

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA KANUNU'NDA HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burak Kağan YILMAZ

**Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku**

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. iur. Özdem ÖZAYDIN

OCAK 2018

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA KANUNU'NDA HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burak Kağan YILMAZ

1410040109

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Kamu Hukuku

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. iur. Özdem ÖZAYDIN

**Diğer Jüri Üyeleri : Yrd. Doç. Dr. Yasemin Filiz
SAYGILAR KIRIT**

Dr. Salih OKTAR

OCAK 2018

ÖNSÖZ

Yüksek Lisans tezimin konusu olan Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre indirim oranının artması ve adi- ağır tahrik ayırımının kalkması ile faile verilecek cezanın belirlenmesinde daha büyük önem kazanmıştır. Bu çalışmam ile haksız tahrik kurumunun öğretisi ve uygulamada mevcut sorunlarının tespiti ile çözümüne katkıda bulunmayı umut ederim.

Bu konuyu ele almamı öneren, yoğun çalışma temposu içinde değerli zamanlarını ayırarak tezin hazırlık sürecine özveri ile emek ve katkı sağlayan tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. iur. Özdem Özyayın'a ve desteklerini esirgemeyen Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bahri Öztürk'e en içten teşekkürlerimi sunarım.

Manevi desteklerinden dolayı sevgili anneannem Fatma Köse'ye ve sevgili dedem Remzi Köse'ye, ayrıca Yargıtay kararlarının tespitinde önerileri ile tez çalışmamda katkısından dolayı sevgili babam ve aynı zamanda meslektaşım olan Bakırköy 14. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Mehmet Yılmaz'a teşekkür etmeyi de bir borç bilirim.

Ocak 2018

Burak Kağan Yılmaz

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vii
TÜRKÇE ÖZET.....	viii
YABANCI DİL (İNGİLİZCE) ÖZET.....	x
GİRİŞ.....	xii

1. BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN TANIMI HAKSIZ TAHRİKİN DÜZENLENİŞ ŞEKİLLERİ HAKSIZ TAHRİKİN GEREKÇELERİ

I- HAKSIZ TAHRİKİN TANIMI.....	1
A. Genel Olarak Tahrikin Tanımı.....	1
B. Haksız Tahrikin Tanımı.....	3
II- DÜZENLENİŞ ŞEKİLLERİ.....	10
A. Düzenleniş Yeri Olarak.....	10
B. Ceza Sorumluluğuna Etkisine Yönelik İzlenen Yöntem Bakımından	14
III- HAKSIZ TAHRİKİN GEREKÇELERİ	15
A. Haksız Tahrikin Psikolojik Gerekçesi.....	16
B. Haksız Tahrikin Hukuki Gerekçesi.....	24
1. Sübjektif Görüş.....	25
2. Objektif Görüş.....	33
a. Takas Görüşü.....	34
b. Tamamlanmamış Meşru Savunma Görüşü.....	35
3. Karma Görüş.....	36

2. BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ NİTELİĞİ
HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI
MEFRUZ (VARSAYILAN) TAHRİK

I- HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	39
A. Haksız Tahrikin Kusuru Azaltan Neden Olması.....	39
B. Haksız Tahrikin Genel Nitelikte Olması.....	49
II- HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI.....	53
A. Tahriki Oluşturan Bir Eylemin Bulunması.....	60
B. Tahriki Oluşturan Eylemin Haksız Olması.....	69
C. Tahriki Oluşturan Eylemin Failde Hiddet veya Şiddetli Elem Meydana Getirmesi	80
Ç. Failin İşlediği Suç ile Hiddet veya Şiddetli Elem Arasında Nedensellik Bağı Bulunması.....	85
D. Haksız Tahriki Yapanın Mağdur Olması veya Mağdurun Bu Eylemi Önleme Sorumluluğu Bulunması.....	93
III- MEFRUZ (VARSAYILAN) TAHRİK.....	97

3. BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİK İLE DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI
ARASINDAKİ İLİŞKİ
HAKSIZ TAHRİKİN BAZI SUÇ TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

I- HAKSIZ TAHRİK İLE DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI	
ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	101
A. Meşru Savunma- Haksız Tahrik.....	101
B. Zorunluluk Durumu- Haksız Tahrik.....	107
C. Akıl Hastalığı- Haksız Tahrik.....	109
Ç. Yaş Küçüklüğü- Haksız Tahrik.....	111
D. Takdiri İndirim Nedenleri- Haksız Tahrik.....	112
E. İştirak- Haksız Tahrik.....	113
F. İçtima- Haksız Tahrik.....	116
G. Hata- Haksız Tahrik.....	118
Ğ. Sapma- Haksız Tahrik.....	123
H. Tasarlama- Haksız Tahrik.....	128
I. Töre Saiki- Haksız Tahrik.....	134
İ. Kan Gütme Saiki- Haksız Tahrik.....	149
J. Tekerrür- Haksız Tahrik.....	157
II- HAKSIZ TAHRİKİN BAZI SUÇ TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ.....	158
A. Taksirli Suçlar- Haksız Tahrik.....	158
B. Olası Kast İle İşlenen Suçlar- Haksız Tahrik.....	163
C. Neticesi Sebebi İle Ağırlaşmış Suçlar- Haksız Tahrik.....	166
Ç. Zincirleme Suçlar- Haksız Tahrik.....	168
D. Kesintisiz (Mütemadi) Suçlar- Haksız Tahrik.....	171
E. Şekli Suçlar- Haksız Tahrik.....	173
F. Kabahatler- Haksız Tahrik.....	175
G. Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanamayacağı Suçlar.....	178

4. BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ SONUÇLARI
HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ
TAKDİR YETKİSİNİN DENETİMİ

I- HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	184
II HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ.....	188
II- HAKSIZ TAHRİKİN DENETİMİ.....	191

5. BÖLÜM
CUMHURİYET SONRASI DÖNEM HAKSIZ TAHRİK
HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN ESKİ VE YENİ TCK BAKIMINDAN
KARŞILAŞTIRMASI
ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HÂLLERİ

I- CUMHURİYET SONRASI DÖNEM HAKSIZ TAHRİK.....	196
A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Haksız Tahrik Düzenlemesi.....	196
B. Cumhuriyet Sonrası Dönem Haksız Tahrik İle İlgili Tasarılar.....	199
C. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Haksız Tahrik Düzenlemesi.....	202
II- HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN ESKİ VE YENİ TCK BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMASI.....	205
III- ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HÂLLERİ.....	210
A. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri.....	210
1. Genel Bakış.....	210
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 129 Maddesinde Düzenlenen Hakaret Suçunda Özel Tahrik Hâlleri.....	221
a. Haksız Eylem Nedeni İle Hakaret.....	221
(1). Mağdurun Tahrik Oluşturan Haksız Eyleminin Bulunması.....	223
(2). Tepki Eyleminin Hakaret Suçunu Oluşturması.....	223
(3). Haksız Eylemin Failde Hiddet veya Şiddetli Elem Meydana Getirmiş Olması.....	224
(4). Eylemler Arasında Nedensellik Bağı Bulunması.....	227
(5). Hakaret Suçunun Haksız Eylemde Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi.....	228
b. Kasten Yaralama Suçuna Tepki Nedeni İle Hakaret.....	229
(1). Mağdurun Tahrik Oluşturan Eyleminin Kasten Yaralama Olması.....	232
(2). Sanığın Tepki Eyleminin Hakaret Suçunu Oluşturması.....	236
(3). Kasten Yaralama Eyleminin Failde Hiddet veya Şiddetli Elem Meydana Getirmiş Olması.....	237
(4). Eylemler Arasında Nedensellik Bağı Bulunması.....	238
(5). Hakaret Suçunun Kasten Yaralama Eyleminde Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi.....	241

c.	Karşılıklı Hakaret.....	243
(1).	Karşılıklı İşlenen Suçların Hakaret Olması.....	245
(2).	İlk Hakaret Edenin Haksız Olması.....	246
(3).	Hakaretlerin Karşılıklı Olması ve Aralarında Nedensellik Bağı Bulunması	247
B.	Askeri Ceza Kanunu'nda Tahrik Hâlleri.....	253
a.	Genel Bakış.....	253
b.	Askeri Ceza Kanunu 92. Maddesindeki Özel Tahrik Hâli.....	255
(1).	Üstün Haksız Bir Eylem İle Astı Tahrik Etmesi.....	255
(2).	Astın Kanunda Sayılan Suçlardan Birini İşlemesi....	258
(3).	Haksız Eylemin Failde Hiddet veya Şiddetli Eleme Neden Olması.....	259
(4).	Tepki Suçunun Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi İle İşlenmesi.....	259
	SONUÇ.....	261
	KAYNAKÇA.....	330

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
As.CK	: Askeri Ceza Kanunu
b.	: bent
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
Dpn.	: dipnot
E.	: Esas
ETCK	: 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu
EÜHF	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
f.	: fıkra
GÜHF	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBE	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
m.	: madde
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T	: tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

Enstitüsü : **Sosyal Bilimler Enstitüsü**
Dalı : **Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı**
Program : **Kamu Hukuku Yüksek Lisans**
Tez Danışmanı : **Yrd. Doç. Dr. iur. Özdem Özaydın**
Tez Türü ve Tarihi : **Yüksek Lisans - Ocak 2018**

KISA ÖZET

TÜRK CEZA KANUNUNDA HAKSIZ TAHRİK YILMAZ, Burak Kağan

Haksız tahrik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK'nın) "Genel Hükümler" başlıklı 1. Kitap, "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı 2. Kısım, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı 2. Bölümü'nde 29. maddede genel hükümler arasında düzenlenmiştir.

Haksız tahrik kurumu, kusurluluğun azalmasına yönelik olarak suça etki eden kişisel, sübjektif ve kanuni bir indirim nedenidir. Sübjektif olması, suçun manevi unsuruna (kusurluluğa) etki etmesini; genel olması koşulları gerçekleştiği takdirde niteliği itibariyle elverişli bütün suçlarda ve her fail hakkında uygulanmasını; kanuni olması ise olayda varlığının hâkim tarafından kendiliğinden araştırılmasını ifade etmektedir.

Failin tahrik edici haksız bir eylemin ortaya çıkardığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek tepki suçu işlemesi olarak tanımlanabilen haksız tahrik, kusur yeteneğini azaltan ve kusurun azalmasına bağlı olarak cezanın indirilmesini gerektiren kişisel bir nedendir. Haksız tahrikin etkisi ile işlenen suçun haksızlık içeriğinde yani hukuka aykırılığında herhangi bir azalma söz konusu değildir. Haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili bir neden olduğu için failin cezasından indirimle gidilmektedir. Ancak kusuru tamamen ortadan kaldırmayıp sadece azaltmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre indirim oranının artması ve adi- ağır tahrik ayırımının kalkması ile haksız tahrik kurumu faile verilecek cezanın belirlenmesinde daha büyük önem kazanmıştır.

Niteliği gereği uygulanma olanağı bulunan tüm suçlar için geçerli genel indirim nedeni olarak “haksız tahrik” kurumu tez çalışmamızda 5 bölüm olarak ele alınmıştır.

Çalışmada izlenen yöntem bakımından, haksız tahrik kurumu, tartışmasız kabul edilen konuların yanı sıra tartışmalı konulara da yer verilerek Türk Ceza Hukuku ğretisi’nde savunulan görüşler, Yargıtay uygulamaları ve kişisel değerlendirmeler açısından incelenmiştir.

Bu çalışmamızın amacı, ceza davalarında yoğun ve yaygın uygulama alanı bulunan haksız tahrik kurumunu Yargıtay kararları ile yayınlanmış eserlerdeki doğrudan veya dolaylı bilgi ve görüşlerden yararlanarak açıklamak sureti ile konuya hukuki katkı sağlayabilmektir.

Anahtar Sözcükler : Haksız Tahrik, Tahrik Edici Eylem,
Tepki Suçu, Hiddet veya şiddetli Elem,
Kusurluluğu Azaltan Neden

Bilim Dalı Sayısal Kodu :

Institute : **Institute of Social Sciences**
Department : **Department of Public Law**
Program : **Master of Public Law**
Thesis Advisor : **Assist. Prof. Dr. iur. Özdem Özyayın**
Sort and
Date of The Dissertation : **Master- January 2018**

ABSTRACT

UNJUST PROVOCATION UNDER TURKISH CRIMINAL CODE

YILMAZ, Burak Kağan

“Unjust Provocation” is prescribed in under Article 29 which is provided in the First Volume “General Provisions”, Second Chapter “Basis of Criminal Responsibility”, Second Section “Grounds Removing or Diminishing Criminal Responsibility” of the Turkish Criminal Code No. 5237.

Unjust provocation, which can be defined as committing a reaction crime while acting under anger or severe distress arising from the unjust act, is a personal ground diminishing criminal capacity and culpability therefore mitigating penalty. The wrongfulness, *i.e.* the unlawfulness, of the crime is not diminished when it is committed under unjust provocation. As the unjust provocation is a ground affecting the mental element of culpability, penalty of the offender is mitigated. However, it does not remove culpability completely but diminishes it.

Along with the increase of diminution rate and repeal of distinction between severe-minor provocation under Turkish Criminal Code No. 5237 comparing to Turkish Criminal Code No. 765, unjust provocation became very significant determining the penalty given to the offender.

“Unjust provocation” as a general diminishing ground applied to all relevant crimes, is discussed in our dissertation under 5 chapters.

In terms of methodology, unjust provocation is examined at the angle of the Turkish Criminal Law doctrine, jurisprudence of the Court of Cassation and personal assessments, while giving place to indisputably acknowledged issues and controversial matters.

Our aim with this dissertation is a mere contribution by means of explaining unjust provocation, which has an intense and widespread application, drawing upon the jurisprudence of the Court of Cassation and direct and indirect opinions of published literature.

Keywords : Unjust Provocation, Provocative Act,
Reaction Crime, Anger or Severe Distress,
Ground Diminishing Culpability

Science Code :

GİRİŞ

Mülga 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde yer verilen haksız tahrik kurumu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. Kitap, 2. Kısım, 2. Bölümü'nde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında 29. maddede düzenlenmiştir.

Ceza hukukunda hâkim olan "eylemin sübjektifliği ilkesi"ne göre, suçtan söz edilebilmesi için failin tipe uygun ve zararlı eylemi gerçekleştirmesi yeterli olmayıp, ayrıca bu eylemin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi, yani suçu oluşturan eylem ile fail arasında sadece nedensel bir bağ değil, aynı zamanda psişik bir bağın da kurulması gerekmektedir. Haksız tahrik, suçun unsurlarını etkileyen bir kurum olmadığı gibi, kusur yeteneğini ortadan kaldıran bir neden de değildir. Haksız tahrik durumunda, haksız bir eylemin oluşturduğu hiddetin etkisi altındaki kişinin, kendisini yönlendirme veya suç işlemekten alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmaktadır. Bu nedenle, failin hiddet buhranı içinde kaldığı özel durumda, suçu işleyip işlememekte irade özgürlüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir.

Haksız eylemin failin iradesi üzerindeki etkisi göz önünde bulundurularak kusurluluğu etkilediği kabul edilmiştir. Ancak haksız tahrikin kusur üzerindeki etkisi de sınırlı olup kusuru tamamı ile ortadan kaldırmamakta, sadece azaltmaktadır. Öte yandan haksız tahrik kusurluluğu etkileyen bir neden olduğundan, haksız tahrikin etkisi ile işlenen eylemin hukuka aykırılık unsurunda yani haksızlık içeriğinde herhangi bir azalma söz konusu olmamaktadır.

Haksız tahrik kurumunun uygulamada yaygınlığı ve konunun ceza hukuku bakımından taşıdığı önem, tez konusu olarak seçmemde etkili olmuştur

Niteliği bakımından elverişli tüm suçlar ve ayırım yapılmaksızın tüm failer için geçerli genel bir kanuni indirim neden olarak Türk Ceza Hukuku'nda önemli ve geniş uygulama alanına sahip "haksız tahrik" kurumu tez çalışmamızda 5 bölüm olarak ele alınmıştır:

Birinci bölümde; genel olarak tahrik kavramı, haksız tahrik kavramı, düzenleniş yeri ve ceza sorumluluğuna etkisi bakımından haksız tahrik kurumunun

düzenleniş şekilleri incelenmiş, haksız tahrikin gerekçeleri başlığı altında psikolojik gerekçe ve hukuki gerekçe, hukuki gerekçe başlığı altında da sübjektif, objektif ve karma görüşler irdelenmiştir.

İkinci bölümde; haksız tahrik kurumunun hukuki niteliği, haksız tahrikin unsurları ve mefruz (varsayılan) tahrik konusu etraflıca ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde; haksız tahrik ile diğer ceza hukuku kurumları arasındaki ilişki ve haksız tahrikin bazı suç tiplerinde uygulanma durumu öğretilerde yer alan görüşler ve Yargıtay uygulamaları kapsamında ele alınmıştır.

Dördüncü bölümde; haksız tahrikin hukuki sonuçları, hâkimin takdir yetkisi ve haksız tahrikin denetimi başlıkları altında öğretilerde tartışmalı hususlara değinilerek ağırlıklı olarak uygulama hukukuna yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir.

Beşinci bölümde; Cumhuriyet sonrası dönem haksız tahrik ele alınmış, haksız tahrik hükümlerinin 765 sayılı eski ve 5237 sayılı yeni TCK bakımından karşılaştırması yapılarak, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen özel tahrik durumları ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan özel tahrik durumu incelenmiştir.

Sonuç bölümünde ise, çalışmanın sonunda varılan sonuç ve kişisel değerlendirmelerim sunulmuştur.

Çalışma esnasında konuya ilişkin kitaplar, dergiler, yüksek lisans tezleri gibi eserler, UYAP Elektronik Sistemi'nde mevcut Yargıtay Daire ve Yargıtay Ceza Genel Kurul kararları dahil olmak üzere ilgili kaynaklar olanaklar elverdiği ölçüde taranmıştır. Bu suretle, öğretilerde ve uygulamada haksız tahrik kurumunun tartışmalı ve tartışmasız yönlerine, tartışmalı hususlarda ileri sürülen farklı görüşlere, varılan sonuçlara, Yargıtay uygulamalarına ve konu ile ilgili kişisel görüşlerime yer verilerek olan ve olması gereken hukuk yönünden Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu ele alınmıştır.

Bu çalışmamızın amacı, ceza davalarında yoğun şekilde uygulama alanı bulunan haksız tahrik kurumunu Yargıtay kararları ile yayınlanmış eserlerdeki doğrudan veya dolaylı bilgi ve görüşlerden yararlanarak açıklamak sureti ile konuya hukuki katkı sağlayabilmektir.

1. BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN TANIMI

HAKSIZ TAHRİKİN DÜZENLENİŞ ŞEKİLLERİ

HAKSIZ TAHRİKİN GEREKÇELERİ

I- HAKSIZ TAHRİKİN TANIMI

A. Genel Olarak Tahrikin Tanımı

“Tahrik” kelimesi Arapça kökenli bir sözcük olup genel anlamda “hareket ettirme, kımıldatma, kımıldatılma, yerinden oynatma, etki yapma, azdırma, uyandırma, yoldan çıkarma, kışkırtma, işletme, bir kimseyi kötü iş yapması için harekete geçirme” gibi anlamlara gelen kelimelere karşılık olarak kullanılmaktadır¹. Ceza hukukunu ilgilendiren tanımı ise, suç konusu bir eylem, olay ve bu olayın failleri ile olan ilişkiler söz konusu olduğu takdirde ortaya çıkan tahriktir².

-
- 1 Türk Dil Kurumu İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 13.12.2016); Gökhan Yaşar **DURAN**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik 1. Bası, (İstanbul: Legal Yayıncılık Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., 2010), s.13 (**Duran**); Ferit **DEVELLİOĞLU**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat 24.Bası, (Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2007), s.1021 (**Devellioğlu**); Türkçe Sözlük, C.II, 9.Bası, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1998), s.2115; Mustafa Nihat **ÖZÖN**, Osmanlıca Türkçe Sözlük, 5.Bası, (İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 1973), s.700 (**Özön**); Ejder **YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996), s.772 (**Yılmaz**); Ali **ŞAFAK**, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, (Ankara: Selim Kitabevi, 1996), s.579 (**Şafak**); Türk Hukuk Lügati, 4. Baskı, (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998), s.316; Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C.19, (İstanbul: 1991), s. 11; İsmet Zeki **EYÜBOĞLU**, Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü, 2.Bası, (İstanbul: Sosyal Yayınlar, 1991), s.634 (**Eyüboğlu**); Çetin **ARSLAN**, Bahattin **AZİZAĞAOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, (Ankara: Asil Yayınları, 2004), s.141 (**Arslan/ Azizağaoğlu**).
 - 2 Ayhan **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1992), s.252 (**Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler**); Nevzat **GÜRELLİ**: “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Y. Haziran 1951, C.25, s.331 (**Gürelli**).

Ceza hukuku yönünden tahrik veya “bir kişiyi suç işlemeye yöneltme, kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucunda kişinin suç işleme yönünde harekete geçirilmesi”³ veya “kişinin belirli bir hususa özendirilmesi veya itilmesi, bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi, mevcut bir durum sürdürülmesi gibi amaçlarla, kişinin iradesinin harekete geçirilmesi, iradesi üzerine etki yapılması ya da iradesinin belirli bir yöne itilmesi”⁴ ekinde tanımlanabilir. Bu durumda kişi, aslında suç işlemeye yönelik bir tutumu olmamasına rağmen dışarıdan gelen olumsuz bir baskı altında elinde olmayan nedenlerle iradesi kısıtlanmış bir şekilde suç işlemeye yönelmektedir⁵.

Tahrik, bir kişiye yönelik olan, dış dünyadan kaynaklanan ve kişinin iç dünyasında psikolojik etkilere yol açan bir eylemdir. Kişinin dış dünyanın etkisi olmaksızın kendi iç dünyasından gelen ve psikolojisinde değişimler oluşturan etkiler ceza hukuku anlamında tahrik olarak kabul edilemez⁶. Tahrik bir insan ürünü olup dış dünyada etki doğurur⁷.

Tahrikin objektif olarak mevcut olması gerekmektedir⁸. Kişinin, ortada dış kaynaklı bir sebep yok iken kendi kendini tahrik etmesi tamamen sübjektif bir yaklaşım olacağından ceza hukukunun konusu olamaz⁹.

3 M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**: “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”, Adalet Dergisi (AD), Yıl (Y):73, Sayı (S):2, Ocak- Şubat 1982, s.14 (**Çağlayan I**); Timur **DEMİRBAŞ**, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Haksız Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.35 (**Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri**).

4 Köksal **BAYRAKTAR**, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, (İstanbul: Formül Matbaası, 1977), s.3-4 (**Bayraktar**); Duran, s.3; Duygun **YARSUVAT**, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1968), s.160 (**Yarsuvat**).

5 Dilaver **EKERBİÇER**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Bası, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), s.5 (**Ekerbiçer**).

6 Fahrettin **KAYA**: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik” Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya 2010, s.4-5 (**Kaya**).

7 Mehmet Akif **TUTUMLU**, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, (Ankara: Adil Yayınevi, 1999), s.22 (**Tutumlu**).

8 Faruk **EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969), s.624-625 (**Erem, Ümanist Doktrin I**).

9 Kaya, s.4-5; Ekerbiçer, s.6.

B. Haksız Tahrikin Tanımı

Haksız tahrik kurumunu hem kusur hem de haksızlık içeriğini azaltan bir neden olarak veya ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak ya da sadece cezanın hesaplanmasında bir faktör olarak ele alan birçok farklı görüş bulunmaktadır¹⁰.

Öğretide “haksız tahrik”; “failin, haksız bir eylemin doğurduğu öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesi hâli”¹¹, “insan psikolojisinde neden olunan ‘buhran’ hâline hukuki sonuçlar tanınması”¹², “bir kimsenin dıştan gelen haksız eylemler sonucu kışkırtılarak suç işlemesi”¹³, “failin, haksız bir eyleme tepki olarak suç işlemesi hâli”¹⁴, “toplum değerlerine, ahlâka, hukuka aykırı her türlü davranış”¹⁵, “kendisine karşı haksız bir eylem işlemek suretiyle bir kimseyi suç işlemeye sevk etmek”¹⁶, “failin suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda meydana

-
- 10 Zeynel Temel **KANGAL**: “Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), Y.2010, C.14, S.3-4, s.27-32 (**Kangal**); Ekerbiçer, s.9.
- 11 Bahri **ÖZTÜRK**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011), s.279 (**Öztürk/Erdem**); İsmail **ERCAN**, Ceza Hukuku - Genel Hükümler, 9. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013), s.164 (**Ercan**); Hakan **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011), s.348 (**Hakeri**); Mahmut **KOCA**, İlhan **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), s.334 (**Koca/Üzülmez**); İzzet **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), s.414 (**Özgenç, 2012**); Kayıhan **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), s.436 (**İçel**); Haluk **ÇOLAK**, Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2005), s.111 (**Çolak**); Sulhi **DÖNMEZER**, Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 10. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 1994), s.345, (**Dönmezer/Erman**); Sulhi **DÖNMEZER**, Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 9. Bası, (İstanbul : Beta Yayınları, 1986), s.374, (**Dönmezer/Erman, 1986**); Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.13; Mehmet **AÇIKGÖZ**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), s.10 (**Açıkgöz**); Ekerbiçer, s.11-12.
- 12 Nevzat **TOROSLU**, Haluk **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Bası, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2015), s.270 (**Toroslu/Toroslu**); Hamide **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2013), s.367 (**Zafer**); Faruk **EREM**, Ahmet **DANIŞMAN**, Mehmet Emin **ARTUK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997), s.621, (**Erem/Danışman/Artuk**); Açıkgöz, s.11.
- 13 Tutumlu, s.19; Ekerbiçer, s.10.
- 14 Ercan, s.164.
- 15 Yaşar **YAVUZ**: “Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi (YD), Y.1991, C.17, S.4, s.446 (**Yavuz**); Ekerbiçer, s.10: YCGK 26.01.1981 T, 2/435 E- 8 K sayılı kararı: “Toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve âdete aykırı davranışlar hukuka aykırı davranış niteliğinde olduklarından tahrik olarak kabul edilmeleri gerekir”;
- 16 M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**: “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzah Denemesi”, AD, Y.73, S.1, s.14, Ankara 1982 (**Çağlayan II**); Ekerbiçer, s.10.

getirdiği karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmesi”¹⁷, “bir kişinin hukuka aykırı bir eylem dolayısıyla ruhsal yönden aşırı heyecana kapılması nedeniyle ve bu haksızlığın verdiği kışkırtıcı duygunun etkisiyle suç işlemesi”¹⁸, “failde mağdurun neden olduğu, suç işleme sonucunu doğuran haksız hareket”¹⁹, “kendisine karşı haksız bir eylem bulunularak bir kişinin suç işlemeye yöneltildiği”²⁰, “mağdurun faile karşı hukuka aykırı bir hareket yapması nedeni ile failin mağdura karşı suç olan bir eylem icra etmesi”²¹ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlamalarda haksız tahrik “cezayı”²² veya “suçu”²³ veyahut “kusurluluğu”²⁴ etkileyen hâllerde incelenmiştir.

Öğretide ve Yargıtay kararlarında, hukuki veya psikolojik esasına ağırlık verilmek ya da koşulları ön plana çıkartılmak suretiyle haksız tahrik değişik şekillerde tanımlanmıştır²⁵.

Haksız tahrikin psikolojik esasına ağırlık veren tanımlarda, “failin haksız bir eylemin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesi”²⁶, “psikolojide heyecanların bir çeşidi olan hiddet hâli”²⁷, “insan

-
- 17 Ali **PARLAR**, Muzaffer **HATİPOĞLU**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), s.143 (**Parlar/Hatipoğlu**).
 - 18 Osman **YAŞAR**, Hasan Tahsin **GÖKCAN**, Mustafa **ARTUÇ**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.I, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), s.733, (**Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I**); Ekerbiçer, s.11.
 - 19 Devrim **AYDIN**: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi (AHFD), Y.2004, C.54, S.14, s.227 (**Aydın**); Ekerbiçer, s.11.
 - 20 M. Tahir **TANER**, Ceza Hukuku (Umumi Kısım) 3. Baskı, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953), s.443 (**Taner**); Ekerbiçer, s.12.
 - 21 Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), s.478 (**Soyaslan**).
 - 22 Parlar/Hatipoğlu, s. 505.
 - 23 Hakan **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), s.362 (**Hakeri, 2012**); Ekerbiçer, s.11-12; Nur **CENTEL**, Hamide **ZAFER**, Özlem **ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2011) s.428 (**Centel/Zafer/Çakmut, 2011**); Çolak, s.111; Dönmezer/Erman, s.345; Dönmezer/Erman, 1986, s.374.
 - 24 Timur **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011), s.408 (**Demirbaş, 2011**); Veli Özer **ÖZBEK**, M. Nihat **KANBUR**, Koray **DOĞAN**, Pınar **BACAKSIZ**, İlker **TEPE**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), s.397, (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 2012**); Erem/Danışman/Artuk, s.591; Öztürk/Erden, s.279; Özgenç, 2012, s.414.
 - 25 Gülşah **BOSTANCI BOZBAYINDIR**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.5 (**Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**).
 - 26 Dönmezer, Erman, s.345; Bahri **ÖZTÜRK**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, Veli Özer **ÖZBEK**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4. Bası, (İzmir: Ankara Seçkin Yayınevi, Aralık 1998), s.282 (**Öztürk/Erden/Özbek**).

psikolojisinde bir buhran hâline hukuki neticeler tanınması”²⁸, “failin sübjektif durumundan doğan kişisel fakat genel hafifletici neden”²⁹ şeklinde açıklamalara yer verilmektedir.

Haksız tahrikin hukuki esasını ve özellikle de haksız tahrikin koşullarından daha çok tepki eylemini esas alan tanımlarda “bir kimsenin dıştan gelen haksız eylemler sonucu kışkırtılarak suç işlemesi”³⁰, “suçu ortaya çıkaran ve faili suç işlemeye yönelten bir neden”³¹, “kendisine karşı haksız bir eylemde bulunarak bir kimsenin suç işlemeye yöneltildiği”³² şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

Psikolojik ve hukuki esasları birlikte ele alan tanımlarda ise haksız tahrik, “kişinin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın, hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi hâlinde kusur yeteneğindeki azalma”³³, “fizyolojik ve psikolojik bir hadisenin kanunen tanınmış olması”³⁴, “psikolojik bir olaya, hukuki endişelerle bazı kayıt ve şartlara tâbi tutularak, hukuki bir mahiyet izafesi”³⁵, ”hukuk düzeninin korunması bakımından, haksız bir eylem nedeniyle irade özgürlüğü zaafa uğrayan failin, ceza hukukuna konu teşkil edebilecek eylemlerinde sınırlı olarak sorumluluğu

-
- 27 Faruk **EREM**: “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (AÜHF), Y.1945, S.4, s.50 (**Erem, Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar**).
- 28 Faruk **EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, C.II, (Ankara,1974), s.49 (**Erem, Ümanist Doktrin II**); Erem/Danışman/Artuk, s.591.
- 29 Bahri **ÖZTÜRK**, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3.Bası, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1994), s.232 (**Öztürk**).
- 30 Tutumlu, s.19.
- 31 Ersan **ŞEN**, Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2002), s.476 (**Şen, Suçun Genel Esasları**).
- 32 Mehmet **GÖKALP**: “Haksız Tahrik ve Sebepleri”, Adalet Dergisi (AD), Y.1969, S.8, s.519 (**Gökalp**); Taner, s.443.
- 33 Kayıhan **İÇEL**, Füsun **SOKULLU- AKINCI**, İzzet **ÖZGENÇ**, Âdem **SÖZÜER**, Fatih S. **MAHMUTOĞLU**, Yener **ÜNVER**, Suç Teorisi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Bası, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Eylül 2000), s.283 (**İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver**); İzzet **ÖZGENÇ**, Cumhur **ŞAHİN**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001), s.285 (**Özgenç/Şahin**).
- 34 İsmail Hakkı **AYIK**: “Tahrik”, AD, Y. Ocak 1951, S.I, s.87 (**Ayık**); Köni, haksız tahrikin bu tanımının, TCK. 64 ve 65. maddelerinde yazılı “başkasını suç işlemeye teşvik” arasındaki farkı tespit için yeterli olduğunu açıklanmıştır. Bkz. Ekrem **KÖNİ**: “Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik”, İstanbul Barosu Mecmuası (İBM), Y. Mart 1938, S.3, s.204 (**Köni**); Duran, s.8.
- 35 Güreli, s.332; Duran, s.8.

etkileyeceğinin kabul edilmesi ile ortaya çıkan kanuni hafifletici bir neden”³⁶, “bir suçun objektif hukuka göre haksız sayılan bir eylemden doğan hiddet veya şiddetli bir elemin etki ve buhranı altında işlenmesi”³⁷, “mağdurun haksız bir davranışının, faili öfke veya elem hâline sürüklemesi”³⁸, “kendisine karşı haksız bir eylem yapılmak suretiyle bir kimseyi suç işlemeye sevk etmek yada failin haksız bir eylemin meydana getirdiği kızgınlık veya şiddetli acının, üzüntünün etkisi altında suç işlemesi”³⁹, “haksız bir eylemin oluşturduğu öfke, kızgınlık veya ağrı ve acının etkisi altında suç işlemesi”⁴⁰, “suç failinin kendisine veya yakınına sarf edilen söz veya eylemin ruhunda husule getirdiği gazap, şiddetli elem ve hiddetin etkisi ile hareket ederek bir suç işlemesi”⁴¹, “haklı ve şiddetli bir elem ile kuvvetli bir hissin feveran neticesi olarak insanın eyleme yönelmesi”⁴² gibi birbirine yakın fakat farklı anlatımlarla açıklanmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında⁴³, tahriki, “Ceza hukuku bakımından bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesi”; başka bir kararında da⁴⁴ “failin, haksız bir eylemin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesi” şeklinde tanımlamıştır.

36 Hakan **ABBAN**: “Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi, Ankara, 2001, s.6 (**Abban**).

37 Ayık, s.88; Çağlayan, I, s. 15.

38 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.37; Aynı tanım için bkz. Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.11.

39 Ali **DEMİR**: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, AD, Y.1986, S.2, s.45 (**Demir**); Cengiz **BARDAK**: “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, AD, Y. Ocak-Şubat 1988, S.1, s.42 (**Bardak**).

40 Yusuf **AKTAŞ**, Tahrik, Teşebbüs ve Cezanın Kurulması, (Ankara: Fon Matbaası, 1976), s.112, (**Aktaş**).

41 Gökalp, s.519.

42 Duran, s.8: 1887 tarihli Zanardelli Raporu’nda “haksız tahrik” bu şekilde açıklanmıştır. Bkz. Luigi **MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.1, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), Yargıtay Yayınları, No:3, s.228 (**Majno**).

43 Açıkgöz, s.9-10: Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) 19.11.1990 tarih (T.), 1- 254 Esas (E.)-77 Karar (K.) sayılı kararı; Ekerbiçer, s.13; Tutumlu, s. 19.

44 Ekerbiçer, s.13: YCGK 31.10.1994 T. ve 250 E. sayılı kararı.

YCGK, 5237 sayılı TCK döneminde verdiği kararlarda⁴⁵, tahriki, “Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir eylemin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalma” şeklinde tanımlamıştır.

Haksız tahrik, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu madde m.51 hükmünde “Bir kimsenin haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işlemesi”, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.29 hükmünde “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁶.

Kanunda hangi eylemlerin tahrik oluşturacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle herhangi bir eylem tahrik eylemi oluşturabilir. Eylemin kasti veya ihmali oluşu arasında bir fark bulunmamaktadır⁴⁷.

Kişisel görüşümüze göre;

Haksız tahrik, haksız bir eylem nedeni ile failin suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dıştan gelen etkinin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi hâlinde kusurluluğun azalması yönünde suça etki eden kişisel, sübjektif ve kanuni bir indirim nedenidir.

Öğretide ve Yargıtay kararlarının çoğunda “tahrik” veya “haksız tahrik” kavramları kullanılmakla beraber bazen dilde sadeleşme eğilimi ve dilimizin yabancı sözcüklerden arındırılması amacı ile “kışkırtma” kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Kanun metninde kaleme alınış şekli itibariyle kanun dili olması, öğretide ve uygulamada yaygın şekilde kullanılması ve kışkırtma sözcüğünün

45 YCGK 19.01.2016 T., 2015/14-23 E.- 2016/2 K. sayılı kararı; YCGK 24.03.2015 T., 2014/1-477 E.- 2015/69 K. sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

46 Bkz.765 sayılı TCK m.51 ve 5237 sayılı TCK m.29.

47 Erem/Danışman/Artuk, s.621.

azmettirmeyi ve teşvik etmeyi çağrıştırması nedeni ile kavram kargaşasına yol açmaması bakımından “haksız tahrik” kavramının kullanmasının daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

Öte yandan haksız tahriki, bir kişinin başka bir kişiyi suç işlemeye sevk veya teşvik etmesi anlamında olan ve iştirak şekillerinde bulunan teşvik veya azmettirme ile ve yine ceza kanununda düzenlenen suç işlemeye tahrik ile karıştırmamak gerekir.

Suçta tahrik ile haksız tahrik arasında içerik ve anlam bakımlarından çok büyük farklılıklar bulunmaktadır⁴⁸. Öğretide, suçta tahrik suçları, “başkalarına, belirli bir yönde hareket etmeleri için açık bir psikolojik baskı” veya “kişiyi harekete geçirici, özel, psikolojik bir enerji ile, başkalarının iradesi üzerinde, doğrudan doğruya etki yapmaya yönelmiş bir davranış”⁴⁹, “kişinin, kanunlarda suç olarak gösterilmiş bir eylemi işlemek için iradesinin etkilendiği hukuka aykırı neticeye yöneltildiği”⁵⁰, kişinin suça yöneltilmesi ya da suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesi⁵¹ şeklinde tanımlanmaktadır. 765 sayılı TCK’nın 2. Kitap 5. Babında “Ammenin Nizâmı Aleyhine İşlenen Cürümler” başlığı altında yer alan “Suç İşlemeye Tahrik” isimli 1. Fasılda yer alan 311, 312, 312/a maddelerinde ve bu maddelere karşılık olarak 5237 sayılı TCK’nın 3. Kısım 5. Bölümü’nde “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığı altında 214, 215, 216, 217 maddelerinde “tahrik” sözcüğüne yer verilmiş ise de söz konusu yasa maddelerinde geçen “tahrik” sözcüğü bir kimseyi suç işlemeye veya kanunlara uymamaya ya da kin ve düşmanlığa sevk ve teşvik anlamlarını ifade etmektedir⁵². Buna karşın haksız tahrik durumunda tahrik edenin belli bir amacı

48 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.13; Köni, s.204; Taner, s.443.

49 Erol CİHAN: “Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFM), Y.1974, C. XXXIV, S.1-4, s. 178, dñn.33 (Cihan I); Erol CİHAN: “Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu”, İHFM, Y.1974, C.XL, S.1-4, s. 121 (Cihan II).

50 Bayraktar, s.4; Duran, s.5.

51 Duran, s.5, dñn.19: YCGK’ nun 19.11.1990 T., 1-254 E., 277 K. sayılı kararında, bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesinin ceza hukuku anlamında suç işlemeye tahrik olduğunu kabul ettiğine ilişkin bkz. Tutumlu, s.19.

52 5237 sayılı TCK’nın 3. Kısım 5. Bölümü’nde “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığı altındaki düzenleme içinde 765 sayılı TCK’nın 311. Maddesine karşılık olarak 214. Maddesinde “suç işlemeye tahrik”, 765 sayılı TCK’nın 312 maddesine karşılık olarak 215. Maddesinde “Suçu ve Suçluyu Övme”, 216 maddesinde ‘Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik’ ve 217. Maddesinde

yoktur, hareketini suça itme amacı ile yapmamakta, eylemini bilerek ve isteyerek yapmakla birlikte suç işlenmesine bilerek ve isteyerek neden olmamaktadır⁵³. Ayrıca haksız tahrikte tahrik eden kişi, tahrik ettiği kişinin harekete geçip suç işleyeceğini önceden öngörmez⁵⁴. Oysa, suça tahrik suçlarında, tahrikçinin kastı, tahrik edilenlerde arzuladığı doğrultuda bir irade oluşturmaktır⁵⁵. Bir başka önemli fark da haksız tahrikte kural olarak suç tahrik eden kişiye karşı işlenirken, suça tahrikte tahrik eden, belirsiz kişileri ya da yığını suça iterek, suçu topluma ve diğer kişilere karşı işlemektedir⁵⁶.

Haksız tahrik, iştirak şekillerinden azmettirme ve teşvik etme ile de aynı anlama gelmemektedir. Azmettirmede, azmettiren ile azmettirilen kişilerin; teşvik etmede de teşvik edenle teşvik edilen kişilerin iradeleri birbirleriyle uyularak belirli bir suçun işlenmesi söz konusudur. Haksız tahrikte ise, tahrik eden ile tahrik edilen birbirleriyle karşı karşıya bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, tahrik edilen haksız bir eyleme maruz kaldığı için bu eylemi gerçekleştiren kişiye (tahrik edene) karşı bir suç işlemektedir. Bu bağlamda, iştirak şekillerinde bulunan teşvik veya azmettirme ile tahrik suçlarında tahrik edenin cezalandırılacağı düzenlenmesine karşın, kanun koyucu haksız tahrik etkisi altında suç işleyen failin ceza sorumluluğunun azaltılmasını öngörmüştür⁵⁷.

‘Kanunlara Uymamaya Tahrik’ suçları düzenlenerek” tahrik” sözcüklerine yer verdiğine ilişkin bkz. 765 sayılı TCK m. 311, 312, 5237 sayılı TCK m. 214, 215, 216, 217.

53 Tutumlu, s.129; YCGK 02.06.1986 T., 1-116 E, 313 K. sayılı kararı “Kendi haksız hareketiyle olaya neden olan sanıklar hakkında tahrik hükmü uygulanamayacağına ...”.

54 Tutumlu, s.19; Duran, s.6.

55 Bayraktar, s.12, 13, 35, 36.

56 Bayraktar, s.152: Suç işlemeye tahrik suçlarından, yığın suçluluğu bunun bir istisnasını oluşturur. İtalyan hukukunda, yığın suçluluğu hakkında ileri sürülen görüşlerden birinde, yığın içinde bulunmak suça tesir eden hafifletici bir sebep kabul edilmiştir. İtalya’da, 1930 Ceza Kanunu’nun kabulünden önceki eski kanun döneminde yığın hareketlerinde tahrik edilen kimselerin akli melekelerinde bozukluk meydana gelebileceği ve telkinler altında kalan kişinin bir nevi akıl hastalığı altında kaldığı kabul edilerek, İtalyan Ceza Kanunu’nun 47.maddesi ile bir indirime gidilmiştir. Ancak, daha sonra 1930 tarihinde kabul edilen Yeni İtalya Ceza Kanunu’nun 62/3 maddesinde yığın içindeki kişinin, yığın tarafından sürüklenmemiş olması, kargaşa içindeki bir yığının telkini ile suç işleyen kişinin itiyadi veya mesleki suçlu olmaması ve katıldığı yığının yasaklanmamış olması şartları içinde” hafifletici sebepten faydalanması gerektiği” açıklanmıştır.

57 Demirbaş, 2011, s.401; Kangal, s.20; Duran, s.7.

II- DÜZENLENİŞ ŞEKİLLERİ

A. Düzenleniş Yeri Olarak

Haksız tahrik kurumunun düzenlenişine ilişkin usullerden birisi kanun maddesinin ceza kanunlarında düzenleniş yeri bakımından yapılan ayırım olup bu konuda dört farklı sistem bulunmaktadır:

Birinci sistemde, haksız tahrik, ceza kanununun genel hükümler kısmında ayrı bir madde hâlinde düzenlenmiştir. Bu sisteme örnek oluşturan 18 Ekim 1930 tarihli eski İtalyan Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumuna 62. Maddesinde yer alan “Genel Hafifletici Nedenler” başlığı altında 2.Fıkırada yer verilmiştir. Bu şekilde başkasının haksız eyleminden kaynaklanan hiddet durumunda tepki gösterilmesi genel hükümler kısmında ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesi, 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi, Danimarka Ceza Kanunu'nun 85. Maddesi de bu sisteme örnek gösterilebilir⁵⁸.

İkinci sistemde, haksız tahrik yine genel hüküm olmakla birlikte haksız tahriğe ilişkin madde, birinci düzenleme şeklindeki gibi ayrı bir madde hâlinde düzenlenmemiştir. Bu sistemlerde tüm ceza kanunu için geçerli olan ve ceza sorumluluğunu etkileyen hafifletici nedenler listelenerek bir yerde toplanmıştır. Haksız tahriğe ilişkin hüküm, hafifletici nedenler listesi içinde yer alır. Takip eden maddelerde, listedeki hafifletici nedenlerin uygulama koşulları ve usulleri

58 Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s.343 (Önder, Ceza Hukuku Dersleri); Duran, s.16; Emilio DOLCİNİ, Giorgio MARINUCCI, Codice Penale Commentato, 2.Edizione, Ipsoa, Art.62, Kn.21, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.152 (Dolcini/Marinucci); Açıkgöz, s.47.

açıklanmaktadır⁵⁹. Bu sisteme örnek oluşturan 21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nun 64.Maddesinde, haksız tahrik “Cezanın Belirlenmesi (Strafzumessung)” başlığı altında ve daha az cezayı gerektiren bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede haksız bir kışkırtma veya küçük düşürme üzerine ortaya çıkan hiddet veya büyük elem hâlinin faili tahrik etmek suretiyle suç işlemeye sürüklemesi durumunda, hâkimin takdiri olarak cezayı hafifletebilme yetkisi olduğu kabul edilmişti. Failin ruhsal durumu değerlendirilerek hakkında verilecek olan ceza miktarında madde göz önünde bulundurulabilmekteydi. Haksız bir kışkırtma veya küçük düşürme şeklindeki tahrik sonucunda oluşan heyecanın failde ceza indirimine neden olmasına ilişkin bu kanun maddesi 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile genel hükümlerde yer alan İsviçre Ceza Kanunu'nun 48. Maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile şiddetli ruhsal karışıklık veya ağır ruhsal baskı altında suçun işlenmesi durumunda İsviçre Ceza Kanunu'nun 113. Maddesinde düzenlenen kasten adam öldürme suçu dışındaki bütün suç tipleri bakımından zorunlu olarak uygulanan ve faile verilecek cezanın belirlenmesinde rol oynayan “Cezayı Azaltıcı Nedenler” bir bütün olarak tek tek yeniden belirtilmiştir. Sistem değişikliği ile 2007 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nda hem genel hükümlerde ceza indirim hâli olarak haksız tahrik düzenlemesine yer verilmiş, hem de özel hükümlerde belirli suç tipleri içerisinde özel olarak haksız tahrik indirimi düzenlenmiştir. Yine bu sisteme örnek oluşturan 1975 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nun 34. Maddesinde fail hakkında uygulanacak cezada indirim yapılması gereken hâller “Özel Hafifletici Sebepler (Besondere Milderungsgründe)” üst başlığı altında düzenlenmiş, maddenin 8. Fıkrasında failin genel olarak kavranabilir bir ruhsal karışıklık nedeniyle suça sürüklenmesi durumunda hakkında ceza indirimi yapılacağı belirtilerek genel hükümler kapsamında haksız tahrik kurumuna yer verilmiştir. Ayrıca Avusturya Ceza Kanunu'nun 76. Maddesinde kasten adam öldürme suçu ve Avusturya Ceza Kanunu'nun 115. Maddesinde hakaret suçu bakımından özel tahrik hükümleri düzenlenmiştir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 64/3 ve 1975 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nun 34/8 maddelerinin yanı sıra bu sisteme örnek olarak, Brezilya Ceza Kanunu'nun 48/4, Romanya Ceza Kanunu'nun 157,

59 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.343; Duran, s.16; Gian Domenico PİSAPIA, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım), çev. Atif Akgüç, Ankara, 1971, s.163 (Pisapia, Genel Kısım); Majno, s.226.

Çekoslovakya Kanunu'nun 33/a, Portekiz Ceza Kanunu'nun 39/23, Yunanistan Ceza Kanunu'nun 84/c, Küba Kanunu'nun 52/f, İtalya Ceza Kanunu'nun 62/2 maddeleri gösterilebilir⁶⁰.

Üçüncü sistemde, haksız tahrik genel bir indirim nedeni değildir. Bu düzenlemeler daha çok haksız tahrikin, suç ya da kişi bakımından sınırlandırılarak kabul edildiği sistemlerde görülür. Bu sistemlerde, haksız tahrik daha çok kişi aleyhine işlenen adam öldürme, kasten yaralama, zina gibi belirli suç türlerinde, özel hafifletici neden olarak, özel kısım özel maddede düzenlenir⁶¹. Bu sisteme örnek oluşturan Alman Ceza Kanunu'nda haksız tahrik genel bir indirim nedeni sayılmamış, sadece bazı suçlarda kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla haksız tahriki düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Ancak basit adam öldürme suçuna ilişkin 213. Madde ve karşılıklı hakaret suçuna ilişkin 199. Madde örneklerinde olduğu gibi bazı özel tahrik halleri düzenlenmiştir⁶². Bir taraftan haksız tahrik hâlini özel olarak düzenleyen suçlara yer verilirken, öte taraftan da haksız tahriki de kapsayan heyecan durumlarının failin kusur yeteneğini etkileyebileceği kabul edilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 21. Maddesinde failin iradesini zaafa uğratan genel bir indirim hâli düzenlenmiştir. Bu şekilde haksız tahrik genel olarak düzenlenmemiş ise de bu madde gereğince fail tahrik indiriminden yararlanabilmektedir. Yine bu sisteme örnek oluşturan 1810 tarihli eski Fransız Ceza Kanunu'nda haksız tahrik, “kan suçları” denilen adam öldürme ve müessir fiil gibi suçlar açısından kabul edilmesine

60 Hans **WIPRÄCHTIGER**, Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, herausgegeben von M.A. Niggli/Wiprächtiger, 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, §48, Kn.4.s.887-892. çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.121-122 (**Wiprächtiger**); Hans **WALDER**: “Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht”, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 81, Jahr 1965, (24-67], s.63, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.123 (**Walder**); Otto **LEUKAUF**, Herbert **STENINGER**, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3.Auflage, Prugg Verlag, Eisenstadt, 1992, §34, Kn. 14, s.302, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.137- 138 (**Lekauf/Steninger**); Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.121, 122, 123, 137,138.

61 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.343; Açıkgöz, s.48; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.12, dpn.3; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.66; Erem/Danışman/Artuk, s.594; Kangal, s.25.

62 Kangal, s.25, dpn.26: Alman Ceza Kanunu'nun 213. Maddesindeki düzenlemeye göre; “Kasten öldürme suçunu işleyen kişi, öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak gerçekleştirilen kötü bir muamele veya ağır hakaret dolayısıyla kendi kusuru olmaksızın hiddete sürüklenmiş ve bu nedenle de fiili derhal işlemekten kendini alıkoymamış ise ya da başka bir hafifletici neden mevcut ise, cezası bir yıldan on yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezadır”; Kangal, s.25, dpn.27: Alman Ceza Kanunu'nun 199. Maddesindeki düzenlemeye göre; “Bir hakarete derhal karşılık verildiğinde, hâkim hakaret fiilini gerçekleştirenlerden her ikisinin veya birinin cezasızlığına karar verebilir”.

rağmen üst soya karşı işlenen müessir fiil ve adam öldürme suçları haksız tahrik kapsamı dışında tutulmaktaydı.

Dördüncü sistemde ise, ceza kanunlarının genel ve özel hükümlerinde haksız tahrike yer verilmemiştir. Böylece haksız tahrik cezayı azaltan veya kaldıran bir neden olarak Ceza Kanunu tarafından kabul edilmemiştir. Uygun cezanın belirlenmesinde mahkeme kural olarak geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁶³. Çağımız modern ceza kanunlarının en iyisi olarak kabul edilen yeni Fransız Ceza Kanunu'nda ise haksız tahrike ilişkin genel ya da özel bir düzenleme yoktur. Bu kanunda, sadece yukarı sınırı gösterme yöntemi uygulanarak somut olayın özelliklerine göre hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır⁶⁴. Çin Ceza Kanunu'nda da haksız tahrike ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Çin Ceza Hukuku Öğretisi'nde de tahrike maruz kalan kişinin nasıl ele alınması gerektiği veya tahrikin cezayı kaldıran bir neden olup olmadığı sorunları çok az tartışılmıştır. Öğretide, tahrikle karşı karşıya kalan kişinin her zaman makûl ve soğukkanlı kalması gerektiğine işaret edilmektedir. Çin hukukunda tahrik sadece meşru savunma anlamında haksız bir saldırıyı ifade ettiğinde hukuka uygunluk nedeni kapsamında dikkate alınmaktadır⁶⁵.

63 Peggy **PFÜTZNER**: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Frankreich”, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, s: 122-123, çev. Zeynel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4, s.27 (**Pfützn**er).

64 Sulhi **DÖNMEZER**, Feridun **YENİSEY**, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, (İstanbul 1998), s.464 (**Dönmezer/Yenisey**); Gökalp **İZMİR**: “Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s.48 (**İzmir**); Duran, s.16; Açıkgoz, s.48-50.

65 Thomas **RICHTER**, Yang **ZHAO**: “Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in China”, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, s: 17, çev. Zeynel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4, s.27 (**Richter/Zhao**).

B. Ceza Sorumluluğuna Etkisine Yönelik İzlenen Yöntem Bakımından

Haksız tahrikin düzenlenişine ilişkin usullerden diğeri ceza sorumluluğuna olan etkisine yönelik izlenen yöntem bakımından yapılan ayırım olup bu konuda da üç farklı sistem bulunmaktadır⁶⁶:

Birinci sistemde, haksız tahrik genel kısımda tüm suçlar için uygulanabilecek bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu sisteme örnek olarak 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesi, 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi, Danimarka Ceza Kanunu'nun 85. Maddesi gösterilebilir.

İkinci sistemde, failin tahrik karşısında suçunu işlemiş olması hâlinde cezasından yapılacak indirim belirlenir⁶⁷. 18 Ekim 1930 tarihli eski İtalyan Ceza Kanunu'nun "Genel Hafifletici Nedenler" başlığı altında 62/2 Maddesindeki düzenlemeler ile Federal Alman Ceza Kanunu'nun 46/1 Maddesi ile, 1 Eylül 1969 tarihinde değişikliğe uğrayan 30 Mart 1957 tarihli Alman Askerî Ceza Kanunu'nun 26. Maddesindeki düzenlemeler bu sistemlere örnek olarak gösterilebilir⁶⁸. İkinci sistemde bir başka uygulama da haksız tahrikin etkisi ile suçun işlenmiş olması hâlinde cezanın hafifletilebileceğinin kanunda öngörülmesidir. Bu kural daha çok, haksız tahriki adam öldürme veya kasten yaralama gibi bazı özel suçlar için düzenleyen sistemlerde görülür. Bu sistemlerde, kanunun kabul ettiği suç tiplerinin heyecan hâlinde işlenmiş olması durumu, "suçun hafif hâli" olarak kabul edilerek, faillerin o suçla ilişkin madde kapsamında daha hafif bir ceza ile cezalandırılmaları şeklinde düzenlemeye gidilmiştir⁶⁹. Bu sisteme örnek olarak, Bulgar Ceza Kanunu'nun 118, 119 maddeleri ile Alman Ceza Kanunu'nun 213 Maddesindeki basit adam öldürme suçuna ve 199. Maddesindeki karşılıklı hakaret suçuna ilişkin düzenlemeler gösterilebilir.

66 Açıkğöz, s.47-48; İzmir, s.47-48; Duran, s.16.

67 Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1989), s.377 (Önder, Genel Hükümler); Kangal, s.22.

68 Kangal, s.22; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.52-55.

69 Önder, Genel Hükümler, s.377.

Üçüncü sistem ise, haksız tahrik için açık bir hüküm getirilmeyip bu kurumun “kusur prensibi” içinde düzenlenmesidir⁷⁰. Bazı ceza kanunlarına göre, haksız tahrik failin kusur yeteneğini azaltması nedeniyle kusurluluğa etkili bir kurumdur. Haksız tahrikin failin kusur yeteneğine etkisi olduğu, birçok ülke ceza kanunlarında kabul edilmiştir. Bu tür düzenlemelere örnek olarak; İsviçre Ceza Kanunu’nun 64/3, Avusturya Ceza Kanunu’nun 34, Brezilya Ceza Kanunu’nun 48/IV, Romanya Ceza Kanunu’nun 157, Çekoslovakya Ceza Kanunu’nun 33/a, Portekiz Ceza Kanunu’nun 39/Nr. 23, Yunan Ceza Kanunu’nun 84/d, Küba Ceza Kanunu’nun 52/f maddeleri gösterilebilir⁷¹.

III- HAKSIZ TAHRİKİN GEREKÇELERİ

Haksız tahrikin ceza indirim nedeni olarak kabul edilmesi hususu öğretilerde psikolojik ve hukuki gerekçe olmak üzere iki temele dayandırılmaktadır:

Psikolojik gerekçeyi savunan yazarlar tarafından, haksız tahrikin esas, heyecanın irade üzerine etkisi psikolojik bir gerçeklik kabul edilerek, tahrik edici haksız bir eylem sonucu oluşan heyecanın failin psikolojisini etkilemek sureti ile onu suç işlemeye yönelttiği noktasından hareketle açıklanmakta ve bu nedenle failin cezasının azaltılmasının uygun olacağı kabul edilmektedir.

Hukuki gerekçeyi savunan yazarlar tarafından, haksız tahrikin esası suçun sübjektif ya da manevi unsuru olarak ifade edilen kusur unsuruna dayalı olarak açıklanmakta⁷² failin maruz kaldığı haksız eylem nedeni ile kusurun irade unsurunda

70 İzzet **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), s.408 (**Özgenç**): Ceza Kanununda genel anlamda kusur yeteneği üzerinde bir etkisi olması itibarıyla haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir sebep olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, bazı özel hükümlerde haksız tahrik nedeniyle failin cezasında indirim yapılacağı özellikle ifade edilmiştir. Türk Ceza Hukuku Öğretisi’nde bu özel hükümlerle ilgili olarak Özel Haksız Tahrik Hâllerinden söz edilmektedir.

71 Duran, s.17; Önder, Genel Hükümler, s.377.

72 Kayıhan **İÇEL**, Füsun **SOKULLU-AKINCI**, İzzet **ÖZGENÇ**, Âdem **SÖZÜER**, Fatih **MAHMUTOĞLU**, Yener **ÜNVER**, Suç Teorisi- 2.Kitap, 3.Baskı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), s.198 (**İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 2004**).

azalma meydana geldiğinden⁷³ cezasının azaltılmasının da adalet duygusuna uygun olacağı ifade edilmektedir. Haksız tahrik durumunda fail daha az kusurlu sayılmak sureti ile cezasının indirilme nedeni olarak, bazı yazarlar faile yöneltilen tahrikin haksızlığından hareketle mağdurun tahrik edici eylemini ön plana çıkarmakta iken⁷⁴, bazıları mağdurun tahrik edici haksız eyleminin meydana getirdiği ve irade zayıflığı sonucunu doğuran hiddet veya şiddetli elem psikolojik durumunu ön plana çıkararak failin psişliğine önem vermektedir. Bir kısmı da hem faile yöneltilen tahrik eylemini hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak kabul etmektedir⁷⁵.

A. Haksız Tahrikin Psikolojik Gerekçesi

İnsanın olumlu veya olumsuz bütün tepkilerinde içinde bulunduğu psikolojinin etkisi vardır. Bu nedenle modern ceza hukuku insan davranışının yegâne kaynağı olan insan ruhunu dikkate almıştır. Haksız tahrik kurumunun psikolojik gerekçesi, ceza hukukunda failin kişiliğinin dikkate alınması ile yakından ilgili olup failin duygularına ve onu suç işlemeye yönelten psikolojik durumuna hukuken değer verilmesidir⁷⁶. Kişinin suç işlemesi esnasındaki ruhî durumunun, onun kusurunda ve dolayısıyla cezalandırılmasında göz önüne alınması psikolojik görüşün ceza hukukunda yer almasını sağlamıştır⁷⁷.

Heyecan ve heyecanı oluşturan durumların çeşit ve niteliklerini ayırarak, farklı değerlendirmelere tâbi tutması, ceza hukukunun modernleşmesi bakımından önemli bir aşamayı ifade etmektedir. Çünkü esasen birçok suç heyecan içinde iken işlenir. Ancak çoğu durumda heyecanın cezanın azalmasına ya da kalkmasına bir etkisinin olduğu düşünülmez. Heyecan durumunun kusuru kaldırdığından ya da azalttığından

73 Nur BAŞAR: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik I”, AD, Y.71, S.3, Mayıs- Haziran 1980, s.253-254 (Başar I).

74 Nabi ÖZALP: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2010, s.3 (Özalp); Ekerbiçer, s.25; Aydın, s.225-253.

75 Kaya, s.15; Aydın, s.231.

76 Kaya, s.10; Aydın, s.229-230; İzmir, s.7; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.25; Açıkgöz, s.15; Çam, s.13.

77 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.30; Kaya, s.10.

söz edilebilmesi için, patolojik bir temele dayanması gerekmektedir. Patolojik bir temele dayanmayan heyecan, kural olarak iradeye ve dolayısıyla isnat yeteneğine zarar vermez. Bu durumlarda hareket kasıtlıdır; başka bir anlatımla heyecan ve kast bir arada bulunabilir⁷⁸.

Suç, insan ruhundan kaynaklanan fakat sonucu dış dünyada meydana gelen bir olaydır⁷⁹. Ceza hukukunun konusunu oluşturan bireyin dış dünyaya yansıyan hareketleri, insan ruhunun ve psikolojinin bir ürünüdür⁸⁰. Haksız tahrik, insan psikolojisindeki bir buhran hâline hukuki sonuçlar tanınmasıdır⁸¹. Bu bağlamda ceza hukuku, irade kavramında psikoloji bilim dalı, isnat yeteneği ile ilgili hususlarda da psikiyatri bilim dalı ile iç içe girmiştir⁸². Psikolojide heyecan adı verilen ve tahrike de neden oluşturan durumların, çeşit ve niteliklerinin ayrılarak farklı değerlendirmelere tâbi tutulması ceza hukuku bakımından önemli bir aşamayı ifade etmektedir. Çünkü birçok suç, haksız bir eylemin neden olduğu heyecanın etkisi ile işlenmektedir⁸³. Kural olarak heyecan, kanunda düzenlenen suç tipleri ve fail hakkında öngörülen cezanın belirlenmesi hususunda özel bir önemi haiz değildir. Ancak, türlerine ve yoğunluklarına bağlı olarak, karşılaştırmalı hukuk ceza kanunlarında olduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nda da bazı heyecan durumlarına hukuki önem verilmektedir⁸⁴.

Heyecan, “olumlu veya olumsuz ancak çok yoğun olarak hissedilen ve organizmada gerginlik yaratan duygular”, “normal seyirinde akıp giden teessür yaşamı içinde bariz bir sarsıntı durumunda ve bazı psikolojik gösteriler ile birlikte

78 Kemalettin **EREL**: "Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi", AD, Ocak 2001, Y.92, S.6, s.169 (**Erel, 2001**); Winfried **PLATZGUMMER**, Die Bewusstseinsform des Vorsatzes, Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, Wien,1964, s.49, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.26 (**Platzgummer**); Bruno **SCHURIG**, Die strafrechtliche Bedeutung der sogen verminderten Zurechnungsfähigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft: 120, Breslau,1911 (Frankfurt, a.M. 1977), s.50, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.26 (**Schurig**).

79 Erem/Danışman/Artuk, s.592; Duran, s.45; Faruk **EREM**, Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi-Usul Psikolojisi – Mahpusun Psikolojisi, 7. Baskı, (Ankara: AÜHF Yayınları- Sevinç Matbaası, 1977) s.1, 2 (**Erem, Adalet Psikolojisi**).

80 Özalp, s.3; Tutumlu, s.15.

81 Erem/Danışman/Artuk, s.591; Erem, Ümanist Doktrin II, s.49; Faruk **EREM**: “Haksız Tahrik”, AD, Y.1946, S.47, s.637-654 (**Erem, Haksız Tahrik**); Açıkgöz, s.15.

82 Açıkgöz, s.15; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.30.

83 Özalp, s. 3-4.

84 Walder, s.25 çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.7.

meydana gelen şiddetli fakat geçici bir durum”, “içinde bulunulan ortamın algılanması ile ortaya çıkan iç organları harekete geçiren beden davranışları ve bilinçte kendini belirten duygusal süreç”, “gelip geçici ancak birdenbire ortaya çıkan şiddetli teessür durumu”, “dışsal koşullardan ya da durumlardan kaynaklı tepkisel durum”, “gerek insan vücudunun dikkate değer bir şekilde gerilmesi gerekse tahayyül sürecinin ciddi biçimde bozulması yoluyla ortaya çıkan bir duygu durumu“ gibi farklı tanımlarla açıklanmaktadır⁸⁵. Çoğunlukla içsel bir süreci tanımlayan heyecan, doğrudan tespit edilemeyecek bir olgu olarak karşımıza çıkmakla⁸⁶ birlikte günümüzde heyecanın bir duygu durumu olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır⁸⁷. Buna karşın heyecanların sınıflandırılması ve düzenlenme sistemi üzerinde görüş birliği yoktur.

Heyecan durumlarını bazı psikologlar hoş olan (olumlu) ve hoş olmayan (olumsuz) heyecanlar⁸⁸, bazıları korku, hiddet (öfke), sevinç ve üzüntü⁸⁹, bazıları da duygu nüansına ve hissetme elementlerine göre stenik (galeyan, kabarma) ve astenik (çöküntü)⁹⁰ olarak sınıflandırmaktadır. Psikolojide şiddet ve süreklilik unsuru esas alınarak yapılan bir ayrıma göre de birdenbire ortaya çıkan heyecanlara “sademe heyecanlar” ve daha çok sürekli sayılabilen heyecanlara da “his heyecanlar” denir. Sademe heyecanlar, duyguların akışında ani bir kargaşa doğurur, fizyolojik alanda da

85 Cemil Sena **ONGUN**, Psikoloji Dersleri, (İstanbul, 1935), s. 114 (**Ongun**); Hans Joachim **RUDOLPHİ**, “Affekt und Schuld”, Festschrift für Heinrich Henkel, Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft, Herausgegeben von Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin, 1974, s.202 (199-214] çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.8 (**Rudolphi**); C.G. **JUNG**, Psychologische Typen, Walter-Verlag, Freiburg, 1978, s.448, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.8 (**Jung**); Bostancı Bozbayındır, s.10-11; Duran, s.46-47.

86 Walder, s.25, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.7.

87 Heinz **SCHÖCH**, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch Grosskommentar, 12.Auflage, herausgegeben von Heinrich Wilhelmkaufhütte, Ruth Rissing- van Saan, Klaus Tiedeman, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, §20, Kn.123, s.1310, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.8 (**Schöch**).

88 Selman **ERDEM**, Psikoloji, (İstanbul: Fil Yayınevi, 1986), s.76 (**Erdem**).

89 Sami **GÖKTÜRK**, Psikoloji, (İstanbul: Yüksel Yayınevi, 1984), s.78 (**Göktürk**).

90 Otto **LİPMANN**, Grundriss der Psychologie für Juristen, 3. veraenderte und vermehrte Auflage, Leipzig, 1925, s.41, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.26 (**Lipmann**); Christian **MAYERHOFER**, S. **RIEDER**, Das österreichische Strafrecht, Erster Teil, Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien, 1981, §76, n.4, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.26 (**Mayerhofer/ Rieder**).

belirli ve hızlı geçen olaylara neden olur. His heyecanlar ise bir sademe heyecan ile ani başlar, şiddeti zayıflar, ruhi bir çöküntü ve bitkinlik doğurur, bir çeşit ruhi iktidarsızlıktır⁹¹. Buna göre, hiddet “sademe heyecan”, şiddetli elem “his heyecan” kapsamına girmektedir. İhtiras ise, duygulara hâkim olan, psikolojiyi kendine doğru çökerten, geçici olmayan, sürekli (itiyadi) sayılabilen psikolojik durumdur. Heyecanda geçicilik, ihtirasta ise devamlılık durumları bunları birbirinden ayırt etmeye yarar.

Haksız tahrik, psikolojide heyecanın bir türünü oluşturan “hiddet heyecanının” ceza hukukundaki adıdır ve bir hiddet heyecanı olan haksız tahrikin ihtiras ile ilgisi yoktur⁹². Ceza hukukunda haksız tahrik olarak isimlendirilen kurum, psikolojide heyecanların bir çeşidi olan hiddetten başka bir şey değildir⁹³. Başka bir anlatımla hiddet heyecanı ceza hukukunda haksız tahrik ile eş anlamlıdır.

Heyecan durumunda insan organizmasında birtakım fizyolojik gelişmeler meydana gelir. Bunlara; hiddet (öfke), saldırganlık, şaşkınlık ve elem gibi durumlar örnek verilebilir⁹⁴. Heyecan anında kana adrenalin boşalması kamçılanır, damarlar büzülür ve adale kasılması ile göğsün şiddetli çarpması gibi tüm organizmanın katıldığı birtakım biyo- fizyolojik fenomenler meydana gelir⁹⁵. Bireyin fiziksel sistemi ile de yakından ilişkili olması nedeni ile heyecan aynı zamanda merkezi sinir sisteminde periferal -sinir hareketlenmeleri şeklinde tanımlanmaktadır. Bu sistem, kognitif sistem ile paralel çalışan ancak ondan tamamen farklı kurallara sahip ve karakteristik bir sistemdir⁹⁶.

91 Erem/Danışman/Artuk, s.592; Faruk **EREM**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, 4. Baskı, (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958), s.393 (**Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler**).

92 Erem/Danışman/Artuk, s.591.

93 Erem, Haksız Tahrik, s.638.

94 Helmut **EHRHARDT**, Die Schuldtaehigkeit in psychiatrisch – psychologischen Sicht, in Schuld, Verantwortung, Strafe im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie (Frey R. Erwin), Zürich, 1964, s.254, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.27 (**Ehrhardt**); Lipmann, s.40.

95 Erich **WULFFEN**, Kriminalpsychologie Psychologie des Täters, Enzyklopaedie der Kriminalistik, Berlin 1926, s.83, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.26 (**Wulffen**); Rasim **ADASAL**, Normal Ve Anormal Yönleriyle Yeni Medikal Psikoloji, 3. Baskı, (İstanbul: Minnetoğlu Yayınevi, 1977), s.851 (**Adasal**).

96 Dorsch Psychologisches Wörterbuch, Herausgegeben von Prof. Dr. phil. Hartmut O. Haecker, Prof. Dr. rer. Nat. Kurt-H. Stapf, 15. Auflage, Verlag Hans Huber, Bern, 2009, s.10, çev. Gülşah

Heyecanlarla ilgili oluşan fizyolojik değişimlerin temelinde otonom sinir sistemi yatmaktadır⁹⁷. Otonom sinir sistemi duyguların temel organıdır ve insanın iradesi dışında yönlendirilmesi durumunda organizmada etkiler meydana getirmektedir. Beynin arka kısmında yer alan, acil durumlara baş edebilmek için bu durumlarda fizyolojik birtakım değişikliklere neden olan ve sinir hücrelerinin boğumlarından meydana gelen bu sistem, doğrudan iradi olmayan vücut hareketlerini otomatik olarak kontrol etmektedir. Bu bağlamda, organizma acil durumlara başa çıkmaya çalışırken otonom sinir sistemi onu karşılaştığı durum ile mücadele etmeye hazırlar. Söz konusu duruma organizmayı hazırlama aşamasında insanın nefes alışverişi artar, göz bebekleri büyür, terleme artarken tükürük salgılaması azalır, kanda pıhtılaşma faktörü artar ki yaralanma olursa kan daha çabuk pıhtılaşır, kan sindirim organlarından beyne ve çizgili kaslara yönelir, kaslar gerilir, deri üzerinde galvanik elektrik değişimi meydana gelir⁹⁸. Otonom sinir sistemi bu değişiklikler yolu ile kavga ederken saldırma, korku ile kaçma anında organizmayı bulunduğu duruma hazırlar ve enerji dolu zengin kanı bütün hücrelere gönderir⁹⁹. Başka bir anlatımla, duygulara ve heyecana sahip olmak esasında birey için önemli sayılan ve hazır olmadığı bir durumda şiddetli tepki verme anlamına gelmekte¹⁰⁰; insan organizması bu hazırlıksız duruma karşı otonom sinir sistemi sayesinde hazırlanmakta, bu süreçte organizmada bir takım fiziksel ve davranışlarla ilgili etkiler meydana getirmektedir. Otonom sinir sistemi parasempatik sinir sistemi ve sempatik sinir sistemi olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu iki sistem birbiri ile etkileşim hâlinde çalışır. Parasempatik sistem, organizmanın zevke yönelik fonksiyonlarını yerine getirirken, sempatik sistem tehlike tehdidi altında devreye girmektedir¹⁰¹. Heyecan, otonom sinir sistemi üzerinde etki eden sempatik sinir sistemine ait bir

Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.11 (**Dorsch Psychologisches Wörterbuch**)

97 Doğan CÜCELOğLU, İnsan Davranışı, 2. Baskı, (İstanbul: Remzi Yayınları, 1992), s.265-266 (**Cüceloğlu**).

98 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.11.

99 Cüceloğlu, s.265-266.

100 Psychology for the Armed Services, Edited by Edwin G. **BORİNG**, National Research Council, Washington, The Infantry Journal, 1945, s.374, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.11 (**Boring**).

101 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s. 11-12.

durumdur¹⁰². Heyecan durumunda meydana gelen fizyolojik tepkiler kontrol altına alınamamakta, sempatik sinir sisteminin heyecanı yönetmesi nedeniyle de tepkilerin irade dışında istemsiz olarak ortaya çıkması söz konusu olmaktadır¹⁰³.

Heyecan, duygunun şiddetli hâlidir. Başka bir anlatımla, kişinin denetim altında tutamadığı kuvvetli ve kısa süreli duygulardır. Temelindeki fizyolojik süreçler daha belirgindir. Heyecan, insan davranışlarını etkiler ve yön verir¹⁰⁴. Genellikle iç gerilimle ilişkili ve amaçsız olan, sürekli tekrarlanan aşırı sözsöz veya motor etkinlik gibi çeşitli fiziksel veya ruhsal süreçlerin spesifik olmayan bir semptomudur¹⁰⁵. Heyecan, ruh akışında geçici bir olay olmakla beraber¹⁰⁶, insan böyle bir durumda çoğu kez ne yaptığını bilemez ve şaşkınlık gösterir¹⁰⁷; dikkat zorlanarak düşünce gittikçe daralır ve sonunda kişiye tek bir düşünce (panikte kaçma, haksızlıkta öç alma, ümitsizlikte ölüm düşüncesi gibi) hâkim olabilir¹⁰⁸. Bu şekilde, heyecan durumu kişinin fizyolojik görünümünün yanı sıra davranışları üzerinde de etkiler meydana getirir¹⁰⁹.

Bu görüşü savunanlara göre;

Kanun koyucu, hiddet ve şiddetli elem şeklindeki heyecan durumlarını iradeyi etkileyen ve cezanın indirilmesini gerektiren neden olarak düzenlemiştir. İnsanların ruhsal durumunda meydana gelen üzüntü, kızgınlık, ruhsal çöküntü, intikam alma duygusu gibi psişik dalgalanmalar kişinin hareket özgürlüğünü etkileyerek onu suç işlemeye yönlendirebilir. Bu durumda fail, suç işleme yönünde önceden bir karar

102 Kemalettin **EREL**: “Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998, s.36 (**Erel, Haksız Tahrik**).

103 Nevzat **GÜRELLİ**, Öztekin **TOSUN**: “Heyecan Göstergesi ile Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Y.1964, C.30, S.3-4, s.503 (**Gürelli/ Tosun**).

104 Erem, Haksız Tahrik, s.638.

105 Selçuk **BUDAK**, Psikoloji Sözlüğü, (Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2009), s.153 (**Budak**).

106 Erem, Adalet Psikolojisi, s.85.

107 Adasal, s.851.

108 Werner **MENDE**, Die “tiefgreifende Bewusstseinsstörung” in der forensisch- psychiatrischen Diagnostik, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979, s.315, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.27 (**Mende**); Lipmann, s.40.

109 Erel, Haksız Tahrik, s.38.

vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin psikolojik durumunda meydana getirdiği buhranın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir. Bu, bir bakıma insanın diğer canlılar gibi etki -tepki öznesi olmasının sonucudur. Tahrik nedeni ile insanın kapıldığı hiddet ya da elem duyguları genel olarak “heyecan” kavramı bağlamında değerlendirilmektedir¹¹⁰. Heyecan (affekt), yaygın sözlük anlamına göre, aniden ortaya çıkan duygusal karışıklıklar, dışarıdan gelen etkilere vücudun tepkisi olarak tanımlanmaktadır¹¹¹. Kişiler bu duyguların etkisi altında iken iradesini kontrolde güçlük çekmekte; heyecan duygusu, failin iradesi üzerinde etkili olmaktadır. Bir etkilenme biçimi olarak tahrik, dıştan gelen bir etkinin kişiyi içine sürüklediği ruhsal bir durumdur¹¹². Fail, tahrik nedeni ile içinde bulunduğu heyecanın meydana getirdiği haksızlık yapandan öç alma duyguları ile ve kendi iradesi dışında hareket etmekte¹¹³, başkasının yaptığı haksız hareket sonucunda meydana gelen hiddet (öfke) veya şiddetli elem şeklindeki psikolojik durumun etkisi altında bir tepki suçu işlemektedir.

Heyecan, bireyin genel ruhsal durumundan farklı olarak, sinir sisteminin otonom bir şekilde yönlendirilmesi ile birlikte çok hızlı olarak ortaya çıkan ve çok yoğun bir şekilde yaşanan “tepkisel duygu” durumu¹¹⁴ olarak da tanımlanmaktadır. Belirli ruh hâllerinin vücut tarafından tepkisi, başka bir anlatımla duygusal- ruhi karışıklıkların bir ifadesi olan heyecanın, fizyolojik ve davranışsal etkilerinin yanında irade üzerinde de etkileri bulunmaktadır¹¹⁵. Bu bağlamda, hiddet heyecanı iradeye şiddetle ve çok hızlı bir şekilde etki eder. Hareketlerin bilinçli kontrolü akıl ile sağlanabilir. Hiddet ani etki eden bir heyecan durumundan ibaret olduğundan iyi düşünmek için gereken zaman ve sükûnete olanak tanımaz¹¹⁶. Haksız tahrike maruz kalan kişinin duyduğu hiddet veya şiddetli elem şeklindeki psikolojik durum, kişinin

110 Tutumlu, s.15.

111 Klaus **BERNSMANN**, Affekt und Opferverhalten, NSTZ 1989, s.160, çev. Behiye Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Hâlinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi- Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.15, Özel S., s.1311 (**Bernsmann**).

112 Tutumlu, s.15.

113 Aydın, s.226.

114 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.12-13.

115 Adolf **BUSE**, Aristoteles Über die Seele, Leipzig, 1937, s.4, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.11 (**Buse**).

116 Erel, Haksız Tahrik, s.38.

iradesinde bir zayıflama oluşturarak onu kolaylıkla suç işlemeye götürebilir¹¹⁷. Tahrik edici eylemin etkisi ile heyecanlanıp suç işleyen kişi, söz konusu heyecana neden olan veya onu kolaylaştıran kişiye karşı suç oluşturan bir eylem işlemektedir¹¹⁸. Bu nedenle kanun koyucu söz konusu ruhsal karmaşayı doğal karşılığı¹¹⁹ ve bu psikolojik durumun etkisinde kalarak suç işleyen faile verilecek cezada belirli oranlarda indirim yapılmasını öngörmüştür¹²⁰. Başka bir anlatımla, failde ruhsal bunalıma neden olan heyecanın dozajı arttıkça, irade o oranda zayıf düşmekte¹²¹; üzüntü, hiddet (öfke) ve kızgınlık gibi duygular belli bir dereceye ulaştığında, failin iyiyi kötüden ayırt etme yeteneğini, irade özgürlüğünü büsbütün ortadan kaldırmasa bile, belli ölçüde örselemekte; üstelik bu örselenme durumu failin kendi kusuru olmaksızın, başkalarının haksız eylemleri sonucu meydana gelmekte¹²²; en sonunda heyecan durumunun doruğa ulaştığı bunalım ve fevran anının psikolojik ortamında fail bir ruhsal patlama ile suç işlemektedir. Bu nedenle tahrik, fizyo -psikolojik bir olayın insan ruhunun şiddetli bir aşamasına belirli hukuki sonuçlar yüklemek sureti ile hukuken tanınmasıdır¹²³. Heyecanın iradeye etkisi psikolojik bir gerçeklik olarak kabul edildiğinden, bu şekilde heyecan haksız tahrik kurumu ile ceza hukukuna nakledilmiş bulunmaktadır¹²⁴. Ancak, ceza kanunlarının eylemlerinden sorumlu tuttuğu özne, bilinci açık, iradesi zaafa uğramamış, zihni yetenekleri mevcut olan insandır¹²⁵. Normal koşullar altında, kişilik yapısı fazla duygusal, fazla alıngan, fazla asabi ya da saldırgan olan bireyin tahrik nedeni ile ve bünyesinde var olan bir tür karakteristik özelliklerin etkisi ile aşırı bir tepki göstermesi durumunda, bu tepkinin somut olay bakımından nedensellik bağına sahip olması gerekmektedir. Haksız tahrikteki hiddet (öfke) veya şiddetli elem, bireyi işlediği eylemin hukuki anlam ve sonucunu algılayamayacak düzeye getirmese de ciddi olarak ruhsal durumunu etkileyecek boyutta olmalıdır. Bu husus, “makûl insan” ya da “mazur görülebilirlik” kavramları ile sübjektif unsur olarak ortaya çıkmakta ve diğer hukuk sistemlerinde

117 Mahmut **KOCA**, İlhan **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), s.291-292 (**Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**).

118 Abban, s.30.

119 Açıkgöz, s.15.

120 Dönmezer/Erman, s.338-342.

121 Erel, Haksız Tahrik, s.38-39.

122 Açıkgöz, s.15.

123 Necdet **YALKUT**: “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, YD, Y.1979- Nisan, C.5, S.2, s.245 (**Yalkut**); Erel, Haksız Tahrik, s.38-39; Erel, 2001, s.168.

124 Erem/Danışman/Artuk, s.592.

125 Açıkgöz, s.15.

somut olay değerlendirmesinde ele alınmaktadır. Failin, herhangi birisi ile değil, eğitim ve karakter özellikleri de dahil olmak üzere aynı ya da benzer çevre koşullarına sahip bir kişi ile karşılaştırılması suretiyle makûl insan ya da mazur görülebilirlik değerlendirmesi yapılmaktadır¹²⁶.

Heyecanın hangi durumlarda haksız tahrikin koşulu sayılacağı ülkelere ve kabul ettikleri sistemlere göre değişiklik göstermektedir¹²⁷. Heyecan durumunun davranış üzerindeki etkileri, gerginlik, ürkeklik, çekingenlik, sinirlilik, saldırganlık şeklinde ortaya çıkabilmektedir¹²⁸. Bu duygulardan en çok ortaya çıkan ise hiddet ve bunun sonucunda beliren saldırganlıktır¹²⁹. Türk Hukukunda hiddet ile şiddetli elem haksız tahrik kurumu bağlamında aynı nitelikte kabul edilmiştir. Elem heyecan hâlinde, derhal bir tepkide bulunulmasa bile failin bu psikolojik durumu devam ettiği sürece suç işleyebileceği ve hakkında tahrik indirimi uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bazı ceza kanunlarında, merhamet ve kıskançlık (İsviçre Ceza Kanunu m. 113), hiddet (öfke), kızgınlık, öç alma (İsviçre Ceza Kanunu m. 177/2-3), korku, ümitsizlik ve cesaretsizlik (Avusturya Ceza Kanunu m. 34/8, m. 60) haksız tahrikten yararlanmayı gerektiren psikolojik durumlar olarak kabul edilmiştir¹³⁰.

B. Haksız Tahrikin Hukuki Gerekçesi

Haksız tahrik kurumunu hukuki esas ile değerlendiren görüşler, sübjektif, objektif ve karma görüşler olarak sınıflandırılmaktadır. Objektif ve sübjektif görüşler, mağdurdan kaynaklanan haksız hareketleri veya failin psikolojik durumunu hareket noktası olarak ele almaları bakımından ayrılmaktadırlar¹³¹. Objektif görüş faile yöneltilen tahrikin haksızlığını yani mağdurdan kaynaklanan haksız hareketleri,

126 Bozbayındır Bostancı, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.12.

127 Behiye **EKER KAZANCI**: “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Hâlinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi- Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.15, Özel S., s.1318 (**Eker Kazancı**).

128 Jale **BAFRA**: “Haksız Tahrikte Failin Kişiliğinin Taşıdığı Önem”, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Y.1993, C.69, S.10-12, s.770 (**Bafra**).

129 Cüceloğlu, s.289.

130 Duran, s.55.

131 Aydın, s.230.

sübjektif görüş ise psikolojik- bireysel çözümlenmeden hareketle tahrik eyleminin failde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemlerini yani failin psişliğini öne çıkarmaktadır.

Objektif görüşün tahrik eylemine, sübjektif görüşün ise failin psişğine değer veren açıklamalarını bağdaştırmaya çalışan karma görüş ise hem failde yöneltilen tahrik eylemini hem de failin kapıldığı hiddet veya şiddetli elemlerine suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak değerlendirmektedir¹³².

1. Sübjektif Görüş

Ceza hukukunda eylemin hukuka aykırılığı, cezalandırabilmek için gereklidir fakat yeterli değildir. Bir kişinin cezalandırılabilmesi, iradi ve bilinçli olarak gerçekleştirilen haksız bir hareketin varlığına bağlıdır¹³³. Çünkü hukuka aykırı bir eylem cezalandırılabilir olmaktan başka kusurlu da olmak zorundadır. Kusurun temelinde, kişinin özgür iradesi ile bilinçli bir şekilde haklı ile haksız ayırt edebilme yeteneği bulunmaktadır. Bu yüzden kişinin kusurlu olduğuna ilişkin karar, bu kişinin hareketinin sübjektif yönü üzerine bir değerlendirmeyi ortaya koymaktadır¹³⁴.

Sübjektif görüşte, psikolojik- bireysel çözümlenmeden hareketle failin psişğine değer verilmek sureti ile ceza hukukunun kusur ilkesi ön planda tutulmaktadır. Failin psikolojik durumunu esas alan gerekçeye dayanılarak kabul edilen haksız tahrikin,

132 Enrico **ALTAVILLA**: Lineamenti di Diritto Criminale, 2. Ed., Napoli 1932, s.153, çev. Aydın, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, Y.2004, C.54, S.14, s.230 (**Altavilla**); Guglielmo **MARCONI**: “Provocazione”, Enciclopedia del. Diritto, Vol. 37, Giuffrè Ed., 1988, s. 823, çev. Devrim Aydın: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, Y.2004, C.54, S.14, s.230 (**Marconi**).

133 Johannes **WESSELS**, Werner **BEULKE**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39.Auflage, C.E. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, s. 138, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.18 (**Wessels/Beulke**); Hans Heinrich **JESCHECK**, Thomas **WEIGEND**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s.410, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.18 (**Jescheck/Weigend**).

134 Ernst **BELING**, Grundzüge des Strafrechts, 8 und 9 überarbeitete Auflage, Tübingen 1925, s.17, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.25 (**Beling**); Kaya, s.13.

hukuki nitelik olarak sübjektif bir özellik taşıdığı¹³⁵ ve bu nedenle de hukuki gerekçesinin sübjektif görüşlerde aranması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁶. Bu görüşü savunanlara göre, haksız tahrik açıklanırken, mağdurun haksız hareketlerinin neden olduğu ve tahrike maruz kalan faili suç işlemeye yönelten hiddet ve elem duygularına hukuken değer verilmektedir¹³⁷. Buna göre, failin kendi iç dünyasında kapıldığı veya mağdurdan kaynaklanmayan hiddet veya şiddetli elem hâli hukuken anlam ifade etmemektedir.

Öte yandan öğretilerde kusurluluk bakımından “hareketin psikolojik unsuru” ile “suçun psikolojik unsuru” ayrımı yapan görüşe göre; hareketin bilinçli ve iradi olarak yapılması olarak tanımlanan “hareketin psikolojik unsuru” ile bilinç ve iradenin sonuç yönünden aldığı durum olarak tanımlanan “suçun psikolojik unsuru” farklı kavramlardır. Suçun bir unsuru olan kusurluluğu nitelendiren husus, bilinç ve iradenin sonuç yönünden sahip bulunduğu durumdur; yoksa sadece hareketin psikolojik unsurunun varlığı kusurluluğu ortaya çıkarmak için yeterli değildir¹³⁸. Bu ayrımı yapan görüş açısından değerlendirildiğinde, psikolojik görüş haksız tahriki hareketin psikolojik unsurunu, sübjektif görüş ise suçun psikolojik unsurunu esas alarak açıklamaktadır.

Sübjektif görüş, suçun psikolojik ya da manevi unsuru olarak ifade edilen kusur unsuru esasına dayandırıldığından¹³⁹ bu görüşün açıklanmasında özellikle irade, kusur, kusur yeteneği, saik kavramları önem arz etmektedir.

İradenin oluşum sürecindeki ilk aşama, suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgiyi oluşturur. İkinci aşamada, kişi davranış normlarına göre zihninde planladığı davranışının bir değerlendirmesini yapar; daha sonra, yaptığı davranışın bilincinde

135 Duran, s.65: Pisapia, Genel Hükümler, s.163-164.

136 Demirbaş, 2011, s.410; Duran, s.65.

137 Ekerbiçer, s.32.

138 Vincenzo **CAVALLO**: Diritto Penale, Parte Generale, Volume Secondo, Napoli 1955, s. 279, çev. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), s.370 (**Cavallo**).

139 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, 2004, s.198.

olmasına rağmen tercihini ya bu normlara aykırı davranma ya da davranmama doğrultusunda kullanır. Eğer tercihi norma aykırı bir davranış ise artık bu durumda failin iradesinin bir değer ifade ettiği ve aynı zamanda bu iradenin kusurun unsurunu oluşturan bir irade olduğu söylenebilir. Buna göre kusurun unsurunu oluşturan irade, davranış normlarının anlam içeriğinin bilinmesini, bunların bilincinde olmayı gerekli kılan bir iradedir¹⁴⁰.

Kusur, bir insanın işlediği haksızlık oluşturan eyleminden dolayı kınanabilirliği (muaheze edilmesi) konusundaki bir değer yargısıdır. Bu yargı eyleme ilişkin olarak “iradenin oluşumunun kınanabilirliğini” ifade etmektedir. Kusur yargısının ifade ettiği anlama göre; fail, davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme olanak ve yeteneğine sahip olmasına rağmen haksız bir davranışta bulunarak hukuka uygun hareket etmemeyi tercih etmiştir. Kusur, bir haksızlıkla bağlantılı olarak bu haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunulan yargıdır¹⁴¹.

Kusur ya da kusurluluk¹⁴²; “failin bilinç ve iradesinin pozitif hukuk tarafından gösterilen sonuca neden olduğu andaki durumu bir nevi psikolojik bağ”¹⁴³, “suçun kurucu unsurlarından biri olarak karşımıza çıkan sübjektif unsurun özü veya genel olarak failin psişik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişki ya da başka bir anlatımla bilinç ve iradenin sonuç ile ilgili özel durumu”¹⁴⁴, “failin hukuka uygun hareket edebilme olanağına sahip olduğu hâlde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeni ile bu eylemin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesi”¹⁴⁵, “objektif nitelikteki unsurların (suçun yasallık unsuru, maddi unsur ve hukuka aykırılık unsuru) fail ile olan psikolojik ilişkisi hakkında, kınanabilir olan bir değer yargısı”¹⁴⁶ olarak tanımlanmaktadır.

140 Özgenç/Şahin, s.238.

141 Özgenç/Şahin, s.228-229.

142 Nur **CENTEL**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 1. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), s.272 (**Centel**).

143 Özgenç/Şahin, s.221.

144 İçel/Sokullu-Akinci/ Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, 2004, s.198.

145 Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.252.

146 Sulhi **DÖNMEZER**, Ceza Hukuku, Özel Kısım: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 11. Bası (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981), s.145 (**Dönmezer, Kişilere ve**

Kusur yeteneği (öğretide aynı anlamda kullanılan “isnat yeteneği”) kavramı; bir eylemin bir kişinin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için¹⁴⁷, failin eylemi işlediği sırada sahip bulunması gereken kişisel niteliklerin bütünü ya da kişinin yaptığı bir davranıştan dolayı suçlanabilmesi için, toplumsal yaşamın gereklerini doğru kavrama ve buna göre davranma yeteneği olarak açıklanmaktadır¹⁴⁸. Ceza hukuku açısından bir kişinin davranışlarından sorumlu olabilmesi için hareketinin manevi nitelikteki bazı koşullarda kusurlu bir irade tarafından işlenmiş olması gerekir¹⁴⁹. Aksi takdirde bir hareketin sadece hukuka aykırı olması hareketi gerçekte kişi açısından sorumlu tutulmayı gerektirmez¹⁵⁰.

Kusur yeteneği suçun bir unsuru olmayıp failin kişisel bir niteliğidir. Kusur yeteneğinin, kusurluluk araştırmasından önce değil, fakat kusurluluk ile birlikte araştırılması gerektiğinden kusur yeteneği ve kusurluluk birbirlerine sıkı surette bağlı kavramlardır. Kusur yeteneği, “Bir kimsenin yaptığı hareketin anlamını kavrayabilmesi, bu bilinç ile hareket edebilmesi ya da bir eylemin bir kişiye yüklenebilmesi için hareketi yaptığı sırada o kişinin sahip bulunması gereken niteliklerin bütünü”, “anlama ve isteme yeteneği” olarak tanımlanmaktadır¹⁵¹. Kusur yeteneği bir başka tanımında da “failin doğruyu yanlıştan, iyiyi kötüden, haklıyı haksızdan ayırt edebilme ve buna göre davranabilme yeteneği” olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla kusur yeteneğine sahip olmayan bir kişinin kusurlu hareketinden söz edilemez¹⁵².

Mala Karşı Cürümler); İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, 2004, s.205; Centel, s.276.

147 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.145.

148 Centel, s.276.

149 Duran, s.76.

150 İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, 2004, s.198.

151 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.144 ile s.149-150; Öztürk/Erdem, s.235; İçel, s.376.

152 Timur **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ő., 2016), s.342 (**Demirbaş**); Ercan, s.144.

Yargıtay'ın bir kararında kusur yeteneği benzer şekilde “Failin bir eylemin suç olduğunu bilerek ve isteyerek işlemesi, manevi isnadiyetin unsuru bilinç ve irade”¹⁵³ şeklinde tanımlanmış; bir başka kararında ise “Bir eylemin bir kişinin üstüne atılabilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümü yani anlayabilme ve isteyebilme gücü” şeklinde tanımlanarak “Zihni melekeleri sağlam ve fizyolojik bakımdan tamamıyla gelişmiş kişilerin kusur yeteneğine sahip oldukları, akıl hastalarının, küçüklerin, sağır ve dilsizlerin ise kusur yeteneğine ya hiç sahip olmadıkları ya da kısmen sahip oldukları” ifade edilmiştir¹⁵⁴.

Kusur yeteneği, bir kişinin belirli bir sonucu meydana getirebilecek durumda olduğunu ifade eder. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır- dilsizlik ve geçici nedenler kusur yeteneğini etkileyen durumlardır. Ceza sorumluluğu ise kişinin gerçekleşen sonuçtan doğan zararı tazmin etme, cezaya çarptırılma veya tedbir uygulanması durumunda olduğunu gösterir. Ceza sorumluluğu aynı zamanda kusurluluğun da bir sonucu olmaktadır. Bu yüzden, ceza sorumluluğu kusur yeteneğinden daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Ceza sorumluluğu, kusur yeteneğine sahip bir kişinin somut olayda kusurluluğu tespit edildiğinde söz konusu olabilecektir. Haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltan neden; meşru savunma, kanun hükmünü veya âmirin emrini yerine getirme, zorunluluk durumu, ilgilinin (mağdurun) rızası ve hakkın kullanılması ceza sorumluluğunu kaldıran hukuka uygunluk nedenleridir¹⁵⁵.

Saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan düşüncedir¹⁵⁶. Bazı suçlara ilişkin kanuni tanımda gerek suçun basit şekli gerek nitelikli şekli olarak kabul edilen saikin, öğretide “özel kast” olarak da ifade edildiği görülmektedir. Bazı durumlarda, kanun güdülen amacı, suçun temel şekline göre faile verilecek cezada indirim yapılması için bir neden olarak kabul etmiştir¹⁵⁷. Amaç, faili harekete geçiren iradesini o yolda kullanmaya iten saikle birleşebileceği gibi, bundan farklı da

153 Centel, s.277, dpn.19: YCGK 24.01.1970 T., 1969/1360 E.- 1970/268 K. sayılı kararı.

154 Duran, s.81, dpn.211: YCGK 24.10.1983 T., 6-215 E.- 358 K. sayılı kararı.

155 Kayıhan İÇEL, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1967), s.21-22 (İçel, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk); Demirbaş, s.275; Öztürk/Erdem, s.236.

156 Duran, s.84-85 ile s.93.

157 Özgenç/Şahin, s.158.

olabilen bir durumdur. Bu bağlamda saik, failin harekete geçmesine yol açan bir nedendir. Suçun ne için işlendiğinin anlaşılması saik ile olur. Failin sübjektif durumuna ilişkin bir değer ifade etmesi nedeni ile, kusur kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Maksat ise, kanuni tanımda yer alan tipe uygun bulunan ve failin gerçekleşmesini istediği sonuçtur. Amaç, maksattan farklı olarak failin gerçekleşmesini istediği bu sonucun ötesinde failin elde etmek istediği yarar olarak açıklanmaktadır¹⁵⁸.

Sübjektif görüşü savunan yazarlar haksız tahrik kurumunun hukuki niteliğini suça etkisi bakımından farklı açıklamalara dayandırmaktadır:

Sübjektif görüşü savunan yazarların çoğunluğu tarafından, haksız tahrik “cezanın indirilmesini gerektiren ve kusuru azaltan kişisel bir neden”¹⁵⁹ olarak kabul edilmiştir Bazı yazarlar ise, haksız tahrikin kusur yeteneğini azalttığını ve haksız tahrik altında failin iradesinde bir zayıflama meydana geldiğini¹⁶⁰ ifade etmişlerdir. Bundan başka bazı yazarlar ise haksız tahriki “hem kusur hem de suçun haksızlık içeriğini azaltan bir mazeret nedeni”, eylemin gerçekleşmesine mağdurun yol açmış olmasından dolayı “ceza sorumluluğunu azaltan bir neden”, “hafifletici bir neden”, “sadece cezanın hesaplanmasında dikkate alınması gereken bir faktör”¹⁶¹ olarak değerlendirmişlerdir.

Sübjektif görüş içerisinde haksız tahrikin “kusuru azaltan neden” olduğunu savunan yazarlara göre; haksız tahrikin esası, mağdurdan kaynaklanan haksız

158 Sulhi **DÖNMEZER**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Bası (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), s.224 (**Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 1998**).

159 Hamide **ZAFER**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2010), s.265-266 (**Zafer, 2010**); Öztürk/Erdem, s.279; Nur **CENTEL**, Hamide **ZAFER**, Özlem **ÇAKMUT**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2005), s.444 (**Centel/Zafer/Çakmut**).

160 İzzet **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007) s.397, (**Özgenç, 2007**); Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s.347; Kangal, s.19.

161 Burcu **DEMREN DÖNMEZ**: “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2013, C.LXXI, S.1, s.271 (**Dönmez**); Kangal, s.27 vd.

hareketin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemidir¹⁶². Yukarıda açıklanan kavramlar ışığında incelendiğinde bu görüşe göre, kişinin haksız yapılan bir hareket karşısında iradesinde meydana gelen bir zayıflama nedeni ile kolaylıkla suç işleme kararı alarak harekete geçmesi mümkündür¹⁶³. Haksız eylem karşısında iradenin etkilenmiş olması, kusur yeteneğini de etkilemektedir. İrade kusurunun bir unsuru olduğundan, iradesi zaafa uğrayan failin kusur yeteneğinde azalma meydana gelmektedir¹⁶⁴. Kanununun hiddet veya şiddetli elem şeklinde öngördüğü ruhsal durum failde aksi beklenemeyen bir durum ortaya çıkarmaktadır. İradeyi esas alan ceza hukukunda, cezanın kusurla orantılı olması gerektiğinden failin cezası olaydaki kusuruna göre azaltılacaktır¹⁶⁵. Buna göre, kusurluluğu tamamen ortadan kaldırmasa da kişinin iradesinde meydana gelen zayıflama nedeniyle kusurun azaldığı kabul edilmiştir. Hiddet veya şiddetli elemin kusur yeteneğini zayıflatan etkisini kabul edebilmek için, bunun haksız eylemden kaynaklanması zorunlu olup haksız tahrik durumunda eylemin kusur yeteneği yanında hukuka aykırılık ya da haksızlık içeriğinde bir azalma kabul edilmemiştir¹⁶⁶. Burada söz konusu olan sadece kusurluluk niteliğinde bir azalmanın meydana gelmesidir¹⁶⁷. Failin kusuru ile saikleri birbirini ters orantılı olarak etkiler yani failin saikleri çok şiddetli ise kusuru daralır, kusuru çok ağır ise saikleri daralır. Bu itibarla failin kusurunun ağırlığının belirlenmesinde saiklerin önemli rolü bulunmaktadır. Bu etkileşim sadece dış olaylarla değil, özellikle failin ruhsal durumu ile de ilgilidir. Buradaki kesin ölçü failin saikinin gerisinde yatan psikolojik durumlarıdır¹⁶⁸. Haksız tahrik durumunda, fail haksız bir eylemin doğurduğu hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu bakımından daha az vahim sayıldığı kabul edilmektedir¹⁶⁹. Failin bu psikolojik durumu ortaya çıkartılarak gerçek kusuru bulunur ve buna uygun bir ceza verilir ise aynı zamanda iyileştirilmesi de

162 Erem/Danışman/Artuk, s.591; Gökalp, s.518.

163 Önder, Genel Hükümler, s.375-376.

164 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.342; Özgenç, 2007, s.360; Özalp, s.11; Gürelli, s.332; Açıkgöz, s.19; Dönmezer/ Erman, s.346; Önder, Genel Hükümler, s.375.

165 Önder, Genel Hükümler, s.375-376.

166 İnel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.283; Centel, s.350; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.37; Özgenç/Şahin, s.241;

167 Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.275; Soyaslan, s.501.

168 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.32; Duran, s.68.

169 Demirbaş, 2011, s.438; Gürelli, s.332; Köni, s.204; Ayık, s.86-87; Duran, s.71.

sağlanmış olur¹⁷⁰. Bu görüşe göre, haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni değil, failin kusurunun azalmasından ileri gelen ve buna bağlı olarak da cezanın indirilmesini gerektiren kişisel bir nedendir. Bu itibarla, hukuka uygunluk nedenlerinin aksine haksız tahrik durumunda da eylem hukuka aykırı olmaya devam eder¹⁷¹. Çünkü fail, meydana gelen tahrik eylemi sonucunda olsa bile hukuka aykırı davranmama, tepki göstermeme seçeneğini kullanmamıştır¹⁷². Failin kusur yeteneğini (isnat yeteneğini) kaldıracak derecede olmayan heyecan durumlarında bir bilinç karışıklığı yaşamaması kastını ortadan kaldırmamakta, hatta suça yönelik kararını kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle haksız tahrike maruz kalan kişi kendisine hâkim olamayıp tipik eylemi gerçekleştirdiği takdirde eylemin hukuka aykırılığı devam ettiğinden fail sıfatı alacaktır¹⁷³.

Öğretide ağırlıklı olarak haksız tahrikin hukuki esası bu görüş çerçevesinde açıklanmakta ve haksız tahrik altında fail haksız bir eylemin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında kaldığından, kanun koyucunun, failin saikinin normal olmayışını ve suçun işlenmesine mağdurun da neden olmasını dikkate alarak cezada indirim yoluna gittiği kabul edilmektedir¹⁷⁴.

Uygulama hukuku yönünden YCGK “Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir eyleminin kendisinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu durumda fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönü ile

170 Erhan **GÜNAY**, Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, (Ankara: Seçkin, 2009) s.259 (**Günay**); Demirbaş, 2011, s.438.

171 Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.733; Öztürk/Erdem, s.279; Özgenç, 2007, s.397; Centel/Zafer/Çakmut, s.444.

172 Uma **NARAYAN**, Andrew **VON HIRSCH**, “Three Conceptions of Provocation”, Criminal Justice Ethics, Vol. 15, No: 1, Y.1996- Winter & Spring, (65-72), s.65, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013), s.16 (**Narayan/Von Hirsch**).

173 Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, s.30; Bozbayındır Bostancı, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.16.

174 Günay, s.259.

haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir anlatımla, haksız tahrik durumunda failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır.”¹⁷⁵ görüşünü benimsediği kararları ile, haksız tahrikin kusur yeteneğini azaltan bir neden olduğuna yönelik sübjektif görüşü esas almıştır.

Sübjektif görüş, haklı bir tahrikin etkisi ile hareket edilmesi durumunda da failin irade özgürlüğü aynı psikolojik nedenle azalabileceği hâlde failin cezasında herhangi bir indirim yapılmayıp faile tam ceza verilmesi¹⁷⁶ yönünden eleştirilmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK haksız tahriki sadece “haksız eylemden” kaynaklanan hiddet veya şiddetli elem ile sınırlamak sureti ile sübjektif görüşe yönelik eleştiriyi bertaraf etmiştir. Bu şekilde hukuka uygun eylemlere hangi nedenle olursa olsun herkesin katlanması zorunlu kılınmıştır¹⁷⁷.

2. Objektif Görüş

Tahrik sonucu suçun işlenmesinde failin suç oluşturan hareketi yanında mağdurun yapmış olduğu hareketler de etkili olmuştur. Bu durumda mağdur da fail gibi kusurludur. Sübjektif görüşe karşılık, haksız tahrikin hukuki gerekçesini failin kişisel ve ruhsal durumundan çok, faile yöneltilen tahrik eylemi ile ilişkilendiren bu görüş “objektif görüş” olarak tanımlanmıştır¹⁷⁸. Başka bir anlatımla objektif görüş faile yöneltilen tahrikin haksızlığını esas almıştır.

Objektif görüş, takas görüşü ve tamamlanmamış meşru savunma görüşü olmak üzere iki yönden savunulmuştur. Ancak, fail ve mağdurun her ikisinin de kusurlu

175 YCGK 19.01.2016 T., 2015/14-23 E.- 2016/2 K. sayılı kararı; YCGK 24.03.2015 T., 2014/1-477 E.- 2015/69 K. sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

176 Gürelli, s.332; Duran, s.66; Özalp, s.11.

177 Abban, s.36; Açıkgoz, s.22; Ekerbiçer, s.33.

178 Açıkgoz, s.22.

olduğu ve mağdurun kusurlu davranışı nedeni ile failin cezasından indirim yapılması esasına dayanan objektif görüş eleştirilere maruz kalmıştır¹⁷⁹.

a. Takas Görüşü

Bu görüşe göre; haksız tahrik üzerine işlenen eylemlerde iki suçlu vardır: tahrik eden ve diğeri tahrik edilerek eylemi işleyen. Bu nedenle hem mağdur hem de fail birlikte kusurludur. Fail ceza kanunlarına göre her ne kadar kusurlu hareket ederek bir suç işlemiş ise de bu eyleminde kusur sadece kendisine ait değildir. Failin suçu işleminde tepki suçunun mağduru/maktûlü de etken olmuştur. Bu durumda kusurun tümünü faile yüklemek adaletli olmaz. İşlenen suçta mağdur veya maktûlün de kusuru bulunduğundan tepki suçunu işleyen faile verilecek cezadan indirim yapılmalıdır. Mağdur kendi haksız eylemi ile suçun işlenmesine neden olduğundan, onun kusurunu failin kusurundan indirmek adalet ve hakkaniyet gereğidir¹⁸⁰. Başka bir anlatımla, ikinci suçun işlenmesine birinci suç neden olmuştur. Bu nedenle birinci suçun varlığı, ikinci suçun faili için mazeret sayılarak bir çeşit takas ile suçluluğu azaltılacaktır. Bu şekilde mağdur (ilk suçlu), tahrikin faili olmuştur. Mağdurun kusuru, faile yöneltilen kusurdan tenkis edilerek (indirilerek) failin cezasının azaltılması hakkaniyete uygun olacağından kusurların takası sureti ile faile verilecek cezadan indirim yapılmalıdır. Hatta bu görüşe göre, failin hiç cezalandırılmaması da mümkündür¹⁸¹.

Takas görüşü, kanun hükümlerine göre suç olarak düzenlenen eylemler cezasız bırakılmayacağı hâlde, kusurların eşit olduğu durumlarda faile herhangi bir ceza verilmemesi durumunu da içerdiğinden eleştirilmiştir. Ayrıca bu görüşte, haksız tahrikin cezayı tamamen ortadan kaldıran değil sadece cezayı azaltan bir neden olduğu göz ardı edilmektedir. Öte yandan toplumun çıkarlarını ön plânda tutan ceza hukukunda, kusurların takası gibi bireysel çıkarlara ağırlık verilmesi itibar edilir bir

179 Abban, s.38; Ekerbiçer, s.37.

180 Güreli, s.332; Erem/Danışman/Artuk, s.592; Demirbaş, s.394; Tutumlu, s.20; Kaya, s.11.

181 Ayık, s.86; Başar I, s.254; Erem/Danışman/Artuk, s.592; Soyaslan, s.502; Güreli, s.332; Tutumlu, s.20; Açıkgöz, s.23.

görüş olarak kabul edilmemiştir. Eski zaman hükümlerini temel alan bu görüşün bugünkü hukuk bilinci ile bağdaşmadığı açıktır. Bu görüş çağdaş hukukta etkinliğini yitirmiştir¹⁸².

Her ne kadar günümüzde takas görüşü çok fazla kabul görmese de cezanın azaltılması noktasında önemli bir bakış açısı getirdiğini ve yöneltilen eleştirilerin yerinde olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Hukuk felsefesinin günümüzde geldiği noktada bireysel çıkarların ve birey kavramının toplum kavramının önüne geçtiği, toplum çıkarlarından söz edilerek bireysel çıkarların göz ardı edilemeyeceği, burada olsa olsa bir denge kurmaktan söz edilebileceği, bunun da her zaman birey aleyhine olamayacağı, kaldı ki kusurların takas edilmesinde hem bireysel çıkarların hem de toplumsal çıkarların birlikte söz konusu olabileceği gerekçeleri ileri sürülerek ceza hukukunun toplumun yararlarına üstünlük tanınmasının aksine takas görüşünün bireysel yararları önem verdiği yönündeki eleştiriler haklı görülmemiştir. Ayrıca takasın her zaman kusurların eşitliği anlamına gelmediği, sadece iki tarafın kusurunun derecesine göre makûl ve haklı bir indirim gerektirdiği, bunun da özelden bireysel, genelde de toplumsal çıkarlara hizmet ettiği ileri sürülerek takas durumunda kusurların eşitliği hâlinde ceza verilmemesi gerektiği yönündeki eleştirilerin de isabetli olmadığı savunulmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun temel felsefesinin bireye ağırlık vermesi ve insan odaklı olması bu görüşü destekleyici olarak değerlendirilmiştir¹⁸³.

b. Tamamlanmamış Meşru Savunma Görüşü

Bu görüşe göre, “Fail yakın ve kesin olarak meydana gelecek bir saldırıya karşı, önce davranarak o zamana kadar yapılan saldırıya karşılık suçunu işlemiş” olduğundan buradaki haksız tahrik durumu, hukuki uygunluk nedenleri ya da mazeret nedenlerinden meşru savunmanın bir türü olarak kabul edilerek “tamamlanmış meşru savunma (legitimate defence incomplete)” olarak tanımlanmıştır.

182 Güreli, s.332; Ekerbiçer, s.35; Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, s.31; Demirbaş, 2011, s.438; Kaya, s.12; Ayık, s.86.

183 Ekerbiçer, s.36; Kaya, s.12.

Başka bir anlatımla, tahrik nedeni ile işlenen eylem henüz sona ermemiş bir çeşit meşru savunma eylemidir. Fail yakın bir zamanda gerçekleşmesi kesin olan ve o ana kadar devam eden saldırıya karşı daha erken davranarak suçu işlemiştir¹⁸⁴.

Meşru savunma ile haksız tahrik arasındaki derin farkları göz ardı eden bu görüş haklı olarak eleştirilmiştir¹⁸⁵. Her şeyden önce failin fiziki olarak ölümüne veya ağır yaralanmasına neden olabilecek tehdit altında yani sınırlı durumlarda hiç zaman aralığı olmaksızın soğukkanlılıkla karşılık verilmesini öngören ve hukuka uygunluk nedeni oluşturan meşru savunma eyleminin, bunun aksine failde fevranla, hiddetle harekete geçilen tahrik bağlamında açıklanması mümkün değildir¹⁸⁶. Meşru savunmada hâlihazırda devam eden yahut gerçekleşmesi muhakkak bir tehlikeye karşı savunmada bulunanın haklı ve meşru bir tepkisi söz konusu olduğundan bu durum bir hukuka uygunluk nedeni sayılmıştır. Oysa tahrik durumunda tepkide bulunan hâlihazırda devam eden ya da yakın bir saldırı altında bulunmayıp, olmuş bitmiş bir saldırının etkisi altındadır. Burada kanun koyucu tepkide bulunana tepkisine karşılık bir hukuka uygunluk, başka bir anlatımla bir meşruiyet tanımamış, dolayısıyla karşı saldırı hakkı da vermemiştir. Ancak karşı saldırıda bulunması hâlinde cezadan indirim yapılması yoluna gitmiştir. Bu nedenle haksız tahrikin hukuksal temelini tamamlanmamış meşru savunma eksenine oturtmak yerinde değildir¹⁸⁷.

3. Karma Görüş

Objektif görüşün tahrik eylemine, sübjektif görüşün ise failin psişğine değer veren açıklamalarını bağdaştırmaya çalışan karma görüş hem faile yöneltilen tahrik eylemini hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak değerlendirmektedir. Haksız tahrik kurumu hem faili harekete geçiren tahrik eyleminin hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi bir araya gelip

184 Duran, s.69; Ekerbiçer, s.37; Ayık, s.85; Kaya, s.13.

185 Soyaslan, s.479; Duran, s.69; Ekerbiçer, s.37.

186 Onur ÇAM: "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik" Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s.16 (Çam); Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.342; Abban, s.38.

187 Kaya, s.13; Ekerbiçer, s.37.

kaynaşması ile uygulama alanı bulan bir kurum olarak açıklanmaktadır¹⁸⁸. Karma görüş ile, her iki görüşün de uygun ve kabul edilebilir yönlerinin göz önüne alınması, her iki görüşe yöneltilen eleştirilerin sakıncalı kısımlarının düzeltilmesi sureti ile yeni görüşler kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁹.

Bu görüşe göre, haksız tahrikin “ceza sorumluluğunu azaltıcı bir mazeret nedeni” olarak kabul edilmesine etken olan iki neden vardır: a) Psikolojik neden: Haksız tahrik cezai sorumluluğu azaltır, çünkü onun doğurduğu öfke veya şiddetli elem irade özgürlüğünü zayıflatır. b) Hukuki neden: Mağdur faili haksız olarak tahrik etmekle suça neden olmuştur. Bu durumda ortada bir “karşılıklı kusurlu olma” durumu söz konusudur¹⁹⁰. Başka bir anlatımla, haksız tahrikin ceza sorumluluğunu hafifleten bir mazeret nedeni sayılmasının nedeni onun etkisi ile “irade özgürlüğünün” zaafa uğramasıdır. Tahrik durumu failin katlanma ve dayanma gücünü kırmış, failin hiddet veya şiddetli eleme yol açan haksız eylem nedeni ile iradesi sarsılmış bulunduğundan soğukkanlılıkla suç işleyenler gibi ceza sorumluluğu olduğunun kabul edilmesi doğru olmaz, failin cezasının indirilmesi daha adaletli olur. Öte yandan haksız tahrikin hukuki esası sadece failin irade özgürlüğünün zaafa uğramasıyla açıklanamayacaktır. Hukuki unsur olan haksızlık durumunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Haksız tahrik kurumu kusurluluğa ilişkin olduğundan objektif ve sübjektif gerekçeler ve özellikle haksızlık kavramı ile açıklanabilir. Bu görüşü savunanlara göre, haksız tahrik durumunda failin cezasının hafifletilmesinin birinci nedeni: fail haksız bir eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında kaldığı için faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucunun gözünde daha az vahim sayılması; ikinci nedeni ise: suçun işlenmesine mağdurun kendi hukuka aykırı eylemi de neden olduğundan, failin daha az kusurlu kabul edilmesidir. Bu nedenlerle tahrikin gerekçesinin sübjektif ve objektif görüşleri birleştiren karma bir görüşe dayandırılmasında zorunluluk bulunmaktadır. Çünkü

188 Aydın, s.230-231.

189 Ayık, s.86; Duran, s.70.

190 Başar I, s.253-254; Günay, s.13.

ceza hukukunda tahrik, sadece psikolojik değil, aynı zamanda fizyolojik olan bir olayın adıdır¹⁹¹.

Öğretide karma görüş, haksız tahrikin failin kusurunun azalmasından ileri gelen ve bu nedenle cezanın indirilmesini gerektiren kişisel bir neden olup bir hukuka uygunluk nedeni olmaması, hukuka uygunluk nedenlerinin aksine haksız tahrik durumunda eylemin hukuka aykırı olmaya devam etmesi¹⁹², hiddetin her zaman ve her durumda cezayı azaltan bir mazeret nedeni sayılamaması, haksız tahrikin failin eyleminin hukuka aykırılığını azaltmayacağı veya ortadan kaldırmayacağı, ceza kanunlarının insani ihtirasları belli bir şekilde frenlemeyi öngörmelerine rağmen failin hiddetine yenik düşerek suç işleminin bir mazereti olamayacağı yönlerinden eleştirilmiştir¹⁹³.

Haksız tahrikin hukuki gerekçesi hakkındaki kişisel görüşümüze göre;

Haksız tahrik, failin, mağdurun/maktulün haksız bir eyleminin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmadan ileri gelen ve buna bağlı olarak da cezasının indirilmesini gerektiren kişisel bir nedeni ifade etmektedir. Bu nedenle bir hukuka uygunluk nedeni değildir ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Failin, suç işleme yönünde önceden bir karar vermemesine rağmen dış dünyadan gelen ve kendi fiziki veya psikolojik durumu ile ilgisi bulunmayan etki/olgu nedeni ile katlanma ve dayanma gücü kırılmakta, iradesi sarsılmakta, bu etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak irade kontrolünü kaybetmekte, suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmakta, suç işlemeye yönelmekte ve suç işleme kararı alması kolaylaşmaktadır. Haksız tahrik durumunda, fail haksız bir eylemin doğurduğu hiddet (öfke) veya şiddetli elem altında suç işlediğinden faili harekete geçiren saikler kanun koyucu bakımından daha az vahim sayılmaktadır. Bu bağlamda, haksız tahrik failin irade unsurunu etkilediğinden ve irade kusurunu bir unsur olduğundan, iradesi zaafa uğrayan failin kusur yeteneğinde ve dolayısıyla

191 Çağlayan I, s.14; Taner, s.443-444; Güreli, s.332 ile 352-353; Başar I, s.253; Bardak, s.42; Erem/Danışman/Artuk, s.593; Dönmezer/Erman, s.346; Köni, s.204; Ayık, s.86-87.

192 Kayıhan İÇEL, Ali Hakan EVİK, Ceza Hukuku 2. Kitap Genel Hükümler, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2007), s.226 (İçel/Evik); Özgenc, 2007, s.385; Öztürk/Erdem, s.279; Hakeri, s.257; Zafer, s.265.

193 Güreli, s.332; Ayık, s.85.

kusurluluk durumunda azalma meydana getirmektedir. Başka bir anlatımla, haksız eylem karşısında iradenin etkilenmiş olması durumunu tamamen ortadan kaldırmasa da failin kusur durumunu etkilemektedir. Bu etki nedeni ile failin cezasına indirim uygulanmaktadır. Ancak, iradesi zaafa uğrayan failin norma uygun davranıp davranmama yönünde tercih hakkına sahip iken reaksiyon olarak suç oluşturan eylemi gerçekleştirmesi nedeni ile eylemin hukuka aykırılığı ve haksızlık içeriği devam etmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, haksız tahrikin hukuki esasını kusurluluğu azaltan kişisel bir ceza indirim nedeni olarak açıklayan sübjektif görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz.

2. BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ NİTELİĞİ

HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI

MEFRUZ (VARSAYILAN) TAHRİK

I- HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Haksız Tahrikin Kusuru Azaltan Neden Olması

Haksız tahrik kurumunun hukuki niteliğini, suça etkisi bakımından “suçu etkileyen hafifletici bir neden”, “ceza sorumluluğunu azaltan neden”, “ceza sorumluluğunu azaltan mazeret nedeni”, “suçun cezasının hesaplanması bakımından bir faktör”, “hukuka aykırılığı azaltan neden”, “kusuru azaltan neden” şeklinde açıklayan farklı görüşler bulunmaktadır:

Öğretide bir görüşe göre¹⁹⁴, haksız tahrik “suçu etkileyen hafifletici bir neden” olarak kabul edilmiştir. Bu görüşe göre; suçu etkileyen nedenler, suçun oluşumu için zorunlu olan kurucu unsurlardan olmayıp sadece temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren durumlarda suçun kurucu unsurlarına eklenerek, suçun daha ağır veya hafif sayılmasını sağlarlar. Bu nedenler, suçun oluşumuna etki etmedikleri gibi suçun

194 Fahrettin KAYA: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AD, Y.2011-Mayıs, S.40, s.96,102 (Kaya, Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik); Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku -Genel Kısım, C. II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 14.Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997) s.1087, (Dönmezer/Erman, 1997); Başar I, s.253-254; Duran, s: 2, 10.

hukuki niteliğini de değiştirmezler. Suçu etkileyen nedenler nitelikleri itibariyle “objektif (fiili) -sübjektif (kişisel)” olarak, alanları itibari ile de “genel ve özel” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Haksız tahrik, failin sübjektif durumundan doğan genel, kişisel ve kanuni bir hafifletici nedendir. Bu görüşe göre, failin cezasının hafifletilmesinin iki nedene dayanmaktadır: Birincisi: failin haksız bir eylemin yol açtığı hiddet (öfke) ve elem (üzüntü) altında kalması nedeni ile faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucunun gözünde daha az ağır sayılmasıdır. İkincisi ise suçun işlenmesine mağdur da kendi hukuka aykırı eylemi ile yol açtığı için failin daha az kusurlu sayılmasıdır. Bu itibarla, failin cezasında indirim yapılması gerekmektedir. Bu görüş, haksız tahrik hâlinde suçun haksızlık içeriğinde değil, kusurun içeriğinde azalma meydana gelmesi nedeni ile hafifletici neden olarak kabul edilmesinin isabetsizliği bakımından eleştirilmiştir.

Haksız tahriki bazı suç tipleri ile sınırlı kabul eden Alman Ceza Hukuku’nda savunulan ikinci görüşe göre, haksız tahrik, ilgili olduğu suçun cezasının hesaplanması bakımından sadece bir faktörü ifade etmektedir. Bu görüşe göre, haksız tahrik, haksız bir eylem sonucu meydana gelen hiddetin veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi durumunda kişinin kusur yeteneğindeki bir azalmanın ifadesidir. Failin iradesinde bir zayıflama meydana getirmesi nedeni ile haksız tahrik kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür. Bu etki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneğini önemli ölçüde azaltır. Kusur yeteneğine ilişkin bir unsur olan irade yeteneğinin zayıflaması üzerine kişinin kusurunda bir azalma meydana geleceğinden irade yeteneği derecelendirmeye tâbi tutulabilir. Ancak irade yeteneğinin zayıflamış olduğu durumlarda, kusur ortadan kalkmaz, bu durum sadece “cezanın veya genel olarak yaptırımının belirlenmesinde fail lehine göz önünde bulundurulması gereken önemli bir faktör” olarak kabul edilir¹⁹⁵. Buna göre kusurun ağırlılığının derecesi, failin dikkate değer saikleri göz önüne alınarak cezanın hesaplanması kuralı gereğince saptanır¹⁹⁶. Bu görüşü savunan yazarlar, haksız tahrike ilişkin hükümleri, ilgili oldukları suç bakımından cezanın hesaplanmasına

195 Özgencü/Şahin, s.241.

196 Duran, s.104.

ilişkin kurallar olarak değerlendirilmektedir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, haksız tahrik bakımından hata hükümlerinin uygulanmasına olanak kalmamaktadır¹⁹⁷.

Öğretide üçüncü görüşe göre, haksız tahrik “ceza sorumluluğunu azaltan mazeret nedeni” olarak kabul edilmektedir¹⁹⁸. Bu görüşü savunan yazarlar tarafından; haksız eylem nedeni ile insan psikolojisinde hiddetlenmenin artması sonucunda, kişinin irade özgürlüğü bununla ters oranda azaldığından failin iradesindeki azalma nedeni ile kusurunun da azalacağı, kusur azaldığından ceza sorumluluğunun da azalacağı, dolayısıyla daha az ceza verilmesi gerektiği¹⁹⁹, haksız tahrik olgusunun bu nedenle “yasal bir mazeret nedeni” olarak kabul edildiği²⁰⁰ benimsenmektedir. Kanunun suç saydığı bir eylemden dolayı kişinin cezalandırılabilmesi için sorumlu olması gerekir. Ceza sorumluluğu, bir kişinin ceza hukuku bakımından ceza ehliyetine sahip olması ve suçun kendisine isnat edilebilmesi durumunda söz konusu olur. Bir kişinin işlediği bir eylemden cezai sorumluluğundan söz edilebilmesi için, hareketi ile kanun tarafından cezalandırılan netice arasında maddi bir nedensellik bağının varlığının yanı sıra fail ile eylemi arasında manevi bir bağın bulunması da gerekmektedir. Bu bağın kurulması, failin kusur yeteneğine sahip olmasına ve kusurlu bir hareketinin bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle ceza sorumluluğu kusur yeteneğinden daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Ceza sorumluluğu, kusur yeteneğine sahip bir kişinin somut olayda kusurluluğu belirlendiğinde söz konusu olabilecektir²⁰¹. Haksız tahrikin söz konusu olduğu bir olayda fail, tahrik edenin haksız hareketleri sonucunda duyduğu hiddet veya şiddetli elemin psikolojisinde meydana getirdiği zaaf nedeni ile kendini denetleyemeyerek tahrik edene karşı tepki suçu işlediği için kınanmakta ve sorumlu tutulmakta, fakat kusurluluğunun daha az

197 Adolf **SCHÖNKE**, Horst **SCHRÖDER**, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010, §213, No:2, çev. Zeynel Temel Kanga: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4, s. 30 (**Schönke/Schröder**); Burkhard **JÄHNKE**: §213, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band: 5, 11. Auflage, Berlin 2005, §213, No: 9, çev. Zeynel Temel Kanga: Yeni Türk Hukuku’nda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4, s. 30 (**Jähnke**).

198 Güreli, s.332. Benzer görüşler bkz. Başar I, s.253; Bardak, s.42; Taner, s.443-444; Ayık, s.86-87; Çağlayan I, s.14; Köni, s.204; Güreli, s.352-353; Erem/Danışman/Artuk, s.593; Dönmezer/Erman, s.346.

199 Koca/Üzülmez, s.335; Ekerbiçer, s.32.

200 Erem, Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar, s.50-51; Tutumlu, s.19-20; Başar I, s.253.

201 Taner, s.301; İçel, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s.22; Duran, s.84-85.

olduğu kabul edilmektedir²⁰². Bu görüşü savunanlara göre, haksız tahrik mazeret nedeni, hiddet ile açıklanabilir. Hiddet etkisi altında işlenen bir suçta, failin bilinci şiddetli bir buhranın baskısı altında kaldığından, fail düşünmeden hareket eder. Bu ruh hâli içinde suç işleyen bir kişi, sakin ve soğukkanlılıkla suç işleyenler ölçüsünde tehlikeli olamaz²⁰³. Tahrik eylemine maruz kalan failin duyduğu hiddet (öfke) veya şiddetli elemin, irade özgürlüğünü zayıflatması nedeni ile haksız tahrik kurumu “ceza sorumluluğunun azalması” ile açıklanmıştır²⁰⁴.

Gürelli’ ye göre²⁰⁵; haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir mazeret nedenidir. Haksız tahrikte hem tahrik hem haksızlık unsurları arandığından hukuka uygun eylemlere herkesin katlanmasının arzu edildiği, başka bir anlatımla hukuk düzeninin korunması amacının güdüldüğü anlaşılmaktadır. Yazara göre, haksız tahrik, hukuk düzeninin korunması düşüncesi ile sınırlı olarak, tahrik yüzünden failin irade özgürlüğünün zaafa uğramasının sorumluluğuna etki edeceğinin kanun koyucu tarafından kabul edilmesi ile meydana gelen bir kurumdur. Haksız tahrik kurumu ile, psikolojik bir olguya bazı koşullara tâbi tutularak hukukî bir nitelik kazandırılmıştır. Bu nedenle haksız tahrik, psikolojik ve hukukî olmak üzere iki unsuru içermektedir.

Ayık’a göre de ²⁰⁶, haksız tahrik mazereti, hiddet ile açıklanabilir. Hiddet etkisi altında işlenen bir suçta, failin bilinci şiddetli bir buhranın baskısı altında kaldığından, fail düşünmeden hareket eder. Bu nedenle hiddet hâli içinde suç işleyenlerle, sakin ve soğukkanlı bir ruh hâli içinde suç işleyen kişilerin aynı ceza sorumluluğuna tâbi tutulması âdil olmayacaktır.

Haksız tahrik kurumunu “ceza sorumluluğunu azaltan bir mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüş, öğretide; hiddetin her zaman ve her durumda cezai sorumluluğu azaltmak için bir mazeret sayılamayacağını göz ardı etmesi, haksız

202 Aydın, s.229.

203 Ayık, s.85.

204 Gürelli, s.332; Başar I, s.253; Bardak, s.42.

205 Gürelli, s.332-333.

206 Ayık, s.85.

olmayan bir tahrik etkisi altında kalan failin irade özgürlüğünün de aynı psikolojik nedenle azalması durumunda faile tam ceza verilmesini açıklayamaması, ceza kanunlarının insani ihtirasları belli bir şekilde frenlemeyi öngörmelerine rağmen failin hiddetine yenik düşerek suç işleminin bir mazeret sayılmaması gerektiği yönlerinden eleştirilmiştir²⁰⁷. Öte yandan, mazeret nedenlerinde cezanın önleme amacının artık kalmadığı göz önünde bulundurularak kusur kınamasından vazgeçildiği hâlde, haksız tahrikte kusur azalmış olmakla birlikte cezanın önleme amacının hâlen mevcut olduğunu göz önünde bulunduran kanun koyucu kusur kınamasında bulunarak faile ceza verilmesi esasını kabul etmektedir. Buna göre haksız tahrikte kusurun azalması dikkate alarak cezada belirli oranlarda indirim yapılması ile yetinilmektedir. Bu bağlamda, mazeret nedenlerinde azalmış kusur, kusur yargısında bulunabilmesi için gerekli oranın altında kalırken, haksız tahrikte azalmış kusur bu oranın hâlâ üzerinde bulunmaktadır. Haksız tahrikteki azalmış olan kusur miktarı kanun tarafından vazgeçilebilir boyutta olmadığından, fail mazur görülmemektedir. Bu nedenlerden dolayı haksız tahrikin bir mazeret nedeni olarak ele alınmasının isabetli olmadığı ifade edilmektedir²⁰⁸.

Kişisel görüşümüze göre de haksız tahrikin bir mazeret nedeni olarak nitelendirilmesi amaç farklılığı nedeni ile yerinde değildir. Haksız tahrik ile mazeret nedenleri arasında, fail kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahip iken dış dünyadan gelen ve fiziken veya psikolojik olarak kendisine ait olmayan maddî bir olgunun etkisi altında psişik durumunda oluşan karışıklığa bağlı olarak iradesinin ve dolayısıyla kusurluluğunun etkilenmesi noktasında benzerlik bulunmaktadır. Ancak failin kusurundaki azalma, mazeret nedenlerinde kusur yargısında bulunulabilmesi için gerekli oranın altında olduğundan artık cezanın önleme amacının kalmadığı kabul edilerek kusur kınamasından vazgeçilmekte iken, haksız tahrikte cezanın önleme amacının hâlen devam ettiği kabul edilerek kusur kınamasından vazgeçilmemekte, kusurun azalması durumu sadece cezada belirli oranlarda indirim sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, haksız tahriki “ceza sorumluluğunu azaltan bir

207 Güreli, s.332; Ayık, s.85.

208 Kangal, s.32.

mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüşe yöneltilen eleştirilerin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Öğretide dördüncü görüşe göre, haksız tahrik “ceza sorumluluğunu azaltan bir neden” olarak kabul edilmektedir²⁰⁹. Bu görüşe göre, fail tarafından gerçekleştirilen eyleme, mağdurun haksız bir eylemi ile yol açması nedeni ile failin eyleminden sorumluluğu kısmen azalmaktadır. Bu görüş, mağdurun eyleme neden olması hâlinde haksızlık içeriğinde bir azalma meydana gelmediğini, ayrıca tahrikten dolayı azalmış olan irade yeteneğinin sadece ikinci derecede bir önem taşıdığını ifade etmektedir²¹⁰. Haksız tahrik değerlendirmesinde failin psikik durumu değil, mağdurun tahrik edici eylemi ön plana çıkartılmaktadır.

Öğretideki beşinci görüşe göre, haksız tahrik “hukuka aykırılığı azaltan mazeret nedeni” olarak kabul edilmektedir²¹¹. Bu görüşü savunanlar tarafından, mazeret nedeni ile işlenen eylemin hukuka aykırı olduğu, hukuka uygunluk nedenlerinin mazeret nedeni olduğu görüşünün doğru olmadığı; zaruret hâli, korku, telaş, meşru savunmada sınırın aşılması gibi makûl kabul edilen durumların birer mazeret nedeni oluşturduğu²¹², mazeret nedenlerinin varlığı hâlinde işlenen eylemin, hukuka aykırılık niteliğini koruduğu, söz konusu haksızlığı gerçekleştiren kişinin zaruret hâlinin varlığı nedeni ile kusurlu sayılmayacağı; gerçekleştirilen eylemin, nitelik itibariyle bir haksızlık oluşturmasına rağmen, bu eyleme ilişkin olarak irade yeteneğinin ortadan kalkmasından dolayı failin mazur görüldüğü²¹³; mazeret

209 Güreli, s.332. Benzer görüşler bkz. Başar I, s.253; Bardak, s.42; Taner, s.443-444; Köni, s.204; Çağlayan I, s.14; Güreli, s.352-353; Erem/Danışman/Artuk, s.593; Dönmezer/Erman, s.346; Ayık, s.86-87.

210 Urs **KINDHÄUSER**, Ulfried **NEUMANN**, Hans- Ullrich **PAEFFGEN**: Nomen Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2 (§§ 146-358), 3. Auflage, Baden-Baden 2010, çev. Zeynel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4, s.29 (**Kindhäuser/Neumann/Paeffgen**).

211 Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2005), s.65 (**Toroslu**); Erem/Danışman/Artuk, s.549 vd.; Duran, s.95, d.pn.284: Erem’in, kusurluluğu ya da hukuka aykırılığı kaldıran sebepleri “mazeret sebepleri” olarak adlandırmasına ilişkin görüşleri için bkz. Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, C. II, 12.Bası, Ankara, 1985, s. 1.

212 Özgenç/Şahin, s.226-227.

213 Duran, s.97, d.pn.297: Özgenç ve Şahin’in, Erem’in, “mazeret sebebi ile işlenen fiilin hukuka aykırı olmadığını, ancak failde kusur görülmemesi ve kusurluluk hukuka aykırılıktan evvel” şeklindeki düşüncelerine karşı olduklarını, hukuka uygunluk sebeplerini mazeret nedeni olarak tavsif eden yazarların görüşlerinin doğru olmadığına ilişkin görüşleri için bkz. Özgenç/Şahin, s.266.

nedenlerinin “hem kusuru hem de haksızlığı azaltan nedenler” olduğu ve mazeret nedeninin varlığı durumunda işlenen eylem açısından cezalandırma liyakat sınırına ulaşılmadığı için faile ceza verilemeyeceği²¹⁴, ancak mazeret nedeni içinde hareket eden kişi cezalandırılmamakta ise de hukuka aykırı davranış içinde olduğundan bu kişiye karşı meşru savunmada bulunulabileceği²¹⁵ kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, eylemin haksızlık unsuru gerçekleşmekle birlikte fail, işlediği eylemin bir haksızlık oluşturduğunu²¹⁶ idrak edemediği veya davranışlarını yönlendiremediği için kusurlu sayılmamakta; buna karşılık, mazeret nedenlerinin varlığı durumunda sadece kusurun içeriğinde değil, işlenen eylemin haksızlık içeriğinde de bir azalma meydana gelmekte; fakat ne işlenen eylemin haksızlık içeriğinin ne de kusur içeriğinin tamamen ortadan kalkması söz konusu olmamaktadır²¹⁷. Bu görüşte, hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarının birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Esasen hukuka aykırılık, eylem ile hukuk düzeni arasındaki çelişme, çatışma ilişkisini²¹⁸ yani bir eylemin hukuk normuna aykırılığını ifade ederken; haksızlık kavramı ise, hukuka aykırı olarak düşünülen eylemin bizzat kendisini oluşturmaktadır²¹⁹. Hukuka aykırılık, değerlendirilmeye tâbi tutulan bir hareketin hukukun gereklerine uygun düşmediğinin tespitidir²²⁰. Bir eylem hukuka aykırı ise, artık bu aykırılığın azlığından veya çokluğundan söz edilemez. Bir eylem ya hukuka aykırıdır ya da değildir. Bu itibarla eylemin hukuka aykırılığı derecelendirmeye elverişli değildir. Ancak hukuka aykırı bir eylemin ifade ettiği haksızlık bir derecelendirilmeye tâbi tutulabilir. Çünkü hukuka aykırı eylemlerin ifade ettiği haksızlık içerikleri birbirine göre farklılık gösterebilir²²¹. Öte yandan haksız tahrikte eylem haksızlık içeriğinde değil, kusur içeriğinde azalma meydana getirdiğinden, haksız tahrikin “hukuka aykırılığı azaltan mazeret nedeni” olarak kabul edilmesinin doğru olmadığı yönü ile eleştirilmiştir²²².

214 Özgenç/Şahin, s.265-266.

215 Özgenç/Şahin, s.226-227.

216 Nurullah KUNTER, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, (İstanbul: 1949), s.77-85 (Kunter).

217 Özgenç/Şahin, s.265, dpn.337; Duran, s.97.

218 Uğur ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), s.60 (Alacakaptan); Kunter, s.112.

219 İzzet ÖZGENÇ: “Kavga Suçu (TCK. m.464) Üzerine Düşünceler”, YD, Y. Ekim -1993, C.19, S.4, s.490 (Özgenç, Kavga Suçu).

220 Özgenç/Şahin, s.202; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 2004, s.94.

221 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 2004, s.94-95.

222 Özgenç, 2007, s.385; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 2004, s.282.

Kişisel görüşümüze göre de haksız tahrik kurumunu “hukuka aykırılığı azaltan mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüşe öğretide yöneltilen haksızlık ile hukuka aykırılık kavramlarının birbirine karıştırıldığı, haksızlığın derecelendirilmesi mümkün olmasına karşın hukuka aykırılığın azlığından ya da çokluğundan söz edilemeyeceği, başka bir anlatımla hukuka aykırılığın derecelendirilmeye elverişli olmadığının göz ardı edildiği yönündeki eleştiriler son derece isabetlidir. Haksız tahrik, mağdurun da suça katkıda bulunması nedeni ile sadece kusuru azaltan bir nedendir. Kusuru tamamen ortadan kaldırmaya elverişli hukuka uygunluk nedeni olmadığı gibi, haksızlığı yani hukuka aykırılığı ortadan kaldırma veya azaltma etkisi de bulunmamaktadır. Hiddet (öfke) veya şiddetli elemin meydana getirdiği psikolojik durum, sadece kusurun irade unsuru üzerinde kontrol yeteneğini azaltma ile sınırlı etki meydana getirmektedir. Öte yandan mağdurun haksız eyleminin varlığı, failin işlemiş olduğu suç bakımından hareketin ve bu hareket ile nedensellik bağı bulunan sonucun olumsuz değerini etkilemediğinden, suçun hukuka aykırılık unsuruna yani haksızlık içeriğine etkisi bulunduğundan söz edilemez. Kaldı ki 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde haksız tahrik, bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. TCK sistematığındeki düzenleme şekli ile de haksız tahrik, eylemi hukuka uygun duruma getirmeyip sadece faile verilecek cezanın azaltılmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, suçun” hukuka aykırılık unsurunu” değil, “kusur” unsurunu etkilediğinin göz ardı edilmesi itibariyle haksız tahriki “hukuka aykırılığı azaltan mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Öğretide ağırlıklı olarak benimsenen bir başka görüşe göre, haksız tahrik failin sübjektif durumundan doğan “kusuru azaltan indirim nedeni” olarak kabul edilmiştir²²³. Haksız tahrikin hukuki esasının daha çok suçun sübjektif, psikolojik ya da manevi unsuru olarak ifade edilen kusur esasına dayandırıldığı²²⁴, haksız tahrikin kusura etkili bir kurum olarak değerlendirildiği²²⁵ görülmektedir. Yaş küçüklüğü, akıl

223 Zafer, 2010, s.265-266; Öztürk/Erdem, s.279; Centel/Zafer/Çakmut,2011, s.434; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.342; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.37; Demirbaş, 2011, s.404; Özgenç, 2007, s.385; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 2004, s.281, 282; Hakeri, s.367; Aydın, s.228-229.

224 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 2004, s.198.

225 Önder, Genel Hükümler, s.374-376; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.35-37; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.283; Özgenç/Şahin, s.285.

hastalığı gibi kusur yeteneğini etkileyen veya ortadan kaldıran diğer nedenlerde failin psikik durumu, normun kendisine hitap etmesini engellemekte veya azaltmaktadır. Kusur yeteneğini etkileyen diğer nedenler insanın fiziksel yapısında ve psikolojisinde mevcut olmasına karşın, haksız tahrikte mağdurun haksız bir eylemi failin psikolojisini etkilemektedir. Başka bir anlatımla, haksız tahrikte insan psikolojisi önceden var olan bir nedenden değil, dış dünyada gerçekleşmiş bir olaydan etkilenmektedir. Mağdurun haksız tahriki nedeni ile psikolojik durumunda hiddet veya şiddetli elem meydana gelen fail, normun kendisine sunduğu alternatif davranış modeline uygun hareket etmekte güçlük çekmekte ve böylece mağdura karşı bir suç işlemekten kendini alıkoymakta zorlanmaktadır²²⁶. Haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kişinin kusur yeteneği azaldığından, normal bir kişiye göre davranışlarını hukuk normlarına göre yönlendirme yeteneği etkilenmekte ve suç işlemekten kendini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmaktadır. Haksız bir eyleme maruz kalan kişinin içine düştüğü hiddet veya şiddetli elem şeklindeki psikolojik durum, kişinin iradesinde bir zayıflama meydana getirerek onu kolaylıkla suç işlemeye götürebilmektedir. Haksız tahrik durumunda failin iradesinde meydana gelen azalma, haksız tahrikin etkisi ile işlenen eylemin haksızlığında yani hukuka aykırılığında bir azalma meydana getirmemektedir. Fail, tahrik edene karşı bir suç işlediğinden kusurludur. Ancak mağdurun haksız hareketi nedeni ile failin irade özgürlüğünün ve irade kontrolünün etkilenmiş olması, kusur yeteneğine ve dolayısıyla kusura da etki edecektir. Söz konusu etki, kusuru tamamı ile kaldırmamakta, ancak iradi ceza hukukunda ceza, kusurla orantılı olması gerektiğinden failin cezasını olaydaki kusuruna göre azaltmaktadır²²⁷. Failin işlemiş olduğu suçun cezası, kusurun azalma derecesi dikkate alınarak kanundaki sınırlar çerçevesinde indirilmektedir²²⁸.

Bu görüş, ilk haksız hareketin fail tarafından kusurlu olarak yapılması nedeni ile mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız eyleme tepki olarak işlenen suç

226 Zeynel Temel **KANGAL**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), s.432-433 (**Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**); Kangal, s.31.

227 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.281-282; Veli Özer **ÖZBEK**, M. Nihat **KANBUR**, Koray **DOĞAN**, Pınar **BACAKSIZ**, İlker **TEPE**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011) s.395, (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**); Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.346-347; Önder, Genel Hükümler, s.375-376; Hakeri, s.367; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.434; Zafer, s.367-368; Özgenç, 2007, s.385; Aydın, s.228-229; Demirbaş, 2011, s.404; Koca/Üzülmez, s.334- 335; Öztürk/Erdem, s.280.

228 Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s.432-433; Kangal, s.31.

bakımından failin haksız tahrik indiriminden yararlanmasını açıklayamadığı yönü ile eleştirilmiştir.

Kişisel olarak katıldığımız görüş, haksız tahrikin hukuki niteliğini “kusuru azaltan bir indirim nedeni” olarak değerlendiren görüştür. Modern Ceza Hukukunda failin cezalandırılabilmesi için eylemin kendisi tarafından işlenmiş olması ve sonuç ile eylem arasında nedensellik bağı bulunması yanı sıra kusur koşulu da aranmaktadır. Başka bir anlatımla, bir kişinin eyleminden dolayı cezai sorumluluğundan söz edilebilmesi için hareketi ile kanun tarafından cezalandırılan sonuç arasındaki maddi nedensellik bağı bulunmasının yanı sıra ayrıca fail ile eylemi arasında manevi bir bağı bulunması da gerekmektedir. Bu bağı kurulabilmesi, failin kusur yeteneğine sahip olması ve kusurlu bir hareketinin bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Cezai sorumluluk ise failin hareketinin hukuka aykırı ve kusurlu olması koşullarının gerçekleşmesini gerektirmektedir. Öğretide kusur, bir insanın işlediği haksız eylemden dolayı kınanabilirliği konusundaki bir değer yargısı ve haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunulan yargı olarak tanımlanmaktadır. Aynı şekilde kusur yargısı, failin, davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme olanağına ve yeteneğine sahip olmasına rağmen haksız bir davranışta bulunarak hukuka uygun hareket etmemeyi tercih etmesi olarak ifade edilmektedir. Bu yüzden, somut bir olayda kişinin kusurundan söz edilebilmesi için, iradesinin özgür olduğu ruhsal durum içinde bulunması, eylemi gerçekleştirdiği esnada davranış normunun gerektirdiği şekilde karar verebilecek olanak ve yeteneğe sahip olması gerekmektedir. Mağdurun haksız tahrikinin etkisi nedeni ile failin psikolojik durumunda meydana gelen hiddet veya şiddetli elem psikolojik durumu, failin iradesi üzerinde zaaf meydana getirerek normun kendisine sunduğu davranış modeline uygun hareketi tercih etmesini güçleştirmekte ve fail iradesini kontrol altında tutmakta zorlanmaktadır. İrade kontrolündeki zayıflama, mağdurun haksız tahrik eylemi şeklinde dış dünyadan gelen somut bir olgunun etkisi altında gerçekleşmektedir. Söz konusu kontrol zayıflığı failin psişik durumundan veya kişiliğinden kaynaklanmayıp tamamen dış dünyaya ait bir olguya dayanmaktadır. Ceza hukukunda kusur ilkesi esas alınarak failin iradesine etki etmek suretiyle

kusurluluğunu ve kınanabilirliğini azaltan veya tamamen kaldıran nedenlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, mağdurun haksız tahrikinin etkisi ile failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem psikolojik durumunun etkisi altında suçun işlenmiş olması nedeni ile, failin kınanabilirliği veya kusurluluğu azalmakta; suçun cezası da kusurun azalma derecesi göz önünde bulundurularak kanuni sınırlar içinde indirilmektedir. Özel haksız tahrik hâllerinde de benzer durum söz konusudur. Özel tahrik hâlleri, TCK m.129 f.1 ve m.129 f.3 hükmü kapsamında somut olayın koşullarına göre kusuru azaltan veya ortadan kaldıran neden olarak, TCK m.129 f.2 hükmü kapsamında her zaman kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde, genel haksız tahrik kurumunda kabul edilen kurallar doğrultusunda haksız tahrikin etkisi altında işlenen hakaret suçu bakımından failin eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması itibariyle cezalandırmaya lââyık olduğu kabul edilmekle birlikte cezalandırılma gereksiniminin ve kınanabilirliğinin azaldığı veya ortadan kalktığı göz önünde bulundurulmuştur. Bu açıklamalar kapsamında, haksız tahriki kusuru azaltan kanuni bir ceza indirim nedeni olarak açıklayan görüşe katılmaktayız.

Sonuç olarak; haksız tahrik hukuki niteliği itibariyle, mağdurun haksız bir eyleminin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işlenmesi durumunda failin sübjektif durumundan doğan, kusur yeteneğini azaltan, genel, kişisel ve kanunî bir ceza indirim nedenini ifade etmektedir.

B. Haksız Tahrikin Genel Nitelikte Olması

Kural olarak haksız tahrike ilişkin hükümler ayırım yapılmaksızın bütün suçlar ve failer bakımından geçerlidir²²⁹. Haksız tahrik, tüm suçlarda ve suçu işleyen kişi kim olursa olsun tüm suç faillerine uygulanabilecek bir indirim nedenidir. Haksız tahrik hükmünün genel olma özelliği hem suç hem de fail yönünden kendisini

229 Ercan, s.165; Hakan **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ders Notları, 2. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), s.232 (**Hakeri, Temel Kavramlar**); Veli Özer **ÖZBEK**: “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, Y. Ocak 2005, S.5, s.35 (**Özbek**).

gösterir²³⁰. Haksız tahrik indirimi, kanunda istisnai düzenlemeye yer verildiği hâller dışında sadece özel bir suç tipi ya da belirli nitelikteki kişilerle sınırlı olmaksızın, kanunda belirtilen koşulların somut olayda var olması durumunda herkese ve her suç tipine uygulanacaktır. Öğretide, tahrik düzenlemesinin suç ve kişi bakımından genel kural olarak kabul edilmesinin haksız tahrikin psikolojik ve hukuki esaslarına uygun olduğu, kanunda yazılı haksız tahrik hükmünün aradığı şiddetteki hiddet veya elemin yapay sınırlamalara uygun bir durum olmadığı görüşü ileri sürülmüştür²³¹.

Haksız tahrikin “fail bakımından genel kural” oluşu, koşulları oluştuğunda tahrik indiriminin haksız tahrik sonucunda suç işleyen fail ile mağdur arasındaki ilişki göz önünde bulundurulmaksızın tüm faillere uygulanabilmesi demektir. Başka bir anlatımla, fail ile mağdur arasındaki ilişki (örneğin yakınlık, akrabalık) ne derecede olursa olsun, haksız tahrik hükmü tüm faillere uygulanmaktadır. Failin suçu kime karşı işlediğinin dikkate alınması haksız tahrikin genel hüküm olarak uygulanması kuralına kişi bakımından yapılan sınırlama niteliği taşımaktadır. Buna göre, kanunda sayılan kişiler faili tahrik etseler bile failin tepki göstermemesi ve heyecanına hâkim olup iradesini denetim altına alması gerekmektedir. Kanun koyucu, yakın akrabalık ilişkilerini göz önüne alarak, bu kişilerin, daha çok anne, baba, kardeş, karı- koca gibi kişiler olduğunu kabul etmiştir. Kişi bakımından sınırlama söz konusu ise, suç işlemiş olmaları durumunda kanunun saydığı yakınlık derecesindeki kişiler tahrik edilseler bile işlenen suç türü ve nedeni ne olursa olsun, fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. İlk kabul edilışinden bu yana Türk Ceza Kanunlarında genel hükme kişi bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Haksız tahrikin genelliğine kişi bakımından sınırlama getirilen kanunlara örnek olarak 1810 sayılı eski Fransa Ceza Kanunu ve İngiliz Ceza Kanunu gösterilebilir. İngiliz Ceza Kanunu’nda karı- koca arasındaki kavga suçlarında, 1810 sayılı eski Fransa Ceza Kanunu’nda anne ve babaya karşı yaralama, adam öldürme, hakaret ve sövme suçlarında haksız tahrikin uygulanması kabul edilmemiştir²³².

230 Toroslu/Toroslu, s.270; Centel, s.350; Başar I, s.254; Taner, s.445; Erem, Haksız Tahrik, s.638; Ayık, s.87.

231 Erem, Ümanist Doktrin- II, s.51; Yalkut, s.250; Erem/Danışman/Artuk, s.594.

232 Erem, Haksız Tahrik, s.639; Yalkut, s.250; Duran, s.10-11; Ayık, s.88; Güreli, s.338-339; Erem/Danışman/Artuk, s.594, dpn.12: Öğretide YCGK 15.07.1930 gün ve 133 sayılı “Hayvanları tarlaya soktuğundan dolayı kendisini azarlayan büyük babasını öldürenin 51.

Haksız tahrikin, “suç yönünden genel kural” oluşu, belli suçlara özgü olmayıp koşulları oluştuğunda yapısı ve niteliği haksız tahrik altında işlenmeye elverişli tüm suçlar yönünden uygulanabilmesi demektir²³³. Haksız tahrikin genel bir kural olarak tüm suçlarda uygulanma özelliğinin bazı istisnai durumlarda uygulanmadığı görülmektedir. Bazı suçların niteliği itibariyle haksız tahrik altında işlenmeye elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Failin işlediği suçun nitelik bakımından haksız tahrikin oluşumuna elverişsiz olduğu durumlarda haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Bununla birlikte kanunumuzda tahrikin uygulanabileceği suçlar bakımından bir ayırım yapılmadığı gibi, haksız tahrik indiriminin nitelik olarak hangi suçlarda uygulanamayacağı da düzenlenmemiştir²³⁴.

Yargıtay tarafından, bazı suçların niteliği itibariyle haksız tahrik altında işlenmeye elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarına göre, şekli suç olan 6136 sayılı kanuna muhalefet suçlarında haksız tahrik hükmü uygulanmaz²³⁵. Aynı şekilde sarhoşluk, zorla ırza geçme ve yağma suçlarında da haksız tahrik uygulanmaz. Öğretide bir görüşe göre, bu tür suçlarda haksız tahrikin kabul edilmemesinin nedeni işlenen suçun şekli suç olması değil, haksız eylem ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmamasıdır²³⁶. Yargıtay, taksirli suçlarda da haksız

maddeden yararlanamayacağı” şeklindeki kararının, suçlu ile maktul arasındaki akrabalık bağından çok, olayda haksız tahrik bulunmaması nedenine dayandığı kabul edilmiştir.

233 Kaya, Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s.104.

234 Koca/Üzülmez, s.335; Centel, s.350; Dönmezer/Erman, s.346; Önder, Genel Hükümler, s.377; Yavuz, bu konuyu “Haksız Tahrik Uygulanması Olanaksız Suçlar” başlığı altında inceleyerek, taksirli suçlarda, devamlı suçlarda (örneğin zina suçu), kabahatlerde (örneğin sarhoşluk), mala karşı işlenen suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını açıklamıştır. Bkz. Yaşar YAVUZ: “Haksız Tahrik”, YD, Y.1991, C.I, S.2, s.463-465; benzer şekilde Aktaş, s.126-130: “Haksız Tahrik Uygulanması Olanaksız Suçlar” başlığı altında konuyu birincisini “Kesin Olarak Kışkırtmaya Olanaksız Suçlar (Kasıtsız Suçlar, Devamlı Suçlar, Özel Hüküm Bulunması Hâlleri)”, diğerini “Kışkırtmaya Olanaklı Bulunup Bulunmadığı Kuşkulu Suçlar (Mala Karşı İşlenen Suçlar, Kabahatler, Diğer Suçlar)” başlıkları altında incelemiştir.

235 Yılmaz Güngör **ERDURAK**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Yenilenmiş 2.Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 1991), s.101 (**Erdurak**): Yargıtay 8.CD, 19.09.1989 T., 6029 E.- 6594 K. sayılı kararı; Koca/Üzülmez, s.335, dpn. 986: Yargıtay 8.CD, 01.01.1978 T., 1977/5535 E.-1978/199 K. sayılı kararı (YKD, Y.1978, S.4, s.657) Yargıtay 5.CD, 29.03.2006 T., 402 E.-2577 K. sayılı kararı (YKD, Y.2007, S.2, s.379- 381).

236 Koca/Üzülmez, s.335, dpn. 986: Zafer'e göre, bu tür suçlarda haksız tahrikin kabul edilmemesinin nedeni işlenen suçun şekli suç olması değildir. Yargıtay kararlarında yer alan örneklerde, haksız eylem ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmadığı için haksız tahrik söz konusu olamaz.

tahrikin söz konusu olmayacağı görüşündedir²³⁷. Öğretide bazı yazarlar²³⁸ haksız eyleme tepki olarak işlenen suçun kasıtlı olabileceği gibi taksirli de olabileceğini savunmaktadırlar. Bununla birlikte tahriki oluşturan davranış kimden kaynaklanmış ise taksirli suçun da ona karşı işlenmiş olması gerekir ki, bunun da somut olayda gerçekleşmesi olasılığı düşüktür²³⁹. Örneğin yolcuya kızan sürücünün trafik kazası yapması sonucu yolcunun da yaralanması gibi.

Özel haksız tahrik hâlleri olarak adlandırılan durumlar haksız tahrikin suç yönünden genel kural oluşunun bir istisnasını oluşturmaktadır. Kanunlarda yer alan bazı suçlarla bağlantılı olarak haksız tahrik ayrıca düzenlenmiş ise, artık genel hüküm olan TCK m.29'a göre değil, özel hükme göre tahrikin koşullarını ve sonuçlarını değerlendirmek gerekir. Çünkü özel haksız tahrik nedenlerinin bulunduğu durumlarda genel haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir. Örneğin TCK'da hakaret suçu ile ilgili olarak özel tahrik hükmüne yer verilmiştir. Kanunun "Haksız Fiil Nedeniyle veya Karşılıklı Hakaret" başlıklı 129 maddesine göre, hakaret suçunun haksız bir eyleme tepki olarak işlenmesi durumunda faile verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektan tamamen de vazgeçilebilecektir (m.129 f.1). Hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi durumunda ise faile hiç ceza verilmeyecektir (m.129 f.2). Karşılıklı hakaret durumunda da ceza vermektan tamamen vazgeçilebilecektir (m.129 f.3). Genel hüküm niteliğinde olan m.29 hükmünde haksız eylemin oluşturduğu hiddetin kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldıracabileceği kabul edilmemesine rağmen, hakaret suçu bakımından bu durum kabul edilmiş olmaktadır²⁴⁰.

237 Ercan, s. 165; Koca/Üzülmez s.335 dpn. 987; Yargıtay 1. CD, 01.12.2008 T., 2008/5346 E.-2008/7646 K. sayılı kararı: "... Ancak, oluş ve kabule göre; taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeden, tahrik nedeni ile cezadan indirim yapılması sureti ile eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiş..."

238 Öztürk/Erdem, s.280; Özgenç, 2007, s.390; Hakeri, s.256.

239 Öztürk/Erdem, s.280.

240 Nur BAŞAR: "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik II", AD, Y. 71, S.4, Temmuz- Ağustos 1980, s.355 (Başar II); Koca/Üzülmez, s.335-336; Centel, s.359; Ayık, s.88; Gürelli, s.340; Köni, s.204; Dönmezer/Erman, s.346; Taner, s.448; Erem/Danışman/Artuk, s.594; Soyaslan, s.501; Şen, Suçun Genel Esasları, s.477.

Görüldüğü üzere, TCK m. 129 hükmünde yer alan bu düzenleme sadece hakaret suçu için geçerli olduğundan özel bir haksız tahrik nedenidir. Bu suçlar söz konusu olduğunda, özel normun genel norma önceliği ilkesi gereğince özel haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır. Bu yüzden ceza hesaplanması aşamasında, özel haksız tahrik hükümleri uygulanması, genel tahrik indirimi uygulanmasını engeller; faile sadece özel tahrik nedeninden dolayı ceza indirimi yapılabilir²⁴¹.

II- HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI

Haksız tahrik, çoğu ceza kanunlarında genel bir indirim nedeni olarak kabul edilmekle birlikte, ihtiraslardan doğan hiddetlerin kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından birtakım koşullara bağlanarak sınırlandırılmıştır. Suç konusu maddi bir olayda haksız tahrikin kabul edilebilmesi için öncelikle kanunda yazılı belirli koşulların varlığının saptanması gerekmekte olup bu koşullar gerçekleştiği takdirde, eylemin hukuki anlamda haksız tahriki oluşturduğu kabul edilebilecektir. Ceza kanunumuzda haksız tahrike ilişkin tüm koşulların belli olmaması bu konuda farklı ayrımların benimsenmesine yol açmıştır²⁴².

Haksız tahrikin kabul edilebilmesi için gerekli olan kanuni koşullar terimi, kimi yazarlar tarafından haksız tahrikin “koşulları”²⁴³, kimi yazarlar tarafından haksız tahrikin “unsurları”²⁴⁴, kimi yazarlar tarafından da haksız tahrikin “şartları”²⁴⁵ ya da haksız tahrikin “öğeleri”²⁴⁶ kelimesi kullanılarak açıklanmaktadır. Kişisel görüşümüz bu terimlerin hepsi doğru olmakla birlikte haksız tahrikin “unsurları” terimini kullanmanın daha uygun olduğu yönündedir.

241 Ercan, s.165; Zafer, s.368.

242 Nezahat **TAŞDEMİR**: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s.26 (**Taşdemir**); Tutumlu, s.22; Bardak, s.43; Duran, s.99.

243 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mollamahmutoğlu/Ünver, s.284; Başar I, s.255; Centel, s.351; Erdem/Özbek, s.228; Duran, s.100.

244 Erem/Danışman/Artuk, s.594; Yavuz, s.447.

245 Dönmezer/Erman, s.350; Önder, Genel Hükümler, s.377; Soyaslan, s.503; Bardak, s.43; Gürelli, s.333; Şen, Suçun Genel Esasları, s.477; Açıkgöz, s.60; Taner, s.445.

246 Aktaş, s.113.

Öğretide haksız tahrikin unsurlarını ikili bir ayrımla açıklayan görüşe göre, haksız tahrikin unsurları “gazap ve elemin etkisi ile suç işlenmesine ilişkin psikolojik unsur (manevi unsur), bir hakka dayanmayan tahrik eylemi ve suçun gazap ve elem hâli ile işlenmesi olarak açıklanan maddi unsur” şeklinde ifade edilmiştir²⁴⁷.

Öğretide haksız tahrikin unsurlarını üçlü bir ayrımla açıklayan görüşe göre²⁴⁸, haksız tahrikin unsurları “tahriki teşkil eden bir eylemin bulunması, eylemin haksız olması, eylemin haksız bir tahrikin meydana getirdiği gazap veya şiddetli bir elemin etkisi altında işlenmesi” veya “tahrik edici eylem, buhran ve tepki eylemi” şeklinde ifade edilmiştir.

Öğretide haksız tahrikin unsurlarını dördümlü bir ayrımla açıklayan görüşe göre²⁴⁹, haksız tahrikin unsurları “tahrik edici bir eylem, bu eylemin haksız olması, bu eylemin failde gazap (hiddet) veya şiddetli bir elem meydana getirmiş olması, haksız tahrike tepki olarak gösterilen eylemin (teпки suçunun) hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi yani nedensellik bağı bulunması” şeklinde ifade edilmiştir.

Öğretide haksız tahrikin unsurlarını beşli bir ayrımla açıklayan görüşe göre²⁵⁰, haksız tahrikin unsurları “tahrik edici bir haksız bir eylemin bulunması, haksız eylemin failde gazap ve hiddet meydana getirmesi, suçun bu gazap ve hiddetin etkisiyle işlenmiş olması ve suçun tahriki oluşturan haksız eylemi işleyen kimseye karşı işlenmiş olması” şeklinde ifade edilmiştir.

247 Gökalp, s.520-521; Duran, s.100;

248 Erem/Danışman/Artuk, s.594-599; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.406; Erem, s.395; İsmail **MALKOÇ**, Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C.I, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007), s.177-178 (**Malkoç**); Taşdemir, s.26; Çağlayan II, s.15; Demir, s.80; Bardak, s.43; Öztürk/Erdem, s.281- 282; Taner, s.445-446; İlhan **AKBULUT**: “Ceza Hukukumuzda Haksız Tahrik”, Askeri Adalet Dergisi (AAD), Temmuz 2004, Y.32, S. 120, s.5-11 (**Akbulut, Haksız Tahrik**); Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.293.

249 Vural **SAVAŞ**, Sadık **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, (Ankara: Seçkin Yayınları, 1999), s.980 (**Savaş/Mollamahmutoğlu**); Özalp, s.23-51; Günay, s.16-35; Abban, s.40-78; Dönmez, s.541; Önder, Genel Hükümler, s.377; Ayık, s.89; Gürelli, s.333; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.40-47; Köni, s.204- 205; Meran, s.172; Ayık, s.39; Parlar/Hatipoğlu, s.506; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.406-409.

250 Sedat **BAKICI**, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007) s.632-633 (**Bakıcı**); Tutumlu, s.22-44; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.351; Çağlayan II, s.15; Çolak, s.112-113; Bardak, s.42; Duran, s.102-172; Kangal, s.32-52; Çam, s.28 67; Soyaslan, s.503-504; Taşdemir, s.26-48; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.734-740; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mollamahmutoğlu/Ünver, s.284-288; Başar I, s.255.

Öğretide haksız tahrikin unsurlarını altılı bir ayrımla açıklayan görüşe göre, haksız tahrikin unsurları “tahrik edici bir eylemin bulunması, bu eylemin haksız olması, failin gazap veya elemin etkisi altında olması, failin eylemi ile bu ruhsal durum arasında nedensellik bağının bulunması, fail tarafından işlenen suçun söz konusu ruhsal durumun tepkisi olması, suçun tahriki edici eylemi yapan kimseye yönelmiş bulunması”²⁵¹ şeklinde ifade edilmiştir. Beşli ayrımdan farklı olarak “fail tarafından işlenen suçun söz konusu ruhsal durumun tepkisi olması” koşulu eklenmiştir.

Haksız tahrikin unsurları konusunda öğretilde açıklanan farklı ayrımlar uygulamaya da yansımıştır. Bu nedenle de haksız tahrikin unsurları konusunda Yargıtay kararları değişiklik göstermektedir.

YCGK’nun, 765 sayılı TCK’nın yürürlük dönemindeki kararlarında ağırlıklı olarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için:

- a) Haksız tahriki oluşturan bir eylem olması,
- b) Bu eylemin haksız olması,
- c) Failin öfke veya şiddetli bir elemin etkisi altında kalması,
- d) Failin işlediği suçun, bu ruhi durumun tepkisi olması,
- e) Haksız tahriki oluşturan eylemin mağdurdan sadır olması ya da mağdurun o eylemi önleme sorumluluğunun bulunması şeklindeki beşli ayrımı benimsemiştir²⁵².

YCGK’nun, 765 sayılı TCK’nın yürürlük dönemindeki bazı kararlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için:

- a) Haksız tahriki oluşturan bir eylem olması,
- b) Bu eylemin haksız olması,
- c) Failin öfke veya şiddetli bir elemin etkisi altında kalması,

251 Dönmezer/Erman, s.350; Ekerbiçer, s.79; Soyaslan, s.481-484; Kaya, s.33-52; Aydın, s.231-240; Açıkgoz, s.61-116; İzmir, s.27-45; Yavuz, s.447; Hakeri, s.366-373.

252 Günay, s.100: YCGK, 10.06.2003 T., 1-43 E.-183 K. sayılı kararı.

- d) Failin işlediği suçun, bu ruhi durumun tepkisi olması,
- e) Suçun bu ruhi durumun tepkisini oluşturması,
- f) Suçun tahrik oluşturan eylemi gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerektiğini belirterek altılı ayrıma gittiği de görülmektedir²⁵³.

YCGK'nun yaptığı beşli ve altılı ayrımlardaki farkın, beşli ayrımdaki unsurlara "Suçun bu ruhi durumun tepkisini oluşturması" unsurunun eklenmesinden kaynaklandığı görülmektedir. Buna karşın YCGK 5237 sayılı TCK döneminde verdiği kararlarda altılı ayrımdan vazgeçerek dördü ya da beşli ayrımı tercih etmiştir.

YCGK, 5237 sayılı TCK'nın yürürlük dönemindeki bir kısım kararlarında;
"Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a) Tahriki oluşturan haksız bir eylem olmalı,
- b) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,
- c) Failin işlediği suç bu ruhsal durumun tepkisi olmalı,
- d) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır" şeklinde karar vererek dördü ayrımı kabul etmiştir²⁵⁴.

YCGK, 5237 sayılı TCK'nın yürürlük dönemindeki bazı kararlarında ise:

"Yerleşmiş yargısal kararlar ve öğretide yer alan ağırlıklı görüşlere göre, 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde yer alan haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için şu koşulların birlikte gerçekleşmesi gereklidir:

253 Duran, s.101, dpn.12: YCGK 16.06.1998 T., 1998/1-148 E.- 1998/232 K. sayılı kararı:" ... tahrikin mevcudiyeti, bu fiilin haksız olması, failin gazap veya elemin etkisi altında kalması, fiil ile sanığın ruhi durumu arasında illiyet bağı bulunması, suçun bu ruhi durumun tepkisini oluşturması, suçun tahrik teşkil eden fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması ..."; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.734: YCGK 11.05.2004 T., 74/118 sayılı kararı: "Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; tahriki oluşturan bir fiil olması, bu fiilin haksız bulunması, failin gazap veya şedit elemin etkisi altında kalması, failin işlediği suçun, bu ruhi durumun tepkisi olması, haksız tahrik oluşturan eylemin mağdurdan sadır olması ya da mağdurun o fiili önleme sorumluluğunun bulunması, suçun tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir".

254 YCGK 09.06.2015 T, 2014/1-809 E- 2015/205 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); YCGK 08.05.2012 T, 2011/1-436 E- 2012/190 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

- a) Tahriki oluşturan bir eylem bulunmalı,
- b) Bu eylem haksız olmalı,
- c) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,
- d) Failin işlediği suç, bu ruhi durumun tepkisi olmalı,

e) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır²⁵⁵ şeklinde karar vermekle haksız tahrik unsurlarında beşli ayrımı kabul etmiştir.

YCGK'nun yaptığı dörtlü ve beşli ayrımlarda, özde aynı unsurlar haksız tahrik koşulları olarak kabul edilmekle birlikte, "tahrik edici eylemin varlığı" ve "tahrik edici eylemin haksız olması" bazı kararlarında ayrı unsurlar olarak, bazı kararlarında da aynı unsur içerisinde tek bir başlık altında değerlendirilmek sureti ile farklılığın oluşturulduğu görülmektedir.

Tahrik oluşturan eylemin mutlaka faile yöneltilmiş olmasının haksız tahrikin uygulanması unsurları arasında yer alıp almadığı konusunda aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte öğretide ağırlıklı görüş tahrik oluşturan eylemin mutlaka faile yöneltilmesinin gerekmediği yönündedir. Nitekim Kanunumuz tahrik eylemine maruz kalanın fail olması koşulunu aramamıştır. Failden başkasına yöneltilen haksız bir eylem de failde hiddet (öfke) veya şiddetli elem durumu oluşturabilir. Tahriki oluşturan eylemin yöneltildiği kişinin, failin akrabası veya ona yakın bir kişi olması da zorunlu değildir. Faile veya yakınına veya faile tamamen yabancı üçüncü kişilere ve hatta tahrik eylemindeki maddi konunun bir kişi olması koşulu bulunmadığından eşya ve hayvanlara karşı yapılan haksız eylemler de tahriki oluşturabilir. Bu durumlarda da tahrik eylemi bizzat faile karşı işlenmiş sayılmaktadır²⁵⁶.

255 YCGK 24.03.2015 T, 2014/1-477 E- 2015/69 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

256 Abdullah Pulat **GÖZÜBÜYÜK**, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, 5. Bası, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1988), s.574 (**Gözübüyük Şerhi**); Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1995), s.81 (**Özen, Meşru Müdafaa**); Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ,s.202-203; Dönmezer/Erman, s.351; Açıkgöz, s.65; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.294; Savaş/

Yargıtay kararlarında öğretilerde benimsendiği üzere tahriki oluşturan haksız eylemin failden başka kişilere yönelik olması hâlinde de haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağı, haksız eylemin doğrudan failin kendisine karşı gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı, failin yakını veya değer verdiği diğer kişilere ya da faile tamamı ile yabancı kimselere karşı işlenmiş haksız eylemlerin de insanda öfke veya şiddetli elem meydana getirebileceğinden haksız tahriki oluşturacağı kabul edilmiştir²⁵⁷.

Yargıtay her ne kadar failin mutlaka eyleme maruz kalmasını haksız tahrikin unsuru olarak kabul etmemekte ise de tahrike neden olan haksız eylemin niteliği ve somut olay değerlendirmesi karşısında her zaman aynı yönde kararlar vermediği de

Mollamahmutoğlu, s.689; Erem/Danışman/Artuk, s.595; Ekerbiçer, s.87; Bakıcı, s.632; Parlar, s.182.

257 Yargıtay 1.CD 04.05.2016 T., 2015/4065 E.- 2016/2356 K. sayılı kararı: “ ... katılan ve vekilinin suç vasfına, haksız tahrik bulunmadığına yönelen ve yerinde görülmeleyen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak; sanıkların kız kardeşi ile evli olan maktûlün, eşine sürekli kötü muamelede bulunması ve sık sık ailesinin yanına göndermesi, kendilerine de hakaretlerde bulunmasına içerleyen sanıkların, olay günü birlikte maktûlün evine giderek av tüfeği, bıçak ve sopa kullanarak onu öldürdükleri anlaşılmalıyda; maktûlden kaynaklanan haksız davranışların ulaştığı boyut dikkate alındığında TCK'nın 29. maddesinin uygulanması sırasında makûl indirimler yapılmasının yeterli olduğu gözetilmeden, çok daha vahim hallerde uygulanabilecek şekilde en üst sınırdan indirimler tatbiki suretiyle eksik cezalar verilmesi...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); Yargıtay 3.CD 01.03.2016 T., 2015/26576 E.- 2016/5188 K. sayılı kararı “Yerinde görülmeleyen diğer temyiz itirazlarının reddine; Ancak; sanığın soruşturma aşamasında savunmasında, mağdurun annesi ve kız kardeşine küfür etmesi üzerine mağdura sinirlenerek bir iki tokat attığını belirtmesi karşısında, haksız tahrik hükümlerini düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sanık lehine uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması...”(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); Yargıtay 4.CD 13.06.2016 T., 2014/11915 E.- 2016/11927 K. sayılı kararı: “Sanığın, eşinin katılan tarafından takip edildiğini ve bakışlarıyla taciz edildiğini öğrenince katılanı telefonla aradığında, kendisine yönelik hakaret etmesine sinirlendiği için, kendisinin de hakaret ettiğine yönelik savunması ve tanıklar Yasemin Arslan ile Durmuş Ünal'ın beyanlarıyla da katılanın sanığın eşini rahatsız ettiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); Yargıtay 14.CD 28.03.2016 T., 2014/3456 E.- 2016/2998 K. sayılı kararı: “Sanık Barış ile suça sürüklenen çocuk Selay Nisan'ın aşamalarda, mağdurun, suç tarihinde Barış'ın nişanlısı olan Selay Nisan'ı cinsel yönden rahatsız etmesinin etkisi altında atılı suçu işlediklerini iddia etmeleri karşısında, bu husus araştırılarak Barış ile Selay Nisan haklarında TCK'nın 29. maddesi uyarınca haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); Yargıtay 4.CD 10.02.2016 T., 2013/32553 E.- 2016/2091 K. sayılı kararı: “Sanığın aşamalarda ısrarla, nişanlısının eski erkek arkadaşı olan katılan Özgür D'nin, nişanlısına mesaj atarak onu rahatsız etmesi üzerine suça konu tehdit içeren elektronik postaları gönderdiğini beyan etmesi karşısında, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi değerlendirilerek, sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

görülmektedir. Örneğin, reşit olan ve birlikte yaşamadığı eşini terk ederek başka bir erkekle yaşayan kadının erkek kardeşinin işlediği kasten adam öldürme suçu bakımından yaşanan birliktelik eylemi haksız tahrik kabul edilmemiştir²⁵⁸.

Kişisel görüşümüz:

Mağdurdan gelen ve failde hiddet veya şiddetli eleme neden olan tahrik edici her eylemin değil, kanunda açıkça belirtildiği üzere tahrik edici haksız eylemin varlığının arandığı göz önüne alındığında, eylemin haklılık-haksızlık durumunun tahrik hükümlerinin uygulanmasında belirleyici olması itibariyle ayrı unsurlar olarak ele alınmasının daha isabetli olacağı;

Haksız tahrik oluşturan eylemin mutlaka faille yöneltilmiş olmasının, başka bir anlatımla tahrik eylemine maruz kalanın fail olma koşulunun haksız tahrikin unsuru kabul edilemeyeceği, 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde bu konuda herhangi bir ayrıma gidilmediği ve sınırlama getirilmediği, tahrik eyleminin mutlaka tepki eyleminde bulunana karşı işlenmiş olması gerekmediği, tahrikin kaynağı hiddet ya da şiddetli elem heyecan hâli olmakla faili suç sayılan eyleme sürükleyen heyecan durumunun kaynağının mağdurun faille karşı kınanabilir bir davranışı olabileceği gibi failin yakınına veya faille tamamen yabancı üçüncü kişilere veyahut eşya ya da hayvanlara yönelik haksız eylemleri de olabileceği, mağdurun haksız davranışlarının failde hiddet, elem veya öfke uyandırmasının yeterli olacağı, dikkat edilmesi gereken noktanın mağdurun söz konusu haksız eyleminin failde meydana getirdiği tahrik etkisinin korunmakta olan hukuksal yarar ile ilişkili olması, makûl ve rasyonel sınırlar içerisinde kalması olduğu;

Altılı ayırmda beşli ayırmdan farklı olarak kabul edilen “Suçun bu ruhi durumun tepkisini oluşturması” unsurunun, “Failin işlediği suç ile hiddet veya şiddetli eylem arasında nedensellik bağı bulunması (failin işlediği suçun tepki suçu

258 Yargıtay 1.CD 07.07.2014 T., 2014/2440 E.- 2014/3752 K. sayılı kararı: “Reşit olan ve fiilen birlikte yaşamadığı eşini terk ederek kendi rızası ile Süleyman isimli kişi ile birlikte yaşamaya başlayan Zahide ile onun birlikte yaşamaya başladığı kişi olan Süleyman’ın bu eylemlerinin, Zahide’nin kardeşi olan sanık Maksut için kasten öldürme suçunda haksız tahrik sayılamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında haksız tahrik nedeni ile indirim yapılmış olması...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

olması)” unsuru kapsamında değerlendirilmesi itibariyle ayrı bir unsur olarak ele alınmasının mükerrerlik oluşturacağı;

Yukarıdaki kabul ve açıklamalar doğrultusunda haksız tahrikten söz edilebilmesi ve 5237 sayılı TCK m.29 hükmünün fail hakkında uygulanabilmesi için:

a) Tahriki oluşturan bir eylemin bulunması,

b) Bu eylemin haksız olması,

c) Tahriki oluşturan eylemin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi (hiddet veya şiddetli elem ile mağdurun tahrik edici haksız eylemi arasında nedensellik bağı bulunması),

ç) Failin işlediği suç ile hiddet veya şiddetli eylem arasında nedensellik bağı bulunması (failin işlediği suçun tepki suçu olması),

d) Haksız tahrik oluşturan eylemi yapanın mağdur olması veya mağdurun bu eylemi önleme sorumluluğu bulunması”

Şeklindeki beşli ayırımın isabetli ve yeterli olduğu;

Somut olayda bu unsurların tamamının gerçekleşmesi durumunda fail lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, aksi hâlde uygulanamayacağı;

Yönündedir.

A. Tahriki Oluşturan Bir Eylemin Bulunması

Haksız tahrikten söz edebilmek için öncelikle ortada tahrik edici bir eylem olmalıdır; tahrik edici bir eylem yoksa haksız tahrikten de söz edilemez. Kanun maddesinde hiddet veya şiddetli elemin bir eylem tarafından meydana getirilmesi koşulu açıkça düzenlenmiştir. Tahriki teşkil eden bir eylem bulunmadıkça haksız tahrikten söz edilemeyeceği ve failin psikolojik durumunu araştırmaya gerek bulunmadığı açıktır²⁵⁹. Çünkü hiddet veya elemin, failin ihtirasından veya bunalımından yani kendisinden değil, faile yönelen harici bir eylemden kaynaklanması gereklidir²⁶⁰.

259 Demirbaş, s.396; Öztürk/Erdem, s.282; Taner, s.445; Ayık, s.90; Dönmezer/Erman, s.351; Yavuz, s.447; Ekerbiçer, s.80; Gürelli, s.333; Açıkgöz, s.62; Duran, s.102; Kangal, s.33.

260 Ayık, s.89.

Yargıtay kararlarında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında tahrik oluşturan bir eylemin varlığının zorunlu olduğu ve bu unsur bulunmaksızın haksız tahrik hükümleri uygulanmasının bozmayı gerektirdiği kabul edilmiştir²⁶¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.29 hükmünde eylemin sadece haksız olma niteliğinden söz edilmiş, bunun dışında tahriki oluşturan eylemlerin neler olduğu belirtilmemiş ve herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Hâkim, tahriki oluşturan eylemleri belirleme konusunda serbest bırakılmıştır. Bu nedenle hangi eylemlerin haksız tahrike neden olabileceği önceden belirlenemez. Bir eylemin tahrik edici niteliğe sahip olup olmadığı, somut olayın belirişine, muayyen bir devrede yine belirli bir toplulukta geçerli olan toplumsal değer hükümlerine, tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahrik oluşturan eylemi yapan kişinin durumuna, bunlar arasındaki ilişki durumuna, yer, zaman ve çevreye göre hâkim tarafından takdir olunur²⁶². Bu itibarla mahkeme kararının gerekçesinde, haksız bir eylemin gerçekten var olup olmadığı, varlığı kabul edilen bir eylemin tahrik oluşturup oluşturmayacağı, bunun failde hiddet veya şiddetli elem doğmasına neden olup

261 Yargıtay 1.CD 20.04.2016 T, 2016/1489 E.- 2016/2074 K. sayılı kararı: "...olayda; suça sürüklenen çocuk Fevzi'nin okulda başka bir öğrenciyi dövdüğü sırada mağdurun kendisini uyarmasından ibaret eylemi nedeni ile mağdurdan suça sürüklenen çocuğa yönelen haksız söz ya da davranış bulunmadığı hâlde suça sürüklenen çocuk hakkında haksız tahrik indirimi uygulanması suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından, bozma nedeni yapılmamıştır." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); Yargıtay 1.CD, 19.11.2014 T., 2014/2767 E.- 2014/5373 K. sayılı kararı : "Oluşa ve dosya kapsamına göre; maktûlenin olay tarihinde 22 yaşında olduğu, kendi tercihi olan yaşam biçimini sürdürebilmek için eşini terk ettiği, anne, baba ve kardeşiyle birlikte de yaşamak istemediği, ağabeyi olan sanığın ise maktûlenin tercih ettiği yaşam biçimini onaylamadığı için onu alıp kendi yaşadığı Muş ili Hasköy ilçesindeki eve götürmek istediği, olay günü de bu amaçla maktûleyi ararken Muş il merkezinde bulunduğu ve eve götürmek için zorladığı, maktûlenin ise buna karşı çıkıp sanığı terslediği, ayrıca maktûlenin sanığın yüzüne tükürdüğüne ilişkin sanığın cezadan kurtulmaya yönelik olarak sonradan geliştirdiği savunması dışında bir delilin bulunmadığı, bunun üzerine sanığın maktûlü 32 bıçak darbesi ile öldürdüğü olayda; maktûleden sanığa yönelen ve haksız tahrik oluşturan söz ve davranış bulunduğu kabul edilemeyeceğinden, sanık hakkında haksız tahrik nedeni ile indirim uygulanması sureti ile eksik ceza tayini..." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi:28.12.2016); Yargıtay 1.CD, 2007/7608 E.-2009/1327 K. sayılı kararı: "Gerek olay öncesi, gerekse olay sonrasında mağdurdan kaynaklanan ve haksız tahrik teşkil eden hareket bulunmadığı halde sanığın cezasından tahrik gerekçesiyle indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini..."(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); Yargıtay 1.CD, 2006/6519 E.- 2007/8520 K. sayılı kararı : "Maktûlden kaynaklanan ve haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem olmadığı halde sanık lehine hafif haksız tahrik hükmünün uygulanması..." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

262 Soyaslan, s.481; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.293.

olmadığı, diğer unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak tahrik oluşturuyor ise indirim oranı bakımından tahrikin ağırlık derecesi hususundaki takdirin nedenleri, kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ile kanıtlardan hangisinin ötekine üstün tutularak bu sonuca varıldığı açıklanması gerekmektedir²⁶³.

Yargıtay bir çok kararında; tahrikin varlığı veya ağırlık derecesinin saptanması bakımından, mahkemenin kararına dayanak yaptığı, tahrikin kabulü veya reddine ilişkin önceki olayla ilgili bir dosyanın varlığı halinde bu dosyanın incelenmesinin ve Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesinin gerektiğini; savunmada ileri sürülen eylemin gerçek olup olmadığının araştırılması, bu konuda gösterilen tanıkların dinlenmesi, gerektiğinde irtibatlı dosyaların birleştirilmesi, örneğin mülkiyet ve zilyetlik iddialarına dayalı olaylarda, konunun etraflıca soruşturulması gerektiğini belirtmektedir²⁶⁴.

Tahrik oluşturan eylem, icraî (yapmak) veya ihmali (yapmamak), olumlu veya olumsuz olabileceği gibi, tek bir hareket veya seri ya da birbiri ardına devam eden hareketler şeklinde de olabilir. Tahrik oluşturan eylem tek bir eylem olabileceği gibi birden çok veya peş peşe yapılan çok sayıda eylemlerden de oluşabilir. Tevali eden haksız hareketler tahrikin boyutunu artırır²⁶⁵.

Öğretideki görüşlerde, herhangi bir maddi eylem, söz veya yazı, işaret veya davranış şekli, kişi üzerindeki maddi cebir, tehdit, kaba hareketler, üstü kapalı ifadeler, küçümseyici- aşağılayıcı gülüş, mecazi yazılar ve sözler, alaycı bir bakış, sırların ifşası, haksız rekabet, suç teşkil etmese de hayvanlara kötü muamele birer tahrik eylemi olarak kabul edilmiştir²⁶⁶.

263 Nevzat **AYGÜN**: “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, AD, Y. Temmuz 1986, S.7, s.39 (**Aygün**); İzmir, s.28; Parlar, s.182; Soyaslan, s.481; Mahmut **KOCA**, İlhan **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), s.317 (**Koca/Üzülmez, 2010**); Demirbaş, 2011, s.440; Ercan, s.165; Duran, s.105; Açıkgöz, s.66; Özgenç/Şahin, s.285; Aydın, s.236.

264 Parlar, s.183; Parlar/Hatipoğlu, s.230, 507; İzmir, s.29; Ekerbiçer, s.81.

265 Eker Kazancı, s.1327; Dönmezer/Erman, s.352; Öztürk/Erdem, s.282; Duran, s.106; Ayık, s.90; Açıkgöz, s.63; Aygün, s.38-39; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.344.

266 M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**, Türk Ceza Kanunu, C:I, 3. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 1985), s.506 (**Çağlayan, Türk Ceza Kanunu I**); Mehmet **GÖRGÜN**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C:I, (İstanbul: Kardeşler Yayın Dağıtım, 1993), s.407 (**Görgün**); Abdullah Pulat **GÖZÜBÜYÜK**, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.I, 2. Bası, (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1961), s.213 (**Gözübüyük**); İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mollamahmutoğlu/Ünver, s.284; Parlar,

Tahrîki oluşturana eylem, bir insan hareketi olmalı yani insandan kaynaklanan bir eylem olmalıdır²⁶⁷. Eylem mutlaka bir insan davranışı olması gerektiği için, hayvan saldırıları hiddet ve elem oluřturmaz²⁶⁸.

Bir hayvanın hareketinden duyulan hiddet veya şiddetli elemin haksız tahrik oluşturabilmesi için, bu hayvanın bir insan tarafından yönlendirilmesi ya da tahrik eylemine hayvan sahibinin kusurlu davranışlarının neden olması gerekir. Bu nedenle, hayvan sahibine atfedilebilecek bir kasıt yoksa, hayvanın bir zarar meydana getirmesinden dolayı failin hiddet veya elemine haksız tahrik indirimine yol açmayacağı kabul edilir. Mağdur, bizzat davranışları sonucunda haksızlık zemininde bulunmalıdır²⁶⁹.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için insandan kaynaklanan bir hareket olması gerekir ise de ceza hukuku anlamında hareket olarak nitelendirilemeyen durumlar (rneğin baskı altında gerçekleştirilen davranış, uyku hâli, bayılma hâli, narkoz, kramp girmesi, sara nöbeti sırasında gerçekleştirilen davranışlar ya da salt refleks hareketleri, istek dışı kusma ve benzeri hâller) içerisinde iken gerçekleştirilen hareketlere tepki olarak yapılan hareketler bakımından haksız tahrik hükmü uygulanamaz²⁷⁰.

Tüzel kişiler ceza hukuku anlamında bir hareket gerekleştirmeyeceklerinden faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan olaylar da haksız tahrik bakımından saldırı olarak

s.183; Duran, s.105; Dönmezer/Erman, s.351; Erem/Danışman/Artuk, s.595; ztrk/Erdem, s.282; Gürelli, s.333; Ayık, s.90; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.196; Demir, s.45-51; Açıkgöz, s.66, 67, 74; Erem/Danışman/Artuk, s.595; Eker Kazancı, s.1327; zgen, 2007, s.394.

267 nder, Ceza Hukuku Dersleri, s.348; Centel/Zafer/akmut, 2011, s.438; ztrk/Erdem, s.282; İçel/Sokullu-Akıncı/zgen/zier/Mollamahmutoğlu/nver, s.284; Koca/zlmez, s.336-337; Kangal, s.43; Gzbyk, s.202; Aıkgz, s.63; Duran, s.103; Ayık, s.90; Yavuz, s.445-466; Dnmezer/Erman, s.351; Erem/Danışman/Artuk, s.595.

268 Kangal, s.33; Aydın, s.233; Duran, s.104; Hakeri, s.212; Aıkgz, s.63; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hkmler, s.374; Dnmezer/Erman, 1997, s.1097; Yavuz, s.449.

269 Duran, s.104; Soyaslan, s.505; Ekerbiçer, s.83; Tutumlu, s.28; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.179; zen, Meşru Müdafaa, s.81; İçel, s.437; YCGK 24.12.1990 T., 8-340 E.- 357 K. sayılı kararı: “şikayetçi, ineğini bağlamamış, gerekli önlemleri almamış, henüz 6 yaşında bulunan kızının nezaretine bıraktığı inek, sanığın mısır tarlasına girerek zarar vermiştir. Gerekli zen gösterilmemiş ve önlem alınmamıştır. Sanık, şikayetçinin ihmali sonucu ineğin tarlaya zarar vermesinin doğurduğu öfke altında yüklenen suçu işlemiştir. Bu nedenle, sanık hakkında TCK'nın 51.maddesinin uygulanması yerindedir”.

270 Kangal, s.33; Eker Kazancı, s.1327.

nitelendirilemezler. Bu nedenle de bir kamu tüzel kişinin ya da özel hukuk tüzel kişinin faaliyetinden dolayı hiddet veya şiddetli eleme kapılarak bunlara karşı bir suç işlenmesi durumunda haksız tahrik hükümleri ileri sürülemez. Bununla birlikte, tüzel kişiler hukukî alanda organları veya temsilcisi aracılığıyla işlem ve eylemlerde bulunurlar. Bu nedenle yetkili gerçek kişiler, tüzel kişiler adına hareket etmektedirler. Bu gerçek kişilerin tüzel kişilik adına yapmış oldukları hareketler üzerine bir suç işlenmesi hâlinde haksız tahrik mümkündür. Bununla birlikte, suçun tüzel kişiye karşı değil, bu gerçek kişiye karşı işlenmiş olması gerekmektedir²⁷¹.

Adalet Bakanlığı, 31.05.1994 tarih ve 2090 sayılı Genelge ile vehim ve zannının haksız tahriki oluşturmayacağını ifade etmiştir²⁷². Çünkü vehim ve zan gerçeğe ve eyleme bağdaştırılamaz²⁷³. Tahriki oluşturan eylemin objektif olarak bulunması yeterli olup, bunun mutlaka failin yüzüne karşı ya da huzurunda yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Kişinin yokluğunda (gıyabında) yapılan davranışlar, söylenen sözler ve hareketler de failde hiddet ve şiddetli elem meydana getirebilir²⁷⁴.

Haksız hareketin mutlaka faile veya failin bir yakınına veya bunların mal varlıklarına yahut değer yargılarına yönelik olması zorunlu olmayıp, üçüncü kişilere yapılan haksız hareketler de tahrik edici eylem kapsamındadır. Nitekim kanunumuzda tahrik eylemine maruz kalanın fail olması gerektiğine yönelik bir unsurdan söz edilmemektedir²⁷⁵.

Elverişsiz teşebbüs oluşturan hareketlere tepki hâlinde haksız tahrik uygulanamaz. Suç tipinde yazılı tipikliği oluşturmaya elverişli olmayan hareketlere karşı işlenen suç bakımından haksız tahrik indirim yapılmaz. Örneğin, kendisine doğrultulan silâhın boş olduğunu bilen fail, olay sona erdikten sonra mağdura ateş ettiği takdirde haksız tahrikten yararlanamaz. Failin silâhı dolu zannetmesi ya da kuru sıkı silâhı gerçek zannetmesi hâlinde, haksız tahrik meydana getiren eylemin

271 Zeynel Temel **KANGAL**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), S.125-126 (**Kangal, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**); Kangal, s.33.

272 Özalp, s.27.

273 Açıkgöz, s.63; Erem, Haksız Tahrik, s.637-654; Demirbaş, 2011, s.440.

274 Bardak, s.42-52; Açıkgöz, s.71.

275 Açıkgöz, s.65; Savaş/Mollamahmutoğlu, s.689; Erem/Danışman/Artuk, s.595; Eker Kazancı, s.1330.

varlığı konusunda hataya düştüğünden 5237 sayılı TCK'nın m.30 f.3 hükmünde düzenlenen kusuru etkileyen nedenlerin maddî koşullarında hata hükümlerine göre değerlendirme yapılır²⁷⁶.

Eylemin faili tahrik edici nitelikte olması yeterlidir; ayrıca tahrik eden kişinin tahrik etme kastının bulunması gerekmez. Tahriki oluşturan eylemin aynı zamanda suç oluşturduğu durumlarda bunun kasten veya taksirle işlenebilen bir haksızlık olması arasında herhangi bir fark yoktur. Sadece kasıtlı hareketler değil, taksirli eylemler de haksız tahrike neden olabilir yani tahrik edici olabilir. Çünkü taksirli eylemler de kusurlu ve hukuka aykırı eylemlerdir. Örneğin düğün gecesi üzerine yanlışlıkla kahve döken garsonu döven damat durumunda olduğu gibi²⁷⁷. Buna karşılık aksi yöndeki görüşe göre, taksirle hareket edilmesi durumunda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Kişi objektif özen yükümüne uygun olarak davranmışsa başka bir kişi bundan zarar görmüş olsa bile haksız bir eylem yoktur. Bu nedenle de bu tür hareketler sonucunda fail öfke veya şiddetli eleme kapılsa bile haksız tahrikten yararlanamaz²⁷⁸.

Haksız eyleme tepki olarak işlenen suçun taksir suçu olması durumunda haksız tahrik hükmü uygulanıp uygulanamayacağı konusu da öğreti de tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre, haksız tahrik hükmünün taksirli suçlarda uygulanabilmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Haksız eyleme tepki olarak işlenen suç, kasıtlı bir suç olabileceği gibi haksız tahrik bakımından failin içinde bulunduğu psikolojik durum esas alındığı için taksirli bir suç da olabilir²⁷⁹.

Kişisel olarak da katıldığımız aksi görüşteki yazarlara göre, fail tarafından gerçekleştirilen eylem taksir suçu oluşturmakta ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacaktır. Buna göre, haksız tahrik niteliği itibariyle taksirli suçlarla

276 Kangal, s.35.

277 Selahattin **KEYMAN**: "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olan Hareket", AÜHFD, Y.1988, C.XL, S.1-4, s.156 (**Keyman**); Açıkğöz, s.82; Duran, s.103; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.349-350; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.436; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.277; Aydın, s.233; Eker Kazancı, s.1327-1328.

278 Demirbaş, 2011, s.406; Hakeri, s.375; Kangal, s.41.

279 Öztürk, s.236.

bağdaşmaz. Haksız tahrikin bir unsuru da tepkinin haksız tahriki yapmış olana yani mağdura yönelmesidir. Bu ise, ancak kasıtlı suçlarda gerçekleşebilir²⁸⁰.

Yargıtay kararlarında, taksirli bir eyleme tepki olarak işlenen suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmesine karşın²⁸¹ taksirli suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını görüşü benimsenmektedir²⁸².

Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin eylemlerinin tahrik edici ve haksız eylem kabul edilip edilmeyeceği öğretide tartışmalıdır:

Öğretide bir görüşe göre, kusur yeteneği bulunmayan kişilerin eylemleri, failin bu durumu bilip bilmemesine göre değerlendirilmelidir. Nitekim kusur yeteneği olmayanların haksız tahrik oluşturan hareketlerine muhatap olup da bunların kişisel durumları hakkında kusursuz olarak hataya düşen faillerin hiddet veya şiddetli bir elemnin etkisi ile suç işlemeleri hâlinde haksız tahrik uygulanmalıdır. Örneğin, kendisine hakaret eden mağdurun akıl hastası olduğunu bilen failin kapıldığı hiddet veya şiddetli elemnin etkisi ile mağduru kasten yaralaması durumunda haksız tahrik hükmünden yararlanamaz. Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin eylemleri haksız olmayacağı için bu kişilerin eylemlerine karşı gerçekleştirilen eylemler de haksız tahrik uygulaması kapsamına girmez. Ceza Kanununun haksız tahriki düzenleyen hükmü de ortalama insan psikolojisini referans almaktadır. Tahrik kurumunun öznesi ne aşırı alingan ne de tamamen duyarsız bir kişiliktir. Makûl hareket tarzı, anlama ve yorumlama yeteneğine sahip olmayan akıl hastalarının hukuka uygun olması beklenmeyen hareketlerini hoş görmek, hiddet (öfke) ve elem konusu yapmamaktadır. Bu nedenle, belirtilen özellikteki kişilerin davranışlarına tepki olarak suç işleyen faillerin cezasından tahrik hükümlerine göre indirim yapılmaması gerekir. Ancak, failin, haksız eylemde bulunan kişinin bu özelliğinden haberi yoksa,

280 Öztürk/Erdem, s.282; Özgenç, 2007, s.387; Açıkgoz, s.77, 82; Aydın, s.233; Ercan, s.166; İçel, s.438.

281 Yargıtay 1.CD 07.02.1995 T., 1994/4368 E., 1995/251 K. sayılı kararı: “Olayda, maktûlün, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu traktörüne takılı alet ile sanıkların traktörüne çarptığı ve hasara neden olduğu, bundan kaynaklanan kavgada sanık Mevlüt’ün maktûlü sopa ile darp ettiği, diğer sanığın da av tüfeği ile ateş ederek maktûlü öldürdüğü anlaşıldığından; maktûl haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre sanıklar lehine TCK’nın 51/1. maddesinin uygulanması gerekir.” (YKD, Nisan 1995, C. 21, S. 24, s. 653-655).

282 Yargıtay 1.CD 01.12.2008 T., 5346 E., 7646 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

bunu bilmiyor veya bilebilecek olanak ve koşullara sahip değilse, bu durumda hata hükümleri uygulanarak haksız tahrikten yararlandırılması hakkaniyet ilkesine uygun düşer denilmektedir²⁸³.

Öğretide bir başka görüşe göre ise, kusur yeteneği bulunmaması (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerle cezai ehliyetsizlik) hukuka aykırılığı kaldıran bir durum oluşturmadığından başka bir anlatımla sübjektif nedenler ile cezai yaptırımlara muhatap olmayan kusur yeteneği bulunmayan kişilere hukuka aykırı hareketlerde bulunma hakkı tanınmadığından bunların hareketleri haksız tahrik oluşturur. Örneğin, kendisini kasten yaralayan kişinin akıl hastası olduğunu bilen failin tepki suçu işleme durumunda hakkında koşulları varsa haksız tahrik hükümleri uygulanabilir²⁸⁴.

Yargıtay kararlarında da haksız eylemde bulunan kişinin kusur yeteneği bulunmamasının haksız tahrik hükmünün uygulanmasına engel oluşturmayacağı kabul edilmektedir²⁸⁵.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen²⁸⁶ ve kişisel olarak da isabetli bulduğumuz 2. görüştür. Buna göre, tahriki oluşturan haksız eylemin bir insan tarafından yapılması gerekir ise de haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından bu insanın kusur yeteneğine sahip olması gerekmez. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi nedenlerle kusur yeteneği bulunmayan insanların gerçekleştirdikleri eylemlerin haksızlık içeriği yani hukuka aykırılık niteliği devam ettiği için kusur yeteneğine sahip olup olmamaları önem taşımaz. Bu bağlamda, diğer koşullar

283 Erem/Danışman/Artuk, s. 597; Tutumlu, s.29; Erem, Haksız Tahrik, s.641; Eker Kazancı, s.1328; Günay, s.71.

284 Önder, Genel Hükümler, s.378; Parlar, s.184; Ekerbiçer, s.101; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.293; Koca/Üzülmez, 2010, s.318; Kangal, s.42; Eker Kazancı, s.1328; Demirbaş, Özel Tahrik Hâlleri, s.43; Gürelli, s.335.

285 Yargıtay 1.CD 17.03.1999 T., 1999/4452 E.- 1999/892 K. sayılı kararı ile “Sağır ve dilsiz olan maktûlün boşalttığı sandalyeye sanığın oturması üzerine maktûlün gelerek kalkmasını sanıktan istediği, yandaki boş sandalyeyi işaret eden ve maktûlün oraya oturmasını işaretle anlatan sanığa maktûlün saldırarak boğazını sıkıp gömleğini yırttığı, ancak uzaklaştırılan sanığa maktûlün taşla hücum ederek bir gün iş ve güçten engelleyecek düzeyde başından yaraladığı olayda maktûlden kaynaklanan kışkırtıcı tavırların haksız tahrik olduğunun kabulü gerektiğine” karar verilmiştir.

286 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.348; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.438; Koca/Üzülmez, s.336-337; Kangal, s.43.

gerçekleştiği takdirde tahrik edici haksız eylemi gerçekleştiren mağdurun kusur yeteneği bulunmaması durumunda da haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

Ceza bağışıklığı bulunan kişilerin tahrik edici eylemlerine karşı işlenen suçlarda failin haksız tahrikten yararlanıp yararlanamayacağı bakımından:

Öğretide fazla taraftar bulmayan bir görüşe göre, tahrik edenin milletvekili, büyük elçi olması hâlinde, bu kişilerin mutlak ceza bağışıklığına sahip olmaları nedeniyle eylemlerinin hukuka aykırılığı ortadan kalkacaktır²⁸⁷.

Kişisel olarak da katıldığımız öğretide ağırlıklı savunulan bir başka görüşe göre ise, tahrik edenin milletvekili, büyük elçi olması hâlinde, mutlak ceza bağışıklığının eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı ve sadece cezalandırılabilme unsurunu kaldıracağı için, böyle bir bağışıklığa sahip kişinin hukuka aykırı eylemleri karşı taraf için haksız tahrik oluşturabilecektir²⁸⁸.

B. Tahriki Oluşturan Eylemin Haksız Olması

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için tahrik oluşturan bir eylemin bulunmasının yanı sıra bu eylemin haksız yani hukuka aykırı olması gerekir²⁸⁹. 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesinde tahrik eylemlerine ilişkin olarak "haksızlık" unsuru belirlenmiş olmakla birlikte, haksızlığın ne olduğu ya da hangi tahrik eylemlerinin haksız olarak kabul edileceği konusunda belirlenmiş kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesine karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde de açık olarak eylemin haksızlığına yer verilmiş ve başka bir ölçüt düzenlenmemiştir²⁹⁰.

287 Sahir **ERMAN**, Hakaret ve Sövme Suçları, 2.Bası, (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989), s.221, 223 (**Erman, Hakaret ve Sövme Suçları**).

288 Dönmezer/Erman, s.352; Koca/Üzülmez, s.336-337; Açıkgöz, s.77-78; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.438; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.348; Koca/Üzülmez, 2010, s.319; Öztürk/Erdem, s.284; Kangal, s.43: Karşılıklı hakaret durumunda taraflardan birinin kişisel cezasızlıktan yararlanması hâlinde karşı tarafa haksız tahrik uygulanabilir. Kişisel cezasızlık nedeni bulunan kişi için ise haksız tahrik uygulamaya gerek yoktur.

289 Ayık, s.91; Erem/Danişman/Artuk, s.595; Duran, s.118.

290 Parlar, s.182-183; İçel, s.438; Gökalp, s.28; Çam, s.28; Toroslu/Toroslu, s.243; Dönmezer/Erman, s.352; Erem/Danişman/Artuk, s.595; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.436; Özgenç, 2007, s.367; Soyaslan, s.463.

Kural olarak hukuka aykırı her davranış haksız eylem niteliği taşır. Mağdurdan kaynaklanan davranış “haksız eylem” niteliğinde değil ise veya haklı ve yerinde bir davranış ise, bu durum failde ne kadar şiddetli öfke ve elem meydana getirirse getirsin haksız tahrik hükmü uygulanamaz²⁹¹. Bir hakkın kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkan saldırılar haksız eylem oluşturmakla birlikte, bir hakkın icrası esnasında işlenen eylemler, ilgili normların çizdiği sınırlar aşılmadığı sürece haksız eylem kabul edilemez²⁹².

Öğretide, haksızlığın ölçütü yani hangi eylemlerin haksızlık unsuru içerdiğine yönelik tam bir görüş birliği bulunmamaktadır:

Hukuka aykırılığı tek ölçüt kabul eden görüşe göre, haksızlık unsuru ile hukuk düzeninin korunması amaçlanır. Evrensel olan ve her yerde kabul edilen önemli ve ortak ahlâki esaslar da hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmıştır. Bu nedenle eğer bir eylem, hukuk düzenine aykırı olmaksızın sadece göreceli olan ve hukuk düzeni tarafından korunmayan ahlâk kurallarını ihlâl ediyorsa haksız tahrik kapsamında değerlendirilemez. Hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmayan kurallara aykırı hareket etmek hukuka aykırılık oluşturmadığından, bunlar hukuka uygun eylemlerdir²⁹³. Eylemin haksız olup olmadığı hususunda objektif ölçülere göre hukuk düzeninin bu şekilde bir davranışı onaylayıp onaylamadığı göz önünde bulundurulur. Tahrik edici eylemin haksızlık durumu objektif ölçülere göre belirleneceğinden, failin tahriki oluşturan eylem bakımından kendi sübjektif değer yargısı veya Yargıtay kararlarında vurgulandığının aksine toplumun değer yargıları göz önünde bulundurulmaz²⁹⁴.

Kişisel olarak da katıldığımız hukuka aykırılık ölçütünü bu konuda tek ölçüt olarak kabul etmeyen aksi yöndeki görüşe göre ise, “kişilere tanınan ve başkasının saldırılarına karşı hukuk normuyla korunan ideal ve hukuksal değerlerin ihlâline, bozulmasına yönelik davranışlar” olarak tanımlanan “hukuka aykırılık” haksız eylemin tek ölçütü değildir. Çünkü “haksızlık” kavramı “hukuka aykırılık”

291 Önder, Genel Hükümler, s.379; Açıkgöz, s.75; Parlar, s.185; Ekerbiçer, s.104.

292 Toroslu, s.72.

293 Gürelli, s.333; Açıkgöz, s.81; Duran, s.121; Centel/Zafer/Çakmut, s.447.

294 Öztürk/Erdem, s.282.

kavramından daha geniş bir anlam ifade eder. Failin psikolojik durumunun da göz önüne alındığı sübjektif kararlarla tahrik eyleminin haksızlığı değerlendirilmelidir. Bu nedenle haksızlığın ölçütleri konusunda kesin bir kural konulamaz. Somut olayın özelliklerine göre sadece ahlâka aykırı bir eylem de faili tahrik edebilir²⁹⁵. Eylemin haksızlığı sadece yazılı hukuk düzenine göre değil, bir bütün olarak hukukun tüm kaynaklarına göre, bu bağlamda ahlâk, örf ve âdet kurallarına yani yazılı olmayan hukuk kurallarına göre de belirlenir. Ancak hukukla çatışan toplumsal değer yargılarına, örf ve adetlere veya geleneklere aykırı hareketler, faili tahrik etse bile “haksız” olmadıklarından haksız tahrik indirimi söz konusu olmayacaktır. Çünkü tahrik eyleminin haksız olması koşulu, hukuk düzenini korumaya yöneliktir. Hukuk kuralları, uygun olmayan örf ve âdetleri yaşatma aracı olarak değil, değiştirme aracı olarak kullanılmalıdır. Nitekim kanun koyucu töre saikini insan öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlemekle törenin uygun görmediği birlikteliklerin haksız sayılamayacağını ortaya koymuştur²⁹⁶.

5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde geçen “haksız bir fiil” ifadesi, mağdurdan kaynaklanan hareketin, hukuk düzeninin onay vermediği bir hareket olması ve eylemin hukuk düzeni ile çatışması anlamı içermektedir. Kuşkusuz özel hukuk açısından “haksız eylem” ve ceza hukuku açısından “suç” olarak nitelendirilen hareketler aynı zamanda tipik bir haksız eylemdir. Hukuka aykırı eylemler, hukuka uygunluk nedenlerinden herhangi birisinin bulunmaması durumunda haksız birer eylem olarak kabul edilmektedir²⁹⁷. Bununla birlikte, tahrik edici eylemin mutlaka “Ceza Hukuku anlamında suç” veya “Borçlar Hukuku anlamında haksız eylem” niteliğinde olması gerekmez. Eylemin haksızlığı, bunun suç teşkil edip etmemesine ya da Borçlar Hukuku bakımından haksız olup olmamasına bağlı değildir. Haksız eylem niteliği taşıyan davranış, toplumsal değer hükümlerine, ahlâka, hukuka aykırı herhangi bir davranış olabilir²⁹⁸. Başka bir anlatımla eylemin haksız olup olmadığı, toplumda geçerli olan değerler, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik eden

295 Turhan Tûfan YÜCE, Ceza Hukuku Dersleri, C.I, (Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982), s.249 (Yüce); Erem/Danışman/Artuk, s.596; Başar I, s.258; Özen, Meşru Müdafaa, s.81; Açıkgöz, s.81; Duran, s.121.

296 Zafer, s.369; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe, s.407; Aydın, s.235.

297 Duran, s.118; Açıkgöz, s.80.

298 Ercan, s.166; Aydın, s.233; Duran, s.103; Gökalp, s.28; Açıkgöz, s.77; Özgenç/Şahin, s.285; İçel, s.438; Parlar, s.183; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.41.

ile failin hâl ve davranışları gibi tamamen değişken ölçütlere göre hâkim tarafından takdir edilir²⁹⁹. Haksızlık unsuru, sadece eyleme bakarak değil, somut olayda failin çevresi, sosyal koşulları ve kişiliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Eylemin haksızlık niteliğinin belirlenmesinde, bu eylemin işlenmesine ilişkin bütün nedenler somut olay bakımından değerlendirilmeli ve yargılama esnasında bir arada ele alınmalıdır. Bazı durumlarda mağdurun söylediği sözden çok söyleyiş tarzı ya da beden dili de tahrik nedeni olabilmektedir³⁰⁰.

Tahrik eyleminin haksız olması ve bunun sonucunda hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi gerekli ve yeterlidir. Eylemin ağırlığının herhangi bir önemi bulunmamakta olup, tahrik eyleminin ağır ve şiddetli olması kanuni anlamda tahrikin derecesine ilişkin bir husustur³⁰¹. Eylemin failde hiddet ve şiddetli elem meydana getirecek boyutlarda olup olmadığı hususu, toplumsal yaşamın değer yargılarına, etik anlayışına ve kültüre göre yorumlanacak ve bunun sonucuna göre failin tahrik hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına karar verilecektir³⁰².

Mağdurun/maktûlün fail aleyhine dava açması veya icra takibi başlatması, ihbar veya şikâyet hakkını kullanması kanunun tanıdığı hak ve yetkinin kullanımı sınırları içinde değerlendirildiğinden haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Bir hakkın kullanılması niteliğindeki eylemler de hakkın kötüye kullanımı söz konusu olmadığı veya görev ya da yetkinin kullanımı ile ilgili normun sınırları aşılmadığı sürece haksız sayılmayacaktır³⁰³.

YCGK kararlarında, hakkını temin etmek üzere kanun yollarına başvuran mağdurun/maktûlün kanuni hakkını kullanırken faile karşı alaycı üslup ile davranmasının ve eylemin haksız boyuta ulaşmasının, hakkın kullanılma sınırlarını aşacağından tahrik edici haksız eylem olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır³⁰⁴.

299 İçel, s.438; Parlar, s.183.

300 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.186.

301 Demir, s.47; Tutumlu, s.24; Erem/Danışman/Artuk, s.596.

302 Tutumlu, s.24; Çolak, s.112; Soyaslan, s.481.

303 Toroslu, s.72; Ekerbiçer, s.105; Günay, s.26; Açıkgoz, s.79; Gürelli, s.333-334; Ayık, s.91.

304 YCGK 29.03.2011 T., 2011/1-33 E.- 2011/20 K. sayılı kararı: “Maktûlün ortağı bulunduğu şirketin, sanığın şirketine karşı menfi tespit davası açmak suretiyle yasal bir yola başvurmuş

Yargıtay yerleşik kararlarında, mağdurun alacağını/hakkını kanuni yollara başvurarak tahsil/temin olanağı bulunmasına rağmen kendiliğinden tahsil/temin etmeye yönelik hareketlerinin haksız tahrik oluşturduğu belirtilmektedir³⁰⁵.

Yargıtay yerleşik kararlarında, failin hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacı ile cebir kullanması sureti ile kasten yaralama suçu işlemesi durumunda, bu suç yağma suçunun az cezayı gerektiren hâli olarak düzenlendiğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir³⁰⁶.

İlk haksız eylemi yapan kişinin kendi kusurundan kaynaklanan eylem nedeni ile tahrik edildiğini ileri sürmesinin mümkün olup olamayacağı konusunda öğretide kabul gören görüşe göre; meşru savunmaya karşı meşru savunma kabul edilmeyeceği kuralına benzer şekilde, haksız tahrikten doğan tepki de tahrik sayılmaz. Bu nedenle karşılıklı tahrik hâllerinde haksızlık ilk tahrik eden kişide olup, ilk haksız eylemi yapan kişi daha sonra tahrik edildiğini ileri süremez. Çünkü failin haksız tahrikten yararlanabilmesi için mağdurun tahrik edici eylemine kendi kusuru ile neden

olması, TCK'nın 29. maddesi anlamında haksız bir eylem olmadığından haksız tahrik olarak kabul edilemeyecek ise de; olaydan bir süre önce ve o tarih itibarıyla aralarında halen devam etmekte olan menfi tespit davası nedeniyle adliyede buldukları sırada sanığın yanına gelen maktûlün alaycı bir üslûpla, -bu dosyayı kapatalım, bir miktar para verelim, aksi taktirde çok sürünürsünüz- şeklindeki konuşması ve bu tür sözlerin maktûl tarafından değişik zamanlarda da söylenmiş olması sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren haksız bir davranıştır. Bu nedenle olayda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması açısından araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi yerel mahkemenin, maktûlden kaynaklanan ve yukarıda açıklanan haksız hareketin ağırlığını ve özelliklerini göz önüne alarak, sanık hakkında TCK m.81 f.1 uyarınca tayin ettiği müebbet hapis cezasını, TCK m.29 uyarınca 16 yıl hapis cezasına indirmiş olması, hak ve nesafet kurallarına uygun olup, bu takdirde dosya içeriğine göre bir isabetsizlik de bulunmamaktadır” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

305 Yargıtay 4.CD, 01.07.2013 T, 2011/6244 E.- 2013/20639 K. sayılı kararı:”...Mağdurların sattıkları klima nedeniyle doğan alacaklarını kanuni yollara başvurarak tahsil olanağı bulunmasına rağmen, sanığın rızası hilâfına evinde takılı bulunan klimayı sökmek istemeleri üzerine bu duruma sinirlenen sanığın tehdit suçunu işlemesi karşısında, mağdurların eylemlerinin haksız tahrik oluşturduğu gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçeyle TCK m.29 hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: erişim tarihi: 28.12.2016).

306 Yargıtay 6.CD 09.02.2016 T, 2015/7794 E- 2016/462 K sayılı kararı: “Sanık hakkında mahkemece uygulama yapılırken, TCK'nın 150/1.maddesi delaletiyle hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla cebir kullanması nedeniyle kasten yaralama suçundan hüküm kurulduğunun anlaşılması karşısında; yağma suçunun az cezayı gerektiren hâli olarak öngörülen bu suçla ilgili haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında TCK'nın 29/1.maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...”(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

olmaması gerekir³⁰⁷. Ancak, ilk haksız eylem failden gelmiş olsa bile, mağdurdan gelen tepki daha ağır ve ölçsüz olup faili suç işlemeye yöneltmiş ise, bu ölçsüz hareket nedeni ile fail lehine bozulan denge ve etki- tepki arasındaki oransızlık gözetilerek haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir^{308, 309}.

Yargıtay uygulamaları da bu doğrultuda olmakla, ilk haksız eylemin failden gelmesi durumunda etki ve tepki arasında oransızlık bulunmadığı takdirde fail hakkında haksız tahrik hükmü uygulanmaz³¹⁰. Karşılıklı tahrikte, “ilk haksız hareket” ve “dengenin bozulması” ölçütlerini kabul eden Yargıtay yerleşik uygulamalarına göre, karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı durumunda, fail ve mağdurun tahrik oluşturan haksız eylemleri birbirine oranla değerlendirilmeli, öncelik - sonralık durumları ile birbirine etki - tepki şeklinde gelişip gelişmedikleri, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri göz önünde tutulmalı, buna göre etki - tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız

307 Dönmezer/Erman, s.354; Dönmezer/Erman, 1986, s.381; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.432; Erem, Haksız Tahrik, s.665; Ayık, s.92-93; Erem/Danışman/Artuk, s.597; Taner, s.446; Gürelli, s.335; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.42; Kaya, s.40.

308 Hakeri, s.375; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.437; Koca/Üzülmez, 2010, s. 318; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.42; Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.407-408; İçel/Evik, s.228; Zafer, s.266; Önder, Genel Hükümler, s. 379; Gürelli, s.335.

309 YCGK 19.04.2011 T, 2011/1-47 E- 2011/56 K sayılı kararı:

“Yerleşmiş yargısal kararlarda kabul edildiği üzere gerek fail gerekse maktûlün karşılıklı haksız davranışlarda bulunması halinde, tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile maktûlü tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir.

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

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Ceza Dairelerinin duraksamasız uygulamalarına göre; failin, ilk haksız hareketin mağdurdan veya maktûlden kaynaklandığına ilişkin savunmasının aksinin ispatlanamaması durumunda, “kuşkudan sanık yararlanır” ilkesi uyarınca sanık yararına haksız tahrik hükümleri uygulanmaktadır.

Tahrik nedeniyle yapılacak indirim oranı belirlenirken haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, yeri, zamanı, yöresel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmeli, eğer haksız hareket bu özellikleri itibarıyla yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa ancak bu takdirde haksız tahrikin ağır ve şiddetli olduğu kabul edilmelidir” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi:28.12.2016)

310 Savaş/Mollamahmutoğlu, s.999; YCGK 02.06.1986 T., 116 E.- 313 K. sayılı kararı ile “... Açıklanan şu hâle, yargısal ve bilimsel görüşlere ve sanık kendi haksız davranışıyla olaya sebebiyet vermiş bulunmasına göre, tahrik hükmünden yararlanması olanaksızdır.” demek suretiyle karşılıklı tahrik hâllerinde haksızlığın ilk tahrik edende olduğuna karar vermiştir. İçel, s.438; Dönmezer/Erman, 1986, s.383; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.432.

eylemine gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması durumunda, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir ³¹¹ . ³¹² .

Kişisel görüşümüze göre;

İlk haksız eylem failden gelmiş olsa bile, mağdurdan gelen tepki daha ağır ve ölçüsüz olup faili suç işlemeye yöneltmiş ise haksız tahrik hükmü, tahrik edici eylem ile tepki suçu arasındaki oransızlık gerekçesi ile değil, bu saldırgan hareketin failin vücut bütünlüğüne veya yaşam hakkına yönelik “önemli hak ihlâli” oluşturması nedeni ile uygulanmalıdır. Öte yandan tepkide aşırılık ve açık oransızlık olarak ifade edilen husus, tahrik eylemi ile tepki suçu arasında değil, tahrik edici eylem nedeni ile failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile tepki suçu arasındaki orana ilişkindir. Çünkü tahrik edici eylem ile tepki suçu arasında oran koşulu aranması haksız tahrikin yapısı ile bağdaşmaz.

Karşılıklı kavga ya da çatışma durumunda ilk haksız hareketin kimden geldiğinin belirlenememesi hâlinde tahrik indirimi uygulanıp uygulanmayacağı öğretide ve uygulamada tartışma konusu olmuştur:

Öğretide savunulan bir görüşe göre, hâkim, karşılıklı tahrik hâlinde ilk saldırıya geçeni belirlemek için elinden geleni yapmalı, bu araştırmadan sonra

311 YCGK 05.04.2016 T, 2015/1-532 E- 2016/172 K sayılı kararı: “Yerleşmiş yargısal kararlarda kabul edildiği üzere gerek fail gerekse mağdurun karşılıklı haksız davranışlarda bulunması halinde, tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir. Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı halinde, fail ve mağdurun yek diğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik- sonralık durumları ile birbirlerine etki- tepki biçiminde gelişip gelişmediği göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki- tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi:28.12.2016)

312 İçel, s.438, dpn.174; Eker Kazancı, s.1334:Yargıtay 1. CD 05.10.2009T, 2008/10288 E-2009/5601 K sayılı kararı: “ “Sanığın, maktûle ait olan toprak alma sırasına riayet etmeden önüne geçmesiyle ilk haksız hareketi yaptığı, maktûlün, daha ağır bir tepki göstererek kamyonuyla sanığın kamyonuna kasten çarpması nedeniyle etki tepki dengesi sanık yararına bozulmuş ise de, etki tepki arasındaki oransızlık da gözetilerek, haksız tahrik indiriminin asgari düzeyde tutulması yerine, yazılı şekilde 15 yıla hükmolunarak eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir”.

belirleyememesi durumunda her iki fail bakımından da meşru savunma hükümleri uygulanmalıdır. Bu tür durumda meşru savunma değil de haksız tahrik hükümlerinin uygulanması haksızlık olacaktır³¹³.

Kişisel olarak da katıldığımız öğretilerdeki ağırlıklı bir başka görüşe göre, karşılıklı çatışma ya da kavga gibi hâllerde ilk haksız saldırıyı kimin başlattığı belirlenemezse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği her iki faile de haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır³¹⁴.

Yargıtay'ın bazı kararları, sanık savunmasının aksi kanıtlanamazsa, şüpheli kalan bu durumun sanık lehine değerlendirilerek onun haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması gerektiği³¹⁵ şeklindedir. Buna karşın bazı kararları aksi yönde ve ilk haksız hareketin kimden geldiği belirlenemediği takdirde tahrik hükmünün uygulanamayacağı³¹⁶ şeklindedir. Buna karşın, Yargıtay'ın “şüpheli durumdan sanık yararlanır ilkesi” gereği eylemin haksız tahrik etkisi altında işlendiğinin kabul edilmesi ve her iki taraf için de haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik kararları istikrar kazanmıştır³¹⁷.

Tahrik oluşturan haksız eylemin işlenmesinden sonra, tarafların barışmaları ve normal bir ilişkiye girişmeleri ya da tahrik eyleminden sonra tahrikçinin hata yaptığını düşünerek haksızlığın giderilmesine ve telafiye yönelik davranışlarda (yardım, özür, af dileme) bulunması hâlinde tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması bakımından:

313 Zafer, s.329; Yargıtay 1.CD 31.03.2011 T, 2015/872 E- 2011/1888 K sayılı kararı; Hakeri, s.269; Aydın, s.241; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.273; Eker Kazancı, s.1340.

314 Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.209; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.294; Eker Kazancı, s.1340.

315 YCGK 22.10.2002 T, 2002/4-238 E – 2002/367 K sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

316 Günay, s.120; Yargıtay 2.CD 07.11.2007 T, 2007/10781 E- 2007/14547 K sayılı kararı:” Tahrik hükmünün, ilk haksız hareketin karşı taraftan geldiğinin belirlenmesi hâlinde uygulanabileceği gözetilmeden, kavgayı kimin başlattığı tespit edilemediğinden şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile sanık hakkında tayin olunan cezada haksız tahrik nedeni ile indirim yapılması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”.

317 YCGK 12.06.2012 T, 2012/1-560 E- 2012/227 K sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016); YCGK 22.10.2002 T, 2002/4-238 E – 2002/367 K sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

YCGK eski tarihli bir kararında³¹⁸, tahrike neden olan haksız hareket sonrası haksızlığının giderilmeye çalışılmasının, ilk haksızlığı ortadan kaldırmayacağı, bu nedenle haksız eylemde bulunanın sonradan özür dilemesi hâlinde haksız tahrikin uygulanmamasının kurumun psikolojik esaslarına da uygun olmayacağı, ancak haksızlığın giderilmeye çalışılmasının belki ağır tahriki hafif tahrike dönüştürebileceği yönünde karar vermiştir.

Yargıtay bir başka kararında ³¹⁹ “Ancak, basit tahrik oluşturacak nitelikte haksız hareketlere maruz kalan kişi bu haksız hareketleri gerçekleştiren kişiyi affetmiş ve onunla barışmış ise bu affetme ve barıştan sonra işlenen suçlar nedeniyle affa ve barışa konu olan haksız hareketler tahrik hükümlerinin uygulanmasında nazara alınmamalıdır. Çünkü haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin etkisi altında suç işlemesi gerekir. Failin daha önce affettiği bir haksız hareketin etkisi altında kalması düşünülemez. Aksini kabul kanun hükmüne aykırı olduğu gibi kanun koyucunun amacına da ters düşer.” demek sureti ile affetme ya da hukuki takibat sonucunda mağdurdaki hiddet veya şiddetli elemin etkisinin kalmayacağı görüşü doğrultusunda karar vermiştir.

Öğretide ileri sürülen ağırlıklı görüşe göre; tahrik oluşturan haksız eylemin işlenmesinden sonra, taraflar barışmış ve normal bir ilişkiye girişmişlerse, “bu durumda kesin olarak tahrik oluşmaz ya da oluşur” demek haksız tahrik kurumunun yapısına uygun düşmez. Tarafların barışmış olmalarına rağmen, tepki suçunu işleyen failin, önceki olayın meydana getirdiği psikolojik durumun etkisi altında hareket edebileceği göz önünde tutulmalıdır. Eğer fail hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemiş ise barışmış olma olgusu sadece tahrikin derecesinin belirlenmesinde önem kazanacaktır³²⁰.

Kişisel görüşümüz;

318 YCGK 16.10.1944 T, 1944/84 E.- 1944/89 K. sayılı kararına ilişkin bkz. Erem, Gereççeli Türk Ceza Kanunu, s.60-61.

319 Yargıtay 1. CD, 17.04.1984 T, 658 E- 1749 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

320 Duran, s.140; Tutumlu, s.35; Gürelli, s.335; Erem, Haksız Tahrik, s.642.

Failin, tahrik oluşturan haksız eylemin gerçekleşmesinden sonra özgür iradesi ile mağdurla barışması, onu affetmesi ve normal bir ilişkiye girmesi durumu; fail tarafından mağdurdan kaynaklanan tahrik edici haksız eylemin katlanabilir ve hoşgörü ile karşılanabilir kapsamda değerlendirildiği, tekrar normal ilişkiye dönülmesi bakımından sakınca görülmediği ve bu eylemin psikolojisinde hiddet veya şiddetli elem duygusuna yol açacak nitelik ve boyuta ulaşmadığı kabulünü de beraberinde getirecektir. Dolayısıyla failin kişilik değerlerini, içinde yaşadığı toplumun değer yargılarını, eylemin işleniş şekil ve özelliklerini, doğurduğu veya doğuracağı etki/ zararları da göz önünde bulundurmak suretiyle verdiği karar ile hoşgörü ile karşılanabilir ve katlanabilir gördüğü bir eylemin, onun psikolojisinde karışıklığa yol açarak iradesini zaafa uğratacak, kontrol yeteneğini kaybettirecek, normların kendisine tanıdığı tercih hakkını suç işleme yönünde kullanmasına yol açacak düzeyde hiddet veya şiddetli eleme neden olduğunun ileri sürülmesi bariz bir çelişki meydana getirecektir. Öte yandan etki- tepki dengesi itibariyle burada tahrik edici haksız eylem, failin işlediği suçun tepki suçu olarak değerlendirilmesine yeterli ve elverişli etki olma niteliğini yitirecektir. Failin önceki haksız eylemin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket edip etmediği önem taşıdığından bu koşullarda fail haksız tahrik hükmünden yararlanamayacaktır. Ancak, barışma, affetme ve normal ilişkiye dönülmesi, failin iradesinin hata veya hileli hareketlerle yanlış yönlendirilmesi, maddi veya manevi cebir- şiddet uygulanması sonucu temin edilmiş ise haksız tahrik hükmünün uygulanmasına engel durum bulunmamaktadır. Yine, barışma ve bağışlamadan sonra fail tahrik edici haksız eyleme ilişkin yeni bilgilere ulaşmış ve bu bilgileri önceden bilmesi hâlinde mağduru affetmeyeceği bir durum söz konusu ise haksız tahrik hükmünden yararlanabilecektir.

C. Tahriki Oluşturan Eylemin Failde Hiddet veya Şiddetli Elem Meydana Getirmesi

Haksız tahrikin kusurluluğu etkileyen bir durum olarak kabul edilmesinin nedeni failin “hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” suçu işlemesidir³²¹. Haksız tahrikin objektif unsurunu hukuka aykırı bir eylemin varlığı oluştururken, subjektif

321 Koca/Üzülmez, s.338.

unsurunu ise söz konusu eylemin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem hâli oluşturur³²².

765 sayılı TCK m. 51 hükmünde haksız tahrik ile ilgili “gazap veya şedit elem” kavramları yer almakta iken 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde “hiddet veya şiddetli elem” kavramları tercih edilmiştir.

Madde gerekçesinde, haksız tahrikin bu koşulu ile ilgili olarak; “Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin, bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan, kanun maddesi söz konusu psikolojik durumları belirtecek şekilde kaleme alınmıştır. ‘Gazap’ aslında hiddetlenmeyi ifade eder; ‘şedit bir elem’ terimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh durumu ise de burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu durumu da kapsamaktadır. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde her iki sözcüğün kullanılması uygun sayılmıştır” açıklamasına yer verilmiştir³²³.

Hiddet sözcüğünün sözlük anlamına bakılacak olursa, gazap, öfke ve kızgınlık olarak tanımlanmaktadır. Şiddetli elem ise, acı keder ve üzüntü anlamına gelmektedir³²⁴. Kanun maddesine göre elemin basit olması yeterli değildir. Şiddetli olması gerekmektedir. Buna karşın hiddet bakımından şiddetli olması aranmamaktadır³²⁵.

Buna göre ceza hukuku bakımından hiddet, failde haksız eylem nedeni ile ortaya çıkan kızgınlık; şiddetli elem (büyük üzüntü) ise, haksız eylemin failde ortaya çıkardığı psikolojik sarsıntı heyecan durumlarını ifade etmektedir. Haksız tahrikten

322 Özalp, s.41; Aydın, s.236.

323 İzzet ÖZGENÇ, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), s. 109- 110, (Özgenç, 2004); İzmir, s.39; Bakıcı, s.556; Çam, s.25; 5237 sayılı TCK’nın 29. madde gerekçesi.

324 Parlar/Hatipoğlu, s.143; İzmir, s.39.

325 Çam, s.54; Aydın, s.228; Eker Kazancı, s.1313; Ekerbiçer, s.110.

söz edebilmek için hiddet veya şiddetli elem bir arada olması gerekmez. İkisinden birinin varlığı yeterlidir³²⁶.

Tahrik edici eylemin failde hiddet veya şiddetli eleme neden olma unsuru haksız tahrik kurumunun psikolojik unsuru olarak kabul edilmekte³²⁷ ve kanun koyucu hiddet veya şiddetli elem şeklindeki duyguları iradeyi etkileyen heyecan durumları olarak değerlendirmektedir. Ancak hiddet veya şiddetli elemin, herhangi bir hiddet veya şiddetli elem olması haksız tahrikin uygulanması için yeterli olmayıp, failin hiddet veya şiddetli elem durumunun mağdurun gerçekleştirdiği haksız bir hareketten kaynaklanması gerekmektedir³²⁸.

Faildeki duygular kanunda yazılı hiddet veya şiddetli elem olmalıdır. Bunun dışında kompleksler, kıskançlıklar, öç alma duyguları, failin kişilik bozuklukları veya stresli olması, fazla alınganlık göstermesi gibi duygular failin kendi kişisel özelliklerinden kaynaklandığından haksız tahrikin uygulanması ile ilgisi olmayan duygulardır³²⁹.

Hiddet veya şiddetli elem, kişilere, yere ve zamana göre değişiklik gösteren bu sübjektif ve psikolojik olgudur. Haksız eylemin tahrik nedeni kabul edilebilmesi için hem failde hiddet veya şiddetli elem oluşturması hem de failin bu psikolojik durumun (ruhsal karışıklığın) etkisinde kalarak suçu işlemesi gerekir. Bu yüzden, tahriki oluşturan haksız eylem ile failin psikolojik durumu arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Eğer failin içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli elem başka bir nedene bağlı olarak ortaya çıkmış ise haksız tahrikten söz edilemez. Bunun için de öncelikle tahriki oluşturan eylemin hiddet veya şiddetli elem meydan getirecek nitelikte olması gerekir³³⁰.

Uygulamada tahrik edici eylemin haksızlığı kabul edilince hiddet veya şiddetli elem hâli araştırılmamakta ve sadece mevcut sayılmaktadır. Bu şekilde, tahrik eden

326 Tutumlu, s.31.

327 Aydın, s.228; Eker Kazancı, s.1334; Tutumlu, s.31; Taşdemir, s.38.

328 Eker Kazancı, s.1313.

329 Aydın, s.236; Taşdemir, s.40; Duran, s.150; Tutumlu, s.31; Ekerbiçer, s.112.

330 Parlar, s.186; Demir, s.47; Tutumlu, s.24; Erem/Danışman/Artuk, s.596; Öztürk/Ertem, s.284; Parlar, s.186; Parlar/Hatipoğlu, s.557; Taşdemir, s.39.

eylemin haksızlığına bakılarak hiddet veya şiddetli elemin varlığı lehine bir karine ortaya atılmaktadır. Bu anlayış, kuşkusuz kanunun ruhuna ve tahrikin sübjektif esasına uygun değildir³³¹. Çünkü haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından hem tahrik oluşturan haksız bir eylemin olup olmadığı araştırılacak hem de şayet eylemin haksız olduğu sonucuna ulaşılmış ise bunun faili gerçekten hiddet veya şiddetli eleme sürükleyip sürüklediği ortaya konulacaktır. Her failin psikolojik yapısı birbirinden farklı olduğu için haksız hareketin mutlaka her kişiyi aynı derecede etkileyeceğini kabul etmek uygun değildir³³².

Haksız eylemin failde hiddet veya şiddetli eleme yol açıp açmadığının belirlenmesinde, TCK her konuda olduğu gibi haksız tahrik bakımından da ortak deneyimlere göre normal olarak nitelenebilen insanı esas almaktadır³³³. Bu belirleme için, haksız eylemin gerçekleştiği veya öğrenildiği zaman makûl, normal ve orta derecede bir kişi bakımından hiddet veya şiddetli elem doğurabilecek nitelikte olup olmadığı araştırılarak objektif değerlendirme yapılacaktır³³⁴. Burada önemli olan nokta, somut olayın özellikleri ve psikolojik ortam göz önünde bulundurularak, normal bir kişinin bile böyle bir duruma düşüp düşmeyeceğidir. Çünkü aynı zamanda ahlâken ve vicdanen de kabul edilebilir olması gereken bu buhran durumu, failin kolay heyecanlanabilirliği, saldırganlığı veya alınganlığı gibi anormal psikolojik yapısının bir sonucu olmamalıdır³³⁵. Gerçekte hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirebilecek nitelikte olmamakla birlikte, failin fazla alıngan veya aşırı duygusal olması nedeni ile onun üzerinde bu şekilde bir etki meydana getiren eylemlere ilişkin olarak haksız tahrik hükmü uygulanmaz. Çünkü bu durumda failin hiddet veya şiddetli eleme kapılması, haksız eylemden değil, kendi ruhsal yapısından kaynaklanmaktadır³³⁶. Öte yandan faildeki özel bilgilerin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Çünkü faildeki özel bazı bilgiler nedeni ile makûl bir kişide hiddet ve

331 Ayık, s.94; Erem/Danışman/Artuk, s.598; İzmir, s.38.

332 Tutumlu, s.31; Taşdemir, s.40; Duran, s.150; Aydın, s.236.

333 Demirbaş, s.393; Öztürk/Erdem, s.284.

334 Dönmezer/Erman, s.357; Eker Kazancı, s.1334; Hakeri, s.376; Eker Kazancı, s.1314.

335 Savaş/Mollamahmutoğlu, s.981; Ekerbiçer, s.114.

336 Koca/Üzülmez, s.338-339; Kaya, s.44.

şiddetli eleme yol açmayacak bazı davranışlar, failde hiddet ya da eleme yol açabilir³³⁷.

Haksız eylemin suç teşkil etmesi durumunda eğer tahrik eden kişi cezalandırılmış ise, bu eylemin hiddet veya şedit elem meydana getirmeye elverişli olup olmadığı tartışmalıdır:

Öğretide bir görüşe göre, bu durumda fail haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaz³³⁸. Çünkü ilk olay kanuni bir yaptırımla sonuçlanmış, kamu otoritesi tarafından haksız fiile bir tepki verilmiştir. Bu tepki her ne kadar mağdur tarafından verilmemiş ise de toplum adına verilen bu tepki mağduru da içine almaktadır. Dolayısıyla mağdur yönünden de hiddet ve elem hâlinin sona erdiğini kabul etmek gerekir³³⁹. Aksi takdirde eylemin tahrik oluşturmaya devam etmesi hâlinde, olayın öç alma dürtüsüne dönüşeceği ve bunun da kişilerin kendi haklarını kendilerinin almalarına neden olacağı ifade edilmektedir. Kanunun öngördüğü ceza yeterli bulunmayarak kişisel duygu ve düşünce ile hareket edildiği takdirde bu durum kişilerin kendi haklarını kendiliklerinden almalarına yol açabileceği gibi anarşik bir ortam tehlikesinin doğabilecektir³⁴⁰. Böyle bir durumda her suçun kişiler tarafından bir karşılığı verilmeye çalışılacaktır ki bu durum bir hukuk devletinde kabul edilemez. Kaldı ki psikolojik olarak da kişinin cezalandırılması mağdurda bir rahatlama ve sükûnet meydana getirecektir³⁴¹.

Öğretide bir başka görüşe göre ise; tahriki oluşturan eylem failinin, bu suç nedeni ile mahkûm edilmiş ve cezasının infaz edilmiş olması onun bu haksız eyleminin hiddet veya şiddetli eleme etkisi altında bulunan ve bu ruhsal durumun tepkisi ile suç işleyen kişi lehinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Başka bir anlatımla, taraflar arasında önceden meydana gelen olayın

337 Kangal, s.43: Yazar burada örnek olarak eşi tarafından aldatılan bir kişiye boynuz işareti yapılması veya benzer imalı hareketlerde bulunulmasını göstermektedir.

338 Hakeri, s.374.

339 Kaya, s.51-52.

340 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.196; YCGK 16.04.1979 T, 1979/1-93 E- 1979/71 K sayılı kararı için bkz. Malkoç, s.198.

341 Kaya, s.51-52.

yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkûmiyetle sonuçlanıp, cezanın infaz edilmesi tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez³⁴². Çünkü haksız tahrik indiriminin yapılmasının nedeni, kişinin içinde bulunduğu psikolojik durum nedeni ile kusur yeteneğinin azalmasıdır. Kaldı ki TCK'da haksız tahriki, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlemiş ve hükmün uygulanabilmesi için haksız bir eylemin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında olmak dışında başkaca bir koşul aramamıştır. Ayrıca haksız eylem oluşturan önceki hareketin failinin ceza yaptırımına tâbi tutulmuş olması, her zaman kişinin hiddet ve şiddetli bir eylem yaşamasını engeller veya sona erdirir şeklinde bir genellemenin yapılması da mümkün değildir³⁴³.

YCGK bir kararında³⁴⁴ öğretideki ikinci görüş doğrultusunda” ... Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi açısından, failin suçu ilk haksız fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisiyle işleyip işlememesi önemlidir. Mağdur ya da maktulden gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hâllerde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gereklidir. Öte yandan eylemin tahrik nedeni sayılabilmesi için haksız olması yeterlidir. Ayrıca ceza kanunlarında öngörülen bir suç kalıbına uyması, başka bir deyişle suç oluşturmaması gerekli değildir. Bu nedenle, tahrik teşkil eden fiilin faili, bu eylemi nedeniyle yargılanarak mahkûm olmuş ve cezası infaz edilmiş olsa bile, haksız fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalıp bu ruhi durumun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 11.05.2004 gün ve 74-118 ile 10.06.2003 gün ve 143-183 sayılı kararlarında, üzerinden uzun zaman geçmesi, taraflar arasında önceden gerçekleşmiş bulunan olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesi ya da fiilin suç oluşturmaması nedeniyle kişinin beraat etmesi, dava veya cezanın ayla ortadan kalkması gibi durumların, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği vurgulanmıştır...” şeklinde karar vererek, tahrik

342 Parlar, s.187; Kangal, s.42; Koca/Üzülmez, 2010, s.321.

343 Demren Dönmez, s.278, 279.

344 YCGK 01.03.2016 T, 2015/1-848 E- 2016/105 K. Sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi:28.12.2016). Benzer görüşü içeren YCGK, 10.06.2003 T, 2003/1-143 E- 2003/183 K sayılı kararı için bkz. Günay, s.100.

eyleminin faili olan mağdurun, bu eylemi nedeniyle yargılanarak mahkûm olmuş ve cezası infaz edilmiş olsa bile, haksız fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalıp bu ruhi durumun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay 1. CD ³⁴⁵, tahriki oluşturan eylem failinin, bu suç nedeni ile mahkûm edilmiş ve cezasının infaz edilmiş olması durumunun, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp tahrikin derecesini takdir etme bakımından önem kazanacağı şeklinde benzer yönde karar vermiştir.

Yargıtay 1. CD başka bir kararında da³⁴⁶, uzun yıllar önce kendisini kandırarak livata yapmaktan mahkûm olan maktûlün, cezasını çekip tahliye olduğunu öğrenmesi üzerine tasarlayarak adam öldürme suçu işleyen fail hakkında tahrik indirimi uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

Kişisel görüşümüze göre;

Tahrik edici eylemin ceza kanunu anlamında suç oluşturması nedeni ile ceza yargılaması yapılarak mahkûmiyetine karar verilmiş ve hatta cezasının infaz edilmiş olması hâlinde, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyecek ölçüde sona erip ermediği bakımından standart bir ölçü veya kural konulması kurumun yapısı ile bağdaşmaz. Öte yandan ceza kanunu bireyden çok toplumsal yarar dengesini ön planda tuttuğundan suçun karşılığı olarak öngörülen cezanın nitelik ve miktarının her zaman haksızlığı giderme bakımından bireysel tatminin tam karşılığı olduğundan söz edilemez. Her somut olayda ihlâl edilen bireysel hak veya özgürlüğün niteliği, eylem ile nedensellik bağı bulunan zararın kapsamı ve yoğunluğu, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin düzeyi,

345 Parlar, s.187: Yargıtay 1.CD 04.05.1999 T, 1999/371 E-1999/1362 K sayılı kararı: “Mağdur-müdahil Mehmet’in, 1985 yılında 15 yaşlarında olan sanık Muharrem’in ırzına tasaddide bulunması haksız tahriki oluşturduğundan aradan geçen zaman ve Mehmet’in cezasını çekmesi, tahrikin derecesini takdirde önem kazanacağından sanık Muharrem lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması yasaya aykırıdır “.

346 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.197, dpn.732: Yargıtay 1. CD 03.03.2004 T, 2003/1979 E. – 2004/623 K. sayılı kararı:” Failin olaydan önce kendisini kandırıp livata etmekten mahkum olan maktûlün cezasını çekip çıkması ve kasabada konuşulması üzerine maktûlü öldürmeye karar verip yolunu beklediği, traktörde bulunan maktûlü, annesini ve sürücüyü öldürdüğü, arabada olup olayla ilgisi olmayan mağduru da yaraladığı eylemde, failin maktûlü tasarlayarak öldürdüğü, yaralanana da yaraladığı, öldürme eyleminde ise tahrikin varlığı kabul edilmelidir “.

toplumdaki sosyal statüleri, toplumun hukuk düzeni ile çatışmayan değer yargıları, zararın kişiye etkisinin geçici veya kalıcı olması, zararın telafisinin mümkün olup olmaması, verilen cezanın meydana getirdiği tatmin ve rahatlama duygusu ve olayın gerekli kıldığı diğer özellikler göz önünde bulundurulmak suretiyle makûl, normal ve orta derecede bir kişi bakımından hiddet veya şiddetli elem doğurmaya devam edebilecek nitelikte olup olmadığı hususu hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda failde mağdurun haksız eyleminin meydana getirdiği hiddetin veya şiddetli elemin sona erdiği ya da tepki suçu ile nedensellik bağı kurulmasına elverişli olmayacak düzeyde azaldığı sonucuna varılması hâlinde haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır. Buna karşın mahkeme nezdinde tahrik edici eylemin suç olarak kabulü ile cezalandırılmasına karar verilmesi veya cezanın infaz edilmiş olması hâlinde bile, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin teskin edilmesinden ve haksızlığın telafi edilmesinden söz edilemeyeceği, failin tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında tepki suçunu işlediğinin halen kabul edilebildiği koşullarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

Ç. Failin İşlediği Suç İle Hiddet veya Şiddetli Elem Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Haksız eylem sonucunda failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Fail tahrik edilmeseydi, suçu işlemeyecekti sonucuna varıldığında, failde oluşan hiddet veya şiddetli elem ile işlediği suç arasında nedensellik bağı var demektir³⁴⁷.

Fail, çoğu zaman eylemini gerçekleştirirken, sadece haksız tahrik altında değil, buna ek olarak nefret, öç alma veya hayal kırıklığı gibi başka nedenlerle de hareket etmiş olabilir³⁴⁸. Çoğu zaman bu duygular bir arada bulunur. Başka bir anlatımla, tahrik durumu faili harekete geçiren tek neden değil, bardağı taşıran son damladır.

347 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.45; Demirbaş, 2011, s.407.

348 Eker Kazancı, s.1335.

Bununla birlikte olayın gerçekleştirilmesinde hiddet (öfke) duygusunun diğer tüm nedenlerden daha öne geçen bir rol üstlenmesi gerekir³⁴⁹.

Suç, failde haksız eylem nedeni ile oluşan hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile değil de başka bir nedenden dolayı işlenmiş ise bu nedensellik bağı mevcut değildir. Buna göre, fail tahrikin gerçekleşmesinden önce suçu işlemeye karar vermiş ise veya hiddetinin (öfkesinin) etkisi çok önceden tamamen geçmiş ise, işlenen suç ile haksız eylem arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır³⁵⁰.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi bakımından işlenen tepki suçu ile haksız eylem arasında bir oranın aranmasının gerekip gerekmediği öğretilerde tartışmalıdır:

Öğretilerdeki bir görüşe göre, tepki ile tahrik edici eylem arasında bir oran bulunmalıdır³⁵¹. Bu, tahrik edici eylemden daha ağır bir tepkinin gösterilmesi demek değildir³⁵². İşlenen suç tahrik eden haksız eylemden açık bir şekilde ağır ise, başka bir anlatımla haksız eylem ile buna tepki olarak işlenen suç arasında açık bir ölçsüzlük varsa, fail haksız tahrikten yararlanamaz³⁵³. Bu, tahriki oluşturan eylemden daha ağır bir tepkinin gösterilmemesi demek değildir. Zaten kesin bir ölçsüzlük hâlinde haksız tahrik kabul edilemez. Yargıtay kararlarında da tahrik eylemi ile işlenen suç arasında etki -tepki dengesine önem verilmektedir. Nitekim Yargıtay bir olayda, bahçesinden kayısı çalan kimsenin ırzına geçen failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacağını, çünkü hırsızlık eylemi ile ırza geçme eylemi arasında orantısızlık olduğuna karar vermiştir. Kanun, işlenen suç ile tahrik eylemi arasında bir oranın olması gerektiğini açıkça bildirmemekte ise de bu hâlin “tahrik” kurumunda zımnen (üstü örtülü olarak) varlığı kabul edilmelidir³⁵⁴. Her bireyin psikolojisi birbirinden farklı olduğundan kimin hangi olaya ne şekilde tepki vereceğini belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun tepki suçunun

349 Hakeri, s.376; Aydın, s.236.

350 Duran, s.166.

351 Dönmezer/Erman, s.358; Başar I, s.262; Gürelli, s.337-338; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.45; Erem/Danişman/Artuk, s.600- 601; Günay, s.111.

352 İzmir, s.41; Soyaslan, s.484.

353 Centel/Zafer/Çakmut, s.440; Hakeri, s.376-377; Gürelli, s.337-338; Erem, Haksız Tahrik, s.645; Yavuz, s.454; Erem/Danişman/Artuk, s. 600-601.

354 Erem/Danişman/Artuk, s. 631; Başar I, s.262; Duran, s.169; Ekerbiçer, s.114.

oranı konusunda bir sınırlama getirmemiş olması yerinde bir karardır³⁵⁵. Suç ile tahrik eylemi arasında bir nedensellik bağının varlığı gerektiğine ve böyle bir bağ oranı gerektirdiğine göre, eğer suç, tahrik eyleminden açıkça ağır ise onun tahrikten ileri geldiği söylenemez, tahrik böyle bir suçun işlenmesinde ancak bir vesile olmuştur³⁵⁶. Çünkü tepki suçunun tahrik eylemine oranla ağır olması durumunda aradaki nedensellik bağı kopacak ve tahrik eylemi olayın sadece bahanesi olacaktır. Bu durumda, hiddet veya elemenden değil, tepki suçuna dayanak oluşturan bir hareketten söz edilebilecektir³⁵⁷. Ancak, hâkim olayın özelliklerini ve failin ruhi durumunu göz önünde bulundurarak tahrikin derecesini tayin edebilecektir³⁵⁸.

Öğretideki bir başka görüşe göre, tahrik edici haksız eylem ile bunun oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen tepki suçu arasında oran gerekli değildir. Basit bir haksız eyleme karşılık ağır bir suçun işlenmesi durumunda da haksız tahrik hükümleri uygulanır. Aralarında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Çünkü haksız eylem “bardağı taşıran bir damla veya barut fıçısına düşen bir kıvılcım” gibidir. Ancak böyle bir eylemin somut olayın özelliklerine göre faili öfke veya şiddetli elem durumuna sokabilecek nitelikte bulunması gerekli ve yeterlidir. Failin heyecan durumuna sürüklenmesi kabul edilebilir olduktan sonra tepkinin tahrik eylemine oranla şiddetli olmasının önemi yoktur. Nitekim TCK’nın 29. Maddesi failin öfke veya şiddetli elem hâlinin tepkisi olarak suç işlemesini esas almış olup³⁵⁹, tahrik eylemi ile işlenen tepki suçu arasında “oran” bulunması gerektiği yönünde herhangi bir hüküm de yoktur. Kanunda bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi de tahrik kurumunun yapısına uygun olmazdı. Çünkü kanun, tahrikin etkisi ile bireylerin işleyebilecekleri suçun niteliğini düzenleyemez. Tahrik sabit olsa bile herhangi bir suç işlenmesine izin verilmemekte, tepki suçu işleyen fail cezalandırılmaktadır. Tepki suçunu işleyen failin tepkisinin nasıl belireceği, nasıl bir suç işleyebileceği de önceden hesaplanamaz. Bireylerin farklı psikolojik yapıları ve tahrik eyleminin niteliği nedeniyle değişik tepki suçlarının işlenmesi söz konusu olabilir. Tahrik niteliğindeki bir harekete bazı kişiler tepki göstermeyerek sessiz

355 Tutumlu, s.36; Kaya, s.52.

356 İzmir, s.40-41; Erem/Danışman/Artuk, s. 631.

357 Aydın, s.239.

358 Demirbaş, Özel Tahrik Hâlleri, s.45-46; İzmir, s.41; Kaya, s.53; Demirbaş, s.399.

359 Dönmezer/Erman, s.346-351; İzmir, s.40; Aydın, s.239.

kalırken, başkaları tahrik edene yönelik tepki suçu işleyebilirler. Bu nedenle tahrik eylemi ile tepki suçu arasında bir orantının bulunması gerekmez ve esasen bu yöndeki bir kabul de tahrik kurumun doğasına uygun olmaz. 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 indirmektir³⁶⁰. Her ne kadar kanunda tahrik eylemi ile işlenen suç arasında oran bulunması unsur olarak aranmasa da hiddet veya şiddetli eleme yol açan haksız eylem ile işlenen suçun yapısı ve niteliği itibariyle birbirlerine uygun olması gerekir³⁶¹. Bu da haksız eylemin failde yol açtığı hiddet veya şiddetli elem ile işlenen suç arasında bir orantının olmasını gerektirmektedir. Ancak bu durum, haksız eylem ile suç arasında orantılılık aranması anlamına gelmez. Başka bir anlatımla, failin işlediği suç, kapıldığı hiddet veya şiddetli eleme bastırarak boyutlarda kalmalıdır. Örneğin bahçesine meyve çalmak için giren küçük çocuğun ırzına geçilmesi durumunda bu şekilde bir orandan söz edilemeyeceğinden haksız tahrik uygulama alanı bulamaz³⁶². Bir kişinin saldırıya neden olması o kişiyi kendisini korumak hakkından yoksun kılmayacağından failin işlediği tepki suçu tahrik edenin hukuken korunan bir hakkına yönelmiş ise bu durumda tahrik eden meşru savunma hükmünden yararlanabilecektir. Ancak bu yararlanmanın nedeni, tepki suçu ile tahrik edici eylem arasında açık orantısızlık bulunma durumuna ilişkin olmayıp, tepki suçu ile yapılan saldırının tahrik edenin vücut bütünlüğüne veya yaşamına yönelik olmasıdır³⁶³.

Yargıtay'ın tahrik edici eylem ile tepki suçu arasında oran bulunması gerekip gerekmediği hususundaki kararlarında başka ölçütler de dikkate alınarak olay bazında değerlendirme yaptığı, bazı kararlarında oran bulunması gerektiğini belirtirken, bazı kararlarında ise tahrik eylemi ile tepki suçu arasında bir oranın bulunmasının gerekmediğine karar verdiği görülmektedir.

Yargıtay'a göre gerek fail gerekse mağdurun karşılıklı haksız davranışlarda bulunması hâlinde, tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez.

360 Önder, Genel Hükümler, s.383; Toroslu, s.179; Aydın, s.239; Kaya, s.53; Ekerbiçer, s.114.

361 Aydın, s.239.

362 Hakeri, s.376; Aydın, s.236.

363 Toroslu, s.105.

Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hâl almışsa, başka bir anlatımla tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir. Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı hâlinde, fail ve mağdurun yek diğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki şeklinde gelişip gelişmediği göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre etki- tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması durumunda, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir³⁶⁴.

Kişisel görüşümüz;

Haksız tahrik kurumunun uygulanabilme koşulları bakımından tahrik edici haksız eylem ile bunun oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen tepki suçu arasında oran aranmasına gerek olmadığı görüşünün daha isabetli olduğu yönündedir.

Şöyle ki:

İlk olarak haksız tahrik kurumunun düzenlendiği TCK m.29’da tahrik eylemi ile işlenen tepki suçu arasında “oran” bulunması gerektiği yönünde herhangi bir ibareye yer verilmemiştir.

İkinci olarak, haksız tahrik kurumunda hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi kanun koyucunun işlenen suçta izin vermesinin söz konusu olmaması, tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile gösterilen reaksiyonun hukuka aykırı kabul edilmesi ve faile haksız eyleme katlanma yükümlülüğü yüklenmesi itibariyle failin tepkisinin şekli veya yoğunluk derecesi önceden belirli ölçütlere tâbi tutulamayacağı için tepki suçu ile tahrik edici eylem arasında orantılılık aranması kurumun yapısı ile de bağdaşmaz.

364 YCGK 05.04.2016 T, 2015/1-532 E- 2016/172 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

Üçüncü olarak, tahriki meşru savunmadan ayıran en önemli özelliklerden biri de haksız tahrik bakımından tahrik eylemi ile tepki suçu arasında oran/ölçülülük koşulu aranmamasıdır. Haksız tahrik kurumunda tepkide oran ölçütünün kabulü, yaşam hakkının ihlâl edildiği adam öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanmasını olanaksız hâle getirecektir. Çünkü, hangi tahrik edici eylem gerçekleşirse gerçekleşsin failin yaşam hakkının ihlâl eden öldürme suçu ile karşılaştırıldığında ağır/aşırı/ölçüsüz tepki kapsamında kalacağı kuşkusuzdur. Bu bağlamda, haksız tahrik kurumunun amacı saldırı ve savunma arasında bir denge kurmak olmayıp, tahrikin etkisi altında suç işleyenlerin, tahrik etkisi olmaksızın suç işleyenlere göre kusurluluğunun ve tehlikelilik durumunun daha az olmasından dolayı failin hiddet veya elemine hukukî bir değer vererek cezasının indirilmesini sağlamaktadır.

Dördüncü olarak, tahrik edici eylem ile tepki suçu arasındaki oran, mağdurun tahrik edici eylemine göre failin ağır veya aşırı tepkide bulunmasına yöneliktir. Tepkide oran gereğine işaret eden görüşü savunanlar tarafından haklılığa dayanak gösterilen örnek olaylar, esasen tepkide oran ile değil, haksız tahrikin “tahrik edici haksız bir eylem bulunması”, “failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile tahrik edici eylem arasında nedensellik ilişkisi bulunması”, “tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem ile tepki suçu arasında nedensellik ilişkisi bulunması” unsurları ile ilgilidir. Bu kapsamda olmak üzere, failin bahçesinden meyve çalan çocuğun ırzına geçmesi, failin komutan sıfatı ile kışlaya alkollü içki ile girerken yakaladığı askeri dövmesi örneklerindeki gibi olaylar tahrik eylemi ile tepki suçu arasında bir orantı bulunması görüşünün haklılığını kabule elverişli değildir. Çünkü birinci olayda, fail tarafından işlenen ırza geçme suçunun, mağdurun hırsızlık eyleminin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında işlenmesi söz konusu olmayıp, suçun işleniş nedeni öfke ya da üzüntü değil, cinsel istektir. Buna göre, ihlâl edilen hukuki yararlar arasında herhangi bir ilgi ve irtibat bulunmadığı gibi, mağdurun hırsızlık eyleminin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem ile failin işlediği ırza geçme suçu arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmadığından haksız tahrikin uygulanma koşullarının oluştuğundan söz edilemeyecektir. İkinci olayda ise askerin kışlaya alkollü içki sokması şeklindeki disiplinsizlik eylemi, astına karşı kasten yaralama suçunu işleyen komutana yönelik

haksız bir eylem oluşturmadığından haksız tahrikin uygulanma koşulları gerçekleşmemektedir.

Kaldı ki açık oransızlığın hakka yönelik önemli ihlâl neden olacağı durumlarda, tahrik edici eylemi gerçekleştiren kişinin, tepki suçu işleyen faile karşı meşru savunma hükümlerinden yararlanması olanak dahilindedir. Yine fail ilk haksız hareketi kendisi gerçekleştirmiş olsa bile, ilk hareketin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem ile tepki olarak gerçekleştirilen eylem ölçüsüz ise, bu durumda ölçüsüz harekete yönelik gerçekleştirilen eylem bakımından failin haksız tahrik hükmünden yararlanmasına engel durum bulunmamaktadır.

Suçun hiddet veya şiddetli eleme yol açan haksız eylemin gerçekleştirilmesinden ne kadar zaman sonra işlenmesi gerektiği konusunda 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu konuda genelgeçer bir ölçüt koymak da söz konusu değildir. TCK m. 29 hükmündeki “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” ibaresi göz önünde tutularak hiddet veya şiddetli elemin etkisinin devam ettiği süre içinde işlenen suç bakımından haksız tahrik indiriminin uygulanabileceğini kabul etmek gerekir³⁶⁵. Suç işlendiği sırada, önceki haksız eylem nedeni ile ortaya çıkan hiddet (öfke) veya üzüntü ortadan kalkmış ise fail haksız tahrikten yararlanamaz. Ancak tepkinin tahrik eyleminden hemen sonra gösterilmiş olması gerekmez. Tahrike neden olan eylemin etkisi bir süre daha devam etmiş ve fail bu süre içerisinde suçu işlemiş ise, haksız tahrik hükmünden yararlanabilir. Başka bir anlatımla, eğer önceki olay, faili bu suçu işlemeye iten ve o kişide hiddet ve şiddetli elem uyandıran haksız eylem özelliğini taşımakta ise fail yararına haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır³⁶⁶.

365 Kangal, s.48.

366 Yargıtay 4.CD 25.12.1991 T, 7141 E-8305 K. sayılı kararı: “Haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için, zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın bulunması, bu olay ile failde meydana gelen öfke ve acı, bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve failin psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiri ile sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Bu araştırma ve saptamalar yapılmadan -mağdurun bu olaydan üç ay önce sanığı ve arkadaşını tokatlamasında, aradan üç ay geçtiğinden ve koşulların bulunmadığından bahisle tahrik hükmünün uygulanmaması biçiminde- hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 01.12.2016).

Karşılıklı hakarete, hakaret eylemlerinin yazılı olarak veya basın yoluyla yapılması durumunda da haksız tahrik vardır. Çünkü ilk hakaretin üzerinden zaman geçmesi hiddet ve şiddetli elemnin etkisini yitirdiğini göstermez³⁶⁷. Fail sakinleştikten bir süre sonra, yeniden hiddet veya şiddetli eleme kapılarak suç işlese, yine haksız tahrik indiriminden yararlanmalıdır³⁶⁸. Önemli olan tahrik sonucunda failin kapılmış olduğu hiddet ve elem duygusunun devam etmesi ve failin bu duygunun etkisi altında suçu işlemesidir³⁶⁹. Bu bakımdan her somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır³⁷⁰.

Tepkinin zamanı konusunda bir ölçü olmadığı gibi bir zaman sınırlaması getirmek de haksız tahrik psikolojik esası ile bağdaşmayacaktır. Tahrik eylemi bitmeden bir tepki gerçekleşebileceği gibi, bu eylemden belli bir süre sonra gerçekleşen tepki de kabul edilebilir. Tepki eyleminin yine de makûl bir süre olarak eylemin etkisi süresi içinde işlenmesi gerekir³⁷¹. Tahrik eylemi ile tepki eyleminin arasına giren zaman aralığının fazla olması hâlinde tahrikin neden olduğu hiddet ve elem durumunda azalma olması mümkündür. Bu nedenle dikkat edilmesi gereken nokta, tahrik eyleminin sürekliliği ve güncelliğidir³⁷². Haksız tahrik ile tepki arasına çok uzun bir zamanın girmesi, bu psikolojik etkinin kaybolmuş olabilme olasılığını kuvvetlendirdiğinden hâkimin nedensellik bağı yönünden dikkatli ve özenli olmasını gerektirebilir. Eğer haksız tahrik oluşturan eylem ile tepki arasına uzun bir zaman girerse faili harekete geçiren neden öfke olmayıp öç alma duygusu olabilir. Adaleti

367 Kangal, s.48.

368 Aydın, s.238.

369 Dönmezer/Erman, 1997, s.1099; Önder, Genel Hükümler, s.381; Özgenç, 2012, s.418; Öztürk/Erdem, s.296; Toroslu, s.179; Zafer, s.267.

370 Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.438-439; Hakeri, s. 377; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.351; Kangal,s.48: 1. CD 07.10.2009 T, 2009/856 E- 2009-5711 K sayılı kararı: “Sanık Akın'ın, 06.11.1998 yılında dedesi Kemal'i öldüren maktûl Erdal'ı uzun süre tutuklu kalıp tahliye olduktan ve olayın üzerinden yaklaşık 8 yıl geçtikten sonra silahla öldürdüğü olayda, sanığın intikam almak görev bilinciyle hareket etmediği, yerleşik Yargıtay içtihadına göre öldürenin öldürülmesinin kan gütme saikini oluşturmayacağı düşünülmeden, tasarlayarak insan öldürme yerine yazılı şekilde hüküm kurulması ...”; Kangal,s.48: Yargıtay 1. CD 04.12.2006 T, 2006/5354 E.- 2006/5382 K. sayılı kararı: “Sanığın 23.06.1979 yılında ağabeyi M'yi öldüren Ç... 'i 20 yıl sonra tasarlayıp evi önünde pusu kurmak suretiyle kaleşinkof silahla öldürdüğü olayda, sadece kan gütme saiki düşünülemediğinden Ç...' in ilk olayda sanığın kardeşi M'yi kasten öldürüp 765 sayılı TCK'nın 448, 51/1 ve 55/3. maddeleri uyarınca mahkum olup cezasının infaz edilerek çektiği nazara alınıp aradan geçen süreyi de göz önünde tutarak hafif tahrik etkisi ile tasarlayarak adam öldürme suçunu işlediğinin kabulü ile 765 sayılı TCK'nın 450/4, 51/1 ve 59. maddeleri ile hüküm kurulması gerekirken ...”.

371 Zafer, s.330.

372 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.215.

tesis etme tekeli devlete aittir. Öç alma duygusunu besleyen, kişileri kendi adaletini tesis etmeye sevk eden kurumlar hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bir hukuk devletinde öç alma bir mazeret nedeni sayılmaz³⁷³.

Yargıtay birçok kararlarında, tahrik edici eylem ile tepki suçu işlenmesi arasında bir zaman sınırlaması bulunmadığı yönündeki görüş doğrultusunda karar vermiştir^{374, 375, 376}.

D. Haksız Eylemi Yapanın Mağdur Olması veya Mağdurun Bu Eylemi Önleme Sorumluluğu Bulunması

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan unsurlardan biri de haksız eylemi yapanın mağdur olması veya mağdurun bu eylemi önleme sorumluluğunun bulunmasıdır. Başka bir anlatımla, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için haksız eylemin mağdurdan kaynaklanmış olması veya mağdurun o haksız eylemi önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi veyahut zimnen (örtülü olarak) bu haksız eylemi onaylaması gerekir³⁷⁷.

Öğretide benimsendiği üzere işlenen suçun tahrik eylemine bir tepki içermesi; tepki suçu olması gerekmektedir. Tepkinin, mutlaka tahrik edenin kişilik değerlerine yönelik işlenmesine gerek olmayıp, tahrik edenin mal varlığı haklarına zarar verilerek işlenmesi de mümkündür. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması

373 Zafer, s.330.

374 ” Haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen öfke ve acı; bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiriyle sonuca göre hüküm kurulması gerekirken kurulmaması” şeklindeki Yargıtay 4. CD 25.12.1991T, 1991/7141 E- 1991/8305 K. sayılı kararı için bkz. Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.213.

375 YCGK 01.11.1993 T, 1-261 E- 286 K. sayılı kararı: “Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için Kanunda bir zaman sınırlaması mevcut değildir. Aradan uzunca bir zaman geçse bile, önceki olay, sanığı bu suçu işlemeye itmişse tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 01.12.2016).

376 “Sanığın ağabeyi Mustafa'yı öldüren Çetin'i 20 yıl sonra tasarlayıp pusu kurmak suretiyle öldürdüğü olayda haksız tahrikin düşünülmemesinin bozmayı gerektirdiğine ...” şeklindeki Yargıtay 1. CD 04.12.2006 T, 5354 E-5382 K. sayılı kararı için bkz. Açıköz, s.107.

377 Parlar, s.188-189.

bakımından kişilik değerleri ya da mal varlığı arasında bir fark bulunmamaktadır. Önemli olan haksız eylemi kim yaptıysa failin eylemi o kişiye karşı işlemedir³⁷⁸.

Fail, haksız bir eylem ile karşılaşarak hiddet veya şiddetli elem duymakla birlikte suçu haksız eylem ile irtibatı bulunmayan başka bir kişiye yönelik olarak işlemiş ise haksız tahrik söz konusu olmaz. Başka bir anlatımla, haksız eylemi gerçekleştirmeyen ya da buna herhangi bir şekilde iştirak etmeyen bir kişiye yönelik hareketlerde haksız tahrik indirimi yapılmaz. Öte yandan tepki eyleminin, haksız eylemde bulunan kişinin ne derece olursa olsun yakınlarına karşı işlenmesi durumunda bile failin tahrik hükümlerinden yararlandırılması söz konusu olmaz. Tepki eyleminin haksız tahrik oluşturan eylemi yapanlardan sadece birisini hedef alması durumunda da suça konu tepki eylemini gerçekleştiren kişi haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir. Tepki eyleminin tahrik eyleminde bulunan kişilerden sadece birisine yönelmesinin ya da hedef alınan mağdurun diğer tahrikçiye göre daha hafif bir eylemde bulunmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca bir kişinin haksız tahrik sayılabilecek eyleminin etkisi altında kalan kişinin, devlete veya topluma karşı bir suç işlemesi durumunda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz³⁷⁹.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için, mağdurun haksız tahrike yol açan eylemi kendi eli ile gerçekleştirmesi zorunlu değildir. Mağdur üçüncü bir kişiyi araç olarak kullanarak failde hiddet veya şiddetli elem oluşturacak haksız bir eylemi gerçekleştirmiş olabilir (dolaylı tahrik)³⁸⁰.

YCGK kararlarında; maktûllerin, faile veya failin yakınlarına yönelik herhangi bir haksız eylemlerinin olmaması durumunda, fail lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşmayacağı kabul edilmiştir^{381, 382}.

378 Zafer, s.267; Aydın, s.236; Hakeri, s.376; Eker Kazancı, s.1335; Tutumlu, s.43; Duran, s.161; Önder, Genel Hükümler, s.381; Yaşar, s.842.

379 Eker Kazancı, s.1335; Kangal, s.50-51; Duran, s.161-162; Tutumlu, s.44; Erem/Danışman/Artuk, s.599; Parlar, s.188.

380 Kangal, s.50-51.

381 YCGK 11.06.2013 T, 2013/1-27 E- 2013/291 K sayılı kararı: “Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; a) Tahriki oluşturan haksız bir fiil olmalı, b) Fail öfke veya şiddetli elem etkisi altında kalmalı, c) Failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalı, d) Haksız tahrik teşkil eden fiil, mağdurdan sadır olmalıdır. Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak

Hiddet veya şiddetli elemin etkisinde mağdura karşı işlenen suçtan dolayı bir kez haksız tahrik indirimi yapılabilir. Failin mağdura karşı aynı anda birden fazla suç işlemesi durumunda her bir bağımsız suç için ayrı haksız tahrik indirimi yapılmalı, daha sonra cezalar içtima ettirilmelidir. Örneğin, fail mağdura karşı aynı zaman diliminde hem hakaret hem de kasten yaralama suçunu işlerse, her ikisi bakımından da haksız tahrik indirimi uygulanabilir³⁸³.

Yargıtay bir kararında, Medeni Kanun hükümlerine, örf ve âdete göre çocuklarını tedip ve terbiye hakkına sahip olup aile başkanı ve baba sıfatı taşıyan mağdurun olay yerinde bulunmasına ve durumu görmesine rağmen sanığa saldırgan hareketlerde bulunan eşini ve kızlarını engelleyici ikazda bulunmamasını ve önlememesini saldırgan eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen yardımcı olur durumda değerlendirerek, bunun toplumsal değer hükümlerine, ahlâka, örf ve

düzenlenen haksız tahrik, failin haksız bir tahrikin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder. Bu durumda fail, haksız tahrikin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Öğretide yer alan görüşlere göre de kişinin haksız bir eylemin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade eden haksız tahrik, bu yönüyle, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan menfi bir nedendir. Başka bir anlatımla, bu durumda failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte ve böylece, haksız bir eylemin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde zayıflamış bulunmaktadır. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; 2008 yılının Ramazan Bayramı'nın birinci gününde öğle saatlerinde başlayan bir tartışmanın Altınova Beldesi'nde Güneydoğu kökenli olup bu beldede ikamet eden kişilerle Altınovalı kişiler arasında karşılıklı yaygın şiddet olaylarına dönüştüğü, bu kapsamda saat 17.00 sıralarında Alfemo Mağazası önünde toplanan ve karşılıklı kavga eden grupların jandarma görevlilerinin yerinde müdahalesi ile büyük oranda ayrıldığı, olayların bu şekilde yatışmaya başladığı, bu sırada içinde maktûllerin de bulunduğu Altınovalı kişiler ile jandarma görevlilerinin yer aldığı gruba sanığın kullanmış olduğu Ford Transit marka kamyonetle fren yapmaksızın hızlıca daldığı, bu çarpmanın etkisi ile grupta yer alan maktûllerin öldüğü, bir jandarma eri ile bazı kişilerin yaralandığı anlaşılmakla; bu grupta bulunan maktûllerin sanığa veya sanığın yakınlarına yönelik herhangi bir haksız eylemlerinin olmaması, hatta bu hususun sanık tarafından dahi iddia edilmemesi karşısında, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, itirazın kabulüne ve Özel Daire bozma kararının haksız tahrikin uygulanması gerektiğine ilişkin "B-b" bölümünün çıkartılmasına karar verilmelidir" (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

382 YCGK 11.06.2013 T, 2013/1-27 E- 2013/291 K sayılı kararı: " ... olayda; maktûlden ve katılanlardan kaynaklanıp sanığa yönelik tahrik teşkil edecek herhangi bir haksız eylem bulunmadığı anlaşıldığından, mağdurlardan sadır olan bir haksız eylem şartının gerçekleşmemesi nedeniyle sanık lehine TCK' nın 29. maddesinin uygulanması imkânı bulunmamaktadır" (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

383 Hakeri, s.373-374; Eker Kazancı, s.1335; Aydın, s.237.

âdete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğini kabul etmiştir³⁸⁴.

Haksız tahrikin bu koşulu ile ilgili olarak TCK m. 29 hükmü gerekçesinde; “Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir eylem sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle “töre ve namus cinayeti” olarak isimlendirilen akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir. Maddedeki düzenleme nedeni ile bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen eylemler dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin, cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme eyleminde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız eylem sözcüğü bir davranışın hukuk düzenince onaylanmadığı anlamına gelmektedir. Ancak bu şekilde bir haksız eylemi yapan kişiye karşı yönelik eylemin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir” görüşlerine yer verilmiştir³⁸⁵.

Yargıtay’ın bu unsura yönelik kararları istikrar kazanmıştır^{386, 387, 388}.

384 Parlar,s.189: Yargıtay 1.CD 01.04.1980 T, 41 E-1453 K sayılı kararı: ”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 durumu görmesine rağmen, sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda bulunmaması ve onları men etmemek suretiyle huzuru ile adeta saldırgan eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen yardımcı olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine, ahlâka, örf ve âdete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, bu yönden sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması yasaya aykırı görülmüştür”.

385 Parlar, s.189.

386 YCGK 23.03.1987 T, 1-536 E-133 K sayılı kararı: “İrzına geçilmiş olması nedeni ile öz kız kardeşini bölgesel gelenekler gereği öldüren sanık lehine tahrikin uygulanmasını gerektirecek, maktûleden gelen haksız bir davranış bulunmamaktadır”.

387 Yargıtay 1.CD 22.04.2004 T, 4215 E-1471 K sayılı kararı: “Sanık M’nin reşit olan kızı İ’nin kendi rızası ile kaçarak evli ve çocuklu olan maktûl ile karı koca gibi birlikte yaşamaları, baba olan sanık M. açısından ağır tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirmeyeceği göz önüne alınmadan, sanık hakkında ağır tahrik hükmünün uygulanması yasaya aykırıdır”.

388 YCGK 31.10.1994 T, 1-225 E-250 K sayılı kararı: “Sanık, mağdurenin kocası ile kahvede tartışmış ve savunmasına göre onun küçültücü sözlerine muhatap olmuştur. Ancak, ona karşı herhangi bir eyleme yönelmemiş, oradan ayrılarak, yalnız olduğunu bildiği mağdurenin evine gitmiş, eve girerek ona bıçakla vurup bileziklerini gasp etmiştir. Olayın bu seyrine göre mağdureden sadır olmuş herhangi bir haksız hareket bulunmadığından, sanık lehine haksız tahrik hükümleri uygulanamaz”.

III- MEFRUZ (VARSAYILAN) TAHRİK

Mağdurdan kaynaklanmayan, onunla nedensellik bağı bulunmayan ve fakat failde mağdurdan kaynaklandığı sanılan bir eylemin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemnin tepkisi olarak, kusursuz yanılmanın etkisi altında failin suçu işlemesi durumuna mefruz (varsayılan) tahrik denilmektedir. Mefruz (varsayılan) tahrik durumunda suçu işleyen faile haksız tahrik hükmünün uygulanmasının söz konusu olup olamayacağı konusunda öğretilerde farklı görüşler ve farklı Yargıtay içtihatları bulunmaktadır³⁸⁹.

Öğretilerdeki bir görüşe göre; haksız tahrikte cezanın indirilmesinin esas nedeni psikolojiktir ve failin hiddet ve şiddetli elem saiki ile hareket etmesidir. Bu psikolojik esas, mefruz (varsayılan) tahrik durumunda da vardır. Bundan başka duygularının veya zihni yeteneklerinin faili yanıltmış olması itibarıyla bu nedenden yararlanmaması da adaletsiz olur. Çünkü failin yanlışlıkla haksız eylem veya hareketin varlığını kabul etmesi durumunda saiki, gerçekte tahrik edilmiş birinin saiki ile aynıdır. Bu nedenle haksız tahrik hükmünün uygulanabileceği savunulmuştur³⁹⁰.

Aksi yöndeki görüşe göre; “Mefruz tahrik yani gerçekte var olmayan ve fakat fail tarafından var olduğu sanılan bir eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında işlenen suç sebebi ile haksız tahrik kabul edilemez. Çünkü, ortada gerçekten işlenmiş haksız bir hareket mevcut değildir”³⁹¹ gerekçesi ile mefruz (varsayılan) tahrik durumunda, haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı savunulmuştur. Buna göre, haksız tahrikten söz edilebilmesi için ortada objektif olarak tahriki oluşturan bir eylemin bulunması gerekir. Vehim ve zan tahrik oluşturmaz³⁹². Esasen bu durumda mağdur tarafından yapılmış haksız bir eylem

389 Parlar, s.191.

390 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s.286; Dönmezer/Erman, 1997, s.693; Bardak, s.45-46; Parlar/Hatipoğlu, s.563; Soyaslan, s.465; Başar I, s.259.

391 Önder, Genel Hükümler, s.378.

392 Erem/Danışman/Artuk, s.594-595.

olmadığından, ortada karşılıklı kusur durumu yoktur ve faili daha az kusurlu sayarak cezanın indirilmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Ancak mefruz tahrik durumu cezayı azaltıcı takdiri neden olarak kabul edilebilir³⁹³. Haksız tahrikin, ayrıca “hukuki” esası da mevcuttur. Bu bakımdan gerçekte var olmayan eylemi mevcut zanneden failin cezasının indirilmesi isabetli değildir. Nitekim Maggiore’nin görüşüne göre, mefruz meşru savunmayı kabul eden kanun, tahrik bir saldırı, bir intikam, başka bir anlatımla hukuk dışı bir hareket olduğundan “mefruz tahriki (varsayılan tahriki)” reddetmiştir. Çünkü meşru savunma bir korunma durumudur³⁹⁴.

Öğretideki bir başka görüşe göre; tahrik durumunda failin kusuru, içerisinde bulunduğu heyecan hâli nedeniyle azalmaktadır. Fail, salt kendi kusuru ve yanılığının sonucu suç işlemiş ise haksız tahrik hükmü uygulanmaz. Buna karşın, failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusuru yoksa onu bu psikolojik durumundan yararlandırmamak haksız tahrikin esasına aykırı olur. Bu bakımdan failin gerçekte bulunmayan ve fakat yanılarak var zannettiği haksız eylemin etkisinde kalarak suç işlemesi durumunda, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir³⁹⁵.

Yargıtay’ın 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde konuya ilişkin uygulamalarına bakıldığında çoğunlukla mefruz tahrik (varsayılan tahrik) durumlarında, tahrik hükmünün uygulanamayacağı yönünde kararlar verdiği görülmektedir³⁹⁶. Buna karşın Yargıtay’ın bu durumlarda haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğine ilişkin kararları da bulunmaktadır^{397, 398}.

393 Gürelli, s.331; Önder, Genel Hükümler, s.378; Cengiz **OTACI**: “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Y:3, S:18, Ankara, 2008, s.238 (**Otacı**); Erem, Haksız Tahrik, s.640; Başar I, s.259.

394 Erem/Danışman/Artuk, s.594-595.

395 Özalp, s.27; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.46-47; Tutumlu 47.

396 Günay, s.22: YCGK 24.12.2002 T, 2002-443 K sayılı kararı: “...sanığın hiçbir zaman meydana gelmemiş ve kendisine yönelmemiş bir eylemin haksız olduğu inancı içerisinde hareket ederek suç işlemesinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur...”.

397 Parlar, s.192: Yargıtay 4.CD, 13.05.1998 T, 430 E-1353 K. sayılı kararı: “Sanığın eşinin, yakınının kendisine sarkıntılık ettiğini kocasına söylediğini bildirmesi ve bu olay üzerine yakınlarla kavganın anlaşılması bulunması karşısında, karısının kendisine iletmediği bu durumun sanık yararına mefruz (varsayılan) tahrik sayılıp sayılmayacağı tartışılmadan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir”.

398 Parlar, s.192:Yargıtay 6.CD, 06.05.1998 T, 428 E-1417 K. sayılı kararın karşı oy gerekçesi: “Yaralanma anını görmeyen ancak silah sesleri üzerine dışarı çıktığında kocası Aydın’ın

Mefruz tahrik hâlinde haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin sorun, 5237 sayılı TCK m.30 f.3 düzenlemesi ile çözüme kavuşturulmuştur. Bu nedenle, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde mefruz tahrik hâlinde haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağına ilişkin Yargıtay kararlarının geçerliliği kalmamıştır. Çünkü ortada haksız bir eylem olmadığı hâlde, failin yanılmak sureti ile haksız bir eylemin gerçekleştiğini sanarak suç işlemesi durumu olan mefruz tahrik hâlinde, haksız tahrikin maddi koşullarında hata (yanılma) söz konusudur.

5237 sayılı TCK m.30 f.3 düzenlemesinde “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” denilmektedir. Bu madde anlamında ceza sorumluluğunu azaltan nedenlere ait maddi koşulların gerçekleştiği hususunda bir hata söz konusu olduğu için bu hatanın kaçınılmaz olması koşulu ile fail bu hatasından yararlanır ve cezası haksız tahrik nedeni ile indirilir³⁹⁹. Başka bir anlatımla, mefruz tahrik hâlinde de kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi koşullarında bir hataya düşülmesi söz konusu olduğuna göre, TCK m.30 f.3 uyarınca failin bu hatasının içinde bulunduğu koşullar bakımından kaçınılmaz olduğu kabul edildiği takdirde haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır⁴⁰⁰. Buna karşın hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fail bu hatasından yararlanamayacak ve hakkında haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır⁴⁰¹. Örneğin, failin aşırı kıskançlık, haset gibi abartılı duygusal nedenlerden dolayı tahrik edildiği inancı ile suç işlemesi durumunda hakkında haksız tahrik hükmü uygulanmaz. Hatanın kaçınılabilir olması hâli, TCK m.61 f.1 hükmüne göre temel cezanın tayininde dikkate alınabilir⁴⁰². Hatanın kaçınılabilirliği konusunda ölçü ise, failin somut olayın durumuna, bilgi ve

ayaklarından vurulduğunu ve kan kaybeder biçimde yerde kıvrılır olduğunu fark eden sanık Leyla'nın, kocasını yaralayan kişi yada kişilerin kim olduğunu tahkik ve tespit olanağı bulunmayan bu durumda, yakın çevrede bulunanları, eşine yönelik saldırıdan sorumlu tutarak eşine ait tabancayı kapıp kontrolsüz bir davranışla ateşlemek ve çevredekileri taramak suretiyle maktûl Kenan'ı göğüs nahiyesinden vurarak öldürdüğü anlaşılmalıdır;Her ne kadar olayımızda maktûl Kenan'dan kaynaklanan bir tahrik durumu yoksa da; eşinin yaralandığını gören sanığın, sorumluları saptayabilme zaman ve şansının bulunmadığı, bu ani algılamada, eşinin yakın çevresindeki kişileri sorumlu telakki ederek karşı eyleme yönelmesinin, halin icabına göre benimsenebilir bir mefruz ağır tahrik telakki edilebileceği...”.

399 Öztürk/Erdem, s.282.

400 Parlar/Hatipoğlu, s.578.

401 İçel/Evik, s.228; Özgenç, 2007, s.372.

402 Özgenç, 2007, s.372.

yaşam deneyimlerine göre hataya düşmemek için gerekli bilgiyi elde etme konusunda herhangi bir çaba göstermiş olup olmadığıdır. Bu açıdan kaçınılabilirlik, failin yetenek ve deneyimlerine göre bireysel olarak değerlendirilmeli ve failin içinde bulunduğu gruba ait spesifik özellikler ve bu bağlamda özellikle yaşam ve meslek çevresi, eğitim durumu, konumu ve meslek deneyimleri göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁰³. Nitekim 5237 sayılı TCK yürürlük dönemindeki Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir⁴⁰⁴.

Kişisel görüşümüz de bu doğrultuda olmakla;

Mağdurun tahrik edici haksız bir eylemi bulunmadığı hâlde failin yanılığa düşerek varsaydığı haksız bir eylemden dolayı suç işlemesi hâli olan mefruz (varsayılan) tahrik koşullarında, objektif unsur yani tahrik edici bir eylemin varlığı unsuru gerçekleşmediği için fail haksız tahrik hükmünden yararlanamaz. Ancak 5237 sayılı TCK m.30 f.3 düzenlemesi göz önünde bulundurularak failin “3. kişinin söz ve davranışları ile yanılığa düşürülmesi” veyahut “yer”, “zaman”, “sorumluları araştırma süresi” itibariyle somut olayın özelliklerine ve içinde bulunulan durumun gereklerine göre “kişisel algılamasının kabul edilebilir olma” hâlinde “kaçınılmaz bir hataya düştüğünün” kabulü ile bu koşullarda mefruz (varsayılan) tahrik altında suç işlemeyen fail hakkında da TCK m. 29 hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir.

403 Öztürk/Erdem, s.278.

404 Yargıtay 3.CD 16.10.2012 T, 2010/8176 E- 2012/34575 K sayılı kararı: “Sanığın, olay tarihinde oğlu Ahmet’in dövüldüğünün kendisine söylenmesi üzerine hemen olay yerine gittiği ve burada oğlunu döven kişilerden birisi olduğunu zannettiği müşteki Hüseyin’le kavga etmeye başladığı, sanığın olay yerine gelen ve Hüseyin ile aralarındaki kavgaya müdahale eden müşteki Zekai’yi de yaraladığı anlaşılmasına göre; Müşteki tahrik teşkil edebilecek haksız bir fiilleri olmadığı halde sanığın bu hususta yanılarak 5237 sayılı TCK’nın 30/3. maddesi kapsamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve mefruz tahrik nedeni ile indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde sanık hakkında tahrik hükümlerinin uygulanmaması...”(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 06.01.2017).

3. BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİK İLE DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI
ARASINDAKİ İLİŐKI

HAKSIZ TAHRİKİN BAZI SUÇ TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

I- HAKSIZ TAHRİK İLE DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI
ARASINDAKİ İLİŐKI

A. Meşru Savunma- Haksız Tahrik

Meşru savunma TCK m.25 f.1 hükmünde” gerek kendisinin gerekse başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıya o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde def etme zorunluluğu ile işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmez” şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

Meşru savunmanın koşullarını, saldırı ve savunmaya ilişkin olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür. Meşru savunmanın kabulü için, saldırı bulunması, saldırının haksız olması, saldırının failin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş bulunması, saldırının hâlen mevcut veya gerçekleşmesi ya da tekrarının muhakkak olması, savunmanın zorunlu olması, saldırı ile savunma arasında nedensellik bağı bulunması ve savunma ile saldırı arasında konu ve kullanılan araçlar

bakımından orantılılık bulunması gerekmektedir. Saldırı veya savunmaya ilişkin koşulların bulunmadığı durumlarda meşru savunmadan söz edilemez⁴⁰⁵.

Meşru savunma objektif bir esasa dayanan hukuka uygunluk nedenidir. Haksız tahrik ise hiddet veya şiddetli elem şeklindeki heyecan durumu nedeni ile iradenin zayıflamış olmasından dolayı cezanın hafifletilmesi sonucu doğuran sübjektif bir esasa dayanmaktadır. Burada önemli olan faili tepki durumuna sokan objektif bir eylem değil, failin sübjektif durumudur. Buna karşın meşru savunmada failin psikolojik/sübjektif durumu göz önünde bulundurulmaz. Bu nedenle failin irade özgürlüğünü ve soğukkanlılığını koruduğu durumlarda haksız tahrik uygulanamadığı hâlde meşru savunma uygulanabilmektedir⁴⁰⁶.

Haksız bir saldırı koşulu meşru savunma ile haksız tahrik kurumlarının ortak koşulunu oluşturmakla birlikte, meşru savunmada, mevcut ve derhal savuşturulması gereken bir saldırı söz konusu iken, haksız tahrikte derhal savuşturulması gereken bir saldırı sona ermiştir, ancak haksız saldırının meydana getirdiği hiddet (öfke) ile zorunluluk olmadığı hâlde tepki gösterilmektedir⁴⁰⁷. Meşru savunmada, saldırıdan başka türlü korunma olanağı yoktur. Haksız tahrikte ise, sona ermiş haksız bir eyleme zorunlu olmamakla birlikte karşılıklıta bulunmaktadır⁴⁰⁸. Haksız tahrik hükmünün uygulanması için tepki eyleminin hiddet veya şiddetli elem şeklindeki buhran durumu sona ermeden işlenmesi yeterli olmaktadır. Tahrik hâlinde tepkide bulunan hâlihazırda devam eden ya da yakın saldırı altında olmayıp, olmuş bitmiş bir saldırının etkisi altındadır. Mağdurun bir saldırısı sona erdikten, örneğin elindeki bıçak alındıktan sonra yaralanması veya öldürülmesinde de artık meşru savunma hükmünün değil, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekmektedir⁴⁰⁹.

405 Mehmet **ŞAHİN**: “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), Y.2008, S.76, s.298 (**Şahin**); Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.277-287; Özalp, s.71; Parlar, s.193-194; Parlar/Hatipoğlu, s.240; Çam, s.71; Açıkgoz, s.118-119; Günay, s.61; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.229.

406 Haydar **METİNER**, E. Ahsen **KOÇ**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, (Ankara: Yorum Basın Yayın Sanayi, 2008), s.587 (**Metiner/Koç**); Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.46; Ayık, s.101; Ekerbiçer, s.147; Aydın, s.240; Ayık, s.101; Demirbaş, 2011, s.402-403; Kaya, s.56.

407 Zafer, s.373; Koca/Üzülmez, s.340; Günay, s.55.

408 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.46.

409 Ekerbiçer, s.37; Kaya, s.13; Parlar, s.194: Yargıtay 1.CD, 28.12.1994 T, 4031 E-4754 K sayılı kararı.

Öte yandan, 5237 sayılı TCK m. 25'te düzenlenen ve ceza sorumluluğunu kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni sayılan meşru savunma; hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, eylemi hukukun meşru saydığı bir eylem durumuna getirmektedir⁴¹⁰. Meşru savunma durumunda işlenen eylemden dolayı kişiye ceza verilemeyeceği gibi, başka bir hukuk dalının yaptırımı da uygulanamaz. Buna karşılık haksız tahrik altında işlenen eylem hukuka aykırı olmaya devam etmekte, failin kusurunun azalması nedeni ile bu durum sadece cezanın indirilmesine yol açmaktadır. Başka bir anlatımla haksız tahrik koşullarında kanun koyucu faile meşruiyet tanımamış ve karşı saldırı hakkı vermemiştir⁴¹¹. Bu nedenle işlenen eylemin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi durumunda faile beraat kararı verilmesine karşın hakkında haksız tahrik hükmü uygulanan failin cezasının indirilmesi ile yetinilmektedir⁴¹².

Öğretide bir görüşe göre; meşru savunma ile haksız tahrik arasında öz bakımından değil, yoğunluk bakımından fark vardır. Meşru savunma ile haksız tahrik arasındaki ortak koşul, her ikisinde de haksız bir saldırının varlığıdır. Meşru savunma ile haksız tahrik arasındaki fark, saldırıya karşı verilen tepkinin zamanlamasındadır. Meşru savunmada derhal uzaklaştırılması gereken bir saldırı bulunmakta iken haksız tahrikte sona ermiş bir saldırının akabinde gerçekleştirilen bir tepki bulunmaktadır. Bir hakka yönelik saldırı halen devam etmekte iken karşılık verilmesi durumunda, haksız tahrik kurumu ile meşru savunma arasında sadece bir yoğunluk farkı söz konusu olduğundan bu durumda sadece meşru savunma hükmü uygulanır. Meşru savunmada kanunen en yüksek derecede bir tahrik durumu olduğu görülmektedir. Meşru savunma âdeta ileri derecede bir tahrik olduğu için, haksız tahriki de kapsamına aldığından meşru savunmanın bulunduğu durumlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmamaktadır. Somut bir olayda ne zaman meşru savunma veya aşırı savunma, ne zaman haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağı hususundaki ölçü, haksız saldırının hedefinde, tepkinin zamanında, savunmanın zorunluluğunda aranmalıdır⁴¹³.

410 Parlar, s.193-194; Ekerbiçer, s.37; Kaya, s.13.

411 Koca/Üzülmez, s.340.

412 Tutumlu, s.68; Aydın, s.240-241; Ayık, s.100; Ekerbiçer, s.147.

413 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.288; Erem, Haksız Tahrik, s.647-648; Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.433; Ekerbiçer, s.149-151; Erem/Danışman/Artuk, s.603; Centel, s.360; Bardak, s.50; Aktaş, s.126; Açıkgöz, s.124.

Öğretideki başka bir görüşe göre ise gerek meşru savunma gerekse haksız tahrik kurumları, haksız saldırıya karşı kabul edilmiş olmakla birlikte koşulları ve hukuki nitelikleri birbirinden farklı ceza hukuku kurumlarıdır Aralarında sadece yoğunluk bakımından değil, nitelik bakımından da farklılık bulunduğundan haksız tahrik, meşru savunma kapsamına dahil değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinde kanun belli bir eylemin işlenmesi yönünde yetki verdiği hâlde kusurluluğu etkileyen bir neden olan haksız tahrik hâlinde tepki suçunun işlenmesi yönünde bir yetki söz konusu değildir. Hukuka uygunluk nedenleri suçu ortadan kaldıran objektif neden iken haksız tahrik cezayı azaltan sübjektif bir nedendir. Bu bağlamda, meşru savunma nedeniyle yapılan hareket saldırıdan başka türlü korunma olanaksız olduğundan zorunlu bir savunma durumu olup objektif bir hukuki esasa dayanmaktadır. Buna karşılık haksız tahrikte yapılan haksız saldırıya karşı saldırı zorunluluğu bulunmadığı gibi kanun koyucunun bu durumda faile sabır göstermesini ve katlanmasını emretmesine rağmen bu sabrı göstermeyip tepki suçu işlemesi nedeni ile haksız tahrikin hukuki esası sübjektif nitelikte failin iradesini sarsan bir hiddet heyecanı ile açıklanabilir⁴¹⁴.

Haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olduğu ve aralarında yoğunluk bakımından farklılık bulunduğu görüşü de haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olmadığı ve aralarında nitelik bakımından farklılık bulunduğu görüşü de haksız tahrik ile meşru savunma kurumlarının aynı eylemde birlikte uygulanamayacağı sonucunda birleşmiştir. Bu duruma göre, haksız tahrik ile meşru savunma aynı olayda bir arada bulunamaz. Meşru savunma hükümlerinin uygulanması, zorunlu olarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması olanağını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü işlediği eylem, meşru savunma kapsamında değerlendirilen kişiye ceza verilmediğine göre, haksız tahrik hükmünün uygulanarak cezasının indirilmesi de söz konusu olamaz⁴¹⁵. Meşru savunma hakkını kullanan kişinin eylemi, saldırgan açısından, haksız tahrik olarak da değerlendirilemez. Çünkü hukuk düzenini ilk ihlâl

414 Ayık, s. 99-101; Güreli, s.341-342; Duran, s.205; Dönmezer/Erman, s.348; Başar II, s.358; Taner, s.444; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.49-50; Demirbaş, 2011, s.402-403; Günay, s. 122; Aydın, s.53; Tutumlu, s.68; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.227.

415 Vincenzo **MANZINI**: Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Parte Generale; 9. Ed., CEDAM, Padova, 1958, Vol.1, s.125, çev. Devrim Aydın: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", AÜHF, Y.2005, C.54, S.14 (**Manzini**); Centel/Zafer/Çakmut, s.441; Dönmezer/Erman, s.348; Soyaslan, s.461; Erem/Danışman/Artuk, s.603; Öztürk/ Erdem, s.279; Aydın, s.241; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.46; Duran, s.204.

eden kendisidir. Ancak, haksız tahrik üzerine tepkide bulunan kişi, daha önce haksız tahriki doğuran eylemi yapan kişiyi, meşru savunma durumuna sokabilecektir⁴¹⁶.

Kişisel görüşümüze göre;

Meşru savunma ve haksız tahrik kurumları aralarında haksız eylem sonucuna yönelik olmaları itibarıyla benzerlik bulunmasına karşın nitelikleri ve unsurları farklı ceza hukuku kurumlarıdır. Haksız tahrikte fail, kendisine yönelen haksız eylem sona erdiği hâlde bu eylem ile nedensellik bağı bulunan öfke veya şiddetli elemin etkisi altında bu saldırıya karşılık vermektedir. Oysa meşru savunmada haksız saldırı henüz sona ermemiştir. Bu yüzden de meşru savunmada failin haksız saldırıyı ortadan kaldırma zorunluluğu bulunmakta iken, haksız tahrikte saldırıya karşılık verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Meşru savunma, hem ceza hukuku bakımından cezaya ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini, hem de diğer hukuk alanları bakımından yaptırımların uygulanmasını engelleyen hukuka uygunluk nedenidir. Haksız tahrikte ise, failin eyleminin hukuka aykırılığı devam etmekte sadece işlediği suçun cezasından indirim yapılmaktadır. Bu nedenle aynı eylemde meşru savunma ve haksız tahrik hükümlerinin uygulama koşullarının gerçekleştiği durumlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz.

Ceza sorumluluğunu kaldıran hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen hâller 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında birlikte düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerinde sınırın aşılmasına m.27 f.1'de, meşru savunma sınırlarının aşılmasına da m.27 f.2'de yer verilmiştir.

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin aşılmasının düzenlendiği m.27 f.1 hükmüne göre, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda, eylem taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda öngörülen ceza altı birden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. Bu hüküm, görevin ifası, meşru savunma, ilgilinin rızası, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin sınırının kast olmaksızın taksirle aşılması

416 Aydın, s.241; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.46; Dönmezer/Erman, s.348.

durumunda uygulanacaktır. Yargıtay'ın konu ile ilgili içtihadı⁴¹⁷, meşru savunma sınırının kasten aşılması durumunda m.27 f.1 değil, haksız tahrik m.29 hükmünün uygulanacağı yönündedir.

Meşru savunma sınırının aşılması ayrı ve özel olarak m.27 f.2'de düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, fail meşru savunma sırasında saldırı ile savunma arasında bulunması gereken orantıyı geçecek derecede savunmada bulunmuş ve bu savunma hâli kişinin içinde bulunduğu heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise fail cezalandırılmayacaktır. Meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması durumunda fail meydana gelecek sonuçtan sorumlu tutulmayarak 5271 sayılı CMK'nın 223/3-c maddesine göre "kusurun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına" kararı verilecektir. Meşru savunmanın sınırının kasten veya taksirle aşılmış olmasının bu madde uygulaması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ancak mazur görülecek olan her türlü telâş, korku veya heyecan hâli değil, failin işlemiş olduğu eylemden dolayı kınanabilirliğini ortadan kaldıracak düzeydeki telâş, korku veya heyecan durumları bu kapsamda değerlendirilecektir. Öte yandan failin, meşru savunmanın koşullarından olan saldırı ile savunma arasındaki oranı, saldırıdan kaynaklanan öfke veya şiddetli elemin etkisi ile aşması durumunda m.27 f.2 hükmü değil, haksız tahrikin düzenlendiği m.29 hükmü uygulanacaktır. Meşru savunma ile haksız tahrikin aynı eylemde birada bulunmalarına engel olan nedenler, haksız tahrik ile meşru savunmanın zorunluluk sınırının aşıldığı savunma hâlinin birlikte kabulüne de engel oluşturmaktadır⁴¹⁸.

YCGK kararlarında, meşru savunmada zorunluluk sınırını aşma ile tahrikin bir arada uygulanamayacağı kabul edilmiştir⁴¹⁹.

417 Açıköz, s.124: Yargıtay 1.CD, 20.03.2008 T, 1064 E-2137 K sayılı kararı:"5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin uygulanabilmesi için meşru savunmada sınırın kasit olmadan aşılması gerekli olup, olayda sanıkların maktûle yönelik meşru savunma şartları içinde başlayan hareketlerinde sınırı kasten aştıkları anlaşıldığından 5237 sayılı TCK'nın 81/1, 29 ve 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekir... "

418 Aydın, s.241; Dönmezer/Erman, s.348; Erem, Haksız Tahrik, s.648; Erem/Danışman/Artuk, s.603; Çam, s.72; Öztürk/Erdem, s.279; Centel/Zafer/Çakmut, s.442; Koca/Üzülmez, s.340;

419 YCGK 26.03.1990 T, 1990/1-36 E- 1990/87 K. sayılı kararı: "Zaruret sınırını aşma ile tahrik bir arada kabul edilemez. Maktûlün, sanığa telefon edip kendisini mutlak surette öldüreceğini söylediği, kısa bir süre sonra karşılaştıklarında öne çıkıp elini beline attığı... sanığın bir el hayati olmayan nahiye veya çevresine ateş etmesi gerekir iken arabadan ininceye kadar maktûle sekiz el

B. Zorunluluk Durumu- Haksız Tahrik

Zorunluluk durumu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. Kitabı, 2. Kısmı, 2. Bölümü'nde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında m.25 f.2 hükmünde "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 arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez" şeklinde düzenlenmiştir.

Zorunluluk durumu hukuka uygunluk nedeni, bir kişinin bilerek neden olmadığı tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu içine girmesi durumunda, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek şekilde olan, ancak suç teşkil eden bir eylemi gerçekleştirme durumudur. Zorunluluk durumunda, kendisine yönelik bir tehlikeden kurtulmak için üçüncü bir kişiye zarar verilmesi veya bu kişiye yönelik bir tehlikenin oluşturulması durumu söz konusudur⁴²⁰. Bu durumda fail tehlikenin ortaya çıkmasına neden olmadığı gibi, bu tehlikeden başkasının hakkına zarar vermeden korunma olanağı da bulunmamaktadır. Zorunluluk durumunda failin cezalandırılmamasının gerekçesi; dışarıdan gelen zorlama nedeni ile failin iradesinin direncini kaybetmesi, kişinin kendini koruma içgüdüsüne yönelmesi, bu durumdaki bir kişinin de cezalandırılmasında bir yarar bulunmaması ve kanunun çatışma haline giren iki değerden birine üstünlük tanınması şeklinde açıklanmıştır⁴²¹.

Zorunluk durumu ile haksız tahrik kurumları arasındaki en önemli fark, zorunluluk durumunu doğuran eylemin haklılığının veya haksızlığının bir önemi olmamasıdır. Haksız tahrikte ise, haksız bir eylemin doğurduğu hiddet (öfke) ve şiddetli elemin (üzüntünün) etkisi altında kalan kişinin iradesini yönlendirme yeteneği zayıfladığından cezanın indirilmesi yoluna gidilmektedir. Haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için en önemli unsur, failde hiddet ve şiddetli eleme

ateş etmesi savunmada zaruret sınırını aştığını gösterdiğinden hakkında TCK 49.maddesi (5237 sayılı TCK m.25)delaleti ile 50.maddesi (5237 sayılı TCK m.27 f.1) ile uygulama yapılmalıdır “.

420 Açıkgoz, s.129; Metiner/Koç, s.587.

421 Toroslu, s.108; Malkoç, s.55; Çam, s,74.

neden olan tahrik edici eylemin haksız bir eylem sonucu meydana gelmiş olması gerekliliğidir. Zorunluluk durumu içinde bulunan kişinin, bu tehlikeli durumdan kurtulmak için tepki suçunu işlemekten başka çaresi kalmamaktadır. Oysaki tahrik edici eyleme maruz kalan kişi, tepki suçunu işlemek zorunda değildir, işleyip işlememekte özgürdür; tahrik edici eyleme karşı kendisini frenleyebilme iradesini gösterme iradesi vardır. Öte yandan haksız tahrike maruz kalan kişi, içine düştüğü heyecan içinde ancak tahrik edici eylemi işleyene karşı tepki suçunu işleyebilmesine rağmen, zorunluluk durumunda tepki suçu olaya tamamen yabancı bir kişinin zararına da yönelebilmektedir. Çünkü burada önemli olan kişinin kendisini veya başkasını tehlikeli durumdan kurtarmak istemidir. Bu nedenle, zorunluluk durumunda failin bir başkasına zarar verme isteği olmamasına rağmen, haksız tahrikte fail tahrik edici eylem nedeni ile hiddet ve şiddetli eleme kapılmasına neden olan kişinin kendisine veya mal varlığına bilerek ve isteyerek zarar vermekte ve bir suç işlemektedir⁴²².

Bir başka farklılık da haksız tahrik durumunda haksız bir eylem, bu bağlamda haksız bir saldırı söz konusu iken, zorunluluk durumunda kişiye yönelik bilinçli bir saldırı durumu bulunmamaktadır. Bir tehlikelilik durumu ve tehlikeye maruz kalan kişinin de kendisini veya başkasını bu tehlikeden kurtarma atağı söz konusudur⁴²³.

Zorunluluk durumu, meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk nedenidir ve zorunluluk durumu koşulları gerçekleştiği takdirde faile ceza verilemeyecektir. Buna karşılık haksız tahrik kurumu ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran değil azaltan bir nedendir.

Her iki kurum arasındaki bu farklılıklar nedeniyle haksız tahrik ile zorunluluk durumu aynı eylemde bir arada bulunamaz⁴²⁴. Başka bir anlatımla, her iki kurumun hukuki niteliği ve unsurları farklı olduğundan olayda birisinin bulunması, diğerini ortadan kaldırır. Esasen işlediği eylem zorunluluk durumu kapsamında

422 Çam, s.74-75.

423 Kaya, Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s.60.

424 Çam, s.75.

değerlendirilen fail beraat edeceğinden, hakkında haksız tahrik hükmü uygulanarak cezasının indirilmesi söz konusu olamayacaktır.

C. Akıl Hastalığı- Haksız Tahrik

Haksız eylemin etkisi ile tepki suçunu işleyen akıl hastası olması durumunda, haksız tahrikin uygulanıp uygulanamayacağı sanığın tam veya kısmi akıl hastası olmasına göre değişmektedir.

TCK m.32 f.1 hükmünde “Akıl hastalığı nedeniyle işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ve eylem ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış kişiye ceza verilmez. Ancak bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur” şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Tam akıl hastalığı ceza sorumluluğunu tümü ile ortadan kaldırdığı için sadece cezayı azaltıcı bir neden olan haksız tahrikin uygulanmasına gerek kalmaz. Bu nedenle haksız tahrik ile tam akıl hastalığı bir arada olamaz⁴²⁵.

Kısmi akıl hastalığında failin cezai sorumluluğu tamamen kalkmamakta TCK m.32 f.2 hükmüne göre, sanığa verilecek cezadan maddede öngörülen oranlarda indirim yapılmaktadır. Kısmi akıl hastalığı ile haksız tahrik bir arada bulunabilir⁴²⁶. Kısmi akıl hastalığı ile haksız tahrikin hukuki temeli birbirinden bağımsız ve gerçek birer temeli olduğu için, bu durumda aynı durumdan dolayı iki kez değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olmaz⁴²⁷. Hatta, kısmi akıl hastası içinde bulunduğu durum itibariyle daha kolay hiddetlenebilir veya şiddetli elem psikolojik hâline girebilir⁴²⁸.

Yargıtay da haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kısmi akıl hastası faile verilecek cezada hem haksız tahrikten hem de kısmi akıl hastalığından dolayı indirim yapılabileceğini kabul etmektedir⁴²⁹.

425 Ercan, s.168.

426 Erem/Danışman/Artuk, s.603; Güreli, s.341; Soyaslan, s.462; Dönmezer/Erman, s.350.

427 Demirbaş, 2011, s.447.

428 Soyaslan, s.462; Dönmezer/Erman, s.350.

429 Yargıtay 3.CD 05.12.2016 T, 2016/5159 E-2016/20082 K. sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

Kural olarak kısmi akıl hastalığı ile haksız tahrik hükümlerinin birlikte uygulanabilmesi mümkün olmakla birlikte göz önünde tutulması gereken hususlar bulunmaktadır:

Haksız tahriki oluşturan eylem failin bilinç ve hareket özgürlüğünü önemli derecede etkileyecek bir ruhi karışıklığa neden olmuş ve bunun sonucu olarak geçici olarak kısmen akıl hastalığına tutulmuş ise, artık haksız tahrikten değil, geçici nedenden söz edilir. Bu durumda ruhi karışıklığın şiddetine göre kusur yeteneğinin kısmen veya tamamen kalkması da mümkündür⁴³⁰. 5237 sayılı TCK m.34 f.1 hükmü gereği geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucunun etkisi ile işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu eyleme ilişkin davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilemeyeceğinden her iki durumun bir arada bulunması hâlinde sadece m.34 f.1 hükmü uygulanacak, haksız tahrik hükmü uygulanmayacaktır.

Fail kısmi akıl hastası olup da kendisine karşı herhangi bir haksız saldırıda bulunulmamasına rağmen sırf hastalığı yüzünden haksız bir saldırının bulunduğu zannına kapılarak, bundan dolayı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlerse, heyecan durumu haksız tahrikten değil, failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş olduğundan, haksız tahrik ile kısmi akıl hastalığının bir arada bulunmasından söz edilemez ve fail hakkında sadece kısmi akıl hastalığına ilişkin TCK m.32 f.2 hükmü uygulanır⁴³¹.

Ancak bu iki istisnai durum dışında kısmi akıl hastasının da haksız tahrikin etkisi altında kalabileceği açıktır⁴³². Kısmi akıl hastalığı ile haksız tahrik birlikte uygulandığı durumlarda “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı TCK m.61 f.5 hükmündeki sıralamaya uygun olarak failin cezası, önce haksız tahrik nedeni ile indirildikten sonra kısmi akıl hastalığına ilişkin TCK m.32 f.2 hükmündeki indirim oranı uygulanacaktır. Benzer şekilde sarhoşlukta da haksız tahrikin objektif koşulları bulunduğu takdirde haksız tahrik hükmü uygulanır. Ancak failin sırf sarhoş olması

430 Demirbaş, 2011, s.447.

431 Demirbaş, 2011, s.447; Dönmezer/Erman, s.350.

432 Dönmezer/Erman, s.350.

nedeni ile tahrik edildiği zannına kapılması durumunda 5237 sayılı TCK m.29 hükmü uygulanmaz⁴³³.

Ç. Yaş Küçüklüğü- Haksız Tahrik

TCK m.31 f.1 hükmüne göre, eylemi işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olanlar ile TCK m.31 f.2 hükmüne göre, eylemi işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olanların ceza sorumluluğu yoktur. Bu yaş grubu ve durumundaki çocukların ceza sorumluluğu bulunmadığından haklarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmamaktadır.

TCK m.31 f.2 hükmünde, eylemi işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlardan işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve eylem ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği olanlar ile TCK m.31 f.3 hükmü gereğince on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanların cezalarında aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen oranlarda indirim yapılması öngörülmüştür. Bu yaş grubu ve durumundaki çocuklar bakımından haksız tahrik ile yaş küçüklüğü bir arada bulunabilir⁴³⁴. Başka bir anlatımla, ceza hem yaş küçüklüğünden hem de haksız tahrikten dolayı indirilebilir. Hatta yaşı küçük olmaları nedeni ile kişilikleri henüz tam olarak gelişmediğinden tahrik edilmeleri daha kolaydır⁴³⁵.

Yaş küçüklüğü ile haksız tahrik birlikte uygulandığı durumlarda “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı TCK m.61 f.5 hükmündeki sıralamaya uygun olarak failin cezası, önce haksız tahrik nedeni ile indirildikten sonra yaş küçüklüğüne ilişkin indirim oranı uygulanacaktır.

433 Demirbaş, 2011, s.447.

434 Erem/Danışman/Artuk, s.603; Gürelli, s.340; Soyaslan, s.462; Dönmezer/Erman, s.350.

435 Soyaslan, s.462.

D. Takdiri İndirim Nedenleri -Haksız Tahrik

Haksız tahrik ve takdiri indirim nedenleri ceza kanunumuzda iki ayrı kurum olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 29 hükmünde düzenlenen ve “kanuni indirim nedeni” olarak da isimlendirilen haksız tahrik kurumu; suça etki eden, failin suç işleme yönündeki psikik durumunu etkileyen ve varlığı halinde cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran bir indirim nedenidir. Olayda haksız tahrikin varlığının kanıtlanması durumunda hâkim indirim oranını mutlaka uygulamalıdır.

TCK m.62 f.1 hükmünde, fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde cezada indirim yapılacağı belirtilmiş, TCK m.62 f.2 hükmünde, ise, örneksime yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmamak üzere takdiri indirim nedenleri gösterilmiştir. TCK m.62 hükmünde düzenlenen takdiri indirim nedenleri olarak, “failin geçmiş, sosyal ilişkileri, suçtan sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar” göz önüne alınarak cezanın kişiselleştirilmesini amaçlayan bir kurumdur. Buna göre, sanığın ikrarı ile suçun açığa çıkmasına katkıda bulunması, yaptığından pişmanlık duyması, suça nitelik verilmesini kolaylaştırıcı açıklamalarda bulunması, geçmişteki sabıkası bulunmaması, suçtan doğan zararın tazmin veya tamir edilmiş olması, kaçma olanağı varken kaçmamış olması, kendiliğinden teslim olması gibi durumlar hâkim tarafından sanık hakkında takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilir⁴³⁶.

Haksız tahrik (TCK m.29) ile takdiri indirim nedenleri (TCK m.62) aynı olayda birlikte uygulanabilir⁴³⁷.

“Cezanın Belirlenmesi” başlıklı TCK m.61 f.5 hükmünde “Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza

436 Aydın, s.242.

437 Öztürk/Erdem, s.281; Soyaslan, s.462; Dönmezer/Erman, s.350.

belirlenir” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre hâkim, cezayı buradaki sıraya göre belirleyecektir.

Somut olayda haksız tahrik mevcut ise hâkim önce kişisel indirim nedeni olan haksız tahrik indirimi, bundan sonra da takdiri indirim nedenini uygulayacaktır. Ancak iki kez değerlendirme yasağı nedeni ile aynı durum (olgu, davranış, neden) hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni olarak sayılamaz⁴³⁸. Başka bir anlatımla aynı durumun hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni sayılması ve aynı duruma dayanarak cezada iki kez indirim yapılması mümkün değildir.

Tahriri oluşturan davranış “iki kez değerlendirme yasağı” nedeni ile aynı zamanda takdiri indirim nedeninin uygulanmasını gerektirmez ise de⁴³⁹, aynı olayda hem haksız tahrik hem de takdiri indirim hükümleri değişik nedenler ile bir arada uygulanabilir⁴⁴⁰.

E. İştirak-Haksız Tahrik

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 konusudur⁴⁴¹.

İştirak kurumu, TCK’nın 37. ve 41. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK iştirak türlerini, müşterek faillik (birlikte faillik), azmettirme, yardım etme olmak üzere üç gruba ayırmıştır. Müşterek faillik (birlikte faillik) durumunda, TCK m.37 f.1 hükmüne göre, suçun kanuni tanımında yer alan eylemi birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur⁴⁴². Müşterek faillik (birlikte faillik), ortak karara dayanarak aynı eylemin işlenmesi için birden fazla kişinin değişik katkılarda

438 Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2005) s.46 (**Soyaslan, Özel Hükümler**); Öztürk/Erdem, s.281; Dönmezer/Erman, s.350; Ayık, s.104; Gürelli, s.342.

439 Hakeri, s.257; Öztürk/Erdem, s.281.

440 Öztürk/Erdem, s.281.

441 Mustafa ÖZEN: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), Y.2007, S.70, s.239 (**Özen, İştirak Kurumuna Bakış**); İzmir, s.60.

442 Özalp, s.76.

bulunması durumudur⁴⁴³. TCK m.38 f.1 hükmüne göre, başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Azmettirmek, suç işleme düşüncesi olmayan bir kişinin iradesi üzerinde etkili olarak ona belirli bir suçu işlemeye karar verdirme demektir⁴⁴⁴.

Yardım etme, maddi veya manevi nitelikte olan ve iştirak edene, iştirak edilen suçun cezasından daha az bir ceza verilmesini öngören bir iştirak türüdür. TCK m. 39 hükmüne göre yardım türleri: suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, eylemin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek, eylemin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, eylemin işlenmesinden önce veya işlenmesinden sırasında yardımda bulunmaktır⁴⁴⁵.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için mağdurdan kaynaklanan haksız hareketin mutlaka suçu gerçekleştiren faile karşı yapılması zorunlu olmayıp, bu hareketin herhangi bir kişide hiddet veya şiddetli elem uyandırabilir bir nitelik taşıması durumunda o kişinin tahrik hükmünden yararlanması gerektiği uygulamada kabul edilmektedir. Bu itibarla, tahrik hükmünün, suça iştirak eden faillere her koşulda uygulanması söz konusu değildir⁴⁴⁶.

Haksız tahrik, cezadan indirim yapılmasına neden olan kişisel ve geçici bir nedendir⁴⁴⁷. Kişisel indirim nedenleri ilgili kişi hakkında geçerlidir. Bu bağlamda haksız tahrik ancak tahrik edilen için uygulanabilir⁴⁴⁸, iştirak hâlinde işlenen suçta

443 Öztürk/Erdem, s.329.

444 Ayık, s.103.

445 Özalp, s.76.

446 Parlar, s.193; Parlar/Hatipoğlu, s.563; Özalp, s.77.

447 Erem, Haksız Tahrik, s.649; Özalp, s.76; Taşdemir, s.76; Zafer, s.328.

448 Recep **GÜLŞEN**: “Türk Ceza Hukukunda Namus ve Töre Cinayetlerinin Cezalandırılabilirliği”, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Editörler: Atalay/Uluğ/Atak, Diyarbakır 2003, s.123 (**Gülşen**); Centel/Zafer/Çakmut, s.451; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.410; Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.281; Hakeri, s.378; Zafer, s.266; Kangal, s.46; Eker Kazancı, s.1334.

tahrik edilmemiş olmaları koşulu ile suça iştirak eden diğer kişilerin cezalarını etkilemez⁴⁴⁹.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda, her suç ortağı açısından haksız tahrik koşullarının oluşup oluşmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁴⁵⁰.

Öte yandan tahrikin hukuki esası haksız bir eyleme maruz kalma sonucunda heyecan durumuna girme ve bu heyecanın etkisi altında kişisel olarak bir suç işlemektir. Başka bir anlatımla, haksız tahrik bireysel bir psikolojik durumun yansımaya hukuki sonuç bağlanmasıdır. Tahrikin esası bireysel psikolojiye dayandığından iştirak halinde işlenen suçlarda, tahrik edilen fail dışındaki suç ortaklarının kanuni indirim nedeninden yararlanmalarına olanak yoktur. Azmettirme sureti ile işlenen suçlarda da azmettiren lehine var olan tahrik nedeni, suçu bizzat işleyen sanık hakkında uygulanmaz. Ancak tahrik kaynağı haksız eylem suç ortaklarının hepsine birden yöneltilmiş ise, örneğin mağdur tarafından failerin suç ortaklarının hepsine küfür edilmiş ise, bu durumda mağdura karşı suç işleyenlerin hepsi hakkında haksız tahrik hükümlerinin ayrı ayrı uygulanması gerekir⁴⁵¹.

Tahrik hükmünün, suça iştirak eden failere doğrudan yansıtılması söz konusu olmamasına rağmen; suça iştirak edenlerin, suçu gerçekleştiren fail ile 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 eylemin aynı olması durumunda tahrik hükmü suça iştirak eden failere yansır⁴⁵². Başka bir anlatımla, olayda iştirakçilerden her biri ayrı ayrı tahrik edilmiş veya yapılan bir hareket iştirakçilerin hepsini tahrik etmiş ise, suç ortaklarının her biri haksız tahrik

449 Çetin **ÖZEK**: “Haksız Tahrik Hâlinin Şeriklere Sirayeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1962, C.28, S.2, s.17 (**Özek**); Tutumlu, s.63; Başar II, s.359; Erem, Haksız Tahrik, s.649; Taşdemir, s.76; Erem/Danışman/Artuk, s.605; Centel/Zafer/Çakmut, s.441.

450 Parlar/Hatipoğlu, s.611: Yargıtay 4.CD 10.11.2003 T, 28851 E- 109949 K. sayılı kararı:”...aksi sabit olmayan savunmalara itibarla sanıklar Recep, Hasret, ve yeğenleri Zafer yönünden varlığı benimsenen ve maktulün Hasret’e yönelttiği sarkıntılığa dayandırılan tahrikin, bu kişilere hiçbir akrabalık bağı bulunmayan ve sanık Recep’in sadece arkadaşı olduğu anlaşılan ferî fail Fikret’e sirayet ettirilmesinin haklı ve kabul edilebilir gerekçesi denetlemeye elverişli açıklıkla gösterilmeden TCK’nın 51/1.maddesinin lehe tatbiki ile sanık Fikret’e eksik ceza tayini..”.

451 Günay, s.80.

452 Parlar, s.193.

hükümlerinden yararlanır. Bu durumda cezanın indirilmesinin nedeni haksız eylemin bir ortaktan diğerine yansımış olması değil, ortaklar hakkında haksız tahrikin ayrı ayrı kabul edilmiş olmasındandır. Bu nedenle bir suça iştirak edenlerden biri hakkında haksız tahriki kabul, diğerleri hakkında reddeden hüküm tezat teşkil eden bir hüküm sayılmamalıdır⁴⁵³.

Nitekim, YCGK da “...Haksız tahrik, haksız bir fiilden etkilenen failin ruhsal durumundan dolayı kusurunun azaldığı görüşüne dayanmaktadır. Buna göre, sadece şahsında bu şartlar gerçekleşen fail bakımından uygulanabilir. Başka bir deyişle haksız tahrik, kusuru azaltan kişisel bir nedendir. Haksız tahrikin suça iştirak edenlere (müşterek fail veya diğer şeriklere) de uygulanabilmesi için, tahrike ilişkin şartların tüm şerikler hakkında geçerli olması zorunludur. Bu nedenle müşterek fail veya iştirak edenlerden bir kısmı hakkında tahrik şartları gerçekleşmiş, diğerleri hakkında gerçekleşmemiş ise, 29. madde sadece haksız tahrik şartları gerçekleşen kişiler hakkında uygulanabilecektir “şeklinde karar vermek sureti ile bu görüşü benimsemiştir⁴⁵⁴.

Yargıtay Daire kararları da iştirak hâlinde işlenen suçlarda, tahrik edilen fail dışındaki suç ortaklarının haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacağı yönündedir⁴⁵⁵.

F. İçtima- Haksız Tahrik

765 sayılı TCK'nın “Suç ve Cezaların İçtima” başlığını taşıyan 7. babında yer alan 68. maddesinde “Bir kimse müteaddit suçlardan dolayı hüküm veya ceza kararnamesi ile mahkûm edilirse cezalar bu bap hükümlerine göre içtima ettirilir” denilmek sureti ile cezaların içtimaı kuralı düzenlenmiş; 7. babın son üç maddesi

453 Erem, Haksız Tahrik, s.649.

454 YCGK 24.11.2015 T, 2014/3-347 E- 2015/421 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

455 Parlar, s.193: Yargıtay I.CD 22.09.1999 T, 1821 E-2870 K sayılı kararı: “Maktûlün, oğlu sanık A'ya karşı olan haksız davranışları öldürme eyleminde kiralık katil olarak görev alan sanık H. yönünden tahrik nedeni olarak kabul edilemez”; Parlar, s.193: Yargıtay I.CD. 15.12.1988 T, 4349 E- 4512 K sayılı kararı: “Karısı Ayşe ile ilişki kurup bu ilişkisini sürdüren kardeşi T'nin öldürülmesi için sanık M'yi azmettiren sanık A. lehine oluşan ağır tahrikten, kiralık katil durumundaki sanık M'nin yararlanamayacağı düşünülmeden adı geçen sanık M'nin tahrikten yararlandırılması, yasaya aykırıdır”.

olan 78, 79, 80. maddesinde ise, cezaların birleşmesi kuralının uygulanamayacağı “Suçların İçtimaı” ile ilgili maddelere yer verilmiştir⁴⁵⁶.

5237 sayılı TCK’nın cezaların içtimaı konusundaki gerekçede: “Ceza hukukunun temel kurallarından biri “kaç tane eylem varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza bağımsızlığını koruyacaktır. Hükmolunan birden fazla aynı veya farklı nitelikteki cezanın ne suretle infaz edileceği sorununun İnfaz Kanunu’nda düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle Komisyon çalışmalarında “Cezaların İçtimaı” ile ilgili hükümlerin metinden çıkarılması kabul edilmiştir”⁴⁵⁷.

Bu itibarla 765 sayılı TCK’nın aksine 5237 sayılı TCK’da cezaların içtimaı ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Suçların içtimaı durumunda haksız tahrik hükmünün her bağımsız suç için ayrı ayrı göz önünde bulundurulması gerekir. Yapılacak haksız tahrik indiriminin içtimaı sonucunda elde edilecek toplam ceza üzerinden yapılması doğru değildir. Her suç bakımından koşulları varsa ayrı ayrı TCK m.29 uygulandıktan sonra sonuç cezalar içtimaı ettirilmelidir⁴⁵⁸. Böyle bir uygulama sonucu içtimaı ettirilen suçlardan bazıları hakkında haksız tahrikin kabulü, diğerleri hakkında reddi veya farklı haklı tahrik oranları uygulanması mümkündür⁴⁵⁹.

Failin haksız tahrik sonucunda birden fazla suç işlemesi hâlinde ise, haksız eylem hükmünün her bir suç bakımından ayrı ayrı göz önünde bulundurulması gerekmektedir birlikte, TCK m.29 hükmü sadece bir kez uygulanır. Haksız tahrike neden olan davranışların birden fazla olması bu sonucu değiştirmez.

456 İçel, s.414.

457 Özgenc, 2006, s.408.

458 Erem/Danışman/Artuk, s.604.

459 Gürelli, s.343; Erem/Danışman/Artuk, s.604.

G. Hata- Haksız Tahrik

Tepki suçunun oluşturan eylemin, haksız eylemi işleyen kimsenin zararına işlenmesi gerekir. Ancak bu durumun iki istisnası bulunmaktadır. Birincisi taksirli suçlardır. Diğer istisna ise tepki eyleminin şahısta hata veya hedefte sapma nedeni ile kast edilen kişi dışında masum bir kişiye karşı işlenmesi durumudur⁴⁶⁰.

765 sayılı TCK m. 52 hükmünde “Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder.” şeklinde şahısta hata ve hedefte sapma hâli düzenlenmiş bulunmaktadır.

Buna göre, fail tepkiyi oluşturan eylemi, kendi kusuru olmaksızın hata veya sapma (sair arıza) nedeni ile tahrik edenden başka bir kişiye karşı işlemiş ise haksız tahrikten yararlanmaktaydı. Fakat kendi kusuru ile hataya düşmüş ise haksız tahrikin uygulanması söz konusu değildi⁴⁶¹.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın “Hata” başlıklı 30. Maddesi üç fıkra olarak; “Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

8 Temmuz 2005 tarih ve 25869 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 4. maddesi ile “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz” şeklindeki

460 Özalp, s.47.

461 Bkz.765 sayılı Türk Ceza Kanunu m.52.

4. fıkra eklenmekle ile 5237 sayılı TCK'nın “Hata” başlıklı 30. maddesi son şeklini almıştır.

Kanun maddesinde farklı hata durumları düzenlenmiş olmakla;

1. fıkrasında suçun maddi unsurlarında hata ile ilgili kurala yer verilmiştir.

2. fıkrasında ile kişinin, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususundaki hatasından yararlanması öngörülmüştür.

3. fıkrada, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı öngörülmüştür.

5377 sayılı Kanun ile eklenen 4. fıkrada ise, kişinin işlediği eylemden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu eylemin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği öngörülmüştür⁴⁶².

Fail, işlediği eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise, başka bir anlatımla eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesi ile hareket etmiş ise ve bu yanılışı içinde bulunduğu koşullar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık hatasından yararlanabilecektir. Buna göre, fail tepki suçunu oluşturan eylemi, kendi kusuru olmaksızın hataya düşerek kast edilen kişiden başkasına karşı işlemiş ise yani şahısta hata hâli varsa TCK m.30 f.3 koşulları doğrultusunda haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Ancak kendi kusuru ile hataya düşmüş ise haksız tahrik indiriminden yararlanamaz⁴⁶³. Failin bu hatasından yararlanabilmesi için hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir⁴⁶⁴.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda hatanın kaçınılmaz hata olup olmadığı değerlendirmesi önem taşımaktadır: Eğer fail özenli davranmış olsa idi, haksız tahrikin koşullarının oluşmadığını bilebilecek durumda ise kaçınılabilir hata söz

462 Erem, Haksız Tahrik, s.643; Erem/Danışman/Artuk, s.595.

463 Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.439.

464 Hakeri, s.393.

konusu olacağından⁴⁶⁵ haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda faile işlemiş olduğu suçtan ceza verilerek bu hata TCK m.61 hükmü uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁴⁶⁶. Başka bir anlatımla, 3. ve 4. fıkraların uygulanması bakımından kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi koşulu arandığından, hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve eyleminden sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde değerlendirilecektir. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, eğitim durumu, yaşadığı sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulacaktır.

Öğretide savunulan görüşe göre, olayda hem cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâl hem de haksız tahrik gerçekleşmiş ve fail hataya düşmüş ise, hata irade lehine çözülecektir. Hem gerçekleşen hem de gerçekleştirilmek istenen suçtaki nitelikli hâl faile uygulanmayacak, eğer fail haksız tahrik konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise bundan da yararlanabilecektir⁴⁶⁷.

Yargıtay ise, cezayı artıran nitelikli hâlin şahsa bağlı nitelikli hâl olması durumunda failin hatasından yararlanabilmesi ve eylemin basit hâlden cezalandırılması gerektiği; buna karşın eyleme bağlı nitelikli hâl söz konusu ise hata hâlinde bile failin nitelikli hâlden cezalandırılması gerektiği doğrultusunda kararlar vermektedir.

Yargıtay, failin şahsa bağlı cezayı artıran nitelikli hâlde hataya düşme bakımından kararlarında dayanak alınan hukuki gerekçeyi şu şekilde açıklamaktadır:

Suçun temel şekline göre cezayı artıran veya azaltan nedenler, nitelikli hâllerdir. Nitelikli hâllerde hata durumunda fail, suçun temel şekli ile ilgili unsurlarda hataya düşmemiştir. Suçun temel şekli tüm unsurları itibariyle gerçekleşmiş, ancak fail nitelikli hâllerin gerçekleştiği konusunda hatalı hareket etmiştir. TCK m30 f.2’de nitelikli hâle ilişkin hatanın hukuki sonucu açıklanmamış,

465 İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), s.435 (Özgenç, 2013); Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe, s. 422.

466 Kangal, s.53.

467 Hakeri, s.394; Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe, s.422.

sadece failin bu hatasından yararlanacağı ifade edilmiş, bu hatanın ne 1. Fıkroda olduğu gibi kastı kaldıracağından, ne de 3. Fıkroda olduğu gibi kaçınılmaz olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Bununla birlikte 2. Fıkra uyarınca suçun nitelikli hâline ilişkin kanuni unsurlarını bilmeden hareket eden failin nitelikli hâl bakımından kasten hareket etmediği kabul edilmeli ve suçun temel şeklinden cezalandırılmalıdır. Buna göre kardeşi olduğunu bilmediği bir kişiyi öldüren failin, kasten öldürme suçunun nitelikli hâllerinden olan kardeşini öldürmekten değil, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacağı, değersiz zannederek değerli bir kolyeyi çalan fail hakkında ise değer azlığı hükmünün uygulanacağı ilke olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁸.

Yargıtay benzer şekilde, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ve dolayısıyla haksız tahrike ilişkin olarak maddi hata hâli için, hatanın kaçınılmaz olma koşulunun gerçekleşmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, aksi durumda uygulanamayacağı görüşünü benimsemiştir.

Yargıtay, TCK m.30 f.3'de düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ve dolayısıyla haksız tahrike ilişkin maddi hataya düşülmesi hâlinde kararlarında dayandığı hukuki gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır⁴⁶⁹:

468 YCGK 24.12.2013 T, 2013/1-664 E- 2013/622 K sayılı kararı: "5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin 2. fıkrasında; "Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" hükmü yer almaktadır. Suçun temel şekline göre cezayı artıran veya azaltan nedenler, nitelikli hâllerdir. Nitelikli hâllerde hata durumunda fail, suçun temel şekli ile ilgili unsurlarda hataya düşmemiştir. Suçun temel şekli tüm unsurları itibariyle gerçekleşmiş, ancak fail nitelikli hâllerin gerçekleştiği konusunda hatalı hareket etmiştir.

Kanunda nitelikli hâle ilişkin hatanın hukuki sonucu açıklanmamış, sadece failin bu hatasından yararlanacağı ifade edilmiş, bu hatanın ne 1. fıkroda olduğu gibi kastı kaldıracağından, ne de 3. fıkroda olduğu gibi kaçınılmaz olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Bununla birlikte 2. fıkra uyarınca suçun nitelikli hâline ilişkin kanuni unsurlarını bilmeden hareket eden failin nitelikli hâl bakımından kasten hareket etmediği kabul edilmeli ve suçun temel şeklinden cezalandırılmalıdır. Buna göre kardeşi olduğunu bilmediği bir kişiyi öldüren failin, kasten öldürme suçunun nitelikli hâllerinden olan kardeşini öldürmekten değil, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacağı, değersiz zannederek değerli bir kolyeyi çalan fail hakkında ise değer azlığı hükmünün uygulanacağı ilke olarak kabul edilmektedir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Karısını kaçıran K'yı tasarlayarak öldürmeye karar veren sanığın hata ile K. olduğunu zannederek kardeşi C'yi öldürmesi sabit olup, sanık öldürme suçunun nitelikli unsurunun gerçekleştiği konusunda hataya düştüğünden ve bu hatanın kaçınılmaz olması şartı aranmadığından sanığın hatasından yararlanması gerekmektedir. Bu itibarla, sanığın kasten öldürme suçunun basit hâli ile cezalandırılmasına karar veren yerel mahkeme hükmü isabetlidir..." (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 01.12.2016).

469 YCGK 24.12.2013 T, 2013/1-664 E- 2013/622 K sayılı kararı:

"...2-Sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerekip gerekmediği, bu bağlamda kaçınılmaz hata hâlinin olayda bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde;

5237 sayılı TCK m.30 f.3'de hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata hâlleri düzenlenmiştir. Fail, ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerden olan haksız tahrikin varlığı konusunda da hataya düşülebilir. Haksız tahrikin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşen fail haksız tahrik hükmünden yararlanacaktır. Burada önem arz eden husus hatanın kaçınılmaz olmasıdır. Kaçınılmazlık hâli takdir edilirken, failin gereken dikkat ve özeni göstermesi durumunda bu hataya düşüp düşmeyeceği belirlenmelidir. Buna karşılık, hata kaçınılabilir bir hata ise yani failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında, daha dikkatli ve özenli davranması durumunda hatasından kaçınılabilecek ise başka bir anlatımla hata meydana gelmeyecekse, fail artık haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" hükmü yer almaktadır. Fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata hâlleri düzenlenmiştir. Hatanın kaçınılmaz olması hâlinde, fail bu hatasından yararlanacaktır. Kaçınılmazlık hâli takdir edilirken, failin gereken dikkat ve özeni göstermesi durumunda bu hataya düşüp düşmeyeceği belirlenmelidir.

Ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerden olan haksız tahrikin varlığı konusunda da hataya düşülebilir. Haksız tahrikin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşen fail haksız tahrik hükmünden yararlanacaktır. Fakat burada hatanın kaçınılmaz olması zorunludur. Buna karşılık, hata kaçınılabilir bir hata ise, yani failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında, daha dikkatli ve özenli davranması durumunda hatasından kaçınılabilecekse başka bir anlatımla hata meydana gelmeyecekse artık haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır.

Öğretide bu konuya ilişkin olarak; "... örneğin, kendisine köy kahvesinde küfür eden B'yi kahve çıkışında dövmek için geçeceği yol üzerinde bekler. Yoldan geçen görünüş olarak B'ye çok benzeyen C olduğunu gece karanlığının da etkisiyle fark etmeyip ona sopayla birkaç kez vursa kaçınılmaz bir hata içinde olduğu kabul edilebilirse A haksız tahrik hükmünden yararlanabilecektir. Ancak gerekli özeni gösterseydi gece de olsa yoldan geçen C. olduğunu fark edebilecek idi ise artık tahrikten yararlanamaz" (Veli Özer Özbek, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 7, Türk Ceza Hukukunda Hata, s.93), "Kusurluluğu azaltan bir nedenin maddi koşullarında hataya düşülmüş ise (örneğin, haksız tahrik, TCK m. 29), kişi yanılıgısı kaçınılmaz nitelikte ise bundan yararlanır ve ilgili kusurluluğu azaltan halden yararlanır. Bununla birlikte, hatası kaçınılabilir nitelikte ise, artık kusurluluğu azaltan sebepten yararlanamaz" şeklinde görüşlere yer verilmiştir.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Somut olayda, öldürmeyi düşündüğü K. tarafından eşi kaçırılan sanığın haksız bir eylemin etkisiyle hareket ederek eylemi gerçekleştirdiği konusunda bir tereddüt bulunmamakta ise de sanığın eylemini eşinin kaçırılmasının üzerinden bir yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra gerçekleştirmiş bulunması, daha önce eşini kaçırın K'yı bir kez görmüş olması ve K. ile maktül arasında 6 yaş farkın bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda öldürdüğü C'nin gerçek kimliğini anlayabileceği, bunun için de somut olay itibarıyla yeterli zamanının olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, sanığın hatası kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, dolayısıyla sanığın hata hükümlerinden yararlanması mümkün bulunmadığından, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulayan yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetlidir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

Kişisel görüşümüz Yargıtay uygulamalarındaki hukuki gerekçenin ve kabulün isabetli olduğu yönündedir.

Ğ. Sapma- Haksız Tahrik

Suçun konusunda hatadan farklı olarak sapma durumunda fail, suçu asıl gerçekleştirmeyi düşündüğü konu üzerinde gerçekleştirmek istemekte, ancak seçilen araçların yetersizliği veya kullanma hatası yüzünden ya da başka bir nedenle istediği konu dışında aynı değerdeki başka bir konu üzerinde gerçekleştirmektedir. Suçun konusunda hata ile sapma arasındaki fark; suçun konusunda hatada failin hedef aldığı konu üzerinde eylem gerçekleşmekte iken, sapmada failin hedef aldığı konu dışında bir başka konu üzerinde eylem gerçekleşmektedir⁴⁷⁰.

Haksız tahrik bakımından ele alındığında, mağdurun haksız eyleminin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisindeki failin mağdura karşı gerçekleştirmek istediği hareket başka birisi veya mağdurla birlikte başka bir kişi üzerinde sonuç doğurmuş olabilir⁴⁷¹. Başka bir anlatımla, fail haksız tahrik altında hareket etmiş ve fakat hareketi başka bir kimse üzerinde gerçekleşmiş ise hedefte sapma söz konusudur. Maddenin gerekçesinde “Hedefte sapma hâlinde hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur” denilmektedir. Gerekçedeki bu açıklama esas alındığında, eylemin gerçekleştirilmek istenen konu üzerinde değil, bir başka konu üzerinde gerçekleştiği durumlarda tek bir eylem ile birden fazla suçun oluşması nedeni ile fikri içtima kuralları gereğince, bunlardan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyor ise, bu suçtan dolayı failin cezalandırılması gerekir⁴⁷².

Öztürk/Erdem’e göre; saldırıya uğrayan suçun konusu failin amaçladığından tamamen farklı nitelikte ise ve saldırıya uğrayan konu bakımından kanun suçun taksirli şeklini açıkça öngörmemiş ise, fail hedef aldığı konu bakımından sadece

470 Öztürk/Erdem, s.273.

471 Kangal, s.54.

472 Öztürk/Erdem, s.273.

teşebbüs aşamasında kalan kasıtlı suçtan, amaçladığı sonuç bakımından teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. Buna karşın amaçlanan suç konusu ile saldırıya uğrayan konu aynı nitelikte ise, amaç konu bakımından teşebbüs aşamasında kalan kasıtlı bir suç, saldırıya uğrayan konu bakımından da tamamlanmış taksirli bir suçun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu durumda her iki suç arasında fikri içtima ilişkisi vardır⁴⁷³. Dolayısıyla daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır.

Haksız tahrikte tepki suçunu oluşturan eylemin, haksız eylemi işleyen kişiye yönelmesi yönündeki koşulun istisnalarından biri de hedefte sapma durumudur⁴⁷⁴. Ancak bu durum ile ilgili kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Hedefte sapma hâlinde haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre⁴⁷⁵, hedefte sapma hâlinde bir yanılmanın söz konusu olmaması nedeni ile, tahriki oluşturan hareketi gerçekleştiren kişi dışında kalan kişiler üzerinde işlenen eylemler açısından haksız tahrik uygulanamaz.

Öğretide ikinci bir görüşe göre⁴⁷⁶, haksız tahrikin etkisi altında bir eylem gerçekleştirilirken hedefte sapma sonucu başka kişilerin üzerinde de sonuç gerçekleşmiş ise, haksız tahrik indirimini sadece hedef alınan kişiye yönelik suç açısından değil, haksız tahrikin etkisinde işlenen eylemin meydana getirdiği bütün sonuçlar açısından uygulamak gerekir.

Öğretide üçüncü bir görüşe göre ise⁴⁷⁷, hedefte sapma hâlinde hedef alınan kişiden kaynaklanan haksız eylem, kendisine karşı olası kastla suç işlenmiş kişi

473 Öztürk/Erdem, s.273-274.

474 Özalp, s.47.

475 Özalp, s.47, dpn.262: bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.549-550.

476 Özgenç, 2013, s.564.

477 Öztürk/Erdem, s.219; Demirbaş, 2011, s.401; Hakan **HAKERİ**, Kasten Adam Öldürme Suçları, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007) s.68, (**Hakeri, Kasten Adam Öldürme Suçları**).

yönünden göz önüne alınmaz. Ancak olası kastın söz konusu olmadığı koşullarda hedefte sapma hâlinde haksız tahrik hükümleri uygulanabilir⁴⁷⁸.

Yargıtay uygulamalarına göre;

Fail, hedef aldığı kişi yerine hedefte sapma nedeni ile onun yanında bulunan bir kişiyi öldürmüş ise, bu ikinci kişi bakımından olası kastla veya taksirle hareket edip etmediğine bakılacaktır. Eğer fail bu ikinci kişinin öleceğini öngörmesine rağmen, sonucu kabullenmiş ise olası kastı vardır. Bu durumda asıl öldürmek istediği kişiye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüs, ikinci kişiye karşı olası kastla adam öldürme suçunu işlemiştir. Bu durumda, tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı aynı suçun (kasten adam öldürme) işlenmesi söz konusudur. Ancak TCK m.43 f.3 hükmünde kasten öldürme suçu bakımından aynı türden fikrî içtima kabul edilmemekte, her bir suçun cezasının ayrı ayrı verilmesi düzenlenmektedir. Bu nedenle fail asıl öldürmek istediği kişiye yönelik kasten adam öldürmeye teşebbüs bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanacak iken, olası kastla adam öldürme suçu bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır⁴⁷⁹. Kasten yaralama suçu bakımından da aynı husus geçerlidir⁴⁸⁰.

Çok neticeli sapma bakımından da öğretide savunulan görüş, yine fikrî içtima kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılması yönündedir. Mağdurun haksız bir eyleminden kaynaklanan hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi altında kalan fail, mağdur dışında başka kişilerin de isabet alacağını öngörmesine rağmen sonucu kabullenerek ateş etmiş ise, olası kastla ya da ikinci dereceden doğrudan kastla

478 Günay, s.81.

479 Kangal, s.54: Yargıtay 1. CD 20.11.2007 T., 2006/7389 E.- 2007/8583 K. sayılı kararı: “Sanığın eniştesi olan Vedat ile aralarında çıkan tartışma sırasında, eniştesini kendisinden uzakta tutmak amacıyla kokoreç yapımında kullandıkları bıçağı salladığı esnada araya giren maktulün bacağına bir kez isabet ettirerek kan kaybından ölümüne sebebiyet verdiği olayda, sanığın eylemi 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde hedefte yanlışlıkla yer verilmiş olmasına göre Vedat’ı silahla kasten yaralamaya teşebbüs, maktulü ise olası kastla yaralama sonucu ölüme neden olma suçlarını oluşturacağı dikkate alındığında; buna göre sanığın her bir eylemi yönünden uygulamanın denetime olanak verecek şekilde ayrı ayrı gösterilmesi ... gerekirken...”.

480 Kangal, s.54: Yargıtay 3. CD 18.04.2005 T., 2004/11673 E.- 2005/3057 K. sayılı kararı: “Döner bıçağıyla ağabeyi İlhan ve yanında çalışan Orhan’ın yaralandığını gören sanık Orhan’ın bu nedenle karşı gruba ateş açması ancak asıl sanık Ekrem yerine yanlışlıkla mağdur Yunus’u yaralaması eyleminde, TCK 52. madde delaleti ile 51. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması ...”.

öldürdüğü veya yaraladığı diğer kişilere yönelik suçları bakımından haksız tahrik indirimi yapılmaz⁴⁸¹.

Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında;

“...Sanık Tahsin'in, mağdur İlhan'a ateş ederken onun ile boğuşmakta olan kendi oğlu Medeni 'nin de isabet alıp ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngörmesine rağmen ateşine devam etmesi eyleminde olası kast bulunduğu ve tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği göz önüne alınmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...’’⁴⁸² ;

“Sanığın hasmını hedef alıp ateş ettiği istikamette kendi babası olan maktûlün de bulunduğunu görmesine ve onun da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen babasını sakınmadan yaptığı ateşler sonucu onu vurup öldürmesinde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı da gözetilmelidir’’⁴⁸³;

“...Sanığın Hasan'a yönelik atışla yanında geçmekte olan Hüsamet'in'i hayati tehlike oluşacak şekilde yaraladığı olayda, 5237 sayılı TCK'nın 30, 43, 44. maddeleri dikkatte alındığında, sanığın Hasan'ı öldürmeye teşebbüsten, Hüsamet'in'e karşı ise olası kast hükmüne göre meydana gelen sonuçtan sorumlu tutularak tahrik hükmüne göre indirim yapılmadan cezalandırılması gerektiğinden...’’⁴⁸⁴;

Şeklindeki açıklama ve kabuller doğrultusunda, hedefte sapma hâlinde başka bir kişinin de isabet alacağını öngörmesine rağmen sonucu kabullenerek hareketine devam eden fail hakkında olası kast hükümlerinin uygulanması gerektiği ve olası kast nedeni ile de haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı hususları istikrar kazanmıştı.

Ancak, YCGK'nun 05.10.2010 tarih, 2010/1-132 E- 2010/183 K sayılı kararında⁴⁸⁵, olası kast ile işlenen suçlarda da “haksız tahrik” hükümlerinin

481 Hakeri, s.370.

482 Özalp, s.48, dpn. 266: Yargıtay 1. CD 02.03.2007 T., 1417 E.- 1016 K. sayılı kararı.

483 Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.745: Yargıtay 1. CD 30.11.2006 T, 2623 E- 5680 K sayılı kararı.

484 Özalp, s.48, dpn. 266: Yargıtay 1. CD 24.05.2007 T, 2315 E- 4088 K sayılı kararı.

485 YCGK 05.10.2010 T, 2010/1-132 E- 2010/183 K sayılı kararı: “Somut olayda; kendisine küfür edildiğini düşünen sanık, bunun nedenini sormak için, motosikletin peşine düşmüş, önüne

uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmek sureti ile görüş değişikliğine gidilmiştir. YCGK'nun uygulamaları bu görüş değişikliği doğrultusunda devam edegelmektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi kararlarında da YCGK'nun görüş değişikliği benimsenerek aynı doğrultuda uygulama yapılmaktadır⁴⁸⁶. Buna karşın Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararlarında⁴⁸⁷ hâlen eski uygulamaya yani olası kast ile işlenen suçlarda “haksız tahrik” hükümlerinin uygulanamayacağına yönelik uygulamaya devam edilmektedir.

geçmiş, yavaşlayarak ve işaret ederek motosikleti durdurmak istemiştir. Bu amaçla, öncelikle sağ şeritte önlerinde yavaşlamış, sonra durmaları için işaret etmiş, buna rağmen durmayarak sol şeritten kaçmaya çalışmaları üzerine de arabasını sol şeride kırmıştır. Burada, sanığın doğrudan yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği açık ise de; sanık, kara yolunda seyreden bir otomobil sürücüsünün yapması gereken normal davranış biçimlerini terk etmiş, adeta otomobilini maktul ve arkadaşının bulunduğu motosikleti durdurmak için bir alet olarak kullanma yolunu seçmiş, bu suretle de gerek kendisi için, gerek motosiklet için, gerekse kara yolunu kullanan diğer araç ve kişiler için tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde hareketler sergilemiş, bunu yaparken de otomobilinin önünü motosikletin kaçış yönüne kırmakta bir beis görmemiştir. Dolayısıyla da ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir, başka bir deyişle “olası ölüm neticesine” kayıtsız kalmış, “olursa olsun” demiştir. Bunun yanında, maktül ve arkadaşı Burak tarafından sanığa yönelik olarak yapıldığından kuşku bulunmayan ve Burak'ın ifade ettiği aksine, sanık ve yanındaki kız arkadaşı tarafından “küfür” olarak algılanan hareketin sanık yönünden “haksız tahriki” oluşturacağı ve olası kastla işlenen suçlarda da “haksız tahrik” hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla; sanık hakkında “haksız tahrik altında 18 yaşından küçük olan kişiyi olası kastla öldürme” suçundan verilen hükmün onanmasında bir isabetsizlik görülmediğinden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

486 Yargıtay 1. CD 20.02.2013 T, 3903 E- 1251 K sayılı kararı: “Sanık Rahmi hakkında olası kastla öldürme suçundan kurulan hükme yönelik temyiz incelemesinde yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine; oluşa ve dosya kapsamına göre: özellikle tanık Sami Karaca'nın anlatımlarından anlaşıldığı üzere, sanık Rahmi ile ölen İbrahim'in altın ticareti konusunda ilişki kurdukları, ölen İbrahim'in altınlar karşılığında sanıktan para alarak dolandırdığı ve diğer ölen ve mağdur ile aynı araçla kaçmaya kalkıştıkları, sanığın kendilerini başka bir araçla takibe başladığı, çok hızlı bir kovalamaca sırasında sanığın ikisi aracın arka camına ve bagaj kapağına isabet edecek şekilde üç el silahla ateş ettiği, trafiğin çok yoğun olduğu karayolunda kovalamacanın sürdüğü, ölenlerle mağdurun bulunduğu araca yaklaşan sanığın, iki kez arkadan çarparak aracın takla atmasına neden olduğu, kaza sonucu maktullerin öldüğü, mağdurun yaralandığı olayda, sanığın eylemlerini, birlikte hareket eden maktüller ile mağdurun kendisine yönelik gerçekleştirmiş oldukları dolandırıcılık eylemi nedeniyle işlediğinin anlaşılması karşısında, sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016). Bu Yargıtay Özel Daire kararı aleyhine Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazı YCGK'nun 01.04.2014 tarih, 2013/1-384 E- 2014/162 K sayılı kararı ile ret edilmiştir.

487 Yargıtay 3. CD 08.02.2016 T, 2015/21458 E- 2016/2291 K sayılı kararı: “...Sanığın kardeşi olan müştekiye arkadaşları konusunda nasihat etmesi, müştekinin buna kızıp ters cevap vermesi üzerine çıkan tartışmada, oluş ve dosya kapsamına göre sanığın yaralama eylemini doğrudan kastla işlediği gözetilmeden, TCK'nın 21/2. maddesi gereğince olası kast hükümlerinin uygulanması, ayrıca suçun olası kastla işlendiğinin kabulü hâlinde de sanık hakkında TCK'nın 29. maddesinde belirtilen haksız tahrik hükmünün uygulanma imkânının bulunmadığı gözetilmeden, haksız tahrik nedeniyle cezada indirim yapılarak eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

Kişisel görüşümüz;

Fail, çok neticeli hedefte sapma sureti ile tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlemiş ise ve amaçlanan ve saldırıya uğrayan konu suç kasten adam öldürme suçunu oluşturmakta ise 5237 sayılı TCK m.43 f.3 hükmünde bu suç bakımından aynı türden fikrî içtima kabul edilmediğinden kanun maddesindeki düzenleme doğrultusunda her bir suçun cezası ayrı ayrı verilecektir. Mağdurdan kaynaklanan haksız tahrik yüzünden bir suç işleyen fail, mağdur dışında başka kişilerin de zarar göreceğini öngörmesine rağmen, sonucu kabullenmiş ve hareketine devam etmiş ise, amaçladığı suç yönünden haksız tahrik hükümlerinden yararlanabileceği gibi, olası kastla hareket etmiş olduğu kişilere yönelik işlediği suç nedeni ile de koşulları varsa haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak olası kast koşulları söz konusu olmaksızın, taksirle hareket etmiş ve eylemin taksirli hâli kanunda suç olarak düzenlenmiş ise, taksirli suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanamayacağından hedefte sapma hâlinde failin mağdur dışındaki başka kişilere işlediği taksirli suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönündedir.

H. Tasarlama- Haksız Tahrik

Tasarlama, 5237 sayılı TCK'nın 82/1-a maddesinde kasten adam öldürmenin nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir. Kanunda tasarlamanın tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle de kurumun tanımı ve esası hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür⁴⁸⁸.

Haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunup bulunmayacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu tartışma, tasarlamanın tanımı ve esası konusunda görüş birliğinin olmamasından kaynaklanmaktadır.

Psikolojik (soğukkanlılık) görüşü savunan yazarlara göre⁴⁸⁹, tasarlama, failin soğukkanlılık ve sükûnetle düşünüp karar verdikten sonra suçu işlemesidir. Tasarlamanın unsuru olan soğukkanlılık ve sükûnet ile haksız tahrikin unsuru olan hiddet veya şiddetli elem birbirine zıt ruhsal durumlar olması nedeni ile aynı anda

488 Özalp, s.85.

489 Güreli, s.341.

aynı kişide varlığından söz edilemeyeceğinden⁴⁹⁰ haksız tahrik ile tasarlama bir arada bulunamaz.

Plan kurma ve kronolojik görüşü savunan yazarlara göre, tasarlama, failin suç işleme kararı aldıktan sonra suçun işlenmesine kadar geçen süre içerisinde düşünüp taşınması, bu kararını gerçekleştirmek için plan yapması ve bu plan doğrultusunda suç işlemesidir^{491,492}. Hiddet ve şiddetli elemine etkisi altında failin düşünme ve yapacağı hareketi planlama yeteneği devam eder⁴⁹³. Bu görüşe göre, haksız tahrikin uygulanabilmesi için tepki suçunun haksız eylemden hemen sonra işlenmesi zorunlu olmadığından, başka bir anlatımla haksız eylemden kaynaklanan hiddet ve şiddetli elem durumunun uzun süre devam etmesi ve bu arada failin plan kurarak suç işlemesi mümkün olduğundan haksız tahrik ile tasarlama bir arada uygulanabilir.

Soyaslan'a göre⁴⁹⁴, ağır ve haksız bir eyleme maruz kalan kişi bunun öcünü soğukkanlılıkla hasmını öldürerek alabilir.

Başar'a⁴⁹⁵ ve Hakeri'ye⁴⁹⁶ göre, tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunup bulunmayacağı konusunda ölçülü davranılmalı ve somut olayın koşullarına göre durum değerlendirilmelidir. Failin eylemden önceki ve eylem esnasındaki içsel durumuna göre haksız tahrik ve tasarlamanın bir arada olup olmadığı ayrıca değerlendirilip kabul veya reddedilebilir.

Dönmezer/Erman'a göre⁴⁹⁷, tasarlama için şart olan suç işleme kararı ile harekete geçme zamanı arasındaki zaman aralığı haksız tahrikte de bulunabilir. Çünkü tepki suçunun haksız tahriki oluşturan eylemin hemen akabinde yapılması, haksız tahrikin bulunması için zorunlu değildir. Tasarlamanın ikinci koşulu olan bu süre içerisinde bir plan kurulması da haksız tahrikin sübjektif unsurunu oluşturan

490 Erem/Danışman/Artuk, s.604.

491 Dönmezer/Erman, s.349; Öztürk/Erdem, s.218-219; Centel/Zafer/Çakmut, s.440-441; Demirbaş, 2011, s.403; Aydın, s.242-243; Bardak, s.51; Tutumlu, s.66.

492 Aydın, s.242-243; Demirbaş, 2011, s.403; Tutumlu, s.66.

493 Centel/Zafer/Çakmut, s.440-441.

494 Soyaslan, Özel Hükümler, s.106.

495 Başar II, s.356.

496 Hakeri, Kasten Adam Öldürme Suçları, s.220-221.

497 Dönmezer/Erman, s.349.

hiddet (öfke) veya elem (üzüntü) durumu ile bağdaşabilir. Hatta bir kimsenin bu gibi hiddet (öfke) veya elem (üzüntü) anlarında daha derin ve ayrıntılı bir şekilde düşünüp taşınması, benliği saran öç alma veya karşılık verme düşüncesinin etkisi altında daha iyi hazırlanması mümkündür.

Aydın'a göre⁴⁹⁸, TCK taammüden değil, tasarlayarak adam öldürmeden söz ederek tasarlama ve kronolojik ölçütü tercih etmiştir. Bu durumda suçun temel şekline oranla cezanın artırılmasının nedeni, suçun iyi tasarlanmış ve tertiplenmiş olması ve bu nedenle de mağdurun kendisini savunabilmesini güçleştirmesidir. Bu durumda cezanın artırılmasının bir nedeni de faildeki kastın ve tehlikenin yoğunluğudur. Bu nedenle fail, hiddet ve şiddetli elemin etkisi ile tasarlayarak adam öldürme suçunu işleyebilecektir.

YCGK, 5237 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında; "Tasarlama halinde fail, anında karar verip eylemi işlememekte, suç işleme kararı ile eylemin icrası arasında sükûnetle düşünebilmeye yetecek kadar bir süre geçmektedir. Fail bu süre içinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka nedenle ve bir başka ani kararla fiili işlemesinde tasarlama söz edilemez. Suç işleme kararının hangi düzeydeki eylem için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşıp ulaşamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır. Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı konusu öğretisi ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin, haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, başka bir anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması durumunda tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir..." şeklinde⁴⁹⁹

498 Aydın, s.243.

499 YCGK 03.07.2012 T, 2012/1-76 E- 2012/258 K sayılı kararı:

“Haksız tahrik; “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemek” olduğuna göre, örneğin cinsel saldırı gibi bir suçun mağduru olan kişiye karşı bu mağduriyeti dolayısıyla suç işlenmesinde haksız tahrikin koşulları bulunmayacaktır. Gerçekten de töre veya kan gütme saiki ile işlenen eylemlerde fail haksız bir fiilden duyduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında değil, bu konudaki töreden kaynaklanan bilinç ve saik ile hareket etmektedir. Dolayısıyla haksız tahrikin koşullarının bulunduğu olaylarda töre saiki ile öldürmekten söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Tasarlayarak öldürme de 5237 sayılı TCK’nın 82/1. maddesinin (a) bendinde kasten öldürme suçunun nitelikli halleri arasında düzenlenmiştir. Gerek madde metninde gerekse gerekçesinde “tasarlama” kavramının tanımına yer verilmemiş, bu konunun açıklığa kavuşturulması, öğreti ve yargısal kararlara bırakılmıştır. Öğretide tasarlamayı açıklama bakımından soğukkanlılık ve planlama teorisi olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Soğukkanlılık teorisine göre, tasarlayarak öldüren kişide bir soğukkanlılık gözlenmektedir. Bu kişinin başkasını öldürürken hiç heyecan duymamış olması, ondaki ruhsal kötülüğü göstermektedir. Ayrıca fail, öldürme kararını önceden almış olmasına, araya zaman girmiş olmasına karşın, soğukkanlılığını korumuş ve bu karardan vazgeçmemiştir. Planlama teorisine göre ise, tasarlama ile işlenen öldürme suçlarında suç; önceden kararlaştırılmış, hazırlanmış ve planlanmıştır. Bu hazırlık; pusu kurmak, mağduru ya da maktûlü bulmak, hile ile öldüreceği yere getirmek şeklinde olabilecektir. Burada fail, önceden aldığı suç işleme kararını gerçekleştirmek için suçta kullanacağı araçları seçip, temin etmekte ve bu suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapmaktadır.

765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde, Ceza Genel Kurulu’nun 09.07.2002 gün ve 138 E- 301 K ile 03.12.2002 gün ve 247 E- 414 K sayılı kararları ile, “Failin bir kimseye karşı bir suçu işlemeye sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, suçu işlemeyen önce soğukkanlı bir şekilde düşündükten sonra ulaştığı ruhsal sükûnete rağmen kararından vazgeçmeyip ısrarla ve bu akış içerisinde fiilini icraya başlaması halinde tasarlama söz edilebilir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlememekte, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında bir süre geçmektedir. Fail bu süre içinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte, ancak tasarladığı suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi fakat bir başka nedenle ve ani bir kararla fiili işleminde tasarlama söz edilemez. Suç işleme kararının ne zaman alındığı ve eylemin ne zaman işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşıp ulaşılamayacağı araştırılmalıdır” sonucuna ulaşılmıştır.

Yerleşik yargısal kararlarda kabul edildiği ve duraksamasız bir şekilde uygulandığı üzere, tasarlama söz edilebilmesi için; “failin, bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeyen önce makûl bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dâhilinde icra etmesi gerekmektedir” Nitekim Ceza Genel Kurulu’nun 28.04.1998 gün ve 117 E- 155 K, 13.11.2001 gün ve 239 E- 247 K, 03.10.2006 gün ve 30 E -210 K, 15.12.2009 gün ve 200 E- 290 K, 02.02.2010 gün ve 239 E- 14 K, 16.02.2010 gün ve 251 E- 25 K ile 25.01.2011 gün ve 122 E-7 K sayılı kararları da bu doğrultudadır.

Tasarlama halinde fail, anında karar verip eylemi işlememekte, suç işleme kararı ile eylemin icrası arasında sükûnetle düşünebilmeye yetecek kadar bir süre geçmektedir. Fail bu süre içinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka nedenle ve bir başka ani kararla fiili işleminde tasarlama söz edilemez. Suç işleme kararının hangi düzeydeki eylem için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşıp ulaşılamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır.

Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı konusu öğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin, haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, başka bir anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması durumunda tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

açıklamalar doğrultusunda tasarlayarak adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

YCGK başka bir kararında; “Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı konusu öğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında bulunması, başka bir anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması halinde tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulu’nun 26.06.2012 gün ve 76 E- 258 K sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır...” şeklinde⁵⁰⁰ benzer doğrultuda karar vermiştir.

Yine Yargıtay 1.CD bir kararında⁵⁰¹; “...Sanık Ferda hakkında tasarlayarak öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden: Oluşa ve dosya kapsamına göre güzellik salonu işleten sanık Ferda ile maktûl Mustafa arasında gönül ilişkisi bulunduğu, sanığın ayrıca maktûlün işlettiği lokale ortak olduğu, sanık Ferda'nın ortaklığını ve gönül ilişkisini bitirdiği, maktûlün, sanık Ferda'yı "seni bu iş yerinde çalıştırmam diyerek tehdit ettiği, olaydan önceki günlerde sanık Ferda'nın telefon ile çalışanı tanık Ziya'ya maktûl Mustafa'nın iş yerine gelmesi halinde içeri almaması yönünde verdiği talimatı duyan maktûlün Ferda hakkında gıyabında hakaret ettiği, ettiği hakaretin sanık Ferda tarafından telefonda duyulduğu ve telefonda tartışıkları, maktûlün bu durumdan sorumlu tuttuğu Ziya'yı darp ettiği, sanık Ferda'nın diğer

Amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suçu işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden birisi de öğreti ve uygulamada; “suçsuzluk” ya da “masumiyet karinesi” olarak adlandırılan kuralın bir uzantısı olan ve Latince “in dubio pro reo” olarak ifade edilen “kuşkudan sanık yararlanır” ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında cezalandırma bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin kuşkunun, sanığın yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi ya da vasıflandırılması konusunda kuşku belirmesi halinde uygulanacağı gibi, dava koşulları bakımından da geçerlidir...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

500 YCGK 18.12.2012 T, 2012/1-1049- 2012/1851 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

501 Yargıtay 1. CD 06.03.2014 T, 2013/5720- 2014/1301 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

sanıklar ile tasarlayarak maktûlü öldürdüğü ve kabulünde bu yönde olduğu olayda; maktûlden kaynaklanan ve sanık Ferda'ya yönelen söz ve eylemler nedeni ile sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği halde maktûlün kıskançlık nedeni ile Ferda'ya yönelik söz ve davranışlarının haksız eylem olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile sanık hakkında fazla ceza tayini...” şeklinde aynı uygulamayı benimseyen karar vermiştir.

Buna göre, YCGK ve Yargıtay Daire kararlarında tasarlayarak adam öldürme suçlarında koşulları varsa haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği görüşü istikrar kazanmıştır.

Kişisel görüşümüze göre;

Tasarlamanın kasten adam öldürme suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenmesini açıklayan iki görüşten plan kurma ve kronolojik ölçütü esas alan görüş daha isabetlidir. Tasarlama, failin suç işleme kararı ile eylemi icrası arasındaki süre zarfında suç işleyip işlememe konusunda düşünüp taşınarak adam öldürmeye karar vermesi, bu suçu nasıl işleyeceğini planlaması ve hazırlıklarını yapması, bu süre zarfında suç işleme kararından vazgeçmemek sureti ile suçu işlemesi sürecini ifade etmektedir. Failin suç işleme kararını ani olarak vermeyip düşünme süresine ve koşullarına sahip olmasına rağmen suçu işlemekten vazgeçmemesi, suç işleme kararında sebat etmesi, “suç işleme kastının yoğunluğu” ve suçu planlayarak mağdurun kendisini savunma koşullarını zayıflatması veya tamamen ortadan kaldırması itibarıyla “tehlikenin yoğunluğu” göz önünde bulundurularak kanun koyucu suçun temel hâline göre cezayı arttırmıştır. Ancak bu durum suçun hiddet (öfke) ve şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi bakımından psikolojik veya kanuni engel oluşturmaz. Başka bir anlatımla hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi altında failin düşünme ve yapacağı hareketi planlama yeteneğinin devam etmesi mümkündür. Öte yandan haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından tepki suçunun haksız eylemin icrası esnasında veya hemen sonrasında işlenmesi zorunluluğu yoktur. Tahrik edici eyleme verilecek tepkinin süresi bakımından nedensellik bağı devam etmek kaydı ile belli bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir. Bu bağlamda, hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi ile tasarlayarak adam öldürme suçu işlenebilir. Burada önemli olan husus, failin bütün tasarlama süresince hiddet

(öfke) veya şiddetli elemin etkisinde olması ve failin maruz kaldığı haksız eylem ile işlediği kasten öldürme suçu arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Bu unsurlar gerçekleştiği takdirde haksız tahrik ile tasarlama bir arada uygulanabilir.

I. Töre Saiki- Haksız Tahrik

Töre saiki ile adam öldürme suçu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde, kasten öldürme suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da yer almadığından yeni bir düzenlenmedir⁵⁰².

Aile bireyleri, töreyi ihlâl ettikleri düşüncesi ile çoğu zaman da kadın olan mağduru, önce yargılamakta sonra da aldıkları bir aile meclisi kararı ile infaz etmektedirler. Burada sadece devlete ait olan yargılama ve cezalandırma hak ve yetkisi gasp edilmiş olmaktadır. Kanun koyucu bu tarz eylemlere bir son verebilmek için töre saikini adam öldürme suçunun nitelikli hâli olarak düzenlemiştir⁵⁰³. Bu madde hükme göre, töre saiki ile adam öldürme suçuna verilen ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır⁵⁰⁴.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinin (k) bendinde düzenlenen töre saiki ile öldürme suçunda “saik” suçun unsuru olarak kabul edildiğinden bu suç açısından özel kast aranmaktadır⁵⁰⁵. 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nda yer almayan ve 5237 sayılı TCK ile somut bir norm olarak hukukumuzda giren “töre saiki”nin tanımı yasada yapılmamış⁵⁰⁶, “töre saiki”nden ne anlaşılması gerektiği, toplumsal yapıdaki dinamizm de nazara alınarak uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır.

Söz konusu maddenin kanunlaşma süreci incelendiğinde; TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri esnasında verilen bir önerge ile, “töre saiki” ile

502 Bkz. 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK m.82.

503 Cumhuriyet **ŞAHİN**: “Törelere Etkisiyle İşlenen Adam Öldürme Suçlarının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Töre Cinayetleri, (Ankara: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Aralık 1999), s.36 (**Şahin, Töre Cinayetleri**); Eker Kazancı, s.1347.

504 Bkz. 5237 sayılı TCK m.82.

505 Zeynep Burcu **AKBABA**: “Töre Namus ve Töre Saikiyle Kastan Öldürme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBDD), Y.21, S.75, s.342, Ankara 2008 (**Akbaba**); Kaya, s.73.

506 Salih Zeki **İSKENDER**: “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, YD, Y.35, S.127, s.7, Ankara 2009 (**İskender**).

gerçekleştirilen kasten öldürme eylemleri 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinde nitelikli hâl olarak düzenlenmiş; yapılan görüşmelerde, namus saiki ile işlenen öldürme eylemlerinin de bu kapsamda bulunduğu, namus kavramının çok geniş ve ortak bir tanımının bulunmasındaki güçlük gözetilerek kullanılmadığı, toplumsal bir değer olarak hukuk düzenince de korunması gereken namusa yönelik saldırılar karşısında esasen haksız tahrik oluşturan davranışlar nedeniyle işlenen suçlarda, toplumsal bir değer olarak kabul edilen bir namus anlayışının da, hukuki korumadan yoksun kalabileceği ve maddenin uygulanması koşullarının oldukça genişletileceği, esasında cezada indirim yapılmasını gerektiren bir hâl bulunmasına karşın bunun nitelikli hâl olarak düzenlenmesi suretiyle bazı koşullarda çelişki yaratılacağı, buradaki saikin hukuken onaylanmayan ve kabul görmeyen bir saik olması gerektiği, dolayısıyla haksız tahrikin koşullarının bulunduğu olaylarda esasen bu saik ile de hareket edilemeyeceği görüşleriyle, “töre saiki” tanımı yapılmadığı gibi, madde metninde de, “namus saiki” ifadelerine yer verilmemiştir.

Türkçe sözlüklerde, “saik” kavramı, “sebepe”, “güdü”, “sevk eden”, “bir yere götüren”, “faili suç işlemeye sevk eden his ve menfaat” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁰⁷. Saik kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan duygu ve düşünceler bütünüdür. Hatta “failin harekete geçmesine yol açan nedendir” demek daha 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 etmendir⁵⁰⁸.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “namus” kavramının anlamı “Bir toplum içinde ahlâk kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet”⁵⁰⁹ şeklinde açıklanmaktadır. Namus kavramının içeriği, cinsel davranışa ilişkin geleneklerden kaynaklanır ve bu suçun mağduru/maktûlü genellikle kadınlardır. Çünkü kadından evleninceye kadar cinsel saflığını koruması, evlendikten sonra da cinselliğini sadece kocasına sunması beklenmektedir⁵¹⁰.

507 www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 08.09.2017)

508 Demirbaş, s.343-344; Taşdemir, s.67; Açıköz, s.161.

509 <https://kelimeler.gen.tr> (erişim tarihi: 08.09.2017)

510 Mahmut **TEZCAN**: “Ülkemizde Aile İçi Töre Ya da Namus Cinayetleri”, Töre Cinayetleri, (Ankara: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayıncılık, Aralık 1999), s.21 (**Tezcan**).

Töre; bir toplumda benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet⁵¹¹, dar anlamda ise “bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleri”⁵¹² şeklinde tanımlanmaktadır. Sosyolojik anlamıyla, kuşaktan kuşağa aktarılan, toplumun, topluluğun üyeleri arasında güçlü bir bağ yaratan alışkanlıklar, kültürel aktarımlar, bilgi, âdet ve davranışlardır⁵¹³.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “töre cinayeti” kavramı, “Bazı bölgelerde geleneksel anlayışlara uymama sebebiyle genellikle genç kız veya kadınların ailesinin kararıyla yine aileden biri tarafından öldürülmesi, namus cinayeti” şeklinde tanımlanmıştır⁵¹⁴.

Törenin belli koşullarda namusu da içeren bir üst kavram anlaşılakta ise de töre ve namus cinayetlerinin aynı olup olmadığı veya kanun koyucunun töre saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarında, namus saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarını mı kast ettiği hususu tartışmalıdır:

Hafizoğulları/Özen’e göre⁵¹⁵; töresel olmayan fakat yaygın rastlanan bazı durumlar konusunda bir açıklık getirmemiş olmakla birlikte kanun, feodal toplumun, feodal toplum kalıntısı toplumların töresel bir davranışı olan namus kurtarmak saiki ile insan öldürmeyi suçu ağırlatan neden sayması övülecek, yerinde bir davranış olmuştur. Töre saiki ile öldürmenin kabul edilebilmesi ve cezanın artırılabilmesi için, öldürme eylemi, namus kurtarmak adına, aile meclisinin kararı olarak, kirlendiği düşünülen kadın veya kızın yahut birlikte kirletenin öldürülmesi şeklinde gerçekleşmiş olmalıdır.

511 Akbaba, s.333; Kaya, s.71; Duran, s.222; Taşdemir, s.67; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.258.

512 Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C.II, Ankara, 1988, s.1488.

513 İskender, s.60; Açıkgöz, s.160.

514 <https://kelimeler.gen.tr> (erişim tarihi:08.09.2017)

515 Zeki **HAFIZOĞULLARI**, Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, (Ankara: US-A Yayıncılık, 2010), s.54 (**Hafizoğulları/Özen**).

Özbek'e göre⁵¹⁶; töre saiki ile öldürme aynı zamanda "namus kurtarma" düşüncesine dayandığından ve kadına yönelik işlendiğinden bu tür eylemler "namus cinayeti" olarak da adlandırılmaktadır. Buradaki töre saikinin, namus saikini de içine alacak şekilde anlaşılması gerekir. Böyle olunca sadece bir törenin gereği olarak değil, böyle bir töre olmasa da namusunu kurtarma saikinin varlığı hükmün uygulanması için yeterli olacaktır.

Göztepe'ye göre⁵¹⁷; namus cinayetleri ile kast edilen medeni durumlarından bağımsız olarak kadınların aile namusunu ve şerefini kurtarmak adına, geniş anlamda ve çekirdek aile ile sınırlandırılmayacak bir ailenin üyeleri tarafından öldürülmeleridir.

YCGK bir kararında⁵¹⁸; "Gerek 5237 sayılı TCK'nın hazırlık çalışmaları, gerekse öğretilerdeki görüşler birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun bu suç tipini nitelikli hâl olarak öngörmesinin en başta nedeninin, "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış uygulanmasının önüne geçmek" olduğu, failin adeta görev bilinci ile hareket ettiği bu suç tipinde, namus kavramına yer verilmemesinin, ileride doğabilecek olan sorunları önlemeye ve hukuk düzenince de kabul edilen bir namus anlayışının hukuki korumadan yoksun bırakılmasının önüne geçmek olduğu, bununla birlikte, toplumun ortak vicdanı ve hukuk düzenince de kabul görmeyen bir namus anlayışıyla gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, bu suç tipinde, genel olarak mağdur kadın ise de, kanun koyucunun bir ayırım gözetmediği, "töre saiki" kavramının, belirli koşullarda "namus saiki"ni de kapsayan bir üst kavram olduğu, "namus saiki ile" işlenen bir kısım kasten öldürme suçlarının da 5237 sayılı TCK'nın 82/1-k maddesi kapsamında cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır." ifadelerine yer verilerek, "töre saiki ile" işlenen öldürme

516 Veli Özer **ÖZBEK**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, C. II, 1. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s.243 (**Özbek, TCK İzmir Şerhi II**).

517 Ece **GÖZTEPE**: "Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanununun Bir Değerlendirmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBDD), Y.18, S.59, s.29, Ankara 2005 (**Göztepe**).

518 YCGK 14.06.2011 T, 2011/1-138 E- 2011/130 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

suçlarının “namus saiki ile” işlenen öldürme suçlarını da kapsadığı görüşünü benimsemiştir.

Öğretide bir başka görüşe göre; “namus saiki ile” işlenen adam öldürme suçları, “töre saiki ile” öldürme suçlarına göre daha genel ve kapsayıcıdır. Namus saiki ile işlenen suçlar aile meclisi kararına dayanmadığından⁵¹⁹ ve daha çok bireysel nitelikte olduğundan⁵²⁰ ”töre saiki” kavramı yerine “namus saiki” kavramı kullanılmalıdır⁵²¹.

Nitekim, yapılan sosyolojik araştırmalarda da toplumda namus cinayetlerinin töre cinayetlerinden farklı olarak algılandığı ve namus cinayetlerinin daha çok bireysel bir eylem olarak değerlendirildiği, töre ile veya herhangi bir bölge ile ilişkilendirilmediği tespit edilmiştir⁵²².

Kişisel görüşümüze göre de;

Her ne kadar sözcük anlamı itibariyle “töre” kavramı “namus” kavramına göre daha geniş anlam ifade etmekte ise de “namus saiki ile” işlenen adam öldürme suçları, “töre saiki ile” işlenen öldürme suçlarına göre daha genel ve kapsayıcıdır. Bu nedenle, “namus saiki ile” işlenen her suçu töre ile ilişkilendirmek ve TCK 82/1-k maddesi anlamında töre saiki ile işlenen suç olarak kabul etmek doğru değildir. Çünkü namus cinayetleri adı altında işlenen suçlar kapsamında, haksız tahrik hükümlerinin uygulama olanağı bulunmayan “töre saiki ile” işlenen suçların yanı sıra

519 Serap **KESKİN-KİZİROĞLU**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu – Atatürk Araştırma Merkezi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, Şubat 2008), s.995 (**Keskin-Kızıroğlu**); Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.57-58; Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s.254.

520 Durmuş **TEZCAN**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, R. Murat **ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s.169 (**Tezcan/Erдем/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2008**); Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s.254.

521 Keskin-Kızıroğlu, s.995; Durmuş **TEZCAN**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, R. Murat **ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), s.164 (**Tezcan/Erдем/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2012**); Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s.254.

522 Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu, Nüfus Bilim Derneği, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, Türkiye’deki Namus Cinayetlerinin Dinamikleri, Eylem Programı İçin Öneriler, Sonuç Raporu, Hazırlayan Filiz Kardam, Nüfus Bilim Derneği [https://www.undp.org.tr/TRaboutUs/Documents/Namus](https://www.undp.org.tr/TRaboutUs/Documents/Namus%20Cinayetleri.pdf) Cinayetleri.pdf. (erişim tarihi: 08.09.2017)

haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği “namus saiki ile” işlenen suçlar da bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden günümüze kadar geçen dönemde Yargıtay kararlarında töre saiki ile öldürme suçunun değerlendirilmesine yönelik farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Bu yaklaşımları incelediğimizde:

1. yaklaşımda; “töre saiki ile “işlenen öldürme suçlarının belirlenmesinde, cezalandırma amacı ile alınan bir kararın planlı olarak icrası düşüncesi esas alınmıştır. Töre saiki ile hareket edildiğinin kabul edilmesi için, failin törenin baskısı ile işselleştirilmiş bir karar almasının ve bu kararda sebat ve ısrar ederek, devamında kararını icra etmesinin gerekliliğine işaret edilmiştir. Bu yaklaşım şeklinde, töre saiki ile işlenen öldürme suçu, maktûlün önceki davranışlarına yönelik olarak cezalandırılmak amacı ile alınan bir kararın planlı olarak icrasından ibarettir ve bu suç ancak tasarlanarak işlenir. Bu bağlamda, söz konusu yaklaşıma göre, ani olarak gelişen bir olayın sonucunda işlenen cinayetlerde, töre saikinin varlığının kabulü mümkün olmayacaktır⁵²³. Bu yaklaşımın benimsendiği Yargıtay kararlarında, özellikle, maktûlün kendi dünya görüşü, düşünceleri ve tercihlerine uygun olarak şekillendirdiği cinsel ve sosyal yaşamının fail tarafından onaylanmadığı olaylarda, failin cinayet anında maktûlün kendisine hakaret ettiğini iddia etmesi ya da fail ile maktûl arasında maktulün yaşam tarzına veya tercihlerine ilişkin olarak tartışma yaşanması hâlinde, töre saikinin bulunmadığı kabul edilmekte ve haksız tahrik hükümleri uygulanmaya devam edilmekteydi⁵²⁴. Buna karşın fail ile maktûl arasında bir tartışmanın geçmediği hâllerde, maktûlün evlilik birliği devam ederken eşinden ayrılarak başka bir erkekle birlikte olması başlı başına haksız tahrik nedeni olarak kabul edilmekte idi⁵²⁵. Bu döneme ilişkin yargı kararlarında tutarlılık bulunmadığından Yargıtay uygulamada birlik sağlamak üzere, töre saiki ile işlenen

523 Recep DOĞAN: “Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu”, tbbdergisi.barobirlik.org.tr (PDF), (erişim tarihi: 08.09.2017), s.226 (Doğan, “Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu”).

524 Yargıtay 1. CD, 18.07.2007 T, 2006/443 E- 2007/5959 K. sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 09.07.2008 T, 2007/6780 E- 2008/5801 K. sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

525 Yargıtay 1. CD, 20.02.2008 T, 2007/5653 E- 2008/1186 K. sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

suçlarda “aile meclisi kararının” bulunması gerektiği yaklaşımına yönelik bozma kararları vermiştir⁵²⁶.

2. yaklaşımda; “töre saiki ile “işlenen öldürme suçlarının belirlenmesinde, kollektif bir kararın veya aile meclisi kararının bulunması gerekliliği düşüncesi esas alınmıştır. Töre saiki ile işlenen öldürme suçlarının kollektif bir kararın ürünü olduğuna vurgu yapmak amacı ile geliştiren ve uygulamada birlik sağlamaya yönelik bu düşünce, 2008 yılında Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin bozma kararları ile şekillenmiş bulunmaktadır. Ancak Yargıtay ilk aşamada verdiği bozma kararlarında, bu yaklaşıma dayanak oluşturacak herhangi bir veriye yer vermemiş, öğretide yer alan herhangi bir tartışmaya değinmemiştir⁵²⁷. 5237 sayılı TCK’da yer alan töre saikinın kanıtlanmasında kullanılan “aile meclisi kararı” ölçütü, “geniş aile” varsayımına dayanmaktadır. Yargıtay, bu varsayımında “geniş aile” yapısı ile ilgili olarak, töre cinayetinin işlendiği ailenin sadece geniş bir aileden oluşması ve bu ailenin de ancak ileri gelenlerinin toplanarak cinayet konusunda karar vermesi gerektiği ön kabullerinden hareket etmiştir⁵²⁸.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi görüş değişikliği ile, suç işleme kararının kollektif bir iradenin ürünü olmadığı, bireysel bir karara dayanarak işlenen öldürme suçlarında da töre saikinın bulunabileceğine karar vermiştir. Aile meclisi kararının suçun esaslı ve zorunlu unsurunu oluşturmadığı düşüncesinin kabul edildiği kararlarda, eşlerin birbirine karşı olan sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği yani evlilik birliği devam ederken bir başkası ile cinsel ilişkide bulunduğu durumlar hariç⁵²⁹, kadınların içselleştirilmiş sosyal normlara uygun görülmeyen yaşam tarzı ve tercihlerinin erkekler için haksız tahrik teşkil etmeyeceği yönünde kararlar verilmiştir. Yargıtay bu kararlarda, “namus” ve “töre” kavramlarını bazen birbirlerinin yerine geçen kavramlar olarak kullanmış, “namus kurtarmak” ve “töre saiki ile “adam öldürmek

526 Doğan, “Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu), s.127, 129.

527 Yargıtay 1. CD, 14.03.2008 T, 2007/6700 E- 2008/1986 K sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 25.04.2008 T, 2007/8437 E- 2008/3340 K sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 01.02.2010 T, 2009/8861 E- 2010/605 K sayılı kararı; Yargıtay 1.CD, 22.01.2010 T, 2009/1759 E- 2010/246 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

528 Doğan, “Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu), s.130-131.

529 Yargıtay 1. CD, 08.06.2009 T, 2008/248 E- 2009/3287 K sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 09.06.2009 T, 2008/8741 E- 2009/3345 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

eylemlerinin aynı duygu ve düşüncelerin etkisi ile işlenen suçlar olduğu yönünde yorumda bulunmuş, hatta “töre saiki ile adam öldürme suçunu” haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmayan namus saiki ile işlenen suçlar şeklinde yorumlamaya başlamıştır. Bu yorumda ısrar eden Yargıtay 1. Ceza Dairesi esasen TCK sistematığında “Ceza Sorumluluğunu Azaltan “bir neden olarak başlı başına ayrı bir yere sahip olan haksız tahrik kurumunu, suçun unsuru hâline getirerek, işlenen eylemin kanuni tipe uygunluğunu denetlemede bir ölçüt olarak kullanmaya başlamıştır. Bu bağlamda işlenen suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına açığa kavuşturulması, öldürmenin töre saiki ile işlenip işlenmediğinin belirlenmesi bakımından öncelikle çözümlenmesi gereken bir soruna dönüşmüştür⁵³⁰.

3. yaklaşımda; haksız tahrik hükümlerinin uygulanmadığı namus cinayetlerinin “töre cinayeti” olarak kabulü düşüncesi esas alınmıştır. Bu yaklaşım doğrultusunda Yargıtay’ın, “namus” ve “töre” kavramlarını aynı anlama gelecek şekilde kullandığı, töre saiki ile adam öldürme suçunu, haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı namus saiki ile işlenen kasten öldürme suçları şeklinde tanımladığı görülmektedir⁵³¹. Yargıtay “töre saiki ile adam öldürme suçu, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmayan namus saiki ile işlenen suçu ifade eder” yaklaşımı ile, aynı saik altında, aynı suçu işleme kararı ile hareket ettikleri açık olan faillerden bazıları hakkında töre saikinin bulunduğu⁵³², bazıları hakkında da haksız tahrik hükümleri uygulanamayacağı için töre saikinin bulunmadığına⁵³³ karar vermiştir.

4. yaklaşımda; Yargıtay 11.05.2010 tarihli kararı ile görüş değişikliği yaparak, töre saiki ile suçun işlendiğinin kabulü için, aile meclisi kararı alınması ve bunun ailenin bireyleri tarafından uygulamaya konulması gerekliliğinin, 765 sayılı TCK dönemindeki yargısal uygulamalardan kaynaklandığını, kanuni dayanağı bulunmayan bu görüşe, hükmün konuluş amacı da göz önüne alındığında katılmanın

530 Doğan, “Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu), s.134-135.

531 Yargıtay 1. CD, 30.01.2009 T, 2008/10901 E- 2009/293 K sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 08.04.2009 T, 2009/2339 E- 2009/1937 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

532 Yargıtay 1. CD, 20.12.2010 T, 2010/2991 E- 2010/8205 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

533 Yargıtay 1. CD, 28.04.2010 T, 2009/6772 E- 2010/3058 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

olanaksız olduğunu, belli bir yöreye özgülenmiş bir kavram olan, aile meclisi kararı aranmasının, Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve bu suçun ancak belirli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişilerce işlenebileceği sonucunu doğuracağını, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak bu kabulün, suçun kanuniliği ilkesine de aykırılık oluşturacağını ve hukuki dayanağı bulunmayan bir kuruma hukuk düzenince geçerlilik tanıyacağını; kaldı ki, bir saikin etkisiyle işlenen, töre saiki ile insan öldürme suçunun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi olanaklı olup, aile meclisi kararının aranmasının ve bu hususun suçun ön koşulu olarak görülmesinin, âdeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına da yol açacağını; 5237 sayılı TCK'nın "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi" başlıklı 2. maddesinin 3. fıkrasında "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" hükmü getirildiğinden kanun koyucunun öngörmediği bir şekilde namus saiki ile töre saiki kavramlarının özdeşleştirilmesinin, anılan kanun maddesinin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanması anlamına geleceğini, yasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma başvurulamayacağını, adam öldürme suçunun nitelikli hâli olan töre saiki ile adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını, haksız tahrik koşullarının bulunduğu olayda adam öldürme suçunun töre saiki ile işlendiğinin kabul edilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir⁵³⁴.

534 YCGK 11.05.2010 T, 2010/1-56 E- 2010/111 K sayılı kararı: "...Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar: 1-Sanıkların eylemlerini 5237 sayılı TCK'nın 82/1-k maddesinde öngörülen töre saiki ile gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri, 2-Olayda sanıklar yararına haksız tahrik hükümlerinin uygulanması koşullarının bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır... İkinci uyuşmazlık nedenine gelince: Töre saiki ile işlenen suçlarda haksız tahrik özel bir öneme sahip olup, bu husus madde gerekçesinde ve madde ile ilgili yasama çalışmalarında; "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. Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen eylemler dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme eyleminde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir" şeklinde açıklanmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde ise; "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 kadar indirilir" şeklinde kusurluluğu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, failin haksız bir tahrikin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin

Yargıtay en son kararlarında⁵³⁵, yukarıda açıklanan 11.05.2010 tarihli kararının gerekçesine “Töre belli şartlarda namusu da içine alan bir üst kavram ise de öncelikle namus ve töre cinayetlerinin aynı kapsamda olmadığı belirtilmelidir. Ait olunan toplulukta geçerli olan ve herkes tarafından kabul edilen töre gereğince namus cinayeti işlenmesi mümkün olup, bu halde kasten öldürme fiilinin töre saiki ile işlendiği kabul edilebilir. Bununla birlikte toplumda "namus cinayeti" olarak adlandırılan her kasten öldürme eyleminin töre saiki ile işlenmediği ve bu tür eylemlerin kişilerin kendi namus anlayışının bir sonucu olarak ve töre ile yakından uzaktan ilgisi olmayacak şekilde gerçekleştirildiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Töre saiki ile hareket ederek kasten öldürme suçunu işleyen fail, kendisine yüklenen görev bilinciyle hareket etmekte ve hukuk düzenince uygun görülmeyle cezalandırılan bu davranışı nedeniyle ait olduğu toplulukta saygınlık ve itibar kazanmakta, hoş görülmekte ve korunmaktadır. Oysa töre saikinden bağımsız olarak kendi namus anlayışının sonucu olarak kasten öldürme fiilini gerçekleştiren fail açısından aynı durum söz konusu olmamaktadır.” ifadeleri de eklenmiştir. Buna göre Yargıtay uygulamalarında, töre saiki ile öldürme suçu, failin sadece törenin ihlali nedeni ile toplumda var olan öldürme beklentisinin meydana getirdiği görev bilinci ile, bu beklentiyi karşılamak ve saygınlığını korumak üzere öldürme olarak değerlendirilmektedir.

Suçun töre saiki ile işlendiğinin kabulü için ölüm kararının aile meclisi tarafından alınması zorunluluğu bulunup bulunmadığı da öğretide tartışma konusu olmuştur:

Öğretide bir görüşe göre; suçun töre saiki ile işlendiğinin kabulü için ölüm kararının aile meclisi tarafından alınmasının ve aile meclisi kararının varlığı bir unsur

etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder. Bu hâlde fail, haksız bir tahrikin doğurduğu hiddet (öfke) veya elemin (üzüntünün) etkisi altında, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Görüldüğü gibi suçun bu nitelikli hâlinin oluştuğu hallerde esasen tahrik hükümleri uygulanmayacak, tahrikin varlığı hâlinde ise suç niteliği değişecektir.” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

535 YCGK 19.11.2013 T, 2013/1-355 E- 2013/456 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

olarak aranmalıdır⁵³⁶. Töre saikinden söz edebilmek ve bu maddeyi uygulayabilmek için suçun işlendiği yörenin ve ailenin yaşam koşulları ve tecrübelerine göre evlilik dışı ilişkinin ölüm cezasını gerektirdiğinin anlaşılması, öldürme eyleminin haksız bir tahrikin etkisi altında olmadan sadece “töre” kurallarının baskısı altında ya da bu konuda aile meclisinin ya da failin bağlı bulunduğu aile, aşiret veya topluluk tarafından alınan bir kararın sonucu olarak gerçekleştirilmiş olması, failin görev bilinci içinde hareket etmiş olması ve failin aile üyelerinden birini öldürmüş olması gerekmektedir⁵³⁷. Töre saiki ile öldürme suçu, bazı ailelerin veya erkeklerin, duygular ve bedenleri üzerinde belirleyici hakka sahip olduklarına inandıkları aile üyesi kadın, kız kardeş, eş ve hatta yakın akrabalarından birini, kendi iradesi veya iradesi dışında karşı cinsle yaşadığı bir olay veya ilişkiyi ailenin veya bulunduğu toplumsal çevrenin egemen gelenek veya törel gerekçesi ile aile meclisi kararı veya aile büyüklerinden birinin ya da bunlardan bağımsız olarak erkeğin veya kadının karar vererek öldürmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁵³⁸. Töre saiki işlenen suçlar, bireysel bir tepkiden çok aile bireylerinin, çoğu kez de aşiret üyeleri gibi geniş bir insan kitlesinin karar sürecine dahil olmasını gerektirir. Yine öldürme suçunun “töre saiki ile işlenmiş kabul edilebilmesi için fail ile mağdur arasında bir akrabalık ilişkisinin varlığı yasal bir zorunluluk değil ise de töre saiki ile öldürme suçlarında, fail, geniş aile yapısı içinde aile bireylerinden birini öldürmüş olmalıdır. Ancak buradaki aile kavramı geniş yorumlanmalıdır. Sadece alt soy, üst soy ve civar hısımlığı değil, failin bağlı bulunduğu topluluk ya da toplum kesimi olarak anlaşılmalıdır. Faillerde yaş ve cinsiyet sınırlaması yoktur. Genel olarak erkekler olmakla birlikte kadınlar da suçun, faili olabilirler⁵³⁹. Töre cinayetlerinde maktûlün davranışları, belli bir toplum ya da ailenin sübjektif inançlarına ve değer yargılarına göre kınanmakta, yargılamakta ve ailenin değerlerine ters düşen davranışları nedeni ile cezalandırılmasına,

536 Salih Zeki **İSKENDER**, “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, Türk- Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C.III, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010), s.429 (**İskender, Ceza Hukuku**).

537 Açıkgöz, s.167; Göztepe, s.29-48.

538 Haydar **EROL**, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, (Ankara: Yayın Matbaacılık, 2005), s.987 (**Erol, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**); Ekerbiçer, s.167; Özalp, s.59.

539 Durmuş **TEZCAN**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, R. Murat **ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), s.122 (**Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010**); Göztepe, s.29-48.

öldürülmesine karar verilmektedir⁵⁴⁰. Kanun koyucu, belli bir yörede ya da ailede var olan ve hukuk kuralları ile çatışan geleneklere hukuki değer tanımamakta ve hukuka meydan okuyan bu değer yargıları nedeniyle işlenen suça daha ağır bir ceza öngörmektedir⁵⁴¹.

Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamaları töre saiki ile suçun işlendiğinin kabulü bakımından aile meclisi kararı alınması gerek olmadığı yönündedir⁵⁴².

Kişisel görüşümüze göre;

Töre saiki ile adam öldürme suçunun işlendiğinin kabulü için, aile meclisi kararı alınması ve bunun ailenin bireyleri tarafından uygulamaya konulması zorunlu değildir.

Şöyle ki:

-Aile meclisi kararının, töre saiki ile adam öldürme suçunun unsuru olduğuna ilişkin kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi, suçun zorunlu ve doğal unsuru olarak kabulünü gerektiren bir neden de bulunmamaktadır.

-Kanunun hukuken önem verdiği bir saikin etkisiyle işlenen bu suçun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi mümkün olduğundan, aile meclisi kararının suçun ön koşulu olarak kabul edilmesi hâlinde zorunlu azmettirmeyi gerektiren yeni bir suç tipi ortaya çıkacaktır.

540 Filiz **KARDAM**: "Töre Cinayetleri Üzerine Bazı Düşünceler", Töre Cinayetleri, (Ankara: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayıncılık, Aralık 1999), s.89 (**Kardam, "Töre Cinayetleri Üzerine Bazı Düşünceler"**); Soyaslan, Özel Hükümler, s.30; Şahin, Töre Cinayetleri, s.35-36; Malkoç, s.70; Çam, s.82; Taşdemir, s.68.

541 Aydın, s.245-246.

542 YCGK 11.05.2010 T, 2010/1-56 E- 2010/111 K sayılı kararı: "...Öte yandan, yerel mahkemenin direnme gerekçesinde belirttiği ve öğretide de bir kısım yazarlarca kabul edilen töre saiki ile suçun işlendiğinin kabulü için, aile meclisi kararı alınması ve bunun ailenin fertleri tarafından uygulamaya konulması gerekliliğinin, 765 sayılı TCK dönemindeki yargısal uygulamalardan kaynaklandığı, kanuni dayanağı bulunmayan bu görüşe, hükmün konuluş amacı da nazara alındığında katılmanın olanaksız olduğu, belli bir yöreye özgülenmiş bir kavram olan, aile meclisi kararı aranmasının, Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve bu suçun ancak belirli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişilerce işlenebileceği sonucunu doğuracağı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak bu kabulün, suçun kanuniliği ilkesine de aykırılık oluşturacağı ve hukuki dayanağı bulunmayan bir kuruma hukuk düzenince geçerlilik tanıyacağı açıktır. Kaldı ki, bir saikin etkisiyle işlenen, töre saiki ile insan öldürme suçunun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi olanaklı olup, aile meclisi kararının aranması ve bu hususun suçun ön koşulu olarak görülmesi halinde, adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına da yol açılacaktır..." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 02.01.2017).

-Bir yandan kanunda töre saiki ile öldürme eylemi adam öldürme suçunun nitelikli hâli kabul edilmek ve daha ağır bir ceza yaptırımını öngörülme sureti ile, kökleşmiş ve bünyesinde insan yaşamını sona erdirmeye yönelik vahim sonuçlar barındıran kötü bir göreneğin kaldırılması sosyal amacı hedeflenirken, öte yandan belli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişiler nezdinde uygulanagelen ve devletin cezalandırma yetkisinin gasp edilmesi anlamı taşıyan aile meclisi kararına hukuk düzeni tarafından geçerlilik tanınması kanunun amacı ve temel hukuk ilkeleri ile çelişki oluşturacaktır.

-Töre saiki ile hareket eden ve aile meclisi kararını icra eden fail suçun nitelikli hâline aykırılıktan cezalandırılırken, aynı saik ile hareket eden ancak aile meclisi kararı olmaksızın anlık karar veren failin suçun basit hâlinden cezalandırılması eşitliğe aykırı ve adaletsiz uygulamalara yol açacaktır.

Bu tespitler dikkate alındığında, aile meclisi kararının unsur olarak aranmasının, suçun kanuniliği, kıyas yasağı, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmadığı ve düzenlemenin amacına ters düştüğünün açıkça görülmekte olduğu kanaatindeyiz.

5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin gerekçesinde "töre saiki ile adam öldürme suçuna ilişkin nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir" şeklinde açıklama yer almaktadır.

Öğretide bir görüşe göre; töre saiki ile adam öldürme suçları, TCK m.82 gerekçesinde yer alan açıklama itibarıyla haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı namus saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarıdır. Haksız tahrikin bulunmaması koşulu, töre saiki ile işlenen öldürme suçunun esaslı unsuru olarak kabul edilmiştir⁵⁴³.

Öğretide bir başka görüşe göre; maddenin gerekçesindeki açıklamadan çıkartılması gereken sonuç, "namus cinayetleri" kapsamında değerlendirilebilecek

543 Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN, Mustafa ARTUÇ, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Tamamen Gözden Geçirilmiş, C.II, 2. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), s.2697-2698, (Yaşar/Gökcan/Artuç II)

suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması tamamı ile yasaklanmamış, aksine haksız tahrikin mevcut olduğu öldürme suçlarında bu nitelikli hâlin uygulanamayacağı ifade edilmek istenmiştir⁵⁴⁴. Madde gerekçesindeki ifadelere 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 edilemez⁵⁴⁵. 765 sayılı TCK m.51 hükmünde “Haksız bir tahrikin meydana getirdiği” ibaresi yerine 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde “haksız bir fiilin meydana getirdiği” ibaresinin kullanılması, kanunun gerekçesinde “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 ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK m.29 ve m.82 gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, töre cinayetlerinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı, diğer durumlarda ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bulunmadığı sonucuna varılmaktadır⁵⁴⁶.

Kişisel görüşümüze göre de;

Madde gerekçesinde yer alan açıklama ile haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulduğu durumlarda töre saiki ile adam öldürme suçunun oluşamayacağı vurgulanmak istenilmiştir. Söz konusu açıklamaya bakılarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığı, ahlâk kurallarına aykırı görülen her davranış nedeni ile işlenen öldürme eylemlerinin töre saiki ile adam öldürme suçunu oluşturacağı şeklinde bir çıkarım yapılması, maddenin gerekçesi ile de bağdaşmaz. Ahlâk ve namus güdüsü ile işlenen bazı öldürme eylemleri töre saiki ile adam öldürme suçunu oluşturabileceği gibi bazıları oluşturamayabilir. Öldürme eyleminin töre saiki ile işlendiğinin kanıtlanması durumunda fail haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz, bu saikin kanıtlanmadığı durumlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Öldürme eyleminin töre saiki ile gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmesi adalet ve hakkaniyet ölçütlerine daha uygundur.

544 İskender, s.36; Açıkgöz, s.163.

545 Meran, s.76.

546 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s.247; Açıkgöz, s.163.

Töre saiki ile işlenen suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanamamasının⁵⁴⁷ gerekçeleri şu şekilde açıklanabilir:

İlk olarak, kanun koyucu haksız tahrik indiriminin uygulanabilmesi için, bir haksız eylemin varlığı koşulunu aramaktadır. Bu bağlamda tahrik oluşturan hareketin hukuk düzeni tarafından korunmayan haksız bir hareket olması gerekmektedir⁵⁴⁸. Kişilerin cinsel özgürlükleri üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunmaları hukuk düzeni tarafından korunduğundan haksız tahrik nedeni oluşturmaz⁵⁴⁹. Haksız tahrik uygulamasında kast edilen haksız eylem, hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içerisinde olan bir eylem olduğundan⁵⁵⁰ ve mağdurdan/maktûlden kaynaklanan haksız bir eylemin varlığından hukuken söz edilemeyeceğinden töre saiki ile işlenen suçlarda haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır⁵⁵¹.

İkinci olarak, haksız tahrik uygulamasında failde hiddet ve şiddetli eleme yol açan haksız bir eylem unsuru aranmaktadır⁵⁵². Oysa töre saiki ile işlenen suçlarda fail eylemi, görev bilinci ile⁵⁵³ ve öç almak veya törenin gereğini yerine getirmek gibi ahlâka aykırı düşüncenin ve tutkunun etkisi altında gerçekleştirdiğinden haksız tahrikin hiddet veya şiddetli eleme ilişkin unsuru oluşmamaktadır. Bu durumda, maktûlden kaynaklanan haksız eylemin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile tepki suçunun işlendiğinden söz edilemeyecektir.

Üçüncü olarak da “töre saiki” kasten öldürme suçunda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hâl oluşturmaktadır. Suçun nitelikli hâli olarak kabul edilen bir

547 Öztürk/Erdem, s.333; Hakeri, s.369; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.436; Parlar, s.194; Kangal, s.58.

548 Ayşe **NUHOĞLU:**” Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2004, S.1-4, s.209 (**Nuhoğlu**); Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.437; Hakeri, s.369; Öztürk/Erdem, s.294; Zafer, s.266; Gülşen, s.120.

549 Gülşen, s.120; Nuhoğlu, s.210; Eker Kazancı, s.1349.

550 Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.437; Zafer, s.266; Kangal, s.58.

551 Parlar, s.194.

552 Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.437; Zafer, s.266; Kangal, s.58.

553 İskender, s.36; Meran, s.77; Parlar/Hatipoğlu, s.565; Özalp, s.60.

nedenin, aynı zamanda indirim nedeni sayılması mümkün olmadığından töre saikinin kabul edildiği durumlarda ayrıca haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır⁵⁵⁴.

İ. Kan Gütme Saiki- Haksız Tahrik

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 öldürtmesi⁵⁵⁵ olarak tanımlanmaktadır. Kan gütmenin başka bir tanımı da bir aile, kabile veya aşiretin üyelerine karşı, başka bir aile, kabile veya aşiret üyelerinin çeşitli nedenlerle duydukları öç nedeni ile karşılıklı birbirlerinin yaşamlarına son vermeleridir⁵⁵⁶. Başka bir anlatımla, kan gütme, failin, daha önce öldürülen bir yakınının öcünü almayı görev bilerek ve bu görevi yerine getirme bilinci içinde öldürme suçunun failini veya onun mensup olduğu grup ve aileden birisini öldürmesidir⁵⁵⁷.

Kan gütme saiki ya da kan davası, bazı toplumlara özgü, hukuki olmaktan çok sosyolojik ve kriminolojik araştırmaların alanına giren sosyolojik bir olaydır⁵⁵⁸. Bu eylemler, bazı toplum kesimlerinde yer alan alt kültür kalıplarının neden olduğu davranış biçimleridir⁵⁵⁹.

İnsan yaptığı hareketleri mutlaka belli bir saikle yapar. Kanunun suçun unsuru veya ağırlaştırıcı neden olarak kabul ettiği durumlarda saike dikkat edilmelidir. Bu suçun kesin olarak oluşturduğu sonucuna ulaşabilmek için saikin doğru belirlenmesi gerekmektedir. Esasen kan gütme saiki ile öldürme suçunda, "saik" kötü bir anlayışın

554 Öztürk/Erdem, s.219; Özbek, TCK İzmir Şerhi II, s.243; Akbaba, s.344; İskender, s.36.

555 T. Azmi USLU, Yeni Hukuk Lügati ve Hukuki Terimler Sözlüğü, (Ankara, 1964), s.170 (**Uslu, Yeni Hukuk Lügati ve Hukuki Terimler Sözlüğü**); Sedat Veyis ÖRNEK, Etnoloji Sözlüğü, Ankara, 1971, s.130 (**Örnek, Etnoloji Sözlüğü**); Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C.II, s.1186; Sefa ŞİMŞEK, Törelerin Aynasında Doğu İle Batı, (Bursa: Asa Kitabevi, 1998), s.55 (**Şimşek**); İlhan AKBULUT, Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme, 1. Baskı, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2006), s.16 (**Akbulut**); Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.342; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.71.

556 Otacı, s.132-138.

557 Ahmet Zeki POLAT, Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları, 1. Baskı, (İstanbul: Alfa Yayınevi, 1999), s.119 (**Polat**).

558 Otacı, s.115.

559 Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.746.

yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Yapılacak araştırmada kan gütme saikinin olup olmadığı mutlaka belirlenmelidir. Kan gütme saiki, eylemin sadece kan gütme, öldürülenin öcünü alma, bir görevin yerine getirilmesi bilinci ve niyeti ile işlenmesi demektir⁵⁶⁰.

Başlangıçta 765 sayılı TCK'nda yer almamasına rağmen 15 Temmuz 1953 günlü Resmî Gazete' de yayımlanan 6123 sayılı Kanun ile kasten adam öldürme suçunun nitelikli hâli olarak 765 sayılı TCK'nın 450. maddesine 10. bent olarak eklenmiş, 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrası (j) bendinde de aynen korunmuştur⁵⁶¹. Başka bir anlatımla, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da “kan gütme saikiyle adam öldürme suçu”nda haksız tahrik indirimi konusunda herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. 5237 sayılı TCK, kan davasında tahrik indiriminin uygulanmaması gerektiği yönündeki Yargıtay yerleşik içtihatları ile öğreti görüşlerinin devamı niteliğindedir⁵⁶².

Ülkemizde öç almaya dayanan geleneğin etkisinde olan aileler arasında süregelen sosyal bir sorun olan ve bir öldürme olayının güdülemesi sonucunda başka öldürme olaylarının yaşanması anlamına gelen kan davaları ile etkin mücadele yapılabilmesi amacıyla yönelik olarak 765 sayılı TCK'ndan farklı olarak suçun temel şekli yönünden “müebbet hapis cezası” öngörüldüğünden 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesi 1. fıkra (j) bendinde “kan gütme saiki ile adam öldürme” suçunun yaptırımını ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

TCK'nın 82. madde 1. fıkra (j) bendi gerekçesinde: “Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, kan gütme saiki ile öldürme durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, eylemin sadece kan gütme

560 Akbulut, s.16.

561 Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 765 sayılı TCK.

562 Aydın, s.244; Duran, s.218.

saikine bağı olarak işlenmiş olması durumunda söz konusu olabilecektir...” denilmiştir⁵⁶³.

Suçun kan gütme saiki ile işlendiğinden söz edilebilmesi için, daha önceden taraflar arasında kasten öldürme olayının var olması ve ilk olay ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmesi gerekmektedir. Bu sürenin ardından fail, ilk adam öldürme eyleminin uyandırdığı elem ve hiddetin etkisi kalmamasına rağmen adam öldürme suçunu işlemelidir⁵⁶⁴. Failin, önceden öldürülen bir kişinin öcünü almak amacı ile ilk öldürme eyleminden dolayı duyduğu hiddet ve elem etkisinden sıyrılarak, öldüren kişi veya onun ailesine mensup kişi ya da kişileri görev bilinci ile öldürmesi kan gütme saikinin varlığının göstergesidir⁵⁶⁵.

“Kan gütme saiki ile öldürme” den ne anlaşılması gerektiği gerek 765 sayılı TCK'da, gerekse 5237 sayılı TCK'da tanımlanmamış ise de bu tanım YCGK'nca yapılarak istikrara kavuşturulmuştur.

YCGK'nun yerleşik kararlarında belirtildiği üzere⁵⁶⁶, kan gütme saikinin adam öldürme uygulanabilme koşullarının gerçekleştiğinin kabulü için;

a) İki taraf arasında önceden bir öldürme olayı gerçekleşmiş ve olaya neden olan önceki olay ölümle sonuçlanmış olmalıdır.

b) Fail önceki suçun failini veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisini öç almak duygusu ile ve bir görev bilinci ile öldürmelidir. Fail ile mağdur-maktûl arasında, kan davasının dışında öldürmeyi gerektirecek başka bir neden bulunmamalıdır.

563 Akbulut, s.21.

564 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.74; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.263.

565 Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2012, s.160; Centel/Zafer/Çakmut, s.55.

566 Bkz. YCGK 30.03.2010 T, 2009/1-228 E- 2010/69 K sayılı kararı; YCGK 25.03.1997 T, 1-25 E-61 K sayılı kararı; YCGK 11.06.1996 T, 1996/ 1-105 E- 1996/130 K sayılı kararı; YCGK 11.03.1991 T, 1991/1-36 E- 1991/76 K sayılı kararı ve benzer kararları (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

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

d) İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içerisinde fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve hiddetten (öfkeden) arınarak geleneklerin etkisi ile bir görevi yerine getirmek istek ve bilinci ile hareket etmelidir.

2 Mayıs 2007 gün ve 26510 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren 26 Nisan 2007 gün ve 5637 sayılı Kanunun 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılan, 11 Haziran 1937 gün ve 3236 sayılı Kan Gütme Sebebiyle İşlenen Adam Öldürme ve Buna Teşebbüs Cürümleri Failleri Hısımları Hakkında Tatbik Olunacak Muameleye Dair Kanunun gerekçesinden de esinlenen YCGK’ nun kararlarında belirtildiği üzere⁵⁶⁷; kasten öldürme suçunun kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulü için, gerçekleşmesi zorunlu olan koşullardan birisi de, kan gütme neden olan önceki olayın ölümle sonuçlanmış olmasıdır. 3236 sayılı Kanunun gerekçesi de “ilk olayın ölümle sonuçlanmış bulunması” koşuluna temel oluşturmuştur. “Kan gütme saiki ile öldürme suçunun” koşulları arasında sayılan bu husus, öteden beri “kasten öldürme suçlarına” ilişkin temyiz davalarına bakan Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin çok eski içtihatları arasında yer almaktadır. Buna göre; failin kan gütme saiki ile öldürme suçundan sorumlu tutulabilmesi için, diğer koşulların yanında; önceki olayın “öldürmeye teşebbüs”, “kaybolma” veya “yaralama” ile sonuçlanmış olması ya da “ölümün gerçekleşmiş olduğuna ilişkin kuvvetli bir ihtimalin bulunması” yeterli olmayıp, gerçekleştiği kesinlikle saptanmış olan bir “ölüm” ile sonuçlanmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda; ilk olaydaki ölüme neden olan eylemin, “kast”, “taksir” veya “kast- taksir kombinasyonu” ile işlenmiş olmasının ise bir önemi bulunmamaktadır⁵⁶⁸.

567 Bkz. YCGK 30.03.2010 T, 2009/1-228 E- 2010/69 K sayılı kararı; YCGK 10.12.1990 T, 1-36 E- 76 K sayılı kararı; YCGK 05.03.1990 tarih, 1-28 E- 45 K sayılı; YCGK 19.02.1990 T, 1-2 E- 29 K sayılı kararı; YCGK 10.12.1990 T, 1-302 E- 325 K sayılı; YCGK 25.03.1997 T, 1-25 E- 61 K sayılı kararı; YCGK 11.06.1996 T, 1-105 E -130 K sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 01.12.2016).

568 Bkz. YCGK, 30.03.2010 T, 2009/-228 E- 2010/69 K sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 01.12.2016).

TCK'nın 82. madde 1. fıkra (j) bendi gerekçesinde "... kan gütme saiki ile öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, fiilin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması hâlinde söz konusu olabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu durumlarda, bu bent hükmü uygulanmaz" şeklindeki açıklama yer almaktadır.

Kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmayacağı hususunda öğretide farklı görüşler savunulmuştur:

Öğretide bir görüşe göre, öç almanın esasında haksız bir tahrik söz konusu olduğundan, kan gütme saiki ile işlenen adam öldürme suçları bakımından da haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır⁵⁶⁹. Kan gütme saiki ile insan öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı mağdurun/maktûlün kim olduğu ile yakından ilgilidir. Suçun mağduru/maktûlü, önceki öldürme eyleminin faili ise, 'Yargıtay her ne kadar bu ihtimalde suçun kan gütme saiki ile işlenmediği görüşünde ise de' suçun kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulüne ve fail hakkında haksız tahrik indirimi uygulamaya kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı nedenin cezanın hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici nedeni olmayacağı doğrudur. Ancak, bu suç tipinde sanığa, saiki nedeni ile daha ağır bir ceza öngörülmektedir. Failin, ilk suçun eyleminden 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 durumda sorunun, biraz da suç tipinden kaynaklandığını ifade etmek gerekir. Bunun dışında, kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda fail, devletin cezalandırma hakkına müdahale ederek, kamu otoritesini sarsacak şekilde yeni bir suç işlemektedir. Önceki öldürme eylemine karşılık yeni bir öldürme eyleminde bulunması, cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesidir. Suçun failinin, haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağını ileri sürmek, haksızlığa uğramış olmayı suç tipinin unsuru durumuna getirir. Kan gütme saikini doğuran ve kendisi de başka bir saik olup kan

569 Başar II, s.357; Soyaslan, Özel Hükümler, s.107; Erman/Özek, s.54.

gütme saikinin zeminini oluşturan haksızlığa maruz kalmak, aynı saik ya da aynı neden de sayılamaz⁵⁷⁰.

Öğretide ikinci bir görüşe göre, fail kan gütme saiki ile işlediği kasten adam öldürme suçu bakımından aynı zamanda haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır. Fail kan gütme saiki ile kasten adam öldürme suçunu işlerken içinde bulunduğu alt kültürde egemen olan bir görevi yerine getirdiği bilinç ve iradesi ile ölenin kanına karşılık ve onun öcünü (intikamını) alma duygusuyla eylemi gerçekleştirmektedir. Haksız tahrikte bir kişinin haksız hareket sonucu kapıldığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile suç işlemesi söz konusudur⁵⁷¹. Kan gütme saiki ile hareket eden fail de ilk öldürme olayından duyulan şiddetli bir hiddet (öfke) ve elem (üzüntü) duygusu egemen olduğundan, doğal olarak tahrik unsurları yer almaktadır⁵⁷². Ancak kanun koyucu TCK m.82/1-j hükmündeki düzenleme ile, bir yakını öldürülen failin kapıldığı hiddet (öfke) ve elem (üzüntü) duygusuna hukuki değer tanımamış ve failin öç alma duygusunu cezadan indirim nedeni kabul etmemiştir. Bu nedenle daha önce öldürülen yakınının öcünü almak duygusuyla hareket ederek suç işleyen fail, yakınının öldürülmüş olması nedeni ile hiddet veya şiddetli eleme kapıldığını ileri süremeyecektir. Faili, kan gütme saiki ile adam öldürme suçunu işlemeye yönelten öç alma duygusu haksız tahrik kurumunun içermediği ceza hukukunun cezayı hafifletmek için değer vermediği bir duygudur. Kan gütme saikinde hukukun kabul etmediği “öç alma duygusu” faili suça yöneltmiştir ve bu durum haksız tahrikin varlığı için aranan hiddet veya elemden farklıdır⁵⁷³. Başka bir anlatımla faildeki öç alma duygusu haksız tahrikin kapsamadığı bir duygudur⁵⁷⁴. Bu suçun temel özelliklerinden biri de mağdurun ilk suçla bir ilgisi olmamasına rağmen sırf öç almak için hedef seçilmiş olması ve devlet organlarına ait olan cezalandırma yetkisini failin kullanmaya kalkışmasıdır⁵⁷⁵. Bu bakımdan, aynı duygu ya da saik hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici bir neden olarak kabul edilemeyeceğinden kan gütme saiki ile işlenen adam öldürme eylemlerinde haksız

570 Otacı, s.132-133.

571 Aydın, s.244

572 Tutumlu, s.67.

573 Çam, s.79; M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**, Türk Ceza Kanunu, C.III, 3. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1985), s.909 (**Çağlayan, Türk Ceza Kanunu III**).

574 Aydın, s.244.

575 Aydın, s.243: Yargıtay 1. CD, 15.03.1979 T, 1979/127 E- 1979/1066 K sayılı kararı.

tahrik hükümleri uygulanamaz⁵⁷⁶. Faili, kan gütme şeklinde öç almaya iten nedenin, aynı zamanda haksız tahrik meydana getirmesi mümkün değildir. Çünkü kan gütme saiki birden fazla kez değerlendirmeye tâbi tutulamaz⁵⁷⁷.

Öğretide üçüncü bir görüşe göre ise, haksız tahrikin koşulları oluşmuşsa, olayda kan gütme saiki bulunsa bile, suçun temel şekli üzerinden haksız tahrik indirimi yapılmalıdır. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren haksız bir eylem varsa, bu haksız eylem ayrıca suçun nitelikli hâlini meydana getirmez⁵⁷⁸. Buna göre, haksız tahrikin koşulları oluşmuşsa, failin cezası adam öldürme suçunun temel cezası üzerinden haksız tahrik hükümleri gereğince indirim yapılmak suretiyle belirlenmelidir. Haksız tahrikin koşulları bulunmadığı takdirde, adam öldürme suçunun kan gütme saiki nitelikli unsuru uygulanabilir⁵⁷⁹. İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında fail, ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak sadece geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket ediyorsa⁵⁸⁰ kan gütme saikinden; buna karşılık ilk öldürmenin meydana getirdiği acı, öf hiddet (öfke), kin, üzüntü gibi duygu ve heyecanların etkisi altında adam öldürme eylemini gerçekleştiriyorsa, kasten adam öldürme hükümlerinden yargılanacak ve ceza haksız tahrikten dolayı indirilecektir⁵⁸¹.

YCGK, 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında; “Bu durumda olayın TCK’nın 450/10. maddesinde yer alan kan gütme nedeniyle adam öldürme suçu niteliğinde bulunduğunu kabul etmek zorunludur. Bozma ilamı bu yönden yerinde görülmüştür. Ancak, suç vasfı bu yolda tespit edildikten sonra, mahkeme kararında yer alan tahrik nedeninin kabulüne de imkân kalmayacaktır. Çünkü kan gütme sebebiyle adam öldürme eylemini, adiyen öldürme suçundan ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve hiddet (öfke) duygusunun değil, öç almak şeklinde beliren ahlâka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundadır. Bu tür suçlar için ayrı bir bent ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konulmasındaki sosyal amaç ise,

576 Tutumlu, s.67-68; Özalp, s.57; Parlar/Hatipoğlu, s.565; Bardak, s.51.

577 Hakeri, s.369; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.347.

578 Koca/Üzülmez, 2010, s.322; Özgenç, 2007, s.390-391; Kangal, s.57.

579 Kangal, s.57.

580 Polat, s.119.

581 Çam, s.80.

toplumdan kökleşmiş olan kötü bir göreneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir. Böyle olunca, TCK'nın 51. maddesinde öngörülen haksız tahrikin bu özellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir. Nitekim, kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında bu maddenin uygulanmaması gerektiği genellikle benimsenmiş yargı görüşleri arasında yer almıştır ⁵⁸² şeklinde açıklama yapılmak sureti ile kan gütme nedeni ile adam öldürme suçunda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay 1 CD'nin 5237 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında; “Sanıkların eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 82/1-j ve 35. maddeleri gereğince kan gütme saiki ile kasten öldürme suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu ve haklarında haksız tahrik hükümlerinin de uygulanamayacağı gözetilmeden ...”⁵⁸³ gerekçesi ile 5237 sayılı TCK'nın 82/1-j ve 35. maddeleri gereğince kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin de uygulanamayacağı görüşünü kabul etmiştir.

Kişisel görüşümüze göre;

Kasten adam öldürme suçunun nitelikli hâllerini düzenleyen 82. maddenin gerekçesinde yer alan ifadeler göz önünde bulundurulduğunda eylemin “sadece kan gütme saikine bağlı olarak gerçekleşmesi durumunda” nitelikli adam öldürme suçunun söz konusu olacağı, “haksız tahrikin koşullarının bulunduğu durumda 82/1-j maddesinin uygulanamayacağı” açıkça ifade edilmektedir. Kan gütme saikinin varlığından söz edilebilmesi için, başkaca bir neden eklenmeksizin eylemin sadece kan gütme saiki ile işlenmesi gerekli ve zorunludur. Bu durumda başka nedenlerin gerçekleşmesi söz konusu olamayacağından haksız tahrik hükmünün uygulanma koşulları oluşmayacaktır. Yine haksız tahrikin uygulama olanağı bulunduğu durumda “kan gütme saiki ile adam öldürme suçunun” unsurları gerçekleşmeyecektir. İkinci olarak kan gütme saikinde fail hukuk düzeninin koruma altına almadığı alt kültüre ait bir görevi yerine getirdiği bilinç ve iradesi ile ve öç alma duygusu ile eylemi gerçekleştirmektedir. Öç alma duygusunun, haksız tahrik unsurlarından tepki suçu bakımından nedensellik bağı aranan psikolojik durum kapsamında değerlendirilmesi

582 YCGK 04.06.1973 T, 1973/1-332 E- 1973/458 K sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

583 Yargıtay 1. CD 19.02.2014 T, 2013/4146 E- 2014/939 K sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 31.12.2016).

de söz konusu değildir. Bu itibarla, hukuk düzeninin tanımadığı ve korumadığı kültüre ait görev bilinci ile ve haksız tahrikin psikolojik unsuruna dahil olmayan ölçme duygusu ile gerçekleştirilen kasten adam öldürme eyleminde “kan gütme saiki” söz konusu olduğundan, bu suçun uygulama alanı haksız tahrikin uygulama alanı ile örtüşmemektedir. Son olarak da aynı saikin hem cezayı hafifleten neden hem de cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir unsur olarak kabul edilmesi çelişkiye yol açacaktır. Açıklanan gerekçeler doğrultusunda kan gütme saiki ile adam öldürme suçu işlendiğinin kanıtlandığı koşullarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı yönündeki görüşün ve Yargıtay uygulamasının isabetli olduğu yönündedir.

J. Tekerrür- Haksız Tahrik

Bir kişi tarafından çeşitli suçların işlenmesi durumunda iki genel sorun söz konusu olur: Bunlardan ilki, önceki işlenen bir suçtan dolayı kesin veya kesinleşmiş şekilde mahkûmiyet hükmünden sonra yeni bir suç işleyen kimsenin ikinci suçunun cezasının artırılıp artırılmayacağı sorunu, ikincisi ise kesin mahkûmiyet bulunsun veya bulunmasın işlenen suçlarda sorumluluğun ne şekilde olacağı sorunudur. Bu durumda birincisinde tekerrür, ikincisinde birleşme kurumları söz konusu olacaktır⁵⁸⁴.

765 sayılı TCK'nın 8. babında “Cürümde Tekerrür” başlığı altında 81-88 maddeleri arasında düzenlemeye yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, maddelerine karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın 3. kısım 2. bölümünde “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında, “Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular” başlıklı 58 madde hükmü 9 fıkra şeklinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK m.58 f.1 hükmünde “Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez” açıklamasına yer verilmiştir⁵⁸⁵.

584 Duran, s.237; İçel, s.414.

585 Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.58.

Suçta tekerrür, bir olayda sanık lehine oluşan haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp⁵⁸⁶ tekerrür ile tahrik hükümlerinin birlikte uygulanması mümkündür⁵⁸⁷.

II- HAKSIZ TAHRİKİN BAZI SUÇ TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

A. Taksirli Suçlar- Haksız Tahrik

Suç işleyen bir kimsenin cezalandırılması iradesinin sonuca yönelmiş bulunmasına bağlı iken eylemin belli bir sonuca yönelmemiş ve failin iradesi dışında bir sonuç meydana getirmiş olması mümkündür⁵⁸⁸. Kişinin suç tipinde öngörülen sonuca yönelik kast içinde olmadan ve gereken özeni göstermiş bulunsaydı sonucun meydana gelmesi olanağından söz edilemeyen durumlarda, taksir olgusu ortaya çıkar⁵⁸⁹.

Öğretide “failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir eylemi, bu kuralları ihlâl etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmesi”⁵⁹⁰, “failin dikkat ve özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle objektif olarak öngörülebilecek bir sonucu öngörememesi sonucu, icra veya ihmâl şeklinde gerçekleşebilen bir eylemin iradi olarak işlenmesi”⁵⁹¹ taksirli suç olarak tanımlanmıştır.

Mülga 765 sayılı TCK’nda açıkça taksirin ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmemiş iken 5237 sayılı TCK’nın 22/2. maddesinde taksir; “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir”⁵⁹² şeklinde tanımlanmıştır.

586 Duran, s.237.

587 Erem/Danişman/Artuk, s.605.

588 Necati **MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000), s.119 (**Meran**).

589 Osman Kadri **KESKİN**, Taksirle Ölüme ve Yaralamaya Neden Olma, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1994), s.93 (**Keskin**).

590 Toroslu, s.102.

591 Meran, s.120.

592 Duran, s.237.

Kural olarak suç; ancak kastla, kanunda açıkça gösterilen hâllerde ise taksirle de işlenebilecektir. İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksirde, failin cezalandırılabilmesi için mutlaka kanunda açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir.

Öğretide ve Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere taksirin unsurları⁵⁹³;

1- Eylemin taksirle işlenebilen bir suç olması,

2- Hareketin iradi olması,

3- Sonucun istenmemesi,

4- Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması,

5- Sonucun öngörülebilir olmasına rağmen öngörülememiş olması şeklinde kabul edilmektedir.

Kast gibi, taksir de bir haksızlık biçimidir. Taksirli suçlarda gerçekleştirilen haksızlıklarda da fail iradi davranmaktadır. Ancak, fail hukuken önem taşımayan bir sonucu öngörürken, hukuken önem taşıyan bir sonuç meydana gelmekte, buna da failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı neden olmaktadır. Buna göre, taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlüğünün ihlâli oluşturmaktadır. Bu çoğu kez mevzuattan kaynaklanan bir yükümlülüktür. Taksirde sorumluluk belirlenirken kişi değil, sadece davranış göz önünde bulundurulur. Ancak, sadece objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın varlığı cezalandırılmaz, buna bağlı olarak bir sonucun da ortaya çıkması gerekecektir. Taksirli haksızlıktan dolayı sorumluluk için; fail kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle öngörmediği bir sonucun meydana gelmesine neden olmalıdır. Bu konuda ortalama bir insan veya başka ölçülerin değil, failin kendi içinde bulunduğu durum ve kişisel özellikleri

593 YCGK 05.10.2010 T, 2010/1-132 E- 2010/183 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

dikkate alınmalıdır. Taksirli haksızlıkta, “Fail suçun kanuni tanımındaki neticenin gerçekleşeceğini öngörememiştir ancak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı, bu neticeyi öngörebilirdi” şeklinde bir yargıya varılabiliyorsa, failin kusurlu olduğu, aksi takdirde kusurunun bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Failin gerçekleştirdiği taksirli davranışa bir başkasının taksirli davranışının eklenmesi durumunda ise, kusurun paylaşımı mümkün olmadığından, 5237 sayılı TCK'nın m.22 f.5 ve m.61 f.1 hükümleri uyarınca herkesin kendi taksirli eyleminden dolayı, kusurunun ağırlığına göre ayrıca sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu sistemde asli kusurlu, fer'i kusurlu ayrımı bulunmamaktadır.

TCK m.22 f.3 hükmünde ise bilinçli taksir düzenlenmiştir. Buna göre; “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır”. Basit taksirde, failin sonucu bir dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle öngörememesi söz konusu iken, bilinçli taksirde fail sonucu öngörebilmesine ve olası kasttan farklı olarak bu sonucu kabullenmemesine rağmen, yanlış bir öngörü ile sonucun meydana gelmesini engelleyebileceğini ya da sonucun gerçekleşmeyeceğini zannetmektedir. Başka bir anlatımla sonucu öngörmekle birlikte, sonucunun meydana gelmeyeceği yönünde yanlış bir öngörüye sahiptir. Objektif özen yükümlülüklerine aykırı davranmasından ortaya çıkabilecek sonucu kendi yetenekleri ile engelleyebileceğini zannetmekte veya sonucun meydana gelmemesi yönünden şansına güvenmektedir.

Öngörülen muhtemel sonucun meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle sonucun meydana gelmesinin engellenemediği durumlarda bilinçli taksir, öngörülebilir sonucun objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması nedeniyle öngörülemediği durumlarda ise basit taksir söz konusu olacaktır⁵⁹⁴.

TCK m.22 f.2 hükmünde “Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir hareketin suçun kanuni tanımında belirtilen sonucu öngörülmeyle

594 YCGK 05.10.2010 T, 2010/1-132 E- 2010/183 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlanan taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda TCK’da bir açıklık bulunmadığından bu konu öğretide tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre, tahrik eylemine maruz kalan failin haksız tahrikten yararlanması için bizzat tahrik edene karşı bilerek ve isteyerek tepki göstermesi gerekir. Bu bakımdan tahrik sonucunda işlenen suçlar sadece kasıtlı eylemlerdir. Oysaki tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata ve talimata uymama şeklinde gerçekleşen taksirli suçlarda, tahrike maruz kalan failin kusurlu bir hareketi bulunmakla birlikte, sonuca yönelik kastı yoktur. Ayrıca bu suçlarda tepkinin tahrik edene yönelmesi koşulu da gerçekleşmez. Sonuç olarak taksirli suçlarda tahrik hükümleri uygulanamaz⁵⁹⁵. Sürücünün, yanında oturan arkadaşı ile konuşurken sinirlenip kaza yapmasında, bir üçüncü kişiye zarar verildiğinde olayda üçüncü kişinin bir eylemi olmadığından, arkadaşına zarar verildiğinde ise suç, arkadaşının eylemi ile doğrudan doğruya bağlantılı olmayıp failin özensiz ve önlemsiz davranması sonucu doğduğundan ceza sorumluluğunu azaltan bir neden bulunmamaktadır⁵⁹⁶.

Öğretide aksi görüşü savunan yazarlara göre ise, kanunda haksız tahrikin sadece kasıtlı suçlara özgü olduğunu belirten bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu neden bütün suçları kapsamına alan TCK Genel Hükümleri arasında yer almıştır ⁵⁹⁷. Bir tepki, sadece hareketin istenmesini açıklar, yoksa sonucunda da istenmesi tepkinin varlığı için gerekli değildir. Kasıtlı suçlarda tahrikin kabulüne yol açan psikolojik esas taksirli suçlarda da aynen görülür. Suçun haksız hareket oluşturan eylemi yapana yönelmiş olması koşulunun taksirli suçlarda gerçekleşmeyeceği doğrudur, fakat yanılma yahut sapma nedeni ile aynı koşulun kasıtlı suçlarda da gerçekleşmemesi söz konusudur. Kaldı ki taksirli suçların failini, var olan bir haksız tahrik nedeninden yararlandırmamaktansa, taksirli suçlarda bu koşulun aranmadığını, başka bir anlatımla bu koşul bakımından taksirli suçların bir istisna oluşturduğunu

595 Centel/Zafer/Çakmut, s.441; Öztürk/Erdem, s.280; Parlar/Hatipoğlu, 240-241; Gürelli, s.339; Yavuz, s.464; Bakıcı, s.560; Tutumlu, s.38.

596 Bakıcı, s.560.

597 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.349-350; Demirbaş 2011, s.400-401; Özgenç, 2007, s.370-371; Dönmezer/Erman, s.349-350; Erem/Danışman/Artuk, s.605-606.

kabul etmek adalete uygun olur. Demiryolu bekçisinin, çocukların alaylarına, küfürlerine, taş atmalarına dayanamayarak onları kovalarken öfkeden geçidi kapatmayı unutarak trenlerin çarpışmasına neden olması örneğinde olduğu gibi faili haksız tahrikten yararlandırılmak gerekir⁵⁹⁸. Ayrıca bu görüşe göre önemli olan, maruz kaldığı haksız bir eylemin kişide hiddet ve şiddetli elem oluşturup oluşturmadığı ve suçun bunun etkisinde işlenip işlenmediğidir. Eğer suç bu haksız eylemin oluşturduğu psikolojik durumun etkisinde işlenmiş ise, bu işlenen suç bakımından failin irade yeteneğinin zayıflamış olduğu anlamına gelecektir. Bu itibarla işlediği suça ilişkin olarak failin kusurunun belirlenmesinde göz önüne alınacaktır⁵⁹⁹.

Sonuç olarak, haksız tahrikin taksirli suçlarda bulunup bulunamayacağı konusunda öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Yargıtay uygulamaları tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde, kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasti ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız (taksirli) suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanmasının söz konusu olmadığı yönündedir⁶⁰⁰.

Kişisel görüşümüze göre;

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan unsurlardan biri de haksız eylemi yapanın mağdur olması veya mağdurun bu eylemi önleme

598 Zafer, s.372, dpn.66.

599 Özgenç, 2007, s.371.

600 Yargıtay 1 CD 16.05.2007 T, 2703 E- 3776 K sayılı kararı: “Maktûldeki yaraların 5237 sayılı TCK m.86 f.2 seviyesinde kaldığı için aynı yasanın m.22 f.2 maddesi aracılığı ile m.85 uygulandığına göre, taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa eksik ceza tayini ” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016);Koca/Üzülmez, 2010, s.317; Yargıtay 1.CD 01.12.2008 T, 5346 E- 7646 K sayılı kararı: “Ancak; oluş ve kabule göre, taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeden tahrik nedeni ile cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiş...”; Parlar, s.194; Yargıtay 2.CD 22.10.1985 T, 7645 E-8347 K sayılı kararı: “Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde, kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasti ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, taksirli suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir”; Çam, s.90, dpn.359; Yargıtay 4.CD 08.12.1945 T, 11546 E-11536 K sayılı kararı: “Kasıtsız suçlarda tahrik bahse konu olamayacağından 59. madde yerine 51. maddenin uygulanması ...”.

sorumluluğunun bulunmasıdır. Başka bir anlatımla, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için haksız eylemin mağdurdan kaynaklanmış olması veya mağdurun o haksız eylemi önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi veyahut zımnen (örtülü olarak) bu haksız eylemi onaylaması gerekir. Bu koşul ancak kasıtlı suçlarda gerçekleşebilir. Taksirli suçların, haksız eylemi yapana tepki suçu olarak işlenmesinden söz edilemeyeceğinden taksirli eylem ile haksız tahrik bağdaşmaz. Öte yandan taksirli eylemin tahrik edene karşı da işlenebildiğinin kabul edilebildiği istisnai olaylarda da bu kez failin tepki eylemi ile tahrik eylemi arasında nedensellik bağı bulunduğundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü failin sonuca yönelik kastı bulunmadığından işlediği suç tahrikin doğrudan doğruya tepkisi olarak gerçekleşmez. Bu nedenle haksız tahrikin taksirli suçlarla bağdaşamayacağını savunan yazarların görüşü isabetlidir.

B. Olası Kast İle İşlenen Suçlar- Haksız Tahrik

5237 sayılı TCK'nın "Kast" başlıklı 21. maddesinde;

“1-Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

2-Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu hâlde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir”⁶⁰¹ şeklinde düzenlenerek, maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde doğrudan kast tanımlanmış; 2. fıkrasında ise öğretide ve uygulamada “dolaylı kast”, “belirli olmayan kast”, “gayrimuayyen kast”, “olursa olsun kastı” olarak adlandırılan olası kast tanımına yer verilmiştir.

Buna göre, doğrudan kast, öngörülen ve suç teşkil eden eylemi gerçekleştirmeye yönelik irade olup, kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin

601 Bkz. 5237 sayılı TCK m.21.

bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Ancak, failin hareketi ile hedeflediği doğrudan sonuçların yanı sıra hareketinin zorunlu sonuçları ya da kaçınılmaz yan sonuçları da açık bir isteme olmasa bile doğrudan kast kapsamında değerlendirilmelidir. Öğreti ve uygulamada “dolaylı kast”, “belirli olmayan kast”, “gayrimuayyen kast”, “olursa olsun kast” olarak da adlandırılan olası kast, 5237 sayılı TCK’nın 21. maddesinin 2. fıkrasında “öngörmesine rağmen, fiili işlemesi” şeklinde tanımlanmıştır.

Olası kast ile doğrudan kast arasındaki ayırıcı ölçütteki en belirgin unsur, doğrudan kasttaki bilme ve isteme unsurlarıdır. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini biliyorsa ve bunu istiyorsa doğrudan kasıtlı hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Yine failin hareketi ile hedeflediği doğrudan sonuçlarla birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da açıkça istenmese bile doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük yaşam deneyimlerine göre diğer bazı sonuçları da doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir.

Olası kastı doğrudan kasttan ayıran diğer ölçüt ise, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşmesinin muhakkak olmayıp, muhtemel olmasıdır. Fail, böyle bir durumda, muhakkak değil ama büyük bir olasılıkla gerçekleşecek olan sonucun meydana gelmesini kabullenmekte, olursa olsun düşüncesi ile ve ona katlanmayı göze alarak hareket etmekte, muhtemel sonucun gerçekleşmemesi için de önlem almamaktadır. Olası kastta eylemin kanunda tanımlanan sonucun gerçekleşmesine neden olunacağı muhtemel görülmesine karşın, bu sonucun gerçekleşmesi fail tarafından kabullenilmektedir⁶⁰².

Buna göre, failin hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini bilmesi ve istemesi durumunda doğrudan kast ile hareket etmiş olacak; buna karşın, eylemin muhtemel

602 Parlar, s.219-220: YCGK 28.05.2013 T, 2013/3-22 E- 2013/270 K sayılı kararı.

bazı sonuçlarını gerçekleştirebileceğini öngörmesine ve bu sonuçların gerçekleşmesini mümkün ve muhtemel olarak düşünmesine rağmen muhtemel sonucu kabullenerek eylemi işlemesi durumunda ise olası kast söz konusu olacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında; “Öngörmesine rağmen, fiili işlemesi” şeklinde tanımlanarak, başkaca ayırıcı bir unsuruna yer verilmeyen olası kast ile aynı kanunun 22. maddesinin 3. fıkrasında; “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır” şeklinde tanımlanan bilinçli taksirin karıştırılacağı hususu öğretilmiş, kanun koyucu da, madde metninde yer vermediği "kabullenme" ölçüsünü, madde gerekçesinde; "Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Başka bir anlatımla, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir" şeklinde açıklamak suretiyle, olası kastı bilinçli taksirden ayıracak ölçütü ortaya koymuştur.

Kast, olası kast, taksir ve bilinçli taksir arasındaki ilişkiyi kısaca özetlemek gerekirse; gerçekleşmesi muhakkak görünen sonucun fail tarafından bilinmesi ve istenmesi durumunda “doğrudan kast”; öngörülen muhtemel sonucun meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda “olası kast”; öngörülen muhtemel sonucun meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle sonucun meydana gelmesi engellenmediği takdirde “bilinçli taksir”; öngörülebilir neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması nedeni ile öngörülemediği durumlarda ise “basit taksir” söz konusudur⁶⁰³.

Yargıtay istikrarlı olarak, olası kast ile işlenen suçlarda TCK m.29 doğrultusunda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmekte iken⁶⁰⁴, YCGK'nun

603 YCGK 01.04.2014 T, 2013/1-384 E- 2014/162 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

604 Yargıtay 3. CD 08.02.2016 T, 2015/21458 E- 2016/2291 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

05.10.2010 gün, 2010/1-132 E- 2010/183 K sayılı kararı ile, olası kast ile işlenen suçlarda da “haksız tahrik” hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmek sureti ile görüş değişikliğine gidilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi bu tarihten sonraki kararlarında da önceki görüşü devam ettirmekte iken⁶⁰⁵ 2013 yılından itibaren YCGK kararı doğrultusunda kararlar vermeye başlamıştır⁶⁰⁶. Bununla birlikte Yargıtay 3. Ceza Dairesi⁶⁰⁷ hâlen eski uygulamayı yani olası kast ile işlenen suçlarda “haksız tahrik” hükümlerinin uygulanamayacağına yönelik kabulünü devam ettirmektedir.

C. Netice Sebebi İle Ağırlaşmış Suçlar -Haksız Tahrik

Kişi suç oluşturan bir eylemi işlerken, kast ettiği sonuçtan daha ağır veya başka bir sonuç gerçekleşmiş olabilir. Aslında fail, kastettiği sonucun dışında gerçekleşen bu daha ağır veya başka sonuç açısından kasten hareket etmemesine rağmen bu ağır sonuç eylemin ayrı ve bağımsız bir hukuki nitelik kazanmasını yani yeni bir suç tipinin ortaya çıkmasını sağlar⁶⁰⁸. Bu gibi durumlarda “netice sebebiyle ağırlaşmış suç”, diğer adı ile “kastın aşılması suretiyle işlenen suç” söz konusu olur. Bu suçlar ceza kanunlarına “kusursuz (objektif) sorumluluk” şekli olarak girmiş iken⁶⁰⁹, 5237 sayılı TCK’da benimsenen sisteme göre objektif sorumluluktan vazgeçilerek kusura dayalı sorumluluk sistemi içinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK m.23 hükmünün başlığı “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç” olmakla birlikte, maddede “Bir fiilin, kast edilenden daha ağır veya başka bir sonucun oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde”⁶¹⁰ ifadelerine yer verilerek kastın aşılması suretiyle suç ve netice sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlenmiştir.

605 Parlar, s:315: Yargıtay 1. CD 04.12.2012 T, 2012/2651 E- 2012/9006 K sayılı kararı: “Kabule göre de maktûlün, sanığa yönelik herhangi bir haksız hareketinin bulunmadığı gibi, olası kastla gerçekleştirilen eylem bakımından tahrik hükmünün uygulanamayacağı da gözetilmeksizin haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayin edilmesi...”.

606 Yargıtay 1. CD 20.02.2013 T, 3903 E- 1251 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

607 Yargıtay 3. CD 08.02.2016 T, 2015/21458 E- 2016/2291 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

608 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 1998, s.252.

609 İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mollamahmutoglu/Ünver, s.263.

610 Bkz. 5237 sayılı TCK.m.23.

Failin belli bir suç u işlemek kastı ile hareket etmesine rağmen, istediğinden daha ağır bir sonucun ortaya çıkmasına kastın aşılması denir. Kastın aşılması durumunda ağır sonuç, yeni bir suç oluşturmaktadır⁶¹¹. Netice sebebi ile ağırlaşmış suçta ise, yeni bir suç değil, suçun nitelikli şekli oluşmaktadır⁶¹². 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'nın m.87 f.4 hükmünde yapılan düzenleme ile kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaşmış suç arasında fark kalmamış, kastın aşılmasında bir başka suçun gerçekleşmesi aranmamış, her iki durumda da sonucun ağırlaşması yeterli görülmüştür. Ayrıca netice sebebiyle ağırlaşmış suçta hareketin taksirli de olabileceğine yeni düzenlemede yer verilmemiştir⁶¹³.

5237 sayılı TCK'ya göre, fail ölüm sonucu bakımından da en azından taksirle hareket etmiş ise netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Buna göre, netice sebebi ile ağırlaşmış suç, kasten işlenen bir suç a bağı olarak meydana gelen ağır veya başka sonuç nedeni ile failin taksiri bulunmak koşulu ile sorumlu tutulduğu suç olarak tanımlanabilir⁶¹⁴.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından 765 sayılı TCK'da 452., 458. maddelerine karşılık olarak 5237 sayılı TCK'da "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama" başlıklı 87. Maddesi ve "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence" başlıklı 95. maddesi düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da 97/2, 109/6, 119/2, 149/2, 223/2, 224/3, 265/5, 292/4 maddelerinde yazılı suçlarda da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramına yer verilmiştir.

Netice sebebi ile ağırlaşmış suçlarda, aşırılık sonucu yani suçun maddi unsurunu ilgilendirdiğinden haksız tahrik, netice sebebi ile ağırlaşmış suçlarda da uygulanabilir⁶¹⁵. Bu itibarla kasten yaralama sonucu kişinin ölümüne neden olma durumunda kasten yaralama eylemi bakımından haksız tahrikin uygulanması

611 Çam, s.92.

612 Ercan, s.192.

613 Bakıcı, s.451.

614 Seydi KAYMAZ, Kasten Yaralama Sonucu ölümüne Neden Olma, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), s.140 (**Kaymaz**); Parlar/Hatipoğlu, s.655; Özalp, s.83.

615 Erem/Danışman/Artuk, s.607.

gerekir⁶¹⁶. Yargıtay da yerleşik kararları ile, haksız tahrik hükümlerinin, netice sebebi ile ağırlaşmış suçlarda da uygulanabileceğini kabul etmektedir⁶¹⁷.

Ç. Zincirleme Suçlar- Haksız Tahrik

Birden çok suç işleyen kişinin, işlediği suç sayısı kadar cezadan sorumlu olması, ceza hukukunun temel kurallarından birisidir⁶¹⁸. Ancak 5237 sayılı TCK m.3 hükmünde yer alan orantılılık ilkesi gereğince failin cezasının mutlaka işlediği eylemin ağırlığı ile orantılı olması gerekir. Başka bir anlatımla cezanın fail tarafından gerçekleştirilen eylemin haksızlık içeriği ve failin kusuru ile orantılı olması gerekir. Bu maksatla belli bir hukuki yararı korumakla birlikte, işlenen suçta tek eylemle birden fazla hukuki yararın veya farklı eylemlerle aynı hukuki yararın ihlâl edilmiş olması hâlinde faile tek cezanın verilmesi olarak tanımlanan “Suçların İctimai” adı verilen hukuki kurum öngörülmüştür⁶¹⁹.

616 Kaymaz, s.140; Parlar/Hatipoğlu, s.655.

617 Yargıtay 1. CD, 09.12.2013 T, 2013/415 E- 2013/7535 K sayılı kararı: “Ancak; 1- Sanık Tamer’in sopayla mağdur İlyas’ın kafasına vurarak sol parietal kemikte lineer kırığa, bu kesime komşu bölüme travmatik subaraknoit hemorajiye, yaşamsal tehlike geçirmesine neden olacak şekilde yaraladığı olayda; 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi gereğince aynı eylem nedeniyle oluşan birden fazla neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamada sanığın, en ağır netice doğuran artırım nedeninden sorumlu tutulması gerektiği, bu nedenle, hakkında 87/1-d maddesinin uygulanması halinde, ayrıca aynı kanunun 87/3 maddesiyle artırım yapılamayacağı, kemik kırığının ancak TCK’nın 61.maddesine göre temel cezanın belirlenmesinde teşdit nedeni sayılabileceği gözetilmeksizin, sanık hakkında 87/3. maddesi uyarınca da artırım yapılması,...3- Gereğince “Olay öncesi kavganın ne şekilde başladığının ve kim tarafından başlatıldığının belli olmaması” haksız tahrik sebebi olarak kabul edilmesine göre, 1/4 den 3/4 oranına kadar cezada indirim öngören TCK’nın 29. maddesi ile uygulama yapıldığı sırada asgari oranda indirim yapılması yerine 1/2 oranında indirim yapılması...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016);Yargıtay 1. CD, 19.01.2016 T, 2015/5743 E-2016/118 K sayılı kararı: “Ancak; a) Sanığın, mağdur Hilmi’yi silahla yaşamsal tehlike geçirecek ve vücutta kemik kırığına neden olacak şekilde yaraladığından; eylem nedeniyle oluşan birden fazla neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamada sanığın en ağır netice doğuran artırım nedeninden sorumlu tutulması gerektiğinden, hakkında 87/1-d maddesinin uygulanması halinde ayrıca kemik kırığı nedeniyle 87/3.maddesi uyarınca artırım yapılamayacağına gözetilmemesi, b)Mahkemece verilen 24.12.2012 tarihli hükmün Dairemizin 24.03.2015 gün, 2014/1137 esas ve 2015/1729 karar sayılı ilamıyla "Mağdurdan kaynaklanan sanığa yönelen haksız tahrik oluşturan eylemlerin niteliği gözetilerek makul bir oranda indirim yapılması gerekirken gerekçe ile de çelişkiye düşülmek suretiyle sanığa verilen cezada TCK’nın 29. maddesi ile asgari oranda indirim yapılarak fazla ceza tayini," gerekçesiyle bozulmasına karar verildiği, ancak yerel mahkemece uyulmasına karar verilen bozma ilamı kısmen etkisiz kılınacak şekilde haksız tahrik nedeniyle makul oranda bir indirim yapılması yerine yazılı şekilde 1/3 oranında indirim uygulanması suretiyle fazla ceza tayini“ (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

618 Tutumlu, s.41-42; Duran, s.244; Açıkgöz, s.178.

619 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.515.

765 sayılı TCK'nın 78, 79 ve 80. maddelerinde yer alan bu yöndeki düzenlemelere karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın 2. Kısım 5. Bölümü'nde "Suçların İçtimaı" başlığı altında 42. maddede "Bileşik Suç", 43. maddede "Zincirleme Suç" ve 44. maddede "Fikri İçtima" hükümlerine yer verilmiştir⁶²⁰.

765 sayılı TCK'nda "Müteselsil Suçlar" olarak düzenlenen 80. maddenin karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde "Zincirleme Suç" 3 fıkra hâlinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da 1. fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten Öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz".

Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, zincirleme suç, aynı suç işleme kararının uygulanması kapsamında, bir kişiye karşı aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla kez işlenmesidir. Zincirleme suç durumunda, birden fazla suç arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, sadece bir ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı arttırılmaktadır⁶²¹.

Zincirleme suçlar; her eylemin bağımsız bir suç oluşturduğu kuralının istisnası⁶²² olup suçların içtimaının bir çeşididir.

Öğretide zincirleme suçlarda haksız tahrikin uygulanabilirliği konusu tartışmalıdır:

620 Bkz. 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK.

621 Bkz. 5237 sayılı TCK m.43 metni ve gerekçesi.

622 Öztürk/Erdem, s.312.

Öğretideki bir görüşe göre, devamlılık gösteren suçların başlangıcında haksız tahrikin uygulanacağı düşünülse bile, tek eylemle devamlılık unsuru oluşmayacağı için bu suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz⁶²³.

Öğretideki bir başka görüşe göre, bu suç türünde ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin uygulanması bakımından müteselsil (zincirleme) suça dahil eylemler bağımsızlıklarını koruduklarından kanuni bir hafifletici neden olan haksız tahrik burada uygulanabilir. Ancak yine de bu değerlendirme somut olay göz önüne alınarak yapılmalıdır. Çünkü tahrik ile zaman arasındaki ters orantı nedeni ile önceleri mevcut olan tahrikin giderek zayıflaması olasılığı vardır⁶²⁴. Bu nedenle zincirleme suçlarda ve özellikle eş zamanlı sayılabilecek hareketlerle “kanunun aynı hükmünün ihlali” durumunda (örneğin, haksız yere tahrik edilenin kalabalığa silahını boşaltması ve birçok kimseyi yaralaması) haksız tahrik kabul edilebilir⁶²⁵.

Öğretideki üçüncü bir görüşe göre, zincirleme suçta değişik zamanlarda birden fazla suçun aynı kasıtlı işlenmesi söz konusudur. Bu nedenle 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 müteselsil biçimde işlenen eşyaya zarar vermek suçunu oluşturur. Bu durumda fail hakkında TCK m.29 hükmünün uygulanması gerekir⁶²⁶.

Kanun koyucu aynı zaman içinde aynı nedenlerle birden fazla adam öldüren kişinin eylemindeki ağırlığı dikkate alarak bu hâl için 765 sayılı TCK m. 450 f.5 (5237 sayılı TCK m.82) hükmü⁶²⁷ ile ayrı bir içtima kuralının uygulanmasını uygun görmüştür⁶²⁸. Eğer 765 sayılı TCK m.450 f.5 olmasaydı birden fazla adam öldürmelerde 765 sayılı TCK 80. Maddesinde düzenlenen müteselsil suç hükümleri uygulanacaktı. 765 sayılı TCK m.450 f.5 hükmü ile haksız tahrik hükmünün birlikte

623 Aktaş, s.128.

624 Abban, s.117.

625 Erem/Danışman/Artuk, s.607.

626 Tutumlu, s.245; Açıkgöz, s.179-180.

627 Çolak, s.404.

628 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.47.

uygulanamayacağı konusunda herhangi bir görüş ileri sürülmediği gibi Yargıtay da kararlarında bu yönde uygulamayı benimsemektedir⁶²⁹.

Kişisel görüşümüze göre;

Zincirleme suç hâlinde işlenmiş birden fazla suç söz konusu ise de failin suç işleme kararı tektir. Mağdurun haksız eyleminin meydana getirdiği öfke veya şiddetli elemin etkisi altında aynı suç işleme kararı kapsamında hareket eden ve aynı kasıt altında irade yeteneği azalan fail hakkında; zincirleme suçu meydana getiren bağımsız suçların nitelik açısından haksız tahrikle işlenmeye uygun olması ve haksız tahrike ilişkin koşulların gerçekleşmesi durumunda aynı mağdura veya birden fazla mağdura karşı işlediği zincirleme suçlarda haksız tahrik indiriminin uygulanmasına psikolojik veya hukuki bir engel yoktur.

Zincirleme suç durumunda önce temel ceza tayin edilecek, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda temel cezada önce arttırma sonra indirme yapıp bu ceza üzerinden teşebbüs, iştirak hükümleri uygulandıktan sonra TCK m.43 uyarınca ceza arttırılacaktır. Devamında da TCK m.61 f.5 uyarınca haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve kişisel indirim nedenleri uygulanacaktır⁶³⁰.

D. Kesintisiz (Mütemadi) Suçlar- Haksız Tahrik

765 sayılı TCK'nın zaman aşımının başlangıcını belirten m.103 hükmünde mütemadi cürümden söz edilmiş ise de bu suçu tanımlayan bir maddeye yer verilmemiştir⁶³¹. 5237 sayılı TCK'nda benzer şekilde mütemadi suç kavramına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş, sadece m.66 f.6 hükmünde "Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını

629 Duran, s.245.

630 Bakıcı, s.852.

631 Tutumlu, s.41-42.

bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar” şeklindeki açıklama ile mütemadi suç anlamına gelen “kesintisiz suç” kavramından söz edilmiştir⁶³².

Hukuka aykırılığın hemen sona ermeyip, belli bir süre devam ettiği suçlara kesintisiz (mütemadi) suç denir. Kesintisiz suçlar, kesintinin gerçekleştiği anda işlenmiş sayılır ve o anda yürürlükte olan yasa uygulanır⁶³³.

Öğretide kesintisiz suç, “eylemin ve hukuki zararın tek olması ancak bir süre devam etmesi”⁶³⁴, suçta icra hareketleri bitmiş suç tamamlanmış olduğu hâlde kanunun ihlâlinin hâlen devam etmesi ya da “kanunun aralıksız ihlâli” olarak da tanımlanmaktadır⁶³⁵. Burada failin kendiliğinden veya başka bir şekilde temadiye son vermesi durumunda mütemadi suç sona ermiş olur. Bu şekilde hukuki veya fiili bir nedenden dolayı temadi kesildikten sonra eyleme devam edilmesi durumunda artık ayrı ve bağımsız bir suç söz konusudur⁶³⁶.

Yargıtay bir kararında⁶³⁷ kişi özgürlüğünü kısıtlama (hürriyeti tahdit), taşınması yasak eşyaları taşımak, askerlik hizmetinden kaçma, firar suçlarının kesintisiz suçlara örnek olarak gösterilebileceğine karar vermiştir. 5237 sayılı TCK’nda “Bilişim Sistemine Girme” başlıklı m.243 f.1 hükmünde düzenlenen suç da kesintisiz (mütemadi) suç örnekleridir⁶³⁸.

Öğretide, kesintisiz suçlarda haksız tahrikin uygulanabilirliği konusu tartışmalıdır:

Öğretideki bir görüşe göre; haksız tahrikin kesintisiz suçlarda uygulanmasına engel bir durum olmamasına rağmen kesintisiz suçların teknik yapısı, yani eylemin devamlılık göstermesi olgusu, tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir.

632 Bkz. 5237 sayılı TCK m.66.

633 Ercan, s.31.

634 Soyaslan, Özel Hükümler, s.244.

635 Tutumlu, s.42.

636 Duran, s.246.

637 Tutumlu, s.42: Yargıtay 6. CD 24.09.1983 T, 5935 E- 5931 K sayılı kararı.

638 Bkz.5237 sayılı TCK m.243.

Tahrik etkisi ile işlenen suç bir tepkiyi dile getirmektedir. Oysa kesintisiz suçlarda bir tepkiden çok, devam eden bir suçun işlenmesi söz konusudur⁶³⁹.

Öğretideki aksi bir görüşe göre; haksız tahrikin kesintisiz suçlarda kabulüne engel bir özellik yoktur. Ancak, “temadi” boyunca haksız tahrik koşullarının varlığını sürdürebilmelerine pek ender olaylarda rastlanır. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması koşullarına uygun bir şekilde başlayan kesintisiz suça, koşulların ortadan kalkmasına rağmen devam edilmiş ise, failin tahrikten yararlanması söz konusu olmaz⁶⁴⁰.

Kişisel görüşümüze göre de;

2. görüş isabetlidir. Çünkü kesintisiz (mütemadi) suçlarda diğer koşulların gerçekleşmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Her ne kadar devam eden suçlarda hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunma koşulunun çoğu zaman varlığını devam ettirmesi zor olsa da mümkündür. Temadinin kısa sürmüş olması durumlarında koşullar kalkmamış olabilir. Ayrıca nedensellik bağı korunmak kaydı ile tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etki süresini sınırlandırıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Kesintisiz (mütemadi) suçlarda eylemin devamlılık göstermesi başlı başına tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Haksız tahrik koşulları altında başlayan ve haksız tahrik koşulları temadi süresince devam eden olaylarda haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşın, başlangıçta haksız tahrik koşulları gerçekleşmiş iken temadi süresi içerisinde bu koşullar ortadan kalkmış ve hâlâ suça devam edilmiş ise haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.

E. Şekli Suçlar- Haksız Tahrik

Öğretide, şekli suçlar, “failin suç tipinde tanımlanan hareketi yapması ile birlikte tamamlanan ve belirli bir sonucun meydana gelmesine ihtiyaç olmayan”⁶⁴¹, “kanunda öngörülen belli hareketlerin icra edilmesi ile tamamlanan, meydana

639 Tutumlu, s.42.

640 Erem/Danişman/Artuk, s.607-608; Erem, Haksız Tahrik, s.638.

641 İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, s.351.

gelmesi için mutlaka belli bir sonucun doğmasını gerektirmeyen”⁶⁴², “sonucu meydana getirecek olan hareket yapılır yapılmaz tamamlanan bu nedenle de teşebbüse uygun olmayan” suçlar şeklinde birbirine benzer tanımlarla açıklanmıştır. Bu suçlar genel olarak ihmali suçlar gibi eylemsel bir duruma ilişkin olarak işlenebilecekleri gibi hakaret, sövme, yalan tanıklık gibi sözlü bir hareketle de işlenebilirler⁶⁴³.

Konut dokunulmazlığını bozma, görevi ihmal, askeri yasak bölgelere girmek, hapisshaneden kaçmak, suçu ihbar etmemek, cürüm işlemek için örgüt kurmak, yalan yere yemin etmek, yalan yere tanıklık yapmak şekli suçlara örnek olarak gösterilebilir⁶⁴⁴.

TCK m.272 hükmünde düzenlenen yalan tanıklık ve TCK m.275 hükmünde düzenlenen yalan yere yemin suçlarında, sonuç belli bir hareket şekline bağlandığı için ve tepkinin belli bir kişiye yöneltilmesi koşulu oluşmadığı için haksız tahrikin koşulları bu tür suçlarda oluşmaz⁶⁴⁵.

Benzer şekilde 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun hükümleri de şekli suça örnek olarak gösterilebilir. Bu kanunun m.13 f.1 hükmüne göre, taşınması veya bulundurulması ruhsata tabi bulunan silahların izinsiz taşınması veya bulundurulması ile suç tamamlanmış olur, suçun tamamlanmış sayılması için silahın ayrıca kullanılmış olması gerekmez. Bu itibarla, şekli bir suç olan 6136 sayılı kanuna aykırılık suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulama olanağı bulunmadığı açıktır⁶⁴⁶.

Buna karşın konut dokunulmazlığını bozma eylemi şekli suç kapsamında olmasına rağmen Yargıtay 15.CD kararlarında koşulların gerçekleşmesi durumunda

642 Tutumlu, s.40.

643 Soyaslan, Özel Hükümler, s.355.

644 Abban, s.120.

645 Tutumlu, s.40; Bardak, s.49.

646 Tutumlu, s.40: Yargıtay 8.CD 21.11.1991 T, 9850 E- 11405 K sayılı kararı; Parlar/Hatipoğlu, s.241: Yargıtay 8.CD 19.09.1989 T, 6029 E-6549 K sayılı kararı.

haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir⁶⁴⁷. Benzer şekilde hakaret ve sövme gibi şekli suçların nitelik olarak haksız tahrik hükmünün uygulanmasına elverişliliği hususunda şüphe yoktur. Bu nedenle şekli suçlarla haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağına ilişkin kesin bir ölçüt konulamaz. Özellikle bu belirlemede suçun niteliğine göre bir karar verilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır⁶⁴⁸.

F. Kabahatler- Haksız Tahrik

Kabahatler, 765 sayılı mülga kanundan farklı olarak 5237 sayılı TCK'nda "cürüm" ve "kabahat" ayrımı kaldırılmış, kabahatlerin büyük bir kısmı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na nakledilmiş, bir kısmı da 5237 sayılı TCK'nda "suç" olarak korunmuştur⁶⁴⁹.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 12. maddesi kabahat tanımına yer vererek kabahat ifadesinden kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılması gerektiği; 7. maddesi "Kabahatler icraî veya ihmali davranışla işlenebileceği ve ihmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığının gerektiği"; 9. maddesi "Kabahatlerin, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hâllerde, hem kasten

647 Yargıtay 15.CD 28.01.2016 T, 2015/14801 E- 2016/1066 K sayılı kararı: "Konut dokunulmazlığını ihlali suçundan kurulan hükmün temyiz incelenmesinde; müşteki Sevcan ile sanığın evli oldukları, ancak aralarındaki geçimsizlik nedeniyle ayrı yaşadıkları ve ortak çocuklarının, müşteki Sevcan'ın yanında kaldığı, bir müddet müşteki Sevcan ile aynı evde yaşayan hakkında beraat kararı verilen temyiz dışı sanık Şenay'ın, müşteki Sevcan'ın çocukları dövüp onlara kötü davrandığı gerekçesi ile sanık Oktay'ı telefon ile arayarak durumu anlatıp çocuklarını almasını söylediği, bunun üzerine sanık Oktay'ın müşteki Sevcan'ı kendisinden ayrı olarak çocukları ile birlikte yaşadıkları eve giderek kapıyı çaldığı, kapının açılmaması üzerine tekme atarak evin kapısını kırıp müşteki Sevcan'ın rızası dışında evine girdiği, bu şekilde üzerine atılı suçu işlediğinin iddia edildiği olayda;.... Ancak; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.06.2011 tarih ve 2011/1-24 Esas, 2011/124 Karar sayılı kararına göre, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesinin haksız tahrik olduğu, bu durumda failin suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yöneldiği, buna göre; sanığın olay tarihi itibarıyla evli olduğu fakat ayrı yaşadığı eşi olan müşteki ile müşterek çocuklarını kendinden kaçırıp göstermediğini ayrıca müştekinin yanında başka birini görmesi üzerine sinirlendiğini savunması karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi kapsamında, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması..."(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

648 Duran, s.249-250; Ekerbiçer, s.201.

649 Açıkgoz, s.188.

hem de taksirle işlenebileceği”; 10. maddesi "Türk Ceza Kanunu'nun hata hâllerine ilişkin hükümlerinin, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanacağını" hükümlerine yer vermiştir⁶⁵⁰.

Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Madde metninde, Türk Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerine ilişkin hükümlerinin kabahatler açısından da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ancak, Tasarı 'da aksine hüküm bulunan hâller saklı tutulmuştur. Türk Ceza Kanunu'nun ... kusurluluğu etkileyen nedenlere ilişkin hükümleri ise, kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran nedenler olarak iki guruba ayrılabilir. Maddenin düzenlenmesine göre, hukuka uygunluk nedenleri ile zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisinde olma, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi gibi kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin varlığı hâlinde, idari para cezasına karar verilemeyecektir.

Ancak, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile ilgili olarak Tasarı 'da ayrı hükümlere yer verilmiş olması dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nun bu hâllere özgü hükümleri kabahatler açısından uygulanamayacaktır. Keza, Türk Ceza Kanunu'nun örneğin haksız tahrik gibi kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler açısından uygulanamayacaktır”.

Kusurluluk açısından kabahatlerin diğer suçlardan farklı bir özellik arz etmesi söz konusu değildir. Suç teşkil eden eylemin sübjektif koşulları için geçerli olanlar kabahatler hakkında da geçerlidir. Ancak kabahatlerde kanun, failin ilke olarak kasten hareket etmesini aramamıştır. Kanun taksirle işlenen eylemlerde kanunun açıkça belirttiği durumlarda eylemin cezalandırılmasını öngörmüş iken, kabahatler açısından ise “Kanunda açıkça hüküm bulunmayan durumlarda hem kasten hem de taksirle işlenebilir” diyerek kabahatlerde failin taksirle hareket etmiş olması durumunda da sorumluluğu cihetine gidilebileceğini belirtmiştir⁶⁵¹.

650 Bkz.5326 sayılı Kabahatler Kanunu.

651 İçel/Sokullu- Akıncı/ Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.294.

Kabahat türündeki suçlarda kasıt unsurunun kanıtlanmasının önem taşımaması, başka bir anlatımla kanunun öngördüğü tipiklikte bir eylemin varlığının yeterli sayılması, bu suçlarda Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahrik ile ilgili maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun tartışılmasına yol açmıştır.

Öğretide bir görüşe göre, kabahatlerde kastın sadece ispat hukuku sorunu olduğu ve kastın kanıtlanamadığı durumlarda da failin cezalandırılabilmesi öne sürülerek kabahatlerde tahrik hükümlerinin uygulanabileceği savunulmaktadır⁶⁵². Kabahatlerde kastın varlığı zorunlu sayılmazsa, şüphesiz kabahatlerde haksız tahrike yer vermek mümkün olmayacaktır. Fakat Yargıtay'ın “kabahatlerde kastın vücudu şart değildir” yolundaki içtihadı, “Kabahat nev'inden suçların mutlak surette gayri kasti bir suç teşkil edeceği iddiası ceza kanununun kastla ilgili maddesinin sarahatinden anlaşılacağı üzere varit değildir” şeklinde değişmiş bulunmaktadır. Sonraki içtihat kanuna daha uygundur. Çünkü kabahatlerde kastın bulunup bulunmaması değil, kastın ispatına gerek olup olmadığı önem taşımaktadır. Kanundaki düzenlemenin amacı, kabahatlerde kastın ispat edilmemiş olduğu durumlarda da failin cezalandırılabilmesini ifade etmektir. Kanunun bu hükmü ile kabahat suçlarında failin aleyhine ve ispatla yükümlü olanın lehine olmak üzere bir kasıt karinesi kabul edilmiştir. Ancak bu karinenin aksinin ispatı mümkündür. Kabahatten yargılanan, kastın mevcut olmadığını ispat etme hakkına sahiptir⁶⁵³.

Kişisel olarak katıldığımız, bir başka görüşe göre, taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olan nedenler kabahatler için de söz konusudur. Haksız tahrik kurumunun en önemli unsurlarından biri olan bilinçli tepki koşulunun kabahatlerde gerçekleşmesi zordur. Yine tepkinin, tahrik eden kişiye yöneltilmesi koşulu için de aynı zorluk söz konusudur. Yargıtay'ın “Sarhoşluk suçundan tahrikin söz konusu olamayacağı gözetilmeden bu suçtan verilen cezanın TCK'nın 51.maddesi ile indirime tabi tutulması bozmayı gerektirmiştir”⁶⁵⁴ şeklindeki kararında benimsediği mantık doğrudur. Saldırganlık tahrik nedeni ile meydana gelmiş ise sarhoşluktan söz edilemez, saldırganlık sarhoşluktan kaynaklanmış ise bu kez failin

652 Tutumlu, s.39.

653 Erem, Haksız Tahrik, s.651.

654 Yavuz, s.464: Yargıtay 4. CD 13.11.1981 T, 6724 E- 6981 K sayılı kararı.

hiddet (öfke) veya elem (üzüntü) duygusuyla hareket ettiği ileri sürülemez Yine bir başka kabahat türü olan dilencilik eylemi de haksız tahrike elverişli değildir⁶⁵⁵.

G. Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanamayacağı Suçlar

Haksız tahrik hükümleri, TCK'nın genel hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle işlenen suç, ister mal aleyhine, isterse kişilere karşı işlenmiş olsun koşulların varlığı halinde haksız tahrik hükmü uygulanır. Ancak, bazı suçların özelliği itibariyle haksız tahrik hükmünün bu suçlarda uygulanması mümkün değildir.

Yargıtay bir kararında⁶⁵⁶, “Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşullar gözetildiğinde, kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasti ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız (taksirli) suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir.” denilmek sureti ile taksirli suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde görüşü kabul benimsemiştir.

Kan gütme veya töre saiki ile işlenen suçlarda da haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Bu durumlarda faili suça yönelten etkenin öç almak veya törenin gereğini yerine getirmek gibi ahlaka aykırı düşünce ve tutkudan kaynaklanmış bulunması, failin hiddet veya şiddetli elemine duygusuyla değil, kan gütmede öç alma duygusuyla, töre saiki ile öldürmede ise hukuken mağdurdan kaynaklanan haksız bir eylem bulunmadığı için fail haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır⁶⁵⁷.

Şekli suçlarda örneğin 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun hükümlerine aykırı olarak ruhsatsız tabanca taşıma suçunda haksız tahrikin koşulları bulunmadığından uygulanması mümkün değildir⁶⁵⁸.

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokacak şekilde silahla ateş etmek suçunda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz⁶⁵⁹,⁶⁶⁰,⁶⁶¹.

655 Tutumlu, s.39.

656 Bkz Parlar, s.194: Yargıtay 2.CD 22.10.1985 T, 7645 E- 8347 K sayılı kararı.

657 Parlar, s.194.

658 Bardak, s.51; Parlar, s.195: Yargıtay 8.CD 19.09.1989 T, 6029 E- 6549 K sayılı kararı.

Yağma suçlarında haksız tahrik hükmü uygulanamaz⁶⁶².

Cinsel saldırı⁶⁶³, livata⁶⁶⁴ ve sarkıntılık (cinsel taciz)⁶⁶⁵ suçlarında haksız tahrik hükmü uygulanamaz.

Failin hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacı ile tehdit veya cebir kullanması eyleminin gerçekleşmesi durumunda, fail hakkında 5237 sayılı TCK m.150 f.1 delaleti ile kasten yaralama ve tehdit suçlarından hüküm kurulacağı öngörüldüğünden ve bu suçlar kanunda yağma suçunun az cezayı gerektiren hâli olarak düzenlendiğinden haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Ancak söz konusu

659 Yargıtay 8.CD 08.02.2016 T, 2016/596 E- 2016/1097 K sayılı kararı: "... Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını gözetilmemesi suretiyle eksik ceza tayini "(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

660 Yargıtay 8.CD 20.01.2016 T, 2015/9403 E- 2016/756 K sayılı kararı: "... Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun niteliği itibariyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmadığı gibi haksız tahrik oluşturan eylem açıklanmaksızın TCK'nın 29. Maddesi uyarınca indirim yapılması "(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

661 Yargıtay 8.CD 22.01.2015 T, 2014/36800 E- 2015/1629 K sayılı kararı: "... Genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak suçundan haksız tahrik hükümlerinin uygulanması... "(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

662 Yargıtay 6.CD 07.03.2016 T, 2013/32186 E- 2016/3422 K sayılı kararı: "... Ancak; yağma suçlarında haksız tahrik ile ilgili TCK'nın 29. Maddesinin tatbik edilemeyeceğinin gözetilmemesi... "(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

663 Yargıtay 5.CD 12.06.2007 T, 4022 E- 4722 K sayılı kararı: "Nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanıklar D. Kaplan ve O. Kaplan yapılan yargılanmaları sonlarında ... sanıkların işledikleri suçların niteliği dikkate alınarak mümkün olmadığı hâlde haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaları ... karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016); Yargıtay 5.CD 12.06.2007 T, 4022 E- 4722 K sayılı kararı: "Kabule göre de; Zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmadığı hâlde haksız tahrik nedeni ile cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini ..." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

664 Açıkgoz, s.266: Yargıtay 5.CD 24.01.1978 T, 51 E- 84 K sayılı kararı: "Irza geçme suçları, şehvi bir kasıtle ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardandır. Olayda, kendi bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdur Ekrem 'i yakalayan sanığın, boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiği kabul edilip, mağdurun bahçeden kayısı çalması sanik lehine haksız tahrik olarak nitelendirilmiş ve TCK m.51 f.1 maddesi ile cezadan indirim yapıldığı görülmüştür. Kanun maddesindeki yazılış ve yukarıda yapılan açıklama ışığı altında mağdur Ekrem'in sanığın zararına işlediği haksız tahrik sayılan eylemiyle işlenen suç karşılaştırılırsa, bu ikisi arasında nitelikleri bakımından bir bağlantı, ne de ağırlık yönünde bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır. Demek ki, tahrik sayılan eylem ne ağır ne hafif bir tahrik niteliğinde değildir. Belki de takdiri indirme sebebi kabul edilebilir".

665 Parlar, s.195: Yargıtay 5.CD 22.11.1989 T, 4538 E- 5695 K sayılı kararı: "Sarkıntılık suçlarından kanuni tahfif sebebinin bulunmayacağını gözetilmemesi".

amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi yönünden koşulları varsa haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir^{666, 667, 668}.

Zimmet, rüşvet, irtikâp, hırsızlık, belgede sahtecilik gibi mal aleyhine işlenen bazı suçlar haksız bir eyleme tepki olarak değil, yararlanma, menfaat sağlama gibi saiklerle işlenen suçlar olduklarından ve bu tür suçlarda fail haksız tahrikin subjektif unsuru olan hiddet veya şiddeti elemin etkisi ile hareket etmediğinden haksız tahrik uygulanmaz⁶⁶⁹.

Taksirli suçlarda haksız tahrik hükmü uygulanamaz⁶⁷⁰. Taksirle işlenen adam öldürme suçlarında da haksız tahrik uygulanamaz⁶⁷¹.

666 Yargıtay 6.CD 25.02.2016 T, 2013/28578 E- 2016/1307 K sayılı kararı: "...Oluş, dosya kapsamı ve kararın gerekçesine göre; yakınanın, sanıklar tarafından sanık Ülfet'in alacağını tahsil amacıyla götürülüp tehdit ve darp edildiği, eylemin TCK'nın 150/1 maddesi delaletiyle 106/2-a,c kapsamında kaldığı dikkate alındığında, haksız tahrikten söz edilemeyeceği, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ise; mağdurdan kaynaklanan haksız bir hareketin bulunmadığı, bu nedenle alacağın tahsili amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminde haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı hususları gözetildiğinde; sanıklar hakkında anılan suçlardan haksız tahrik hükmünün uygulanması; karşı temyiz bulunmadığından, bozma nedeni yapılmamıştır." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

667 Yargıtay 6.CD 09.02.2016 T, 2015/7794 E- 2016/462 K sayılı kararı: "Sanık hakkında mahkemece uygulama yapılırken, TCK'nın 150/1.maddesi delaleti ile hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla cebir kullanması nedeniyle kasten yaralama suçundan hüküm kurulduğunun anlaşılması karşısında; yağma suçunun az cezayı gerektiren hâli olarak öngörülen bu suçla ilgili haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında TCK'nın 29/1.maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır."(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

668 Yargıtay 6.CD 07.03.2016 T, 2015/8546 E- 2016/1849 K sayılı kararı: "Sanık hakkında, mahkemece uygulama yapılırken, TCK'nın 150/1. maddesi delaletiyle hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla cebir kullanması nedeniyle kasten yaralama suçundan hüküm kurulduğunun anlaşılması karşısında; yağma suçunun az cezayı gerektiren hâli olarak öngörülen bu suçla ilgili haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden; TCK'nın 29/1.maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

669 Tutumlu, s.41; Özalp, s.62.

670 Açıkgez, s.266: Yargıtay 1 CD 01.12.2008 T, 5346 E-7646 K sayılı kararı: "Ancak; oluş ve kabule göre, taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeden, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmuş olduğundan hükmün düşünce gibi bozulmasına".

671 Yargıtay 1.CD 17.02.2010 T, 2009/126 E- 2010/901 K sayılı kararı: "Sanıklar Zafer ve Leyla'nın taksirle öldürme suçu yönünden: ... haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğine yönelen ve yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddi ile..." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016; Açıkgez, s.266: Yargıtay 1.CD 16.05.2007 T, 2703 E- 3776 K sayılı kararı: "Maktûldeki yaraların 5237 sayılı TCK m.86 f.2 seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2. maddesi aracılığı ile 85. maddesi uygulandığına göre, taksirle işlenen adam

Bazı durumlarda haksız eylemin varlığına karşın failin yöneldiği suçun özellikleri gözetilerek haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerekebilir:

Olası kastla işlenen suçlarda haksız tahrik hükmü uygulanamaz görüşü kabul edilmekte iken YCGK ve Yargıtay 1. CD bu konuda görüş değiştirerek olası kasıtlı işlenen suçlarda da koşulları gerçekleştiği takdirde fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğini kabul etmektedir⁶⁷².

Tasarlayarak adam öldürme suçunda koşulları gerçekleştiği takdirde fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkündür⁶⁷³.

Neticesi itibariyle ağırlaşan yaralama suçunda koşulları gerçekleştiği takdirde fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkündür⁶⁷⁴.

öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa eksik ceza tayini”.

672 YCGK 05.10.2010 T, 2010/1-132 E- 2010/183 K sayılı kararı; Yargıtay 1. CD 20.02.2013 T, 3903 E- 1251 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

673 YCGK 03.07.2012 T, 2012/1-76 E- 2012/258 K sayılı kararı: “... Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı konusu öğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, başka bir anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması hâlinde tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2012 gün ve 76-258 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016) ;Yargıtay 1.CD 06.03.2014 T, 2013/5720 E- 2014/1301 K sayılı kararı:”...Sanık Ferda hakkında tasarlayarak öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden; Oluşa ve dosya kapsamına göre güzellik salonu işleten sanık Ferda ile maktül Mustafa arasında gönül ilişkisi bulunduğu, sanığın ayrıca maktülün işlettiği lokale ortak olduğu, sanık Ferda'nın ortaklığını ve gönül ilişkisini bitirdiği, maktülün, sanık Ferda'yı “Seni bu iş yerinde çalıştırmam” diyerek tehdit ettiği, olaydan önceki günlerde sanık Ferda'nın telefon ile çalışanı tanık Ziya'ya maktül Mustafa'nın iş yerine gelmesi halinde içeri almaması yönünde verdiği talimatı duyan maktülün Ferda hakkında gıyabında hakaret ettiği, hakaretin sanık Ferda tarafından telefonda duyulduğu ve telefonda tartıştıkları, maktülün bu durumdan sorumlu tuttuğu Ziya'yı darp ettiği, sanık Ferda'nın diğer sanıklar ile tasarlayarak maktülü öldürdüğü ve kabulünde bu yönde olduğu olayda: Maktülden kaynaklanan ve sanık Ferda'ya yönelen söz ve eylemler nedeni ile sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği halde ‘Maktülün kıskançlık nedeni ile Ferda'ya yönelik söz ve davranışlarının haksız fiil olarak değerlendirilemeyeceği’ şeklinde yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile sanık hakkında fazla ceza tayini...”(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

674 Yargıtay 1.CD 19.01.2016 T, 2015/5743 E- 2016/118 K sayılı kararı:”... a) Sanığın, mağdur Hilmi'yi silahla yaşamsal tehlike geçirecek ve vücutta kemik kırığına neden olacak şekilde yaraladığından; eylem nedeniyle oluşan birden fazla neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamada

Haksız tahrik mal aleyhine işlenen suçlarda uygulanabilir. Haksız tahrik bir kimsenin haksız bir eyleminin doğurduğu hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir. Haksız bir eyleme maruz kalan failin, bu eylemin doğurduğu hiddet (öfke) ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi durumunda faili harekete geçiren saikler daha az vahim sayılarak haksız tahrik hükümleri kabul edilmiştir. Tahrik hükümleri, Türk Ceza Kanunu'nda genel hükümler arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle işlenen suçun hukuki konusu ne olursa olsun koşulları bulunduğu takdirde mal aleyhine işlenen suçlarda da haksız tahrikin uygulanacağı kuşkusuzdur. Bu husus Yargıtay kararları ile kararlılık kazanmıştır⁶⁷⁵.

Kamu mallarına yönelik suçlarda ise haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Çünkü kamu malına yönelik olarak işlenen suçlarda, failin mağdurdan kaynaklanan haksız eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında haksız eylemde bulunan kişiye yönelik olarak suç işlemesi unsuru oluşmamaktadır^{676, 677}.

sanığın en ağır netice doğuran artırım nedeninden sorumlu tutulması gerektiğinden, hakkında 87/1-d maddesinin uygulanması hâlinde ayrıca kemik kırığı nedeniyle 87/3 maddesi uyarınca artırım yapılamayacağına gözetilmemesi, b)Mahkemece verilen 24.12.2012 tarihli hükmün Dairemizin 24.03.2015 gün, 2014/1137 Esas ve 2015/1729 Karar sayılı ilamı ile "Mağdurdan kaynaklanan sanığa yönelen haksız tahrik oluşturan eylemlerin niteliği gözetilerek makûl bir oranda indirim yapılması gerekirken gerekçe ile de çelişkiye düşülmek suretiyle sanığa verilen cezada TCK'nın 29. maddesi ile asgari oranda indirim yapılarak fazla ceza tayini" gerekçesi ile bozulmasına karar verildiği, ancak yerel mahkemece uyulmasına karar verilen bozma ilamı kısmen etkisiz kılınacak şekilde haksız tahrik nedeni ile makûl oranda bir indirim yapılması yerine yazılı şekilde 1/3 oranında indirim uygulanması suretiyle fazla ceza tayini..."(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

675 Yargıtay 23.CD 09.02.2016 T, 2015/15844 E- 2016/998 K sayılı kararı: "Sanıklar Murat G. ve Suzan G'nin suç tarihinde daha önceden aralarında husumet bulunan katılan Murat Ç'ye ait aracın camına sopa ve taşlar ile vurmaları suretiyle zarar verdikleri, bu suretle mala zarar verme suçlarını işledikleri iddia ve kabul olunan somut olayda; ... Ancak; sanıkların aşamalarda değişmeyen istikrarlı savunmalarında ilk haksız hareketin katılıandan kaynaklandığını beyan etmeleri karşısında, eylemlerini haksız tahrik etkisi altında gerçekleştirip gerçekleştirmediklerinin karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hükümler kurulması..." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

676 Yargıtay 15.CD 27.09.2016 T, 2015/10255 E- 2016/7152 K sayılı kararı: "Sanıkların, katılan kuruma ait aracın şoförü olan katılan Zafer Demir ile yol meselesi nedeniyle tartıştıktan sonra birlikte aracın ön camını taşla kırmak suretiyle atılı suçu işlediklerinin iddia edildiği olayda; sanık Emre hakkında kurulan hükmün temyiz incelenmesinde; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14/06/2011 tarih , 2011/1-24 Esas, 2011/124 Karar sayılı kararına göre, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesinin haksız tahrik olduğu, bu durumda failin suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yöneldiği, ayrıca mağdurun, haksız fiilde bulunan kişiye yönelik olarak suç işlemesi halinde tahrik hükümlerinin

Sarhoşluk suçunda tahrik söz konusu olmaz. Saldırgan sarhoşluk suçunda tahrikin varlığının kabulü saldırgan hareketin sarhoşluktan kaynaklanmadığı sonucunu doğuracağından sarhoşluk suçu oluşmayacaktır; olayın sarhoşluk saiki ile meydana geldiğinin kabulü hâlinde ise, haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır⁶⁷⁸. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.35 hükmü ile sarhoşluk suç olmaktan çıkmış ve kabahate dönüşmüştür.

uygulanacağı, kamu malına yönelik suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gözetilmeden, TCK'nın 29. maddesi uyarınca cezasından indirim yapılması..." (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

677 Yargıtay 23.CD 01.02.2016 T, 2015/14546 E- 2016/534 K sayılı kararı:" Olay tarihinde sanığın, katılanın kullandığı Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne ait toplu taşıma otobüsü camına, kendisini yolda sıkıştırdığı düşüncesi ile kıldığı iddia ve kabul olunan somut olayda, ikrar, katılan beyanı, görgü tespit ve tüm dosya kapsamına göre sanığın eyleminin kamu malına zarar verme suçunu oluşturduğuna yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir. Kamu malına zarar verme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği halde bu yönde uygulama yapılması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır... "(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

678 Yargıtay 2.CD 2.3.1993 T, 1633E- 2679 K sayılı kararı; Yargıtay 4.CD 13.11.1981 T, 6774 E- 6891 K sayılı kararı: "Sarhoşluk suçunda tahrikin söz konusu olamayacağı gözetilmeden bu suçtan verilen cezanın TCK 51. maddesi ile indirilmesi bozmayı gerektirir".

4. BÖLÜM
HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ SONUÇLARI
HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ
TAKDİR YETKİSİNİN DENETİMİ

I- HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ SONUÇLARI

5237 sayılı TCK ‘nın Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler başlığı altında 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik kurumu cezayı azaltan genel ve kanuni bir nedendir. Haksız tahrikin genel olması, kanunda belirtilen koşulların varlığı durumunda kural olarak tüm suçlar ve kişiler bakımından uygulanabilmesini; kanuni olması ise olayda varlığının hâkim tarafından talep olmasa bile kendiliğinden araştırılmasını ve uygulanmasını ifade etmektedir⁶⁷⁹.

YCGK bir kararında⁶⁸⁰ “Ceza yargılamasının amacı, isnada konu maddi gerçeği araştırarak sanığın suçlu olup olmadığını saptamak, suçlu ise uygun yasa normlarına göre cezalandırmak, masum ise beraat ettirmektir. Bu bakımdan, sanığın esasen savunma yapmamak hakkına sahip olduğu da dikkate alınarak, suçlamayı inkarla yetinip haksız tahrik durumunu ileri sürmese bile, bu husus yargılamada ortaya konulan kanıtlarla kesin biçimde saptandığı takdirde, ortaya çıkan maddi gerçeğe itibar edilmeli ve fail haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmalıdır” şeklindeki

679 Kaya, Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s.99; Özalp, s.63.

680 YCGK 13.12.2016 T, 2015/1-1075 E- 2016/1239 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.05.2017).

açıklamaları ile haksız tahrik hükümlerinin hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır.

Görüldüğü gibi, tepki suçunun işlenmesi bakımından kanunumuzda bir zaman sınırlamasına yer verilmemiştir. Maddenin uygulanması yönünden önemli olan, failin suçu, önceki haksız davranışın doğurduğu hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi altında işleyip işlemediğidir. Mağdurdan gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hâllerde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gereklidir.

Öte yandan ceza hukukunda failin suç işlemesine neden olan psikolojik durumunun suça etki eden bir neden olduğu kabul edildiğinden haksız tahrik kişisel ve sübjektif bir indirim nedenidir⁶⁸¹. Haksız tahrikin varlığı durumunda, tahrik altında tepki suçunu işleyen kişi bizzat tahrik hükmünden yararlanacaktır. Çünkü tahrik eyleme bağlı değil, kişisel duruma bağlı bir indirim nedenidir⁶⁸². Bu bağlamda, iştirak sureti ile işlenen olaylarda haksız tahrike maruz kalan fail hakkında tahrik indirimi uygulanacak, haksız tahrike maruz kalmayan failer ise tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır⁶⁸³.

5237 sayılı TCK m.29 hükmünde haksız tahrik etkisi altında suç 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 hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir” denilmek sureti ile haksız tahrik durumunda indirim miktar ve oranları aynı madde içerisinde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK m.51 hükmünde yer alan düzenlemede hafif tahrikte 1/4, ağır tahrikte 2/3 oranında indirim yapılması öngörülmekte iken 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde yer alan düzenlemede hafif- ağır tahrik ayrımı kaldırılmış ve tahrik koşulları olduğu takdirde ¼ ile ¾ oranları arasında indirim kabul edilmiştir. 5237

681 Aydın, s.249.

682 Kaya, Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, s.101.

683 Yavuz, s.453.

sayılı TCK m.29 hükmünde yer alan yeni düzenleme en üst sınırdan tahrik indirimi uygulanması durumunda daha lehe olduğu gibi, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezalarında da daha lehedir⁶⁸⁴.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi gerekli tüm koşullarının olayda bulunup bulunmadığı hâkim tarafından kendiliğinden araştırılmalı; mağdurdan kaynaklanan haksız hareketleri varsa ve bu haksız hareketler failin hiddet veya şiddetli eleme kapılmasına neden olmuş ise, bu psikolojik durumun etkisi altında mağdura yönelik tepki suçu işleyen failin cezası tahrikin ağırlığına göre bir miktar indirilmelidir⁶⁸⁵.

5237 sayılı TCK m.29 hükmünde hangi durumların haksız tahrik sayılacağı gösterilmediğinden bir eylemin haksız tahrik oluşturup oluşturmadığını takdir yetkisi yargılamayı yapan hâkime verilmiştir. Bir olayda tahrikin olup olmadığı hukuki değil, maddi sorundur⁶⁸⁶. İndirim oranının belirlenmesi konusu da kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde kalmak ve gerekçesi gösterilmek koşulu ile hâkimin takdirine bırakılmıştır. Uygulamada hâkimin takdir yetkisini normlara uygun kullanıp kullanmadığı bakımından hukuki denetimi Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay tarafından yapılmaktadır.

YCGK'nun bir kararında "Ceza Genel Kurulu'nun çeşitli kararlarında tartışmasız olarak benimsendiği üzere, tahrik nedeni ile yapılacak indirimin oranı belirlenirken, haksız tahriki oluşturan hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel şartlar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmelidir"^{687, 688}; başka bir kararında " Sanık hakkında TCK'nın 29. maddesi uyarınca asgari orandan uzaklaşmak sureti ile haksız tahrik indirimi yapılması doğru bir uygulama ise de, sanığın yaralanmasının basit bir tıbbi müdahale

684 Yüksel **ÖZBEK**: "Tahrik Üzerine İnceleme", AD, Y.1982, S.7, s.344-347 (**Özbek, Tahrik Üzerine İnceleme**).

685 Aydın, s.249.

686 Erem, Haksız Tahrik, s.639.

687 YCGK 24.05.2016 T, 2014/1-358 E- 2016/268 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

688 YCGK 20.05.2014 T, 2013/1-528 E- 2014/269 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

ile giderilebilecek nitelikte olması ve maktûlden gelen haksız hareketin ulaştığı boyuta göre, makûl bir oranda indirim yapılması gerekirken, oluşa ve dosya içeriğine uygun düşmeyen nedenlerle en üst oranda indirim yapılması usul ve kanuna aykırıdır”⁶⁸⁹ denilmek sureti ile haksız tahrik nedeni ile indirim oranının belirlenmesinde ilk derece mahkemelerinin esas alması gereken ölçütler ifade edilmiştir.

TCK tahrikin ancak haksız hareketlere tepki olması durumunda kabul edildiğini vurgulamak için tahrik eyleminin “haksız bir eylem” olması koşulunu getirmiştir. Bu ifade şekli, tahrik eyleminin ceza hukukuna aykırı olmasa da hukuka aykırı olması gerektiğini işaret etmektedir⁶⁹⁰.

Haksız tahrikten bir defa yararlanan kişi, aynı kişiye yönelik olarak ikinci kez haksız tahrikten yararlanamaz. Aynı eylem nedeni ile aynı kişiye karşı fail ancak bir kez haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilir. Aynı eylemden dolayı birkaç kez tahrike kapıldığı iddiası ile mağdura birkaç kez yönelen faile her defasında önceki tahrik eylemi nedeni ile haksız tahrik indirimi uygulanmaz⁶⁹¹.

Haksız tahrik kurumu bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı için, tahrik altında işlenen eylemler haksızlığını koruyacaktır. Bu nedenle de bu eylem ile verilmiş olan zararlar bakımından özel hukuk sorumluluğu devam etmektedir. Mağdur isterse özel hukuka başvurarak tazminat talebinde bulunabilir⁶⁹².

689 YCGK 23.02.2016 T, 2015/1-643 E- 2016/87 K sayılı kararı (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

690 Aydın, s.249.

691 Hakeri, Kasten Adam Öldürme Suçları, s.215.

692 Eker Kazancı, s.1336; Aydın, s.237.

II- HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ

765 sayılı TCK m. 51 hükmünde tahrik, ağır ve hafif olmak üzere bir ayrıma tabi tutulmuş ve m.51 f.2 hükmünde tahrikin ağır ve şiddetli olması durumunda indirim oranının daha fazla olacağı öngörülmüştü⁶⁹³. 765 sayılı TCK döneminde hafif tahrik için tek bir indirim oranı belirlenmişti. Failin etkisinde kalarak işlediği birçok suç için basit tahrik yeterli olmasına rağmen, kimi zaman da etkisinde kalınan olay nedeni ile hafif tahrike göre ceza indirmek adaletli olmamakla birlikte, olayın durumuna göre ağır tahrikin koşulları da bulunmamaktaydı. Bu durumda çoğu hâkim hafif tahrik nedeni ile yaptığı indirimi yeterli bulmamakta idi, fakat kanun hükmü gereği yapacağı başka bir şey de yoktu. Örneğin, mağdurun basit bir itelemesi sonucu tahrike kapılarak suç işleyen faile verilen cezadan hafif tahrik nedeni ile dörtte bir indirim yapılırken, faili tokatlayarak canını yakan mağdura karşı suç işleyen failin cezasından da basit tahrik nedeni ile dörtte bir indirim yapılmaktaydı. Bu uygulama da doğal olarak adaletli olmamaktaydı⁶⁹⁴. Sübjektif bir sorun olan tahrikin derecesinin belirlenmesinin zor olduğu, bu nedenle de tahrik durumunda tahrikin ağırlığının ve indirim oranının hâkim tarafından belirlenmesi önerilmişti⁶⁹⁵. Bu ayırım 1987 ve 1989 tarihli TCK tasarılarında korunmuş iken 1997, 2001 ve 2004 tarihli TCK tasarılarında kaldırılarak hâkime olayın özelliklerine göre belirli ölçütler içerisinde cezayı belirleme olanağı tanınmıştır⁶⁹⁶.

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen yeni düzenleme ile 765 sayılı TCK'da yer alan hafif- ağır tahrik ayırımı kaldırılmıştır. Getirilen yeni düzenlemeye göre; haksız tahrik durumunda 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 verilebilecektir. Diğer durumlarda verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilebilecektir. Tahrik durumunda verilecek ceza bakımından aşağı ve

693 Centel/Zafer/Çakmut, s.451; Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.359.

694 Ali **KOYUNCU**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 2.basım, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2006) s.170 (**Koyuncu**).

695 Centel/Zafer/Çakmut, s.451; Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.359.

696 Ekerbiçer, s.135.

yukarı sınırlar kabul edilmek sureti ile olayın özelliğine göre hâkime indirim konusunda takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır⁶⁹⁷.

Haksız bir hareket karşısında farklı kişiler farklı tepkiler gösterebileceğinden, tepkinin niteliğini önceden saptamak ve tahrikin derecesini belirlemek için genel bir ölçüt getirmek olanaklı değildir⁶⁹⁸.

Kanunumuz, sadece belirli durumları tahrik sayan sistemlerden farklı olarak, ne gibi durumların tahrik oluşturacağını göstermemiştir. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken göz önünde bulunduracağı ölçütlerin tamamen değişken olduğu açıklanarak, tahrik edildiğini ileri süren failin kişisel özelliklerine, tahriki oluşturan mağdurun durumuna, bu kişiler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer koşullarına göre belirlenebileceği belirtilmiştir⁶⁹⁹.

Ceza hukukumuzda öğretide açıklanan görüşlerde; hâkimin, somut olayda tahrike muhatap olan failin psikolojisi ile bütün durum ve koşulları göz önünde tutmak sureti ile adalete uygun olarak, makûl gerekçelerle, takdir hakkını kullanması gerektiği benimsenmektedir⁷⁰⁰. Hâkim, her olayda haksız tahrik oluşturacak bir haksız eylemin bulunup bulunmadığını ayrı ayrı değerlendirerek gerekçesini göstermek sureti ile indirim oranını belirleyecektir. Tahrik ile tepki arasındaki süre, tahrikin kendisine veya yakınına yönelmesi gibi hususlar da tahrikin meydana getirdiği etkiyi belirlemede başvurulacak ölçütler arasında kabul edilmiştir⁷⁰¹. Buna göre hâkim, olayda ağırlığın takdirinde mantıklı, ölçülü davranmalı, kişi, yer, zaman, tahrik eyleminin işleniş şekli gibi koşulları mutlaka nazara almalıdır⁷⁰². Bir olayda tahrikin olup olmadığı hukuki değil maddi bir sorundur⁷⁰³. Haksız eylemin niteliği, kışkırtıcı boyutları işlendiği yer ve zaman, toplumsal değer yargıları, failin yaşam tarzı değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra; haksız eylemin fail üzerinde hiddet

697 Parlar, s.195.

698 Aydın, s.247.

699 Dönmezer/Erman, 1986, s.379-380.

700 Ekerbiçer, s.139; Demir, s.50.

701 Zafer, s.368, dpn.47.

702 Başar II, s.354.

703 Erem/Danişman/Artuk, s.601.

(öfke) veya şiddetli eleme sebep olup olmadığı saptanmalıdır⁷⁰⁴. Haksız tahrikin yoğunluğu ve tahrikin failde ulaştığı boyut, yapılacak indirim miktarında etkilidir⁷⁰⁵. Başka bir anlatımla, hâkim hiddet (öfke) veya şiddetli elem durumunun devam edip etmediğini belirlemek bakımından, haksız hareketin niteliğini incelemeli ve bunun normal bir kimse üzerinde ne kadar süre etkisini sürdüreceğini hesaplamalıdır⁷⁰⁶.

Nitekim, uygulamada istikrar kazanan YCGK kararlarında, tahrik nedeni ile yapılacak indirim oranı belirlenirken, haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, yeri, zamanı, yöresel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumlarının göz önüne alınarak değerlendirilmesi, eğer haksız tahriki oluşturan hareket bu özellikleri itibariyle yoğun ve önemli boyutlara ulaşmış ise ağır ve şiddetli olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁰⁷. Yargıtay 3. Ceza Dairesi de kararlarında mağdurun failde haksız tahrik oluşturan eyleminin haksızlık içeriği göz önünde bulundurularak tahrikin derecesi ile orantılı indirim yapılması gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁰⁸.

Sonuç olarak, hâkimin, meydana gelen haksız eylemin failde hiddet veya şiddetli elem uyandırmakla birlikte ağırlık derecesi itibariyle hareketin niteliğine göre daha az tepki meydana getirdiği durumlar ile niteliği ve işleniş biçimi itibariyle sanığın ruhsal durumu üzerinde büyük bir sarsıntıya yol açan ve önemli boyutlara ulaşan haksız eylem durumlarında indirim miktar ve oranını bu durumlara, hak,

704 Tutumlu, s.31.

705 Ekerbiçer, s.140.

706 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.43-44.

707 YCGK 24.05.2016 T, 2014/1-358 E- 2016/268 K sayılı kararı: "... Ceza Genel Kurulu'nun çeşitli kararlarında tartışmasız olarak benimsendiği üzere, tahrik nedeni ile yapılacak indirimin oranı belirlenirken, haksız tahriki oluşturan hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel şartlar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmelidir"; aynı doğrultuda 16.04.2013 T, 2012/1-1577 E- 2013/145 K sayılı ve 09.04.2013 T, 2012/1-940 E- 2013/139 K sayılı kararları (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

708 Yargıtay 3. CD 23.05.2016 T, 2015/30286 E- 2016/12194 K sayılı kararı: "...Mağduru yaşamsal tehlike geçirecek ve ağır derecede kemik kırığı meydana gelecek şekilde yaralayan sanık hakkında TCK'nin 86/1 maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, birden fazla nitelikli hal bulunması nedeniyle oluşan zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak fiilin ağırlığı ile orantılı makûl bir cezaya hükmolunması yerine sonuca etkili olmayacak şekilde 1 yıl 6 ay hapis cezası belirlenmek ve mağdurun sanığa hakaret etmesinden ibaret haksız tahrik oluşturan eyleminin haksızlık içeriği dikkate alındığında sanık hakkında hükmolunan cezada 5237 sayılı TCK'nin 29/1. maddesince indirim yapılırken tahrikin derecesi ile orantılı bir biçimde indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde (2/3) oranında indirim yapmak suretiyle eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..."(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

nesafet ve adalet kurallarına uygun şekilde saptayarak uygulaması ve takdir hakkını kullanırken denetime olanak sağlayacak şekilde bu takdirin kanunî gerekçelerini göstermesi gerekir .

Burada gözönünde bulundurulması gereken husus, haksız tahrik takdiri indirim nedeni değil, kanunî indirim nedenidir. Bu itibarla koşulları oluşmuş ise, hâkim haksız tahrik nedeni ile indirim yapmak zorundadır. TCK m.29 hükmünde bu durum “... indirilir” şeklinde ifade edilmiştir. İndirim yapıp yapmama konusunda hâkimin takdir yetkisi yoktur. Takdir yetkisi sadece indirimin ($\frac{1}{4}$ ila $\frac{3}{4}$ arasında) hangi oranda yapılacağı ile sınırlıdır. Hâkim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi kanun maddesinde öngörülen aşağı ve yukarı sınırlar çerçevesinde saptayabilecektir⁷⁰⁹.

5237 sayılı TCK m.61 hükmüne göre temel ceza belirlendikten sonra daha ağır ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllere ilişkin hükümler, bunun devamında sırası ile teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, kişisel indirim nedenleri, son olarak takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir⁷¹⁰.

III- TAKDİR YETKİSİNİN DENETİMİ

Haksız tahrik kurumu bakımından kanunda hâkime verilen takdir yetkisinin Yargıtay tarafından denetlenebilirliği hususu öğretilerde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, hâkimin tahrik türünü belirlerken takdirini yerinde kullanmadığı durumlarda hükmün Yargıtay tarafından bozulabileceği⁷¹¹; benzer görüşü savunan başka bir yazara göre, Yargıtay'ın, tahrikin kabul edilip türünün söylenmemesini veya hiçbir gerekçe gösterilmeden ağır ya da hafif tahrikin var

709 Parlar, s.196.

710 Bakıcı, s.634.

711 Dönmezer/Erman, 1986, s.376.

olduğu iddiasının reddini ya da bir olayın genel olarak tahrik sayılması için gerekli koşulların oluşup oluşmadığını denetleyebilmesi gerektiği⁷¹² ifade edilmektedir.

Tutumlu'ya göre de tahrik olgusunun koşulları gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamasında yeterince açıklık kazanmış durumdadır. Bu itibarla hâkim bir olayda tahrik olup olmadığını bu koşullara göre belirleyecektir. Tahrikin şiddetli/ağır nitelik ve derecede olup olmadığını saptama yetkisi de yine hâkime aittir. Bu durumda tahrikin varlığı/yokluğu, niteliği/derecesi hakkında ilk derece mahkemesinin verdiği karara, kural olarak Yargıtay'ın müdahale edememesi gerekir. Hâkimin takdir yetkisi mutlak, başka bir anlatımla, her türlü denetiminin dışında bir hak değildir. Bu hak kullanılırken gösterilen gerekçe, olayın oluş ve akışına, dosyadaki kanıtlara ve hakkaniyet ilkesine uygun değil ise Yargıtay'ın denetleme yetkisi doğacaktır⁷¹³.

Aksi görüşü savunan Ayık'a göre ise; mahkemece tespit edilen bir olay hukuki olduğu için Yargıtay'ın denetimine tabidir. Ancak yasaya göre, kanunun hâkimin takdirine bıraktığı durumlarda kanuna aykırı bir durum oluşturmadığından, Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını bozamaz. Çünkü takdir yetkisi hâkime ait bir yetki olduğundan tahrikin bütün unsurları ile var olup olmadığını Yargıtay kendiliğinden göz önünde bulunduramaz⁷¹⁴.

YCGK "Kanuni artırıcı veya indirici nedenler ya da kusur veya isnat yeteneğini azaltıcı nedenler uygulanırken hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Takdir hakkının uygulamasında, yanılığa düşülüp düşülmediği, cezanın kişiselleştirilmesinde hatalı davranılıp davranılmadığı, gösterilen gerekçenin yasal, yeterli ve oluşa uygun bulunup bulunmadığı hususlarının denetimi de açıklanan nedenlerle Yargıtay'a aittir. Böylece hukuk uygulamasında birlik ve istikrarın sağlanması, takdirde yanılığa düşülüp düşülmediği, kararlarda hak, nesafet ve adalet kurallarının isabetle uygulanıp uygulanmadığı denetlenecektir. Öyleyse takdirde yanılığın bulunup bulunmadığı da nispi temyiz sebeplerindedir ve Yargıtay denetimine tabidir." şeklindeki kararı ile ilk derece mahkemesinin takdir yetkisinin Yargıtay denetimine açık olduğunu ifade etmiştir⁷¹⁵.

712 Başar II, s.354.

713 Tutumlu, s.31.

714 Ayık, s.98.

715 Tutumlu, s.58: YCGK 19.05.1995 T, 191 E- 219 K sayılı kararı.

YCGK başka bir kararında yine “Tahrikin derecesinin tespiti mahkemeye ait ise de mahkemeler bu yetkiyi hukukun genel ilkelerine, haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanmalıdırlar. Mahkemelerce kullanılan bu yetkinin yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi üst mahkemelerin görevi içindedir...” şeklindeki kararı ile ilk derece mahkemesinin takdir yetkisinin Yargıtay denetimine açık olduğunu ifade etmiştir⁷¹⁶.

Yargıtay birçok kararında haksız tahrik kurumunun uygulanmasında eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçe nedeni ile bozmak sureti ile ilk derece mahkeme hâkimlerinin takdir yetkisini denetlemiştir^{717, 718, 719, 720}.

T.C. Anayasası m.141 f.3, 5271 sayılı CMK m.34 ve m.230 hükümleri uyarınca hâkim ve mahkemelerin her türlü kararlarının, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Faili eyleme yönelen tahrikin varlığı ile ağırlık derecesini takdir durumu mahkemenin sorumluluğunda ise de bu takdirin oluşa, kanıtlara ve normlara uygun olup olmadığının Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından denetlenebilmesi bakımından hâkimin gerekçe gösterme zorunluluğuna uyması

716 Ekerbiçer, s.145: YCGK 11.06.1996 T, 1-121 E- 134 K sayılı kararı.

717 Açıkğöz, s.286: Yargıtay 3.CD 18.04.2007 T, 9930 E-3524 K sayılı kararı: “...Olayların evveliyatının olduğu ve tarafların daha önce yaşanan olaylar nedeniyle karakolluk oldukları anlaşılacakla, katılan ve müştekinin süre gelen eylem ve işlemlerinin haksız tahrik oluşturup oluştur madığı, eylem ve işlemler belirtilerek tartışılmak suretiyle karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, soyut bir şekilde suçun tahrik sonucu işlendiğini gösteren kanıt ele edilemediği belirtilerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”.

718 Yargıtay 1.CD 02.05.2013 T, 2011/325 E-2013/3498 K sayılı kararı: “Gerekçeli kararda sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerektiği değerlendirildikten sonra hükümde, eylemin zarar görenden gelen haksız bir tahrik altında gerçekleştirildiğine dair kanıt bulunmadığından bahisle TCK’nın 29. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmek suretiyle çelişkiye düşülmesi...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

719 Yargıtay 1.CD 01.04.2014 T, 367 E-2047 K sayılı kararı: “Olay öncesine ait sanıkla maktûl arasındaki tüm davalar ile sanığın yaralanmasına ilişkin dava dosyasının getirilmesi, olaylara ilişkin bildirilecek tanıkların dinlenmesi, ibraz edilecek tüm delillerin toplanarak, sanık hakkında TCK’nın 29. maddesi uyarınca haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışılması ve buna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerektiğinin düşünülmemesi...”(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

720 Yargıtay 1.CD 13.02.2014 T, 2013/3640 E-2014/766 K sayılı kararı: “Maktûl ve sanık arasındaki boşanma davasına ilişkin dosyanın da getirilerek, otopsi raporundaki bulgular da birlikte değerlendirilmek suretiyle, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışmasız bırakılarak, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

gerekmektedir⁷²¹. Başka bir anlatımla, hâkim, tahrikin neden ibaret olduğunu ve cezadan ne kadar indirim yaptığını kararında gerekçesini belirterek göstermek zorundadır. Ancak bu şekilde tahrik kurumunun olayda varlığının veya tahrik nedeni ile yapılan indirim oranının hukuksal denetimi yapılabilecektir⁷²².

Yargıtay kararlarında tahrik konusunda hüküm kurulurken, tahrik oluşturan eylemlerin açık ve net olarak gösterilmesi, tahrikin uygulanması istenilen durumlarda bu hususun tartışılması, haksız bir eylemin gerçekten var olup olmadığı, varlığı kabul edilen bir eylemin tahrik oluşturup oluşturmayacağı, bunun failde hiddet veya şiddetli elem doğmasına neden olup olmadığı, haksız tahrik hükmünün nesnel ve öznel unsurları ile nedensellik bağlarının, ayrıca ilk haksız hareketin kimden geldiğinin saptanması, sonucuna göre maddenin uygulanıp uygulanmayacağıının araştırılması, kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ile kanıtlardan hangisinin ötekine üstün tutularak bu sonuca varıldığının açıklanması, tahrik oluşturuyor ise uygulanan indirim oranı bakımından takdirin nedenleri ile mantık ve deneyim kuralları doğrultusunda hükmün gerekçelendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁷²³.

Kişisel görüşümüz, takdir hakkının kullanılmasında ve cezanın bireyselleştirilmesinde hataya düşülüp düşülmediğinin saptanması, ilk derece mahkemesi kararlarında gösterilen gerekçelerin kanunî, yeterli ve oluşa uygun olup olmadığı, hak, nesafet ve adalet kurallarının isabetle uygulanıp uygulanmadığı hususlarının Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin hukuki denetimi kapsamında olması gerektiği yönündedir. Bu şekilde Mahkemelerin kullandığı yetkinin denetimi ve keyfiliğin önüne geçilmesi söz konusu olacağı gibi, uygulamada birlik ve istikrar bakımından da hukuk güvenliği ilkesine uygunluk sağlanacaktır. İlk derece mahkemeleri haksız tahrik koşullarını, dosya içeriğine, mantık ve deneyim kurallarına ters ya da eksik uyguladığı takdirde, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri denetimi ile ilk derece mahkeme kararları bozularak geri gönderilecektir. Ancak duruşma yapmayan, sanığı tanımayan, kanıtlarla doğrudan

721 Parlar, s.196.

722 Aydın, s.247.

723 Yargıtay 1.CD 11.11.2014 T, 3091 E-5087 K sayılı kararı: "... ulaşılan sonuca götürülen delillerin açıklanması, hangi nedenle diğer delillerden üstün tutulup tercih edildiğinin anlatılması, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına veya uygulanmamasına yönelik, denetime olanak veren, tatmin edici gerekçe gösterilmesi gerekirken, haksız tahrik yönünden eksik araştırma, tartışma ve gerekçe ile hüküm kurulması..."(Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları, erişim tarihi: 28.12.2016).

ilişki kurmayan, tutanak üzerinde inceleme yapmak zorunda bulunan Yargıtay'ın ve duruşma açmadan inceleme yapan Bölge Adliye Mahkemelerinin ; doğrudanlık, yüze karşılılık, kesintisizlik ve vicdani kanı ilkelerine göre değerlendirilen olay ve kanıtlarla tahrikin derecesini belirlemede, olayın oluş ve akışına, dosyadaki kanıtlara ve hakkaniyet ilkesine açıkça aykırılık saptamadığı takdirde ilk derece mahkemesinin tahrikin derecesine yönelik takdir yetkisine müdahale etmemesi isabetli olacaktır.

5. BÖLÜM

CUMHURİYET SONRASI DÖNEM HAKSIZ TAHRİK HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN ESKİ VE YENİ TCK BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMASI ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

I- CUMHURİYET SONRASI DÖNEM HAKSIZ TAHRİK

A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Haksız Tahrik Düzenlemesi

Haksız tahrik 13 Mart 1926 tarihli Resmî Gazete' de yayımlanarak 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 1 Mart 1926 kabul tarihli 765 sayılı TCK 'nın 1. Kitap, "Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler" başlıklı 4. Bap, 51. maddesinde; "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 12 seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde irtikâp olunan fiilin cezası yarısına kadar indirilerek verilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa idam ve müebbet ağır hapis yerine 7 seneden 12 seneye kadar ağır hapse konulur. Sair cezalar, ağır hapis ve müebbet hidemati ammeden memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir"⁷²⁴ şeklinde düzenlenmiştir.

724 Bkz. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu: ww.resmigazete.gov.tr, (erişim tarihi: 28.12.2016); Tutumlu, s.16-17; Açıköz, s.37; Çam, s.20; Duran, s.37; Majno, s.226; Kaya, s.20-21.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi, Kanun 12 Ekim 2004 tarihli Resmî Gazete 'de yayınlanmakla 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁷²⁵ ile kaldırılıncaya kadar 3 kez değiştirilmiştir.

23 Haziran 1936 gün ve 3038 sayılı Kanunla yapılan birinci düzenleme ile 1 Mart 1926 kabul tarihli 765 sayılı TCK 'nın 51. maddesi: “Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasını müstelzim bulunursa 24 sene ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa 20 sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hâllerde işlenen suçun cezasının üçte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ve müebbet ağır hapis yerine 10 seneden 15 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” şeklinde değiştirilmiştir. 1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler ile yapılan en önemli fark sadece cürümler değil kabahatler yönünden de haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilme olanağının getirilmiş olmasıdır. Diğer farklar “idam cezası” yerine “ölüm cezası” ibaresinin getirilmesi ve ceza indirim oranlarının azaltılmasıdır. Bunlar dışında başka bir farklılık bulunmamaktadır⁷²⁶.

9 Temmuz 1953 gün ve 6123 sayılı Kanun ile yapılan ikinci düzenleme ile: “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 cezasını müstelzim bulunursa 24 sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hâllerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine 24 sene ve müebbet ağır hapis yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir” şeklinde değiştirilmiştir. 9 Temmuz 1953 tarih ve 6123 sayılı kanun ile yapılan değişiklik haksız tahrik unsurlarına değil

725 Bkz. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı TCK: ww.resmigazete.gov.tr (erişim tarihi: 28.12.2016).

726 Bkz. 3038 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı Türk Ceza Kanunu: www.resmigazete.gov.tr, (erişim tarihi: 28.12.2016); Tutumlu, s.17; Açıkgoz, s.38-39; Ekerbiçer, s.64; Çam, s.21; Kaya, s.22; Duran, s.37-38.

indirim oranlarına yöneliktir⁷²⁷. 6123 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin gerekçesinde, indirim oranlarının yüksek bulunduğu gözetilerek adi ve ağır tahrik sonucunda suç işleyen kişilerin cezalarında yapılacak indirimin daha az olması amacı ile madde düzenlemesindeki cezadan indirim oranının küçültüldüğü ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile fail hakkında ölüm cezası yerine belirlenecek olan cezanın alt sınırında bir artışa gidilmiş ve indirim oranları azaltılmıştır. Bir diğer değişiklik de ağır hapsin hapse ve kamu hizmetlerinden müebbet yasaklılık fer'i cezasının geçici yasaklılığa dönüştürülmesi hükümleri tamamen kaldırılmıştır⁷²⁸.

21 Temmuz 2004 gün ve 5128 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile 1 Mart 1926 kabul tarihli 765 sayılı TCK 'nın 51. maddesi: "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 24 sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hâllerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine 24 sene ve müebbet ağır hapis yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir "şeklinde değiştirilmek sureti ile 5237 sayılı TCK'dan önceki son şeklini almıştır. Bu değişiklikte haksız tahrikin unsurlarında ya da indirim oranlarında herhangi bir değişikliğe gidilmemiş, sadece 765 sayılı TCK'da ölüm cezasının kaldırılmış olması nedeniyle "ölüm cezası" yerine "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası"na yer verilmiştir⁷²⁹.

727 Bkz. 6123 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı Türk Ceza Kanunu: www.resmigazete.gov.tr, (erişim tarihi: 28.12.2016); Tutumlu, s.17-18; Açıkgoz, s.39-40; Ekerbiçer, s.65; Çam, s.22; Kaya, s.23; Duran, s.38.

728 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.42; Açıkgoz, s.40; Abban, s.17; Ekerbiçer, s.65; Kaya, s.24.

729 14.07.2004 gün ve 5218 sayılı Kanun'un 1/A-8.fıkrası ile madde metnindeki "ölüm cezası" ibaresi "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası" ile değiştirilmiştir. Bkz. 5128 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı Türk Ceza Kanunu: www.resmigazete.gov.tr, (erişim tarihi: 28.12.2016); Açıkgoz, s.40-41; İsmail **MALKOÇ**, 2004 Değişiklikleri ve İçtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu, 1. Bası, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2004), s.51-52 (**Malkoç, 2004**); Ekerbiçer, s.66; Kaya, s.24.

B. Cumhuriyet Sonrası Dönem Haksız Tahrik İle İlgili Tasarılar

1 Mart 1926 kabul tarihli 765 sayılı TCK ‘nın 51. maddesinin 1. fıkrasında 1. cümlesinde haksız tahrikin hangi koşullarda uygulanacağı açıklandıktan sonra faile verilecek cezadan yapılacak indirim oranı gösterilmiş; maddenin 2. fıkrasında tahrikin ağır ve şiddetli olması durumunda ise indirim oranının daha fazla olacağı öngörülmüştü. Bu ayırım 1987 ve 1989 tarihli TCK Tasarılarında korunmuş iken, 1997, 2001 ve 2004 tarihli TCK Tasarılarında kaldırılarak, hâkime olayın özelliklerine göre belirli ölçütler içerisinde cezayı belirleme yetkisi tanınmıştır.

1987 tarihli TCK Ön Tasarısı’nın 30. maddesinde ve 1989 tarihli TCK Ön Tasarısı’nın 32. maddesinde haksız tahrik genel hükümler arasında “Suça Tesir Eden Sebepler” başlığı altında ve “Bir kimse, haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında bir suç işlese, fiil ölüm cezasını gerektirdiği takdirde yirmi yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on beş yıl hapis cezasına mahkûm olur. Diğer hâllerde işlenen suçun cezasının dörtte birinden üçte birine indirilir. Ancak bu hâllerde verilecek ceza on iki yıldan fazla olamaz. Tahrik ağır ve şiddetli olursa, fiil ölüm cezasını gerektirdiği takdirde on beş yıl, müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir. Ancak bu hâllerde verilecek ceza on yıldan fazla olamaz” şeklinde düzenlemiştir. Madde düzenlemesi ve gerekçeleri aynı olan her iki ön tasarı madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere, hafif ve ağır tahrik ayırımı korunmuş, ifade farklılıkları olmakla birlikte madde metni ve sistematığı 765 sayılı TCK'daki düzenlemeye benzer şekilde kaleme alınmıştır⁷³⁰.

1987 tarihli TCK Ön Tasarısı’nda ve 1989 tarihli TCK Ön Tasarısı’nda yer alan haksız tahrik kurumunun madde gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “Maddede hafifletici sebep olarak haksız tahrik hâli düzenlenmiş, ancak tahrik teşkil edecek fiilin ağırlığı nazarı itibarı ile alınarak adi ve ağır tahrik ayırımı muhafaza olunmuştur. Haksız tahrikin ana şartı, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suç işlendiği anda failin bu durumda bulunması

730 Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.43; Açıkgöz, s.44-45; Ekerbiçer, s.66-67; Çam, s.22; Abban, s.18.

olduğundan madde bu psikolojik durumları ifade edecek tarzda kaleme alınmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde gazap ve şedit bir elemin tesiri altında ibaresi kullanılmıştır. Gazap aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elemin tabiri psikolojik bakımdan aslında pasifliğe sevk edici bir ruh hali ise de burada söz konusu olan hiddete sevk edici bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet kelimesinin kullanılması bu hâli de kapsar idi. Ancak uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki tabirin kullanılması uygun sayılmıştır. Ağır tahrik nedeniyle yapılan indirimdeki aşağı ve yukarı sınır, adi tahrikte de kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir yetkisi tanınması amaçlanmıştır". Bu şekilde tasarı gerekçelerinde 765 sayılı TCK'nın 51.maddesinde yer alan "gazap ve şedit bir elemin tesiri altında" sözcüklerinin uygulamada karışıklığa neden olduğundan "hiddet veya şiddetli elem" olarak değiştirildiği ve hiddetin aslında elemin şedit hâlini de kapsamasına rağmen birlikte kullanıldığı açıklamalarına yer verilmiştir⁷³¹.

1997 tarihli TCK Ön Tasarısı'nın 32. maddesinde haksız tahrik "Bir kimse, haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 15 yıldan 20 yıla kadar müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası yerine 12 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir; ancak verilecek ceza 12 yıldan fazla olamaz" şeklinde düzenlemiştir. Haksız tahrik, taksirli suçlarda indirim ve takdire bağlı hafifletici sebeplerle birlikte 'Suça Etki Eden Sebepler' başlığı altında düzenlenmiştir. 1997 tarihli TCK Ön Tasarısı'nın 31.maddesinde ele alınan haksız tahrik düzenlemesinde adi ve ağır haksız tahrik ayırımı kaldırılmış, tahrik hâlinde verilecek cezada aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilerek olayın özelliğine göre uygulanacak ceza indirimi bakımından hâkime takdir hakkı tanınmıştır. 765 sayılı TCK'ndaki düzenlemede yer alan "gazap veya şedit bir elemin tesiri altında" ifadesi yerine "hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında" ifadesine yer verilmiştir⁷³².

731 Adalet Bakanlığı Yayınları, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Ankara, 1987, s.38; Adalet Bakanlığı Yayınları, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Ankara, 1989, s.14; Duran, s.39; Ekerbiçer, s.66-67; Açıköz, s.45; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.43.

732 Dönmezer/Yenisey, s.464; Ekerbiçer, s.68; Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.44; Açıköz, s.45; Çam, s.23-24; Duran, s.40.

2001 tarihli TCK Ön Tasarısı'nın 31.madde metni "Haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 15 yıldan 20 yıla ve müebbet hapis cezası yerine 12 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir; ancak verilecek ceza 12 yıldan fazla olamaz" şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeye benzer tarz ve üslupta kaleme alınmıştır⁷³³.

2003 tarihli Hükûmet Tasarısı'nda Adalet Komisyonu'nda yapılan değişiklikler sonucunda 2. Bölüm' de "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında 29. maddede yer alan haksız tahrik düzenlemesi "Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 18 yıldan 24 yıla kadar ve müebbet hapis cezası yerine 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir" şeklinde kaleme alınmıştır. Bu tasarı hâlen yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'ya dönüştüğünden bu tasarı yürürlükteki TCK'nın 29. maddesindeki düzenleme ile aynıdır. Bu değişikliğin 2001 ve 2003 tarihli tasarılarından farkları, bu tasarılarıdaki madde metni sonundaki "Ancak verilecek ceza 12 yıldan fazla olamaz" ifadesinin çıkarılmış olması, "haksız bir tahrik" yerine "haksız bir fiil" sözcüğü kullanılması ve indirim oranlarındaki farklılıktan ibarettir⁷³⁴.

733 Açıkgoz, s.45; Duran, s.41; Ekerbiçer, s.69-70.

734 Açıkgoz, s.46-47; Duran, s.42-43; Ekerbiçer, s.70-71.

C. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Haksız Tahrik Düzenlemesi

Haksız tahrik 12 Ekim 2004 tarihli Resmî Gazete' de yayınlanarak 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da 1. Kitap, 1. Kısım, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı 2. Bölüm, 29. Maddesinde ve genel hükümler arasında "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 kadar indirilir" şeklinde düzenlenmiştir⁷³⁵.

5237 sayılı TCK ile ceza kanunumuzda çok önemli değişikliklere gidilmiş ve kanunun temel felsefesi değişmiştir. Haksız tahrik kurumunda yapılan düzenlemeler ve değişikliklerle, fail lehine olduğu söylenebilecek indirim oranlarının yanı sıra maddenin gerekçesinde de belirtilen birçok temel farklar ortaya çıkmıştır⁷³⁶.

TCK kapsamında ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak haksız tahrik, verilecek cezaların miktarları bakımından ciddi bir etkiye sahiptir. Nitekim 5237 sayılı TCK m.29 hükmündeki indirim oranlarının cezanın caydırıcılığı ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesi ile T.C. Anayasası'nın 2., 12/1, 17/1 ve 19/1 maddelerine aykırılık iddiasında bulunulmuştur. 2 Haziran 2009 gün, 27246 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanan 19.02.2009 tarih, 2007/91 E- 2009/25 K sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile "Kanunun genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiç bir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmamak ilkesini tercih eden yasa koyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç

735 Bkz. 5237 sayılı TCK: www.resmigazete.gov.tr, erişim tarihi: 28.12.2016.

736 Açıkgoz, s.42; Bakıcı, s.556; Çam, s.25.

işleyenlerin cezasından, maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür” gerekçesi ile yapılan başvuruyu reddetmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin kararında belirtilen haksız tahrik hükmünün suçlunun toplumla barışık hale gelmesi sosyalleşmesi amaçlarına hizmet eden bir kurum olduğu ifadesi, haksız tahrik ile ilgili olmayan ve haksız tahrikin esas amacı ile bağdaşmayan bir açıklamayı içermektedir⁷³⁷.

5237 sayılı TCK’da düzenleniş yeri ve şekli bakımından haksız tahrikin kanuni ve genel cezayı azaltıcı bir neden olduğu ifade edilmektedir. Öğretide en çok itibar gören görüş, haksız tahriki failin iradesinde bir zayıflama meydana geldiği için kusur yeteneğini azaltan bir neden olarak yani kusuru azaltan bir neden olarak kabul eden görüştür⁷³⁸. Haksız tahrik kavramı, failin kusurunun azalmasından kaynaklanan ve cezanın indirilmesini gerektiren kişisel bir neden olarak ifade edilmektedir⁷³⁹.

Bundan başka haksız tahriki mazeret nedeni olarak hem kusur hem de suçun haksızlık içeriğini azaltan bir neden; eylemin gerçekleşmesine mağdurun yol açmış olmasından dolayı ceza sorumluluğunu azaltan bir neden; hafifletici bir neden ya da sadece cezanın hesaplanmasında dikkate alınması gereken bir faktör olarak nitelendiren farklı görüşler de ileri sürülmüştür⁷⁴⁰.

Ceza Kanunumuzda haksız tahrik “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında ve ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiş ise de TCK m.29 hükmünün gerekçesinde, hiddet veya şiddetli elemin meydana getirdiği psikolojik durumların fail üzerindeki etkisinin dikkate alındığı açıkça belirtilmiştir. Haksız tahrik, haksız bir eylem sonucu meydana gelen hiddetin veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi durumunda kişinin kusur yeteneğindeki bir azalmanın ifadesidir. Haksız tahrik, failin iradesinde bir zayıflama oluşturduğundan kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür. Bu etki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneğini önemli ölçüde azaltır. Kusur

737 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.399, dpn.570; Hakeri, s.348.

738 Kangal, s.19; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.347; Özgenç, 2007, s.397.

739 Öztürk/Erdem, s.279; Centel/Zafer/Çakmut, s.444; Koca/Üzülmez, s.334-335.

740 Kangal, s.27 vd.

yeteneğine ilişkin bir unsur olan irade yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olması durumunda “irade yeteneği derecelendirmeye” tâbi tutularak kişinin kusurunda bir azalmanın varlığından söz edilebilecektir. Ancak irade yeteneğinin zayıflamış olduğu durumlarda, kusur ortadan kalkmayacak, bu durum sadece “cezanın veya genel olarak yaptırımın belirlenmesinde fail lehine göz önünde bulundurulması gereken önemli bir faktör” olarak kabul edilecektir⁷⁴¹. Bu durumda haksız bir eyleme maruz kalan fail, bu eylemin doğurduğu hiddet (öfke) ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlediğinde, kanun koyucu faili harekete geçiren saikleri daha az önemli saymaktadır⁷⁴². Haksız tahrik durumunda eylemin kusur yeteneği yanında, ayrıca “hukuka aykırılık ya da haksızlık içeriğinde” bir azalma meydana gelmemekte⁷⁴³, sadece kusurluluk niteliğinde bir azalma söz konusu olmaktadır⁷⁴⁴.

Hiçbir ceza kanunu insan doğasına aykırı düşen düzenlemeler getiremez. Getirse bile bu hükümler uygulanma yeteneğine sahip olamazlar. Çünkü haksız bir eyleme karşı insan tarafından gösterilen tepki, en basit fizik kuralı olan etki- tepki yasasından kaynaklanmaktadır. Haksız tahrike maruz kalan kişinin psikolojik durumu, insanın insan olmasından kaynaklanan özellikleri göz önünde bulundurularak kanun kapsamında değerlendirilmiş ve düzenleme altına alınmıştır. Gerek öğreti gerekse kanun koyucu sübjektif görüşü esas almış ve düzenleme bu görüş çerçevesinde şekillendirilmiştir. Haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu etkileyen nedendir⁷⁴⁵. Bu nedenle, haksız tahrik altında işlenen hareketin hukuka aykırılık hâli devam etmekte, başka bir anlatımla bu durum failin hareketini hukuka uygun hâle getirmemektedir⁷⁴⁶. Bazı yazarlara göre sadece failin kınanabilirliğini azaltan bir durum gerçekleşmektedir⁷⁴⁷. Haksız tahrik kusuru tamamen ortadan kaldırmadığı için⁷⁴⁸, sadece bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte TCK m.129’da ceza verilmeyeceğine ilişkin özel bir düzenleme de yapılmıştır.

741 Özgenç/Şahin, s.241.

742 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.33.

743 Özgenç/Şahin, s.241.

744 Soyaslan, s.501.

745 Centel/Zafer/Çakmut, s.444.

746 Öztürk/Erdem, s.279; Centel/Zafer/Çakmut, s.444; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.733; Koca/Üzülmez, s.334-335; Özgenç, 2007, s.397.

747 Hakeri, s.309; Centel/Zafer/Çakmut, s.444.

748 Koca/Üzülmez, s.334-335.

II- HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN ESKİ VE YENİ TCK BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMASI

5237 sayılı TCK’da yapılan düzenleme ile, 765 sayılı TCK’da düzenlenen haksız tahrik kurumu ile ilgili bir kısım değişiklikler getirilmiştir:

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden birincisi; 765 sayılı TCK’da yer alan “haksız bir tahrikin ...” ifadesi yerine 5237 sayılı TCK’da “haksız bir fiilin ...” ifadesinin kullanılmasıdır⁷⁴⁹.

5237 sayılı TCK’nın madde gerekçesinde, bu ifade değişikliğinin amacı, ülkemizde özellikle “töre veya namus cinayeti” olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış şekilde uygulanmasının önüne geçmek olarak açıklanmıştır. Maddedeki düzenleme nedeni ile bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerden dolayı fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme eyleminde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki “haksız fiil” sözcüğü, bir davranışın hukuk düzenince onaylanmadığı anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız eylemi yapan kişiye yönelik eylemin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir⁷⁵⁰. Öğretide çoğunluğun benimsediği ve kişisel olarak katıldığımız görüşe göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda haksız tahrikin sadece “haksız eylemden” kaynaklanan hiddet ile sınırlandırılmak sureti ile maddenin bu şekilde düzenlenmesi, sübjektif görüşe yöneltilecek haklı bir tahrikin etkisi ile hareket edilmesi durumunda da failin irade özgürlüğü aynı psikolojik nedenle azalabileceği hâlde

749 Açıkgöz, s.43; Çam, s.26; Ekerbiçer, s.74; Kaya, s.26.

750 Duran, s.42-43; Çam, s.26; Veli Özer **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, C.I, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), s.382-383 (**Özbek, TCK İzmir Şerhi I**).

failin cezasında indirim uygulanmaması yönünden eleştiriyi bertaraf etmesi bakımından isabetli olmuştur.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden ikincisi; haksız tahrikin uygulanabilmesi için aranan “suçun işlendiği sırada failin kanunda düzenlenen psikolojik durumun etkisi altında hareket etmesi” şeklindeki koşulda yer alan psikolojik durumlar; 765 sayılı TCK’da yer alan “gazap veya şedit elem” olarak ifade edilmesine karşın, 5237 sayılı TCK’da “hiddet veya şiddetli elem” ifadesine yer verilmiştir⁷⁵¹.

5237 sayılı TCK’da yer alan “hiddet” sözcüğünün sözlük anlamı, gazap, öfke ve kızgınlık olup, heyecan durumlarından biri olarak nitelendirilmektedir. Heyecanın irade üzerinde yaptığı etki, ceza hukukunda haksız tahrik kurumu olarak ceza sorumluluğunu azaltan genel bir neden sayılmıştır. 765 sayılı TCK’da yer alan “gazap” da aslında hiddetlenmeyi ifade eder. “Şiddetli bir elem” deyimini psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hâli ise de 5237 sayılı TCK'nın haksız tahrikle ilgili 29. maddesinde söz konusu olan “hiddete yönelen bir elem”dir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu durumu da kapsamaktadır. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde her iki sözcüğün kullanılması da uygun sayılmıştır⁷⁵².

"Elem" sözcüğü, acı, keder, üzüntü, dert, sıkıntı, sancı, ızdırap gibi anlamlara gelmektedir. Şiddetli elem ise acı, keder ve üzüntünün ileri derecede ve yoğun hallerini ifade etmek için kullanılır. Üzüntü ise manevi kişiliğe yönelen tehdit, hakaret gibi etkilerle oluşan psikolojik olguları ifade eder⁷⁵³.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden üçüncüsü; 765 sayılı TCK’nda yer alan adi ve ağır tahrik indiriminin uygulamada yol açtığı sorunlar

751 Açıkgoz, s.43-44; İzmir, s.52; Ekerbiçer, s.74-75; Kaya, s.26.

752 5237sayılı TCK’nın 29. maddesinin gerekçesi; İzmir, s.39; Açıkgoz, s.16; Duran, s.42.

753 Açıkgoz, s.18.

göz önüne alınarak adi ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması, tahrikin ayrımsız olarak düzenlenmesidir⁷⁵⁴.

765 sayılı TCK 'nın 51.maddesine göre, haksız tahrik; adi haksız tahrik ve ağır haksız tahrik olarak iki çeşit olarak düzenlenmişti. Tahrikin ağır mı adi mi olduğu, tahriki oluşturan hareketin fail üzerinde meydana getirdiği etkinin yoğunluğuna göre belirleniyordu. Bu çerçevede gerekçe göstermek sureti ile tahrikin ağır mı adi mi olduğuna davaya bakan hâkim karar vermekteydi. Ancak, Yargıtay bir olayda tahrikin bulunup bulunmadığı ve bunun derecesi konusunda yerel mahkemenin takdirine müdahale etmek zorunda kalıyordu. 765 sayılı TCK'da yer alan tahrikin ikili ayrımı sübjektif bir kavrama dayanan haksız tahrikin uygulamasını güçleştirmekteydi. Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında 765 sayılı TCK'nın 51.maddesi bakımından 1. fıkrası yerine 2. fıkrasının, 2. fıkrası yerine 1. fıkrasının uygulanmasını isabetsiz bulmasına yönelik bozmalarına çoklukla rastlanması kanuni ayrımın uygulamada yol açtığı zorluğu göstermektedir⁷⁵⁵.

2001 tarihli TCK Tasarısı'nda adi ve ağır tahrik ayrımının kaldırılma gerekçesi "Bu düzenlemede ayrıca 765 sayılı TCK'da yer alan adi ve ağır tahrik ayrımını kaldırılmıştır. Tahrik hâlinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar 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 eylemin bir hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerekir. Bu nedenle böyle bir etkiyi meydana getirebilecek ağırlıkta olmayan haksız eylemler bakımından hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır"⁷⁵⁶ şeklinde açıklanmıştır.

754 Çam, s.25; Açıkgoz, s.43; Ekerbiçer, s.73; Kaya, s.26; İçel/Evik, s.230; Öztürk/Erdem, s.285; Günay, s.43.

755 Duran, s.190; Öztürk/Erdem, s.285;

756 Çolak, s.116; Bakıcı, s.556; Özgenç, 2007, s.366; Arslan/Azizağaoğlu, s.141.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden dördüncüsü; 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi ile, 765 sayılı TCK'da 51. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı indirim oranları getirilmiştir⁷⁵⁷.

765 sayılı TCK'da düzenlemede adi tahrik durumunda ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis cezası, müebbet ağır hapis cezası yerine 24 yıl ağır hapis cezası verilmesi, diğer cezalarda dörtte bir indirim yapılması; ağır tahrik durumunda ise ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine 24 yıl, müebbet ağır hapis cezası yerine 15 yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilmesi, diğer cezalarda yarısından üçte ikisine kadar indirim yapılması öngörülüyordu. 5237 sayılı TCK'da adi- ağır ayırımı yapılmaksızın tahrik durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 18 yıldan 24 yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası verilmesi, diğer cezaların dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi kabul edilmiştir. Bu itibarla haksız tahrike ilişkin fail lehine düzenlemeye gidilmiştir⁷⁵⁸.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden beşincisi; 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi ile, 765 sayılı TCK'da yer alan adi ve ağır tahrik ayırımının kaldırılması ile tahrik hâlinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle hâkime olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır⁷⁵⁹.

765 sayılı TCK 51. maddesinde adi tahrikte 1/4, ağır tahrikte 2/3 oranında indirim yapılması öngörülmüştü. Hâkim tahrikin adi tahrik olduğunu kabul ettiği takdirde 1/4, ağır tahrik olduğunu kabul ettiği takdirde 2/3 oranında indirim yapmak durumundaydı. Ancak 5237 sayılı TCK 29. maddesinde tahrik ile ilgili olarak bu ikili ayırım ortadan kaldırılarak tahrik durumunda hâkime 1/4 ile 3/4 arasında bir indirim oranı uygulama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Yeni düzenleme ile geniş takdir yetkisi verilen hâkim, haksız tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi

757 Çam, s.26; Açıköz, s.44; Ekerbiçer, s.75; Kaya, s.27-28; Günay, s.44.

758 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.400; Çam, s.26; Açıköz, s.44; Ekerbiçer, s.75; Kaya, s.27-28; Günay, s.44.

759 Çam, s.26.

saptayabilecektir⁷⁶⁰. Hâkim bu indirimi, 5237 sayılı TCK m.61 f.5 hükmüne göre tayin edilen ceza üzerinden ve 5.fikradaki sırayı takip ederek yapacaktır⁷⁶¹. Ancak indirimin yapılması sırasında, hâkimin somut olayın özelliğine ilişkin, haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, zamanı, yerel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumlarını, hakkaniyet ilkesi çerçevesinde inceleyerek indirimi gerçekleştirmesi gerekir. Bu şekilde yapılan inceleme sonucunda hafif dereceli tahrike alt sınır, en ağır nitelikli tahrike üst sınır ve aradaki durumlarda bu sınırlar arasında indirim yapılacaktır⁷⁶².

Haksız tahrik hükümlerini eski ve yeni TCK bakımından “5237 sayılı Kanunun tahrik hükmünü düzenleyen 29. maddesi, 765 sayılı TCK 51. maddesinden kısmen farklılık içermektedir. 765 sayılı TCK 51. maddesinde tahrik, ağır ve adi olarak ikili bir ayırıma tâbi tutulup, indirim oranları her iki durum için farklı farklı belirtilmiş olmasına karşılık, 5237 sayılı TCK 29. maddesinde tahrikle ilgili olarak bu ikili ayırım ortadan kaldırılmıştır. 5237 sayılı Kanunun 29. maddesine göre, tahrik oluşturan fiilin somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi hâkim tarafından yapılarak sanığın iradesine olan etkisi nazara alınıp maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen bir oranda indirim yapılması gerekecektir. Maddenin gerekçesinde de bu husus açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir” şeklinde değerlendirmiştir.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile ilgili getirilen değişikliklerden altıncısı; bütün suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünün yanı sıra, 765 sayılı TCK’nın 272., 258/4, 461/son, 462 ve 485. Maddelerinde özel haksız tahrik hâllerine yer verilmiş iken, 5237 sayılı TCK m.129 hükmü ve hakaret suçu ile sınırlı olmak üzere özel tahrik hâlleri 3 fıkra olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda 5237 sayılı TCK, özel tahrik hâlleri bakımından 756 sayılı TCK’ya göre daha dar anlamda düzenleme içermektedir. Başka bir anlatımla 5237 sayılı TCK’da belli suçların bir haksız eylemin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi durumunda

760 Çolak, s.116; Bakıcı, s.556; Özgenç, 2007, s.366; Arslan/Azizağaoğlu, s.141.

761 Özgenç, 2006, s.402; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.733.

762 Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I, s.737.

özel tahrik hâli hükmü olarak düzenlenen suç sadece hakaret suçudur; başka bir suç ile ilgili özel tahrik hâline yer verilmemiştir⁷⁶³.

Özetle; haksız tahrik 5237 sayılı TCK'da “gazap ve şedit elem” yerine “hiddet veya şiddetli elem”, “haksız bir tahrik” yerine “haksız bir fiil” ifadelerine yer verilmiş, adi- ağır tahrik ayırımı kaldırılarak, farklı oranlarda indirim öngörülmüş; tahrik hâlinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle hâkime olayın özelliğine göre uygulamada takdir yetkisi tanınmış; özel tahrik hâllerine 765 sayılı TCK'ya göre daha dar anlamda yer verilmiştir.

III- ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HÂLLERİ

A. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri

1. Genel Bakış

765 sayılı TCK m. 51'de düzenlenen genel haksız tahrik dışında, memura karşı işlenen suçlarda haksız tahrik ile ilgili m.272 ve m.258 f.4 hükümlerinde, hakaret ve sövme suçlarında haksız tahrik ile ilgili m.485 hükmünde, 495, 496, 497, 499 maddelerinde düzenlenen yağma suçlarında haksız tahrik ile ilgili m.461/son, belirli kişiler tarafından işlenen zina veya gayrimeşru cinsel ilişki esnasında veya bu eylemler yapılmak üzere iken veya hemen bu eylemlerin işlenmesinden sonra, belirli kişiler tarafından bu eylemleri yapanlara karşı işlenen adam öldürme ve kasten yaralama suçlarında haksız tahrik ile ilgili m.462 hükmünde özel haksız tahrik hâllerine yer vermişti⁷⁶⁴. 765 sayılı TCK'da yer alan özel tahrik sayılan hâllerin ne olduğu hususunda öğretide bazı görüş farklılıkları bulunmaktaydı. Bazı yazarlar, 765 sayılı TCK'da yer alan özel haksız tahrik hâllerinin 272, 462, 485 maddeleri ile sınırlı olduğunu kabul ederek m.461 f. son ve m.258 f.4 hükümlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ileri sürmekteydiler. 765 sayılı TCK m.258 f.4 ile m.461 f.

763 Bkz. 5237 sayılı TCK ve 765 sayılı TCK. Ekerbiçer, s.203; Özgenç, 2012, s.414.

764 Çam, s.100; Özalp, s.88; Bkz. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

son hükümlerinin niteliğine ilişkin bu görüşe göre, anılan kanun maddelerinde özel haksız tahrik hâlleri değil meşru savunmanın özel bir şekli düzenlenmiştir⁷⁶⁵. Aksi görüşü savunan yazarlar ise TCK 272, 462, 485. maddeleri dışında, m.461 f. son ve m.258 f.4 hükümlerini de özel haksız tahrik hâlleri olarak kabul etmektedirler⁷⁶⁶.

765 sayılı TCK m.258 f.4 'de⁷⁶⁷ memurun görevini ifası sırasında cebir ve şiddet veya tehdit ile direnilmesi suçunda mağdur memur tarafından memuriyet yetkisinin sınırlarının aşılması veya keyfi hareketler yapılması sureti ile bu eylemlere sebebiyet verilmesi durumunda failin cezasının indirilmesi ya da büsbütün kaldırılması şeklinde cezayı azaltan ya da kaldıran özel tahrik hâli düzenlenmişti. 765 sayılı TCK'da yer alan m.258 f.4 hükmüne karşılık olarak 5237 sayılı TCK'da "görevi yaptırılmamak için direnme" başlıklı m.265 f.1 düzenlemesi getirilmiş ise de 5237 sayılı TCK'da özel haksız tahrik hâline ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihinden itibaren memurun memuriyet sınırlarını aşması ya da keyfi hareketlerde bulunması sureti ile haksız davranışları karşısında hiddete kapılarak memura karşı cebir ve şiddet veya tehdit ile direnme suçunu işleyen kişi hakkında genel haksız tahrike ilişkin m.29 hükmü uygulanacaktır⁷⁶⁸.

765 sayılı TCK 495, 496, 497, 499 Maddelerinde düzenlenen yağma suçları bakımından menkul bir malın zilyedini, suçun işlendiği yerde bulunan bir başkasını, cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen ya da malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslim yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükut etmeye zorunlu kılan eylemleri işleyenlere karşı, malını savunmak zorunluluğu ile adam öldürme veya kasten yaralama suçları işlenirse faile ceza verilemeyeceğine ilişkin olarak m.461 f. son hükmünde⁷⁶⁹ özel tahrik hâli düzenlenmişti. 765 sayılı

765 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.73, dpn.1; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.74-75; Duran, s.255.

766 Ayık, s.104; Tutumlu, s.70; Taner, s.448; Başar II, s.355.

767 765 sayılı TCK'nın 258/4 maddesi: "Eğer memur haiz olduğu salahiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir."

768 Ekerbiçer, s. 203-204; Duran, s.257.

769 765 sayılı TCK'nın 461/son maddesi: "Yukarıdaki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapılanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

TCK'nın 499. Maddesine ilişkin bir düzenlemeye 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Öte yandan 765 sayılı TCK'nın 495, 496, 497 Maddelerinde karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın 148 ve 149. Maddeleri getirilmiş ise de özel tahrik hâlinin düzenlendiği 765 sayılı TCK'nın 461/son maddesine karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın da özel tahrik hâline yer verilmemiştir⁷⁷⁰.

6123 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 462. maddesinde⁷⁷¹ zina veya gayrimeşru cinsel ilişkide bulunurken suçüstü yakalanma veya bu tür ilişkide bulunmak üzere iken ya da henüz yapıldığında görünüşe göre şüphe edilmeyecek şekilde belli olması, fiilin koca veya karı yahut kız kardeş veya fürudan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisine karşı, karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenilmiş olması, gazap veya şiddetli elem içindeki failin zina veya gayrimeşru cinsel ilişki esnasında yakaladığı kişilere karşı kasten adam öldürme, kasten yaralama, kastın aşılması suretiyle “adam öldürme”, “taksirli adam öldürme” veya “müessir fiil” suçlarından birisini işleme koşulları gerçekleştiği takdirde cezanın indirilmesine ilişkin düzenleme yer almaktaydı. Yürürlükte bulunduğu dönemde 765 sayılı TCK'nın 462. Maddesinin hukuki niteliğinin ayrı bir suç tipi mi yoksa adam öldürme ve etkili eylem suçlarının hafifletici nedeni mi yani bu suçlara özgü özel bir tahrik hâli mi olduğu konusu öğretide ve uygulamada tartışılmıştır. Öğretide ağırlıklı görüş ve Yargıtay kararlarında,

(1) 495, 496, 497, 499'uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbü garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek;

(2)- Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müştemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapısını kıranları veyahut iş bu mebani veya müştemilatına ateş koyanları; bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müştemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartıyla içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyetlerine aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde def etmektedir.

Ancak bu maddenin (1) numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaa ifrada gidilmiş ve hane ve süknâ müştemilatına merdiven kurmak, kapı kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini def için (2) numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış bulunduğu halde asıl fiile mürettep

ceza indirilir.”

770 Çolak, s.404; Duran, s.263.

771 6123 sayılı kanun ile değişik 765 sayılı TCK'nın 462. maddesi: “Yukarıda geçen iki fasılada beyan olunan fiiller, zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmuş olduğundan zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya fürudan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde biri indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur. Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir.”

adam öldürme ile kişilere karşı etkili eylem suçlarının, şeref kurtarma saiki altında ve belli koşullarda işlenmesi durumunda faile verilecek cezalarda indirim yapılmasını öngörüldüğünden 765 sayılı TCK'nın 462. Maddesindeki düzenlemenin özel haksız tahrik hâli olduğu sonucuna varılmıştır⁷⁷². Maddede yer alan gayrimeşru ilişki kavramının Anayasa'nın 12/1 ve 17/1 Maddelerinde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden cinsel özgürlüğe aykırı olduğu, ahlâken hoş karşılanmasa bile reşit olan bir kişinin dilediği kişi ile cinsel ilişkide bulunması hakkı olduğundan gayrimeşru olarak nitelendirilemeyeceği gibi haksız olduğundan söz edilemeyeceğinden m.51'de düzenlenen genel haksız tahrik hükmünün uygulanmasının bile mümkün olamayacağı, 765 sayılı TCK'nın 449 ve 450 Maddeleri ile cezanın arttırılmasını gerektiren bir durumun bu madde ile indirim nedeni olarak kabul edilmesinin uygun olmadığı, Anayasa'nın 10. Maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olarak kadın erkek eşitliğini ihlâl ettiği ve usule göre fûruya üstünlük tanıdığı gerekçeleri ile 765 sayılı TCK'nın 462. Maddesi yürürlükte olduğu süre zarfında TCK'nın en çok eleştiri alan maddelerinden birisi idi⁷⁷³. Kocanın zinasına ilişkin 765 sayılı TCK'nın 441. Maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 23.06.1996 tarih, 1996/15 E- 1996/34 K sayılı kararı ile iptal edilerek 27 Aralık 1996 tarih, 22860 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanmıştır. Kadının zinasına ilişkin 765 sayılı TCK'nın 440. Maddesi ise Anayasa Mahkemesi'nin 23.06.1998 tarih, 1998/3 E- 1998/28 K sayılı kararı ile iptal edilerek 13 Mart 1999 tarih, 23638 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanmıştır⁷⁷⁴. 765 sayılı TCK'nın 462. Maddesinde zina eylemi ile ilgili özel haksız tahrik hâli düzenlendiğinden ve zina suçları yürürlükten kalktığından 765 sayılı TCK m.462 hükmü de 19 Temmuz 2003 gün ve 25173 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanan 15 Temmuz 2003 tarih ve 4928 sayılı Kanunun 19/a Maddesi ile yürürlükten kaldırılmış⁷⁷⁵; 5237 sayılı TCK'da zina eylemi suç olarak düzenlenmediği gibi 765 sayılı TCK m.462 hükmüne karşılık özel tahrik hâline de yer verilmemiştir.

772 Abdullah Pulat **GÖZÜBÜYÜK**, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. Bası, C.III, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1981), s.447 (**Gözübüyük, TCK Açıklaması**); Sahir **ERMAN**, Çetin **ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, (İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1994) s.153, dpn.1 (**Erman/Özek**): YCGK 20.03.1989 T., 55 E.- 113 K. sayılı kararı.

773 Erel, s.33;

774 Tutumlu, s.82; Duran, s.265.

775 Tutumlu, s.79-80; Duran, s.264.

765 sayılı TCK m.272'de⁷⁷⁶ memurun görevi sırasında yetki sınırlarını aşarak keyfi davranışlarda bulunması nedeni ile failin 266, 267, 268, 269 ve 271. Maddelerde yazılı olan hakaret, müessir fiil, görevin ifasından dolayı olmaksızın görev esnasında cebir veya şiddet suçlarından herhangi birisini bu memura karşı işlemesi durumunda failin cezasının indirilmesi ya da büsbütün kaldırılması şeklinde cezayı azaltan ya da kaldıran özel tahrik hâli düzenlenmişti. Memurun keyfi ve kanun dışı hareketlerine karşı koymayı amaçlayan bir madde idi. 765 sayılı TCK'nın 272. Maddesinde yer alan özel tahrik hâline karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın da özel tahrik hâline yer verilmemiştir⁷⁷⁷.

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'da bütün suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünden başka, belli suçların bir haksız eylemin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi durumunda bu suçların cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerektiği yönündeki düzenleme sadece hakaret suçu ile sınırlı olarak ve m.129 hükmünde öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK m.129 hükmü ile, failin haksız bir eyleme ya da kasten yaralanmasına tepki olarak hakaret etmesi veya karşılıklı hakaret özel tahrik nedeni olarak kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK'da 129. Madde dışında özel haksız tahrik hâline yer verilmemiştir. Bu tür durumlarda koşulları varsa genel tahrik hükmü olan 5237 sayılı TCK 29. Madde hükmü uygulanacaktır⁷⁷⁸.

5237 sayılı TCK'da 125. Maddesinde” Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” denilmek suretiyle “sövme” ve “hakaret” ayrımı kaldırılmış ve “sövme”, “hakaret suçunun unsuru” hâline getirilmiştir. Madde gerekçesinde de “Bu düzenlemede 765 sayılı

776 765 sayılı TCK'nın 272. Maddesi: “Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde (TCK m.226, 267, 268, 269, 270, 271. Maddeleri) beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir”

777 Abban, s.127-128; Ekerbiçer, s.204; Duran, s.259, 262; Erel, s.32; Demirbaş, 2011, s.401-402; Çam, s.100.

778 Çolak, s.116; Bakıcı, s.556; Özgenç, 2007, s.366; Arslan/Azizağaoğlu, s.141; Açıkgöz, s.180; İzmir, s.82-83; Özalp, s.88; Aydın, s.248.

Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen hakaret ve sövme suçu ayırımı kaldırılmıştır” denilmektedir. Bu durumda sövme ve hakaret suçu ayırımı kaldırıldığından, hakaret suçu için özel tahrik hükmü olarak öngörülen m.129'daki düzenleme aynı zamanda sövme hâlini de kapsamaktadır. Başka bir anlatımla sövme, hakaret suçu içerisinde değerlendirildiğinden sövme veya karşılıklı sövme söz konusu ise genel tahrik indirimi değil, 5237 sayılı TCK'da 129. Maddede yer alan özel tahrik indirimi uygulanacaktır⁷⁷⁹.

765 sayılı TCK'nın 480, 482. Maddeleri için (480/a hariç) 765 sayılı TCK'nın 485 maddesinin 1.fikrasında “mağdurun kendi haksız hareketi ile” hakaret veya sövme suçuna neden olması, 2. fıkrasında “karşılıklı hakaret”, 3. fıkrasında “şiddet kullanılmasından dolayı” hakarete neden olma şeklinde olmak üzere TCK'nın 485 maddesinde⁷⁸⁰ özel tahrik hâlleri 3 ayrı fıkra düzenlenmişti. Yine 765 sayılı TCK'nın 266 Maddesi için 272. Madde özel tahrik hükmü olarak düzenlenmişti. 765 sayılı TCK'da ayrı ayrı düzenlenen bu suçlar 5237 sayılı TCK'da m.125 hükmünde tek maddede toplandığından bunların ortak özel tahrik hükmü de TCK m.129'da tek bir madde şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda hem kişilere hem de memurlara hakaret suçlarında ayırım yapılmaksızın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 129. Madde hükmü uygulanacaktır. Söz konusu düzenleme ile memurlar ve diğer kişiler bakımından farklı düzenleme ortadan kalkmıştır⁷⁸¹.

5237 sayılı TCK'nın “Haksız Fiil Nedeniyle veya Karşılıklı Hakaret” başlığı altında 129. Maddede özel tahrik hâlleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

779 Aydın, s.249; Kaya, s.106; Çam, s.102; Ekerbiçer, s.249.

780 765 sayılı TCK'nın 485 maddesi: (1) Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482. Maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır. (2) Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak sadece biri hakkında cezayı ıskat edebilir. (3) Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir.”

781 Erol ÇETİN, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, 1. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), s.121 (Çetin); Açıkgöz, s.184; Kaya, s.107; Çam, s.102; Malkoç, s.519-520.

(2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde, kişiye ceza verilmez.

(3) Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir⁷⁸².

5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesinde hangi suçların özel tahrik kapsamına gireceği belirtilmiştir. Buna göre failin haksız bir eyleme ya da kasten yaralama eylemine tepki olarak hakaret etmesi veya hakarete hakaretle karşılık vermesi gerekir. Bu 3 hâl özel tahrik kapsamındadır. Her 3 durumda da işlenen suç mutlaka hakaret olmalıdır. Fail, haksız tahrik nedeni ile farklı bir tepki suçu işlerse koşulları varsa 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde düzenlenmiş olan genel tahrik indiriminden yararlanabilir, fakat 129. Maddesinde yer alan özel tahrik hükmünden yararlanamaz. Kanun koyucu bu madde ile hakaret suçuna özgü özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapmıştır⁷⁸³.

765 sayılı TCK'nın 485/1 maddesine karşılık gelen 5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesinin 1. Fıkrasına göre, haksız bir eyleme tepki olarak işlenen hakaret suçunda failin cezasının üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir. Oysa ki 765 sayılı TCK'da sadece ceza indirimi hükmü bulunmakta idi.

765 sayılı TCK'nın 485/3 maddesine karşılık gelen 5237 sayılı TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrasına göre, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde faile ceza verilmez. Bu durumda hâkimin takdir yetkisi yoktur.

782 Ekerbiçer, s.209: Madde gerekçesindeki açıklamaya göre: "Madde metninde, hakaret suçundan dolayı cezanın kaldırılması ve azaltılması bakımından üç ayrı duruma ilişkin hüküm bulunmaktadır. Birinci fıkraya göre, mağdur kendi haksız hareketleriyle hakarete neden olmuş ise, haksız hareketinin ağırlığını göz önüne almak suretiyle hâkim, failin cezasını azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle kaldırabilecektir. İkinci fıkraya göre, kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Üçüncü fıkraya göre, karşılıklı hakaret hâllerinde hâkim, hangisinin olaya neden olduğunu göz önünde bulundurarak taraflardan her ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten tamamen sarfinazar da edebilecektir".

783 Çam, s.101; Şen, s.570; Açıkgöz, s.206; Ekerbiçer, s.208; Kaya, s.106.

765 sayılı TCK'nın 485/2 maddesine karşılık gelen 5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesinin 3. fıkrasında ise karşılıklı hakaret durumunda taraflardan biri hakkında verilecek cezanın üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Bu duruma göre, 5237 sayılı TCK m.129 f.1'de haksız eyleme karşı hakaret suçu işlendiğinde ve f.3'de karşılıklı hakaret suçu işlendiğinde faile verilecek cezanın indirilebileceği gibi ceza vermekten vazgeçilebileceği hâlde, bu düzenlemelerden farklı olarak m.129 f.2 'de kasten yaralamaya karşı hakaret suçu işlendiğinde ceza indirimi söz konusu olmayıp faile ceza verilmeyecektir⁷⁸⁴.

5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesindeki düzenlemenin niteliği öğretide tartışmalıdır:

Öğretide bir görüşe göre, bu madde, eylemi suç olmaktan çıkaran bir hukuka uygunluk nedenine yaklaşmakta ve bir meşru savunma hâli olarak görünmektedir. Bir kişinin haksız bir saldırıdan kendisini koruması açısından işlenebilecek suçlardan birinin de hakaret suçu olması karşısında “kasten yaralamaya karşı hakaret” meşru savunma ile açıklanabilecektir. Çünkü haksız bir saldırıyı durdurabilmek için başka bir korunma olanağı bulamayan kişinin saldırgana hakaret etmesinde zorunluluk vardır⁷⁸⁵.

Öğretideki bir başka görüşe göre, 5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesindeki düzenleme hakaret suçundan dolayı cezanın indirilmesi bakımından “haksız tahrik” kurumuna ve fail hakkında ceza verilmemesi yönünden de bir hukuka uygunluk sebebine benzemektedir. Ancak, hakaret suçunun cezasının azaltılması veya

784 Ekerbiçer, s.208-209; Çam, s.101; Açıkgöz, s.205; İzmir, s.83; Çolak, s.116; Bakıcı, s.556; Özgenç, 2007, s.366; Arslan/ Azizağaoğlu, s.141; Özalp, s.89.

785 Muharrem ÖZEN: “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, AÜHF Dergisi, Y.2002, C.51, S:3, s.29 (Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”); Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.221.

tamamen kaldırılması açısından düzenlenen hükmün hukuki niteliğini, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmek uygun olmayacaktır. Maddenin 2. 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 gözükmemekte ise de maddenin 1. ve 3. fıkraları cezanın indirilmesine de olanak verdiği için özel bir hukuka uygunluk kapsamında incelenemez. Çünkü, hukuka uygunluk nedenlerinde, eylem baştan itibaren hukuka uygun hâle geldiğinden ve suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden bu nedenin sınırı taksirle aşılmadığı sürece faile ceza verilebilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle, 129. Maddenin bir hukuka uygunluk nedeni değil nevi şahsına münhasır bir düzenleme olarak nitelendirilmesi daha isabetlidir⁷⁸⁶.

Öğretideki üçüncü bir görüşe göre ise, 5237 sayılı TCK m.129'da düzenlenen bu hüküm ile meşru savunmanın benzer yanları bulunmakla birlikte, her iki kurum birbirinden tamamen farklıdır. Çünkü meşru savunmada, savunmanın zorunluluğu söz konusu iken, bu maddede hakaret suçunun işlenmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca meşru savunmada saldırı ile savunmanın eş zamanlı olması gerekirken, bu düzenleme de böyle bir koşul aranmamaktadır. Kasten yaralamaya karşı hakaret suçunu işleyenlerin cezalandırılmamasının nedeni yani tepki olarak işlenmesinin cezasızlık nedeni sayılması, bu durumun fail üzerinde oluşturduğu psikolojik etkiye dayandırılmasından dolayı özel bir haksız tahrik hâlini ifade etmektedir⁷⁸⁷.

Kişisel görüşümüze göre de 3. görüş daha isabetlidir. 5237 sayılı TCK m.129 f.1 ve f.3 metni içeriklerinden tepki suçu olarak işlenen hakaret suçu bakımından failin eyleminin hukuka aykırılığının devam ettiğinin kabul edildiği açıkça anlaşılmaktadır. 5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünde kasten yaralamaya karşı hakaret suçunu işleyenlerin cezalandırılmaması düzenlenmiş ise de bu düzenlemenin

786 Kaya, s.106-107; Şen, s.570.

787 A. Caner YENİDÜNYA, M. Emin ALŞAHİN: "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", TBB Dergisi, Y.20, S.68, Ankara 2007, s.78 (Yenidünya/Alşahin); Özalp, s.89; Aydın, s.248; Demirbaş, 2011, s.402; Tutumlu, s.101.

meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir. Çünkü söz konusu düzenleme ile kasten yaralamaya karşı hakaret suçunu işleyenlerin cezalandırılmamasının nedeni, haksız tahrikin etkisi altında işlenen hakaret suçu bakımından failin eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması itibariyle cezalandırmaya lâıyk olduğu kabul edilmekle birlikte, cezalandırma gereksiniminin ve kınanabilirliğinin önemsenmeyecek kadar azaldığının veya ortadan kalktığıının göz önünde bulundurulmasıdır. Bu itibarla 5237 sayılı TCK m.129 hükmü ile meşru savunma değil, özel bir haksız tahrik hâlleri düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK m.129'da düzenlenen özel haksız tahrik hâllerinden birinin uygulanma koşulları gerçekleştiği takdirde, gerek genel kural- özel kural ilişkisi gereği özel tahrik nedenlerinin bulunduğu durumlarda genel indirim kuralı uygulanmayacağından⁷⁸⁸, gerekse özel haksız tahrik hâlleri genel haksız tahrik hâllerini de içerdiğinden ve aynı nedene dayalı iki kez indirim yapılamayacağından özel haksız tahrik indirimi hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, özel haksız tahrik hâllerinden birinin bulunduğu durumda 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde düzenlenen genel haksız tahrik hükmünün, tek başına veya özel haksız tahrik hükümleri ile birlikte uygulanması söz konusu değildir⁷⁸⁹.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 129 Maddesinde Düzenlenen Hakaret Suçunda Özel Tahrik Hâlleri

a. Haksız Eylem Nedeni İle Hakaret

788 Ersan ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), s.570 (Şen); Açıkgöz, s.207; Erem, Haksız Tahrik, s.654.

789 Erem/Danışman/Artuk, s.609; Özalp, s.89.

TCK m.129 f.1’de “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir” şeklinde hakaret suçu için özel tahrik hükmü düzenlenmiştir⁷⁹⁰.

Bu düzenlemeye göre, mağdur kasten yaralama ve hakaret dışındaki haksız hareketleri ile hakarete neden olmuş ise, haksız hareketinin ağırlığı gözetilerek, failin cezası azaltılabileceği gibi gerektiğinde tümü ile ortadan kaldırılabilecektir⁷⁹¹. Bu durumda koşulları gerçekleştiği takdirde TCK m.29 hükmü değil, TCK m.129 f.1 hükmü uygulanacaktır. TCK m.129 f.1 hükmünün uygulanabilmesi bakımından hakaret suçunun mağduruna yönelik haksız bir eylemin bulunması gerekmektedir birlikte bu haksız hareket, hakaret veya kasten yaralama dışında başka bir eylem niteliğinde olmalıdır. Aksi takdirde TCK m.129 f.1 hükmünün değil, m.129 f.2 veya f.3 hükümlerinin uygulanması söz konusu olur⁷⁹².

5237 sayılı TCK m.129 f.1’de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesi bakımından aranan unsurlar şunlardır:

Mağdurun tahrik oluşturan haksız bir eyleminin bulunması,

Tepki eyleminin hakaret suçunu oluşturması,

Haksız eylemin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması,

Eylemler arasında nedensellik bağı bulunması,

Hakaret suçunun haksız eylemde bulunan kişiye karşı işlenmesidir.

790 Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.129.

791 Taşdemir, s.87-88.

792 Kaya, s.108; Özen, Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.31; Erman/Özek, s.333.

(1). Mağdurun Tahrik Oluşturan Haksız Bir Eyleminin Bulunması

5237 sayılı TCK m.129 f.1’de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesinin ilk unsuru failin hakaret eyleminden önce mağdurun tahrik oluşturan haksız bir eylemde bulunmasıdır⁷⁹³.

5237 sayılı TCK m.129 f.1 hükmünün uygulanabilmesi bakımından tahrik edici eylemin “kasten yaralama” veya “hakaret” dışında haksız eylem kapsamında olması önem taşımaktadır. Çünkü eğer hakaret suçu kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenirse m.129 f.1 yerine, m. 129 f.2; hakaret suçu karşılıklı olarak işlenirse bu kez de m.129 f.1 yerine, m.129 f.3 uygulanacaktır. Bu husus, aynı zamanda özel tahrik düzenlemesinin genel tahrikten ayrıldığı noktayı da ortaya koymaktadır⁷⁹⁴.

5237 sayılı TCK m.129 f. 1 hükmünde yer alan “haksız fiil” kavramı, 765 sayılı TCK m.485 f. 1 hükmünde yer alan “haksız hareket” kavramından zarar sonucunu doğurması bakımından ayrılır ve ondan daha dar bir uygulama alanına sahiptir⁷⁹⁵.

Kanunumuzda, hangi durumların tahrik oluşturacağı gösterilmediğinden bir eylemin tahrik edici nitelikte olup olmadığı değişken ölçütlere göre belirlenecektir. Mağdurun eyleminin tahrik edici niteliği değişik şekillerde ortaya çıkabilir⁷⁹⁶. Hangi durumların tahrik oluşturacağı her somut olayda, bir eylemin tahrik edici nitelikte olup olmadığı, tahrike maruz kalan kişinin kişilik özellikleri, tahrik eden ile buna

793 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s. 31-32; Dönmezer/Erman, s.352.

794 İsmail **MALKOÇ**, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.I, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2005), s.519-520 (**Malkoç, 2005**); Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.31; Çam, s.102; İzmir, s.84; Tutumlu, s.94.

795 Ekerbiçer, s.212; Murat **KAYANÇİÇEK**, Şerefe Karşı Suçlar, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), s.284 (**Kayançicek**);

796 Çetin, s.121.

tepki gösteren kişi arasındaki ilişki, zaman ve yer koşulları gibi heterojen parametrelere göre hâkim tarafından değerlendirilecektir⁷⁹⁷.

Tahrik eyleminin haksız sayılması gerekir. Eylemin haksız sayılması açısından genel haksız tahrik hükmü ile bu düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır⁷⁹⁸. Kanun bu eylemi “haksız bir fiil” şeklinde genel bir ifade ile açıklamıştır. 5237 sayılı TCK m.129 f.1 düzenlemesinde nelerin “haksız fiil” olarak değerlendirileceği de belirtilmemiştir.

Faili hiddet (öfke) veya eleme iten eylemin haksızlığını toplumda geçerli olan değerlere göre hâkim belirleyecektir⁷⁹⁹. Mahkeme kararının gerekçesinde, mağdurun haksız bir eylemin gerçekten var olup olmadığı, varlığı kabul edilen bu eylemin haksızlık içeriği taşıyıp taşımadığı, eylem haksız ise failin cezasında indirim yapılması ve bu indirim oranı ya da ceza verilmemesi bakımından haksız eylemin ağırlık derecesi hususundaki takdiri nedenlerinin, dosyada mevcut kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve bu sonuca kanıtlardan hangisinin diğerine üstün tutularak varıldığına açıklanması gerekmektedir⁸⁰⁰.

Genel hüküm olarak m. 29’da düzenlenen haksız tahrikin unsurları açıklanırken belirtildiği gibi eylemin haksız olmasının ölçütü mutlaka bir suç oluşturması anlamına gelmemektedir. Haksız eylemi bir hakka dayanmayan, hukuka aykırı olan, suç niteliğinde olması da gerekmeyen eylemler olarak tanımlamak mümkündür. Bu nedenle, bir kişi hakkında kolluğa veya savcılığa yapılan suç ihbarı, şikâyet hakkının kullanılması, suçlunun yakalandığı yerin bildirilmesi, boşanma davası açma gibi bir hakkın kullanımına yönelik veya hukuka uygun fiiller “haksız eylem” olarak kabul edilemez⁸⁰¹.

797 Kayañççek, s.282.

798 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s. 32-33; Açıkgöz, s.208; Özalp, s.90.

799 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.32.

800 Ali **PARLAR**, Muzaffer **HATİPOĞLU**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), s.2049 (**Parlar/Hatipoğlu II**).

801 Hamdi **ÖNER**: “Hakaret ve Sövme Suçları”, Adalet Dergisi, Y.1946, S.10, s.1069 (**Öner**); İzmir, s.84; Açıkgöz, s.282; Taşdemir, s.86.

Faile yöneltile eylemin hukuka uygun olduğu durumlarda, failde ne kadar şiddetli bir hiddet (öfke) veya eleme yol açmış olursa olsun haksız tahrikten söz etmek mümkün değildir⁸⁰². Tahrike konu eylemin “haksız” olması, herhangi bir hakka dayanmayan bir eylem olması demektir. Haksız tahrike konu eylemin suç teşkil etmesi durumunda kovuşturma konusu yapıp yapılmaması ya da cezalandırılabilir nitelikte olup olmaması önemli değildir⁸⁰³. Başka bir anlatımla, tahrike konu eylemin konusu suç teşkil edebileceği gibi suç tanımına girmeyen fakat hukuka aykırı herhangi bir eylem olabilir⁸⁰⁴. Söz konusu tahrik edici eylem hukuka aykırı değil ise m.129 f.1 hükmü uygulanamaz. İtalyan Yargıtay'ı bir içtihadında “Borcunu ödemeyen borçluya dava açacağını bildiren alacaklının eylemi haksız sayılmaz” şeklinde karar vermiştir⁸⁰⁵.

Mağdur kendi haksız eylemi sonucunda hakarete neden olmuş ise mahkeme haksız eylemin ağırlığını dikkate almak suretiyle fail hakkındaki cezayı azaltabileceği gibi gerektiğinde tümü ile de kaldırabilecektir. Burada öncelikle mağdur tarafından faili maddi veya manevi açıdan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak etkilediği belirlenen haksız bir eylemin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu haksız eylemin ceza hukuku anlamında suç teşkil edip etmemesi önemli olmadığı gibi kasten veya taksirle işlenmiş olmasının da önemi yoktur. Örneğin, kusurlu hareketiyle aracında hasara sebebiyet veren mağdura hakaret edilmesi durumunda, mahkemece haksız eylem ile hakaretin ağırlığı karşılaştırılarak ya kısmi ceza belirlenecek veya hiç ceza verilmemesi yoluna gidilecektir⁸⁰⁶.

(2). Tepki Eyleminin Hakaret Suçunu Oluşturması

5237 sayılı TCK m. 129 f. 1 hükmünde yer alan özel tahrik düzenlemesinin uygulanabilmesinin ikinci unsuru işlenen suçun hakaret suçu niteliğinde olmasıdır.

802 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.33; Özalp, s.90.

803 Mine ARISOY: “Hakaret”, TBB Dergisi, Y:2007, C.20, Sayı:72, s.186 (ARISOY); Ekerbiçer, s.212; Tezcan/Erden/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, s.344.

804 Arısoy, s.186; Taşdemir, s.86.

805 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.33; Duran, s.209.

806 Duran, s.209; Şen, s.570.

Maddede “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde...”⁸⁰⁷ ibareleri yer almakla işlenen suçun hakaret suçu niteliğinde olması koşulu açıkça ifade edilmiştir. Hakaret suçu, 5237 sayılı TCK m. 125 hükmünde “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” şeklinde düzenlenmiştir⁸⁰⁸.

Kanun maddesinde açıkça sadece “hakaret” suçundan söz edildiğinden TCK m.129 f.1’de düzenlenen özel tahrik hükmü ancak TCK’nın 125. Maddesinde unsurları belirtilen hakaret suçu için uygulanabilir. Mağdurun haksız tahrikinin neden olduğu ruhi durumun etkisi altında fail tarafından tepki olarak işlenen suçun niteliği hakaret suçu ile sınırlı tutulmuştur. Başka hiçbir suç için uygulanamaz. Bu özel tahrik düzenlemesi, genel tahrikin aksine tahrikin etkisi ile işlenen eylemin herhangi bir suç veya eylem değil, sadece hakaret suçunu oluşturması durumunda uygulama alanı bulacaktır⁸⁰⁹.

(3). Haksız Eylemin Failde Hiddet veya Şiddetli

Elem Meydana Getirmiş Olması

5237 sayılı TCK’nın 29. madde hükmünde genel haksız tahrikin unsuru olarak belirtilen “hiddet” veya “şiddetli elem” sözcüklerine, özel tahrik hâllerine ilişkin düzenlemenin yer aldığı 5237 sayılı TCK’nın 129. Maddesinde yer verilmemiştir. 765 sayılı TCK’nın 485. Maddesinde de benzer durum bulunmaktaydı⁸¹⁰.

Genel tahrik hükmü olan 29. Maddede yer alan “hiddet veya şiddetli elem” sözcüklerinin TCK m.129 düzenlemesinde yer almamasının etkisinin ne olduğu, başka bir anlatımla genel tahrik hükmünden farklı olarak bu özel tahrik hâlinde

807 Bkz.5237 sayılı TCK’nın 129. Maddesi.

808 Bkz.5237 sayılı TCK’nın 125. Maddesi.

809 Özen, “Hakaret ve Sövmeye Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.35; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.114; Açıköz, s.209; Ekerbiçer, s.214.

810 Kaya, s.110; Arısoy, s.186; Açıköz, s.211.

haksız eylemin failde “hiddet veya şiddetli elem” meydana getirmesinin bir unsur olarak belirlenmesine gerek olup olmadığı konusunda da öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür:

Öğretide bir görüşe göre; TCK m.129 hükmünün uygulanabilmesi için, genel tahrik hâlinde farklı olarak haksız eylemin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması zorunlu değildir. Bu nedenle, haksız eylemin failde hiddet veya üzüntü meydana getirmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Kanunumuzun genel tahrik hâlini öngören maddesinde açıkça failin tepki eylemini hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında işlemesine yönelik düzenleme yer almasına karşın, özel tahrik hâlini öngören maddesinde bu hususta bir açıklık bulunmaması nedeni ile, haksız eylem failde hiddet ve şiddetli elem durumu meydana getirmese bile fail hakkında m.129 hükmü uygulanmalıdır⁸¹¹. Hakaret suçunun haksız eyleme tepki olarak işlendiğinden söz edilebilmesi için, haksız eylemin hakaret suçunun faili üzerindeki etkisinin devam ediyor olması aranmamakta olup haksız eylem ile işlenen hakaret suçu arasında “nedensellik bağı” bulunması gerekli ve yeterlidir⁸¹².

Öğretide başka bir görüşe göre; genel haksız tahrikte olduğu gibi özel tahrik hâlinde de hiddet (öfke) veya şiddetli elemnin (üzüntünün) varlığı aranmakta, ancak bu koşulun varlığı üstü örtülü bir şekilde karine olarak kabul edilmektedir⁸¹³. Kanun koyucu m.129 hükmünde mağdurdan kaynaklanan haksız eylemden dolayı failin hiddet veya şiddetli eleme kapılarak tepki göstereceğini ve suç işleyeceğini öngördüğünden “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine yer vermemiştir⁸¹⁴. Haksız tahrikin niteliği, failin haksız eyleminin neden olduğu hiddet veya şiddetli elemnin etkisinde hakaret suçunu işlemesi hâlinde m.129 f.1 hükmünden yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Hakaret ve sövme suçlarında bu düzenlemenin kabul edilmiş nedeni tahrik olduğuna göre, tahrikin kaynağı hiddet veya şiddetli elem olmalıdır. Bu itibarla, haksız eylem failde herhangi bir hiddet veya elem meydana getirmemiş

811 Sulhi **DÖNMEZER**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), s.320 (**Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001**); Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 1998, s.272; *Yenidünya/Alşahin*, s.77; Arısoy, s.186; Tezcan/Erdem/Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, s.344; Taşdemir, s.86.

812 Kayanççek, s.289; Ekerbiçer, s.213.

813 Erman, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s.234; Demirbaş, *Özel Haksız Tahrik Hâlleri*, s.113.

814 Ekerbiçer, s.213-214; Açıköz, s.211-212.

bulunsa bile fail hakkında 1. fıkra hükmünün uygulanması gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Kanuni düzenleme itibariyle, hakaret suçunun, mağdurun haksız eylemine tepki olarak işlenmiş olması cezadan indirim yapılması veya ceza verilmemesi için yeterli olacaktır. Ayrıca hiddet veya şiddetli elemin varlığını araştırmaya gerek yoktur. Genel tahrik hükmü ile bu madde arasındaki fark, genel tahrike dayanan failin hiddet veya şiddetli elemin bulunduğunu kanıtlamakla yükümlü olmasına rağmen, özel tahrik hâlinde TCK m.129 hükmünün uygulanabilmesi için failden bu psikolojik durumunu kanıtlaması beklenemez. Failin, mağdurun haksız eylemi ile olaya neden olduğunu kanıtlaması yeterlidir. Bu yorum tarzı, kanun koyucunun gerek madde metninde gerekse gerekçesinde “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine yer vermemek suretiyle özel tahrik hükmü düzenlemesine uygun düşer⁸¹⁵.

Kişisel görüşümüze göre de:

5237 sayılı TCK m.129 hükmünde “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine açıkça yer verilmemesi genel haksız tahrikte bile unsur kabul edilen hiddet veya şiddetli elemin, özel tahrik hâllerinde zorunlu unsur olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Hiddet veya şiddetli elem unsuru özel tahrik hâlinde de aranmaktadır. Kanun koyucu hiddet veya şiddetli elem unsurunun kanıtlanmasında uygulamada yaşanan güçlükleri göz önünde bulundurarak, mağdurun tahrik edici eyleminin haksızlığının anlaşılması ile hiddet veya şiddetli elem unsurunun gerçekleştiğini zımnen (üstü örtülü olarak) karine olarak varsaymaktadır. Başka bir anlatımla m.129 hükmünde hiddet veya şiddetli elemin varlığına ilişkin kanıt yükümlülüğü bakımından kanuni bir karineye yer verilmiştir. Failin olaya neden olan tahrik edici eylemin haksızlığını kanıtlaması yeterlidir. Fail haksız eyleme karşı tepki olarak hakaret suçu işlediği takdirde, eylemin haksızlığının yanı sıra ayrıca kendisinde hiddet veya şiddetli elem psikolojisi meydana getirdiği olgusunu kanıtlama yükümlülüğü bulunmamalıdır.

815 Erman/Özek, s.334; Faruk **EREM**, Hakaret ve Sövme, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yayınları, 1958), s.52 (**Erem, Hakaret ve Sövme**); Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.34; Açıköz, s.211-212; Arısoy, s.186-187; Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.234; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.113-114; Kaya, s.111.

(4). Eylemler Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Hakaret ile haksız tahrike konu eylem arasında nedensellik bağı bulunmalı, suç, neden- sonuç ilişkisi içerisinde işlenmelidir. Haksız eyleme duyulan tepkinin bir karşılığı olarak hakaret eyleminin gerçekleştirilmesi gerekir⁸¹⁶.

5237 sayılı TCK 129. Maddesinde, failin hemen tepkide bulunması gerekip gerekmediğine ve tepki zamanına yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Nedensellik bağının korunması için tepki zamanı bakımından hakaret suçunun haksız eylem sırasında veya eylemden hemen sonra işlenmesi gerekip gerekmediği konusu öğretilerde tartışmalıdır:

Öğretilerde bir görüşe göre⁸¹⁷, m.29'daki genel haksız tahrikte haksız tahrikten dolayı oluşan hiddet veya elem sonucu işlenmesi koşulu ile tahrik ile tepki arasında zaman geçebilir iken, m.129 f.1'deki özel haksız tahrik hâlinde hakaretin, haksız tahrike karşı uzunca bir zaman geçmeden yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Öğretilerde ağırlıklı ve kişisel olarak katıldığımız bir başka görüşe göre⁸¹⁸, maddenin uygulanabilmesi için kanunda haksız eyleme “derhal” hakaretle karşılık verme koşulu aranmamaktadır; haksız tahrik ile hakaret veya sövme arasında bir nedensellik bağının varlığı yeterlidir. Tahrikin gerçekleştiği an ile hakaretin yapılması arasında belirli bir zaman aralığı bulunması nedensellik bağının kurulabildiği durumda önem taşımamaktadır. Haksız eylemin meydana getirdiği hiddet veya elem psikolojik durumu devam ediyor ve aradan uzun bir süre de geçmemiş ise, failin hakaret veya sövme suçunu tahrik edene karşı işlemesi hâlinde özel tahrik hâli uygulanmalıdır. Bu durumda esas önemli olan yer ve zaman değil, failin ruhsal ve psikolojik durumudur. Ancak aradan uzun sayılabilecek bir süre

816 Şen, s.570; Kaya, s.110; Açıkgöz, s.210.

817 Soyaslan, Özel Hükümler, s.252; İzmir, s.86; Kaya, s.111.

818 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.114-115; Erman/Özek, s.334; Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.221; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001, s.320; Arısoy, s.186; Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.35; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.251; Özalp, s.93; Açıkgöz, s.210; Taşdemir, s.87.

geçmiş ise artık özel tahrik hâli hükmü uygulanamayacaktır. Böyle durumlarda genel haksız tahrik hükmü uygulanabilir.

(5). Hakaret Suçunun Haksız Eylemde Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi

Yeni yasal düzenlemede 765 sayılı TCK m.485 hükmünde açıkça yer alan “Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482. Maddelerinde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş olması ...” ifadesine yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK m.129 hükmünde “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde” ifadesi kaleme alınmış olmakla hakaret suçunun mağduru açıkça belirtilmemiştir. Ancak, madde gerekçesinde “Mağdurun kendi haksız hareketi ile hakarete neden olması” şeklinde açıklamada bulunulduğundan üçüncü bir kişinin haksız eylemini indirim ya da cezasızlık sebebi saymak mümkün olmayacaktır⁸¹⁹. 765 sayılı TCK m.485 ve 5237 sayılı TCK m.129 hükümlerinin metinleri arasında ifade farkı bulunmasına karşın, bu durum önemli bir fark değildir. Temel fark, cezai yaptırım yönünden olup, eski düzenlemede bu durum bir hafifletici neden iken, yeni düzenlemede cezasızlık nedeni olabileceğinin de belirtilmiş olmasıdır⁸²⁰.

Madde gerekçesinde belirtildiği gibi TCK m.129 f.1 hükmünün uygulanabilmesi bakımından failin tepki olarak işlediği hakaret eyleminin, haksız eylemi gerçekleştiren kişiye yani tahrik eden mağdura karşı yöneltilmiş olması zorunludur. Hakaret içeren sözler haksız eylemi yapandan başkasına karşı gerçekleştirilirse bu fıkra hükmü uygulanmaz⁸²¹. Başka bir anlatımla failin tepki gösterdiği haksız eylem, bizzat mağdur tarafından işlenmiş olmalıdır. Örneğin, kendisine yönelik olarak yapılan haksız bir eylem sonucunda, bizzat o kişiye değil de karısına veya çocuğuna hakaret edilmesi durumunda, hakaretin haksız eylemi

819 Arısoy, s.186; Kaya, s.111-112.

820 Süheyl DONAY, Mahmut KAŞIKÇI, Türk Ceza Kanunu, 1. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2005), s.203 (Donay/Kaşıkçı); Kaya, s.112.

821 Arısoy, s.186-187 (Arısoy); Özalp, s.90; Yenidünya/Alşahin, s.77; Çetin, s.121; Çam, s.103; İzmir, s.86; Kaya, s.112.

gerçekleştiren kişiye karşı yapılması koşulu gerçekleşmediğinden bu özel tahrik hükmü uygulanamaz⁸²².

Buna karşın, mağdurun haksız eyleminin doğrudan hakaret suçunun failine yönelmiş olması gerekmez. Başka bir anlatımla mağdurun tahrik oluşturan haksız eyleminin, tepkide bulunan hakaret suçu failine karşı işlenmiş olması zorunlu değildir. Tahrik edici eylem, faile veya yakınına yönelmiş olabileceği gibi bir yabancıya da yönelmiş olabilir. Önemli olan bu eylemin failde hiddet veya şiddetli eylem meydana getirmesidir⁸²³.

Fail, kendisine yönelik olarak işlenen haksız bir eyleme tepki duyarak mağdura hakaret etmiş ise m.129. f.1 hükmünden yararlanabileceği gibi, üçüncü kişiye yönelik bir haksız eyleme tepki olarak işlediği hakaret suçunda da bu m.129 f.1 hükmünden yararlanabilir. Çünkü kanun hakaret suçunun haksız bir eyleme tepki olarak işlenmesi hâlinde söz etmiş, bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle mağdurun haksız eylemi hakaret suçunun failinden başka üçüncü kişiye yönelik de olabilir. Buna tepki olarak işlenen hakaret suçu nedeni ile de m.129 f.1 hükmünün uygulanması mümkündür. Örneğin, bizzat kendisine değil de çocuğuna yönelik bir haksız eylemde bulunan kişiye hakaret eden fail hakkında haksız tahrikin varlığı kabul edilmelidir⁸²⁴.

b. Kasten Yaralama Suçuna Tepki Nedeni İle Hakaret

765 sayılı TCK m.483 f.3 'de yer alan "Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir." şeklindeki düzenlemeye karşılık 5237 sayılı TCK m.129 f.2'de "Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde kişiye ceza verilmez" şeklinde hakaret suçu için özel tahrik hükmü düzenlenmiştir.

822 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.112; Çam, s.103; İzmir, s.86; Kaya, s.111; Arısoy, s.187.

823 Dönmezer/Erman, 1997, s.532; Özen, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri", s.31; Arısoy, s.186; Özalp, s.90; Kayaçıçek, s.282-283; Taşdemir, s.87.

824 Arısoy, s.186; Yenidünya/Alşahin, s.77; Özalp, s.90.

5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünde, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi durumu cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir⁸²⁵. Eski düzenlemeye göre kişi hakkında “şiddet kullanılmasının” etkisi ile, yeni düzenlemeye göre ise kişiye karşı “kasten yaralama suçunun” işlenmesinin etkisi ile karşı tarafa hakaret suçunu oluşturacak şekilde söz ve beyanlarda bulunulması gerekmektedir⁸²⁶.

5237 sayılı TCK m.129 f.2’de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesinin koşulları: Mağdurun tahrik oluşturan eyleminin kasten yaralama olması, tepki eyleminin hakaret suçunu oluşturması, kasten yaralama eyleminin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması, eylemler arasında nedensellik bağı bulunması ve hakaret suçunun kasten yaralama eyleminde bulunan kişiye karşı işlenmesidir.

Bu özel tahrik düzenlemesinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır:

Erman'ın görüşüne göre⁸²⁷, şiddet kullanılan kişinin hakaret eylemi bir meşru savunma durumudur. Çünkü, şiddete maruz kalan kişinin saldırganı tahkir etmesinde zorunluluk vardır. Hakaret eyleminin, şiddeti püskürtmeye yeterli olup olmaması ise ayrı bir sorundur ve bu durum tahrikin meşru savunma niteliğini ortadan kaldırmaz.

Erman/Özek'in görüşüne göre⁸²⁸, kanunda yer alan “Cezayı müstelzim değildir” ibaresinin de yeterli derecede ifade ettiği üzere, sözü edilen hüküm eylemi suç olmaktan çıkararak bir hukuka uygunluk nedenine yaklaşmakta ve bir meşru savunma hâli olarak görünmektedir. Daha ileri giderek, 765 sayılı TCK m.485 f.3 düzenlemesine gerek olmadığı, m.49 f.2 hükmünün bu gereksinimi karşılamaya yeterli olduğu da iddia edilmektedir.

825 Parlar/Hatipoğlu II, s.2048.

826 Kayançipek, s.296.

827 Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.221; Ekerbiçer, s.216; İzmir, s.87.

828 Erman/Özek, s.331.

Özen'in görüşüne göre⁸²⁹, hükmün, eylemi suç olmaktan çıkararak bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ve bu bağlamda meşru savunma hâli olarak görüldüğü yaklaşımı kurumun niteliğine uygundur. Esasen, failin kişiliğine bağlı haklarına yönelmiş haksız bir saldırıdan kendisini korumak açısından işlenebilecek suçlardan birinin de hakaret suçu olması karşısında, “şiddet kullanan kimseyi tahkiri” meşru savunma ile açıklamak mümkündür. Çünkü durum itibariyle şiddeti durdurabilmek için başka bir korunma olanağı bulunmayan kişinin saldırganı tahkir etmesinde zorunluluk vardır.

Erem/Toroslu'nun görüşüne göre⁸³⁰, kendisine karşı şiddet kullanılan kişinin saldırganı tahkir etmesi durumunda korunmanın bir koşulu olan “zorunluluk” bulunmamakta, bu hüküm saldırı ile savunma arasındaki “eylemsel durum (fiili hâl)” bağlantısını aramadığından m.485 f.3 hükmünde yer alan cezasızlık nedeni özel bir tahrik hâlini ifade etmekte ve baskın karakter tahrikin psikolojik esasında bulunmaktadır.

Kişisel olarak katıldığımız, Tutumlu'nun görüşüne göre⁸³¹; benzer yanları bulunmasına karşın, şiddete karşı tepki olarak işlenen tahrik eylemi meşru savunmadan farklıdır. Meşru savunmada, mağdurun saldırıyı derhal def etme zorunluluğu söz konusu iken tahkirde bu özellik bulunmamaktadır. Şiddete maruz kalma kuşkusuz ağır bir tahrik durumudur; bu nedenle şiddet mağdurunun (hakaret suçunun failinin), saldırganına (hakaret suçunun mağduruna) karşı işlediği hakaret suçu kanun koyucu tarafından olağan karşılanmış ve bu hareketine ceza verilmemesi esas kabul edilmiştir. Bu bağlamda şiddete ilişkin tahrik eyleminin özel tahrik hâlleri arasında sayılması uygun bir düzenlemedir.

5237 sayılı TCK m.129 f.2'de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesi bakımından aranan unsurlar şunlardır:

829 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.43-44.

830 Faruk **EREM**, Nevzat **TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Basım, (Ankara: Savaş Yayınları, 1987), s.480 (**Erem/Toroslu**).

831 Tutumlu, s.101; İzmir, s.87; Ekerbiçer, s.216- 217.

Mağdurun tahrik oluşturan eyleminin kasten yaralama olması,
Tepki eyleminin hakaret suçunu oluşturması,
Kasten yaralama eyleminin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması,
Eylemler arasında nedensellik bağı bulunması,
Hakaret suçunun kasten yaralama eyleminde bulunan kişiye karşı işlenmesidir.

(1). Mağdurun Tahrik Oluşturan Eyleminin Kasten Yaralama Olması

5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünde “Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde, kişiye ceza verilmez” ifadesine yer verilmiştir. Bu özel tahrik hükmünden failin yararlanabilmesi için hakarete maruz kalan kişinin eyleminin kasten yaralama olması gerekir⁸³². Çünkü bu özel tahrik hükmü, kasten yaralama suçunun failinin, hakaret suçunun mağduru olması koşulunu aramaktadır. Başka bir anlatımla bu düzenlemeye göre, kasten yaralamaya maruz kalan kişi, kendisini döven kişiye hakaret ettiği takdirde cezalandırılmayacaktır. Çünkü, 5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünde kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenen hakaret suçlarında özel bir haksız tahrik hâli düzenlenerek, suç olması itibariyle normal koşullarda ceza gerektiren hakaret eylemine ceza verilmeyeceği kabul edilmiştir. Kanunda öngörülen bu cezasızlık hâlinin nedeni, yaralama eylemine maruz kalan kişinin, bu eylem sebebiyle içine girdiği psikolojik durumdur⁸³³.

Bu madde hükmünün uygulanabilmesi bakımından söz konusu yaralama eyleminin hukuka aykırı olması gerekir. Kanunun izin verdiği sınırlar içinde kalan hukuka uygun bir eylem sonucu meydana gelen yaralanmalar nedeniyle bu hüküm uygulanamaz⁸³⁴. Mağdurun gerçekleştirdiği kasten yaralama eyleminin TCK m.24

832 Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, s.350; Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.250; Taşdemir, s.88; Ekerbiçer, s.217.

833 Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.250; Malkoç, 2005, s.520; Taşdemir, s.88.

834 Malkoç, 2005, s.520; Açıkgöz, s.214; Ekerbiçer, s.217.

hükmünde düzenlenen” kanunun hükmü ve amirin emrinin yerine getirilmesi” veya TCK m.25 hükmünde düzenlenen” meşru savunma ve zorunluluk hâli” gibi hukuka uygunluk nedenleri kapsamında işlenmesi durumunda TCK m.129 f.2 hükmünün uygulanması söz konusu olamaz⁸³⁵. Yaralanmanın haklı bir nedene dayanması hâlinde⁸³⁶, örneğin, meşru savunma nedeni ile ya da geçici yakalama hakkı kullanılırken oluşan veya boks maçı gibi mağdurun rızasına dayanan hukuka uygun yaralanmalara karşı hakaret suçunu işleyen kimse cezalandırılacaktır⁸³⁷. Ayrıca eylemin cezalandırılabilir olup olmaması ya da kovuşturma konusu yapıp yapılmaması bir önem taşımaz⁸³⁸.

Madde metinlerinin içeriklerinden belirleneceği üzere, 765 sayılı TCK’nda “şiddet kullanılması” durumundan söz edilmesine karşın 5237 sayılı TCK’nda “kasten yaralama” durumu düzenlenmiştir⁸³⁹. 765 sayılı TCK’nda yer alan “şiddet” sözcüğü maddi anlam taşımaktadır ve “şiddet” sözcüğü, kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne yönelik eylemleri de kapsamaktadır⁸⁴⁰. Buna karşın 5237 sayılı TCK’nda sadece kasten yaralamadan söz edildiğinden kapsamın daraltıldığı ve belli bir suça özgülendiği anlaşılmaktadır⁸⁴¹. 765 sayılı TCK’nın aksine “şiddet kullanılması” ifadesine yer verilmemiş olmasına göre “kasten yaralama”dan 5237 sayılı TCK’nın 86.maddesinde belirtildiği üzere “başkasının vücuduna acı veren, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan” her türlü eylem anlaşılmalıdır⁸⁴². Hakaret suçu kasten yaralama suçuna karşı olmayıp da tehdit, cinsel taciz gibi başka suçlar nedeni ile işlendiği takdirde bu durumda m.129 f. 2 hükmü değil, m.129 f. 1 hükmü uygulanacaktır⁸⁴³.

835 Parlar/Hatipoğlu II, s.2052.

836 Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.250-251; Taşdemir, s.89.

837 Arısoy, s.190.

838 Açıkgöz, s.216.

839 Bkz. 765 sayılı TCK m.485 ve 5237 sayılı TCK m.129.

840 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 1998, s.262; Arısoy, s.190; İzmir, s.88.

841 Arısoy, s.190; Ekerbiçer, s.217; İzmir, s.88.

842 Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN, Mustafa ARTUÇ, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), s.4052 (Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu III).

843 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 1998, s.262; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu III, s.4052; Ekerbiçer, s.217-218; Açıkgöz, s.216.

Öğretide bir görüşe göre; yeni düzenlemede hakaretin kasten yaralamaya bir tepki olarak işlenmesinden söz edilmesine rağmen bundan daha ağır olan kasten öldürmeye bir tepki olarak işlenmesi durumunda aynı sonucun ortaya çıkmaması eksik bir düzenleme olduğunu ortaya koymaktadır. Kanunun bu emredici ve açık düzenlemesi karşısında kasten adam öldürme suçlarında ancak genel tahrik hükmü uygulanabilecektir⁸⁴⁴.

Kişisel görüşümüze göre;

TCK m.129 f.2 hükmünde açıkça “kastan yaralama” eyleminden söz edilerek istisnai hüküm bu suça özgü olarak düzenlendiğinden “kastan adam öldürme” eylemine karşı işlenen tepki suçu “hakaret” olsa bile m.129 f.2 hükmü uygulanamaz. Ancak “kastan adam öldürme” haksız eylem kapsamında bulunduğundan, bu durumda özel düzenleme göz önünde bulundurularak TCK m.129 f.1 hükmü; “kastan adam öldürme” eylemine tepki olarak hakaret suçundan başka bir suç işlenmesi durumunda ise zaten özel tahrik hâllerine ilişkin koşullar oluşmayacağından genel hüküm olan m.29 hükmü uygulanacaktır.

Kasten yaralama eyleminin faili olan kişinin kastının türü önemli değildir. Eylemin “kastan” işlenmesi yeterlidir. Bu bağlamda, genel kast veya özel kast, doğrudan kast veya dolaylı kast, ani kast veya düşünce kastı olması arasında bir fark yoktur⁸⁴⁵. Olası kastla işlenen yaralama eyleminde de kastan yaralama eylemi gibi bu özel tahrik hükmü uygulama alanı bulacaktır⁸⁴⁶. Eylemin “taksirli” olarak işlenmesi durumunda bu fıkra uygulanamayacaktır. Çünkü maddede hakaretin “kastan” yaralamaya tepki olarak işlenmesi ifadesi yer almaktadır⁸⁴⁷. Öğretide bir görüşe göre, “taksirle yaralamaya neden olma” eylemine tepki olarak işlenen hakaret suçunda m.129 f.2 hükmü uygulanamayacağından, olsa olsa genel nitelikli haksız tahrik

844 Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2008, s.471; Açıköz, s.215, dpn.601: “Esasen bu durumda hakaret suçunu işleyen failin ölmüş olması nedeni ile eylemin TCK m.29 veya m.129 f.2 düzenlemesinden hangisine girdiğinin pratikte çok da önemi olmayacaktır” denilmektedir.

845 Yenidünya/Alşahin, s.79.

846 Kayaççek, s.299.

847 Açıköz, s.216

hükmü çerçevesinde cezasının indirilmesi yoluna gidilecektir⁸⁴⁸. Başka bir görüşe göre ise “taksirle yaralamaya neden olma” eylemine tepki olarak işlenen hakaret suçunda m.129 f.2 hükmü uygulanamamakla birlikte m.129 f.1 hükmünün uygulanması gerektiği⁸⁴⁹ savunulmaktadır.

Kişisel görüşümüze göre;

TCK m.129 f.2 hükmünde açıkça “kasten yaralama” eyleminden söz edilerek istisnai hüküm bu suça özgü olarak düzenlendiğinden “taksirle yaralamaya neden olma” eylemine karşı işlenen tepki suçu “hakaret” olsa bile m.129 f.2 hükmü uygulanamaz. Ancak “taksirle yaralama” haksız eylem kapsamında bulunduğundan bu durumda özel düzenleme göz önünde bulundurularak TCK m.129 f.1 hükmü; “taksirle yaralama” eylemine tepki olarak hakaret suçundan başka bir suç işlenmesi durumunda ise zaten özel tahrik hâli koşulları oluşmayacağından genel hüküm olan m. 29 hükmü uygulanacaktır.

Bu madde hükmünün uygulaması bakımından kasten yaralama eyleminin nitelikli hâlleri ile basit hâli arasında bir fark yoktur. Kasten yaralama suçunun ağırlığı ve meydana gelen sonuçlar önemli olmayıp, gerek m.86 ve gerekse m.87 kapsamına giren tüm kasten yaralama durumlarını m.129 f.2 kapsamında değerlendirmek gerekir⁸⁵⁰. Buna göre m.129 f.2 hükmü, basit bir kasten yaralama suçuna duyulan tepki ile yapılan hakaret hakkında uygulanabileceği gibi, nitelikli kasten yaralama eylemine karşı yapılan bir hakaret hakkında da uygulanabilir⁸⁵¹.

848 Yenidünya/Alşahin, s.79; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, s.350; Taşdemir, s.88.

849 Arısoy, s.190; Açıkgöz, s.216.

850 Şen, s.571; Arısoy, s.190; Taşdemir, s.89.

851 Açıkgöz, s.215.

(2). Sanığın Tepki Eyleminin Hakaret Suçunu Oluşturması

5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünün uygulanabilmesi için aranan ikinci unsur failin, mağdurun yaralama eylemine tepki olarak hakaret suçunu işlemiş olmasıdır.

Kasten yaralama suçuna maruz kalan mağdur- failin tepki eylemi “hakaret” suçunu oluşturmalıdır⁸⁵². Başka bir anlatımla, TCK’nın 125. maddesinde yer alan hakaret suçunun dışında başka bir karşılığın verilmesi durumunda m.129 f.2 hükmü uygulanamaz. Bu takdirde fail, kasten yaralamaya tepki olarak mala zarar verme, tehdit gibi farklı bir suç işlemiş ve diğer unsurları gerçekleşmiş ise TCK m.29 hükmünden yararlanır⁸⁵³.

Faile kasten yaralama ile birlikte hakaret de edilmiş ise, failin karşı hakaret eylemi “karşılıklı hakaret” olarak yorumlanamaz. Bu durumda sanık hakkında m.129 f.2 hükmü uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilmelidir⁸⁵⁴.

Nitekim Yargıtay bu konuda “Sanığın davacıyı taşla yaralaması ve sövmesi üzerine davacının da ona hakaret sözlerini sarf ettiği anlaşılmaktadır. Hakaret kastı dışında sadece dövülmesinin bir tepkisi olarak söylenen sözler karşılık hakaret sayılamaz “⁸⁵⁵ şeklinde karar vermiştir.

852 Açıkğöz, s.216-218.

853 Özalp, s.94.

854 Açıkğöz, s.218.

855 Tutumlu, s.103: Yargıtay 2. CD 20.04.1975 T, 2425 E- 3324 K sayılı kararı.

(3). Kasten Yaralama Eyleminin Failde Hiddet veya Şiddetli Elem Meydana Getirmesi

5237 sayılı TCK 129. Maddesinin 2. fıkrasında da 1. ve 3. fıkralarında olduğu gibi, failin psikolojik durumuna ilişkin bir açıklık yoktur.

Öğretide; TCK m.129 hükmünün uygulanabilmesi için, genel tahrik hâinden farklı olarak haksız eylemin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olmasının zorunlu olmadığına, bu nedenle, haksız tahrikin failde hiddet veya üzüntü meydana getirmiş olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmadığına, kanunumuzun genel tahrik hâlini öngören maddesinde açıkça failin tepki eylemini hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemesine yönelik düzenleme yer almasına karşın, özel tahrik hâlini öngören maddesinde bu hususta bir açıklık bulunmaması nedeni ile, haksız eylem failde hiddet ve şiddetli elem durumu meydana getirmese bile fail hakkında m.129 hükmünün uygulanması gerektiğine⁸⁵⁶ işaret eden görüş haksız tahrikin niteliğine ve esasına uygun olmadığından isabetli değildir .

Kişisel olarak da katıldığımız, bir başka görüşe göre, genel haksız tahrikte olduğu gibi özel tahrik hâinde de hiddet (öfke) veya şiddetli elemin (üzüntünün) varlığı aranmakta, ancak bu koşulun varlığı üstü örtülü bir şekilde karine olarak kabul edilmektedir⁸⁵⁷. Kanun koyucu m.129 hükmünde mağdurdan kaynaklanan haksız eylemden dolayı failin hiddet veya şiddetli eleme kapılarak tepki göstereceğini ve suç işleyeceğini öngördüğünden “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine yer vermemiştir⁸⁵⁸. Haksız tahrikin niteliği, failin haksız eyleminin neden olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisinde hakaret suçunu işlemesi hâinde m.129 hükmünden yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Hakaret ve sövme suçlarında bu düzenlemenin kabul ediliş nedeni tahrik olduğuna göre, tahrikin kaynağı hiddet veya şiddetli elem olmalıdır. Kanuni düzenleme itibariyle, hakaret suçunun, mağdurun

856 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 1998, s.272; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001, s.320; Yenedünya/Alşahin, s.77; Arısoy, s.186; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, s.344; Taşdemir, s.86.

857 Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.234; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.113.

858 Ekerbiçer, s.213-214; Açıkgöz, s.211-212.

kasten yaralama eylemine tepki olarak işlenmiş olması ceza verilmemesi için yeterli olacaktır. Ayrıca hiddet veya şiddetli elemin varlığını araştırmaya gerek yoktur. Genel tahrik hükmü ile bu madde arasındaki fark, genel tahrike dayanan failin hiddet veya şiddetli elemin bulunduğunu kanıtlamakla yükümlü olmasına rağmen, özel tahrik hâlinde TCK m.129 hükmünün uygulanabilmesi için failden bu psikolojik durumunu kanıtlaması beklenemez. Failin, mağdurun haksız eylemi ile olaya neden olduğunu kanıtlaması yeterlidir. Bu yorum tarzı, kanun koyucunun gerek madde metninde gerekse gerekçesinde “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine yer vermemek suretiyle özel tahrik hükmü düzenlemesine uygun düşer⁸⁵⁹.

(4). Eylemler Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Hakaret ile haksız tahrike konu kasten yaralama eylemi arasında nedensellik bağı bulunmalı, suç, neden sonuç ilişkisi içerisinde işlenmelidir. Başka bir anlatımla, hakaret suçunun kasten yaralama eylemine duyulan tepkinin bir karşılığı olarak işlenmesi gerekir.

Nedensellik bağının korunması için tepki zamanı bakımından hakaret suçunun kasten yaralama eylemi sırasında veya eylemden hemen sonra işlenmesi gerekip gerekmediği konusu öğretilerde tartışmalıdır:

Öğretilerde bir görüşe göre, hakaret suçunun kasten yaralama eyleminin devamı sırasında veya hemen sonrasında gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. Ancak kasten yaralamanın üzerinde uzun zaman geçtikten sonra işlenen hakaret suçu cezayı ortadan kaldırmaz⁸⁶⁰.

859 Erman/Özek, s.334; Erem, Hakaret ve Sövme, s.52; Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.34; Açıkgöz, s.211-212; Arısoy, s.186-187; Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.234; Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.113-114; Kaya, s.111; İzmir, s.89.

860 Faruk EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.3, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993), s.2307-2309 (Erem, TCK Şerhi).

Öğretideki ikinci bir görüşe göre, kanun koyucu bu hükmü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepki ile yapılan hareketleri kapsayacak şekilde düzenlemiştir⁸⁶¹. Kasten yaralama tahrik eylemine tepki olması nedeni ile hakaret suçunun ya yaralama eyleminin devamı esnasında ya da eylemin hemen ardından işlenmesi zorunludur. Aksi takdirde bu madde hükmü uygulanamaz. Ancak kişinin kasten yaralama sonucu aldığı darbenin etkisi ile bu şekilde karşılık veremeyecek veya konuşamayacak durumda olup ilk tedavi sonrası hakaret etmesi örneğinde olduğu gibi eyleme yönelik tepkinin ve nedensellik bağının devam ettiğinin anlaşılması durumunda m.129 f.2 gereği cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür⁸⁶². Kasten yaralama suçunun icrası sırasında veya hemen sonrasında olmayan yahut kasten yaralamaya tepki olarak verilmeyen hakaret eyleminin tahrik edici eylemin icrasının üzerinden birkaç gün geçtikten sonra mağdurla karşılaşan fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, bu hakaretler "tepki" kavramı içinde değerlendirilmemeli, mağdura karşı duyulan hırs, kin ve öç alma duygusu ile söylenmiş sözler olarak kabul edilebilmelidir⁸⁶³.

Öğretide üçüncü bir görüşe göre ise, kanun koyucunun bu hükmü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepki ile yapılan hakaretler için düzenlediği doğru ise de daha sonra yapılan hakaretlerin, "tepki" kavramı içinde değil, mağdura karşı duyulan hırs, kin ve öç alma duygusu ile söylenmiş sözler olarak kabul edilip tepki eylemi olarak değerlendirilmemesi doğru değildir. Bunun aksi kabul, aradan geçen zamanın, eylemi "tepki fiili" olmaktan çıkartarak nedensellik bağınyı yok edeceği şeklinde bir sonuca götürür ki, bu da haksız tahrikin bulunduğu pek çok olayda bu hükümleri uygulanamaz duruma getirir. Öte yandan Yargıtay'ın "tepki fiili" sözcüğü açısından uzun yıllar önce işlenen cinayetlerde bile aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına ilişkin yerleşik kararları ile de çelişki oluşturur. Kasten yaralama suçunun icrasının üzerinden bir süre geçtikten sonra mağdurla karşılaşan fail tarafından yapılan hakaretler de "tepki" kavramı içerisinde değerlendirilebilir. 5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünün koşullarının bulunmadığı, örneğin kasten yaralama

861 Şen, s.571.

862 Özen, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri", s.45; Arısoy, s.190; Malkoç, 2005, s.521.

863 Şen, s.571.

suçuna maruz kalan kişinin “tepki fiilinin” kasten yaralamaya reaksiyon olarak (zamanında) yapılmaması ve aradan zaman geçtikten sonra yapılması durumunda 5237 sayılı TCK m.129 f.2 yerine, genel tahrik hükmü olan m.29 uygulanmalıdır. Aradaki fark, kasten yaralamaya maruz kaldığı anda hakaret tepkisini veremeyen mağdurun cezasızlık olanağını kaçırmaması ve indirimli ceza almasıdır⁸⁶⁴.

Yargıtay tepki suçunun zamanı ile ilgili bir içtihadında “TCK’nın 485/3 maddesinin son fıkrasının uygulanabileceği hâllerin, sanığın hakaretinin maruz kaldığı şiddetin devam etmesi sırasında veya şiddet göstermesinden hemen sonrasına rastlaması gibi hâllerle sınırlı olacağı gözetilmeden, sanığın üç gün önce dövülmesi nedeniyle rastladığı davacıya sövdüğünün kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır” şeklinde karar vermiştir⁸⁶⁵. Yargıtay’ın başka bir içtihadı da “Hakaret suçunun, uğradığı şiddetin sürdürüldüğü sırada işlenmesi veya şiddetin gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hâllerle sınırlı olduğu” şeklinde ve aynı doğrultudadır⁸⁶⁶.

Kişisel görüşümüze göre;

Kanun koyucu m.129 f.2 hükmünü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepki ile yapılan hakareti kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Buna göre, hakaret tepki suçunun, kasten yaralama eyleminin devamı esnasında veya kasten yaralama eyleminin hemen ardından işlenmesi zorunludur. Aksi hâlde bu hüküm uygulanamaz. Ancak somut olayın özelliklerine göre kasten yaralama eyleminin devamı esnasında veya eylemin hemen ardından tepki verilecek durum ve koşullar söz konusu olmayabilir. Bu durumda nedensellik bağı korunmak kaydı ile engelin ortadan kalkmasının hemen ardından eyleme tepki gösterilmesi durumunda TCK m. 129 f. 2 gereği cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür. Buna karşın kasten yaralama eylemine engel olmaksızın eylemin devamı esnasında veya hemen ardından veyahut engelin ortadan kalkmasının hemen ardından tepki verilmemiş, buna karşın nedensellik bağı halen kurulabilmekte ise TCK m. 29 gereği genel haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır. Nihayet yaralama eyleminin devamı

864 Açıköz, s.192-193.

865 Özalp, s.95: Yargıtay 2. CD 01.07.1976 T, 5621 E- 6690 K sayılı kararı.

866 Açıköz, s.218: Yargıtay 2. CD 24.03.2004 T, 26112 E- 5865 K sayılı kararı.

esnasında veya hemen ardından veyahut engelin kalkmasının ardından tepki verilmemiş ve nedensellik bağı kurulamıyor veya ortadan kalkmış ise bu durumda işlenen suç tepki kavramı içinde değerlendirilmemeli ve fail özel ya da genel haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmamalıdır.

(5). Hakaret Suçunun Kasten Yaralama Eyleminde Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

Sanığın bu cezasızlık nedeninden yararlanabilmesinin son koşulu, hakaret suçunun kendisini kasten yaralayan kişiye karşı işlenmiş olmasıdır. 5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmündeki düzenlemeye göre, kasten yaralanan kişi, yaralama eylemine bir tepki olarak kendisini yaralayan kişiye hakaret etmesi durumunda cezalandırılmayacaktır. Kanunda öngörülen bu cezasızlık düzenlemesinin nedeni, yaralama eylemine maruz kalan kişinin, bu eylem nedeni ile içine girdiği psikolojik durumdur. Kendisini yaralayan kişiden başka birine hakaret etmesi hâlinde bu fıkra hükmü uygulanamaz⁸⁶⁷. Örneğin, babası tarafından darp edilen mağdurun babasından korktuğu veya bir şey söyleyemediği için oğluna hakaret etmesi durumunda bu fıkra hükmü uygulanamayacaktır.

5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünün uygulanabilmesi için kasten yaralama eyleminin faile yöneltilmesinin zorunlu olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır:

Öğretide bir görüşe göre; hakaret suçu failine ceza verilmemesi, kasten yaralamanın mutlak surette faile yönelmiş bulunmasına bağlı değildir; üçüncü kişiye yönelen eyleme tepki olarak hakaret suçunu işleyen fail hakkında da bu hükmün uygulanması söz konusudur⁸⁶⁸.

Öğretide bir başka görüşe göre; 765 sayılı TCK m. 485 f. 3 hükmünde” şahsı hakkında şiddet uygulanması...” şeklindeki düzenleme nedeni ile kasten yaralamanın

867 Taşdemir, s.88-89; Arısoy, s.191.

868 Centel/Zafer/Çakmut, 2011, s.250; Yenidünya/Alşahin, s.79; Taşdemir, s.89.

hakaret suçunu işleyen faile yönelmesi gerektiği konusunda bir kuşku bulunmamaktaydı. Buna göre şiddetin bizzat hakaret suçunu işleyene yönelik olması, üçüncü bir kişiye yönelmemesi gerekmekteydi. 5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünde bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmeyerek sadece “Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde” denilmekle yetinilmiş olduğu için kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine karşı gerçekleştirilmiş olma koşulunun aranıp aranmayacağı konusunda kuşku doğmuştur. Ancak maddenin gerekçesinde yer alan “Kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır” ifadesi ile maddeye netlik kazandırılmıştır⁸⁶⁹. TCK m.129 f.2 hükmünün uygulanabilmesi için kasten yaralama suçunun bizzat hakaret suçunu işleyen kişiye yapılmış olması şarttır. Bu bağlamda, failin kendisine değil de bir yakınına karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki duyarak hakaret etmesi durumunda söz konusu eylem m.129 f.2 değil, daha genel bir düzenleme içerdiğinden m.129 f.1 kapsamında değerlendirilecektir⁸⁷⁰. Söz konusu m.129 f.2 sadece kasten yaralamaya maruz kalan kişinin kendisini döven kişiye hakaret etmesi durumunda uygulanabilir. Kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine yönelik olarak gerçekleştirilmiş olma koşulunun aranıp aranmayacağı konusunda madde gerekçesindeki açıklama ve maddenin eski hâli (765 sayılı TCK m.485 f.3 düzenlemesi) karşısında aksinin savunulması yani kasten yaralamanın bizzat hakaret suçunun failine karşı yapılmış olmasının zorunlu olmadığı şeklinde bir görüş ileri sürülmesi olanağı kalmamıştır⁸⁷¹.

Öğretide kanundaki düzenlemenin yerinde olduğunu savunan görüşe göre; bir kişinin yakınının dövülmesi eylemi ile bizzat kişiye karşı yapılan bir kasten yaralama eylemi arasında fark vardır. Bu farkı gözetken kanun koyucunun farklı hüküm düzenlemesinde herhangi bir isabetsizlik yoktur. Şiddete maruz kalan kimsenin saldırganına hakaret etmesi meşru savunmaya benzer bir durum olup, etki- tepki oranı da gözetildiğinde bunun cezasızlık nedeni olarak m.129 f.2 hükmünde düzenlenmiş olması; yakınının dövülmesinin meydana getirdiği hiddet (öfke) ile hakaret suçunun

869 Özgenç, 2004, s.237; Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu III, s.4052; Ekerbiçer, s.219.

870 Şen, s.571; aksi görüşü savunan Yenidünya/Alşahin, s.79: “5237 sayılı TCK, 129/2 maddesinin uygulanabilmesi için kasten yaralamanın bizzat hakaret suçunun failine veya üçüncü bir kişiye yapılmış olması arasında bir ayırım yapmamıştır”.

871 Açıkgöz, s.220.

işlenmesi durumunda m.129 f.1 hükmünün ve başka bir suç işlenmesi durumunda da m.29 hükmünün uygulanması yerindedir⁸⁷².

Öğretide kanundaki düzenlemeyi eleştiren bir görüşe göre; böyle bir sınırlamanın nedenini anlamak güçtür, çünkü bir kişinin yakınının dövülmesinin meydana getirdiği hiddet (öfke) durumunun, kendisinin dövülmesi durumundakinden daha az olduğu ileri sürülemez. Bu koşullarda TCK m.129 f.1 aracılığı ile ceza hafifletilebilecektir. Ancak böyle bir hafifletmenin TCK m.129 f.2'nin cezayı tamamen kaldıran niteliği karşısında adil olmayacağı açıktır. Bu nedenle, söz konusu hükmün değiştirilmesi gereklidir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin uygulanabilmesi için tahrikin veya etkili eylemin failin kendisine karşı yapılmış olması zorunluluğu aranmamış olup fail yönünden yakını bir kişiye yapılmış olması durumunda da söz konusu hüküm uygulanmaktadır⁸⁷³.

c. Karşılıklı Hakaret

5237 sayılı TCK m.129 f.3'de "Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" şeklinde özel tahrik hükmü düzenlenmiştir.

Uygulamada en sık karşılaşılan durumlardan biri olan karşılıklı hakaret durumunda taraflara ceza indirimi uygulanmasının veya ceza verilmemesinin kabul edilmesinin hukuki dayanağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür:

Öğretide bir başka görüşe göre, karşılıklı tahkirler hafif suçlardır. Ayrıca hakaretler arasında eşitlik vardır. Eşit nitelikteki hafif suçların karşılıklı olarak işlenmesi nedeni ile hukuk failleri cezalandırmak hakkından vazgeçmektedir⁸⁷⁴.

872 Açıkgoz, s.195.

873 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.138.

874 Soyaslan, Özel Hükümler, s.258.

Öğretide ikinci bir görüşe göre ise, karşılıklı tahkir durumunu meşru savunma veya haksız tahrik hâli saymaktadır. Ancak, bu görüş de eleştirilmiştir. Meşru savunmada haksız saldırıyı yapan kişi cezalandırılmakta olduğundan meşru savunma ile açıklanması mümkün değildir. Aynı şekilde haksız tahrikte eğer haksız eylem aynı zamanda suç oluşturuyorsa haksız hareketi yapan kişi cezalandırılır. Oysaki, karşılıklı tahkirde her iki tarafın da cezalandırılmaması söz konusudur.

Öğretide bir görüşe göre, hakaret eylemini ilk gerçekleştiren açısından, mağdurun karşılık vermesi, fail bakımından bir çeşit cezadır, başka cezaya gerek kalmamaktadır. Hakaret hakareti, tahkir tahkiri ortadan kaldırmakta, birbirlerini silmektedir. Bu görüş, Roma Hukuku'ndaki “kötülüğün kötülüğü götürmesi” ilkesine dayanmaktadır.

Kişisel görüşümüze göre; 765 sayılı TCK m.485 f.2’de ve 5237 sayılı TCK m.129 f.3’de yer alan düzenleme ile karşılıklı hakaret suçunu işleyen taraflardan her ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada indirim veya cezasızlık nedeni kabul edilmesi meşru savunma kapsamında değerlendirilemez. Çünkü söz konusu düzenleme ile karşılıklı suçunu işleyenlerin cezalandırılmamasının veya cezasında indirim yapılmasının nedeni, failin eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması itibarıyla cezalandırmaya lâyık olduğu kabul edilmekle birlikte, cezalandırma gereksiniminin ve kınanabilirliğinin önemsenecek kadar azaldığının veya ortadan kalktığı göz önünde bulundurulmasıdır. Bu itibarla 5237 sayılı TCK m.129 f.3’de yer alan düzenleme meşru savunma değil, özel bir haksız tahrik hâlini ifade etmektedir.

5237 sayılı TCK m.129 f.3’de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesi bakımından aranan unsurlar şunlardır:

Karşılıklı olarak işlenen suçların hakaret olması,

İlk hakaret edenin haksız olması,

Hakaretlerin karşılıklı olması,

Eylemler arasında nedensellik bağı bulunmasıdır⁸⁷⁵.

(1). Karşılıklı İşlenen Suçların Hakaret Olması

5237 sayılı TCK m.129 f.3'te yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesinin ilk koşulu işlenen suçların hakaret olması yani hakarete hakaret ile karşılık verilmesidir. Hükmün uygulanabilmesi için her iki suçun da TCK'nın 125. maddesi anlamında "hakaret" suçunu oluşturması zorunludur⁸⁷⁶.

Kendisine hakaret eden kişiye karşı hakaret dışında başka bir suç işleyen failin m.129 f.3 hükmünden yararlanması söz konusu değildir. Bu durumda TCK m.29'da yer alan genel tahrik hükümleri uyarınca işlenen suçtan verilecek cezada indirimle gidilmesi söz konusu olabilecektir. Eğer kişinin, kendisini kasten yaralayan kişiye hakaret etmesi durumu söz konusu ise bu kez m.129 f.2⁸⁷⁷, kendisine haksız eylemde bulunan kişiye karşı hakaret etmesi durumu söz konusu ise m.129 f.1 hükmü uygulanacaktır.

Bu maddenin uygulanabilmesinin ön koşulu, her iki suçun da hakaret suçu niteliği taşımasıdır. İlk suç veya tepki suçu hakaret suçu teşkil etmiyorsa bu madde uygulama alanı bulamaz⁸⁷⁸. Örneğin, hakarete uğrayan kişinin, "Söylenenleri aynen iade ettiğini" söylemesi veya hakaret edene karşı "Saygılı ol" demesi karşılıklı hakaret sayılmaz⁸⁷⁹. Eylemlerde ayniyet gerekmez yani taraflardan birisi somut bir

875 Açıköz, s.196-197.

876 Arısoy, s.188; Özalp, s.96; Yenidünya/Alşahin, s.80.

877 Yenidünya/Alşahin, s.43-93.

878 Kaya, s.116.

879 Centel/Zafer/ Çakmut, 2011, s.252; Tutumlu, s.285; Yargıtay 2 CD 23.05.1984 T, 4963 E- 5566 K sayılı kararı: "...davacının söylenen sözleri sana iade ediyorum biçimindeki ifadesinin onları kabul etmediği anlamına gelip, mukabil hakaret kast ve manasına gelmediği hâlde ıskatı gerektirmeyen eylemden ötürü sanık lehine TCK'nın 485/2.maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir..."; Özalp, s.98, dpn.541: YCGK. 03.07.1972 T, 1972/1-228 E- 265 K sayılı kararı: "...sanığın davacıya hitaben kahvede söylediği sözlerin "anneme kim sövmüş ise ben de aynen iade ediyorum." niteliğinde olduğu 17.12.1970 günlü oturumda yüzleştirilen tanıkların beyanlarından anlaşılmıştır. Bu durumda hakaret niteliğindeki bir sözü sanığın reddetmek amacı

eylem veya bir olgu isnadında bulunur ve diğeri sövmek suretiyle karşılık verir ise yine m.129 f.3 uygulanır⁸⁸⁰. Ancak, her iki suçun hakaret olduğu her durumda bu madde uygulanamayabilir. Örneğin, ilk olarak kasten yaralama suçu işlenmiş, buna karşı hakaret edilmiş akabinde kasten yaralama suçunu işleyen kişi de hakarete hakaretle karşılık vermiş ise burada karşılıklı hakareten söz edilemez. Çünkü ilk hakaret suçu yönünden değerlendirildiğinde, kasten yaralamaya karşı hakaret m.129 f.2 hükmünde düzenlenmiştir⁸⁸¹. İkinci hakaret suçu yönünden değerlendirildiğinde, ilk hakaret edenin haksız olması koşulu gerçekleşmediğinden m.129 f.3 hükmü uygulanamaz.

(2). İlk Hakaret Edenin Haksız Olması

Hükmün uygulanabilmesinin 2.koşulu ilk hakaretin haksız olması yani hukuka aykırı olmasıdır. Hakaretin haksızlığı hukuken koruma görmemesi, yani hakaret edene kanunen veya örf âdet nezdinde o eylemi gerçekleştirme yetkisinin verilmemiş olması demektir⁸⁸².

İlk hakaret eden kişi bir görevi yerine getirmekte veya bir hakkı kullanmakta ise bu kişiye karşılık veren kimse m.129 f.3 hükmünden yararlanamaz. Örneğin, terbiye hakkı sınırları içerisinde oğlunu azarlayan babaya oğlunun hakaret ederek karşılık vermesi durumunda bu hüküm uygulanmaz⁸⁸³.

Bu konuda çözümlenmesi gereken bir sorun da bir milletvekilinin parlamento içinde bir kişiye hakaret etmesi üzerine bu kişinin milletvekiline sözle veya basın aracılığı ile cevap vermesi durumunda bu fıkranın uygulanıp uygulanamayacağıdır. Hakaretin haksız olması ile kovuşturulabilir nitelikte olmasını birbiri ile karıştırmamak gerekir⁸⁸⁴. Mutlak yasama dokunulmazlığı ceza kovuşturması

ile iade ediyorum demesinde, davacının namus ve şöhretine veya vakar ve haysiyetine taarruz kastının bulunduğu kabulüne imkân görülemediği...”.

880 Arisoy, s.188.

881 Açıkgöz, s.222.

882 Kemal **AKGÜNER**: “Karşılıklı Hakaret Müessesesi”, Adalet Dergisi (AD), Y.43, Sayı:6, Ankara, 1952, s.811 (**Akgüner**); Özalp, s.96.

883 Özalp, s.96; Yenedünya/Alşahin, s.80.

884 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001, s.322.

yapılmasına engel olmasına karşın hukuka uygunluk nedeni olmadığından hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu nedenle yasama dokunulmazlığından yararlanan milletvekilinin, milletvekili olmayan başka birine karşı yaptığı hakaret, cezalandırılabilme unsurunun yokluğu nedeniyle kovuşturulamaz ise de hukuka aykırı olma özelliğini korumaktadır. Bu bağlamda, ceza kovuşturmasına engel olan mutlak yasama dokunulmazlığı, milletvekilinin yaptığı eylemin bir tahkir sayılmasına, dolayısıyla da karşılıklı hakarete ilişkin bu maddenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu maddenin uygulanabilmesi bakımından cezalandırılabilme koşullarının gerçekleşmesi gerekmediği gibi, tarafların şikayetçi olması koşulu da aranmaz⁸⁸⁵.

(3). Hakaretlerin Karşılıklı Olması ve Aralarında Nedensellik Bağı Bulunması

Yapılan hakaretlerin karşılıklı olması ve aralarında nedensellik bağı bulunması bu fıkranın uygulanabilmesinin son koşulu ve en önemli özelliğidir⁸⁸⁶. Mağdurun haksız hakaretine fail, hakaret eylemi ile karşılık verdiğinde üçüncü koşul tamamlanmış olur⁸⁸⁷. Karşılıklı hakaret özel tahrik hükmünün uygulanabilmesi bakımından her iki tarafın birbirlerine karşı TCK m. 125 anlamında “hakaret” suçunu işlemeleri zorunludur⁸⁸⁸.

Hakaretin karşılıklı olduğundan söz edebilmek için, ilk hakaret kime karşı işlenmiş ise, karşı hakaretin de o kişi tarafından işlenmesi gerekir⁸⁸⁹. Hakarete karşılık veren kimse, ilk hakaret failinden başkasına hakaret etmiş ise hakaretin karşılıklı olduğundan söz edilemez. Karşılık veren kimse, kendisine hakaret edenden başkasını tahkir etmiş ise, bu üçüncü kişinin ilk hakareti yapan kişi ile çok yakın olması durumunda yararlanabilecektir. Örneğin, karısının veya oğlunun hakaretine

885 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.38-39.

886 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.39.

887 Parlar/Hatipoğlu II, s.2054.

888 Açıkgöz, s.223.

889 Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.211; Özalp, s.97; Yenidünya/Alşahin, s.81.

maruz kalan kişinin, kadının kocasına veya çocuğun babasına hakaret etmesi durumunda karşılıklı hakaret söz konusu olacaktır⁸⁹⁰.

Hükmün uygulanabilmesi bakımından tarafların karşılıklı olarak hakaret etmeleri gerektiğinden üçüncü bir kişinin hakarete maruz kalan adına karşılık vermesi durumunda karşılıklı hakaret söz konusu olmaz. Fail, ancak bu üçüncü kişinin hakarete maruz kalan ile çok yakın akrabalık ilişkisi bulunduğu durumlarda karşılıklı hakaret hükümlerinden yararlanabilecektir⁸⁹¹. Nitekim İtalyan Yargıtay'ı⁸⁹², babaya yönelik hakarete oğul tarafından karşılık verilmesi durumunda karşılıklı tahkirin bulunduğunu kabul etmiştir.

Kural olarak üçüncü bir kişi tarafından yapılan hakaret "karşılıklı hakaret" oluşturmayacağından m.125 f.3 hükmü uygulanamaz. Buna karşın, mağdur faile dolaylı olarak hakarete (vasıtalı hakarete) bulunmuş ise bu durumda karşılıklı hakaret söz konusu olabilecektir⁸⁹³. Yargıtay da bir içtihadında⁸⁹⁴ "Bir kadına kocası hakkında söylenen tahkir edici sözlerin kocaya olduğu kadar karıya da hakaret teşkil edeceğini ve karşılıklı hakaret olacağını" karar vermekle, dolaylı hakaretlerde de karşılıklı hakareti kabul etmiştir⁸⁹⁵. Yine Yargıtay bir içtihadında, mağdurun kanunlar nezdinde ortak toplumsal bir değer olarak korunan Atatürk'e söven eylemleri nedeni ile fail yararına TCK m.129 f.3 hükmünün uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁸⁹⁶.

Karşılıklı hakaret bakımından ilk fail birden fazla kişiye hakaret etmiş ise hükmün niteliği gereği, tahkir edilenlerden biri karşılık vermiş ise ilk failin cezası kaldırılmayacak ve karşılık veren kişi m.129 f.3 hükmünden yararlanacaktır⁸⁹⁷.

890 Özen, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri", s.38-40.

891 Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.227; Erman/Özek, s.329; Çam, s.104.

892 Erman/Özek, s.329; Özen, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri", s.39, dñn.49.

893 Açıkgöz, s.224; Çam, s.104.

894 Açıkgöz, s.199; Yargıtay 4.C.D 14.12.1949 T, 12289 E- 12826 K sayılı kararı.

895 Akgüner, s.812.

896 Özalp, s.97; Yargıtay 4.C.D 03.02.1997 T, 441 E- 691 K sayılı kararı.

897 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.125.

Karşılıklı hakaretin yaşayan kişiler arasında olması gerekir. İlk hakaret eden öldükten sonra buna karşılık verilmesi durumunda, karşılıklı hakaret söz konusu olmaz. Çünkü verilen karşılık artık yaşamayan kişinin hatırasına yöneltilmiş demektir. Bu durumda da karşılıklı olma koşulunun gerçekleştiğinden söz edilemez⁸⁹⁸.

Karşılıklı hakaretlerin aynı şekilde gerçekleşmesi gerekmez⁸⁹⁹. Örneğin, hakaretlerden birinin yazı, resim, cep telefonu mesajı, mail gibi araçlarla, diğerinin sözlü olarak yapılması hükmün uygulanmasına engel değildir⁹⁰⁰.

Karşılıklı hakarete ilişkin bu maddenin uygulanabilmesi için tahkirler arasında bir oran bulunması zorunluluğu yoktur. Bunlardan birinin hakaret diğerinin sövme olması arasında fark bulunmadığı gibi, kullanılan sözcüklerin ifade ettiği tahkirin gerek sözcükler gerekse ağırlık ve yoğunluk bakımından aynı olması da gerekmez. Bu nedenle bir sözcük ile yapılan hakarete karşı birçok cümleden oluşan hakaretle karşılık vermek mümkün olduğu gibi, değer yargısı bakımından birinin diğerinden daha ağır ya da yoğun olması da karşılıklılığı etkilemez. Nitekim Yargıtay bir kararında “hakaretin karşılıklı olması için iki hakaretin aynı şekilde ve derecede olmasının zorunlu olmadığını” kabul etmiştir⁹⁰¹. Hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için aynı zaman ve mekânda yapılması zorunlu değildir⁹⁰². Örneğin; mekândan ayrılmasından sonra arkasından hakarete maruz kalan failin bunu öğrendikten sonra karşılık vermesi hâlinde hakkında bu fıkra hükmü uygulanacaktır⁹⁰³.

Hakaretin “karşılıklı” sayılması için söz konusu iki hakaret arasında bir ilişki ve nedensellik bağı olmalıdır⁹⁰⁴. Buna göre ikinci hakarete ilk hakaretin yol açmış

898 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.41-42; Erem, s.57-58; Özalp, s.98.

899 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001, s.322.

900 Tutumlu, s.99; Özalp, s.98.

901 Çam, s.104; Çetin, s.123- 124; Yargıtay 2.CD 26.10.1960 T, 7391 E- 9568 K sayılı kararı.

902 Parlar/Hatipoğlu II, s.2054; Çam, s.104.

903 Ekerbiçer, s.223.

904 Soyaslan, Özel Hükümler, s.257.

olması gerekir. İki hakaret arasında karşılıklılık unsuru yoksa bu madde uygulanamaz⁹⁰⁵. Örneğin, failin ilk hakaretine kızmayıp daha önceden aralarında geçen başka bir nedenden dolayı hakaret eden kişi açısından hakaretin karşılıklı olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu durumda hakaretler yakın zamanlarda olsa bile aralarında nedensellik bağı bulunmadığından “karşılıklı hakaret” kabul edilemeyecektir.

Hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için aynı zaman ve mekânda yapılması zorunlu değildir⁹⁰⁶. Hakaretin gıyapta (yoklukta) gerçekleşmesi durumunda da karşılıklı hakareten söz edilebilir⁹⁰⁷. Örneğin; kişinin bir mekândan ayrılmasından sonra arkasından hakarete maruz kalan kimse bunu öğrendikten sonra karşılık vermesi hâlinde de bu fıkra hükmü uygulanacaktır⁹⁰⁸.

Karşılıklı hakaretler arasında zaman farklarının bulunup bulunmayacağı bakımından gerek öğretide ve gerekse uygulamada “karşılıklı hakaretlerin aynı zamanda ve derhal gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı” yönünde görüş birliği bulunmaktadır⁹⁰⁹.

İki hakaretin karşılıklı olması koşulunu arayan kanun, ikinci hakaretin “derhal” gerçekleşmesi koşulunu aramamıştır. Başka bir anlatımla kanunda karşı hakaretin yapılması bakımından bir zaman sınırlamasına yer verilmemiştir. Bu nedenle de karşılıklı hakaretlerin aynı zamanda yapılması zorunlu değildir. Karşılığının aynı zamanda ve derhal gerçekleşmesi olanaksız görülen durumlarda aradan zaman geçmesi nedeni ile bu hükmün uygulanmasından kaçınmak doğru değildir⁹¹⁰. Hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için, yüze karşı yapılan hakaretlerde, hakaretin mümkün ise derhal, yüze karşı olmayan hakaretlerde ise hakaret öğrenilir öğrenilmez yapılması gerekir⁹¹¹. Gıyapta veya basın yayın yoluyla işlenen hakaret suçlarında

905 Erem/Toroslu, s.553.

906 Parlar/Hatipoğlu II, s.2054; Çam, s.104.

907 Arısoy, s.188-189.

908 Ekerbiçer, s.223.

909 Erman/Özek, s.329; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001, s.322; Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.40.

910 Erem/Toroslu, s.553; Arısoy, s.188-189; Özalp, s.98; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001, s.321.

911 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.321.

derhal karşılık verilmesi mümkün olmadığından, mağdurun bunu öğrenmesinden sonra karşılık vermesi hâlinde de hakaret karşılıklı sayılacaktır⁹¹². Burada önemli olan makûl bir zaman içerisinde gerçekleşen ikinci hakaret ile birinci hakaret arasında nedensellik bağının bulunması yani ikinci hakarete birinci hakaretin “sebebe” olmasıdır⁹¹³. Yüze karşı hakaret söz konusu olduğunda da çeşitli nedenlerle derhal ve o anda karşılık verilmesi mümkün olamayabilir. Örneğin, bir toplulukta yapılan hakarete görgü kuralları gereği karşılık verilmemiş, “karşılık hakaret” dışarı çıkıldığında veya kalabalığın dağılmasından sonra yapılmış olabilir. Bu maddeden yararlanabilmek için makûl sayılabilecek bir sürenin geçmemiş olması ve nedensellik bağının korunması⁹¹⁴ koşulu ile karşı hakaretin engelin kalktığı ilk anda gerçekleşmesi yeterlidir.

Yargıtay uygulamalarında, kanunda zaman kaydı bulunmamakla birlikte “karşılıklı” sözcüğünün sözlük anlamı gereği, yüze karşı hakarete karşılığın derhal verilmesi gerektiği, gıyapta (yoklukta) olan hakarete ise, karşılığın derhal verilmesi olanağı bulunmadığından mağdurun “öğrenme”sinden sonra karşılık verilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir⁹¹⁵. YCGK bir kararında⁹¹⁶, gıyapta hakaret hâlinde karşılıklı hakaret hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından iki hakaret arasında nedensellik bağı kalkmayacak kadar kısa bir sürede karşı hakaretin gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamıştır. YCGK bir başka kararında⁹¹⁷ “Mağdurun bir gün sonra yaptığı hareketinin bağımsız bir suç olduğuna, bu hakaretin bir gün önceki hakarete karşılık teşkil etmeyeceğine ve cezanın m.485 ile ıskatına karar verilmesinin yolsuz olduğuna” karar vermiştir.

912 Erem/Toroslu, s.553; Arısoy, s.188-189; Özalp, s.98; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001, s.321.

913 Tutumlu, s.300; Özalp, s.98.

914 Arısoy, s.188-189.

915 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.40.

916 Savaş/Mollamahmutoğlu, s.4839: YCGK 27.03.1972 T., 2-114 E.- 151 K. sayılı kararı: “tahkirin karşılıklı sayılabilmesi için iki hakaret arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Bu nedenle, gıyapta yapılan hakareten, iki hakaret arasındaki illiyet bağı kalkmayacak kadar kısa bir sürede vuku bulan hakaretin de karşılıklı sayılması gerekir”

917 Açıkgoz, s.200: YCGK 13/12/1948 T., 4/202 E.- 220 K. sayılı kararı.

Bu konu ile ilgili olarak çözümlenmesi gereken bir başka sorun da bu maddenin uygulanabilmesi için, karşılıklı hakarete maruz kaldığını iddia eden tarafın dava açmış olmasının gerekip gerekmediğidir:

Öğreti ve uygulamadaki görüşler arasında fark bulunmamakta olup ortak görüş dava açılmış olması gibi bir koşul aranmasıdır. Öğretiye göre, kanundaki düzenleme sadece tahkirlerin karşılıklı olmasını aramakta şikâyetlerin veya davaların karşılıklı olması koşulunu aramamaktadır. Yargıtay da “Karşılıklı hakaret hükmünün uygulanabilmesi için iki tarafın birbirini kötölemesi yeterlidir. Ayrıca ... öteki tarafın dava açması zorunlu değildir” şeklindeki kararı ile bu görüşü benimsemiştir⁹¹⁸.

Karşılıklı hakaret durumlarında tarafların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı cezalandırılacaksa hangisinin cezalandırılacağı veya hangisinin cezasından indirim yapılacağı konuları hâkimin takdirindedir. Mahkeme hâkimi somut olayın niteliğine göre takdir yetkisini kullanarak aşağıdaki kararlardan birini⁹¹⁹ verebilecektir:

Karşılıklı hakaretin olduğu sonucuna varan hâkim mutlaka cezada indirim yapmak veya ceza vermektен vazgeçmek zorunda değildir⁹²⁰.Taraflardan her ikisi veya biri hakkında vereceği cezayı üçte birine kadar indirebileceği gibi, her ikisi veya biri hakkında ceza vermektен de vazgeçebilir⁹²¹.

Hakaret suçunun karşılıklı işlenmesinde, ilk hakaret edene, karşı taraf tepki olarak hakaret etmiş ise, ikinci hakaret eden fail hakkında ceza indirimine veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verebilir. Ancak, hâkim karşılıklı hakaret suçunu işleyenlerden sadece bir tarafın cezasını indirecek veya bir kişiye ceza vermektен vazgeçecek ise, bu kişinin ilk hakaret eden değil, uğradığı hakarete tepkide bulunarak hakaret eden karşı taraf olması gerekir. Karşılık verenin hakareti ilk hakarete oranla

918 Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, s.41; Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), Y.1978-Temmuz, s.1188: YCGK 13.12.1976 T, 505 E- 526 K sayılı kararı.

919 Şen, s.573.

920 Arısoy, s.189,

921 Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, s.366.

daha ağır ise sadece ilk hakaret eden kişinin cezasında indirimle gidilebilir veya bu kişiye ceza vermektan vazgeçilebilir⁹²².

Şayet haksız eyleme maruz kalan kişi, duyduğu tepki nedeni ile sadece o an için hakaret etmekle kalmayıp, olayın devamında da hakarete bulunmayı sürdürmüş ise, diğer tarafça yapılan karşılık hakaretin m.129 f.3 kapsamında incelenmesi mümkün olabilecektir. Yargılamayı yapan hâkim somut olayın özellikleri ile hakaret eylemlerinin icrasına kimin neden olduğunu incelemeli ve buradan ulaştığı sonuçlara göre kararını vermelidir⁹²³.

B. Askeri Ceza Kanunu'nda Tahrik Hâlleri

a. Genel Bakış

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (As.CK) 'nun "Askeri İtaat ve İnkıyadı Bozan Suçları" düzenleyen 3. Bap, 5. Fası, 92. Maddesinde: "Bir amir veya mafevk (üst), askeri nizamlara ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak yahut makam ve mevkiinin salâhiyetini tecavüz etmek suretleriyle madunu (astını) tahrik eyler ve madun bu tahrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91. Maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesine göre madunun (astın) cezası hafifletilir. Birinci fıkradaki tahriki yapanlar, tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118. Maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır" şeklinde düzenleme ile haksız tahrik nedeni ile astın işlediği bazı suç türlerinde cezanın indirim koşul ve şekilleri düzenlenmiştir⁹²⁴.

1632 sayılı As.CK 'da haksız tahrik kurumu cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmiş, ancak TCK'ndan farklı olarak her suçta uygulanabilir genel bir indirim nedeni olarak değil, sadece ast tarafından işlenmiş belirli suçlar için hafifletici neden sayılmıştır⁹²⁵.

922 Arısoy, s.189; Yenidünya/Alşahin, s.81.

923 Arısoy, s.189,

924 Açıkğöz, s.227.

925 Sahir **ERMAN**: Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7.Bası, (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983), s.175 (**Erman, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul**).

Astin üste karşı tahrik nedeni ile amire ve mafevka (üste) hürmet etmemek (m.82), bilerek doğru söylememek (m.83), yalan yere veya usulsüz şikâyet (m.84), amir ve mafevkine (üstüne) hakaret etmek (m.85), itaatsizlik (m.86), itaatsizlikte ısrar (m.87), toplu asker karşısında veya hizmetten savuşmak için veya silahlı yapılan itaatsizlik (m.88), büyük zararlar veren itaatsizlik (m.89), mukavemet (m.90), amire ve mafevka (üste) fiilen taarruz etmek (m.91) suçlarından birini işleme durumunda TCK'nın genel tahrik hükmüne göre cezasına indirim uygulanacağı öngörülmüştür⁹²⁶.

1632 sayılı As.CK'nın tahrik ile ilgili bu maddesi, 1 Eylül 1969 tarihli değişiklik ile cezanın hesaplanması kuralı olarak düzenlenerek, hâkime tahrikin olduğu durumlarda, cezayı alt sınırdan verme hakkı tanınmıştır⁹²⁷.

Maddenin gerekçesinde "Türk Silahlı Kuvvetleri'ndeki disiplin anlayışının bir gereği ve hiyerarşik ilişkilerde bazı suç türlerinin karakteri de göz önüne alındığında durumun gerektirdiği zorunluluğun bir sonucu olarak düzenlendiği" ifade edilmiştir. Öğretide, As.CK'nın 92/1 Maddesinde, 765 sayılı TCK'nın 272, 462 ve 485 Maddelerinde olduğu gibi belirli suçlar hakkında uygulanabilen özel bir haksız tahrik hükmüne yer verildiği belirtilmektedir⁹²⁸.

1632 sayılı As.CK'daki haksız tahrik kurumunun 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde düzenlenen haksız tahrik kurumu ile düzenleniş şekli ve içerik yönünden aralarında önemli farklılıklar vardır⁹²⁹.

926 Bkz. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu.

927 Duran, s.273.

928 Açıkgöz, s.228.

929 Ekerbiçer, s.224.

**b. Askeri Ceza Kanunu 92. Maddesindeki
Özel Tahrik Hâli**

(1). Üstün Haksız Bir Eylem İle Astı Tahrik Etmesi

1632 sayılı As.CK'nın 92. Maddesinin uygulanmasının ilk koşulu, bir amir veya üstün askeri kurallara aykırı hareket etmek veya makam ve mevkiinin yetkisini aşmak sureti ile astını tahrik etmesidir.

Bu eylem As.CK'nın 92. Maddesinde "Askeri nizamlara ve askeri kaidelere aykırı muamele" şeklinde belirtilmiştir. İç Hizmet Kanunu'nun 5. Maddesinde "askeri nizamın ne olduğu" belirtilmiştir. Buna göre, askeri nizam; tüzükler, kararname, yönetmelikler, talimatnameler ve talimat hükümleridir. "Askeri kaideler" ifadesi ise yazılı ve yazılı olmayan askeri kuralları kapsamaktadır⁹³⁰. As. CK'nın 92. Maddesinde kast edilen, kanunlara, genel emirlere, nizamnamelere, talimatnamelere, askeri örf ve âdete aykırı olarak gerçekleştirilen eylemlerdir⁹³¹.

Tahrik edici eylemin mutlaka faile yönelik olması gerekmez, failin arkadaşına, yakınına, üstüne yönelebilecek eylemler de tahrik kapsamında değerlendirilir⁹³².

Öğretide As.CK'nın 92/1. Maddesinde, 765 sayılı TCK'nın 272, 462 ve 485. Maddelerinde olduğu gibi belirli suçlar hakkında uygulanabilen özel bir haksız tahrik hükmüne yer verildiği belirtilmektedir⁹³³.

Maddenin özel kısımda düzenlenmesi ve maddede belirli suçların sınırlı olarak sayılması itibariyle, As.CK'nın 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91. Maddelerinde yazılı suçlar dışında Askeri Mahkemelerde görülen suçların faillerinin haksız tahrik

930 Erman, s.216; Özalp, s.101.

931 Cihan **KOÇ**, Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu, (Ankara, 2005), s.465 vd. (**Koç**)

932 Açıkğöz, s.228: Askeri Yargıtay 20.11.1958 T., 58/3277 E- 58/4361 K sayılı kararı" Tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın nefesine veya akrabasına karşı tevcih şart olmayıp, herhangi bir şahsa karşı vukuu da insanda elem ve teessür uyandırabileceğinden, sanığın bu tesir altında hareket ettiğinin mahkemece kabulü hâlinde haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğine" karar vermiştir.

933 Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri, s.73.

indiriminden yararlanıp yararlanmayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur. Bu hususta As.CK'nın 92. Maddesi dışında kalan suçlarda haksız tahrikin nasıl uygulanacağı konusunda "Cezaya ehliyet veren ve bunu kaldıran veya hafifleten sebeplere dair TCK 1. Kitap 4. Bap' ta yazılı hükümler, bu kanunda hilâfi yazılı olmadıkça askeri cezalar hakkında da mer'idir" düzenlemesini içeren As.CK'nın 44. Maddesi önem taşımaktadır. Bu maddedeki atıf nedeni ile As.CK'nın 92. Maddesi kapsamı dışında kalan diğer askeri suçlarda TCK'nın 29. Maddesi uygulanacaktır⁹³⁴.

Nitekim Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun bir kararında⁹³⁵ As.CK'da haksız tahrik hâlinin sadece 92. Maddede yazılı durumlara ve suçlara özgü kabul edilemeyeceğine, bunun dışında bir üst veya amirinin haksız bir tahriki sonucunda ruhunda meydana gelen gazap veya şedit bir elemin etkisi ile herhangi bir suç işleyen ast hakkında da 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesinin (5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinin) uygulanması gerektiğine işaret eden yerleşik kararları ile uygulama istikrar kazanmıştır⁹³⁶. Başka bir anlatımla, As.CK'nın 92. Maddesinde yazılı koşullar dışında kalan diğer durum ve olaylar nedeni ile kanuni koşullar gerçekleştiği takdirde As.CK'nın 44. Maddesi hükmü ile yapılan atıf nedeni ile TCK m.29'daki genel haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekmektedir. As.CK'da üstün asta karşı işlemiş olduğu eylemler için özel bir haksız tahrik hükmü düzenlenmediği gibi, astın tahriki sonucu suç işleyen üst ile ilgili suç sınırlaması da bulunmamaktadır⁹³⁷.

As.CK'nın 92. Maddesindeki haksız tahrik hükmünden astın yararlanabilmesi için haksız eylemin "ast" tarafından "üste" karşı işlenmesi gerekmektedir. Tahrik oluşturan eylem ast tarafından üste karşı işlenmiş ise As.CK'nın 92. Madde hükmü uygulanamaz, bu durumda genel hüküm olan 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi uygulanır. Üst ve amirin tahrik eyleminin askerlik hizmeti ve işlemleri ile ilgisi

934 Duran, s.275.

935 Açıkgöz, s.229; Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 19.03.1965 T, 32 E- 41 K sayılı kararı için bkz. Hulusi ÖZBAKAN, Askeri Ceza Kanunu, (Ankara, 1984), s.215 (Özbakan).

936 Duran, s.274.

937 Orhan ÇELEN, Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu, 1. Baskı, (Ankara: Cantek Matbaacılık, 2010), s.678 (Çelen); Açıkgöz, s.229.

yoksa örneğin karısına, kızına ve namusuna yönelik sözler sarf etmesi durumunda yine genel haksız tahrik hükmü olan TCK'nın 29. Maddesi uygulanmalıdır⁹³⁸.

Üst veya amir tarafından işlenen eylemin hukuka uygun olması durumunda eylemin haksızlığından söz edilemeyeceğinden As.CK'nın 92. Maddesi uygulanmaz. Örneğin, As.CK'nın 119/3. Maddesine göre, mafevkin (üstün) hizmet ve askerliğe dair kusur ve hatalarından dolayı madunun (astın) tenkit ve kınaması hakaret sayılmaz. Bu görevi yerine getiren, başka bir anlatımla, astın hizmet ve askerliğe dair kusur ve hatalarından dolayı eleştiren üstün bu hareketi haksız sayılmayacağı için, bu sözlere muhatap olan ast 92. Maddesindeki suçlardan birini işlerse cezası anılan madde uyarınca indirilmeyecektir⁹³⁹.

Buna göre; As.CK'nın 92. Maddesinde yazılı suç işlendiğinde, bu madde delaleti ile TCK'nın 29. Maddesi uygulanacak, bu maddede gösterilmeyen bir suç işlendiği takdirde ise, As.CK'nın 44. Maddesindeki atıf dolayısı ile yine TCK'nın 29. Maddesi uygulanacaktır⁹⁴⁰. Hükmün uygulanabilmesi için üstün eylemi "haksız" olmalı, ast bu haksız eylem nedeni ile üste yönelik belirtilen suçlardan birisini işlemiş olmalıdır⁹⁴¹.

938 Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.228; Abban, s.139-140; İzmir, s.94; Özalp, s.103.

939 Özbakan, s.215: "...sanığın, olay günü sabahı, mağdurun kedisine küfür ve hakaret ettiğine ilişkin somut iddiasının, savunma tanığı tarafından doğrulanmadığı, silahlı kuvvetlerde rütbe sahibi olan mağdurun, şahsi dolabını sanığa temizletmesi, elbisesini ütöletmek üzere terzihaneye göndermesi gibi, erleri hizmetçilikte kullanma aşamasına varmayan davranışlarının, askeri nizamla ve askerlik kaidelerine aykırı yahut makam ve mevkiinin salahiyetini tecavüzü niteliğinde telakki edilemeyeceği" yönündeki Askeri Yargıtay Daireler Kurulu (AY.DK) 13.07.2006 T, 2006/160 E- 2006/160 K sayılı kararı.

Özbakan, s.215: "...devriye çavuşluğu görevini sürdüren mağdurun, nöbet listesinin eline geç ulaşmasından dolayı, sanıktan nöbeti devralacak T.D.'yi, nöbet mahalline 15-20 dakika gecikmeli olarak getirdiği anlaşılmakta ise de tamamıyla birlik nöbetçi subay ve astsubayının tasarrufunda cereyan eden bu işlemler nedeniyle mağdura herhangi bir kusur izafe edilemez. Askeri hizmetin icrası esnasında ortaya çıkması mümkün ve muhtemel olan bu gecikmenin sebebinin, mağdurun haksız nitelikte bir hareketine dayandırılması ve bu durumun sanık lehine haksız tahrik sebebi kabul edilmesi 5237 sayılı TCK'nın 29'uncu maddesine uygun düşmemektedir..." yönündeki AY.DK 01.12.2005 T, 2005/109 E- 2006/103 K sayılı kararı.

940 Açıkgoz, s.232.

941 İzmir, s.95.

(2). Astın Kanunda Sayılan Suçlardan Birini İşlemesi

Maddenin uygulanmasının ikinci koşulu, astın belirtilen tahrik nedeni ile üstüne karşı As.CK'nın 92. Maddesinde sayılan suçlardan birini işlemesidir. Maddede sayılan suçlar “askeri itaat ve inkıyadı bozan” ve “sırf askeri suç” niteliğinde olup şunlardır:

- m. 82: Amire ve Üste Hürmetsizlik ve Tehdit
- m. 83: (Mülga) Bilerek Doğruyu Söylememek
- m. 84: Yalan Yere Veya Usulsüz Şikâyet Etmek
- m. 85: Amir veya Üste Hakaret Etmek
- m. 86: (Mülga) İtaatsizlik
- m. 87: Emre İtaatsizlikte Israr
- m. 88: Silahlı İken veya Hizmetten Savuşmak İçin Yapılan İtaatsizlik
- m. 89: Büyük Zararlar Veren Emre İtaatsizlik
- m. 90: Amir veya Üste Mukavemet
- m. 91: Amir veya Üste Fiili Taarruz

Maddenin uygulanması için astın üstüne karşı kanunda tek tek sayılan bu suçlardan birini işlemiş olması gerekir. Genel haksız tahrik hükmünün koşullarından olan astın hiddet veya şiddetli eleme kapılması durumu burada düzenlenmemiştir. Ancak, astın tahrike kapılmasından, TCK'nda olduğu gibi hiddet ve şiddetli eleme kapılması yani buhran hâli anlaşılmalıdır. Tepki eyleminin işlenmesi faildeki hiddet veya şiddetli elemin sonucu olmalıdır. Bununla birlikte madde metnindeki tahrik sonucu işlenen tepki suçunun "hemen" işlenmiş olması koşulu askeri disiplinin hemen sağlanabilmesi ve astın hiddetinin (öfkesinin) devam etmesine önem verilmediğinin amaçlandığını gösterir⁹⁴².

942 İzmir, s.93.

(3). Haksız Eylemin Failde Hiddet veya Şiddetli Eleme Neden Olması

As.CK' nın 92. Maddesinde, bu koşuldan yani suçun hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesinden söz edilmemiştir. Her ne kadar bu konuda madde de bir açıklık yoksa da tahrikin özünde bulunan bu koşulun 92. Madde açısından da aranması gerekir⁹⁴³. Nitekim Askeri Yargıtay Daireler Kurulu bir kararında⁹⁴⁴ ‘...As.CK'nın 92/1. Maddesi ile atıf yapılan TCK'nın 29. Maddesi gereğince, haksız bir tahrikin husule getirdiği hiddet ve şiddetli elemin tesiri altında suç işleyen şahsın cezası, maruz kalınan tahrikin derecesine göre bir nispet dairesinde indirilecektir. Mezkûr maddenin uygulanabilmesi için...haksız fiilin bir gazap veya şiddetli elem husule getirmiş olması ve bundan meydana gelen tepki ile tahrik eden şahsa karşı, bir suç işlenmiş olması lazımdır...’ şeklinde karar vermiştir. Kaldı ki As.CK'nın 92. Maddesinin TCK'nın 29. Maddesine yaptığı atıf nedeni ile, askeri suçlarda da bu koşulu aramak gereği doğmuştur.

(4). Tepki Suçunun Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi İle İşlenmesi

As.CK'nın 92. Maddesinde, astın maddede belirtilen tepki suçlarını haksız eylemden hemen sonra işlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu tahrik hükmünün uygulanabilmesi bakımından tepki suçunun, haksız eylemden hemen sonra, derhal işlenmesi zorunlu değildir⁹⁴⁵. Hemen sözcüğü kullanılmakla birlikte haksız eylemin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi devam ettiği sürece hükmün uygulanması gerekir. Nitekim Askeri Yargıtay Daireler Kurulu bir kararında⁹⁴⁶ ” As.CK'nın 92. Maddesinde yazılı 'hemen' terimi, 'derhâl, vakit geçirmeden, çabucak' gibi anlamları ifade etmekte ise de, uyum ve kararlılık gösteren Askeri Yargıtay kararlarından bunun 'hemen arkasından' veya 'o anda' şeklinde anlamamak gerektiği, 'hemen' sözcüğünün maruz kalınan haksız tahrikin doğurduğu öfke ve elem ortadan kalkmadan suçun işlenmesi şeklinde değerlendirilmesi, değerlendirmede kişinin ruhsal yapısının ve olayın özelliğinin göz

943 Özalp, s.104; Erman, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, s.217.

944 Özbakan, s.217: AY.DK 16.12.1966 T, 1966/99 E- 1966/99 K sayılı kararı.

945 Çelen; s.678; Özbakan, s.215; Erman, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, s.218.

946 Özbakan, s.217: AY.DK 13.07.2006 T, 2006/160 E- 2006/160 K sayılı kararı.

önünde bulundurulmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir...” şeklinde karar vermiştir.

SONUÇ

“Ceza Hukukunda Haksız Tahrik” konulu tezimizde öğretilerdeki görüşlerden ve Yargıtay içtihatlarından yararlanılarak incelenen ve açıklanan “haksız tahrik” konusunda ulaşılan sonuç ve değerlendirmeler kapsamında şunları söyleyebiliriz:

Modern Ceza Hukuku, sadece işlenen suç değil, suçun işlenmesinde etki eden nedenleri, failin kişiliğini, kişinin davranışlarının temelini oluşturan ruh hâlini ve eylemin işleniş şeklini de göz önünde bulundurmaktadır. Çünkü suçtan söz edebilmek için failin haksız bir eylemi gerçekleştirmesi ve maddi nedensellik bağının kurulması yeterli olmayıp ayrıca suçu oluşturan eylem ile fail arasında psikik bir bağın da bulunması gerekmektedir. Günümüzde ceza hukukunda cezalandırmada benimsenen ölçü failin kusuru ölçüsünde cezalandırılmasıdır. Bu anlayışın bir sonucu olarak, kanun koyucu bazı koşullarda ceza sorumluluğunda failin kusurluluğunu azaltan indirim kurumlarını benimsemiştir.

Ceza hukukunun insan psikolojisine verdiği önemin bir sonucu olarak, dıştan gelen bir etkinin kişiyi sürüklediği ruhsal duruma hukuken değer verilmesi nedeni ile haksız tahrik altında suç işleyen failin cezası indirilmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın Birinci Kitabı'nın İkinci Bölümü'nde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında m.29 hükmünde "Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi" şeklinde kaleme alınan haksız tahrik kurumu, failin irade (isteme) unsuru üzerine etkili olan bir faktör olarak kusurluluğu azaltan fakat tamamen ortadan kaldırmayan bir neden olarak düzenlenmiştir.

Ceza hukukunun en çok karşılaşılan indirim kurumlarından biri olan haksız tahrik öğretide psikolojik, hukuki ya da her ikisinin esas alınmasına göre değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Uygulama hukuku yönünden Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 765 sayılı TCK dönemindeki kararlarında "Ceza hukuku bakımından bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesi" veya "failin, haksız bir eylemin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesi" şeklinde, 5237 sayılı TCK dönemindeki kararlarında "Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir eylemin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalma" şeklinde tanımlanmıştır.

Kişisel görüşümüze göre; haksız tahrik, haksız bir eylem nedeni ile failin suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dıştan gelen etkinin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi hâlinde kusurluluğun azalması yönünde suça etki eden kişisel, sübjektif ve kanuni bir indirim nedenidir.

Kanun dili olması, öğretide ve uygulamada yaygın kullanımı, kışkırtma sözcüğünün azmettirme veya teşvik etme kavramları ile karışıklığa elverişli olması nedeni ile "kışkırtma "değil, "haksız tahrik" sözcüğünün kullanılmasının daha isabetli olacağı görüşüdeyiz.

Haksız tahriki, bir kişinin başka bir kişiyi suç işlemeye sevk veya teşvik etmesi anlamında olan ve iştirak şekillerinde bulunan teşvik veya azmettirme ile ve yine ceza kanununda düzenlenen suç işlemeye tahrik ile karıştırmamak gerekir.

Suçta tahrik suçu ile haksız tahrik arasında içerik ve anlam bakımlarından çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 3. Kısım 5. Bölümü'nde "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığı altında 214, 215, 216, 217 maddelerinde yer alan "tahrik" sözcüğü bir kimseyi suç işlemeye veya kanunlara uymamaya ya da kin ve düşmanlığa sevk veya teşvik anlamlarını ifade etmektedir. Haksız tahrik durumunda tahrik edenin suça itme amacı olmadığı, tahrik ettiği kişinin harekete geçip suç işleyeceğini önceden öngörmediği, eylemini bilerek ve isteyerek yapmakla birlikte suç işlenmesine bilerek ve isteyerek neden olmadığı hâlde suça tahrik suçlarında, tahrikçi, tahrik edilenlerde amacı doğrultusunda bir irade oluşturmayı hedeflemektedir. Başka bir fark da haksız tahrikte kural olarak suç tahrik eden kişiye karşı işlendiği hâlde, suça tahrik suçunda tahrik eden, belirsiz kişileri ya da yığını suça itmek suretiyle topluma ve diğer kişilere karşı suç işlemektedir.

Haksız tahrik, iştirak şekillerinden olan azmettirme ve teşvik etmeden de farklı anlam taşımaktadır. Azmettirmede azmettiren ile azmettirilen kişilerin, teşvik etmede de teşvik eden ile teşvik edilen kişilerin iradeleri birbirleri ile uyularak belirli bir suç işlenmekte iken, haksız tahrikte tahrik eden ile tahrik edilen birbirleriyle karşı karşıya bulunmaktadır. Kanun koyucu tarafından, tahrik suçlarında, iştirak şekillerinde düzenlenen teşvik veya azmettirmede tahrik edenin cezalandırılacağı kabul edilmesine karşın, haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen failin ceza sorumluluğunun azaltılması düzenlemesi getirilmiştir.

Haksız tahrik kurumunun düzenlenişine ilişkin usullerden birisi kanun maddesinin ceza kanunlarında düzenleniş yeri, diğeri ise ceza sorumluluğuna olan etkisine yönelik izlenen yöntem bakımından yapılan ayırmadır.

Haksız tahrikin düzenlenişine ilişkin usullerden düzenleniş yeri bakımından dört farklı sistem bulunmaktadır: Birinci sistemde, haksız tahrik, ceza kanununun genel hükümler kısmında ayrı bir madde hâlinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesi, 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi de bu sisteme örnek gösterilebilir. İkinci sistemde, haksız tahrik yine genel hüküm olmakla birlikte haksız tahrike ilişkin madde, ayrı bir madde hâlinde düzenlenmemiş, tüm ceza kanunu için geçerli olan ve ceza sorumluluğunu etkileyen hafifletici nedenler listelenerek bir yerde toplanmıştır. Haksız tahrike ilişkin hüküm, hafifletici nedenler listesi içinde yer alır. Takip eden maddelerde, listedeki hafifletici nedenlerin uygulama koşulları ve usulleri açıklanmıştır. Daha çok haksız tahrikin suç ya da kişi bakımından sınırlandırılarak kabul edildiği üçüncü sistemde, haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bu sistemlerde, haksız tahrik daha çok kişi aleyhine işlenen adam öldürme, kasten yaralama, zina gibi belirli suç türlerinde, özel hafifletici neden olarak, özel kısımda ve özel maddelerde düzenlenmiştir. Dördüncü sistemde ise, ceza kanunlarının genel ve özel hükümlerinde haksız tahrike yer verilmemiştir. Böylece haksız tahrik cezayı azaltan veya kaldıran bir neden olarak Ceza Kanunu tarafından kabul edilmemiştir. Uygun cezanın belirlenmesinde hâkime kural olarak geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

Haksız tahrikin düzenlenişine ilişkin usûllerden diğeri ceza sorumluluğuna olan etkisine yönelik izlenen yöntem olup, bu bakımından üç farklı sistem bulunmaktadır: Birinci sistemde, haksız tahrik genel kısımda tüm suçlar için uygulanabilecek bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu sisteme örnek olarak 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesi, 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi gösterilebilir. İkinci sistemde, failin tahrik karşısında suçu işlemiş olması hâlinde cezasından yapılacak indirimi belirler. Bu sistemde haksız tahrik cezanın hesaplanmasına ilişkin hükümler arasında ele alınmıştır. Üçüncü sistem ise, haksız tahrik için açık bir hüküm getirilmeyip bu kurumun "kusur prensibi" içinde düzenlenmesidir. Haksız tahrikin failin kusur yeteneğine etkisi olduğu, birçok ülke ceza kanunlarında kabul edilmiştir.

Haksız tahrikin hukuki niteliği hususunda öğretilerde ileri sürülen görüşler psikolojik ve hukuki gerekçe olmak üzere iki temele dayandırılmaktadır. Haksız

tahrik kurumunu hukuki gerekçe ile açıklayan görüşler, sübjektif, objektif ve karma görüşler olarak sınıflandırılmaktadır. Objektif görüş de takas görüşü ve tamamlanmamış meşru savunma görüşü olmak üzere iki yönden savunulmuştur.

Psikolojik gerekçeyi savunan yazarlar, heyecan ruh hâlinin irade üzerine etkisini psikolojik bir gerçeklik kabul ederek, tahrik edici haksız bir eylem sonucu oluşan heyecanın failin psikolojisini etkilemek sureti ile onu suç işlemeye yönelttiği noktasından hareketle haksız tahrikin esasını açıklamakta ve bu nedenle failin cezasının azaltılmasının uygun olacağını ifade etmektedirler.

Hukuki gerekçeyi savunan yazarlar, haksız tahrikin esasını kusur unsuruna dayalı olarak açıklamakta, haksız eylem nedeni ile kusurun irade unsurunda azalma meydana geldiğinden failin cezasının azaltılmasının da adalet duygusuna uygun olacağını ifade etmektedirler.

Hukuki gerekçe başlığı altında objektif görüşü savunan yazarlar, mağdurun tahrik edici eylemini ön plana çıkartırken, sübjektif görüşü savunan yazarlar ise failin psişisine yani failde meydana gelen hiddet veya şiddetli eleme değer vermektedirler. Karma görüşü savunan yazarlar ise hem faile yöneltilen tahrik eylemini hem de failin kapıldığı hiddet veya şiddetli eleme, suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak değerlendirmektedirler.

Takas görüşünü benimseyen yazarlar, ikinci suçun işlenmesine birinci suç neden olduğundan, birinci suçun varlığını, ikinci suçun faili için mazeret saymakta, mağdurun kusurunun bir çeşit takas ile failin kusurundan indirilerek failin cezasının azaltılmasının hakkaniyete uygun olacağını ve kusurların takası sureti ile faile verilecek cezadan indirim yapılmasını hatta hiç cezalandırılmamasını savunmaktadır. Tamamlanmış meşru savunma görüşünü benimseyen yazarlar, failin yakın bir zamanda gerçekleşmesi kesin olan ve o ana kadar devam eden saldırıya karşı daha erken davranarak suçu işlediği yani tahrik nedeni ile işlenen eylemin henüz sona ermemiş bir çeşit meşru savunma eylemi olduğu noktasından hareketle, faile verilecek cezadan indirim yapılması gerektiğini ileri sürmektedirler.

Haksız tahrikin hukuki esasını açıklamada öğretide ağırlıklı olarak savunulan, Yargıtay kararları ile uygulama hukukunda da benimsenen ve failin psişğine değer vererek ceza hukukunun kusur ilkesini ön planda tutan sübjektif görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan sübjektif görüş savunucusu yazarlar da haksız tahrik kurumuna ilişkin farklı görüşler ileri sürmekle, kurumun yapısına daha uygun olması itibarıyla haksız tahrikin “kusuru azaltan kişisel bir neden” olduğunu savunan yazarların görüşüne katılmaktayız.

Haksız tahrikin hukuki gerekçesi hakkındaki kişisel görüşümüze göre;

Haksız tahrik, failin, mağdurun/maktulün haksız bir eyleminin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmadan ileri gelen ve buna bağlı olarak da cezasının indirilmesini gerektiren kişisel bir nedeni ifade etmektedir. Bu nedenle bir hukuka uygunluk nedeni değildir ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermediği hâlde, kendi fiziki veya psikolojik durumu ile ilgisi bulunmaksızın dış dünyadan gelen etki nedeni ile katlanma ve dayanma gücü kırılmakta, iradesi sarsılmakta, bu etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak irade kontrolünü kaybetmekte, suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmakta, suç işlemeye yönelmekte ve suç işleme kararı alması kolaylaşmaktadır. Haksız tahrik durumunda, fail haksız bir eylemin doğurduğu hiddet (öfke) veya şiddetli elem altında suç işlediğinden faili harekete geçiren saikler kanun koyucu bakımından daha az vahim sayılmalıdır. Bu bağlamda haksız tahrik failin kusurunun irade unsurunu etkilediğinden ve irade kusurun bir unsuru olduğundan, iradesi zaafa uğrayan failin kusur yeteneğinde de azalma meydana gelmekte, dolayısıyla da kusur yeteneğinde ve kusurluluk durumunda azalma sonucu doğurmaktadır. Başka bir anlatımla, haksız eylem karşısında iradenin etkilenmiş olması, kusuru tamamen ortadan kaldırmasa da kusur yeteneğini etkilemektedir. Bu etki sonucu failin cezasına indirim uygulanmaktadır. Ancak, iradesi zaafa uğrayan failin norma uygun davranıp davranmama yönünde tercih hakkına sahip iken reaksiyon olarak suç oluşturan eylemi gerçekleştirilmesi

nedeni ile eylemin hukuka aykırılığı ve haksızlık içeriği devam etmektedir. Bu belirlemeler doğrultusunda, haksız tahrikin hukuki esasını kusurluluğu azaltan kişisel bir ceza indirim nedeni olarak açıklayan sübjektif görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Haksız tahrik kurumunun hukuki niteliğini, suça etkisi bakımından “suçu etkileyen hafifletici bir neden”, “ceza sorumluluğunu azaltan bir mazeret nedeni”, “ceza sorumluluğunu azaltan bir neden”, “suçun cezasının hesaplanması bakımından bir faktör”, “hukuka aykırılığı azaltan neden”, “kusuru azaltan neden” şeklinde açıklayan farklı görüşler bulunmaktadır:

Haksız tahrik kurumunu “ceza sorumluluğunu azaltan bir mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüş öğretide; haksız olmayan bir tahrik etkisi altında kalan failin irade özgürlüğünün de aynı psikolojik nedenle azalmasına rağmen faile tam ceza verilmesini açıklayamaması itibariyle hiddetin (öfkenin) her zaman ve her durumda cezayı azaltan bir mazeret nedeni sayılamayacağı; ceza kanunlarının insani ihtirasları belli bir şekilde frenlemeyi öngörmesine karşın, failin hiddetine yenik düşerek suç işleminin bir mazereti olamayacağı yönlerinden eleştirilmek suretiyle haksız tahrikin niteliğini açıklamaya elverişli görülmemiştir. Bu eleştirilere ek olarak haksız tahrikin bir mazeret nedeni olarak nitelendirilmesi amaç farklılığı nedeni ile de yerinde değildir. Haksız tahrik ile mazeret nedenleri arasında, kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahip olan failin dış dünyadan gelen ve fiziken veya psikolojik olarak kendisine ilişkin olmayan maddî bir olgunun etkisi altında psişik durumda meydana gelen karışıklık nedeni ile iradesinin ve dolayısıyla kusurluluğunun etkilenmesi itibariyle benzerlik bulunmaktadır. Ancak failin kusurundaki azalma, mazeret nedenlerinde kusur yargısında bulunulabilmesi için gerekli oranın altında olduğundan artık cezanın önleme amacının kalmadığı kabul edilerek kusur kınamasından vazgeçilmesi sonucunu doğurmakta iken, haksız tahrikte cezanın önleme amacının hâlen devam ettiği göz önünde tutularak kusur kınamasından vazgeçilmemekte, kusurun azalması durumu sadece cezada belirli oranlarda indirim uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, haksız tahriki “ceza sorumluluğunu azaltan bir mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüşe katılmıyoruz.

Haksız tahrik kurumunu “hukuka aykırılığı azaltan mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüş öğretide; haksızlık ile hukuka aykırılık kavramlarının birbirine karıştırıldığı, haksızlığın derecelendirilmesi mümkün olmasına karşın hukuka aykırılığın azlığından ya da çokluğundan söz edilemeyeceği, başka bir anlatımla hukuka aykırılığın derecelendirilmeye elverişli olmadığı göz ardı edildiği yönlerinden haklı eleştirilere uğramıştır. Haksız tahrik, mağdurun da suça katkıda bulunması nedeni ile sadece kusuru azaltan bir nedendir. Hiddet (öfke) veya şiddetli elemin meydana getirdiği psikolojik durum, sadece kusurun irade unsuru üzerinde kontrol yeteneğini azaltma ile sınırlı etki meydana getirmektedir. Kusuru tamamen ortadan kaldırmaya elverişli hukuka uygunluk nedeni olmadığı gibi, haksızlığı yani hukuka aykırılığı ortadan kaldırma veya azaltma etkisi de bulunmamaktadır. Öte yandan mağdurun haksız eylemde bulunması, failin işlemiş olduğu suçun konusunu oluşturan eylemin ve bu eylem ile nedensellik bağı bulunan sonucun olumsuz değerini etkilemediği için suçun hukuka aykırılık unsuruna yani haksızlık içeriğine bir etkisi bulunmamaktadır. Kanunumuz sistematikteki düzenleme şekli ile de haksız tahrik, eylemi hukuka uygun duruma getirmeyip sadece faile verilecek cezanın azaltılmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, suçun” hukuka aykırılık unsurunu” değil, “kusur” unsurunu etkilediğinin göz ardı edilmesi itibariyle haksız tahriki “hukuka aykırılığı azaltan mazeret nedeni” olarak nitelendiren görüşün isabetli ve yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Kişisel olarak katıldığımız görüş, haksız tahrikin hukuki niteliğini “kusuru azaltan bir indirim nedeni” olarak değerlendiren görüştür. Modern Ceza Hukukunda failin cezalandırılabilmesi için eylemin kendisi tarafından işlenmiş olması ve sonuç ile eylem arasında nedensellik bağı bulunması yanı sıra kusur koşulu da aranmaktadır. Başka bir anlatımla, bir kişinin eyleminden dolayı cezai sorumluluğundan söz edilebilmesi için hareketi ile kanun tarafından cezalandırılan sonuç arasındaki maddi nedensellik bağı bulunmasının yanı sıra ayrıca fail ile eylemi arasında manevi bir bağı bulunması da gerekmektedir. Bu bağı kurulabilmesi, failin kusur yeteneğine sahip olması ve kusurlu bir hareketinin bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Cezai sorumluluk ise failin hareketinin hukuka aykırı ve kusurlu olması koşullarının

gerçekleşmesini gerektirmektedir. Öğretide kusur, bir insanın işlediği haksız eylemden dolayı kınanabilirliği konusundaki bir değer yargısı ve haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunulan yargı olarak tanımlanmaktadır. Aynı şekilde kusur yargısı, failin, davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme olanağına ve yeteneğine sahip olmasına rağmen haksız bir davranışta bulunarak hukuka uygun hareket etmemeyi tercih etmesi olarak ifade edilmektedir. Bu yüzden, somut bir olayda kişinin kusurundan söz edilebilmesi için, iradesinin özgür olduğu ruhsal durum içinde bulunması, eylemi gerçekleştirdiği esnada davranış normunun gerektirdiği şekilde karar verebilecek olanak ve yeteneğe sahip olması gerekmektedir. Mağdurun haksız tahrikinin etkisi nedeni ile failin psikolojik durumunda meydana gelen hiddet veya şiddetli elem psikolojik durumu, failin iradesi üzerinde zaaf meydana getirerek normun kendisine sunduğu davranış modeline uygun hareketi tercih etmesini güçleştirmekte ve fail iradesini kontrol altında tutmakta zorlanmaktadır. İrade kontrolündeki zayıflama, mağdurun haksız tahrik eylemi şeklinde dış dünyadan gelen somut bir olgunun etkisi altında gerçekleşmektedir. Söz konusu kontrol zayıflığı failin psişik durumundan veya kişiliğinden kaynaklanmayıp tamamen dış dünyaya ait bir olguya dayanmaktadır. Ceza hukukunda kusur ilkesi esas alınarak failin iradesine etki etmek suretiyle kusurluluğunu ve kınanabilirliğini azaltan veya tamamen kaldıran nedenlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, mağdurun haksız tahrikinin etkisi ile failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem psikolojik durumunun etkisi altında suçun işlenmiş olması nedeni ile, failin kınanabilirliği veya kusurluluğu azalmakta; suçun cezası da kusurun azalma derecesi göz önünde bulundurularak kanuni sınırlar içinde indirilmektedir. Özel haksız tahrik hâllerinde de benzer durum söz konusudur. Özel tahrik hâlleri, TCK m.129 f.1 ve m.129 f.3 hükmü kapsamında somut olayın koşullarına göre kusuru azaltan veya ortadan kaldıran neden olarak, TCK m.129 f.2 hükmü kapsamında her zaman kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde, genel haksız tahrik kurumunda kabul edilen kurallar doğrultusunda haksız tahrikin etkisi altında işlenen hakaret suçu bakımından failin eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması itibariyle cezalandırmaya lâyık olduğu kabul edilmekle birlikte cezalandırılma gereksiniminin ve kınanabilirliğinin azaldığı veya ortadan kalktığı göz önünde bulundurulmuştur. Bu açıklamalar kapsamında, haksız tahriki kusuru azaltan kanuni bir ceza indirim nedeni olarak açıklayan görüşe katılmaktayız.

Sonuç olarak; haksız tahrik hukuki niteliği itibariyle, mağdurun haksız bir eyleminin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda failin sübjektif durumundan doğan, kusur yeteneğini azaltan, genel, kişisel ve kanunî bir ceza indirim nedenini ifade etmektedir.

Haksız tahrikin “sübjektif olması” suçun manevi unsuru olan kusurluluğa etki etmesi; “genel olması” kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda kural olarak tüm suçlar ve failer bakımından uygulanabilmesi; “kanuni olması” ise koşullarının gerçekleşmesi durumunda talep olmasa bile hâkim tarafından kendiliğinden araştırılması ve uygulanması anlamını ifade etmektedir.

Haksız tahrikin “fail bakımından genel kural” oluşu, koşulları oluştuğunda tahrik indiriminin haksız tahrik sonucunda suç işleyen fail ile mağdur arasındaki ilişki göz önünde bulundurulmaksızın tüm failere uygulanabilmesi demektir.

Haksız tahrikin, “suç yönünden genel kural” oluşu, belli suçlara özgü olmayıp koşulları oluştuğunda yapısı haksız tahrik altında işlenmeye elverişli tüm suçlar yönünden uygulanabilmesi demektir.

İşlenen suç ne olursa olsun ve kim tarafından işlenirse işlensin, koşulları varsa haksız tahrik ile ilgili hüküm uygulanır. Buna göre, haksız tahrik indirimi, kanunda istisnai düzenlemeye yer verildiği hâller hariç olmak üzere sadece özel bir suç tipi ya da belirli nitelikteki kişilerle sınırlı olmaksızın, kanunda belirtilen koşulların somut olayda mevcut olması durumunda herkese ve yapısına uygun her suç tipine uygulanacaktır.

Haksız tahrik cezanın kişiselleştirilmesinde ve suçlunun kişiliğine uydurulmasında önemli araçlardan birisidir. Haksız tahrikin unsurları konusunda

öğretide ve Yargıtay uygulamalarında ikili, üçlü, dördü, beşli ve altılı ayrımları benimseyen değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Kişisel görüşümüz;

Mağdurdan gelen ve failde hiddet veya şiddetli eleme neden olan tahrik edici her eylemin değil, kanunda açıkça belirtildiği üzere tahrik edici haksız eylemin varlığı arandığı dikkate alındığında, eylemin haklılık- haksızlık durumunun tahrik hükümlerinin uygulanmasında belirleyici olması itibariyle ayrı unsurlar olarak ele alınmasının daha isabetli olacağı;

Haksız tahrik oluşturan eylemin mutlaka faile yöneltilmiş olmasının, başka bir anlatımla tahrik eylemine maruz kalanın fail olma koşulunun haksız tahrikin unsuru kabul edilemeyeceği, 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde bu konuda herhangi bir ayrıma gidilmediği ve sınırlama getirilmediği, tahrik eyleminin mutlaka tepki eyleminde bulunana karşı işlenmiş olması gerekmediği, tahrikin kaynağı hiddet ya da şiddetli elem heyecan hâli olmakla faili suç sayılan eyleme sürükleyen heyecan durumunun kaynağının mağdurun faile karşı kınanabilir bir davranışı olabileceği gibi failin yakınına veya faile tamamen yabancı üçüncü kişilere ve yahut eşya ya da hayvanlara yönelik haksız eylemleri de olabileceği, mağdurun haksız davranışlarının failde hiddet, elem veya öfke uyandırmasının yeterli olacağı, dikkat edilecek hususun mağdurun söz konusu haksız eyleminin failde meydana getirdiği tahrik etkisinin korunmakta olan hukuksal yarar ile ilişkili olması, makûl ve rasyonel sınırlar içerisinde kalması olduğu;

Altılı ayırimda beşli ayırimdan farklı olarak öngörülen “Suçun bu ruhi durumun tepkisini oluşturması” unsurunun, “Failin işlediği suç ile hiddet veya şiddetli eylem arasında nedensellik bağı bulunması (failin işlediği suçun tepki suçu olması)” unsuru kapsamında değerlendirilmesi itibariyle ayrı bir unsur olarak ele alınmasının mükerrerlik oluşturacağı;

Bu itibarla, haksız tahrikten söz edilebilmesi ve TCK m.29 hükmünün fail hakkında uygulanabilmesi için:

a) Tahriki oluşturan bir eylemin bulunması,

b) Bu eylemin haksız olması,

c) Tahriki oluşturan eylemin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi (hiddet veya şiddetli elem ile mağdurun tahrik edici haksız eylemi arasında nedensellik bağı bulunması),

ç) Failin işlediği suç ile hiddet veya şiddetli eylem arasında nedensellik bağı bulunması (failin işlediği suçun tepki suçu olması),

d) Haksız tahrik oluşturan eylemi yapanın mağdur olması veya mağdurun bu eylemi önleme sorumluluğu bulunması”,

Şeklindeki beşli ayrımın isabetli ve yeterli olduğu;

Somut olayda bu unsurların tamamının gerçekleşmesi durumunda fail lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, aksi hâlde uygulanamayacağı;

Yönündedir.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için ilk unsur olarak tahrik oluşturan bir eylemin bulunması ve bu eylemin haksız yani hukuka aykırı olması gerekir. Tahrik edici bir eylem yoksa haksız tahrikten de söz edilemez. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.29 hükmünde eylemin sadece haksız olma niteliğinden söz edilmiş, bunun dışında tahriki oluşturan eylemlerin neler olduğu belirtilmemiş ve herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Hâkim, tahriki oluşturan eylemleri belirleme konusunda serbest bırakılmıştır. Bu nedenle hangi eylemlerin haksız tahrike neden olabileceği önceden belirlenemez. Bir eylemin tahrik edici niteliğe sahip olup olmadığı, somut olayın belirişine, muayyen bir devrede yine belirli bir toplulukta geçerli olan toplumsal değer hükümlerine, tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahrik oluşturan eylemi yapan kişinin durumuna, bunlar arasındaki ilişki durumuna, yer, zaman ve çevreye göre hâkim tarafından takdir olunur.

Tahrik oluşturan eylem, icraî (yapmak) veya ihmali (yapmamak), olumlu veya olumsuz olabileceği gibi, tek bir hareket veya seri ya da birbiri ardına devam eden hareketler şeklinde de olabilir. Tahrik oluşturan eylem tek bir eylem olabileceği gibi birden çok veya peş peşe yapılan çok sayıda eylemlerden de oluşabilir. Tevali eden haksız hareketler tahrikin boyutunu artırır.

Öğretide, herhangi bir maddi eylem, söz veya yazı, işaret veya davranış şekli, kişi üzerindeki maddi cebir, tehdit, kaba hareketler, üstü kapalı ifadeler, küçümseyici- aşağılayıcı gülüş, mecazi yazılar ve sözler, alaycı bir bakış, sırların ifşası, haksız rekabet, suç teşkil etmese de hayvanlara kötü muamele birer tahrik eylemi olarak kabul edilmektedir.

Tahriri oluşturan eylem, bir insan hareketi olmalı yani insandan kaynaklanan bir eylem olmalıdır. Eylem mutlaka bir insan davranışı olması gerektiği için, hayvan saldırıları hiddet ve elem oluşturmaz. Bir hayvanın hareketinden duyulan hiddet veya şiddetli elemin haksız tahrik oluşturabilmesi için bu hayvanın bir insan tarafından kullanılması ya da tahrik fiiline hayvan sahibinin kusurlu davranışlarının neden olması gerekir.

Haksız tahririn uygulanabilmesi için insandan kaynaklanan bir hareket olması gerekir ise de baskı altında gerçekleştirilen davranış, uyku hâli, bayılma hâli, narkoz, kramp girmesi, sara nöbeti sırasında gerçekleştirilen davranışlar ya da salt refleks hareketleri, istek dışı kusma ve benzeri ceza hukuku anlamında hareket olarak nitelendirilemeyen durumlar içerisinde iken gerçekleştirilen hareketlere tepki olarak yapılan hareketler bakımından haksız tahrik hükmü uygulanamaz.

Tüzel kişiler ceza hukuku anlamında bir hareket gerçekleştirilmeyeceklerinden faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan olaylar da haksız tahrik bakımından saldırı olarak nitelendirilemezler. Bu nedenle de bir kamu tüzel kişinin ya da özel hukuk tüzel kişinin faaliyetinden dolayı hiddet veya şiddetli eleme kapılarak bunlara karşı bir suç işlenmesi durumunda haksız tahrik hükümleri ileri sürülemez.

Vehim ve zan tahrik edici eylem oluşturmaz. Çünkü vehim ve zan gerçekle ve eylemle bağdaştırılamaz. Tahriri oluşturan eylemin objektif olarak bulunması yeterli olup, bunun mutlaka failin yüzüne karşı ya da huzurunda yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Kişinin yokluğunda yapılan davranışlar, söylenen sözler ve hareketler de failde hiddet ve şiddetli elem meydana getirebilir.

Elverişsiz teşebbüs oluşturan hareketlere tepki hâlinde haksız tahrik uygulanamaz. Suç tipinde yazılı tipikliği oluşturmaya elverişli olmayan hareketlere karşı işlenen suç bakımından haksız tahrik indirimi yapılmaz.

Eylemin faili tahrik edici nitelikte olması yeterlidir; ayrıca tahrik eden kişinin tahrik etme kastının bulunması gerekmez. Tahriki oluşturan eylemin aynı zamanda suç oluşturduğu durumlarda bunun kasten veya taksirle işlenebilen bir haksızlık olması arasında herhangi bir fark yoktur. Sadece kasıtlı hareketler değil, kusurlu ve hukuka aykırı eylem kapsamında yer aldıklarından taksirle işlenen eylemler de haksız tahrike neden olabilir yani tahrik edici olabilir.

Haksız eyleme tepki olarak işlenen suçun taksir suçu olması durumunda haksız tahrik hükmü uygulanıp uygulanamayacağı konusu da öğretide tartışmalıdır.

Kişisel olarak da katıldığımız görüşe göre, fail tarafından gerçekleştirilen eylem taksirli ise haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır. Başka bir anlatımla haksız tahrik niteliği itibariyle taksirli suçlarla bağdaşmaz. Çünkü haksız tahrikin bir unsuru da tepkinin haksız tahriki yapmış olana yani mağdura yönelmesidir. Bu ise, ancak kasıtlı suçlarda gerçekleşebilir.

Yargıtay uygulamalarında da taksirli bir eyleme tepki olarak işlenen suçta haksız tahrik uygulanacağı, buna karşın taksirli suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir.

Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdikleri eylemlerin tahrik edici ve haksız eylem kabul edilip edilmeyeceği bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Kişisel olarak katıldığımız görüşe göre;

Tahriki oluşturan haksız eylemin bir insan tarafından yapılması gerekir ise de haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından bu insanın kusur yeteneğine sahip olması gerekmez. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi nedenlerle kusur yeteneği bulunmayan insanların gerçekleştirdikleri eylemlerin haksızlık içeriği yani hukuka aykırılık niteliği devam ettiği için kusur yeteneğine sahip olup olmamaları önem

taşımaz. Bu bağlamda, diğer koşullar gerçekleştiği takdirde tahrik edici haksız eylemi gerçekleştiren mağdurun kusur yeteneği bulunmaması durumunda da haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

Benzer şekilde tahrik edenin milletvekili, büyük elçi olması hâlinde, mutlak ceza bağışıklığı eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı, sadece cezalandırılabilme unsurunu kaldıracağı için, böyle bir bağışıklığa sahip kişinin hukuka aykırı eylemleri karşı taraf için haksız tahrik oluşturabilecektir.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için tahrik oluşturan bir eylemin bulunmasının yanı sıra bu eylemin haksız yani hukuka aykırı olması gerekir. 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesine karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde de açık olarak eylemin haksızlığına yer verilmiş ve başka bir ölçüt düzenlenmemiştir.

Kural olarak hukuka aykırı her davranış haksız eylem niteliği taşır. Mağdurdan kaynaklanan davranış “haksız eylem” niteliğinde değil veya haklı ve yerinde bir davranış ise bu durumda haksız tahrik hükmü uygulanamaz.

Öğretide, haksızlığın ölçütü yani hangi eylemlerin haksızlık unsuru içerdiğine yönelik ölçüt konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır:

Hukuka aykırılığı tek ölçüt kabul eden görüşe göre; haksızlık unsuru ile hukuk düzeninin korunması amaçlanır. Evrensel olan ve her yerde kabul edilen önemli ve ortak ahlâki esaslar da hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmıştır. Bu nedenle eğer bir eylem, hukuk düzenine aykırı olmaksızın sadece göreceli olan ve hukuk düzeni tarafından korunmayan ahlâk kurallarını ihlâl ediyorsa haksız tahrik kapsamında değerlendirilemez. Hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmayan kurallara aykırı hareket etmek hukuka aykırılık oluşturmadığından, bunlar hukuka uygun eylemlerdir. Eylemin haksız olup olmadığı hususunda, objektif ölçülere göre hukuk düzeninin bu şekilde bir davranışı onaylayıp onaylamadığı göz önünde bulundurulur. Tahriki oluşturan eylem bakımından failin kendi sübjektif değer yargısı veya Yargıtay kararlarında vurgulandığının aksine toplumun değer yargıları göz önünde bulundurulmaz.

Kişisel olarak da katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise “kişilere tanınan ve başkasının saldırılarına karşı hukuk normuyla korunan ideal ve hukuksal değerlerin ihlâlüne, bozulmasına yönelik davranışlar” olarak tanımlanan “hukuka aykırılık” haksız eylemin tek ölçütü değildir. Çünkü “haksızlık” kavramı “hukuka aykırılık” kavramından daha geniş bir anlam ifade eder. Failin psikolojik durumunun da göz önüne alındığı sübjektif kararlarla tahrik eyleminin haksızlığı değerlendirilmelidir. Bu nedenle haksızlığın ölçütleri konusunda kesin bir kural konulamaz. Somut olayın özelliklerine göre sadece ahlâka aykırı bir eylem de faili tahrik edebilir. Eylemin haksızlığı sadece yazılı hukuk düzenine göre değil, bir bütün olarak hukukun tüm kaynaklarına göre, bu bağlamda ahlâk, örf ve âdet kurallarına yani yazılı olmayan hukuk kurallarına göre de belirlenir. Ancak hukukla çatışan toplumsal değer yargılarına, örf ve adetlere veya geleneklere aykırı hareketler, faili tahrik etse bile “haksız” olmadıklarından haksız tahrik indirimi söz konusu olmayacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde geçen “haksız bir fiil” ifadesi, mağdurdan kaynaklanan hareketin, hukuk düzeninin onaylamadığı bir hareket olması ve eylemin hukuk düzeni ile çatışması anlamına gelir. Kuşkusuz özel hukuk açısından “haksız eylem” ve ceza hukuku açısından “suç” olarak nitelendirilen hareketler aynı zamanda tipik birer haksız eylemdir. Yine hukuka aykırı eylemler, hukuka uygunluk nedenlerinden herhangi birisinin bulunmaması durumunda haksız birer eylem olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte tahrik edici eylemin mutlaka “Ceza Hukuku anlamında suç” veya “Borçlar Hukuku anlamında haksız eylem” niteliğinde olması gerekmez. Eylemin haksızlığı, bunun suç teşkil edip etmemesi ya da Borçlar Hukuku bakımından haksız olup olmamasına bağlı değildir. Eylemin haksız olup olmadığı, toplumda geçerli olan değerler, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik eden ile failin hâl ve davranışları gibi tamamen değişken ölçütlere göre hâkim tarafından takdir edilir. Haksızlık unsuru, sadece eyleme bakarak değil, somut olayda failin çevresi, sosyal koşulları ve kişiliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Eylemin haksızlık niteliğinin belirlenmesinde, bu eylemin işlenmesine ilişkin bütün nedenler somut olayda değerlendirilmeli ve yargılama esnasında bir arada ele alınmalıdır.

Tahrik eyleminin haksız olması ve bunun sonucunda hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi gerekli ve yeterlidir. Eylemin failde hiddet ve şiddetli elem

meydana getirecek boyutlarda olup olmadığı hususu, toplumsal yaşamın değer yargılarına, etik anlayışına ve kültüre göre yorumlanacak ve bunun sonucuna göre failin tahrik hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına karar verilecektir.

Mağdurun/maktûlün fail aleyhine dava açması veya icra takibi başlatması, ihbar veya şikâyet hakkını kullanması kanunun tanıdığı hak ve yetkinin kullanımı sınırları içinde değerlendirildiğinden haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Bir hakkın kullanılması niteliğindeki eylem hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadığı sürece failde hiddet veya şiddetli elem doğurmuş olsa bile haksız tahrik oluşturmayacaktır. Bir hakkın kullanımına yönelik eylemler de görev ya da yetkinin kullanımı ile ilgili normun sınırları aşılmadığı sürece haksız sayılmayacaktır.

İlk haksız eylemin kimden kaynaklandığı belirlenemiyor ise şüpheli durumdan fail yararlanır ilkesi gereği eylemin haksız tahrik etkisi altında işlendiği kabul edilir.

İlk haksız eylemi yapan kişi daha sonra tahrik edildiğini ileri süremez. Çünkü failin haksız tahrikten yararlanabilmesi için mağdurun tahrik edici eylemine kendi kusuru ile neden olmaması gerekir.

Yargıtay ve öğretide, bu kurala istisna olmak üzere, ilk haksız eylem failden gelmiş olsa bile, mağdurdan gelen tepki daha ağır ve ölçsüz olup faili suç işlemeye yöneltmiş ise, bu ölçsüz hareket nedeni ile fail lehine bozulan denge ve etki- tepki arasındaki oransızlık gözetilerek haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir görüşü benimsenmiştir.

Kişisel görüşümüze göre;

İlk haksız eylem failden gelmiş olsa bile, mağdurdan gelen tepki daha ağır ve ölçsüz olup faili suç işlemeye yöneltmiş ise haksız tahrik hükmü, tahrik edici eylem ile tepki suçu arasındaki oransızlık gerekçesi ile değil, bu saldırgan hareketin failin vücut bütünlüğüne veya yaşam hakkına yönelik “önemli hak ihlâli” oluşturması nedeni ile uygulanmalıdır. Öte yandan tepkide aşırılık ve açık oransızlık olarak ifade edilen husus, tahrik eylemi ile tepki suçu arasında değil, tahrik edici eylem nedeni ile failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile tepki suçu arasındaki orana

ilişkindir. Çünkü tahrik edici eylem ile tepki suçu arasında oran koşulu aranması haksız tahrikin yapısı ile bağdaşmaz.

Karşılıklı çatışma ya da kavga gibi hâllerde ilk haksız saldırıyı kimin başlattığının belirlenememesi hâlinde kişisel olarak da katıldığımız öğretideki ağırlıklı görüşe göre “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereği her iki faile de haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Yargıtay uygulamaları da bu yönde istikrar kazanmıştır.

Tahrik oluşturan haksız eylemin işlenmesinden sonra, tarafların barışmaları ve normal bir ilişkiye girmeleri ya da tahrik eyleminden sonra tahrikçinin hata yaptığını düşünerek haksızlığın giderilmesine ve telafiye yönelik davranışlarda (yardım, özür, af dileme) bulunması hâlinde tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda:

Yargıtay eski kararlarında tahrike neden olan haksız hareket sonrası haksızlığın giderilmeye çalışılmasının, ilk haksızlığı ortadan kaldırmayacağı, bu nedenle haksız eylemde bulunanın sonradan özür dilemesi hâlinde haksız tahrikin uygulanmamasının, kurumun psikolojik esaslarına da uygun olmayacağı yönünde iken, sonra ki tarihlerde affetme ya da hukuki takibat sonucunda mağdurdaki hiddet veya şiddetli elemin etkisinin kalmayacağı görüşü doğrultusunda kararlar vermiştir.

Öğretide ileri sürülen ağırlıklı görüşe göre; tahrik oluşturan haksız eylemin işlenmesinden sonra, taraflar barışmış ve normal bir ilişkiye girişmişlerse, “bu durumda kesin olarak tahrik oluşmaz ya da oluşur” demek haksız tahrik kurumunun yapısına uygun düşmez. Tarafların barışmış olmalarına rağmen, tepki suçunu işleyen failin, önceki olayın meydana getirdiği psikolojik durumun etkisi altında hareket edebileceği göz önünde tutulmalıdır. Eğer fail hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemiş ise barışmış olma olgusu sadece tahrikin derecesinin belirlenmesinde önem kazanacaktır.

Kişisel görüşümüz;

Failin, tahrik oluşturan haksız eylemin gerçekleşmesinden sonra özgür iradesi ile mağdurla barışması, onu affetmesi ve normal bir ilişkiye girmesi durumu; fail tarafından mağdurdan kaynaklanan tahrik edici haksız eylemin katlanabilir ve

hoşgörü ile karşılanabilir kapsamda değerlendirildiği, tekrar normal ilişkiye dönülmesi bakımından sakınca görülmediği ve bu eylemin psikolojisinde hiddet veya şiddetli elem duygusuna yol açacak nitelik ve boyuta ulaşmadığı kabulünü de beraberinde getirecektir. Dolayısıyla failin kişilik değerlerini, içinde yaşadığı toplumun değer yargılarını, eylemin işleniş şekil ve özelliklerini, doğurduğu veya doğuracağı etki/ zararları da dikkate alarak verdiği karar ile hoşgörü ile karşılanabilir ve katlanabilir gördüğü bir eylemin, onun psikolojisinde karışıklığa yol açarak iradesini zaafa uğratacak, kontrol yeteneğini kaybettirecek, normların kendisine tanıdığı tercih hakkını suç işleme yönünde kullanmasına yol açacak düzeyde hiddet veya şiddetli eleme neden olduğunun ileri sürülmesi bariz bir çelişki meydana getirecektir. Öte yandan etki- tepki dengesi itibariyle burada tahrik edici haksız eylem, failin işlediği suçun tepki suçu olarak değerlendirilmesine yeterli ve elverişli etki olma niteliğini yitirmiştir. Failin önceki haksız eylemin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket edip etmediği önem taşıdığından bu koşullarda fail haksız tahrik hükmünden yararlanamayacaktır. Ancak, barışma, affetme ve normal ilişkiye dönülmesi, failin iradesinin hata veya hileli hareketlerle yanlış yönlendirilmesi, maddi veya manevi cebir- şiddet uygulanması sonucu temin edilmiş ise haksız tahrik hükmünün uygulanmasına engel durum bulunmamaktadır. Yine, barışma ve bağışlamadan sonra fail tahrik edici haksız eyleme ilişkin yeni bilgilere ulaşmış ve bu bilgileri önceden bilmesi hâlinde mağduru affetmeyeceği bir durum söz konusu ise haksız tahrik hükmünden yararlanabilecektir.

Haksız tahrikin unsurlarından biri de tahriki oluşturan eylemin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesidir. Haksız tahrikin objektif unsurunu hukuka aykırı bir eylemin varlığı oluştururken, sübjektif unsurunu ise söz konusu eylemin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem hâli oluşturur.

765 sayılı TCK m. 51 hükmünde haksız tahrik ile ilgili “gazap veya şedit elem” kavramları yer almakta iken 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde “hiddet veya şiddetli elem” kavramları tercih edilmiştir.

Hiddet sözcüğü gazap, öfke ve kızgınlık olarak, şiddetli elem sözcüğü ise, acı keder ve üzüntü anlamına gelmektedir. Kanun maddesine göre elemin basit olması

yeterli değildir. Şiddetli olması gerekmektedir. Buna karşın hiddet bakımından şiddetli olması aranmamaktadır. Ceza hukuku bakımından hiddet, failde haksız eylem nedeni ile ortaya çıkan kızgınlık; şiddetli elem (büyük üzüntü) ise, haksız eylemin failde ortaya çıkardığı psikolojik sarsıntı heyecan durumlarını ifade etmektedir. Haksız tahrikten söz edebilmek için hiddet veya şiddetli elem bir arada olması gerekmez. İkisinden birinin varlığı yeterlidir. Kanun koyucu hiddet veya şiddetli elem şeklindeki duyguları iradeyi etkileyen heyecan durumları olarak değerlendirmektedir.

Kompleksler, kıskançlıklar, öç alma duyguları, failin kişilik bozuklukları veya stresli olması, fazla alınganlık göstermesi gibi duygular failin kendi kişisel özelliklerinden kaynaklandığından haksız tahrikin uygulanması ile ilgisi olmayan duygulardır.

Hiddet veya şiddetli elem, kişilere, yere ve zamana göre değişiklik gösteren bu sübjektif ve psikolojik olgudur. Haksız eylemin tahrik nedeni kabul edilebilmesi için hem failde hiddet veya şiddetli elem oluşturması hem de failin bu psikolojik durumun (ruhsal karışıklığın) etkisinde kalarak suçu işlemesi gerekir.

Uygulamada tahrik eden eylemin haksızlığı kabul edilince hiddet veya şiddetli elem hâli araştırılmamakta ve sadece mevcut sayılmaktadır. Bu şekilde, tahrik eden eylemin haksızlığına bakılarak hiddet veya şiddetli elemi varlığı lehine bir karine ortaya atılmaktadır. Bu anlayış kuşkusuz kanunun ruhuna ve tahrikin sübjektif esasına uygun değildir.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından, fail suçu işlediği sırada haksız eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemi etkisi altında bulunmalı ve suçu da buna tepki olarak işlemelidir. Burada haksız eylemin failde hiddet veya şiddetli eylem meydana getirecek nitelikte olup olmadığını belirleme bakımından haksız eylemin gerçekleştiği veya öğrenildiği zaman makûl, normal ve orta derecede bir kişi bakımından hiddet veya şiddetli elem doğurabilecek nitelikte olup olmadığı araştırılarak objektif değerlendirme yapılacaktır.

Haksız eylemin suç teşkil etmesi durumunda eğer tahrik eden kişi cezalandırılmış ise, bu eylemin haksızlık niteliği taşıyıp taşımadığı ve hiddet veya şedit elem meydana getirmeye elverişli olup olmadığı tartışmalıdır:

Öğretide bir görüşe göre, bu durumda fail haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaz. Çünkü ilk olay kanuni bir yaptırımla sonuçlanmış, kamu otoritesi tarafından haksız fiile bir tepki verilmiştir. Her ne kadar bu tepki mağdur tarafından verilmemiş ise de toplum adına verildiğinden mağduru da içine almaktadır. Dolayısıyla mağdur yönünden de hiddet ve elem hâlinin sona erdiğini kabul etmek gerekir. Kanunun öngördüğü ceza yeterli bulunmayarak kişisel duygu ve düşünce ile hareket edildiği takdirde bu durum kişilerin kendi haklarını kendiliklerinden almalarına yol açabileceği gibi anarşik bir ortam tehlikesi doğabilecektir. Kaldı ki psikolojik olarak da kişinin cezalandırılması mağdurda bir rahatlama ve sükûnet meydana getirecektir.

Yargıtay kararlarına ve öğretide benimsenen bir başka görüşe göre, taraflar arasında önceden meydana gelen olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkûmiyetle sonuçlanıp, cezanın infaz edilmesi tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Çünkü haksız tahrik indiriminin yapılmasının nedeni, kişinin içinde bulunduğu psikolojik durum nedeni ile kusur yeteneğinin azalmasıdır. Kaldı ki TCK'da haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlemiş ve hükmün uygulanabilmesi için haksız bir eylemin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında olmak dışında başkaca bir koşul aramamıştır.

Kişisel görüşümüze göre;

Tahrik edici eylemin Ceza Kanunu anlamında suç oluşturması nedeni ile ceza yargılaması yapılarak mahkûmiyetine karar verilmiş ve hatta cezasının infaz edilmiş olması hâlinde, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyecek ölçüde sona erip ermediği bakımından standart bir ölçü veya kural konulması kurumun yapısı ile bağdaşmaz. Öte yandan ceza kanunu bireyden çok toplumsal yarar dengesini ön planda tuttuğundan suçun karşılığı olarak öngörülen cezanın nitelik ve miktarının her zaman haksızlığı giderme bakımından bireysel tatminin tam karşılığı olduğundan söz edilemez. Her somut olayda ihlâl edilen bireysel hak veya özgürlüğün niteliği, eylem ile nedensellik bağı

bulunan zararın kapsamı ve yoğunluğu, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin düzeyi, toplumdaki sosyal statüleri, toplumun hukuk düzeni ile çatışmayan değer yargıları, zararın kişiye etkisinin geçici veya kalıcı olması, zararın telafisinin mümkün olup olmaması, verilen cezanın meydana getirdiği tatmin ve rahatlama duygusu ve olayın gerekli kıldığı diğer özellikler göz önünde bulundurulmak suretiyle makûl, normal ve orta derecede bir kişi bakımından hiddet veya şiddetli elem doğurmaya devam edebilecek nitelikte olup olmadığı hususu hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda failde mağdurun haksız eyleminin meydana getirdiği hiddetin veya şiddetli elemin sona erdiği ya da tepki suçu ile nedensellik bağı kurulmasına elverişli olmayacak düzeyde azaldığı sonucuna varılması hâlinde haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır. Buna karşın mahkeme nezdinde tahrik edici eylemin suç olarak kabulü ile cezalandırılmasına karar verilmesi veya cezanın infaz edilmiş olması hâlinde bile, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin teskin edilmesinden ve haksızlığın telafi edilmesinden söz edilemeyeceği, failin tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında tepki suçunu işlediğinin halen kabul edilebildiği koşullarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Haksız tahrikin unsurlarından birisi de haksız eylem sonucunda failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmasıdır. Fail tahrik edilmeseydi, suçu işlemeyecekti sonucuna varıldığında, failde oluşan hiddet veya şiddetli elem ile işlediği suç arasında nedensellik bağı var demektir.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi bakımından işlenen tepki suçu ile haksız eylem arasında bir oranın aranmasının gerekip gerekmediği ise, öğretide tartışmalıdır:

Öğretideki bir görüşe göre, tepki ile tahrik edici eylem arasında bir oran bulunmalıdır; bir başka görüşe göre ise, tahrik edici haksız eylem ile bunun oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen tepki suçu arasında oran gerekli değildir. Basit bir haksız eyleme karşılık ağır bir suçun işlenmesi durumunda da haksız tahrik hükümleri uygulanır. Aralarında nedensellik bağının bulunması yeterlidir.

Yargıtay'ın tahrik edici eylem ile tepki suçu arasında oran bulunması gerekip gerekmediği hususundaki kararlarında başka ölçütler de dikkate alınarak olay bazında değerlendirme yaptığı, bazı kararlarında oran bulunması gerektiğini belirtirken, bazı kararlarında ise tahrik eylemi ile tepki suçu arasında bir oranın bulunmasının gerekmediğine karar verdiği görülmektedir.

Kişisel görüşümüz; haksız tahrik kurumunun uygulanabilme unsurları bakımından tahrik edici haksız eylem ile bunun oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen tepki suçu arasında oran aranmasına gerek olmadığı görüşünün daha isabetli olduğu yönündedir.

Şöyle ki:

İlk olarak haksız tahrik kurumunun düzenlendiği TCK m.29'da tahrik eylemi ile işlenen tepki suçu arasında “oran” bulunması gerektiği yönünde herhangi bir ibareye yer verilmemiştir.

İkinci olarak, haksız tahrik kurumunda hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi kanun koyucunun işlenen suçta izin vermesinin söz konusu olmaması, tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile gösterilen reaksiyonun hukuka aykırı kabul edilmesi ve faile haksız eyleme katlanma yükümlülüğü yüklenmesi itibariyle failin tepkisinin şekli veya yoğunluk derecesi önceden belirli ölçütlere tâbi tutulamayacağı için tepki suçu ile tahrik edici eylem arasında orantılılık aranması kurumun yapısı ile de bağdaşmaz.

Üçüncü olarak, tahriki meşru savunmadan ayıran en önemli özelliklerden biri de haksız tahrik bakımından tahrik eylemi ile tepki suçu arasında oran/ölçülülük koşulu aranmamasıdır. Haksız tahrik kurumunda tepkide oran ölçütünün kabulü, yaşam hakkının ihlâl edildiği adam öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanmasını olanaksız hâle getirecektir. Çünkü, hangi tahrik edici eylem gerçekleşirse gerçekleşsin failin yaşam hakkının ihlâl eden öldürme suçu ile karşılaştırıldığında ağır/aşırı/ölçüsüz tepki kapsamında kalacağı kuşkusuzdur. Bu bağlamda, haksız tahrik kurumunun amacı saldırı ve savunma arasında bir denge kurmak olmayıp, tahrikin etkisi altında suç işleyenlerin, tahrik etkisi olmaksızın suç

işleyenlere göre kusurluluğunun ve tehlikelilik durumunun daha az olmasından dolayı failin hiddet veya elemine hukukî bir değer vererek cezasının indirilmesini sağlamaktadır.

Dördüncü olarak, tahrik edici eylem ile tepki suçu arasındaki oran, mağdurun tahrik edici eylemine göre failin ağır veya aşırı tepkide bulunmasına yöneliktir. Tepkide oran gereğine işaret eden görüşü savunanlar tarafından haklılığa dayanak gösterilen örnek olaylar, esasen tepkide oran ile değil, haksız tahrikin “tahrik edici haksız bir eylem bulunması”, “failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ile tahrik edici eylem arasında nedensellik ilişkisi bulunması”, “tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem ile tepki suçu arasında nedensellik ilişkisi bulunması” unsurları ile ilgilidir. Bu kapsamda olmak üzere, failin bahçesinden meyve çalan çocuğun ırzına geçmesi, failin komutan sıfatı ile kışlaya alkollü içki ile girerken yakaladığı askeri dövmesi örneklerindeki gibi olaylar tahrik eylemi ile tepki suçu arasında bir orantı bulunması görüşünün haklılığını kabule elverişli değildir. Çünkü birinci olayda, fail tarafından işlenen ırza geçme suçunun, mağdurun hırsızlık eyleminin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemine etkisi altında işlenmesi söz konusu olmayıp, suçun işleniş nedeni öfke ya da üzüntü değil, cinsel istektir. Buna göre, ihlâl edilen hukuki yararlar arasında herhangi bir ilgi ve irtibat bulunmadığı gibi, mağdurun hırsızlık eyleminin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem ile failin işlediği ırza geçme suçu arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmadığından haksız tahrikin uygulanma koşullarının oluştuğundan söz edilemeyecektir. İkinci olayda ise askerin kışlaya alkollü içki sokması şeklindeki disiplinsizlik eylemi, astına karşı kasten yaralama suçunu işleyen komutana yönelik haksız bir eylem oluşturmadığından haksız tahrikin uygulanma koşulları gerçekleşmemektedir.

Kaldı ki açık oransızlığın hakka yönelik önemli ihlâl neden olacağı durumlarda, tahrik edici eylemi gerçekleştiren kişinin, tepki suçu işleyen faile karşı meşru savunma hükümlerinden yararlanması olanak dahilindedir. Yine fail ilk haksız hareketi kendisi gerçekleştirmiş olsa bile, ilk hareketin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem ile tepki olarak gerçekleştirilen eylem ölçsüz ise, bu durumda ölçsüz harekete yönelik gerçekleştirilen eylem bakımından failin haksız tahrik hükmünden yararlanmasına engel durum bulunmamaktadır.

Suçun hiddet veya şiddetli eleme yol açan haksız eylemin gerçekleştirilmesinden ne kadar zaman sonra işlenmesi gerektiği konusunda 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu konuda genelgeçer bir ölçüt koymak da doğru değildir. 5237 sayılı TCK m. 29 hükmündeki “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” ibaresi göz önünde tutularak hiddet veya şiddetli elemin etkisi sürdüğü sürece işlenen suç bakımından haksız tahrik indiriminin uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Suç işlendiği sırada, önceki haksız eylem nedeni ile ortaya çıkan hiddet (öfke) veya üzüntü ortadan kalkmış ise fail haksız tahrikten yararlanamaz. Ancak tepkinin tahrik eyleminden hemen sonra gösterilmiş olması gerekmez. Tahrike neden olan eylemin etkisi bir süre daha devam etmiş ve fail bu süre içerisinde suçu işlemiş ise, haksız tahrik hükmünden yararlanabilir. Başka bir anlatımla, eğer önceki olay, faili bu suçu işlemeye iten ve o kişide hiddet ve şiddetli elem uyandıran haksız eylem özelliğini taşımakta ise fail yararına haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır.

Tepkinin zamanı konusunda bir ölçü olmadığı gibi bir zaman sınırlaması getirmek de haksız tahrikin psikolojik esası ile bağdaşmayacaktır. Tahrik eylemi bitmeden bir tepki gerçekleşebileceği gibi, bu eylemden belli bir süre sonra gerçekleşen tepki de kabul edilebilir. Söz konusu tepki eylemi yine de makûl bir süre olarak tahrik edici eylemin etkisi süresi içinde işlenmelidir. Tahrik eylemi ile tepki eyleminin arasına giren zaman aralığının fazla olması hâlinde tahrikin neden olduğu hiddet ve elem durumunda azalma olması mümkündür. Bu nedenle dikkat edilmesi gereken husus, tahrik eyleminin sürekliliği ve güncelliğidir.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan unsurlardan biri de haksız eylemi yapanın mağdur olması veya mağdurun bu eylemi önleme sorumluluğunun bulunmasıdır. Başka bir anlatımla, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için haksız eylemin mağdurdan kaynaklanmış olması veya mağdurun o haksız eylemi önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi veyahut zımnen (örtülü olarak) bu haksız eylemi onaylamış bulunması gerekir.

Haksız eylemi gerçekleştirilmeyen ya da buna herhangi bir şekilde iştirak etmeyen bir kişiye yönelik hareketlerde haksız tahrik indirimi yapılmaz. Öte yandan

tepki eyleminin, haksız eylemde bulunan kişinin ne derece olursa olsun yakınlarına karşı işlenmesi durumunda bile failin tahrik hükümlerinden yararlandırılması söz konusu olmaz. Tepki eyleminin haksız tahrik oluşturan eylemi yapanlardan sadece birisini hedef alması durumunda da suça konu tepki eylemini gerçekleştiren kişi haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için, mağdurun haksız tahrike yol açan eylemi kendi eli ile gerçekleştirmesi zorunlu değildir. Mağdurun üçüncü bir kişiyi araç olarak kullanarak failde hiddet veya şiddetli elem oluşturacak haksız bir eylemi gerçekleştirmiş olması yani dolaylı tahrik mümkündür.

Hiddet veya şiddetli elemnin etkisinde mağdura karşı işlenen suçtan dolayı bir kez haksız tahrik indirimi yapılabilir. Failin mağdura karşı aynı anda birden fazla suç işlemesi durumunda her bir bağımsız suç için ayrı haksız tahrik indirimi yapılmalı, daha sonra cezalar içtima ettirilmelidir.

Bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen eylemler fail tarafından işlenen suç bakımından mağdurdan kaynaklanan tahrik edici eylem niteliğinde olmadığından haksız tahrik haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır. Örneğin, cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme eyleminde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır.

Mağdurdan kaynaklanmayan, onunla nedensellik bağı bulunmayan ve fakat failde mağdurdan kaynaklandığı sanılan bir eylemin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem durumunun tepkisi olarak, kusursuz yanılmanın etkisi altında failin suçu işlemesi durumuna mefruz (varsayılan) tahrik denilmektedir.

Mefruz (varsayılan) tahrik durumunda suçu işleyen faile haksız tahrik hükmünün uygulanmasının söz konusu olup olamayacağı konusunda öğretilerde farklı görüşler ve farklı Yargıtay içtihatları bulunmaktadır.

Öğretilerdeki bir görüşe göre; haksız tahrikte cezanın indirilmesinin esas nedeni psikolojiktir ve failin hiddet ve şiddetli elem saiki ile hareket etmesidir. Bu psikolojik esas, mefruz (varsayılan) tahrik durumunda da vardır.

Aksi yöndeki görüşe göre; mefruz tahrik yani gerçekte var olmayan ve fakat fail tarafından var olduğu sanılan bir eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenen suç sebebi ile haksız tahrik kabul edilemez. Çünkü haksız tahrikten söz edilebilmesi için ortada objektif olarak tahriki oluşturan bir eylemin bulunması gerekir. Vehim ve zan tahrik oluşturmaz. Ancak mefruz tahrik durumu cezayı azaltıcı takdiri neden olarak kabul edilebilir.

Öğretideki bir başka görüşe göre; fail, salt kendi kusuru ve yanılışı sonucu suç işlemişse haksız tahrik hükmü uygulanmaz. Buna karşın, failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusuru yoksa onu bu psikolojik durumundan yararlandırmamak haksız tahrikin esasına aykırı olur.

Yargıtay'ın 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde konuya ilişkin uygulamalarına bakıldığında çoğunlukla mefruz tahrik (varsayılan tahrik) durumlarında, tahrik hükmünün uygulanamayacağı yönünde kararlar verdiği görülmektedir.

Mefruz tahrik hâlinde haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin sorun, 5237 sayılı TCK m.30 f.3 düzenlemesi ile çözüme kavuşturulmuştur. Bu nedenle, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde mefruz tahrik hâlinde haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağına ilişkin Yargıtay kararlarının geçerliliği kalmamıştır. Çünkü mefruz tahrik hâlinde, haksız tahrikin maddi koşullarında hata (yanılma) söz konusudur.

5237 sayılı TCK m.30 f.3 düzenlemesinde “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” denilmektedir. Buna göre, ceza sorumluluğunu azaltan nedenlere ait maddi koşulların gerçekleştiği hususunda bir hata söz konusu olduğu için bu hatanın kaçınılmaz olması koşulu ile fail bu hatasından yararlanabilecek ve hakkında haksız tahrik indirimi uygulanabilecektir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, fail bu hatasından yararlanamayacak ve hakkında haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır.

Hatanın kaçınılabilirliği konusunda ölçü ise, failin somut olayın durumuna, bilgi ve yaşam deneyimlerine göre hataya düşmemek için gerekli bilgiyi elde etme konusunda herhangi bir çaba göstermiş olup olmadığıdır. Bu açıdan kaçınılabilirlik, failin yetenek ve deneyimlerine göre bireysel olarak değerlendirilmeli ve failin içinde bulunduğu gruba ait spesifik özellikler ve bu bağlamda özellikle yaşam ve meslek çevresi, eğitim durumu, konumu ve meslek deneyimleri göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim 5237 sayılı TCK yürürlük dönemindeki Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.

Kişisel görüşümüz de bu doğrultuda olmakla;

Mağdurun tahrik edici haksız bir eylemi bulunmadığı hâlde failin yanılıya düşerek varsaydığı haksız bir eylemden dolayı suç işlemesi hâli olan mefruz (varsayılan) tahrik koşullarında, objektif unsur yani tahrik edici bir eylemin varlığı unsuru gerçekleşmediği için fail haksız tahrik hükmünden yararlanamaz. Ancak 5237 sayılı TCK m.30 f.3 düzenlemesi göz önünde bulundurularak failin “3. kişinin söz ve davranışları ile yanılıya düşürülmesi” veyahut “yer”, “zaman”, “sorumluları araştırma süresi” itibariyle somut olayın özelliklerine ve içinde bulunulan durumun gereklerine göre “kişisel algılamasının kabul edilebilir olma” hâlinde “kaçınılmaz bir hataya düştüğünün” kabulü ile bu koşullarda mefruz (varsayılan) tahrik altında suçu işleyen fail hakkında da TCK m. 29 hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir.

Meşru savunma ve haksız tahrik kurumları arasındaki ilişki öğretilerde 2 farklı şekilde değerlendirilmektedir. Bir görüş haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olduğu ve aralarında yoğunluk bakımından farklılık bulunduğu yönünde iken, diğer görüş haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olmadığı ve aralarında nitelik bakımından farklılık bulunduğu şeklindedir. Her iki görüş de haksız tahrik ile meşru savunma kurumlarının aynı eylemde birlikte uygulanamayacağı sonucunda birleşmiştir.

Kişisel görüşümüze göre de;

Meşru savunma ve haksız tahrik kurumları aralarında haksız eylem sonucuna yönelik olmaları itibariyle benzerlik bulunmasına karşın nitelikleri ve unsurları farklı ceza hukuku kurumlarıdır. Haksız tahrikte fail, kendisine yönelen haksız eylem sona

erdiği hâlde bu eylem ile nedensellik bağı bulunan öfke veya şiddetli elemin etkisi altında bu saldırıya karşılık vermektedir. Oysa meşru savunmada haksız saldırı henüz sona ermemiştir. Bu yüzden de meşru savunmada failin haksız saldırıyı ortadan kaldırma zorunluluğu bulunmakta iken, haksız tahrikte saldırıya karşılık verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Meşru savunma, hem ceza hukuku bakımından cezaya ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini, hem de diğer hukuk alanları bakımından yaptırımların uygulanmasını engelleyen hukuka uygunluk nedenidir. Haksız tahrikte ise, failin eyleminin hukuka aykırılığı devam etmekte sadece işlediği suçun cezasından indirim yapılmaktadır. Bu nedenle aynı eylemde meşru savunma ve haksız tahrik hükümlerinin uygulama koşullarının gerçekleştiği durumlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz.

Meşru savunma ile haksız tahrikin aynı eylemde bir arada bulunmalarına engel olan neden, 5237 sayılı TCK'nın m.27 f.1 hükmü veya m.27 f.2 hükmü kapsamında zorunluluk sınırının aşılmasının uygulama koşulları gerçekleştiği takdirde zorunluluk sınırının aşıldığı savunma ile haksız tahrikin birlikte kabulüne de engel oluşturmaktadır.

Zorunluk durumu hukuka uygunluk nedeni ile haksız tahrik kurumu arasındaki en önemli fark, zorunluluk durumunu doğuran eylemin haklılığının veya haksızlığının bir önemi olmamasına karşın haksız tahrikte, haksız bir eylemin doğurduğu hiddet (öfke) ve şiddetli elemin (üzüntünün) etkisi altında kalan kişinin iradesini yönlendirme yeteneği zayıfladığından cezanın indirilmesi yoluna gidilmesidir. Bir farklılık da haksız tahrik durumunda haksız bir eylem, bu bağlamda haksız bir saldırı söz konusu iken, zorunluluk durumunda kişiye yönelik bilinçli bir saldırı durumu bulunmamaktadır. Ayrıca zorunluluk durumu, meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk nedenidir ve zorunluluk durumu koşulları gerçekleştiği takdirde faile ceza verilemeyecektir. Buna karşılık haksız tahrik kurumu ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran değil azaltan bir nedendir. Her iki kurumun hukuki niteliği ve unsurları farklı olduğundan olayda birisinin bulunması, diğerini ortadan kaldırmaz.

Haksız eylemin etkisi ile tepki suçunu işleyen akıl hastası olması durumunda, haksız tahrikin uygulanıp uygulanamayacağı failin tam veya kısmi akıl hastası olmasına göre değişmektedir. Tam akıl hastalığı ceza sorumluluğunu tümü ile

ortadan kaldırdığı için sadece cezayı azaltıcı bir neden olan haksız tahrikin uygulanmasına gerek kalmaz. Bu nedenle haksız tahrik ile tam akıl hastalığı bir arada uygulanamaz. Kısmi akıl hastalığında failin cezai sorumluluğu tamamen kalkmamakta TCK m.32 f.2 hükmüne göre, sanığa verilecek cezadan maddede öngörülen oranlarda indirim yapılmaktadır. Bu nedenle kısmi akıl hastalığı ile haksız tahrik bir arada bulunabilir. Ancak irade dışı geçici neden söz konusu ise TCK m.34 f.1 hükmü gereği ceza verilemeyeceğinden haksız tahrik hükmü birlikte uygulanamayacaktır.

Yargıtay da haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kısmi akıl hastası faile verilecek cezada hem haksız tahrikten hem de kısmi akıl hastalığından dolayı indirim yapılabileceğini kabul etmektedir.

Fail kısmi akıl hastası olup da kendisine karşı herhangi bir haksız saldırı bulunulmamasına rağmen sırf hastalığı yüzünden haksız bir saldırının bulunduğu zannına kapılarak, bundan dolayı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlerse, heyecan durumu haksız tahrikten değil, failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş olduğundan, haksız tahrik ile kısmi akıl hastalığının bir arada bulunmasından söz edilemez ve fail hakkında sadece kısmi akıl hastalığına ilişkin TCK m.32 f.2 hükmü uygulanır

Eylemi işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olanlar ile eylemi işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması durumunda ceza sorumlulukları bulunmadığından sadece cezayı azaltıcı bir neden olan haksız tahrikin uygulanmasına gerek kalmaz.

Eylemi işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlardan işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve eylem ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği olanlar on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlar bakımından haksız tahrik ile yaş küçüklüğü bir arada uygulanabilir. Bu durumda failin cezası, önce haksız tahrik nedeni ile indirildikten sonra yaş küçüklüğüne ilişkin indirim oranı uygulanır.

Haksız tahrik (TCK m.29) ile takdiri indirim nedenleri (TCK m.62) aynı olayda birlikte uygulanabilir. Somut olayda haksız tahrik mevcut ise hâkim önce kişisel indirim nedeni olan haksız tahrik indirimi, bundan sonra da takdiri indirim nedeni uygulayacaktır. Ancak iki kez değerlendirme yasağı nedeni ile aynı durum (olgu, davranış, neden) hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemez. Başka bir anlatımla aynı durumun hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni sayılması ve aynı duruma dayanarak cezada iki kez indirim yapılması mümkün değildir.

Müşterek fail veya iştirak edenlerden bir kısmı hakkında tahrik koşulları gerçekleşmiş, diğerleri hakkında gerçekleşmemiş ise, 29. Madde sadece haksız tahrik koşulları gerçekleşen kişiler hakkında uygulanabilecektir. Çünkü ceza hukukunda failin suç işlemesine neden olan psikolojik durumunun suça etki eden bir neden olduğu kabul edildiğinden haksız tahrik kişisel ve sübjektif bir indirim nedenidir. Kişisel indirim nedenleri, ilgili kişi hakkında geçerlidir. Tahrik eyleme bağlı değil, kişisel duruma bağlı bir indirim nedeni olduğu için haksız tahrik durumunda tepki suçunu işleyen kişi bizzat tahrik hükmünden yararlanacaktır. Bu bağlamda kişisel indirim nedeni olan haksız tahrik ancak tahrik edilen için uygulanabilir, suça iştirak eden diğer kişilerin -tahrik edilmemiş olmaları koşulu ile- cezalarını etkilemez.

Suçta tekerrür, bir olayda sanık lehine oluşan haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp tekerrür ile tahrik hükümlerinin birlikte uygulanması mümkündür.

765 sayılı TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK'da cezaların ıçtimaı ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Cezaların ıçtima durumunda haksız tahrik hükmünün her bağımsız suç için ayrı ayrı göz önünde bulundurulması gerekir. Yapılacak haksız tahrik indiriminin ıçtima sonucunda elde edilecek toplam ceza üzerinden yapılması doğru değildir. Her suç bakımından ayrı ayrı TCK m.29 uygulandıktan sonra sonuç cezalar ıçtima ettirilmelidir. Cezaları ıçtima ettirilen suçlardan bazıları hakkında haksız tahrikin kabulü, diğerleri hakkında reddi mümkündür.

Hata hâlinde kişinin hatasının kaçınılmaz olup olmadığı haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını belirleyecektir. Fail özenli davranmış olsa idi haksız tahrikin koşullarının oluşmadığını bilebilecek durumda ise kaçınılabilir hata söz konusu olacağından haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır. Fail tepki suçunu oluşturan eylemi, kendi kusuru olmaksızın kaçınılmaz hataya düşerek işlemiş ise TCK m.30 f.3 koşulları doğrultusunda haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, eğitim durumu, yaşadığı sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulacaktır.

Olayda fail hem cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâl hem de haksız tahrik bakımından hataya düşmüş ise öğretide savunulan görüşe göre hem gerçekleşen hem de gerçekleştirilmek istenen suçtaki nitelikli hâl faile uygulanmayacak, eğer fail haksız tahrik konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise bundan da yararlanabilecektir.

Kişisel olarak katıldığımız Yargıtay uygulamalarında ise, cezayı artıran nitelikli hâlin şahsa bağlı nitelikli hâl olması durumunda failin hatasından yararlanabilmesi ve eylemin basit hâlden cezalandırılması gerektiği; buna karşın eyleme bağlı nitelikli hâl söz konusu ise hata hâlinde bile failin nitelikli hâlden cezalandırılması gerektiği, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ve dolayısıyla haksız tahrike ilişkin olarak da benzer şekilde hatanın kaçınılmaz olma koşulunun gerçekleşmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, aksi durumda uygulanamayacağı kabul edilmektedir.

Sapma hâlinde failin haksız tahrik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda öğretide ve Yargıtay uygulamalarında farklı görüşler benimsenmiştir.

Hedefte sapma hâlinde öğretide, tahriki oluşturan hareketi gerçekleştiren kişi dışında kalan kişiler üzerinde işlenen eylemler açısından haksız tahrik uygulanamayacağı görüşü; sadece hedef alınan kişiye yönelik suç açısından değil, haksız tahrikin etkisinde işlenen eylemin meydana getirdiği bütün sonuçlar açısından uygulanması gerektiği görüşü ve olası kastın söz konusu olmadığı koşullarda hedefte

sapma hâlinde haksız tahrik hükümleri uygulanabileceği görüşü olmak üzere farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Yargıtay uygulamalarında ise, hedefte sapma hâlinde TCK m.43 f.3 hükmünde kasten öldürme suçu bakımından aynı türden fikrî içtima kabul edilmediği ve her bir suçun cezasının ayrı ayrı verilmesi düzenlendiği için fail asıl öldürmek istediği kişiye yönelik kasten adam öldürmeye teşebbüs bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanacak iken, olası kastla adam öldürme suçu bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır görüşü benimsenmekte iken YCGK 05/10/2010 tarihli kararı ile görüş değişikliği yaparak olası kast ile işlenen suçlarda da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olmadığına karar vermiştir. Halen bu uygulamasını devam ettirmektedir.

Kişisel görüşümüz;

Fail, çok neticeli hedefte sapma sureti ile tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlemiş ise ve amaçlanan ve saldırıya uğrayan konu suç kasten adam öldürme suçunu oluşturmakta ise 5237 sayılı TCK m.43 f.3 hükmünde bu suç bakımından aynı türden fikrî içtima kabul edilmediğinden kanun maddesindeki düzenleme doğrultusunda her bir suçun cezası ayrı ayrı verilecektir. Mağdurdan kaynaklanan haksız tahrik yüzünden bir suç işleyen fail, mağdur dışında başka kişilerin de zarar göreceğini öngörmesine rağmen, sonucu kabullenmiş ve hareketine devam etmiş ise, amaçladığı suç yönünden haksız tahrik hükümlerinden yararlanabileceği gibi, olası kastla hareket etmiş olduğu kişilere yönelik işlediği suç nedeni ile de koşulları varsa haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak olası kast koşulları söz konusu olmaksızın, taksirle hareket etmiş ve eylemin taksirli hâli kanunda suç olarak düzenlenmiş ise, taksirli suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanamayacağından hedefte sapma hâlinde failin mağdur dışındaki başka kişilere işlediği taksirli suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönündedir.

Haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunup bulunmayacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu tartışma, tasarlamanın tanımı ve esası konusunda görüş birliğinin olmamasından kaynaklanmaktadır.

Psikolojik (soğukkanlılık) görüşünü benimseyenlere göre, tasarlama, failin soğukkanlılık ve sükûnetle düşünüp karar verdikten sonra suçu işlemesidir. Tasarlamanın unsuru olan soğukkanlılık ve sükûnet ile haksız tahrikin unsuru olan hiddet veya şiddetli elem birbirine zıt ruhsal durumlar olması nedeni ile aynı anda aynı kişide varlığından söz edilemeyeceğinden haksız tahrik ile tasarlama bir arada bulunamaz.

Plan kurma ve kronolojik görüşü benimseyenlere göre, tasarlama, failin suç işleme kararı aldıktan sonra suçun işlenmesine kadar geçen süre içerisinde düşünüp taşınması, bu kararını gerçekleştirmek için plan yapması ve bu plan doğrultusunda suç işlemesidir. Haksız tahrikin uygulanabilmesi için tepki suçunun haksız eylemden hemen sonra işlenmesi zorunlu olmadığından, başka bir anlatımla haksız eylemden kaynaklanan hiddet ve şiddetli elem durumunun uzun süre devam etmesi ve bu arada failin plan kurarak suç işlemesi mümkün olduğundan haksız tahrik ile tasarlama bir arada uygulanabilir.

YCGK ve Yargıtay Daire kararlarında tasarlayarak adam öldürme suçlarında koşulları varsa haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği görüşü istikrar kazanmıştır.

Kişisel görüşümüze göre;

Tasarlamanın kasten adam öldürme suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenmesini açıklayan iki görüşten plan kurma ve kronolojik ölçütü esas alan görüş daha isabetlidir. Tasarlama, failin suç işleme kararı ile eylemi icrası arasındaki süre zarfında suç işleyip işlememe konusunda düşünüp taşınarak adam öldürmeye karar vermesi, bu suçu nasıl işleyeceğini planlaması ve hazırlıklarını yapması, bu süre zarfında suç işleme kararından vazgeçmemek sureti ile suçu işlemesi sürecini ifade etmektedir. Failin suç işleme kararını ani olarak vermeyip düşünme süresine ve koşullarına sahip olmasına rağmen suçu işlemekten vazgeçmemesi, suç işleme kararında sebat etmesi, “suç işleme kastının yoğunluğu” ve suçu planlayarak mağdurun kendisini savunma koşullarını zayıflatması veya tamamen ortadan kaldırması itibarıyla “tehlikenin yoğunluğu” göz önünde bulundurularak kanun koyucu suçun temel hâline göre cezayı arttırmıştır. Ancak bu durum suçun hiddet (öfke) ve şiddetli elem etkisi altında işlenmesi bakımından psikolojik veya kanuni

engel oluşturmaz. Başka bir anlatımla hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi altında failin düşünme ve yapacağı hareketi planlama yeteneğinin devam etmesi mümkündür. Öte yandan haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından tepki suçunun haksız eylemin icrası esnasında veya hemen sonrasında işlenmesi zorunluluğu yoktur. Tahrik edici eyleme verilecek tepkinin süresi bakımından nedensellik bağı devam etmek kaydı ile belli bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir. Bu bağlamda, hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi ile tasarlayarak adam öldürme suçu işlenebilir. Burada önemli olan husus, failin bütün tasarlama süresince hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisinde olması ve failin maruz kaldığı haksız eylem ile işlediği kasten öldürme suçu arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Bu unsurlar gerçekleştiği takdirde haksız tahrik ile tasarlama bir arada uygulanabilir.

765 sayılı TCK'da yer almayan töre saiki ile adam öldürme suçu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde, kasten öldürme suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir. Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen eylemler dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Buna göre, adam öldürme suçunun nitelikli hâli olan töre saiki ile veya kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümleri uygulanamayacak, haksız tahrik koşullarının bulunduğu olaylarda adam öldürme suçunun töre saiki ile veya kan gütme saiki ile işlendiği kabul edilemeyecektir. 5237 sayılı yasa ile töre ve kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasına son vermek için maddenin gerekçesinde, bu suçlarda haksız tahrikin uygulanmayacağı belirtilmiştir. 765 sayılı TCK döneminde de eylemin haksız olması ve iki defa değerlendirme yasağı nedeni ile aynı sonuca ulaşılması mümkündür.

Töre ve namus cinayetlerinin aynı olup olmadığı veya kanun koyucunun töre saiki ile işlenen kasten öldürme suçları kapsamında namus saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarını da kast edip etmediği hususu öğretide tartışmalıdır.

Kişisel görüşümüze göre;

Her ne kadar sözcük anlamı itibariyle “töre” kavramı “namus” kavramına göre daha geniş anlam ifade etmekte ise de “namus saiki ile” işlenen adam öldürme

suçları, “töre saiki ile” işlenen öldürme suçlarına göre daha genel ve kapsayıcıdır. Bu nedenle, “namus saiki ile” işlenen her suçu töre ile ilişkilendirmek ve TCK 82/1-k maddesi anlamında töre saiki ile işlenen suç olarak kabul etmek doğru değildir. Çünkü namus cinayetleri adı altında işlenen suçlar kapsamında, haksız tahrik hükümlerinin uygulama olanağı bulunmayan “töre saiki ile” işlenen suçların yanı sıra haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği “namus saiki ile” işlenen suçlar da bulunmaktadır.

Suçun töre saiki ile işlendiğinin kabulü için ölüm kararının aile meclisi tarafından alınması zorunluluğu bulunup bulunmadığı da öğretilerde tartışma konusu olmuştur.

Kişisel görüşümüze göre;

Töre saiki ile adam öldürme suçunun işlendiğinin kabulü için, aile meclisi kararı alınması ve bunun ailenin bireyleri tarafından uygulamaya konulması zorunlu değildir.

Şöyle ki:

-Aile meclisi kararının, töre saiki ile adam öldürme suçunun unsuru olduğuna ilişkin kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi, suçun zorunlu ve doğal unsuru olarak kabulünü gerektiren bir neden de bulunmamaktadır.

-Kanunun hukuken önem verdiği bir saikin etkisiyle işlenen bu suçun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi mümkün olduğundan, aile meclisi kararının suçun ön koşulu olarak kabul edilmesi hâlinde zorunlu azmettirmeyi gerektiren yeni bir suç tipi ortaya çıkacaktır.

-Bir yandan kanunda töre saiki ile öldürme eylemi adam öldürme suçunun nitelikli hâli kabul edilmek ve daha ağır bir ceza yaptırımını öngörülmek sureti ile, kökleşmiş ve bünyesinde insan yaşamını sona erdirmeye yönelik vahim sonuçlar barındıran kötü bir göreneğin kaldırılması sosyal amacı hedeflenirken, öte yandan belli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişiler nezdinde uygulanagelen ve devletin cezalandırma yetkisinin gasp edilmesi anlamı taşıyan aile meclisi kararına hukuk düzeni tarafından geçerlilik tanınması kanunun amacı ve temel hukuk ilkeleri ile çelişki oluşturacaktır.

-Töre saiki ile hareket eden ve aile meclisi kararını icra eden fail suçun nitelikli hâline aykırılıktan cezalandırılırken, aynı saik ile hareket eden ancak aile meclisi kararı olmaksızın anlık karar veren failin suçun basit hâlimden cezalandırılması eşitliğe aykırı ve adaletsiz uygulamalara yol açacaktır.

Bu tespitler dikkate alındığında, aile meclisi kararının unsur olarak aranmasının, suçun kanuniliği, kıyas yasağı, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmadığı ve düzenlemenin amacına ters düştüğünün açıkça görülmekte olduğu kanaatindeyiz.

5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin gerekçesinde "töre saiki ile adam öldürme suçuna ilişkin nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir" şeklinde açıklama yer almaktadır.

Öğretide bir görüşe göre, töre saiki ile adam öldürme suçları, TCK m.82 gerekçesinde yer alan açıklama itibariyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı namus saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarıdır.

Öğretide bir başka görüşe göre; maddenin gerekçesindeki açıklamadan çıkartılması gereken sonuç, "namus cinayetleri" kapsamında değerlendirilebilecek suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması tamamı ile yasaklanmamış, aksine haksız tahrikin mevcut olduğu öldürme suçlarında bu nitelikli hâlin uygulanamayacağı ifade edilmek istenmiştir.

Kişisel görüşümüze göre de;

Madde gerekçesinde yer alan açıklama ile haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulunduğu durumlarda töre saiki ile adam öldürme suçunun oluşamayacağı vurgulanmak istenilmiştir. Söz konusu açıklamaya bakılarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığı, ahlâk kurallarına aykırı görülen her davranış nedeni ile işlenen öldürme eylemlerinin töre saiki ile adam öldürme suçunu oluşturacağı şeklinde bir çıkarım yapılması, maddenin gerekçesi ile de bağdaşmaz. Ahlâk ve namus güdüsü ile işlenen bazı öldürme eylemleri töre saiki ile adam öldürme suçunu oluşturabileceği gibi bazıları oluşturamayabilir. Öldürme eyleminin töre saiki ile işlendiğinin kanıtlanması durumunda fail haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz, bu saikin kanıtlanmadığı durumlarda haksız tahrik

hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Öldürme eyleminin töre saiki ile gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmesi adalet ve hakkaniyet ölçütlerine daha uygundur.

Töre saiki ile işlenen suçlarda haksız tahrik hükmü uygulanamamasının gerekçeleri şu şekilde açıklanabilir:

İlk olarak, kanun koyucu haksız tahrik indiriminin uygulanabilmesi için, bir haksız eylemin varlığı koşulunu aramaktadır. Bu bağlamda tahrik oluşturan hareketin hukuk düzeni tarafından korunmayan haksız bir hareket olması gerekmektedir. Kişilerin cinsel özgürlükleri üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunmaları hukuk düzeni tarafından korunduğundan haksız tahrik nedeni oluşturmaz. Haksız tahrik uygulamasında kast edilen haksız eylem, hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içerisinde olan bir eylem olduğundan ve mağdurdan/maktûlden kaynaklanan haksız bir eylemin varlığından hukuken söz edilemeyeceğinden töre saiki ile işlenen suçlarda haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır.

İkinci olarak, haksız tahrik uygulamasında failde hiddet ve şiddetli eleme yol açan haksız bir eylem unsuru aranmaktadır. Oysa töre saiki ile işlenen suçlarda fail eylemi, görev bilinci ile ve öç almak veya törenin gereğini yerine getirmek gibi ahlâka aykırı düşüncenin ve tutkunun etkisi altında gerçekleştirdiğinden haksız tahrikin hiddet veya şiddetli eleme ilişkin unsuru oluşmamaktadır. Bu durumda, maktûlden kaynaklanan haksız eylemin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli eylemin etkisi ile tepki suçunun işlendiğinden söz edilemeyecektir.

Üçüncü olarak, “töre saiki” kasten öldürme suçunda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hâl oluşturmaktadır. Suçun nitelikli hâli olarak kabul edilen bir nedenin, aynı zamanda indirim nedeni sayılması mümkün olmadığından töre saikinin kabul edildiği durumlarda ayrıca haksız tahrik hükmü uygulanamayacaktır.

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 öldürtmesi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir

anlatımla, kan gütme, failin, daha önce öldürülen bir yakınının öcünü almayı görev bilerek ve bu görevi yerine getirme bilinci içinde öldürme suçunun failini veya onun mensup olduğu grup ve aileden birisini öldürmesidir.

YCGK'nun yerleşik kararlarında belirtildiği üzere, kan gütme saikinin adam öldürme uygulanabilme koşullarının gerçekleştiğinin kabulü için;

a) İki taraf arasında önceden bir öldürme olayı gerçekleşmiş ve olaya neden olan önceki olay ölümle sonuçlanmış olmalıdır.

b) Fail önceki suçun failini veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisini öç almak duygusu ile ve bir görev bilinci ile öldürmelidir. Fail ile mağdur-maktûl arasında, kan davasının dışında öldürmeyi gerektirecek başka bir neden bulunmamalıdır.

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

d) İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içerisinde fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve hiddetten (öfkeden) arınarak geleneklerin etkisi ile bir görevi yerine getirmek istek ve bilinci ile hareket etmelidir.

TCK'nın 82. madde 1. fıkrası (j) bendi gerekçesinde "Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, kan gütme saiki ile öldürme durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, eylemin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması durumunda söz konusu olabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu durumlarda, bu bent hükmü uygulanmaz" denilmiştir.

Kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmayacağı hususunda öğretide farklı görüşler savunulmuştur:

Öğretide bir görüşe göre, öç almanın esasında haksız bir tahrik söz konusu olduğundan, kan gütme saiki ile işlenen adam öldürme suçları bakımından da haksız

tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Aynı nedenin cezanın hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici nedeni olmayacağı doğrudur. Ancak, bu suç tipinde sanığa, saiki nedeni ile daha ağır bir ceza öngörülmektedir. Failin, ilk suçun eyleminden gelen haksızlığa uğradığı da ortadadır. Bu durumda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmek, faili maruz kaldığı haksızlık nedeniyle işlediği suç için iki defa cezalandırmak gibi bir sonuç doğuracaktır. Kan gütme saikini doğuran ve kendisi de başka bir saik olup kan gütme saikinin zeminini oluşturan haksızlığa maruz kalmak, aynı saik ya da aynı neden de sayılamaz.

Öğretide ikinci bir görüşe göre, fail kan gütme saiki ile işlediği kasten adam öldürme suçu bakımından aynı zamanda haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır. Kanun koyucu TCK m.82/1-j hükmündeki düzenleme ile, bir yakını öldürülen failin kapıldığı hiddet (öfke) ve elem (üzüntü) duygusuna hukuki değer tanımamış ve failin öç alma duygusunu cezadan indirim nedeni kabul etmemiştir. Bu nedenle daha önce öldürülen yakınının öcünü almak duygusuyla hareket ederek suç işleyen fail, yakınının öldürülmüş olması nedeni ile hiddet veya şiddetli eleme kapıldığını ileri süremeyecektir. Faili, kan gütme saiki ile adam öldürme suçunu işlemeye yönelten öç alma duygusu haksız tahrik kurumunun içermediği ceza hukukunun cezayı hafifletmek için değer vermediği bir duygudur. Öte yandan aynı duygu ya da saik hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici bir neden olarak kabul edilemeyeceğinden kan gütme saiki ile işlenen adam öldürme eylemlerinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.

Öğretide üçüncü bir görüşe göre ise, haksız tahrikin koşulları oluşmuş ise, olayda kan gütme saiki bulunsa bile, suçun temel şekli üzerinden haksız tahrik indirimi yapılmalıdır. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren haksız bir eylem varsa, bu haksız eylem ayrıca suçun nitelikli hâlini meydana getirmez. Haksız tahrikin koşulları bulunmadığı takdirde, adam öldürme suçunun kan gütme saiki nitelikli unsuru uygulanabilir.

Kişisel görüşümüze göre;

Kasten adam öldürme suçunun nitelikli hâllerini düzenleyen 82. maddenin gerekçesinde yer alan ifadeler göz önünde bulundurulduğunda eylemin “sadece kan

gütme saikine bağılı olarak gerçekleşmesi durumunda” nitelikli adam öldürme suçunun söz konusu olacağı, “haksız tahrikin koşullarının bulunduğu durumda 82/1-j maddesinin uygulanamayacağı” açıkça ifade edilmektedir. Kan gütme saikinin varlığından söz edilebilmesi için, başkaca bir neden eklenmeksizin eylemin sadece kan gütme saiki ile işlenmesi gerekli ve zorunludur. Bu durumda başka nedenlerin gerçekleşmesi söz konusu olamayacağından haksız tahrik hükmünün uygulanma koşulları oluşmayacaktır. Yine haksız tahrikin uygulama olanağı bulunduğu durumda “kan gütme saiki ile adam öldürme suçunun” unsurları gerçekleşmeyecektir. İkinci olarak kan gütme saikinde fail hukuk düzeninin koruma altına almadığı alt kültüre ait bir görevi yerine getirdiği bilinç ve iradesi ile ve öç alma duygusu ile eylemi gerçekleştirmektedir. Öç alma duygusunun, haksız tahrik unsurlarından tepki suçu bakımından nedensellik bağı aranan psikolojik durum kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu değildir. Bu itibarla, hukuk düzeninin tanımadığı ve korumadığı kültüre ait görev bilinci ile ve haksız tahrikin psikolojik unsuruna dahil olmayan öç alma duygusu ile gerçekleştirilen kasten adam öldürme eyleminde “kan gütme saiki” söz konusu olduğundan, bu suçun uygulama alanı haksız tahrikin uygulama alanı ile örtüşmemektedir. Son olarak da aynı saikin hem cezayı hafifleten neden hem de cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir unsur olarak kabul edilmesi çelişkiye yol açacaktır. Açıklanan gerekçeler doğrultusunda kan gütme saiki ile adam öldürme suçu işlendiğinin kanıtlandığı koşullarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı yönündeki görüşün ve Yargıtay uygulamalarının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Bir suçtan dolayı kesin veya kesinleşmiş mahkûmiyet kararından sonra yeni bir suç işleyen kimsenin ikinci suçunun cezasının arttırılmasına ilişkin tekerrür hukuki kurumu, koşulları varsa haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp tekerrür ile tahrik hükümlerinin birlikte uygulanması mümkündür.

Taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışmalı bir konudur.

Öğretide bir görüşe göre, tahrik eylemine maruz kalan failin haksız tahrikten yararlanması için bizzat tahrik edene karşı bilerek ve isteyerek tepki göstermesi

gerekir. Bu bakımdan tahrik sonucunda işlenen suçlar sadece kasıtlı eylemlerdir. Ayrıca bu suçlarda tepkinin tahrik edene yönelmesi koşulu da gerçekleşmez. Sonuç olarak haksız tahrik hükmü taksirli suçlarda uygulanamaz.

Öğretide aksi görüşü savunan yazarlara göre ise, kanunda haksız tahrikin sadece kasıtlı suçlara özgü olduğunu belirten bir düzenleme bulunmadığı gibi, haksız tahrik hükmüne bütün suçları kapsamına alan TCK Genel Hükümleri arasında yer verilmiştir. Suçun haksız hareket oluşturan eylemi yapana yönelmiş olması koşulunun taksirli suçlarda gerçekleşmeyeceği doğrudur, fakat yanılma yahut sapma nedeni ile kasıtlı suçlarda da aynı koşulun gerçekleşmemesi söz konusudur. Kaldı ki taksirli suçların failini, var olan bir haksız tahrik nedeninden yararlandırmamaktansa, taksirli suçlarda bu koşulun aranmadığını, başka bir anlatımla bu koşul bakımından taksirli suçların bir istisna oluşturduğunu kabul etmek adalete daha uygundur.

Yargıtay uygulamaları tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde, kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasti ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız (taksirli) suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanmasının söz konusu olmadığı yönündedir.

Kişisel görüşümüze göre;

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan unsurlardan biri de haksız eylemi yapanın mağdur olması veya mağdurun bu eylemi önleme sorumluluğunun bulunmasıdır. Başka bir anlatımla, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için haksız eylemin mağdurdan kaynaklanmış olması veya mağdurun o haksız eylemi önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi veyahut zimnen (örtülü olarak) bu haksız eylemi onaylaması gerekir. Bu koşul ancak kasıtlı suçlarda gerçekleşebilir. Taksirli suçların, haksız eylemi yapana tepki suçu olarak işlenmesinden söz edilemeyeceğinden taksirli eylem ile haksız tahrik bağdaşmaz. Öte yandan taksirli eylemin tahrik edene karşı işlenebildiğinin kabul edilebildiği istisnai olaylarda da bu kez failin tepki eylemi ile tahrik eylemi arasında nedensellik bağı bulunduğundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü failin sonuca yönelik kastı bulunmadığından işlediği suç tahrikin doğrudan doğruya tepkisi

olarak gerçekleşmez. Bu nedenle haksız tahrikin taksirli suçlarla bağdaşamayacağını savunan yazarların görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Gerçekleşmesi muhakkak görünen sonucun fail tarafından bilinmesi ve istenmesi durumunda “doğrudan kast”; öngörülen muhtemel sonucun meydana gelmesinin kabullenilmesi, olursa olsun düşüncesi ile ve ona katlanmayı göze alarak hareket edilmesi, muhtemel sonucun gerçekleşmemesi için önlem alınmayarak kayıtsız kalınması durumunda “olası kast”; öngörülen muhtemel sonucun meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle sonucun meydana gelmesi engellenmediği takdirde “bilinçli taksir”; öngörülebilir neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması nedeni ile öngörülemediği durumlarda ise “basit taksir” söz konusudur.

Yargıtay istikrarlı olarak, olası kast ile işlenen suçlarda 5237 sayılı TCK m.29 doğrultusunda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmekte iken, kişisel olarak da katıldığımız 05.10.2010 gün, 2010/1-132 E- 2010/183 K sayılı YCGK kararı ile, olası kast ile işlenen suçlarda da “haksız tahrik” hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmek sureti ile görüş değişikliğine gidilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2013 yılından itibaren YCGK kararı doğrultusunda kararlar vermeye başlamıştır. Bununla birlikte Yargıtay 3. Ceza Dairesi hâlen eski uygulamayı yani olası kast ile işlenen suçlarda “haksız tahrik” hükümlerinin uygulanamayacağına yönelik kabulünü devam ettirmektedir.

Failin, işlemek kastı ile hareket ettiği suça bağlı olarak istediği sonuçtan daha ağır bir sonucun veya yeni bir sonucun ortaya çıkması, bu ağır sonucun eyleme ayrı ve bağımsız bir hukuki nitelik kazandırması ve yeni bir suç tipinin ortaya çıkması durumlarında “netice sebebiyle ağırlaşmış suç”, diğer adı ile “kastın aşılması suretiyle işlenen suç” söz konusu olur. Bu suçlar ceza kanunlarına “kusursuz (objektif) sorumluluk” şekli olarak girmiş iken 5237 sayılı TCK’da benimsenen sisteme göre objektif sorumluluktan vazgeçilerek kusura dayalı sorumluluk sistemi içinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’ya göre, fail ölüm sonucu bakımından da en azından taksirle hareket etmiş ise netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama

suçundan sorumlu olacaktır. Buna göre, netice sebebi ile ağırlaşmış suç, kasten işlenen bir suça bağlı olarak meydana gelen ağır veya başka sonuç nedeni ile failin en azından taksiri bulunmak koşulu ile sorumlu tutulduğu suç olarak tanımlanabilir.

Netice sebebi ile ağırlaşmış suçlarda, aşırılık sonucu yani suçun maddi unsurunu ilgilendirdiğinden haksız tahrik, netice sebebi ile ağırlaşmış suçlarda da uygulanabilir. Bu itibarla kasten yaralama sonucunun kişinin ölümüne neden olması durumunda kasten yaralama eylemi bakımından haksız tahrikin uygulanması gerekir.

Yargıtay da yerleşik kararları ile, haksız tahrik hükümlerinin, netice sebebi ile ağırlaşmış suçlarda da uygulanabileceğini kabul etmektedir.

Zincirleme suçlar (Suçların İçtimaı), aynı suç işleme kararının uygulanması kapsamında, bir kişiye karşı aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla kez işlenmesidir. Zincirleme suç durumunda, birden fazla suç arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, sadece bir ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı arttırılmaktadır

Öğretide zincirleme suçlarda haksız tahrikin uygulanabilirliği konusu tartışmalıdır:

Öğretideki bir görüşe göre, devamlılık gösteren suçların başlangıcında haksız tahrikin uygulanacağı düşünülse bile, tek eylemle devamlılık unsuru oluşmayacağı için bu suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.

Öğretideki başka bir görüşe göre, bu suç türünde ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin uygulanması bakımından müteselsil (zincirleme) suça dahil eylemler bağımsızlıklarını koruduklarından kanuni bir hafifletici neden olan haksız tahrik burada uygulanabilir.

Öğretideki üçüncü bir görüşe göre, zincirleme suçta değişik zamanlarda birden fazla suçun aynı kasıtle işlenmesi söz konusudur. Bu nedenle işlenen her suçta failin

tahrik sonucu kapıldığı öfke veya elemin etkisi altında hareket edip etmediği araştırılmalıdır.

Kişisel görüşümüze göre;

Zincirleme suç hâlinde işlenmiş birden fazla suç söz konusu ise de failin suç işleme kararı tektir. Aynı veya farklı mağdurların haksız eyleminin/ eylemlerinin meydana getirdiği öfke veya şiddetli elemin etkisi altında aynı suç işleme kararı kapsamında hareket eden ve aynı kasıt altında irade yeteneği azalan fail hakkında; zincirleme suç meydana getiren bağımsız suçların nitelik açısından haksız tahrikle işlenmeye uygun olması koşulu ile haksız tahrike ilişkin unsurların gerçekleşmesi durumunda haksız tahrik indiriminin uygulanmasına psikolojik veya hukuki bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz.

Zincirleme suç durumunda önce temel ceza tayin edilecek, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda temel cezada önce arttırma sonra indirme yapıp bu ceza üzerinden teşebbüs, iştirak hükümleri uygulandıktan sonra TCK m.43 uyarınca ceza arttırılacaktır. Devamında da TCK m.61 f.5 uyarınca haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve kişisel indirim nedenleri uygulanacaktır.

Hukuka aykırılığın hemen sona ermeyip, belli bir süre devam ettiği suçlara kesintisiz (mütemadi) suç denir. Kesintisiz suçlar, kesintinin gerçekleştiği anda işlenmiş sayılır ve o anda yürürlükte olan kanun uygulanır. Kişi özgürlüğünü kısıtlama (hürriyeti tahdit), taşınması yasak eşyaları taşımak, askerlik hizmetinden kaçma, firar, bilişim sistemine girme gibi suçlar mütemadi (kesintisiz) suçlara örnektir.

Kesintisiz (mütemadi) suçlarda haksız tahrikin uygulanabilirliği öğretide tartışmalıdır:

Öğretideki bir görüşe göre; haksız tahrikin kesintisiz suçlarda uygulanmasına engel bir durum olmamasına rağmen kesintisiz suçların teknik yapısı, yani eylemin devamlılık göstermesi olgusu, tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir.

Tahrik etkisi ile işlenen suç bir tepkiyi dile getirmektedir. Oysa kesintisiz suçlarda bir tepkiden çok, devam eden bir suçun işlenmesi söz konusudur.

Öğretideki aksi bir görüşe göre; haksız tahrikin kesintisiz suçlarda kabulüne engel bir özellik yoktur. Ancak, “temadi” boyunca haksız tahrik koşullarının varlığını sürdürebilmesine pek ender olaylarda rastlanır. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması koşullarına uygun bir şekilde başlayan kesintisiz suça, koşulların ortadan kalkmasına rağmen devam edilmiş ise, failin tahrikten yararlanması söz konusu olmaz.

Kişisel görüşümüze göre de;

2. görüş daha isabetlidir. Çünkü kesintisiz (mütemadi) suçlarda diğer koşulların gerçekleşmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına hukuken veya psikolojik olarak engel bir durum bulunmamaktadır. Her ne kadar devam eden suçlarda hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunma koşulunun çoğu zaman varlığını devam ettirmesi zor olsa da mümkündür. Temadinin kısa sürmüş olması durumlarında koşullar kalkmamış olabilir. Ayrıca nedensellik bağı korunmak kaydı ile tahrik edici eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etki süresini sınırlandırıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Kesintisiz (mütemadi) suçlarda eylemin devamlılık göstermesi başlı başına tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaz. Haksız tahrik koşulları altında başlayan ve haksız tahrik koşulları temadi süresince devam eden olaylarda haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşın, başlangıçta haksız tahrik koşulları gerçekleşmiş iken temadi süresi içerisinde bu koşullar ortadan kalkmış ve hâlâ suça devam edilmiş ise haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.

Şekli suçlar kanunda öngörülen belli hareketlerin icra edilmesi ile tamamlanan, meydana gelmesi için mutlaka belli bir sonucun doğmasını gerektirmeyen suçlardır. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun hükümlerine aykırılık, görevi ihmal, askeri yasak bölgelere girmek, hapisneden kaçmak, suçu ihbar etmemek, cürüm işlemek için örgüt kurmak, yalan yere yemin etmek, yalan tanıklık yapmak, konut dokunulmazlığını ihlâl, hakaret gibi suçlar şekli suçlara örnektir. Konut dokunulmazlığını bozma ve hakaret suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında

Kanun hükümlerine aykırılık, görevi ihmal, askeri yasak bölgelere girmek, hapisshaneden kaçmak, suçu ihbar etmemek, cürüm işlemek için örgüt kurmak suçlarında ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmemektedir. Bu itibarla şekli suçlarla haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağına ilişkin kesin bir ölçüt konulamaz. Bu itibarla, suçun niteliğine göre bir karar verilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Kabahat türündeki suçlarda kasıt unsurunun kanıtlanmasının önem taşıması, başka bir anlatımla kanunun öngördüğü tipiklikte bir eylemin varlığının yeterli sayılması, bu suçlarda Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahrik ile ilgili maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun tartışılmasına yol açmıştır:

Öğretide bir görüşe göre; kabahatlerde kastın sadece ispat hukuku sorunu olduğu ve kastın kanıtlanamadığı durumlarda da failin cezalandırılacağı öne sürülerek kabahatlerde tahrik hükümlerinin uygulanabileceği savunulmaktadır.

Kişisel olarak katıldığımız bir başka görüşe göre; taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olan nedenler kabahatler için de söz konusudur. Haksız tahrik kurumunun en önemli unsurlarından biri olan bilinçli tepki koşulunun kabahatlerde gerçekleşmesi zordur. Yine tepkinin, tahrik eden kişiye yöneltilmesi koşulu için de aynı zorluk söz konusudur. Yargıtay'ın sarhoşluk suçundan tahrikin söz konusu olamayacağına ilişkin kararında benimsediği mantık doğrudur. Saldırganlık tahrik nedeni ile meydana gelmiş ise sarhoşluktan söz edilemez, saldırganlık sarhoşluktan kaynaklanmış ise bu kez failin hiddet (öfke) veya elem (üzüntü) duygusuyla hareket ettiği ileri sürülemez. Yine bir başka kabahat türü olan dilencilik eylemi de haksız tahrike elverişli değildir.

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokacak şekilde silahla ateş etmek, kamu mallarına zarar vermek suçlarında haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Çünkü bir kişinin haksız tahrik sayılabilecek eyleminin etkisi altında kalan failin, devlete veya topluma karşı bir suç işlemesi durumunda tahrik edici yapanın mağdur olması unsuru oluşmadığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşulları oluşmaz.

Zimmet, rüşvet, irtikâp, hırsızlık, belgede sahtecilik gibi mal aleyhine işlenen bazı suçlar haksız bir eyleme tepki olarak değil, yararlanma, menfaat sağlama gibi saiklerle işlenen suçlar olduklarından ve bu tür suçlarda fail haksız tahrikin sübjektif unsuru olan hiddet veya şiddeti elemin etkisi ile hareket etmediğinden haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun hükümlerine aykırılık, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin suçlarında haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Bu suçlarda sonuç belli bir hareket şekline bağlandığı için ve tepkinin belli bir kişiye yöneltilmesi koşulu oluşmadığı için haksız tahrikin koşulları bu tür suçlarda oluşmaz.

Failin hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacı ile tehdit veya cebir kullanması eyleminin gerçekleşmesi durumunda, fail hakkında TCK m.150 f.1 delaleti ile kasten yaralama ve tehdit suçlarından hüküm kurulacağı öngörüldüğünden ve bu suçlar kanunda yağma suçunun az cezayı gerektiren hâli olarak düzenlendiğinden haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Ancak söz konusu amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi yönünden koşulları varsa haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir.

Taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik uygulanamaz.

Yağma, cinsel istismar, sarkıntılık (cinsel taciz) ve livata suçlarında mağdurun eylemi ile işlenen bu suçlar arasında nedensellik bağı bulunmadığı gibi, bunları “tepki suçu” olarak nitelendirme olanağı da bulunmadığından haksız tahrik hükmü uygulanamaz.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi gerekli tüm unsurların olayda bulunup bulunmadığı hâkim tarafından kendiliğinden araştırılmalı; mağdurdan kaynaklanan haksız hareketler varsa ve bu haksız hareketler failin hiddet veya şiddetli eleme kapılmasına neden olmuşsa, bu psikolojik durumun etkisi altında mağdura yönelik tepki suçu işleyen failin cezası tahrikin ağırlığına göre kanuni sınırlar içerisinde indirilmelidir.

Haksız bir hareket karşısında farklı kişiler farklı tepkiler gösterebileceğinden, tepkinin niteliğini önceden saptamak ve tahrikin derecesini belirlemek için genel bir ölçüt getirmek olanaklı değildir. Bu yüzden 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde hangi durumların haksız tahrik sayılacağı gösterilmeyerek bir eylemin haksız tahrik oluşturup oluşturmadığının takdir yetkisinin yargılamayı yapan hâkime verilmesi isabetli olmuştur. Öte yandan bir olayda tahrikin olup olmadığı hukuki değil, maddi sorundur. İndirim oranının belirlenmesi konusu da kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde kalmak ve gerekçesi gösterilmek koşulu ile hâkimin takdirine bırakılmıştır. Uygulamada hâkimin takdir yetkisini normlara uygun kullanıp kullanmadığı bakımından hukuki denetim Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay tarafından yapılmaktadır.

Ceza hukukumuzda hâkimin, somut olayda tahrike muhatap olan failin psikolojisi ile bütün durum ve koşulları göz önünde tutmak sureti ile adalete uygun olarak, makûl gerekçelerle takdir hakkını kullanması gerektiği benimsenmektedir. Hâkim, her olayda haksız tahrik oluşturacak bir haksız eylemin bulunup bulunmadığını ayrı ayrı değerlendirerek gerekçesini göstermek sureti ile indirim oranını belirleyecektir.

Yargıtay kararlarında tahrik nedeni ile yapılacak indirimin oranı belirlenirken hâkimin, her somut olayda haksız tahriki oluşturan hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumları, tahrik ile tepki arasındaki süre, tahrikin kendisine veya yakınına yönelmesi gibi ölçütleri göz önünde bulundurarak hak, nesafet ve adalet kurallarına uygun şekilde saptaması ve takdir hakkını kullanırken denetime olanak sağlayacak şekilde bu takdirin kanunî gerekçelerini göstermesi gerektiğine işaret edilmektedir.

Yargıtay kararlarında tahrik konusunda hüküm kurulurken, tahrik oluşturan eylemlerin açık ve net olarak gösterilmesi, tahrikin uygulanması istenilen durumlarda bu hususun tartışılması, haksız bir eylemin gerçekten var olup olmadığı, varlığı kabul edilen bir eylemin tahrik oluşturup oluşturmayacağı, bunun failde hiddet veya

şiddetli elem doğmasına neden olup olmadığı, haksız tahrik hükmünün nesnel ve öznel unsurları ile nedensellik bağlarının, ayrıca ilk haksız hareketin kimden geldiğinin saptanması, sonucuna göre maddenin uygulanıp uygulanmayacağıının araştırılması, kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ile kanıtlardan hangisinin ötekine üstün tutularak bu sonuca varıldığıının açıklanması, tahrik oluşturuyor ise uygulanan indirim oranı bakımından takdirin nedenleri ile mantık ve deneyim kuralları doğrultusunda hükmün gerekçelendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

T.C. Anayasası m.141 f.3, 5271 sayılı CMK m.34. ve m.230 hükümleri uyarınca hâkim ve mahkemelerin her türlü kararlarının, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Faili eyleme yönelten tahrikin varlığının ve ağırlık derecesinin takdir durumu mahkemenin sorumluluğunda ise de bu takdirin oluşa, kanıtlara ve normlara uygun olup olmadığıının Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi bakımından hâkimin gerekçe gösterme zorunluluğuna uyması gerekmektedir. Başka bir anlatımla hâkim verdiği kararda, tahrikin uygulanma veya uygulanmama nedenleri ile indirim oranını gerekçesini belirterek göstermek zorundadır. Ancak bu şekilde tahrik kurumunun olayda varlığının veya tahrik nedeni ile yapılan indirim oranının hukuksal denetimi yapılabilecektir.

Öğretide haksız tahrik kurumu bakımından kanunda hâkime verilen takdir yetkisinin Yargıtay tarafından denetlenebilirliği hususu tartışmalıdır:

Kişisel görüşümüz, takdir hakkının kullanılmasında ve cezanın bireyselleştirilmesinde hataya düşülüp düşülmediğinin saptanması, ilk derece mahkemesi kararlarında gösterilen gerekçelerin kanunî, yeterli ve oluşa uygun olup olmadığı, hak, nesafet ve adalet kurallarının isabetle uygulanıp uygulanmadığı hususlarının Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemelerinin hukuki denetimi kapsamında olması gerektiği yönündedir. Bu şekilde Mahkemelerin kullandığı yetkinin denetimi ve keyfilğin önüne geçilmesi söz konusu olacağı gibi, uygulamada birlik ve istikrar bakımından da hukuk güvenliği ilkesine uygunluk sağlanacaktır. İlk derece mahkemeleri haksız tahrik koşullarını, dosya içeriğine, mantık ve deneyim kurallarına ters ya da eksik uyguladığı takdirde, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri denetimi ile ilk derece mahkeme kararları bozularak geri gönderilecektir. Ancak duruşma yapmayan, sanığı tanımayan, kanıtlarla doğrudan

ilişki kurmayan, tutanak üzerinde inceleme yapmak zorunda bulunan Yargıtay'ın ve duruşma açmadan inceleme yapan Bölge Adliye Mahkemelerinin ; doğrudanlık, yüze karşılıklık, kesintisizlik ve vicdani kanı ilkelerine göre değerlendirilen olay ve kanıtlarla tahrikin derecesini belirlemede, olayın oluş ve akışına, dosyadaki kanıtlara ve hakkaniyet ilkesine açıkça aykırılık saptamadığı takdirde ilk derece mahkemesinin tahrikin derecesine yönelik takdir yetkisine müdahale etmemesi isabetli olacaktır.

Haksız tahrik bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı için tahrik altında işlenen eylemler haksızlığını korumaktadır. Bu nedenle tepki eylemi ile verilmiş olan zararlar bakımından özel hukuk sorumluluğu devam etmektedir. Mağdur isterse özel hukuka başvurarak tazminat talebinde bulunabilir.

5237 sayılı TCK'nda yapılan düzenleme ile, 765 sayılı TCK'nda düzenlenen haksız tahrik kurumu ile ilgili bir kısım değişiklikler getirilmiştir:

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden birincisi; 765 sayılı TCK'nda yer alan “haksız bir tahrikin...” ifadesi yerine 5237 sayılı TCK'nda “haksız bir fiilin...” ifadesinin kullanılmasıdır.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden ikincisi; haksız tahrikin uygulanabilmesi için aranan “suçun işlendiği sırada failin kanunda düzenlenen psikolojik durumun etkisi altında hareket etmesi” şeklindeki unsurda yer alan psikolojik durumlar; 765 sayılı TCK'da yer alan “gazap veya şedit elem” olarak ifade edilmesine karşın, 5237 sayılı TCK'da “hiddet veya şiddetli elem” ifadesine yer verilmiştir.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden üçüncüsü; 765 sayılı TCK'da yer alan adi ve ağır tahrik indiriminin uygulamada yol açtığı sorunlar göz önüne alınarak adi ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması, tahrikin ayrımsız olarak düzenlenmesidir. Haksız tahrik 765 sayılı TCK'da adi haksız tahrik ve ağır haksız tahrik olarak iki çeşit olarak düzenlenmişti. Adi tahrik hâlinde ağırlaştırılmış

müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası yerine yirmi dört sene ağır hapis, sair hâllerde dörtte bir oranında indirim, ağır tahrik hâlinde ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi dört sene, müebbet hapis cezası yerine minimum on beş yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis, sair hâllerde cezanın yarısından üçte ikisine kadar indirim öngörülmüştü. 765 sayılı TCK'da yer alan tahrikin ikili ayrımı sübjektif bir kavrama dayanan haksız tahrikin uygulamasını güçleştirmekteydi. 5237 sayılı TCK'da ağır ve adi tahrik ayrımı yerine, yapılacak indirim konusunda hâkime geniş takdir yetkisi verilerek, önceki kanunun uygulamasında ortaya çıkan adi ve ağır tahrik hâllerinin belirlenmesi konusundaki sorunun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden dördüncüsü; 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi ile, 765 sayılı TCK'da 51. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı indirim oranları getirilmiştir. 765 sayılı TCK m.51 hükmünde yer alan düzenlemede adi tahrikte 1/4, ağır tahrikte 2/3 oranında indirim yapılması öngörülmekte iken 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde yer alan düzenlemede adi- ağır tahrik ayrımı kaldırılmış ve tahrik koşulları olduğu takdirde 1/4 ile 3/4 oranları arasında indirim kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK m.29 hükmünde yer alan yeni düzenleme en üst sınırdan tahrik indirimi uygulanması durumunda daha lehe olduğu gibi, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezaları bakımından da daha lehe hükmü içermektedir.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile getirilen değişikliklerden beşincisi; 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi ile, 765 sayılı TCK'da yer alan adi ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması ile, tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle hâkime olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. 765 sayılı TCK 51. maddesinde adi tahrikte 1/4, ağır tahrikte 2/3 oranında indirim yapılması öngörülmüştü. Hâkim tahrikin adi tahrik olduğunu kabul ettiği takdirde 1/4, ağır tahrik olduğunu kabul ettiği takdirde 2/3 oranında indirim yapmak durumundaydı. Ancak 5237 sayılı TCK 29. maddesinde tahrik ile ilgili olarak bu ikili ayırım ortadan kaldırılarak tahrik durumunda hâkime 1/4 ile 3/4 arasında bir indirim oranı uygulama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Hâkim tarafından tahrik oluşturan eylemin somut olayın koşullarına göre değerlendirmesi yapılarak ve tahrik edici eylemin failin iradesine olan etkisi gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde gösterilen iki sınır arasında belirlenen bir oranda indirim yapılması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK m.29 hükmü ile ilgili getirilen değişikliklerden altıncısı; bütün suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünün yanı sıra, 765 sayılı TCK'nın 272., 258/4, 461/son, 462 ve 485. Maddelerinde özel haksız tahrik hâllerine yer verilmiş iken, 5237 sayılı TCK m.129 hükmü ve hakaret suçu ile sınırlı olmak üzere özel tahrik hâlleri 3 fıkra olarak düzenlenmiştir. 129. Madde hükmü ile, failin haksız bir eyleme ya da kasten yaralanmasına tepki olarak hakaret etmesi veya karşılıklı hakaret özel tahrik nedenleri olarak kabul edilmiştir.

765 sayılı TCK'nın 480, 482. Maddeleri için (480/a hariç) 765 sayılı TCK'nın 485. Maddesinin 1. fıkrasında “mağdurun kendi haksız hareketi ile” hakaret veya sövme suçuna neden olması, 2. fıkrasında “karşılıklı hakaret”, 3. fıkrasında “şiddet kullanılmasından dolayı” hakarete neden olma şeklinde olmak üzere TCK'nın 485. Maddesinde özel tahrik hâlleri 3 ayrı fıkrada düzenlenmişti. Yine 765 sayılı TCK'nın 266 Maddesi için 272. Madde özel tahrik hükmü olarak düzenlenmişti. 765 sayılı TCK'da ayrı ayrı düzenlenen bu suçlar 5237 sayılı TCK'da m.125 hükmünde tek maddede toplandığından bunların ortak özel tahrik hükmü de TCK m.129'da tek bir madde şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda hem kişilere hem de memurlara hakaret suçlarında ayırım yapılmaksızın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 129. Madde hükmü uygulanacaktır. Söz konusu düzenleme ile memurlar ve diğer kişiler bakımından farklı düzenleme ortadan kalkmıştır.

5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesinde hangi suçların özel tahrik kapsamına gireceği belirtilmiştir. Buna göre failin haksız bir eyleme ya da kasten yaralama eylemine tepki olarak hakaret etmesi veya hakarete hakaretle karşılık vermesi gerekir. Bu 3 hâl özel tahrik kapsamındadır. Her 3 durumda da işlenen suç mutlaka hakaret olmalıdır. Fail, haksız tahrik nedeni ile farklı bir tepki suçu işlerse unsurları

varsa 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde düzenlenmiş olan genel tahrik indiriminden yararlanabilir, fakat 129. Maddesinde yer alan özel tahrik hükmünden yararlanamaz. Kanun koyucu bu madde ile hakaret suçuna özgü özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapmıştır.

765 sayılı TCK'nın 485/1 maddesine karşılık gelen 5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesinin 1. Fıkrasına göre, haksız bir eyleme tepki olarak işlenen hakaret suçunda failin cezasının üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermektan de vazgeçilebilir. Oysa ki 765 sayılı TCK'da sadece ceza indirimi hükmü bulunmakta idi.

765 sayılı TCK'nın 485/3 maddesine karşılık gelen 5237 sayılı TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrasına göre, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde faile ceza verilmez. Bu durumda hâkimin takdir yetkisi yoktur.

765 sayılı TCK'nın 485/2 maddesine karşılık gelen 5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesinin 3. fıkrasında ise karşılıklı hakaret durumunda taraflardan biri hakkında verilecek cezanın üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermektan de vazgeçilebilir.

Bu duruma göre, 5237 sayılı TCK m.129 f.1'de haksız eyleme karşı hakaret suçu işlendiğinde ve f.3'de karşılıklı hakaret suçu işlendiğinde faile verilecek ceza indirilebileceği gibi ceza vermektan vazgeçilebileceği hâlde, bu düzenlemelerden farklı olarak m.129 f.2 'de kasten yaralamaya karşı hakaret suçu işlendiğinde ceza indirimi söz konusu olmayıp faile ceza verilmeyecektir.

5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesindeki düzenlemenin niteliği öğretilde tartışmalıdır:

Öğretide bir görüşe göre, bu madde, eylemi suç olmaktan çıkararak bir hukuka uygunluk nedenine yaklaşmakta ve bir meşru savunma hâli olarak görünmektedir. Bir kişinin haksız bir saldırıdan kendisini koruması açısından işlenebilecek suçlardan birinin de hakaret suçu olması karşısında “kasten yaralamaya karşı hakaret” meşru savunma ile açıklanabilecektir. Çünkü haksız bir saldırıyı durdurabilmek için başka bir korunma olanağı bulamayan kişinin saldırganına hakaret etmesinde zorunluluk vardır.

Öğretideki bir başka görüşe göre, 5237 sayılı TCK'nın 129. Maddesindeki düzenleme hakaret suçundan dolayı cezanın indirilmesi bakımından “haksız tahrik” kurumuna ve fail hakkında ceza verilmemesi yönünden de bir hukuka uygunluk nedenine benzemektedir. Ancak, hakaret suçunun cezasının azaltılması veya tamamen kaldırılması açısından düzenlenen hükmün hukuki niteliğini, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmek uygun olmayacaktır. Maddenin 2. 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 gözükmemekte ise de maddenin 1. ve 3. fıkraları cezanın indirilmesine de olanak verdiğinden özel bir hukuka uygunluk kapsamında incelenemez. Çünkü, hukuka uygunluk nedenlerinde, eylem baştan itibaren hukuka uygun hâle geldiğinden ve suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden bu nedenin sınırı taksirle aşılmadığı sürece faile ceza verilebilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle, 129. Maddenin bir hukuka uygunluk nedeni değil nevi şahsına münhasır bir düzenleme olarak nitelendirilmesi daha isabetlidir.

Öğretideki üçüncü bir görüşe göre ise, 5237 sayılı TCK m.129'da düzenlenen bu hüküm ile meşru savunmanın benzer yanları bulunmakla birlikte, her iki kurum birbirinden tamamen farklıdır. Çünkü meşru savunmada, savunmanın zorunluluğu söz konusu iken, bu maddede hakaret suçunun işlenmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca meşru savunmada saldırı ile savunmanın eş zamanlı olması gerekirken, bu düzenleme de böyle bir koşul aranmamaktadır. Kasten yaralamaya karşı hakaret suçunu işleyenlerin cezalandırılmamasının nedeni yani tepki olarak

işlenmesinin cezasızlık nedeni sayılması, bu durumun fail üzerinde oluşturduğu psikolojik etkiye dayandırılmasından dolayı özel bir haksız tahrik hâlini ifade etmektedir.

Kişisel görüşümüze göre de 3. görüş daha isabetlidir. 5237 sayılı TCK m.129 f.1 ve f.3 metni içeriklerinden tepki suçu olarak işlenen hakaret suçu bakımından failin eyleminin hukuka aykırılığının devam ettiğinin kabul edildiği açıkça anlaşılmaktadır. 5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünde kasten yaralamaya karşı hakaret suçunu işleyenlerin cezalandırılmaması düzenlenmiş ise de bu düzenlemenin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir. Çünkü söz konusu düzenleme ile kasten yaralamaya karşı hakaret suçunu işleyenlerin cezalandırılmamasının nedeni, haksız tahrikin etkisi altında işlenen hakaret suçu bakımından failin eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması itibariyle cezalandırmaya lâayık olduğu kabul edilmekle birlikte, cezalandırma gereksiniminin ve kınanabilirliğinin önemsenecek kadar azaldığının veya ortadan kalktığının göz önünde bulundurulmasıdır. Bu itibarla 5237 sayılı TCK m.129 hükmü ile meşru savunma değil, özel bir haksız tahrik hâlleri düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK m.129'da düzenlenen özel haksız tahrik hâllerinden birinin uygulanma koşulları gerçekleştiği takdirde, gerek genel kural- özel kural ilişkisi gereği özel tahrik nedenlerinin bulunduğu durumlarda genel indirim kuralı uygulanmayacağından, gerekse özel haksız tahrik hâlleri genel haksız tahrik hâllerini de içerdiğinden ve aynı nedene dayalı iki kez indirim yapılamayacağından TCK m.29 hükmü değil, TCK m.129 hükmü uygulanacaktır. Bu durumda TCK m.29 hükmünde düzenlenen genel haksız tahrik hükmünün, tek başına veya özel haksız tahrik hükümleri ile birlikte uygulanması söz konusu değildir.

5237 sayılı TCK m.129 f.1'de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesinin koşulları: Mağdurun tahrik oluşturan haksız bir eyleminin bulunması, tepki eyleminin hakaret suçunu oluşturması, haksız eylemin failde hiddet

veya şiddetli elem meydana getirmiş olması, eylemler arasında nedensellik bağı bulunması ve hakaret suçunun haksız eylemde bulunan kişiye karşı işlenmesidir.

Unsurları bakımından genel haksız tahrik hükümlerindeki açıklamalar bu özel tahrik hükmü yönünden de geçerlidir. Ancak genel tahrik hükmü olan TCK 29. maddede yer alan “hiddet veya şiddetli elem” sözcüklerinin TCK m.129 düzenlemesinde yer almamasının etkisinin ne olduğu, başka bir anlatımla genel tahrik hükmünden farklı olarak bu özel tahrik hâlinde haksız eylemin failde “hiddet veya şiddetli elem” meydana getirmesinin bir unsur olarak belirlenmesine gerek olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür:

Öğretide bir görüşe göre; TCK m.129 hükmünün uygulanabilmesi için, genel tahrik hâlinde farklı olarak haksız eylemin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması zorunlu değildir. Bu nedenle, haksız eylemin failde hiddet veya üzüntü meydana getirmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Hakaret suçunun haksız eyleme tepki olarak işlendiğinden söz edilebilmesi için, haksız eylemin hakaret suçunun faili üzerindeki etkisinin devam ediyor olması aranmamakta olup haksız eylem ile işlenen hakaret suçu arasında “nedensellik bağı” bulunması gerekli ve yeterlidir.

Öğretide başka bir görüşe göre; genel haksız tahrikte olduğu gibi özel tahrik hâlinde de hiddet (öfke) veya şiddetli elem (üzüntünün) varlığı aranmakta, ancak bu koşulun varlığı üstü örtülü bir şekilde karine olarak kabul edilmektedir. Genel tahrik hükmü ile bu madde arasındaki fark, genel tahrike dayanan failin hiddet veya şiddetli elemi bulunduğunu kanıtlamakla yükümlü olmasına rağmen, özel tahrik hâlinde TCK m.129 hükmünün uygulanabilmesi için failden bu psikolojik durumunu kanıtlaması beklenemez. Failin, mağdurun haksız eylemi ile olaya neden olduğunu kanıtlaması yeterlidir. Bu yorum tarzı, kanun koyucunun gerek madde metninde gerekse gerekçesinde “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine yer vermemek suretiyle özel tahrik hükmü düzenlemesine uygun düşer.

Kişisel görüşümüze göre de:

5237 sayılı TCK m.129 hükmünde “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine açıkça yer verilmemesi genel haksız tahrikte bile unsur kabul edilen hiddet veya şiddetli elemin, özel tahrik hâllerinde zorunlu unsur olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Hiddet veya şiddetli elem unsuru özel tahrik hâlinde de aranmaktadır. Kanun koyucu hiddet veya şiddetli elem unsurunun kanıtlanmasında uygulamada yaşanan güçlükleri göz önünde bulundurarak, mağdurun tahrik edici eyleminin haksızlığının anlaşılması ile hiddet veya şiddetli elem unsurunun gerçekleştiğini zımnen (üstü örtülü olarak) karine olarak varsaymaktadır. Başka bir anlatımla m.129 hükmünde hiddet veya şiddetli elemin varlığına ilişkin kanıt yükümlülüğü bakımından kanuni bir karineye yer verilmiştir. Failin olaya neden olan tahrik edici eylemin haksızlığını kanıtlaması yeterlidir. Fail haksız eyleme karşı tepki olarak hakaret suçu işlediği takdirde, eylemin haksızlığının yanı sıra ayrıca kendisinde hiddet veya şiddetli elem psikolojisi meydana getirdiği olgusunu kanıtlama yükümlülüğü bulunmamalıdır.

5237 sayılı TCK 129. Maddesinde, failin hemen tepkide bulunması gerekip gerekmediğine ve tepki zamanına yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Nedensellik bağının korunması için tepki zamanı bakımından hakaret suçunun haksız eylem sırasında veya eylemden hemen sonra işlenmesi gerekip gerekmediği konusu öğretilerde tartışmalıdır:

Öğretilerde bir görüşe göre, m.29’daki genel haksız tahrikte haksız tahrikten dolayı oluşan hiddet veya elem sonucu işlenmesi koşulu ile tahrik ile tepki arasında zaman geçebilir iken, m.129 f.1’deki özel haksız tahrik hâlinde hakaretin, haksız tahrike karşı uzunca bir zaman geçmeden yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Öğretilerde ağırlıklı ve kişisel olarak katıldığımız bir başka görüşe göre, maddenin uygulanabilmesi için kanunda haksız eyleme “derhal” hakaretle karşılık verme koşulu aranmamaktadır; haksız tahrik ile hakaret veya sövme arasında bir nedensellik bağının varlığı yeterlidir. Tahrikin gerçekleştiği an ile hakaretin

yapılması arasında belirli bir zaman aralığı bulunması nedensellik bağının kurulabildiği durumda önem taşımamaktadır. Haksız eylemin meydana getirdiği hiddet veya elem psikolojik durumu devam ediyor ve aradan uzun bir süre de geçmemiş ise, failin hakaret veya sövme suçunu tahrik edene karşı işlemesi hâlinde özel tahrik hâli uygulanmalıdır. Öyle ise, önemli olan yer ve zaman değil, failin ruhsal ve psikolojik durumudur. Ancak aradan uzunca bir süre geçmesi durumunda artık özel tahrik hâli hükmü uygulanamaz, böyle durumlarda genel haksız tahrik hükmü uygulanabilir.

5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünde, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi durumu cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK m.129 f.2’de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesinin koşulları: Mağdurun tahrik oluşturan eyleminin kasten yaralama olması, tepki eyleminin hakaret suçunu oluşturması, kasten yaralama eyleminin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması, eylemler arasında nedensellik bağı bulunması ve hakaret suçunun kasten yaralama eyleminde bulunan kişiye karşı işlenmesidir.

Madde metinlerinin içeriklerinden belirleneceği üzere, 765 sayılı TCK’nda “şiddet kullanılması” durumundan söz edilmesine karşın 5237 sayılı TCK’nda “kastem yaralama” durumu düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’nda yer alan “şiddet” sözcüğü maddi anlam taşımaktadır ve kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne yönelik eylemleri de kapsamaktadır. Buna karşın 5237 sayılı TCK’nda sadece kastem yaralamadan söz edildiğinden kapsamın daraltıldığı ve belli bir suça özgülendiği anlaşılmaktadır. 765 sayılı TCK’nın aksine “şiddet kullanılması” ifadesine yer verilmemiş olmasına göre “kastem yaralama”dan 5237 sayılı TCK’nın 86.maddesinde belirtildiği üzere “başkasının vücuduna acı veren, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan” her türlü eylem anlaşılmalıdır. Hakaret suçu kastem yaralama suçuna karşı olmayıp da tehdit, cinsel taciz gibi başka suçlar nedeni ile işlendiği takdirde bu durumda m. 129 f. 2 hükmü değil, m. 129 f.1 hükmü uygulanacaktır.

Öğretide bir görüşe göre; yeni düzenlemede hakaretin kasten yaralamaya bir tepki olarak işlenmesinden söz edilmesine rağmen bundan daha ağır olan kasten öldürmeye bir tepki olarak işlenmesi durumunda aynı sonucun ortaya çıkmaması eksik bir düzenleme olduğunu ortaya koymaktadır. Kanunun bu emredici ve açık düzenlemesi karşısında kasten adam öldürme suçlarında ancak genel tahrik hükmü uygulanabilecektir.

Kişisel görüşümüze göre;

TCK m.129 f.2 hükmünde açıkça “kastan yaralama” eyleminden söz edilerek istisnai hüküm bu suça özgü olarak düzenlendiğinden “kastan adam öldürme” eylemine karşı işlenen tepki suçu “hakaret” olsa bile m.129 f.2 hükmü uygulanamaz. Ancak “kastan adam öldürme” haksız eylem kapsamında bulunduğundan, bu durumda özel düzenleme göz önünde bulundurularak TCK m.129 f.1 hükmü; “kastan adam öldürme” eylemine tepki olarak hakaret suçundan başka bir suç işlenmesi durumunda ise zaten özel tahrik hâllerine ilişkin koşullar oluşmayacağından genel hüküm olan m.29 hükmü uygulanacaktır.

Kasten yaralama eyleminin faili olan kişinin kastının türü önemli değildir. Eylemin “kastan” işlenmesi yeterlidir. Bu bağlamda, genel kast veya özel kast, doğrudan kast veya dolaylı kast, ani kast veya düşünce kastı olması arasında bir fark yoktur. Olası kastla işlenen yaralama eyleminde de kastan yaralama eylemi gibi bu özel tahrik hükmü uygulama alanı bulacaktır. Eylemin “taksirli” olarak işlenmesi durumunda bu fıkra uygulanamayacaktır. Çünkü maddede hakaretin “kastan” yaralamaya tepki olarak işlenmesi ifadesi yer almaktadır. Öğretide bir görüşe göre, “taksirle yaralamaya neden olma” eylemine tepki olarak işlenen hakaret suçunda m.129 f.2 hükmü uygulanamayacağından, olsa olsa genel nitelikli haksız tahrik hükmü çerçevesinde cezasının indirilmesi yoluna gidilecektir. Başka bir görüşe göre ise “taksirle yaralamaya neden olma” eylemine tepki olarak işlenen hakaret suçunda m.129 f.2 hükmü uygulanamamakla birlikte m.129 f.1 hükmünün uygulanması mümkündür.

Kişisel görüşümüze göre; TCK m.129 f.2 hükmünde açıkça “kasten yaralama” eyleminden söz edilerek istisnai hüküm bu suça özgü olarak düzenlendiğinden “taksirle yaralamaya neden olma” eylemine karşı işlenen tepki suçu “hakaret” olsa bile m.129 f.2 hükmü uygulanamaz. Ancak “taksirle yaralama” haksız eylem kapsamında bulunduğundan bu durumda özel düzenleme göz önünde bulundurularak TCK m.129 f.1 hükmü; “taksirle yaralama” eylemine tepki olarak hakaret suçundan başka bir suç işlenmesi durumunda ise zaten özel tahrik hâlleri koşulları oluşmayacağından genel hüküm olan m. 29 uygulanacaktır.

Bu madde hükmünün uygulaması bakımından kasten yaralama eyleminin nitelikli hâlleri ile basit hâli arasında bir fark yoktur. Kasten yaralama suçunun ağırlığı ve meydana gelen sonuçlar önemli olmayıp, gerek m.86 ve gerekse m.87 kapsamına giren tüm kasten yaralama durumlarını m.129 f.2 kapsamında değerlendirmek gerekir. Buna göre m.129 f.2 hükmü, basit bir kasten yaralama suçuna duyulan tepki ile yapılan hakaret hakkında uygulanabileceği gibi, nitelikli kasten yaralama eylemine karşı yapılan bir hakaret hakkında da uygulanabilir.

5237 sayılı TCK m.129 f.2 kapsamında özel tahrik hâlinde nedensellik bağının korunması için tepki zamanı bakımından hakaret suçunun kasten yaralama eylemi sırasında veya eylemden hemen sonra işlenmesi gerekip gerekmediği konusu öğretide tartışmalıdır:

Öğretide bir görüşe göre, hakaret suçunun kasten yaralama eyleminin devamı sırasında veya hemen sonrasında gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. Ancak kasten yaralamanın üzerinde uzun zaman geçtikten sonra işlenen hakaret suçu cezayı ortadan kaldırmaz.

Öğretideki ikinci bir görüşe göre, kanun koyucu bu hükmü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepki ile yapılan hareketleri kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Kasten yaralama tahrik eylemine tepki olması nedeni ile hakaret suçunun ya yaralama eyleminin devamı esnasında ya da

eylemin hemen ardından işlenmesi zorunludur. Aksi takdirde bu madde hükmü uygulanamaz. Ancak kişinin kasten yaralama sonucu aldığı darbenin etkisi ile bu şekilde karşılık veremeyecek veya konuşamayacak durumda olup ilk tedavi sonrası hakaret etmesi örneğinde olduğu gibi eyleme yönelik tepkinin ve nedensellik bağının devam ettiğinin anlaşılması durumunda m.129 f.2 gereği cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür. Kasten yaralama suçunun icrası sırasında veya hemen sonrasında olmayan yahut kasten yaralamaya tepki olarak verilmeyen hakaret eyleminin tahrik edici eylemin icrasının üzerinden birkaç gün geçtikten sonra mağdurla karşılaşan fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, bu hakaretler "tepki" kavramı içinde değerlendirilmemeli, mağdura karşı duyulan hırs, kin ve öç alma duygusu ile söylenmiş sözler olarak kabul edilmelidir.

Öğretide üçüncü bir görüşe göre ise, kanun koyucunun bu hükmü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepki ile yapılan hakaretler için düzenlediği doğru ise de daha sonra yapılan hakaretlerin, "tepki" kavramı içinde değil, mağdura karşı duyulan hırs, kin ve öç alma duygusu ile söylenmiş sözler olarak kabul edilip tepki eylemi olarak değerlendirilmemesi doğru değildir. Bunun aksini kabul, aradan geçen zamanın, eylemi "tepki fiili" olmaktan çıkartarak nedensellik bağıni yok edeceği şeklinde bir sonuca götürür ki, bu da haksız tahrikin bulunduğu pek çok olayda bu hükümleri uygulanamaz duruma getirir. Öte yandan Yargıtay'ın "tepki fiili" sözcüğü açısından uzun yıllar önce işlenen cinayetlerde bile aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına ilişkin yerleşik kararları ile de çelişki oluşturur. Kasten yaralama suçunun icrasının üzerinden bir süre geçtikten sonra mağdurla karşılaşan fail tarafından yapılan hakaretler de "tepki" kavramı içerisinde değerlendirilebilir. 5237 sayılı TCK m.129 f.2 hükmünün koşullarının bulunmadığı, örneğin kasten yaralama suçuna maruz kalan kişinin "tepki fiilinin" kasten yaralamaya reaksiyon olarak (zamanında) yapılmayıp aradan zaman geçtikten sonra yapıldığı durumda 5237 sayılı TCK m.129 f.2 yerine, genel tahrik hükmü olan m.29 uygulanmalıdır. Aradaki fark, kasten yaralamaya maruz kaldığı anda hakaret tepkisini veremeyen mağdurun cezasızlık olanağını kaçırmaması ve indirimli ceza almasıdır.

Yargıtay tepki suçunun zamanı ile ilgili bir içtihadında “765 sayılı TCK’nın 485/3 maddesinin son fıkrasının uygulanabileceği hâllerin, sanığın hakaretinin maruz kaldığı şiddetin devam etmesi sırasında veya şiddet göstermesinden hemen sonrasına rastlaması gibi hâllerle sınırlı olacağı gözetilmeden, sanığın üç gün önce dövülmesi nedeniyle rastladığı davacıya sövdüğünün kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay’ın başka bir içtihadı da “Hakaret suçunun, uğradığı şiddetin sürdürüldüğü sırada işlenmesi veya şiddetin gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hâllerle sınırlı olduğu” şeklinde ve aynı doğrultudadır.

Kişisel görüşümüz;

Kanun koyucu m.129 f.2 hükmünü, kasten yaralama suçunun işlendiği anda veya icrasının hemen akabinde duyulan tepki ile yapılan hakareti kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Buna göre, hakaret tepki suçunun, kasten yaralama eyleminin devamı esnasında veya kasten yaralama eyleminin hemen ardından işlenmesi zorunludur. Aksi hâlde bu hüküm uygulanamaz. Ancak somut olayın özelliklerine göre kasten yaralama eyleminin devamı esnasında veya eylemin hemen ardından tepki verilecek durum ve koşullar söz konusu olmayabilir. Bu durumda nedensellik bağı korunmak kaydı ile engelin ortadan kalkmasının hemen ardından eyleme tepki gösterilmesi durumunda TCK m. 129 f. 2 gereği cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür. Buna karşın kasten yaralama eylemine engel olmaksızın eylemin devamı esnasında veya hemen ardından veyahut engelin ortadan kalkmasının hemen ardından tepki verilmemiş, buna karşın nedensellik bağı halen kurulabilmekte ise TCK m. 29 gereği genel haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır. Nihayet yaralama eyleminin devamı esnasında veya hemen ardından veyahut engelin kalkmasının ardından tepki verilmemiş ve nedensellik bağı kurulamıyor veya ortadan kalkmış ise bu durumda işlenen suç tepki kavramı içinde değerlendirilmemeli ve fail özel ya da genel haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmamalıdır.

5237 sayılı TCK m.129 f.3’de yer alan özel tahrik hükmünün uygulanabilmesinin koşulları: karşılıklı olarak işlenen suçların hakaret olması, ilk hakaret edenin haksız olması, hakaretlerin karşılıklı olması ve aralarında nedensellik bağı bulunmasıdır.

Bu maddenin uygulanabilmesinin ön koşulu, her iki suçun da hakaret suçu niteliği taşımasıdır. İlk suç veya tepki suçu hakaret suçu teşkil etmiyorsa bu madde uygulama alanı bulamaz. Eylemlerde ayniyet gerekmez yani taraflardan birisi somut bir eylem veya bir olgu isnadında bulunur ve diğeri sövmek suretiyle karşılık verir ise yine m.129 f.3 uygulanır.

Hakaretin karşılıklı olduğundan söz edebilmek için, ilk hakaret kime karşı işlenmiş ise, karşı hakaretin de o kişi tarafından işlenmesi gerekir. Hakarete karşılık veren kimse, ilk hakaret failinden başkasına hakaret etmiş ise hakaretin karşılıklı olduğundan söz edilemez. Ancak karşılık veren kimse, kendisine hakaret edenden başkasını tahkir etmiş olsa bile, bu üçüncü kişinin ilk hakareti yapan kişi ile çok yakın akrabalık ilişkisi bulunması durumunda m.129 f.3 hükmünden yararlanabilecektir.

Hükmün uygulanabilmesi bakımından tarafların karşılıklı olarak hakaret etmeleri gerektiğinden üçüncü bir kişinin hakarete maruz kalan adına karşılık vermesi durumunda karşılıklı hakaret söz konusu olmaz. Fail, ancak bu üçüncü kişinin hakarete maruz kalan ile çok yakın akrabalık ilişkisi bulunduğu durumlarda karşılıklı hakaret hükümlerinden yararlanabilecektir.

Kural olarak üçüncü bir kişi tarafından yapılan hakaret "karşılıklı hakaret" oluşturmayacağından m.125 f.3 hükmü uygulanamaz. Buna karşın, mağdur faile dolaylı olarak hakarete (vasıtalı hakarete) bulunmuş ise bu durumda karşılıklı hakaret söz konusu olabilecektir.

Karşılıklı hakaret bakımından ilk fail birden fazla kişiye hakaret etmiş ise hükmün niteliği gereği, tahkir edilenlerden biri karşılık vermiş ise ilk failin cezası kaldırılmayacak ve karşılık veren kişi m.129 f.3 hükmünden yararlanacaktır

Karşılıklı hakaretin yaşayan kişiler arasında olması gerekir. İlk hakaret eden öldükten sonra buna karşılık verilmesi durumunda, karşılıklı hakaret söz konusu olmaz. Çünkü verilen karşılık artık yaşamayan kişinin hatırasına yöneltilmiş demektir. Bu durumda da karşılıklı olma koşulunun gerçekleştiğinden söz edilemez.

Karşılıklı hakaretlerin aynı şekilde gerçekleşmesi gerekmez. Hakaretin “karşılıklı” sayılması için söz konusu iki hakaret arasında bir ilişki ve nedensellik bağı olmalıdır. Buna göre ikinci hakarete ilk hakaretin yol açmış olması gerekir. İki hakaret arasında karşılıklılık unsuru yoksa bu madde uygulanamaz. Karşılıklı hakarete ilişkin bu maddenin uygulanabilmesi için tahkirler arasında bir oran bulunması zorunluluğu yoktur.

Karşılıklı hakaretler arasında zaman farklarının bulunup bulunmayacağı bakımından gerek öğretilerde ve gerekse uygulamada “karşılıklı hakaretlerin aynı zamanda ve derhal gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı” yönünde görüş birliği bulunmaktadır.

İki hakaretin karşılıklı olması koşulunu arayan kanun, ikinci hakaretin “derhal” gerçekleşmesi koşulunu aramamıştır. Başka bir anlatımla kanunda karşı hakaretin yapılması bakımından bir zaman sınırlamasına yer verilmemiştir. Bu nedenle de karşılıklı hakaretlerin aynı zamanda yapılması zorunlu değildir. Karşılığının aynı zamanda ve derhal gerçekleşmesi olanaksız görülen durumlarda aradan zaman geçmesi nedeni ile bu hükmün uygulanmasından kaçınmak doğru değildir. Hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için, yüze karşı yapılan hakaretlerde, hakaretin mümkün ise derhal, yüze karşı olmayan hakaretlerde ise hakaret öğrenilir öğrenilmez yapılması gerekir. Gıyapta veya basın yayın yoluyla işlenen hakaret suçlarında derhal karşılık verilmesi mümkün olmadığından, mağdurun bunu öğrenmesinden sonra karşılık vermesi hâlinde de hakaret karşılıklı sayılacaktır. Burada önemli olan makûl bir zaman içerisinde gerçekleşen ikinci hakaret ile birinci hakaret arasında nedensellik bağının bulunması yani ikinci hakarete birinci hakaretin “sebebe” olmasıdır. Yüze karşı hakaret söz konusu olduğunda da çeşitli nedenlerle derhal ve o

anda karşılık verilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, bir toplulukta yapılan hakarete görgü kuralları gereği karşılık verilmemiş, “karşılık hakaret” dışarı çıkıldığında veya kalabalığın dağılmasından sonra yapılmış olabilir. Bu maddeden yararlanabilmek için makûl sayılabilecek bir sürenin geçmemiş olması ve nedensellik bağının korunması koşulu ile karşı hakaretin engelin kalktığı ilk anda gerçekleşmesi yeterlidir.

Bu konu ile ilgili olarak çözümlenmesi gereken bir başka sorun da bu maddenin uygulanabilmesi için, karşılıklı hakarete maruz kaldığını iddia eden tarafın dava açmış olmasının gerekip gerekmediğidir:

Öğreti ve uygulamadaki görüşler arasında fark bulunmamakta olup ortak görüş dava açılmış olması gibi bir koşul aranmasıdır. Öğretiye göre, kanundaki düzenleme sadece tahkirlerin karşılıklı olmasını aramakta şikâyetlerin veya davaların karşılıklı olması koşulunu aramamaktadır. Yargıtay uygulaması da aynı doğrultudadır.

Karşılıklı hakaret durumlarında tarafların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı cezalandırılacaksa hangisinin cezalandırılacağı veya hangisinin cezasından indirim yapılacağı konuları hâkimin takdirindedir. Karşılıklı hakaretin olduğu sonucuna varan hâkim mutlaka cezada indirim yapmak veya ceza vermektен vazgeçmek zorunda değildir. Mahkeme hâkimi somut olayın niteliğine göre takdir yetkisini kullanarak taraflardan her ikisi veya biri hakkında vereceği cezayı üçte birine kadar indirebileceği gibi, her ikisi veya biri hakkında ceza vermektен de vazgeçebilir.

Hakaret suçunun karşılıklı işlenmesinde, ilk hakaret edene, karşı taraf tepki olarak hakaret etmiş ise hâkim, ikinci hakaret eden fail hakkında ceza indirimine veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verebilir. Ancak, karşılıklı hakaret suçunu işleyenlerden sadece bir tarafın cezasını indirilecek veya bir kişiye ceza vermektен vazgeçilecek ise, bu kişinin ilk hakaret eden değil, uğradığı hakarete tepkide bulunarak hakaret eden karşı taraf olması gerekir. Buna karşın karşılık

verenin hakareti ilk hakarete oranla daha ağır ise, bu takdirde sadece ilk hakaret eden kişinin cezasında indirim gidilebilir veya bu kişiye ceza vermektan vazgeçilebilir.

Eğer haksız eyleme maruz kalan kişi, duyduğu tepki nedeni ile sadece o an için hakaret etmekle kalmayıp, olayın devamında da hakarete bulunmayı sürdürmüş ise, diğer tarafça yapılan karşılık hakaretin m.129 f.3 kapsamında incelenmesi mümkün olabilecektir.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmiş, ancak TCK'ndan farklı olarak her suçta uygulanabilir genel bir indirim nedeni olarak değil, sadece ast tarafından işlenmiş belirli suçlar için hafifletici neden sayılmıştır.

Astin üste karşı tahrik nedeni ile amire ve mafevka (üste) hürmet etmemek (m.82), bilerek doğru söylememek (m.83), yalan yere veya usulsüz şikâyet (m.84), amir ve mafevkine (üstüne) hakaret etmek (m.85), itaatsizlik (m.86), itaatsizlikte ısrar (m.87), toplu asker karşısında veya hizmetten savuşmak için veya silahlı yapılan itaatsizlik (m.88), büyük zararlar veren itaatsizlik (m.89), mukavemet (m.90), amire ve mafevka (üste) fiilen taarruz etmek (m.91) suçlarından birini işlemesi durumunda TCK'nın genel tahrik hükmüne göre cezasına indirim uygulanacağı öngörülmüştür.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun tahrik ile ilgili bu maddesi, 1 Eylül 1969 tarihli değişiklik ile cezanın hesaplanması kuralı olarak düzenlenerek, hâkime tahrikin olduğu durumlarda, cezayı alt sınırdan verme hakkı tanınmıştır. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrik kurumununun 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde düzenlenen haksız tahrik kurumu ile düzenleniş şekli ve içerik yönünden aralarında önemli farklılıklar vardır.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesinin uygulanmasının ilk koşulu, bir amir veya üstün askeri kurallara aykırı hareket etmek veya makam ve

mevkiinin yetkisini aşmak sureti ile astını tahrik etmesidir. Tahrik edici eylemin mutlaka faile yönelik olması gerekmez, failin arkadaşına, yakınına, üstüne yönelebilecek eylemler de tahrik kapsamında değerlendirilir.

Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesindeki haksız tahrik hükmünden astın yararlanabilmesi için tahrik edici eylemin "üst" tarafından işlenmesi gerekmektedir. Tahrik eylemi ast tarafından üste karşı işlenmiş ise Askeri Ceza Kanunu 'nun 92. Madde hükmü uygulanamaz, bu durumda genel hüküm olan 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi uygulanır. Üst ve amirin tahrik eyleminin askerlik hizmeti ve işlemleri ile ilgisi yoksa genel haksız tahrik hükmü olan 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi uygulanmalıdır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesinde yazılı suç işlendiğinde, bu madde delaleti ile 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesi (5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi) uygulanacak, bu maddede gösterilmeyen bir suç işlendiği takdirde ise, Askeri Ceza Kanununun 44. Maddesindeki atıf dolayısı ile yine 765 sayılı TCK'nın 51. Maddesi (5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi) uygulanacaktır. Gerek Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesinde yazılı suçlarda, gerekse bu madde kapsamı dışındaki askeri suçlarda 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesi uygulanacağından artık Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesinin pratikte bir yararı kalmamıştır.

Hükmün uygulanabilmesi için üstün eylemi "haksız" olmalı, ast bu haksız eylem nedeni ile üste yönelik belirtilen suçlardan birisini işlemiş olmalıdır.

Maddenin uygulanmasının ikinci koşulu, astın belirtilen tahrik nedeni ile üstüne karşı Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesinde sayılan suçlardan birini işlemesidir. Maddede sayılan suçlar 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91. Maddelerinde yer alan "askeri itaat ve inkıyadı bozan" ve "sırf askeri suç" niteliğindedir. Maddenin uygulanması için astın üstüne karşı kanunda tek tek sayılan bu suçlardan birini işlemiş olması gerekir.

Genel haksız tahrik hükmünün unsurlarından olan astın hiddet veya şiddetli eleme kapılması durumu burada düzenlenmemiştir. Ancak, astın tahrike kapılmasından, TCK'nda olduğu gibi hiddet ve şiddetli eleme kapılması yani buhran hâli anlaşılmalıdır.

Sonuç olarak, tez konumuzda kusur yeteneğini azaltan, sübjektif, kişisel, genel ve kanuni bir ceza indirim nedeni olarak düzenlenen haksız tahrik kurumu, eski ve yeni düzenlemeler yönünden karşılaştırma yapılarak ve uygulama hukuku bakımından Yargıtay içtihatlarına da yer verilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Tartışmalı konularda net ve açık ifadeler içermemesi itibariyle eksik yanları bulunmakla birlikte yeni düzenlemenin eskisine oranla daha iyi bir düzenleme olduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

ABBAN, Hakan: “Haksız Tahrik”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001 (Abban).

AÇIKGÖZ, Mehmet. Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012) (Açıköz).

ADASAL, Rasim. Normal ve Anormal Yönleriyle Yeni Medikal Psikoloji, 3. Baskı, (İstanbul: 1977) (Adasal).

AKBABA, Zeynep Burcu: “Töre Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB), Y.21, S.75, Ankara, 2008 (Akbaba).

AKBULUT, İlhan: “Ceza Hukukumuzda Haksız Tahrik”, Askeri Adalet Dergisi (A.A.D.), Y.32, S. 120 (Temmuz, 2004), s.5-11 (Akbulut, Haksız Tahrik).

AKBULUT, İlhan. Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme, 1. Baskı, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2006) (Akbulut).

AKGÜNER, Kemal: “Karşılıklı Hakaret Müessesesi”, Adalet Dergisi, Y.43, S.6, Ankara 1952 (Akgüner).

AKTAŞ, Yusuf. Tahrik, Teşebbüs ve Cezanın Kurulması, (Ankara: Fon Matbaası, 1976) (Aktaş).

ALACAKAPTAN, Uğur. Suçun Unsurları, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975) (Alacakaptan).

ALTAVILLA, Enrico: Lineamenti di Diritto Criminale, 2. Ed., Napoli 1932, s.153, çev. Aydın, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, Y.2004, C.54, S.14 (Altavilla).

ARISOY, Mine: “Hakaret”, TBB Dergisi, Y.2007, C.20, Sayı:72 (Arısoy).

ARSLAN Çetin, Bahattin **AZİZAĞAOĞLU**. Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, (Ankara: Asil Yayınları, 2004) (Arslan/Azizağaoğlu).

AYDIN, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Y.2005, C.54, S.14 (Aydın).

AYGÜN, Nevzat: “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, A.D., Y.1986-Temmuz, S.7 (Aygün).

AYIK, İsmail Hakkı. “Tahrik”, AD, Y.43, S.I, Ocak 1952 (Ayık).

BAFRA, Jale: “Haksız Tahrikte Failin Kişiliğinin Taşıdığı Önem”, İstanbul Barosu Dergisi, Y.1993, C.69, S.10-12 (Bafra).

BAKICI, Sedat. 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007) (Bakıcı).

BARDAK, Cengiz: “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi (AD), Y. Ocak- Şubat, 1998, S.1 (Bardak).

BAŞAR, Nur. “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik I”, AD, Y.71, S.3, Mayıs-Haziran 1980, S.3 (Başar I).

BAŞAR, Nur. “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik II”, AD, Y.71, S.4, Temmuz-Ağustos 1980 (Başar II).

BAYRAKTAR, Köksal. Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, (İstanbul: Formül Matbaası, 1977) (Bayraktar).

BELING, Ernst. Grundzüge des Strafrechts, 8 und 9 überarbeitete Auflage, Tübingen 1925, s.17, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985) (Beling).

BERNSMANN, Klaus:” Affekt und Opferverhalten”, NSTZ 1989, s.160, çev. Eker-Behiye, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Hâlinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.15, Özel S. (Bernsmann).

BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah. Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik).

BUDAK, Selçuk. Psikoloji Sözlüğü, (Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2009) (Budak).

BUSE, Adolf. Aristoteles Über die Seele, Leipzig, 1937, s.4, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Buse).

CAVALLO, Vincenzo: Diritto Penale, Parte Generale, Volume Secondo, Napoli 1955, s. 279, çev. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014) (Cavallo).

CENTEL, Nur. Türk Ceza Hukukuna Giriş, 1. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2001) (Centel).

CENTEL Nur, Hamide **ZAFER**, Özlem **ÇAKMUT**. Türk Ceza Hukukuna Giriş, (İstanbul: Beta Yayınları, 2005) (Centel/Zafer/Çakmut).

- CENTEL** Nur, Hamide **ZAFER**, Özlem **ÇAKMUT**. Türk Ceza Hukukuna Giriş, (İstanbul: Beta Yayınları, 2011) (Centel/Zafer/Çakmut, 2011).
- CİHAN**, Erol: “Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFM), Y.1974, C.XXXIV, S.1-4 (Cihan I).
- CİHAN**, Erol: “Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu”, İHFM, Y.1974, C.XL, S.1-4 (1974), (Cihan II).
- CÜCELOĞLU**, Doğan. İnsan Davranışı, (İstanbul: Remzi Yayınları, 1992) (Cüceloğlu).
- ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar. Türk Ceza Kanunu, C.I, 3. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1985) (Çağlayan, Türk Ceza Kanunu I).
- ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar. Türk Ceza Kanunu, C.III, 3. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1985) (Çağlayan, Türk Ceza Kanunu III).
- ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar. “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzah Denemesi”, Adalet Dergisi (AD), Y.73, S.2, Ocak -Şubat 1982 (Çağlayan I).
- ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar. “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”, Adalet Dergisi, Yıl (Y):73, Sayı (S):1, Ankara 1982 (Çağlayan II).
- ÇAM**, Onur. “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008 (Çam).
- ÇELEN**, Orhan. Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu, 1. Baskı, (Ankara: Cantek Matbaacılık, 2010) (Çelen).
- ÇETİN**, Erol. Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, 1. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005) (Çetin).
- ÇOLAK**, Haluk. Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2005) (Çolak).
- DEMİR**, Ali: "Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması", AD, Y.77, S.2, Ankara 1986 (Demir).
- DEMİRBAŞ**, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., 2016) (Demirbaş).
- DEMİRBAŞ**, Timur. Türk Ceza Kanunu'nda Özel Haksız Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985) (Demirbaş, Özel Haksız Tahrik Hâlleri).
- DEMİRBAŞ**, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011) (Demirbaş, 2011).
- DEVELLİOĞLU**, Ferit. Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat, 24.Bası, (Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2007) (Devellioğlu).

DOĞAN, Recep: “Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu”, tbbdergisi. barobirlik.org.tr (PDF), (erişim tarihi: 08.09.2017) (Doğan, “Yargıtay Kararlarında Töre Saikiyle Öldürme Suçu”).

DOLCINI Emilio, Giorgio **MARINUCCI**. Codice Penale Commentato, 2.Edizione, Ipsoa, Art. 62, Kn.21, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Dolcini/ Marinucci).

DONAY Süheyl, Mahmut **KAŞIKÇI**. Türk Ceza Kanunu, 1. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2005), (Donay/Kaşıkçı).

DÖNMEZER Sulhi. Ceza Hukuku, Özel Kısım: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 11.Bası, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,1981) (Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler).

DÖNMEZER Sulhi. Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 1998) (Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 1998).

DÖNMEZER Sulhi. Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası (İstanbul: Beta Yayınları, 2001) (Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 2001).

DÖNMEZER Sulhi, Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 9. Bası, C.II, (İstanbul: Beta Yayınları, 1986) (Dönmezer/Erman, 1986).

DÖNMEZER Sulhi, Sahir **ERMAN**. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 10. Bası, C.II, (İstanbul: Beta Yayınları, 1994) (Dönmezer/Erman).

DÖNMEZER Sulhi, Sahir **ERMAN**. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku -Genel Kısım, C. II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 14.Bası, İstanbul 1997 (Dönmezer/Erman, 1997).

DÖNMEZER Sulhi, **YENİSEY** Feridun. Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, (İstanbul 1998) (Dönmezer/Yenisey).

DURAN, Gökhan Yaşar. Ceza Hukukunda Haksız Tahrik 1. Bası, (İstanbul: Legal Yayıncılık Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., 2010) (Duran).

EHRHARDT, Helmut. Die Schuldfaehigkeit in psychiatrisch – psychologischen Sicht, in Schuld, Verantwortung, Strafe im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie (Frey R. Erwin), Zürich, 1964, s.254, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985) (Ehrhardt).

EKERBİÇER, Dilaver. Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Bası, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015) (Ekerbiçer).

EKER KAZANCI, Behiye: “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Hâlinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi- Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.15, Özel S. (Eker Kazancı).

ERCAN, İsmail. Ceza Hukuku- Genel Hükümler, 9. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013) (Ercan).

ERDEM, Selman. Psikoloji, (İstanbul: Fil Yayınevi, 1986) (Erdem).

ERDURAK, Yılmaz Güngör. İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Yenilenmiş 2.Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 1991) (Erdurak).

EREL, Kemalettin: "Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi", AD, Y. 92, S.6, Ocak 2001 (Erel, 2001).

EREL, Kemalettin: "Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 1998 (Erel, Haksız Tahrik).

EREM, Faruk: "Haksız Tahrik", AD, Y.1946, S.7, s.637-654 (Erem, Haksız Tahrik).

EREM, Faruk: "Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (AÜHFM), Y.1945, S.4 (Erem, Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar).

EREM, Faruk. Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi- Usul Psikolojisi – Mahpusun Psikolojisi, 7. Baskı, (Ankara: AÜHF Yayınları- Sevinç Matbaası, 1977) (Erem, Adalet Psikolojisi).

EREM, Faruk. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, 4. Baskı, (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958) (Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler).

EREM, Faruk. Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.III, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993) (Erem, TCK Şerhi).

EREM, Faruk. Hakaret ve Sövme, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yayınları, 1958) (Erem, Hakaret ve Sövme).

EREM, Faruk. Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 8. Baskı, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yayınları, 1969) (Erem, Ümanist Doktrin I).

EREM, Faruk. Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, C.II, (Ankara, 1974) (Erem, Ümanist Doktrin II).

EREM Faruk, Ahmet **DANIŞMAN**, Mehmet Emin **ARTUK**. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997) (Erem/Danışman/Artuk).

EREM Faruk, Nevzat **TOROSLU**. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Basım, (Ankara: Savaş Yayınları, 1987) (Erem/Toroslu).

ERMAN, Sahir. Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7.Bası, (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983) (Erman, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul).

ERMAN, Sahir. Hakaret ve Sövme Suçları, 2.Bası, (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989) (Erman, Hakaret ve Sövme Suçları).

ERMAN Sahir, Çetin **ÖZEK**. Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, (İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1994) (Erman/Özek).

EROL, Haydar. Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, (Ankara: Yayın Matbaacılık, 2005) (Erol, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu)

- EYÜBOĞLU**, İsmet Zeki. Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü, 2.Bası, (İstanbul: Sosyal Yayınlar, 1991) (Eyüboğlu).
- GÖKALP**, Mehmet: Haksız Tahrik ve Sebepleri, Adalet Dergisi (AD), Y. Ağustos 1969, S.8 (Gökalp).
- GÖKTÜRK**, Sami. Psikoloji, (İstanbul: Yüksel Yayınevi,1984) (Göktürk).
- GÖRGÜN**, Mehmet. Türk Ceza Kanunu Şerhi, C:1, (İstanbul: Kardeşler Yayın Dağıtım, 1993) (Görgün).
- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat. Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.I, 2. Bası, (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1961) (Gözübüyük).
- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat. Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.III, 4. Bası, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1981) (Gözübüyük, TCK Açıklaması).
- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat. Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, 5. Bası, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1988) (Gözübüyük Şerhi).
- GÖZTEPE**, Ece: “Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, TBBD, Y.18, S.59, Ankara 2005 (Göztepe).
- GÜLŞEN**, Recep: “Türk Ceza Hukukunda Namus ve Töre Cinayetlerinin Cezalandırılabilirliği”, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Editörler: Atalay/Uluğ/Atak, Diyarbakır 2003 (Gülşen).
- GÜNAY**, Erhan. Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, (Ankara: Seçkin, 2009) (Günay).
- GÜRELLİ**, Nevzat: “Ceza Hukukunda Mazeret Nedeni Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Y.1951, C.25, S.6 (Gürelli).
- GÜRELLİ**, Nevzat, Öztekin **TOSUN**: “Heyecan Göstergesi ile Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1964, C.30 (Gürelli/Tosun).
- HAFIZOĞULLARI** Zeki, Muharrem **ÖZEN**. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, (Ankara: US-A Yayıncılık, 2010) (Hafızoğulları/Özen).
- HAKERİ**, Hakan. Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ders Notları, 2. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005) (Hakeri, Temel Kavramlar).
- HAKERİ**, Hakan. Kasten Adam Öldürme Suçları, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007) (Hakeri, Kasten Adam Öldürme Suçları).
- HAKERİ**, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011) (Hakeri).
- İÇEL**, Kayıhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014) (İçel).

İÇEL, Kayıhan. Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,1967) (İçel, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk).

İÇEL Kayıhan, Ali Hakan **EVİK**. Ceza Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2007) (İçel/Evik).

İÇEL Kayıhan, Füsun **SOKULLU-AKINCI**, İzzet **ÖZGENÇ**, Âdem **SÖZÜER**, Fatih **MAHMUTOĞLU**, Yener **ÜNVER**. Suç Teorisi- Yeniden Gözden Geçirilmiş- 2.Baskı, (Beta Yayınevi: İstanbul, Eylül 2000) (İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver).

İÇEL Kayıhan, Füsun **SOKULLU-AKINCI**, İzzet **ÖZGENÇ**, Âdem **SÖZÜER**, Fatih **MAHMUTOĞLU**, Yener **ÜNVER**. Suç Teorisi- 2.Kitap, 3.Baskı, (Beta Yayınevi: İstanbul, 2004) (İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 2004).

İSKENDER, Salih Zeki:” Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi (YD), Y.35, S.127, Ankara, 2009 (İskender).

İSKENDER, Salih Zeki. “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, Türk- Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C.III, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010) (İskender, Ceza Hukuku).

İZMİR, Gökalp: “Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007 (İzmir).

JÄHNKE, Burkhard: §213, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band: 5, 11. Auflage, Berlin 2005, §213, No: 9, çev. Zeynel Temel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4(Jähnke).

JESCHECK Hans Heinrich, Thomas **WEIGEND**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s.410, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Jescheck/Weigend).

JUNG, C.G. Psychologische Typen, Walter-Verlag, Freiburg, 1978, s.448, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Jung).

KANGAL, Zeynel Temel, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003) (Kangal, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu).

KANGAL, Zeynel Temel: “Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), Y.2010, C.14, S.3-4 (Kangal).

KANGAL, Zeynel Temel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010) (Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu).

KARDAM, Filiz: “Töre Cinayetleri Üzerine Bazı Düşünceler”, Töre Cinayetleri, (Ankara: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayıncılık, Aralık 1999) (Kardam, “Töre Cinayetleri Üzerine Bazı Düşünceler”).

KAYA, Fahrettin. “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik” Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya 2010 (Kaya).

KAYA, Fahrettin: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AD, Y. 2011-Mayıs, S.40, (Kaya, Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik).

KAYANÇİÇEK, Murat. Şerefe Karşı Suçlar, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008) (Kayançİçek).

KAYMAZ, Seydi. Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009) (Kaymaz).

KAZANCI EKER, Behiye: “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Hâlinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi- Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.15, Özel S (Eker Kazancı).

KESKİN, Osman Kadri. Taksirle Ölüme ve Yaralamaya Neden Olma, (Ankara: Yetkin Yayınevi,1994) (Keskin).

KESKİN- KİZİROĞLU, Serap. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu – Atatürk Araştırma Merkezi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, Şubat 2008) (Keskin-Kiziroğlu).

KEYMAN, Selahattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olan Hareket”, AÜHFD, 1988, C.XL, S.1-4 (Keyman).

KINDHÄUSER Urs, Ulfrid **NEUMANN**, Hans- Ullrich **PAEFFGEN**: Nomen Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2 (§§ 146-358), 3. Auflage, Baden- Baden 2010, çev. Zeynel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4, s.29 (Kindhäuser/Neumann/ Paeffgen).

KOCA Mahmut, İlhan **ÜZÜLMEZ**. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008) (Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler).

KOCA Mahmut, İlhan **ÜZÜLMEZ**. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010) (Koca/Üzülmez, 2010).

KOCA Mahmut, İlhan **ÜZÜLMEZ**. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014) (Koca/Üzülmez).

KOÇ, Cihan. Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu, (Ankara, 2005) (Koç).

KOYUNCU, Ali. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 2.basım, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2006) (Koyuncu).

KÖNİ, Ekrem: “Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik”, İstanbul Barosu Mecmuası, Y. Mart-1938, S.3 (Köni).

- KUNTER**, Nurullah. Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, (İstanbul: 1949) (Kunter).
- LEUKAUF** Otto, Herbert **STENİNGER**. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3.Auflage, Prugg Verlag, Eisenstadt, 1992, §34, Kn. 14, s.302, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Lekauf/Steninger).
- LIPMANN**, Otto. Grundriss der Psychologie für Jüristen, 3. veraenderte und vermehrte Auflage, Leipzig, 1925, s.41, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), (Lipmann).
- MAJNO**, Luigi. Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.1, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), Yargıtay Yayınları, No:3, s.226 (Majno).
- MALKOÇ**, İsmail. Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C.I, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007), (Malkoç).
- MALKOÇ**, İsmail. 2004 Değişiklikleri ve İçtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu, 1. Bası, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2004), (Malkoç, 2004).
- MALKOÇ**, İsmail. Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.I, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2005), (Malkoç, 2005).
- MANZINI**, Vincenzo: Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Parte Generale; 9. Ed., CEDAM, Padova, 1958, Vol.1, s.125, çev. Devrim Aydın: “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, Y.2005, C.54, S.14 (Manzini).
- MARCONİ**, Guglielmo: “Provocazione”, Enciclopedia del. Diritto, Vol. 37, Giuffre Ed., 1988, s. 823, çev. Aydın, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, Y.2004, C.54, S.14 (Marconi).
- MAYERHOFER** Christian, **RIEDER** S. Das österreichische Strafrecht, Erster Teil, Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien, 1981, § 76, n.4, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.26 (Mayerhofer/Rieder).
- MENDE**, Werner. Die “tiefgreifende Bewusstseinsstörung” in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979, s.315, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985) (Mende).
- MERAN**, Necati. Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000) (Meran).
- METİNER** Metiner, E. Ahsen **KOÇ**. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, (Ankara: Yorum Basın Yayın Sanayi, 2008) (Metiner/Koç).
- NUHOĞLU**, Ayşe: “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2004, S.1-4 (Nuhoglu).
- ONGUN**, Cemil Sena. Psikoloji Dersleri, (İstanbul, 1935) (Ongun).
- OTACI**, Cengiz: “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 3, S.18, Ankara, 2008 (Otacı).

- ÖNDER**, Ayhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1989) (Önder, Genel Hükümler).
- ÖNDER**, Ayhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1992) (Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler).
- ÖNDER**, Ayhan. Ceza Hukuku Dersleri, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992) (Önder, Ceza Hukuku Dersleri).
- ÖNER**, Hamdi: “Hakaret ve Sövme Suçları”, Adalet Dergisi, Y.1946, S.10 (Öner).
- ÖRNEK**, Sedat Veyis. Etnoloji Sözlüğü, (Ankara, 1971) (Örnek, Etnoloji Sözlüğü).
- ÖZALP**, Nabi: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2010 (Özalp).
- ÖZBAKAN**, Hulusi. Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1984 (Özbakan).
- ÖZBEK**, Veli Özer: “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, Y. Ocak 2005, S.5 (Özbek).
- ÖZBEK**, Veli Özer. TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C. I, 3.Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006) (Özbek, TCK İzmir Şerhi I).
- ÖZBEK**, Veli Özer. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, C. II, 1.Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008) (Özbek, TCK İzmir Şerhi II).
- ÖZBEK** Veli Özer, M. Nihat **KANBUR**, Koray **DOĞAN**, Pınar **BACAKSIZ**, İlker **TEPE**. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011) (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe).
- ÖZBEK** Veli Özer, M. Nihat **KANBUR**, Koray **DOĞAN**, Pınar **BACAKSIZ**, İlker **TEPE**. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012) (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, 2012).
- ÖZBEK**, Yüksel: “Tahrik Üzerine İnceleme”, AD, Y.1982, S.7, s.344-347 (Özbek, Tahrik Üzerine İnceleme).
- ÖZEK**, Çetin: “Haksız Tahrik Hâlinin Şeriklere Sirayeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1962, C.28, S.2 (Özek).
- ÖZEN**, Muharrem: “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”, AÜHF Dergisi, Y.2002, C.51, S:3, s. 27-45 (Özen, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Hâlleri”).
- ÖZEN**, Muharrem. Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1995) (Özen, Meşru Müdafaa).
- ÖZEN**, Mustafa: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), Y.2007, S.70 (Özen, İştirak Kurumuna Bakış)
- ÖZGENÇ**, İzzet: “Kavga Suçu (TCK. m.464) Üzerine Düşünceler”, Yargıtay Dergisi, Y. Ekim 1993, C.19, S.4 (Özgenç, Kavga Suçu).

ÖZGENÇ, İzzet. Gerekeçeli Türk Ceza Kanunu, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004) (Özgenç, 2004).

ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006) (Özgenç).

ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007) (Özgenç, 2007).

ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012) (Özgenç, 2012).

ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013) (Özgenç, 2013).

ÖZGENÇ İzzet, Cumhur **ŞAHİN**. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001) (Özgenç/Şahin).

ÖZÖN, Mustafa Nihat. Osmanlıca Türkçe Sözlük, 5.Bası, (İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 1973) (Özön).

ÖZTÜRK Bahri. Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1994) (Öztürk)

ÖZTÜRK Bahri, Mustafa Ruhan **ERDEM**. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011) (Öztürk/Erдем).

ÖZTÜRK Bahri, Mustafa Ruhan **ERDEM**, Veli Özer **ÖZBEK**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4. Bası, (İzmir: Ankara Seçkin Yayınevi, Aralık 1998) (Öztürk/Erдем/Özbek).

PARLAR, Ali. Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik,1.Baskı, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2015) (Parlar).

PARLAR Ali, Muzaffer **HATİPOĞLU**. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010) (Parlar/Hatipoğlu).

PARLAR Ali, Muzaffer **HATİPOĞLU**. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010) (Parlar/Hatipoğlu II).

PFÜTZNER, Peggy: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Frankreich”, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, s: 122-123, çev. Zeynel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4, s.27 (Pfütznér).

PISAPIA, Gian Domenico. İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım), çev. Atıf Akgüç, Ankara, 1971, s. 163 (Pisapia, Genel Kısım).

PLATZGUMMER, Winfried. Die Bewusstseinsform des Vorsatzes, Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, Wien, 1964, s.49, çev. Timur Demirbaş, Winfried. Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), (Platzgummer).

POLAT, Ahmet Zeki. Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları, 1. Baskı, (İstanbul: Alfa Yayınevi, 1999) (Polat).

RICHTER Thomas, **YANG** Zhao: “Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in China”, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, s.17, çev. Zeynel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4 (Richter/ Zhao).

RUDOLPHI, Hans Joachim, “Affekt und Schuld”, Festschrift für Heinrich Henkel, Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft, Herausgegeben von Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin, 1974, s.202 (199-214] çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Rudolphi).

SAVAŞ Vural, Sadık **MOLLAMAHMUTOĞLU**. Türk Ceza Kanunu Yorumu, (Ankara: Seçkin Yayınları, 1999) (Savaş/Mollamahmutoğlu).

SCHÖCH Heinz. Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch Grosskommentar, 12.Auflage, herausgegeben von Heinrich Wilhelmkaufhütte, Ruth Rissing- van Saan, Klaus Tiedeman, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, §20, Kn.123, s.1310, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Schöch).

SCHÖNKE Adolf, Horst **SCHRÖDER**, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010, §213, No:2, çev. Zeynel Temel Kangal: Yeni Türk Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4 (Schönke/Schröder).

SCHURIG, Bruno. Die strafrechtliche Bedeutung der sogen verminderten Zurechnungsfähigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft: 120, Breslau,1911 (Frankfurt, a.M. 1977), s.50, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985), s.26 (**Schurig**).

SOYASLAN, Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012) (Soyaslan).

SOYASLAN, Doğan. Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005) (Soyaslan, Özel Hükümler).

ŞAFAK, Ali. Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, (Ankara: Selim Kitabevi, 1996) (Şafak).

ŞAHİN, Cumhur: “Törelerin Etkisiyle İşlenen Adam Öldürme Suçlarının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Töre Cinayetleri, (Ankara: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Aralık 1999) (Şahin, Töre Cinayetleri).

ŞAHİN, Mehmet. “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), Y.2008, S.76 (Şahin).

ŞEN, Ersan. Yeni Türk Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2002) (Şen, Suçun Genel Esasları).

ŞEN, Ersan. Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006) (Şen).

ŞİMŞEK, Sefa. Törelerin Aynasında Doğu İle Batı, (Bursa: Asa Kitabevi, 1998) (Şimşek).

TANER, M. Tahir. Ceza Hukuku Umumi Kısım, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953) (Taner).

TAŞDEMİR, Nezahat: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012 (Taşdemir).

TEZCAN Durmuş, Mustafa Ruhan **ERDEM**, R. Murat **ÖNOK**. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), (Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2008).

TEZCAN Durmuş, Mustafa Ruhan **ERDEM**, R. Murat **ÖNOK**. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), (Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010).

TEZCAN Durmuş, Mustafa Ruhan **ERDEM**, R. Murat **ÖNOK**. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), (Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2012).

TEZCAN, Mahmut: “Ülkemizde Aile İçi Töre Ya Da Namus Cinayetleri”, Töre Cinayetleri, (Ankara: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayıncılık, Aralık 1999) (Tezcan)

TOROSLU, Nevzat. Ceza Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2005) (Toroslu).

TOROSLU Nevzat, Haluk **TOROSLU**. Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Bası, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2015) (Toroslu /Toroslu).

TUTUMLU, Mehmet Akif. Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, (Ankara: Adil Yayınevi, 1999) (Tutumlu).

USLU, T. Azmi. Yeni Hukuk Lügati ve Hukuki Terimler Sözlüğü, (Ankara, 1964) (Uslu, Yeni Hukuk Lügati ve Hukuki Terimler Sözlüğü).

WALDER, Hans: “Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht”, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 81, Jahr 1965, (24-67], s.63, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Walder).

WESSELS Johannes, Werner **BEULKE**. Strafrecht Allgemeiner Teil, 39.Auflage, C.E Müller Verlag, Heidelberg, 2009, s, 138, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Wessels/Beulke).

WIPRÄCHTIGER, Hans. Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, herausgegeben von M.A. Niggli/Wiprächtiger, 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, §48, Kn.4.s,887-892. çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Wiprächtiger).

WULFFEN, Erich. Kriminalpsychologie Psychologie des Täters, Enzyklopaedie der Kriminalistik, Berlin 1926, s.83, çev. Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Tahrik Hâlleri, (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985) (Wulffen).

YALKUT, Necdet: “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, Y.1979- Nisan, C.5, S.2 (Yalkut).

YARSUVAT, Duygun. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1968) (Yarsuvat).

YAŞAR Osman, Hasan Tahsin **GÖKCAN**, Mustafa **ARTUÇ**. Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.I, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010) (Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu I).

YAŞAR Osman, Hasan Tahsin **GÖKCAN**, Mustafa **ARTUÇ**. Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010) (Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu, III).

YAŞAR Osman, Hasan Tahsin **GÖKCAN**, Mustafa **ARTUÇ**. Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.I, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014) (Yaşar/Gökcan/Artuç I).

YAŞAR Osman, Hasan Tahsin **GÖKCAN**, Mustafa **ARTUÇ**. Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.II, 2. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014) (Yaşar/Gökcan/Artuç II).

YAŞAR, Yavuz: “Haksız Tahrik”, YD, Y. Ekim 1991, C.17, S.14(Yaşar).

YENİDÜNYA A. Caner, M. Emin **ALŞAHİN**: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, TBBD, Y.20, S.68, Ankara 2007 (Yenidünya/Alşahin).

YILMAZ, Ejder. Hukuk Sözlüğü, 5.Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınevi,1996) (Yılmaz).

YÜCE, Turhan Tûfan. Ceza Hukuku Dersleri, C.1, (Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982) (Yüce).

ZAFER, Hamide. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2010) (Zafer, 2010).

ZAFER, Hamide. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2013) (Zafer).

Adalet Bakanlığı UYAP Elektronik Sistemi, Yargıtay Kararları.

Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu, Nüfus Bilim Derneği, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, Türkiye’deki Namus Cinayetlerinin Dinamikleri, Eylem Programı İçin Öneriler, Sonuç Raporu, Hazırlayan Filiz Kardam, Nüfus Bilim Derneği

Dorsch Psychologisches Wörterbuch, Herausgegeben von Prof. Dr. phil. Hartmut O. Haecker, Prof. Dr. rer. Nat. Kurt-H. Stapf, 15. Auflage, Verlag Hans Huber, Bern, 2009, s.10, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Dorsch Psychologisches Wörterbuch).

<https://www.undp.org.tr/TRaboutUsDocuments/NamusCinayetleri.pdf>(erişim tarihi: 08.09.2017).

<http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi:08.09.2017)

<https://kelimeler.gen.tr> (erişim tarihi:08.09.2017)

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, (İstanbul: Sabah Yayınevi, 1991)

Psychology for the Armed Services, Edited by Edwin G. Boring, National Research Council, Washington, The Infantry Journal, 1945, s.374, çev. Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., Aralık 2013) (Boring).

Türk Hukuk Lügati, 4. Baskı, (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998).

Türkçe Sözlük, C. II, 9.Bası, (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1998).

www.resmigazete.gov.tr (erişim tarihi: 28.12.2016).