

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA KANUNUNDA
KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNDA HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ
ERKAN DURHAN
1410041006

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Program : Kamu Hukuku

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. İur ÖZDEM ÖZAYDIN

Haziran 2017

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA KANUNUNDA
KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNDA HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ERKAN DURHAN

1410041006

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Program : Kamu Hukuku

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. İur ÖZDEM ÖZAYDIN

Diğer Jüri Üyeleri : Yrd. Doç. Dr. R.Murat ÖNOK

Yrd. Doç. Dr. Özge Sırma GEZER

Haziran 2017

ÖZET

TÜRK CEZA KANUNUNDA KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNDA HAKSIZ TAHRİK

Haksız tahrik, failin suç oluşturan fiilinin hukuka aykırılık ve diğer unsurları yanında onu suça sürükleyen ruh halinin de dikkate alınması sonucunda ortaya çıkmış bir kavramdır. Modern ceza hukukunda insan ruhuna etki eden bu durumun ortaya çıkardığı neticeye hukuken değer tanınarak failin cezası indirilmektedir. Başka bir ifadeyle haksız tahrik, hukuka aykırı haksız bir fiilin neden olduğu kuvvetli öfke ve üzüntü yaratan hareketin tesiri altında suçun oluşması ve bu sebepten dolayı failin cezasının belli oranlarda indirilmesi halidir.

Biz bu çalışmamız da haksız tahrik müessesini eski ve yeni kanun düzenlemelerini karşılaştırarak özellikle kasten öldürme suçu çevresinde doktrin ve Yargıtay kararlarından yararlanmak suretiyle açıklamaya ve konuyu ayrıntıları ile ele almaya çalıştık. Bu çalışma ile diğer bir amacımız, kasten öldürme suçunda haksız tahrik kurumunun daha iyi kavranabilmesini sağlamak ve uygulamaya faydalı olabilmektir.

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

ABSTRACT

UNJUST PROVOCATION ON DELIBERATE KILLING IN THE TURKISH CRIMINAL LAW

Unjust Provocation is a term that come out by taking in consideration not just the unlawful act but by taking in consideration the factors as bad psychology and mood that has influence over the perpetrator during the conduction of an unlawful legal act. Modern Criminal law by taking in consideration the act that is made as a result of the human psychology and mood of the perpetrator and placing importance on him, accept to reduce perpetrator's sentence. In other words unjust provocation is the reduction of the punishment within the ratios regulated in law of the perpetrator who commits a crime under the anger and violence emerged from an unjust action.

The aim of this study is to compare the unjust provocation especially for deliberate killingby taking in consideration and making a comparison between its previous and new regulations and benefiting from the Supreme Court decisions and enlarge upon and clarify this matter as much as possible. Another aim of this study is to clearly explain and clarify the unjust provocation in deliberate killing institute in order to prevent different misapplication and misunderstandings and make a contribution to the practice and theory.

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

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III-VI
KISALTMALAR LİSTESİ	VII

BİRİNCİ BÖLÜM TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

I- HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI	1
II- HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ NİTELİĞİ	4
A- Haksız Tahrikin Hukuki Niteliği Konusunda İleri Sürülen Görüşler	5
1- Takas (Objektif) Teorisi	5
2- Sübjektif Teori	6
3- Karma Teori	7
B- Haksız Tahrikin Hukuki Niteliği Hakkında Değerlendirme	8
III- HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI	8
A- Tahrik Edici Bir Fiilin Varlığı	9
B- Fiilin Haksız Olma Şartı	12
C- Haksız Fiilin Failde Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Doğurması	16
D- Haksız Fiil İle Suç Arasında Nedensellik (İllyet Bağı) İlişkinin Varlığı	20
E- Suça Tahriki Teşkil Eden Fiilin İşleyen Kimseye Yönelmiş Olma Şartı ..	22
F- Haksız Fiile Yönelik Tepkinin Varlığı	23
IV- HAKSIZ TAHRİKİN DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ VE DEĞERLENDİRME	25
A- Haksız Tahrikin Diğer Hukuki Kurumlarla İlişkisi.....	25
1- Haksız Tahrik İle Meşru Savunma İlişkisi	25
2- Haksız Tahrik İle Zorunluluk Hali İlişkisi	31
3- Haksız Tahrik İle Tasarlama İlişkisi	33
4- Haksız Tahrik İle Kan Gütme Saiki İlişkisi	36
5- Haksız Tahrik İle Töre Saiki İlişkisi	42
6- Haksız Tahrik İle Akıl Hastalığı İlişkisi	47
7- Haksız Tahrik İle Yaş Küçüklüğü İlişkisi	49
8- Haksız Tahrik İle Takdiri İndirim Nedenleri İlişkisi	51
9- Haksız Tahrik İle İştirak İlişkisi	52
10- Haksız Tahrik İle Tekerrür İlişkisi	53
B- Değerlendirme	53
V- KARŞILAŞTIRILMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK VE DEĞERLENDİRME	54
A- Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Tahrik.....	54
1- Alman Hukukunda Haksız Tahrik	55

2- Avusturya Hukukunda Haksız Tahrik	55
3- İtalyan Hukukunda Haksız Tahrik	56
4- Fransız Hukukunda Haksız Tahrik	56
5- İngiliz Hukukunda Haksız Tahrik	57
6- Amerikan Hukukunda Haksız Tahrik	57
B- Değerlendirme	58

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KASTEN İNSAN ÖLDÜRME SUÇU VE BU SUÇTA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI

I- TÜRK CEZA KANUNUNDA KASTEN İNSAN ÖLDÜRME SUÇU	60
A- Genel Olarak	62
B- Korunan Hukuki Değer	63
C- Tipikliğin Maddi Unsurları	64
1- Fail	64
2- Mağdur	65
3- Hareket	66
4- Netice	69
5- Nedensellik Bağı	70
D- Manevi Unsur.....	71
1- Kast	71
2- Kastın Çeşitleri	73
a- Kast (Doğrudan Kast)	74
b- Olası Kast	75
3- Taksir	77
E- Doğrudan Kast ve Olası Kast İle İnsan Öldürme Suçlarına Bakış.....	78
F- Bilinçli Taksir ve Olası Kast İle İnsan Öldürme Suçlarına Bakış	79
G- Basit Taksir ve Olası Kast İle İnsan Öldürme Suçlarına Bakış.....	80
H- Değerlendirme.....	81
II- KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI 81	
A- Genel Olarak	83
B- Kasten Öldürme Suçunda Haksız Tahrik İndirimi	85
C- Haksız Tahrik ve Tasarlayarak İnsan Öldürme Suçunun Birlikte Uygulanması	86
D- 765 Sayılı Mülga TCK'da Hafif ve Ağır Tahrik Ayrımı Konusundaki Görüşler ve Yeni 5237 Sayılı TCK'daki Son Durum.....	87
1- 765 Sayılı Mülga TCK'da Hafif ve Ağır Tahrik Ayrımı Konusundaki Görüşler	88
a- Ayrıma Gerek Olmadığı Görüşü	88
b- Uygulamada Hafif Haksız Tahriki Meydana Getiren Fiiller	89
aa- Aşağılayıcı Sözler veya Alaycı Tavrı ve Hareketler	89
bb- Hareket ve Sövme veya Tehdit Meydana Getiren Sözler ..	89
cc- Önemli Boyutlara Ulaşmayan Fiiller	89
dd- Ahlaka ve Sosyal Değerlere Aykırı Hareketler	90
ee- Mal Varlığına Yönelik Davranışlar	91
ff-HaksızFiilin Üzerinden Belirli Bir Süre Geçmesi Durumu ..	91
gg- Hakkaniyet Ölçüsü İle Bağdaşmayan Davranışlar	91

c- Uygulamada Ağır Haksız Tahrik Oluşturan Fiiller	92
aa- Ard Arda Gelen Hareketler	92
bb- Kendisine Veya Yakınlarına Yönelik Yapılan Ağır Darp	
Fiilleri, Hayatı Tehdit Eden Fiiller, Toplu Saldırıları	92
cc- Kendisine Ya Da Yakın Akrabalarının Cinsel	
Dokunulmazlığına Yönelik İşlenen Suçlar	93
dd- Cinsel Bağlılık Onur Namus Ve Güvene Aykırı Hareketler	93
ee- Konut Dokunulmazlığını Bozan Ya Da Aile ve Özel	
Hayatın Gizliliğini İhlal Eden Hareketler	93
ff- Ağır Şekilde Ticari Ve Sosyal İtibarı Zedeleyecek	
Ölçütte Haksız Davranışlar	94
gg- Tepkide Oransızlık	94
hh- Sorumluluğundaki Mal Varlığına Yönelik Haksız Fiiller ..	94
2- Yeni 5237 Sayılı TCK'daki Son Durum	97
a- Hâkimin Takdir Hakkı ve Yargıtay'ın Denetimi	98
aa- Hâkimin Takdir Hakkının Kullanımı	98
bb- Takdir Hakkının Kullanılmasında	
Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler	98
b- Haksız Tahrik Konusunda Karar Veren Yerel Mahkeme	
Kararlarının Denetimi	100
aa- Öğretide Hâkimin Takdir Hakkının Denetlenmesi	
Gerektiği Konusundaki Görüşler	100
bb- Hâkimin Takdir Hakkının Denetlenmesi Gerektiği	
Konusunda Yargıtay'ın Görüşü	101
cc- Öğretide Haksız Tahrik Türleri ve İndirim Oranlarının	
Denetlenmemesi Gerektiği Konusunda Görüşler	103
dd- Haksız Tahrik Türleri ve İndirim Oranlarının	
Denetlenmesi Gerektiği Konusunda Yargıtay Görüşü	103
E-Değerlendirme	105
SONUÇ	107
KAYNAKÇA	113

KISALTMALAR

AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	Bakınız
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
EK	Esas Karar
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
m.	madde
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S	Sayı
s.K	sayılı Kanun
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
vd.	ve devamı
Y	Yıl
YCD	Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YTCK	Yeni Türk Ceza Kanunu
ETCK	Eski Türk Ceza Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜHF	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

I- HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI

İnsan iradesi üzerine etki eden dış etkenle suç işlemeye yönelebilir. Bu nedenler olmasa beklide birçok insan suç işlemeyecektir. Ancak fail haksız bir tahrik durumu altında buhran hali içinde de olsa, bu duruma sabır göstermek zorundadır. Aksi takdirde dış etkenlerin baskısı altında kalan insanı dayanma yeteneği olmayan iradesiz bir varlık olarak kabul etmek, manevi sorumluluğu inkâr etme anlamına gelebilecektir¹ Bu durumda insanın manevi sorumluluğu açısından önem arz etmektedir.

Ceza kanunları insan davranışlarını tek kaynağı olan insan ruhunu ve tabiatını göz önünde bulundurarak, haksız bir hareketi kişi üzerinde ve onun psikolojik dünyasında var olan tepki meydana getirebileceğini hatta bu tepkilerin fizyolojik nitelikte olabileceğini kabul ederek, failin bu şekilde durumunu değerlendirmiştir.²

Bir fiil, olay ve bu olayın kişileri ile olan ilişkiler söz konusu olduğunda, tahrik hukuki bir anlam ifade eder. Bu anlamda tahrik, kişinin belirli bir hususa özendirilmesi ya da itilmesi, bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi, mevcut bir durumun sürdürülmesi gibi maksatlarla, kişinin iradesinin harekete geçirilmesi, iradesi üzerinde etki yapılması ya da iradesinin belirli bir yöne itilmesi şeklinde tanımlanması mümkündür.³ Bu tanıma şekli bakımından katılmak mümkün olup aşağıda açıklayacağımız üzere esas olarak katılmak mümkün değildir.

Haksız tahrik tanım olarak, failin haksız bir hareketin doğurduğu hiddet ya da şiddetli bir üzüntünün tesiri altında hareket ederek, bir suç islemesidir. Kanunumuzun kabul ettiği şekle göre, bu gibi hallerde failin cezasında indirim yapmak gerekir, yani haksız tahrik genel ve ayrıca kanuni bir hafifletici sebep sayılır.⁴

¹ Duran, Gökhan Yaşar; Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010, s.1.

² Demirbaş, Timur; Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının Haksız Tahrik ve Özel Haksız Tahrik Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y.6, S.4, Ekim 1987, s.11.

³ Duran, s.3.

⁴ Öztürk/Erdem /Özbek, s.325, 326.

Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da 29. maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir.

Haksız tahrik cezayı sona erdirmez. Yani cezayı sona erdiren hallerden değil, hafifleten nedenlerdendir.

Ceza hukuku bağlamında ifade edilecek olursa tahrik. herhangi bir kişiyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yaratılan etki neticesinde, kişinin suç işlemeye yönelik harekete geçirilmesidir.⁵

“Tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı öfke ve elemnin tesirinde hareket ederek bir suç işlemesidir.” Kanaatimizce Yargıtay’ın 1990 tarihli kararının özellikle ilk cümlesinde yer verdiği ifade, suç işlemeye tahrik suçunu veya azmettirmeyi tarif eder gibi görüldüğünden 2004 tarihli kararın haksız tahriki daha doğru tanımladığı değerlendirilmektedir.

Ceza hukukunda fiilin hukuka aykırılığı cezalandırabilmek için gerekli fakat yeterli değildir. Çünkü hukuka aykırı bir fiil cezalandırılabilir olmaktan başka kusurlu da olmak zorundadır.

İşte bu yüzden birisinin kusurlu davrandığına ilişkin karar bu kişinin hareketinin sübjektif yönü üzerine bir değerlendirmeyi ortaya koymaktadır. Gerçekten insan ruhu, insan davranışlarının temel kaynağıdır. Bu nedenle bütün kanunlar insan ruhuna yönelirler.

Çünkü ceza hukukunda sorunlar irade özgürlüğünde toplanınca, bütün bunlar insan varlığının anabilim dalı olan psikolojinin ruhi varlığın esasına ilişkindir.⁶

Haksız tahrik üzerine suç işleyen kimsenin ruhi yapısı, normal bir kişiden farklıdır. Tahrik; failin irade serbestliğinin zayıflamasıdır. İrade serbestisinin zayıflaması sonucu failin o anda oluşmuş olan bu ruhi durumun kişideki etkisiyle suçu işlediği için haksız tahrik halinde bu psikolojide olan sahsın cezası indirilir.⁷

Buradaki ruhi durum failin elem içinde bulunduğu durumdur.

İnsan psikolojisinde heyecan, teessür hayatının normal akısında belirli bir

⁵ Demirbaş, Timur; Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul 1985, s.35.

⁶ Demirbaş, s.25.

⁷ Uma, Hakkı; Ceza Hukuku Dersleri, Ankara 1981, s.93.

sarsıntıyı (buhramı) ifade eden ve bazı psikolojik gösterilerle birlikte meydana gelen şiddetli fakat geçici bir haldir. Heyecan ihtirastan ayrılır. İhtiras hislere hâkim olan; psikolojik dengeyi kendine doğru çökerten ve geçici olmayan adeta itiyadi sayılabilen bir haldir. Bir “hiddet heyecanı” olan “haksız tahrik”in ihtirasla ilgisi yoktur. İhtirasta devamlılık hâkimdir. Heyecanda geçicilik, ihtirastaysa devamlılık bunları birbirinden ayırt etmeye yarar.⁸

Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek gerekir, çünkü haksız tahrikin ihtirasla ilgisi tam olarak olmasa bile belli ölçüde vardır. Çünkü aşırı güçlü istek olan ihtiras birden değil zamanla oluşacağı kanaatindeyiz.

Heyecanın dışarıya vurulması, dış durum ve gerçeklik, yani tahrik ile alakalıdır; diğer bir ifadeyle, sadece bedensel nitelikteki iç tahrik değil, bilakis dış tahrik içgüdüsel bir olayı ortaya koyabilir. Çünkü dürtü doğuştan kazanılan bir kazanımdır; fakat heyecan, taşıyıcı ve öncü durumunda olan bir tahrikin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁹

Heyecan durumlarına, korku, şaşkınlık, öfke, saldırganlık ve elem gibi hallerin örnek olarak verilmesi mümkündür. Heyecan, ruh akısında geçici bir olay olmakla beraber, insan böyle bir durumda çok defa ne yaptığını bilmez ve adeta şaşkınlık gösterir; dikkat zorlanarak, düşünce gittikçe daralır ve sonunda bu kişiye tek bir düşünce hâkim olabilir: Örneğin, panikte kaçma hali, haksızlıkta intikam, ümitsizlikte ölüm düşüncesi gibi.¹⁰

Ayrıca burada önemli olan bir başka nokta; heyecan suçluluğu ile ilgilidir. Heyecan suçlusu, sahsına karşı fiziki tehlike, hakaret, kıskançlık gibi etkenlerin etkisi altına girerek, failin içinde oluşan fırtınanın sonucu suçu isler. Burada söz konusu heyecan veya yoğun duygu hali iradeyi kontrol altına alır. Kişinin doğru değerlendirmeler yapmasını engelleyerek, ani ve kontrolsüz şekilde hareket etmesine sebep olur.¹¹

Suç işleme kararında olmadığı halde bir takım etkilerin meydana getirdiği

⁸ Erem, Faruk/Danışman, A/Artuk, M. E.; Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 1997, s.591.

⁹ Demirbaş, s.26.

¹⁰ Demirbaş, s.27.

¹¹ Demirbaş, s.30.

heyecanın tesiri ile suç isleyen heyecan suçlusu, tez konumuz olan Türk Ceza kanununda kasten öldürme suçunda haksız tahrik, açısından önemlidir. Çünkü tahrik fiilinin etkisi ile heyecanlanan kişi, söz konusu heyecana sebep olan veya onu kolaylaştıran kişiye karşı suç teşkil eden bir fiili işlemektedir. Bu fiilin sonucunda da öldürme olayı da meydana gelebilmektedir.

II- HAKSIZ TAHİRİKİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza hukukunda, haksız tahrikin etkisi altında islenen suçların taşıdıkları özellikler nedeni ile sırf bu haller için istisnai bir kusur şekli düşünülebilir. Kast, heyecan psikolojisi nedeniyle kesin bir sınırlamayı kaybeder; çünkü heyecan fiillerinde failin bilmesi ve istemesi diğer hallerdeki gibi aynı açıklıkta olmayacaktır. Buna rağmen, isnat yeteneğini kaldırarak had safhada olmayan heyecan durumlarında, bir buhranlı halinin bulunması kastı ortadan kaldırmaz. Fakat bu hallerde failin fiil konusunda (suça yönelik) karar vermesi de kolaylaşır. Ancak, böyle bir ruhi karışıklığın faili etkilemesi, benzer bir durumda normal bir kişinin de etkilenebileceğinin kabulü halinde söz konusu olacaktır.¹²

Heyecan durumunun ve dolayısıyla haksız tahrik hallerinin kusurla ilgili olarak cezanın azaltılmasını gerektiren sonuçları yanında şiddetli heyecan hallerinin neden olduğu bu buhran hali, isnat yeteneğinin tamamen veyahut kısmen kalkması sonucunu doğuran bir arızı sebep de teşkil edebilir. Haksız tahrik hallerini de içeren heyecan durumlarının kusur ve isnat yeteneği ile olan ilişkilerinden dolayı, haksız tahrikin hukuki niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.¹³

Tahrik eden fiili ile faili kışkırttığından onunla birlikte kusurlu sayılmış bu kusurundan dolayı failin cezasından indirim kabul edilmiştir.¹⁴ Dolayısıyla suçun mağduru da, faili tahrik etmek suretiyle, suça sebep olmuştur. Onun bu suretle işlediği kusurun, failin kusurundan indirilmesi ve failin cezasının azaltılması lazımdır. Diğer bir anlatımla bu görüşe göre tahrik halinde iki suçlu vardır: Tahrik eden, tahrik edilerek fiili isleyen. Bu bakımdan her ikisi de kusur sahibidirler. Mağdur kusuruyla suçun islenmesine iştirak etmiş demektir. Mağdurun kusurunu

¹² Demirbaş, s.30.

¹³ İzmir, Gökcalp; Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2007, s.12.

¹⁴ Bardak, Cengiz; Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme, Ocak 1988, S.1, s.42.

failin kusurundan indirmek hakkaniyet gereğidir ve burada kusurların takası söz konusu olacaktır,

Kusur kavramının ifade ettiği anlam sudur: Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir; davranış normlarının icaplarına uygun hareket edebilme, haklı davranışı tercih etme imkân ve kabiliyetine sahip olmasına karşın haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir.¹⁵

A- Haksız Tahrikin Hukuki Niteliği Konusunda İleri Sürülen Görüşler

1- Takas (Objektif) Teorisi

Bu teoriye göre iki suçlu vardır biri fail diğeri mağdurdur. Fail ceza kanunlarına göre kusurlu hareket ederek bir suç işlemiş ise de bu failin işlenmesinde tek başına sadece kendisi sorumlu değildir. Mağdur faili tahrik etmek suretiyle suça neden olduğundan mağdurun kusurunun failin kusurundan indirilerek failin daha az ceza ile cezalandırılması hatta bu teoriye göre failin hiç cezalandırılmaması da mümkün olmaktadır¹⁶

Diğer bir ifadeyle, bu görüşe göre, tahrik durumunda iki suçlu söz konusudur. Biri tahrik eden, diğeri de tahrik edilerek fiili işleyendir. Bu durumda hem fail hem de mağdur kusur sahibidirler, mağdur kendi kusuru ile suçun işlenmesine ortak olmuş demektir. O halde mağdurun kusurunu failin kusurundan indirmek hakkaniyet gereğidir ve burada kusurların takası söz konusudur.

Haksız tahrikten faydalanan fail ceza kanunlarına göre her ne kadar kusurlu hareket ederek bir suç işlemiş ise de bu failinde kusur sadece kendisine ait değildir. Failin suçu işlenmesinde tepki suçunun mağduru veya maktulü de etken olmuştur. O halde kusurun tümünü faile yüklemek adaletli bir sonuç olmaz. İşlenen suçta mağdur veya maktulünde kusuru vardır ve bu sebeple tepki suçunu işleyen faile verilecek cezadan indirim yapılmalıdır.¹⁷

Eski zaman hükümleri ile ilgili olan bu teorinin bugünkü hukuk anlayışı ile bağdaşmayacağı açıktır.¹⁸

¹⁵ Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet; Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001, s.219.

¹⁶ Gürelli, s.332.

¹⁷ Tutumlu, s.20.

¹⁸ Demirbaş, s.31.

Doktrinde takas görüşüne belki de haklı olarak şu itirazlarda bulunulmuştur: Ceza kanununda haksız bir fiilin, icrasına izin verilmez. Yani kanuna göre suç oluşturan fiiller, bir çeşit takas ile cezasız bırakılamazlar. Takas görüşü kabul edildiğinde kusurların eşit olması halinde faile ceza verilmemesi durumu doğar, bu durum toplum yararını göz önünde tutan ceza kanununa aykırı bir hal oluşturur.¹⁹ Bizde doktrinin objektif yani takas teorisi reddeden görüşüne bugünkü hukuk anlayışını dikkate alarak katılıyoruz.

2- Sübjektif Teori

Sübjektif teoride ise çağdaş ceza hukukunun kusur ilkesi esas alınmıştır. Mağdur ya da maktulden gelen haksız fiil sebebiyle şiddetli bir öfke veya üzüntü içine giren kişinin irade kudreti belli ölçüde zaafa uğratılmıştır. Dolayısıyla bu durumdaki kişinin kusursuz, normlara uygun davranma yeteneği ya da iradesi zayıflamış olduğundan verilecek cezada da bu zayıflama hali göz önüne alınmalı, faile kanuni indirim uygulanmalıdır.²⁰

Bu görüşe göre, tahrike maruz kalan ve bu nedenle şiddetli bir öfke ve üzüntü içine giren failin irade serbestisi zaafa uğradığından sorumluluğu azalmıştır.²¹ Bir başka deyişle, haksız fiil sonrasında kişinin heyecanı (hiddeti, elemi) artmakta ve irade kontrolü de o oranda azalmaktadır. Heyecanın iradeye tesiri psikolojik bir gerçektir. Bunu dikkate alan kanunkoyucu da hiddet ve şiddetli elemenden kaynaklanan psikolojik karışıklığın hâsıl ettiği bir durumu cezayı azaltıcı bir sebep olarak saymıştır.

Kanaatimize göre; faili harekete geçiren saikler önemlidir. Bu saikler mağdur/maktul den gelebileceği gibi başka kişilerden de gelmesi mümkündür.

Sübjektif teoride çağdaş ceza hukukunun kusur ilkesi ön planda tutulmaktadır. Mağdur veya maktulden gelen haksız fiil nedeniyle şiddetli bir öfke ya da üzüntü içine giren kişinin irade özgürlüğü bir ölçüde zaafa uğratılmıştır. Dolayısıyla bu durumdaki kişinin kusursuz, normlara uygun davranma yeteneği ya da iradesi kısıtlanmış olduğundan verilecek cezada bu kısıtlanma hali göz önüne

¹⁹ Gürelli, s.332.

²⁰ Tutumlu, s.20.

²¹ Gürelli, s.332.

alınmalı ve faile yasal indirim uygulanmalıdır.²²

Sübjektif teori eleştirilmiştir. Çünkü haksız olmayan bir tahrike maruz kalan failin de irade serbestisi aynı psikolojik nedenlerden dolayı zafiyete uğradığı halde cezasında herhangi bir indirim yapılmamaktadır.²³

Ceza Kanunumuz, haksız tahrik halinde sadece haksız fiilden kaynaklanan hiddeti indirim sebebi kabul ederek eleştiri konusunu çözümlenmiştir. Böylece hukuka uygun fiillere ne sebeple olursa olsun herkesin tahammül etmesi zorunlu kılınmıştır.

3- Karma Teori

Bu teori; objektif ve sübjektif teori içinde yer alan görüşleri bağdaştırmak suretiyle faile yöneltilen tahrik fiilini ve failin kapıldığı hiddet ve elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etmenler olarak görür.²⁴

Bu teori, failin maruz kaldığı tahrik fiili ile failin etkisinde kaldığı gazap ve elemi suça neden olan ve cezayı azaltan nedenler olarak görmektedir. Bu teori sübjektif ve objektif teorinin yetersiz olduğunun görülmesi sonucu ortaya çıkmıştır.

Karma görüş teorisinin aslında objektif teori içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Aynı şekilde sübjektif kusur belirtileri ile objektif kusur belirtilerinin birlikte değerlendirilmesi de mümkündür. Çünkü objektif teoriye göre; dış olayların yaptığı etki sonucunda heyecan durumuna sürüklenen failin kusurunun azaldığı sonucuna varıldığı gibi; sübjektif teoride failin saikine dış olayların etkisi ile birlikte anlam vererek aynı sonuca ulaşmaktadır.

Başka bir ifadeyle, her iki teori de aynı sonuca değişik çıkış noktalarından varmaktadır. Gerçekten de failin mağdur tarafından haksız olarak tahrik edilerek heyecan durumuna sürüklenmesi ve failin bu ruhi durumun etkisi altında kalarak suç işlemesinde kusurunun olduğu açıktır. İşte bu gerçeği göz önünde bulunduran kanun koyucu, sözü geçen hallerde failin cezasında indirim yapılmasını kabul etmiştir.²⁵

Karma görüşe göre, hafifletici bir nedenin söz konusu olabilmesi için sadece

²² Tutumlu, s.20.

²³ Gürelli, s.332.

²⁴ Aydın, Devrim; “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt 54, Sayı 1, s.230

²⁵ Demirbaş, s.37

hiddet ve sertliğin hali yeterli olmayıp ayrıca bu durum başkasının haksız fiilinden de meydana gelmiş olmalıdır. Bu sebeple fiilin failin psikolojik durumu üzerinde meydana getirdiği etki esasına dayanan karma görüşe itibar edilmesi gerekecektir.²⁶

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

B- Haksız Tahrikin Hukuki Niteliği Hakkında Değerlendirme

Haksız Tahrikin Hukuki Esası Konusunda İleri Sürülen Görüşler üçe ayrılır. Bunlar objektif, sübjektif ve karma teorileridir. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere objektif görüşe göre, iki suçlu vardır biri fail diğeri mağdurdur. Fail ceza kanunlarına göre kusurlu hareket ederek bir suç işlemiş ise de bu fiilin işlenmesinde tek başına kendisi sorumlu olmamaktadır. Mağdur faili tahrik ederek suça sebep olduğundan mağdurun kusurunun failin kusurundan indirilerek failin daha az ceza ile cezalandırılması bazı durumlarda bu teoriye göre failin hiç ceza almaması da mümkündür.

Sonuç olarak benimsediğimiz sübjektif teoriye göre, kusurluluğu tamamen ortadan kaldırırsa da kişinin iradesinde oluşan zayıflama sebebiyle kusurun azaldığı kabul edilir. Bu nedenle modern ceza hukukunda cezanın kusurla orantılı olması gerektiğinden failin cezası somut olaydaki kusuruna göre azaltılır. Uygulamada Yargıtay kararlarında, Türk Ceza Kanunu, haksız tahrik halinde haksız bir fiilin oluşturduğu elem ve kederin etkisi altındaki kişinin irade kabiliyetinin büyük ölçüde azaldığı düşüncesiyle failin cezasında zorunlu olarak indirim uygulanması gerektiği kabul edilmiş, haksızlık içeriğinde bir azalma veya değişme olduğu kabul edilmemiştir.

III- HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI

Suç, hareket, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi dört temel kavram üzerine inşa edilmiştir. Haksız tahrik, bu dört unsurdan “kusurluluk” kavramı içinde değerlendirilen bir kavramdır.²⁷

²⁶ Pisapia, Gian Domenico; İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım), Çev. Atif Akgünç, Ankara 1971, s.163.

²⁷ Otacı, Cengiz; “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, Y.94, S.15, Ankara 2003, s.115-139.

Haksız tahrik, birçok ceza kanununda genel indirim nedeni olarak düzenlenmekle birlikte, her hiddet hali kusursuz sayılmamış, yine ihtiraslardan doğan hiddetlerin kötüye kullanılmaması için, mazeret sayılabilecek olan haksız tahrik fiilleri de sınırlandırılmıştır. Buna göre, haksız tahrikin uygulanabilme şartlarının kanunlara göre farklılık teşkil edeceği şüphesizdir.²⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu haksız tahrikin mevcudiyeti için gereken şartları aşağıda görüldüğü üzere 6 kısımda belirtmiştir.²⁹

Buna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulu, haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için:

“Tahriri oluşturan bir fiil olmalıdır, bu fiil haksız olmalıdır, fail öfke ve şiddetli elemin etkisi altında bulunmalıdır, failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalıdır, haksız tahrik oluşturan fiil mağdurdan sadır olmalı veya mağdurun o haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmalıdır, suçun tahriri oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir”³⁰ şartlarının gerçekleşmesini aramıştır.

Biz, bu çalışmada haksız tahrikin unsurlarını altı başlık altında inceleyeceğiz:

A- Tahrik Edici Bir Fiilin Varlığı,

B- Fiilin Haksız Olma Şartı,

C- Haksız Fiilin Fail üzerinde, Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Doğurması,

D- Haksız Fiil ile Suç Arasında Nedensellik İlişkisinin Mevcudiyeti,

E- Suça Tahriri Teşkil Eden Fiilin, İşleyen Kimseye Yönelme Şartı,

F- Haksız Yönelik Tepkinin Varlığı sayılabilir

A- Tahrik Edici Bir Fiilin Varlığı

Haksız tahrikin hükümlerinin uygulanabilmesinin ilk şartı tahriri teşkil eden bir fiilin varlığıdır. Ayrıca bu fiilin insandan kaynaklanan iradi hareketler olması gerekir. Yani faile karşı bir fiil bulunmadıkça tahrikten bahsedilemez,³¹ Tahrik

²⁸ Duran, Gökhan Yaşar; Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s.99.

²⁹ Erdal Noyan; Ceza Davası, Ankara 2007, s.167.

³⁰ Çam, Onur; “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya 2008, s.25.

³¹ Aygün, A. Nevzat; “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Y.77, S.4, Ankara 1985, s.25-48.

oluşturan bir fiil bulunmadıkça, haksız tahrikten söz edilemeyeceği ve failin psikolojik durumunu araştırmaya gerek bulunmadığı açıktır.

Yargıtay, bir kararında³² “**Tahrik edici bir hareket bulunmadıkça maddenin uygulanamayacağı**” belirtmiştir.

Ortada tahrik teşkil eden bir fiil yoksa haksız tahrik de yoktur. Bir fiilin tahrik edici niteliğe sahip olup olmadığı, tahrik edildiğini öne süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahrik teşkil eden fiili yapan kişinin durumuna, bunlar arasındaki ilişki ise, zaman, yer ve çevreye göre takdir olunur.³³

Kanunumuz hangi fiillerin “Tahrik eden fiil” sayılacağını tahdidi olarak göstermemiştir. Bu nedenle sıradan herhangi bir fiil “Tahrik fiili” sayılabilir. Bu fiil olumlu veyahut olumsuz bir davranış olabileceği gibi kişi üzerinde maddi ya da manevi cebir (yani tehdit), kabaca davranışlar, işaretler, küçümseyen, hor gören bir gülüş, alay etme, haksız rekabet, suç teşkil etmese bile hayvanlara kötü muamele şeklinde de olabilir.³⁴

Kanunumuz belirli halleri haksız tahrik sayan, mesela yalnız öldürmeye teşebbüs, müessir fiil, ırza tecavüz vb. gibi sayılan suçların tahrik kabul edilebileceğini benimseyen Amerikan sisteminden farklı olarak, ne gibi hallerin tahrik teşkil edebileceğini belirtmemiştir. Türk Ceza Kanunu fiilin yalnızca haksız olma niteliğinden bahsetmiş, bunun dışında hangi fiillerin tahrik niteliğinde olduğuna ilişkin bir belirlemede ise bulunmamıştır.³⁵ Bir fiilin tahrik edici niteliği haiz olup olmadığı, tahriki oluşturan fiili yapan kişinin durumuna, tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, bunlar arasındaki ilişkiye, yer ve zaman şartlarına göre takdir edilmelidir.

Bir fiilin ne zaman tahrik teşkil edici olduğu, tahrik edildiğini ileri süren kişinin kişisel niteliklerine, somut olayın özellikleri, günlük ortak hayat deneyimleri ve eldeki delillere göre meydana gelen fiili yargılayan hâkim tarafından tespit

³² Yargıtay 1. CD.nin 05.04.2005 tarih ve 2005/480-704 E.K. sayılı kararı.

³³ Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1998, s.504.

³⁴ Demir, Ali; “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, Y.77, S.2 Ankara 1985, s.44-51.

³⁵ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 2010, s.317.

edilecektir.³⁶ Hâkim, somut olayda haksız tahrikin bulunup bulunmadığını ve tahrikin boyutunu dik katli bir şekilde incelemelidir.³⁷

Yargıtay'ın aldığı çeşitli kararlara göre şu fiiller haksız tahrik teşkil eden fiiller olarak örnek gösterilebilir: “Sanık A'nın mağdur B den olan alacağını uzun süre istemesine rağmen alamaması³⁸; mağdur K'nın sanık C'ye tokat atması fiili³⁹; mağdur A'nın oğlunun sanığın arabasını bıçakla çizmesi⁴⁰; mağdur Anın sanık B' nin cep telefonunu kısa süre kullanmak için ödünç almasına rağmen geri vermemesi⁴¹ mağdurun sebep olduğu basit yaralama fiili⁴²; mağdur A nın gecenin geç saatlerinde alkollü olarak sanığın evine gelerek yüksek sesle bağırması⁴³; mağdurun sanığa yönelik anasına küfrederek üzerine yürümesi.⁴⁴

Yargıtay, bazı kararlarında da yapılan fiillerin tahrik teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Sanığın silahlı olarak kayınpederinin evine giderek kapıyı kırarak içeri girmesi suretiyle sebebiyet verdiği olayda;⁴⁵ sanığın reşit olan kız kardeşinin rızaen maktulle cinsel ilişkiye girmesi halinde;⁴⁶ sanığın işyerinde çalışan mağdurun işten ayrılıp sanık tarafından tekrar işe dönmesi istenmesine rağmen dönmemesi durumunda;⁴⁷ maktulün, kardeşinin işlettiği kahvehanede garson olarak çalışan sanığın sanığa “elini yıkadın mı” şeklinde iyi niyetle uyarıda bulunması⁴⁸; maktullerin farklı inanç ve görüşte olmaları durumunda.⁴⁹

Yargıtay'ın benimsediği esaslara benzer şekilde, Askeri Yargıtay eski tarihli bir kararında, tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın kendisine veya akrabasına

³⁶ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku TCK'daki Yeni Değişikliklere Göre, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.328.

³⁷ Yargıtay 1. CD.'nin 05.12.2006 tarih ve 2006/4463-5453 E. K.sayılı kararı.

³⁸ Yargıtay 2. CD.'nin 4.12.2006 tarih ve 2860/19592 sayılı kararı.

³⁹ Yargıtay 3.CD.'nin 15.11.2006 tarih ve 4212/8532 sayılı kararı.

⁴⁰ Yargıtay 2.CD.'nin 14.03.2007 tarih ve 10629/3703 sayılı kararı.

⁴¹ Yargıtay 2. CD.'nin 31.05.2007 tarih ve 2007/3608-7849 sayılı kararı.

⁴² Yargıtay 1. CD.'nin 31.12.2007 tarih ve 2007/9519-10032 sayılı kararı.

⁴³ Yargıtay 3. CD.'nin 13.12.2006 tarih ve 4219/9309 sayılı kararı.

⁴⁴ Yargıtay 1. CD.'nin 09.10.2007 tarih ve 7026/7344 sayılı kararı.

⁴⁵ Yargıtay 1. CD.'nin 07.12.1998 tarih ve 3269/3803 E.K. sayılı kararı; 20.03.2006 tarih ve 307/840 sayılı kararı.

⁴⁶ Yargıtay 1. CD.'nin 20.03.2006 tarih ve 307/840 sayılı kararı.

⁴⁷ Yargıtay 1. CD.'nin 29.01.2008 tarih ve 1336/398 E.K. sayılı kararı.

⁴⁸ Yargıtay 1. CD.'nin 24.10.2007 tarih ve 5044/7718 E.K. sayılı kararı.

⁴⁹ Yargıtay 1. CD.'nin 14.10.2003 tarih ve 1923/2317 E.K. sayılı kararı.

yönelmesinin şart olmayıp, herhangi bir şahsa karşı yönelen haksız fiillerinde, insanda elem ve gazap uyandırabileceğinden, sanığın bu tesir altında hareket ettiğinin mahkemece kabulü halinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m.51 maddesinin uygulanabileceğini belirtmiştir.⁵⁰

B- Fiilin Haksız Olma Şartı

Haksız tahrikin bir indirim nedeni olarak kabul edilmesinin en önemli şartlarından biri tahrik fiilinin “haksız” olmasıdır. Tahrik fiilinin haksızlığı konusunu İsviçre, Almanya, Avusturya Ceza Kanunlarında olduğu gibi eski ceza kanunlarımızda da yasal bir şart olarak açık bir şekilde düzenlenmiştir.⁵¹

Buna göre tahriki oluşturan fiil **haksız** olmalıdır. Haksız tahrik ancak, haksız fiili yapan kişiye karşı işlenen suç bakımından etkili bir faktördür. Fiil haklı, yani hukuka uygun ise failin böyle bir fiilden dolayı hiddet veya şiddetli eleme kapılması ve böyle bir fiil ile karşıt tepkide bulunması mazur görülemeyecektir.⁵²

Burada kanundaki düzenlemede ifade edildiği gibi tahrikin mazeret sebebi olarak kabul edilebilmesi için bir fiil olması yeterli derecede değildir. Bu fiilin aynı zamanda haksız olması da gerekmektedir. Aranılan kriter tahrikin haksız olmasıdır, yoksa ağır olması değildir. Haksızlığın manası ve kapsamının ne olacağı önemlidir. Acaba hangi fiiller haksızlık unsurunu içerir?

Haksız tahrik oluşturabilecek fiillerin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırı olmayan fiiller ise örneğin, soyut olarak hukuka aykırı olmayıp yalnız ahlaka aykırı olan fiiller haksız tahrik sayılamazlar. Çünkü kanun koyucunun haksızlık unsurunu aramakla korumak istediği şey hukuk düzenidir. İçeriği itibariyle izafî ve nisbi olan ahlak kuralları yaptırım altına alınmak istenmemiştir. Bir başka söyleyişle; eğer bir fiil sadece ahlak kurallarını çiğniyor hukuk düzenini çiğnemiyorsa haksız tahrik teşkil etmeyecektir.

Ayrıca evrensel olan ve her yerde kabul edilen ortak ahlaki esaslar hukuk düzeni tarafından himaye altına alınmışlardır. Hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmayan kurallara aykırı hareket etmek hukuka aykırılık oluşturmaz. Bunlar

⁵⁰ Askeri Yargıtay 2. CD.’nin 20.11.1958 gün ve E. 3277, K. 4361 sayılı kararı.

⁵¹ Duran, s.117.

⁵² Koca/Üzülmez, s.318.

hukuka uygun fiillerdir.⁵³

Faile yönelik olarak işlenen fiilin haksızlık unsuru içerip içermediğini yargılamayı yapan hâkimin kendisi takdir edecektir. Bir fiilin haksız kabul edilebilmesi için mutlaka suç oluşturması ya da haksız fiil teşkil etmesi gerekmez. Bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan fiiller de tahrik için yeterli olabileceklerdir. Ancak bir fiil hukuka uygun bir nitelik taşıyorsa haksız tahrik olarak kabulü mümkün değildir. Örneğin; genç bir erkek ile bir kızın flört ettiği bir sırada kız başka bir erkek ile de flört etmeye başlarsa diğer genç de kızla ilişkisini kesmesini söylese kabul edilmeyince de onu öldürse burada haksız bir tahrikin varlığı kabul edilemez. Eğer kız birincisinin nişanlısı ya da eşi olsa idi haksız tahrik o zaman olabilirdi.⁵⁴

Ancak ahlaka aykırı fiillerin haksız tahrik teşkil etmeyeceği yönündeki yukarıdaki görüşün aksine görüşlerde mevcuttur.

Hakkın suiistimali teşkil etmeyecek şekilde bir hakkın kullanılması hallerinde mağdurun hareketi failde hiddet ya da şiddetli elem doğurmuş olsa bile yine haksız tahrik indiriminden faydalanamaz. Çünkü fiil hukukun sınırları içerisinde. Örneğin; bir görevin ifası sırasında görevin gerektirdiği sınırları aşmaksızın görevini ifa eden memurun hareketinde haksız tahrik söz konusu olamaz.⁵⁵

Bir başka olayda kadın, eşi aleyhine boşanma davası açmış ve kocası da buna sinirlenerek kadını dövmüş ise Yargıtay burada kadının yasal hakkını kullandığını ve bunun haksız tahrik oluşturmayacağını belirtmiştir.⁵⁶

Cezai ehliyeti olmayanların, örneğin çocukların yahut akıl hastası olanların fiilleri haksız tahrik oluşturur mu? Tahriki oluşturan fiili işleyen isnat yeteneğinin olmaması veya şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanması maddenin uygulanmasına engel değildir. Fiilin haksız olup olmadığı her olayda ayrı olacak şekilde değerlendirilmelidir.⁵⁷

⁵³ Gürelli, s.331-334.

⁵⁴ Dönmezer, Sulhi; Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.239.

⁵⁵ Erem, Faruk; "Haksız Tahrik", Adalet Dergisi, Y.37, S.7, Ankara 1946, s.626.

⁵⁶ Demirbaş, Timur; Türk Ceza Kanununda Özel Tahrik Halleri, s.397.

⁵⁷ Bakıcı, Sedat; Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2000, s.1238.

Cezai ehliyeti olmayanların fiillerinin haksız tahrik sayılmaması fikri kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü cezai ehliyetsizlik hukuka aykırılığı kaldıran bir husus değildir. Hukuk normları ehliyetsizlere hukuka aykırı hareketlerde bulunma hakkını tanımamıştır, sadece bu kişiler sübjektif nedenlerden dolayı hukuki yaptırıma tabi tutulmazlar. Akıl hastası bir kişi, bir şahsın kafasına şiddetle vursa ve bu kişide vuranın akıl hastası olduğunu bilse dahi hiddete kapılıp bu kişiyi yaralasa, haksız tahrikten yararlanmaması gerektiğine ilişkin hiçbir neden gösterilemez.⁵⁸

Milletvekili, elçi gibi ceza bağışıklığından yararlanan bir kişiye yönelik suç işlenmesi durumunda failin haksız tahrik nedeniyle cezasından indirim yapılmasına herhangi bir engel yoktur çünkü ceza bağışıklığı fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz sadece cezalandırılabilme unsurunu ortadan kaldırır. Bu sebeple bu durumdan yararlananların hukuka aykırı fiilleri de haksız tahrikin uygulanmasını gerektirir.⁵⁹

Haksız fiil teşkil eden hareketi ilk yapmış olan kimse karşısındakinin aynı tepkisi karşısında kural olarak kendisinin tahrik edildiğini ileri süremez. Ancak ilk haksız hareket oranla verilen tepki çok aşırı ise bu durumda verilen bu orantısız tepki haksız bir nitelik alır ve ilk tahrik eden bakımından haksız bir tahrik oluşturabilecektir.⁶⁰

İlk haksız harekete karşılık verilen tepki normal ise kişi kendi sebep olduğu fiilden dolayı mazur görülmez.⁶¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008/163-21 esas karar sayılı kararında etki-tepki arasında denge bulunup bulunulmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına karşılık gösterilen tepkide açık bir oransızlık ve aşırılık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir."⁶²

Fiilin haksız olma şartında, fiilin haksızlığı yeterli olup, suç teşkil etmesi gerekli değildir. Genelde bir hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki hareketler

⁵⁸ Gürelli, s.335.

⁵⁹ Gürelli, s.335.

⁶⁰ Dönmezer, s.354.

⁶¹ Gürelli, s.335.

⁶² Albayrak, Mustafa; Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, s.62.

haksız sayılmaktadırlar. Bunun değerlendirmesi hâkime ait ise de, somut olayda haksız tahrikin bulunup bulunmadığı ve tahrikin boyutu Yargıtay tarafından denetlenmektedir.

Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere haksız tahrikin uygulanmasına neden olacak fiillerin mutlaka olay sırasında veya olaydan hemen sonra gerçekleşmesi zorunluluk arz etmez. Önemli olan failin öfke veyahut şiddetli üzüntünün etkisi altında işleyip işlemediğidir.⁶³

Ancak; faile yönelme imkânı var iken bunu yıllar sonra yöneltmek bize göre üzüntü etkisi değildir. Bu nedenle bu üzüntünün, faile ulaşabilme durumu da dikkate alınarak makul bir sürenin olması gerekmektedir.

- Haksız Fiil Sayılan Hallere Yargıtay Kararlarından Örnekler:

Evli bir kadına sevişme önerisinde bulunma (Yarg. CGK. 01.06.1992 tarih ve 154-178), Keser fırlatma, Faile karşı aşağılayıcı davranışlarda bulunma, Maktulün, failin küçük kızının ırzına geçmesi, Maktul tarafından failin bıçakla kovalanması Sanığın başındaki şapkaya gülme, Failin kız kardeşine sarkıntılıkta bulunulması, Failin arazisinde hayvan otlatılması, At arabasını tehlikeli şekilde sürmek, Mağdurun telefonla sanığın eşini tehdit etmesi gibi örnekleri vermek mümkün olacaktır.

- Haksız Fiil Sayılmayan Hallere Yargıtay Kararlarından Örnekler:

Maktulenin kocası aleyhine boşanma davası açması (Yargıtay CGK. 25.01.1968 tarih ve 289-377 E. K. sayılı kararı), Failin devamsızlığı yüzünden işten çıkarılması (Yargıtay CGK. 04.06.1949 tarih ve 59-53 E.K. sayılı kararı),

Jandarma önünden kaçan failin maktul tarafından yakalanmaya çalışılması (Yargıtay CGK. 23.10.1987 tarih ve 298-298 E.K. sayılı kararı),

Katılanın sanıktan olan alacağını istemesi (Yargıtay 3. CD. 25.04.2005 tarih ve 13238-3458 E.K. sayılı kararı), Mağdurun yoldan geçerken kendisine saldıran sanığın köpeklerinden korunmak için taş atması (Yargıtay 1. CD. 02.10.1991 tarih ve 1630-2266 E.K. sayılı kararı), Maktulün zorla kaçırılan kızını alıp götürmesi (Yargıtay 1. CD. 25.10.1977 tarih ve 2684-3135 E.K. sayılı kararı), Maktulün, sanık kocanın bilgi ve rızası ile karısıyla ilişkide bulunması (Yargıtay CGK. 20.11.1978

⁶³ Öztürk/Erdem, s.308.

tarikh ve 312-415 E.K. sayılı kararı), Yasal bir şikâyet hakkının kullanılması (Yargıtay CGK. 25.01.1968 tarih ve 289-377 E.K. sayılı kararı), Hâkimin olayın sanığı hakkında tutuklama kararı vermesi (Yargıtay 1. CD. 15.11.1977 tarih ve 2886-3443 E.K. sayılı kararı)

C- Haksız Fiilin Failde Hiddet veya Şiddetli Bir Elem Doğurması

Haksız tahrikin varlığı için bulunması gereken bir şart da haksız fiilin, failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesidir. Buna göre tahriki oluşturan haksız fiil, faili hiddet veya şiddetli eleme sokmalı ve suç, bu ruhi hal altında işlenmiş olmalıdır. Kanun haksız tahriki meydana getiren fiilin failde hiddet ya da şiddetli elem meydana getirmesini şart koşturmaktadır. Haksız tahrik meydana getiren fiilin hiddet veyahut şiddetli elem meydana getirecek nitelikte olması gerekir. Haksız fiilin bu nitelikte olup olmadığı failin sübjektif durumuna göre değil, fiilin normal bir kişiyi elem veya öfkeye sevk edecek nitelikte olup olmadığına göre belirlemelidir.

Tahriki oluşturan fiilin failde öfke uyandırması hiddet; onu büyük üzüntü içine düşürmesi elemdir. Haksız fiilin öfke veya üzüntüye yol açıp açmadığı makul ve ortalama bir insana göre belirlenmelidir. Bu nedenle ortalama bir kişide bu etkiyi meydana getirmeyen bir davranış, failin duygusal ya da aşırı alınganlığı sebebiyle bu etkiyi meydana getirmiş olsa bile haksız tahrik uygulama alanı bulmaz.⁶⁴

Ceza Kanunu'nun 29.maddesinde de belirtildiği üzere, suçun işlendiği sırada failin etki altında bulunması icap eden psikolojik hallere yer verilmiştir. Bu psikolojik haller bir heyecan çeşidi olan hiddet ve şiddetli elemdir.⁶⁵ Sözlükte hiddet; gazap, darılma, kızgınlık elem ise ağır acı, kaygı, dert, gam anlamlarına da gelir.⁶⁶

O halde bu terimlere hem psikolojik hem de hukuki bakımdan açıklık getirmek gerekmektedir. Öncelikle heyecan nedir ve haksız tahrik ile ilişkisi nasıldır? Hiddet ve şiddetli elem nasıl bir heyecandır ve cezanın indirilmesine nasıl etki eder?

Heyecan, normal seyrinde akıp giden gündelik hayat içerisinde bariz bir sarsıntı halinde ve bazı fizyolojik gösterilerle birlikte meydana gelen geçici olan psikolojik bir olaydır. Heyecanın şiddeti arttıkça irade kontrolü de o oranda zayıflar.

⁶⁴ Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s.393

⁶⁵ Metiner, Haydar/Koç, E. Ahsen; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Yorum Basın Yayın, Ankara 2008, s.717.

⁶⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.505.

Ruh akışındaki sükutun ani bulanışı bir dengesizlik doğurur.⁶⁷ Buradan hareketle konuyu şöyle ifade edebiliriz. Ceza kanunları yapılırken insanın psikolojik yönleri de hesaba katılmış haklı heyecan hallerinde normal bir zamana göre cezadan indirim yapılması yoluna gidilmiştir.

Hiddet ve şiddetli elem de birer heyecan türüdür. Hiddet kavramı psikolojik bakımından genellikle geçici bir enerji artışını ifade eder. Ceza hukuku bakımından ise haksız tahrikte kanunun itibara aldığı “hiddet“ kelimesinin ifadesine uygun bir şiddette olan hiddettir. Şiddetli elem ise sakin ve ruhi kuvvetler de bir çöküntüyü, psikolojik bir iktidarsızlığı ifade eder. Hiddet halinde suç işlemek mümkün ise de elem halinde suç işlemek imkânsızdır. Kanun koyucu burada hiddete dönüşen bir hali kastetmek istemiştir.⁶⁸

Ceza hukukunun, heyecan ve heyecanı oluşturan halleri tür ve niteliklerine ayırarak farklı değerlendirmelere tabi tutması, ceza hukukunun çağdaşlaşması bakımından önemli bir yerdir.

Çünkü birçok suç heyecan hali altında işlenmektedir. Fakat heyecan durumlarının hepsinde kusuru azaltıcı veya kaldırıcı tesiri kabul edilemez. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, önemli bir esasa dayanmayan heyecan durumları kural olarak isnat yeteneğine zarar veremezler ve böyle hallerde kasti davranış bulunup, fail duruma değil, durum faile hâkimdir. İşte bu heyecan halindeki hiddet ve şiddetli elemden gelen ruhi karmaşa halini yasalar psikolojik gerçekleri kabul etmek suretiyle cezayı azaltıcı olarak bir sebep saymışlardır.⁶⁹

Burada önemli olan bir nokta da, tahrikten yararlanacak olan failin tahrikin etkisiyle yapmış olduğu fiili hiddet ve şiddetli elemnin etkisi altındayken işlemiş olmasıdır. Bu nedenle suçun işlenmesi sırasında bu etkinin devam edip etmediğini belirlemek gerekecektir. Bu etkinin devam edip etmediği matematiksel bir gerçeklikle saptanamaz.

Ancak tepkinin tahriki oluşturan fiilin hemen yapılmasının şart olmadığı

⁶⁷ Erem, Faruk; “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1945, S.4, İstanbul 1945, s.50-79.

⁶⁸ Erem, s.61-62.

⁶⁹ Erel, Kemalettin; “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, Adalet Dergisi, Y.92, S.6, Ankara 2001, s.165-170.

etkinin belirli bir süre bir süre devam edebileceği, bu konuda bir zaman sınırlamasının kanunda yer almadığı söylemek mümkündür. Hatta tahrik oluşturan fiilin hemen akabinde hiddet veya elemin yoğunluğunun olayın şoku ile zayıflamış olduğu da söyleyebiliriz. Öfke ve elem durumunun tamamen ortadan kalkmamış olması ve bilhassa fail ile tahriki yapan kimse arasında normal şekilde ilişkiler kurulmamış olmak kaydıyla öfke veya elemin yoğunluğunun az veya fazla olması etkinin varlığını engellemez.⁷⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18.09.1972 gün ve 971/1-426/290 sayılı kararında; Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahrike ilişkin maddesinin uygulamasına neden olacak fiillerin muhakkak olay sırasında ya da olaydan kısa bir süre sonra olması gerekmediğini, zaman mefhumunu bu kadar daraltmanın yerinde olmadığını, bu durumun yetersiz kalacağını, her olayı kendi oluşuna ve nedenlerine göre değerlendirmek gerektiğini, belirtmiştir.⁷¹

Yeni Türk Ceza Kanunumuzda belirtilen hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalmak ifadesi haksız tahrikin sübjektif unsurunu teşkil etmektedir. Bu sübjektif unsurun mevcut olmaması halinde haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin soyut olarak varlığı 29. maddenin uygulaması için yeterli kabul edilemeyeceğini belirtmiştik. Haksız tahrik oluşturabilecek bir fiilin mevcudiyeti karşısında hiddet veya şiddetli elemin mutlaka oluşacağını söylemek mümkün değildir. Kişiden kişiye değişebilecek olan bu sübjektif halin de araştırılması ve oluşup oluşmadığının kararı yargılamayı yapan hâkime ait olmalıdır.⁷²

Tahrik durumundan söz edebilmek için, önce failin içinde bulunduğu şiddetli öfke ve üzüntü halinin mağdurun haksız davranışlarını sonucu meydana gelmiş olması gerekir. Faildeki duygular kanunda yazılı hiddet veya şiddetli elem olmalıdır. Bunun dışında kompleksler, kıskançlıklar, intikam duyguları, failin kişilik bozuklukları ya da stresli olması, fazla alınganlık göstermesi gibi duygular failin kendi kişisel özelliklerinden kaynaklandığından dolayı haksız tahrik hükümlerinin

⁷⁰ Dönmezer, s.356.

⁷¹ Metiner/Koç, s.717-718.

⁷² Gürelli, s.336.

uygulanması ile ilgisi olmayan duygulardır.⁷³

Haksız tahriki oluşturan; fiilin kişide hiddet veya şiddetli elem meydana getirecek nitelikte olup olmadığı kişinin sadece sübjektif durumuna göre değil, fiilin normal bir insanı elem ve öfkeye sevk edecek nitelikte olup olmadığına göre belirlenmelidir. Kişinin fazla alıngan, hassas ya da aşırı duygusal olması nedeniyle esasen hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirebilecek nitelikte olmamakla birlikte kişi üzerinde böyle bir etki meydana getiren fiillerden dolayı da haksız tahrik hükmü uygulanmaz.

Çünkü bu durumda failin öfke veya üzüntüye kapılması haksız fiilden değil kendi psikolojik yapısının hassaslığından kaynaklanmaktadır.⁷⁴ Aksi bir görüşte ise, her olayda aynı ölçütün kullanılmayacağı bu nedenle somut olayın özelliklerinin önemli olduğu biçimindedir. Örneğin, hassas yapıda olan failin bu hassasiyetini bilen bir kimsenin buna rağmen haksız bir fiilde bulunması halinde, hiddete kapılan failin tepki suçu işlemesi durumunda, haksız tahrik hükümlerini uygulamak mümkün olabilecektir.⁷⁵

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu döneminde hafif tahrik-ağır tahrik ayrımı vardı. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda hafif tahrik-ağır tahrik ayrımını terk edilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanununda hafif haksız tahrik-ağır haksız tahrik ayrımının kaldırılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Yeni düzenlemeye göre; tahrikin basit ya da ağır olmasını maddi bir sorun olması nedeniyle yargılamayı yapan hâkim belirleyecek; hâkim somut olayda tahrikin ağırlığını takdir edecek ve maddede belirtilen sınırlar içerisinde kalarak cezayı belirli bir oranda indirecektir.⁷⁶

Yargıtay Ceza Genel Kuruluda verilen bir kararda da; haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için hemen haksız tahrik sonrası bir olayın yaşanması gerekmediğini ve zaman kavramının failde yarattığı etki göz önüne alınarak yorum yapılması gerektiğini, olayların kendi somut şartları altında değerlendirilmesinin uygun olacağını ve asıl önemli olanın tahrik oluşturan fiil ile bunun sonucunda

⁷³ Duran, s.150.

⁷⁴ Koca/Üzülmez, s.305.

⁷⁵ Yaşar, Osman; Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet

⁷⁶ Özbek, Özer Veli; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, C.1, Ankara 2006, s.384.

işlenen suçun arasındaki neden sonuç ilişkisi olduğunu belirtmiştir.⁷⁷

D- Haksız Fiil İle Suç Arasında Nedensellik (İllyet Bağı) İlişkisinin Varlığı

Fail, haksız tahrik oluşturan fiil sonucunda oluşan öfke veya şiddetli elemin etkisindeyken ve bu durumun tepkisi olarak suçu işlemiş olmalıdır. Bir başka deyişle failin bu psikolojik haliyle işlenen suç arasında neden sonuç ilişkisi mevcut olmalıdır.

Haksız tahrikin cezadan indirim yapılmasına etken olan düşünce budur. Zira fail, tahrikin sebebiyet verdiği heyecan halinin bir tepkisi olarak suç işlemektedir. Eğer fail tahrik fiiline maruz kalmamış olsaydı bu şekilde bir suç işlemeyecek idi. Bundan dolayıdır ki fail zaten söz konusu suçu işlemeye daha önce karar vermişse, tahrik edilmiş olsa bile haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz. Çünkü burada işlenen suç ile tahrik arasında bir sebep sonuç ilişkisi yani illiyet bağı bulunmamaktadır.⁷⁸

Örneğin Yargıtay da bir olayda, bahçesinden kayısı çalan kimsenin ırzına geçen failin haksız tahrik hükümlerinden istifade edemeyeceğini çünkü hırsızlık fiili ile ırza geçme fiili arasında bir nedensellik bağının bulunmadığını, fiiller arasında ağırlık bakımından ise bir orantısızlık olduğuna hükmetmiştir.⁷⁹ Sanığın işlediği suç haksız fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemden değil de başka bir sebepten kaynaklanıyorsa -bu sebep eski bir husumet, öç alma, kin, nefret ve sair sebepler olabilir- işlenen suç ile haksız fiil arasında bir illiyet bağının bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir.⁸⁰

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

Bu konuda kanunda açık bir düzenleme mevcut değil ise de bu tahrik edenle edilen arasındaki ilişkiye dayanan haksız tahrik kurumunun tabii bir sonucudur. Bu

⁷⁷ CGK, 18.09.1972, 971/1-426/290 sayılı kararı.

⁷⁸ Demirbaş, Timur; Türk Ceza Kanununda Özel Tahrik Halleri, s.399.

⁷⁹ Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.261.

⁸⁰ Metiner/Koç, s.719.

bakımdan Ali'nin Veli'yi dövmesi üzerine kendisine göre güçlü kuvvetli olan Ali'ye bir şey yapamayan Veli'nin, Ali'nin çocuğunu dövmesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Zira burada çocuğun dövülmesi olayında nedensellik bağı mevcut değildir.⁸¹

Somut bir olayda failin haksız tahrik savunmasında bulunduğu her durumda haksız fiil ile sonuç arasında illiyet bağının kurulması ve bu bağın olaya uygun bir şekilde kanıtlanması gerekmektedir. Ancak tahrik durumunun mutlaka sanık veya müdafisi tarafından ileri sürülmesi gerekmez.⁸²

Yargılamayı yapan hâkimin tahrik olgusunun mevcut olup olmadığını, ne boyutta olduğunu kendiliğinden araştırıp tespit edecektir. Bu husus ceza yargılamasında resen araştırma kuralının gerektirdiği bir zorunluluktur.

Haksız tahrik halinde işlenen suç ile tahrik fiili arasında nedensellik bağının bir oranın mevcudiyetinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır.

Uygulamada Yargıtay'ın tahrik teşkil eden fiil ile tepki suçu arasında oran bulunması gerekip gerekmediği hususundaki kararlarında başka kriterlere de dikkat ederek olayı değerlendirme yaptığı, bu sebeple bazı kararlarında oran bulunması gerektiğini belirtirken, bazı kararlarında tahrik fiili ile tepki suçu arasında belli bir oranın bulunmasının gerekmediğine karar verdiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay, oran kriterini haksız tahrikin ayırıcı bir koşulu gibi kabul etmeyen ve bu koşula yer vermeyen bir kararında⁸³

“Öldürme olayına takaddüm eden anlarda meydana gelen hakaret fiili ile buna tepki olan müessir fiil arasında açık bir orantısızlık bulunduğu, başka bir deyişle müessir fiilin hakaret fiillerinden daha ağır olduğunun kabulü gerekir.

Bu durum karşısında sanık lehine haksız tahrik maddesinin uygulanması gerekir.” diyerek (orantısız ve aşırı tepki niteliğindeki bu olayda) haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay daha yeni bir kararında ise⁸⁴ *“nafakasını çobanlıkla temin eden*

⁸¹ Demirbaş, s.400.

⁸² Tutumlu, s.33

⁸³ Yarg. CGK'nın 06.05.1977 tarih ve 156/209 E.K. sayılı kararı (Duran, s.173).

⁸⁴ Yarg. CGK'nın 17.12.1984 tarih ve 1678/441 E.K. sayılı kararı (Duran, s.173).

sanığın koyunlarını çalarken gördüğü mağdurun kafasına birkaç defa sopa ile vurarak öldürücü nitelikte yaralar husule getirmesi olayında sanığın sürüsünü korumakla işverene karşı sorumlu bulunmakla, tahrik edici fiil ile tepki fiili arasında oran bulunmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir.

Yargıtay'da yerleşik kararlarında⁸⁵ orantısız bir tepki varsa ilk haksız hareketiyle olayı başlatan sanık hakkında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini de belirtmektedir.

E- Suça Tahriki Teşkil Eden Fiilin İşleyen Kimseye Yönelmiş Olma Şartı

Ne 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanununda, ne de 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda tahrik fiilinin hedefinin kime yönelik olması gerektiği konusunda bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde tahrik fiilinin hedefinin tahriki teşkil eden fiili yapan kimse olması gerektiği, yönündedir.

Failin haksız fiil sonucunda hiddet veya şiddetli elem halinde işlediği suçun tahrik teşkil eden hareketi yapmış olan kişiye karşı olması gerekir. Suçun bu kişiye yönelmiş olması yeterlidir, suçun kişinin şahsına veya malına yönelik olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Buradaki anlatımda kastedilmek istenen şudur; tahrik edenle suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde haksız tahrike ilişkin maddenin uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Örneğin, babanın haksız hareketi sebebiyle hiddet veya şiddetli elem haline giren kişinin, fail baba yerine oğlunu dövmesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır.⁸⁶ Bir başka deyişle haksız fiile reaksiyon olarak işlenen fiilin hedefi tahrik eden kimse olmalıdır.

Tepkinin alakalı olmayan üçüncü bir kişiye yöneltmiş olması halinde ceza indirimi söz konusu olamaz. Tahrik edenin kuvveti karşısında hincını alakalı olmayan üçüncü şahıslardan almak isteyen kişinin bu şahıslara karşı işlediği suçlar hakkında haksız tahrik dolayısıyla indirim yapılması mümkün değildir.⁸⁷

.Haksız tahrikte tahrik teşkil eden fiilin kime yönelik olması gerektiği madde gerekçesinde, maddedeki düzenleme sebebiyle bir suçun mağduruna yönelik olarak

⁸⁵ CGK'nın 24.10.2000 tarih ve 1-189/211 sayılı kararı.

⁸⁶ Önder, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s.350.

⁸⁷ Erem, Faruk; "Haksız Tahrik", Adalet Dergisi, Y.37, S.7, Ankara 1946, s.643.

gerçekleştirilen fiiller sebebiyle fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır şeklinde ifade edilmiştir.

O halde burada üzerinde durulması gereken esas nokta haksız tahrik indiriminin bir suçun mağduruna değil failine karşı uygulanacak olmasıdır.⁸⁸

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için haksız fiilin hedefinin tahrik teşkil eden fiili yapan kimseye yönelmesi gerektiğini belirtmiştik. Ancak mağdurun haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi, lakayt kalması ya da zımnen bu haksız fiili onaylaması halinde de yine haksız tahrik hükmü uygulanabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta kişinin haksız fiil oluşturan davranışı önleme yükümlülüğünün olup olmaması durumudur. Bu yükümlülük kanunlarla, yazılı diğer hukuk kuralları ile yahut hukuka ve kamu düzenine aykırı olmayan örf ve adetle verilmiş olabilir. Böyle bir yükümlülük yoksa ya da yükümlülüğün yerine getirilmesi imkânı yok ise sorumluluğu da yine söz konusu olmayacaktır.

F- Haksız Fiile Yönelik Tepkinin Varlığı

Haksız tahrik hallerinin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemenden meydana gelen psikolojik karışıklık bir tepkiye sebep olur. Eğer tepki sonucu meydana gelen fiil, ceza kanununun suç saydığı bir fiil olur ise; fail cezalandırılmakla beraber ceza da indirilir.⁸⁹ Haksız tahrik ancak tepki fiilinin kanunlarda suç olarak belirlenmiş olması halinde var olacaktır.

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

Tepkinin zamanı, tepkiyi teşkil eden fiilin ne zaman meydana gelmesi gerektiği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Kanun bu hükmünde hiddet veya şiddetli bir elemnin tesiri altında işlenen suçtan bahsettiğine göre tepkiyi teşkil eden bir fiilin bu tesir devam ettiği müddetçe daha doğru bir deyimle psikolojik buhranın devam ettiği süre içerisinde bu buhran hali geçmeden işlenmesi gerekmektedir.⁹⁰

Haksız fiil sonucu verilen tepki kişiden kişiye değişiklik gösterir. Haksız

⁸⁸ Akbaba, Zeynep Burcu; "Töre Namus ve Töre Saikiyla Kasten Öldürme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.21, S.75, Ankara 2008, s.333-351.

⁸⁹ Erem, s.629.

⁹⁰ Erem, s.630.

tahriki oluşturan fiil, karşı tarafta zaman yönünden ani tepki oluşturabileceği gibi, belli bir süre sonrada bu tepkiyi oluşturması mümkündür.

Tepkinin süresinin farklılığı tepkiye maruz kalan kişilerin psikolojik yapılarının farklılığından ileri gelir. Bazı kişilerin yapılan haksız tahrik karşısında tepkisi ani olur. Bazıları ise ani tepki vermez önce bunu içine atar, alıngan olur zaman geçmesi ile öfkesi artar ve belli bir süre sonunda tepkisini gösterirler.⁹¹

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

Tepkide oran, Türk Ceza Kanunu'nun haksız tahriki düzenleyen maddesinde tepki suçunun işlenmesi bakımından bir süre sınırlaması getirilmediği gibi, tepki fiilinin ağırlığı ya da oranı konusunda da herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Bu durumu doğal karşılamak gerekir, zira Roma Hukuku'ndan gelen ifadede anlatıldığı gibi "Saldırıya uğrayanın elinde bir terazi yoktur." Her bireyin psikolojisi birbirinden farklılık arz ettiğinden kimin hangi olaya ne şekilde tepki vereceğini belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun tepki suçunun oranı konusunda bir sınırlama getirmemiş olması yerinde olan bir karardır.⁹²

Kanun işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oranın olması lazım geldiğini açıkça bildirmemektedir. Fakat bu halin "Tahrik" kurumunda zımnen mevcut olduğu kabul edilmelidir. Suç ile tahrik fiili arasında bir illiyet bağının mevcut olması gerektiğinde ve böyle bir bağın oranı lazım geldiğinde eğer suç tahrik fiilinden açıkça ağır ise onun tahrikten ileri geldiği söylenemez, tahrik böyle bir suçun işlenmesinde ancak bir vesile olmuştur.⁹³

Haksız tahriki oluşturan fiil ile bu fiile verilen tepki arasında bir oranın mevcudiyeti kanaatimizce şart değildir, dolayısıyla böyle bir oranın aranması kanuna

⁹¹ Yavuz, Yaşar; "Haksız Tahrik", Yargıtay Dergisi, Y.17, S.68, Ankara 1991, s.445-466.

⁹² Tutumlu, s.36.

⁹³ Erem, s.631.

aykırı olan bir taleptir. Çünkü haksız fiil, “Fıçıyı taşıran bir damla veya barut fıçısına düşen kıvılcım” gibidir. Fakat burada tahrik fiili ile bu fiil sonucu meydana gelen heyecan hali arasında bir oran bulunması gerekmektedir.

Gerçekten, böyle bir fiilin maddi olayın özellikleri göz önünde bulundurularak faili hiddet veyahut şiddetli elem durumuna sokabilecek nitelikte bulunması gerekir, bu nedenledir ki failin heyecan durumuna sürüklenmesi kabul edilebilir olduktan sonra tepkinin tahrik fiiline oranla şiddetli olup olmamasının bir önemi yoktur. Nitekim kanundaki düzenleme, failin öfke ya da ağır üzüntü halinin tepkisi olarak suç işlemesini esas almış ve haksız fiil ile tepki arasında bir oran bulunması gereğinden bahsedilmemiştir.

Fakat hâkim maddi olayın özelliklerini ve failin ruhsal ve psikolojik durumunu da göz önünde bulundurarak, tahrikin derecesini kendisi tayin edebilecektir.⁹⁴

IV- HAKSIZ TAHİRİKİN DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ VE DEĞERLENDİRME

A- Haksız Tahrikin Diğer Hukuki Kurumlarla İlişkisi

1- Haksız Tahrik ve Meşru Savunma İlişkisi

Haksız tahrik ile hukuka uygunluk nedeni olan meşru müdafaa kurumları arasındaki farkı belirlemek gerekir. Çünkü uygulamada, bu iki kurumun birçok durumda bir araya geldiği, hangisinin uygulanacağı hususunda tartışmaların yaşandığı, aralarında yapılacak tercih sonucunda, hem fail hem de mağdur açısından değişik durumların ortaya çıktığı, en önemlisi adaletin tecellisinde farklı neticelere ulaşıldığı bir gerçektir.

Haksız tahrikte fiilin suç sayılma niteliği ortadan kalkmayıp failin cezai sorumluluğu devam ettiği halde, meşru müdafaada “hukuka aykırılık” unsuru gerçekleşmediğinden dolayı fiil suç olmaktan çıkmakta ve failin cezai sorumluluğu gündeme gelmemektedir. Elbette aralarındaki farkı tespit etmek, her somut olayın özelliği dikkate alınmak suretiyle ayrı değerlendirmeye tabi tutacaktır.⁹⁵

Kanuna uygunluk sebeplerinden biri olan meşru müdafaa kurumu, 765 sayılı

⁹⁴ Demirbaş, s.399.

⁹⁵ Şen, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006, s.81.

Eski Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesinde "Nefse veya ırza vuku bulan haksız bir taarruzu filhal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez." denilmek suretiyle düzenlenmiştir. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde ise meşru müdafaa'nın kapsamı, "Bir hakka" yönelik saldırı denilmek suretiyle genişletilmiştir. Buna göre meşru müdafaa kurumunun uygulanabilmesi için; maddi mahiyette bir saldırının failin kendisine veya bir başkasına ait hakka yönelmiş bulunması, savunmanın zorunlu olması, savunma ile saldırının eş zamanlı olması ve savunma ile saldırı arasında konu ile kullanılan vasıtalar bakımından orantılılık bulunması gerekmektedir.

Saldırı veya savunmaya ilişkin şartların bulunmadığı durumlarda ise meşru müdafaa bahsedilemez.⁹⁶ Meşru müdafaa çok eski zamanlardan beri uygulanan ve ceza yasalarında yerini almış bir hukuka uygunluk nedenidir.

Meşru müdafaa, varlığı her dönemde kabul görmüş bir kavramdır. Roma Hukuku'nda, Cermen Hukuku'nda, İslam Hukuku'nda meşru savunma değişik biçimlerde de olsa yer bulmuştur.⁹⁷

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 25/2. maddesinde meşru müdafaa, "Gerek kendisine gerek ise bir başkasına ait bir hakka yöneltilmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız olan bir saldırıyı o andaki hal ve o anki şartlara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmez" biçiminde hükme bağlanmıştır.⁹⁸

Meşru savunma, bir kimsenin kendisine ya da üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı bertaraf etmek için gösterdiği bir zorunlu tepkidir. Bir başka deyişle, kişinin kendisinin veya bir başkasının hukuki varlığını, gerçekleşmekte ya da gerçekleşmesi yakın olan, hukuka aykırı bir saldırıya karşı zorunlu savunmasıdır.⁹⁹

Yeni Türk Ceza Kanunu meşru savunmaya konu olan hakkın içeriği bakımından herhangi bir ayrıma gitmiş olmadığı için hayat, beden bütünlüğü, cinsel

⁹⁶ Çam, s.71.

⁹⁷ Meran, Necati; "Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma", Yargıtay Dergisi, Y.28, S.108, Ankara 2002, s.557-572.

⁹⁸ Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.390.

⁹⁹ Meran, s.558.

dokunulmazlık, şeref, özgürlük, özel hayat vb. gibi ceza hukuku korumasından yararlanan hukuksal değerler yanında, genel kişilik hakkı ve hatta genel davranış özgürlüğü gibi bireysel nitelikteki hukuksal değerlere yönelik saldırılar bakımından meşru müdafaa mümkün hale gelmiştir.¹⁰⁰

Meşru müdafaa bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka uygunluk nedenleri; suçun kanuna aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiilin suç teşkil etmesine engel olan bir başka değişle haksızlığı ortadan kaldıran sebeplerdir.¹⁰¹

Bu nedenle meşru savunma ceza sorumluluğunu kaldıran bir hukuka uygunluk nedendir.¹⁰² Meşru savunma şartlara tabidir.¹⁰³ Bu hukuka uygunluk nedeninin önemli bir şartı olarak “Bir insanın bir hukuksal değeri ihlal tehdidini yaratması” gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü hukuka aykırı hareket eden bir kimsenin hukuksal değere saldırısının defedilmesi hukuka uygundur.¹⁰⁴

Bir beraat sebebi olan meşru savunmanın mevcudiyeti halinde haksız tahrikten bahsetmeye gerek yoktur. Fakat bu iki kurum arasında yapılacak bir mukayese mahiyetlerini aydınlatma bakımından faydalı olur.¹⁰⁵

Erem’e göre meşru savunma ile tahrik arasında öz bakımından değil “kesafet” (yoğunluk) bakımından bir fark vardır. O halde haksız tahrik kurumu, meşru müdafaaya dâhildir. Bu sebeple meşru savunmanın bulunduğu hadiselerde tahrikten bahsedilemez. Tahrik fiilini oluşturan hareketler kendini müdafaa edene karşı icra edilmiş haksız taarruzların unsurlarıdır.¹⁰⁶

Meşru müdafaa; objektif bir temele dayanan hukuka uygunluk nedenidir. Haksız tahrik ise, heyecan hali nedeniyle iradenin zayıflamış olmasından dolayı

¹⁰⁰ Erdem, Mustafa Ruhan; “Malvarlığına Yönelik Saldırıları Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı”, DEÜHF Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s.987-998.

¹⁰¹ Koca, Mahmut; “YTCK’ da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, S.1, Ankara 2006, s.115-144.

¹⁰² Çağlayan, M. Muhtar; “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Meşru Müdafaa (Yasal Savunma) Üzerinde Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Y.73, S.2, Ankara 1982, s.257-270.

¹⁰³ Erem, Faruk; “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, Adliye Ceridesi, Y.34, S.8, Ankara 1943, s.605-624.

¹⁰⁴ Ünver, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.990.

¹⁰⁵ Gürelli, s.341.

¹⁰⁶ Erdem, s.634.

cezanın hafifletilmesini sonuçlayan sübjektif bir temele dayanmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da, haksız tahrikle meşru savunmanın bir arada bulunamayacağı aşikârdır. Fakat haksız tahrik üzerine, tepkide bulunan kimse tahriki doğuran fiili yapmış olan kişiyi meşru savunma durumuna sokabilecektir.¹⁰⁷

Meşru savunma halinde fiilin işlenmesinde zorunluluk vardır, saldırıdan başka türlü korunmaya imkân yoktur. Hâlbuki haksız tahrik halinde kanun koyucu tahrik edenin tecavüzüne karşı, tahrik edenin katlanmasını, sabır göstermesini istemiştir.¹⁰⁸ Meşru savunma, kişinin hakkına yönelik mevcut bir saldırı karşısında mağdurun başka türlü korunma imkânı bulunmadığı hallerde, savunma maksadıyla karşılık vermesidir. Haksız tahrik ise, bitmiş ya da henüz sürmekte olan haksız bir fiile zorunlu olmamakla birlikte mukabele edilmesi durumu vardır.¹⁰⁹

Haksız tahrik ile meşru savunma aynı fiilde birleşemez, bir arada bulunamaz. Çünkü her iki kurumun hukuki niteliği ve şartları da farklı olduğundan, bir olayda birisinin bulunması diğerini ortadan kaldırır. Meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebidir ve şartları gerçekleştiğinde meşru müdafaa halinde işlenen fiilden dolayı kişiye ceza verilmeyeceği gibi, başka bir hukuk dalının yaptırımını da uygulanamaz.

Buna karşılık haksız tahrikte altında işlenen fiil hukuka uygun olmamaya devam etmekle beraber; failin heyecanlı durumu sebebiyle de kusurunun zayıfladığı kabul edilmekte bu durum sadece cezanın indirilmesine yol açmaktadır.¹¹⁰

Ancak haksız tahrik ve meşru savunma kurumları “Haksız bir saldırının” olması noktasında birleşmektedirler. Aralarındaki fark ise; meşru savunmada saldırının mevcut olması aranırken haksız tahrikte bu şartın aranmamasıdır.

Şu halde, kişinin hukukça korunan bir hakkına yönelik saldırı halen devam etmekteyken karşılıklıta bulunulması durumunda haksız tahrik kurumuyla meşru savunma arasında yalnız bir yoğunluk farkı mevcut olduğundan sadece meşru savunma hükmü uygulanır. Başka bir deyişle; saldırının devamı halinde meşru savunma hükmünün uygulanması haksız tahrik hükümlerinin tatbikine gerek

¹⁰⁷ Demirbaş, s.402-403.

¹⁰⁸ Gürelli, s.342

¹⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.515.

¹¹⁰ Koca/Üzülmez, s.307.

bırakmamaktadır. Neticeten, haksız tahrik kurumu meşru müdafaaaya dâhildir ve meşru müdafaaanın bulunduğu hallerde tahrikten bahsedilemez.¹¹¹

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde ise meşru savunmanın içeriği, "Bir hakka" yönelik saldırı denilerek genişletilme yapılmıştır. Buna göre meşru müdafaa kurumunun uygulanabilmesi için; maddi mahiyette bir saldırının failin kendisine veya başkasına ait bir hakkı tehdit etmiş olması, savunmada bulunmanın zorunlu olması, savunma ile saldırının aynı zamanda yani savunmanın saldırı devam ederken yapılması ve savunma ile saldırı arasında konu ile kullanılan vasıtalar bakımından orantılılık bulunması gerekmektedir.¹¹²

Meşru müdafaa hakkını kullanan şahsın fiili saldırgan açısından, haksız tahrik olarak da nitelendirilemez. Çünkü hukuk düzenini ilk bozan kişi kendisi olmaktadır.

Bir hadisede ne zaman meşru müdafaa ne zaman haksız tahrik kurumunun uygulanmasının gerekeceği hususundaki ölçü haksız tahrikin hedefinde, tepkinin zamanında ve savunmanın zaruretinde aranmalıdır.¹¹³ Mağdur tarafından yapılan saldırının failde oluşturduğu öfke ya da şiddetli bir üzüntü etkisi ile mi, yoksa failin içine düştüğü kendini koruma mecburiyetinden dolayı mı karşı fiilin icra edilip edilmediğinin tespiti, bu ayırmadaki en önemli noktayı oluşturur.

Saldırıyla eş zamanlı savunma söz konusu ise bu savunmanın yapılması o an için korunması gereken hukuki yararlar bakımından bir zorunluluk var ise, meşru savunmanın şartlarının var olduğu kabul edilmelidir. Hâlbuki haksız tahrikte, tamamlanmış, sona ermiş bir haksız fiil vardır ve fail hukuki yararı korumak amacıyla zorunluluk içinde bulunmamakla birlikte duyduğu hiddet veya elemin etkisi altında kalarak tepkisini ortaya koymak suretiyle ve yeni bir suç işlemektedir. Haksız tahrik halinde, mağdur tarafından icra edilen haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalan ve bu haksız fiile tepki olarak suç işleyen fail bulunduğu halde, meşru savunmada eş zamanlı olarak failin savunma yapma zorunluluğu gündeme gelmekte ve karşı fiil bir tepkinin neticesi olarak değil, bir hakkın muhafaza edilmesi için yapılmalıdır. Bir başka anlatım ile haksız tahrikte fail,

¹¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.515-516.

¹¹² Parlar/Hatipoğlu, s.1263.

¹¹³ Erem, s.634.

haksız fiile duyduğu tepkiyle suç işlemektedir. Örneğin, yanında bulunan babasına veya eşine sövüldüğünü veya bir yakınının itilip kakıldığını gören failin gösterdiği tepki ve bu bağlamda kendisinin işlediği fiil elbette hukuka uygun sayılmayacak, sadece haksız fiil ile tepki arasında nedensellik bağından dolayı “Haksız tahrik “kurumuna ilişkin hükümlerin uygulanması burada gündeme gelebilecektir.”¹¹⁴

Eski Türk Ceza Kanununda bulunmayan fakat Yeni Türk Ceza Kanununun 27/2. maddesinde düzenlenmiş olan “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.*” hükmüne değinmek icap eder.¹¹⁵ Burada failin ruhsal hali yani sübjektif bir hal söz konusu olduğundan bu şekilde ruhi karışıklığın failin kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı söylenmelidir.

Nitekim CMK’nın 223/3-c maddesine göre meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması durumunda; “*Kusurun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına*” karar verilecektir. Bu durumda artık fail meydana gelecek neticeden sorumlu tutulamaz. Ancak bu heyecan, korku ve telaşın mazur görülebilecek nitelikte olması gerekir. Heyecan, korku ve telaşın ne zaman mazur görülebilecek nitelikte olduğu somut olayın niteliklerine göre yargılamayı yapan hâkimce belirlenecektir.¹¹⁶

Yargıtay konu ile ilgili bir kararında¹¹⁷ “*Sanığın kardeşinin canına yönelik olarak 2-3 metre mesafeden birden çok ateş eden ve halen silahlı saldırısı devam eden maktüle meşru savunma koşulları içerisinde hareket edip mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan dolayı 10 kez ateş ederek meşru savunma sınırını aştığı anlaşıldığından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 27/2 maddesi uyarınca ceza verilmemesi gerektiği*”ne ilişkin içtihadta bulunmuştur.¹¹⁸

Açıklanan farklılıklar dikkate alındığında, haksız tahrik ve meşru müdafaa arasındaki fark meşru savunmada saldırının mevcut olması aranırken haksız tahrikte bu şartın aranmamasıdır. O halde, kişinin hukukça korunan bir hakkına yönelik

¹¹⁴ Şen, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006, s.81-82.

¹¹⁵ Günay, Erhan; Haksız Tahrik, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.56.

¹¹⁶ Günay, s.58.

¹¹⁷ Yargıtay 1. CD.’nin 09.04.2007 tarih ve 4811-2535 E.K. sayılı kararı (Günay, s.58).

¹¹⁸ Yargıtay 1. CD.’nin 20.03.2008 tarih ve 1064/2137 E.K sayılı kararı.

saldırı halen devam etmekteyken karşılıklı bulunulması durumunda haksız tahrik kurumuyla meşru savunma arasında yalnız bir yoğunluk farkı mevcut olduğundan dolayı sadece meşru savunma hükmü tatbik edilir. Başka bir anlatımla saldırının devamı halinde meşru savunma hükmünün uygulanması haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek bırakmamaktadır.¹¹⁹

Yargıtay CGK aşağıdaki kararında haksız tahrik ile meşru müdafaa arasındaki farkları açıklayarak, bunları incelemesini yaptığı olaya uygulamıştır;

“Haksız tahrikle hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan meşru müdafaa arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Meşru savunmada haksız saldırı henüz sona ermiş değildir ve failin bunu ortadan kaldırma zorunluluğu vardır. Haksız tahrikteyse faile yönelmiş haksız fiil sona ermekte fakat fail maruz kaldığı öfke ve elemnin etkisi altında bu tecavüze karşılık vermekle beraber bunda zorunlu bulunmamaktadır. Meşru müdafaa bir hukuka uygunluk sebebi sayılmakta, sadece ceza hukuku bakımından değil diğer hukuki bakımlardan da hukuka uygun sayılmakta ve faile ceza verilmemektedir. Haksız tahrikte ise suçu etkileyen bir durum bulunmakla beraber, failin fiilinde hukuka aykırılık vasfı silinmemekte, sadece suçun cezasından indirim yapılmaktadır.”¹²⁰

2- Haksız Tahrik İle Zorunluluk Hali İlişkisi

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

Buradaki düzenleme, “Kişinin gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek sebep olmadığı ve başka surette korunmak imkânı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veyahut başkasının kurtarmak mecburiyeti ile ve tehlike ile konu ve kullanılan araç arasında orantı bulunmak şartı ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”¹²¹ şeklindedir.

Zorunluluk hali meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk nedenidir. Şartların mevcut olması halinde, hukuka uygunluk nedeni olduğundan faile ceza

¹¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.538-539.

¹²⁰ Yargıtay CGK.’nın 09.04.1974 tarih ve 382/126 E.K sayılı kararı (Uyap İçtihat Sorgulama).

¹²¹ Albayrak, Mustafa; Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s.57.

verilemeyecektir. Bir başka anlatım ile zorunluluk hali de ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir nedendir. Oysa yukarıda da izah ettiğimiz üzere, haksız tahrik kurumu ceza sorumluluğunu kaldıran değil azaltan bir sebeptir.¹²²

Zorunluluk hali, şahsın bilerek sebep olmadığı tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma mecburiyeti içine girmesi halinde, tehlikeyi bertaraf etmeye yetecek biçimde olan, ancak suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmesi halidir. Başka bir anlatımla, hukuken korunan yararları tehdit eden ve başkasının hukuken korunan yararlarını ihlal etmekten başka çaresi kalmayan tehlike durumuna zorunluluk hali denir.

Zorunluluk halinde, kendisine yönelik bir tehlikeden kurtulmak için üçüncü bir kişiye zarar verilmesi veya bu kişiye yönelik olan bir tehlikenin meydana gelmesi durumu söz konusudur.¹²³ Bu halde 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 anlatılmıştır.¹²⁴ Haksız tahrikte ise hatırlanacağı üzere haksız bir fiilin meydana getirdiği öfke ve elemnin tesiri altında kalan kişinin iradesini yönlendirme yeteneği zayıfladığından cezadan indirilmesi yoluna gidilmektedir.

Zorunluluk hali ile haksız tahrik kurumları arasındaki en önemli fark, zorunluluk durumunu doğuran fiilin haklılığının veya haksızlığının bir önemi olmamasıdır. Oysa öfke ve şiddetli bir üzüntüye sebep olan tahrik edici fiilin haksız bir fiil sonucu meydana gelmiş olması gerekli oluşudur. Zorunluluk hali içinde bulunan kişinin, bu tehlikeli durumdan kurtulmak için tepki fiilini işlemekten artık başka çaresi kalmamaktadır.

Hâlbuki tahrik edici fiile maruz kalmış kişi, tepki suçunu işlemek zorunda olmayıp, işleyip işlememekte serbesttir; tahrik edici fiile karşı kendisini frenleyebilme iradesini gösterme ihtiyarı mevcuttur. Bundan başka haksız tahrike maruz kalan kimse, içine düştüğü heyecan içinde ancak tahrik edici fiili işleyene

¹²² Kaya, Fahrettin; Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kütahya 2010, s.59.

¹²³ Metiner/Koç, s.587.

¹²⁴ Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.170-171.

karşı tepki suçunu işleyebilmesine rağmen, zorunluluk halinde tepki fiili olaya tamamen yabancı herhangi bir şahsın zararına da yönelebilmektedir. Çünkü burada önemli olan kişinin kendisini veya bir başkasını tehlikeli durumdan kurtarmak istemidir. Dolayısıyla zorunluluk halinde failin başkasına zarar verme eğilimi olmamasına karşılık, haksız tahrikte fail tahrik edici fiil sebebiyle hiddet ve elemin etkisinde olan şahsın kendisine veya mal varlığına bilerek ve isteyerek zarar vermekte, bir suç işlemektedir.¹²⁵

Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden biri olan zorunluluk durumu, kusurluluğu azaltan veya hafifleten nedenlerden olan haksız tahrikten temel noktalarda birbirinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla, aynı fiilden dolayı iki kurumun uygulama alanı bulması olanaksızdır.

3- Haksız Tahrik İle Tasarlama İlişkisi

Tasarlama (taammüd); failin suç işlemeye karar vermesinden sonra suçun işlenmesine kadar geçen zamanda suçu nasıl işleyeceğini düşünmesi plan yapması ve bu plan çerçevesinde hareket etmesidir.

Şahsi ağırlaştırıcı bir sebep olan tasarlama ile tahrikin beraber uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalı bir konudur. Haksız tahrik genel olarak cezayı hafifleten bir neden olarak düzenlenmişken, tasarlama ise genel cezayı arttırıcı nitelikli bir durum olarak ele alınmıştır.

Tabiatı itibarıyla birbirine karşı bu iki kurumları bir arada bulunup bulunamayacakları, birlikte uygulanıp uygulanamayacaklarının tartışılması da doğaldır.¹²⁶ Buradaki tartışma, tasarlamanın dayandığı temel üzerindeki farklı düşüncelerden kaynaklanmaktadır.¹²⁷

Eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m.450'de "taammüden adam öldürme", insan öldürme suçunun nitelikli hali olarak kanunda yer almamıştı. Ancak tasarlamanın miktarı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştü. Tasarlama kurumu değerlendirilirken zaman ve soğukkanlılık durumlarından hangisinin ölçüt olarak alınacağı konusunda fikir birliği sağlanamamıştı. Soğukkanlılığın tasarlamanın

¹²⁵ Çam, s.74.

¹²⁶ Hakeri, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.226.

¹²⁷ Ayık, İsmail Hakkı; "Tahrik", Adalet Dergisi, S.1, Ankara 1952, s.101.

oluşumunda söz konusu olduğu durumlarda haksız tahrik indirimi uygulama alanı bulamazken, zaman söz konusu olduğu hallerde haksız tahrik indirimi uygulanmaktaydı. Konuyu daha iyi anlamak için bu ölçütleri açıklamakta yarar vardır:

Tasarlama (plan) ölçütüne göre; suç iyi planlanmış ve tertiplenmiştir. Bu sebeple de mağdurun savunma gücü azalmıştır. Öyle ise; bu tür bir hazırlıkla suçu işleyen failin daha fazla ceza ile cezalandırılması gerekecektir.¹²⁸ Zira fail haksız tahrikin doğurduğu gazap veya elemnin etkisiyle bir suç işlemek kararı vermiş ve tepki suçunu nasıl uygulayacağı konusunda bir tasarlama yapmıştır.

Failin, bütün bir tasarlama süresince şiddetli elem ve kederin etkisinde bulunması, başka bir deyişle, failin maruz kaldığı tahrik fiili ile işlediği tasarlayarak adam öldürme suçu arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Bu durumda haksız tahrikin etkisiyle taammüden adam öldürme suçunu işleyen fail için taammüden adam öldürme suçunu işlediği için ceza önce arttırılacak, sonra da bu ceza, haksız tahrikin oluşması sebebiyle tahrikin miktarına göre ceza azaltılacaktır.¹²⁹

Zaman (kronolojik olarak) ölçütüne göre; suç işleme kararı ile fiil arasında belli bir zamanın bulunması gerekmektedir. Ayrıntılı düşünmeye yetecek kadar zaman olmasına rağmen, fail suç kararı ile suçun icrası arasındaki zamanda suçu işlemekten vazgeçmediği için cezasının arttırıldığını savunulmuştur. Taammüdün esası olarak zaman ölçütü kabul edilir ise, taammüd ile haksız tahrikin bir arada uygulanabilmesi mümkün olacaktır. Ayrıntılı düşünme süresi boyunca fail tahrikin etkisiyle hareket etmiş ve suçu da bu duyguların etkisiyle işlemişse cezası, önce taammüd nedeniyle ağırlatılacak ve daha sonra tahrik nedeniyle de indirilecektir.¹³⁰

Ancak yukarıda da bahsettiğimiz gibi bu zamanın da bir sınırı olmalıdır. Bu sınır da makul bir süre ile sınırlandırılmalıdır.

Soğukkanlılık ölçütüne göre; taammüdün ölçütü olarak soğukkanlılığı göz önüne alan görüşlere göre taammüd ve haksız tahrikin bir arada uygulanması mümkün değildir. Çünkü haksız tahrikin bulunması, suçun gazap veya şiddetli

¹²⁸ Aydın, Devrim; "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2003, s.137.

¹²⁹ Aydın, s.137.

¹³⁰ Aydın, s.137.

elemen etkisiyle işlenmiş olmasına bağlıdır.

Buna karşın, soğukkanlılıkla adam öldüren fail suçu sükûnet içinde hazırlayıp işler, hiçbir ruhi karışıklık ve buhran hali de yaşamaz. Bu nedenle; bu ters yani zıt olan ruhsal durumun aynı kişide ve aynı anda varlığından bahsedilemeyeceğine göre tahrik ile taammüd bir arada bulunamaz.¹³¹

Nitekim tasarlamasının esasını soğukkanlılık teorisine dayandıran *Taner*¹³² ve *Gürelli*¹³³ haksız tahrikle tasarlamının bir arada bulunamayacağını belirtmişlerdir.

Demirbaş'a göre, tasarlama için şart olan suç işleme kararı(planı)ile fiil anı arasındaki zaman farkı, haksız tahrik nedeni ile işlenen suçlarda da mümkündür. Bir kimse öfke ve elem duygusu altında daha iyi bir plan bile hazırlayabilir.¹³⁴

Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarını inceleyecek olursak; eski tarihli bazı içtihatlarında haksız tahrik ile tasarlamının beraber uygulanamayacağına hükmetmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 1976/1271, 1651 esas karar sayılı kararında, "Maktulle kardeşi olayın yaşandığı gün 11 civarında sanık ile kahvede tartışmaları, maktulün kardeşi sanığı yaraladığı gibi maktulünde sanığa kötü sözler söyleyerek ona cevap verdiği aynı gün saat 18.00 sıralarında sanığın kahvede gördüğü maktulü öğleyin yediği dayağın tesiri ile öldürdüğü ve haksız tahrik kabul olduğuna göre tasarlama yoktur"¹³⁵ diyerek haksız tahrik ile tasarlamının beraber uygulanamayacağını belirtmiştir.

Bize göre, tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunabilir. Yukarıda açıkladığımız üzere; haksız tahrike neden olan faile ulaşmanın mümkün olmaması durumunda belli bir süre sonra da haksız tahrik uygulanabilir. Örneğin, köy kahvesinde herkesin gözü önünde dişlerinin bazılarının kırılacak şekilde vurup yurt dışına giden faile karşı mağdurun, fail döndükten sonra ona yönelip yaralaması olayı haksız tahrikin varlığını gösterir. Hatta aynı olay için köye gelirken bu faile yolda puslu kurup yaralayan kişi için de haksız tahrik bize göre vardır ve cezasında indirim yapılmalıdır. Ancak, haksız tahrike neden olan fail, yıllarca aynı köyde yaşayıp

¹³¹ Erem, Faruk/Danışman, A/Artuk, M.E; Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.604.

¹³² Taner, Tahir; Ceza Hukuku Umumi Kısım, G.Ü.H.F. Yayınları, No: 95, İstanbul 1949, s.444.

¹³³ Gürelli, Nevzat; Ceza Hukukunda Mazeret Nedeni Olarak Haksız Tahrik, s.341.

¹³⁴ Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.49.

¹³⁵ İzmir, s.70.

birbirini yıllarca gördüğü halde, mağdurun yıllar sonra faile yönelmesinde haksız tahrik yoktur. Bu nedenle faile ulaşabilirlik hususunu bu şekilde örnekle açıkladık.

Yine aynı şekilde, kendisini yaralayıp hapse giren failin, çıkış gününü bekleyip hatta hapisten çıktığı esnada onu, saklandığı köşede yaralayan kişi için de indirim haksız tahrik nedeni ile yapılmalıdır. Çünkü burada da faile ulaşamama durumu olup bu ulaşamama hususu mağdurun kendisinden kaynaklanmadığı ortadadır. İşte bu örneklerden de anlaşıldığı üzere her ne kadar bazı yazarlar, teammüd ile haksız tahriğin bir arada bulunmadığı belirseler de bize göre teammüd ile haksız tahrik, yukarıda da açıkladığımız üzere faile ulaşabile durumuna göre vardır.

Faile ulaşamıyorsa ve sonradan ulaşırsa bu durumda plan yaparak faile yönelme durumunda haksız tahrik hükümleri uygulanmalı, ancak faile ulaşıldığı halde duyulan gazap ve elem çok sonra örneğin yıllar sonra teammüd ile gerçekleşiyorsa bu durumda haksız tahrik olmayacaktır, zira makul süre nedeniyle uygulanma olanağı ortadan kalkacaktır.

Özetle belirtmek gerekirse; cezayı hafifletici bir neden olan haksız tahrik ile cezayı artırıcı bir neden olan tasarlamanın birlikte aynı olayda var olup olmayacağı meselesi bu kurumların dayandıkları hukuki temeller konusundaki görüşlerin farklılığından kaynaklanmıştır. Bugünkü uygulama ile gelinen noktada her iki kurumlarının birlikte uygulanabileceği yönündedir. Çünkü Yargıtay'ın son yıllardaki bu konudaki kararları istikrar kazanmıştır.¹³⁶

4- Haksız Tahrik İle Kan Gütme Saiki İlişkisi

Kan gütme olayı, hukuki bir konu olmaktan çok, bazı toplumlara has, sosyolojik bir olaydır. Kan gütme, bir aile veyahut aşiretin üyelerine karşı, başka bir aşiret veya aile üyelerinin çeşitli sebeplerle duydukları kin ve nefret dolayısıyla karşılıklı birbirlerinin hayatlarına son vermeleri olarak tanımlamak mümkündür.¹³⁷

Bir başka tanıma göre ise; kan davası olarak bilinen bu olay, iki alt insan grubu arasında, belirli nedenlerle, karşılıklı olarak kişiler üzerinde devamlı

¹³⁶ Kaya, s.65.

¹³⁷ Tezcan, Mahmut; "Türkiye'de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri", Adalet Dergisi, Y.65, S.8, Ankara 1974, s.667-676.

zincirleme olarak devam eden cebir ve şiddete başvurulması halidir.¹³⁸

Türk Hukuk Lügatine göre; ise “kan gütme saiki ile adam öldürme suçu; failin önceden öldürülen yakınının kanına karşılık olmak üzere, bu suçun failini veya bu failin akrabalarından ya da ailesinden birini öldürmesi veyahut bir başkasına öldürtmesidir.¹³⁹”.

Yargıtay CGK kan gütme saikinin ceza hukuku açısından tanımını yaparak, “Failin, daha önce öldürülen bir kimsenin öcünü almak için, ilk olayın doğurduğu elem ve infial sona erdikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi” olarak tanımlamıştır.¹⁴⁰

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunumuzda, kasten öldürme suçları 81 ve 82. maddelerde düzenlenmiştir. “Hayata Karşı Suçlar” başlığını taşıyan birinci bölümün 81.maddesinde “Kasten Öldürme” suçuna yer verilmektedir. 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunumuzun 448. maddesi yerine ikame edilen bu maddede, kasten öldürme suçunun esas hali düzenlenmiştir.

Söz konusu madde yapılan düzenleme ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak suçun temel şekli yönünden müebbet hapis cezası öngörülmüş bulunmaktadır.¹⁴¹ Kan gütme saikiyle adam öldürme suçu 82. maddenin (j) bendinde düzenlenmiş ve kasten adam öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu suçun işlenmesi halinde, fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesinin (j) bendi gerekçesinde: “Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul gördüğü üzere, kan gütme saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, failin sadece kan gütme saikına bağlı olarak işlenmiş olması halinde söz konusu olabilmektedir Fakat haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde, bu bent hükmü uygulanmaz” denilmiştir.¹⁴²

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

¹³⁸ Akbulut, İlhan; Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2006, s.11.

¹³⁹ Akbulut, s.16.

¹⁴⁰ CGK, 18.02.1991, E.1, K.41; 11.03.1991, E.233, K.264.

¹⁴¹ Akbulut, s.21.

¹⁴² Çam, s.78.

saiki ile insan öldürme suçunda, “saik” kötü bir anlayışın tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu suçun kesin olarak oluştuğu neticesine varabilmek, saikin doğru olarak belirlenmesi gerekmektedir. Yapılacak araştırmada kan gütme saikinin bulunup bulunmadığı irdelenecektir. Kan gütme saiki, fiilin sadece kan gütme, öldürülenin öcünü alma, bir görevin yerine getirilmesi bilinci ve niyetiyle işlenmesidir.

Kan gütme saikinde görev bilinci vardır. Fail şiddet hareketlerine intikam almak, misli ile ona karşılıkta bulunmak, bağlı olduğu topluluk veya grup için zaferler kazanmak ve kendine göre, onurunu kurtarmak amaçları ile başlamaktadır.¹⁴³

Failin kan gütme saikiyle hareket ettiğini kabul edebilmek için, önceki öldürme fiilinin etkisi altındayken bundan doğan intikam duygusuyla hareket etmemesi, fiilini, önceki öldürmeden kaynaklanan acı ve elemin etkisi altında gerçekleştirmemiş olması gerekmektedir. Kan gütme saikiyle öldürme, failin, ilk öldürme hareketinin doğurduğu kızgınlıktan doğan intikam duygusunun geçmesinden sonra, her türlü kızgınlık ve acı, öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme kastı ve bilinci ile fiili işlemiş olması söz konusudur.¹⁴⁴

Kanun koyucunun kan gütmeyi ağırlaştırıcı sebep saymasının ana nedeni, sosyolojik bir vakıa olan ve belli topluluklarda meşru olarak görülen kan gütme olaylarıyla mücadele etmek isteğidir. Yargıtay’ın anlayışına göre de, “Kan gütme nedeniyle adam öldürme fiilini basit öldürme suçlarından farklı kılan durum, ilkinde olan acı ve öfke duygusunun değil, intikam alma şeklinde oluşan, ahlaka aykırı düşüncenin etkili oluşudur.”¹⁴⁵

Bir insan öldürme fiilinin kan gütme saikiyle işlendiğinin kabul edilebilmesi için bazı şartların varlığı gereklidir. Kan gütme saiki ile kasten insan öldürme suçunun mağduru, önceki öldürme suçunun failinin akrabası, yakını ya da mensup olduğu gruptan kişilerdir. Yargıtay, öldürenin öldürülmesi halinde kan gütmenin söz konusu olmadığını kabul etmektedir. Bunun sebebi önceki öldürme olayının failinin “haksız fiil” olduğu şüphesiz olan cinayet şeklinde bir fiilde bulunmuş olması

¹⁴³ Akbulut, s.16.

¹⁴⁴ Meran, Necati; Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.72.

¹⁴⁵ Polat, Ahmet Zeki; Adam Öldürme Suçları, 1. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, s.118.

sebebiyle bu kişinin öldürülmesi şeklindeki karşı fiilin tahrik altında işlenmiş olmasıdır.

Yargıtay 1. CD'nin 2006 tarihli bir kararında¹⁴⁶ “*Maktûlün 1991 yılında sanıkların babası Abdullah'ı öldürdüğü dosya kapsamından anlaşılma, dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarına göre öldürenin öldürülmesi halinde kan gütme saikinın geçerli olmayacağı düşünülmeden sanık Mehmet Salih'in tasarlayarak tahrik altında insan öldürme, sanık Hüseyin'in de tahrik altında tasarlayarak insan öldürmeye yardım suçlarından mahkûmiyetleri ile karar vermesi*” gerektiği kabul edilmiştir.

Kan gütme saikinın haksız tahrikle bağdaşıp bağdaşmayacağı doktrinde tartışmalı bir durumdur. Gerçekten haksız tahrik kanuni bir hafifletici sebep olmasına karşılık, kan gütme saiki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kanunda düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, intikam duygusunun yatıştırılması bu tür olayların niteliği olarak kabul edilmekte, ancak psikolojik gerçek göz önüne alınırsa kabul edilmeli ki, her öç alma duygusunun özünde tahrik mevcuttur. Bu nedenle kan gütme saiki ile öldürme olaylarında da diğer koşulları gerçekleştiği takdirde haksız tahrik indirimi yapılabileceği kabul görmelidir.¹⁴⁷

Diğer bir görüşe göre ise, kan gütme saiki ile hareket edildiği durumlarda, fail, kasten öldürme fiilini işlerken içinde bulunduğu grupta ya da alt kültürde egemen olan bir görevi ifa ettiği bilinci ve iradesi ile ölen kişinin kanına karşılık olmak üzere ve onun öcünü alma motivasyonu ile fiilini gerçekleştirmektedir. Türk Ceza Kanunu 29. maddesinde de bir kimsenin haksız bir fiil sonucu kapıldığı hiddet veya elemin etkisiyle suç işlemesi söz konusudur. Bu bağlamda, aynı psikolojik duygu ya da saik, hem daha ağır cezayı hem de daha hafif cezayı gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğin den; kan gütme düşüncesiyle işlenen kasten insan öldürme fiillerinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.¹⁴⁸

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin (j) bendindeki düzenlemeyle bir yakını öldürülen failin kapıldığı üzüntüye, kan gütme saiki mevcut ise hukuki

¹⁴⁶ Yargıtay 1. CD'nin 29.11.2006 tarih ve 1375/5321 E. K sayılı kararı.

¹⁴⁷ Başar, Nur; “Türk Ceza Hukukunda Tahrik”, Adalet Dergisi, Y.71, S.4, Ankara 1980, s.353-363.

¹⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.510-511.

değerler tanımamış ve failin öç alma durumu indirim sebebi olarak görülmemiştir.

Burada altı çizilmesi gereken husus kan gütme saikında kanunun maruz görmediği “intikam” hissi faili suça sürüklemiştir ve bu hal haksız tahriki oluşturan üzüntü ve elemden farklıdır.¹⁴⁹Bu konuda farklı bir yaklaşım getiren Otacı kan gütme saikı ile işlenen öldürme suçlarında haksız tahrikin var olup olmayacağı konusunda; kan gütme saikı ile insan kasten öldürmede haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı, mağdurun kim olduğu ile yakından ilgili bir durum olduğunu ifade etmektedir.

Suçun mağduru, önceki öldürme fiilinin faili ise,-Yargıtay her ne kadar bu ihtimalde suçun kan gütme saikı ile yapılmadığı görüşünde ise de- suçun kan gütme saikı ile yapıldığının kabulüne ve fail hakkında haksız tahrik indirimi uygulamaya kanuni bir engel bulunmamaktadır. Aynı nedenin cezanın hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici sebebi olmayacağı doğrudur. Fakat bu suç türünde sanığa, saiki nedeniyle daha büyük bir ceza öngörülmektedir. Failin, ilk suçun fiilinden gelen haksızlığa uğradığı da açıktır. Bu durumda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmek, sanığı, maruz bırakılan haksızlık nedeniyle işlediği suç için iki defa cezalandırmak gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu gibi hallerde sorunun, biraz da suç tipinden kaynaklandığını ifade etmek gerekir.

Bunun haricinde, kan gütme saikıyla kasten insan öldürme suçunda fail, devletin cezalandırma hakkına müdahale ederek, kamu otoritesini sarsacak bir şekilde yeni bir suç işlemektedir.

Önceki öldürmeye mukabil yeni bir öldürme fiilinde bulunması, cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesidir. Suçun failinin, haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağını ileri sürmek, haksızlığa uğramış olmayı suç tipinin unsuru haline getirecektir. Kan gütme saikını doğuran ve kendisi de başka bir saik olup kan gütme saikının zeminini oluşturan haksızlığa maruz kalmak, aynı saik ya da aynı neden de sayılmaz.¹⁵⁰

Mağdur, önceki öldürme fiilinin failinin yakın akrabası, mensup olduğu aile,

¹⁴⁹ Aydın, s.244.

¹⁵⁰ Otacı, Cengiz; “Kan Gütme Saikı ile Kastan İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.3, S.18, Ankara 2008, s.132-138.

aşiret ise, mağdurun kendisinden kaynaklanan faile yönelik haksız bir fiil olmadığı için tahrik indirimi de uygulamak mümkün olmayacaktır.

Haksız tahrikin uygulanabilir olduğunu savunan yazarların, suçun mağdurunun, önceki öldürme fiilinin faili olabileceğini kabul ettiği sonucunu çıkarmak mümkündür.¹⁵¹

Uygulamada çoğunlukla mağdurdan kaynaklı hakaret etme, tehdit etme vb. gibi tahrik teşkil edebilecek durumlar ortaya çıktığında suç vasfının değişmesi durumu söz konusu olmakta veya önceki olayın yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisinin devam ettiği kabulüyle kan gütme saikinden ziyade haksız tahrik söz konusu olabilmekte.

Yargıtay'ın bu konuda içtihat değiştirdiğini görüyoruz. eski tarihli içtihatlarında “*Kan gütme saikiyle işlenmiş suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanmasına mani bir halin bulunmadığına*” karar vermiştir.¹⁵²

Örneğin bir kararında “*mağdurun olaydan dört ay gibi kısa bir süre önce önemsiz bir sebeple maznunun babası Ali’yi öldürdüğü ve bununla ilgili duruşmasının devam etmekte olduğu anlaşılmıştır. Maznunun babasının öldürülmesinden dolayı gazap ve elem duyduğu aşikâr bulunmuş, bu gazap ve elemin ortadan kalkması veya hafiflemesi için aradan yeterli bir zaman geçmemiş, suçun kan gütme saikiyle işlenmiş olmasına karşılık suçlunun öldürülmesinden dolayı 51. maddenin uygulanmasına da bir engel bulunmamış olduğunu*” vurgulamıştır.¹⁵³

Ancak Yargıtay, bu görüşünü daha sonra değiştirerek içtihatlarında; “*Cezayı hafifletici bir saik mevcutsa, kan gütme saikinin geçerliliğinin kalkacağına*¹⁵⁴”, “*kan gütme saikiyle işlenen öldürme suçunda haksız tahrik hükmünün uygulanmasının yasaya aykırı olduğuna*¹⁵⁵”, “*töre ve namus saikiyle işlenen öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar için uygulanamayacağı düşünülmeden tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayinine*” ilişkin kararlar da vermiştir.

¹⁵¹ Otacı, s.133.

¹⁵² Başar, s.353-365.

¹⁵³ Yargıtay 1. CD.’nin 20.11.1959 tarih ve 1085/3318 E. K. sayılı kararı.

¹⁵⁴ Yargıtay 1. CD.’nin 21.05.2001 tarih ve 1059/2220 E.K. sayılı kararı.

¹⁵⁵ Yargıtay 1. CD.’nin 27.12.1978 tarih ve 4119/4714 E.K. sayılı kararı.

Yargıtay bunun nedenlerini şu gerekçelerle açıklamaktadır: Yasada tanımlanmış olmakla birlikte CGK'nın duraksamasız uygulamalarına göre failde kan gütme saikinin varlığını kabul edebilmek için evvelce taraflar arasında bir insan öldürme olayının var olması, ilk olay ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir sürenin geçmiş olması, bu süre içerisinde failin ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, öfke ve öfkeden arınarak bir görevi yerine getirme bilinciyle hareket edip adam öldürmesi” koşullarının bir arada olması gerekir. Bu nedenle kan gütme saikinin varlığını kabul edebilmek için olayda bu saikin olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak kan gütme saikinin etkisi ile fiilin işlendiği kesin olarak saptanması durumunda Türk Ceza Kanununun 450/10. bend uygulanmalıdır.¹⁵⁶

5- Haksız Tahrik İle Töre Saiki İlişkisi

Töre saikiyle adam öldürme suçu, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir fakat 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yeni bir hükümlerle kasten öldürme suçunun töre saikiyle işlenmesi durumunda failin cezasının arttırılması öngörülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 82 (k) bendinde yer alan bu hükme göre, töre saikiyle adam öldürme suçuna verilen ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Öncelikle yeni bir hüküm olması dolayısıyla töre cinayeti kavramına değinmekte yarar bulunmaktadır.

Töre, bir toplulukta kabul görmüş, yerleşmiş davranış ve yaşama şekillerinin, kurallarının tamamı şeklinde ifade edebiliriz. Diğer bir anlatımla töre, insanların yaşama biçimlerini düzenleyen, çok uzun bir zamandan beri kökleşmiş bulunan değişmez davranış kuralları bütünüdür.¹⁵⁷ Sosyolojik anlamıyla, kuşaktan kuşağa aktarılan, toplumun üyeleri arasında güçlü bir bağ yaratan alışkanlıklar, kültürel aktarımlar, bilgi, adet ve davranışlardır.¹⁵⁸

Namus cinayeti de denilen “töre saiki ile insan öldürme”, kız çocuklarının veya kadınların, ailenin veya bulunduğu toplumsal grubun törelerinin veya egemen olan geleneklerin belirlediği namus anlayışını ihlal ettiği, dolayısıyla aile şerefini ve haysiyetini lekelediği, erkeğe veya aileye utanç kaynağı olduğu sebebiyle, aile

¹⁵⁶ Yargıtay 1. CD.'nin 05.03.1990 tarih ve 1-28/45 E.K. sayılı kararı (Duran, s.221).

¹⁵⁷ Akbaba, Zeynep Burcu; “Töre Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.21, S.75, Ankara 2008, s.333.

¹⁵⁸ İskender, Salih Zeki; “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, Y.35, S.127, Ankara 2009, s.60.

meclisinde alınan kararlar veya erkeğin kişisel kararıyla öldürülmesi durumudur.¹⁵⁹

Töre cinayetlerinin tek nedeni bekâret olmayıp, esas itibarıyla geleneklerin kadınlar ve kızlar için koyduğu kurallara aykırı şekilde hareket edilmesidir. Bununla beraber kadının bu kurallara uymayacağını beyan etmesi dahi bazen bu tür cinayetlerin işlenmesine neden olabilmektedir.¹⁶⁰

Namus cinayetlerinin ortak özelliklerine bakıldığında; *Kadının bir erkekle yaşadığı ailenin onaylamadığı bir ilişki veyahut mağduru olduğu bir cinsel anlamda saldırı, toplum ve çevre baskısı, törelerin veya namusun getirdiği bir zorunluluk, ailenin ya da erkeğin, kendinde; kadını yönetme hakkı görmesi ve kadının kirlenmiş bir mal gibi görülmesi, bu cinayetin işlenmesi ve utancın kaynağını ortadan kaldırmakla namus ve şerefın temizleneceğine olan inancı kadının öldürülmesiyle failin, çevrede ve toplumda saygınlık kazanacağı düşüncesi,*¹⁶¹ gibi hususların öne çıktığı görülmektedir.

Bu anlatılanlar dairesinde namus birimi, kadın bedeni ile cinsellik odaklı olarak algılanmaktadır, bu algılama da töre nedeniyle işlenen cinayetlere belki de altyapı oluşturmaktadır. Diğer taraftan kişinin çevresinin baskısı altında kalması ve aslında toplumun suçlu görünmesi yönündeki görüşler kişinin işlediği suçun hafife alınmasına ortam hazırlamaktadır.¹⁶²

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82.maddesinin (k) bendinde düzenlenmiş bulunan; töre saikiyle öldürme suçunda "saik" suçun unsuru olarak kabul edildiğinden bu suç açısından özel kast aranmaktadır.¹⁶³ Töre saiki, öldürme suçunun bir unsuru olarak ceza hukuku uygulaması açısından sosyolojik ve folklorik terim olmaktan öte hukuki bir anlam taşımasına rağmen, yasada içeriği belirlenip tanımlanmamıştır.¹⁶⁴

Töre saikiyle öldürme fiilleri bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanıp

¹⁵⁹ Yirmibeşoğlu, Vildan; Toprağa Düşen Sevdalar, Mega Basım, İstanbul 2007, s.74.

¹⁶⁰ Akbaba, s.337-338.

¹⁶¹ Yirmibeşoğlu, s.50.

¹⁶² Akbaba, s.339.

¹⁶³ Akbaba, s.342.

¹⁶⁴ İskender, Salih Zeki; "Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi", Yargıtay Dergisi, Y.35, S.127, Ankara 2009, s.7.

uygulanamayacağı tartışmalı bir durumdur. Türk Ceza Kanunumuzun 29. maddesi haksız bir tahrikin meydana getirdiği- formülünü kullanmıştır. Kanunun gerekçesinde de bu, öfke ya da ağır bir üzüntünün haksız bir fiil neticesinde meydana gelmesi gerekmektedir. Bu maddeye ibarenin eklenmesinin nedeni, ülkemizde özellikle töre - namus cinayeti olarak bilinen akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik düzenlemesinin yanlış olarak kullanılmasının önüne geçme amacıdır.

Fakat bu gerekçe yerinde değildir. Çünkü eski düzenlemeden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Kaldı ki kasten insan öldürme suçu, töre saikiyle işlenirse artık nitelikli insan öldürme olarak kabul edilmiştir. Aynı sebep hem haksız tahrikte indirim sebebi hem de inan öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilemeyeceğinden artık fail haksız tahrik indiriminden faydalanamayacaktır.

Öte yandan, görev bilinci olmaksızın diğer bir deyişle töre saikinden söz edilemeyen hallerde haksız fiilden meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle suç işleyen fail haksız tahrik indiriminden faydalanabilecektir. Örneğin; görev bilinci olmadan; kendisini aldatan eşini hiddete kapılarak öldüren fail haksız tahrik indiriminden yararlanır.¹⁶⁵

Töre saikiyle öldürme olaylarında haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir husustur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi "haksız bir tahrikin meydana getirdiği" formülünü kullanmıştır. Kanunun (29. maddenin) gerekçesinde de "*Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin sebebi, ülkemizde özellikle "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.*" şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

Fakat bu gerekçe yerinde değildir. Çünkü eski düzenlemeden de aynı sonuca ulaşmak mümkün olacaktır. Töre saikiyle insan öldürme olaylarında çoğu zaman (örneğin, mağdurun ırzına geçilmiş olma durumu gibi) mağdurdan kaynaklanan bir haksız fiil bulunmaz.

Kaldı ki kasten öldürme suçu, töre saikiyle işlenirse artık nitelikli insan

¹⁶⁵ Özbek, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.383.

öldürme olarak kabul edilmiştir. Aynı sebep hem haksız tahrikte indirim sebebi hem de insan öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilemeyeceğinden artık fail haksız tahrik indiriminden faydalanamayacaktır.

Ancak, görev bilinci olmaksızın işlenen cinayetlerde diğer bir anlatımla; töre saikinden söz edilemeyen hallerde haksız fiilden meydana gelen şiddetli elem üzüntü ve kederin etkisiyle suçu işleyen fail haksız tahrik indiriminden yararlanır ve cezası azaltılır. Örneğin; kendisini aldatan eşini hiddete kapılarak (görev bilinci olmaksızın) öldüren fail; haksız tahrik indiriminden yararlanır.¹⁶⁶ Sadakat yükümüyle bağdaşmayan hareketlerinin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemnin tesiri altında işlenen öldürme olayının töre saikiyle olduğu kabul edilemez.¹⁶⁷

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin gerekçesinde, "*Töre saikiyle öldürme suçuna ilişkin nitelikli halin uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekir*" şeklinde bir açıklama yer almaktadır. Bu açıklamadan çıkartılması gereken netice, "namus cinayetleri" kapsamında değerlendirilebilecek suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması tamamı ile yasaklanmamış, tersine, haksız tahrikin mevcut olduğu öldürme suçlarında bu nitelikli halin uygulanamayacağı söylenmek istenmiştir.¹⁶⁸

Eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 462. maddesinde "zina veya gayri meşru cinsel ilişki sırasında adam öldürme yahut müessir fiil" suçlarında mağdurların cezasını belli bir oranda indirilmesini düzenleyen "özel bir haksız tahrik hali" bulunmaktaydı. Bu madde cezanın genel tahrik hükmüne nazaran daha fazla indirilmesi sebebiyle eleştirilmekteydi. Bu maddede geçen "gayri meşru cinsel ilişki" ifadesinin hukuki bir tanımının mevcut olmaması ve belirsizliği nedeniyle kadın ve erkeğin zinasını belirleyen hükümler, AYM hükmü ile iptal edilmiştir. Daha sonra da bu hüküm, 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı Kanunun 19.07.2003 tarih ve 25173 nolu Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla yürürlükten de kaldırılmıştır. Zina veya hukuka aykırı cinsel ilişki nedeniyle işlenen suçlarda failerin haksız tahrik hükmünden istifade etmesi hali, uygulama ve öğretide kabul edilen bir durumdur.

¹⁶⁶ Özbek, s.383.

¹⁶⁷ Günay, Haksız Tahrik, s.76.

¹⁶⁸ İskender, s.36.

Şartların mevcudiyeti halinde genel haksız tahrik hükmü olan 29. maddenin uygulanabileceği de dikkate alınırsa yeni Türk Ceza Kanununda zina veya gayri meşru cinsel ilişki esnasında yakalamaya ilişkin bu “özel haksız tahrik” haline yer verilmemiş olması isabetli bir karardır; ancak zina; tahriki meydana getirebileceğinden, bu durumu, namus saiki ile işlenen adam öldürmeye sebep olan fiillerden ayrı düşünmek gerekmektedir. Cinsel ilişki hukuka aykırı değilse dolayısıyla haksız tahrik oluşturmaz çünkü haksız tahrik için gerek hukuka aykırı bir fiil meydana gelmemiştir. Örneğin, boşanmış bir kadının başka bir erkekle beraber aynı evde kalması halinde eski eşinin kadını yaralaması ya da öldürmesi halinde haksız tahrik kurumu uygulama alanı bulamayacaktır.

Ancak evlilik birliği devam ederken kadın, kocasını başka bir kadınla cinsel ilişki anında görüp kapıldığı hiddetin etkisiyle eşini öldürürse bu halde haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi mümkündür.¹⁶⁹.

Töre saiki ile adam öldürme fiillerinde, tarafların gayri meşru ilişkisinin akrabalar açısından haksız fiil teşkil edip etmediği konusuna gelince; Gelenek ve görenek gereği ailede bir kadının gayri meşru ilişkisinin bütün aile bireyleri açısından haksız tahrik oluşturacağı, çünkü kadının namusundan geniş anlamda bütün ailenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

Bu tarz bir örf ve adet, namus cinayetlerinin artmasına sebebiyet vermekte, kanun koyucu ve uygulayıcı da bu örf ve âdeti desteklercesine böyle bir düşünceyi yasal indirim nedeni olarak kabul etmektedir. Belirtilen örf ve âdete rağmen, Türk mevzuatında “evlilik dışı cinsel ilişki” olarak da nitelendirilebilecek gayri meşru ilişkiyi yasak eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca Medeni Kanun eşler arasında sadakat yükümlülüğü getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında evlilik dışı ilişkinin eşler dışında diğer akrabalar açısından haksız bir fiil ve bir tahrik nedeni olarak kabul edilmemesi gerekecektir.

Sadakat yükümlülüğü bulunmayan bir kimsenin cinsel ilişkisi ahlaki veya geleneksel açıdan tartışılabilirse de, yasal açıdan ailenin diğer fertleri için bir haksızlık teşkil ettiği ve haksız tahrik oluşturduğu kabul edilemeyecektir. Bu sebeple mağdurun fiili hukuka aykırılık teşkil etmemesine rağmen fail bu fiilden dolayı

¹⁶⁹ Aydın, s.246-247.

hiddet ve şiddetli elem içine düşmüşse, bu durumun kanunun uygulanması bakımından da göz önüne alınmaması ve haksız bir fiil olarak kabul edilmemesi gerekir.¹⁷⁰

Töre saikinden bahsedebilmek için olaya sebep olan önceki hadise ölümle sonuçlanmalı, fail önceki suç faili ve onun mensup olduğu grup veyahut aileden birisini öç alma duygusuyla ve görev alma bilinciyle öldürmelidir.

Diğer bir ifadeyle; fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü kızgınlık, öfke ve acıda arınarak geleneklerinin etkisiyle ve münhasıran bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir.¹⁷¹ Öğretide belirtilen bu görüşler Yargıtay Kararlarında da vurgulanmaktadır: “*Maktüle R'nin olaydan 8-10 yıl önce firari sanık H'nin zorla ırzına geçilmesinden mütevellit töre gereği öldürüldüğü olayda maktülden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan bir hareketin söz konusu olmadığına gözetilmemesi ...*” (Yargıtay 1.CD'nin 146/766 E. K. sayılı kararı).

Konuyu özetleyecek olursak, töre saiki ile öldürme suçu Türk Ceza Kanununa yeni girmiş bir düzenleme olup, “töre” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde ve uygulamada tam bir uyum söz konusu değildir. Fakat kesin olan husus, töre saiki ile öldürme suçu işlenmişse haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağıdır. Yine tartışma konusu olmayan bir başka nokta ise töre saiki ile öldürmelerde, haksız tahrik indiriminin bir suçun mağduruna yönelik gerçekleştirilen fiiller sebebiyle faile uygulanamayacağı hususudur. Bu gibi ve buna benzer diğer suçlarda da uygulanıp uygulanmama durumuna göre kanunda daha geniş yer bulması, uygulamadaki karışıklığı büyük ölçüde çözecektir.

6- Haksız Tahrik İle Akıl Hastalığı İlişkisi

Akıl hastalığına ilişkin düzenleme Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesindedir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun bu maddesinde' Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Fakat bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

¹⁷⁰ Nuhoğlu, Ayşe; “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.3, S.1-2, İstanbul 2004, s.205-213.

¹⁷¹ Günay, Haksız Tahrik, s.76.

Eğer; işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verileceği; Diğer hâllerde ise verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir”¹⁷² şeklinde hükme bağlanmıştır.

Temel olarak Akıl hastalığı, bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Akıl hastalığı, kişinin isteme ve anlama yeteneğini etkileyen psikolojik bozukluklarıdır. Bu sebeple; akıl hastalığı, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu durum failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Akıl hastalığı sebebiyle, işlediği fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak hareketlerini yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış olan kişiye Türk Ceza Kanunu’nun 32. maddeye göre ceza verilmez, ancak hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.¹⁷³ Dolayısıyla, akıl sağlığı yerinde olmayan bir kişinin fiiline karşı ceza verilmesi mümkün olmadığından bu durumda haksız tahrik hükümleri de uygulama alanı bulmaz.

Haksız tahrik kısmi akıl hastalığıyla bağdaşabilir. Hatta fail akıl hastası olduğu için kolaylıkla öfkelenip tahrik olabilmektedir. Kısmi akıl hastasına ise kanunumuz indirimli de olsa bir miktar ceza vermiştir. Bu durumda akıl hastalığı dolayısıyla cezası indirilen failin cezası bir de haksız tahrik nedeniyle indirilecektir. Mesela bir grup çocuğun bir akıl hastasıyla ona deli diyerek dalga geçmesine tepki gösteren hastanın çocuklardan birini yaralamasında olduğu gibi.¹⁷⁴

Haksız tahrikle kısmi akıl hastalığının bir arada bulunabilmesinin nedeni, her ikisinin hukuki temelinin birbirinden bağımsız ve gerçek birer temeli olduğu için, böyle bir durumda “aynı halden dolayı, iki defa ceza indirilmesi yasağı” ihlal edilmiş olmaz.¹⁷⁵

Yukarıda bahsedildiği gibi, tahriki teşkil eden fiil, failin şuur veya hareketinin

¹⁷² 5237 Sayılı TCK (2004), m.32.

¹⁷³ Ercan, İsmail; “Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler”, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2007, s.242.

¹⁷⁴ Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.462.

¹⁷⁵ Demirbaş, s.403.

serbestisini önemli derecede kaldıracak bir ruhi karışıklığa neden olmuşsa, artık haksız tahrikten değil, geçici yani arızı nedenden söz edilecektir. Böyle bir durumda, ruhi karışıklığın şiddetine göre, kısmi isnat yeteneği veya isnat yeteneğinin tamamen kalkması da söz konusu olabilir. Sonuç olarak bu gibi durumlarda TCK m.34/1 hükmü uygulanacaktır.¹⁷⁶

Fail, kısmi akıl hastalığından dolayı tahrik edildiği zannına kapılarak suç işlerse, heyecan durumu haksız tahrikten değil, failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş bulunduğundan, haksız tahrikin kısmi akıl hastalığıyla bir arada bulunmasından söz edilemez Ayrıca; fail hakkında sadece kısmi akıl hastalığına ilişkin hüküm uygulanır. Bunun yanında aynı şekilde; sarhoşlukta da, haksız tahrikin objektif şartları varsa, haksız tahrik hükmü uygulanır. Ancak, failin sırf sarhoş olması nedeniyle tahrik edildiği duygusuna kapılması halinde haksız tahrik hükümleri uygulanmaz. Mesela failin kendisine selam vereni, sarhoşluğu sebebiyle hakaret ettiğini zannederek öldürmesi gibi.¹⁷⁷

7- Haksız Tahrik İle Yaş Küçüklüğü İlişkisi

Yaş küçüklüğü Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde yer almaktadır. Bu madde incelendiğinde çocukların hukuki konumları üç kategori altında düzenlenmiştir. Bunların cezai sorumluluğun bulunmadığı 0-12 yaş, cezai sorumluluğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ya da davranışlarını yönlendirme kabiliyetinin gelişip gelişmemesine göre belirlendiği, 12-15 yaş ve cezai sorumluluğun bulunduğu 15-18 yaş dönemleridir.

Birinci dönem olan 0-12 yaş dönemine göre; suçu işlediği anda 12 yaşını doldurmamış olan çocukların kusur yeteneği yok farz edilmektedir ve bu dönemde ceza verilmesi söz konusu olmaz. Yalnızca çocuklara has olan güvenlik tedbirleri uygulanabilir. (TCK m.31/1). Bu yaştaki çocuklar hakkında soruşturma yapılabilirse de kovuşturma (dava açma) söz konusu olamaz.¹⁷⁸

Bunlar hakkında kamu davası açılmasının mümkün olmaması nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir.¹⁷⁹ Uygulamada

¹⁷⁶ Demirbaş, s.403.

¹⁷⁷ Demirbaş, s.403.

¹⁷⁸ Ercan, s.238.

¹⁷⁹ Yavuz, s.465.

C.savcılarını tarafından bu duruma dikkat edilmesi gerektiğini belirtmekte fayda vardır.

İkinci dönem olan 12-15 yaş dönemine göre yapılan ayırmda; bu yaştaki çocukların ceza sorumlulukları, işledikleri suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamamış olması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ise yeterince gelişmemiş olması halinde yoktur. (TCK. m.31/2). Bu kişiler hakkında da 0-12 yaş döneminde olduğu gibi çocuklara uygulanan güvenlik tedbirleri uygulanacaktır¹⁸⁰ Bunlar hakkında da kamu davası açılrsa bile ceza verilemeyeceğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir. İkinci dönem yani 12-15 yaş arasında bulunan çocukların, işledikleri suçun hukuki anlamını ve sonuçlarını algılayabilmesi ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin belirli şekilde gelişmiş olması durumunda, bu kişiler hakkında ceza verilir ancak belli oranda indirim yapılır. Bu durumda, ceza belirlenirken haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.¹⁸¹

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, ikinci dönem olan 12-15 yaş döneminde yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı hususunda; hâkimce belli esaslara göre belirlenir. Buna göre yukarıda bahsedilen yeteneklerin, yani işledikleri suçun sonuçlarını algılayabilip algılayamama özelliklerinin bulunup bulunmamasına göre, ceza sorumluluğu bulunan küçüğe verilen cezada tahrik hükümleri uygulanacaktır. Aksi halde ceza sorumluluğu bulunmayan küçüğe(Ceza hukukunda) verilecek cezada tahrik hükümleri uygulanamaz.¹⁸² Üçüncü dönem olan 15-18 yaş dönemine göre, fiilini işlediği sırada 15 yaşını bitirip de 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklar hakkında, 12- 15 yaş dönemi için araştırılan “anlama- algılama-yönlendirme” hususları ceza sorumlulukları yetişkinler gibi var kabul edildiğinden inceleme yapılmaz.

Sonuç olarak bu dönemde bulunan çocukların ceza sorumlulukları yetişkinlerle aynı kabul edildiğinden, işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle haklarında dava açılır ve suçu işledikleri anlaşılırsa cezalandırılırlar. Ancak ceza verilirse indirim yapılır.¹⁸³ Burada çocuğun cezai sorumluluğu büyüklerinkinden farklı olmadığından haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

¹⁸⁰ Malkoç, s.97.

¹⁸¹ Çam, s.87.

¹⁸² Çam, s.87.

¹⁸³ Ercan, s.239.

8- Haksız Tahrik İle Takdiri İndirim Nedenleri İlişkisi

Haksız tahrik ve takdiri indirim durumları ceza yasamızda olan iki hafifletici nedendir. Haksız tahrik kurumu takdiri indirim nedenlerinden farklı olarak hâkimin kesinlikle indirim uygulaması gereken bir kurumdur. Bunun için olayda haksız tahrikin oluştuğunun ispatı yeterlidir, hâkim haksız tahrik indirimi uygularken bunun oranını belirlerken takdir hakkına sahiptir

Buna karşın 62. maddede yer alan takdiri indirim sebebi, sanığın suç işledikten sonraki hareketleri, şahsi nitelikleri gibi hususların göz önüne alınarak cezanın kişileştirilmesini hedefleyen bir kurumdur.¹⁸⁴Yargıtay 765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında takdiri hafifletici nedene ilişkin hükmünde, “Bir yandan cezadan daha fazla adaleti, öte yandan da cezanın hem suça hem de suçlunun kişiliğine uygunluğunu sağlamak amacı ile” kabul edildiğini belirtmiştir.¹⁸⁵

Görüldüğü üzere Türk Ceza Kanununda takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği sınırlı olmak üzere örnekler şeklinde sayılmıştır. Bunlar maddenin 2. fıkrasında “Failin sosyal ilişkileri, geçmişi, yargılama esnasındaki ve fiilden sonraki davranışları, cezanın; failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar” olarak saptanmıştır. Bu sebepler, hükümet tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişse de; yapılan değişiklikle mükerrer değerlendirme yasağı nedeniyle bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği şeklinde kabul edilmiştir.¹⁸⁶

Ceza yasamızda yer alan iki genel hafifletici sebep vardır. Bunlar haksız tahrik ve takdiri indirim nedenidir. Türk Ceza Kanunu’nun m.29’da yer alan “kanuni indirim nedeni” şeklinde de ifade edilen haksız tahrik kurumu; suça tesir eden, failin suç işleme yönündeki ruhsal durumuna tesir eden ve meydana geldiğinde cezanın hafifletilmesi sonucuna sebep olan bir indirim nedenidir. Meydana gelen olayda haksız tahrikin olduğu kesin olarak ispatlanırsa hâkim cezada indirim yapmak mecburiyetindedir. Oysa 62. maddede yer alan takdiri indirim nedeni, sanığın suçtan sonraki davranışları, kişilik ile ilgili özelliği, sanığın geçmişi, sosyal özellikleri göz

¹⁸⁴ Aydın, Haksız Tahrik, s.242.

¹⁸⁵ Yargıtay 1. C.D.’nin 07.04.1970 gün ve 2585/1145 sayılı kararı.

¹⁸⁶ Özgenç, Gazi Şerhi, s.151.

önüne alınarak cezanın şahsileştirilmesini hedefleyen bir kurumdur.

9- Haksız Tahrik İle İştirak İlişkisi

Suç bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, birden çok kişi tarafından da hep birlikte gerçekleştirilebilir. Bir tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir suçta birden çok kişi birlikte gerçekleştirdiğinde ise suça iştirak söz konusudur.¹⁸⁷

Tahriki, özellikle kışkırtma olarak ifade edildiğinde- iştirak ve iştirak şekillerinden olan teşvik ve azmettirme ile karıştırmamak gerekir. İştirak önceden suçun faili ile anlaşmayı gerektirir.

Azmettirmek; suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsenin iradesi üzerinde müessir olarak ona belirli bir suçta işlemeye karar verdirmek şeklinde tanımlanabilir.

Teşvik de aynı şekilde bir kimsede suç işleme fikrini kuvvetlendirmektir. Hâlbuki bir mazeret sebebi olan tahrikin, kendisine karşı haksız bir fiil işlenmek suretiyle bir kimseyi suç işlemeye yönlendirme söz konusudur.¹⁸⁸

Tahrik kişisel bir durumdur yani bir kişiyi tahrik eden bir olay başkasında bir etki yaratmayabilir. Bu sebeple de, iştirak halinde işlenen suçlarda, tahrik kurumundan sadece haksız tahrike uğrayan kişi yararlanabilir diğerleri için bu durum hafifletici bir sebep olarak görülemez.

Fakat tahrik suçu işleyen tüm ortaklara yönelik ise, sözgelimi mağdur tarafından faillerin suç ortaklarının hepsine küfür edilmişse, buna maruz kalan tüm suç ortakları haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır.

Tahrik hükmünün, suça iştirak eden faillere doğrudan sirayeti söz konusu olmamasına rağmen; suça iştirak edenlerin, suçu gerçekleştiren faille aynı safta olaya katılmış bulunmaları, doğrudan fail için geçerli olan tahrik nedeninin suça azmettiren, dolaylı fail veya yardım eden konumunda katılan diğer kişiler yönünden de geçerli bulunması yani onları suç işlemeye iten haksız fiilin aynı olması durumunda tahrik hükmü suça iştirak eden faillere sirayet edecektir.

Sonuç olarak, olayda iştirakçilerden her biri ayrı ayrı tahrik edilmiş veyahut yapılan bir hareket iştirakçilerin hepsini tahrik etmişse, suç ortaklarının her biri

¹⁸⁷ Ayık, "Tahrik", s.103-104.

¹⁸⁸ Ayık, s.103.

haksız tahrik hükümlerinden yararlanır.¹⁸⁹

Böyle bir durumda cezanın indirilmesinin sebebi haksız fiilin bir ortaktan diğerine sirayeti etmiş olması değil, ortaklar hakkında haksız tahrikin ayrı ayrı kabul edilmiş olmasıdır.

Bundan dolayıdır ki “bir suça iştirak edenlerden biri hakkında haksız tahriki kabul, diğerleri hakkında reddeden hüküm tezat teşkil eden bir hüküm sayılmamalıdır”¹⁹⁰

10- Haksız Tahrik İle Tekerrür İlişkisi

Türk Ceza Kanunu'nun “suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar” başlıklı 58 inci maddesinin birinci fıkrasında; “Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması şartı aranmaz” hükmüne yer verilmiştir.

Tekerrür, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda şahsa bağlı cezayı artırıcı bir neden olarak kabul edilmişken, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda cezayı artıran nedenler arasından çıkartılıp güvenlik tedbiri içine alınmıştır. Güvenlik tedbiri içine alınması, infaz rejimi kurumu olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Tekerrüre ilişkin 58 inci madde incelendiğinde tekerrürün varlığı için üç şartın gerçekleşmesinin arandığı görülecektir. Buna göre, failin daha önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı mahkûm olması şartı, sonra yeni yani ikinci bir suçun işlenmesi şartı ve yeni işlenen bu suçun muayyen bir süre içinde işlenmiş bulunması (süre şartı olarak) gereklidir.

Tekerrür kurumu sanık lehine haksız tahrik hükümlerini uygulanmasına engel olmaz tekerrür ile tahrik hükümlerinin birlikte uygulanması mümkündür.¹⁹¹

B- Değerlendirme

Haksız tahrikin diğer hukuki kurumlarla ilişkisini değerlendirecek olursak; cezayı azaltan sebepler, şahsi veya fiili indirim nedenleri, genel veya özel indirim nedenleri ile kanuni veya takdiri indirim nedenleri olarak gruplandırılabilir. Haksız tahrikin; cezayı kaldıran, azaltan yahut arttıran diğer nedenlerle, içtima ve iştirak gibi

¹⁸⁹ Çam, s.95.

¹⁹⁰ Erem, “Haksız Tahrik”, s.649.

¹⁹¹ Duran, Haksız Tahrik, s.237.

diğer hallerle bir arada uygulanıp uygulanmayacağı meselesini failin cezasında yapılacak indirim bakımından, ayrıca incelenmesinde fayda olduğunu düşüncesindeyiz.

Bu nedenle tezimizde ceza hukukuna konu olan failin cezai sorumluluğunu azaltan zorunluluk, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, takdiri hafifletici sebepler yine failin ceza sorumluluğunu artıran, tasarlama, kan gütme, töre saiki ile suç işlenmesi yine failin ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran meşru müdafaa, ayrıca içtima, iştirak, tekerrür gibi ceza hukuku kurumlarıyla beraber uygulanıp uygulanmadığını değerlendirdik.

Burada özellikle tasarlama için, tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunabilir. Yukarıda açıkladığımız üzere; haksız tahrike neden olan faile ulaşmanın mümkün olmaması durumunda belli bir süre sonra da haksız tahrik uygulanabileceğini belirtmek gereklidir.

V- KARŞILAŞTIRILMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK VE DEĞERLENDİRME

A- Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Tahrik

Haksız tahrikin ceza sorumluluğuna olan etkisi konusunda kanunların üç sistem izledikleri göze çarpmaktadır.¹⁹²

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

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

- Üçüncü sistemde, haksız tahrik sadece adam öldürme ve müessir fiil gibi

¹⁹² İzmir, s.47.

bazı suç tipleri için kabul edilen bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. (Bulgar Ceza Kanunu ile Alman Ceza Kanunu gibi).¹⁹³

1- Alman Hukukunda Haksız Tahrik

Alman Ceza Kanununda haksız tahrik genel bir indirim nedeni sayılmamış, sadece bazı suçlarda kabul edilmiştir. Yani, haksız tahriki düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Fakat bazı özel tahrik halleri düzenlenmiştir. Yasada bir taraftan haksız tahrik halini özel olarak düzenleyen suçlara yer verilmiş, bir taraftan ise haksız tahriki de kapsayan heyecan durumlarının failin kusur yeteneğini etkileyebileceği kabul edilmiştir¹⁹⁴.

Alman Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde belirtildiği üzere; failin iradesini zaafa uğratan genel bir indirim hali düzenlenmiştir. Dolayısıyla haksız tahrik genel olarak düzenlenmemişse de, bu madde gereğince fail tahrik indiriminden yararlanabilir.

Kusur yeteneği açısından bakıldığında, Federal Alman Ceza Yasasında her heyecan durumu dikkate alınmamış, sadece önemli şuur bozukluğuna neden olan, yüksek nitelikte heyecanların failin kusur yeteneğini azaltabileceği, ya da ortadan kaldırılabileceği kabul edilmiştir. Böyle durumlarda failin, yaptığı fiilin hukuka aykırılığını anlayıp buna uygun davranabilme yeteneği azalmış ise, cezası azaltılacak, eğer bu heyecan hali failin anlayabilme veya davranabilme yeteneğini, yani kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırmışsa bu durumda faile ceza verilmeyecektir.

Haksız tahrik düzenlemesi açısından bakıldığında ise, Federal Alman Ceza Kanununda haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak kabul edilmeyip, suç bakımından sınırlandırılarak, sadece haksız tahrik üzerine insan öldürme (m.213), karşılıklı tahkir (m.199) ve karşılıklı işlenen fiillerdeki tahkir (m.233) suçları gibi bazı suçlarda bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir.¹⁹⁵

2- Avusturya Hukukunda Haksız Tahrik

Avusturya ceza kanununun “Özel Hafifletici Sebepler” başlıklı 34.

¹⁹³ İzmir, s.48.

¹⁹⁴ Duran, Haksız Tahrik, s.27.

¹⁹⁵ Duran, s.28.

maddesinde haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye bakıldığında, “fail fiili, normal olmayan bir ruhi durumun etkisi altında işlese” haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Anlaşıldığı üzere, Avusturya Ceza Kanunu, haksız tahriki isnat yeteneğini zayıflatan hale ilişkin genel bir hafifletici sebep olarak düzenlemiştir. Avusturya ceza kanununda da, bu genel düzenleme dışında kasten adam öldürme ve haksız tahrik üzerine sövme veya fiili bir şekilde karşılıklı bulunma gibi bazı özel suçlarda uygulanan özel haksız tahrik hallerine de düzenlemede yer vermiştir¹⁹⁶.

3- İtalyan Hukukunda Haksız Tahrik

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

İtalyan Ceza Kanunu’nun 594 ve 595. maddelerinde hakaret ve sövme suçlarına ilişkin özel haksız tahrik hükmü de düzenlenerek, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeye benzer şekilde bu suçu işleyen taraflardan yalnız birisini veya her ikisini de cezalandırıp cezalandırmama konusunda yargılamayı yapan hâkime takdir hakkı tanımıştır.¹⁹⁷

4- Fransız Hukukunda Haksız Tahrik

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

Yeni Fransız Ceza Kanununda haksız tahrike ilişkin genel ya da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Çağımız modern ceza kanunlarının en iyisi olarak kabul edilen bu kanunda suçlarda sadece yukarı sınırı gösterme metodu uygulanmış, böylelikle somut olayın özelliklerine göre yargılamayı yapan hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır¹⁹⁸. Böyle olunca da tahrike ilişkin bir hükme gerek kalmamaktadır.

¹⁹⁶ Duran, s.30.

¹⁹⁷ Demirbaş, s.71.

¹⁹⁸ Dönmezer, Sulhi/Yenisey, Feridun; Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı,

5- İngiliz Hukukunda Haksız Tahrik

İngiliz Ceza Kanununda haksız tahrik, cezayı hafifleten genel bir hal olarak sayılmamış, ancak fiilin temyiz kudretini etkileyecek nitelik ve ağırlıkta bulunması halinde indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi öngörülmüştür.

Böylelikle psikolojik esasa dayanması sebebiyle sübjektif durumu ifade eden haksız tahrike İngiliz hukukunda objektif nitelik kazandırılmıştır. Bu durumda; haksız tahriki oluşturan fiilin somut olayda sanık açısından değerlendirilmesi yerine söz konusu fiilin baz alınan makul bir insanın iradesini etkileyerek tahrik edip etmeyeceği değerlendirilme yoluna gidilmiştir.

Yani İngiltere’de de haksız tahrik, cezayı azaltıcı genel bir indirim nedeni olarak kabul görmemektedir. Haksız tahrikin indirim sebebi yapılabilmesi için suç konusu olayda tahrik oluşturan fiilin sadece sanığı değil, makul olan bir insanın da iradesini etkilemesi gerekir.

Ancak bu fiilin faili kendisini yönetme ve denetleme gücünden yoksun bırakacak nitelik ve ağırlıkta olması durumunda haksız tahrik cezayı azaltıcı bir neden olarak kabul edilecektir. Böylece aslında sübjektif bir kavram olan haksız tahrike objektif bir görünüm yansıtılmaya çalışılmıştır.¹⁹⁹

6- Amerikan Hukukunda Haksız Tahrik

Amerikan ceza yasalarında haksız tahrik, cezanın azaltılmasını gerektiren yasal bir indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak bu sistemde hangi fiillerin haksız olduğu konusundaki değerlendirme hâkime bırakılmamış, haksız sayılan bu fiiller kanunda açıkça sayılmıştır.²⁰⁰

Bu hükümlere göre müessir fiil, hakaret, özgürlüğün yasadışı kısıtlanması, kocanın karısını başkasıyla cinsel temas sırasında yakalaması, karşılıklı kavga sırasında öldürme, başkasının arazisine haksız olarak tecavüz, üçüncü şahıslar aleyhine haksız fiil, meşru müdafaanın korku ile aşılması suretiyle insan öldürme

Gerekçeler, İstanbul 2006, s.464.

¹⁹⁹ Güreli, Haksız Tahrik, s.339.

²⁰⁰ Yakut, Necdet; “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, s.243-252.

gibi hallerin haksız fiilleri oluşturduğu açıklanmıştır.²⁰¹

Böylece ancak kanunda sayılan bu haksız fiillere karşı suç işlenmesi halinde haksız tahrik sebebiyle failin cezasından indirim yapılabilecektir. Örneğin; mal aleyhine işlenen bir suçta karşı haksız tahrik bir indirim nedeni değildir²⁰².

B- Değerlendirme

Karşılaştırmalı hukukta haksız tahrikin ceza sorumluluğuna olan etkisi konusunda kanunların yukarıda belirttiğimiz gibi üç sistem izledikleri görülmektedir.

Danimarka, İtalya ve Türk Ceza Kanunları da, olduğu gibi, genel hükümler kısmında her suç bakımından uygulanabilecek haksız tahriki düzenleyen bir hüküm düzenlenmektedir.

Örneğin İtalyan Ceza Kanununun 594 ve 595. maddelerinde hakaret ve sövme suçlarına ilişkin özel haksız tahrik hükmü de düzenlenerek, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer şekilde bu suçu işleyen taraflardan yalnız birisini veya her ikisini de cezalandırıp cezalandırmama konusunda hâkime takdir hakkı tanınmıştır.

Bulgar ve Alman Ceza Kanununun olduğu sistemde ise, haksız tahrik sadece adam öldürme ve müessir fiil gibi bazı suç tipleri için kabul edilen bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanununda haksız tahrik genel bir indirim nedeni sayılmamış, sadece bazı suçlarda kabul edilmiştir. Yani, haksız tahriki düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Ancak bazı özel tahrik halleri düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun da ise İtalya ceza kanundaki gibi genel hükümler kısmında her suç bakımından uygulanabilecek haksız tahriki düzenleyen bir hüküm düzenlenmektedir.

Kabul ettiğimiz Amerikan ceza kanuna göre; hangi fiillerin haksız tahrik oluşu tek tek sayıldığı için, hâkimin tereddüdü ortadan kalkmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun da ise değerlendirme hâkime bırakılmış olduğundan, hangi olayların haksız tahrik oluşturduğu belirlenmesi hususu zaman zaman tartışmalara yol açmış

²⁰¹ Yakut, Necdet; "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik",Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, s.243-252.

²⁰² Yakut, Necdet; "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik",Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, s.243-252.

ve Yargıtay da bu konuda içtihatlar olup, bu içtihatları oluşturan ilgili ceza dairelerin zamanla görüş değiştirebildiklerini de dikkate aldığımızda ortada yorum farkları oluşmaya başlayacaktır. Bunun önüne geçilmesi için tek tek sayılması kanaatimizce isabetli olacaktır. Böylece haksız tahrikin uygulanmasında daha istikrarlı kararlar mahkeme tarafından verilecek ve yanlış uygulamaların önüne geçilecektir.

Mevcut uygulamada haksız tahrikin belirlenmesi hâkimin geniş takdir yetkisine bırakıldığı için bazı durumlarda hakkaniyete uygun kararlar verilmemekte ve uygulamada farklılıklar görülebilmektedir. Amerikan Hukukundaki sistem hukukumuzda uygulanırsa haksız tahrik indirimlerinde mahkemeler arasında bir birlik sağlanacak ve hukuka daha uygun kararlar verilecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KASTEN İNSAN ÖLDÜRME SUÇU VE BU SUÇTA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI

I- TÜRK CEZA KANUNUNDA KASTEN İNSAN ÖLDÜRME SUÇU

Sosyal hayatın değişmez unsuru olarak kabul edilen insanın var olması, hayat hakkının korunmasıyla mümkündür. Bir kimse keyfi bir şekilde hayata yani hayat hakkından mahrum bırakılırsa diğer tüm temel haklar anlamsız olacaktır. Savaş zamanında milletin varlığını tehdit eden diğer hallerde bile bu hak yok sayılamaz.²⁰³

Hayat hakkı hakkında Anayasamızın 17. maddesinde bahsedilmekte, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de her ferдин hayat hakkının kanunun himayesi altında olduğu belirtilmektedir.

Her ne kadar savaş zamanında dahi hayat hakkı yok sayılmasa da dünyada nerdeyse bütün savaşlarda buna pek de riayet edilmediği görülmektedir. Eğer riayet edilse idi Birinci Dünya Savaşında on milyon ve daha bu savaşın yaraları sarılmadan İkinci Dünya savaşında ise elli milyon gibi korkunç bir insan kaybı yaşanmazdı.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu da adam öldürme suçu bakımından bazı farklar söz konusudur. Eski kanunda ağırlaştırıcı nedenler kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Fakat yeni kanunda bu durum değişmiştir. Aradaki farklar şu şekilde ifade edilebilir:

1) Eski Türk Ceza Kanunu 451. maddesinde yer alan ölümün, fiilden önce var olup failce bilinmeyen nedenin de etkisiyle oluşması haline yer veren hüküm, yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır.

2) Öldürme kastı taşımayan etkili bir fiille ölümün meydana gelmesi durumunu düzenleyen Eski Türk Ceza Kanunu 452. maddesi, yeni Ceza Kanun'da yer almamaktadır.

Fakat konuyla ilgili kapsamlı bir uygulama, Yeni Türk Ceza Kanunu 87/4. maddede ele alınmıştır.

3) Adam öldürme ve müessir fiili işleyen kişinin belli olmadığı durumları ele alan Eski Türk Ceza Kanunu 463. maddesi, yeni ceza kanunda yer almamaktadır.

²⁰³ Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006, s.97.

4) Eski Türk Ceza Kanunu m.464 Kavga suçu, Yeni ceza Kanun'da yer almamaktadır.

5) Doğan çocuğu öldürme hareketi Yeni Türk Ceza Kanunu'na alınmamıştır.

6) Yeni Kanun'un 83. maddesinde eski kanunda yer almamış ihmal suretiyle, icrai hareketle adam öldürme fiili kapsamlı şekilde düzenlenmiştir.

7) İntihara ikna ile yardımın uygulanmasını düzenleyen Eski Türk Ceza Kanunu'nun 454. maddesi kapsamlı biçimde yeni ceza kanununun 84. maddesinde ele alınmıştır.

8) Yeni kanunda suçun ifade ediliş biçimi değiştirilmiştir. Eski Ceza Kanunu'nda yer alan "adam" ifadesi kaldırılmış ve "kasten öldürme" şeklinde suç adlandırılmıştır.

765 Sayılı yani Eski Türk Ceza Kanununda "Adam Öldürme Cürümleri" başlığı altında 448-455 maddeleri arasında toplam 8 maddede düzenlendiği, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda ise 81-85 maddeleri arasında toplamda 5 maddede düzenlendiğini görmekteyiz.

Bu haller içerisinde yani nedenlerde görülen farklılıkları şöyle sıralayabiliriz:

a) Fail ve mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin sınırları daraltılmıştır.

b) Zehirlenme hali yürürlükten kaldırılma yoluna gidilmiştir.

d) Birden fazla şahıs aleyhine suçun işlenmesi artık dikkate alınmamaktadır.

e) Devlet memuruna karşı; görevini yerine getirdiği esnada fiilin işlenmesi ağırlaştırıcı sebebi artık yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlükten kaldırılan bu ağırlaştırıcı nedenlere karşı bazı nedenler yeni nitelikli hal olarak öngörülmüştür.²⁰⁴

Şöyle ki;

a) Gebe olduğu bilinen kadına karşı Fiilin işlenmesi,

b) Fiilin töre saikiyle işlenmesi, nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

²⁰⁴ e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000594 (Erişim Tarihi: 30.06.2017).

10) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun basit hali için 24 yıldan 30 yıla kadar ağır hapis cezası öngörülürken, yeni Kanun'da müebbet hapis cezası kabul edilmiştir.

Buna karşılık; suçun nitelikli hali, Yeni Ceza Kanunu'nda ağırlaştırılmış müebbet hapis olarak belirlenmiştir.

Eski Ceza Kanunu'nda ağırlaştırıcı sebeplerde göz önünde tutulan ölüm cezası; 09.08.2002 tarih, 24841 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilerek; ağırlaştırıcı müebbet hapis cezası haline getirilmiştir.²⁰⁵

Kasten adam öldürme suçu, Yeni Ceza Kanununun 81–83. maddelerinde düzenlenmiştir. 81. maddede suçun adi hali ifade edilmiş, 82. maddede suçun nitelikli halleri kaleme alınmıştır. 83. maddede ise, suçun maddi unsuru içinde sayılan “ihmal suretiyle icra” fiili kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Yeni Ceza Kanununun 81. maddesi tek cümle olarak ifade edilmiştir:

“Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde ölüm cezasının şekli çizilmiştir. Burada önemli olan husus kastın varlığıdır.

A- Genel Olarak

Kasten öldürme suçu insanlıkla yaşıt bir suçtur. Kasten öldürme suçunun tarihi seyrine bakacak olursak; Roma hukukunda alt ve orta sınıf mensuplarının işledikleri kasten öldürme fiilleri, baş kesme ya da çarmıha germe şeklinde ölüm cezasıyla cezalandırılmaktaydı. Zehirleme suretiyle kasten öldürmeler artınca yeni bir kanun çıkarılarak, satmak için zehir hazırlamak, imal etmek de zehirleme suretiyle kasten öldürme suçunun cezasıyla denk hale getirildi. İntihar etmek suç sayılmıyordu ancak, işlediği suçun cezasından kurtulmak için intihar edenlerin mirası devlete intikal ediyordu.²⁰⁶

Osmanlı devleti zamanında kasten öldürme suçuna bakışı ele alacak olursak İslam Hukuku dışında 1256 Ceza Kanunname-i Hümayununda, Kanunu Ceditte de

²⁰⁵ e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000594 (Erişim Tarihi: 30.06.2017).

²⁰⁶ Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s.126.

kasten öldürme suçuna ait hükümler yer almıştır.

1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu 168. maddesinde kasten öldürme suçunu “Katil, gerek silah ve gerek tesmim ile ve gerek suveri aharı ile bir şahsı idam etmektir.” Seklinde tarif etmiş 169. maddesinde ise taammüden katlin ne olduğu gösterilmiş idi. Kanununun 174.maddesinde yer alan ağırlaştırılmış sebepler, halen kanunumuzda mevcut olan ağırlatıcı sebeplerin çoğunun aynıdır.²⁰⁷

İslam Hukukunda kasten öldürme suçu bakımından “Kim bir mümini öldürürse, onun cezası ebedi olarak içinde kalacağı cehennemdir. Böyle bir kimse, Allah’ın hışmına uğramış, Allah’ın rahmetinden kovulmuştur ve onun için büyük bir azap da hazırlanmış olur.” denilmektedir. Ayrıca öngörülen yaptırım arasında dünya hayatı için Kıyas ile Diyet anılmıştır.

Bir kişinin diğerini yaralayıcı bir aletle değil de başka şekilde mesela döverek öldürmesi sonucu oluşan “şibit amit” adı verilen suç oluşur ki bunun da cezası kıyas ve diyet olarak öngörülmüştür.²⁰⁸ Bu nedenle İslam Hukuku da öldürme suçunu yasaklamakta ve failin ağır şekilde cezalandırılmasını öngörmektedir. Sadece İslam Hukukunda değil hemen her dinde öldürme fiili yasaklanmakta ve insan hayatının varlığı ve kutsallığı vurgulanmaktadır. Bu dizimden Hristiyanlığa hatta Yahudilik inancına kadar insan hayatının önemi ve hayat hakkı vurgulanmaktadır.

B- Konunan Hukuki Değer

Bütün hakların temelini meydana getirmesi ve başka hak ve hürriyetlerin uygulanmasının kesin şartı sayılmasından dolayı hayat hakkı çok önemlidir.²⁰⁹ Kasten öldürme suçu ile korunan hukuksal yarar hayat hakkıdır. Çünkü hayat hakkından mahrum edilen kimsenin diğer haklarını pratikte kullanması imkânsızdır. Hayat hakkı kişisel hiyerarşi içinde birinci sırada yer alır. Bundan dolayı ceza kanunu bütün haklardan önce hayat hakkını koruyarak garanti altına almak zorundadır.

Devlet tarafından hayat hakkı yalnızca bireysel değil, aynı zamanda toplumsal bir değer olduğu için korunmuştur.²¹⁰ Adam öldürme suçunda yok edilmek

²⁰⁷ Dönmezer, s.127.

²⁰⁸ Dönmezer, s.56.

²⁰⁹ Artuk, Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner; TCK Şerhi, C.III, Ankara 2009, s.2037.

²¹⁰ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2007, s.13.

istenen hayat, suçu işleyenin kendi hayatı olmayıp başkasının hayatıdır. Başkasının hayatına kastetmek ise dünyada hiç bir hukuk düzeni tarafından kabul edilen bir durum değildir.

Bu yönüyle Türk Ceza kanundaki hükümler herkesin hayat hakkına sahip olduğunu belirten Anayasa m.17/1 ve AİHS m.2'nin de bir yaptırımını oluşturmaktadır. Gerçekten hayatın devlet tarafından korunması yükümlülüğü devlet için öldürme fiillerini mutlak manada cezalandırma yükümlülüğü de içermektedir. Hayat hakkının aynı zamanda toplumsal bir değer olması, kişinin bu hak üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine engel oluşturmaktadır.²¹¹

C- Tipikliğin Maddi Unsurları

Tipiklik kavramı tarihsel olarak “corpus delicti”ye dayanmaktadır. “Corpus delicti”, önceleri işlenen bir suçun dışa yansıyan izlerinin bir bütünü olarak anlaşılmış, daha sonraları belirli suçlara ait unsurların bir bütünü olarak anlaşılmıştır.

Suçun yapısı içerisinde fiilin haksızlığına esas oluşturan ve cezalandırılabilir bir davranışı karakterize eden unsurlara tipiklik adı verilir. Bu anlamda tipiklik; cezayı gerekli kılan ve cezaya layık özel bir biçimi, yani haksızlık tipi oluşturur. Örneğin, hırsızlık (TCK m.41) yağma (TCK m.148) ve kasten yaralama (TCK m,86) birer haksızlık tipine örnek olarak verilebilirler.²¹²

Bu çalışmada Türk Ceza Kanunu m.81'de yer alan kasten öldürme suçunun tipiklik unsurları incelenecektir

1- Fail

Kasten öldürme suçları, özgü suç niteliğinde değildir. Kasten insan öldürmenin faili herkes olabilir. Herkes derken insan olarak herkeştir. Yoksa hayvanlar ve bitkiler gibi canlılar bu suçun objesi olamaz. Suçun faili için belirli bir özellik aranmaz herhangi biri suçun faili olabilir. Yasa fail hakkında net bir bilgiye yer vermemiştir. Yalnızca Türk Ceza Kanunu 82/d maddesinde nitelikli durumlar başlığı altında yakın akrabalık haline de yer verilmiştir.

²¹¹ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013, s.127.

²¹² Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2016, s.168.

Birçok kimsenin birbirlerinde haberi olmaksızın adam öldürmesi durumu Eski Türk Ceza Kanunu'nun 463. maddesinde düzenlenmişti. Bu durum Yeni ceza kanunda ayrı olarak yer almamıştır. Faillerin, iştirak kuralının tatbik edilmediği durumda, mağduru, öldürücü olarak görülebilecek hareketlerle öldürmeleri durumunda, eski ceza kanununda kasten adam öldürmeye nazaran daha az bir ceza verilmekteydi.

Yeni ceza kanunda, Eski Türk Ceza Kanunu'nun 463'e benzer bir düzenleme yer almadığından, bu gibi durumların yaşandığı hallerde teşebbüs durumunun uygulanması²¹³ söz konusu olacaktır. Yeni ceza kanununun 87/4. maddesinin uygulanması da bu hallerde gündeme gelebilecektir.

Kural olarak ceza hukuku yaptırımları herkese yöneliktir. Suç tiplerinde genellikle suçun faili "her kim, bir kimse" terimleriyle ifade edilir. Bu anlamda suçun faili de herhangi bir gerçek kişi olabilir. Çok failli suçlar bir tarafa bırakılacak olursa suç tipleri genellikle suçun tek kişi tarafından işlenebileceği varsayımından hareketle düzenlenir.²¹⁴

Kasten öldürme suçunun faili herkes olabilir. Bu fiili işleyen suçun faili olarak görülür. Suçu birçok kişinin beraber gerçekleştirilmesi durumunda bu şahısların her biri müşterek fail durumunda olacaklardır. Kasten öldürme bir başkasını araç olarak kullanarak işlenirse bu fiili gerçekleştirenle beraber, suçu işleyeni araç olarak kullanan kişi de dolaylı fail olarak cezalandırılır. Örneğin; başkasına ait bir depodaki otomobil lastiklerini, kendi lastiğiymiş gibi; bunları alıp getirmesini talep ettiğinde ve bunlar alınıp gelindiğinde, dolaylı faillik söz konusu olabilecektir.

2- Mağdur

Mağdur suçun üzerinde işlendiği suç konusu veya bazı durumlarda işlenen suçtan doğrudan etkilenen kişidir. Bu açıdan bazı durumlarda mağdur ile suç konusu aynı olabilmektedir. Kasten öldürme suçunun mağduru; sağ olan kişidir. Suçun mağduru için özel bir şart aranmaz yani herkes mağdur olabilir. Fakat Cumhurbaşkanının öldürülmesi kanunda farklı bir suç şeklinde Yeni Türk Ceza Kanunu 310. maddesinde ele alınmıştır.

²¹³ Özbek, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II, Ankara 2008, s.212.

²¹⁴ Öztürk/Erdem, s.172.

Bu sebeple mağdurun Cumhurbaşkanı olması durumu dışında hiçbir ayrım söz konusu değildir.²¹⁵

Yukarıda açıklandığı üzere mağdurda herhangi bir özellik aranmaz yaşayan bir kişi olması gerekli ve yeterlidir.

Öldürme suçunda, suçun mağdurunun insan olması şartı, “anne rahmindeki cenin”in durumunu açığa kavuşturmak için belirtilmiştir. Bu itibarla ana rahmindeki cenin, insan olarak düşünülmemekte ve cenini yok etme, kasten öldürme suçunu oluşturmamaktadır. Doğumun sona ermesi ile cenin insan olarak kabul edilmektedir.²¹⁶

Adam öldürme suçunun şartı mağdurun hayatta olmasıdır. Bu sebeple ölmüş kişi, suçun mağduru olamaz. Bununla birlikte; kasten öldürme suçunda mağdur herkes olabilir. Mağdurun belirli hususlara sahip olması Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre bu suçun: “üst soy veya altsoydan birini savunamayacak durumda bulunan kişiye, eş veya çocuğa, kardeşe karşı, hamile olduğu bilinen kadına karşı” işlenmesi durumunda ceza artar. O halde mağdurun belirli özelliklere sahip olması cezanın arttırma nedeni olarak düzenlenmesi gayet yerinde bir düşüncedir.

3- Hareket

Bir davranış bir suçun bütün unsurlarını gerçekleştirirse, o halde o davranışın tipik, kanundaki tipe uygun olduğu söylenir. Buna hukukta tipiklik denir.

Tipiklik harekete şekil verir. Bu anlamda suç tipleri hareketin niteliğini belirtir ve hareketin tipi ihlal edip etmediği, ancak tipiklikteki unsurlara göre belirlenir.²¹⁷

Kasten öldürme suçunda önemli olan hareketin şekli değil sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Bu sebeptir ki kasten öldürme suçu “serbest hareketli bir suçtur”. Suçun hareket ögesini, insan hayatını yok etmeye yönelik herhangi bir davranış oluşturmaktadır. Bu nedenle, insanın canlılık işlevine sonlandırmaya

²¹⁵ Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat; Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2015, s.34.

²¹⁶ Erman, Sahir/Özek, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.7.

²¹⁷ Öztürk/Erdem, s.170.

yarayan herhangi bir icrai veya ihmali hareket bu suçun oluşmasına neden olabilir. Silah, parçalayıcı, kesici, zehir, delici alet genellikle kullanılan aletlerdir. Suç işleyen bu aletleri kullanarak mağdurun vücudunda ağır tahribat oluşturan harekette bulunmaktadır: Örneğin; mağdura ateş etmek, bıçak saplamak, zehirlenmek, boğmak gibi.²¹⁸ Bebeğin aç bırakılarak ölmesine sebep olmak da ihmali olarak nitelendirilebilir. Bebeğin aç bırakılarak ölümüne neden olmakta fail bunu kasten yapmakta ve çocuğunun ölmesini istemektedir.

Suçun maddi hareketlerle işlenmesi gerekli değildir, manevi hareketlerle de bu suçun işlenmesi mümkündür. Örneğin, mağdurun ölmesini sağlamak amacıyla şiddetle korkutulması gibi. Burada failin cezalandırılması için manevi hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının kurulması gereklidir.

Ancak büyü, beddua vs. gibi hiçbir şekilde ölüm sonucunu doğurması mümkün olmayan hareketlerle bu suç işlenemez.²¹⁹

Tam olarak bilinç yokluğunda gerçekleştirilen insan davranışları hareket niteliğine sahip değildir. Diğer taraftan, bilinç bulanıklığı ile bilinç bozukluğu hallerindeki icrai ve ihmali hareketler, hareket niteliğine sahiptirler.

Örneğin, hipnoz altında derin uyku ile baygınlık durumlarındaki hareketler iradi olmayan refleks hareketleri ceza hukuku açısından insan hareketi sayılmazlar.²²⁰ Bu nedenle iradi olmanın ceza verme açısından önemi bulunmaktadır.

Ölüm aşaması içinde yer alan kişinin ölmemesi için meydana getirilmeye çalışılan fiillere, engel olunması durumunda, engelleyici hareketler araç olarak kabul görmektedir.²²¹ Ambulansın veya İtfaiyenin olay yerine gelmesinin engellenmesi buna örnek olarak verilebilir.

Kasten insan öldürme suçu, ihmali veya icrai hareketle işlenebilir fakat buradaki ihmali hareketin icrai bir etki doğurması şarttır. İcrai bir fiille gerçekleştirilebilen bir davranışın somut olayda ihmali bir davranışla işlenebilmesi durumunda ihmal suretiyle icrai suç oluşur. Böyle bir durumda, ihmali hareket icrai

²¹⁸ Artuk, Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner; TCK Şerhi, C.III, Ankara 2009, s.2038.

²¹⁹ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2007, s.27-28.

²²⁰ Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s.200-201.

²²¹ Dönmezer, s.14.

hareketle aynı sonucunu doğurmaktadır.

Yeni ceza kanunu m.83'te düzenlenen ihmal suretiyle icrai hareket 765 Sayılı Ceza Kanunu'nda yer almamıştır.

Yasanın 83. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası ihmal suretiyle icrai hareketin şartlarını düzenlemektedir. Madde metinleri şöyledir:

“.... (1) Kişinin sorumlu olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm sonucundan mesul tutulabilmesi için, bu sonucun meydana gelmesine sebep olan yükümlülük ihmalinin icrai davranışla birbirine yakın aynı sonucu doğurmaları gerekmektedir. (2) İhmali ve icrai fiillerin eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

- Belli bir icrai fiilde bulunmak hususunda yasal uygulamada veya sözleşmede bulunan bir yükümlülüğünün bulunması veya

- Önceden meydana gelen fiilin başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum meydana getirmesi gerekmektedir.”

Yukarıdaki maddelere göz önüne alındığında, kasten öldürme suçunda ihmali bir davranışın icrai bir hareket olarak kabul edilebilmesi için, üç şarttan birinin meydana gelmesi gerekmektedir.

Bu şartlar şunlardır:

1- Şahsın belirli bir anlaşmadan kaynaklanan bir sorumluluğu olmasına karşılık bu sorumluluğuna uygun olmayan davranışlar sergilemesi durumu,

2- Şahsın yasadan doğan bir sorumluluğa aykırı olarak ihmalde bulunması hali,

3- Şahsın önceki hareketi başkalarının hayatı için tehlikeli bir durum meydana getirmesi ve kişinin olayın devamında ihmali bir harekette bulunması

Yukarıda saydığımız şartlar kapsamında failin ihmali fiilde bulunması sonucunda mağdurun ölmesi, ihmal suretiyle icrai fiille kasten adam öldürme suçunu oluşturacaktır.²²² Yasada öngörülen bu şartlara ek olarak doktrin önemli bir şart daha

²²² Taşkın, Cankat; “Adam Öldürme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S.79, s.146, 173.

eklemektedir. Bu da Failin sonucu engelleme olanağına sahip olması.²²³ Gerçekten doktrin bu şarta önem vermiştir. Örneğin, kayıkta öldürmek istediği kişiyi suya atıp daha sonra onu boğulmakta kurtarma olanağı var iken ölmesini istediği için bırakıp gitmesi hali bu tür davranışlara örnektir.

Konuyu özetleyecek olursak, kasten öldürme suçunun ihmal suretiyle icrai fiille oluşması için Türk Ceza Yasası'nın 83/1.ve 2. Fıkralarında belirtilen üç şarttan herhangi birinin oluşması birinci olarak tespit edilecek, ek olarak sonucu önleme olanağının da var olup olmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Bu durumun cezanın tayininde önemli bir etken olacağı kanısındayız.

4- Netice

Kasten öldürme suçunda ceza kanununun yasakladığı sonuç ölümdür. İşlenen fiil ne şekilde olursa olsun ölüm sonucunun oluşmadığı halde kasten öldürme suçu tamamlanmış olmaz.

Kasten öldürme suçu mağdurun ölümü ile tamamlanmış olacaktır. Suçun sonucu, ölüm ile oluşacaktır. Ölüm, insan hayatının, şahsiyetin son bulmasıdır.²²⁴ Ölüm meydana gelmemiş ise kasten öldürme suçu gerçekleşmez.

İnsanın hayatının devam etmesini sağlayan, merkezi sinir sisteminin yok olması ve canlılığını kaybetmesiyle ölüm meydana gelir. Ölümün tespit edilmesi bakımından eskiden uzun zaman boyunca biyolojik ölüm kriteri kullanılmaktaydı. Fakat sonraları bilimsel gelişmeler sonucunda beyinsel ölüm kriteri olarak kabul gördü şu an hala beyinsel ölüm kriteri kullanılmaktadır.

İnsanı hayatta tutan solunum, sinir sistemi, kan dolaşımı gibi temel özelliklerin sona ermesi, tekrar çalışmasının mümkün olmaması durumu biyolojik ölüm olarak adlandırılır.²²⁵

Beyin ölümü ise; beynin, hayatiyeti devam ettirme fonksiyonunu kaybetme halidir.²²⁶

Ülkemizde genel kabul beyin ölümünün gerçekleşmesi şeklindedir. Bu

²²³ Dönmezer, s.16, 17.

²²⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.24.

²²⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.25.

²²⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.25.

yüzdende “Beyin Ölümü Kriterlerini” Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü hastanelere 06.08.1990 tarih ve 13350 sayılı genelgesi ile duyurmuştur. Bu Genelgeye göre beyin ölümü; “şuurun tam kaybı, spontane solunum bulunmaması, beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolmuş olması ve bu tablonun en az 12 saat değişmeden devamlılığı” şeklinde kabul edilmiştir.²²⁷

5- Nedensellik Bağı

Suç genel kuramı uyarınca, failin cezalandırılabilmesi için dış dünyada oluşan ve hukuki açıdan önemli olan sonuca iradi bir hareketle neden olması, bir başka anlatımla sonucun nedenini failin gerçekleştirmiş olması, sorumluluk için hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir.

Nedensellik bağı kurulamadığı takdirde, fail sonuçtan sorumlu tutulamayacak, nedensellik bağının kurulabildiği hallerde ise suçun diğer unsurlarının mevcut olup olmadığı araştırılacaktır.²²⁸

Failin fiili ile ölüm olgusu arasında sebep-sonuç bağı bulunmalıdır. Ölüm sonucunun failin kasten gerçekleştirdiği hareketi sonucu meydana gelmesi gerekir. Ölüm sonucu ile hareket arasında nedensel bağ olmalı ve bu durum tespit edilmelidir.

Tipikliğin, yazılı olanlar yanında, netice suçlarında nedensellik bağlantısı gibi yazılı olmayan unsurlarda mevcuttur.

Türk Ceza Kanunu’ nın belirli bir neticenin ortaya çıkmasını şart kıldığı suçlarda tipikliğin gerçekleşmesi için failin davranışı sonucu ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağlantısının bulunması gerekecektir. Kasten insan öldürme suçunda olduğu gibi bazı suç tipleri, davranış yanında suçun konusunun ihlal edilmesini, yani yer ile zaman bakımından hareketten ayrı dış dünyada belli bir değişikliğin ortaya çıkmış olmasını şart kılar. Netice suçları adını verdiğimiz bu suçlarda hareket ile hareketin sonucu arasında bir bağ bulunmalı; somut netice, buna yol açan kişiye yüklenebilmelidir.²²⁹

Şart teorisine göre fail, ölüm neticesinin gerçekleşmesi bakımından zorunlu bir şartı gerçekleştirmiş ise, nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmelidir.

²²⁷ RG, 20.08.1993, S.21674.

²²⁸ CGK, 04.10.1993, E.1993/4-153, K.1993/215 (www.kazanci.com.tr).

²²⁹ Öztürk/Erdem, s.199.

Hayatın fail tarafından kısaltılmış olması suçun oluşması için yeterli olduğundan, söz gelimi ölmekte olan bir kişiye ilaç şırınga ile vermek suretiyle ölümünü çabuklaştıran kişi de bu suçu işlemiş olur.²³⁰ Nedensellik bağı bakımından bir şartın gerçekleşmesi bu teorinin ana yapı taşını oluşturur.

Asıl itibariyle nedensellik bağı sorunu failin hareketi ile sonucun gerçekleşmesi arasında geçen zamanda ölümün oluşmasına etki eden sebeplerin olup olmaması ile bunun tespiti sorunudur. Yani bu sürenin miktarı uzun ya da kısa olması önemli değildir. Örneğin failin hareketinden sonra maktul ölümcül bir hastalığa yakalanıp olup ölmüş olabilir veya failin hareketinden önce var olan sebeplerle neticenin birleşmesi hali gerçekleşebilir ki bu gibi durumlar suçun niteliğini değiştireceği gibi cezasını da değiştirecektir.²³¹

D- Manevi Unsur

Manevi unsur, kişinin iradesini hukuka aykırı sonuca yöneltmesi, suça isteyerek neden olmasıdır. Manevi unsur; hareketi faile bağlayan psikolojik bağıdır. Manevi unsur kast ve taksir olmak üzere ikiye ayrılır. Asıl manevi unsur şekli kasttır. Türk Ceza Kanununun un 21/1 maddesinde yazılı olan “suçun oluşması; kastın varlığına bağlıdır” ifadesi de bunu doğrulamaktadır. Kanunda bir suç taksirle işlenebileceği açıkça belirtilmediği sürece o suç sadece kasıtle işlenebilir. Hangi suçların taksirle işlenebileceği belirlenerek kalan suçlar kasten işlenen suçlar olacaktır.

1- Kast

Failin kanuna aykırı olarak bir fiili bilerek ve neticesini isteyerek işlemek iradesine kast denilmektedir. Kastın tespit ve tayini son derece önemlidir. Bu yüzden manevi unsuru oluşturan kastı çeşitli yönleriyle ele almakta fayda vardır.

Yasal tanıma ve hukuk literatüründeki hâkim düşünce ve yargı içtihatlarına göre; kasttan bahsedebilmek için iki ögenin dikkate alınması gerekir. Bu unsurlar, suçun yasadaki açıklanan maddi unsurlarını tam olarak bilmek ile sonucu istemektir.²³²

²³⁰ Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2016, s.144.

²³¹ Keskin, Umahan; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kütahya 2009, s.15.

²³² Öztürk, Bahri/Erdem, M. Ruhan/Özbek, V. Özer; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri

Failin bilmesi demek, bilinçli olması, yaptığı hareketi ve ondan doğacak neticeyi öngörmesi halidir.²³³ Neticenin öngörülmemesi durumunda kasttan söz edilemez.

Failin bilmesi gereken şeyler, o suçla ilgili kanuni tanımda belirtilen öğelerdir. Bunlar; faile, mağdura, harekete, suçun hukuki konusuna, neticesine vb. gibi unsurlara ilişkin olabilir.²³⁴

Failin, fiiline bağlı olarak kanunda tanımlanan neticenin gerçekleşeceğini bilmemesi durumunda yine kasten hareket ettiği düşünülemez.

Kanuni tanımda maddi bir netice bulunmuyorsa, hareketin yapılması ile haksız bir fiilin işlenmiş olduğunun biliniyor olması kastın varlığı için yeterli olacaktır ki Fail burada hareketi ile netice arasında doğal bir bağ bulunduğunu, yani yasal neticenin kendi hareketinin doğal sonucu olacağını bilmelidir. Somut tehlike suçları bakımından ise failin gerçekleştirdiği hareketin bu somut tehlikeye yol açabileceğini bilmesi gerekir.²³⁵

Bilme kapsamındaki unsurları; fiil, sonuç suçun yasal tanımında unsur olarak öngörülmüş ise bu sonuç, sonuca bağlı suçlarda, suçun konusu, nedensellik bağı, mağdurun veya failin niteliği, nitelikli unsurlar ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını, örnek olarak nitelendirebiliriz.

Suçun kasten işlenebilmesi için nedensellik bağının genel hatlarıyla biliniyor olması neticeli suçlar için şarttır. Failin kastının nedenselliğinin tümünü ayrıntılı olarak bilmesinin gereği olmadığından bir den fazla nedensellik bağının ve olayın bulunduğu durumlarda kasten işlenmiş tek suçtan bahsedilmesi gerekir.

Hareketin haksızlık kapsamında etkili olmayan; suçun yasal tanımında belirtilmeyen hususlar kast kapsamında değerlendirilmez. Örneğin objektif cezalandırılabilme şartları, şahsi cezasızlık nedeni ya da indirim yapılmasını gerekli

Hukuku, Ankara 2001, s.202.

²³³ Düzgün, Nuri/Elmacı Şerafettin; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, Ankara 2009, s.29.

²³⁴ Kaymaz, Seydi/Gökcan, Hasan Tahsin; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006, s.37.

²³⁵ İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, F. Selami/Ünver, Yener, Suç Teorisi, İstanbul 2000, s.231-232.

kılan şahsi sebepler.²³⁶ İsteme, failin bildiği, öngördüğü hareketi ve o hareketten doğan neticeyi arzulaması, elde etmeye yönelik irade göstermesidir.

Kastın isteme ögesi, failin sonucu düşünmesi ve sonucu oluşturmaya karar vererek fiil içinde bulunması halidir. Kast unsurunun oluşması için failde isteme unsurunun da mutlaka bulunması gerekmez.²³⁷

İstemeye dair irade, fail tarafından açıkça ortaya konabileceği gibi, zimmi şekilde de kendisini gösterebilir bunun herhangi bir önemi yoktur.²³⁸

Kasten öldürme suçunda söz konusu olan kast doğrudan kast olabileceği gibi olası kastta olabilir. Olası kast durumunda ceza indirilir. Öldürme kastının tespiti ve bunun bilinçli taksirden ayrılması konusunda zorlukla karşılaşılmaktadır. Buna dair açıklamalar tezimizin kastın çeşitleri ve taksir başlıkları altında yapılacaktır.

Öldürme suçu bakımından fail, hareketinin ölüm sonucuna neden olacağını farkında olacak ve yaptığı hareketten etkilenen kişinin ölümünü isteyecektir. Fiil ile neden arasında uygunluk olmazsa fail; bu suçtan sorumlu tutulamayacaktır.²³⁹ Örneğin sopa ile mağdura zarar vermek isterken sopada failin bilmediği çivinin mağdurun damarını yırtması sonucu ölümüne sebep vermesi gibi.

Saik kasten öldürme suçunun maddi veya manevi unsurları arasında yer almadığından, somut olayda saptanan saikin öldürmeye yönelik bir fiili oluşturup oluşturmadığı suçun nitelendirilmesi bakımından önem taşımaz.²⁴⁰

Kasten öldürme, tasarlama kastı ile gerçekleştirilebilir fakat bu durum 5237 sayılı Kanunda ayrı bir suç başlığı altında düzenlenmemiş sadece kasten öldürme suçunun nitelikli halleri içerisinde yer almıştır. (5237 s.K m.82/1, a).

2- Kastın Çeşitleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21/2'ye göre, olası kastın bulunduğu durumlarda işlenen, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda ise; yirmi yıldan

²³⁶ İçel/Sokullu/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.21-22.

²³⁷ Öztürk/Erdem/Özbek, s.204.

²³⁸ Dönmezer, s.59.

²³⁹ Avcı, Mustafa; "Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler", Kamu Hukuku Arşivi Dergisi (KHUKA), Y.2005, S.1, s.19.

²⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.142.

yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

Burada kanun indirilir diyerek emredici bir kural öngörmüştür ve indirilebilir demediği için hâkimin takdir hakkı burada bulunmamaktadır. Yargılamayı yapan Hâkim, olası kastın varlığı halinde direk yasayı uygulayacaktır.

a- Kast (Doğrudan Kast)

Doğrudan kastta kişi suçun maddi unsurlarını büyük ölçüde kesin olarak bilmekte ve suçun meydana gelmesini istemektedir. Belirlenmiş bir sonucun oluşmasına yönelik işlenen fiilin, bu sonucun yanında bazı ek neticelerin de oluşmasına yol açacağı olağan bir durum olarak değerlendirilebiliyorsa meydana gelen ek sonuçlar bakımından da doğrudan kastla hareket edilmiş olduğu kabul edilir. Mesela; Kalabalık bir Pazar yerinde pusuya yatmış ve öldüreceği kişiyi bekleyen failin öldüreceği kişi kalabalık içinde belirince onu nişan alarak hızlı ve art arda ateş etmesi sonucu istediği kişi ve Pazar yerindeki ölen diğer kişiler bakımından doğrudan kastla hareket etmiş sayılır. Çünkü çok kalabalık bir alanda art arda ateş edildiği durumlarda birden fazla kişinin ölmesi olağan bir sonuçtur. Örneğin, bir uçağa B'yi öldürmek için bomba yerleştirilmesi olayında, bombanın patlaması sonucunda uçaktaki diğer kişilerin öleceğini mutlak şekilde tahmin edilmekte olduğundan, hatta öleceğinin belli olmasından ötürü doğrudan kast var olacaktır. Örnekleri çoğaltabiliriz: Sigorta parası almak için sahibi olduğu gemiyi okyanusta seyrederken bomba patlatarak batıran kişinin amacı gemideki kişilerin ölmesi olmasa dahi, olayda insanların hayatını kaybetmesine kesin gözüyle bakabiliriz. Bu durumda da doğrudan kast söz konusu olacaktır.²⁴¹

5237 sayılı Kanun hükmüne bakıldığında, “Suçun meydana gelmesi kastın var olmasına bağlıdır. Kast, suçun yasadaki tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” (TCK m.21/1) Failin düşünüp öngördüğü bir netice fiilini gerçekleştirmeye yönelik bir iradeyle hareket ettiği durumlarda doğrudan kast vardır. Doğrudan kast tanım olarak, failin suçun gerçekleşeceğini açıkça bilmesi ve sonucu istemesidir.²⁴²

²⁴¹ Sözüer, s.22.

²⁴² Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s.

Doğrudan kastın kapsamı her suçta farklı olarak gözetilir. Sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleştirilmesi için doğrudan kastın varlığı yeterli iken neticeli suçlarda hareket ve netice bakımından kastın olması gerekir. Failin hareketin yanında oluşacak neticeyi de öngörmesi ve bunu istemesi şarttır. Örneğin; konut dokunulmazlığının ihlali, yalan tanıklık gibi suçlar sırf hareket suçlarıdır.

Doğrudan kastta, suçu işleyen failin meydana geleceğini bildiği ve istediği asıl sonuç yanında, fiilden doğacak diğer sonuçların büyük olasılık içerisinde meydana geldiği durumlardaki kast da doğrudan kasttır. Suçu işleyen failin hedeflediği sonuçlar ile oluşan diğer sonuçlar arasında bir zorunluluk hali mevcuttur. Bu gibi hallerde kastın hem bilmeyi hem de istemeyi kapsadığı kabul edilmektedir. Suçu işleyen doğrudan kastla hareket ettiğinin kabul edilmesi için, failin esas sonuç dışındaki diğer sonuçları ayrıca istemiş olması gerekmez.²⁴³

b- Olası Kast

Olası kast kavramı, kastın içeriğini açıklayan teorilerden tasavvur teorisinin uygulamayı etkilemesiyle meydana gelmiş bir kast türüdür. Burada daraltıcı olmakla eleştirilen irade teorisinin eksikliklerini yok etmeye çalışmıştır. Olası kast kavramı da kastın kapsamını genişletmektedir.²⁴⁴

Türk Ceza Kanununda olası kast 21. maddenin 2.fikrasında şöyle tanımlanmıştır: “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde*” söz konusudur.

Olası kast tanımı hukuk öğretisinde eleştirilmiştir. Buna göre; olası kastın kanundaki açıklamasında öngörme unsuru üstün tutulmuş ve bilinçli taksire yaklaşan bir düzenleme yapılmıştır.²⁴⁵

Bilinçli taksir ve olası kast sonucun öngörülmesi bakımından değil, sonucun kabullenilip kabullenilmemesi bakımından birbirinden ayrılmaktadır.²⁴⁶

Kavramın anlaşılması için şöyle diyebiliriz; Taksir veya eski tabiriyle basit taksirde fail; sonucu öngörmüyor ve istemiyor; bilinçli taksirde sonucu öngörür fakat

²⁴³ İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.241.

²⁴⁴ Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.415.

²⁴⁵ Hakeri, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006, s.43.

²⁴⁶ Yıldız, Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.35.

istememez, olası kastta ise sonucu öngörür ve sonucu olursa olsun diyerek kabullenir. Bu nedenle sonucu kabullenip kabullenme açısından olası kast ile bilinçli taksir birbirinden ayrılmaktadır.²⁴⁷

Kanaatimizce olası kast bilinçli taksirin üstü ile kastın aşağısındadır. Kanunumuzda da nitekim kastın cezası olası kasttan fazla olup, olası kastın cezası da bilinçli taksirden fazladır.

Suç işleyen failin asıl sonucu meydana getirmek üzere fiilde bulunarak asıl amacına ulaşmak için ikinci olarak meydana gelebilecek sonuçları öngörerek göze alması ve kabullenmesiyle istediği asıl sonuca yönelik fiilini gerçekleştirmesi halinde oluşan ikincil neticeler açısından olası kast ile hareket ettiği kabul edilmektedir.²⁴⁸

Olası kastta, suçu işleyen gerçekleşeceğini muhtemel gördüğü sonuçları önceden düşünmüştür; burada kastın birinci ögesi olan bilme ögesinden söz edilmektedir. Olası kastta, ikinci derecedeki sonuçların da gerçekleşmesini istenmektedir.²⁴⁹

Doğrudan kast ile olası kastın arasındaki fark isteme unsurunda ortaya çıkmaktadır. Olası kastta maddi unsurların gerçekleşmesine yönelik olan irade, doğrudan kastta olan ölçüdeki gibi değildir. Olası kastın özellikle bilinçli taksirden ayrılması bakımından çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Özetle olası kast kavramı, suçun yasal tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen bu unsurların meydana gelmesinin kabullenilmesi şeklinde tanımlanmalıdır.²⁵⁰

Öteki kast çeşitlerine göre olası kastta kusur ve haksızlık içeriği, doğrudan kasta nazaran daha zayıftır. Olası kastla fiilde bulunan fail sonucu oluşturmak için çaba göstermemiş ve sonucun meydana geleceğinden de emin olmamıştır.²⁵¹

Olası kastta, fail tipik fiili gerçekleştirecek tehlikeli bir durumun varlığını bildiği gibi, bu tehlike suçu işleyen tarafından nazara alınmamaktadır. Suçun sonucu

²⁴⁷ Hakeri, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, s.43.

²⁴⁸ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 8. Basım, İstanbul 1983, s.240.

²⁴⁹ Dönmezer/Erman, s.240.

²⁵⁰ Sözüer, s.22-23.

²⁵¹ Yüce, Turhan Tufan; Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa 1982, s.333.

fail için çok önemlidir ve o sonuca ulaşmak için diğer sonuçlar fail tarafından kabul edilmiştir.

Fail bakımından amacı oluşturan sonucun gerçekleşmesi için başka bazı sonuçların daha gerçekleşeceği belirlenmiş, bundan başka, fail fiili gerçekleştirmiş ise, bu sonucu da fail istemiş anlamına gelecektir.⁴⁹

3- Taksir

Kast-taksirin ayrım geçmişi Roma hukukuna kadar dayanmakta olup, orta çağ İtalyan hukukçuları vasıtası ile Carolina'ya, oradan da müşterek hukuka gelmiştir. Yakın yüzyıl içinde trafik suçlarındaki artış, endüstrileşme ve tıbbi müdahale imkânlarının gelişmesi sebebiyle taksirli suçların uygulamada büyük önem kazandığını söylemek mümkündür. Klasik öğreti taksiri kastla beraber kusurluluk içerisinde ele alır. Bugün genellikle taksirli suçların haksızlığının, salt belirli bir sonuca neden olma dışında bazı özellikler taşıdığı, taksirin yalnızca bir kusurluluk problemi olmadığı konusunda bir kabul vardır. Yani taksir, sadece kusurluluk şekli değil, aynı zamanda bir haksızlığı da ifade etmektedir.²⁵²

Taksirli suçlar denildiğinde, şahsın yapması gereken özeni göstermemesi nedeniyle sonucun oluşması durumu olarak tanımlanmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.22/2 ye göre taksir şöyle tanımlanmıştır: *“Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir*

Ceza kanununda taksirli suçların en belirgin özelliği, isteyerek yapılan hareketin varlığı ve yasal tanımda yer alan unsurlardan birinin “öngörülmemiş olması” şeklinde ortaya çıkar.

Fakat bu öngörmemenin, “gerekli dikkat ve özen yükümlülüğü”ne dikkate alınmamasından dolayı ortaya çıkması söz konusudur. Burada özen sorumluluğu önemlidir. Özen sorumluluğunun temelini toplumda hayatının beraberinde getirdiği davranışlar meydana getirmektedir.

İnsanların toplu yaşarken birtakım kurallara uymak konusunda özen göstermek, dikkat etmek gibi sorumlulukları bulunmaktadır. Bu kaideler, yazılı hale

²⁵² Öztürk/Erdem, s.287.

getirilmiş olabileceği sözlü de olabilirler. Özen sorumluluğunun kaynağı yazılı kanunlar olabilir. Bu sorumlulukların yazılı kanunlardan değil de, ortak hayat tecrübeleri sonucu meydana gelen kurallar da olabilir.²⁵³

İstenen sonucun öngörülmesi ve fakat istenmemesi durumunda ise bilinçli taksir konusundan bahsedilecektir. Bilinçli taksirde sonuç öngörülmekte, fakat fail sorumluluklarına aykırı olarak sonucun oluşmayacağına güvenmektedir. Yasaya göre, sonuç istenmemektedir.²⁵⁴

Ceza Kanunumuzun 23.maddesine göre; Bir fiilde kastedilenden daha ağır veya başka bir sonucun meydana gelmesine sebebiyet vermesi halinde, kişinin bu ağır veya başka sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gerekecektir ²⁵⁵ Örneğin hafif şekilde yaralamak isterken gözünün görme yeteneğini kaybetmesi gibi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 85/1. maddesine baktığımızda; taksirle öldürmenin basit şekli e düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denilmektedir.

E- Doğrudan Kast ve Olası Kastla İnsan Öldürme Suçlarına Bakış

Fail olası kastta suçun sonucunu öngörmekte fakat doğrudan kasttan farklı olarak sonuç doğrudan istememektedir. Fakat fail her ne kadar sonucu istememekte ise de bu sonucu kabullenmekte asıl sonuca ulaşmak için buna razı olmakta ve bir diğer ifadeyle asıl sonuca giden yolda diğer sonuçların olabileceğini öngörmesine rağmen bunlara kayıtsız kalarak bir şekilde asıl sonuca varmaktadır.²⁵⁶

Uygulamada olası kast ile doğrudan kast bazen yanlış olarak uygulandığı için bu açığı Yargıtay kapatmaya çalışsa da kanımızca; olası kast kavramı kanunumuzda daha açık ve gerekirse hangi suçlarda olası kast olacağı konusu aydınlığa kavuşturulmalı ve böylece uygulamadaki aksaklıklar giderilerek yargı hızlanmış olacaktır. Çünkü Yargıtay bozmaları sonucu tekrar yeniden yargılanıp tekrar temyiz

²⁵³ Sözüer, s.23.

²⁵⁴ Sözüer, s.23

²⁵⁵ Sözüer, s.23

²⁵⁶ Bakıcı, Sedat; “5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2007, s.305.

aşamalarını düşündüğümüzde uzun bir süreye sirayet ettiğini söylemem mümkün olacaktır.

Fiille sebep arasında bir bağ olmazsa fail bu kasten öldürme suçundan sorumlu tutulamaz.²⁵⁷ Doğrudan kastla adam öldürme suçunda hedef belirli iken, olası kastla ise adam öldürme suçunda hedef belirsizdir, belli kişilere rastgele ateş etme olaylarında fiilin olası kastla gerçekleştiği kabul edilmelidir.

F- Bilinçli Taksir ve Olası Kast İle İnsan Öldürme Suçlarına Bakış

Birbirlerine yakın kavramlar olsalar da, olası kasıt veya bilinçli taksir ile hareket eden kişilerin psikolojik durumları arasında farklı durumlar olması nedeni ile bunlar için değişik yaptırımlar öngörülmüştür. Bilinçli taksirde fail, neticenin meydana gelmesini istemez, gerçekleşmemesi için gerekeni yapar ve gerçekleşme imkân ve ihtimalinin varlığını kabul ettiği durumda artık hareketi yapmaktan vazgeçer.

Olası kastta ise, fail fiilin kanuna aykırı sonuç oluşturacağını önceden öngörmekle beraber, oluşması mümkün ve muhtemel sonuç onu fiili yapmaktan alıkoymaz. Kısaca, fail sonucun oluşmasını doğrudan istememekte ancak bunu kendisi kabullenmektedir.

Somut olayda fiilin olası kast mı bilinçli taksir mi ile işlendiğinin tespiti olayın kendine özel şartları çerçevesinde değerlendirilmeli ve buna göre bir araştırma yapılmalıdır Yargıtay'ın kararlarında da bu şekilde davrandığı ve her olayın kendi dinamiklerine göre incelediği görülmektedir.

Olası kast ve bilinçli taksir birbirlerine oldukça yakın kavramlardır. Bu sebeple olası kast ve bilinçli taksir ayrımı yapılırken gerekli özen gösterilmelidir. Özellikle uygulamada bu duruma Mahkemelerce özel önem verilmedi.

Bilinçli taksirde fail, sonucun oluşmasını istemez, sonucun olmaması için yapması lazım gelen fiili yapar ve gerçekleşme ihtimalinin varlığını gördüğü durumda hareketi yapmaktan vazgeçer. Olası kastta ise, fail davranışının kanuna aykırı sonuç oluşturacağını öngörmekle beraber, fail neticenin oluşmasını doğrudan istememekte ancak bunu kabullenmektedir.

²⁵⁷ Avcı, s.91.

Olası kast ve bilinçli taksir kavramları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Olası kast ve bilinçli taksir kavramları kanunda tanımları birbirine benzer ifade edilmektedir. Olası kast ve bilinçli taksire ilişkin net tanımlar yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

G- Basit Taksir ve Olası Kast İle İnsan Öldürme Suçlarına Bakış

Ceza hukukunda taksir ve kast konularına farklı bakışlar Roma Hukukuna kadar uzanmaktadır. Taksir, uzun bir zaman boyunca ikinci planda kalmıştır. Fakat son yüzyılda, teknolojinin hızla gelişmesiyle durum farklı bir hal almıştır. Bazı durumlar taksir konusunun önemini zaman içinde arttırmıştır.

Örneğin trafikte her gün çok sayıda taksirle öldürme ve yaralama olayları meydana gelmesi, tehlikeli bazı ürünlerin üretilmesi, fabrikaların açılması ve bunlar sonucunda insan ölümlerinin artması taksirli suçların uygulamasını arttırmıştır.²⁵⁸

Uygulamada iki durum halinde de sosyal hayatın kurallarını çiğneme söz konusu olmaktadır. Kastta bu kurallar bilinerek ve istenerek çiğnenir. Taksirde ise, önemsemezlik, dikkatsizlik, umursamazlık bu kuralların ihlal edilmesine neden olur. Toplumsal düzene aykırılık iki kusur türünün de ortak özelliğidir.²⁵⁹

Kast ile taksiri ayırma konusunda “Frank Formülü“ vardır. Buna formüle göre; fail sonucun oluşacağını kesin olarak bilseydi bu rağmen hareketi yapar mıydı? Cevap evet ise kast, hayır ise taksir söz konusudur.²⁶⁰ Bize göre sonucu öngörüp isteme iradesinin olup olmamasına göre kast-taksir ayrımı yapmak daha doğrudur.

Öldürme fiilinin olası kastla mı yoksa basit taksirle mi gerçekleştirildiğinin saptanması olayın somut şartları incelenerek somut olayın şartlarına göre tespit edilmelidir. Olayda failin suçu işleyiş şekli, hazırlık hareketleri, kişisel özellikleri bir bütün olarak değerlendirilmeli ve failin hareketleri bu çerçevede nitelendirilmelidir.

Eğer failin tüm özellikleri ve suçu işleyiş biçimi bize failin her ne olursa olsun o suçu işleyeceğini diğer tüm yan sonuçları kabullendiğini gösteriyorsa olası kast, yan sonuçların meydana gelmeyeceği hususunda gerekli dikkat ve özeni göstermeden suçun sonuçlarının meydana gelmesine sebep oluyorsa taksirle hareket

²⁵⁸ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.190.

²⁵⁹ Yüce, Turhan Tufan; Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa 1982, s.336.

²⁶⁰ Yüce, s.337.

etmiş denilmesi mümkün olacaktır.

H- Değerlendirme

Kasten öldürme suçu insanlık tarihiyle beraber bu güne gelmiş suçtur. Sosyal hayatın temel ögesi olan insanın yaşaması, hayat hakkının etkili ve güçlü bir şekilde korunmasıyla mümkündür. Bir kimsenin hayat hakkı yoksa diğer tüm haklar bir anlam ifade etmeyecektir. Bu nedenle kasten öldürme suçlarının cezası kayıtsız kalmamalı ve caydırıcı olması gerekmektedir.

Kasten öldürme suçu ile korunan hukuksal fayda, hayattır. Hayat hakkı haklar hiyerarşisi içinde en üstte yer alır. Bu sebeple ceza hukuku ilk önce bu hakkı korumak mecburiyetindedir.

Suçun yapısı içerisinde fiilin haksızlığına esas oluşturan ve cezalandırılabilir bir davranışı karakterize eden unsurlara tipiklik adı verilir.

Bu anlamda tipiklik cezayı gerekli kılan ve cezaya layık özel bir biçimi, yani haksızlık tipi oluşturur. Örneğin, hırsızlık (TCK m.41) yağma (TCK m.148) ve kasten yaralama (TCK m.86) birer haksızlık tipidir. Tezimizde TCK m.81’de yer alan kasten öldürme suçunun tipiklik unsurları incelenmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde kast, kastın çeşitleri üzerinde durulmuştur. Taksirli suçlar incelendikten sonra kast ile taksir arasındaki ilişkilere de yer verilmiştir.

II- KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASI

Haksız tahrik durumunda failin iradesi üzerindeki kontrolü azalmaktadır. Bu durumda, hukuka uygun olmayan bir hareketin oluşturduğu hiddetin tesirindeki kişi suç işlemekten kendisini alıkoyamaz.²⁶¹

Araştırma konusu yaptığımız suç çeşidi açısından eğer fail haksız bir fiilin oluşturduğu hiddet veya şiddetli fiilin tesiri altında kasten öldürme suçunu işlemişse cezası 29. madde uyarınca indirilerek uygulanacaktır.

Ayrıca Yargıtay 1. CD 05.06.2013, tarihli 2013/1141 Esas, 2013/4229 Karar

²⁶¹ Özgenç, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s.412.

numaralı, kararında görüleceği üzere haksız tahrik indirimi somut olayın şartlarına göre belirlenmiştir. Şöyle ki, “Sanık H. ile maktul M.’nın, H.’in ağabeyinin işyerinde tanıştıkları, maktulün bu tarihlerde on iki yaşında olan H.’i kandırıp onunla para karşılığında cinsel ilişkiye girdiği, bu olaydan bir hafta sonra maktulün H.’i aynı şekilde kandırarak tekrar cinsel ilişkide bulunduğu, rahatsız olan H.’nin maktule, kendisiyle ilişkiye girmek istemediğini söylediği, ancak maktulün H.’i, "eğer yapmazsan olanları herkese anlatırım, seni tüm C.’ye rezil ederim" demek suretiyle zorlayarak değişik tarihlerde bu şekilde cinsel ilişkiye girmeye devam ettiği, H.’e ait adli raporda kronik livatayla uyumlu bulguların tespit edildiği, olay günü H.’in çalıştığı işyerine gelen maktulün onu yine cinsel ilişkide bulunmak üzere civardaki bir cami tuvaletine çağırdığı, maktulün H.’i tuvalet kabininin içinde beklediği, kabine giren H.’in maktule cinsel ilişkiye girmek istemediğini söylediği, ancak maktulün tekrar aynı şekilde zorlamada bulunduğu, bu sırada tuvalete başka bir şahsın girmesi üzerine yakalanmaktan korkan maktulün, tuvaletin musluğunu açarak arkası H.’e dönük olacak şekilde yere çömeldiği, suça sürüklenen çocuğun üzerindeki bıçakla maktulün boyun ve ense bölgelerine vurarak onu öldürdüğü olayda; maktulden kaynaklanan haksız tahrik oluşturan fiillerin niteliği dikkate alındığında, cezanın 18 yıldan 12 yıla kadar indirilmesini öngören T.C.K.nun 29. maddesi uyarınca, azami oranda bir indirim yapılması gerekirken 14 yıl hapis cezası belirlenmek suretiyle fazla ceza tayini yapıldığından bozduğu görülmektedir. Burada Yargıtay tahrikin ağır olduğunu ve daha fazla indirim yapılması gerektiğini örneklerle açıklamak suretiyle yargılamayı yapan hâkimlere yol gösterme amacı gütmektedir.

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu’nda ağır tahrik hafif tahrik ayrımı ortadan kaldırılmış ve cezanın azaltılmasında hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Maddenin gerekçesinde bu durum, “Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu’nda yer alan basit ve ağır tahrik ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Tahrik durumunda öngörülecek ceza açısından alt ve üst sınırlar kabul edilerek olayın özelliğine göre uygulamada takdir imkânı tanınması hedeflenmiştir. Hâkim tahrikin ağırlık miktarına göre uygulanacak indirimi belirleyecektir. Bu indirimin söz konusu olabilmesi için haksız fiilin bir hiddet ya da şiddetli elem etkisi yaratabilecek nitelikte olması gerekecektir. Bu sebeple böyle bir etkiyi meydana getirebilecek nitelik taşımayan haksız fiiller açısından bu hüküm uygulanamayacaktır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Failin haksız bir hareketin etkisi altında kasten öldürme suçunu işlemesi halinde cezasının indirilmesi yoluna gidilmelidir. Haksız tahrike ilişkin unsurlar meydana gelmemişse yargıç cezada indirim uygulayamaz. Daha önce belirtildiği gibi haksız tahriki teşkil eden fiili bizzat faile yönelmiş olması gerekmez. Üçüncü kişilere yapılan haksız fiillerde diğer unsurlarında olması şartıyla maddede sağlanan indirimden faydalanabilirler.

Karşılıklı tahrik halinde ise; Yargıtay, karşılıklı tahriklerin somut olaya göre değerlendirilmesini ve dengenin kimin aleyhine ya da lehine bozulduğunun tespit edilmesini ve bu doğrultuda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.²⁶²

Yargıtay, sanığın ensesine vurması üzerine tartışmanın kavgaya dönüştüğü ve tarafların birbirleri ile alt alta üst üste yumruklaşarak kavgayı sürdürdükleri sırada sanığın ruhsatlı olduğu tabanca ile mağdura üç el ateş ederek öldürdüğü mahkemece kabul edilen haksız hareketin, öldürme suçlarında fakat Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinin uygulanmasını gerektirecek nitelikte olup olaydaki darp ile hakaretin ağır ve şiddetli tahriki oluşturmayacağına karar vermiştir.²⁶³

A- Genel Olarak

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, suçların çoğu telaş ve heyecan içindeyken işlenir. Fakat çoğu zaman heyecan hallerinin cezanın düşürülmesine veya ortadan kaldırılmasına bir tesirinin olduğundan bahsedilmez. Çünkü heyecan halinin, kusuru ortadan kaldırdığından bahsedilebilmesi için, failden kaynaklanan bir durumun olması gerekir.

Failin esaslı bir durumdan kaynaklanmayan heyecanı, kural olarak iradeyi etkilemez. Bu durumlarda fiil bilerek ve istenerek yapılmıştır kastidir; durum failin kontrolü altındadır.²⁶⁴ Kanunu incelediğimizde de, Türk Ceza Kanunu'nda hiddet ve şiddetli elem etkisi altında işlenen fiillerde, olayların meydana getirdiği atmosferin faili kontrol ettiği, failin irade yeteneğinin duruma göre şekillendiğini doğru bulduğunu görmekteyiz.

²⁶² Önder, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.325.

²⁶³ Yargıtay CGK.'nun 25.9.1978 gün ve E.1-217, K.291 sayılı kararı.

²⁶⁴ Erel, Kemalettin; "Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi", Adalet Dergisi, Ocak 2001, S.6, s.169

Bu kapsamda ifade etmek gerekirse, failin kusuru olmadan, başkasının hareketine tepki mahiyetinde suç işlenmesi durumunda haksız tahrikten bahsedilir.

İlk olarak heyecanın ve ceza hukukundaki etkilerinin açıklanması konunun anlaşılması için yerinde olacağı kanaatindeyiz. Heyecan, birden ortaya çıkan duygu yüklü bir hal, dış dünyadan gelen fiillere bünyesinin cevabı olarak ifade edilmektedir. Heyecan, öfke, Korku, şaşkınlık, gibi hisler bu kategoride kabul edilmektedir. İnsanlar bu hislerim etkisi altındayken, iradesini kontrol etmekte zorluk çekmektedir. Kendilerine haksız davranıldığını düşünmekte ve intikam alma güdüsüyle hareket etmektedirler.²⁶⁵ Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, burada failde beliren tahrik durumu, failin davranışları düşünce yapısı ve iradesi üzerinde bir etki yaratmaktadır. Fail tahrik nedeniyle, iradesi dışında, heyecanın oluşturduğu, kendisine haksız bir davranış sergileyenden öç alma isteği ile hareket etmektedir. Kendi iradesinin dışında, başka birinin haksız davranışına karşılık olarak, tepki suçunu işlemektedir.²⁶⁶

Kanun koyucu tarafından bu durum da suçlunun irade yeteneği etkilendiği için cezada indirim yapılmasını gerekli görülmektedir.

Hukuka aykırı fiilin insan üzerindeki etkisi gündelik yaşantımızda fazlasıyla karşılaşılan normal durumdur bu sebeple de ceza hukuku haksız tahrik kurumuna karşı kayıtsız kalamamış kanunda yerini almıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun m.29'da hukuka aykırı bir davranıştan dolayı meydana gelen hiddet veya şiddetli elemin tesirinde suçun işlenmesi cezayı azaltan bir hal olarak yer almıştır. Açıkça anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, öfke ve ağır bir üzüntü şeklindeki heyecan hallerinde failin iradesi üzerinde kontrol durumunun azaldığını kabul etmektedir.

Bir suç işlenmiş ise, içinde bulunulan heyecan, failin durumunu kötüleştiren onu suça yönelten bir haldir. Kanun koyucu heyecan sebebiyle failin irade yeteneğinde bir değişim olduğunu kabul etmektedir. Heyecan hususunda daha az ihtilafli olan konu, bunun tamamen bir cezalandırma sebebi olup olmadığı veya cezayı arttırıcı bir sebep olup olmadığıdır.

²⁶⁵ Demirbaş, Timur; Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul 1985, s.27 vd.

²⁶⁶ Aydın, Devrim; "Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik", AÜHFHD 2005, C.54, s.226.

Bu taraftan baktığımızda, intikam, nefret, kıskançlık gibi heyecan durumlarının bir anda meydana gelen faili etkisi altına alan hislerin daha çok hafifletici sebep veya cezayı azaltan sebep olarak nitelendirildiği görülmektedir. Birden oluşan saldırgan bir harekete veya haksızlık içeren saldırıya karşılık gösterilen kendini koruma ve savunma fiili öfke, korku veya kızgınlık neticesinde ortaya çıkmaktadır. Sözgelimi; failin aniden evinde bir ses işiterek diğer odaya gitmesi neticesinde hırsızlığı görmesi üzerine şaşkınlık, korku ve kızgınlık duyguları içinde zor kullanmış olması mümkündür.²⁶⁷

Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, durum ceza hukukunda hâkimin rolünden çok, gerçeği açığa çıkarmak için psikiyatri ya da psikoloji biliminin yardımlarını gerektirmektedir.²⁶⁸

B- Kasten Öldürme Suçunda Haksız Tahrik İndirimi

Bu başlık altında kasten öldürme suçunda haksız tahrik kurumunu Yargıtay Kararları ışığında değerlendireceğiz. İnsan öldürmenin cezası 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 81 madde de belirtilmiştir. Buna göre “Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” Ancak; eğer insan öldürme fiilinde haksız tahrik mevcut ise belirli indirimler uygulanacaktır. Yapılacak indirimler takdirli indirimler olsa da indirim yapılmadan verilecek bir ceza kararı Yargıtay tarafından bozulabilecektir.

Örnek olarak bir Yargıtay Kararında, sanık annesine karşı, şiddet fiili uygulayıp, annesinin kafasına sopa ile vuran babasını öldürmüştür. Yerel Mahkeme sanığın kasten adam öldürme fiilini işlediğini tespit etmiş ancak; indirim uygulamamıştır.

Yargıtay, Ağır ve Haksız Tahrik sebebiyle işlenmesi nedeniyle cezanın asgari düzeyde indirim yapılarak uygulanması gerektiğini, annesinin şiddete uğradığını, kafasına sopa ile vurulduğunu gören bir evladın hareketine verilecek cezanın haksız tahrik sebebiyle indirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

²⁶⁷ Kazancı, Behiye Eker; Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2013, s.1309-1357 (Basım Yılı: 2014), s.1311.

²⁶⁸ Kazancı, s.1312.

C- Haksız Tahrik ve Tasarlayarak İnsan Öldürme Suçunun Birlikte Uygulanması

Tasarlama; failin suç işlemeye karar vermesinden sonra suçun işlenmesine kadar geçen zamanda suçu nasıl işleyeceğini düşünmesi plan yapması ve bu plan çerçevesinde hareket etmesidir. Şahsi ağırlaştırıcı bir sebep olan tasarlama ile tahrikin beraber uygulama alanı bulup bulmayacağı ihtilaflı bir konudur.

Haksız tahrik genel olarak cezayı hafifleten bir neden olarak düzenlenmişken, tasarlama ise genel cezayı arttırıcı nitelikli bir durum olarak ele alınmıştır.

Uygulamadaki ceza kanununda madde 82/1 ifade edilen tasarlayarak öldürme suçunu gerçekleştiren failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağının saptanması tasarlama fiilinin hukuki niteliğini belirlenmesiyle alakalıdır. Doktrinde tasarlama kavramının açıklanması iki teori kullanılarak yapılmıştır. Bunlar plan kurma ve soğukkanlılık teorileridir²⁶⁹.

Tasarlama kavramını ilk olarak soğukkanlılık teorisi çerçevesinde incelersek, bir kişinin hayatın olağan akışı içerisinde hem soğukkanlı hem de şiddetli bir üzüntü veya bir öfke içinde bulunup tahrike kapılması olası değildir. Fakat tasarlama kavramını plan kurma teorisi ışığında incelersek haksız tahrik uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü kişi plan kurma fiilini hiddete ve üzüntüye kapıldığında da gerçekleştirebilir. Görüldüğü gibi plan kurma teorisi kabul edildiğinde haksız tahrik indirimi uygulanabilecek buna karşılık soğukkanlılık teorisi kabul edildiğinde indirim uygulanamayacaktır.

Yargıtay tasarlama ve haksız tahrikin bir arada uygulamaktadır. Yargıtay'ın bir kararında "sanık Akın'ın, 1998 yılında dedesi K'yi öldüren maktul E'ı uzun süre tutuklu kalıp tahliye olduktan ve olayın üzerinden ortalama 8 yıl geçtikten sonra silahla öldürdüğü olayda, sanığın intikam almak görev bilinciyle hareket etmediği, yerleşik Yargıtay içtihadına göre öldürenin öldürülmesinin kan gütme saikini oluşturmayacağı hususu vurgulanmış, Sanık Akın'ın dedesinin maktul tarafından öldürülmesinin sanık bakımından haksız tahrik oluşturacağının belirtildiği

²⁶⁹ Doktrinde çeşitli görüşler için bkz. Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.59; Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, no.37; Tezcan/Erdem/Önok, s.147.

görülmektedir.”²⁷⁰

Tasarlamanın hukuki niteliği doktrinde soğukkanlılık teorisi ile açıklandıktan sonra, haksız tahrik uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir. Fakat burada soğukkanlılığın nitelendirilmesi önemlidir. Tezcan/Önok’a göre tasarlama için bir miktar zaman geçmesi ve failin suç işleme kararının kesin olması gerekir. Soğukkanlılık suçun işlenmesi anında değil, suç işleme kararında ısrar etme olarak anlaşılmaktadır.²⁷¹ Soğukkanlılık bu kapsamda değerlendirilince haksız tahrik ve tasarlamanın beraber uygulanabilmesi mümkün hale gelecektir.

D- 765 Sayılı Mülga TCK’da Hafif ve Ağır Tahrik Ayrımı Konusundaki Görüşler ve Yeni 5237 Sayılı TCK’daki Son Durum

Haksız tahrikin muhtelif suç kurumlarıyla ilişkisi vardır. Bunları aşağıdaki şekilde sınıflandırabiliriz. Tez çalışma konumuz olan Kasten öldürme suçunda haksız tahrikin, konunun bütünlüğü içinde daha iyi anlaşılması için, diğer suç kurumları ile haksız tahrik üzerinde de durulması gerekir.

- 1-Taksirli Suçlar ve Haksız Tahrik,
- 2- Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar ve Haksız Tahrik,
- 3- Zincirleme Suçlar ve Haksız Tahrik,
- 4- Kesintisiz Suçlar ve Haksız Tahrik,
- 5- Şekli Suçlar ve Haksız Tahrik,
- 6- Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda haksız tahrik,
- 7- Olası kastla öldürme suçunda haksız tahrik,
- 8- Kasten öldürme suçunda haksız tahrik,
- 9- Kasten öldürme suçunda haksız tahrik indirimi

Haksız bir fiil karşısında failin tepkisini oluşturan fiilin nasıl bir suç olması gerektiği başka bir ifadeyle söylemek gerekirse; hangi suçlarda haksız tahrikin kabul edileceği hususu tartışmalıdır.

²⁷⁰ Yargıtay, 1. C.D.’nin 07.10.2009 tarihli ve 2009/7856 E., 2009/5711 K. sayılı kararı.

²⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.150.

1- 765 Sayılı Mülga TCK'da Hafif ve Ağır Tahrik Ayrımı Konusundaki Görüşler

Tahrîki oluşturan haksız fiil, içerdîği şiddetin derecesine göre fail de her zaman aynı tesire sebep olmaz. Tahrîki meydana getiren haksız fiil içeriğine göre şiddetli ve daha az şiddetli olabileceği gibi faili, etkisi altında bulundurarak suç işlemeğe sevk eden gazap ve elem de failin ruhu üzerinde daima aynı etkiyi oluşturmaz, bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Mağdurun her zaman aynı şiddette kusuru olmadığından failin fiil hâkimiyetini de her olayda aynı şekilde etkilemez.

Önemli olan, husus haksız hareketin failin iradesi üzerinde yapacağı olumsuz tesirlerle irade yeteneğini sarsarak fiili işlemeye sürüklemesidir.²⁷² Failin fiil hâkimiyetini etkileyen haksız tahrikin ne zaman hafif, ne zaman ağır olduğunu tespit etmek, gerekçe göstermek şartıyla, hâkimin takdirindedir.

a- Ayrıma Gerek Olmadığı Görüşü

Bu görüşte olanlara göre, Tamamen sübjektif olan bu ayrıma takdir etmek için gerekli kriterler tam olarak tespit edilemediğinden ayırım konusunda ulaşılmaması hedeflenen amaca yaklaşmak güçtür. Hâkimin takdirinde ne kadar gerçeğe yaklaştığını tam manasıyla belirlenemez.²⁷³

Bu nedenle tahrîki suni bir sınıflandırma yoluyla yerine tespit edilmesi ve kesin sınırlarının çizilmesi oldukça zor olan bu ayırımın 1958 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısında olduğu gibi kaldırılarak hâkime olayın özelliklerine göre belirli sınırlar içerisinde cezayı tayin imkânı verilmesi yerinde olacaktır.²⁷⁴ Tahrik ayırımının tespiti uygulamada oldukça zor olan bir yoldur.

2004 tarihli son tasarıda da; “tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir imkânı tanınmasının amaçlandığı” belirtilmiş ve bu tasarı doğrultusunda kabul edilen

²⁷² Duran, s.174.

²⁷³ Gürelli, s.340.

²⁷⁴ Demirbaş, s.14.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 29. madde düzenlemesindeki değişlikle bu ayırım Türk Ceza Kanunundan kaldırılmıştır.

b- Uygulamada Hafif Haksız Tahriki Meydana Getiren Fiiller

Tahrik derecesinin hangi ölçütlere göre saptanacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay'ın olaylara yaklaşımı bakımından ağır tahrik-hafif tahrik ayırımına ilişkin kararlarını, yürürlükteki haksız tahrik müessesesindeki aşağı ve yukarı sınırların tespitinde kolaylık olması açısından irdeleyecek olursak; 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'na göre hafif tahrik sayılan bazı durumlar şöyledir:

aa- Aşağılayıcı Sözler veya Alaycı Tavır ve Hareketler

Adi tahrik oluşturan haksız fiillerin mutlaka bir suç tipinde bulunması gerekmez. Örneğin, Ceza Genel Kurulunun 8.10.1990 tarihli ve 1-203 esas, 208 karar numaralı kararında ölenin sanığa "yavrum" şeklindeki hitabı aşağılayıcı kabul edilmiştir. Bundan da anlaşılacağı üzere fiilin herhangi bir suç tipinde belirtilmesine gerek yoktur somut olay bakımından değerlendirme yapılacaktır.

bb- Hakaret ve Sövme veya Tehdit Meydana Getiren Sözler

Yargıtay kararlarında; "maktulün; bir gün önce üvey kardeşi olan sanığa, ne yaptın çaldığın paraları senin gibi kardeş olmaz olsun demesi"²⁷⁵, bunu sana koymayacağım"²⁷⁶,

"mağdur Mehmet'in sanıklara küfür etmesi olayın nedeni olarak kabul edilmiş olması durumuna göre, sanık Atilla'nın mağdur Mehmet'i yaralamasından kurulan hükümde sanık lehine"²⁷⁷ hafif haksız tahrik halleridir.

cc- Önemli Boyutlara Ulaşmayan Fiiller

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51/1. maddesinde yer alan adi tahrik indirim nedeninin uygulanmasını gerektiren etkili fiiller genellikle silahla olmayan, mağduru hayatsal tehlikeye sokmayan; tokat atma, yumruklama, odunla vurma, 5-7 gün gibi kısa bir süre için mağduru iş ve gücünden alıkoyacak fiillerdir.²⁷⁸

²⁷⁵ Yargıtay CGK.'nun 27.4.1981 gün ve E.1, K.72-153 sayılı kararı.

²⁷⁶ Yargıtay CGK.'nun 9.2.1987 gün ve E.501, K.49 sayılı kararı.

²⁷⁷ Yargıtay 1 CD.'nin 21.5.1991 gün ve E.727, K.1372 sayılı kararı.

²⁷⁸ Yargıtay CGK.'nun 9.2.1987 gün ve E.501, K.49 sayılı kararı.

Yargıtay kararlarında, “maktulün, sanığa odun atmaktan ibaret fiili”²⁷⁹, “sanığın iş ve gücünden kalmayacak biçimde tokatla dövülmesi”²⁸⁰, “Sanığın üzerine atılan suçu, öldürülenin yengesi ve yeğenini haklı bir nedene dayanmayarak dövmesinden kaynaklanmasına göre öldürülenden gelen darp”tan ibaret haksız hareketi”²⁸¹, “mağdurdan gelen tokat vurma fiili”²⁸² gibi fiiller hafif haksız tahrik halleri olarak görülmüştür.

dd- Ahlaka ve Sosyal Değerlere Aykırı Hareketler

Bu tür davranışlar önemli derecelere varmayan ve nadiren görülmüşse adi tahrik nedeni kabul edilmektedir. Sosyal değerlere, ahlaka, örf ve adetlere karşı olan hareketlerin hukuka uymayan hareketler olduğu, dolayısıyla bunlara maruz kalıp da öfke veya üzüntünün etkisiyle suçu gerçekleştiren sanıklar bakımından Türk Ceza Kanunu’nun “nın 51/1. Maddesinin uygulanması gerektiği, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında mevcuttur.”²⁸³

Bu bakımdan; söz atma, evlilik sadakatiyle bağdaşmayan söz ve davranışlar, sarkıntılık gibi davranışlar adi tahrik kapsamında değerlendirilmelidir.²⁸⁴

Yargıtay kararlarında; “müştekinin ... leğene mi tapıyorsun ... şeklindeki dini duyguları rencide eden olumsuz sözlerinin”²⁸⁵, “inşaat müteahhitliği yapan sanığın, anlaşmazlık konusu edilen kendi inşaatına ait doğrama işlerini yapmayı üstlenen V. M.’in doğrama bedelinin tümünü aldığı halde bir kısmını yaptıktan sonra taahhütlerinden kaçınması”²⁸⁶, sanığın yasa dışı birleşme ile ortak hayatını sürdürdüğü eşini banyo penceresinden izleyen mağdurun davranışı”²⁸⁷ hafif haksız tahrik halleri olarak kabul edilmesi uygun görülmüştür.

²⁷⁹ Yargıtay 1.CD.’nin 29.8.1988 gün ve E.4554, K.4167 sayılı kararı.

²⁸⁰ Yargıtay CGK.’nin 29.9.1980 gün ve E.198071-205, K.1980/304 sayılı kararı.

²⁸¹ Yargıtay CGK.’nin 9.2.1987 gün ve E.492, K.47 sayılı kararı.

²⁸² Yargıtay 1.CD.’nin 31.10.1985 gün ve E.3283, K.3750 sayılı kararı.

²⁸³ Yargıtay 1.CD.’nin 1.4. 1980 T.,E:1980/41, K:1980/1453 sayılı kararı.

²⁸⁴ Tutumlu, s.52.

²⁸⁵ Yargıtay 2.CD.’nin 21.1.1993 gün ve E.13416, K.940 sayılı kararı.

²⁸⁶ Yargıtay 1.CD.’nin 26.10.1988 gün ve E.3684, K.3741 sayılı kararı.

²⁸⁷ Yargıtay CGK.’nin 20.11.1978 gün ve E.1/262, K.410 sayılı kararı.

Bu bölümde dikkat edilmesi gereken husus şudur: Sarkıntılık, sövme ve hakaret teşkil eden veya aşağılayıcı, küçük düşüren ifadeler, toplumsal değerlere ve ahlaka aykırı fiiller, bireysel davranışlar olmaktan çıkıp belli bir ağırlığa varmışsa artık adi tahrikten değil ağır tahrikin uygulanmasından bahsetmek gerekecektir.²⁸⁸

ee- Mal Varlığına Yönelik Davranışlar

Sanığın bahçesine veya kendi tarlasına hayvanlarını sokmak; “şikâyetçinin ihmali sonucu tarlaya zarar verilmesinin doğurduğu öfke altında yüklenen suçu işleyen hakkında”²⁸⁹, taksirli fiille sanığın aracında hasara neden olmak: “olayda, maktul, dikkatsizlik ve tedbirsizlik ile haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara sebep olduğuna göre sanıklar lehine”²⁹⁰, sanığa başkasının borcunu ödettirmeye çalışmak; Borcunun yanında kayınbiraderinin borcunu da ödettirmek istediği ve aralarındaki kavganın bu sebepten çıktığı anlaşıldığı halde, sanığın adi bir tahrikin etkisiyle suç işlediğini²⁹¹, sanığın bahçesinden kavun çalmak; “sanığın bahçesinden kavun çalan mağdurlara ateş etmiş olmasına rağmen”²⁹² hafif nitelikte haksız tahrik oluşturduğuna karar verilmiştir.

ff- Haksız Fiilin Üzerinden Belirli Bir Süre Geçmesi Durumu

Yargıtay kararlarında, “sanığın karısı ile ölenin ilişkisine ait şüphenin 10 sene önceye dayanması”²⁹³, “mağdurun bir yıl önce sanığın bıçakla yaralamış olmasının olayın nedenini teşkil etmesi”²⁹⁴, “maktulün, olaydan 4-5 sene önce sanıkların evine gidip, sanık İsmail’in eşi, sanık Hayri’nin annesi olan evin kadınının yatak odasına girmek istediği ve sanıkların da bu olayın tesiriyle suçu işledikleri”²⁹⁵ Yargıtay tarafından hafif haksız tahrik halleri olarak görülmüştür

gg- Hakkaniyet Ölçüsü ile Bağdaşmayan Davranışlar

Yargıtay kararlarında; “önceki uyarılara rağmen apartman sahanlığında top

²⁸⁸ Yargıtay 1.CD.’nin 23.6.1981 T.,E:1981/3294, K:1981/1991 sayılı kararı.

²⁸⁹ Yargıtay CGK.’nin 24.12.1990 T.,E:8/340, K:357 sayılı kararı.

²⁹⁰ Yargıtay 4.CD.’nin 18.9.1991 T.,E:5171, K:4999 sayılı kararı.

²⁹¹ Yargıtay 8.CD.’nin 18.6.1991 T.,E:6341, K:7057 sayılı kararı.

²⁹² Yargıtay 1.CD.’nin 7.2.1995 T.,E:4368, K:251 sayılı kararı.

²⁹³ Yargıtay 1.CD.’nin 10.2.1981 gün ve E.581, K.473 sayılı kararı.

²⁹⁴ Yargıtay 1.CD.’nin 27.9.1988 gün ve E.1988/2443, K.1988/3269 sayılı kararı.

²⁹⁵ Yargıtay CGK.’nin 9.12.1991 gün ve E.1/316, K.346 sayılı kararı.

oyunarak gürültü yapmaya devam etme hareketleri”²⁹⁶, “vazifeden çıkıp evine gitmekteyken üç kişinin bir çocuğu kovaladıklarını görüp peşine düşen ve bunlardan birini silahıyla yaralayıp öldüren zabıta memuru olan sanık hakkında”²⁹⁷ gibi hakkaniyet ölçüleri ile örtüşmeyen fiillerde hafif tahrik uygulanmasına karar verilmiştir.

c- Uygulamada Ağır Haksız Tahrik Oluşturan Fiiller

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 51. maddesinin uygulandığı dönemde Yargıtay’ın ağır haksız tahrik olarak kabul ettiği bazı fiiller aşağıdaki gibidir.

aa- Ard Arda Gelen Hareketler

Yargıtay; adi tahriki meydana getiren davranışların zaman içinde devam etmesi halinde genel değerlendirme yapılarak ağır tahrik halinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁹⁸

Fakat Yargıtay’ın bir kararında; “sanığa aynı anda hakaret edip yumruk vuranın, bu haksız hareketi Türk Ceza Kanunu’nun 51/1. maddesinin uygulanmasını gerektirir adi tahrik niteliğinde”²⁹⁹ olduğuna karar vermesi sebebi ile çoğunluk görüşüne katılmayanlar ağır tahrik olarak kabulünü gerektireceğini öne sürerek itiraz etmiş bulunmaktadır.

bb- Kendisine veya Yakınlarına Yönelik Yapılan Ağır Darp Fiileri, Hayatı Tehdit Eden Fiiller, Toplu Saldırıları

Yargıtay’ın konu ile ilgili örnek kararlarında; “tartışmaya sebep olan sanığın, tartışma anında babasının öldürülmesinde”³⁰⁰, ağır haksız tahrik olduğuna karar verilmiştir.

²⁹⁶ Yargıtay CGK.’nin 25.9.1978 gün ve E.1-217, K.291 sayılı kararı.

²⁹⁷ Yargıtay CGK.’nin 23.3.1978 gün ve E.1/306, K.369 sayılı kararı.

²⁹⁸ Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut; Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Malkoç Kitabevi, Ankara 1996, s.338.

²⁹⁹ Yargıtay CGK.’nin 12.12.1994 gün ve E.1/274, K.339 sayılı kararı.

³⁰⁰ Yargıtay CGK.’nin 18.2.1985 gün ve E.1/542, K.101 sayılı kararı.

cc- Kendisine ya da Yakın Akrabalarının Cinsel Dokunulmazlığına Yönelik İşlenen Suçlar

Yargıtay yerleşik kararlarına göre; “Evinin avlusunda bulaşık yıkamakta olan sanığın eşine, maktulün cinsel ilişki teklifinde bulunmak ve sanığa tekme atması gibi fiiller”, “sanığın kız kardeşini evlerinin altında berberlik yapan şahısla ilişki kurup hamile kaldığını öğrenmesi”³⁰¹ ağır tahrik meydana getirir.

dd- Cinsel Bağlılık Onur Namus ve Güvene Aykırı Hareketler

Yargıtay kararlarında; “Evlilik kurumunu ciddiye almayıp, başına buyruk bir hayat içinde olan, bu özlemini kendisini çok seven kırk günlük eşi sanığa da açıklayıp fedakârlık isteyen, bununla da yetinmeyip seni aldatıyorum diyecek kadar ileri giden maktulenin bu ağır ve haksız hareketlerinin sanık üzerinde büyük bir elem ve ızdırıp oluşturacağı doğal olduğundan”³⁰², “maktulenin sanığın eşinin kötü yola düşmesi, uyuşturucu madde kullanmaya alışması evinden kaçırılmasına yardımcı olması”³⁰³ ağır tahrik olarak nitelendirilmiştir.

ee- Konut Dokunulmazlığını Bozan ya da Aile ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Eden Hareketler

Yargıtay kararlarında; “ölenin sanığın kız kardeşinin yatak odasına girerek konut dokunulmazlığını bozması”³⁰⁴, “olay gecesi maktulün sanığın meskeninin mütemmim cüzü olan ahırına girmesinin”³⁰⁵ ağır tahrik olduğu kabul edilmiştir.

ff- Ağır Şekilde Ticari ve Sosyal İtibari Zedeleyecek Ölçütte Haksız Davranışlar

Yargıtay’a göre, “Maktul sanığın firmasında otobüsüyle çalışan şoför, mağdur ise maktulün arkadaşı olup aynı otobüsle yolcu taşımaktadırlar. Maktul ve mağdur sanığın firmasının adını taşıyan otobüse iki hayat kadını bindirip yol boyunca gülüşüp oynamışlar, bu durumdan rahatsız olan yolcular sanığa telefon edip, ona sen gavat mısın, namusu olan bunu yaptırır mı gibi ithamlarda bulunmuşlardır. Yolcuları indirdikten sonra aynı otobüste alem yaparlarken durumu öğrenen sanık, maktul ve mağdurları yakalayıp ilçeye getirmiştir.

³⁰¹ Yargıtay 1.CD.’nin 4.5.1994 gün ve E.1994/387, K.1994/679 sayılı kararı.

³⁰² Yargıtay CGK.’nun 30.9.1991 gün ve E.1/220, K.246 sayılı kararı.

³⁰³ Yargıtay 1.CD.’nin 8.3.1994 gün ve E.1994/444, K.1994/549 sayılı kararı.

³⁰⁴ Yargıtay CGK.’nun 9.5.1988 gün ve E.97, K.203 sayılı kararı.

³⁰⁵ Yargıtay 1.CD.’nin 11.10.1994 gün ve E.1994/2208, K.1994/3227 sayılı kararı.

Maktul ve mağduru işletmenin yazıhanesine götüren sanık burada her ikisini de tabanca kabzasıyla dövmüş bu sırada tabancanın patlaması sonucu başından yaralanan maktul ölmüştür. Maktul ve mağdurun saptanan bu haksız hareketleri sanığın ticari sosyal itibarını sarsacak hatta müşterilerini kaybedip iflasına neden olabilecek boyutta ve yoğunlukta olduğundan³⁰⁶, ağır tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

gg- Tepkide Orantısızlık

Yargıtay kararında belirtildiği üzere; “ilk haksız hareket sanıktan gelse dahi, tepki oransız bir şekilde ağır ise, tahrik ağır kabul edilmelidir. Sanığın basit bir toplama fiiline karşılık onu bıçaklamak sureti ile ağır yaralayan mağdurun tepkisi daha ağır olup, sanığı suçun icrasına sürüklemiştir.

Bundan dolayı, ilk fiilinde haksız da olsa, maruz kaldığı tepkinin çok daha ağır olması durumunda, sanık faydasına haksız tahrikin uygulama alanı bulması gerekmektedir. İncelenen suç konusu olayda, bu haksız tahrikin derecesinin ağır olduğu net olarak bellidir.”³⁰⁷

hh- Sorumluluğundaki Mal Varlığına Yönelik Haksız Fiiller

Yargıtay bir kararında; “Çobanın, otlattığı sürüden koyun çalmaya girişen, mağdura sopa vasıtası ile vuran, onu öldürmeye çalışan sanığın uğradığı tahrik” derecesini ağır nitelikte tahrik olarak kabul etmiştir.³⁰⁸

Yargıtay kararları incelendiğinde, genel olarak; sövme ve hakaret, aşağılayıcı sözler, mal varlığına yönelik fiiller, hakkaniyet ölçüsü ile örtüşmeyen hareketler hafif tahrik olarak kabul edilmiştir. Kendisi veyahut yakınlarına yönelik müşterek ya da münferit toplu silahlı saldırılar, kendisine veya yakınlarının cinsel dokunulmazlığına yönelik suçlar, aile bütünlüğünü ve birliğini bozan davranışlar, konut dokunulmazlığını ihlal eden veya özel aile hayatının gizliliğine ihlal eden fiiller ise ağır tahriki meydana getirir.

2- Yeni 5237 Sayılı TCK'daki Son Durum

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51.maddesine göre, haksız tahrik; hafif

³⁰⁶ Yargıtay CGK.'nın 27.9.1993 gün ve E.1-135, K.203 sayılı kararı.

³⁰⁷ Yargıtay CGK.'nın 4.10.1993 gün ve E.1-193, K.222 sayılı kararı.

³⁰⁸ Yargıtay CGK.'nın 17.12.1984 gün ve E.1678, K.441 sayılı kararı.

haksız tahrik ve ağır haksız tahrik olarak iki çeşit olarak düzenlenmiş idi. Bu madde dikkate alındığında, Yargıtay'ın birçok kararında birinci fıkrası yerine ikinci fıkrasının, ikinci fıkrası yerine birincinin uygulanmasını yolsuz bulmasına çoklukla rastlanması kanuni ayırımın uygulamada doğurduğu güçlüğü göstermektedir.³⁰⁹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin birinci cümlesinde haksız tahrikin hangi durumda meydana geleceği belirtildikten sonra faile, fiilden ötürü verilecek olan cezadan uygulanacak olan indirim miktarı gösterilmiş; maddenin ikinci fıkrasında tahrikin ağır olduğu hallerde indirim miktarının da daha yüksek uygulanacağı açıklanmıştır.

Bu ayırım 1987,1989 tarihli tasarılar da korunmuşken; 1958³¹⁰,1997,2001 ve 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarılarında kaldırılarak, hâkime olayın özelliklerine göre belirli kriterler içerisinde cezayı tayin imkânı verilmiştir. Yine 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın haksız tahrike ilişkin 29. maddesi aynı gerekçe ve esaslarla kabul edilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde gelen değişikliklerden biri hafif ve ağır tahrik ayırımının kaldırılmasıdır. 2004 tarihli Tasarısında bunun gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır:³¹¹

“Bu düzenlemede ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ağır ve adi tahrik ayırımı yeni Ceza Kanunumuzda kaldırılmıştır. Böylece tahrik halinde faile verilecek olan ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilerek olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. Yargılamayı yapan hâkim, tahrikin ağırlık derecesine göre yapılması gereken indirimi belirleyebilecektir. Fakat bu indirimin yapılabilmesi için haksız fiilin bir hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerekecektir. Bu sebeple böyle bir sebebi meydana getirebilecek ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından hüküm

³⁰⁹ Faruk/Danışman/Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.602.

³¹⁰ 1958 tarihli tasarıda, hafif-ağır ayırımının kaldırılmasının gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Tamamıyla Batını olan tahrik derecesinin layiki veçhile vakıalara ve tahrik edici hareketin adeta haksızlık derecesine bakılarak tespitine çalışılmaktadır. Bu böyle olunca tatbikatı güçleştirecek tefriklerden vazgeçilerek mahkemece hadisenin hususiyetleri göz önünde bulundurmak suretiyle cezanın oldukça geniş hadler arasında tahfifi cihetine gidilmesi uygun olacağından maddedeki “adi-ağır tahrik” tefriki de kaldırılmıştır.” Bkz.Türk Ceza Kanununun Layihası, Yenicezaevi Matbaası, Ankara 1958, s.13.

³¹¹ 2004 tarihli tasarı için bkz. “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, www.tbmm.gov.tr/turk-ceza-kanunu2.doc (Erişim Tarihi: 30.06.2017).

uygulanmayacaktır.”. 5237 sayılı Kanunda yapılan yeni düzenleme ile eski kanunda bulunan basit ve ağır haksız tahrik ayrımı ortadan kaldırılarak, tahrik hususu ayrımsız olarak tek başlık olarak belirtilmiştir.

765 sayılı Ceza Kanunu haksız tahriki basit ve ağır haksız tahrik olarak ikiye ayırmıştı. Bu ayırım uygulamada tereddütlere ve keyfiliklere yol açabilme ihtimali göz önüne alındığında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun, bu ayrımı terk ederek, cezada yapılacak indirimin belirlenmesinde yargıca geniş yetki tanınması isabetli olmuştur.³¹²

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 29. maddesinde haksız tahrik; şu şekilde tanımlanmaktadır: “(1) 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 durumlarda; verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir” hükmü ile yeniden düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemeye göre; yargılamayı yapan hâkimin takdir hakkını kullanarak dörtte birinden dörtte üçüne kadar bir indirim uygulama şansı vardır. 5237 sayılı Kanunla hafif ve ağır tahrik ayrımı kaldırıldığından uygulamada hangi tür haksızlıkların yol açtığı haksız tahrikle işlenen suçların ne şekilde bir indirim oranlarına tabi olduğu konusunda yerleşmiş içtihatların hâkim tarafından indirim oranlarına tabi olduğu konusunda yerleşmiş içtihatlar yoktur.³¹³

Uygulamada 765 sayılı dönemde ağır ve hafif tahrike konu olan yerleşmiş içtihatları hâkim tarafından indirim oranlarını belirlenirken göz önünde bulundurulmaktadır. Yargıtay bir kararında, “kadın garsonun kendisine bira ısmarlama teklifinde bulunması sonucunda kadın garsona yumrukla vurup dudağını patlatan ve dışının sallanmasına sebep olan sanığın, bundan sonra diğer garsonların kendisine saldırması üzerine ateş edip maktulü sırtından vurmasında etki-tepki kuralı da gözetilerek basit tahrik hükmünden yararlandırılması gerektiği üzerinde durmuştur.”³¹⁴

³¹² Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku, s.178.

³¹³ Duran, s.190.

³¹⁴ Yargıtay 1.CD.’nin 04.07.2006, 719/2914 sayılı kararı.

“Havuzdan gelmekte olan maktul ve arkadaşlarının yoldan geçen kızlara laf atması nedeniyle olay yerinde tesadüfen bulunan sanığın maktule bakması üzerine niye bana bakıyorsun diyerek sanığa sataşan maktulün yanına çağırdığı çakı bıçağını vurmak istemesi üzerine maktulden çabuk davranarak onu bıçakla öldüren sanık lehine tahrikin ağır tahrik düzeyine ulaştığı 765 sayılı TCK’nın 51. maddesine girdiği görülmektedir.”³¹⁵

5237 sayılı T.C.K.”nın 61. maddesine göre temel ceza belirlendikten sonra daha ağır ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllere ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ardından sırasıyla ele alınmak üzere; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, şahsa bağlı cezada indirim nedenleri ile son olarak takdiri indirim sebepleri uygulanarak sonuçta ceza bu şekilde belirleneceklerdir.³¹⁶

a- Hâkimin Takdir Hakkı ve Yargıtay’ın Denetimi

aa- Hâkimin Takdir Hakkının Kullanımı

Suç işleyen ve buna hedef olan kişinin ruhsal ve irade yeteneği ile ilgili olan haksız tahrikin psikolojik esasına ilişkin gerçekleri belirli bir kalıba ve formüle sokmak imkânsızdır.³¹⁷ Kanunumuzda hangi fiillerin tahrik oluşturacağına ilgili bir sınırlamaya yer verilmediğinden, tahrikin belirlenmesi somut olayda hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu takdire bırakılma yerine hangi fiillerin haksız tahrik oluşturduğu tek tek yazılmış olsa idi daha isabetli olurdu. Bu nedenle hâkime geniş takdir yetkisi verilmesi uygulamada zaman zaman yanlış uygulanma durumu olabilmektedir.

Hâkim, hangi fiillerin tahrik meydana getireceğini somut olayın özellikleri, günlük hayat tecrübeleri ve eldeki delillere göre tayin edecektir.³¹⁸ Hâkimin tahrikin niteliklerinin ne olması konusunda ileri sürülen bir görüşte, hâkimlerin takdir yetkisini doğru olarak kullanabilmeleri için sadece “hukuk kaidelerini bilmeleri kâfi

³¹⁵ Yargıtay 1.CD.’nin 11.11.2002, 2006/4060 sayılı kararı.

³¹⁶ Bakıcı, Sedat; “5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler”. Ankara 2008, s.634.

³¹⁷ Duran, s.191.

³¹⁸ Öztürk/Erdem/Özbek, s.285.

değildir. Bilhassa ceza işleriyle uğraşan hâkimlerin ruhi ilimlere yeteri kadar ve tatbiki bir şekilde vakıf olmaları önemlilik arz eder. Bundan başka buldukları çevreyi daha doğrusu sanığın bulunduğu çevreyi sosyolojik bakımdan değerlendirebilecek kadar da sosyal ilimlerle ilgilenmiş olmaları lazımdır.”³¹⁹

Yargıtay’ın 5237 sayılı yasanın 29. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra verdiği bir kararında, “...5237 sayılı yasanın 29. maddesine göre tahrik oluşturan fiilin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi yargılamayı yapan hâkim tarafından yapılarak sanığın iradesine olan tesiri göz önünde bulundurulup maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen bir oranda indirim yapılması gerekecektir. Maddenin gerekçesinde de bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir.”³²⁰

Hâkimin takdir yetkisini kullanırken, uygulamada bazen haksız tahrik in fazla veya bazen de az indirilmesi nedeni ile Yargıtay’ca dosyalar bozulmakta ve böylece tekrar yargılamada, zaman kaybının önlenmesi için yukarıda da izah ettiğimiz üzere; hangi suçların tahrik indirimine girdiği konusu kanunda geniş şekilde açıklanırsa, uygulamada yargının hızı da artacaktır. Bu nedenle haksız tahrik gibi çok önemli bir indirim mekanizmasının tek bir maddede değil birkaç maddede ayrıntılı, tereddüde mahal vermeyecek şekilde açıklanması gerekmektedir.

bb- Takdir Hakkının Kullanılmasında Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler

Mukayeseli hukukta konu ile ilgili olarak Kanunumuz, sadece belirli halleri tahrik sayan sistemlerden ayrılarak, ne gibi hallerin tahrik olarak kabul edilebileceğini göstermiş değildir; yargılamayı yapan hâkimin takdir yetkisini kullanırken yapacağı belirlemede göz önünde olacak ölçütlerin, tamamen değişken olduğu belirtilmiştir.³²¹

Yargılamayı yapan hâkimin indirim oranını takdir ederken hangi ölçüyü esas alacağı 29. maddede belirtilmediğinden, hâkimin her somut olayda haksız tahrik teşkil edecek bir haksız fiilin olup olmadığını, failin yaşadığı sosyal çevre ve olayın oluş şeklini, bunun sanık üzerinde uyandırdığı etkiyi, failin ve mağdurun durumuna ve yöresel koşullarına göre ayrı değerlendirip, gerekçesini göstermek koşuluyla

³¹⁹ Güreli, s.343.

³²⁰ Yargıtay 3.CD.’nin 28.11.2007, E.10914, K.8821 sayılı kararı.

³²¹ Dönmezer/Erman, C.II, s.379, 380.

indirim oranını belirlemelidirler.³²²

Türk Ceza Hukukunda, bu konuda açıklanan görüşlere göre; yargılamayı yapan hâkim, somut olayda tahrike maruz kalan şahsın psikolojik durumu ile bütün hal ve şartları göz önünde tutmak suretiyle adalete ve hakkaniyete uygun olarak, makul gerekçelerle, takdir yetkisini kullanmalıdır.³²³

Kanunumuz hangi hallerin haksız tahrik sayılacağını belirtmediği için bir fiilin tahrik oluşturup oluşturmayacağını takdiri yargılamayı yapan hâkime aittir. Hâkim olayda ağırlığın takdirinde mantıklı, ölçülü bir şekilde davranmalı, kişi, yer, zaman, tahrik fiilinin işleniş biçimi gibi koşulları da mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.³²⁴

Haksız fiilin niteliği, boyutları gerçekleştirildiği yer ve zaman, toplumsal değer yargıları, failin hayat tarzı değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra; haksız fiilin fail üzerinde öfke veya şiddetli eleme sebep olup olmadığı belirlenmelidir.³²⁵

Haksız tahrik in yoğunluğu ve tahrikin failde ulaştığı boyut, yapılacak indirim miktarını etkiler.³²⁶ Yani; hâkim öfke ya da şiddetli elem durumunun devam edip etmediğini tespit bakımından, haksız hareketin niteliğini incelemeli ve bunun normal bir kimse üzerinde ne kadar süre tesirini devam ettireceğini hesaplamalıdır.³²⁷

Yargıtay'ın içtihatlarında, yargıyı yapan hâkimin takdir hakkını kullanırken hangi kriterlere göre hareket edeceği şu biçimde belirtilmiştir: “Fiilin işleniş biçimi, sanığın hal ve davranışları, mağdurdan geldiği kabul edilen saldırının haksızlık içeriğinin niteliği dikkate alınarak indirim oranı belirlenir.”³²⁸

Bir diğer karara göre, “kabul edilen tahrikte kabul edilen indirim oranı; adalet ve nesafet kuralları, haksız hareketin şekli, niteliği ve boyutları göz önünde

³²² Taşdemir, Nezahat; “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s.69.

³²³ Demir, Ali; “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, S.2 (1986), s.50.

³²⁴ Başar, Nur; “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik-II”, Adalet Dergisi, Y.71, S.4 (Temmuz-Ağustos 1980), s.354.

³²⁵ Tutumlu, s.31.

³²⁶ Taşdemir, s.52.

³²⁷ Demirbaş, s.43.

³²⁸ Yargıtay 3.CD.’nin 28.11.2007 tarih ve 8821 sayılı kararı.

bulundurularak belirlenmelidir.”³²⁹ Bir başka kararda ise, “tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ve yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleniş biçimi, olayın niteliği, özellikleri, tahrik eden ile failin hal ve davranışları dikkate alınarak” belirlenmelidir.³³⁰

b- Haksız Tahrik Konusunda Karar Veren Yerel Mahkeme Kararlarının Denetimi

aa- Öğretide Hâkimin Takdir Hakkının Denetlenmesi Gerektiği Konusundaki Görüşler

Olayda sadece tahrikin varlığını kabul eden ve çeşidini açıklamayan yerel mahkeme kararı, kanun tarafından kabul edilen bir ayırımın göz önüne alınmasıyla ilgili maddi bir mesele olduğundan Yargıtay’ın denetimine tabidir.³³¹ Yargılamayı yapan hâkim, tahrikin nasıl meydana geldiğini ve verdiği cezada ne kadar indirim yaptığını kararın gerekçesini belirtmek zorundadır.³³²

Gerekçe gösterilmeksizin tahrikin reddini veya kanuni esasların yanlış uygulanmasını Yargıtay denetleyebilir.³³³ Yargıtay çoğu kararında, ilk derece mahkemesinin takdirini denetlemiştir.³³⁴

Dönmezer-Erman; yargıcın tahrik türünü belirlerken takdirini yerinde kullanmadığı durumlarda, örneğin ağır tahrik sayılması gereken bir hali adi tahrik olarak kabul ettiği hallerde hükmün Yargıtay’ca bozulabileceğini dile getirilmiştir³³⁵

Başar’a göre; Yargıtay’ın, tahrikin kabul edilip çeşidinin söylenmemesini veya hiçbir gerekçe gösterilmeden ağır ya da adi tahrikin olduğu iddiasının reddini ya da bir olayın genel şekilde tahrik sayılması için gereken koşulların oluşup oluşmadığını denetleyebilmesi gerektiği görüşündedir.³³⁶

Tutumlu’ya göre ise; tahrik olgusunun koşulları gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamasında yeteri kadar açıklık kazanmış durumdadır. Dolayısıyla

³²⁹ Yargıtay CGK.’nun 13.2.1995 gün ve E.1-369, K.16 sayılı kararı.

³³⁰ Yargıtay CGK.’nun 11.6.1996 gün ve E.1-121, K.134 sayılı kararı.

³³¹ Başar, s.354.

³³² Çam, s.99.

³³³ Erem/Danışman/Artuk, s.601.

³³⁴ Örneğin Yargıtay CGK.’nun 07.02.1974 gün ve E.511, K.68 sayılı kararı.

³³⁵ Dönmezer/Erman, C.II, s.376; Taşdemir, s.54.

³³⁶ Başar, s.354.

yargıç bir olayda kışkırtma olup olmadığını bu şartlara göre saptayacaktır. Tahrikin adi ve şiddetli/ağır nitelik ve derecede olup olmadığını belirleme yetkisi de yine yargıca aittir.

Bu halde kışkırtmanın varlığı veya yokluğu, niteliği/derecesi hakkında mahkemenin verdiği karara, kural olarak Yargıtay'ın müdahale edememesi gereklidir. Yargıcın takdir yetkisi mutlak, başka bir ifadeyle, her türlü denetiminin dışında bir yetki değildir. Bu hak kullanılırken gösterilen gerekçe, olayın oluş ve akışına, dosyadaki kanıtlara ve nihayet hakkaniyet ilkelerine uygun değilse, bu durumda Yargıtay'ın denetim yetkisi doğacaktır.³³⁷

Aksi bir görüş de ise; Mahkemece tespit edilen bir olay hukuki bir durum olduğu için Yargıtay'ın denetimine tabidir. Ancak kanuna göre, kanunun hâkimin takdirine bıraktığı durumlarda kanuna aykırı bir durum teşkil etmediğinden, Yargıtay esas mahkemenin kararını bozamaz; Çünkü takdir hakkı hâkime ait bir yetki olduğundan tahrikin bütün unsurlarıyla mevcut bulunup bulunmadığını Yargıtay kendiliğinden göz önünde bulunduramaz.³³⁸ Bu görüşe katıldığımız durum; hakikaten Hâkim takdir hakkını özgürce kullanabilmesi bakımından bu görüşe katılmaktayız. Ancak, katılmadığımız durum ise; hâkim bunu yaparken takdiri Yargıtay içtihatlarına ve olayın oluş şekline uygun bir şekilde kullanmalıdır.

Hâkimin takdir hakkı denetimi göreceli ve tartışmalı bir durum oluşturmaktadır. Çünkü hâkim kendi görüşüne göre ve sanık ile yüz yüze yargılama yaparak uyguladığı indirimin doğru olduğunu, Yargıtay ise yanlış olduğunu yine kendi görüş ve değerlerine göre belirttiğinde görüş ayrılıkları yaşanabilecektir.

Bu durumun önüne geçilmesinin en pratik çözümü, haksız tahrikin tek maddede değil de birkaç maddede ayrıntılı ve açıklayıcı hangi suçların tahrik oluşturacağı konularının değinilmesi ile çözüleceği kanısındayız.

bb- Hâkimin Takdir Hakkının Denetlenmesi Gerektiği Konusunda Yargıtay'ın Görüşü

³³⁷ Tutumlu, s.59.

³³⁸ Ayık, s.98.

Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına göre; takdirde hata olup olmadığı kısmi temyiz sebeplerinden olup yasal artırım ve indirim nedenleri veya kusur ve kusur kabiliyetini zayıflatan sebepler uygulanırken hâkime takdir yetkisi verilmiştir.³³⁹

Anayasa'nın 141/3., C.M.K.'nin 34. ve 230. maddeleri uyarınca hâkim ve mahkemelerin karşı oyları dâhil, her türlü kararı, gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Sanığı harekete yönelten tahrikin varlığı ile ağırlık derecesini takdir tayini mahkemenin sorumluluğunda ise de, bu takdirin oluşa, kanıtlara ve normlara uygun olup olmadığının Yargıtay'ca denetlenebilmesi için mahkeme tarafından gerekçeye bağlanması zorunluluğuna uyulması gereklidir.³⁴⁰

Böylece keyfiliğin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Takdir hakkının kullanılmasında, yanılığa düşülüp düşülmediği, cezanın bireyselleştirilmesinde hatanın tespiti, gösterilen gerekçenin yeterli, yasal ve duruma uygun olup olmadığı hususlarının denetimi açıklanan nedenlerle Yargıtay'a aittir.³⁴¹

Yargıtay kararında; “olaydan yaklaşık 5 yıl önce sanık Muzaffer'in halasının kızı olduğu belirtilen Sakine'nin müşteki Remzi tarafından kaçırıldığı ve 3 ay alıkonulduğu belirtilmekle, sanık Muzaffer'in kaçırıldığı belirtilen Sakine ile akrabalık derecesini gösterir belgeler ve varsa tahkikat evrakı temin edilip, kaçırma ve alıkoyma olayı ile ilgili araştırma yapılarak sonucuna göre karar vermesi gerektiğini belirtmiş”³⁴², Yine başka bir kararında “sanığın, kahvehanede M. ve S. adlı kişilerle kavgası sırasında kafasına kola şişesi vuran yakınanı bıçakla yaralaması fiilinde, sanığın haksız kışkırtmaya yönelik savunması reddolunmadan Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediği tartışılmadan hüküm kurulmasının”³⁴³ hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir.

“Öyle ise takdirde yanılığın bulunup bulunmadığı da nispi temyiz

³³⁹ Duran, s.195.

³⁴⁰ Yargıtay'ın uygulamalarına göre; “Tahrik konusunda hüküm kurulurken, kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve hangisinin yekdiğerine üstün tutularak kabul edildiğinin açıklanması, tahrik oluşturan eylemlerin açıkça ve net olarak gösterilmesi, hangi kanun yekdiğerine tercih edildiğinin de karar yerinde gösterilmesi, ayrıca ilk haksız davranışın kimden geldiğinin tespit edilmesi ve sonucuna göre ilk haksız davranışı başlatana uygulanmayacağına ilişkin Y.4.C.D. 06.05.1999 gün ve 3848/5098 sayılı kararı.

³⁴¹ Duran, s.195.

³⁴² Yargıtay 1. CD.'nin, 19.12.2006, 2005/4826, 2006/5781 sayılı kararı.

³⁴³ Yargıtay 4.CD.'nin 18.3.2003, 2002/17218, 2003/965 sayılı kararı.

sebeplerindendir ve Yargıtay denetimine tabidir” denilmek suretiyle yerel mahkemenin takdir yetkisini denetlediği anlaşılmaktadır.

cc- Öğretide Haksız Tahrik Türleri ve İndirim Oranlarının Denetlenmemesi Gerektiği Konusunda Görüşler

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda, hafif ve ağır tahrik ayrımının nasıl yapılacağı açıklanmamış bu ayrımı yapma yetkisi hâkimlere bırakılmıştır. Yine aynı Şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu ayrım kaldırılmasına rağmen indirim oranlarının tayini yine yargılamayı yapan hâkimlere bırakılmıştır.

Öğretideki görüşlerde tahrikin tespiti konusunda hâkimin takdir hakkının Yargıtay denetimi dışında tutulması şu şekilde açıklanmıştır³⁴⁴; tahrikin yasal bir indirim nedeni olmasıyla açıklanmaktadır.

Kanun, tahrikin içerik ve koşullarını düzenlemiş, haksızlık, gazap ve elem buhranı gibi şartları açıklayarak sınırlandırmış ancak “ne gibi hallerin” değil “ne gibi fiillerin” tahrik sayılacağını göstermiştir. Bu yüzden tahrik fiilinin çeşidini takdirde hâkim serbest olmakla beraber bir olayın tümüyle haksız tahrik sayılıp sayılmayacağı konusunda hâkim serbest olmayıp diğer kanuni ölçütlerle de bağlıdır. Tahrikin hafif ya da ağırlığının tespiti hukuki değil maddi bir mesele olduğundan hâkime ait olduğundan herhangi bir vakıanın basit veya ağır tahrik meydana getirdiğini kabul eden hükmün Yargıtay’ın denetimi dışında kalması gerektiği söylenebilir.³⁴⁵

dd- Haksız Tahrik Türleri ve İndirim Oranlarının Denetlenmesi Gerektiği Konusunda Yargıtay Görüşü

Uygulamada Yargıtay kararlarında, “takdirin derecesini takdir etmenin sanığın tahammül dereceleri hakkında yakinen bilgi edinen yargıca ait”³⁴⁶ olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay bu yetkinin kriterlerini, yetkiyi kanunun genel kriterlerine, haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanması gerektiği şeklinde belirtilmektedir. Mahkemelerce kullanılan bu yetkinin kanuna uygun olup olmadığının denetlenmesi üst mahkemelerin görevi

³⁴⁴ Güreli, s.340.

³⁴⁵ Erem/Danışman/Artuk, s.601.

³⁴⁶ Yargıtay 4.CD.’nin 07.12.1951 gün ve E.51/9338,K51/9339 sayılı kararı; Duran, s.198.

içindedir, şeklinde değerlendirmiştir.”³⁴⁷

Yargıtay’ın yakın tarihli kararlarında, “sanığın 20.01.2000 tarihinde ağır tahrik altında ablasını öldüren müşteki Fahrettin cezasını çekip cezaevinden çıktıktan sonra öldürmeye teşebbüs etmesinin, emsal içtihatlarla göre, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 51/1. maddesine mümas basit tahrikin uygulanmasını gerektirdiği gözetilmeden yazılı Şekilde ağır tahrik hükümlerinin tatbikinin”³⁴⁸, “sanığa yönelik toplu ve kalabalık bir saldırının bulunmadığı ve olayın başlangıcında sanığın davranışları da gözetilerek haksız tahrikin basit derecede bulunduğu gözetilmeden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 29. maddesinin tatbikinde cezanın fazla indirime tabi tutulmasının”³⁴⁹ bozmayı gerektirdiğine karar verildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay’ın tahrik derecesinin denetlenmesine ilişkin kararlarına karşı muhalif kalan görüşlerde bulunmaktadır.³⁵⁰

Selçuk’un muhalefet gerekçesine göre; Türk Ceza Kanunu’nun 51.maddesinde yer alan tahrikin, uygulanmasının koşulları; mağdurun haksız hareketi, bu hareketin sanıkta uyandırdığı öfke ve bu öfkenin etkisiyle, nedensellik zinciri içinde, failin suç işlemesidir. İlk derece mahkemeler bu koşulların varlığını fiilen saptama ve bunları gerekçe gösterme zorunluluğunun sonucu olarak, kararlarında yansıtmak zorundadırlar. Diğer taraftan ilk mahkeme yargıçları, olayın akışına, sanığın hoşgörü ve katlanma gücüne göre, haksız fiilin, onda uyandırdığı tepkinin ve dolayısıyla tahrik derecesini bu fiili saptamalar doğrultusunda takdir edeceklerdir. Bir başka deyişle, sorun fiilidir, hukuki değildir.

Yerel mahkeme, tahrikin koşullarını, dosya içeriğine mantık ve deneyim kurallarına ters ya da eksik düşen biçimde gösterdiği; örneğin, tahrik edici bir fiil ya da tahrikle suç arasında nedensellik bağı bulunmadığı halde tahriki kabul ettiği takdirde, Yargıtay bunlara değinmekle yetinecek ve bozduğu kara dosyasını, tekrar değerlendirme yapmak üzere ilk derece mahkemesine gönderme işlemi yapacaktır.

Duruşma yapmayan, sanığı tanımayan, kanıtlarla doğrudan ilişki kurmayan, tutanak üzerinde inceleme yapmak zorunda bulunan Yargıtay’ın doğrudanlık, yüze

³⁴⁷ Yargıtay CGK.’nin 11.6.1996 gün ve E.1-121,K.134 sayılı kararı.

³⁴⁸ Yargıtay 1.CD.’nin 10.06.2004, 981/2299 sayılı kararı.

³⁴⁹ Yargıtay 1:CD.’nin 27.12.2006, 2005/4849, 2006/6088 sayılı kararı.

³⁵⁰ Yargıtay 1.CD.’nin 10.06.2004, 981/2299 sayılı kararı.

karşılık, kesintisizlik ve vicdani kanı ilkelerine göre takdir edilen olay ve kanıtlarla, tahrikin derecesini, bu ilkeleri düzenleyen maddeleri dolayısıyla yetkisi yoktur. Yargıtay'ın ilk mahkemelerinin yerine geçerek değerlendirme olanağı ve dolayısıyla durumlar, çok sınırlı ve ayrık biçimde Ceza Yargılama Yasasının 322. maddesinde gösterilmiştir. Bu ayrık hükümleri genişletmeye olanak bulunmamaktadır. Ayrıca, pozitif hukukumuzda etkili fiilin ağır, sövmenin hafif tahrike yol açtığı yolunda bir hüküm bulunmadığı gibi, Yargıtay'ın ve ilk mahkemelerinin önceden soyut biçimde bu tür bir kural getirmeleri de söz konusu olamaz.

E- Değerlendirme

Çağdaş Ceza Hukuku anlayışı faili yalnızca objektif açıdan incelemeyi. Tam tersine failin suçu işlerken içinde bulunduğu şartları göz önüne alarak bir ceza belirlenmesi yolu tercih eder. Ülkemizde ve modern hukuku uygulayan veya uygulamaya çalışan diğer ülkelerde suçu işleyen kişinin kanundaki cezayı alabilmesi salt kanunda belirlenen fiilin gerçekleştirilmesi ve suçun sonuca varmasıyla mümkün olmaz. Failin somut olan sonuca varması sadece dış dünyadan görünen sebeplerden ileri gelmez bunun yanında failin iç dünyasının da olaya olan etkisinin ayrıca değerlendirmeye alınması gerekir. Doğru ve hakkaniyete uygun bir cezalandırma için faili suçu işlemeye yönelten nedenleri ve bunun yanında failin kişiliği ve ruh hali çerçevesinde olay tekrar değerlendirilmelidir. Böylece adaletli bir cezalandırmaya ulaşılabilecektir.

Tüm bunların tezahürü yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda vardır. Buna göre şahsına karşı işlenen haksız fiiller sonucunda haksız tahrike maruz kalan faile haksız tahrik indirimi hâkim tarafından takdir edilerek uygulanır. Haksız tahrik failin iradesine önemli ölçüde etkileyen ve kusur yeteneğini zayıflatan kişisel bir indirim sebebi olarak görülür.

Yürürlükteki yeni Türk Ceza Kanunu'nun; eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, hafif tahrik ağır tahrik ayrımları ortadan kaldırılmış olmakla uygulamada adi-ağır tahrik tartışmalarının önüne geçmeyi hedeflenmiştir. Somut durumun özellikleri göz önünde tutularak hâkimin takdir yetkisinin sınırları genişletilmiştir. Haksız tahrik indiriminin uygulanabilmesi için illa kendisine yönelik bir fiil işlenmesine gerek yoktur bunun yanında üçüncü şahıslara yönelik

gerçekleştirilen haksız fiillerinde fail üzerinde meydana getirdiği etkinin dikkate alınmış olmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Tezimizde kasten öldürme suçunu, mağdurun hareketlerinin failin suç işlemesindeki tesiri ve bu kapsamda haksız tahrikin ne olduğunu, hukuki esaslarını, kurumunun Türk Ceza Kanunu'nda genel hükümler içerisinde nasıl düzenlendiğini, özellikle son bölümde kasten öldürme suçunda haksız tahrik konusunu eski ve yeni Türk Ceza Kanunu'nun çerçevesinde ve ek olarak karşılaştırmalı hukuk kapsamında da değerlendirmeye çalıştık.



SONUÇ

Uygulanmakta olan ceza hukukunda sadece failin hareketinin kendisine müeyyide uygulanırken göz önünde bulundurulması uygun görülmemektedir. Modern hukukun bir gereği olarak failin davranışına sebep olan başka sebepler varsa, bunların ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu kapsamda m.29'da haksız tahriki cezada genel bir indirim hali olarak görmüştür. Mağdurdan dolayı ortaya çıkan haksız bir fiil neticesinde fail şiddetli elem ve hiddet hissiyle suçu işlemiş ise yasada belirlenen şekliyle cezasında indirim uygulanacaktır. Belirtelim ki bu indirim hâkim tarafında uygulanmak zorundadır fakat hâkim indirimin miktarını somut olayın özellikleri dikkate alınarak takdir edecektir.

Haksız bir fiilin failde hiddet ya da şiddetli bir üzüntüye sebep olup olmadığı her olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken failin ortalama bir insan olarak görülmesi gerekir yani ortalama bir insan üzerinde hayatın olağan akışı içerisinde kişide haksız bir tahrik meydana getirebilecek bir fiilin olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer normal bir kişide haksız bir tahrike sebep olmayacak bir durum söz konusuysa failin kişisel ruh hali değerlendirmeye alınamayacaktır yani failin çabuk sinirlenen ya da çabuk üzülen bir kişi olması haksız tahriki belirlerken önem taşımayacak aksine normal bir kişideki etkisine göre olay değerlendirilecektir.

Haksız tahrik çoğu yazar bakımından kusuru azaltan bir durum olarak kabul edilmektedir. Failin kusur yeteneği karşı karşıya kaldığı haksız bir davranış nedeniyle azalmakta ve fail bu sebeple suç işlemeye yönelmektedir. Failin suç işlemeye yönelmesi durumuna sebep olan fiil insanı bir davranıştan kaynaklanmalıdır.

Tabi ki burada insan davranışı saptanırken ceza hukuku genel hükümler çerçevesinde ceza hukuku bakımından hareket olarak nitelendirilebilecek bir hareket söz konusu olmalıdır. Örneğin uykuda yapılan hareketler ya da cebirle yaptırılan fiiller, refleks olarak kabul edilen fiiller ceza hukuku kapsamında hareket olarak kabul edilemediğinden haksız tahrike de sebep olamayacaktır.

Yine ayrıca belirtmek gerekir ki haksız tahrike sebep olan davranışın ceza hukuku bakımından suç olması gerekmez hukuka aykırı bir fiilin olması gerekli ve yeterlidir. Hukuka uygun bir hareketin olduğu durumlar haksız tahrikin uygulanmasını engeller. Fail ilk hukuka aykırı fiili kendisi işlemişse, kural olarak

haksız tahrikten faydalanamaz. Fakat ilk harekete tepki olarak gerçekleştirilen fiilde ölçü aşılmışsa bu halde bu ölçüsüz harekete karşılık gerçekleştirilen fiil için haksız tahrik mümkün olabilir.

Yargılamayı yapan hâkimin haksız tahrik sebebi ile cezayı azaltabilmesi için, sadece tahrikin varlığının tespiti yeterli olmaz. Failde hiddet veya şiddetli elem hissini meydana geldiğinden hâkimin emin olması gerekir. Haksız tahrike sebep olan fiil ve failin işlediği suç arasında bir neden-sonuç ilişkisi mevcut olmalıdır. Gerçekleştirilen fiil tahrik fiiline bir tepki olarak işlenmelidir.

İşlenen suç ile tahrik meydana getiren fiiller, arasında oran olup olmaması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce ikisi arasında kesin bir oran olması gerekmez de işlenen suçlar nitelik yönünden birbirine yakın olması gerekmektedir.

Ceza hukukunun bir kuralı olan fail hatasından yararlanır ilkesi gereğince fail somut olayda haksız fiilin şartlarının gerçekleştiği hususunda hataya düşmüş ise bundan yararlanacaktır. Fakat bu durumda hatanın kaçınılmaz olması şartı aranmalıdır. Örneğin bir kişinin kamera şakasıyla çantasının çalınması durumunda, kişi bu hareketin bir şaka olarak yapıldığını anlayacak vaziyette değilse çantayı alan kişiyi darp etmesi durumunda haksız tahrikten yararlanacağı varsayılabilir. Bu durumda fail haksız tahrik şartlarının oluştuğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüştür ve bu hatadan yararlanacaktır.

Tezimizde kasten öldürme suçunda haksız tahrik başlığı altında tasarlayarak adam öldürme suçunu da ayrı olarak inceledik.

Bu kapsamda; tasarlayarak adam öldürme suçunu gerçekleştiren failin, haksız tahrik altında bulunması durumunda indirim yapıp yapılamayacağı, tasarlamının hukuki niteliğinin saptanmasıyla mümkün olur. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere tasarlamayla soğukkanlılık kurumu aynı anda var olması durumunda haksız tahrikten bahsedilmesi mümkün olmaz. Çünkü bir kişinin soğukkanlı olduğu bir olayda haksız tahrike kapıldığını söylemek hayatın olağan akışına ters düşer. Buna karşılık tasarlamayı plan kurma bir arada düşünülürse haksız tahrikin uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda hayatın olağan akışına ters bir durumla karşılaşılmaz.

Tahrik meydana getiren fiilin hukuk düzeni tarafından korunan bir durumu tehdit ediyor olması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda hukuk düzeninin koruduğu durumla tehdit yaratan fiil arasında ince bir çizgi olabilir bu gibi hallerde somut olay çerçevesinde değerlendirilme yapılarak haksız tahrikin varlığı saptanmalıdır. Örneğin; bir adam öldürme olayında töre saikine benzer bir durum olsa da, failde hiddet ve şiddetli elem yaratan bir ruh hali mevcutsa haksız tahrik düşünülebilir. Bu çerçevede söz gelimi failin, kendisini aldatan eşine karşı bazı hukuka aykırı fiilleri de haksız tahrik kapsamında olabilir.

Özetle; failin iç dünyasının ve ruh halinin de nazara alındığı çağdaş ceza hukukunda failin suç işlemesine yol açan psikolojik durumunda suçun oluşmasında etkili bir rol üstlendiği kabul edilmektedir. Çünkü toplum içerisinde yaşayan ve diğer insanlarla sürekli etkileşim içerisinde bulunan, aynı zamanda psikolojik bir yönü de olan insanı, dış etkenlerin tesirinde kalmayan ve bu nedenlerden hiç etkilenmeyen bir varlık olarak düşünmek, onun manevi ve psikolojik yönünü tamamen yok saymak anlamına gelecektir.

Suçun işlenmesinde etkili olan haksız tahrik durumlarının verilecek cezanın belirlenmesinde önemli rol oynaması günümüz adalet anlayışının bir sonucudur. Kanun, insan psikolojisindeki ruhsal dalgalanmaları doğal karşılamış ve bu psikolojik durumun etkisinde kalarak suç işleyen kişiye verilecek cezada belirli oranlarda indirim yapılmasını uygun görmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde yer alan haksız tahrik cezayı azaltan bir sebeptir. Bu kurumun kanunda yer almış olması nedeniyle haksız bir fiil in oluşturduğu şiddetli üzüntü ve öfkenin tesiri altında suç işleyen kişinin cezası kanunda yazılı miktarda indirilecektir.

Haksız tahrik, suç işleyen psikolojik durumuna etkili olarak kusurluluğun azalmış olacağını kabul eden bir haldir. Haksız tahrik, hukuka aykırı bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem etkisi altında suçun işlenmesidir. Buna göre, bir suçun haksız tahrik altında işlenebilmesi için; hukuka aykırı bir fiilin bulunması, bu fiilin failde hiddet veya şiddetli elem neden olması ve fail, bu hiddet veya şiddetli elem etkisi altında kalarak tepki suçunun işlenmesi gerekir.

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 51.maddesinde düzenlenen haksız

tahrik kurumu, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci bölümünde ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebepler başlığı altında 29.maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Tezimizde de 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu dönemindeki haksız tahrik uygulamalarını da Yargıtay kararları ışığında izah etmeye çalıştık. 765 sayılı yasada yer alan düzenleme ile yürürlükteki 5237 sayılı yasada yer alan düzenleme aslına bakıldığında aynı olup, yeni yasada “gazap” yerine “hiddet”, “haksız bir tahrik” yerine “haksız bir fiil” kavramı kullanılmıştır. Haksız fiil kavramı kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, hukuka aykırı fiil anlamına geldiği açıktır.

Ancak ceza kanunlarının belirliliği ve kanunilik ilkesi gereğince de, gerekçe yerine kanun metninde ve ceza hukukuna yabancı bir kavram olan “haksız fiil” yerine “hukuka aykırı fiil” kavramı kullanılması daha isabetli olacağına kanaatindeyiz. 5237 sayılı Kanun ile getirilen bir diğer yenilikte, önceki yasada bulunan adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmış, haksız tahrik nedeniyle yapılacak indirim konusunda hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Bu ayrımın kaldırılması ile önceki yasanın uygulamasında ortaya çıkan adi ve ağır tahrik hallerinin belirlenmesi konusundaki güçlüğü ortadan kaldırarak isabetli bir düzenleme getirmiştir.

Biz de ağır tahrik, adi tahrik ayrımı yapılmaksızın somut olayın özelliklerine göre yargılamayı yapan hâkim tarafından durumun takdir edilmesinin uygulamada daha hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz.

Kanuni bir hafifletici neden olan haksız tahrik kurumu, uygulamada sıkça tatbiki gündeme gelen ve özellikle de kasten yaralama ve öldürme suçlarında uygulanması gündeme gelen bir kurumdur. Haksız tahrik, faillin cezasını tamamen kaldırmamakla birlikte, faile verilecek cezanın önemli ölçüde indirimine neden olmaktadır. Bu nedenle tatbiki sürekli gündeme gelen bu kurumun uygulanmasında dikkatli davranılmalı, tüm şartlarının somut olayda mevcut olup olmadığı iyi bir şekilde araştırılmalıdır. Uygulamada bu tür durumlar hâkimlerce titizlik ile incelenmelidir.

Ancak yine de belirtmek gerekir ki, haksız tahrik nedenleri ayrı olarak kanun metninde tıpkı Amerikan sistemi gibi yazılmalı ve bu kadar önemli olan haksız tahrik kurumu tek maddede değil bir kaç maddede düzenlenmelidir.

Özellikle ispat hukuku bakımından, işlenen kasten yaralama ve öldürme suçlarının ardından olayın failinin bedeni üzerinde sonradan meydana getirilen ve haksız tahrikten yararlanmaya matuf darp ve cebir izlerinin takip edilmesi, olayın iyi izlenmesi ve tespiti halinde kurumun uygulanmaması gerekir ki uygulamada bu duruma sıklıkla önem verilmesine de tam olarak uygulandığını söylemek yerinde olmaz.

Haksız tahrikin uygulanması açısından kurumun objektif unsuru kadar sübjektif unsuru da önemlidir. Kurumun uygulanabilmesi için tüm unsurların somut olayda gerçekleşmesi gerekir.

Ancak uygulamada, tahrikin objektif unsuruna önem verilerek, haksız bir fiilin bulunduğu tespit edildiğinde, sübjektif unsur olan hiddet veya şiddeti elem halinin failde oluşup oluşmadığı dikkate alınmadan haksız tahrik hükmü uygulanabilmektedir. Bu yanlış uygulamaya son verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumun tespiti açısından ;adliyeye yardımcı kuruluşlardan pedagog, psikolog ve buna benzer uzmanlardan da faydalanılmalıdır.

Tezimizde kasten öldürme suçunda haksız tahrik kavramını Yargıtay Kararları ışığında değerlendirdik. Bu bağlamda ifade ettiğimiz üzere; insan öldürmenin cezası yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu 81. madde de düzenlenmiştir: insanı kasten öldüren fail, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, eğer insan öldürme fiilinde haksız tahrik mevcut ise belirli indirimler uygulanacaktır. Yapılacak indirimler takdiri indirimler olsa da indirim yapılmadan verilecek bir ceza kararı Yargıtay tarafından bozulduğu görülmektedir

Sonuç olarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi uygulanan Türk Ceza Kanunu'nda da haksız tahrik, kusurluluğa ve dolayısıyla cezaya etki eden ve cezai sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kanunumuzdaki yerini almıştır. Haksız tahrikin varlığı halinde failin cezasından kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılacak ve ceza suçunun kişiliğine uydurulmak suretiyle böylece daha adil bir neticeye varılmış olacaktır. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken, uygulamada bazen haksız tahrik in fazla veya bazen de az indirilmesi nedeni ile Yargıtay'ca dosyalar bozulmakta ve böylece tekrar yargılamada, zaman kaybının önlenmesi için yukarıda da izah ettiğimiz üzere; hangi suçların tahrik indirime girdiği konusu kanunda geniş

şekilde açıklanırsa, uygulamada yargının hızı da artacaktır.

Bu nedenle haksız tahrik gibi çok önemli bir indirim mekanizmasının tek bir maddede de değil birkaç maddede ayrıntılı, tereddüde mahal vermeyecek şekilde açıklanması gerekmektedir. Ayrıca; haksız tahrike sebep olan kişiye yönelinme de bazı durumlarda örneğin insan öldürme gibi suçlarda psikolog ve pedagoglar ile tespit edilerek verilecek rapora göre haksız tahrik indirimi gerektiğinde uygulanabilmelidir.



KAYNAKÇA

- AKBABA, Zeynep Burcu; “Töre Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.21, S.75, Ankara 2008, s.333-351.
- AKBULUT, İlhan; Kan Gütme Saiki İle Adam Öldürme, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2006.
- ALBAYRAK, Mustafa; Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- ARTUK, Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2016. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel Hükümler).
- ARTUK, Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner; TCK Şerhi, C.III, Ankara 2009. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi).
- AVCI, Mustafa; “Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Y.2005, S.1, s.19-25.
- AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2003.
- AYDIN, Devrim; “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C.54, S.1, s.230-241.
- AYGÜN, A. Nevzat; “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Y.77, S.4, Ankara 1985, s.25-48.
- AYIK, İsmail Hakkı; “Tahrik”, Adalet Dergisi, S.1, Ankara 1952, s.101-110.
- BAKICI, Sedat; 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2008. (Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Genel Hükümler).
- BAKICI, Sedat; Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2000. (Bakıcı, Ceza Kanunu Genel Hükümler).
- BAŞAR, Nur; “Türk Ceza Hukukunda Tahrik”, Adalet Dergisi, Y.71, S.4, Ankara 1980, s.350-360.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar; “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Meşru Müdafaa (Yasal Savunma) Üzerinde Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Y.73, S.2, Ankara 1982, s.257-270.
- ÇAM, Onur; “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- DEMİR, Al; “Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, Y.77, S.2, Ankara 1985, s.44-51.
- DEMİRBAŞ, Timur; “Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının Haksız Tahrik ve Özel Haksız Tahrik Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Y.6, S.4, Ekim 1987, s.10-23.
- DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005. (Demirbaş, Genel Hükümler).

- DEMİRBAŞ, Timur; Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul 1985. (Demirbaş, Haksız Tahrik).
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 8. Basım, İstanbul 1983.
- DÖNMEZER, Sulhi/YENİSEY, Feridun; Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul 2006.
- DÖNMEZER, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001.
- DURAN, Gökhan Yaşar; Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010.
- DÜZGÜN, Nuri/ELMACI, Şerafettin; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, Ankara 2009.
- ERCAN, İsmail; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İkinci Yayınları, İstanbul 2007.
- ERDAL, Noyan; Ceza Davası, Ankara 2007.
- ERDEM, Mustafa Ruhan; “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı”, DEÜHF Dergisi, C.9, Özel Sayı, İzmir 2007, s.987-998.
- EREL, Kemalettin; “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, Adalet Dergisi, Y.92, S.6, Ankara 2001, s.165-170.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 1997. (Erem/Danışman/Artuk, Ceza Hukuku).
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997. (Erem/Danışman/Artuk, Ümanist Doktrin).
- EREM, Faruk; “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1945, S.4, İstanbul 1945, s.50-79.
- EREM, Faruk; “Haksız Tahrik”, Adalet Dergisi, Y.37, S.7, Ankara 1946, s.626-643.
- EREM, Faruk; “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, Adliye Ceridesi, Y.34, S.8, Ankara 1943, s.605-624.
- EROL, Haydar; Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- GÖKÇEN, Ahmet/BALCI, Murat; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları, Ankara 2015.
- GÜNAY, Erhan; Haksız Tahrik, Ankara 2009.
- GÜRELLİ, Nevzat; “Ceza Hukukunda Mazeret Nedeni Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1951, s.330-345.
- HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008. (Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler).
- HAKERİ, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007. (Hakeri, Kasten Öldürme Suçları).
- İÇEL, Kayıhan/SOKULLU AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, F. Selami/ÜNVER, Yener; Suç Teorisi, İstanbul 2000.
- İSKENDER, Salih Zeki; “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, Yargıtay

- Dergisi, Y.35, S.127, Ankara 2009, s.7-35.
- İZMİR,; Gökalp; Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.
- KAYA, Fahrettin; Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kütahya 2010.
- KAYMAZ, Seydi/GÖKCAN, Hasan Tahsin; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006.
- KESKİN, Umahan; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kütahya 2009.
- KOCA, Mahmut; “YTCK’ da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, S.1, Ankara 2006, s.115-144.
- KOCA; Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- MERAN, Necati; “Yasal Savunma (Meşru Müdafâ) Kavramı”, Yargıtay Dergisi, Y.28, S.108, Ankara 2002, s.557-572.
- MERAN, Necati; Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- METİNER, Haydar/KOÇ, E./KOÇ, Ahsen; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Yorum Basın Yayın, Ankara 2008.
- NUHOĞLU, Ayşe; “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.3, S.1-2, İstanbul 2004, s.205-213.
- OTACI, Cengiz; “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.3, S.18, Ankara 2008, s.132-138.
- OTACI, Cengiz; “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, Y.94, S.15, Ankara 2003, s.115-139.
- ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992. (Önder, Ceza Hukuku Dersleri).
- ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989. (Önder, Ceza Genel Hükümler).
- ÖZBEK, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006. (Özbek, İzmir Şerhi).
- ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II, Ankara 2008. (Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu).
- ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur; Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001. (Özgenç/Şahin, Ceza Hukuku).
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006. (Özgenç, Gazi Şerhi).
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2016. (Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik).

- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK'daki Yeni Değişikliklere Göre, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016. (Öztürk/Erdem, TCK'daki Yeni Değişiklikler).
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan/ÖZBEK, V. Özer; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2006. (Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Emniyet).
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer; Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- PİSAPİA, Gian Domenico; İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel Kısım), Çev. Atıf Akgünç, Ankara 1971.
- POLAT, Ahmet Zeki; Adam Öldürme Suçları, İstanbul 1999.
- SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012. (Soyaslan, Ceza Genel).
- SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006. (Soyaslan, Ceza Özel).
- SÖZÜER, Adem; Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul 2013.
- ŞEN, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006.
- TANER, Tahir; Ceza Hukuku Umumi Kısım, G.Ü.H.F. Yayınları, No: 95, İstanbul 1949.
- TAŞKIN, Cankat; "Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, s.146-173.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013.
- TEZCAN, Mahmut; "Türkiye'de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri", Adalet Dergisi, Y.65, S.8, Ankara 1974, s.667-676.
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2016. (Toroslu, Ceza Özel).
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2016. (Toroslu, Ceza Hukuku).
- TUTUMLU, Mehmet Akif; Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 1999.
- ÜNVER, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- YAKUT, Necdet; "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik", Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, s.64-73.
- YAŞAR, Osman; Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- YAVUZ, Yaşar; "Haksız Tahrik", Yargıtay Dergisi, Y.17, S.68, Ankara 1991, s.445-466.
- YILDIZ, Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- YİRMİBEŞOĞLU, Vildan; Toprağa Düşen Sevdalar, Mega Basım, İstanbul 2007.
- YÜCE, Turhan Tufan; Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa 1982.

