık failin suçu tefekkürde, hazırlamakta ve icrada heyecana kapılmadan her zamanki hali ile hareket etmesidir.¹⁹⁵

2.3.1.3.3. İdeolojik (Teemmül) Teori

Bu teorinin izahına göre tasarlama öldürmek niyeti üzerinde devam eden bir düşünce hali mevcuttu. Yani fail fiili nasıl icra edeceği konusunda belli bir müddet düşünmüş ve fiili icra edebilecek birtakım imkanlarını hazırlamıştır.¹⁹⁶ Failin ruhsal dünyasında, sabit ve geri dönüşü olmayan nitelikteki suç işleme kararlılığı mevcut olmalı ve bu karar kesin olmalıdır. Fail, bu suç işleme kararından geri dönmesine yol açacak her türlü sebebe kapalı olmalıdır. İşte bu kararlarda, psikolojik bir durum, bir his olarak soğukkanlılık ve ruhsal sakinlik kavramlarının tasarlama kavramına yabancı olduğu, tasarlama kavramı ile bu psikolojik durumun ilintili olmadığı ortaya konulmuştur. Yani İtalyan Yargıtay'ının haklı olarak belirttiği üzere, buradaki soğukkanlılıktan amaç, suç işleme anındaki ruhi durumu değil, suç işleme kararına götüren psikolojik ve düşünsel süreçteki istikrarlı kararlılığı ifade etmektedir. Yani suçun işlenmesi sırasındaki soğukkanlılık aranmamaktadır. Suç işleme sürece ve kararındaki sebat ve ısrar ön plandadır.¹⁹⁷

Tasarlamayı soğukkanlılık teorisi ile açıklayanların fikrine göre; bir kimsenin uzun uzadıya düşünüp taşınmaksızın, bir suçu işlemeye niyet etmesi ve akabinde, yani aradan, soğukkanlılıkla düşünene kadar zaman geçmeksizin harekete geçmesi halinde basit kast mevcuttur. Bir kimsenin işlemeyi niyet ettiği bir suçu işlemezden önce, soğukkanlılıkla düşünüp taşındıktan sonra bu suç işleme niyetinden ve kararlılığından vazgeçmeyerek fiili işlemesi halinde, tasarlama vardır. Tasarlama fail suçu soğukkanlılıkla düşünüp taşınıp karar verdikten sonra işlemiştir. Tahrikte ise bir hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suç işleme söz konusudur. Bu nedenle tasarlama ile tahrik birarada bulunamaz. Çünkü iki zıt psikolojik hal aynı anda aynı kişide mevcut olamaz.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Okay ve Arslan, **a.g.e.**, s.1468.

¹⁹⁶ Okay ve Arslan, **a.g.e.**, s.1468.

¹⁹⁷ Günay, **a.g.e.**, s.66.

¹⁹⁸ Çağlayan, **a.g.m.**, s.37.

Aksi bir görüş ise şu şekildedir: Tasarlama ile işlenen suçlarda tahrik söz konusu olabilir mi? Tereddüt, tahrik ve tasarlamanın psikolojik esası arasında bir tezat bulunduğu düşüncesinden ileri gelmektedir. Tasarlama süreklilik arz eden, inatçı bir ruhi hâkimiyet mevcuttur, halbuki heyecan hali geçicidir ve daha ziyade bir coşkunluk hadisesidir. O halde tasarlama ile adam öldürmenin cezasını tahrikten dolayı indirmek mümkün olmamalıdır. Fakat bu düşüncedeki kesinlik, heyecanlar hakkında yukarıda bahsedilen psikolojik bilgiye uymamaktadır. Her ne kadar tasarlama suç tasavvuru, düşünme, kullanılacak vasıtanın seçilmesi, suç işleme için bir projenin hazırlanması gibi unsurlardan meydana gelmiş bir hadise mevcut ise de, tüm bu faaliyetin sakinlik içinde devam etmesi şart değildir. Bu nedenle tahrik altında kalan bir kimse de tasarlayarak hareket edebilecektir. O halde tasarlamanın tahrik ile birarada bulunamayacağı söylenemez. Ancak eğer tasarlama için suçun işlendiği sırada soğukkanlılık şart olarak kabul edilirse o zaman bu iki halin bağdaşması imkansız olur.¹⁹⁹

Tasarlamanın cezayı arttıran nitelikli hal sayılmasının hukuki temeli soğukkanlılık teorisi olmayıp, belirli bir süre içerisinde failin düşünüp taşınması ana hatları ile bir plan kurması ve bu plan çerçevesinde hareket etmesi ve böylece tehlike halini daha büyük bir ölçüde açığa vurması olduğu için tahrikle birarada bulunmasına engel bir psikolojik hal olmadığı gibi kanuni bir engel de yoktur. Bir başka deyişle hiddet ve şiddetli elem halinde bulunan kimsenin belirli bir düşünsel safhalardan geçerek bir plan dahilinde suç işlemesi mümkündür. Buna kanunen bir mani olmadığı gibi kabul edilen teori çerçevesinde psikolojik bir engel de söz konusu değildir. Tersine haksız bir saldırı ile karşılaşmış ve bunun doğurduğu ruhi bunalım içinde yapacağı hareketi planlaştıran ve buna göre hareket eden kimseyi tasarlama halinde saymamak sosyal savunma bakımından doğru olmayacağı gibi, aynı kişinin cezasını, bütün şartların bulunmasına rağmen, haksız tahrik dolayısıyla indirmemek ve sadece takdiri hafifletici sebeplerden yararlandırmak da hakkaniyete uygun düşmez.²⁰⁰

Tasarlama için şart olan kararlı harekete geçme zamanı arasındaki fasıla haksız tahrikte de bulunabilir, zira tepkinin haksız tahrik teşkil eden fiilin hemen sonununda yapılması, haksız tahrikin olmazsa olmaz şartı değildir; tasarlamanın bu iki şartı olan bu süre içerisinde bir plan kurulması da, haksız tahrikin psikolojik esasını oluşturan öfke ve

¹⁹⁹ Günay, a.g.e., s.67.

²⁰⁰ Günay, a.g.e., s.65.

elem hali ile bağdaşabilir, dahası bir kimsenin, bu gibi öfke ve üzüntü anlarında daha derin ve teferruatlı bir şekilde düşünüp taşınması, ruhunu saran oç alma ya da karşılık verme fikrinin etkisi altında planının daha iyi hazırlaması bile söz konusu olabilir.²⁰¹

Haksız tahrikle tasarlamanın birarada bulunabileceklerini belirten görüşlerden birinde şöyle denilmektedir: Bilindiği gibi tasarlama, adam öldürme suçunda nitelikli hallerden biridir. Tasarlanarak yapılan planlı bir adam öldürme fiilinde dahi karar ile bu kararın icrası arasında az çok bir zaman fasılasının geçmiş olması, bu iki kurumun birarada bulunabileceklerini ortaya koymaktadır. Zira haksız tahrikten failin yararlanabilmesi için suçun tahrik fiilinin hemen akabinde işlenmesi şart değildir. Haksız tahrike uğrayan failin, bundan duyduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında aradan geçecek zaman içerisinde işleyeceği tepki suçunu suçunu tasarlama ve hayata geçirmesi mümkündür.²⁰² Failin haksız bir tahrike uğraması ve bundan duyduğu hiddet veya şiddetli elemin tesiri ile ve bu tesirin devamı süresince işleyeceği suçu tasarlama ve kararlaştırması olasıdır. Bu durumda önemli olan şey faile tesir eden olan saikin mahiyetidir.²⁰³

Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarını inceleyecek olursak; eski tarihli bazı kararlarında haksız tahrik ile tasarlamanın birarada olamayacağına hükmetmiştir. 1.C.D, !976/1271,1651 esas karar sayılı kararında: "Maktulle kardeşi olay günü saat 11 sıralarında sanık ile kahvede kavga ettikleri, maktulün kardeşi sanığı dövdüğü gibi maktulünde sanığa söverek onu kahveden dışarı attığı aynı gün saat 19.00 sıralarında sanığın kahvede gördüğü maktülü öğleyin yediği dayağın tesiri ile öldürdüğü ve haksız tahrik kabul olduğuna göre taammüt yoktur"²⁰⁴ diyerek haksız tahrik ile tasarlamanın birarada bulunamayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay tasarlama konusunda ağırlıklı olarak soğukkanlılık teorisini benimsemiş ancak kimi kararlarında soğukkanlılık ve plan teorisini birlikte karma olarak uygulamıştır. Bunun sonucu olarak da yeni tarihli kararlarında istikrarlı bir şekilde tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceğine dair kararlar vermiştir.

²⁰¹ Dönmezer, **a.g.e.**, s.349.

²⁰² Necdet Yalkut, (1979), "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik", **Yargıtay Dergisi**, Cilt:5, Sayı: 2, Ankara, ss.243-252.

²⁰³ Savaş ve Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.691.

²⁰⁴ İzmir, **a.g.e.**, s.70.

Yargıtay 2002 tarihli bir kararında; “Sanığın 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini altı yaşında öksüz bırakan ve bilahare 1803 sayılı kanun uyarınca tahliye edilen maktulü öldürdüğüünün oluş ve kabulden anlaşılmasına, bu durumda aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına göre suçun münhasıran kan saiki ile işlendiğinden söz edilemeyeceği cihetle sanığın maktulü basit tahrik altında ve taammüden öldürdüğüünü kabulü suretiyle hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suça kan gütme vasfının ilave edilmesi ve TCK’nin 51/1 maddesinin tatbiki lüzumunun gözetilmemesi hukuka aykırıdır”²⁰⁵ demek suretiyle haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunabileceğine hükmetmiştir.

Yine 04.12.2006 tarih ve 2006/5354-5382 esas karar sayılı bir kararında Yargıtay; “Sanığın 1979 yılında ağabeyini öldüreni 20 yıl sonra tasarlayıp evi önünde pusu kurmak suretiyle kaleşnikof silahla öldürdüğü olayda, münhasıran kan gütme saiki düşünülmemeyeceğinden ilk olayda sanığın kardeşini kasten öldürüp 765 Sayılı TCK.nun 448, 51/1 ve 55/3. maddeleri uyarınca mahkum olup cezasının infaz edilerek çektiği nazara alınıp aradan geçen süreyi de göz önünde tutarak hafif tahrik etkisiyle tasarlayarak adam öldürme suçunu işlediğinin kabulüyle 765 Sayılı TCK.nun 450/4, 51/1 ve 59. maddeleriyle hüküm kurulması gerekirken bu hususta istikrar kazanmış içtihatlarla itibar edilmeyerek yazılı biçimde TCK.nun 450/10, 59. maddeleriyle hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir”²⁰⁶ şeklinde karar vermiştir.

Özetle ifade etmek gerekirse; cezayı hafifletici bir neden olan haksız tahrik ile cezayı artırıcı bir neden olan tasarlamanın birlikte aynı olayda var olup olmayacağı meselesi bu kurumların dayandıkları hukuki temeller konusundaki görüşlerin farklılığından kaynaklanmıştır. Bugünkü uygulama ve geline nokta her iki kurumunda birlikte uygulanabileceği yönündedir. Zira Yargıtay’ın son yıllardaki bu konudaki kararları istikrar kazanmıştır.

2.3.1.4. Haksız Tahrik ve Kan Gütme Saiki İlişkisi

Kan gütme olayı ya da kan davası, bazı toplumlara has, hukuki bir konu olmaktan çok sosyolojik ve kriminolojik araştırmaların alanına giren sosyal bir

²⁰⁵ İzmir, a.g.e., s.70.

²⁰⁶ Yargıtay 1.C.D.04.12.2006 Tarih ve 2006/5354-5382 Esas Kararı, **Kazancı Hukuk Otomasyonu**.

olaydır.²⁰⁷ Kan gütme, bir aile, kabile veya aşiretin üyelerine karşı, başka bir aile, kabile veya aşiret üyelerinin çeşitli sebeplerle duydukları kin dolayısıyla karşılıklı birbirlerinin hayatlarına son vermeleridir.²⁰⁸ Bir başka tanımda, kan davası olarak belirtilen olay, iki alt insan grubu arasında, belirli sebeplerle, karşılıklı olarak kişiler üzerinde devamlı zincirleme olarak devam eden cebir ve şiddete başvurulması demektir.²⁰⁹ Türk Hukuk Lügatine göre; “kan gütme saiki ile adam öldürme suçu; failin daha önceden öldürülen yakınının kanına bedel olmak üzere, bu suçun failini ya da bu failin akrabalarından ya da ailesinden birini öldürmesi veya öldürtmesidir.”²¹⁰

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda, kasten öldürme suçları 81 ve 82. maddelerde düzenlenmiştir. “Hayata Karşı Suçlar” başlığını taşıyan birinci bölümün 81.maddesinde “Kasten Öldürme” suçu yer almaktadır. Eski Türk Ceza Kanunumuzun 448. maddesi yerine ikame edilen bu maddede, kasten öldürme suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Madde yapılan düzenleme ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak suçun temel şekli yönünden müebbet hapis cezası öngörülmüştür.²¹¹ Kan gütme saikiyle adam öldürme suçu 82. maddenin (j) bendinde düzenlenmiş ve kasten adam öldürme suçunun nitelikli hali olarak gösterilmiştir. Bu suçun işlenmesi halinde, fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesinin (j) bendi gerekçesinde: “Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, kan gütme saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, failin sadece kan gütme saikına bağlı olarak işlenmiş olması halinde söz konusu olabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde, bu bent hükmü uygulanmaz” denilmiştir.²¹²

Kan gütme saikinin ne olduğu ve hangi hallerde kan gütme saikinden bahsedileceği, kriterlerinin ne olduğu ve tanımı kanunda belirtilmemiştir.

Kan gütme saiki ile öldürme suçunda, “saik” kötü bir anlayışın tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu suçun kesin olarak oluştuğu neticesine varabilmek,

²⁰⁷ Cengiz Otacı, (2008), “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:18, Ankara, ss.132-138.

²⁰⁸ Mahmut Tezcan, (1974), “Türkiye’de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:65, Sayı: 8, Ankara: ss.667-676.

²⁰⁹ İlhan Akbulut, (2006), “**Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme**”, Birinci Baskı, Kazancı Hukuk Yayın Evi, İstanbul, s.11.

²¹⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s.16, 21.

²¹¹ Akbulut, **a.g.e.**, s.21.

²¹² Çam, **a.g.e.**, s.78.

saikin doğru belirlenmesi gerekmektedir. Yapılacak araştırmada kan gütme saikının bulunup bulunmadığı irdelenecektir. Kan gütme saiki demek, failin sadece kan gütme, öldürülenin öcünü alma, bir görevin yerine getirilmesi bilinci ve niyeti ile işlenmesi demektir. Kan gütmede saikında görev bilinci vardır. Fail şiddet hareketlerine intikam almak, misli ile karşılıkta bulunmak, bağlı olduğu topluluk veya grup için zafer kazanmak ve onurunu kurtarmak amaçları ile başlamaktadır.²¹³

Failin kan gütme saikiyle hareket ettiğini kabul edebilmek için, önceki öldürme eyleminin etkisi altındayken bundan doğan intikam duygusuyla hareket etmemesi, eylemini, önceki öldürmeden kaynaklanan acı ve elemnin etkisi altında gerçekleştirmemiş olması gerekir. Kan gütme saikiyle öldürme, failin, ilk öldürme hareketinin doğurduğu kızgınlıktan doğan intikam duygusu geçtikten sonra, her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme kastı ve bilinci ile eylemi işlemiş olmalıdır.²¹⁴

Kanun koyucunun kan gütmeyi ağırlaştırıcı sebep saymasının ana nedeni, sosyolojik bir vakıa olan ve belli topluluklarda meşru görülen kan gütme olayları ile mücadele etmek isteğiştir. Yüksek Mahkememizin anlayışına göre de,” Kan gütme sebebiyle adam öldürme eylemini adiyen öldürme suçlarından ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, öç alma şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundandır. Bu tür suçlar için ayrı bir bent ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konmasındaki sosyal amaç ise toplumda kökleşmiş olan kötü bir göreneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir.”²¹⁵

Bireysel veya grupsal öç almaya dayanan bu kötü geleneğin tesirinden henüz kurtulamamış olan ilkel zihniyetteki aileler arasında devam eden kan gütme olayları ve özellikle kan gütme dolayısıyla insan öldürme suçlarını önlemek veya azaltmak için 1937 yılında 3236 sayılı kanun yayımlanmıştır.²¹⁶ Bugünkü düzenlemelerin temeli bu kanuna dayanmaktadır.

²¹³ Akbulut, a.g.e., s.16.

²¹⁴ Necati Meran, (2008), **Kişilere Karşı Suçlar**, 2.Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, s.72.

²¹⁵ Ahmet Zeki Polat, (1999), **Adam Öldürme Suçları**, 1.Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s.118.

²¹⁶ A.Pulat Gözübüyük, (1952), “Kan Gütme Cürümleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:10, Ankara, ss.1185-1198.

Bir insan öldürme fiilinin kan gütme saikıyla işlendiğinin kabul edilebilmesi için bazı şartların varlığı gereklidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.02.1991 gün 1/41,11.03.1991 gün 36/76,14.10.1991 gün ve 230/264 sayılı kararlarında belirtildiği üzere kan gütme; “failin daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra, suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi halinde söz konusu olur. Sözlük anlamı “sevk eden”, “götüren” olarak açıklanan saik; ceza hukuku açısından failin eyleme geçmesine etken olan neden veya nedenlerdir. Yasanın suç unsuru veya ağırlatıcı neden olarak kabul ettiği hallerde saika itibar edilmelidir. Adam öldürme suçunun kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulü için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir.

1.Olaya neden olan önceki hadise, ölümle sonuçlanmış olmalıdır.

2.Fail, önceki suç faili veya onun mensup olduğu grup ya da ailelerden birisini, öç alma duygusuyla ve bir görev bilinciyle öldürmelidir.

3.İlk öldürülen ile ikinci suç faili arasında kan hısımlığı bulunması şart olmayıp, suçun kan gütme saiki ile işlenmesi yeterlidir.

4.İlk öldürme olayı ile, ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içinde fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir.”²¹⁷

Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda mağdurun kim olacağına dair doktrinde ve Yargıtay'ın eski kararlarında uyum olmakla birlikte Yargıtay sonradan, suçun mağdurunun kimler olabileceğine ilişkin görüşünde değişikliğe gitmiştir. Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun mağduru, bir önceki öldürme suçunun failinin akrabası, yakını ya da mensup olduğu gruptan kişilerdir. Bu konuda farklı bir görüş yoktur. Yargıtay'ın pek çok kararında ifade edildiği şekilde “öldürülenin öldürülmesi kan gütme saiki ile öldürme kabul edilemeyeceği” dikkate alınırsa mağdur grubundan “önceki fiilin faili” nin çıkartıldığı anlaşılmaktadır.²¹⁸

²¹⁷ Meran, **a.g.e.**, s.73.

²¹⁸ Otacı, **a.g.e.**, s.121.

Kan gütme saikının haksız tahrikle bağdaşıp bağdaşmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Gerçekten haksız tahrik kanuni bir hafifletici sebep olmasına karşılık, kan gütme saiki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kanunda düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, intikam duygusunun yatıştırılması bu tür olayların niteliği olarak kabul edilmektedir. Fakat psikolojik gerçek göz önüne alınırsa kabul edilmeli ki, her öç alma duygusunun özünde tahrik mevcuttur. Bu nedenle kan gütme saiki ile öldürme olaylarında da diğer koşulları gerçekleştirdiği takdirde haksız tahrik indirimi yapılabileceği kabul edilmelidir.²¹⁹ Diğer bir görüşe göre, kan gütme saiki ile hareket edildiği hallerde, fail, kasten öldürme suçunu işlerken içinde bulunduğu grupta ya da alt kültürde egemen olan bir görevi yerine getirdiği bilinci ve iradesi ile ölenin kanına karşılık olmak üzere ve onun öcünü alma motivasyonu ile eylemini gerçekleştirmektedir. TCK'nin 29. maddesinde de bir kimsenin haksız bir fiil sonucu kapıldığı hiddet veya elemnin etkisiyle suç işlemesi söz konusudur. Bu bakımdan, aynı psikolojik duygu ya da saik, hem daha ağır cezayı hem de daha hafif cezayı gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğinden kan gütme düşüncesiyle işlenen kasten öldürme fiillerinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Diğer bir anlatımla faili, kan gütme şeklinde öç almaya iten nedenin, aynı zamanda haksız tahrik teşkil etmesi mümkün değildir denilmektedir.²²⁰

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin (j) bendindeki düzenleme ile bir yakını öldürülen failin kapıldığı öfke veya elem duygusuna kan gütme saiki mevcut ise hukuki değer tanımamış ve failin intikam alma duygusunu cezadan indirim nedeni olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle daha önce öldürülen yakınının intikamını almak duygusuyla ve görev bilinciyle hareket ederek suç işleyen fail, yakınının öldürülmüş olması nedeniyle hiddet veya elem kapıldığını ileri süremeyecektir. Faili, kan gütme saikiyle adam öldürme suçunu işlemeye sevk eden kin ve intikam duygusu, haksız tahrik kurumunun içermediği, ceza hukukunun cezayı hafifletmek için kıymet vermediği bir husustur. Bu maddenin gerekçesinde de “sırf kan gütme saiki ile adam öldürme suçu işlenmişse” olaya haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Burada altı çizilmesi gereken husus kan gütme saikinde hukukun kabul etmediği “intikam” duygusu faili suça yöneltmiştir ve bu durum haksız tahrikin varlığı için

²¹⁹ Nur Başar, (1980), “Türk Ceza Hukukunda Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:71, Sayı:4, Ankara, ss.353-363.

²²⁰ Artuk, **a.g.e.**, s.536-537.

aranan hiddet veya elemenden farklıdır.²²¹

Bu konuda farklı bir yaklaşım getiren Otacı kan gütme saikı ile işlenen öldürme suçlarında haksız tahrikin var olup olmayacağı konusunda şunları ifade etmektedir:

Kan gütme saikı ile insan öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı mağdurun kim olduğu ile yakından ilgilidir. Suçun mağduru, önceki öldürme eyleminin faili ise,-Yargıtay her ne kadar bu ihtimalde suçun kan gütme saikı ile işlenmediği görüşünde ise de- suçun kan gütme saikı ile işlendiğinin kabulüne ve fail hakkında haksız tahrik indirimi uygulamaya kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı nedenin cezanın hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici nedeni olmayacağı doğrudur. Ancak bu suç tipinde sanığa, saikı nedeniyle ile daha ağır bir ceza öngörülmektedir. Failin, ilk suçun fiilinden gelen haksızlığa uğradığı da ortadadır. Bu durumda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmek, sanığı, maruz kaldığı haksızlık nedeniyle işlediği suç için iki defa cezalandırmak gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu gibi hallerde sorunun, biraz da suç tipinden kaynaklandığını ifade etmek gerekir. Bunun haricinde, kan gütme saikı ile kasten öldürme suçunda fail, devletin cezalandırma hakkına müdahale ederek, kamu otoritesini sarsacak şekilde yeni bir suç işlemektedir. Önceki öldürmeye mukabil yeni bir öldürme eyleminde bulunması, cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesidir. Suçun failinin, haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağını ileri sürmek, haksızlığa uğramış olmayı suç tipinin unsuru haline getirir. Kan gütme saikını doğuran ve kendisi de başka bir saik olup kan gütme saikının zeminini oluşturan haksızlığa maruz kalmak, aynı saik ya da aynı neden de sayılamaz.²²²

Mağdur, önceki öldürme eyleminin failinin yakın akrabası, mensup olduğu aile, aşiret veya gruptan birisi ise, mağdurdan kaynaklanan faile yönelik haksız bir eylem olmadığı için tahrik indirimi uygulamak mümkün olmayacaktır. Haksız tahrikin uygulanabilir olduğunu savunan yazarların, suçun mağdurunun, önceki öldürme eyleminin faili olabileceğini kabul ettiği sonucunu çıkarmak gerekir.²²³

²²¹ Aydın, **a.g.m.**, s.244.

²²² Otacı, **a.g.e.**, s.132-133.

²²³ Otacı, **a.g.e.**, s.133.

2.3.1.5. Haksız Tahrik ve Töre Saikı İlişkisi

Töre saikıyla insan öldürme suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kişilere karşı suçlar kısmında hayata karşı suçlar bölümünde 82. maddenin (k) bendinde düzenlenmiştir. Töre saikı ile öldürme suçu bu düzenlemeye göre kasten öldürmenin nitelikli bir hali olarak kabul edilmiş ve cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis olarak yaptırıma bağlanmıştır. Töre saikı ile öldürme suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda mevcut olmayıp bu özelliği ile yeni bir düzenlemedir.

Töre saikı ile öldürme suçu ve bu suçun haksız tahrik kurumu ile ilişkisine girmeden önce konunun daha iyi anlaşılması için töre ve töre saikı kavramlarını açıklamakta yarar görmekteyiz.

“Bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet,”²²⁴ ya da insanların şu ya da bu alandaki yaşama biçimlerini düzenleyen, çok uzun bir zamandan beri kökleşmiş bulunan değişmez davranış kuralları bütünüdür.²²⁵ Sosyolojik anlamıyla, kuşaktan kuşağa aktarılan, toplumun, topluluğun üyeleri arasında güçlü bir bağ yaratan alışkanlıklar, kültürel aktarımlar, bilgi, adet ve davranışlardır.²²⁶

Töre saikı ile insan öldürme bir başka ifade ile namus cinayeti, kız çocuklarının veya kadınların, ailenin veya bulunduğu toplumsal grubun egemen gelenek veya törelerinin belirlediği namus anlayışını ihlal ettiği, dolayısıyla aile şerefini lekelediği, aileye veya erkeğe utanç kaynağı olduğu gerekçesiyle, aile meclisinde alınan kararlar veya erkeğin kişisel kararıyla öldürülmesidir.²²⁷

Töre cinayetlerinin temel nedenleri olarak, toplumsal bilinç ya da organik dayanışma, female grup üyelerinin seksüel tatmin aracı olarak sınırlı varlık oluşu, toplumun female grup üyelerindeki rol beklentisi ve kadının aile içerisindeki statüsü, itaat ve yoksulluk kültürü, namus ve şerefün üstün toplumsal bir değer olarak algılanması ve toplumsal eğitim eksikliği şeklinde öne sürülmektedir. Töre cinayetlerinin tek nedeni bekâret olmayıp, esas itibarıyla kültür ve geleneklerin kadınlar

²²⁴ T.D.K., a.g.e., s.2244.

²²⁵ Akbaba, a.g.m., s.333.

²²⁶ Salih Zeki İskender, (2009), “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:35, Sayı: 127, Ankara, ss.5-60.

²²⁷ Vildan Yirmibeşoğlu, (2007), **Toprağa Düşen Sevdalar**, Mega Basım, İstanbul, s.74.

ve kızlar için koyduğu kurallara aykırı hareket edilmesidir. Hatta kadının bu kurallara uymayacağını sadece beyan etmesi dahi kimi zaman bu tür cinayetlerin işlenmesine neden olabilmektedir. Böylece erkeklere itaat etmemenin bu tür öldürmelerin temel nedeni olduğu ifade edilmektedir.²²⁸

Töre cinayetlerinin ortak özelliklerine bakıldığı zaman şu hususlar öne çıkmaktadır;

1.Ailenin veya erkeğin, kendinde kadının yaşamını belirleme ve yönetme hakkı görmesi, bedeni üzerinde hak sahibi olduğunu düşünmesi

2.Kadının isteyerek ailenin onaylamadığı karşı cinsle yaşadığı bir ilişki veya mağduru olduğu bir cinsel saldırı

3.Aile veya erkeğin, kendini kanun koyucu veya hâkim yerine koyarak kadını suçlaması ve yargılaması

4.Çevre, toplum baskısı, namus veya törelerin getirdiği bir zorunluluk

5.Kadının kirlenmiş bir mal veya eşya gibi görülmesi

6.Bu cinayeti bilinçli bir şekilde işleyerek utancın kaynağını ortadan kaldırmakla namus ve şerefin temizleneceğine olan inanç

7.Kadının öldürülmesiyle failin toplum ve çevrede saygınlık kazanacağı düşüncesi

8.Aile üyelerinin sosyal kurtuluşunun sağlanacağı inancı.²²⁹

Bu anlatılanlar çerçevesinde namus, kadın bedeni ve cinsellik odaklı algılanmaktadır bu algılamaya da töre nedeniyle işlenen cinayetlere altyapı oluşturmaktadır. Öte taraftan da kişinin çevresinin baskısı altında kalması ve aslında toplumun suçlu görünmesi yönündeki görüşler kişinin işlediği suçun hafife alınmasına ortam hazırlamaktadır.²³⁰

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinin (k) bendinde düzenlenen töre saikiyle öldürme suçunda "saik" suçun unsuru olarak kabul edildiğinden bu suç

²²⁸ Akbaba, **a.g.m.**, ss.337-338.

²²⁹ Yirmibeşoğlu, **a.g.e.**, s.50.

²³⁰ Akbaba, **a.g.m.**, s.339.

açısından özel kast aranmaktadır.²³¹ Töre saiki kavramı, öldürme suçunun bir unsuru olarak ceza hukuku uygulaması açısından sosyolojik ve folklorik terim olmaktan öte hukuki bir anlam taşımaya karşın, yasada içeriği belirlenip tanımlanmamıştır.²³² Saik kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan duygu ve düşünceler bütünüdür. Hatta “failin harekete geçmesine yol açan nedendir” demek dahi uygun olabilecektir. İnsan yaptığı hareketleri mutlaka belli bir saikle yapar. Suçun unsuru olarak saike yer verilmesi, failin belirli bir saikle hareket etmesinin, o suçun benzer suçlardan ayırt edilmesinde önemli bir etmendir.²³³

Yargıtay’ın kasten insan öldürme suçlarının temyiz incelemesi ile görevli Birinci Ceza Dairesi’nin, “töre saiki” kavramını tanımlayan ve benzer suçlardan ayırt edilmesinin kriterini açıkça ortaya koyan emsal oluşturacak bir kararı bulunmamaktadır. Bunda Yargıtay’ın içtihat mahkemesi işlevini yapamamasından kaynaklanan işleyişin yanında, töre saikiyle öldürmenin kanunumuza yeni girmiş bir suç olmasının ve “töre” sözcüğünün hukuksal anlamda tanımlanmasındaki zorluğun büyük bir payı vardır.²³⁴

Töre saikiyle öldürme fiilleri bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir husustur. Yeni Türk Ceza Kanunumuzun 29.maddesi-haksız bir tahrikin meydana getirdiği- formülünü kullanmıştır. Kanunun gerekçesinde de bu, hiddet veya şiddetle elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle töre ve namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik düzenlemesinin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir, şeklinde açıklanmıştır. Fakat bu gerekçe yerinde değildir. Çünkü eski düzenlemeden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Burada şu söylenmelidir ki, töre saikiyle insan öldürme olaylarında örneğin, mağdurun ırzına geçilmiş olma gibi çoğu zaman mağdurdan kaynaklanan bir haksız fiil bulunmaz. Kaldı ki kasten öldürme suçu, töre saikiyle işlenirse artık nitelikli insan öldürme olarak kabul edilmiştir. Aynı sebep hem haksız tahrikte indirim sebebi hem de adam öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilemeyeceğinden artık fail haksız tahrik indiriminden faydalanamayacaktır. Öte taraftan görev bilinci olmaksızın diğer bir deyişle töre saikinden söz edilemeyen hallerde haksız fiilden meydana gelen hiddet

²³¹ Akbaba, **a.g.m.**, s.342.

²³² İskender, **a.g.m.**, s.7.

²³³ Demirbaş, **a.g.e.**, ss.343-344.

²³⁴ İskender, **a.g.m.**, s.30.

veya şiddetli elemin etkisiyle suç işleyen fail haksız tahrik indiriminden faydalanacaktır. Örneğin; kendisini aldatan eşini hiddete kapılarak görev bilinci olmaksızın öldüren fail haksız tahrik indiriminden yararlanır.²³⁵

Töre saikıyla gerçekleştirilen öldürmelerde haksız tahrik hükümlerinin önceki kanun döneminde uygulanması dolayısıyla, kanunumuzun bu açık hükmü karşısında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının önüne geçilip geçilmediği tartışmalıdır. 82. madde ile 29. maddenin gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, bir suç mağduruna yönelik töre cinayetlerinde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı, diğer hallerde ise uygulanmasına bir engel bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.²³⁶

Bir öldürme eyleminin töre saiki ile gerçekleştirildiğinin ispatlamış olması gerekir. Fail ancak böyle bir durumda haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaz. Madde gerekçesindeki ifadelerle göre, ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerekmediği durumlar töre saiki ile öldürmenin konusunu oluşturabilir. Aksi söyleyişle haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği öldürme eyleminin töre saiki olduğu kabul edilemez.²³⁷ Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesi gerekçesinde, “töre saikıyla öldürme suçunun işlenebilmesi için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekir” açıklaması yer almaktadır. Bu açıklamadan çıkartılması gereken sonuç, namus cinayetleri kapsamında değerlendirilebilecek suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması tamamı ile yasaklanmamış, tam tersine, haksız tahrikin mevcut olduğu öldürme suçlarında bu nitelikli halin uygulanamayacağı söylenmek istenmiştir.²³⁸

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin töre saiki ile işlendiğini kabul ettiği bazı kararları aşağıya alınmıştır;

“Cezaevinde olan eşine karşı boşanma davası açarak başka bir erkekle yaşamaya başlayan yengesinin ailenin namusunu eksilttiği gerekçesiyle öldürülmesi”,

“Başka erkeklerle ilişki kurarak kocasını aldattığı yolunda çıkan dedikodulara inanılan, ailesiyle birlikte yaşama isteğini geri çeviren kız kardeşin yaşam tarzının ailenin namusunu ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle öldürülmesi”,

²³⁵ Özbek, **a.g.e.**, s.383.

²³⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.247.

²³⁷ Meran, **a.g.e.**, s.76.

²³⁸ İskender, **a.g.m.**, s.36.

“Kız kardeşin eşinden hamile kalarak çocuğunu aldırın, durumun ailede öğrenilmesi üzerine kaçarak gizlendiği yerden bulunarak eve getirilen dul bir kadının, kardeşleri ve eniştesinin yardımıyla babası tarafından annesiyle birlikte öldürülmesi”,

İstemediği birisiyle dinsel törenle evlendirilen kadının, kısa bir süre sonra evi terk ederek kaçtığı sevdiği kişi ile yakalanarak, görevlendirilen iki yakın akrabası tarafından öldürülmeleri”,

“Ailesiyle yaşadığı konutu sıkça terk ettiği için istemediği biriyle evlendirilen, ancak evliliğin yürümemesi üzerine baba evine dönen, daha sonra da evden ayrılarak kendi başına yaşamını sürdüren, bu süreçte hamile kalan kadının aile bireylerinin kararı doğrultusunda annesi ve kız kardeşi tarafından uyurken öldürülmesi”²³⁹, eylemleri töre saiki ile öldürme suçu olarak kabul edilmiştir.

Bunun tersine;

“Evli bir erkekle cinsel ilişki kurarak kızlığı bozulan kız kardeşin öldürülmesi ve ona cinsel saldırıda bulunan erkeğin öldürülmeye kalkışılması”,

“Başkalarından gebe kaldığı için evlendirildiği kişi tarafından baba evine gönderilen kızını ve başkalarıyla ilişkisi olduğundan kuşkulandığı eşini aynı anda öldürmesi”

“Kocasından ayrılarak, kendi başına yaşayan ve baba evine dönmesine ilişkin isteği geri çeviren kadının erkek kardeşi tarafından öldürülmesi”,

“Yaşam tarzı nedeniyle çevrede kötü kadın olarak hakkında dedikodu yapılan kadının, bu durumu açıklaması istenildiğinde “başıma erkek mi kesildin” yanıtına öfkelenen erkek kardeşi tarafından öldürülmesi”,

“Çevrede bir market sahibi ile ilişkisi bulunduğuna ilişkin, eşi tarafından önemsenmeyen dedikodulardan kaçmak amacıyla başka bir ilçeye göç hazırlığı yapan kadının kocasının kardeşi tarafından öldürülmesi”,

“Cep telefonuyla başka erkeklerle konuştuğu gerekçesiyle eşi tarafından babası evine bırakılması üzerine baba evine geri gönderilme nedenini açıklaması istenilen ablanın “sen küçüksün anlamazsın” karşılığında öfkelenen erkek kardeş tarafından

²³⁹ İskender, **a.g.m.**, s.31-32.

öldürülmesi”,

“Aile baskısına dayanamayıp evlendiği erkeğin boşanma isteğiyle evini terk ederek birlikte yaşadığı erkeğin, kadının erkek kardeşlerince öldürülmesi”²⁴⁰, eylemlerini töre saiki ile insan öldürme suçu olarak kabul etmemiştir.

765 sayılı TCK m. 462’de “zina veya gayri meşru cinsel ilişki esnasında adam öldürme veya müessir fiil” suçu söz konusu ise mağdurun cezası belli bir oranda azaltılmaktaydı. Bu hüküm belli bir suç tipinde ancak belli kişiler yönünden uygulama alanı bulduğundan “özel haksız tahrik“ hali olarak kabul edilmekteydi. Maddede geçen “gayri meşru cinsel ilişki” ifadesinin hukuki bir tanımının mevcut olmaması ve belirsizliği, kadın ve erkeğin zinasını düzenleyen hükümlerin Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiş olması ve cezanın genel tahrik hükmüne oranla daha fazla indirilmesi nedeniyle m. 462 hükmü eleştirilmekteydi. Daha sonra bu hüküm, 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı Kanunun 19.07.2003 tarih ve 25173 no lu Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla yürürlükten kaldırılmıştır.²⁴¹

5237 sayılı TCK.’nun da bu hükme yer verilmemiş olması isabetlidir; ancak zina veya hukuka aykırı cinsel ilişki tahrik teşkil edebileceğinden bu durumu, namus saiki ile işlenen adam öldürmeye neden olan davranışlardan ayrı tutmak gerekecektir. Cinsel ilişki hukuka aykırılık teşkil etmiyorsa bu durumda haksız tahrikin “hukuka aykırı olma” şartı da gerçekleşmemiştir ve olayda haksız tahrik indirimi uygulanamayacaktır. Örneğin, reşit bir genç kızın erkek arkadaşıyla birlikte aile gibi yaşaması nedeniyle babası ya da boşanmış kadının başka bir erkekle yaşaması nedeniyle boşandığı kocası tarafından öldürülmesinde mağdurdan kaynaklanan bir haksız tahrik söz konusu değildir. Burada söz konusu olan kanunla yasaklanmış olan namus saiki ile insan öldürme suçudur. Ancak evlilik birliği devam ederken kocasını başka bir kadınla cinsel ilişki esnasında gören kadın, kapıldığı hiddetin etkisiyle kocasını öldürürse bu durumda haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir.²⁴²

Töre saiki ile adam öldürme eylemlerinde, tarafların gayri meşru ilişkisinin akrabalar açısından haksız eylem teşkil edip etmediği konusu incelenecek olursa; ceza

²⁴⁰ İskender, **a.g.m.**, s.32-33.

²⁴¹ Çam, **a.g.e.**, s.84.

²⁴² Aydın, **a.g.e.**, s.246-247.

hukuku ile örf ve adet arasında, özellikle cinsel özgürlüğe yönelik suçlar arasında yakın ilişki vardır. Zira ceza hukuku, temelini örf ve adetlerden alan cinsel ilişki yasaklarını ve kısmen de bunların sonuçlarını düzenlemektedir. Gelenek ve görenek gereği ailede bir kadının gayri meşru ilişkisinin tüm aile bireyleri açısından haksız tahrik oluşturacağı, zira kadının namusundan geniş anlamda bütün ailenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Bu tarz bir örf adet namus cinayetlerinin artmasına sebebiyet vermekte, kanun koyucu ve uygulayıcı da adeta bu örf ve adeti desteklercesine, böyle bir düşünceyi kanuni indirim nedeni olarak kabul etmektedir. Belirtilen örf ve adete rağmen, Türk mevzuatında evlilik dışı cinsel ilişki olarak da nitelendirilebilecek gayri meşru ilişkiyi yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca Medeni Kanun eşler arasında sadakat yükümlülüğü getirmektedir. Bu açıdan evlilik dışı ilişkinin eşler dışında diğer akrabalar açısından tahrik nedeni haksız bir fiil olarak kabul edilmemesi gerekir. Zira cinsel ilişki kişinin cinsel özgürlüğü çerçevesinde ele alınmalıdır. Sadakat yükümlülüğü bulunmayan bir kimsenin cinsel ilişkisinin, ailenin diğer fertleri bakımından bir haksızlık teşkil ettiği yasal açıdan kabul görmemelidir. Mağdurun eyleminin hukuka aykırılık teşkil etmemesine rağmen fail bu eylemden dolayı hiddet ve şiddetli elem içine düşmüşse, kanunun uygulanması bakımından göz önüne alınmaması, haksız bir fiil olarak kabul edilmemesi gerekir.²⁴³

Bu konuda yeni tarihli bir Yargıtay içtihadı bu görüşü desteklemektedir. Yargıtay 1.C.D. nin 08.04.2009 tarih ve 2009/2339-1937 esas karar sayılı kararında:

a) Yengeleri Gül bahar'ın maktul Murat ile kaçarak 2-3 ay birlikte yaşamasını ailenin namus ve şerefini eksilten bir davranış olarak nitelendiren sanıkların, eylemlerini ailenin namusunu kurtarma, töre saiki ile gerçekleştirdikleri anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK'nin 82/1-k maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek kasten adam öldürme suçundan aynı Yasa'nın 51. maddesi ile hüküm kurulması,

b) Olay tarihinde evli ve reşit olan Gülbahar ile maktul Murat'ın yaşam tarzlarının sanıklara yönelik haksız tahrik oluşturmayacağı gibi, maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı

²⁴³ Ayşe Nuhoglu, (2004), "Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:1-2, İstanbul, ss.205-213.

düşünülmeden, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini,”²⁴⁴ demiştir.

Töre saiki ile öldürmelerde bu maddenin uygulanabilmesi, öldürme eyleminin haksız bir tahrikin etkisi altında olmadan yalnızca “töre” kurallarının baskısı altında ya da bu konuda aile meclisinin ya da failin bağlı bulunduğu aile, aşiret, topluluk ya da toplum kesimi tarafından alınan bir kararın sonucu olarak gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır.²⁴⁵

Failin aile üyelerinden birini öldürmüş olması gerekmektedir. Fakat burada aile kavramı dar anlamda altsoy, üstsoy ve civar hısımlığını değil, geniş anlamda aileyi içermektedir. Faillerde yaş ve cinsiyet sınırlaması da söz konusu değildir. Genellikle erkekler olmakla birlikte kadınlar da suçun faili olabilirler. Yaşın küçük olması bir ölçüt değildir. Fakat aile meclisi kararıyla işlenen öldürme fiillerinde failer henüz reşit olmayan aile üyeleri arasından seçilmektedir.²⁴⁶

Özetle ifade edecek olursak, töre saiki ile öldürme suçu Türk Ceza Kanunu’muza yeni girmiş bir düzenleme olup, “töre” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde ve uygulamada tam bir uyuşma söz konusu değildir. Ancak kesin olan husus töre saiki ile öldürme suç işlenmişse haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağıdır. Yine tartışma konusu olmayan bir başka nokta ise töre saiki ile öldürmelerde, haksız tahrik indiriminin bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla faile uygulanamamasıdır.

2.3.1.6. Haksız Tahrik ve Akıl Hastalığı İlişkisi

Akıl hastalığına ilişkin düzenleme Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 32. maddesindedir. Yeni 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun bu maddesinde,” **[1] Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur [2]. Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet**

²⁴⁴ Yargıtay 1.C.D. nin 08.04.2009 Tarih ve 2009/2339-1937 Esas Kararı, **Kazancı Hukuk Otomasyonu**.

²⁴⁵ Meran, **a.g.e.**, s.77.

²⁴⁶ Ece Göztepe, (2005), “Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanununun Bir Değerlendirmesi”, **TBB Dergisi**, Yıl:18, Sayı:59, Ankara, ss.29-48.

hapis cezası yerine yirmileş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir”²⁴⁷ demektedir.

Akıl hastalığı, kişinin anlama, yorumlama ve irade yeteneğini etkileyen psikolojik veya nörolojik rahatsızlıktır. Bu nedenle akıl hastalığı, failin işlemiş olduğu fiilini hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu durum failin ceza sorumsuzluğunu doğuran yani kusurluluğunu ortadan kaldıran bir durumdur. Akıl hastalığı nedeniyle, gerçekleştirdiği eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu eylemle ilgili olarak hareketlerini yönlendirme kabiliyeti önemli ölçüde azalmış olan kişiye Ceza Kanununun 32. maddesine gereğince ceza verilmez, fakat bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.²⁴⁸

Akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı bulunan kişiler yönünden haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışılan bir husustur. Doktrindeki görüşlere geçmeden önce kanaatimce şöyle bir tasnife gitmek doğru olacaktır. Akıl hastası ya da akıl zayıflığı olan kişi haksız fiilin mağduru mu? Yoksa haksız fiili yapan, meydana getiren mi? Bu iki ihtimale göre bir ayrıma gitmek meseleyi daha anlaşılır kılacaktır.

Öncelikle haksız fiili yapan yani haksız fiile sebebiyet veren kişinin akıl hastası ya da akıl zayıflığının olması durumunu inceleyelim:

Tam akıl hastalığının bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını, sadece kusurluluğu etkileyen ve bu yönüyle ceza verilmemesine neden olan bir durum olduğunu ifade etmiştik. Tam akıl hastalığı ile tahrikin birlikte bulunması halinde cezasızlık sebebi olan akıl hastalığı tahriki ortadan kaldırır. Bu iki hal nitelikleri gereği birleşemez.

Kısmi akıl hastalarının ise cezai ehliyetleri tam olmasa da mevcut olduğundan bu kişilerin eylemlerinden tahrike kapılarak tepki suçu işleyenlerin haksız tahrik hükümlerinden faydalandırılmaları gerekir.

²⁴⁷ 5237 Sayılı TCK. (2004), md.32.

²⁴⁸ Ercan, a.g.e., s.242.

Haksız fiilin kısmi akıl hastası olan kişiye yapılmış olması meselesine gelince Dönmezer konuya şöyle yaklaşmaktadır; haksız tahrik ile bağdaşabileceği tartışılan hallerden biri de, tam olmayan akıl hastalığıdır. Haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunabileceği, hatta kısmi akıl hastasının içinde bulunduğu durum itibariyle, daha kolaylıkla hiddetlenebileceği ya da eleme uğrayabileceği genel olarak kabul olunmaktadır. Fakat haksız tahriki teşkil eden fiil, failin şuur ve hareket serbestisini önemli derecede etkileyecek bir nitelik almış ve bunun sonucu olarak da fail geçici bir sebeple kısmi akıl rahatsızlığına tutulmuş ise ortada artık haksız tahrikin değil geçici sebebin bulunduğu kabul edileceği için her iki halin bir arada bulunamayacağı sonucuna varmak gerekir. Yine fail kısmi akıl hastası olup da kendi aleyhine herhangi bir haksız saldırı bulunmadığı halde sırf hastalığı mesela takip olunmak kaygısı yüzünden böyle bir saldırının bulunduğu zannına kapılmış olur ve bundan doğan hiddet veya elemnin etkisi altında suç işlemiş bulunursa hiddet veya elem olmayan haksız tahrikten değil de failin kısmi akıl hastalığından neşet etmiş olacağından, yine bu iki halin birleşmesinden söz etmek doğru olmaz. Ancak bu iki istisnai halden başka kısmi akıl hastasının da haksız tahrikin etkisi altında kalabileceği açıktır.²⁴⁹

Haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunabilmesi olasıdır. Zira kısmi akıl hastalığı ile haksız tahrikin hukuki temeli birbirinden bağımsız ve gerçek birer temeli olduğu için, böyle bir durumda -aynı halden dolayı iki defa ceza indirilmesi yasağı- ihlal edilmiş olmaz. Fakat tahriki teşkil eden fiil, failin şuur ve hareketinin serbestisini önemli derecede kaldıracak bir ruhi karışıklığa neden olmuşsa artık haksız tahrikten değil geçici nedenden söz edilir. Böyle bir durumda ruhi karışıklığın şiddetine göre, kısmi isnat yeteneği veya isnat yeteneğinin tamamen kalkması da mümkün olabilir. Sonuç olarak, bu gibi hallerde 5237 sayılı TCK m.34/1 hükmü uygulanacaktır. Ancak fail kısmi akıl hastalığından dolayı tahrik edilmediği halde tahrik edildiği zannına kapılarak suç işlerse, heyecan durumu haksız tahrikten değil, failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş olduğundan, haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunmasından söz edilemez ve fail hakkında sadece kısmi akıl hastalığına ilişkin hüküm uygulanır.²⁵⁰

²⁴⁹ Dönmezer, **a.g.e.**, s.350.

²⁵⁰ Günay, **a.g.e.**, s.69.

Sarhoşluk halinde de haksız tahrikin objektif şartları gerçekleşmişse haksız tahrik hükmü uygulanır. Ancak failin sarhoş olması nedeniyle tahrik edilmediği halde tahrik edildiği zannına kapılması halinde TCK 29. madde uygulanmaz, failin kendisine selam vereni, sarhoşluğu sebebiyle hakaret ettiğini zannederek öldürmesi örneğinde olduğu gibi.²⁵¹ Zira vehim ve zannın tahriki oluşturmayacağını yukarıda ifade etmiştik.

Cezai ehliyeti olmayan kişilerin fiilleri , sanığın bu durumu bilip bilmemesine göre değerlendirilmelidir. Nitekim cezai ehliyeti olmayanların haksız tahrik teşkil eden hareketlerine muhatap olup da bunların kişisel durumları hakkında kusursuz olarak yanılan failerin hiddet veya şiddetli bir elemin tesiriyle suç işlemeleri halinde haksız tahrik uygulanmalıdır. Örneğin, kendisine hakaret eden mağdurun akıl hastası olduğunu bilen fail kapıldığı hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle mağdura müessir fiil ika etmesi halinde haksız tahrik hükmünden yararlanamaz. Bir başka görüşte ise, cezai ehliyetsizlik hukuka aykırılığı kaldıran bir durum teşkil etmediğinden başka bir ifade ile subjektif sebeplerle cezai yaptırımlara muhatap olmayan ehliyetsizlere hukuka aykırı hareketlere bulunma hakkı tanınmadığından bunların hareketleri haksız tahrik oluşturur. Örneğin, kendisine müessir fiil işleyen akıl hastası olduğunu bilen bir kimsenin, ehliyetsize mukabelede bulunması halinde hakkında şartları varsa haksız tahrik hükümleri uygulanabilir.²⁵²

Tutumluya göre, diğer yasalar gibi Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahriki düzenleyen hükmü de ortalama insan psikolojisini referans almaktadır. Ne aşırı alıngan ne de tamamen duyarsız bir kişiliktir tahrik kurumunun öznesi. Öyleyse makul hareket tarzı anlama ve yorumlama yeteneğine sahip olmayan akıl hastalarının hukuka uygun olması beklenmeyen hareketlerini hoş görmektedir, öfke ve elem konusu yapmamaktadır. Bu nedenle belirtilen özellikteki kişilerin davranışlarına tepki olarak suç işleyen failerin cezasından tahrik hükümlerine göre indirim yapılmamak gerekir. Ancak, failin haksız eylemde bulunan kişinin bu özelliğinden haberi yoksa, bunu bilecek olanak ve koşullara sahip değilse, bu durumda haksız tahrikle ilgili maddeden yararlandırılması hakkaniyet ilkesine uygun düşer demektir.²⁵³

²⁵¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s.403.

²⁵² Artuk, **a.g.e.**, s.547.

²⁵³ Tutumlu, **a.g.e.**, s.29.

Zihinsel özürlü dört çocuğun öldürülmesiyle sonuçlanan bir olayda Yargıtay, çocukların rahatsız edici hareketlerinin “haksız eylem” sayılamayacağını belirten kararında şöyle demiştir:

“Yakın akraba evliliği yapan sanığın zihinsel özürlü beş çocuğu olmuş ve daha sonra karısından boşanmıştır. Yeniden evlenen sanıkla ikinci eş arasında çocukları nedeniyle münakaşa çıkmış ve huzursuzluk başlamıştır. Çocukların tümü piknikte zehirlenmişler, en büyükleri olan Ç.S. ölmüş, diğerleri tıbbi tedavi ile kurtarılmışlardır. Üvey anneleri çocuklara kötü davranmaya başlamış, onları dövmüş hatta yemek vermemiş ve ellerini yakmıştır. Okulda da başarılı olamayan çocuklar, çevreyi rahatsız etmişler ve evde kalmaya başlamışlardır. Sanık, çocuklarını yetiştirme yurduna vermeye çalışmış, sonuç alamamıştır. Bu ortam içerisinde bulunan sanık, olay günü eşi ile birlikte çıkmış, bilahare tek başına geri dönerek kapıyı kırmış ve içeri girmiştir. Odada oynamakta bulunan maktulleri sırasıyla, öteki odaya getirip bel kemeri ve naylon ipe boğmuş, hazırladığı fidye mektubunu masaya bırakarak cesetleri arabasının bagajında kent dışına çıkarıp çalılıklara bırakmıştır.

Sanık, işyerinde çağrılması üzerine çalışırken çağrılması üzerine eve gittiğinde olayı öğrendiğini söylemiş, bir süre sonra Asayiş şube müdürlüğüne imzasız mektup yazarak cesetlerin bulunduğu yeri tarif etmiştir. Cesetlerin bulunmasından sonra alınan ifadesinde, olayı ayrıntıları ile anlatmış, TCK'nin 450/1, 4, son maddeleri gereğince dört kez idam cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Tahrik konusu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda tartışılmış şu sonuca varılmıştır; maddi olayda maktullerin sanığa yönelik haksız eylemlerinden söz edilemez. İki ila dokuz yaşları arasında bulunan maktullerin zihinsel özürlü olmaları, evde huzursuzluğa sebebiyet vermeleri, çevreyi rahatsız etmeleri okulda başarısız olmaları üzüntü kaynağı ise de haksız bir fiil olarak kabul edilemez. Maktullerin zihinsel özürlü olmaları ile sanığın eylemi arasında bir hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Aksi takdirde yatalak hastanın öldürülmesi halinde de haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durumda ise, “Tahriki oluşturan haksız bir fiil olmalıdır” koşuluna aykırıdır. Çocukların kendi maluliyetlerinin babalarına karşı haksızlıkları veya haksız hareketleri olarak kabul

ve değerlendirilmesine hukuken imkan yoktur.”²⁵⁴

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

2.3.1.7. Haksız Tahrik ve Yaş Küçüklüğü İlişkisi

Yaş küçüklüğü TCK'nin 31. maddesinde yer almaktadır. Bu madde incelendiğinde çocukların hukuki konumları üç kategori altında düzenlenmiştir. Bunlar cezai sorumluluğun bulunmadığı 0-12 yaş, cezai sorumluluğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmemesine göre belirlendiği 12-15 yaş ve cezai sorumluluğun bulunduğu 15-18 yaş dönemleridir.

Birinci dönem olan 0-12 yaş dönemine göre; suçu işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların kusur yeteneği yok farz edilmektedir ve bu dönemde ceza verilmesi söz konusu olmaz. Yalnızca çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. (TCK. m. 31/1). Bu yaştaki çocuklar hakkında soruşturma yapılabilirse de kovuşturma

²⁵⁴ Tutumlu, **a.g.e.**, s.29-30.

(dava açma) söz konusu olamaz.²⁵⁵ Bunlar hakkında kamu davası açılmasının mümkün olmaması nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir.²⁵⁶

İkinci dönem olan 12-15 yaş dönemine göre; bu yaştaki çocukların ceza sorumlulukları, işledikleri suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde yoktur. (TCK. m.31/2). Bu kişiler hakkında da 0-12 yaş döneminde olduğu gibi çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır.²⁵⁷ Bunlar hakkında da kamu davası açılabilir ancak ceza verilemeyeceğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir.

İkinci dönem yani 12-15 yaş arasında bulunan çocukların, işledikleri suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olması durumunda, bu kişiler hakkında ceza verilir ancak belli oranda indirim yapılır. Bu durumda, ceza belirlenirken haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.²⁵⁸

Madde gerekçesinde belirtildiği gibi, ikinci dönem olan 12-15 yaş döneminde yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hâkimi tarafından belli usullerle saptanır. Buna göre yukarıda bahsedilen yeteneklerin yani işledikleri suçun sonuçlarını algılayabilip algılayamama özelliklerinin bulunup bulunmamasına göre ceza sorumluluğu bulunan küçüğe verilen cezada tahrik hükümleri uygulanır, aksi durumda ceza sorumluluğu bulunmayan küçüğe verilecek cezada tahrik hükümleri uygulanamaz.²⁵⁹

Üçüncü dönem olan 15-18 yaş dönemine göre, eylemini işlediği sırada 15 yaşını bitirip 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklar hakkında, 12- 15 yaş dönemi için araştırılan “anlama-algılama-yönlendirme” hususları ceza sorumlulukları yetişkinler gibi var kabul edildiğinden inceleme yapılmaz. Sonuç olarak bu dönemde bulunan çocukların ceza sorumlulukları yetişkinlerle aynı kabul edildiğinden, işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle haklarında dava açılır ve suçu işledikleri anlaşılırsa cezalandırılırlar. Ancak verilecek cezalarda indirim yapılır.²⁶⁰ Burada çocuğun cezai

²⁵⁵ Malkoç, **a.g.e.**, s.97; Ercan, **a.g.e.** s.238.

²⁵⁶ Yavuz, **a.g.e.**, s.465.

²⁵⁷ Malkoç, **a.g.e.**, s.97.

²⁵⁸ Çam, **a.g.e.**, s.87.

²⁵⁹ Çam, **a.g.e.**, s.87.

²⁶⁰ Ercan, **a.g.e.**, s.239; Malkoç, **a.g.e.** s.98.

sorumluluğu büyüklerinkinden farklı olmadığından haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

Kusur yeteneği olmayan küçüklerin fiillerinin başkaları yönünden haksızlık unsuru taşıyıp taşımadığı meselesinde ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; kusur yeteneği olmayanların fiilleri, sanığın bu durumu bilip bilmemesine göre değerlendirilmelidir. Nitekim cezai ehliyeti olmayanların haksız tahrik teşkil eden davranışlarına muhatap olup da bunların ehliyetsizlikleri hakkında kusursuz olarak yanılan faillerin hiddet veya şedit bir elemin tesiriyle suç işlemesi halinde TCK.m.29 uygulanmalıdır. Bir başka görüşe göre ise; kusur yeteneği hukuka aykırılığı kaldıran bir durum teşkil etmediğinden, başka bir anlatımla subjektif sebeplerle cezai yaptırımlara muhatap olmayan ehliyetsizlere hukuka aykırı hareketlerde bulunma hakkı tanınmadığından, bunların hareketleri haksız tahrik oluşturabilir.²⁶¹

2.3.1.8. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri İlişkisi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda takdiri hafifletici nedenler 62.maddede şu şekilde düzenlenmiştir;

“Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”²⁶²

Takdiri indirim sebepleri kanun tarafından gösterilmeyip hâkimin olayın özelliğine göre saptayabileceği hallerdir; varlıklarını kabul edip etmemek yargılamayı yapan hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bunların nelerden ibaret bulunduğunu kanun

²⁶¹ Artuk, a.g.e., s.547.

²⁶² 5237 Sayılı TCK, (2004), Md.62.

açıkça göstermemiştir; nedenler belirli değildir ve geneldir.²⁶³

Ceza hukukunda hafifletici nedenin kabulünden amaç verilecek cezanın failin kişisel durumuna uydurulmasını sağlamak, bir diğer ifadeyle cezanın kişiselleştirilmesidir. Ceza hukukunda “eşit suça eşit ceza verilir” diye bir prensip mevcut değildir. Cezanın belirlenmesinde failin kişiliği de göz önünde tutulur.²⁶⁴

O halde, hâkim olayın niteliğine, oluş şekline ve cereyan tarzına göre hareket edecek, takdirini ona göre kullanacaktır. Suçun ulvi duygular, az çok kabul edilebilecek nedenlerle işlenmiş bulunması, sanığın geçmişteki halinin lekesiz olması, pişmanlığı, hiçbir zarar doğmamış olmaması veya zararı tazmin ve tamir etmiş bulunması, kaçmak imkanları varken kendiliğinden teslim olması mağdur ile münasebetleri, ruhi durumu gibi birçok hususları hâkim, hafifletici sebep kabul ederek cezayı indirebilir.²⁶⁵

Haksız tahrik ve takdiri indirim nedeni ceza kanunumuzda düzenlenmiş olan iki genel hafifletici nedendir. TCK. 29’da düzenlenmiş olan ve “kanuni indirim nedeni” olarak da adlandırılan haksız tahrik kurumu; suça etki eden, failin suç işleme yönündeki ruhsal durumunu etkileyen ve varlığı halinde cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran bir indirim nedenidir. Olayda haksız tahrikin varlığı ispatlanırsa hâkim cezada indirim yapmak mecburiyetindedir. Oysa m.62’de düzenlenmiş olan takdiri indirim nedeni, sanığın suçtan sonraki davranışları, kişilik özellikleri, geçmişi, sosyal özellikleri vs. dikkate alınarak cezanın kişiselleştirilmesini amaçlayan bir kurumdur. Örneğin, sanığın ikrarı ile suçun açığa çıkması, yaptığından pişmanlık duyması, suça nitelik verilmesini kolaylaştırıcı açıklamalarda bulunması, geçmişteki halinin lekesiz olması, suçtan doğan zararın tazmin veya tamir edilmiş olması, kaçmak imkânı varken kaçmamış olması, kendiliğinden teslim olması, duruşmalardaki mahkemeye karşı saygılı tutumu gibi haller hâkim tarafından sanık hakkında takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilir.²⁶⁶

Hâkim kanuni sebepler dışında herhangi bir sebebi takdiri hafifletici sebep kabul edip etmemekte serbesttir. Diğer taraftan herhangi bir fiili -diğer unsurlar bulunmak şartıyla- tahrik olarak da kabul edilebilir. Binaenaleyh takdiri ve kanuni her iki sebebin kabulünde hâkim geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak şöyle bir farkla;

²⁶³ Dönmezer, **a.g.e.**, s.241.

²⁶⁴ Ali Şafak, (2005), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 1.Baskı, Selim Kitapevi, Ankara, s.49.

²⁶⁵ Çağlayan, **a.g.m.**, s.33.

²⁶⁶ Aydın, **a.g.e.**, s.242.

hâkim takdiri hafifletici sebebin kabulünde tamamen serbesttir. Ve bu yönüyle Yargıtay'ın denetimine de tabi değildir. Halbuki tahrikte fiili takdir hususunda hâkim serbest olduğu halde, diğer kurucu unsurlarla (haksızlık, hiddet veya şiddetli elem) kanunun tayin ettiği bu unsurların mevcudiyeti bakımından Yargıtay'ın denetimine tabidir.²⁶⁷

Ancak aynı sebep hem tahrik hem de takdiri hafifletici sebep kabul edilemez. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da “yalnız bir sebep hem kanuni hem de takdiri tahfif sebebi ittihat edilemez” demektedir. Buna karşılık aynı suçta farklı olaylar haksız tahrik ve de takdiri hafifletici sebep sayılabilir. Örneğin, mağdurun haksız bir tahriki sonucu suç işleyen failin daha sonra pişmanlık göstererek suçunu ikrar etmesi ihtimalinde hem TCK.m.29 hem de m.62 tatbik olunabilir.²⁶⁸

Dönmezer'e göre de; haksız tahrik ve takdiri hafifletici sebepler bir arada bulunabilir, birlikte uygulanabilir; ancak aynı halin hem haksız tahrik hem de takdiri hafifletici sebep sayılması ve cezada iki defa indirim yapmağa esas tutulması mümkün olmadığı gibi, haksız tahrikin bütün şartlarının bulunduğu görüldükten sonra, bunun takdiri hafifletici sebep sayılması da doğru değildir.²⁶⁹

2.3.1.9. Haksız Tahrik ve İştirak İlişkisi

Suç bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, birden çok kişi tarafından da birlikte gerçekleştirilebilir. Soyut olarak bir tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir suç birden çok kişi birlikte gerçekleştirdiğinde suça iştirak söz konusudur.²⁷⁰

Tahriki, -özellikle kışkırtma olarak ifade edildiğinde- iştirak ve iştirak şekillerinden olan teşvik ve azmettirme ile karıştırmamak gerekir. İştirak önceden suçun faili ile anlaşmayı gerektirir. Azmettirmek demek, suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsenin iradesi üzerinde müessir olarak ona belirli bir suç işlemeye karar verdirmek demektir. Teşvik de aynı şekilde bir kimsede suç işleme fikrini kuvvetlendirmektir. Halbuki bir mazeret sebebi olan tahrik kendisine karşı haksız bir fiil işlenmek suretiyle

²⁶⁷ Ayık, **a.g.m.**, s.103-104.

²⁶⁸ Artuk, **a.g.e.**,s.540-541.

²⁶⁹ Dönmezer, **a.g.e.**, s.350.

²⁷⁰ İzmir, **a.g.e.**, s.60.

bir kimseyi suç işlemeye yönlendirmektir.²⁷¹

Haksız tahrik, cezadan indirim yapılmasına sebep olan kişisel ve geçici bir nedendir. Haksız tahrik ancak tahrik edilen için uygulanabilir, suça iştirak eden diğer kişilerin -tahrik edilmemiş olmaları koşuluyla- cezalarını etkilemez.²⁷² Tahrikin hukuki esası haksız bir fiile maruz kalma sonucunda heyecan haline girme ve bu heyecanın tesiri altında kişisel olarak bir suç işlemektir. Yani haksız tahrik bireysel bir psikolojik halin yansımasına hukuki sonuç bağlanmasıdır.

Tahrikin esası bireysel psikolojiye dayandığından iştirak halinde işlenen suçlarda, tahrik edilen fail dışındaki suç ortaklarının yasal hafifletici nedenden yararlanmalarına olanak yoktur. Ancak tahrik kaynağı haksız eylem suç ortaklarının hepsine birden yöneltilmiş ise, örneğin mağdur tarafından faillerin suç ortaklarının hepsine küfür edilmişse, bu durumda mağdura karşı suç işleyen sanıklar hakkında TCK'nin 51/1 maddesi ayrı ayrı uygulanması gerekir.²⁷³

Tahrik hükmünün, suça iştirak eden faillere doğrudan sirayeti söz konusu olmamasına rağmen; suça iştirak edenlerin, suçu gerçekleştiren faille aynı safta olaya katılmış bulunmaları, doğrudan fail için geçerli olan tahrik nedeninin suça azmettiren, dolaylı fail veya yardım eden konumunda katılan diğer kişiler yönünden de geçerli bulunması yani onları suç işlemeye iten haksız fiilin aynı olması durumunda tahrik hükmü suça iştirak eden faillere sirayet eder. Özetle, olayda iştirakçilerden her biri ayrı ayrı tahrik edilmiş veya yapılan bir hareket iştirakçilerin hepsini tahrik etmişse, suç ortaklarının her biri haksız tahrik hükümlerinden yararlanır.²⁷⁴

Böyle bir durumda cezanın indirilmesinin nedeni haksız fiilin bir ortaktan diğerine sirayeti etmiş olması değil, ortaklar hakkında haksız tahrikin ayrı ayrı kabulü edilmiş olmasındandır. Bu sebeptendir ki “bir suça iştirak edenlerden biri hakkında haksız tahriki kabul, diğerleri hakkında reddeden hüküm tezat teşkil eden bir hüküm sayılmamalıdır”²⁷⁵

²⁷¹ Ayık, **a.g.m.**, s.103.

²⁷² Centel, vd., **a.g.e.**, s.451.

²⁷³ Günay, **a.g.e.**, s.80.

²⁷⁴ Çam, **a.g.e.**, s.95.

²⁷⁵ Erem, **a.g.m.**, s.649.

Azmettirme suretiyle işlenen suçlarda da azmettiren lehine var olan tahrik sebebi, suçu bizzat işleyen sanık hakkında uygulanmaz.²⁷⁶Yargıtay da bir kararında; “Eşi ile ilişki kurup bu ilişkisini sürdüren kardeşinin öldürülmesi için başkasını azmettiren lehine oluşan bir tahrikten kiralık katil durumundaki kişi yararlanamaz”²⁷⁷ diyerek bu fikri doğrulamıştır.

2.3.2. Diğer Suç Türleri ve Kabahatlerle Olan İlişkisi

2.3.2.1. Taksirli Suçlarda Haksız Tahrik

Taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22/2 maddesinde; **“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir hareketin suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.”** şeklinde tanımlanmıştır.

Taksirle işlenen suçlarda haksız tahrikin mümkün olup olmayacağı meselesi tartışılan hususlardan birisidir. Bu konuda öğretilerde birbirinin aksi görüşler mevcuttur. Bunlardan öncelikle taksirli suçlarda da haksız tahrikin uygulanabileceği düşüncesinde olan yazarlara göre:

Haksız tahrik kurumunun taksirli suçlarda da uygulanabilmesine bir engel olmamalıdır, aslında haksız tahrik hükümlerinin genel esprisi, bizi taksirli suçlarda da uygulanabileceği sonucuna götürmektedir. Gerçekten bu kurum failin içinde bulunduğu psikolojik durumu esas almış ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir bir madde olduğu kabul edilmiş olduğuna göre, gerek faile yönelik taksirli bir suçta veya failin gerçekleştirdiği taksirli bir harekette uygulanabilme olanağını kabul etmek gerekir. Örneğin, bir müşteri şoföre hakaret ettiği için hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile kaza yapıp duvara arabayı çarptıran ve hakaret eden müşterisinin yaralanmasına da sebebiyet veren şoförün, haksız tahrikten yararlanamaması sebebini izah etmek mümkün değildir.²⁷⁸

Yargıtay bir kararında taksirli suçların “kasıtsız suçlar” olduğundan bunlar hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Taksirli suçlarda haksız tahrikin kabul edilemeyeceği neticesini çıkarmak için taksirli suçların

²⁷⁶ Günay, a.g.e., s.80.

²⁷⁷ Yavuz, a.g.m., s.466.

²⁷⁸ Önder, a.g.e., s.349-350.

kasıtsız suçlar olduğu yolundaki gerekçe eksik bir gerekçedir. Her ne kadar kasıt kavramı üzerinde ceza hukukunda tam bir anlaşma olduğu iddia edilemese de genellikle üzerinde hemfikir olunan tanıma göre kasıt, “kanunun suç saydığı fiili işlemek iradesidir” bu sebeple kasıt irade manasına geldiğinden taksirli suçların gayri iradi suçlar sayılması imkansızdır. Taksirli suçlarda da olaya sebebini teşkil eden fiil iradidir. Taksirli suçların diğer suçlardan farkı sadece neticenin istenmemiş olmasıdır. O halde irade ile işlenen her fiil hakkında tahrikin kabulü mümkün olabileceğinden taksirli suçlarda da tahrik kabul edilmelidir.²⁷⁹

Taksirli suçlarda da haksız tahrikin bulunabileceğinden şüphe edilemez. Tedbirsizlik, dikkatsizlik, emirlere ve nizamlara riayetsizlik teşkil eden bir fiil, bir kimsenin haksız yere tahrik edilmiş olmasından dolayı işlenmiş olabilir. Manzini bu konuda şu örneği vermektedir: Bir demir yolu bekçisi, birkaç çocuk tarafından kızdırılmaktadır, çocuklar bekçi ile küfretmek, onu taşlamak suretiyle alay etmektedirler. Bir gün bu çocuklardan birine rastlayan bekçi hiddete kapılmış ve bu esnada geçit direğini kapamayı unutmuş ve bu yüzden bir araba tren altında kalmıştır. Böyle bir halde bekçi haksız tahrik hükmünden niçin istifade etmesin?²⁸⁰

“Haksız tahrikin kabulü için tepkiyi teşkil eden suçun, tahrik edene karşı işlenmesi şarttır” yolundaki kural ancak kasıtlı suçlar için söz konusudur. Taksirli suçlar için böyle bir kaide konulamaz. Hatta böyle bir kaide kabul edilmiş olsa bile haksız yere tahrik edildiğinden dolayı taksirli bir suç işlemiş olanın suçundan zarar görenin bizzat tahrik eden kimse olması da mümkündür. Yukarıda ki örnekten yola çıkarak demiryolu bekçisine her gün bu yoldan geçen bir marşandiz katarının makinistinin her geçişinde bekçiyi kızdırmak için lüzumsuz yere düdük çaldığını ve geçerken de ayrıca ona küfür ettiğini farz edelim. Günün birinde uzaktan aynı katarın düdüğünü işiten bekçinin, aynı hakarete maruz kalacağını düşünerek kapıldığı hiddet hali içinde geçidi kapamaması ve bundan doğan kaza neticesinde marşandiz makinistinin yaralanması halinde bekçi lehine haksız tahrik hükmünün tatbik edilmemesi için hiçbir sebep düşünülemez. Taksirli suçların esasen cezası az suçlardan olduğu ve ayrıca haksız tahrikten dolayı bu cezanın indirilmesinin doğru olmayacağı iddiası da yerinde değildir. Çünkü suçların

²⁷⁹ Erem, **a.g.m.**, s.650.

²⁸⁰ Erem, **a.g.m.**, s.650.

cezalarını tayin kanun koyucuya ait bir vazifedir.²⁸¹

Taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağı düşüncesinde olan yazarlar ise şu konulara vurgu yapmaktadır:

Haksız tahrik kurumu, sadece taksirle işlenen suçlarda uygulanamaz. Bu suç grubunun dışında kalan her nevi suçlar hakkında şartların mevcudiyeti halinde haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Taksirli suçlarda haksız tahrikin kabul edilip edilmeyeceğine dair kanunda bir açıklık yoktur. Buna rağmen bu husus taksirli suçların ve haksız tahrikin mahiyetinden çıkarılabilmektedir. Haksız tahrikin unsurlarını incelerken, haksız tahrik neticesinde işlenen suçun tahrikin reaksiyonunu teşkil etmesi ve tahrik edene yönelik olması gerektiğini belirtmiştik. O halde bu şartların yerine gelmesi için failin mutlaka kasıtlı bir şekilde hareket etmesi gerekir. Taksirli suçlar ise tedbirsizlik, dikkatsizlik ve emirlere riayetsizlik suretiyle işlenen suçlardır. Bir insan öfkeli olduğu zaman, öfkenin meydana getirdiği şartlar yüzünden -fakat hiddetini teskin amacı ile değil- bazı hususlara riayet etmeyebilir, veya bazı kurallara aykırı davranışta bulunabilir. Örneğin, müşterisinin haksız tahriki ile hiddetlenen bir taksi şoförü sınırlılığı sebebiyle bazı kurallara riayet etmeyerek bir üçüncü şahsı kazaen yaralayabilir, hatta aynı şekilde otomobili bir yere çarparak tahrik eden müşterisinin yaralanmasına sebep olabilir. Bu hallerde şoför haksız tahrik hükümlerinden istifade edemez. Çünkü burada işlenen suçlar doğrudan doğruya haksız tahrikin reaksiyonunun teşkil edemezler. Burada haksız tahrik hükmü yerine takdiri indirim nedenlerini uygulamak gerekir.²⁸²

Nitekim Yargıtay 4.C.D. 08.12.1945 tarihli bir kararında; “Kasıtsız suçlarda tahrik bahse konu olamayacağından 59.madde yerine 51.maddenin uygulanması indirme nispeti bakımından sonuca etkili görülmediğinden bozma sebebi sayılmamıştır”²⁸³ diyerek, yine 1.C.D. 16.05.2007-2703/3776 sayılı yeni tarihli bir kararında da; “Maktuldeki yaraların 5237 sayılı TCK 86/2 maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2 maddesi aracılığıyla 85. maddesi uygulandığına göre, taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı

²⁸¹ Erem, **a.g.e.**, ss.638-639.

²⁸² Gürelli, **a.g.m.**, s.339

²⁸³ Yavuz, **a.g.m.**, s.464.

gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa eksik ceza tayini...”²⁸⁴ demek suretiyle bu fikri doğrulamıştır.

Bu konuda Tutumlu ise konuya şu şekilde yaklaşmaktadır: Taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasını savunan yazarların ileri sürdükleri gerekçeler tatmin edici olmaktan uzaktır. Önder’in örneklemeşi üzerinden yola çıkılacak olursa; “Bir müşteri şoföre hakaret ettiği için gazap ve şedit elemin etkisi ile duvara arabayı çarptıran ve küfreden müşterisinin yaralanmasına da sebebiyet veren şoförün, haksız tahrikten yararlanamaması sebebini izah imkansızdır” demektir. Ancak örnekteki kazayı bir tepki olarak değerlendirmek mümkün değildir. Böyle bir kazada şoförün kendisi de ölebilir. Oysa haksız tahrik ile ilgili düzenlemenin konuluş amacı buhran halindeki kişinin her eylemini hafifletici yasal sebepten yararlandırmak değildir. Haksız tahrikin koşullarından biri de failin, kendisine karşı tahrik edici haksız eylemde bulunan şahsa karşı bir tepki suçu işlemesidir ki bu da kasıtlı bir eylemi zorunlu kılar. Dolayısıyla Önder’in verdiği örnek olayda haksız tahrikin iki unsuru gerçekleşmemiştir: Birincisi, fail bilinçli bir tepkide bulunmamıştır. İkincisi, tepkinin biricik hedefi tahrikte bulunan kişi değildir. Bu nedenle taksirli suçlarda failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaması gerekir.²⁸⁵

Kanaatimce taksirli suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesinde bir ayrıma gitmek gerekir. Bu ayrım faile yönelik bir taksirli suç işlenmesi hali ile failin gerçekleştirdiği taksirli bir suç sonucu haksız tahrik altında kalıp kalmayacağı şeklindedir.

Öncelikle faile yönelik taksirli bir suç işlenmesi halinde failin gösterdiği tepki bakımından haksız tahrikin mümkün olup olmayacağı meselesini ele alalım: Kanaatimce, taksirli suç mağduru olan kişinin göstereceği tepki bakımından diğer unsurları varsa (hiddet veya şiddetli elem v.s.) haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Zira taksirli bir suçta haksız bir fiil olabilir. Haksız fiilin mutlaka kasıtlı bir eylem olması gerekmemektedir. Haksız tahrikin unsurlarından bahsederken fiilin hukuka aykırı olmasının yeterli olduğunu söylemiştik. O halde haksız fiilin taksirli bir hareket sonucunda mümkün olabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin, kasıt olmaksızın herhangi bir trafik kuralı ihlal edilerek yanında yürümekte olan çocuğuna çarparak

²⁸⁴ Günay, a.g.e., s.65.

²⁸⁵ Tutumlu, a.g.e., s.38.

yaralanmasına neden olan şoföre babanın hakaret etmesi yahut müessir fiilde bulunması halinde haksız tahrikin uygulanmaması için hiçbir neden yoktur.

İkinci durum olan failin gerçekleştirdiği taksirli bir suç halinde fail yönünden haksız tahrikin mümkün olup olamayacağıdır. Burada da kanaatimce ikili bir ayrıma gidilmelidir. Taksirli bir hareket sonucunda tepki suçu işleyen taksirli harekete sebebiyet veren ya da en azından kusura iştirak eden kişi olmayıp alakasız üçüncü bir kişi ise faile haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır. Eğer tepki suçunu işleyen failin kusuruna az veya çok iştirak etmiş ise bu durumda faile haksız tahrik hükümlerini uygulamak hakkaniyete uygun olacaktır. Doktrinde verilen bir örnekten yola çıkacak olursak, minibüs şoförü olan fail kendisine hakaret eden müşterisi ile tartışıp sinirli halde iken bu durumunda etkisi ile kaza yapmış olması halinde olayla hiç alakası olmayan yoldan geçmekte olan üçüncü bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermişse bu durumda şoför yönünden haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasından bahsedilemez. Ancak kaza neticesinde olaya kusuru ile iştirak eden müşteri yaralanmış olursa şoför açısından haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Zira burada her ne kadar kaza taksirli de olsa hakaret eden müşteriye yönelik, bilinçli bir tepki sonucu olay meydana gelmiştir.

2.3.2.2. Kabahatlerde Haksız Tahrik

Kusurluluk açısından kabahatlerin diğer suçlardan farklı bir özellik arz etmesi söz konusu değildir. Suç teşkil eden fiilin subjektif şartları için geçerli olanlar kabahatler hakkında da geçerlidir. Fakat kabahatlerde kanun failin ilke olarak kasten hareket etmesini aramamıştır. Kanun taksirle işlenen fiillerde kanunun açıkça belirttiği hallerde fiilin cezalandırılmasını öngörmüşken, kabahatler açısından ise “kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir” diyerek kabahatlerde failin taksirle hareket etmiş olması halinde de sorumluluğu cihetine gidilebileceğini belirtmiştir.²⁸⁶

Kabahat türündeki suçlarda kasit unsurunun kanıtlanmasının önem taşıması, bir başka ifade ile kanunun öngördüğü tipiklikte bir eylemin varlığının yeterli sayılması, bu suçlarda Türk Ceza Kanunu’nun haksız tahrik ile ilgili maddesinin uygulanıp

²⁸⁶ İçel, a.g.e., s.294.

uygulanamayacağı hususunun tartışılmasına yol açmıştır. Bazı yazarlar kabahatlerde kastın sadece ispat hukuku sorunu olduğunu, kastın kanıtlanmadığı hallerde de sanığın cezalandırılabilceğini öne sürerek kabahat eylemlerinde de tahrik hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadırlar.²⁸⁷

Bu görüşte olanlara göre, kabahat suçlarında da haksız tahrik mümkün olabilir. Kabahatlerde kastın varlığı zorunlu sayılmazsa, şüphesiz kabahatlerde haksız tahrike yer vermeye imkan yoktur. Fakat Yargıtay'ın "kabahatlerde kastın vücudu şart değildir" yolundaki içtihadı, "kabahat nevinden suçların mutlak surette gayri kasti bir suç teşkil edeceği iddiası ceza kanununun kastla ilgili maddesinin sarahatinden anlaşılacağı üzere, varit değildir" biçiminde değişmiş bulunmaktadır. Sonraki içtihat kanuna daha uygundur. Çünkü kabahatlerde kastın bulunup bulunmaması değil, kastın ispatına lüzum olup olmadığı bahis mevzuudur. Kanundaki düzenlemenin amacı kabahatlerde kasıt ispat edilmemiş olduğu hallerde de suçlunun cezalandırılabilceğini ifade etmektir. Bu suretle kanun bu hüküm ile kabahat suçlarında suçlunun aleyhine ve ispatla mükellef olanın lehine olmak üzere bir kasıt karinesi koymuştur. Ancak bu karinenin aksinin ispatı mümkündür. Kabahatten yargılanan, kastın mevcut olmadığını ispat etme hakkına sahiptir.²⁸⁸

Yargıtay kimi kararlarında kabahatlerde haksız tahrikin uygulanmasını kabul etmemiştir. Sarhoşluk suçunda haksız tahrik nedeniyle indirim yapılmasını kabul etmeyerek kararı bozmuştur. "Sarhoşluk suçundan tahrikin söz konusu olamayacağı gözetilmeden bu suçtan verilen cezanın TCK'nin 51.maddesiyle indirime tabi tutulması bozmayı gerektirmiştir."4.C.D.,13.11.1981 tarih 6724 esas 6981 karar.²⁸⁹

Bu konuda Tutumlu şu düşüncededir; taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olan nedenler kabahatler içinde söz konusudur. Haksız tahrik kurumunun en önemli unsurlarından biri olan bilinçli tepki koşulunun kabahatlerde gerçekleşmesi zordur. Yine tepkinin, tahrik eden şahsa yöneltilmesi koşulu için de aynı zorluk mevzu bahistir. Bu nedenle Yargıtay'ın saldırgan sarhoşluk suçunda benimsediği mantık doğrudur. Saldırganlık tahrik nedeni ile meydana gelmişse sarhoşluktan söz edilemez, saldırganlık sarhoşluktan kaynaklanmışsa bu kez failin öfke veya elem

²⁸⁷ Tutumlu, **a.g.e.**, s.39.

²⁸⁸ Erem, **a.g.m.**, s.651.

²⁸⁹ Yavuz, **a.g.m.**, s.464.

duygusuyla hareket ettiği ileri sürülemez. Yine bir başka kabahat türü olan dilencilik eylemi de haksız tahrike elverişli değildir.²⁹⁰

2.3.2.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Haksız Tahrik

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23.maddesinde **“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir”** şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kanun koyucu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla birlikte kastın aşılması haline de yer vermiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kastı aşan suçlarla ilgili 452. ve 458. maddelerde düzenlemeler mevcuttu, kastı aşan suçlarda; failin eylem ve iradesi dışında suça etki eden sebeplerden ötürü, sanığa verilecek cezadan bir miktar indirim yapılması esası benimsenmişti.²⁹¹

Failin belli bir suçu işlemek kastıyla hareket etmesine karşın, istediğinden daha ağır bir sonucun meydana gelmiş olmasına kastın aşılması denir. Kastın aşılması durumunda meydana gelen ağır sonuç, yeni bir suç oluşturmaktadır.²⁹² Bir de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç mevcuttur ki bu durumda ise yeni bir suç değil, suçun nitelikli biçimi oluşmaktadır.²⁹³

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta, suçu gerçekleştirmek isteyen kimsenin, daha ağır veya daha başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde ancak bu neticelerin yaşam tecrübelerine göre tipik ve fail için önceden görülebilir olması durumunda sorumlu tutulabilmesi söz konusu olacaktır.²⁹⁴ Yeni kanuna göre, failin ölüm sonucu açısından da en azından taksirle hareket etmesi halinde netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır.²⁹⁵

²⁹⁰ Tutumlu, **a.g.e.**, s.39.

²⁹¹ Tutumlu, **a.g.e.**, s.42.

²⁹² Muharrem Özen, (1998), **Objektif Sorumluluk**, 1.Baskı, Us-A Yayıncılık, Ankara, s.221.

²⁹³ Ercan, **a.g.e.**, s.192.

²⁹⁴ Albayrak, **a.g.e.** s.55

²⁹⁵ Çam, **a.g.e.**, s.92.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ve kastı aşan suçlarda haksız tahrikin uygulanması meselesinde ise; bu çeşit suçlarda aşırılık neticeyi bu nedenle de suçun maddi unsurunu ilgilendirmesi dolayısıyla suçun kurucu unsuru ile alakası bulunmayan cezaya etki eden bir neden olan haksız tahrik hükümlerinin diğer şartları mevcut ise uygulanabilmesi mümkün olacaktır.²⁹⁶ Bir başka anlatımla haksız tahrikin diğer unsurları olayda mevcut ise eylemin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ya da kastı aşan suç olması halinde tahrik hükümlerinin uygulanmasına herhangi bir engel yoktur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 22.05.1989 tarih ve 1/133-192 esas karar sayılı kararında bu konuyla ilgili olarak şu şekilde bir karar vermiştir: “Kastın aşılması sonucu adam öldürmek suçundan sanık (H)’nin TCK’nin 452/2 ve 59. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına ilişkin hüküm sanık ve katılanın temyizi üzerine 1.Ceza Dairesince incelenerek; (maktul ve arkadaşlarının, birlikte gezen (N),(G), ve (S)’nin peşlerine takılarak arkadaşlık teklif ettikleri, refüze edilmelerine rağmen takibe devam ettikleri, bu durumu müşahade eden (G)’nin akrabası olan sanığın, kızların rahatsız edildikleri inancıyla tahrike kapılarak müdahale ettiği cihetle olayı sebebinin teşkil eden bu halin sanık lehine TCK’nin 51/1. maddesinin tatbikini istilzam ettireceğinin gözetilmemesi gerektiği) isabetsizliğinden bozmuş, yerel mahkeme ise, özetle, (sanık ile kızlar arasında hemşerilik TCK’nin 51. maddesinin uygulanmasını gerektirmez) gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir.

Dosyaya, oluşa ve toplanan kanıtlara göre; ölen ve arkadaşlarının birlikte gezmekte olan (N);(G) ve (S)’nin peşlerine takılıp arkadaşlık teklif ettikleri, ret cevabı almalarına karşın takiplerini sürdürdükleri, bu durumu gören ve kızlardan (G) ile (S)’nin memleketlisi olan sanığın yanlarına gelip rahatsız edilip edilmediklerini sorduğu, hayır yanıtını almasına karşın rahatsız edildiklerini görmesi ve yeniden izlemesi nedeniyle maktule tokatla vurup tekme savurduğu, sanığın darbelerinden korunmak isteyen maktulün geri çekilirken yola düştüğü, bu sırada yoldan geçmekte olan bir minibüsün altında kalarak öldüğü anlaşılmaktadır.

Oluş ve sübutta Özel daire ve yerel mahkeme arasında uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, olayda tahrik sebebi bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bir olayda tahrikin varlığını kabul etmek için, haksız hareketin bizzat sanık veya yakınına yönelik olması

²⁹⁶ Erem, **a.g.m.**, s.651.

gerekmez. Üçüncü kişilere ve hatta eşya ve hayvanlara karşı yapılan haksız hareketlerde tahrik sebebi oluşturabilir.

Bu açıklamalar ışığında olayımıza baktığımızda; sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızların maktul ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında şedit elem duyarak suçu işlediği saptandığından lehine TCK'nin 51/1. maddesinin uygulanması gerekir.”

2.3.2.4. Zincirleme Suçlarda Haksız Tahrik

Zincirleme suç 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenmiş olup düzenleme; **“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda”**²⁹⁷ şeklindedir. Zincirleme suç halinde aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında subjektif bir bağ bulunmalıdır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı arttırılmaktadır.²⁹⁸

Zincirleme suçta farklı zamanlarda birden fazla suçun aynı karar altında işlenmesi söz konusu olduğundan işlenen her suçta, failin tahrik sonucu kapıldığı öfke veya elemin etkisi altında hareket edip etmediği araştırılmalıdır. Örneğin, kendisini dolandıran şahsın evinin camını kıran, bununla da yetinmeyip aynı kızgınlıkla bir saat sonra bu şahsın arabasına taş atan failin eylemi zincirleme biçimde işlenen mala zarar vermek suçunu oluşturur. Bu durumda fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.²⁹⁹ Bundan başka aynı zaman diliminde işlenen suçlarda örneğin, haksız yere tahrik edilenin, haksız tahrikin etkisi ile kalabalığın üzerine silahını boşaltarak, birçok kimseyi yaralaması fiilinde olduğu gibi haksız tahrikin uygulanması daha kolaydır.³⁰⁰

Zincirleme suçun varlığı halinde önce temel ceza tayin edilecek, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin bulunması durumunda temel

²⁹⁷ 5237 Sayılı TCK, (2004), md.43.

²⁹⁸ 5237 Sayılı TCK, (2004), md.43, (Gerekçe).

²⁹⁹ Tutumlu, a.g.e., ss.41-42.

³⁰⁰ Çam, a.g.e, s.93.

cezada önce arttırma sonra indirme yapıp bu ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak hükümleri uygulanıp peşinden TCK.’nin 43. maddesi ile ceza arttırılacaktır. Akabinde de TCK.’nin 61/5. maddesi uyarınca haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve şahsi indirim nedenleri uygulanacaktır.³⁰¹

Sonuç itibariyle zincirleme suçlarda da diğer unsurların mevcudiyeti halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir engel söz konusu değildir.

2.3.2.5. Mütemadi Suçlarda Haksız Tahrik

Mütemadi suç “temadi eden”, kesintisiz, yani icra hareketlerinin bittiği suçun tamamlandığı ancak yasanın ihlalinin devam ettiği herhangi bir zamanda kesintiye uğrasa bile suçun tamamlandığı suçlara verilen isimdir.

Mütemadi suçta, kanun maddesinin ihlalinde bir devamlılık, süreklilik söz konusudur. Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin bir kararında mütemadi suça şu örnekler gösterilmiştir: Kişi özgürlüğünü kısıtlama, taşınması yasak eşyaları taşımak, askerlik hizmetinden kaçma, firar suçları. Mütemadi suçların özelliği, teknik yapısı, yani eylemin devamlılık göstermesi olgusu, tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir. Tahrik altında işlenen suç bir tepkiyi dile getirmektedir. Oysa mütemadi suçta bir tepkiden çok süreklilik gösteren, devam eden bir suçun işlenmesi söz konusudur.³⁰²

Erem’e göre, mütemadi suçlarda haksız tahrikin kabulüne engel bir durum görülmezse de “temadi” boyunca haksız tahrikin şartlarının devam etmesine pek nadir rastlanabilir. Eğer mütemadi suç başlangıçta haksız tahrikin şartlarına uygun bir şekilde başlamış fakat bu şartlar kalkmış olmasına rağmen suça devam edilmiş ise failin tahrikten faydalanması mümkün değildir.³⁰³

Kanaatimizce mütemadi suçlarda diğer koşulların mevcudiyeti halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum olmamalıdır. Her ne kadar temadi eden suçlarda hiddet ve elemin etkisi altında bulunma şartının çoğu zaman mevcudiyetini devam ettirmesi mümkün olmasa da, devamı imkansız değildir. Temadinin kısa sürmüş olması hallerinde bu şart kalkmamış olabilir. Ayrıca mütemadi

³⁰¹ Bakıcı, a.g.e., s.852.

³⁰² Tutumlu, a.g.e., s.42.

³⁰³ Erem, a.g.e., s.638.

suçlarda eylemin devamlılık göstermesi olgusu da başlı başına tahrik hükümlerinin uygulanmamasını gerektirmez zira hiddet veya şiddetli elemin bir anda olup bitmesi gerekmez. Haksız tahrikin bir tepki suçu olması da yine uygulanmasına engel değildir. Zira suç ilk başta bir haksız fiile tepki olarak başlatılmış olabilir. Ancak temadi süresince haksız tahrikin şartları ortadan kalkmışsa ve buna rağmen suça devam edilmiş ise haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır. Örneğin; evlilik devam ederken bir başkası ile kaçıp gayri meşru yaşayan eşin kocası tarafından yakalanıp hiddet veya şiddetli elem altında hürriyetinin tahdit edilmesi halinde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması için bir sebep mevcut değildir.

2.4. HAKSIZ TAHİRİKİN SONUÇLARI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmiş olduğundan cezayı azaltan genel ve kanuni bir sebeptir.

Bu kurumun kanunda yer almış olması nedeniyle haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kişinin cezası kanunda öngörülen miktarda indirilecektir.³⁰⁴ Ceza verilirken failin kişiliğinin dikkate alındığı modern ceza hukukunda failin suç işlemesine neden olan psikolojik durumunun da suça etki eden bir neden olduğu kabul edilmiştir. Haksız tahrik kişisel, subjektif ve kanuni bir indirim nedenidir. Subjektif olması, suçun manevi unsuruna (kusurluluğa) etki ettiği; genel olması her fail hakkında ve kural olarak her suçta uygulanabileceği; kanuni olması ise olayda varlığının hâkim tarafından talep olmasa dahi resen araştırılması demektir. Bir olayda mağdurdan kaynaklanan haksız hareketler varsa ve bu haksız hareketler failin hiddet veya şiddetli eleme kapılmasına neden olmuşsa, bu psikolojik durumun etkisiyle mağdura yönelik tepki suçu işleyen failin cezasının tahrikin ağırlığına göre bir miktar indirilmesi kabul edilmiştir.³⁰⁵

Haksız tahrik halinde indirim miktarı ve oranları yine aynı madde içerisinde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde haksız tahrik etkisi altında suç

³⁰⁴ Üzülmöz, a.g.e., s.308

³⁰⁵ Aydın, a.g.e., s.249

işleyen kimseye, “ağırlaşmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir” şeklindeki miktar ve oranlarda indirim yapılacağı belirlenmiştir.

İndirim oranının belirlenmesinde, failin kişisel durumu, yaşadığı sosyal çevre, olayın oluş şekli, haksız fiilin niteliği, failde meydana getirdiği psikolojik durum ve tahrik eden ile failin davranışları göz önüne alınmalıdır.³⁰⁶

Kanunumuz ne gibi hallerin haksız tahrik sayılacağını göstermediğinden bir eylemin haksız tahrik oluşturup oluşturmadığının takdiri yargılamayı yapan hâkime aittir. Bir olayda tahrikin olup olmadığı hukuki değil maddi bir meseledir.³⁰⁷ İndirim oranının belirlenmesi konusu da yasanın gösterdiği sınırlar içerisinde kalmak ve gerekçesini belirtmek şartı hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Haksız tahrikin yoğunluğu ve tahrikin ulaştığı boyut, yapılacak indirim miktarını etkiler. Tahrikin sanığın psikolojik durumu üzerinde şiddetli bir üzüntü ve büyük bir öfke ile sarsıntıya yol açtığı, haksız fiilin niteliği ve işleniş biçimi itibariyle önemli boyutlara ulaştığı hallerde, indirim oranının üst hadlerden olması gerekir.³⁰⁸

765 sayılı Türk Ceza Kanununda hafif tahrik ve ağır tahrik şeklinde bir ayrıma yer verilmişti. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ise hafif ve ağır tahrik ayrımı ortadan kaldırılmıştır.³⁰⁹ 765 sayılı Türk Ceza Kanununda hafif ve ağır tahrik hallerinde yapılacak indirim oranları ayrı ayrı gösterilmekteydi. Buna göre, hâkim önce tahrik eyleminin hafif mi ağır mı olduğunu belirlemekte, sonra indirim oranını uygulamaktaydı. Ayrıca Yargıtay içtihatları ile hangi halde hafif, hangi halde ağır tahrik kabul edileceği olaylara dayalı olarak ortaya konulmuştu. Yeni yasada bu ayrım ortadan kaldırılarak indirim oranlarındaki alt ve üst sınır makası daha çok açılmıştır. Bu şekilde hâkime daha çok takdir hakkı tanınmıştır³¹⁰

Yeni düzenleme ile indirim oranları da farklılaştırılmıştır. 765 sayılı yasadaki düzenlemede basit tahrikte 1/4, ağır tahrikte 2/3 oranında indirim yapılması

³⁰⁶ Üzülmöz, a.g.e., s.308

³⁰⁷ Erem, a.g.e., s.639

³⁰⁸ Centel vd., a.g.e., s.452

³⁰⁹ Üzülmöz, a.g.e., s.308.

³¹⁰ Centel, vd., a.g.e., ss.452-453.

öngörülüyordu. 5237 sayılı yasa düzenlemesinde ise ¼ ile ¾ oranları kabul edilmiştir. Yeni düzenlemenin en üst sınırdan tahrik indirimi uygulanması hallerinde daha lehe olduğu anlaşılmaktadır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezasında da lehe indirim olduğu söylenmelidir.³¹¹

Haksız tahrikin uygulanabilmesi gerekli tüm şartların olayda bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Haksız tahrik kurumunun kabul edilme sebebi, her olayda failin cezasını bir miktar indirebilmek değildir. Türk Ceza Kanunu tahrikin ancak haksız hareketlere tepki olması durumunda kabul edildiğini vurgulamak için tahrik fiilinin “haksız bir fiil” olmasını şartını getirmiştir. Bu ifade ceza hukukuna aykırı olmasa da tahrik fiilinin hukuka aykırı olması gerektiğini işaret ettiği açıktır.³¹²

Haksız tahrikin varlığı halinde, tahrik altında kalıp tepki suçunu işleyen kişi bizzat tahrik hükmünden yararlanacaktır. Çünkü tahrik fiile bağlı değil, şahsa bağlı bir indirim nedenidir.

Birden fazla faili olan olaylarda, haksız tahrik mağdurdan kaynaklanmış, bunun karşısında hangi sanık bu haksız tahrike uğramış ise o sanık tahrik hükümlerinden faydalanır, diğerleri faydalanamaz.³¹³ Haksız tahrikten bir defa yararlanan kişi, aynı kişiye yönelik olarak ikinci kez haksız tahrikten yararlanamaz. Aynı fiilden dolayı aynı şahsa karşı fail ancak bir kez haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir. Aynı fiilden dolayı bir kaç kez tahrike kapıldığı iddiasıyla mağdura birkaç kez yönelen faile her defasında önceki tahrik eylemi nedeniyle haksız tahrik indirimi uygulanmaz. Yargıtay’da bu doğrultuda kararlar vermiştir. Yargıtay bir kararında “ Sanığın hasmını hedef alıp ateş ettiği istikamette kendi babası olan maktulün de bulunduğunu görmesine ve onun da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen, babasını sakınmadan yaptığı atışlar sonucu onu vurup öldürmesinde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı gözetilerek...” demek suretiyle bu görüşü desteklemiştir.³¹⁴

³¹¹ Özbek, **a.g.e.**, s.385.

³¹² Aydın, **a.g.m.**, s.249.

³¹³ Yavuz, **a.g.m.**, s.453.

³¹⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.215.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

3.1. GENEL OLARAK

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik genel bir indirim nedenidir. Genel haksız tahrikten başka 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nunda bazı suçlara ilişkin özel tahrik halleri de bulunmakta idi. Bunlar; 258/4 maddede yer alan;

“Eğer memur haiz olduğu salâhiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir”³¹⁵ şeklindeki düzenleme, 272. maddede yer alan;

“Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir.”³¹⁶ şeklindeki bir memurun memuriyet hududunu tecavüz etmesi hallerinde uygulama alan bulan özel tahrik halleri idi.

Bunun dışında yine 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen, 19.7.2003 tarih ve 25173 sayılı R.G.'de yayımlanan, 15.7.2003 tarih ve 4928 sayılı Kanunun 19. maddesinin (a) bendi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılan 462.maddedir. Bu madde de, karı koca veya üstsoydan biri veya erkek yahut kız kardeşten biri tarafından, bir koca veya karı, yahut kız kardeş veya altsoydan biri, başkası ile zina işlemek üzere veya zinayı icra halinde veya henüz işlemiş vaziyette görülmesi üzerine bu kimse veya ortağı veya her ikisi aleyhinde öldürme veya yaralama fiili işlenmesi halinde, failin cezası indirilmekteydi.³¹⁷

Bunlardan başka 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda 485. maddede düzenlenen hakaret ve sövme suçlarında uygulama alanı bulan özel bir haksız tahrik düzenlemesi de mevcuttu. Bu maddeye göre, **“ Kendisine tecavüz olunun şahıs 480 ve 482 maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır.**

³¹⁵ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, (1926), Md. 258.

³¹⁶ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, (1926), Md. 272.

³¹⁷ Ayık, a.g.m., s.105.

Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirlerini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı ıskat edebilir.

Şahıs hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir,³¹⁸ hakaret ve sövme suçlarında özel tahrik uygulanacaktır.

Buna karşın 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda sadece “Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret“ kenar başlıklı 129. maddede özel haksız tahrik hali düzenlenmiş 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan diğer özel tahrik hallerine yahut yeni bir düzenleme ile özel tahrik hallerine yer vermemiştir. Bu durumda diğer tüm suçlarda şartları mevcut ise genel tahrik hükmü olan 29.madde uygulanacak demektir.

Esas olarak Türk Ceza Kanununda haksız tahrik 29. maddede düzenlenmiş olup, tüm suçlar bakımından genel ve yasal bir indirim nedenidir. 29. madde düzenlemesi karşısında özel hüküm niteliğinde olan 129. madde yalnızca hakaret suçu bakımından uygulanabilen özel bir tahrik nedenidir.³¹⁹

Haksız tahrik cezayı azaltıcı genel bir sebep olmakla beraber, kanunun haksız tahriki bazı suçlar hakkında cezayı azaltıcı özel sebep saydığı hallerde genel tahrike ilişkin hüküm uygulanamaz. Çünkü özel tahrik sebeplerinin bulunduğu hallerde genel indirim sebebinin nakz edilmiş olduğu kabul edilir -genel kural, özel kural ilişkisi gereği- ve bu özel indirim nedenine ait olan hükümlerle genel hükmün birlikte ya da biri diğerinin yerine uygulanması mümkün değildir.³²⁰ Bir başka ifadeyle iki hüküm çatıştığı zaman genel kural değil, öncelikle özel kural uygulanır. Biri diğerinin yerine uygulandığı zaman, yasaya aykırı hareket edilmiş olur ve bu durum da bozma nedeni olarak kabul edilir.

3.2. HAKARET SUÇUNDA ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

İnsanın bilindiği üzere iki varlığı vardır. Birisi maddi varlığı, diğeri de manevi varlığıdır. Maddi varlığı, ceza kanunları her yerde her zaman hatta denilebilir ki ta

³¹⁸ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, (1926), Md. 485.

³¹⁹ Mine Arısoy, (2007), “Hakaret”, **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı:72, Ankara, ss.152-205.

³²⁰ Erem, **a.g.m.**, s.654.

devlet fikrinin ortaya çıkışından beri himaye etmişlerdir. Fakat bunun yanında aynı bütünün yarısı değerinde bulunan manevi varlığını, devlet otoritesi ve kanunlar görmezden gelemeydi. Zira aksi durumda bütünü bölmek ve bütünün sadece bir kısmını himaye etmek diğerini reddetmek olurdu. Bunun ise cezanın gayesinden ve korumak istediği menfaatten ne kadar uzakta olduğu izahtan varestedir. Bu itibarla haysiyet ve şerefe karşı yapılan fiillerin cezalandırılması kamunun huzur ve sükunu için kaçınılması mümkün olmayan bir mesele olmuş ve Roma Hukuku'ndan beri cezalandırılma-gelmiştir.³²¹

Türk Ceza Kanunlarında da bu düşüncelerin yansıması olarak hakaret suçları ve bu suçların tahrik nedenlerine ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Son olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da 125. ve devamı maddelerinde bu hükümlere yer verilmiş ve 129. maddede de özel tahrik nedeni belirtilmiştir.

Bu hüküm 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabında, “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümde yer almakta ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 485. maddesindeki hükme benzemektedir. Hakaret suçunun hukuki konusu, kişinin şeref ve saygınlığıdır. Bireylerin şeref ve haysiyetlerine yönelik saldırılar, onları diğer insanlar nazarında ve toplum içinde alçaltacağı gibi kişinin kendi öz saygınlığını da yıpratır.³²²

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Haksız Fiil Nedeniyle veya Karşılıklı Hakaret” başlıklı 129. maddesi şu şekildedir:

“ Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak islenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.

Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak islenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.”

“Hakaret suçunun karşılıklı olarak islenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir”³²³

³²¹ Kemal Akgüner, (1952), “Karşılıklı Hakaret Müessesesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 43, Sayı:6, Ankara, ss.808-814.

³²² Aydın, **a.g.m.**, s.248.

³²³ **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, (2004), Md. 129.

Kanunun 129. maddesinde hangi suçların özel tahrik kapsamına gireceği belirtilmiştir. Maddede failin haksız bir fiile ya da kasten yaralama eylemine tepki olarak hakaret etmesi özel tahrik kapsamındadır. Fail, haksız tahrik nedeniyle farklı bir tepki suçu işlerse -örneğin yağma- koşulları varsa 29. madde de düzenlenmiş olan genel tahrik indiriminden yararlanabilir ama buradaki özel tahrik hükmünden yararlanamaz.

5237 Sayılı Ceza Kanunu'nun. 125. maddesinde “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”³²⁴ denilmek suretiyle sövme ve hakaret ayrımı kaldırılmış ve “sövme”, hakaret suçunun unsuru haline getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde de “...Bu düzenlemede 765 sayılı TCK.’da benimsenen hakaret ve sövme suçu ayrımı kaldırılmıştır...”³²⁵ denilmektedir. O halde sövme hakaret suçu içerisinde değerlendirildiğinden sövme veya karşılıklı sövme söz konusu ise genel tahrik indirimi değil, 129. madde de yer alan özel tahrik indirimi uygulanacaktır.³²⁶

129. maddedeki düzenleme hakaret suçundan dolayı cezanın indirilmesi bakımından “haksız tahrik” kurumuna ve fail hakkında ceza verilmemesi yönünden de bir hukuka uygunluk sebebine benzemektedir. Kanun koyucu, fail tarafından işlenen hakaret suçunun maddede gösterilen sebeplerle -haksız fiil, hakaret, yaralama- icra edilmesi haline bağlı olarak cezanın azaltılması veya ortadan kaldırılmasına dair hükümler öngörmüştür.³²⁷

Hakaret suçunun cezasının azaltılması veya tamamen kaldırılması açısından düzenlenen hükmün hukuki niteliğini, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmek isabetli olmayacaktır. Aslında hükmün ikinci fıkrası, kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçunun işlenmesi durumunda faile ceza verilemeyeceğini düzenleyerek, cezanın indirilmesi yolunu kapamak suretiyle bir hukuka uygunluk nedeni göstermiş gibi gözükmektedir. Ancak hükmün ilk ve son fıkraları cezanın indirilmesine de imkan verdiği için özel bir hukuka uygunluk kapsamında incelenemez. Çünkü, hukuka

³²⁴ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, (2004), Md. 125.

³²⁵ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi, (2004), Md. 125.

³²⁶ Aydın, a.g.m., s.249.

³²⁷ Şen, a.g.e., s.570.

uygunluk sebebinde, fiil baştan itibaren hukuka uygun hale geldiğinden ve böylelikle suçun hukuka aykırılık unsuru tamam olmadığından bu sebebin sınırı taksirle aşılmadığı sürece faile ceza verilebilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle, 129. maddenin bir hukuka uygunluk nedeni değil *nev'i şahsına münhasır* bir düzenleme olduğu söylenebilir.³²⁸

Kanun koyucu burada hakaret suçuna has, özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapmıştır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinden farklı olarak mahkeme cezadan indirim gidebileceği gibi, ceza vermektan tamamen de vazgeçebilir. Fakat 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 129. maddesinin uygulandığı durumlarda, aynı anda genel tahrik hükmü uygulanamaz.³²⁹

Yürürlükten kaldırılan Ceza Kanunumuz 480. ve 482. maddelerinde tüm kişileri, 266. maddesinde memurlara yönelik hakaret ve sövme eylemlerini cezalandırılıyor, bunlardan 480. ve 482. maddeler için 485. madde, 266. madde için de 272. madde özel tahrik hükmünü oluşturuyordu. Bu suçlar 5237 Sayılı Ceza Kanunumuzda tek bir madde içinde (m.125) toplandığından hakaret suçlarında ortak tahrik hükmü de 129.maddede tek bir madde içerisinde düzenlenmiştir. Bu durumda 129. madde hem kişilere hem de kamu görevlilerine hakaret suçlarında ayırım yapılmadan uygulanacak, bu şekilde memurlar ve diğer kişiler yönündeki farklı düzenleme ve eşitsizlikte ortadan kalkmış olacaktır.³³⁰

Türk Ceza Kanunu'nun 129.maddesinde; hakaret suçunda cezadan indirim yapılmasına ya da cezanın tamamen kaldırılmasına olanak sağlayan 3 ayrı tahrik nedenine yer verilmektedir:

1-Hakaret suçunun *haksız bir fiile tepki* olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektan de vazgeçilebilir.

2-Hakaret suçunun *kasten yaralama suçuna tepki* olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.

3-Hakaret suçunun *karşılıklı olarak işlenmesi* halinde, olayın mahiyetine göre, tarafların her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği

³²⁸ Şen, **a.g.e.**, s.570.

³²⁹ Mine Arısoy, **a.g.m.**, s.185; Yenidünya ve Alşahin, **a.g.m.**, s.76.

³³⁰ Erol Çetin, (2005), **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.121.

gibi, ceza vermektten de vazgeçilebilir.³³¹

Şimdi hakaret suçu yönünden düzenlenmiş olan özel tahrik nedenini oluşturan bu fıkraları inceleyelim.

3.2.1. Haksız Fiil Sebebiyle Hakaret

3.2.1.1. Hakaret ve Kasten Yaralama Dışında Mağdurun Bir Haksız Fiilinin Bulunması

Türk Ceza Kanunu'nun 129. maddesinin 1. fıkrası ile getirilen düzenleme hakaretin haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde cezada belli bir miktar indirim yapılması ya da hiç ceza uygulanmaması şeklindedir.³³²

Bu hükmün uygulanabilmesi için sanığın hakaretinden önce mağdurun haksız bir fiilinin bulunması gerekir. Mağdurun fiilinin haklılığı fail ile mağdur arasındaki ilişki ve bu ilişkinin hukuki niteliğine göre değişik biçimlerde ortaya çıkarılabilir ve yine değişik şekiller gösterilebilir. Örneğin, bir kimse hakkında şikâyet hakkı kullanılarak merciine yapılan suç ihbarı veya suçlunun saklandığı yerin zabıtaya ihbarı haksız hareket kabul edilemez. Yargıtay 4.C.D.'nin 3.6.1968 tarih ve 3133-4352 sayılı bir kararında “ Baba reşit olan oğlunu eve kabul edip etmemekte serbest olduğundan, evine kabul etmediği için babasına hakaret eden evladın bu kabul etmeme nedeniyle 485/1. maddeden yararlanamayacağına” hükmetmiştir.³³³

Burada önemli olan husus mağdurun hakaret veya kasten yaralama dışında bir tahrik eyleminin varlığının gerekmesidir. Aksi halde maddenin birinci fıkrası değil ikinci veya üçüncü fıkralarının uygulanması söz konusu olacaktır.³³⁴ Yani mağdur ne ikinci fıkradaki şekilde kasten yaralama şeklindeki bir haksız fiil de ne de son fıkradaki hakaret biçimindeki haksız bir fiil de bulunacaktır. Zira kasten yaralama ve hakaret suçları işlendiğinde o fıkralar uygulanacaktır. Bu husus, özel tahrik düzenlemesinin genel tahrikten ayrıldığı noktayı da ortaya koymaktadır.³³⁵ Tahrike konu fiil haksız, yani

³³¹ Çam, **a.g.e.**, s.101.

³³² Arısoy, **a.g.m.**, s.185.

³³³ Çetin, **a.g.e.**, s.121.

³³⁴ Arısoy, **a.g.m.**, ss.185-186.

³³⁵ Muharrem Özen, (2002), “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:51, Sayı:3, Ankara, ss.27-45.

herhangi bir hakka dayanmayan bir fiil olmalıdır. Konusu suç teşkil edebilen bir fiil olabileceği gibi suç tanımına girmeyen ancak hukuka aykırı herhangi bir fiil de olabilir. Haksız tahrike konu fiilin suç teşkil etmesi halinde koğuşturma konusu yapıp yapılmaması ya da cezalandırılabilir nitelikte olup olmaması önemli değildir.³³⁶ Suç ihbarları veya şikâyetler haksız bir fiil sayılamazlar. Bir hakkın kullanılması -örneğin anayasal bir hak olan şikâyet hakkının- söz konusu olup suçlunun yerinin bildirilerek yakalanmasının sağlanması da kamusal görev kapsamındadır. Bu nedenle bu şekildeki bir fiil de haksız fiil sayılamaz.³³⁷

Faile yöneltilen fiilin hukuka uygun olduğu durumlarda, faildeki yansıması ne şekilde olursa olsun haksız tahrikten söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle hakaret suçlarında söz konusu fiil hukuka aykırı değilse 129. maddenin 1. fıkrası uygulanamaz. Örneğin, bir kimse hakkında kolluğa veya savcılığa yapılan suç ihbarı, şikâyet hakkının kullanılması, suçlunun yakalandığı yeri kolluğa haber verme veya salt boşanma haksız bir fiil olarak değerlendirilemez. İtalyan Yargıtay'ı da bir kararında “Borcunu ödemeyen borçluya dava açacağını bildiren alacaklının fiili haksız sayılamaz” diyerek bu fikri doğrulamıştır.³³⁸

Mağdur kendi haksız fiili neticesinde hakarete sebebiyet vermişse haksız fiilin ağırlığı dikkate alınmak suretiyle yargı makamı fail hakkındaki cezayı azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle de kaldırabilecektir. Burada öncelikle mağdur tarafından faili maddi veya manevi açıdan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak etkilediği tespit edilen haksız bir fiilin mevcudiyeti gerekmektedir. Bu haksız fiilin ceza hukuku anlamında suç teşkil edip etmemesi önemli değildir. Örneğin, araçta maddi hasarlı bir trafik kazasına sebebiyet veren mağdura hakaret edilmesi halinde, haksız fiil ile hakaretin ağırlığı mukayese edilmek suretiyle yargı makamı tarafından, ya kısmi ceza tayini veya hiç ceza verilmemesi yoluna gidilecektir.³³⁹

³³⁶ Arısoy, **a.g.m.**, ss.185-186.

³³⁷ Çam, **a.g.e.**, s.102.

³³⁸ Özen, **a.g.m.**, s.33.

³³⁹ Şen, **a.g.e.**, s.570.

3.2.1.2. Sanığın Tepki Fiilinin Hakaret Suçunu Oluşturması ve İki Eylem Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Mağdurun haksız bir fiili karşısında sanığın karşılıklıta bulunduğu tepki fiili başka bir suç türünü değil yalnızca hakaret suçunu oluşturmalıdır.

Maddede yalnız hakaret suçundan söz edildiğinden 129. madde hükmü ancak 125. maddede unsurları belirtilen hakaret suçu için uygulanabilir. Hakaret suçu dışındaki başka maddelerde düzenlenen suçlar için uygulanmaz.³⁴⁰ Özel tahrik hali olan bu husus genel tahrikin tersine sadece tahrik üzerine işlenen fiilin başka bir suç veya fiil değil sadece hakaret suçunu oluşturması halinde uygulama alanı bulacaktır.³⁴¹

Haksız fiil ile tepki suçu olan hakaret arasında nedensellik bağı olmalıdır. Bir başka anlatımla, haksız fiile duyulan tepkinin bir karşılığı olarak hakaret fiilinin icra edilmesi gerekir. Ancak failin, kendisine yönelik olmayan bir haksız fiile tepki duyduğundan bahisle mağdura hakaret ettiği belirlenmişse, 129.maddenin birinci fıkrasının bu olayda uygulanabilme imkanı bulunmayacaktır. Fail, kendisine yönelik olarak işlenen haksız bir fiile tepki duyarak mağdura hakaret etmişse 129. maddenin birinci fıkrası hükmünden yararlanabilecektir.³⁴²

Hakaret ile haksız tahrike konu eylem arasında nedensellik bağı bulunmalı, suç sebep sonuç ilişkisi içerisinde işlenmelidir. Tahrikin gerçekleştiği an ile hakaretin yapılması arasında belirli bir zaman aralığı bulunması nedensellik bağının kurulabildiği durumda önem arz etmeyecektir.³⁴³

Burada değinilmesi gereken bir başka husus da genel tahrik hükmünde yer alan “hiddet veya şiddetli elem“ ifadelerinin 129. maddede bulunmamasıdır. 765 Sayılı Yasa'nın 51. ve 485. maddelerinde de durum aynı idi. Bu nedendir ki genel tahrik hükmünden farklı olarak haksız hareketin mağdur da şiddetli öfke veya üzüntü yaratmasını bir unsur olarak belirlemeye gerek olup olmadığı konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur.³⁴⁴

³⁴⁰ Çetin, a.g.e., s.121.

³⁴¹ Özen, a.g.m., s.35.

³⁴² Şen, a.g.e., s.570.

³⁴³ Arısoy, a.g.m., s.186.

³⁴⁴ Arısoy, a.g.m., ss.186-187.

Bu konuda Tezcan, genel tahrikten farklı olarak haksız hareketin, failde gerçekten öfke ve üzüntü meydana getirmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur demektedir. Soyaslan ise, hakaret haksız tahrike karşı aradan uzunca bir zaman geçmeden bir tepki olarak yapılmalıdır. Oysa 29. maddede ifadesini bulan genel haksız tahrikte tahrik anı ile tepki anı arasından zaman geçebilir, yeter ki haksız tahrikten dolayı oluşan hiddet veya elemin sonucu işlenmiş olsun. Erem ve Toroslu'ya göre, 485. maddede hiddet veya şiddetli elemin mevcudiyeti hakkında kanuni bir karineye yer verilmiş, esasen uygulamada haksız tahrikte dahi şart koşulan hiddet veya şiddetli elemin ayrıca ispatı mümkün olmamakta ve taarruzun haksızlığının anlaşılmasıyla hiddet veya şiddetli elem mevcut farz edilmektedir. Erman ve Özek ise, burada da bir hiddet veya elemin varlığı aranmakta ancak bu şartın bulunduğu bir karine olarak kabul edilmektedir. 51. maddeye dayanan kimse hiddet veya elemin bulunduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu halde, 485/1 ileri sürenin böyle bir ispat yükü yoktur, demektedir.³⁴⁵

Yasal düzenleme gözetildiğinde, hakaret suçunun, mağdurun hukuka uygun olmayan, haksız fiiline reaksiyon olarak işlenmiş bulunması cezadan indirim yapılmasına ya da cezasızlık sonucunu doğurmaya yeterlidir. Ayrıca hiddet ya da şiddetli elemin mevcut olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Bu yorum tarzı kanun koyucunun gerek madde metninde, gerekse gerekçesinde anılan ifadelere yer vermemek suretiyle özel tahrik hükmü ihdasına uygun düşer. Önem arz eden husus suçun ani öfkeyle tepkisel olarak işlenmesidir.³⁴⁶

3.2.1.3. Haksız Fiilin Bizzat Mağdur Tarafından Gerçekleştirilmesi ve Hakaretin Haksız Eylemi Gerçekleştiren Kişiye Yapılması

Haksız fiilin bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Her ne kadar 765 sayılı TCK'nın 485. maddesinde açıkça yer alan” **Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482. maddelerinde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise...**” ifadesi yeni düzenlemede yer almamış ise de madde gerekçesinde mağdurun kendi haksız hareketiyle hakarete neden olmasından söz edilmiş bulunmasına

³⁴⁵ Arısoy, **a.g.m.**, s.187.

³⁴⁶ Arısoy, **a.g.m.**, s.187.

göre, üçüncü bir kişinin haksız fiilini indirim ya da cezasızlık sebebi saymak mümkün olmayacaktır.³⁴⁷ İki metin arasındaki fark öze ilişkin değildir. Eski düzenlemedeki “kendisine tecavüz edilen kişinin buna haksız hareketi ile sebebiyet vermiş olması “ yerine “hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi” ifadesi tercih edilmiştir. Temel fark cezai yaptırım yönünden olup eski hükümde bu hal bir hafifletici sebep iken yeni düzenlemede cezasızlık sebebi olabileceğinin de belirtilmiş olmasıdır.³⁴⁸

Ancak mağdurun haksız fiili hakaret suçunun failinden başka üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleşmiş bulunabilir. Buna tepki olarak işlenen hakaret suçu nedeniyle 129. maddenin birinci fıkrasına uygulanması söz konusu olabilecektir. Örneğin, kendisine bizzat yapılmayıp çocuğuna cinsel tacizde bulunan kişiye hakaret eden fail hakkında haksız tahrikin varlığı kabul edilmelidir.³⁴⁹

Sanığın hakaret eyleminin haksız fiili yapan kişiye yönelik olması gerekir. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi tahrik edici sözler haksız eylemi yapanın dışında üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilirse bu fıkra hükmü uygulanamaz.³⁵⁰ Örneğin, kendisine yönelik olarak yapılan haksız bir fiil sonucunda, bizzat o kişiye değilde karısına yahut anne babasına hakaret edilmesi durumunda, hakaretin haksız eylemi gerçekleştiren kişiye karşı yapılması şartı gerçekleşmediğinden bu özel tahrik hükmü uygulanamaz.

3.2.2. Kasten Yaralama Suçuna Tepki Sebebiyle Hakaret

3.2.2.1. Mağdurun Fiilinin Kasten Yaralama Olması

5237 Sayılı TCK'nun 129. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, kasten yaralanan kişinin kendisini yaralayan kişiye -yaralama eylemine bir tepki olarak hakaret suçunu işlemesi durumunda cezalandırılmayacaktır. Ancak söz konusu bu yaralama eyleminin hukuka aykırı olması gerekir. Yasanın izin verdiği sınırlar içinde kalan hukuka uygun bir fiil sonucu meydana gelen yaralanmalar nedeniyle bu hüküm uygulanamaz. Örneğin, meşru savunma ya da geçici yakalama hakkı kullanılırken

³⁴⁷ Arısoy, **a.g.m.**, s.186.

³⁴⁸ Süheyl Donay ve Mahmut Kaşıkıcı, (2005), **Türk Ceza Kanunu**, 1.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s.203.

³⁴⁹ Arısoy, **a.g.m.**, s.186.

³⁵⁰ Çetin, **a.g.e.**, s.121.

oluşan hukuka uygun yaralanmalar nedeniyle hakaret suçunu işleyen kimse cezalandırılabilir.³⁵¹

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 485/3. fıkrasında **“şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir”** denilmiş olup, bu anlamda şiddet kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne yönelik eylemleri de kapsamaktaydı. Yeni yasada sadece kasten yaralamadan söz edilmekle kapsamın daraltılıp, belli bir suça özgülendiği anlaşılmaktadır.³⁵² Yeni düzenlemede hakaretin kasten yaralamaya bir tepki olarak işlenmesinden söz edildiği halde bundan daha ağır olan kasten öldürmeye bir tepki olarak işlenmesi halinde aynı sonucun ortaya çıkmaması eksik bir düzenleme olduğunu ortaya koymaktadır. Kanunun bu emredici ve açık düzenlemesi karşısında kasten öldürmelerde olsa olsa genel tahrik hükmü uygulanabilecektir.³⁵³

Kasten yaralama suçunun ağırlığı ve meydana gelen neticeler önemli olmayıp gerek 86. ve gerekse 87. maddeler kapsamına giren tüm kasten yaralama tiplerini 129. maddenin ikinci fıkrası içinde ele almak gerekir. Kasten yaralama eyleminin nitelikli hali ya da en basit halinin işlenmesi arasında bir fark söz konusu değildir. Basit kasten yaralama suçuna duyulan tepkiyle yapılan hakaret hakkında da 129. maddenin ikinci fıkrasının tatbiki imkanı mevcuttur.³⁵⁴

Hakaret suçuna sebebiyet veren kasten yaralama eyleminde kastın çeşidi önem arzetmez yani kastın doğrudan veya olası kast olması arasında da bir fark söz konusu değildir. Eylemin kasten işlenmesi yeterlidir. Ayrıca fiilin cezalandırılabilir ya da koğuşturma konusu yapıp yapılmamış olması da bir önem arzetmez. Eylemin taksirli olarak işlenmesi halinde 129. maddenin 1. fıkrası uygulanmalıdır.³⁵⁵ Taksir hususunda aksi bir görüş ise, maddede hakaretin “kasten” yaralamaya tepki olarak işlenmesi ifadesi yer aldığından, taksirle yaralamaya tepki olarak işlenen hakaret suçunda 129/2. fıkranın uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda TCK 29. maddedeki genel

³⁵¹ Çetin, a.g.e., s.121.

³⁵² Arısoy, a.g.m., s.190.

³⁵³ Durmuş Tezcan v.d., (2008), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.471.

³⁵⁴ Şen, a.g.e., s.571.

³⁵⁵ Arısoy, a.g.m., s.190.

haksız tahrik hükümleri uygulanma alanı bulabilir.³⁵⁶

3.2.2.2. Sanığın Tepki Fiilinin Hakaret Suçunu Oluşturması

Kasten yaralama suçuna maruz kalan sanığın karşılık eylemi TCK 125. maddesinde ifadesini bulan hakaret suçunu oluşturmalıdır. Hakaret dışında başka bir karşılığın verilmesi halinde doğal olarak bu madde uygulanamayacaktır.

Maddenin 2. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için aranacak husus failin hakaret eylemini mağdurun yaralama eylemine tepki olarak yapmış olmasının gerekmesidir.³⁵⁷ Hakaret kasten yaralamaya tepki olarak işleneceğinden, eylemin devam ettiği sırasında ya da eylemin hemen ardından hakaret edilmiş olmalı, araya fasıla girmemelidir. Ancak kişinin kasten yaralama sonucu aldığı darbenin etkisiyle karşılık veremeyecek konuşamayacak hale gelmesi ancak ilk tedavi sonrası gibi bir ara ile hakaret etmesine ilişkin somut örnekte illiyet bağı ve ayrıca eyleme dair tepkinin devam ettiğinin anlaşılması halinde cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür.³⁵⁸

Failin kendisine karşı haksız yere şiddete başvurulması sebebiyle hakaret etmekten dolayı cezalandırılmaması, şiddetin, yani kasten yaralama suçunun bu fiile muhatap olan fail üzerinde meydana getirdiği psikolojik etkiye dayanmaktadır. Bu nedenle, şiddet hareketinin kişi üzerinde etkisi geçtikten sonra hakaretin vuku bulması halinde bu madde hükmü uygulanamayacaktır.³⁵⁹ Yasa koyucu bu hükmü, kasten yaralama suçunun işlendiği o an veya icrasının hemen akabinde duyulan tepkiyle yapılan hareketleri kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Kasten yaralama suçunun icrası sırasında veya hemen sonrasında olmayan, yahut kasten yaralamaya reaksiyon olarak verilmeyen, bu fiilin icrasının üzerinden birkaç gün geçtikten sonra mağdurla karşılaşan fail tarafından yapılan hakaretler, “teпки” kavramı içinde değil, mağdura karşı duyulan hırs, kin ve intikam duygusuyla söylenmiş sözler olarak kabul edilebilecek ve 129. maddenin 2. fıkrası içerisinde değerlendirilmeyecektir.³⁶⁰

³⁵⁶ Yenidünya ve Alşahin, **a.g.m.**, s.79.

³⁵⁷ Çetin, **a.g.e.**, s.122.

³⁵⁸ Arısoy, **a.g.m.**, s.190.

³⁵⁹ Dönmezer, **a.g.e.**, s.325.

³⁶⁰ Şen, **a.g.e.**, s.571.

3.2.2.3. Hakaretin Kasten Yaralama Suçunun Failine Yönelik Olması

Sanığın bu cezasızlık nedeninden yararlanabilmesi için hakaret eyleminin kendisini yaralayan kimseye yönelik olmasına bağlıdır. Kendisini yaralayan kimseden başka birine yapılan hakaretlerde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Örneğin, babası tarafından darp edilen mağdurun babasından korktuğundan oğluna sövmesi halinde bu fıkra hükmü uygulanamayacaktır.³⁶¹

Burada bir başka husus ise, kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine karşı gerçekleştirilmiş olma şartının aranıp aranmayacağıdır. Eski yasadaki “**şahsı hakkında şiddet uygulanması...**” şeklindeki düzenleme nedeniyle kasten yaralamanın hakaret suçunu işleyen faile yönelik olması gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktaydı. Yani kasten yaralama suçunun bizzat hakaret suçunu işleyene yönelik olması üçüncü bir kişiye yönelmemesi gerekmekteydi.

Her ne kadar 5237 Sayılı YTCK’nun 129. maddenin ikinci fıkrası, “**failin şahsına karşı işlenen kasten yaralama suçu** “ ibaresine açık olarak yer verilmemiş olsa da hükmün gerekçesinde, failin kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna duyduğu tepki sebebiyle söylediği hakaret içerikli sözlerden dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. Böylece failin şahsına değil de kendisini ilgilendiren bir yakınına karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki duyarak hakaret etmesi halinde, bu fiil maddenin ikinci değil ilk kapsamında değerlendirilecektir.³⁶² Aksi görüş ise, 5237 sayılı YTCK’nın 129/2. maddesinin uygulanabilmesi için kasten yaralamanın bizzat hakaret suçunun failine veya üçüncü bir kişiye yapılmış olması arasında bir ayırım yapmamıştır.³⁶³

Kanaatimizce, kasten yaralama suçunun bizzat hakaret suçunu işleyen kişiye yapılmış olması gerekmektedir. Zira madde gerekçesi de “failin kendisine karşı işlenen” diyerek bu hususu teyit etmektedir. Üçüncü bir kişiye yapılan kasten yaralama eylemleri 1. fıkra kapsamında ele alınabilir zira 1. fıkra diğer fıkralara göre daha genel bir düzenlemedir.

³⁶¹ Çetin, a.g.e., s.122.

³⁶² Şen, a.g.e., s.571.

³⁶³ Yenidünya ve Alşahin, a.g.e., s.79.

3.2.3. Karşılıklı Hakaret

3.2.3.1. Karşılıklı İşlenen Suçların Hakaret Olması

Her iki suçun da TCK'nın 125. maddesi anlamında hakaret suçunu oluşturması şarttır. Bu hükmün özel tahkir suçları için yönünden uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Örneğin, TCK 301 .madde için uygulanması doğru değildir. Eylemlerde aynılık olması gerekmez yani taraflardan birisi somut bir fiil veya bir olgu isnadında bulunursa diğeri sövmek suretiyle karşılık verirse yine 129/3 uygulanır. Buna karşılık kendisine hakaret eden kişiye hakaret dışında başka bir suç işleyen örneğin, yaralayan failin 129/3 den faydalanması imkansızdır. Bu durumda TCK'nın 29. maddesinde yer alan genel tahrik hükümleri uyarınca kasten yaralamadan dolayı verilecek cezada indirimine gidilmesi söz konusu olabilir. Kişinin, kendisini kasten yaralayan kişiye hakaret etme halinde ise madde 129/3 değil 129/2 uygulama alanı bulacaktır.³⁶⁴

Bu maddenin uygulanabilmesinin ön şartı, her iki suçunda hakaret suçu niteliği taşımasıdır. İlk suç veya tepki suçu hakaret suçu niteliğinde değilse bu madde uygulama alanı bulamaz. Her iki suçun hakaret olduğu her halde de bu madde uygulanamayabilir. Örneğin, ilk olarak kasten yaralama suçu işlenmiş ve buna karşı hakaret edilmiş akabinde kasten yaralama suçu işleyen kişi de hakarete hakaretle karşılık vermişse burada karşılıklı hakareten bahsetmek mümkün değildir. Zira kasten yaralamaya karşı hakaret 129. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

3.2.3.2. İlk Hakaret Edenin Haksız Olması

Karşılıklı hakaret halinde ilk hakaretin haksız olması, hukuken koruma görmemesi yani hakaret edene kanunen veya örf adetçe o fiili gerçekleştirme selahiyeti verilmemiş olması gerekmektedir.³⁶⁵ Bir başka ifade ile; ilk hakaret eden kişi bir hakkını kullanmakta veya bir görevini yerine getirmekte ise bu kişiye karşılık veren kimse 129/3 fıkradan yararlanamaz. Örneğin, terbiye hakkı sınırları içerisinde kalmak kaydıyla oğlunu azarlayan babaya oğlunun hakaret ederek karşılık vermesi halinde bu

³⁶⁴ A.Caner Yenidünya ve M. Emin Alaşahin, (2007), "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı: 68, Ankara, ss.43-93.

³⁶⁵ Akgüner, **a.g.m.**, s.811.

hüküm uygulanmaz.³⁶⁶

Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki o da, hakaretin haksız olması ile koğuşturulabilir nitelikte olup olmamasını birbiriyle karıştırmamak gereğidir.³⁶⁷ Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir mesele, bir milletvekilinin parlamento içinde bir kimseye hakaret etmesi üzerine bu kimsenin milletvekiline sözle veya basın aracılığıyla cevap vermesi durumunda bu fıkranın uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu meselenin çözümü mutlak yasama dokunulmazlığının esasının neden ibaret olduğuna göre farklılık arz edecektir. Mutlak yasama dokunulmazlığı, hukuka uygunluk nedeni kabul etmeyen, ceza koğuşturması yapılmasına engel olmasına karşılık hukuka aykırılığı kaldırmadığı yolundaki düşünceler isabetlidir. Bu nedenle mutlak yasama dokunulmazlığından yararlanan milletvekilinin, meclis içinde bir arkadaşına ya da milletvekili olmayan başka birine karşı yaptığı hakaret , cezalandırılabilme unsurunun yokluğu nedeniyle koğuşturulamaz ise de hukuka aykırı olma özelliğini yitirmemektedir. Sonuç olarak, ceza koğuşturmasına engel olan mutlak yasama dokunulmazlığı, milletvekilinin yaptığı fiile hakaret denilmesini mümkün kılmaya da bunun bir tahkir sayılmasına ve dolayısıyla bu maddenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.³⁶⁸

3.2.3.3. Hakaretlerin Karşılıklı Olması

Hakaretlerin karşılıklı olmasının ne anlama geldiğini belirtmeden önce bu cezasızlık sebebinin mahiyeti üzerinde durmakta fayda görmekteyiz.

Karşılıklı tahkir halinin cezasızlık sebebi sayılmasında üç teori ileri sürülmüştür. Birinci teoriye göre hakaret hakareti, tahkir tahkiri ortadan kaldırmakta, birbirlerini nakz etmekte, silmektedirler. Bu teori eski olup Roma Hukuku'nda mevcut olan kötülüğün kötülüğü götürmesi prensibine dayanmaktadır. Kötülüğün kötülüğe karşı olması prensibi bugünkü hukukta mevcut değildir. Bir diğer teori, karşılıklı tahkir halini meşru savunma veya haksız tahrik hali saymaktadır. Karşılıklı tahkiri ne meşru savunma ne de haksız tahrik saymak mümkün değildir. Zira meşru savunma da haksız

³⁶⁶ Yenedünya, a.g.e., s.80.

³⁶⁷ Sulhi Dönmezer, (2001), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Onaltıncı Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, s.322.

³⁶⁸ Özen, a.g.e., s.39.

saldırıyı yapan şahıs cezalandırılmaktadır. Aynı şekilde haksız tahrikte eğer haksız fiil aynı zamanda suç oluşturuyorsa haksız hareketi yapan kimse cezalandırılır. Halbuki karşılıklı tahkirde her iki tarafında cezalandırılmaması mümkündür. Üçüncü teoriye göre, karşılıklı tahkirler hafif suçlardır. Ayrıca hakaretler arasında eşitlik vardır. Bu nedenlerle hukuk faileri cezalandırmak hakkında vazgeçmektedir.³⁶⁹

Karşılıklı hakaret hallerinde yapılan hakaretlerin karşılıklı olması bu maddenin en önemli özelliğidir. Burada tarafların birbirlerine hakaret etmeleri şarttır. O halde üçüncü bir şahıs tarafından yapılan hakarete karşılıklı hakaret söz konusu olamaz. Ancak mağdur dolayısıyla sanığa haksız bir fiilde bulunmuş olursa o zaman karşılıklı hakaret mevcut olur. Bir başka deyişle çok yakın akrabalık hallerinde hakaretin karşılıklı olduğu kabul edilebilmektedir. Nitekim Yargıtay 4.C.D. 14/12/1949 tarih ve 12289/12826 sayılı bir kararında, bir karıya kocasının şöyle veya böyle olduğu yolundaki sözlerin kocaya olduğu kadar karıya da hakaret teşkil edeceği., ve karşılıklı hakaret olacağını belirtmekle dolayısıyla hakaretlerde de karşılıklı hakareti kabul etmiştir.³⁷⁰

Hakaretin karşılıklı sayılması için her iki hakaret arasında doğrudan bir ilişki bir münasebet olmalıdır. Biri diğzerinin sebebi ötekinin de neticesi olmalıdır.³⁷¹ İki hakaret arasında illiyet bağının yer almasının gerekmesi tabiidir. İkinci harekete ilk hareketin sebebiyet vermiş olması gerekir.³⁷² İki hakaret arasında karşılıklılık unsuru yoksa bu madde uygulanamaz. Örneğin, failin ilk hakaretine kızmayıp daha önceden kendisine yapmış olduğu haksız bir fiilden dolayı hakaret eden kişi açısından hakaretin karşılıklı olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda hakaretler yakın zamanlarda olsa bile aralarında illiyet bağı bulunmadığından karşılıklı hakareten bahsetmek mümkün olamayacaktır.

İlk hakarete karşılık verilmesi halinde iki fiil arasında “derhal” unsuruna ihtiyaç yoktur. Yani kanun iki hakaretin anında karşılıklı olmasını aramamıştır. Karşılığın aynı zamanda veya derhal vukuu imkansız hallerde zaman geçmiş olmasına bakılarak karşılık hükmünün tatbikinden kaçınmak doğru değildir. Fakat iki hareket

³⁶⁹ Doğan Soyaslan, (2005), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.258.

³⁷⁰ Akgüner, **a.g.m.**, s.812.

³⁷¹ Soyaslan, **a.g.e.**, s.257.

³⁷² Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, (1987), **Türk Ceza Hukuku Özel hükümler**, 5. Basım, Savaş Yayınları, Ankara, s.553.

arasında uzunca bir zamanın geçmiş olması çoğu kez illiyet bağının bulunmadığına işaret edebilir.³⁷³

Karşılığın derhal verilmesi düşünülürse de illiyet bağının korunması kaydıyla engelin kalktığı ilk anda gerçekleşmesi yeterlidir. Yüze karşı hakaret durumunda dahi bu şekilde kabul edilmelidir. Zira çeşitli nedenlerle o anda karşılık verilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, görgü kurallarına riayeti sağlamak adına topluca bulunulan yerden çıkıldığında karşılık hakaret gerçekleşmiş olabilir. Önemli olan makul sayılabilecek bir sürenin geçmesi ve illiyet bağının korunabilmesidir. Aynı şekilde basın yayın yoluyla işlenen suçlarda karşılığın gerçekleşmesi yeni bir yayımı gerektirecek bu da doğal olarak o anda olamayacaktır. Hakaretin gıyapta gerçekleşmesi halinde de karşılık hakareten söz edilebilir. Ancak gıyapta hakarete hakaret öğrenilir öğrenilmez karşılık gerçekleştirilmelidir.³⁷⁴

Demek oluyor ki, bir kişinin yüzüne karşı olan hakaretlerde karşılık teşkil eden hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için mümkünse derhal, yüze karşı olmayan hakaretlerde ise karşılık hakaretin öğrenildiğinde yapılmış olmak gerekir. Özellikle basın yolu ile yapılan hakaretlerde bu çözüm yolu isabetlidir. Nitekim CGK 13/12/1948 gün 4/202-220 sayılı kararı,”mağdurun bir gün sonra olan hareketinin müstakil bir suç olduğuna ve bu hakaretin bir gün evvelki hakarete mukabele teşkil etmeyeceğine ve binnetice cezanın 485. madde ile ıskatına karar verilmesini yolsuz “saymıştır.”³⁷⁵

Özetle, meselenin çözümü zaman birliği veya iki hakaret arasında geçen zamanın çok az olmasına değil, iki hakaret arasında bir illiyet bağı bulunup bulunmamasına bağlıdır. Bu konuda elbette iki hakaretin arasında geçen zamanın da önemi gözardı edilemez.³⁷⁶

Bu maddenin uygulanabilmesi için tahkirler arasında bir oran bulunması zorunluluğu yoktur. Bunlardan birinin hakaret diğerinin sövme olması arasında fark bulunmadığı gibi kullanılan sözcüklerin ifade ettiği tahkirin gerek kelimeler gerekse ağırlık ve yoğunluk bakımından aynı olması da gerekmez. Bu nedenle iki kelime olan tahkire karşı bir çok kelimedenden oluşan tahkir ile karşılık vermek veya değer yargısı

³⁷³ Erem ve Toroslu, **a.g.e.**, s.553.

³⁷⁴ Arısoy, **a.g.e.**, s.188-189.

³⁷⁵ Dönmezer, **a.g.e.**, s.321.

³⁷⁶ Dönmezer, **a.g.e.**, s.322.

bakımından birinin diğerinden daha ağır ya da yoğun olması da karşılıklı etkilemez. Nitekim Yargıtay 2.C.D. nin 26/10/1960 tarih ve 7391-9568 sayılı kararında da “ hakaretin karşılıklı olması için iki hakaretin aynı şekilde ve derece de olmasının şart olmadığına” hükmetmiştir.³⁷⁷

Karşılıklı tahkirlerin bütün unsurları itibariyle gerçekleşmiş olup olmamasının bu hükmün uygulanması bakımından zorunlu olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Kimilerine göre, bu madde hükmünün uygulanabilmesi için her tahkir fiili de cezalandırılabilir olmalıdır. İkinci görüş ise, sorunu ilk failin cezasının kaldırılabilmesi ile ikinci failin cezasının kaldırılması bakımından ayrı ayrı değerlendirmektedir. İkinci görüşe göre, bu madde hükmünün uygulanabilmesi için ilk failin fiili koşturulabilir ve cezalandırılabilir olmalıdır. Aynı durum ikinci fail bakımından da geçerlidir.³⁷⁸

Bu koşulla ilgili olarak aydınlatılması gereken bir başka sorun da bu maddenin uygulanabilmesi için, karşılıklı tahkire maruz kaldığını iddia eden tarafın dava açmış olmasının gerekip gerekmediğidir. Öğreti ve uygulamada bu konuda görüşlerin paralellik arzettiği görülmektedir. Gerçekten öğretiye göre, kanundaki düzenleme sadece tahkirlerin karşılıklı olmasını aramakta şikâyetlerin veya davaların karşılıklı olmasını ise şart koşturmamaktadır. Yargıtay da “karşılıklı hakaret hükmünün uygulanabilmesi için iki tarafın birbirini kötülemesi yeterlidir. Ayrıca öteki tarafın dava açması zorunlu değildir” demek suretiyle bu görüşten yana tavır koymuştur.³⁷⁹

Karşılıklı hakaret durumlarında tarafların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ya da hangisinin cezalandırılacağı veya tümü veya biri hakkındaki cezadan indirim yapılacağı konusunda hâkim takdir yetkisine sahiptir. Burada belirleyici olan husus somut olayın mahiyetidir.³⁸⁰

Hakaret suçunun karşılıklı işlenmesinde, ilk önce haksız bir fiil işleyen yahut hakaret edene karşı taraf tepki olarak hakaret etmişse, ikinci hakaret nedeniyle ceza indirimine veya ceza tatbikine yer olmadığı kararı verilmelidir. Eğer haksız fiile maruz kalan kişi, duyduğu tepki sebebiyle o an için hakaret etmekle kalmayıp, olayın devamında da yani tepkinin ötesine geçerek hakarettte bulunmayı sürdürmüşse, diğer

³⁷⁷ Çetin, **a.g.e.**, ss.123-124.

³⁷⁸ Özen, **a.g.m.**, s.41.

³⁷⁹ Özen, **a.g.m.**, s.41.

³⁸⁰ Arısoy, **a.g.m.**, s.189.

tarafça yapılan karşılık hakaretin üçüncü fıkrada içinde incelenmesi mümkün olabilecektir. Üçüncü fıkrada bakımından yargılamayı yapan hâkim somut olayın özellikleri ile hakaret fiillerinin icrasına kimin neden olduğunu incelemeli ve buradan ulaştığı sonuçlara göre kararını vermelidir.³⁸¹

Hâkim karşılıklı hakaretin oluştuğu sonucuna vardığında mutlaka cezada indirim yapmak veya ceza vermektan vazgeçmek mecburiyetinde değildir. Eğer hâkim karşılıklı hakaret suçunu işleyenlerden yalnız bir tarafın cezasını indirecek veya bir kişiye ceza vermektan vazgeçecekse, bu kişinin ilk hakaret eden değil, uğradığı hakarete tepkide bulunan ve bu şekilde hakaret eden karşı taraf olması gerekir. Bununla birlikte TCK'nunda hâkimin bu hükmü uygularken “olayın mahiyetine” bakması arandığından, eğer karşılık verenin hakareti ilk hakarete oranla daha ağır ise, sadece ilk hakaret eden kişinin cezasında indirimle gidilebilir veya bu kişiye ceza vermektan vazgeçilebilir.³⁸²

Ancak bu fikre iştirak etmiyoruz. Zira karşılıklı hakaret halinde hakaretler arasında bir oran aranması gerekliliği söz konusu olamaz. Hakaretlerin derecesi, yoğunluğu, ağırlığı kanaatimizce önem arzetmemektedir. Kanundaki düzenlemeye bakıldığında böyle bir oranın aranması gerektiğine ilişkin bir husus yer almamaktadır. Hâkimin “olayın mahiyetine” değerlendirme yapması bir oranın aranmasına ilişkin değildir. Madde gerekçesinde de açıklandığı gibi bu tabir hakarete hangisinin neden olduğunu belirleme adına ve buna göre bir sonuca ulaşma adına konulmuş bir tabirdir.

Hakareti gerçekleştiren fail birisinin hakkında hakaret ettiğini veya bir kişinin veya kamu görevlilerinden oluşan kurulun sahip olduğu bir hak veya yetkiyi elinden almaya çalıştığını söyleyen bir başka kişinin sözleri üzerine mağdurun gıyabında veya huzurunda hakaret edecek olursa, konuyu iki ayrı şekilde ele almak gerekir. Birincisi, bu hakaret veya haksız fiil gerçekte mevcut olduğu takdirde 129. madde kapsamında inceleme yapılmalı ve mesele çözüme kavuşturulmalıdır. Ortada bir hakaret veya haksız sayılabilecek fiil olması halinde, fail hakkında haksız fiil veya karşılıklı hakaret sebebiyle oluşan hakarete ilişkin düzenleme getiren 129. madde uygulanmalıdır.³⁸³

Ancak, faile yönelik bir hakaret veya haksız fiil icra edilmemesine rağmen yapılmış gibi gösterilerek, fail tarafından mağdura hakaret edilmesi sağlanmışsa, yani

³⁸¹ Şen, a.g.e., s.573.

³⁸² Yenidünya ve Alşahin, a.g.m., s.81.

³⁸³ Şen, a.g.e., s.573.

ortada gerçekte bir hakaret veya haksız fiil yok ise bu durum kanunun hata başlıklı 30. maddesi kapsamında ele alınabilir. Mesele bir şakadan ibaret olup ta failin gerçekte söylemeyeceği hakaret içerikli sözü söylemesi failin kusuru olmadan sağlanmışsa, failin hataya düşürüldüğü veya meselenin cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir şaka hali olduğu kabul edilecektir.³⁸⁴

³⁸⁴ Şen, a.g.e., s.573.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukuk düzeninde suç olarak kabul edilen bir fiilin cezalandırılabilmesi için bir takım unsurların mevcudiyeti gerekmektedir. Herşeyden önce suç teşkil eden bir fiilin hukuka aykırı olması zorunludur. Hukuka uygun bir fiilin cezai müeyyideye tabi kılınması mümkün değildir. Çağdaş Ceza Hukukunda bir fiilin hukuka aykırılığı, failin cezalandırılabilmesi için şarttır ancak yeterli değildir. Çünkü failin aynı zamanda kusurlu olması da gerekmektedir. Kişinin kusurlu olup olmadığını belirleme, yapılan hareketin subjektif yönü üzerinde bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Bu subjektif değerlendirme ise fiil üzerinde değil fail üzerinde yapılacaktır. Failin suç işlemeyen önce veya suçu işlediği sıradaki kişilik özellikleri, psikolojik halleri ruhsal durumu ve tüm duygusal ve insani yönleri birlikte ele alınarak bu hallerin suça etkisi veya katkısı belirlenecektir. Bu anlayış Ceza Hukukunun bugünkü geldiği aşamada çağdaş bir bakış açısını yansıtmaktadır. Ceza Hukukunda bu felsefi anlayışın kurumsal kimliğe bürünmüş şekillerinden birisi de haksız tahrik müessesesidir.

Haksız tahrik cezanın kişiselleştirilmesinde ve suçlunun kişiliğine uydurulmasında önemli araçlardan birisidir. Zira haksız tahrik sadece işlenen fiili soyut olarak ele almaz aynı zamanda failin psikolojik ve ruhsal hallerine de önem vererek suça etkisini değerlendirmeye tabi tutar. Haksız tahrik, bu yönüyle kusurluluğa ve dolayısıyla cezaya etki eden ve cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan bir neden olarak kanunlarda yer almaktadır.

Haksız tahrik tanım olarak, mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiil sonucunda failin kapıldığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bir tepki suçu işlemesidir. Haksız tahrik halinde failin kınanabilirliği normal kişilere göre daha azdır. Zira tahrik halinde kişi bir heyecan hali olan öfke veya elem durumları içerisine girmektedir. Bu psikik haller kişinin muhakeme ve irade yeteneğine etki ederek bu yeteneklerin zayıflamasına sebebiyet vermektedir. Bu durumda kişi normal zamanlarındaki davranışlarından daha farklı ve sağlıksız kararlar verebilmektedir. Bir başka deyişle kişinin kusurluluk halinde bir azalma söz konusu olabilecektir. Bu durumda bulunan bir kişiye içinde bulunduğu bu psikolojik hali göz önüne almadan cezai müeyyide uygulamak adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Diğer bir taraftan haksız bir fiil sonucunda faili tahrik eden kimsenin de suçun işlenmesine katkısı gözardı edilecektir.

Bütün bunları dikkate alan kanun koyucu haksız tahrik hallerinde failin cezasından bir miktar indirim yapılması kimi hallerde ise ceza vermenin gereksiz olduğuna dair düzenlemeler yapmıştır. Ancak bunun için haksız tahrikin tüm unsurları itibariyle oluşması gerekmektedir. Bu unsurların başında tahrik edici haksız bir fiilin bulunması yer alır. Gerçekten de ortada faili tahrik edici haksız bir fiil bulunmadığı hallerde kişi herhangi bir sebeple öfke veya elem halinde bulursa bile haksız tahrikten bahsetmek söz konusu olamayacaktır. Yine tahrik mevcut olup ta, kişide hiddet veya şiddetli elem doğuracak ölçüde değilse unsurları gerçekleşmediğinden haksız tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması mümkün olmayacaktır. Kısacası haksız tahrik dolayısıyla failin cezasından indirim yapılması tahrikin bütün unsurları itibariyle mevcudiyetine bağlıdır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nuda olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da haksız tahrik kurumu yer almıştır. 765 Sayılı Kanun'da 51. maddede genel hükümler içerisinde düzenlenmiş, 5237 Sayılı Kanun'da 29. maddede yine genel hükümler içerisinde düzenleme alanı bulmuştur. Her iki kanunda da haksız tahrik kurumu genel, yasal ve cezai sorumluluğa etki eden ve azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Kurumun genel niteliği, hem fiil hem de fail yönünden geçerlidir. Fiil yönünden genelliği, belli suçlara münhasır olmayıp şartlarının mevcudiyeti halinde tüm suçlar yönünden uygulama alanı bulması şeklinde ifade edilebilir. Fail yönünden genelliği ise sıfatına bakılmaksızın herkes hakkında uygulanabilirliğini ifade etmektedir. Yasal olması, takdire bağlı olmamasını yani şartlarının bulunması halinde hâkim tarafından uygulanmasının zorunlu olmasını ve resen araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Tahrikin sonucu olarak da kanunda belirtilen oranlarda cezadan belirli miktarlarda indirim yapılması yoluna gidilecektir.

765 Sayılı Kanun'da ki düzenleme ile 5237 Sayılı Kanun'da ki düzenlemeler arasındaki benzerlik ve farkları ayrıntıları ile incelemeye çalışmıştık. 5237 sayılı düzenleme ile getirilen en önemli yenilikler; ağır ve hafif tahrik ayrımının kaldırılmış olması, indirim oranlarının yeniden düzenlenmiş olması ve "haksız tahrik" kavramı yerine "haksız bir fiil" kavramının kullanılmış olması şeklinde özetlenebilir. Ağır ve hafif tahrik ayrımının kaldırılmış olması nedeniyle yargılamayı yapan hâkime daha geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Hâkim cezanın indirilmesinde tahrikin yoğunluğunu ve derecesini ve etkisini kendisi belirleyerek kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar

içerisinde bir oranda indirim yapabilecektir. Bu düzenleme birtakım yazarlarca çeşitli yönlerden eleştirilse de kanaatimizce yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira hafif ve ağır tahrik ayırımının bulunduğu dönemde bu husus Yargıtay tarafından inceleniyor ve bozma nedeni yapılabiliyordu. Kanunda hangi hallerin ağır, hangi hallerin hafif tahrik sayılacağı belirtilmediğinden ve belirtilebilmesi de mümkün olmayacağından Yargıtay önüne gelen her dosya da bu konuda ayrı ayrı bir karar verilmekteydi. Bunu önceden bilebilmek çoğu zaman mümkün olmadığından çok sayıda karar sırf bu nedenle bozulmakta ve yargılamaların uzamasına sebebiyet verilmekteydi. Yeni düzenleme ile yargılamayı yapan hâkime daha geniş takdir hakkı tanındığından bu husustaki bozular önceki düzenlemeye oranla daha da azalmaktadır. Bunun yanında ceza yargılaması hukukunun temel ilkelerinden biri olan yüz yüzelik ilkesinin gerçekleştirilmesi ilk derece mahkemelerinin olayın oluşuna ve gelişimine ilişkin değerlendirmelerinin yüksek mahkemelerin daha az denetimine tabi tutulmasına vabestedir. Delillerle temas edemeyen ve sadece tutanaklar üzerinden değerlendirme yapmak çoğu zaman suça etki edecek birtakım unsurların değerlendirme dışı bırakılmasına neden olabilmektedir. Bu yönüyle de bu konudaki Yargıtay denetiminin azalmasını sonuçlayan bu şekilde ki düzenlemenin daha hakkaniyetli sonuçlara ulaştıracağını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak, tez konumuzda ceza hukukunda sorumluluğa etki ederek cezanın azaltılmasını veya kaldırılmasını sonuçlayan haksız tahrik kurumunun eski ve yeni düzenlemeleri ile mukayese ederek, Yargıtay'ın da içtihatları doğrultusunda açıklamaya ve incelemeye çalıştık. Yukarıda ifade ettiğimiz eksikleri olmasına rağmen yeni düzenlemenin eskisine oranla daha iyi bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ABBAN, Hakan, (2001), “Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.
- AKBABA, Zeynep Burcu, (2008), “Töre Namus ve Töre Saikiyla Kasten Öldürme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 21, Sayı:75, Ankara, ss.333-351.
- AKBULUT, İlhan, (2006), **Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme**, Kazancı Hukuk Yayın Evi, İstanbul.
- AKGÜNER, Kemal, (1952), “Karşılıklı Hakaret Müessesesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 43, Sayı:6, Ankara, ss. 808-814.
- ALBAYRAK, Mustafa, (2009), **Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARISOY, Mine, (2007), “Hakaret”, **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı:72, Ankara, ss.152-205.
- ARTUK, Mehmet Emin, vd., (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitapevi, Ankara.
- AYDIN, Devrim, (2003), ”Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.
- , (2004) “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, , Yıl:2004, Sayı:1 Ankara, ss.225-253.
- AYDIN, M. Akif, (2005), **Türk Hukuk Tarihi**, Hars Yayıncılık, İstanbul.
- AYIK, İsmail Hakkı, (1952), “Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:1, Ankara, ss.83-107.
- AYGÜN, A.Nevzat, (1986), “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler Üzerine Bir İnceleme, **Adalet Dergisi**, Yıl:77, Sayı:4, Ankara, ss.-25-48.
- BAKICI, Sedat, (2000), **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- , (2007), **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara.

- BARDAK, Cengiz, (1988), “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:79, Sayı:1, Ankara, ss.42-52.
- BAŞAR, Nur, (1980), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:71, Sayı:3, Ankara, ss.253-263.
- , (1980), “Türk Ceza Hukukunda Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:71, Sayı:4, Ankara, ss.353-363.
- CENTEL, Nur, Hamide, ZAFER ve Özlem, ÇAKMUT, (2005), **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul.
- CENTEL, Nur Başar, (1982), “Haksız Tahrik”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Yıl:5., Sayı:3, İstanbul, ss.353-356.
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, (1982), “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sayı:1, Ankara, ss.14-41.
- , (1982), “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Meşru Müdafaa (Yasal Savunma) Üzerinde Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:73, Sayı:2, Ankara, ss.257-270.
- ÇAM, Onur, (2008), “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, **Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.
- ÇETİN, Erol, (2005), **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÇOLAK, Haluk, (2005), **Güncel Ceza Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara.
- DEMİR, Ali, (1986), “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, **Adalet Dergisi**, Yıl:77 Sayı:2 Ankara, ss.44-51.
- DEMİRBAŞ, Timur, (1985), **Türk Ceza Kanununda Özel tahrik Halleri**, Üçdal Neşriyat, İstanbul.
- , (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, (1995), **Osmanlıca -Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitapevi Yayınları, Ankara.

- DONAY, Süheyl ve Mahmut, KAŞIKÇI, (2005), **Türk Ceza Kanunu**, Beta Yayınları, İstanbul.
- DÖNMEZER, Sulhi, (2001), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- , (2003), **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- DÖNMEZER, Sulhi ve Sahir, ERMAN, (1994), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul.
- ERCAN, İsmail, (2007), **Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler**, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, (2007), Malvarlığına Yönelik Saldırlara karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı, **DEÜHF Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir, s.987-998.
- EREL, Kemalettin, (2001), “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 92, Sayı: 6 Ankara, ss.165-170.
- , (2001), “Kişilik ve Suç Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Failin Kişiliğinin Önemi”, **Adalet Dergisi**, Yıl:92, Sayı:7 Ankara, ss.158-170.
- EREM, Faruk ve Nevzat, TOROSLU, (1987), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınları, Ankara.
- EREM, Faruk, (1943), “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, **Adliye Ceridesi**, Yıl:34, Sayı:8, Ankara, ss.605-624.
- , (1945), “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1945, Sayı:4, İstanbul, ss.50-79.
- , (1946), “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl:37 Sayı:7, Ankara, ss.637-654.
- , (1961), **Adalet Psikolojisi**, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
- , (1969), **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara.

- EROL, Haydar, (2005), **Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Yayın Matbaacılık, Ankara.
- EYÜBOĞLU, İsmet Zeki, (1991), **Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü**, Sosyal Yayınlar, İstanbul.
- GÖKALP, Mehmet, (1969), “Haksız Tahrik ve Sebepleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:60, Sayı:8, Ankara, ss.518-523.
- GÖZTEPE, Ece, (2005), “Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, **TBB Dergisi**, Yıl: 18, Sayı: 59, Ankara, ss.29-48.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, (1952), “Kan Gütme Cürümleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:10, Ankara, ss.1185-1198.
- , (1988), **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 5.bası Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.
- GÜCER, Necmettin, (1949), “Tasarlama (Taammüt)”, **Adalet Dergisi**, Yıl:40, Sayı:2, Ankara, ss.219-232.
- GÜNAY, Erhan, (2009), **Haksız Tahrik**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- GÜRELLİ, Nevzat, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl:25, Sayı:6, İstanbul, ss.331-344.
- HAKERİ, Hakan, (2007), **Kasten Öldürme Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- , (2008), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- İÇEL, Kayıhan, İzzet, ÖZGENÇ, Adem, SÖZÜER, Fatih, S., MAHMUTOĞLU ve Yener, ÜNVER, (1999), **Suç Teorisi**, Sebat Yayıncılık, İstanbul.
- İSKENDER, Salih Zeki, (2009), “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiye Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:35, Sayı: 127, Ankara, ss. 5-60.
- İZMİR, Gökalp, (2007), “Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.
- KARAMAN, Hayrettin, (1974), **Mukayeseli İslam Hukuku**, İrfan Yayınevi, İstanbul.

KAZANCI HUKUK OTOMASYONU, (2009).

KOCA, Mahmut, (2006), “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, ss.115-144.

KOCA, Mahmut ve İlhan, ÜZÜLMEZ, (2009), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara.

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

LUİĞİ, Majno, (1977) **Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Yargıtay Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara.

MALKOÇ, İsmail, (2004), **2004 Değişiklikleri ve İçtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu**, Malkoç kitapevi, Ankara.

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

-----, (2008), **Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara.

METİNER, Haydar ve E. Ahsen, KOÇ, (2008), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, Yorum Basın Yayın Sanayi, Ankara.

NOYAN, Erdal, (2007), **Ceza Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara.

NUHOĞLU, Ayşe, (2004), “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:1-2, İstanbul, ss.205-213.

OKANDAN, Recai Galip, (1952), **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, 1.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul.

OKAY, Sadık ve Bedri, ARSLAN, (1949), “Adam öldürmede Cezayı Artıran Sebeplerden Taammüt”, **Adalet Dergisi**, Yıl:40,Sayı:10, Ankara, ss.1460-1477.

OTACI, Cengiz, (2003), Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulaması, **Adalet Dergisi**, Yıl:94, Sayı:15, Ankara, ss.132-138.

- , (2008), “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:18, Ankara, ss.115-139.
- ÖNDER, Ayhan, (1992), **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul.
- ÖZBEK, Özer Veli, (2006), **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÖZBEK, Yüksel, (1982), “Tahrik Üzerine İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl:73 Sayı:7, Ankara, ss.344-347.
- ÖZEN, Muharrem, (1998), **Objektif Sorumluluk**, Us-A Yayıncılık, Ankara.
- , (2002), “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:51, Sayı:3, Ankara, ss.27-45.
- ÖZGENÇ, İzzet, (2006), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara.
- , (2009), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZTÜRK, Bahri, Mustafa, Ruhan, ERDEM ve Özer, Veli, ÖZBEK, (2003), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Turhan Yayınları, Ankara.
- ÖZÜN, Mustafa Nihat, (1973), **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, İnkılap ve Aka Yayınevi, İstanbul.
- PARLAR, Ali ve Muzaffer, HATİPOĞLU, (2008), **Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- POLAT, Ahmet Zeki, (1999), **Adam Öldürme Suçları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- SAVAŞ, Vural ve Sadık, MOLLAMAHMUTOĞLU, (1994), **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- SOYASLAN, Doğan, (2005), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ŞAFAK, Ali, (2005), **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Selim Kitapevi, Ankara.

- ŞEN, Ersan, (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- TANER, Tahir, (1953), **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- TEZCAN, Mahmut, (1974), “Türkiye’de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl:65, Sayı: 8, Ankara, ss. 667-676.
- TEZCAN Durmuş, M., Ruhan, ERDEM ve R., Murat, ÖNOK, (2008), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TOROSLU, Nevzat, (2005), **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara.
- TUTUMLU, M. Akif, (1999), **Türk Ceza Hukukunda Haksiz Tahrik**, Adil Yayınevi, Ankara.
- TÜRK DİL KURUMU, (1998), **Türkçe Sözlük**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara.
- ÜÇÖK, Coşkun, (1946), “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza hukukuna Aykırı Hükümler”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:3: Sayı:1, Ankara, ss.48-73.
- ÜNVER, Yener, (2003), **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- YALKUT, Necdet, (1979), “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt:5, Sayı: 2, Ankara, ss.243-252.
- YAŞAR, Osman, (2010), **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- YAVUZ, Yaşar, (1991), “Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:17, Sayı:68, Ankara, ss.445-466.
- YENİDÜNYA, A.Caner ve M. Emin, ALŞAHİN, (2007), “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar” **TBB Dergisi**, Yıl:20, Sayı: 68, Ankara, ss.43-93.
- YİRMİBEŞOĞLU, Vildan, (2007), **Toprağa Düşen Sevdalar**, Mega basım, İstanbul.
- 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU**, (2004), Md. 127, 129.
- 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU**, (1926), Md. 258, 272.

DİZİN

- A**
Ağırlaştırıcı Sebep, 67
Akıl Hastalığı, 31, 36, 79, 80, 98
- B**
Buhran, 5, 6, 9, 21, 39, 50, 89, 92
- C**
Cezayı Azaltan Sebep, 6
- D**
Dönmezer, 6, 16, 19, 30, 38, 45, 48, 80, 86, 87, 114, 117
- E**
Elem, 2, 6, 7, 10, 26, 27, 32, 34, 35, 36, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 52, 63, 64, 68, 69, 77, 80, 81, 87, 92, 94, 97, 99, 110, 111, 123
- G**
Gazap, 5, 6, 8, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 41, 51, 92
- H**
Hafifletici Neden, 30
Hakaret, 2, 17, 32, 35, 36, 37, 39, 40, 81, 89, 92, 93, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121
Haksız Fiil, 5, 7, 13, 14, 26, 36, 38, 45, 46, 47, 49, 51, 52, 58, 73, 83, 106, 108, 109, 118, 121
Haksız Tahrik, 4, 5, 9, 11, 13, 16, 22, 30, 34, 35, 37, 38, 77
Hiddet, 2, 5, 7, 9, 10, 14, 15, 26, 27, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 47, 49, 50, 51, 52, 57, 60, 62, 63, 64, 69, 73, 77, 80, 81, 85, 87, 89, 90, 92, 98, 99, 110, 111, 123
- İ**
İlliyet Bağı, 45, 50, 114, 118, 119
İştirak, 36, 51, 87, 88, 93, 98, 121
- K**
Kabahat, 93
Kan Gütme, 65, 66, 67, 68, 69, 70
Karma Teori, 11, 15, 16
Karşılıklı Hakaret, 118, 121
Karşılıklı Hakaret, 105
Kusur, 6, 7, 8, 11, 13, 15, 31, 83, 85
Kusur Yeteneği, 85
- M**
Meşru Savunma, 11, 12, 13, 18, 19, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 112, 117
Mütemadi Suç, 98
- N**
Namus Cinayeti, 26, 71, 73
Nitelikli Hal, 60, 63
- O**
Objektif Teori, 11
Otacı, 30, 66, 70
- Ö**
Önder, 35, 45, 47, 89, 92
Özel Haksız Tahrik, 2, 19, 32, 76, 104
- P**
Plan Teorisi, 64
- S**
Soğukkanlılık Teorisi, 61
Subjektif Teori, 11
- Ş**
Şiddetli Elem, 35, 41, 47, 53, 63, 74, 124

T

Tahrik, 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 123, 124, 125
 Takas Teorisi, 11, 12
 Takdiri Indirim, 35, 86, 91
 Taksirli Suç, 38, 92

Taksirli Suçlarda, 39, 89, 90, 92, 94

Tasarlama, 61, 63

Tepki Fiili, 50, 60, 110

Tepkide Oran, 49

Tutumlu, 4, 9, 11, 14, 21, 22, 23, 52, 81, 83, 92, 94, 98

Y

Yargıtay, 2, 4, 5, 6, 8, 14, 15, 16, 21, 27, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 45, 46, 48, 51, 53, 54, 62, 64, 65, 66, 68, 70, 71, 73, 74, 77, 78, 82, 83, 87, 89, 91, 94, 96, 98, 100, 101, 108, 109, 118, 120, 125
 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5, 8, 14, 33, 40, 43, 51, 53, 68, 82, 83, 96
 Yaş Küçüklüğü, 31, 98