



**T.C.
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DİLAVER EKERBİÇER

ARALIK 2013

T.C.
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

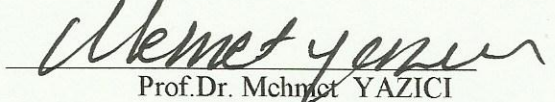
DİLAVER EKERBİÇER

ARALIK 2013

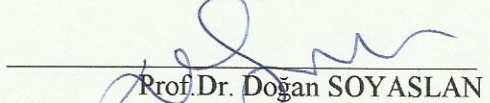
Tez Başlığı: **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**

Tezi Hazırlayan: **Dilaver EKERBİÇER**

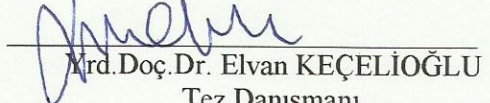
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.


Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.


Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Tez Danışmanı


Tez Juri Tarihi: 04 / 12 / 2013

Tez Juri Üyeleri:

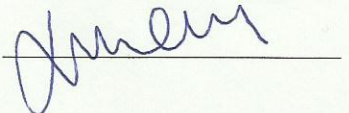
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniv.)



Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Üniv.)



Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniv.)



**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı Soyadı: Dilaver EKERBİÇER

İmza: *Dilaver*

Tarih: 04 / 12 / 2013

ÖZET

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHİRİK

EKERBİÇER, Dilaver

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Yrd.Doç.Dr.Elvan KEÇELİOĞLU

Aralık 2013, 161 sayfa

765 Sayılı TCK' nın 51.maddesinden sonra 5237 sayılı TCK' nın Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler başlığı altında 29.maddede düzenlenen haksız tahrik müessesesi mülga yasa ile özünde aynı olmakla birlikte düzenlemede farklı bir şekilde ele alınıp çağdaş modern ceza hukukuna uygun bir şekilde yeniden düzenlenmiştir. Haksız tahrik müessesesiyle; adi-ağır tahrik ayrımı kalkmış, hakime oldukça geniş takdir hakkı tanınmıştır. Özellikle töre ve namus cinayetlerinde tahrik kurumunun yanlış olarak uygulanması önlenmek istenmiştir.

Çağdaş ceza hukuku, objektif sorumluluk anlayışını terk ederek fiilin subjektifliği ilkesince suçun oluşabilmesi için sadece kanunda belirtilen suçları değil, suça etki eden nedenleri de nazara almaktadır. İnsan psikolojisinin; kışkırtma sonucu bir etkiyle içine sürüklendiği ruhsal durumun zayıflaması neticesiyle, haksız tahrik altında suç işleyen failin cezası indirilmektedir.

Haksız tahrik; failin kendisine yönelik bir haksız harekete karşı bir tepkiyle harekette bulunan kişiye karşı, bu haksız hareketin kendisinde hiddet ve şiddetli eleme neden olması sebebiyle, tahriki oluşturan kışkırtmayı yapan kişiye karşı suç işlemesidir.

Anahtar Kelimeler: Haksız tahrik, Hiddet veya şiddetli elem, Haksız fiil

ABSTRACT

THE CRIME OF PASSION OF TURKISH CRİMİNAL LAW

EKERBİÇER, Dilaver

M.A., The Department Of Public Law

Supervisor: Assist.Prof.Dr.Elvan KEÇELİOĞLU

December 2013, 161 pages

After the 5237 Turkish Penal Code No. 765 of the Turkish Penal Code, Criminal Responsibility in the article of 51th remove or reduce the causes, in the article of 29th under the law abolished the institution of the unjust provocation and handled essentially the same but in a different arrangement suitable contemporary modern criminal law re-arranged in a way. Establishment of unjust provocation; ad-driven separation of heavy lifted, the judge granted a wide margin of appreciation. In particular honor, honor killings, and in particular the perpetrator of a crime victim penalty for the incorrect interpretation of the acts thus prevent the requested.

According Modern criminal law, the objective sense of responsibility by abandoning the principle of the act of crime to the formation of subjectivity is not only the crimes mentioned in the law, takes into account causes of crime affecting. Human psychology; provoke mental situation dragged into effect as a result of weakening of the outcome of an unjust punishment of the perpetrator who commits a crime under the download from the drive.

Unjust provocation, the offender is a reaction against the movement against him an unfair action against the person, this is unfair because of the movement itself, to cause anger and violent elimination of the drive system that it operates constitute a crime against the person who incite.

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

TEŞEKKÜR

Tez çalıőmamın tamamlanması aőamasına kadar geçen dönemde görüşleri ve nerileri ile teze katkıda bulunup yardımlarını esirgemeyen Danıőmanım Yrd.Doç.Dr. Elvan KEÇELİOĞLU' na ve tezin yazım aşamasında her türlü yardımlarıyla çalıőma imkanı sağlayan ve kolaylaştıran aileme őükranlarımı sunarım.

KISALTMALAR CETVELİ

A.g.e.	: Adı Geçen Eser
A.g.m.	: Adı Geçen Makale
T.C.K.	: Türk Ceza Kanunu
Y.T.C.K.	: Yeni Türk Ceza Kanunu
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CK	: Ceza Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Dairesi
E.	: Esas
B.	: Bası
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
Bkz.	: Bakınız
s.	: Sayfa
S.	: Sayılı
RG.	: Resmi Gazete
vd.	: Ve Devamı
dpn.	: Dipnot
As.	: Askeri
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR SAYFASI.....	vi
KISALTMALAR.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI, ESASI, TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ DURUM

1- HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI.....	4
1.1.Tahrik Kavramı	4
1.2. Haksız Tahrik Kavramı	5
1.3. Öğretide Haksız Tahrik.....	7
1.4. Yargıtay' a göre Haksız Tahrik.....	9
2- HAKSIZ TAHRİKİN TÜRLERİ.....	11
2.1. Genel Haksız Tahrik.....	11
2.2.Özel Haksız Tahrik.....	13
2.3.Basit(Adi) Tahrik - Ağır(Mevsuf) Tahrik.....	14
3- HAKSIZ TAHRİKİN ESASI.....	15

3.1. Haksız Tahrikin Psikolojik Esası	15
3.2. Psikolojik Esasın Etkileri	16
3.2.1. Hiddet	18
3.2.2. Gazap	18
3.2.3. Şiddetli Elem	19
3.3. Haksız Tahrikin Hukuki Esası	19
3.3.1. Haksız Tahrikin Hukuki Esası Konusundaki Görüşler	20
3.3.1.1. Subjektif Teori	20
3.3.1.2. Objektif Teori	22
3.3.1.3. Karma Görüş	24
4- HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ	26
4.1. Genel Olarak	26
4.2. Ceza Hukuku Dönemleri	26
4.2.1. İlk ve Orta Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi	26
4.2.1.1. Genel Olarak	26
4.2.1.2. İlk Topluluklar Dönemi	27
4.2.1.3. Hammurabi, İbrani, Manu Kanunları	27
4.2.1.4. Eski Yunan Ceza Hukuku	28
4.2.1.5. Roma Ceza Hukuku	29
4.2.1.6. Cermen Ceza Hukuku	29
4.2.1.7. Kanonik Hukuk	30
4.2.2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi	31
4.2.3. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi	31
5- KARŞILAŞTIRILMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK	32
5.1. Federal Almanya	32
5.2. İsviçre	33
5.3. Avusturya	33
5.4. İtalya	34
5.5. Fransa	36
5.6. İngiltere	36
5.7. Amerika Birleşik Devletleri	37
5.8. Çin	38
6- TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK	38
6.1. Genel Olarak	38

6.2. Cumhuriyet Öncesi Dönem	38
6.2.1. İslamiyet Öncesi	38
6.2.2. İslamiyet Dönemi	39
6.2.3. Osmanlı Devleti Kanunları	40
6.3. Cumhuriyet Sonrası Dönem	40
6.3.1. 51'nci Maddenin İlk Şekli	41
6.3.2. 1936 Tarihli Değişiklik	42
6.3.3. 1953 Tarihli Değişiklik	42
6.4. Haksız Tahrik Konusundaki Tasarılar ve Gerekçeleri	43
6.4.1. 1987 ve 1989 Tarihli Tasarılar	43
6.4.2. 1997 Tarihli Tasarı	44
6.4.3. 2001 Tarihli Tasarı	46
6.4.4. 2003 Tarihli Dönmezer Tasarısı	47
6.4.5. Maddenin 5237 Sayılı YTCK.'nda Düzenlenişi	47

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI VE ÇEŞİTLERİ

1- HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI	49
1.1. Genel Olarak	49
1.2. Bir Tahrik Fili Bulunmalı	52
1.2.1. Tahrik Fiilinin Varlığı	52
1.2.2. Tahrik Fiilinin İşleniş Özellikleri	54
1.2.3. Tahrik Fiilinin Yöneldiği Hedef	55
1.2.4. Mefruz Tahrik	57
1.2.5. Mefruz Tahriki Bir İndirim Nedeni Olarak Görmeyen Görüşler	57
1.2.6. Mefruz Tahriki Bir İndirim Nedeni Olarak Gören Görüşler	59
1.3. Fiil Haksız Olmalı	61
1.3.1. Haksızlığın Nitelikleri ve Değerlendirilmesi	61
1.3.2. Tahrik Fiilinden Önce Gerçekleşen Hareketlerin Haklılığı veya Haksızlığı Bakımından Çeşitli Olasılıklar	64
1.3.2.1. Mağdurun Hareketinin Haksız Olması	64

1.3.2.2. Mağdurun Hareketinin Haklı Olma Olasılıkları	65
1.3.2.3. Failin Kendi Haksız Hareketiyle Olaya Neden Olması	66
1.3.2.4. İlk Yapılan Haksız Eyleme Karşı Gerçekleştirilen Tepki Failinin Şiddetine Göre Olasılıklar	66
1.4. Fail Öfke Veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında Olmalı	67
1.5. Failin İşlediği Suç Bu Duygunun Bir Tepkisi Olmalı	70
1.6. Suç Tahrik Edene Yönelmiş Olmalı	74
2- HAFİF VE AĞIR TAHRİK AYRIMI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER	76
2.1. Genel Olarak	76
2.2. Ayrıma Gerek Olduğu Görüşü	77
2.3. Ayrıma Gerek Olmadığı Görüşü	78
2.4. Uygulamada Hafif Haksız Tahrik Oluşturan Eylemler	79
2.4.1. 765 Sayılı Mülga Sayılı TCK'nın 51.Maddesinin Yürürlükte Olduğu Dönemde	79
2.4.1.1. Aşağılayıcı Sözler ya da Alaycı Tavrı ve Davranışlar	79
2.4.1.2. Sövme ve Hakaret ya da Tehdit Oluşturan Sözler	79
2.4.1.3. Önemli Boyutlara Varmayan Etkili Eylemler	80
2.4.1.4. Ahlaka ve Toplumsal Değerlere Aykırı Davranışlar	80
2.4.1.5. Mal Varlığına Yönelik Eylemler	81
2.4.1.6. Haksız Eylemin Üzerinden Zaman Geçmesi Durumu	82
2.4.1.7. Öldürme Suçlarında Öldürülenden Gelen Adıyen Darp ve Hakaret Eylemleri	82
2.4.1.8. Hakkaniyet Ölçüsü İle Bağdaşmayan Hareketler	83
2.5. Uygulamada Ağır Haksız Tahrik Oluşturan Eylemler	83
2.5.1. Birbiri Ardına Gelen Hareketler	83
2.5.2. Kendisine ya da Yakınlarına Karşı Yapılan Ağır Darp Eylemleri, Toplu Saldırıları, Yaşamı Tehdit Eden Eylemler	84
2.5.3. Kendisine ya da Yakın Akrabalarının Irz ve Namusuna Yönelik Suçlar	84
2.5.4. Aile Birliğini Sarsıcı Davranışlar	84
2.5.5. Cinsel Bağlılık Şeref Namus ve Güvene Aykırı Davranışlar	84
2.5.6. Konut Dokunulmazlığını Bozan ya da Aile Yaşamının Gizliliğini İhlal Eden Eylemler	85
2.5.7. Ağır Şekilde Ticari ve Sosyal İtibari Sarsacak Boyutta Haksız Hareketler	85
2.5.8. Adi tahrik-Tepkide orantısızlık-Ağır Tahrik	86
2.5.9. Sorumluluğundaki Mal Varlığına Yönelik Haksız Davranışlar	86
2.6. 5237 Sayılı YTCK.'da Durum	86

2.7. Hakimın Takdir Hakkı Ve Yargıtay Denetimi.....	89
2.7.1. Hakimın Takdir Hakkı.....	89
2.7.2. Takdir Hakkının Kullanılmasında Göz Önünde Tutulacak Kriterler	90
2.7.3. Haksız Tahrik Konusundaki Yerel Mahkeme Kararlarının Denetimi.....	92
2.7.3.1. Öğretide Hakimın Takdir Hakkının Denetlenmesi Gerektiği Konusunda Görüşler	92
2.7.3.2. Hakimın Takdir Hakkının Denetlenmesi Gerektiğine İlişkin Yargıtayın Görüşü.....	93
2.7.3.3. Öğretide Haksız Tahrik Türleri Ve İndirim Oranlarının Denetlenmemesi Gerektiği Konusunda Görüşler	95
2.7.3.4. Haksız Tahrik Türleri Ve İndirim Oranlarının Denetlenmesi Gerektiğine İlişkin Yargıtay Görüşü.....	95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KURUMU YAPISI –DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ-ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

1- HAKSIZ TAHRİKİN DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ.....	97
1.1. Haksız Tahrik – Meşru Müdafaa	97
1.2. Haksız Tahrik – Taammüt	102
1.3. Haksız Tahrik-Kan Gütme Ve Töre Saiki.....	105
1.4. Haksız Tahrik Ve Akıl Hastalığı.....	109
1.5. Haksız Tahrik Ve Yaş Küçüklüğü.....	112
1.6. Haksız Tahrik Ve Takdiri Hafifletici Sebepler	114
1.7. Haksız Tahrik Ve İştirak.....	117
1.8. Haksız Tahrik Ve Cezaların İctima	121
1.9. Haksız Tahrik Ve Tekerrür	122
2- HAKSIZ TAHRİKİN BAZI SUÇ TÜRLERİ İLE İLİŞKİLERİ.....	123
2.1. Haksız Tahrik Ve Taksirli Suçlar.....	123
2.2. Haksız Tahrik Ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar	126
2.3. Haksız Tahrik Ve Müteselsil Suçlar	127
2.4. Haksız Tahrik Ve Kesintisiz Suçlar	129
2.5. Haksız Tahrik Ve Teşebbüs Aşamasında Kalan Suçlar	130
2.6. Haksız Tahrik Ve Şekli Suçlar.....	131

2.7. Haksız Tahrik Ve Kabahat Türünden Suçlar	131
3- ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ	133
3.1. Genel Olarak	133
3.2. Mülga 765 Sayılı Tck Yer Alan Özel Haksız Tahrik Halleri Ve 5237 Sayılı Ytck'da Durum	134
3.2.1. ETCK.258/4.Maddesi.....	134
3.2.2. ETCK.272.Maddesi.....	134
3.2.3. ETCK.461/Son Maddesi	135
3.2.4. ETCK.462 Son Maddesi	136
3.2.5. ETCK.485.Maddesi.....	137
4- Hakaret Suçunda Özel Haksız Tahrik.....	138
4.1. Hakaret Suçunun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi(129/1).....	139
4.1.1. Kosulları.....	139
4.1.2. Tahriki Oluşturan Haksız Bir Eylem Bulunmalı	139
4.1.3. Haksız Fiil Failde Öfke Veya Üzüntü Yaratmalı ve Nedenensellik bağı bulunmalıdır	140
4.1.4. Failin, Haksız Tahrikin Neden Olduğu Bu Ruhi Durumun Tepkisi Olarak İşlediği Suç Hakaret Olmalıdır.....	141
4.2. Hakaret Suçunun, Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi (129/2)..	142
4.2.1.(Koşulları).....	143
4.2.1.1. Faile Yönelik Bir Kasten Yaralama Eylemi Bulunmalı	143
4.2.1.2. Hakaret, Kasten Yaralama Suçunun Failine Yönelik Olmalıdır	145
4.2.1.3. Failin Tepki Suçu Hakaret Olmalı	146
4.3. Karşılıklı Hakaret	147
4.3.1. Karşılıklı Olarak İşlenen Suçlar Hakaret Olmalı	148
4.3.2. İlk Kez Hakaret Eden Kimse Haksız Bulunmalı	148
4.3.3. Hakaretler Karşılıklı Ve Aralarında İlliyet Bağı Bulunmalı	148
5- ASKERİ CEZA KANUNUNA GÖRE HAKSIZ TAHRİK	149
SONUÇ	151
KAYNAKÇA	155

GİRİŞ

Ceza hukukunun insan psikolojisinde hiddet ve şiddetli bir elem etkisiyle meydana gelen “buhran hali” sonucunda oluşan haksız tahrik kurumu bir çok ceza uyuşmazlığına konu olur. Bu durum insan iradesini etkileyen ve suça sebep olan kışkırtma sonucu cezada indirim yapılmasını gerektirir.

Haksız tahrik müessesesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 29. maddesinde faile haksız tahrikin etkisi ile işlediği suçtan dolayı koşulları olduğu takdirde verilecek olan cezanın, hakimin tayin ve takdiri ile, belli bir oranda indirilmesini öngörmektedir.

TCK.’nın 29. maddesinin gerekçesine göre, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak haksız tahrik hali düzenlenmiştir. Haksız tahrikin yapılan haksız hareketin fail üzerinde hiddet ve şiddetli elem meydana getirmesi ile suçun işlendiği anda failin bu durumda etki altında bulunduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde ele alınmıştır.

Maddede hiddetli ve şiddetli elemin bir arada kullanılmasının sebebi ülkemizde özellikle “töre ve namus cinayeti” olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış uygulanmasının önüne geçmektir. Bu düzenleme ile bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır.

Haksız tahrik müessesesi, genel bir hafifletici sebeptir. Mülga 765 sayılı yasaya göre özel haksız tahrik hallerine karşılık yeni yasada sadece madde 129’da özel haksız tahrik hali de düzenlenmiştir.

Haksız tahrik, haksız bir fiilden meydana gelmelidir. Hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında kalmış olan şahsın irade yeteneğini zayıflatan bir etkidir. Suçu oluşturan her hukuka aykırı hareket, failin sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir.

Modern ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden biri “failin subjektifliği ilkesi” dir. Bu ilke, suçun varlığı için failin yasal tipe uygun ve zararlı fiili gerçekleştirmesinin yeterli olmadığını, bu fiilin faile psikolojik yönden de bağlanabilmesi gerekmektedir.

Modern ceza hukuku, objektif sorumluluk kıstasını terk ederek fiilin subjektifliği ilkesi dahilinde sorumluluk için suçun işlenmesine etki eden halleri de insan psikolojisine verdiği değer dolayısıyla bulmaya çalışmıştır. Bir çok suç iradenin yönlendirilmesi neticesinde işlenmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik kurumu ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerdendir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun haksız tahrik müessesinin derecelendirilmesi hususunda, 765 sayılı TCK.’ya ilişkin Yargıtay’ın yerleşik içtihatları ve doktrindeki görüşler uygulamada halen bir kaynak olarak kullanılmakta ve genellikle özelliğini korumaktadırlar.

5237 sayılı TCK.’nın 29. Maddesinde düzenlenen ve ceza sorumluluğunu azaltan, failin irade yeteneğini etkileyerek suça iten, haksız tahrik müessesesi 765 sayılı TCK.’nın 51. Maddesindeki eski düzenlemeden farklı olarak; hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerektiği yönünde bir ibare eklenmesi, adi ve ağır tahrik ayrımının kaldırılması, ceza bakımından olayın özelliğine göre, aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle tahrikin ağırlığına göre yapılacak indirimin tayin konusunda hakime takdir hakkı verilmiş bulunması ve indirim oranlarının yeniden düzenlenmesidir. Ancak bu indirimin yapılabilmesi için failin etkisindeki haksız fiil hiddet ve şiddetli elem oluşturacak nitelikte olmalıdır.

Bir çok haksız tahrik uygulamasına ilişkin bozma kararlarının çokluğu kurumun özgür koşullarının olmaması tespit ve takdir hakkının kullanılmasındaki güçlükler uygulamada kendini göstermiştir. Bu güçlüklerden dolayı adi ağır ayrımının kaldırılması gerekçesinde de belirtilmiştir.

Türk Ceza Hukuku Uygulamasındaki yaygınlığı, çağdaş ceza adalet anlayışının insana verdiği değer dolayısıyla kusur sorumluluğunun önemini ortaya koymak amacıyla ele aldığımız haksız tahrik kurumunu incelediğimiz çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Eserde Yargıtay kararlarına epeyce yer verilmiş, konular Yargıtay'ın kararlarıyla zenginleştirilmiş ve yer yer uygulamanın vardığı sonuçlar belirtilmiştir.

Birinci bölümde; genel olarak haksız tahrik kavramı açıklanmış, psikolojik ve hukuki yönden esasları, haksız tahrikin tarihsel ve Türk Ceza Hukuku tarihi açısından gelişimi incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde, haksız tahrikin karşılaştırmalı hukuktaki durumuna yer verilmiştir.

İkinci bölümde; haksız tahrikin unsurları ve çeşitleri etraflıca incelenmiştir. Mülga yasa döneminde uygulanan hafif-ağır tahrik ayrımı konusundaki görüşler ve yürürlükte olduğu dönemdeki hafif-ağır tahrik halleri de incelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise; 5237 sayılı yeni TCK ile getirilen yenilikler, haksız tahrik sistemi, haksız tahrikin ceza hukukunun diğer hukuki kurumları ile uygulanabilmesi olanağı, haksız tahrikte indirim oranı ve uygulanması incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde, özel haksız tahrik haline de değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI, ESASI, TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ DURUM

1-HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI

1.1.Tahrik Kavramı

Tahrik kelimesi Arapça kökenli bir sözcüktür. Genel anlamda hareket ettirme, kımıldatma, yola çıkartma, harekete geçirme, etki yapma, kıskırtma,¹kımıldatma, oynatma² gibi anlamlara karşılık olarak kullanılmaktadır.

Kişinin belirli bir olaya uyandırılması veya itilmesi, mevcut olan durumun devam ettirilmesi gibi gayelerle, kişinin iradesinin uyandırılması ya da iradesinin belirli bir yöne hareket ettirilmesi şeklinde tanımlanabilir.³Bu durumda kişi aslında suç işlemeye yönelik bir tutumu olmamasına rağmen dışarıdan gelen olumsuz bir baskıyla elinde olmayan nedenlerle iradesi kısıtlanmış bir şekilde suç işlemeye yönelmektedir.

YTCK' da "tahrik" kelimesi, iki farklı anlamda kullanılmıştır. Bunlardan birincisi, tahrik suçlarını düzenleyen suç tiplerinde⁴"tahrik suçları" ikincisi ise

¹ Büyük Larousse, 21.Cilt, s.11154.

² Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi Yayınları*, 24.Bası, Ankara, 2007, s.1021.

³ Köksal Bayraktar, *Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü*, İstanbul, Formül Matbaası, 1977, s.3-4.

⁴TCK Madde 214 - Suç İşlemeye Tahrik

(1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, onbeş yıldan yirmidört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

çalışmamızın ana konusu olan genel hükümlerde yer alan “haksız tahrik” kavramıdır.

1.2.Haksız Tahrik Kavramı

Haksız tahrik, suça karşı hareket etme olarak belirir. Suça yöneltme de, muhatap olarak belirli kişiler bulunmakta, suça yöneltici fiil, tayin edilebilen bir kimse üzerinde gerçekleştirilmektedir.⁵

Bir kişinin, diğer bir kimseyi kanunlarda suç olarak gösterilmiş bir fiili işlemek için sevk ve teşvik etmesi anlamında olan suça tahrik ile haksız tahrik arasında içerik ve anlam bakımından büyük farklılıklar olduğu anlaşılmaktadır.⁶Suçta tahrik, yöneltildiği şahıs bakımından ise, kişide, suçun kesin bir şekilde gerçekleştirileceğine dair bir düşünce ve inanış yaratma, kişide suç işlemeğe yönelik bir düşünce oluşturma ve birey üzerinde ağır, yoğun bir manevi baskı kurma şeklinde tanımlanmaktadır.⁷

ETCK.’nın değişik maddelerinde “tahrik” sözcüğüne yer verilmekle (Örneğin 765 sayılı TCK. m.311, 312/1, 2) birlikte bu maddelerde geçen “tahrik” terimi bir kimseyi suç işlemeğe ya da yasalara karşı gelme veya kin ve düşmanlığa sevk ve teşvik manasına gelen bir anlam ifade eder.⁸

Haksız tahrikte kışkırtanın belli bir amacı olmadığı gibi, hareketini suça itme amacı ile yapmamakta, fiilini bilerek ve isteyerek yapmakla birlikte suç işlenmesine

(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.

⁵ Bayraktar, a.g.e., s.12.

⁶ M. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3.Basım, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953, s.443;Timur Demirbaş, *Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri*, İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985, s.13.

⁷ Bayraktar, a.g.e., s.4, 5.

⁸ 5237 sayılı YTCK.’ nun üçüncü kısım ve beşinci bölümünde, “kamu barışına karşı suçlar” başlığı altındaki düzenleme içinde; TCK 311. maddesine karşılık olarak, yeni kanunun 214. maddesinde “suç işlemeye tahrik”, yine TCK 312 maddesine karşılık olarak 215. maddede; “suçu ve suçluyu övme”, 216 maddede; “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” ve 217. maddede “kanunlara uymamaya tahrik” suçları düzenlenerek “tahrik” terimine yer verilmiştir; Gökhan Yaşar Duran, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, s.5.

bilerek ve isteyerek sebep olmamaktadır.⁹Tahrik eden önceden öngörmediği bir neticeye sebebiyet veya sebep olmaktadır. Ceza hukuku açısından; bir kişiyi suç işlemeye iterek, bu kişinin iradesi üstünde yapılan etkiyle bu kişinin suç işleme yolunda harekete geçirilmesi olarak tanımlanabilir.¹⁰

Haksız tahrik kurumu, kanunumuzda ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran nedenler bölümünde, ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olan “cebir ve tehdit”ten hemen sonra yer almıştır.

Türk Ceza Kanununda tahrikin ne anlama geldiği tanımlanmamış ve hangi fiillerin tahrik oluşturacağı da belirtilmemiştir. Sadece “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye...” denilerek iradesi dış olaylardan etkilenen kimsenin cezasının belirli oranlarda azaltılabileceği belirtilmiştir.

Haksız tahrik, suça tahrik, suç işlemeye teşvik anlamında olan YTCK’nın 214. maddesinde suç işlemeye tahrik ile aynı şeyler değildir. Haksız tahrikte failin ceza sorumluluğunu azaltılması öngörülürken suça tahrikte ise azmettiren sıfatıyla aynı suçun cezası ile cezalandırılacağı açıklanmıştır.

5237 sayılı YTCK’ da 765 sayılı TCK’ dan farklı olarak memurlara ilişkin ayrı bir düzenleme ve kapsamlı bir özel tahrik hallerine yer verilmemiştir. YTCK 29. maddede haksız tahrike ilişkin düzenlemeler genel olarak, 129. maddede ise, hakaret suçuna özgü özel bir haksız tahrik olarak düzenlenmiştir.

⁹ Yargıtayın bir kararına göre;”sanığın olaydan bir gün önce öldürülenin evinin yanındaki evinde akşamüzeri içki masası kurarak yemek yiyip rakı içtiği ve teybi sonuna kadar açıp sabaha kadar aşk şarkıları çaldığı ve kendisinin de şarkı söyleyip dostuna (öldürülenin karısı) ilanı aşk etmek suretiyle, öldürülene karısıyla seviştiklerini kanıtlamaya çalıştığı ve bu haksız ve gayri ahlaki davranışlarıyla öldürüleni rahatsız ettiği ve küstahlığını büyük boyutlara vardığı, öldürülenin bu büyük küstahlığın ve namus ve şerefe yönelik tecavüzün tahammül edilemeyecek bir dereceye ulaşması karşısında sanığın evinin önüne giderek küfretmesi üzerine, kendisini ortadan kaldırmak için bahane arayan sanığın evinde bulundurduğu av tüfeğini alarak sokağa fırlayıp ona ateş edip öldürdüğü anlaşılmıştır. Kendi haksız hareketleriyle olaya neden olan sanıklar hakkında tahrik hükmü uygulanamayacağına” karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay CGK.’nun 2.6.1986 gün ve E.116,K.313 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.6.

¹⁰ Mehmet Açıkgöz, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.7; Demirbaş, a.g.e., s.13.

1.3.Öğretide Haksız Tahrik

Haksız tahrikin, öğretide hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide kimi anlatımlarda “cezayı”¹¹ veya “suçu”¹² ve kimi anlatımlarda “kusurluluğu”¹³ etkileyen hallerde incelenmiştir. Yasakoyucu, haksız tahrike ceza sorumluluğunu (kusuru) etkileyen haller arasında yer vererek, bu hali suçun kusurluluk unsuru içinde değerlendirmiştir.¹⁴

Bir kimsenin dıştan gelen haksız eylemler sonucu kışkırtılarak suç işlemesi ceza hukuku bakımından haksız tahrik olarak adlandırılmakta ve kışkırtma eyleminin bizzat failin sahsına yönelmiş olması da şart değildir: Yakınlarına, sevdiklerine, hatta hiç tanımadığı kişilere yönelik ahlaka ve hukuka aykırı eylemler failde hiddet ve şiddetli elem yaratabilir.¹⁵

Haksız tahrik, haksız bir fiilin oluşturduğu dışarıdan gelen bir etkiyle kişide kızgınlık ve üzüntü etkisi oluşturarak suç işlemeye yönelttiğine göre kişinin kusurluluğuna etki eder.¹⁶

¹¹ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s.143.

¹² Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.362; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2011, s.428; Haluk Çolak, *Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005, s.111; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II., 9.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1986, s.374.

¹³ M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.528; Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 1997, s.591; İzzet Özgenci, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, s.414; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011, s.279; Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, s. 397; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011, s.408.

¹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.429.

¹⁵ Mehmet Akif Tutumlu, *Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Ankara, Adil Yayınevi, 1999, s.19; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5.Baskı, Ankara, Seçkin yayınları, 2012, s.291; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.II, İstanbul, Beta Yayım, 1989, s.374.

¹⁶ Özbek / Kanbur / Bacaksız / Doğan / Tepe, a.g.e., s. 405.

Haksız tahrik, bir tanıma göre haksız bir eylemin oluşturduğu öfke, kızgınlık veya ağrı ve acının etkisi ile suç işlemektir¹⁷ diğer bir tanımda ise toplum değerlerine, ahlaka, hukuka aykırı her türlü davranış¹⁸ veya kendisine karşı haksız bir fiil işlenmesinden dolayı, bir kimseyi suç işlemeye sevk etmektir.¹⁹

Yine haksız tahrikin, failin suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmesi haksız tahrik²⁰ olduğu kabul edilirken bir diğer tanımda bir etkilenme biçimi olarak tahrik, dıştan gelen bir etkinin kişiyi içine sürüklediği ruhsal bir durumdur²¹ veya bir kişinin hukuka aykırı bir eylem dolayısıyla ruhsal yönden aşırı heyecana kapılması nedeniyle ve bu haksızlığın verdiği kışkırtıcı duygunun etkisiyle suç işlemesini ifade etmektedir.²²

Özgenç' e göre haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin (öfkenin, gazabın) etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir.²³

Meran' a göre haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu etki altında bulunmasıdır.²⁴

Öztürk ve Erdem' e göre failin, haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesi haline haksız tahrik denir.²⁵

Aydın' a göre fail, mağdurun sebep olduğu haksız harekete tepkisini, mağdur aleyhine suç işleyerek göstermektedir.²⁶

¹⁷Yusuf Aktaş, *Tahrik, Teşebbüs ve Cezanın Kurulması*, Ankara, Fon Matbaası, 1976, s.112.

¹⁸ Yaşar Yavuz, "Haksız Tahrik", *Yargıtay Dergisi*, 1991, C.1, S.2, s. 446.

¹⁹M. Muhtar Çağlayan, "Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzahl Denemesi", *Adalet Dergisi*, Ocak-Şubat, 1982, S. 1, s. 14.

²⁰ Parlar/ Hatipoğlu, a.g.e., s.143.

²¹ Açıkgöz, a.g.e., s.8.

²²Osman Yaşar,Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.I, Ankara, 2010, s.733.

²³ Özgenç (Genel Hükümler), a.g.e., s.414.

²⁴ Necati Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s.170.

²⁵ Öztürk/Erdem, a.g.e., s.279.

Demirbaş' a göre haksız tahrik, failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli bir elemin etkisinde kalarak tahriki teşkil eden kişiye karşı bir suç işlemesidir.²⁷

Çolak' a göre fail suçunu, kendisine yöneltilmiş haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli bir elemin etkisinde kalarak tahriki teşkil eden kişiye karşı bir suç işlemesidir.²⁸

Koca ve Üzülmöz' e göre haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalarak bir suç işlemesidir.²⁹

Soyaslan' a göre mağdurun faile karşı hukuka aykırı bir hareket yapması nedeniyle failin mağdura karşı suç olan bir fiil icra etmesi olarak tanımlanmaktadır.³⁰

1.4. Yargıtay' a göre Haksız Tahrik

Yargıtay kararlarında, "tahrik", "haksız tahrik" ve "kışkırtma" kelimeleri kullanılmaktadır. "Kışkırtma" sözcüğüne Yargıtay'ın bir çok kararında rastlamak mümkündür.³¹Bunun nedeni ise dilde sadeleşme ve Türk Dili'ni yabancı sözcüklerden arındırma yönünde gösterilen çabadır.³²Kanaatimizce kışkırtma sözcüğü yerine "tahrik" veya "haksız tahrik" sözcüğünün kullanılması öğreti ve uygulamada çok yaygın olduğu için daha yerinde olduğu düşüncesindeyiz.

Yargıtay CGK.765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında ceza hukuku bakımından haksız tahrik kavramını şöyle tanımlamıştır:

²⁶ Devrim Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.14, Yıl:2004, s.228.

²⁷ Demirbaş, (Genel Hükümler), a.g.e., s.408.

²⁸ Çolak, a.g.e., s.111.

²⁹ Koca / Üzülmöz, a.g.e., 291.

³⁰ Soyaslan, a.g.e., s.468.

³¹ Yargıtay'ın kışkırtma sözcüğünü kullandığı kararlar için bkz. Yargıtay 4.CD.'nin 11.12.2000. gün ve E.7600, K.8755 sayılı kararı. (YKD, C.27, S.4 (Nisan-2001), s.616); Yargıtay 1.CD.'nin 22.2.2001 gün ve E.238, K.684 sayılı kararı.(YKD, C.27, S.11 (Kasım, 2001), s.1750-1751)

³² Fahrettin Kaya, "Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik", Adalet Dergisi, 2011, Sayı:40, s.92.

“Tahrik, Ceza Hukuku bakımından, bir kimseyi suç islemeğe yönelme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç isleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç islemesidir. Bu halde fail, suç isleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu islemeye yönelmektedir.”³³

Yargıtay’ın 31.10.1994 tarihli bir kararında “Haksız tahrik, failin, haksız bir fiilin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek, bir suç işlemesidir.”³⁴

Yargıtay’ın yine 25.05.2004 tarih ve 87-124 E.K. sayılı kararında ise “Tahrik, failin haksız bir eylemin doğurduğu öfke ve elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir.”³⁵ biçiminde tanımlanarak eski tarihli Yargıtay kararlarındaki tanımlara göre daha anlaşılır ve daha doğru tanımlandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, haksız tahrik ile ilgili hükmün iptali için yapılan başvuruda, başvuruyu şu gerekçeyle iptal etmiştir: “Yasa’nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiçbir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmak ilkesini tercih eden yasa koyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç işleyenlerin cezasından maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür” (AYM, 19.02.2009, 25). Anayasa Mahkemesi Kurumu

³³Y.C.G.K 19.11.1990 tarih ve E:1-254, K:277 sayılı kararı; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.529. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararında ifade edilen haksız tahrik tanımı daha çok YTCK’ın 214. Maddesinde suç işlemeye tahrik etmeyi anlatmaktadır. Yargıtay’ın daha sonraki bir tarihli kararında ki tanımı daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. Y.C.G.K. 20.06.2000-4-126/135 sayılı kararında tahrikin tanımı şu şekilde yapılmıştır.”Tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Fail; haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin tesiri altında, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.”

³⁴CGK, 31.10.1994, 250 sayılı kararı; Hakeri, a.g.e., s.366.

³⁵Sedat Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 2.Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s.661.

yanlış anladığını ortaya koymuştur; halbuki haksız tahrik kurumunun suçlunun toplumla barışık hale gelmesi veya ıslahı ile bir ilgisi bulunmamaktadır.³⁶Haksız tahrikte, failin kınanabilirliğinde değil, kusurunda bir azalma söz konusu olmaktadır.³⁷

2- HAKSIZ TAHRİKİN TÜRLERİ

2.1. Genel Haksız Tahrik

Haksız tahrik kurumu, mağdurun haksız bir fiilinin doğurduğu öfke ve üzüntüden kaynaklanmak şartıyla, genel olarak mağdurun kişi olduğu tüm suçlara uygulanma imkanı olan³⁸ genel ve kanuni bir kuraldır. Belli suçlara özgü olmayıp şartları oluştuğunda elverişli bulunan bütün suçlar da uygulama alanı bulur. Hangi hallerin haksız tahrik sayılacağı sıralanmaksızın, bir kısıtlama getirilmeksizin genel hüküm şeklinde hakime takdir hakkı tanınmaktadır.³⁹

Haksız tahrikin genel bir kural olarak uygulanmadığı bazı istisnai durumlar da vardır. Bir kimsenin haksız tahrikle taksirli bir suçu işlemesi elverişli olmadığı gibi, zimmet, rüşvet, irtikap, hırsızlık, yağma, belgede sahtecilik ya da cinsel saldırı veya taciz suçunu işlemesi de olanaklı değildir.⁴⁰Yargıtay bir kararında 6136 sayılı kanuna muhalefeti şekli suç saymış ve bu fiilde tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir.⁴¹Yargıtay ayrıca kabahatlerde örneğin sarhoşluk suçlarında⁴² tahrikin söz konusu olamayacağına karar vermiştir.

³⁶ Hakeri, a.g.e., s.362, 363.

³⁷ Hakeri, a.g.e., s.362.

³⁸ Soyaslan, a.g.e., s.478-479.

³⁹ Yalkut, a.g.e., s.250.

⁴⁰ Meran, a.g.e., s.171.

⁴¹ Yargıtay bir çok kararında, şekli(biçimsel) suç olan 6136 sayılı yasaya muhalefet suçunda TCK.51. maddesinin uygulanmayacağına karar vermiştir. Bu kararlar için bkz.Yargıtay 8.CD.'nin 21.11.1991 gün ve E.1991/9850, K.1991/11405 sayılı kararı; Yılmaz Güngör ERDURAK, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Yenilenmiş 3.Bası, Ankara, Adil Yayınevi, 1994, s.113.

⁴² Yargıtay bir kararında, Saldırgan sarhoşluk suçunda tahrikin varlığının kabulü tecavüzi hareketinin sarhoşluktan kaynaklanmadığı sonucunu doğuracağı cihetle, sarhoşluk suçunun oluşmayacağı, olayın sarhoşluk saiki ile meydana geldiğinin kabulü halinde ise T.C.K.' nun 51. maddesinin 1. fıkrasının uygulama yeri bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde (T.C.K.' nun 572/1, 51/1. maddeleriyle) hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir.Bkz Yargıtay 2.CD.'nin 2.3.1993 gün ve E.1633, K. 2679 sayılı kararı; Erdurak, a.g.e., s.125.

Yargıtay yeni tarihli kararların da ise; cinsel saldırı ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yolunu kapamıştır (5.CD, 29.03.2006, 2577).⁴³ Bir başka kararda ise, ‘‘korku, kaygı ve panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçunun (TCK 170) yapısı ve özelliği itibarıyla tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli bulunmadığı açıklanmıştır (8.CD, 11.10.2006, 7504).⁴⁴ Bu tür suçlarda haksız tahrikin uygulanmamasının nedeni, işlenen suçun şekli bir suç olması değildir; haksız fiil ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmadığı için haksız tahrik söz konusu olamaz.⁴⁵

Haksız tahrike genel bir kural olarak yer kabul eden kanunlar arasında, İspanya Ceza Kanunu md.21/3⁴⁶, Portekiz Ceza Kanunu md. 72/2-b⁴⁷, İsveç Ceza Kanunu Bölüm 29/3⁴⁸, Danimarka Ceza Kanunu Bölüm 10/84⁴⁹, Arnavutluk Ceza Kanunu md.48⁵⁰ örnek olarak verilebilir.⁵¹

Haksız tahrik, failin kusurunun azalmasından doğan ve bu sebepten cezanın indirilmesini gerektiren kişisel bir nedendir, yoksa hukuka uygunluk nedeni değildir; o halde, hukuka uygunluk nedenlerinin aksine haksız tahrik halinde fiil hukuka aykırı olmaya devam eder.⁵²

⁴³ Hakeri, a.g.e., s.365

⁴⁴ Hakeri, a.g.e., s.365.

⁴⁵ Koca/Üzülmez, a.g.e., s.302. dp.775.

⁴⁶ Bu düzenlemede, hiddete, kızgınlığa veya benzer ağır bir heyecan durumuna sürükleyen nedenlerden ya da ölçsüz tahrikten dolayı bir hareketin yapılması ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul edilmiştir.

⁴⁷ Bu düzenleme gereğince, fail hareketini haksız bir tahrikin veya haksız bir hareketin etkisiyle yapmışsa, cezasında indirime gidilecektir. Portekiz Ceza Kanunu md. 133 adam öldürme suçu, md.146 kasten yaralama suçu, md. 186/2-3 hakaret suçu bakımından özel haksız tahrik hallerine yer vermiştir.

⁴⁸ İsveç Ceza Kanunu’ nun 29. Bölümünün 3. paragrafının 1. fıkrasının 1. bendi gereğince, suç başkasının açık incitici davranışı ile tahrik edilmişse, bu durum cezanın hesaplanmasında hafifletici neden olarak dikkate alınır.

⁴⁹ Danimarka Ceza Kanunu’ nun 10.bölümünün 84.paragrafının 1.fıkrasının 4.bendine göre, fiil, mağdurun hukuka aykırı bir saldırısı veya ağır bir hareketi ile yol açtığı heyecan durumunda işlenmişse cezada indirim yapılabilecektir.

⁵⁰ 1995 tarihli Arnavutluk Ceza Kanunu md.48, haksız tahriki cezada indirim yapılması gereken bir neden olarak ele almıştır. Bu hükmün b) bendine göre; ‘‘Fiilin mağdurun veya herhangi başka bir kişinin tahriki veya başka haksız bir hareketinin yol açtığı ruhsal heyecanın etkisiyle gerçekleştirilmesi halinde’’ cezaı hafifleten bir neden mevcuttur. Bu durumda mahkeme cezaı md.53’e göre belirlemektedir.

⁵¹ Kangal Z.T., ‘‘Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik’’, EUHFD, c.XIV,Sayı 3-4 2010, s.24, 25.

⁵² Öztürk / Erdem, a.g.e., s.279.

Haksız tahrikin fail (kişi) bakımından genel kural oluşu, haksız tahrikin koşulları oluştuğu takdirde suç işleyen fail ile mağdur arasındaki münasebet dikkate alınmaksızın, tahrik indiriminin tüm faillere uygulanabilmesi demektir.⁵³Böylece ana, baba, karı, koca arasında işlenmiş suçlarda da eğer fail haksız yere tahrik edilmişse, haksız tahrik kurumunun şartları oluşmuşsa, fail ceza indiriminden yararlanır.⁵⁴

Yargıtay kararlarında aile içinde işlenen suçlarda failin tahrik edilmesi şartıyla haksız tahrik kurumunun uygulanabileceğini açıklamıştır. Yargıtay bu görüş doğrultusunda; “büyük kardeş olan maktulün, küçük kardeş olan sanığı havaya kaldırıp fazlaca sıkması canını acıtması üzerine küçük kardeşin elinde bulundurduğu bıçağı rastgele sallaması şeklinde gerçekleşen olayda, TCK’ nın 51/1 maddesinin uygulanamayacağına ilişkin kararda isabet”⁵⁵ olmadığına karar vermiştir. Türk Ceza Kanunu kişi bakımından da haksız tahrik hükmünün uygulanmasına sınırlama getirmemiştir.

2.2.Özel Haksız Tahrik

Özel haksız tahrik, bazı suçlar yönünden özel olarak düzenlenmiştir. Özel haksız tahrik halinin uygulandığı durumlarda, özel normun genel norma önceliği ilkesi gereğince genel haksız tahrik hükümleri ayrıca uygulanmaz. Bu durum da genel haksız tahrik hükümlerinin uygulanması iki kere değerlendirme yasağı olduğundan dolayı uygulanmaz.

Özel haksız tahrik hali, genel haksız tahrik hükmünden farklı olarak her suç bakımından değil, sadece ilgili bulunduğu suç yönünden tatbik olunabilir.⁵⁶

765 sayılı TCK’ da özel haksız tahrik hallerine yer verilmişti. Bunlar; “memurun yetki sınırını aşarak veya keyfi hareketlerle kendisine yönelik mukavemete sebebiyet vermesi halinde failin cezasının indirimine ilişkin”

⁵³ Devrim Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt 54, S.1; Taşdemir, a.g.e., s.9.

⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.532.

⁵⁵ Yargıtay CGK.’nun 19.10.1987 gün ve E.331, K.412 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.15.

⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.531.

(md.258/4), ‘‘memurun keyfi hareketiyle kendisine yönelik müessir fiile neden olması halinde failin cezasından yapılacak indirimle ilişkin’’ (md.272), ‘‘zina halinde yakalanana öldürmeye veya müessir fiilde bulunmaya ilişkin’’ (md.462) ve ‘‘karşılıklı hakarete ilişkin’’ (md.485) maddelerdi.

5237 sayılı yasada sadece ‘‘Haksız Fiil Nedeniyle Veya Karşılıklı Hakaret’’ suçuna ilişkin 129. Madde düzenlenmiştir. Bunun dışında özel tahrik hali düzenlenmemiştir. Şartları varsa genel tahrik hükmü olan 29.madde uygulanacaktır. Bu suç tiplerinde failin maruz kaldığı haksız hareket karşısında suçu işlemiş olduğu düşüncesinden hareketle failin cezası ‘‘suçun basit şekline oranla daha hafif olarak’’ belirlenmiş ya da faile ceza verilmeyeceği öngörülmüştür.⁵⁷

2.3.Basit (Adi) Tahrik – Ağır (Mevsuf) Tahrik

Mülga 765 sayılı TCK’ nın 51. maddesinde birinci cümlede haksız tahrikin koşulları belirtildikten sonra faile verilecek cezadan yapılacak indirim oranı gösterilmiş; tahrikin ‘‘ağır ve şiddetli’’ olması durumunda ise indirim oranının daha fazla olacağı maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır.⁵⁸Burada iki dereceli bir tahrik ayrımı benimsenmesine rağmen bu ayrımın hangi ölçütlere göre yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. Basit-ağır tahrik ayrımındaki kriter, olayın özel koşulları değerlendirilerek karar vermesi için hakimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu durum uygulamada bir çok mahkeme kararının Yargıtay tarafından bozulmasına sebebiyet vermiştir.⁵⁹

5237 sayılı TCK’ da ise basit tahrik-ağır tahrik biçiminde bir ayrıma yer verilmemiştir. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmiş (‘‘ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası

⁵⁷ Hakeri, a.g.e., s.365.

⁵⁸ Tutumlu, a.g.e., s.48.

⁵⁹ Yargıtay 1.CD. 2.4.1991 tarih ve E.707 / K. 909 sayılı kararından : ‘‘ Taraflar arasında çıkan tartışma ve kavgada maktulden sadır olan haksız hareketlerin, sanığın 5 gün iş ve gücünden kalacak derecede adiyen yaralanması ve hakarete maruz kalmasından ibaret olmasına göre, bunun T.C.K.’ nun 51/1 . madde ve fıkrasının tatbikini gerektirir nitelikte hafif tahriki oluşturduğu gözetilmeyerek yazılı şekilde ağır tahrik kabul suretiyle kanuni tahfifin derecesinin takdirinde hata edilmesi, bozmayı gerektirmiştir’’; Erdurak, a.g.e., s.106.

verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir” ve tahrikin yoğunluk derecesine göre hakime takdir yetkisi verilmiştir.⁶⁰Yeni düzenleme ile hakime geniş takdir hakkı tanınarak haksız tahrikin işleniş şekli ve niteliği dikkate alınarak kanunda belirtilen indirim oranları dahilinde indirim yapma imkanı sağlanmıştır.⁶¹

3-HAKSIZ TAHRİKİN ESASI

Ceza hukukunda fiilin hukuka aykırılığı, cezalandırabilmek için gerekli olmasına karşın yeterli değildir; çünkü, hukuka aykırı bir fiil cezalandırılabilir olmanın yanı sıra kusurlu da olmak zorundadır.⁶² Kusur da insan davranışlarından kaynaklandığı için bütün kanunlar insan ruhunu anlamaya çalışırlar.

Haksız tahrikin cezayı hafifleten bir sebep olmasının iki nedeni vardır; Psikolojik neden: Öfke veya şiddetli elem irade yeteneğini zayıflattığından haksız tahrik cezai sorumluluğu azaltır. Hukuki neden: Mağdur faili haksız olarak tahrik etmesinden dolayı suça neden olmuştur ve bu nedenle failin daha az kusurlu sayılarak cezasının azaltılması adalet duygusuna uygun olacaktır.⁶³

3.1.Haksız Tahrikin Psikolojik Esası

Suç, insan ruhundan kaynaklanan fakat neticesi dış dünyada meydana gelen bir olaydır. Bunu dikkate alan kanun koyucu bu his ve duygulara önem vererek hukuk metinleri içerisinde yer vermiştir. Heyecanın iradeye etkisi psikolojik bir hakikat olarak kabul edildiğinden, haksız tahrik müessesesi ile heyecan ceza hukukuna nakledilmiş bulunmaktadır.⁶⁴ Failin iç dünyasında kendiliğinden kapılan ruhsal duruma önem verilmemektedir.

Suçun mağduru da faili kışkırtarak bir suça sebep olduğu için, mağdurun kusurunun failin kusurundan indirilmesi yerinde ve adaletli bir yaklaşım olacaktır.

⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.534.

⁶¹ Taşdemir, a.g.e., s.11.

⁶² Demirbaş, a.g.e., s.25.

⁶³ Bardak, a.g.m., s.42.

⁶⁴ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.592.

Kişinin suçu işlemesi sırasındaki ruhsal hali ve kusuru, cezalandırılmada değere alınması, psikolojik görüşün ceza hukukunda yer almasını sağlamıştır.⁶⁵

Tahrik fiilinin ortaya çıkarttığı heyecan halinin, normal insan ile suçlu arasındaki ortaya çıkarmasında tek kıstas olan irade zayıflamış olduğundan failin psikolojik durumu normal bir insandan farklıdır.⁶⁶

Heyecan, olumlu veya olumsuz olarak hissedilebilen, belirli ruh durumlarının vücut tarafından tepkisi, duygusal-ruhi karışıklıkların bir ifadesi, birdenbire ortaya çıkan şiddetli teessür halidir.⁶⁷ İnsan hayatında normal yaşam faaliyetlerinin dışında karşılaştığı bir olay karşısında farklı bir duygu hali yaşanmasıdır.

İhtiras ise heyecandan meydana gelir ve aralarında fark vardır.⁶⁸ Heyecan geçici olmasına karşılık ihtiras devamlılık gösteren bir ruh halidir. İhtirasın nefret ihtirası, sevgi ve intikam ihtirası gibi çeşitleri vardır.⁶⁹

3.2. Psikolojik Esasın Etkileri

Haksız bir hareketin kişi üzerinde ve onun psikolojik aleminde bir reaksiyon meydana getirebileceğini kabul etmiş olan kanunlar, değişik şekillerde, failin bu durumunu değerlendirmekte, kusurluluğu kaldırmasa da, azaltan bir sebep olarak görmektedirler.⁷⁰

Psikolojik ruhsal durumun etkisi altında kalan kişilerde bir değişme oluşur. Psikolojik etki altında olan kişide fiziksel etkiler dışında, tüm organizmanın katıldığı bir takım “biyo-fizyolojik fenomenleri” de ortaya çıkarır.⁷¹ Suçluların sınıflandırılmasında heyecan suçlusunun ayrı bir grup teşkil ettiği aşikârdır; çünkü bu

⁶⁵ Açıkgöz, a.g.e., s.15.

⁶⁶ Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi*, Yedinci Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s.34; Duran, a.g.e., s.45-46.

⁶⁷ Duran, a.g.e., s.46.

⁶⁸ Kant'a göre heyecan; “seddi şiddetle yıkip yayılan sulara, ihtiras yatağını kazan ve değiştiren bir sele benzer. Heyecan bir sarhoşluk, ihtiras bir hastalık gibidir.”; Erem, *Adalet Psikolojisi*, a.g.e., s.1,2.

⁶⁹ Duran, a.g.e., s.48

⁷⁰ Önder C.İl., a.g.e., s.375.

⁷¹ Rasim Adasal, *Normal ve Anormal Yönleriyle Yeni Medikal Psikoloji*, 3.Baskı, İstanbul, Minnetoğlu Yayınları, 1977, s.851.

halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin psikolojik durumunda oluşturduğu karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.⁷²

Ruh hali özellikle insanın dış davranışlarında yetiştiği ortam ve aldığı kültüre bağlı olarak ürkeklik ya da saldırganlık şeklinde belirebilir. Genellikle kişilik değerlerini iyi ortaya koyamayan insanların kendilerine karşı bazı tutumlarını engelleme sayıp davranışlarını hemen saldırganlığa dönüştürebilir.⁷³

Psikolojik baskı altında kalan kişiyi iradesi zayıflamakta ve düşünme hızı zayıflayarak yerini öfke ve şiddete bırakmaktadır. Fail, psikolojik halinin en bozuk halinde bunalıma girerek bu etki altında bir patlama ile suçu işlemektedir.⁷⁴ Tahrik fiilinin etkisi ile heyecanlanıp suç işleyen kişi, söz konusu heyecana sebep olan veya onu kolaylaştıran kişiye karşı suç teşkil eden bir fiil işlemektedir.⁷⁵

Fiilin icrasına başlanmadan önce bir düşünce safhasından sonra iradi bir karar oluşur. Bu safha haline “failin bir suçun icrasına başlamasından önceki psikolojik safha” olarak da adlandırılabilir.⁷⁶

Bazı ceza kanunlarında, ruhi karışıklık olarak kabul edilen heyecan çeşitleri gazap ve şiddetli elem dışında, merhamet ve kıskançlık (İsviçre CK.177/2-3) öfke ve kızgınlık dışında, intikam (İsviçre CK.177/2-3), korku, ümitsizlik ve cesaretsizlik (Avusturya CK. 34/8, 60) haksız tahrikten yararlanmayı gerektiren psikolojik bir durum olarak kabul edilmiştir.⁷⁷

Ceza hukukunun heyecan ve heyecanı oluşturan durumların çeşit ve niteliklerini ayırarak, farklı değerlendirmelere tabi tutması ceza hukukunun modernleşmesi açısından önemli bir aşamayı ifade etmektedir.⁷⁸

⁷² Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.979.

⁷³ Doğan Cüceloğlu, *İnsan Davranışı*, 23.Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2012, s.289.

⁷⁴ Nejdet Yalkut, “*Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik*”, Yargıtay Dergisi, 1979, C.II, s.245.

⁷⁵ Hakan Abban, “*Haksız Tahrik*” Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s.30.

⁷⁶ Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara, Kazancı Ticaret A.Ş., 1994, s.57.

⁷⁷ Duran, a.g.e., s.55.

⁷⁸ Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.978.

Türk ceza hukukunda haksız tahrike yol açtığı kabul edilen heyecan çeşitleri sıralanmıştır.

3.2.1.Hiddet

Hiddet kelimesinin manası öfke ve kızgınlık halinden meydana gelen psikolojik bir durumdur. Haksız tahrikin psikolojik sebebi; “haksız tahrik” kurumu, psikolojide heyecanların bir türünü oluşturan “hiddet”⁷⁹den başka bir şey değildir.⁸⁰Daha doğru bir anlatımla, psikolojide heyecanın bir türü olan hiddet heyecanının adı ceza hukukunda “haksız tahrik”tir.

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten sakınma yetisi, önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır ve bu kişinin, kendisini yönlendirme veya belli fiilleri işlemekten alıkoyma yeteneğinin tam olduğundan bahsedilemez.⁸¹Psikolojik bir hadise olan hiddetin, hukuka intikali mutlak olmadığı için, kanun ancak haklı olan bir hiddeti göz önüne almaktadır.⁸²İrade serbestîsini etkileyen her hiddet, cezai mesuliyete tesir eden bir tahrik hali olarak nazara alınamaz.⁸³

3.2.2.Gazap

Gazap, kuvvetli bir hiddet olarak da adlandırılabilir. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şiddetli bir elem deyimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, Yeni Türk Ceza Kanununun haksız tahrik ile ilgili 29.maddesinde söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için YTCK’ nın 29. maddesinde her iki sözcüğün kullanılması uygun görülmüştür.⁸⁴

⁷⁹ On sekizinci asrın büyük cezacısı Jousse; ” Cürmün cezasını azaltan üçüncü sebep hiddettir “ diyor. Diğer ilk iki sebebin küçüklük ve akli maluliyet olduğu malumdur; AYIK, a.g.m., s.85.

⁸⁰ Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1997, s.591.

⁸¹ Özgenç, a.g.e., s.414.

⁸² Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.592.

⁸³ Ayık a.g.m., s.87.

⁸⁴ 5237 sayılı TCK’nın 29.maddesinin gerekçesi

3.2.3.Şiddetli Elem

Şiddetli elem kelime olarak acı, keder ve üzüntü manasına gelir. YTCK' nın 29.maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere gazap ve şedit elem ifadelerini karşılayan ve onları kapsayan “hiddet” sözcüğü yeterli iken uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde “şiddetli elem” sözcüğü de yer almıştır. Dolayısıyla metinde; “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç isleyen kimse...”nin cezasının belli oranlarda azaltılacağı belirtilmektedir.

Hiddet ve şiddetli elemin etkisi kısa sürebileceği gibi, bir süre devam da edebilir, burada dikkat edilecek nokta suçun, hiddet ve şiddetli elemin failde meydana getirdiği etki sırasında failin kusurluluğunun azalması sonucu işlenmesidir.⁸⁵

Heyecan hallerinin şiddetli olması durumunda somut olay göz önünde bulundurularak, isnat yeteneğinin tamamen veya kısmen kalkması sonucunu doğuran arızı bir sebebin varlığı kabul edilebilir; çünkü fail böyle bir durumda davranışlarını hukuki normlarının gereklerine uydurabilme yeteneğinden tamamen veya kısmen yoksundur.⁸⁶

3.3.Haksız Tahrikin Hukuki Esası

Tahrik sonucunda işlenmiş suçun sadece suçluya yükletilmesi doru değildir; suçun mağduru da, faili tahrik etmek suretiyle, suça sebep olmuş ve bu suretle işlediği kusurun, failin kusurundan indirilmesi ve neticede failin cezasının azaltılması lazımdır.⁸⁷

Ceza hukukunun temelinde kusur kavramı vardır. Heyecan durumlarının yani haksız tahrik hallerinin cezadan indirilmesini gerektiren sonuçları yanında, şiddetli

⁸⁵ Açıkgöz, a.g.e., s.18.

⁸⁶ Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.979.

⁸⁷ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.592.

heyecan hallerinin şuur bozukluklarına sebep olarak kusur yeteneğini tamamen veya kısmen ortadan kalkmasını sonuçlayan bir arızı sebepte teşkil edebilir.⁸⁸

Kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın, bu fiili gerçekleştirmesi sonucu muaheze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade eder.⁸⁹ Kusur yargısının ifade ettiği anlam şudur; Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir; davranış normlarının icaplarına uygun hareket etme imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunmayı seçmiştir.⁹⁰

Failin kusuru olmasa bile işlenen suç vasfını koruyacaktır. Örneğin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak olan bir akli dengesizliği bulunan failin bir insan öldürmesinde işlenen fiil suç vasfını korurken, failin kusur yeteneği olmadığından kendisine ceza verilemeyecektir.⁹¹

Heyecan durumlarını da içinde barındıran haksız tahrik kurumunun hukuki niteliği açısından değişik görüşler ileri sürülmüştür. Biz de haksız tahrikin hukuki esasları konusunda, “subjektif görüş”, “objektif görüş”, ve subjektif ile objektif görüşlerden oluşan “karma görüş” olmak üzere üç farklı görüşü inceleyeceğiz.

3.3.1. Haksız Tahrikin Hukuki Esası Konusundaki Görüşler

3.3.1.1. Subjektif Teori

Teorinin kaynağı failin tahrik nedeniyle irade yeteneğinden yoksun olması sebebiyle daha az kusurlu sayılması düşüncesidir. Subjektif teori de çağdaş ceza hukukunun kusur ilkesi göz önünde tutularak, haksız eylem nedeniyle şiddetli bir öfke veya üzüntü içine giren kişinin irade özgürlüğü zaafa uğramış olduğundan bu durumdaki kişinin kusursuz, normlara uygun davranma yeteneği kısıtlanmış

⁸⁸ Demirbaş, a.g.e., s.31.

⁸⁹ İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3.Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s.219; Açıkgöz a.g.e., s.19.

⁹⁰ Gökcalp İzmir, *“Haksız Tahrik”* Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s.13.

⁹¹ “Ancak ülkemizde, ceza hukukçuları arasında klasik suç teorisinin etkisini devam ettiği için bazı yazarlar tarafından suç teşkil eden fiilin manevi unsuru ile kusur, aynı kavramlar olarak mütaala edilmektedir.” Açıkgöz, a.g.e., s.20.

olduğundan verilecek cezada da bu kısıtlanma hali göz önüne alınmalı ve faile yasal indirim uygulanmalıdır.⁹²

Subjektif teori olarak adlandırılan bu görüşte, tam olmasa bile, failden aksinin beklenemeyeceği gibi bir durumun meydana geldiği ve bu sebeple cezadan indirim yapılmasının kabul edildiği görülmektedir.⁹³

Haksız hareket sonucunda insan psikolojisinde hiddetlenme artarken, irade kontrolü de ters oranda azalmaktadır. Bu görüşe göre irade serbestliği azaldığından sorumluluğu da azalmıştır.

Subjektif unsurları belirtileri de denen bu görüş; Örneğin “ihtiyaçtan” ve “öfkeden” gibi kusurun derecesini belirleyen saiklerde olduğu gibi⁹⁴, psikolojik durumları esas alan kusura dayanmaktadır. Tahrike kapılan failin hissettiği öfke ve şiddetli elemine irade yeteneğini kaybetmesi nedeniyle ceza sorumluluğunun azalması olarak açıklanmıştır.⁹⁵

Fail saikinin arkasında yatan psikolojik durumların ortaya çıkarılmasıyla gerçek kusur bulunursa ve buna uygun ceza verilirse bu aynı zamanda failin iyileştirmesini de sağlamış olacaktır.⁹⁶Türk Doktrininde hukuki esası; haksız tahrik halinde fail haksız bir eylemin sebep olduğu öfke veya elem altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmektedir.⁹⁷Yani, kanun koyucu, failin saikinin anılan ruhsal karmaşayı doğal karşılamış ve bu psikozun etkisinde kalarak suç işleyen kişiye verilecek cezada belli oranda indirim yapılmasını öngörmektedir.⁹⁸

Ancak bu görüş; haksız tahrikin hukuki esasını tam olarak açıklayamamakta; haklı olan bir tahrikin etkisiyle hareket eden failin, irade yeteneğinin aynı psikolojik

⁹² Tutumlu, a.g.e., s.20.

⁹³ Önder C.II, a.g.e., s.375.

⁹⁴ Demirbaş, *Genel Hükümler*, a.g.e., s.410.

⁹⁵ Nevzat Güreli, “*Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXV,Haziran,1951,s.332

⁹⁶ Demirbaş, a.g.e., s.32.

⁹⁷ Demirbaş, *Genel Hükümler*, a.g.e., s.410.

⁹⁸ Tutumlu a.g.e., s.19.

nedenle azalabileceği, hâlbuki bu halde faile tam ceza verildiği açıklanarak bu görüş eleştirilmiştir.⁹⁹Ceza kanunumuz, haksız tahrik durumunda sadece “haksız fiilden kaynaklanan hiddeti”, yani “haklı görülen bir hiddeti” cezadan indirim sebebi kabul ederek eleştiri konusunu bertaraf etmiştir.¹⁰⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında¹⁰¹“Haksız bir fiile maruz kalan failin, bu fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde, faili harekete geçiren saiklerin daha az vahim sayılarak, haksız tahrik hükümlerinin” kabul ederek subjektif teoriyi esas aldığı gözükmektedir.¹⁰²Kusurun azaldığı yerde faile az ceza verilmesi kusur prensibi gereğinin yanında, adil bir suç politikasının zorunlu sonucudur.¹⁰³

3.3.1.2.Objektif Teori

Bu durumda subjektif teoriye karşılık, haksız tahrikin hukuki esasını failin şahsi ve ruhsal durumunda çok, failin fiili ile ilişkilendiren bu görüş, “objektif görüş” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁴Objektif teoriye göre, haksız tahrikten faydalanan fail ceza kanunlarına göre kusurlu hareket ederek bir suç işlemişse de, bu eylemde kusur yalnız faile ait değildir.¹⁰⁵Objektif olarak isimlendirilen bu teoriye fazla iltifat eden olmamıştır; ancak, cezanın indiriliş nedeninde etken olduğu da bir gerçektir.¹⁰⁶

Frank’ın ileri sürdüğü “birlikte bulunan haller” görüşüne göre, saf subjektif etkenler olarak hem kusur hali, hem de kusur isnadı, birlikte bulunan objektif durumlar vasıtasıyla etkilenirler.¹⁰⁷

Öğretide bu teorinin , “takas görüşü” ve “tamamlanmamış meşru müdafaa” görüşleri olarak ikili bir ayrımla ifade edildiği, fakat fazla taraftar bulamadığı açıklanmıştır.¹⁰⁸

⁹⁹ Gürelli, a.g.m., s.332.; Duran, a.g.e., s.66.

¹⁰⁰ Abban, a.g.e., s.36.; Açıkgöz, a.g.e., s.22.

¹⁰¹ Y.C.G.K. 08.07.1991 gün ve 196/225 sayılı kararından; Tutumlu, a.g.e., s.20

¹⁰² Demirbaş’ a göre bu görüş objektif kusur belirtileri görüş içersine de sokulabilir.

¹⁰³ Önder C.II, a.g.e., s.376.

¹⁰⁴ Açıkgöz, a.g.e., s.22.

¹⁰⁵ Tutumlu, a.g.e., s.20.

¹⁰⁶ Önder C.II, a.g.e., s.375.

¹⁰⁷ Demirbaş, *Genel Hükümler*, a.g.e., s.410.

a-Takas görüşü

Bu teoride iki suçlu vardır biri tahrikçi yani mağdur diğeri suçlu yani tahrik üzerine suçu işleyendir. Mağdur faili tahrik ederek suç işlemesine sebep olduğundan mağdurun kusurunun failin cezasından indirilerek failin daha az cezalandırılması ya da hiç cezalandırılmaması bu teoriye göre mümkündür.¹⁰⁹Bu görüşe göre, hareketin hukuki olarak değerlendirilmesinde kusur dışında kalan bütün gerçeklerin''birlikte bulunan hallerin''önemi olabilir.¹¹⁰

Tahrik sebebiyle suçun işlenmesinde, failin suç teşkil eden hareketi yanında, bu suçun işlenmesinde mağdurun yapmış olduğu hareket de etkili olmuştur; öyle ise, fail gibi mağdurun hareketleri de suçun işlenmesinde katkısı olduğu için suçun mağduru da kusurludur.¹¹¹Burada mağdurun kusurunun failin kusurundan indirilmesi hakkaniyet gereğidir; ''kusurların takası'' söz konusudur.¹¹²

Bu teoriye göre failin az ceza ile cezalandırılması yahut hiç ceza almaması da mümkün görünmektedir. Eski zaman hükümlerinden yola çıkan bu teorinin bugünkü hukuk şuuruyla uyuşmayacağı açıktır.¹¹³Ayrıca toplumun menfaatlerini ön planda gören ceza hukukunda, kusurların takası gibi bireysel çıkarlara ağırlık verilmesi mümkün değildir.¹¹⁴Bu görüş çağdaş hukukta etkinliğini yitirmiştir.

Kanaatimizce haksız tahrikte failin cezasından indirim yapılmasının nedeni, haksız bir harekete maruz kalan kimsenin kendi psikolojik âleminde meydana gelen etkiyle suça yönelmektedir. Bu durumda kişinin kusurluluğuna etkili olduğu muhakkaktır.¹¹⁵

¹⁰⁸ Duran, a.g.e., s.69.

¹⁰⁹ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.592.

¹¹⁰ Demirbaş, a.g.e., s.33.

¹¹¹ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.II, İstanbul, Beta Yayım, 1989, s.375.

¹¹² Gürelli, a.g.m., s.332.

¹¹³ Demirbaş, a.g.e., s.31.

¹¹⁴ Gürelli, a.g.m., s.332.

¹¹⁵ Aynı doğrultuda bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.531.

b-Tamamlanmamış Meşru Müdafaa Görüşü

Bu görüşe göre, “fail yakın ve kesin olarak meydana gelecek bir tecavüze karşı daha evvel davranarak o zamana kadar yapılan tecavüze karşılık suçunu işlemiş” olduğundan buradaki haksız tahrik hali; hukuka uygunluk nedenleri veya mazeret nedenlerinden meşru müdafaa'nın bir çeşidi olarak kabul edilerek, “tamamlanmamış meşru müdafaa” olarak tanımlanmıştır.¹¹⁶

Bu teoriye göre, tahrik bir çeşit meşru müdafadır ya da meşru müdafaya yakın henüz sona ermemiş bir fiildir. Bu nedenle haksız tahrikin hukuksal temelini tamamlanmamış meşru savunma eksenine oturtmak yerinde olmamıştır.¹¹⁷

Bu görüşte meşru müdafaa ile haksız tahrik arasında benzerlik bulunsa da aralarında derin farklar bulunduğu kabul edilir.¹¹⁸ Meşru müdafada hukuka uygunluk varken haksız tahrikte hali hazırda devam eden ya da bitmiş olan bir saldırının etkisi altındadır.

3.3.1.3.Karma Görüş

Objektif ve subjektif görüşlerin, haksız tahrikin hukuki esasını açıklamakta yetersiz kaldıkları düşüncesiyle karma görüş kabul edilmiştir. Karma teoriye göre objektif ve subjektif görüşlerin ortaya koydukları çözümler birbirlerinden ayrılması güç unsurları içermektedir.¹¹⁹

Thierfelder tarafından ileri sürülen ve “objektif-subjektif kusur belirtileri ” de denilen bu görüş de, failin psikolojik durumu, bazı durumlarda kanun tarafından öngörülmüş belirli bir dış duruma bağlıdır.¹²⁰

Karma görüşe göre, hafifletici bir nedenin olabilmesi için sadece hiddet ve tehevür hali yeterli olmadığı gibi bu durum başkasının haksız eyleminden de

¹¹⁶ Duran, a.g.e., s.69.

¹¹⁷ Kaya, a.g.e., s.13.

¹¹⁸ Soyaslan, a.g.e., s.479.

¹¹⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, a.g.e., s.406.

¹²⁰ Demirbaş, *Genel Hükümler*, a.g.e., s.411.

kaynaklanmalı ki; bu nedenle fiilin failin psikolojik yapısında meydana getirdiği etki esasına dayanan karma görüşe göre itibar edilmesi gerekecektir.¹²¹

Objektif teorinin tahrik fiiline, subjektif teorinin ise failin psiijğine önem veren açıklamalarını bağdaştırmaya çalışan karma teori ise iki görüşü bağdaştırarak hem faile yöneltilen tahrik fiilini hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak değerlendirilmektedir.¹²² Her iki görüşün uygun ve kabul edilebilir yanları göz önüne alınmalı, her iki görüşe yöneltilen eleştirilerin sakıncalı kısımları düzeltilerek, yeni görüşler kabul edilmelidir.¹²³ Bir başka deyişle her iki teoride aynı sonuca değişik çıkış noktalarından varmaktadır.¹²⁴

Karma görüş teorisi aslında objektif teori görüşünden yola çıkmıştır. Çünkü objektif kusur görüşüne göre, dış hallerin yaptıkları etki sonucunda heyecan durumuna sürüklenen failin kusurunun azaldığı sonucuna ulaşıldığı gibi; subjektif görüşde de, failin saikine dış hallerin etkisi ile anlam vererek aynı sonuca yani her iki görüş de, aynı sonuca değişik çıkış noktalarından varmaktadırlar.¹²⁵ Objektif kusur görüşü de karma görüş gibi, objektif bir dış durumun failin psikolojik yapısı üzerinde yaptığı etki esasına dayanmaktadır.¹²⁶

Yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda haksız tahrik kurumu, hem faili hem de fiili esas alan karma görüşe göre düzenlenmiştir. Yargıtay 2.CD.2004 tarihli bir kararında; “haksız tahrik müessesesi, bireylerin intikam duygularının tatminini değil, suç işleme anındaki psikolojik durumlarını ve bu

¹²¹ Duran, a.g.e., s,70.

¹²² Aydın, a.g.m., s.230; Taşdemir, a.g.e., s.24.

¹²³ Ayık, a.g.m., s.86.

¹²⁴ “Thierfelder tarafından ileri sürülen ve “objektif-sübjektif kusur belirtileri” de denilen bu teoriye göre, failin psikolojik durumu bazı hallerde kanun tarafından öngörülmüş belirli bir dış etkene bağlıdır. Örneğin; Federal Almanya Ceza Kanunu’nun 1975 metninden önceki şekline göre failin “ihtiyaç sebebiyle” değerli olmayan bir şeyi çalması, güveni kötüye kullanması veya birini dolandırması durumlarında cezası indirilirdi. Thierfelder’e göre, buradaki ihtiyaç nedeniyle kavramı “objektif-sübjektif” niteliktedir. Bunun tamamıyla objektif olması için “ihtiyaç içinde” denmesi gerekirdi. Bu iki kavram arasındaki fark “ihtiyaç içindenin” tamamıyla objektif bir dış durumu ve “ihtiyaç sebebiyle” ise bir dış durumu bu nedenle de failin psikolojik halini ifade etmesi şeklinde açıklanabilir. Objektif- Subjektif kusur belirtilerinin subjektif kusur belirtilerinden farkını ise yine “ihtiyaç sebebiyle” ve “şahsi hırstan” kavramları açıklar. Bunlardan birincisi objektif bir dış etkenin neden olduğu failin psikolojik durumunu ifade etmekte iken ikincisinde dış etken hiçbir rol oynamaz ve tamamen failin ruhi durumunu ifade eder.” Açıkgöz, a.g.e., s.26.

¹²⁵ Demirbaş, a.g.e., s.37.

¹²⁶ Demirbaş, a.g.e., s.35.

psikolojik durumlara neden olan dış etkenleri esas alır”¹²⁷ diyerek önceki kararların aksine karma teoriye uygun bir içtihat kararı vermiştir.

4-HAKSIZ TAHRİKİN TARİHİ GELİŞİMİ

4.1.Genel Olarak

İnsan toplumları“devlet” şekline ulaşmadan önce aile, kabile ve aşiret halinde yaşadıkları dönemde bir ceza hukukuna sahiptiler.¹²⁸

İlkel devirlerde cezai sorumluluk için zararlı neticenin gerçekleşmesi tek başına yeterliyken, zamanla kusur kavramının ortaya çıkmasıyla ceza hukuku bu kavrama birlikte bir gelişim göstermiştir.¹²⁹ İnsanların aile, kabile gibi günümüz devlet anlayışından uzak önceki zamanlarda kusura dayalı olmayan ve kolektif olarak kişilerin sorumlu tutuldukları ceza hukuku anlayışı vardı.¹³⁰ Modern Ceza hukukunda, ceza sorumluluğu açısından”kusursuz suç ve ceza olmaz” ilkesi ile ¹³¹ kusur ilkesinin benimsendiği görülmektedir.

4.2.Ceza Hukuku Dönemleri

4.2.1.İlk ve Orta Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi

4. 2.1.1.Genel Olarak

İlkel Ceza hukuku, Hint, Çin, Mısır, Yunan ve Roma hukuklarından daha eski bir zamana ait olup, tarihi gelişmede ilk evreyi oluşturmasına rağmen sadece bu kanunlardan yararlanarak ilkel ceza hukukunun özellikleri bu kanunların oldukça gelişmiş toplumlara ait kuralları yansıttığı için saptanamaz.¹³²

¹²⁷ Haydar Erol, *Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1.Baskı, Ankara,Yayın Matbaacılık, 2005, s.139.

¹²⁸ Demirbaş, a.g.e., s.14.

¹²⁹ Sulhi Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s.2-12.

¹³⁰ Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s.32.

¹³¹ Muharrem Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s.1.

¹³² Duran, a.g.e., s.18.

Ceza hukukunun tarihi gelişimi ilk zamanların sert cezalandırma sisteminden modern dünyanın kusura dayanan ceza hukukuna doğru olmuştur; bu, failin kusurluluğuyla yakından ilişkili bulunan haksız tahrik bakımından da aynı yönü izlemiştir.¹³³

4.2.1.2.İlkel Topluluklar Dönemi

Bu dönemde, toplum düzenine karşı işlenen her ihlal hukuka aykırı kabul edilerek, ceza sorumluluğu açısından kast, taksir ve tesadüfen işlenmiş olmaları açısından bir fark gözetilmemiştir.¹³⁴Bu dönemde sorumluluk kollektif olmakla birlikte faili cezalandıracak bir yöntem de yoktur; ‘‘şahsi intikam’’ bir yöntem olup, bir görev olarak kabul edilmiştir.¹³⁵

Suçun özelliği, ne şekilde, kimin tarafından meydana getirilirse getirilsin, sadece zararlı netice göz önünde tutulmuş ve ceza sorumluluğu yönünden nedensellik bağı ile yetinilmiştir.¹³⁶Netice sorumluluğuna kabul edildiği bu topluluklarda kusur ilkesine yer verilmemiştir. Doğal olarak kusura dayanmayan netice sorumluluğunun kabul edildiği bu dönemde haksız tahrik halinin varlığını düşünmek mümkün değildir.¹³⁷

4.2.1.3.Hammurabi, İbrani, Manu Kanunları

Zamanına göre ileri bir aşama ifade eden Hammurabi kanunlarında, suç ve cezalara ilişkin düzenlemeler yapılarak subjektif kriterlere önem verilerek ‘‘taksirden doğan ceza sorumluluğu’’ kabul edilmiştir.¹³⁸Cezalandırmada kısas yöntemi uygulanmıştır. Örneğin, birinin parmağını kesenin aynı şekilde parmağını kesme

¹³³ Demirbaş, a.g.e., s.14.

¹³⁴ İçel, Kayıhan, a.g.e., s.32.

¹³⁵ Duran, a.g.e., s.19.

¹³⁶ Kayıhan İçel, Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, İkinci Bası, İstanbul, 1993, s.41.

¹³⁷ Demirbaş, a.g.e., s.14.

¹³⁸ İçel, Kayıhan, a.g.e., s.32.

cezası ile cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Bu dönemde adam öldürmede failin kastının olup olmadığı dikkate alınmıştır.¹³⁹

İbrani hukukunda, Tevrat' a göre, adam öldürme suçunun cezası ancak kasten işlenmesi durumunda ölümdür.¹⁴⁰ Bu dönemde iradi olmayan suçlara yer verilmiştir.

Eski hintte, iradi ve iradi olmayan suçlar ayrı olarak düzenlenmiştir. Manu kanunlarında, suçun subjektif sorumluluğuna önem verilerek cezalandırılabilmesi için, kast ve taksir şeklinde kusurun varlığı gerekli görülmüştür.¹⁴¹

Bununla birlikte sözü geçen kanunlarda haksız tahrike ilişkin hükümler yoktur.¹⁴²

4.2.1.4.Eski Yunan Ceza Hukuku

Eski Yunan ceza hukukunda, başlangıçta kolektif sorumluluğa dayanan cezalardan sonra demokratik gelişmeyle birlikte cezaların şahsiliğine doğru bir gelişme olmuştur.¹⁴³ Birçok fiil suç olarak saptanmış ve cezalar sitelere göre değişiklik göstermiştir. Suçluların cezalandırılmasında; iradi ve iradi olmayan fiiller ayırımına gidilerek, iradi olmayan fiillerde, failin daha hafif bir ceza ile sorumluluğu kabul edilmiştir.¹⁴⁴

Burada haksız tahrike ait düzenlemelerin olduğunu görebiliriz; Örneğin failin tehevvüre kapılması sonucu ile karısını zina esnasında suçüstü yakalayıp öldürmesi halinde fail hakkında takibat yapılamayacağı kabul edilmiştir.¹⁴⁵

¹³⁹ "Örneğin, adam öldürmede failin kastı yoksa, cezası sadece para cezası, hatta bazı durumlarda beraat dahi olabilir. Örneğin, bir kargaşa anında kastı olmaksızın bir kimsenin ölümüne neden olan şahıs para cezası ile, sadece yaralama meydana gelmiş ise tedavi masraflarını ödemekle yükümlü tutulmuştur." Okandan, a.g.e., s.144.

¹⁴⁰ Okandan, a.g.e., s.186,187.

¹⁴¹ İçel, a.g.e., s.34-35.

¹⁴² Demirbaş, a.g.e., s.15.

¹⁴³ Okandan, a.g.e., s.291.

¹⁴⁴ İçel, a.g.e., s.36.

¹⁴⁵ Demirbaş, a.g.e., s.15.

4.2.1.5.Roma Ceza Hukuku

Roma ceza hukukunda başlangıçta netice sorumluluğu kabul edilmiştir. Asıl gelişmeler Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemlerinde sağlanmıştır. Bu dönemde suçun işlenmesinde tahrikin neden heyecan içerisinde suç işlenmesi hafifletici sebep olarak kabul edilmiş ve cezanın tayininde hâkime takdir hakkı verilmiştir.¹⁴⁶

Zararlı bir olay meydana geldiğinde failin kusuru dikkate alınmaksızın neticenin dış görünüşüne bakmak suretiyle sorumluluk belirtilmekteydi.¹⁴⁷ Ayrıca bu dönemde, Augustus evlilik kanunlarında özel haksız tahrik haline ilişkin bir düzenleme getirilerek, babaya kendisinin veya damadının evinde zina halinde yakaladığı kızını ve kızıyla birlikte yakaladığı kızının aşğını öldürme hakkının tanınmış olmasıdır.¹⁴⁸

4.2.1.6.Cermen Ceza Hukuku

Romalıların barbar olarak isimlendirdikleri çoğu Cermen ırkından olan kavimlerden Vizigotlar, Ostrogotlar, Franklar, Vandallar, Angllar ve Saksonlar tarafından uygulanan ceza hukukunda neticeye dayanan sorumluluk esası kabul edilmiştir.¹⁴⁹

Cermen ceza hukuku da netice sorumluluğuna dayanmış ve zamanla diğer hukukların etkisinde kalarak suçun manevi unsuru önem kazanmıştır. Şahsi intikam ve kasıtsız suçlarda uyuşma usulleri düzenlenmiş; uyuşma olmaması durumunda failin kanun dışına bırakılarak herkes tarafından öldürülmesine izin verilmiştir.¹⁵⁰

Bazı barbar kavimlerinin kanunlarında, iradi ve iradi olmayan suçların birbirlerinden ayrıldığı ve iradi olmayan suçların daha hafif bir sorumluluk kabul

¹⁴⁶ Demirbaş, a.g.e., s.16.

¹⁴⁷ Taşdemir, a.g.e., s.13.

¹⁴⁸ Duran, a.g.e., s.22.

¹⁴⁹ İçel/Donay, a.g.e., s.45.

¹⁵⁰ Duran, a.g.e., s.23.

edildiği gözükse de, aslında sorumluluğun hafifletilmesi başka sebeplere dayanmaktadır.¹⁵¹

Bu dönemde haksız tahrike ilişkin bir açıklama yoktur.

4.2.1.7.Kanonik Hukuk

Kilise hukuku başlangıçta sadece neticeden gelen suça ceza verilirken zamanla irade ve kusur cezaların tayininde etkili olmuştur. Kilise hukukuna göre kasttan bahsedebilmek için hukuka aykırı bir hareketle hukuka aykırı bir neticeyi meydana getirmeyi isteyen bir iradedir ve kasttan bahsedebilmek için mutlaka suçla ilgili işlenen suçta kötü bir niyet aranmıştır.¹⁵²

İlerleyen dönemlerde¹⁵³, Kanonik hukuk zamanla fail ile netice arasında manevi bir bağ aramaya başlamıştır.¹⁵⁴ Aşağı yukarı bütün müellifler tarafından ilk zamanlar ceza hukukunun mesuliyet nazarından kusura yabancı olduğu, neticeye nazaran mesuliyeti kabul eden objektif bir mesuliyet esasına müstenit bulunduğu ve ancak Roma hukuku ve Kanonik hukuk iledir ki, bu mefhumun Ceza hukukuna girerek yavaş yavaş tekâmül ettiği ve şekillendiği ifade edilmektedir.¹⁵⁵

Bu dönemde, kusurluluk kavramının ceza hukukuna girdiği ve kusur düşüncesinin ceza hukukunu şekillendirdiği anlaşılmaktadır. Ancak, haksız tahrike ilişkin bir açıklama yoktur.

¹⁵¹“Mesela Rotari emirnamesine göre, bir ağacı kesen odunculardan birisi ağacın devrilmesi sonucunda ölürse, diğerlerinin para cezasının ancak bir kısmını ödemeleri gerekirdi. Müelliflere göre, bu durumda sorumluluğun azaltılmasındaki sebep, failerde taksir şeklinde bir kusurluluğun varlığı değil, fakat olayda ölenin dahi şerik sayılarak onun da para cezasının bir kısmını ödemesi lüzumundur.”; İçel, a.g.e., s.39.

¹⁵² İçel/Donay, a.g.e., s.40.

¹⁵³ Bu dönemde, ceza sorumluluğu ve kusur konusunda yazarları görüşleri: “Roux, suçta kastın esaslı unsur olduğunu, çünkü cezalandırılmasına çalışılan şeyin kusur işlemiş ruh olduğunu, bu ruhun kefaretle iyileştirilmesi, tasfiye edilmesi ya da yükseltilmesinin gerektiğine işaret etmiştir. Saleleis’ de, Roux’ la benzer şekilde, Kanoni hukukun adeta kötülüğü yapan ruhu gördüğünü, ceza vermenin amacının ruhun iyileştirilmesine yönelik olduğunu, Kanonik hukukta failin subjektivitesinin, ceza sorumluluğunun dolayısıyla da ceza vermenin hakim noktası haline geldiğini, subjektif ceza hukuku sisteminin Kanonik hukukta tamamı ile mevcut olduğunu açıklamıştır.” Dönmezer, a.g.e., s.11.

¹⁵⁴ İçel, a.g.e, s.40.

¹⁵⁵ Dönmezer, a.g.e., s.11.

4.2.2.Müşterek Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemde başlangıçta, ilkel ceza hukukuyla birlikte Roma hukuku ve Kanonik hukukun etkisiyle, ceza hukuku dikkate değer özellikler kazanmış ve sosyal müesseseler şeklini alan hukuki bir kurum olmuştur.¹⁵⁶Müşterek hukuk döneminde suçun subjektif yönüne ağırlık veren çalışmalar yapılmıştır. Ceza hukukunun teorik anlamda Glossatörler ve Postglossatörlerin faaliyetleri ile gelişmiş olan Roma hukuku Alman Hukukuna, kusur ve taksir kavramlarını ihtiva ederek pozitif hukuk kaynaklarının doğmasını sağlayarak üçyüzyıl Alman hukukunun temelini teşkil etmiştir.¹⁵⁷Bu kaynakların en önemlisi “Carolina”dır.

Carolina’ da failin heyecan hali dikkate alınarak kasten adam öldürme ile heyecan halinde adam öldürme suçları birbirinden ayrılarak heyecan halinde adam öldürme suçunu, suçun hafif hali olarak düzenlenmiştir. Carolina da dikkat çeken bir başka düzenlemede tahkire karşılıkta bulunmak daha önce bir meşru müdafaa hakkı iken bu hak, ancak karşılığın, süregelen bir karışıklık içinde aynı yerde yapılmış olması ve hareketlerin aynı nitelikte ve eşit ağırlıkta olması gibi şartlar aranmıştır.¹⁵⁸Bu konuda hakime takdir hakkı tanınmamıştır.

Aslında bir usul kanunu olan Carolina’nın 137’ nci maddesinde “heyecan halinde adam öldürme” hafif hal kabul edilirken, ağır hal kabul edilen “kasten adam öldürme” den bu yönüyle ayrılmıştır.¹⁵⁹

4.2.3.Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi

Yeni zamanlar ceza hukuku, müşterek ceza hukukuna yöneltilen eleştiriler, okullar arasındaki çatışmalar, felsefe ve kanunlaştırma hareketleri ceza hukukunun gelişmesine katkı sağlamıştır.

¹⁵⁶ Sulhi Dönmezer Ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*,C.I., 10.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1987, s.44.

¹⁵⁷ İçel, a.g.e., s.42.

¹⁵⁸ Demirbaş, a.g.e., s.18-19.

¹⁵⁹ Çam, a.g.e., s.11; Abban, a.g.e., s.7,8; İzmir a.g.e., s.8; Taşdemir a.g.e., s.14.

Bu dönemdeki en önemli gelişme Kant'ın etkisinde kalan Feuerbach'ın, "psikolojik zorlama teorisi"dir. Bu teoride, cezalandırma tehdidinin insan psikolojisindeki etkisinin, kanunlara ve hukuki değerlere saygı duyulmasını sağladığını, ancak failin kişiliği, saiki, suç işleyiş şekli, suç sonrası durumu gibi failin psikolojik davranışını ortaya koyan hallerin cezalandırma sırasında göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁰ Feuerbach, haksız tahrikin failin suç işlemek için önüne gelen psikolojik engelleri kaldıracağını ve bu yüzden failin cezasının hafifletilmesi gerektiğini açıklamıştır.¹⁶¹

Feuerbach'ın görüşleri üzerine "tahrik üzerine adam öldürme hali" düzenlenerek bütün ceza hukuku çalışmalarında yerini almıştır.

Fransız İhtilali döneminde, İtalyan hukukundan etkilenen Fransız hukukunda, suç ve cezada "kusursuz mesuliyet olmaz" ilkesi kabul edilerek ilerleyen zamanlarda tüm modern ülke ceza yasalarında prensip haline gelmiştir.¹⁶² Avrupa ülkelerinde haksız tahrik genel hafifletici sebep olarak düzenlenirken, Alman ve Fransız Ceza Kanunlarında özel haksız tahrik hali olarak yer almıştır.¹⁶³

5-KARŞILAŞTIRILMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK

5.1.Federal Almanya

Federal Alman CK.'nda, haksız tahrik bazı suçlarla sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla haksız tahriki düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Adam öldürme(m.213.)¹⁶⁴, karşılıklı tahkir (m.199.)¹⁶⁵ ve karşılıklı işlenen tahrik (m.233.) suçları gibi maddelerde düzenlenmiştir.¹⁶⁶ Diğer suçlarda haksız tahrike ilişkin

¹⁶⁰ Taşdemir, a.g.e., s.14.

¹⁶¹ Demirbaş, a.g.e., s.20.

¹⁶² Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, s.17.

¹⁶³ İzmir, a.g.e., s.19.

¹⁶⁴ Bu düzenlemeye göre; "Kasten öldürme suçunu işleyen kişi, öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak gerçekleştirilen kötü bir muamele veya ağır hakaret dolayısıyla kendi kusuru olmaksızın hiddete sürüklenmiş ve bu nedenle de fiili derhal işlemekten kendini alıkoymamış ise ya da başka bir hafifletici neden mevcut ise, cezası bir yıldan on yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezadır".

¹⁶⁵ Bu hüküm şu şekildedir; "Bir hakarete derhal karşılık verildiğinde, hâkim hakaret fiilini gerçekleştirenlerden her ikisinin veya birinin cezasızlığına karar verebilir".

¹⁶⁶ Demirbaş, a.g.e., s.51-55.

heyecan hallerinin faili etkileyerek kusurunun bu yüzden azaldığı durumlarda; failin cezasında “kısmi kusur yeteneği” veya “cezanın saptanması” kuralınca bir indirim uygulanacaktır.¹⁶⁷

Haksız tahrik genel olarak düzenlenmese de Alman Ceza Kanunu 21. Maddesinde failin iradesini zaafa uğratan genel bir indirim hali düzenlendiği için, fail bu madde gereğince haksız tahrik indiriminden yararlanabilir.¹⁶⁸

Alman Ceza Kanunu, “cezanın hesaplanmasının esasları” başlığı altındaki 46. Maddesinin 1.fıkrasında, “failin kusuru, cezanın hesaplanmasında esastır” ve ikinci fıkrasında “mahkeme cezanın hesaplanmasında failin leh ve aleyhine olan halleri karşılıklı olarak itina ile tetkik eder” dedikten sonra, cezanın hesaplanmasında, failin saiklerini ve amacını failin fiilden anlaşılan düşüncesi ve fiilde kullanılan iradesine değer vermektedir.¹⁶⁹

5.2.İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu md. 48/c, haksız tahrike cezanın hesaplanması bakımından yer vermiştir. Buna göre, ‘fail somut koşullara göre mazur görülebilir şiddetli bir heyecan hali içerisinde veya ağır bir ruhsal karışıklık içerisinde hareket etmişse’ mahkeme cezayı indirecektir. Yine İsviçre Ceza Kanunu adam öldürme suçu açısından md. 113’ de, hakaret suçu açısından da md. 177/2-3’ de haksız tahrike özel olarak yer vermiştir. Md. 48/c’ de ve md. 113’ te geçen şiddetli bir heyecan halinin stenik (kabarma), ağır bir ruhsal karışıklık halinin ise astenik (çöküntü) heyecan durumuna ilişkin olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁰

5.3.Avusturya

Avusturya CK.’da haksız tahrik 34/8 maddesinin de genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Avusturya CK.’nın “özel hafifletici sebepler” başlığında yer

¹⁶⁷ Duran, a.g.e., s.25.

¹⁶⁸ Açıkgöz, a.g.e., s.48.

¹⁶⁹ İzmir, a.g.e., s.49.

¹⁷⁰ Kangal, a.g.m., s.23, 24.

alan 34.maddenin 1.bendine göre “fail fiili normal olmayan ruhi durumun etkisi altında suçu işlerse” cezası hafifletilecektir.¹⁷¹

Yeni Avusturya Ceza Kanunu da cezanın hesaplanması bakımından haksız tahrike 34/1, b.8’ de özel hafifletici nedenler arasında yer vermiştir. Bu bende göre, “*fail genel olarak kabul edilebilir şiddetli bir heyecan hali içerisinde fiile sürüklenmişse*” hafifletici bir neden mevcuttur.¹⁷²

Avusturya CK’ da ayrıca, bu genel düzenleme dışında adam öldürme suçu bakımından (m.76) , haksız tahrik üzerine sövme (115/3) gibi özel haksız tahrik halleri de düzenlenmiştir.

Avusturya CK. 76. maddeye göre; “*Genel olarak kabul edilebilir şiddetli bir heyecan hali içerisinde bir başkasını öldürmeye sürüklenen kişi beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*”.

Avusturya CK.115/3’de ise; “*Yalnızca başka birinin davranışı üzerine öfkelenmek suretiyle somut koşullara göre mazur görülebilir şekilde o kişiye sövmekten, kötü davranmaktan veya kötü davranmakla tehdit etmekten kendini alıkoyamayan kişi, öfkelenmesi, özellikle sebebinin ortaya çıkmasından beri geçen zaman bakımından da genel olarak kabul edilebilir ise, mazur görülür*”. Bu maddedeki düzenlemenin bir mazeret nedeni içerdiği ifade edilmektedir.¹⁷³

5.4.İtalya

1889 tarihli eski İtalyan CK. Ve 1930 tarihli İtalya Ceza Kanunu’ nun 62.maddesin de haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede haksız tahrik,“başkasının haksız fiilinden doğan hiddet ve tehevür halinde hareket etmiş olmak” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷⁴

¹⁷¹ Demirbaş, a.g.e., s.65.

¹⁷² Kangal, a.g.m., s.23.

¹⁷³ Kangal, a.g.m., s.23.

¹⁷⁴ Yalkut, a.g.m., s.247.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu, tahrikin ağır-basit ayrımını terk etmiştir. Ayrıca “hakimin tahriki teşkil eden fiilin haksızlık derecesini ve failde meydana getirdiği gazap veya elemin yoğunluğunu ölçmeye davet edecek nitelikte olduğu”, sözü geçen ikili ayrımı ilga eden Yeni İtalyan Ceza Kanununda değişiklik yapılması için hazırlanan tasarıda ayrıma yeniden yer verildiği fikri de ihmal edilemez.¹⁷⁵

İtalyan Ceza Kanunu haksız tahrike genel hükümlerinde yer vermiştir. Haksız tahrik İtalyan Ceza Kanunu’ nun genel hafifletici nedenler başlığını taşıyan 62. maddesini taşıyan 62. maddesinin 2. bendinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme şu şekildedir;

“Aşağıdaki nedenler, suçun unsuru veya özel hafifletici neden değilseler, cezalandırılabilir bir hareketi hafifletirler;

2.Başkasının haksız bir fiilinin meydana getirdiği hiddetin etkisi altında hareket edilmesi;”.

Böylece haksız tahrik İtalyan hukukunda cezayı ortadan kaldıran bir neden olarak değil, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur. Haksız tahrik etkisinde bir suçun işlenmesi halinde, İtalyan Ceza Kanunu’ nun 65. maddesine göre suçun cezası üçte birine kadar indirilecektir.¹⁷⁶

Ayrıca İtalyan CK. ‘nda başkasının haksız hareketi ile hakaret ve sövme suçları özel haksız tahrik halleri de düzenlenmiştir. İtalya Ceza Kanunu md. 599’ da haksız tahrik şerefe karşı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Erem/Artuk/Danışman, a.g.e., s.602.

¹⁷⁶ Kangal, a.g.m., s.22.

¹⁷⁷ Kangal, a.g.m., s.23.

5.5.Fransa

1810 tarihli eski Fransız CK.'nda, haksız tahrik genel bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Türk ve İtalyan Ceza Kanununa göre Fransız Ceza Kanunu haksız tahriki çok dar bir şekilde ele almıştır.¹⁷⁸

Yeni 1994 tarihli Fransız CK.'nda haksız tahrike ilişkin bir düzenleme yoktur. Modern ceza hukukunun en mükemmel eseri olarak kabul edilen bu kanunda, suçlarda sadece yukarı sınırı gösterme metodu uygulanarak somut olayın özelliklerine göre hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.¹⁷⁹Böylece bugün haksız tahrikin, cezanın hesaplanması çerçevesinde cezayı hafifleten bir neden olarak hâlâ dikkate alınması mümkün görülmektedir.¹⁸⁰

5.6.İngiltere

İngiliz Ceza hukukunda, haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmemiştir. Suç konusu olayda, haksız tahrikin sebep olduğu eylemin sadece failin değil normal bir insanın da iradesini etkileyecek şekilde olması durumunda cezayı azaltacak bir neden olarak kabul edilmiştir.¹⁸¹Fiil temyiz kudretini etkileyecek nitelik ve ağırlıkta bulunursa o zaman bir indirim sebebi olarak kabul edilecektir.¹⁸²İngiliz ceza hukukunda, mahiyeti itibariyle subjektif bir keyfiyet olan haksız tahrike objektif bir görünüm kazandırılmak amaçlanmıştır.¹⁸³

İngiltere ve Galler'de 2009 yılına kadar haksız tahrik cezayı azaltan bir neden olarak sadece nitelikli adam öldürme suçu bakımından uygulama alanı bulmaktaydı. Buna göre, fail haksız bir tahrike uğramışsa, fiil basit adam öldürme olarak değerlendirmekte ve fail de müebbet hapis cezasından kurtulmakta idi.2009 yılında çıkarılan Coroners and Justice Act ile bu uygulamaya son verildi ve yeni bir tahrik modeli getirildi. Bu Kanun'un 54 ve 55.bölümlerinde kendi üzerinde kontrolün

¹⁷⁸ Yalkut, a.g.m., s.248.

¹⁷⁹ Dönmezer, Sulhi ve Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gereççeler*, İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, s.465.

¹⁸⁰ Kangal, a.g.m., s.27.

¹⁸¹ Duran, a.g.e., s.32.

¹⁸² Abban, a.g.e., s.13.

¹⁸³ Güreli, a.g.m., s.339.

kaybedilmesinden bahsedilmektedir. Bu cezayı azaltan neden de sadece nitelikli adam öldürme suçu bakımında uygulanabilmektedir. Fail tahrik nedeniyle kontrolünü kaybetmişse, nitelikli adam öldürme suçundan değil, sadece basit adam öldürme suçundan mahkûm olur. Saldırı veya kasten yaralama gibi diğer şiddet suçlarında ise, haksız tahrik cezayı azaltan bir neden olarak değil, sadece cezanın tespitinde göz önünde bulundurulması gereken bir faktör olarak ele alınmaktadır. Coroners and Justice Act 2009 bölüm 55’de nitelikli tahrik (qualifying trigger) kavramı düzenlenmiştir. Buna göre bir fiil, özel bir durum tarafından yol açılan kontrol kaybından dolayı gerçekleştirilmiş olabilir. Örneğin, mağdur tarafından faile veya başka bir kişiye yöneltilen ağır bir şiddetten korku bu kapsamda sayılmaktadır. Kocasından sık sık kötü muamele gören bir kadın başka kötü muamelelerden korktuğu için onu öldürürse, nitelikli tahrik mevcuttur. Failin kontrolünü kaybetmesinin aniden ortaya çıkması zorunlu değildir. Ayrıca cezayı azaltan bu neden, hoşgörülülük ve kendine egemen olmada normal bir ölçüye sahip olan ve faille aynı yaşta ve aynı cinsiyette olan bir kişinin de aynı şekilde hareket edecek olmasını gerektirmektedir. Buna karşın fail, son derece sakin, serinkanlı ve kontrolünü kaybetmeyen bir kişiliğe sahipse, başka kişiler bu durumda iken hâkimiyetlerini kaybedecek ve bu yüzden de fiili işleyecek olsalar bile, nitelikli tahrik söz konusu olmaz.¹⁸⁴

5.7.Amerika Birleşik Devletleri

“Case Law” sisteminin uygulandığı Amerikan Ceza kanunlarında, haksız tahrik yasal bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu kanunlarda, hangi fiillerin haksız olduğu konusu tek tek düzenlenerek hakime takdir hakkı tanınmamıştır.¹⁸⁵

Bu fiiller; “Mağdur tarafından daha önce sanığa bir müessir fiilde bulunulması”, “özgürlüğün yasa dışı kısıtlanması”, “kocanın karısını sevgilisiyle cinsel temas sırasında zina halinde yakalaması”, “kocanın karısını şüpheli bir durumda ve haklı bir kuşku uyandıracak şekilde sevgilisinin kolları arasında yakalaması”, “karşılıklı kavga esnasında işlenen öldürme fiili”, “başkasının arazisine haksız olarak tecavüz ve müdahale hali”, “üçüncü şahıslar aleyhine yapılan haksız

¹⁸⁴ Kangal, a.g.m., 25,26.

¹⁸⁵ Yalkut, a.g.m., s.249.

fiil”, “sarf edilen söz ve hakaretler ”, “meşru müdafanın korku ile aşılması nedeniyle kısmi isnat yeteneğine azaldığı durumlarda işlenen adam öldürme” gibi hallerdir.¹⁸⁶

5.8. Çin

*Çin Ceza Kanunu'nda da haksız tahrik düzenlemesi bulunmamaktadır. Çin ceza hukuku doktrininde de tahrike maruz kalan kişinin nasıl ele alınması gerektiği veya tahrikin bir cezayı kaldıran bir neden olup olmadığı sorunları çok az tartışılmıştır. Doktrinde, tahrikle karşı karşıya kalan kişinin her zaman makul ve soğukkanlı kalması gerektiğine işaret edilmektedir. Örneğin, sözlü bir hakaret üzerine aşırı bir tepki göstererek mağdura şiddet uygulayan kişi, tahrikin meydana getirdiği hiddeti ileri sürememekte ve sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Çin hukukunda tahrik yalnızca, meşru savunma anlamında haksız bir saldırıyı ifade ettiğinde, bu hukuka uygunluk nedeni bakımından dikkate alınmaktadır.*¹⁸⁷

6- TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

6.1.Genel Olarak

Türk Ceza Hukukundaki dönemleri Cumhuriyet öncesi ve Cumhuriyet sonrası dönemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Cumhuriyet öncesi dönemi İslamiyet öncesi dönemi, İslamiyet dönemi ve Osmanlı Devleti kanunları olarak üç kısımda inceleyeceğiz.

6.2.Cumhuriyet Öncesi Dönem

6.2.1. İslamiyet Öncesi

Türk devletlerinde Ceza hukukuna sahip oldukları bilirse de bu hukuka ait kesin bilgilere ulaşılamamaktadır. Türk kavimlerinin ilk zamanlardaki ceza

¹⁸⁶ Yalkut, a.g.m., s.249, 250.

¹⁸⁷ Kangal, a.g.m., s.27.

hukukunun ilkel dönem ceza hukukuna benzediği söylenebilir.¹⁸⁸İslamiyet öncesi Türk Devletleri hakkında bir değerlendirme yapmak için Moğollara ilişkin kaynaklara dayanılsa da Türkler ve Moğollar arasında bir birlik olmadığından doğru bilgilere ulaşmak zordur.¹⁸⁹

Moğol Ceza Kanunlarında netice sorumluluğuna göre ceza verilmektedir. Fakat, adam öldürme suçları açısından bir ayrıma gidilerek, failin aklı başında adam öldürme fiili ile, sarhoş veya kızgınlıkla adam öldürme fiilini işlemede ceza sorumluluğu bakımından bir fark gözetilmesi, objektif neticeye karşı bir istisna oluşturmaktadır.¹⁹⁰

6.2.2.İslamiyet Dönemi

İslam ceza hukukunda suçlar üç bölümdür: Katil(cinayet) ve cerh(yaralama) suçları, hakkı ademiye karşı işlenen suçlar; sarhoşluk, zina ve hırsızlık suçları gibi Allah' a karşı işlenen suçlar; kişi ve kamuya zarar veren fiilleri taziran cezalandıran suçlardır.¹⁹¹

İslam ceza hukuku, akıl hastalığı, manevi unsur, zamanaşımı, meşru müdafaa, bilmeme ve yanılma, kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması gibi kurumları kabul etmiştir.¹⁹²Hakime takdir hakkı sadece toplum yapısını ilgilendirmeyen suçlarda tanınmıştır. Hakim takdir hakkını kullanırken, failin içinde bulunduğu şartları, ruhsal durumunu ve ahlak özelliklerini dikkate alarak cezanın hafifletilmesine karar verebilecektir.¹⁹³Hakim suçluya öğüt vermekle yetinebileceği gibi, hapis, sürgün, sopa attırma cezalarından birini de uygulayabilir.¹⁹⁴

İslam ceza hukukunda haksız tahrik kurumu düzenlenmemiştir. Bu kurum daha çok uygulamada hakim takdir hakkı ile kabul edilebilir bir kurum olmuştur.

¹⁸⁸ Çoşkun Üçok, "Osmanlı kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-4 (1947), s.48 .

¹⁸⁹ Mumcu, Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2007, s.16.

¹⁹⁰ Duran, a.g.e., s.34.

¹⁹¹ Dönmezer/Erman I, a.g.e., s.107; Taşdemir, a.g.e., s.15.

¹⁹² Dönmezer/Erman I, a.g.e., s.111.

¹⁹³ Baha Arıkan, "İslam Ceza Hukuku Esasları", Adalet Dergisi,C.2,S.11(1962), s.1192.

¹⁹⁴ İçel/Donay, a.g.e., s.56.

Haksız tahrik sayılabilecek durumlar hadislerde açıklanmıştır.¹⁹⁵Bu durumun daha çok meşru müdafaa kapsamında açıklandığı kabul edilmiştir.¹⁹⁶

6.2.3.Osmanlı Devleti Kanunları

Osmanlı ceza hukukunda 1274 tarihli ceza kanununa kadar olan dönemde Fatih Sultan Mehmet, Kanuni Sultan Süleyman, Sultan IV. Mehmet, Sultan Abdülmecit zamanında çıkarılan kanunnamelerle, ceza hukukuna yenilikler getirilmeye çalışılmışsa da İslam ceza hukuku uygulanmaya devam etmiştir.¹⁹⁷Bu dönemde yayınlanan kanunlar bir mevzuatı yansıtmakta ve suç teorisine ilişkin hükümlere rastlanmamaktadır.¹⁹⁸

1274 tarihli ceza kanunu 1856 Islahat Fermanına dayanarak 1810 tarihli Fransız CK.' dan alıntıdır. Bu kanunda haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmemiştir. Kanunda karısı ve yakın aile efradını zina esnasında yakalayan kişinin öldürme ve yaralama hali(m.188), silah veya öldürücü bir alet ile yapılan fiillerin sebep olduğu haller (m.189) ve hakaret ve karşılıklı tahkir halleri(m.214/13) uygulanacak bir indirim sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁹⁹

6.3.Cumhuriyet Sonrası Dönem

Bu dönemde mülga 765 sayılı TCK' da düzenlenen haksız tahrikin ilk düzenlenişinden günümüze kadar geçirdiği değişiklikler öntasarımlar ve gerekçeler açıklanacaktır. Haksız tahrik ile ilgili ilk düzenleme, 13.03.1926 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 01.03.1926 gün ve 765 sayılı TCK' nın 51.maddesidir. 1926 senesinden itibaren bu kanunların çoğunda yapılan değişiklikler haksız tahrikteki indirim oranları ile ilgilidir.

¹⁹⁵ Hz.Muhammed bir hadisinde, "bir kişi izinsiz olarak seni görmek istese, sen ona taş atarak gözünü çıkarsan sana bir günah yoktur." Abdulkadir Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, Çev. Aktif Nuri, C.II, İstanbul, İslamoğlu Yayınları, 1977, s.798.

¹⁹⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C:III, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1950, s.131.

¹⁹⁷ Duran, a.g.e., s,36.

¹⁹⁸ Dönmezer/Erman I, a.g.e., s.112.

¹⁹⁹ Demirbaş, a.g.e., s.23,24.

6.3.1. 51'nci Maddenin İlk Şekli

Cumhuriyet döneminde, her alanda olduğu gibi hukuk alanında da inkılâplar yapılmış, 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu Türkçe'ye çevrilerek, 1926 tarihli 765 sayılı TCK düzenlenmiştir.

Haksız tahrik kurumu 01.03.1926 tarihinde kabul edilen, 13.03.1926 tarihinde Resmi Gazete' de yayınlanan, 01.07.1926 tarihinde yürürlüğe giren mülga 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinin ilk şeklindeki haksız tahrik;

“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir cürüm işler ve bu cürüm idam ve müebbet ağır hapis cezasına müstelzim bulunursa faili 12 seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde irtikap olunan hallerde failin cezası yarısına kadar indirilerek verilir.

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

Sair cezalar, ağır hapse ve müebbeten hidameti ammeden memnuiyet, muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından dörtte üçüne kadar indirilir.”²⁰⁰

Kaynak kanun olan İtalyan Ceza Kanununun 51.maddesine göre;“*bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse, o suç için muayyen ceza müebbet ağır hapis olduğu takdirde yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.*

Sair hallerde işlenen suçun cezası üçte bir nispetinde azaltılır.

Tahrik ağır olursa müebbet ağır hapis yerine on seneden yirmi seneye kadar adi hapis hükmolunur. Ve sair cezalar, ağır hapis yerine hapis ve amme

²⁰⁰ Tutumlu, a.g.e., s.16,17.

*hizmetlerinden müebbeten memnuiyet yerine muvakkat memnuiyet kaim olmak üzere yarısından üçte ikiye kadar azaltılır.*²⁰¹

Kaynak kanunda, suçun işlenmesinde failin gazap veya elemin doğurduğu buhran hali aranırken T.C.K. da bu hal aranmamıştır. Burada şöyle bir fark vardır; kaynak kanunda buhran halinin geçmesi halinde indirim nedeni uygulanmayacaktır. Ayrıca T.C.K. da haksız tahrik kurumu tüm suçlar için değil sadece cürümler için düzenlenmiştir. Dolayısıyla kabahat türünde olan suçlar da haksız tahrik kurumunun uygulanmasına olanak tanınmamıştır.

6.3.2. 1936 Tarihli Değişiklik

Mülga 765 sayılı TCK'nın 51'nci maddesi 23.06.1936 tarihli 3038 sayılı kanun ile, sadece indirim oranları değiştirilmiştir. Ayrıca "bir cürüm işler" yerine "bir suç işler" ifadesi değiştirilerek, haksız tahrik indiriminin sadece cürümler için değil kabahat türünden suçlar için de uygulanması kabul edilmiştir.

Değişiklikte sonraki 51. Madde; *"Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasına müstelzim bulunursa 24 sene ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasına müstelzim bulunursa 20 sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının üçte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ve müebbet hapis cezası yerine 10 seneden 15 seneye kadar ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların, ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından üçte ikisine kadar indirilir.*²⁰²

6.3.3. 1953 Tarihli Değişiklik

Mülga 765 sayılı TCK' nın 51.maddesi 15.07.1953 tarihli R.G.' de yayınlanan, 09.07.1953 gün ve 6123 sayılı kanun ile değiştirilerek son şeklini almıştır. Bu düzenleme, haksız tahrik maddesindeki indirim oranlarına ilişkindir.

²⁰¹Luigi Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, C.1, Ankara, Yargıtay Yayınları, No: 3, Sevinç Matbaası, 1977, , s.226.; Çam, a.g.e., s.20.

²⁰²Tutumlu, a.g.e., s.17.

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

Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadar indirilir.”²⁰³

Yapılan bu değişiklikle, TCK.51. ve 59.maddeleri gereğince yapılan indirim oranlarının yüksek bulunduğu dikkate alınarak, hafif ve ağır tahrik neticesi suç işleyen şahısların cezalarından yapılacak indirimin daha az oranla icrası maksadıyla 51.maddedeki cezadan indirme oranı küçültülmüş ve münhasıran hakim ve mahkemenin takdirine bağlı indirim sebebi dolayısıyla cezadan yapabileceği indirim oranı da azaltılmıştır.²⁰⁴ Ancak maddenin son fıkrasına hiç değinilmemiş ve düzenlemeden kaldırılmıştır.

6.4.Haksız Tahrik Konusundaki Tasarılar ve Gerekçeleri

6.4.1.1987 ve 1989 Tarihli Tasarılar

1987 tarihli TCK. tasarısının 30. maddesi ile 1989 tarihli TCK tasarısının 32. maddesinde yer alan haksız tahrik düzenlemesi benzer şekilde düzenlenmiştir. Tasarıların madde metnine göre;

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

²⁰³ Tutumlu, a.g.e., s.17.

²⁰⁴ Tutumlu, a.g.e., s.17.

*olursa, fiil ölüm cezasının gerektirdiği takdirde onbeş yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezaların yarısından üçte ikisine kadar indirilir. Ancak bu hallerde verilecek ceza on yıldan fazla olamaz’’.*²⁰⁵

1987 ve 1989 tarihli TCK tasarısında yer alan haksız tahrik kurumunun madde gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “*Maddede hafifletici sebep olarak haksız tahrik hali düzenlenmiş, ancak tahrik teşkil edecek fiilin ağırlığı nazarı itibarı ile alınarak adi ve ağır tahrik ayrımı muhafaza olunmuştur. Haksız tahrikin ana şartı, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suç işlendiği anda failin bu durumda bulunması olduğundan madde bu psikolojik durumları ifade edecek tarzda kaleme alınmıştır. Türk Ceza Kanununun 51.maddesinde-gazap ve şedit bir elemin tesiri altında ibaresi kullanılmıştır. Gazap aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elemin tabiri psikolojik bakımdan aslında pasifliğe sevk edici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete sevk edici bir elemdir. Bu itibarla sadece-hiddet-kelimesinin kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki tabirin kullanılması uygun sayılmıştır. Ağır tahrik nedeniyle yapılan indirimdeki aşağı ve yukarı sınır, adi tahrikte de kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir imkanı tanınması amaçlanmıştır.*”²⁰⁶

Tasarılardaki bu metinlerde, hafif ve ağır tahrik ayrımı muhafaza edilmiş, 765 sayılı TCK’ daki 51.maddeye benzer şekilde hazırlanmıştır.

6.4.2. 1997 Tarihli Tasarı

1997 tarihli TCK tasarısının 32.maddesine göre: “*Haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde*

²⁰⁵ Adalet Bakanlığı Yayınları, TCK Öntasarısı, Ankara, 1987, s.38; Adalet Bakanlığı Yayınları, TCK Öntasarısı, Ankara, 1989, s.14.

²⁰⁶ Adalet Bakanlığı Yayınları, TCK Öntasarısı, Ankara, 1987, s.38; Adalet Bakanlığı Yayınları, TCK Öntasarısı, Ankara, 1989, s.14.

verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir; ancak verilecek ceza oniki yıldan fazla olamaz.²⁰⁷»

1997 tarihli bu tasarıda ağır ve hafif tahrik ayrımı kaldırılarak hakime tahrikin derecesine göre indirim oranları kaleme alınmıştır.

1997 tarihli TCK tasarısı 32.madde gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “Maddede hafifletici sebep olarak haksız tahrik hali düzenlenmiş ve yürürlükteki kanunda yer alan adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmıştır. Böylece, hakimin bu iki tahrik şeklini birbirinden ayırırken yaptığı dolayısıyla takdir hatası sebebiyle Yargıtay’ca hükmün bozulması ve böylece davaların gecikmesi önlenmek istenilmiştir. Nitekim suçlarda sadece yukarı sınırı gösterme metodunu uygulayan yeni Fransız CK., tahriki bütünüyle kanundan çıkarmıştır. Haksız tahrikin ana şartı, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri ifade edecek biçimde kaleme alınmıştır. TCK’nun 51.maddesinde-gazap ve şedit bir elemnin tesiri altında ibaresi kullanılmıştır. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elem tabiri psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete sevk edici bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet kelimesinin kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki tabirin kullanılması uygun sayılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırları göstermek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. Hakim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi tespit edebilecektir. Örneğin, başkasıyla cinsi ilişkide bulunan veya cinsi ilişkide bulunmuş olduğundan şüphe edilmeyecek surette görülen bir karı veya koca tarafından birbirine karşı veya adı geçenlerce bunların suç ortaklarına veya her ikisine karşı suç işlenmesi halinde bu hal tahrik nedeni olarak kabul edilecektir.”²⁰⁸

²⁰⁷ Dönmezer/Yenisey, a.g.e., s.464.

²⁰⁸ Dönmezer/Yenisey, a.g.e., s.464.

6.4.3.2001 Tarihli Tasarı

2001 tarihli TCK Tasarısı 31.maddesine göre: “Haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir; ancak, verilecek ceza oniki yıldan fazla olamaz”²⁰⁹.

2001 tarihli TCK Tasarısı 31.madde gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “ Maddede hafifletici neden olarak haksız tahrik hali düzenlenmiş ve 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Kanunda yer alan adi ve ağır tahrik ayırımı kaldırılmıştır. Böylece, hakimin bu iki tahrik şeklini birbirinden ayırırken yaptığı takdir hatası nedeniyle Yargıtay’ca hükmün bozulması ve böylece davaların gecikmesi önlenmek istenilmiştir. Nitekim suçlarda sadece yukarı sınırı gösterme metodunu uygulayan yeni Fransız CK., tahriki bütünüyle kanundan çıkarmıştır. Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde kaleme alınmıştır. 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Kanununun 51.maddesinde “gazap ve şedit bir elemnin tesiri altında” ibaresi kullanılmıştır. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elem deyimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde her iki sözcüğün kullanılması uygun sayılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. Hakim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi saptayabilecektir.”²¹⁰

²⁰⁹ www.2.tbmm.gov.tr/d.22/1-0593,01 pdf

²¹⁰ www.2.tbmm.gov.tr/d.22/1-0593,01 pdf.

6.4.4.2003 Tarihli Dönmezer Tasarısı

2003 tarihli TCK Tasarısı 31.maddesine göre: “*Haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir; ancak, verilecek ceza oniki yıldan fazla olamaz*”²¹¹

6.4.5. Maddenin 5237 Sayılı YTCK.’nda Düzenlenişi

26.09.2004 gün ve 5237 sayılı kanunla TBMM tarafından kabul edilen YTCK, 12.10.2004 gün ve 25611 sayılı RG.’de yayımlanmıştır. 5237 sayılı kanunun “yürürlük” başlıklı 344. maddesine göre, 181/1, 182/1. maddelerin yayımı tarihinden itibaren 2 yıl sonra, haksız tahrik hükmünün de yer aldığı diğer hükümlerin ise 01.04.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği açıklanmıştır. 5237 sayılı YTCK.’nın 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile 765 sayılı TCK’nda yer alan hükümler mülga olmuştur.²¹²

“*Haksız bir filin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekizyıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.*”²¹³

Madde gerekçesi ise şu şekildedir:²¹⁴“*Maddede ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak haksız tahrik hali düzenlenmiştir. Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde kaleme*

²¹¹ Niyazi Güney, Kenan Özdemir, Yusuf Solmaz Balo, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Adil Yayınevi, 2004, s.1283.

²¹² Bkz.YTCK, m.344.

²¹³ Duran, a.g.e., s.39.

²¹⁴ Bkz. 29.md. gerekçesi

alınmıştır. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elem deyimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yönettici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara (tereddütlere) neden olmamak için metinde her iki sözcüğün kullanılması uygun sayılmıştır.

Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle ‘töre veya namus cinayeti’ olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.

Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.

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

Bu bilgiler ışığında Kanunun sistematüğini şöyle ifade edebiliriz.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI VE ÇEŞİTLERİ

1- HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI

1.1.Genel Olarak

Haksız tahrik müessesesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci bölümünün, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir."

765 sayılı Mülga yasada ise birinci kitabın dördüncü babında Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler başlığı altında 51. maddede düzenlenmişti.

Tahrik fiili neticesinde failin hiddet veya şiddetli eleme kapılıp tahammül ve mukavemet kudretinin kırılmış ve iradesinin sarsılmış olması sebebinden ötürü failin söz konusu suçu soğukkanlılıkla ve böyle bir tesir altında kalmadan işleyen kimseler gibi cezalandırılmaması gerektiği düşüncesi haksız tahrik kurumunun ortaya çıkmasını sağlamıştır.²¹⁵

Haksız tahrik, çoğu ceza kanunlarında genel bir indirim nedeni olarak kabul edilmekle birlikte, her hiddet hali indirim nedeni sayılmamış, ihtiraslardan

²¹⁵ Açıkgöz, a.g.e., s.54.

kaynaklanan hiddetlerin kötüye kullanılmaması için, mazeret sayılabilecek olan haksız tahrik fiilleri de sınırlandırılmıştır.²¹⁶

Yargıtay uygulamalarına göre, tahrik konusunda hüküm kurulurken kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve hangisinin diğerine göre üstün tutulduğunun açıklanması, tahrik oluşturan eylemlerin açık ve net bir şekilde gösterilmesi, haksız kışkırtma hükmünün nesnel ve öznel öğeleri ile nesnellik bağlarının ve ilk haksız davranışın kimden geldiğinin saptanması ile ulaşılan sonuca göre tahrikin derecesi, failde uyandırdığı öfke ve acının da dikkate alınarak mantıklı gerekçe göstermek suretiyle karara yansıtılması gerekir.²¹⁷

Maddenin içeriğinden, haksız tahrik kurumunun ana şartları belli olsa da, tüm koşulların belli olmaması yüzünden haksız tahrik kurumunun şartları üçlü, dördü, beşli ve altılı farklı ayrımlar olarak açıklayan görüşler vardır.

Haksız tahrikin unsurlarını üçlü bir ayrımla ifade eden yazarlara²¹⁸ göre bu koşullar “ tahrik teşkil eden bir fiil bulunması, fiilin haksız olması, fiilin haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şiddetli bir elemin tesiri altında işlenmesi ” olarak açıklanabilir.

Haksız tahrikin unsurlarını dördü bir ayrımla ifade eden yazarlara²¹⁹ göre ise tahrikin koşulları “tahrik teşkil eden bir fiilin olması, bu fiilin haksız olması, haksız fiilin failde gazap veya şiddetli bir eleme neden olması, bu suçun buhran halinde işlenmesi” şeklinde açıklanabilir.

²¹⁶ Duran, a.g.e., s.99.

²¹⁷ “...Olaya sanığın sövmesinin yol açtığı ya da olayda sövme olmadığına ilişkin savunma, yakınma ve tanık anlatımları arasındaki çelişkinin yüzleştirerek giderilmeye çalışılması, giderilmediği takdirde yöntemince irdelenerek hangi anlatımlara hangi nedenlerle üstünlük tanındığı açıklanıp sonucuna göre haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile karar verilmesi...” Yargıtay 3.CD. 03.05.2004 tarih ve 6759-4484 E.K. sayılı kararı; Açıkgöz, a.g.e., s.59.

²¹⁸ Koca/Üzülmez, a.g.e., s.293; Öztürk/Erdem, a.g.e., s.281,282; Şen, a.g.e., s.80, Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.594-599 ;Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, a.g.e., s.406.

²¹⁹ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s506; Mollamahmutoglu, a.g.e., s.980; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.541; Önder C.II, a.g.e., s.377.

Haksız tahrikin unsurlarını beşli bir ayrımla açıklayan yazarlara²²⁰ göre ise “haksız tahrik teşkil eden bir fiilin bulunması, bu fiilin haksız olması, haksız eylemin failde gazap ve hiddet meydana getirmesi, suçun bu gazap ve hiddetin etkisiyle işlenmiş olması ve suçun, tahriki oluşturan haksız fiili yapan kimseye karşı işlenmiş olması” dır.

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

Yargıtay bir kararında, bu unsurları altılı²²¹ bir ayrımda; “tahriki oluşturan bir fiil olması, failin öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalması, failin işlediği bu suçun bu ruhi durumun tepkisi olması, haksız tahrik oluşturan eylemin mağdurdan sadır olması ya da mağdurun o fiili önleme sorumluluğunun bulunması, suçun, tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması”²²² şeklinde açıklanmıştır.

Haksız tahrikin unsurları Yargıtay’ın diğer bir kararında beşli bir ayrıma tabi tutulmuştur; “tahriki oluşturan bir fiil olması, bu fiilin haksız bulunması, failin öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalması, failin işlediği suçun bu ruhi durumun tepkisi olması, haksız tahrik teşkil eden eylemin mağdurdan sadır olması”²²³ şeklinde beşli bir ayrıma tabi tutulmuştur.

Biz de çalışmamızda Yargıtay’ın içtihatları ve doktrin görüşleri doğrultusunda haksız tahrikin unsurlarını kapsamlı olarak beş ana başlıkta inceleyeceğiz.

²²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.429; Çolak, a.g.e., s.112,113; Bakıcı, a.g.e., s.632,633.

²²¹ Hakeri, a.g.e., s.366-373.

²²² Yargıtay CGK.’nun 10.06.2003 gün ve E.1-143, K.183 sayılı kararı; YKD, C.29, S.10, Ekim-2003, s.1596 vd.

²²³ Yargıtay CGK.’nun 31.10.1994 gün ve E.1-225,K.250 sayılı kararı.Aynı doğrultuda Yargıtay CGK.’nun 25.11.1991 gün ve E.1/281,K.324 ve 19.11.1990 gün ve E.1-254,K277 sayılı kararları; Tutumlu, a.g.e., s.22.

1.2.Bir Tahrik Fiili Bulunmalı

1.2.1.Tahrik Fiilinin Varlığı

Haksız tahrikten söz edebilmek için her şeyden önce, tahrik teşkil eden bir fiil olmalıdır. Hiddet veya elem, failin ihtirasından veya bunalımından yani kendisinden kaynaklanan değil, faile yönelen harici bir fiilden kaynaklanması gereklidir.²²⁴Bir fiilin tahrik edici nitelikte olup olmadığı, tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahrik teşkil eden fiili yapan kimsenin durumuna, bunlar arasındaki ilişki, yer, zaman ve çevreye göre değerlendirilir.²²⁵Bu fiil kasıtlı veya taksirli olabileceği gibi, icrai veya ihmali²²⁶ de olabilir.²²⁷

Kanunumuz sadece belirli halleri haksız tahrik sayan, mesela yalnız öldürmeye teşebbüs, müessir fiil, ırza tecavüz gibi sayılı hareketlerin olabileceğini belirleyen Fransız sisteminden farklıdır.²²⁸

Keçelioğlu'na göre; Türk ceza hukuku öğretisinde, hareket, fiil, eylem, davranış gibi kelimeler göz önüne alındığında, bir terim birlikteliğine ulaşamamıştır. Bu kelimeler biri diğerinin yerine kullanılmıştır. YTCK' da da bu kelimeler aynı şekilde kullanılmaktadır. Esasen birbirlerinden farklı anlamlar taşıyan bu kelimelerin gelişigüzel kullanımı türk ceza hukuku dogmatığının gelişimini engelleyici ve mahkeme içtihatlarını kilitleyici bir rol oynayabilirler.²²⁹

Tahrike sebep olan bir dış olgu, eylem bulunmadıkça haksız tahrik söz konusu olamaz. Ayrıca tahrik eden kimsenin tahrik etme kastının bulunması gerekli değildir. Yargıtay'ın bir kararında, "tahrik edici bir hareket bulunmadıkça maddenin uygulanamayacağını"²³⁰ açıkça bildirmiştir. Yine başka kararında "Maktulden

²²⁴ Ayık, a.g.m., s.89; Aydın, Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik, a.g.m., s.231.

²²⁵ Soyaslan, a.g.e., s.481; Koca/Üzülmez, a.g.e., 293.

²²⁶ "tahrik oluşturan fiil gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle (hayvanların bağlanmaması, boya badana yapılırken başkalarının üzerinin kirletilmesi gibi) ihmali olabileceği gibi icrai de olabilir."; Bakıcı, a.g.e., s.632.

²²⁷ Öztürk/Erdem, a.g.e., s.282.

²²⁸ İzmir, a.g.e., s.30.

²²⁹ Elvan Keçelioğlu, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım", TBB Dergisi, Sayı 83, 2009, s.129.

²³⁰ Yargıtay CGK.'nin 8.1.1951. gün ve E.9,K.7 sayılı kararı; Yalkut, a.g.m., s.246

kaynaklanan ve haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem olmadığı halde sanık lehine hafif haksız tahrik hükmünün uygulanması...’’²³¹,”Gerek olay öncesi, gerekse olay sonrasında mağdurdan kaynaklanan ve haksız tahrik teşkil eden hareket bulunmadığı halde sanığın cezasından tahrik gerekçesiyle indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini..’’²³²bozma sebebi saymıştır.

Yargıtay’ın aldığı çeşitli kararlardan haksız tahrik teşkil edebilecek eylemler olarak:

Tartışma sırasında mağdurun sanığa lan demesi²³³, Sanığın beraber kaldığı kız arkadaşına mağdurun sarkıntılık yapması,²³⁴ sanığa, geçmişte telefonla hakaret edilmesi,²³⁵ sanığın kız kardeşinin fotoğrafının izinsiz çekilmesi,²³⁶ babasının da kendisinin de dövüldüğü bir ortamda failin çakı bıçağıyla mağduru yaralaması,²³⁷ mahkemece belirlenen günde sanığın çocuğunu görmesini engellenmesi²³⁸ gösterilebilir.

Haksız tahrike sebep olan bu eylem bir insandan kaynaklanan, iradi hareketler olması gerekir.²³⁹Şayet ortada hayvan hareketi var ise, ancak bu hayvanın bir insan tarafından yönlendirilmesi veya tahrik fiiline hayvan sahibinin kusurlu davranışlarından kaynaklanması durumunda, fiilin haksız olduğu kabul edilebilir.²⁴⁰Hayvan sahibine atfedilebilecek bir kasıt yoksa, hayvanın bir kasıt meydana getirmesinden dolayı failin gazap ve elemine haksız tahrik indirimine yol açmayacağı kabul edilir.²⁴¹

Failin, kendisine karşı gerçekleştirilen haksız bir eylemin etkisiyle değil, alkol, uyuşturucu ya da töre veya diğer bir etken neden altında suç işlemiş olması

²³¹ Y.1.C.D. 2006/6519 E. 2007/8520 K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.62.

²³² Y.1.C.D. 2007/7608 E. 2009/1327 K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s. 62

²³³ As. YDK, 18.10.2007 gün ve 94/108 sayılı kararı.; , Nur Centel, Hamide Zafer,Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s.429.

²³⁴ Y.3.C.D. 31.01.2007 gün ve 2006-4551/2715 sayılı kararı; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.429.

²³⁵ Y.1.C.D. 13.11.2000 tarih ve 2482-3137 E.K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.66.

²³⁶ Y.2.C.D. 16.06.2004 tarih ve 6129-12008 E.K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.66.

²³⁷ Y.1.C.D. 13.11.2000 tarih ve 2482-3137 E.K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.66.

²³⁸ Y.4.C.D. 18.12.2002 tarih ve 16289-18777 E.K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.66.

²³⁹ Abdullah Pulat Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, C.I, 2.Bası, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1961, s.202.

²⁴⁰ Soyaslan, a.g.e., s.482; Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*,s.81; Duran,s.104.

²⁴¹ Tutumlu, a.g.e., s.28.

durumunda haksız tahrik indirimi uygulanamaz.²⁴²Haksız tahrik bakımından ortak tecrübelerle göre normal olarak nitelenebilen insan esas alınmalı; örneğin fazla alınganlık veya duygusallık durumunda haksız tahrik yoktur.²⁴³

1.2.2.Tahrik Fiilinin İşleniş Özellikleri

Tahrik fiili, failin hayatına, hürriyetine, malvarlığına, fiziksel bütünlüğüne, sosyal ve ahlaki değerlerine yönelik olabilir, önemli olan haksız hareketin varlığıdır.²⁴⁴Haksız tahrike sebep olan eylemler“söz, yazı, mimik, işadet gibi”,²⁴⁵”kişi üzerinde maddi cebir, tehdit, kaba hareketler, üstü kapalı ifadeler, küçümseyici bir gülüş, başka anlama da gelen yazılar, sözler, alay, sırların ifşası, haksız rekabet, suç teşkil etmese bile hayvanlara kötü muamele”²⁴⁶şeklinde ortaya çıkabilir.

Tahriki oluşturan fiil bir insandan kaynaklanmış olmalıdır; zaten insandan kaynaklanmayan bir davranışı haksız tahrik olarak nitelendirmek mümkün değildir.²⁴⁷Ancak bir fiilin haksız sayılabilmesi için suç teşkil etmesi ya da borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil olması gerekli değildir.²⁴⁸

Tahrik eylemleri olumlu ya da olumsuz olabilir. Birbiri ardına devam eden eylemlerde haksız tahrike konu olabilir. Buna benzer şekilde bir Yargıtay kararında, “Anayasa hükmü gereği dini inançlarından dolayı kimsenin kınanamayacağı ve bunun normal ahlaki bir görev olarak kabulü gerekirken, dini vecibelerini yerine getiren ve hacı olan sanığa, maktul tarafından hacılığı vesile ederek sürekli şaka yapılması, sanığın bu tür şakayı kabul etmediğini ve kızdığını belirttiği halde sanığa karşı bu tutum ve davranışların sürdürülmesi”²⁴⁹ nin haksız tahrik oluşturacağına karar verilmiştir.

²⁴² Meran, a.g.e., s.170.

²⁴³ Öztürk/Erdem/Özbek,a.g.e., s.287.

²⁴⁴ Aydın, a.g.m., s.231.

²⁴⁵ Tutumlu, a.g.e., s.23.

²⁴⁶ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.595.

²⁴⁷ Öztürk/Erdem, a.g.e., s.282.

²⁴⁸ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2.Baskı, Beta Yayım, 2011, s.328.

²⁴⁹ Yargıtay CGK.’nun 20.3.1982. gün ve E.38,K.117 sayılı kararı; Orhan Yener, *Tatbikatta Sulh Ceza Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1992, s.21.

Gece geç vakit eve içkili gelen eşi sanığa, “Ne var bu kadar içecek, bıktım senin içkinden, gece hayatından” demek, çalışmayan kocasından “iş bulmasını, evi geçindirmesini” istemek, yemek yaptığı sırada kocasına “ağlayan çocukla ilgilenip susturmasını” söylemek aile hayatının gereği ve uyarı görevi olup haksız fiil olarak nitelendirilemez.²⁵⁰Buna karşılık Yargıtay: “sanık öğretmenin yaramazlık yapması nedeniyle ismi sınıf tahtasına yazılan mağdureyi, tahtaya kalkmasını istemesine karşın, kalkmaması üzerine oturduğu sıraya gidip tokatlaması eyleminde...öğrencinin tahtaya kalkmamasını” hatalı olarak tahrik değerlendirmiştir.²⁵¹

Öğretide, tahrik fiilin taksirle işlenip işlenemeyeceği ya da taksirle işlenen suçların haksız bir fiil sayılıp sayılmayacağı konusu tartışmalıdır.²⁵²Kanımızca taksirle işlenen fiiller de tahriki oluşturabilirler. Çünkü, taksirli işlenen fiiller de haksızlık içeriğine sahiptir.²⁵³Yargıtay bir kararında , “Sanığın öldürme fiilini hırsızlık amacıyla girdiği işyerinde hırsızlık suçunu işleyememesinden hasıl olan kızgınlıkla işlediğinin anlaşılması karşısında maktulden kaynaklanan sanığa yönelik haksız tahrik teşkil eden herhangi bir hareket bulunmadığı gözetilmeden sanık lehine tahrik hükümleri uygulanarak cezadan indirim yapılması”²⁵⁴ bozmayı gerektirdiğine karar verilmiştir.

1.2.3.Tahrik Fiilinin Yöneldiği Hedef

Kanunda, tahrik eylemine maruz kalan kimsenin sanığın şahsından başka şahıs ve şeylere de yönlenerak suçluda psikolojik bir baskı olarak buhrana yol açabileceği kabul edilmektedir.²⁵⁵Yargıtay’ın bir kararında, “Erkeklerle para karşılığı ilişkiye giren maktule ile sanığın da birçok defa para karşılığı ilişkiye girdiği, aralarında herhangi akrabalık ve duygusal bağ bulunmadığı, sanığın, fuhuş yapmamasını istediği maktulenin bunu kabul etmemesinde sanığa karşı herhangi bir

²⁵⁰ Bakıcı, a.g.e., s.632.

²⁵¹ Yargıtay 4.CD. 7.10.2002, 14360 sayılı kararı; Hakeri, a.g.e., s.367.

²⁵² Duran, a.g.e., s.107.

²⁵³ “Mantovani, ağır bir biçimde hakarete uğrayan bir sürücünün, otomobilinin kontrolünü kaybederek bir yayayı çiğnemesi durumunda, haksız tahrikten yararlanabileceğini söylemektedir.”;Mantovani, Dritto penale, s.356; Hafizoğulları / Özen, a.g.e., s.389 dan naklen.

²⁵⁴ 1.CD,28.11.2006,2690/5233;Necati Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s.176.

²⁵⁵ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.595.

haksız tahrik bulunmadığı halde’’²⁵⁶haksız tahrik indiriminin uygulanması yasaya aykırıdır.

Haksız tahrike neden olan fiilin mutlaka kişinin huzurunda yapılmış olması şart olmadığı gibi, bunun bizzat kişinin şahsına yönelmiş bulunması da aranmaz.²⁵⁷Tahriki oluşturan fiillerin hedefinde, mutlaka tepkide bulunan kimseye karşı işlenmiş olması şart değildir; devlete, üçüncü şahsa, failin sevdiği, saydığı, değer verdiği kişilere, eşyalara, manevi değerlere ya da hayvana karşı da işlenebilir.²⁵⁸Örneğin sokakta dolaşırken, küçük bir çocuğun sebepsiz yere dövüldüğünü görüp de hiddete kapılarak çocuğu döven kişiye karşı hakaret veya yaralama suçunu işleyen kişi bakımından da haksız tahrikin varlığını kabul etmek gerekir.²⁵⁹

Ancak faile yakınlığı olmayan ve failde şiddetli elem ya da hiddet oluşturmayacağı düşünülen üçüncü kişilere karşı gerçekleştirilen haksız eylemler bu maddenin uygulanmasını gerektirmez.²⁶⁰“Maddedeki düzenleme nedeniyle, bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.”²⁶¹

Kanunumuzda, tahrik fiiline maruz kalmanın failin şahsıyla alakası olması şart değildir. Sanığı tahrike kışkırtabilecek hedeflere karşı yapılan her türlü haksızlık, tahrik fiiline sebebiyet verebilir.²⁶²Yargıtay kararında, “ sanığın memleketlisi olan ve aynı semtte oturdukları anlaşılan kızlarını maktül ve arkadaşları tarafından rahatsız

²⁵⁶ Yargıtay 1.CD. 27.04.2006 tarih ve 1683 sayılı kararı; Hakeri, a.g.e., s.367.

²⁵⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.543.

²⁵⁸ Bakıcı, a.g.e., s.632.

²⁵⁹ Koca/Üzülmez, a.g.e., s.294.

²⁶⁰ Meran, a.g.e., s.170.

²⁶¹ Madde gerekçesi,

²⁶² Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.595.

edilmeleri’’²⁶³ suçunda haksız eylemin haksız tahrike yol açıp açmayacağı konusunun mahkemece incelendikten sonra sonuca göre haksız tahrikin uygulanmasına karar verilmiştir.

1.2.4. Mefruz Tahrik

Gerçekte objektif olarak bulunmayan, fakat failin yanılarak öfke ve elem halinin bir tepkisi olarak suç işlemesi durumunda “mefruz tahrik” den söz edilir. Mağdurdan kaynaklanmayan, onunla nedensellik bağı bulunmayan fakat failde mağdurdan kaynaklandığı sanılan bir fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin tepkisi olarak, kusursuz yanılmanın etkisinden hareketle failin suçu işlemesi durumuna mefruz (varsayılan) tahrik denilmektedir.²⁶⁴ Mefruz tahrik denilen bu durumda, fail kusursuz olarak bu hale düşmüş ve suç işlemişse haksız tahrikten faydalanması gerekir.²⁶⁵

Mefruz tahrik halinde, sanığın haksız tahrik halinden faydalanıp faydalanamayacağı konusunda öğreti ve uygulamada bir görüş ayrılığı halen mevcut ve tartışmalıdır.²⁶⁶ Bu görüş aykırılıklarının sebebi, haksız tahrikin psikolojik ve hukuki esasına ağırlık veren görüşlerden kaynaklanmaktadır.²⁶⁷

1.2.5. Mefruz Tahriki Bir İndirim Nedeni Olarak Görmeyen Görüşler

Bu görüş savunucularına göre, tahrik fiilinin objektif olarak bulunması gerekir. Hukukun temel ilkelerinden olan bir kimse kendi kusurundan yararlanamaz.²⁶⁸ Varsayımdan yola çıkarak failin yanılığına hukuki bir anlam katmak güç olduğu gibi²⁶⁹ failin bu yanılığa düştüğünü anlamak da bir o kadar zordur.

²⁶³ Yargıtay CGK.’nun 22.05.1989 gün ve E.1-133,K.192 sayılı kararı; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.507.

²⁶⁴ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.514-515.

²⁶⁵ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.387.

²⁶⁶ Tutumlu, a.g.e., s.45.

²⁶⁷ Tutumlu, a.g.e., s.45.

²⁶⁸ Duran, a.g.e., s.114.

²⁶⁹ Tutumlu, a.g.e., s.4.7

Tahriki oluşturan hareketin yapılmış olduğunun failce zannedilmesi maddenin uygulanması için yeterli değildir, bu hareketin gerçekte gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁷⁰Haksız eylem varsayımı ile hareket eden failin yanılığısına bir değer verilmemektedir. Çünkü, gerçekte mağdur tarafından yapılmış bir haksız eylem olmayınca “karşılıklı kusurlu” olma durumu bulunmayacağından; failin daha az kusurlu sayılarak cezanın indirilmesine gerek yoktur.²⁷¹

Yargıtay’ın mefruz tahrik halinin, bir indirim nedeni olarak kabul etmediği kararları da bulunmaktadır. Örnek bir kararda, “öldürme olayından 15 dakika önce sanığın ağabeyinin dövülmesi olayında maktul bulunmadığı halde, sanığın maktulünde bulunduğunu sanarak suç işleminin”²⁷² mefruz tahrikin etkisiyle suç işlediği kabul edilmemiştir.

Yargıtay, 24.12.2002 tarihli bir Genel Kurul Kararında²⁷³ “sanığın hiçbir zaman meydana gelmemiş ve kendisine yönelmemiş bir eylemin haksız olduğu inancı içerisinde hareket ederek suç işleminde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur” diyerek mefruz tahrik halini indirim nedeni olarak kabul etmemiştir.

Yine Yargıtay’ın bir başka kararında²⁷⁴ “mağdurlardan kaynaklı her hangi bir haksız hareket bulunmadığı halde, otomobil ile yolda gitmekte olan mağdurların oto içinde eğildikleri sırada gerçekte mevcut olmadığı halde silah alıp ateş edeceklerinden bahisle uygulama olanağı bulunmadığı halde sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması” diye hüküm kurarak mefruz tahrik savunmasını kabul etmemiştir.

²⁷⁰ Açıkgöz, a.g.e., s.67.

²⁷¹ Duran, a.g.e., s.114.

²⁷² Yargıtay 1.CD.’nin 2.2.1995 gün ve E.1995/63, K.1995/210 sayılı kararı;Ahmet Zeki Polat, *Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları*,1.Bası, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999, s.649.

²⁷³ Açıkgöz, a.g.e., s.69.

²⁷⁴ Yargıtay 1.CD.09.12.2003 tarihli ve 3000/3039 E.K. sayılı kararı; Açıkgöz, a.g.e., s.69.

1.2.6. Mefruz Tahriki Bir İndirim Nedeni Olarak Gören Görüşler

Bu görüşe göre cezayı azaltıcı neden olarak kabulü nedenlerinden psikolojik olan görüşler dikkate alınır fail bu duygularla suçu işlediği için indirimden yararlanması gerektiğini savunmuşlardır. Mefruz meşru müdafaayı kabul eden kanun koyucu, aynı mantıkla haksız tahrike de izin vermesi gerekir.²⁷⁵

Haksız tahrikte cezanın indirilmesinin asıl nedeni psikolojik olup, failin gazap veya elem saikiyle hareket etmesinden dolayı tahrik edici bir eylemin varsayımı inancını lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasını kabul etmek için yeterli kabul etmek gerekir.²⁷⁶

Yargıtay'ın mefruz tahrik halinin takdiri indirim veya haksız tahrik indirimini kabul edip etmeyeceğine ilişkin birbirinin aksi yönde bir çok kararı vardır. Yargıtay'ın bir kararında “sanığın, mağduru bir ara köpeğinin yanında görmesi nedeniyle onun tarafından öldürüldüğü sanıyla yaralama suçunu işlemesini” mefruz tahrik hali olarak kabul edip haksız tahrik indiriminin uygulanmasına karar vermiştir.²⁷⁷

Yargıtay'ın mefruz tahrik halinin, bir indirim nedeni olarak kabul etmediği kararları da bulunmaktadır. Örnek bir kararda Sami SELÇUK tarafından yazılan karşı oy yazısında, “ mefruz tahrik durumunda fail kusursuz yanılarak öfke ve elem haline sürüklenmişse haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir. Zira, tahrik durumunda failin kusuru, içerisinde bulunduğu heyecan hali nedeniyle azalmaktadır. Eğer failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusuru yok ise, onu bu psikolojik durumundan yararlandırmamak haksız tahrikin esasına aykırıdır”²⁷⁸denilmektedir.

²⁷⁵ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, a.g.e., s.483.

²⁷⁶ Açıkgöz, a.g.e., s.68.

²⁷⁷ Yargıtay 4.CD.'nin 02.04.1998 gün ve E.2377,k.3261 sayılı kararı; İsmail Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Malkoç Kitabevi, 1999, s.111.

²⁷⁸ Yargıtay 4.CD.'nin 17.04.1996 gün ve 1885/3547 sayılı kararı; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e., s.287.

Yargıtay'ın çoğu kararlarında“saniğin himayesi altında bulunan yeğenin inancına geçildiği hakkındaki inanışla suçun işlenmesini”²⁷⁹, “saniğin, mağduru bir ara köpeğinin yanında görmesi nedeniyle onun tarafından öldürüldüğü sanısıyla yaralama suçunu işlemesini”²⁸⁰, “saniğin, (iyi süpür oğlum) diye takılmasını yanlış algılayarak, bu takılmanın üzerinde yarattığı kızgınlık ve hiddet ile... katilani yaralamasını”²⁸¹, “failin haksız davranışın kendisine yöneldiğini zannederek ve bunun etkisi ile suç işlemesi durumunda varsayılan kışkırtma nedeniyle bu inandırıcı nedenden yararlanacağı açıktır”²⁸²diyerek mefruz haksız tahrik halini indirim nedeni olarak kabul etmiştir.

Yargıtay'ın gerçekte tahrik oluşturan bir fiil bulunmamasına rağmen failin böyle olduğuna inanarak işlediği suçtan dolayı haksız tahrikin uygulanamayacağı yönündeki kararlarının YTCK'nın 30/3. maddesi karşısında geçerliliğini yitirmiştir.²⁸³

5237 sayılı Y.T.C.K., “hata” kenar başlıklı m.30/2’de “bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” ve madde 30/3’te “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” demek suretiyle mefruz tahrik hali çözüme kavuşturulmuştur.

Ancak bu hata fail tarafından kaçınılabılır nitelikte ise fail hatasından yararlanamaz. Onu suça iten neden cezanın tayininde Y.T.C.K. m.61’ e göre dikkate alınabilir.²⁸⁴O halde, haksız tahrikin varlığında hata ederek suç işleyen veya olayda haksız tahrik koşullarının gerçekleştiğini bilmeden suç işleyen fail, haksız tahrik indiriminden faydalanacaktır.²⁸⁵

²⁷⁹ Yargıtay 1.CD.’nin 18.1.1953 gün ve E.24, K.245 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.116.

²⁸⁰ Yargıtay 4.CD.’nin 02.04.1998 gün ve E.2377, K. 3261 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.116.

²⁸¹ Yargıtay 4.CD.’nin 8.7.2002,16018/12273 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.116.

²⁸² Yargıtay 4.CD.’nin 17.04.1996 tarih ve 3547 K. sayılı kararı; Açıkgöz, .g.e., s.69.

²⁸³ Açıkgöz, a.g.e., s.70.

²⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.550.

²⁸⁵ Aydın, a.g.m., s.232

1.3. Fiil Haksız Olmalı

1.3.1.Haksızlığın Nitelikleri ve Değerlendirilmesi

YTCK m.29' un gerekçesinde “Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle “töre ve namus cinayeti” olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.” Maddede geçen “haksız bir fiil” ifadesi, mağdurdan kaynaklanan hareketin hukuka aykırı olması ve hukuk düzeni ile çatışması anlamına gelir.²⁸⁶

Hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olduğu durumlarda fiilin hukuka aykırılığı veya haksızlığından söz edilemez. Bu durumda yapılan hareket bir yandan kanunda gösterilen tipik hareketin bütün unsurlarını gerçekleştirirken öte yandan “suçun” ya da daha daraltıcı bir kavramsallaştırma ile “haksızlığın” hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır.²⁸⁷

Koca'ya göre; Kanun koyucu ceza hukukunun güvence fonksiyonu gereği haksızlık teşkil eden fiiller arasından cezaya layık olanları seçerek, onları kanuni tipte göstermektedir. Dolayısıyla haksızlıklar arasından sadece kanunda tarif edilen fiiller suç sayılmakta, diğer haksızlıklar ise suç teşkil etmemektedir. Kanun koyucunun haksızlıklardan bir kısmını suç olarak kabul etmesinde, o haksızlığın niceliği göz önünde tutulmaktadır. Haksızlık kavramı derecelendirilebilir bir kavramdır ve az çok (büyük ve küçük) haksızlıklar vardır.²⁸⁸

Keçelioğlu'na göre; Suçun unsurlarına ilişkin tartışmaların zenginleştiği, “haksızlık” gibi türk ceza hukuku bakımından yeni sayılabilecek bir terimle kanun metninde karşılaşılan bir dönemde, öğretinin hem kendi içerisinde hem de yasakoyucu ile arasında kavram ve terim birliğine ilişkin bir uyumun oluşmaması sorunu oldukça ağırlaşabilir. Bu tür sorunların çözümü için ilk adımın atılması,

²⁸⁶ Duran, a.g.e., s.118.

²⁸⁷ Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK' nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s.301.

²⁸⁸ Mahmut Koca, *YTCK' da Hukuka Uygunluk Sebepleri*, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Sayı:1, s.121.

sağlam bir ceza hukuku dogmatığının üzerine kurulabileceği temel bir kavramın ortaya konulmasına bağlıdır. Bu ister “fiil”, ister “hareket” ister “davranış” olarak isimlendirilebilir. Ancak bu kavram kendisine yüklenen anlam itibariyle cezalandırılabilir insan davranışının tüm ortaya çıkış biçimlerini kapsamalıdır. Bu biçimlerin içeriksel bakımdan ayrıldığı yerlerde bağlantı kurabilmelidir. Diğer yandan, söz konusu kavram değişik suç kategorilerini birbirine bağlama özelliğine de sahip olmalıdır.²⁸⁹

Fiil, “haksız” bir fiil niteliğinde değilse failde ne kadar şiddetli öfke ve elem meydana getirirse getirsin haksız tahrikten söz edilemez.²⁹⁰ Sınavda başarısız olan öğrencinin sınıfta kalması nedeniyle öğrencinin, icra memurunun hacze gelmesi nedeniyle borçlunun üzüntü duyması doğaldır ancak ortada hukuka aykırı bir fiil olmadığı için duyulan üzüntü ve elemin etkisiyle tepki suçu işlenmesi durumunda tahrik kurumu uygulanamayacaktır.²⁹¹

Yargıtay da, “sanığın kız kaçırmak üzere kamyonu durdurması sebebiyle ile savunmada bulunulması haksız tahrik teşkil etmez”²⁹², “maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem bulunmadığı halde, sanık lehine hafif haksız tahrik hükmünün uygulanması”²⁹³, “maktulenin kocası aleyhine boşanma davası açması haksız tahrik teşkil etmez”²⁹⁴ şeklindeki kararlarıyla bu husus vurgulanmıştır.

Haksızlığın ölçütü; eylemin failde öfke ve şiddetli elem yaratacak boyutlarda, toplumsal yaşamın değer yargıları, etik anlayışı ve kültüre göre yorumlanıp bunu sonucuna göre sanığın tahrik hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına karar verilmelidir.²⁹⁵ Faile yönelik olarak işlenen fiilin haksızlığını, toplumda geçerli sosyal değer ve telakkilere göre hakim tarafından takdir edilecektir.²⁹⁶ Bir Yargıtay kararında “toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve âdete aykırı davranışlar

²⁸⁹ Keçelioğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, s.130, 131.

²⁹⁰ Açıkgöz, a.g.e., s.75.

²⁹¹ Aydın, a.g.m., s.235.

²⁹² Yargıtay 1.CD. 22.02.1983 tarih ve 595-505 E.K. sayılı kararı; Açıkgöz, a.g.e., s.76.

²⁹³ Yargıtay 1.CD.’nin 19.11.2007 tarih ve 2006/6519 E. 2007/8520 K.sayılı kararı; Açıkgöz, a.g.e., s.76.

²⁹⁴ Yargıtay CGK.25.01.1968 tarih ve 289-377 E.K. sayılı kararı; Açıkgöz, a.g.e., s.76.

²⁹⁵ Tutumlu, a.g.e., s.24.

²⁹⁶ Çolak, a.g.e., s.112.

hukuka aykırı davranış niteliğinde olduklarından adi kışkırtma nedeni olarak kabul edilmeleri gerekir²⁹⁷

Fiil haklı ve hukuka uygunsa fail ne kadar gazap ve eleme sürüklense de haksız tahrik teşkil etmez.²⁹⁸ Ancak esasta hukuka uygun olan bir fiil olduğu halde yapılaş tarzındaki bir eksiklik nedeniyle nezaket kurallarına aykırılık içeren bir fiil de haksız tahrik teşkil edebilir.²⁹⁹

Haksız bir fiilden söz edebilmek için mutlaka fiilin suç teşkil etmesi şart değildir. Suç olmayan bir fiil hukuk düzeni tarafından kabul edilebilir olarak karşılanmıyorsa, haksız bir fiil olarak kabul edilebilir.³⁰⁰

Haksız fiilin ölçütleri konusunda değişik görüşler olduğu gibi bu konuda kesin bir formül de yoktur. Haksızlığın ölçüsü suç veya borçlar hukuku anlamında “haksız fiil” olması değildir.³⁰¹ “Haksız” kavramı hukuka aykırılık kavramından daha geniş anlamda kullanılmaktadır.³⁰² Dolayısıyla burada bahsedilen haksızlık hiçbir hukuk disiplinine özgülenebilir bir kavram değil tüm hukuk düzeni için geçerli bir kavramdır.³⁰³

Tahrik edenin kusur yeteneğine sahip olmaması ya da şahsi bir cezazırlık sebebinden yararlanması, haksız tahrik indiriminin uygulanmasına bir engel teşkil etmez.³⁰⁴

Yargıtay’ın bir kararında, “müeesir fiile kendi haksız hareketleri ile sebebiyet verenin döğülmesi karşısında oğlunun müeesir fiil failini öldürmesi hadisesinde sanığın o andaki ruhsal durumun yarattığı elem ve teessürün sevki ile suçu işlediği, başkalarının hadiseye sebebiyet vermiş olmalarının (babanın haksız oluşunun) tahriki bertaraf etmeğe yol açan düşüncenin cezaların şahsiliği prensibini ve ferdi mesuliyet

²⁹⁷ Tutumlu, a.g.e., s.24.

²⁹⁸ Soyaslan, a.g.e., s.481.

²⁹⁹ Malkoç, a.g.e., s.177.

³⁰⁰ Demirbaş, a.g.e., s.41.

³⁰¹ Tutumlu, a.g.e., s.35.

³⁰² Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.596.

³⁰³ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, a.g.e., s. 407.

³⁰⁴ Önder C.II, a.g.e., s.378.

esaslarını ihlal edeceği neticesine varmış olan Yargıtay kararı isabetlidir.”³⁰⁵ Ayrıca bir başka kararda “hukuka aykırı her türlü davranışın haksız eylem niteliğini” taşıdığına karar verilmiştir.³⁰⁶

Yargıtay’ın haksızlık ölçütü konusunda geniş takdir hakkı kullanması eleştirilmiştir. Özen’e göre eylemin haksız tahrike konu olabilmesi için hukuka aykırı olması veya hakkın kötüye kullanılması yeterli olduğu ve bütün ahlak ve değer yargılarına aykırı fiillerin haksız tahrik sayılmasının doğru olmadığı belirtilmiştir.³⁰⁷

1.3.2. Tahrik Fiilinden Önce Gerçekleşen Hareketlerin Haklılığı veya Haksızlığı Bakımından Çeşitli Olasılıklar

Tahrik nedeni olan bir fiilin, fiilden önce gerçekleşen hareketlerin haklı veya haksız olmasına göre; “Mağdurun hareketinin haksız olması”, “ mağdurun hareketinin haklı olması”, “failin kendi haksız hareketiyle olaya neden olması”, “ilk yapılan haksız harekete karşı gerçekleştirilen fiilin bu haksız hareket bakımından oransız derecede ağır olması” gibi dört farklı olasılıktan bahsedilebilir.³⁰⁸ Bir fiilin haksız olup olmadığı o fiilin gerçekleştiği toplumda geçerli olan sosyal değerlere göre hakim tarafından değerlendirilir.³⁰⁹

1.3.2.1. Mağdurun Hareketinin Haksız Olması

Bu olasılıkta fail lehine, haksız eylemin gazap veya şiddetli elem oluşturabilecek şekilde işlenmesi durumunda haksız tahrik hükmünün uygulanmasına karar verilebilir.

³⁰⁵ Nöbetçi Daire’nin 25.8.1958 gün ve e.669, K.1918 sayılı kararı; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.596.

³⁰⁶ Yargıtay 1.C.D’nin 09.07.1981 gün ve E.3551,K.81/3407 sayılı kararı; YKD,C.7,S.12(1981),s.160; Duran, a.g.e., s.122.

³⁰⁷ Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s.81.

³⁰⁸ Önder,II, a.g.e., s.379.

³⁰⁹ Soyaslan, a.g.e., s.481.

Yargıtay kararlarında; “maktulün iki ayrı yerde sanığı tokatlaması ve bıçakla kovalaması”³¹⁰, “sanığın başındaki şapkaya gülünmesi”³¹¹, “evli bir kadına sevişme önerisinde bulunulması”³¹², “ uyarılara rağmen apartman sahanlığında top oynayarak gürültü yapılması”³¹³ gibi eylemler mağdurdan kaynaklanan haksız hareketlerdir.

1.3.2.2. Mağdurun Hareketinin Haklı Olma Olasılıkları

Bu olasılıkta sanık ortada haksız tahrik şartları oluşmadığından haksız tahrik hükümlerinden faydalanamayacaktır. Mağdurun hareketi haklı olması durumunda, failin haksız bir harekete maruz kalmış olduğu söylenemez ve bu haklı hareket faili gazap veya şedit bir elem içine düşürmüş olsa bile, tahrik teşkil eden bir fiilin varlığından söz edilemez.³¹⁴ Çünkü, bu durumda fiil hukuka uygundur ve failin tahrik edilmiş olması önemli değildir.³¹⁵

Yargıtay kararlarında, “öldürme olayından sonra olay yerine gelen mağdurların, yakınlarını öldüren sanığa karşı doğal bir tepkiden öteye geçmeyen sözler ve yaptıkları davranışlarda”³¹⁶, “sanıkların maktule ve müdahile ait duvarın dibini kazmaları ile tartışma ve olayın çıkmasına göre”³¹⁷ gibi durumlarda bir haksızlık bulunmadığına karar verilmiştir.

Failin haksız fiil sonucunda içine girdiği psikolojik durumdan dolayı; fiil haklı olduğu durumlarda, fail bundan ötürü ne kadar etkilenirse etkilensin, haklı bir fiile tepkide bulunduğu için kanun tarafından masum görünmeyecektir.³¹⁸ Bir hakkın kullanımı için yapılan eylemlerde, bir görev ya da yetkinin kullanımında yapılan haksız eylemler ilgili normun sınırları aşılmadığı sürece haksız sayılmayacaktır.³¹⁹ Hukuka aykırılığın içeriği hukuken korunan menfaatin ihlalinden,

³¹⁰ Yargıtay 1.C.D.’nin 27.05.1998 gün ve E.693, K.1797 sayılı kararı ; Yaşar, Osman, *Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2000, s.811.

³¹¹ Yargıtay CGK’ nin 08.12.1980 gün ve E.16354, K.422 sayılı kararı; Yaşar, a.g.e., s.795.

³¹² Yargıtay CGK.’nin 1.6.1992 gün ve E.1-154, K.178 sayılı kararı; Yaşar, a.g.e., s.777,778.

³¹³ Yargıtay 4.CD.’nin 29.5.1972 gün ve E.2-144, K.234 sayılı kararı; Yaşar, a.g.e., s.805.

³¹⁴ Önder C.İI, a.g.e., s.379.

³¹⁵ Demirbaş, *Genel Hükümler*, a.g.e., s.413.

³¹⁶ Yargıtay 1.CD.’nin 1.2.1995 gün ve E.1994/289, K.1995/199 sayılı kararı; Polat, a.g.e., s.648.

³¹⁷ Yargıtay 1.CD.’nin 13.12.2006, 5703/5658 sayılı kararı; Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, s.175.

³¹⁸ Dönmezer/Erman İI, a.g.e., s.381; Soyaslan, a.g.e., s.481.

³¹⁹ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005, s.72.

yani hukuk normunun korumak istediği varlık veya menfaatin zarar görmesinden ve tehlikeye konulmasından ibarettir.

1.3.2.3.Failin Kendi Haksız Hareketiyle Olaya Neden Olması

Bu olasılıkta da fail koşul gerçekleşmediğinden haksız tahrikten yararlanamayacaktır.

Fail haksız tahrikten yararlanabilmesi için karşı tarafta yani mağdurda tahrik eylemine kendi kusuruyla sebep olmamış olmalıdır. İlk önce tahrike sebep olan hareketi yapan kişi, bu tahrik mazeretini kendisi için ileri süremez.³²⁰

Yargıtay kararların da ,“devamsızlığı yüzünden işten çıkarılan bir şahsın kendi kusuru neticesine katlanması zorunlu olup bunun etkisiyle işlediği suçtan dolayı hükümlülüğü halinde”³²¹, “sanığın köpeğinin saldırısına ciddi biçimde mani olmamak şeklinde ilk haksız davranışa neden olduğu eyleminde”³²²haksız tahrikin olmadığı kabul edilmiştir.

Hukuka aykırı fiillerin yanında hukuku uygun bir fiilde, işleniş şekli açısından failin hakkın kötüye kullanılmasına sebep olacak durumlarda hukuka aykırı ve haksızlık niteliği taşıyabileceği açıklanmıştır.³²³

1.3.2.4. İlk Yapılan Haksız Fiile Karşı Gerçekleştirilen Tepki Fiilinin Şiddetine Göre Olasılıklar

Bu olasılıkta da mağdur faili tahrik ettikten sonra ilk haksız hareketi yapan sanık lehine haksız tahrik uygulanabilecektir. Yargıtay, “...Açıklanan şu hale, yargısal ve bilimsel görüşlere ve sanık kendi haksız davranışıyla olaya sebebiyet

³²⁰ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.383; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.439.

³²¹ Yargıtay CGK.’nun 26.4.1948 gün ve E.59,K.53 sayılı kararı; İsmail Hakkı Ayık, “Tahrik”, Adalet Dergisi, S.1.(Ocak 1952),s.91.

³²² Yargıtay CGK.’nun 23.02.1987 gün ve E.87/1-535,K.87/79 sayılı kararı, Mehmet Görgün, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C.1, Samsun, Kardeşler Matbaası, 1993, s.380.

³²³ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.381; Soyaslan, a.g.e., s.481.

vermiş bulunmasına göre, tahrik hükmünden yararlanması olanaksızdır.”³²⁴diyerek karşılıklı tahrik hallerinde haksızlığın ilk tahrik edende olduğuna karar vermiştir.

Burada dikkat çeken bir nokta da karşılıklı durumlarda kimin ilk harekette bulunduğu sorunudur. Bu tür durumlarda şüpheden sanık yararlanır ve her iki taraf içinde haksız tahrik hükümleri uygulanır. Yargıtay’ın bir kararın da, “bıçaklı ve sopalı tecavüzün hangi grup tarafından başlatıldığı tespit edilemediğine göre, iki grup sanığın maruz kaldığı ağır tahrik altında bu suçu işlediğinin kabulü ile haklarında T.C.K.nun 51/2. maddesinin uygulanması gerekmektedir.”³²⁵ diye karar verilmiştir.

Yargıtay’ın bu konuda bir kararı da şöyledir: Suç tarihinden önce sanıkla öldürülen şahsın eşlerinin kavga ettikleri, öldürülenin de sanığın eşine küfür ettiği, bu olayları öğrenen sanıkla, odun getirmeye giden öldürülenin arasında çıkan tartışma esnasında, her ikisinin de tabancalarını ateşledikleri anlaşılmaktadır. Kavganın durumu silaha davranmayı gerektirmediğine ve her iki taraf belli husumet nedeniyle kavgaya ve silahla çatışmaya giriştiğine göre, taraflardan birini, ya da ötekini yasal savunma halinde görmeye olanak yoktur. Hangi tarafın silahını önce ateşlediği saptanamadığına göre, sanığın TCK.51/2. maddesinden yararlandırılması gerekecektir.³²⁶

Bununla birlikte, ilk haksız harekete verilen karşılık önceki haksız hareket bakımından oransız derecede ağır ise, ilk haksız hareketi yapan fail haksız tahrik indiriminden istifade edebilir.³²⁷

1.4. Fail Öfke Veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında Olmalı

Tahrik kurumunun kaynağı psikolojik temelin kaynağı eylemin failde gazap ve hiddete yol açmasıdır.³²⁸ Haksız tahrik eylemi sonucunda fail normal irade

³²⁴ Yargıtay CGK.’nun 2.6.1986 gün ve E.116,K.313 sayılı kararı; Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1999, s.999.

³²⁵ Yargıtay 1.CD.’nin 27.5.1981 gün ve 2690/2523 sayılı kararı, Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1033.

³²⁶ Yargıtay CGK.’nun 6.10.1980 gün ve 1/236-313 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1023,1024.

³²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.546.

³²⁸ Tutumlu, a.g.e., s.31.

yeteneğini belli bir süre kontrol edememekle birlikte hareketlerini istediği gibi yönlendirememektedir. Örneğin bir tartışma sırasında sarfedilen hakaret, sövme ve tehdit içeren sözlere karşılık veren faile vurulan yumruk, failde hiddetin veya yumruğun bir topluluk içinde vurulmuş olmasından dolayı şiddetli elemin olmasına zemin açabilir ve kendisine vurulan yumruğun ortaya koyduğu hiddet veya şiddetli bir eylemle suç işlerse fail hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanır.³²⁹

Hiddet ve eleme maruz kalan kimse karşı tepki fiili hemen gerçekleşebileceği gibi, daha sonra bir zaman içinde de doğabilir.³³⁰ Ancak haksız fiil bir hiddet ve şiddetli elem etkisi meydana getirebilecek ağırlıkta değil ise ya da failde meydana gelen bu etki kaybolduktan sonra suç işlenmiş ise haksız tahrik hükümlerinden failin yararlanması beklenemez.³³¹ Etki yeterlidir; elemin, hiddetin ağırlığının da aynı biçimde devam etmesi şart değildir.³³²

Maddede dikkati çeken bir nokta, haksız bir fiil sonucunda meydana gelen eylemle ilgili “şiddetli elem” varlığını arayan kanun koyucu, öfke ve kızgınlık şeklinde ifade edebileceğimiz “hiddet” bakımından “şiddetli hiddet” olgusunu öngörmemiştir.³³³ Bir başka ifadeyle hiddetin şiddetli olması şart değilken elemin varlığı halinde elemin şiddetli olması şarttır.³³⁴ Belki oluşan hiddetin ağır olması, yapılacak indirimin miktar ya da oranını daha fazla tutmakta kullanılabilir, fakat sadece hiddetin oluşması ve bu etki ile failin suç işlediğinin tespit edilmesinde de, “kanuni hafifletici sebep” varlığından bahisle cezadan indirimle gidilmek zorundadır.³³⁵ Yargıtay’ın bir kararında, maktulenin kızına yaptığı fena muamelenin, sanıkları ilgilendiren bir durum olmadığı dikkate alınmadan, azmettiren sanık lehine oluşan haksız tahrikten kiralık katil sanıkların faydalanamayacağı, kiralık katil olan sanıklar lehine TCK.51/1.maddesinin uygulanmasının bozmayı gerektireceğine karar verilmiştir.³³⁶

³²⁹ Çam, a.g.e., s.51.

³³⁰ Soyaslan, a.g.e., s.483.

³³¹ Malkoç, a.g.e., s.178.

³³² Çolak, a.g.e., s.113.

³³³ Şen, a.g.e., s.80.

³³⁴ Aydın, a.g.e., s.228.

³³⁵ Şen, a.g.e., s.80.

³³⁶ Yargıtay 1.CD.’nin 28.3.1995 gün ve E.1995/436,K.1995/820 sayılı kararı.,Polat a.g.e., s.650.

Kanunda, buhran kelimesine yer verilmemiştir. Yargıtay da bu konuda “suçun failde yarattığı ruhi buhran içinde işlenmiş olması” şeklindeki yorumun yanlış olduğunu açıklamıştır.³³⁷“Buhran” hali bir üst kavram olarak “gazap veya şedit bir elemin tesiri altında” heyecanın en şiddetli halini ifade eder; Gazap ve elem halinin “buhran” a ulaşmasıyla psikolojik koşul gerçekleşmektedir.³³⁸Kanunumuz burada, “buhran” deyiminin yerine “hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında” ibaresini kullanmış ve böylece “etki” sözcüğünün kullanılması yerinde olmuştur; zira bu suretle devam eden etkilerin haksız tahrik sayılması mümkündür ve kanunumuzun bu ibaresi, tahrikin psikolojik esasına daha uygundur.³³⁹Gerçekten derin bir teessüre kendini kaptırmış bir kimsenin düşünce safhasından eylem safhasına geçmesi büsbütün imkansız olmadığından, öfke içerisinde olduğu gibi şiddetli elem halinde de suç işleyebileceğinden kanunda hiddet ve şiddetli elem terimlerine yer verilmesi yerinde görülmüştür.³⁴⁰

Türk Ceza Yasası’ nda, “hiddet veya şiddetli elem” kavramları yerine sadece “hiddet” kavramına yer verilmesi yeterli olurdu.³⁴¹Nitekim madde gerekçesinde, “şiddetli elem psikolojik açıdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh halidir, ancak burada söz konusu olan hiddete yöneltici bir elemdir. Bu nedenle, sadece hiddet kelimesinin kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak, uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki deyim kullanılması uygun sayılmıştır”.

Haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin varlığı halinde öfke veya şiddetli bir elemin varlığını mutlak olarak kabul etmek doğru değildir; kişiye göre değişebilecek bu subjektif tutum hakkında karar vermek hakimnin takdirindedir.³⁴²Failin bu tür davranışlarının öfke veya şiddetli elem meydana getirdiğini saptayabilmek oldukça güçtür.

³³⁷ Yargıtay CGK.’nun 18.1.1937 gün ve K.17 sayılı kararı; Gözübüyük, a.g.e., s.203.

³³⁸ Tutumlu, a.g.e., s.31.

³³⁹ Çolak, a.g.e., s.112.

³⁴⁰ Taşdemir, a.g.e., s.39;

³⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.432.

³⁴² İzmir, a.g.e., s.36.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunması gerekir.³⁴³ Bu öfke ve şiddetli elem eylemin haksız olmasından kaynaklanmalıdır. İki olgunun bir arada olması gerekir. Her haksız fiile karşı failin öfke ve üzüntü içine girmeyeceği failin ruhsal yapısının bu duygularla hareket edip etmediğinin araştırılması şarttır.³⁴⁴ Kompleksler, kıskançlıklar, intikam duyguları, stresli olması, failin kişilik bozuklukları, fazla alınganlık gibi duyguların haksız tahrik kurumunun uygulanması ile ilgisi yoktur.³⁴⁵ Bir Yargıtay kararında; Bu araştırmalar ve saptama yapılmadan “ Mağdurun bu olaydan üç ay sonra sanığı ve arkadaşlarını tokatlamasında, aradan üç ay geçtiğinden ve koşulları bulunmadığından bahisle tahrik hükmünün uygulanmaması biçiminde”³⁴⁶ hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

Mahkeme tarafından tahrikin varlığı tespit edildikten sonra, tahrikin kaynağını ve bunun failde hiddet ve elem doğmasına sebep olup olmadığını ve diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalı ve gerekçelerini kararında göstermelidir.³⁴⁷ Uygulamada, tahrik teşkil eden fiilin haksızlığı ortaya konulmuşsa ayrıca failin hiddet veya şiddetli elem haline girdiği araştırılmamakta ve sadece mevcut sayılmaktadır.³⁴⁸ Bu anlayış kanunun ruhuna uymamaktadır; Çünkü, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması lazım geldiğinde hem tahrik teşkil eden haksız bir fiilin olup olmadığı araştırılacak hem de eğer fiilin haksız olduğu sonucuna ulaşılmışsa bunun faili gerçekten hiddet veya şiddetli elem haline sürükleyip sürüklediği ortaya konulacaktır.³⁴⁹

1.5.Failin İşlediği Suç Bu Duygunun Bir Tepkisi Olmalı

Haksız fiilin failde oluşturduğu psikolojik durumun etkisi altında bir tepki fiili ile suçu işlemelidir. Yani faildeki bu ruh hali ile suç arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Yargıtay bu doğrultudaki kararında “ Olayda kendi bahçesinden

³⁴³ Çolak, a.g.e., s.113.

³⁴⁴ Tutumlu,a.g.e., s.31.

³⁴⁵ Aydın, a.g.m., s.236; Tutumlu a.g.m, s.31.

³⁴⁶ Yargıtay 4.CD. 25.12.1991 7141.E, 8305.K. sayılı kararı; İzmir, a.g.e., s.38.

³⁴⁷ Aydın, a.g.m., s.236.

³⁴⁸ Duran, s.150.

³⁴⁹ Taşdemir, a.g.e., s.40.

gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdur E'yi yakalayan sanığın, boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiği kabul edilir. Sanığın zararına işlenen fiil ile suç arasında nitelikleri bakımından ne bir bağlantı, ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı, olayda tahrikin söz konusu olamayacağı, ancak takdiri sebebi olarak kabul edilebileceğine³⁵⁰ karar verilmiştir.

Haksız tahrikin hafifletici sebep sayılmasının asıl nedeni; tahrik, failin irade serbestisine tesir ederek doğurduğu heyecan durumunun bir tepkisi olarak suç işlenmesidir.³⁵¹Yargıtay bir kararında,“Öldürülenin sataşması ağır bir teklif ve haysiyet kırıcı bir davranış derecesini bulmuştur. Sık sık tekrarlanan parlak mülayim, seni yapacağım” sözlerinin sanıkta uyandırdığı etkiler birikerek olay günü sert bir tepkiye dönüşmüş ve öldürülenin kendisini dövmeğe başlaması üzerine öldürme olayı meydana gelmiştir. Belirtilen eylem ve davranışlar ağır ve haksız bir kışkırtmadır, indirim yapılması zorunludur.”³⁵²Kanuna göre bu tepki bir suç teşkil ediyorsa fail haksız tahrikten yararlanarak cezalandırılır.³⁵³Yani cezası genel hafifletici sebep olduğundan indirilir.

Haklı bir tepki karşısında failin hiddet ve şiddetli eleme sürüklenip bu etki altında ki fiili ile suç işlediği takdirde haksız takdir indirimi uygulanmayacaktır. Nitekim bir Yargıtay kararında; “ başka bir kadınla ilişki kuran, boşanma isteğini kabul etmeyen karısını döven ve olay gecesini geç vakit eve geldiğinde karısını bu sebepten ileri gelen haklı tepkisi üzerine onu öldürmesi olayında, sanığın ilk ifadelerinde yer almayan sonradan belirttiği karısının “Allah belanı versin” şeklindeki sözleri varit olsa dahi sanıktan kaynaklanan ve süregelen haksız tutum ve davranışlar dikkate alındığında, tahrikte dengenin sanık yararına bozulduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağına hükmetmiştir.”³⁵⁴

³⁵⁰ Yargıtay 5.CD.'nin 24.01.1978 gün ve E.78/51,K.78/84 sayılı kararı; Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.553.

³⁵¹ Taner, a.g.e., s.446.

³⁵² Y.CGK.29.1.1973, E.75, K.44 sayılı kararı; Taner, a.g.e., s.446.

³⁵³ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.599.

³⁵⁴ Yargıtay 1.CD. 11.12.2002, 4601 sayılı kararı, Hakeri, a.g.e., s.372,373.

Haksız tahrikte bu duygu halinin normal bir kişi göz önünde tutularak bu kimseyi elem ve gazaba yöneltebilecek nitelikte olduğuna dikkat edilmelidir. Çünkü kişi yapısı itibariyle çok alıngan ve sinirli olabilir. Böyle durumlarda gazap veya elemnin kaynağını tahrikçide değil failde olduğu kanısıyla arasında nedensellik bağı bulunmadığından haksız tahrik hükümlerinin göz ardı edilmesi daha uygun olacaktır.

Burada önemli olan husus, somut olayın özellikleri ve psikolojik ortam göz önünde bulundurularak, normal bir kişinin bile böyle bir duruma düşüp düşmeyeceğidir. Çünkü aynı zaman da ahlaken ve vicdanen de kabul edilebilir olması gereken bu buhran durumu, failin kolay heyecanlanabilirliği, saldırganlığı veya alınganlığı gibi anormal psikolojik yapısının bir sonucu olmamalıdır.³⁵⁵

Burada dikkat edilmesi gereken bir noktada, suç ile haksız tahrik eylemi arasında bir oran bulunmasının gerekli olup olmadığıdır. Bu görüşe göre, tepki ile tahriki oluşturan eylem arasında bir oran bulunmalıdır.³⁵⁶ Yani, tahrik teşkil eden fiilden daha ağır bir reaksiyon gösterilmemesi demek değildir.³⁵⁷ Kanun, işlenen suç ile tahrik eylemi arasında bir oranın bulunması lazım geldiğini açıkça bildirmemesine rağmen bu koşulun “tahrik” kavramında zımnen olduğu kabul edilmelidir.³⁵⁸ Fakat, ortada kesin ve açık bir ölçüsüzlük varsa, o zaman haksız tahrikten bahsedilemez; fail fazla alıngan olup da, ölçülü bir tepkiyi gerektiren fiil karşısında orantısız bir tepkide bulunmuşsa tahriki teşkil eden fiilin gazap veya elemnin sebep olduğu, bu fiil ile failin ruhsal durumu arasında nedensellik bağının bulunduğu artık ileri sürülemez.³⁵⁹ Yargıtay’ın görüşleri de bu yöndedir.³⁶⁰

Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe göre, haksız tahriki oluşturan fiil ile tepki arasında bir oran bulunması şart değildir. Kurumun amacı, bir saldırı ile savunma arasında denge kurmak değil, tahrik sebebiyle suç işleyen failin öfke veya üzüntüsüne hukuki bir değer vererek cezasını bir miktar indirmektir.³⁶¹ Ancak, burada

³⁵⁵ Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.981.

³⁵⁶ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.358; Başar, a.g.m., s.262; Gürelli, a.g.m., s.337,338; Demirbaş, a.g.e., s.45; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.600; Günay, a.g.e., s.111.

³⁵⁷ Soyaslan, a.g.e., s.484.

³⁵⁸ Duran, a.g.e., s.169.

³⁵⁹ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.600.

³⁶⁰ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.358.

³⁶¹ Aydın, a.g.m., s.239.

dikkat edilmesi gereken nokta, tahrik fiili ile tepki suçu arasında büyük bir orantısızlık bulunması halinde işlenen suçta, tahrik fiili ile tepki arasında büyük bir orantısızlık bulunması halinde işlenen suçta, tahrik fiilinin derecesi düşük tutulmalı ayrıca, tahrik fiilinin suça gerçekten neden olup olmadığı konusuna ayrı bir dikkat ve özen göstermelidir.³⁶²

Yargıtay CGK'nın bir kararında bu konu şöyle açıklanmıştır: “Karşılıklı tahkir oluşturan eylemlerin varlığı halinde, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine oranla etki-tepki biçiminde gelişmedikleri de göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vehamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunulmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.”³⁶³

Tepkinin zamanı konusunda bir ölçü olmadığı gibi³⁶⁴, bir zaman sınırlaması getirmek de, haksız tahrikin de psikolojik esası ile bağdaşmayacaktır.³⁶⁵ Tahrik eylemi bitmeden bir tepki gerçekleşebileceği gibi, bu eylemden belli bir süre sonra³⁶⁶ gerçekleşen tepki de kabul edilebilir.³⁶⁷ Bu süre yine de makul bir süre olarak eylemin tesiri süresi içinde işlenmesi gerekir.

Yargıtay'ın bir kararında bu konu daha da aydınlatılmıştır. “ Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için Yasa'da bir zaman sınırlaması mevcut değildir. Aradan uzunca bir zaman geçse bile, önceki olay, sanığı bu suçu işlemeye itmişse

³⁶² Duran, a.g.e., s.170.

³⁶³ Yargıtay CGK' nun 2008/163-21 sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.116.

³⁶⁴ Tutumlu, a.g.e., s.34.

³⁶⁵ Demirbaş, a.g.e., s.43.

³⁶⁶ Ayrıca Yargıtayın kökleşmiş içtihatlarında; “aradan uzun zaman geçmesinin ve taraflar arasında önceden vuku bulan olayın yargılamaya konu edilmesinin ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesinin ya da eylemin bir suçu oluşturmaması nedeniyle kişinin beraat etmesinin, dava veya cezanın afa ortadan kalkmasının tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceğine”, “sanığın 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini 6 yaşında öksüz bırakan ve 1803 sayılı kanun uyarınca tahliye edilen maktulü öldürdüğü olayda aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldırmayacağına” karar verilmiştir.; YCGK. 18.10.1982 tarih ve 230/361 E.K. ve Y.1.CD. 09.10.2002. tarih ve 2288/3508 E.K. sayılı kararları ; Açıkğöz, a.g.e., s.107.

³⁶⁷ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.600.

tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine’’³⁶⁸ karar verilmiştir. Yeni tarihli bir Yargıtay kararı da bu yönde “sanığın ağabeyi Mustafayı öldüren Çetin’ i 20 yıl sonra tasarlayıp pusu kurmak suretiyle öldürdüğü olayda haksız tahrikin düşünülmemesinin bozmayı gerektirdiğine’’³⁶⁹ karar vermiştir.

1.6. Suç Tahrik Edene Yönelmiş Olmalı

Haksız tahrikin diğer bir koşulu ise tahrik altında gösterilen tepkinin haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelmiş bulunması ya da onun zararına bir sonuç doğurmuş olmasıdır.³⁷⁰

Tepki fiilinin hedefinin kime yönelmiş olduğu konusunda kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte taksirli suçlar dışında, tepkinin olayla ilgisi olmayan bir şahsa yöneltilmiş olması durumunda haksız tahrik hükmü uygulanamaz.³⁷¹ Ancak taksirli suçlarda adalet gereğince haksız tahrik hükmünün uygulanması kabul edilecek olursa, istisna olarak sadece bu halde tepkinin haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelmiş olması koşulunda vazgeçilebilir.³⁷² Bir görüşe göre, Tepki fiilinin tahrik eden kişiye yönelmesi, tahrik edenin zararına karşı işlenmesi gerekmektedir.³⁷³ Tepki fiilinin kişinin şahsına karşı işlenebileceği gibi malvarlığı haklarına da karşı işlenmesi arasında bir fark yoktur.³⁷⁴

Yargıtay’ ın bu görüşte bir kararında “sanığın müştekiye ait ineği, duvarla çevrili bahçesindeki bitkilere zarar vermesi üzerine yaralanmasının’’³⁷⁵ haksız tahrik olduğuna karar verilmiştir. Haksız eylemi kim gerçekleştirmişse fiil de o kimseye karşı işlenmiş olmalıdır.³⁷⁶ Örneğin, arabasını çizen çocuklara kızan bir kişinin çocuğun büyüklerine sövmesi durumunda, hakaretten dolayı ceza tespit edilirken haksız tahrik indirimi uygulanamaz.

³⁶⁸ Yargıtay CGK.’nun 1.11.1993 gün ve 1-261/286 sayılı kararı; Mehmet Uygun, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, (1992-1996)*, Ankara, 1997, s.65.

³⁶⁹ Yargıtay 1.CD. 04.12.2006 tarih ve 5354/5382 E.K. sayılı kararı; Açıkgöz, a.g.e., s.107.

³⁷⁰ Zafer, a.g.e., s.331.

³⁷¹ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.599.

³⁷² Zafer, a.g.e., s.331.

³⁷³ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.388.

³⁷⁴ Önder, II, a.g.e., s.381.

³⁷⁵ Yaşar, a.g.e., s.842.

³⁷⁶ Soyaslan, a.g.e., s.484.

Nitekim bir Yargıtay kararında; “ Haksız tahrik nedeniyle indirim yapılabilmesi için, haksız hareketin bizzat maktulden gelmesi ve bizzat sanığa ya da etkileneceği bir yakınına yönelmesi gereklidir, başkasından kaynaklanan haksız hareketler nedeniyle, haksız hareketlerle ilgisi olmayan birisinin öldürülmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.”³⁷⁷

Bir başka kararda da, “mağdurdan sanığa yönelik haksız bir eylem olmadığı, başkasının haksız hareketinin de tahrik sebebi sayılamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde tahrik hükümleri uygulanarak eksik ceza tayin edilmesi” bozma sebebi yapılmıştır.³⁷⁸

Tepki fiilinin tahrik eyleminde bulunan şahıstan başkasına sevdiklerine ya da yakınlarına karşı işlenmesi halinde failin tahrik hükümlerinden yararlanması olanaklı değildir.³⁷⁹ Bu doğrultuda bir Yargıtay kararında, “Kanun, birisine kızıp da hıncını başka bir kimseden alanları koruyamayacağı için; haksız tahrikin bulunması, tepkinin tahrik teşkil eden eylemi yapan kimseye yönelmiş olmasına bağlıdır”³⁸⁰ diyerek karara bağlamıştır.

Tepki fiilinin hedefinin tahrik edenden başkası olması durumunda “takdiri bir indirim nedeni” olabilir. Bu doğrultuda Yargıtay’ın bir kararında, “ bir olayda mağdurun çocukları, failin çocuğunu dövmüş, bunun üzerine fail de, çocukların babasına (yani mağdura) sövmüştür” olayda haksız tahrikin bulunmadığını bunun da olsa olsa takdiri hafifletici sebep teşkil edeceği açıklanmıştır.³⁸¹

Tahrik eyleminin birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda, tepki fiilinin tahrik eyleminde bulunan kişilerden sadece birisine yönelmesi durumunda; fiile uğrayan mağdurun diğer tahrik eyleminde bulunanlardan daha hafif bir eylemde bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur.³⁸² Burada failin içinde bulunduğu psikolojik durumun irade ve hedefte yönelme konusunda seçip yapabilme yeteneğini

³⁷⁷ Yargıtay CGK. 04.03.2008, 2/42 sayılı kararı; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.296. dp.793.

³⁷⁸ Yargıtay 1.CD. 27.12.2006, 6097 sayılı kararı; Hakeri, a.g.e., s.373.

³⁷⁹ Tutumlu, a.g.e., s.44.

³⁸⁰ Yargıtay CGK.2nun 28.3.1983 gün ve E.1/492,K.142 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1000.

³⁸¹ CGK. 16.3.1953, E.25/K.25 sayılı kararı; Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.389.

³⁸² Duran, a.g.e., s.163.

kaybettiği kuşkusuzdur. Örneğin, müşterek faile değil de azmettirenine yönelik gerçekleştirilen eylemler açısından da haksız tahrikin uygulanmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır.³⁸³

Eğer tepki fiili bir hata sebebiyle kastedilen kimseden başka bir şahsa karşı işlenmişse YTCK. 29 maddesine dayanılarak YTCK 30.madde uygulanabilir.³⁸⁴ Şayet hata taksirli halde işlenirse haksız tahrik hükümlerinden faydalanamayacaktır.³⁸⁵Başka bir görüşe göre de, tahriki oluşturan yapan kişi dışında ki bir başka kişiye karşı hareketin gerçekleşmesi durumunda hareketin taksirli olup olmadığına dikkat edilmeden haksız tahrik hükümleri uygulanması gereklidir.³⁸⁶

Buna karşılık Yargıtay'ın aksi yöndeki bir kararına göre;“sanığın hasmını hedef alıp ateş ettiği istikamette kendi babası olan maktulün de bulunduğunu görmesine ve onun da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen, babasını sakınmadan yaptığı ateşler sonucu onu vurup öldürmesinde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı da gözetilerek 5237 sayılı TCK.'nın 21.maddesinin 2.cümlesinde belirtilen ağırlaştırılmış müebbet hapsin, müebbet hapse tahvili ve 62.madde ile de cezanın indirime tabi tutulması gerekirken yazılı şekilde ceza verilmesinin bozmayı gerektirdiğine ”³⁸⁷ karar verilmiştir.

2-HAFİF VE AĞIR TAHRİK AYRIMI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

2.1.Genel Olarak

Tahriki meydana getiren haksız fiil içerdiği şiddetin derecesine göre fail de her zaman aynı etkiye sebep olmaz. Tahriki meydana getiren haksız fiil mahiyetine göre şiddetli ve daha az şiddetli bulunabileceği gibi faili, etkisi altında bulundurarak

³⁸³ Hakeri, a.g.e., s.373.

³⁸⁴ 5237 sayılı YTCK,“hata” başlıklı 30.maddesinde bu durum ayrıntılı olarak 3 fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi,bu hatasından yararlanır.(3)Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi , bu hatasından yararlanır”Bkz.YTCK m.30.

³⁸⁵ Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.599.

³⁸⁶ Erdem/Özbek, a.g.e., 228; Duran,a.g.e., s.165.

³⁸⁷ Yargıtay 1.CD.29.112006,2623/5280 sayılı kararı; Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*,s.176.

suç işlemeğe sevkeden gazap ve elem de failin ruhu üzerinde daima aynı etkiyi icra etmez, yani mağdurun her zaman aynı şiddette kusuru olmadığından failin irade serbestini de her olayda aynı derecede etkilemez.³⁸⁸Önemli olan, haksız hareketin failin iradesi üzerinde yapacağı olumsuz tesirlerle irade yeteneğini sarsarak fiili işlemeye sürüklemesidir.³⁸⁹Failin iradesine etki eden haksız tahrikin ne zaman hafif, ne zaman ağır olduğunu tespit etmek, gerekçe göstermek kaydıyla, hakimın takdirine bırakılmıştır.³⁹⁰

2.2.Ayrıma Gerek Olduğu Görüşü

Ayrımanın faydalı olduğunu düşünenler şu açıklamalarda bulunmuştur: Haksız tahrikin ne zaman adi, ne zaman ağır olduğunu tespit etmek, gerekçe göstermek kaydıyla, hakimın takdirine bırakılmıştır: bu ayırım büsbütün faydasız değildir, zira hakimi, tahriki teşkil eden fiilin haksızlık derecesini ve failde meydana getirdiği elemin yoğunluğunu ölçmeğe davet edecek niteliktedir.³⁹¹Tahrikin neden dolayı bir mazeret sebebi addolunduğu düşünülürse, bu ayrımanın çok doğru ve yerinde olduğu anlaşılır.³⁹²

Tahrik, mağdurun kusurlu hareketi ile failin irade zafiyetinin karşılıklı etkileşimi sonucunda ortaya çıkan ve ceza hukukuna konu olan eyleme uygulanan kanuni bir hafifletici sebeptir.³⁹³Ayrıma yapmanın zor olduğu bir gerçektir, ama kabulü gereklidir; her iki tahrik türü de kişiyi aynı şekilde etkilemediğinden ayrımanın kabulü ile cezaların bireyselleştirmesi ilkesine de daha iyi hizmet edilmiş olacaktır.³⁹⁴Tahrikin esası, mağdurun kusuru ve suçlunun irade zaafı nazara alınarak cezadan muayyen bir nispette indirme yapılması olduğuna göre, her suçluya aynı nispette bir indirimin uygulanması adalet prensiplerine uygun olmayacağından, tahriki, ağır ve adi tahrik olmak üzere iki şekilde ayrı ayrı indirme nispetleri koymak yerinde olacaktır.³⁹⁵

³⁸⁸ Ayık, a.g.m., s.96.

³⁸⁹ Duran,a.g.e., s.174

³⁹⁰ Dönmezer/Erman II,a.g.e., s.375

³⁹¹ Dönmezer/Erman II,a.g.e., s.375, 376.

³⁹² Taner, a.g.e., 447.

³⁹³ Duran, a.g.e., s.174

³⁹⁴ Başar, II,a.g.e., s.355.

³⁹⁵ Erkan,a.g.m., s.23.

2.3.Ayrıma Gerek Olmadığı Görüşü

Bu görüşte olanlara göre; Tamamen subjektif olan bu ayrımı takdir edecek kriterler tam olarak belirlenemediğinden ayırım konusunda ulaşılması hedeflenen amaca yaklaşmak zordur. Hakimin takdirinde ne kadar gerçeğe yaklaştığını tam olarak bilinemez.³⁹⁶

Bu nedenle tahriki suni bir sınıflandırma yoluyla yerine tespit edilmesi ve kesin sınırlarının çizilmesi oldukça zor olan bu ayırımın 1958 tarihli TCK Tasarısında olduğu gibi kaldırılarak hakime olayın özelliklerine göre belirli sınırlar içerisinde cezayı tayin imkanı verilmesi yerinde olacaktır.³⁹⁷Tahrik ayırımı uygulamada oldukça zor olan bir yoldur.

Erem' e göre; kanunu tahriki ikiye ayırması doğru ve tatbiki kolay bir yol sayılamaz. Hakim tamamıyla subjektif bir mefhuma dayanan haksız tahrik hükmünü ancak ve çok güçlkle tatbik edebilir. Ayrıca bunun birde basit ve ağır olduğunu araştırmak ve böyle bir ayrımı kanuni bir ayırım haline sokmak, yargıcı hakikat yerine tahminlere bulunmağa zorlar. Bu nedenle kanunun değiştirilmesi halinde tek çeşit bir tahrik müessesesinin kabulü yerinde olacaktır. Yargıtay birçok kararında 51. maddenin birinci fıkrası yerine ikinci fıkrasının, ikinci fıkraya yerine birincinin uygulanmasını hukuka aykırı bulmuştur. Bu bozma sebebine çoklukla rastlanması kanuni ayırımın uygulamada doğurduğu güçlüğü gösterir.³⁹⁸

Hangi eylemin hafif, hangi eylemin ağır tahrik nedeni olabileceği, baksa anlatımla tahrik derecesinin hangi kriterlere göre belirleneceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Tahrike sebep olan her olay ya da eylemin kışkırtıcı özelliği bireylerin psikolojik yapılarına göre ve toplumun değer yargılarına, etik ilkelerine, göre farklılıklar gösterir.

1997 ve 2001 tarihli TCK. tasarılarında; hakimin bu iki tahrik halini birbirinden ayırırken yaptığı tespit dolayısıyla yaptığı takdir hatası sebebiyle

³⁹⁶ Gürelli,a.g.m., s.340.

³⁹⁷ Demirbaş, a.g.m., s.14; Duran,a.g.e., s.175.

³⁹⁸ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.602.

Yargıtay'ca hükmün bozulması ve böylece davaların gecikmesi önlenmek istenmiş olması şeklinde benzer gerekçelerle bu ayrımın kaldırılması önerilmiştir. 2004 tarihli son tasarıda da; “tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınmasının amaçlandığı” ifade edilmiş ve bu tasarı doğrultusunda kabul edilen 5237 sayılı YTCK 29. Madde düzenlemesindeki değişiklikle bu ayrım ortadan kaldırılmıştır.

2.4. Uygulamada Hafif Haksız Tahrik Oluşturan Eylemler

2.4.1. 765 Sayılı Mülga Sayılı TCK' nın 51.Maddesinin Yürürlükte Olduğu Dönemde

Tahrik derecesinin hangi ölçütlere göre saptanacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay'ın olaylara yaklaşımı bakımından ağır tahrik-hafif tahrik ayrımına ilişkin kararlarını, yürürlükteki haksız tahrik müessesesindeki aşağı ve yukarı sınırların tespitinde kolaylık olması açısından inceleyecek olursak; Hafif tahrik halleri:

2.4.1.1.Aşağılayıcı Sözler ya da Alaycı Tavrı ve Davranışlar

Adi tahrik oluşturan haksız eylemlerin mutlaka bir suç tipinde bulunması gerekmez. Ceza Genel Kurulunun 8.10.1990 tarih ve E:1-203, K:218 sayılı kararında “Ölenin, kendisinden sekiz yaş büyük sanığa “yavrum” diye hitap etmesi, olayın seyrine, hitabın söyleniş yerine ve biçimine göre aşağılayıcı bir davranış olduğundan, sanık hakkında TCK'nın 51/1 inci maddesinin uygulanması gerekir”³⁹⁹

2.4.1.2.Sövme ve Hakaret ya da Tehdit Oluşturan Sözler

Yargıtay kararlarında;“maktulün; bir gün önce üvey kardeşi olan sanığa, ne yaptın çaldığın paraları? senin gibi kardeş olmaz olsun demesi”⁴⁰⁰, “seni dağ başı

³⁹⁹ Tutumlu,a.g.e., s.49.

⁴⁰⁰ Yargıtay CGK.'nun 27.4.1981 gün ve E.1, K.72-153 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu,a.g.e., s.1033.

yaparım, bunu sana koymayacağım’’⁴⁰¹, “maktul ve taraflarının sanığı tehdit etmeleri’’⁴⁰², “mağdur Mehmet’ in sanıklara küfür etmesi olayın nedeni olarak kabul edilmiş olmasına göre, sanık Atilla’ nın mağdur Mehmet’ i yaralamasından kurulan hükümde sanık lehine’’⁴⁰³ hafif haksız tahrik halleridir.

2.4.1.3.Önemli Boyutlara Varmayan Etkili Eylemler

Mülga 765 sayılı TCK ’nın 51/1. Maddesinde yer alan adi tahrik indirim nedeninin uygulanmasını gerektiren etkili eylemler genellikle silahla olmayan, mağduru yaşamsal tehlikeye sokmayan; tokat atma, yumruklama, odunla vurma, 5-7 gün gibi kısa bir süre için mağduru iş ve gücünden alıkoyacak eylemlerdir.⁴⁰⁴

Yargıtay kararlarında; “maktülün, sanığa odun atmaktan ibaret eylemi’’⁴⁰⁵, “sanığın iş ve gücünden kalmayacak biçimde tokatla dövülmesi’’⁴⁰⁶, “Sanığın üzerine atılan suçu, öldürülenin yengesi ve yeğenini haklı bir nedene dayanmayarak dövmesinden kaynaklanmasına göre öldürülenden gelen adiyen darp’tan ibaret haksız hareketi’’⁴⁰⁷, “mağdurdan gelen tokat vurma eylemi’’⁴⁰⁸ hafif haksız tahrik halleri olarak kabul edilmiştir.

Tahrikin nitelik ve ölçüsünün belirlenmesi her ne kadar mahkemenin değerlendirme yetkisi kapsamında ise de; mahkemenin bu yetkisinin hukukun genel kurallarına, adalet ve nesafete uygun olması gerekir.⁴⁰⁹

2.4.1.4.Ahlaka ve Toplumsal Değerlere Aykırı Davranışlar

Bu tür davranışlar önemli derecelere varmayan ve nadiren görülmüşse adi tahrik nedeni kabul edilmektedir. Toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve

⁴⁰¹ Yargıtay CGK.’nun 9.2.1987 gün ve E.501, K.49 sayılı kararı; Kemal ESİN, *Tatbikatta Adam Öldürme Suçları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1989, s.126.

⁴⁰² Yargıtay 1.CD.’nin 13.2.1985 gün ve E.4844, K.452 sayılı kararı; Esin,a.g.e., s.181.

⁴⁰³ Yargıtay 1 CD.’nin 21.5.1991 gün ve E.727, K.1372 sayılı kararı; Erdurak, a.g.e., s.108.

⁴⁰⁴ Tutumlu,a.g.e., s.50.

⁴⁰⁵ Yargıtay 1.CD.’nin 29.8.1988 gün ve E.4554, K.4167 sayılı kararı; Yavuz,a.g.m., s.457.

⁴⁰⁶ Yargıtay CGK.’nun 29.9.1980 gün ve E.198071-205, K.1980/304 sayılı kararı; Kayıhan İçel, Feridun, Yenisey, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 1.Bası, İstanbul, Beta Yayım, 1994, s.365.

⁴⁰⁷ Yargıtay CGK.’nun 9.2.1987 gün ve E.492, K.47 sayılı kararı; Esin,a.g.e., s.124.

⁴⁰⁸ Yargıtay 1.CD.’nin 31.10.1985 gün ve E.3283, K.3750 sayılı kararı; Esin,a.g.e., s.182.

⁴⁰⁹ Tutumlu,a.g.e., s.50.

adetlere aykırı olan davranışların hukuka aykırı hareketler olduğu, dolayısıyla bunlara maruz kalıp da öfke veya üzüntünün etkisiyle suç işleyen sanıklar hakkında TCK.'nın 51/1. Maddesinin uygulanması gerektiği, Yargıtay'ın yerleşik görüşlerindedir.⁴¹⁰ Bu bakımdan; söz atma, evlilik sadakatiyle bağdaşmayan söz ve davranışlar, sarkıntılık gibi eylemler adi tahrik kapsamında değerlendirilmek gerekir.⁴¹¹

Yargıtay kararlarında; “müştekinin ...leğene mi tapıyorsun... şeklindeki dini duyguları rencide eden olumsuz sözlerinin”⁴¹², “inşaat müteahhitliği yapan sanığın anlaşmazlık konusu edilen inşaatına ait doğrama işlerini yapmayı üstlenen V.M.'in doğrama bedelinin tümünü aldığı halde bir kısmını yaptıktan sonra taahhütlerinden kaçınması”⁴¹³, “Toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete aykırı davranışlar”⁴¹⁴, “sanığın yasa dışı birleşme ile müşterek hayatını sürdürdüğü karısını banyo penceresinden gözetleyen mağdurun hareketi”⁴¹⁵ hafif haksız tahrik halleri olarak kabul edilmiştir.

Bu bölümde dikkat edilmesi gereken nokta: Sarkıntılık, sövme ve hakaret teşkil eden ya da aşağılayıcı, küçük düşüren sözler; ahlaka ve toplumsal değerlere aykırı eylemler, basit etkili eylemler bireysel davranışlar olmaktan çıkıp belli bir sürekliliğe ve yoğunluğa ulaşımlarsa artık adi tahrikten değil ağır tahrik hükümlerinin uygulanmasından söz etmek gerekecektir.⁴¹⁶

2.4.1.5. Mal Varlığına Yönelik Eylemler

Sanığın bahçesine veya tarlasına hayvan sokmak, “şikâyetçinin ihmali sonucu tarlaya zarar verilmesinin doğurduğu öfke altında yüklenen suçu işleyen hakkında”⁴¹⁷, taksirli eylemle sanığın aracında hasara neden olmak; “olayda, maktül, dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında

⁴¹⁰ Yargıtay 1.CD.'nin 1.4. 1980 T.,E:1980/41, K:1980/1453 sayılı kararı, Tutumlu, a.g.e., s.52.

⁴¹¹ Tutumlu, a.g.e., s.52.

⁴¹² Yargıtay 2.CD.'nin 21.1.1993 gün ve E.13416, K.940 sayılı kararı; Erdurak, a.g.e., s.124.

⁴¹³ Yargıtay 1.CD.'nin 26.10.1988 gün ve E.3684, K.3741 sayılı kararı.; Esin, a.g.e., s.16.

⁴¹⁴ Yargıtay 1.CD.'nin 1.4.1980 gün ve E.1980/41, K.1980/1453 sayılı kararı; Yavuz, a.g.m., s.458.

⁴¹⁵ Yargıtay CGK.'nun 20.11.1978 gün ve E.1/262, K.410 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1001.

⁴¹⁶ Yargıtay 1.CD.'nin 23.6.1981 T.,E:1981/3294, K:1981/1991 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e., s.53.

⁴¹⁷ Yargıtay CGK.'nun 24.12.1990 T.,E:8/340, K:357 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e., s.51.

hasara neden olduğuna göre sanıklar lehine’’⁴¹⁸, sanığa başkasının borcunu ödettirmeye çalışmak; “bakkal olan sanığın borcunu ödemek isteyen sanığın kendi borcunun yanında kayınbiraderinin borcunu da ödettirmek istediği ve aralarındaki kavganın bu sebepten çıktığı anlaşıldığı halde, sanığın adi bir tahrikin etkisiyle suç işlediğini’’⁴¹⁹, sanığın bahçesinden kavun çalmak; “sanığın bahçesinden kavun çalan mağdurlara ateş etmiş olmasına rağmen’’⁴²⁰ hafif haksız tahrik olduğuna karar verilmiştir.

2.4.1.6. Haksız Eylemin Üzerinden Zaman Geçmesi Durumu

Yargıtay kararlarında; “sanığın karısı ile ölenin ilişkisine ait lik şüphenin 10 sene önceye dayanması’’⁴²¹, “mağdurun bir yıl önce sanığın bıçakla yaralamış olmasının olayın nedenini teşkil etmesi’’⁴²², “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 etkisiyle suçu işledikleri’’⁴²³ hafif haksız tahrik halleri olduğuna karar verilmiştir.

2.4.1.7. Öldürme Suçlarında Öldürülenden Gelen Adiyen Darp ve Hakaret Eylemleri

Yargıtay kararında; “öldürme suçlarında öldürülenden gelen adiyen darp ve hakaret eylemleri ağır tahrik değil adi tahrik niteliğindedir’’ şeklindeki açıklamadan sonra, sanığın ensesine vurması üzerine tartışmanın kavgaya dönüştüğü ve tarafların birbirleri ile alt alta üst üste yumruklaşarak kavgayı sürdürdükleri sırada sanığın sahibi olduğu tabanca ile mağdura üç el ateş ederek öldürdüğü mahkemece kabul edilen haksız hareketin, öldürme suçlarında ancak TCK.51/1.maddesinin

⁴¹⁸ Yargıtay 4.CD.’nin 18.9.1991 T.,E:5171, K:4999 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e., s.51.

⁴¹⁹ Yargıtay 8.CD.’nin 18.6.1991 T.,E:6341, K:7057 sayılı kararı; Tutumlu,a.g.e., s.51.

⁴²⁰ Yargıtay 1.CD.’nin 7.2.1995 T.,E:4368, K:251 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e., s.51.

⁴²¹ Yargıtay 1.CD.’nin 10.2.1981 gün ve E.581, K.473 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1005.

⁴²² Yargıtay 1.CD.’nin 27.9.1988 gün ve E.1988/2443, K.1988/3269 sayılı kararı; Polat,a.g.e., s.658.

⁴²³ Yargıtay CGK.’nun 9.12.1991 gün ve E.1/316, K.346 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu,a.g.e., s.1007.

uygulanmasını gerektirecek nitelikte olup olaydaki darp ve hakaretin ağır ve şiddetli tahriki oluşturmayacağına karar vermiştir.⁴²⁴

2.4.1.8. Hakkaniyet Ölçüsü İle Bağdaşmayan Hareketler

Yargıtay kararlarında; “önceki uyarılara rağmen apartman sahanlığında top oynayarak gürültü yapmaya devam etme hareketleri”⁴²⁵, “vazifeden çıkıp evine gitmekteyken üç kişinin bir çocuğu kovaladıklarını görüp peşine düşen ve bunlardan birini silahıyla yaralayıp öldüren zabıta memuru sanık hakkında”⁴²⁶ gibi hakkaniyet ölçüleri ile uyuşmayan eylemlerde hafif tahrik uygulanmasına karar verilmiştir.

2.5.Uygulamada Ağır Haksız Tahrik Oluşturan Eylemler

2.5.1. Birbiri Ardına Gelen Hareketler

Adi tahriki oluşturan davranışları zaman içinde sürmesi durumunda genel değerlendirme yapılarak ağır tahrik halinin kabul edilmesi gerektiği açıklanmıştır.⁴²⁷ Yargıtay’ın bu görüş doğrultusunda, “Aynı olay içinde ya da değişik zamanlarda oluşan ve her biri adi tahrik düzeyinde şekillenen davranışların küll halinde ağır tahrik oluşturacağına”⁴²⁸ karar verilmiştir.

Ancak Yargıtay’ın bir kararında; “sanığa aynı anda hakaret edip yumruk vuran ölenin, bu haksız hareketi TCK.51/1.maddesinin uygulanmasını gerektirir adi tahrik niteliğinde”⁴²⁹ olduğuna karar vermesi nedeni ile çoğunluk görüşüne katılmayanlar ağır tahrik olarak kabulünü gerektireceğini belirterek itiraz etmişlerdir.

⁴²⁴ Yargıtay CGK.’nun 25.9.1978 gün ve E.1-217, K.291 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1011.

⁴²⁵ Yargıtay CGK.’nun 29.5.1972 gün ve E.2/144, K.234 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1012.

⁴²⁶ Yargıtay CGK.’nun 23.3.1978 gün ve E.1/306, K.369 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1012.

⁴²⁷ İsmail Malkoç, Mahmut Güler, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, Ankara, Malkoç Kitabevi, 1996, s.338.

⁴²⁸ Yargıtay 1.CD.’nin 21.10.1996 gün ve E.2781, K.3365 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1029.

⁴²⁹ Yargıtay CGK.’nun 12.12.1994 gün ve E.1/274, K.339 sayılı kararı; Uygun, a.g.e., s.55.

2.5.2. Kendisine ya da Yakınlarına Karşı Yapılan Ağır Darp Eylemleri, Toplu Saldırılar, Yaşamı Tehdit Eden Eylemler

Yargıtay'ın konu ile ilgili örnek kararlarında;“Kavgaya neden olan sanığın, kavga sırasında babasının öldürülmesi üzerine bu safhadan sonra işlediği öldürme suçunda”⁴³⁰, ağır haksız tahrik olduğuna karar verilmiştir.

2.5.3. Kendisine ya da Yakın Akrabalarının Irz ve Namusuna Yönelik Suçlar

Yargıtay kararlarına göre; “Evinin avlusunda bulaşık yıkamakta olan sanığın eşine, maktulün cinsel ilişki teklifinde bulunmak ve sanığa tekme atması gibi eylemler”⁴³¹, “sanığın kız kardeşini evlerinin altında berberlik yapan şahısla ilişki kurup hamile kaldığını öğrenmesi”⁴³² ağır tahrik oluşturur.

2.5.4. Aile Birliğini Sarsıcı Davranışlar

Yargıtay kararlarında; “Babasının kendisine düşen görevi yapmayı yüzünden kötü yola düşürülmesinde olan rolü nedeniyle babasını öldürmeye teşebbüs fiilinde”⁴³³, “Kocasını çalışmak üzere başka yerde bulunan sanığa, kayınpederinin sürekli sarkıntılığı üzerine babasının evine sığınan sanığı evine götürmek üzere bu yere gelip orada da sarkıntılıkta bulunması”⁴³⁴ ağır kışkırtma niteliğinde olduğuna karar verilmiştir.

2.5.5. Cinsel Bağlılık Şeref Namus ve Güvene Aykırı Davranışlar

Yargıtay kararlarında; “Evlilik kurumunu ciddiye almayıp, başına buyruk bir yaşam içinde olan, bu özlemini kendisini çok seven kırk günlük eşi sanığa da açıklayıp fedakarlık isteyen, bununla da yetinmeyip seni aldatıyorum diyecek kadar

⁴³⁰ Yargıtay CGK.'nun 18.2.1985 gün ve E.1/542, K.101 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1018.

⁴³¹ Yargıtay 1.CD.'nin 5.6.1991 gün ve E.1353, K.1593 sayılı kararı; Erdurak, a.g.e., s.108.

⁴³² Yargıtay 1.CD.'nin 4.5.1994 gün ve E.1994/387, K.1994/679 sayılı kararı; Polat, a.g.e., s.696.

⁴³³ Yargıtay 1.CD.'nin 11.2.1986 gün ve E.239, K.539/3117 sayılı kararı; Önder C.İI, a.g.e., s.385.

⁴³⁴ Yargıtay CGK.'nun 14.6.1976 gün ve E.1/267, K.285 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1025.

ileri giden maktulenin bu ağır ve haksız hareketlerinin sanık üzerinde büyük bir elem ve ızdırap oluşturacağı doğal olduğundan’’⁴³⁵, “maktulenin sanığın eşinin kötü yola düşmesi, uyuşturucu madde kullanmaya alışması evinden kaçırılmasına yardımcı olması’’⁴³⁶ ağır tahrik olarak kabul etmiştir.

2.5.6. Konut Dokunulmazlığını Bozan ya da Aile Yaşamının Gizliliğini İhlal Eden Eylemler

Yargıtay kararlarında; “ölenin sanığın kız kardeşinin yatak odasına girerek konut dokunulmazlığını bozması’’⁴³⁷, “olay gecesini maktulün sanığın meskeninin müştemilatından olan ahırına girmesinin’’⁴³⁸ ağır tahrik niteliğinde olarak kabul edilmiştir.

2.5.7. Ağır Şekilde Ticari ve Sosyal İtibari Sarsacak Boyutta Haksız Hareketler

Yargıtay’a göre, “ Maktül sanığın firmasında otobüsüyle çalışan şoför, mağdur ise maktülün arkadaşı olup aynı otobüsle yolcu taşımaktadırlar. Maktül ve mağdur sanığın firmasının adını taşıyan otobüse iki hayat kadını bindirip yol boyunca gülüşüp oynaşmışlar, bu durumdan rahatsız olan yolcular sanığa telefon edip, ona sen gavat mısın, namusu olan bunu yaptırır mı gibi taanlarda bulunmuşlardır. Yolcuları indirdikten sonra aynı otobüste alem yaparlarken durumu öğrenen sanık, maktül ve mağdurları yakalayıp ilçeye getirmiştir. Maktül ve mağduru işletmenin yazıhanesine götürün sanık burada her ikisini de tabanca kabzasıyla dövmüş bu sırada tabancanın patlaması sonucu başından yaralanan maktül ölmüştür. Maktül ve mağduru saptanan bu haksız hareketleri sanığın ticari sosyal itibarını sarsacak hatta müşterilerini kaybedip iflasına neden olabilecek boyutta ve yoğunlukta olduğundan’’⁴³⁹, ağır tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

⁴³⁵ Yargıtay CGK.’nun 30.9.1991 gün ve E.1/220, K.246 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1018.

⁴³⁶ Yargıtay 1.CD.’nin 8.3.1994 gün ve E.1994/444, K.1994/549 sayılı kararı; Polat,a.g.e., s.690.

⁴³⁷ Yargıtay CGK.’nun 9.5.1988 gün ve E.97, K.203 sayılı kararı; Yavuz, a.g.m., s.462.

⁴³⁸ Yargıtay 1.CD.’nin 11.10.1994 gün ve E.1994/2208, K.1994/3227 sayılı kararı; Polat, a.g.e., s.688.

⁴³⁹ Yargıtay CGK.’nun 27.9.1993 gün ve E.1-135, K.203 sayılı kararı; Uygun, a.g.e., s.67-68.

2.5.8. Adi tahrik-Tepkide orantısızlık-Ağır Tahrik

Yargıtay kararında; “ilk haksız hareket sanıktan gelse dahi, tepki oransız bir şekilde ağır ise, tahrik ağır kabul edilmelidir. Sanığın basit bir toplama hareketine karşı onu sırtından bıçaklamak suretiyle ağır bir şekilde yaralayan mağdurun karşı tepkisi daha ağır olup, sanığa yüklenen suçu işlemeye itmiştir. Bu itibarla, ilk hareketinde haksız dahi olsa, mahruz kaldığı tepkinin çok daha ağır olması halinde, sanık yararına haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekmektedir. İncelenen suç konusu olayda, bu haksız tahrikin derecesini ağır olduğu da duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıktır.”⁴⁴⁰

2.5.9. Sorumluluğundaki Mal Varlığına Yönelik Haksız Davranışlar

Yargıtay bir kararında; “otlattığı sürüden koyun çalmaya kalkışan mağdura sopa ile vuran öldürmeye kalkışan sanığın uğradığı tahrik” derecesini ağır tahrik olarak kabul etmiştir.⁴⁴¹

Yargıtay kararlarının ışığı altında, genel olarak; aşağılayıcı sözler, sövme ve hakaret, mal varlığına yönelik eylemler, hakkaniyet ölçüsü ile bağdaşmayan hareketler hafif tahrik teşkil eder. Kendisi veya yakınlarına yönelik toplu veya münferit toplu silahlı saldırılar, kendisine veya yakınlarının ırz ve namusuna yönelik suçlar, aile birliğini sarsıcı davranışlar, konut dokunulmazlığını bozan veya aile yaşamının gizliliğine ihlal eden eylemler ise ağır tahriki oluşturur.

2.6. 5237 Sayılı YTCK.’ da Durum

765 sayılı TCK’nın 51.maddesine göre, haksız tahrik; hafif haksız tahrik ve ağır haksız tahrik olarak iki çeşit olarak düzenlenmişti. TCK.51.maddesi dikkate alındığında, Yargıtay’ın birçok kararında birinci fıkrası yerine ikinci fıkrasının, ikinci

⁴⁴⁰ Yargıtay CGK.’nun 4.10.1993 gün ve E.1-193, K.222 sayılı kararı; Polat,a.g.e., s.678.

⁴⁴¹ Yargıtay CGK.’nun 17.12.1984 gün ve E.1678, K.441 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoglu,a.g.e., s.1019.

fıkrası yerine birincinin uygulanmasını yolsuz bulmasına çoklukla rastlanması kanuni ayırımın uygulamada doğurduğu güçlüğü gösterir .⁴⁴²

TCK'nın 51. maddesinin birinci cümlesinde haksız tahrikin hangi halde olacağı açıklandıktan sonra faile verilecek cezadan yapılacak indirim oranı gösterilmiş; maddenin ikinci fıkrasında tahrikin ağır ve şiddetli olması halinde ise indirim oranının daha fazla olacağı bildirilmiştir.

Bu ayırım 1987,1989 tarihli tasarılar da korunmuşken; 1958⁴⁴³,1997,2001 ve 2004 tarihli TCK. Tasarıları'nda kaldırılarak, hakime olayın özelliklerine göre belirli kriterler içerisinde cezayı tayin imkanı verilmiştir. Yine 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5237 sayılı YTCK.'nda, 2004 tarihli TCK. Tasarısı'nın haksız tahrike ilişkin 29. Maddesi aynı gerekçe ve esaslarla kabul edilmiştir. YTCK 29. maddesinde gelen değişikliklerden biri hafif ve ağır tahrik ayırımının kaldırılmasıdır. 2004 tarihli TCK. Tasarısında bunun gerekçesi şöyle açıklanmıştır⁴⁴⁴:

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

⁴⁴² Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.602.

⁴⁴³ 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 bulundurmamak suretiyle cezanın oldukça geniş hadler arasında tahfifi cihetine gidilmesi uygun olacağından maddedeki “adi-ağır tahrik” tefriki de kaldırılmıştır.” Bkz.Türk Ceza Kanununun Layihası, Ankara, Yenicezaevi Matbaası, 1958, s.13.

⁴⁴⁴ 2004 tarihli tasarı için bkz. “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, www.tbmm.gov.tr/turk-ceza-kanunu2.doc (25.07.2004).

5237 sayılı T.C.K.'nda yapılan yeni düzenleme ile eski kanunda bulunan basit ve ağır haksız tahrik ayrımı kaldırılmış, tahrik hususu ayrımsız olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı YTCK'da 29 maddesinde haksız tahrik; "(1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir" hükmü ile yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre hakim takdir hakkını kullanarak dörtte birinden dörtte üçüne kadar bir indirim uygulayabilecektir. 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 hakim tarafından indirim oranlarına tabi olduğu konusunda yerleşmiş içtihatlar yoktur.⁴⁴⁵Uygulamada 765 sayılı dönemde ağır ve hafif tahrike konu olan yerleşmiş içtihatların hakim tarafından indirim oranlarını uygularken dikkate alınmaktadır.

Yargıtay kararlarında, "kadın garsonun kendisinden bira ısmarlama teklifinde bulunması sonucunda kadın garsona yumrukla vurup dudağını patlatan ve dişinin 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 gerekirken, ağır tahrik hükmünün ayrıca azami indirim oranı tatbiki suretiyle uygulanarak eksik ceza verilmesi"⁴⁴⁶, "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 bilahare yanına çağırdığı çakı bıçağını açarak vurmak istemesi üzerine maktulden çabuk davranarak onu bıçakla öldüren sanık lehine tahrikin ağır tahrik düzeyine ulaştığı ve TCK'nın 29.maddesi uyarınca nesafete uygun oranda indirim yapılarak ceza tayini gerekirken yazılı şekilde tahrikin

⁴⁴⁵ Duran,a.g.e., s.190.

⁴⁴⁶ Yargıtay 1.CD, 04.07.2006,719/2914 sayılı kararı; Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*,a.g.e., s.178.

hafif kabul edilerek fazla ceza verilmesinin’’⁴⁴⁷ bozmayı gerektirdiğine karar verilmiştir.

765 sayılı Ceza Kanunu haksız tahriki basit ve ağır haksız tahrik olarak ikiye ayırmıştı. Bu ayırım uygulamada tereddütlere ve keyfiliklere yol açabilme durumu göz önüne alındığında Yeni Türk Ceza Kanununun, söz konusu ayırımı terk ederek, cezada yapılacak indirim belirlenmesinde yargıca geniş yetki tanınması isabetli olmuştur.⁴⁴⁸

Y.T.C.K.’nin 61. maddesine göre temel ceza belirlendikten sonra daha ağır ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hollere ilişkin hükümler uygulanacaktır. Peşinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, şahsa bağlı cezada indirim nedenleri ile son olarak takdiri indirim nedenleri uygulanarak ceza bulunacaktır.⁴⁴⁹

2.7. Hakimın Takdir Hakkı Ve Yargıtay Denetimi

2.7.1.Hakimin Takdir Hakkı

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.⁴⁵⁰ Kanunumuzda hangi fiillerin tahrik oluşturacağına ilgili bir sınırlama olmadığı için, tahrikin tespitini olayda hakimın takdirine bırakmıştır.

Hakim, hangi fiillerin tahrik meydana getireceğini somut olayın özellikleri, günlük hayat tecrübeleri ve eldeki delillere göre tayin edecektir.⁴⁵¹ Hakimın tahrikin niteliklerinin ne olması konusunda yapılan bir görüşte, hakimlerin taktir yetkisini doğru olarak kullanabilmeleri için sadece ‘‘hukuk kaidelerini bilmeleri kafi değildir. Bilhassa ceza işleriyle uğraşan hakimlerin ruhi ilimlere yeteri kadar ve tatbiki bir şekilde vakıf olmaları iktiza eder. Bundan başka buldukları muhiti daha doğrusu

⁴⁴⁷ Yargıtay 1.CD, 11.11.2002,2006/4060 sayılı kararı; Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*,a.g.e., s.181.

⁴⁴⁸ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2005, s.178.

⁴⁴⁹ Sedat Bakıcı, ‘‘5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler’’ Ankara, 2008, s.634.

⁴⁵⁰ Duran,a.g.e., s.191.

⁴⁵¹ Öztürk/Erdem/Özbek,a.g.e., s.285.

sanığın bulunduğu muhiti sosyolojik bakımdan değerlendirebilecek kadar da içtimai ilimlerle mücehhez olmaları lazımdır.’’⁴⁵²

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 hakim tarafından yapılarak sanığın iradesine olan etkisi nazara alınıp maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen bir oranda indirim yapılması gerekecektir. Maddenin gerekçesinde de bu husus açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir’’⁴⁵³

2.7.2. Takdir Hakkının Kullanılmasında Göz Önünde Tutulacak Kriterler

Karşılaştırmalı hukukta konu ile ilgili olarak Kanunumuz, sadece belirli halleri tahrik sayan sistemlerden farklı olarak, ne gibi hallerin tahrik teşkil edebileceğini göstermiş değildir; hakimin taktir hakkını kullanırken yapacağı tayinde göz önünde olacak kriterlerin, tamamen değişken olduğu açıklanarak, tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel özelliklerine, tahriki oluşturan kimsenin durumuna, bu kimseler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer koşullarına göre belirlenebileceği ifade edilmiştir.⁴⁵⁴

Hakimin indirim oranını takdir ederken hangi ölçüyü esas alacağı 29. Maddede belirtilmediğinden, hakimin 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 indirim oranını belirlemelidir.⁴⁵⁵

Türk ceza hukukunda, bu konuda açıklanan görüşlerde; hakim, somut olayda tahrike maruz kalan şahsın psikolojik durumu ile, bütün hal ve şartları göz önünde

⁴⁵² Gürelli,a.g.m., s.343.

⁴⁵³ Yargıtay 3.CD, 28.11.2007,E.10914, K.8821 sayılı kararı; Duran,a.g.e., s.192.

⁴⁵⁴ Dönmezer-Erman II,a.g.e., s.379,380.

⁴⁵⁵ Taşdemir, a.g.e., s.51.

tutmak suretiyle adalete uygun olarak, makul gerekçelerle, takdir hakkını kullanmalıdır.⁴⁵⁶

Kanunumuz hangi hallerin haksız tahrik sayılacağını belirtmediği için bir eylemin tahrik oluşturup oluşturmayacağını takdiri yargılamayı yapan hakime aittir. Hakim olayda ağırlığın takdirinde mantıklı, ölçülü davranmalı, kişi, yer, zaman, tahrik eyleminin işleniş biçimi gibi koşulları mutlaka nazara almalıdır.⁴⁵⁷ Bir olayda tahrikin olup olmadığı hukuki değil maddi bir meseledir.⁴⁵⁸ Haksız eylemin niteliği, kışkırtıcı boyutları işlendiği yer ve zaman, toplumsal değer yargıları, failin yaşam tarzı değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra; haksız eylemin fail üzerinde öfke veya şiddetli eleme sebep olup olmadığı saptanmalıdır.⁴⁵⁹ Haksız tahrikin yoğunluğu ve tahrikin failde ulaştığı boyut, yapılacak indirim miktarını etkiler.⁴⁶⁰ Yani hakim öfke veya şiddetli elem durumunun devam edip etmediğini tespit bakımından, haksız hareketin niteliğini incelemeli ve bunun normal bir kimse üzerinde ne kadar süre etkisini sürdüreceğini hesaplamalıdır.⁴⁶¹

Yargıtay'ın içtihatlarında, hakimin takdir hakkını kullanırken hangi kriterlere göre hareket edeceği şu şekilde ifade edilmiştir: “ Fiilin işleniş biçimi, sanığın hal ve davranışları, mağdurdan geldiği kabul edilen saldırının haksızlık içeriğinin niteliği dikkate alınarak indirim oranı belirlenir.”⁴⁶², “kabul edilen tahrikte kabul edilen indirim oranı; adalet ve nesafet kuralları, haksız hareketin şekli, niteliği ve boyutları göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.”⁴⁶³ Bir başka kararda, “tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ve yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik eden ile failin hal ve davranışları dikkate alınarak” belirlenmelidir.⁴⁶⁴

⁴⁵⁶ Ali Demir, “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, S.2(1986), s.50.

⁴⁵⁷ Başar, Nur, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik-II”, Adalet Dergisi, Yıl.71,S.4(Temmuz-Ağustos,1980), s.354.

⁴⁵⁸ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.601.

⁴⁵⁹ Tutumlu, a.g.e., s.31.

⁴⁶⁰ Taşdemir, a.g.e., s.52.

⁴⁶¹ Demirbaş, a.g.e., s.43.

⁴⁶² Yargıtay 3.CD.’nin 28.11.2007 tarih ve 8821 sayılı kararı, Taşdemir, a.g.e., s.51.

⁴⁶³ Yargıtay CGK.’nin 13.2.1995 gün ve E.1-369,K.16 sayılı kararı; Uygun, a.g.e., s.54-55.

⁴⁶⁴ Yargıtay CGK.’nin 11.6.1996gün ve E.1-121,K.134 sayılı kararı; Uygun, a.g.e., s.49-50.

2.7.3.Haksız Tahrik Konusundaki Yerel Mahkeme Kararlarının Denetimi

2.7.3.1.Öğretide Hakimin Takdir Hakkının Denetlenmesi Gerektiği Konusunda 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.⁴⁶⁵ Hakim, tahrikin neden ibaret olduğunu ve cezadan ne kadar indirim yaptığını kararında gerekçesini belirtmek zorundadır.⁴⁶⁶ Gerekçe gösterilmeden tahrikin reddini veya kanuni esasların yanlış uygulanmasını Yargıtay denetleyebilir.⁴⁶⁷ Yargıtay bir çok kararında, ilk derece mahkemesinin takdirini denetlemiştir.⁴⁶⁸

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 ifade etmiştir.⁴⁶⁹

Başara göre; Yargıtay'ın, tahrikin kabul edilip çeşidinin söylenmemesini veya hiçbir gerekçe gösterilmeden ağır ya da adi tahrikin var olduğu iddiasının reddini ya da bir olayın genel olarak tahrik sayılması için gerekli koşulların oluşup oluşmadığını denetleyebilmesi gerektiğini açıklamıştır.⁴⁷⁰

Tutumlu' ya göre ise; tahrik olgusunun koşulları gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamasında yeterince açıklık kazanmış durumdadır. Dolayısıyla yargıç bir olayda kışkırtma olup olmadığını bu koşullara göre belirleyecektir. Tahrikin adi ve şiddetli/ağır nitelik ve derecede olup olmadığını saptama yetkisi de yine yargıca aittir. Şu halde kışkırtmanın varlığı/yokluğu, niteliği/derecesi hakkında yerel

⁴⁶⁵ Başar,II,a.g.m., s.354.

⁴⁶⁶ Çam, a.g.e., s.99.

⁴⁶⁷ Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.601.

⁴⁶⁸ Örneğin, Yargıtay CGK.'nun7.2.1974 gün ve E.511,K.68 sayılı kararı; Yargıtay 1.CD.'nun12.2.1975 gün ve E.3471,K.559 sayılı kararı; M.Muhtar Çağlayan, *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 3.Bası, C.I, Ankara, 1984, s.535-536.

⁴⁶⁹ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.376; Taşdemir. a.g.e., s.54.

⁴⁷⁰ Başar,II, a.g.m., s.354.

mahkemenin verdiği karara, kural olarak Yargıtay'ın müdahale edememesi gerekir. Yargıcın takdir yetkisi mutlak, başka bir anlatımla, her türlü denetiminin dışında bir hak değildir. Bu hak kullanılırken gösterilen gerekçe, olayın oluş ve akışına, dosyadaki kanıtlara ve nihayet hakseverlik ilkelerine uygun değil ise Yüksek Mahkemenin denetleme yetkisi doğacaktır. Bu da doğaldır.⁴⁷¹

Aksi bir görüşde ise; Mahkemece tespit edilen bir olay hukuki olduğu için Yargıtay'ın denetimine tabidir. Ancak yasaya göre, kanununhakimin takdirine bıraktığı durumlarda kanuna aykırı bir durum teşkil etmediğinden, Yargıtay esas mahkemenin kararını bozamaz; Çünkü takdir hakkı hakime ait bir yetki olduğundan tahrikin bütün unsurlarıyla mevcut bulunup bulunmadığını Yargıtay resen nazara alamaz.⁴⁷²

2.7.3.2.Hakimin Takdir Hakkının Denetlenmesi Gerektiğine İlişkin Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına göre; takdirde hata olup olmadığı nispi temyiz nedenlerinden olup yasal artırım ve indirim nedenleri ya da kusur ve kusur yeteneğini azaltan nedenler uygulanırken hakime takdir hakkı tanınmıştır.⁴⁷³

Anayasa'nın 141/3., C.M.K.'nin 34. ve 230. maddeleri uyarınca hakim ve mahkemelerin karşı oy dahil,her türlü kararı, gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Sanığı eyleme 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 mahkemece gerekçeye bağlanması zorunluluğuna uyulması gerekmektedir.⁴⁷⁴Böylece keyfiliğin önüne

⁴⁷¹ Tutumlu, a.g.e., s.59.

⁴⁷² Ayık,a.g.m., s.98.

⁴⁷³ Duran,a.g.e., s.195.

⁴⁷⁴Yargıtay'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 kanıtın yekdiğerine tercih edildiğinin de karar yerinde gösterilmesi,haksız kışkırtma hükmünün nesnel ve öznel öğeleriyle nedensellik bağlarının,ayrıca ilk haksız davranışın kimden geldiğinin saptanması ve sonucuna göre ilk haksız davranışı başlatana (tepkide aşırı bir oransızlık bulunmadıkça) maddenin uygulanmayacağıının,derecesinin de failde uyandığı öfkeye,acıya göre belirlenmesi ve bu konunun gösterilecek gerekçede mantık ve deneyim kurallarına göre yansıtılması gerekir." ; Y.4.C.D. 06.05.1999 gün ve 3848/5098 sayılı kararı; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.514.

geçilmesi amaçlanmıştır. Takdir hakkının kullanılmasında, yanılıya düşölüp düşölmediğı, cezanın bireyselleştirilmesinde hatanın tespiti, gösterilen gerekçenin yasal, yeterli ve oluşa uygun olup olmadığı hususlarının denetimi açıklanan nedenlerle Yargıtay' a aittir.⁴⁷⁵

Yargıtay kararlarında; “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 haksız tahrik hükmünün tatbiki gerekip gerekmediğinin belirlenmesi yerine yazılı şekilde eksik incelenmesinin”⁴⁷⁶, ”sanığın, kahvehanede R. Ve S. Adli kişilerle kavgası sırasında kafasına kola şişesi vuran yakını bıçakla yaralaması eyleminde, sanığın haksız kışkırtmaya yönelen savunması reddolunmadan TCY’nin 51.maddesinin uygulanması gerekip gerekmediğı tartışılmadan hüküm kurulmasının”⁴⁷⁷ hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuya ilişkin bir kararında⁴⁷⁸ “yasal artırıcı veya indirici nedenler ya da kusur veya isnat yeteneğini azaltıcı nedenler uygulanırken hakime takdir hakkı tanınmıştır. Takdir hakkının uygulamasında, yanılıya düşölüp düşölmediğı, cezanın kişiselleştirilmesinde hatalı davranılıp davranılmadığı, gösterilen gerekçenin yasal, yeterli ve oluşa uygun bulunup bulunmadığı hususlarının denetimi de açıklanan nedenlerle Yargıtay’a aittir. Böylece hukuk uygulamasında birlik ve istikrarın sağlanması, takdirde yanılıya düşölüp düşölmediğı, kararlarda hak, nesafet ve adalet kurallarının isabetle uygulanıp uygulanmadığı denetlenecektir. Öyleyse takdirde yanılı bulunup bulunmadığı da nispi temyiz sebeplerindedir ve Yargıtay denetimine tabidir.” denilmek suretiyle yerel mahkemenin takdir yetkisini denetlemektedir.

⁴⁷⁵ Duran,a.g.e., s.195.

⁴⁷⁶ Yargıtay 1.CD, 19.12.2006, 2005/4826, 2006/5781 sayılı kararı; Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, s.175.

⁴⁷⁷ Yargıtay 4.CD.18.3.2003,2002/17218,2003/965 sayılı kararı; Meran,s.179.

⁴⁷⁸ YCGK. 19.5.1995 tarih ve E.1/191, K.219 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e., s.59; Taşdemir, a.g.e., s.55.

2.7.3.3.Öğretide Haksız Tahrik Türleri ve İndirim Oranlarının Denetlenmemesi Gerektiği Konusunda Görüşler

765 sayılı mülga yasada, hafif ve ağır tahrik ayrımının nasıl yapılacağı açıklanmamış, bu ayrımı yapma yetkisi hakimlere bırakılmıştır. Yine aynı şekilde 5237 sayılı yasada bu ayrım kaldırılmasına rağmen indirim oranlarının tayini yine hakimlere bırakılmıştır.

Öğretideki görüşlerde tahrikin tespiti konusunda hakimin takdir hakkının Yargıtay denetimi dışında tutulması şu görüşlerle açıklanmıştır⁴⁷⁹; Tahrikin yasal bir indirim nedeni olduğu unutulmamalıdır. Kanun, tahrikin içerik ve koşullarını düzenlemiş, haksızlık, gazap ve elem buhranı gibi koşulları açıklayarak sınırlandırmış ancak “ne gibi hallerin” değil “ne gibi fiillerin” tahrik sayılacağını göstermiştir. Bu yüzden tahrik fiilinin çeşidini takdirde hakim serbest olmakla beraber bir olayın tümüyle haksız tahrik sayılıp sayılmayacağı konusunda hakim serbest olmayıp diğer kanuni unsurlarla bağlıdır. Tahrikin hafif veya ağırlığının tespiti hukuki değil meddi bir mesele olduğundan yargıca ait olduğundan herhangi bir vakıanın basit veya ağır tahrik oluşturduğunu kabul eden hükmün Yargıtay’ın denetimi dışında kalması gerektiği söylenebilir.⁴⁸⁰

2.7.3.4.Haksız Tahrik Türleri ve İndirim Oranlarının Denetlenmesi Gerektiğine İlişkin Yargıtay Görüşü

Uygulamada Yargıtay’ın kararlarında,“takdirin derecesini takdir etmenin sanığın tahammül ve teessürü dereceleri hakkında yakinen bilgi edinen yargıca ait”⁴⁸¹ olduğu belirtilmiştir. Yargıtay bu yetkinin kriterlerini şu şekilde açıklamıştır.“Tahrikin derecesinin tespiti mahkemeye ait ise de, mahkemeler bu yetkiyi hukukun genel ilkelerine, haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanmalıdırlar. Mahkemelerce kullanılan

⁴⁷⁹ Ayık,a.g.m., s.97-98; Gürelli a.g.m., s.340; Başar, II, a.g.m., s.353-354; Duran, a.g.e., s.197.

⁴⁸⁰ Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.601.

⁴⁸¹ Yargıtay 4.CD.’nun 07.12.1951 gün ve E.51/9338,K51/9339 sayılı kararı; Duran,a.g.e., s.198.

bu yetkinin yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi üst mahkemelerin görevi içindedir....’’⁴⁸²

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 içtihatlar göre, TCK’ nın 51/1.maddesine mümas basit tahrikin uygulanmasını gerektirdiği gözetilmeden yazılı şekilde ağır tahrik hükümlerinin tatbikinin’’⁴⁸³, “sanığa yönelik toplu ve kalabalık bir saldırının bulunmadığı ve olayın başlangıcında sanığın davranışları da gözetilerek haksız tahrikin basit derecede bulunduğu gözetilmeden TCK’nın 29. Maddesinin tatbikinde cezanın fazla indirim tabi tutulmasının’’⁴⁸⁴bozmayı gerektirdiğine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay’ın tahrik derecesinin denetlenmesine ilişkin kararlarına karşı muhalif kalan görüşlerde vardır.⁴⁸⁵

⁴⁸² Yargıtay CGK.’nun 11.6.1996 gün ve E.1-121,K.134 sayılı kararı; Uygun,a.g.e., s.49-50.

⁴⁸³ Yargıtay 1.CD.10.06.2004,981/2299 sayılı kararı; Meran, a.g.e., s.179.

⁴⁸⁴ Yargıtay 1:CD. 27.12.2006,2005/4849,2006/6088 sayılı kararı; Meran,a.g.e., s.174.

⁴⁸⁵ Sami Selçuk’ un Muhalefet gerekçesi;’’TCK.’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 mahkemeler bu koşulların varlığını fiilen saptama ve bunları gerekçe gösterme zorunluluğunun sonucu olarak, kararlarında yansıtmak zorundadırlar. Öte yandan ilk mahkeme yargıçları, olayın akışına, sanığın hoşgörü ve katlanma gücüne göre, haksız eylemin, 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 eylem, ya da tahrikle suç arasında nedensellik bağı bulunmadığı halde tahriki kabul ettiği takdirde, Yargıtay bunlara değinmekle yetinecek ve bozduğu kara dosyasını, yeniden değerlendirme yapmak üzere ilk mahkemeye geri gönderecektir.

Duruşma yapmayan, sanığı tanımayan, kanıtlarla doğrudan ilişki kurmayan, tutanak üzerinde inceleme yapmak zorunda bulunan yargıtay’ın doğrudanlık, yüze 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 ayırık biçimde C.Yargılama Yasasının 322.maddesinde gösterilmiştir. Bu ayırık hükümleri genişletmeye olanak yoktur. Ayrıca, pozitif hukukumuzda etkili eylemin ağır, sövmenin hafif tahrike yol açtığı yolunda bir hüküm bulunmadığı gibi, Yargıtay’ın ve ilk mahkemelerinin önceden apriori ve soyut biçimde bu tür bir kural getirmeleri de söz konusu olamaz.

Bu nedenlerle, ilk mahkemenin tahrikin derecesini belirleme konusunda takdir yetkisinin kendisine ait olduğunu belirleme konusunda takdir yetkisinin kendisine mi ait olduğunu belirterek direnmesi yerinde ise de, hemen ardından “nerede etkili eylem varsa, orada hafif tahrik vardır” mantığıyla determinizme kayarak, önce sahip çıktığı takdir yetkisini bu yolla ortadan kaldırması, gerekçe yokluğuna eşdeğer nitelikte bir iç çelişkidir.

O yüzden karar bu nedenlerle bozulmalı, tahrikin derecesini yukarıda sergilenen kurallara göre yeniden değerlendirme olanağı ilk mahkemeye tanınmalı, bunun derecesini Yargıtay

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KURUMU YAPISI –DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ-ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

1-HAKSIZ TAHRİKİN DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ

1.1. Haksız Tahrik – Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa çok eski zamanlardan beri uygulanan ve ceza yasalarında yerini almış bir hukuka uygunluk nedenidir. YTCK'nın 25/2.maddesinde meşru savunma “ Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yöneltilmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile islenen fiilden dolayı faile ceza verilmez” biçiminde hükme bağlanmıştır.⁴⁸⁶

Meşru müdafaa ile haksız tahrik ilişkisini daha iyi anlayabilmek için her iki kurumun da niçin var olduklarını, kanundaki sistematiklerini, hangi kategori içerisinde yer aldıklarını, konuluş amaçlarını, benzerliklerini ve farklarının belirlemek gerekmektedir.⁴⁸⁷

belirlemelidir.” Gereğiyle ilk mahkeme kararının bozulmasını istemiştir.; Yargıtay CGK.'nun 18.12.1984 gün ve E.1/420, K.439 sayılı kararı; Savaş/Mollamahmutoğlu,a.g.e., s.1020.

⁴⁸⁶ Soyaslan,a.g.e., s.390.

⁴⁸⁷ Meşru savunma, haksız bir saldırıyı ve meşru bir tepkiyi veya savunmayı içerir.

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

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

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

Meşru müdafaa ile haksız tahrik arasında öz bakımında değil, belki tabir caiz ise, yoğunluk bakımından fark vardır.⁴⁸⁸ Meşru müdafaada, sona ermemiş, yani halen devam eden bir saldırıya karşı savunma amacıyla karşılıklı bulunmakta haksız tahrikte ise, sona ermiş bir haksız fiile, zorunluluk olmadığı halde bir karşılıklı bulunulmaktadır.⁴⁸⁹ Böylece haksız tahrik ve meşru müdafaa kurumunun ‘‘haksız saldırının’’ varlığı konusunda birleştikleri görülmektedir.⁴⁹⁰

Bu nedenle, meşru müdafaa objektif bir esasa dayanan hukuka uygunluk nedeniyle, haksız tahrik ise, heyecan durumu etkisiyle irade yeteneğinin zayıflamasından dolayı cezanın hafifletilmesini sonuçlayan subjektif bir esasa dayanmaktadır.⁴⁹¹ İki kurumun bir arada bulunamayacağı açıktır.⁴⁹² Fakat haksız tahrik üzerine tepkide bulunan kimse, tahriki doğuran fiili yapmış olan kişiyi meşru müdafaa durumuna sokabilir.⁴⁹³

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

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

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

2) Savunmanın saldırı ile orantılı olmalıdır. Savunmanın meşru kabul edilebilmesi için aranan bir başka şarttır. Saldırıya yapılan kötülük, bu kişi tarafından tehdit edilen veya gerçekleştirilmek istenen kötülükten hafif veya ona eşit yahut hoşgörü ile karşılanabilecek oranda ondan ağır olduğunda bu oran var demektir. Bunun için, failin kendisini savunmak zorunda olması ve bu savunmayı verilen zarardan başka bir şekilde yapma imkansızlığı içinde bulunması yeterli değildir; verilen zararın önlenmek istenenden oransız derecede ağır olmaması da gerekir.; Açıkgöz, a.g.e.,s.118-119.

⁴⁸⁸ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.603. Aksi görüş için bkz. Güreli, a.g.m., s.341.

⁴⁸⁹ Günay, a.g.e.,s.55.

⁴⁹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.539.

⁴⁹¹ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 2011, s.418.

⁴⁹² Yargıtayın bir kararında; ‘‘Aynı işyerinde çalışan müdahil ve sanığın birbirleri hakkında dedikodu yapmaları nedeniyle çıkan tartışmanın kavgaya dönüştüğü, müdahil sanığa yumrukla , sanığın eyleminin bu oluş karşısında hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek nitelikte olduğu , olayda meşru müdafaa koşulları oluşmadığı gözetilerek atılı suçtan mahkumiyet hükmü kurularak sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekirken , meşru müdafaanın varlığının kabul edilerek yazılı şekilde ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi’’ 2CD 15.01.2007-6943/40; Günay,a.g.e., s.60.

⁴⁹³ Demirbaş, *Genel Hükümler*,a.g.e., s.418.

Meşru müdafaa ile haksız tahrik, her ne kadar birbirleriyle karıştırılsa da birbirinden farklı kurumlardır. Meşru müdafaa başlanmış, sürmekte olan bir saldırıya karşı tepkinin o süreç içerisinde bulunma zorunluluğu varken haksız tahrikte olay anında tepki gösterme zorunluluğu yoktur. Kurumlar arasındaki bu farklılık, bir ceza davasında, haksız bir fiilin etkisiyle suç işleyen sanık hakkında tahrik hükümleri ile meşru müdafaa hükümlerinin birlikte uygulanamayacağı, meşru müdafaa halinde suç işleyen sanığa ceza verilemeyeceği için hakkında kışkırtma hükümlerinin uygulanmasına da gerek kalmamaktadır.⁴⁹⁴

Meşru müdafaa hükmünün ne zaman, haksız tahrik hükmünün ne zaman tatbiki icap edeceği konusundaki ölçü haksız taarruzun hedefinde, tepkinin zamanında, müdafanın zaruretinde aranması gereklidir.⁴⁹⁵

Meşru müdafaa, bir hukuka uygunluk sebebi iken haksız tahrik, genel bir hafifletici nedendir. Meşru müdafaa haksız saldırı henüz sona ermiş ve bitmiş değildir ve bunu ortadan kaldırmak zorunluluğu vardır; haksız tahrikte ise faile yönelmiş olan haksız fiil sona ermiştir ve sadece karşılıklı bulunmakta olup, ayrıca böyle bir karşılıklı bulunmak hiçbir şartta zorunlu değildir; meşru müdafaa bir hukuka uygunluk sebebidir ve sadece ceza hukukuna ilişkin olmayıp, fiilin diğer hukuk dalları bakımından da hukuka uygun sayılmasına gerekli kılar ve bu sebeple failin cezalandırılmamasını gerektirir; haksız tahrikte ise suçu etkileyen bir durum varsa da, fiil yine hukuka aykırı olarak kalmakta, sadece failin cezası indirilmektedir, bu sebeptir ki meşru müdafaa ile haksız tahrik aynı fiilde bir arada bulunamaz.⁴⁹⁶

Haksız tahrik ile meşru müdafaa bir arada bulunamaz⁴⁹⁷; her iki müessesenin hukuki niteliği ve şartları farklı olduğundan, bir olayda birisinin bulunması diğerini

⁴⁹⁴ Tutumlu, a.g.e., s.68

⁴⁹⁵ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler*, 1958, 4.Bası, C.1, .403.; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.604.

⁴⁹⁶ Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.376.

⁴⁹⁷ Yargıtay 1.CD. 04.02.2009 tarih ve 2008/5356 E. 2009/369 K. sayılı kararından; sanığın bağlı bulunduğu ticari taksi durağından yolcu alan maktulü uyarması üzerine tartıştıkları daha sonra karşılaştıklarında maktulün sanığın yolunu kesip sallama tabir edilen bıçakla saldırdığı, sanığın tabancasını çıkarıp iki kez yere ateş ettiği, maktulün bıçakla saldırısını sürdürmesi üzerine öldürüleceği korkusuna kapılan sanığın maktulü öldürmesi olayında eylemin tamamen meşru savunma koşullarında gerçekleştiği gözetilmeden tahrik karşısında kasten adam öldürme suçundan yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.; YKD, Mart 2011, Cilt 37, Sayı:3, s.523-524.

ortadan kaldırır.⁴⁹⁸ Meşru müdafaa bir hukuka uygunluk sebebidir ve şartları gerçekleştiğinde meşru savunma halinde işlenen suçtan dolayı faile ceza verilemeyeceği gibi, başka bir hukuk dalının yaptırımını da uygulanamazken, haksız tahrikte ise işlenen fiil, hukuka aykırı olmaya devam etmekte; failin kusurunun azalması sonucunda bu durum sadece cezanın indirilmesine yol açmaktadır.⁴⁹⁹

Meşru savunmanın şartlarının gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için saldırı ile savunmanın eş zamanlı olması gereklidir. Saldırının son bulması, saldırganın etkisiz hale getirilmesi veya kendi iradesiyle saldırıyı sona erdirmesi halinde sanığın bu koşulları savunması, YTCK.25/1. maddesinde öngörülen meşru savunma hükmünün uygulanmasını gerektirmez ve koşullar gerçekleşmişse, bu durumda haksız tahrik hükümleri uygulanır.⁵⁰⁰ Saldırıdan sonra gerçekleşen savunma intikam olarak değerlendirilebilir.

Nefse ya da ırza yönelik saldırı halen devam etmekteyken karşılık verilmesi halinde, haksız tahrik müessesesi ile meşru savunma arasında yalnız bir yoğunluk farkı ortada olduğundan yalnızca meşru savunma hükümleri uygulanır.⁵⁰¹ Meşru savunma hükümlerinin uygulanması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmamaktadır. Meşru savunmanın bulunduğu durumlarda haksız tahrikten bahsedilemez.⁵⁰²

Mağdur tarafından yapılan saldırının failde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle mi, yoksa failin içine düştüğü savunma zorunluluğundan dolayı mı karşı fiilin icra edilip edilmediğinin tespiti, bu ayrımındaki kilit noktadır.⁵⁰³ Haksız tahrik bir hafifletici sebeptir, yoksa meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk sebebi değildir; o halde, haksız tahrik halinde fiil hukuka aykırı olmaya devam eder ve

⁴⁹⁸ Koca/Üzülmez a.g.e., s.297.

⁴⁹⁹ Koca/Üzülmez,a.g.e., s,297.

⁵⁰⁰ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.517.

⁵⁰¹ Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı İzmir Şerhi*, 2.Cilt, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008, s.247.

⁵⁰² Yargıtay' a göre de "Sanık Birgül' ün oğlu olan mağdur Salim ' in sanık Niyazi tarafından dövüldüğünü ve bıçaklandığını görerek buna mani olmak için Niyazi' yi darp etmesinde meşru müdafaa şartları içerisinde bulunduğu göz önünde bulundurularak TCK 49. Maddesinin uygulanması gerekirken, bu hususun ağır tahrik kabulü ile TCK 51/2. Maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir., 1.CD 11.4.1984-512/1646"; Özbek,*İzmir Şerhi*, a.g.e., s.247.

⁵⁰³ Şen, a.g.e., s.81,82.

meşru müdafaa şartları ortadan kalktıktan sonra, suç işleyen kişi hakkında tahrik hükümleri uygulanabilir.⁵⁰⁴

Aynı olayda aynı fail hakkında haksız tahrik ile meşru müdafaa veya müdafaa sınıрын aşılması müesseselerinin birlikte uygulanamayacağına ilişkin görüş Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.⁵⁰⁵ Çünkü, haksız tahrik bir bakımdan yasal savunmanın kapsamındadır ve meşru müdafaa en yüksek derecede bir haksız tahrik hali vardır.⁵⁰⁶ Aşırı savunma durumunda ise yine haksız tahrik kabul edilemez; çünkü bu durumda da meşru müdafaa şartları aranır, farklı olan zaruretın tayin ettiği hudutun aşılmış olmasıdır.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, İzmir, 1998, s.283,284.

⁵⁰⁵ "Zaruret sınırını aşma ile tahrik bir arada kabul edilemez...Maktulün eşinin evini terk etmesi nedeniyle aralarında husumet bulunan sanığa telefon edip silahlı olduğunu ve kendisini mutlak surette öldüreceğini söylediği, kısa bir süre sonra önlerine çıkıp aniden karşılaştıklarında ölenin elini beline attığı ve silahlı olduğu anlaşılmasına göre, sanık yasal savunma koşulları içerisindedir. Fakat bir iki el hayati olmayan nahiyeye veya çevresine ateş etmekle yetinmesi gerekirken, arabadan ininceye kadar maktule sekiz el ateş etmesi savunmada zaruret sınırını aştığını gösterdiğinden hakkında 49.madde delaletiyle 50.maddeyle uygulama yapılması gerekir."; YCGK 26.3.1990-1-36/87, karar içeriğinde yapılan alıntı şöyledir:

"Uyuşmazlık; sanığın maktulü meşru müdafaa sınırlarını aşmak suretiyle mi, yoksa ağır tahrik altında mı öldürdüğüne ilişkindir. Meşru müdafaa söz edebilmek için ; maddi mahiyette haksız bir saldırının bulunması, savunma ile saldırının hem zaman olması, savunmanın saldırının devamı sırasında olması, savunma ile saldırı arasında uygun oran bulunması gerekir.ancak; saldırının halen varlığını geniş manada anlamak ve başlayacağı artık muhakkak olan bir saldırıyı başlatmış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur.

Meşru müdafaa halinde işlenen fiil, hukuka uygundur. Bunun sebebini hukuk düzeninin hakkın tecavüze uğramasına izin vermeyeceği esasında aramak gerekir. Ancak; failin karşılaştığı şartlarla münasip olmayan vakialarla kendini müdafaa etmek veya saldırganı zararsız hale getirdikten sonra da müdafaa ve tepkilerinde ısrar edip sürdürmesi halinde zaruret sınırı aşılmış olur. Zaruret sınırının aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh halini de adil bir şekilde göz önünde tutmak lazımdır. Hakimin, failin zaruret sınırını aşma derecesini doğru olarak takdir edebilmesi için kendisini tecavüze uğrayan ve o anda ruh hali değişmesi icap eden failin yerine koyması gerekir. Meşru savunmada hiçbir zaman ve hiçbir ahvalde sanığa kaçma mükellefiyeti yüklenemez ve kaçarak kurtulması istenemez veya bu halin yani kaçma imkânının var olup olmadığı meşru müdafaa saptanırken asla gözetilemez.

Zaruret sınırını aşma ile tahrik bir arada kabul edilemez.

Bu genel açıklamalardan sonra olaya bakıldığında, maktulün eşinin evi terk etmesi nedeniyle aralarında husumet bulunan sanığa telefon edip silahlı olduğunu ve kendisini mutlak surette öldüreceğini söylediği, kısa bir süre sonra önlerine çıkıp aniden karşılaştıklarında ölenin eline beline attığı ve silahlı olduğu anlaşılmasına göre, sanık yasal savunma koşulları içindedir. Fakat bir iki el hayati olmayan nahiyeye veya çevresine ateş etmekle yetinmesi gerekirken, arabadan ininceye kadar maktule 8 el ateş etmesi savunmada zaruret sınırını aştığını gösterdiğinden hakkında TCK 49. Madde delaletiyle 50.maddeyle uygulama yapılması gerekir"; Günay, a.g.e., s.60,61.

⁵⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.442. Aksi görüş için bkz. Ayık, a.g.m., s.100 vd; Güreli, a.g.m., s.341.

⁵⁰⁷ Başar, II, a.g.m., s.358.

1.2. Haksız Tahrik – Taammüd

Tasarlama (taammüd), 5237 sayılı TCK'nın 82/1-a maddesinde kasten adam öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Taammüd, failin suç işleme kararı aldıktan sonra suçun işlenmesine kadar geçen zaman içerisinde düşünüp taşınması, bu kararını gerçekleştirmek için plan kurarak bu plan doğrultusunda hareket etmesidir.⁵⁰⁸ Bu durum ceza hukukunda kastın en ağır şeklidir. Haksız bir harekete maruz kalan fail, bir gazap veya elem etkisiyle plan kurarak suçu işleyebileceğinden haksız tahrik ile taammüdün bir arada bulunması mümkündür.⁵⁰⁹

Eğer tasarlamanın ölçüsü soğukkanlılık ise "suçun sükunet içinde hazırlanması ve işlenmesi" olarak kabul edildiğinde, haksız tahrikin de temel şartlarından biri "suçun hiddet veya şiddetli elem etkisiyle işlenmesi" olduğundan, bu iki zıt ruhsal durumun aynı kişide ve aynı zamanda var olamayacağı şüphesizdir.⁵¹⁰

Taammüd (Tasarlama) ile haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Haksız kışkırtma kuralının tasarlayarak adam öldürme suçlarında uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışılan bir konudur.

Demirbaş'a göre: tasarlama için şart olan suç işleme kararı(planı)ile eylem anı arasındaki zaman farkı, haksız tahrik nedeniyle işlenen suçlarda da mümkündür. Bir kimse öfke ve elem duygusu altında daha iyi bir plan bile hazırlayabilir.⁵¹¹

Dönmezer / Erman'a göre, tasarlama için şart olan karar ve harekete geçme zamanı arasındaki fasıla haksız tahrikte de bulunabilir, Zira, ilerde görüleceği üzere, karşılığın haksız tahriki teşkil eden fiilin hemen sonunda yapılması, haksız tahrikin bulunması için şart değildir; tasarlamanın ikinci şartı olan bu süre içerisinde bir plan kurulması da, haksız tahrikin psikolojik temelini teşkil eden öfke veya elem hali ile bağdaşabilir, hatta, bir kimsenin, bu gibi öfke veya üzüntü anlarında daha derin ve

⁵⁰⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s.535.

⁵⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya,a.g.e., s,535.

⁵¹⁰ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.604; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e. s.535.

⁵¹¹ Demirbaş,a.g.e., s.49.

ayrıntılı bir şekilde düşünüp taşınması, benliğini saran öç alma ya da karşılık verme fikrinin etkisi altında planını daha iyi hazırlaması bile mümkündür.⁵¹²

Erem'e göre sorun, tasarlama(taammüt) hakkında üzerinde birleşilen bir görüşün olmamasından kaynaklanmaktadır. Tasarlama kronolojik ölçüte dayandırıldığında haksız tahrik ile birleştirilebilir, ancak soğukkanlılık teorisi ile tanımlandığında buhran psikolojisi ile bir arada düşünülmesi güçleşir.⁵¹³

Koca/Üzülmez'e göre tasarlamanın hukuki esasını açıklayan görüş, hiddet ve gazap halini ifade eden haksız tahrikle tasarlamanın bir arada bulunamayacağını savunmaktadır. Buna karşılık tasarlamanın failin karar vermesi ile harekete geçmesi arasında bir sürenin geçmesi ve bu süre içinde failin ana hatlarıyla yapacağı hareketi planlaması şeklinde anlaşılması gerektiğini savunan ve Türk doktrininde hakim olan görüş, tasarlama ile haksız tahrik halinin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir.⁵¹⁴

Taner; taammüt yani tasarlama ile haksız tahrikin bir arada içtima edilemeyeceği kanaatindedir. Ona göre, tasarlama fail, niyet ettiği bir suçu soğukkanlılık ile düşünüp taşındıktan sonra işlemiştir. Tahrikte ise, bir hiddet ve şiddetli elemin tesiri üzerinde iken, hareket eylemiştir.⁵¹⁵

Tutumluca göre; TCK'nın 450/4. maddesinde adam öldürme suçunu ağırlaştırıcı bir unsur olarak kabul edilen "taammüt" kavramının yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Öte yandan TCK'nın 51. maddesinde tepki suçunun islenmesi bakımından bir zaman sınırlaması veya ölçütü de söz konusu değildir. Şu halde pozitif hukuk bakımından, tasarlayarak adam öldürme suçlarında kışkırtma hükümlerinin uygulanmasına yasal bir engel yoktur. Kurumsal açıdan, özellikle bireysel psikoloji yönünden konuya baktığımızda; haksız bir eylemden ötürü öfke ve üzüntüye kapılan kişilerin mutlak şekilde plan yapamayacaklarını, tasarlayarak suç

⁵¹² Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.378.

⁵¹³ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.604.

⁵¹⁴ Koca/Üzülmez, a.g.e., s.297.

⁵¹⁵ Taner, a.g.e., s.321.

işleyemeyeceklerini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle tasarlama ile tahrik'in bir arada bulunabileceği görüsündedir.⁵¹⁶

Öztürk'e göre tasarlama (taammüt) ile haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağı tasarlama için kabul edilecek teoriye bağlıdır. Bu konuda soğukkanlılık teorisi esas alındığında tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunamayacağı sonucuna varmak gerekir. Ne var ki, Yargıtay, bu teoriyi genellikle benimsemiş olduğu halde tasarlama ile tahrikin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir.⁵¹⁷ Ayrıca, tasarlamanın daha ağır cezalandırılmasının nedeni plan kurma teorisi ile izah edilebileceği için tasarlama ile tahrik bir arada bulunabilir.⁵¹⁸

Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararın da taammüt ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir:“Maktulün 1991 yılında sanıkların babası Abdullah'ı kasten öldürdüğü dosya kapsamında anlaşılacakla, Dairemizin süreklilik gösteren içtihatlarına göre öldürenin öldürülmesi halinde kan gütme saikinın geçerli olamayacağı düşünülmeden, sanık Mehmet Salih' in tasarlayarak tahrik altında insan öldürmek, sanık Hüseyin' in tahrik altında tasarlayarak insan öldürmeye yardım suçlarından mahkumiyetleri yerine, yazılı şekilde suça yanlış vasıf verilerek kan gütme saiki ile insan öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi”⁵¹⁹

Savaş ve Mollamahmutoğlu'na göre; Suni bir mefhum olan ve psikolojik bir hakikate tekabül etmeyen “taammüd” unsuru kanunumuzda mevcut olduğu müddetçe meselenin kesin olarak çözülmesine imkan yoktur. Tasarlamanın ağırlatıcı sebep sayılmasının hukuki esası soğukkanlılık olmayıp belirli bir süre içerisinde failin düşünüp taşınması, ana hatları ile bir plan kurması ve böylece tehlike halini

⁵¹⁶ Tutumlu,a.g.e., s.66.

⁵¹⁷ Yargıtay 1.CD. 19.4.1988-1779/1697 kararı.

⁵¹⁸ Yargıtay'a göre yerel mahkeme sanığın üç ay önce bir kaza nedeni ile mağdurun arkadaşı olan biri ile tartıştığını, mağdurun bu olay sırasında hem arkadaşını ve hem de sanığı tokatladığını kabul etmiş ve fakat aradan üç ay geçmesi ve koşulların bulunmaması nedenlerine dayanarak TCK'nın 51. maddesini uygulamamıştır. Oysa haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen öfke, acı; bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiri ile sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.; Yargıtay 4.C.D, 25.12.1991, 7141/8305 sayılı kararı; Öztürk/Erdem,a.g.e., s.219.

⁵¹⁹ Yargıtay 1.CD 29.11.2006-1375/5321 sayılı kararı; Günay,a.g.e., s.69.

daha büyük bir ölçüde açığa vurması olduğu için tahrik ile bir arada bulunması engel psikolojik bir hal olmadığı gibi kanuni bir engel de yoktur.⁵²⁰

Aydın' a göre; 5237 sayılı TCK, taammüdden değil, tasarlayarak adam öldürmeden bahsetmiştir. Bu nedenle tasarlama ve kronolojik ölçüt tercih edilmiştir. Fail, haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya elemin etkisiyle adam öldürmeye karar vermiş ve suçu işleme konusunda bir plan hazırlamıştır. Burada dikkat çeken nokta, failin bu tasarlama süresince hiddet veya elemin etkisinde kalması, yani, failin maruz kaldığı tahrik fiili ile işlediği adam öldürme suçu arasında nedensellik ilişkisinin bulunmasıdır. Böylece haksız tahrikin etkisinde tasarlayarak adam öldürme suçunu işleyen fail hakkında önce ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecek (m.82) daha sonra haksız tahrikin varlığı nedeniyle (tahrikin ağırlığına göre) cezası indirilecektir.⁵²¹

1.3. Haksız Tahrik-Kan Gütme ve Töre Saiki

Kan gütme, CGK.'nın bir kararına atfen,⁵²²“failin, daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için, ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Kan gütme ya da kan davası, bazı toplumlara özgü, hukuki olmaktan çok sosyolojik ve kriminolojik araştırmaların alanına giren sosyolojik bir olaydır.⁵²³

Mülga 765 sayılı yasaya TCK.450. maddesine 10.bent eklenerek kan gütme amacıyla işlenen suç, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiş, ceza ağırlaştırılmıştır. Bu bendin konuluş amacı; özellikle 1980'li yıllara kadar yurdun bazı bölgelerinde neredeyse gelenek haline gelmiş kan davalarının ortadan kalkmasına katkıda bulunmaktır.⁵²⁴YTCK 'da ise bu suç, suçun nitelikli hallerinden biri olarak kabul edilen 82.maddenin “j” bendinde “kan gütme saikiyle” adam öldürme suçlarında

⁵²⁰ Savaş/Mollamahmutoglu,a.g.e., s.982.

⁵²¹ Aydın, a.g.m, s.243.

⁵²² Yargıtay CGK.'nun 18.2.1991 gün ve E.1,K.41 sayılı kararı; Duran,a.g.e., s.218.

⁵²³ Cengiz Otacı, “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:18, Ankara, 2008, s.115.

⁵²⁴ Tutumlu,a.g.e., s.67.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.709.

düzenlenmiştir. Gerçekten haksız tahrik bir hafifletici sebep olmasına karşılık, kan gütme saiki cezayı ağırlatıcı bir neden olarak düzenlenmiştir.⁵²⁵

Kan gütme saikiyle hareket eden fail de, ilk öldürme olayından duyulan şiddetli bir öfke ve üzüntü duygusu egemen olduğundan, doğal olarak, ağır ve haksız kışkırtma unsurları yer almaktadır.⁵²⁶ Aynı duygu ya da saik, hem ağırlatıcı hem de hafifletici neden olarak kabul edilemeyeceğinden, kan gütme saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı mümkün değildir.⁵²⁷

Kan gütme saikiyle hareket edildiği hallerde, fail kasten adam öldürme suçunu işlerken içinde bulunduğu kültüre has olan bir görevi yerine getirdiği şuur ile hareket ederek ölenin öcünü alma duygusuyla eylemi gerçekleştirdiğinden; bu duyguyla gerçekleştirdiği saikin hem ağırlatıcı hem de hafifletici neden olarak kabul edilmeyeceğinden kan gütme düşüncesiyle işlenen adam öldürme fiillerinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.⁵²⁸ Ancak aralarında kan davası bulunan kişiler birbirleri aleyhine suç işlemişlerse hakim, faildeki hiddet veya şiddetli elemin kan davası dışında bir başka nedenden kaynaklandığını tespit ederse olayda tahrik indirimini uygulayacaktır.⁵²⁹

Failin kan gütme saikiyle hareket ettiğinden söz edebilmek için, önceki öldürme eyleminin etkisiyle, intikam duygusuyla hareket etmemesi, eylemini önceki öldürmeden kaynaklanan elemin etkisiyle gerçekleştirmemesi ve ilk öldürme hareketinin sebep olduğu intikam duygusundan arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme isteğiyle eylemi işlemiş olmalıdır.⁵³⁰

⁵²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya,a.g.e., s.536.

⁵²⁶ Tutumlu,a.g.e., s.67.

⁵²⁷ "Kan gütme saikiyle adam öldürme eylemini, adiyen adam öldürme suçundan ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, ölç alma şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundadır. Bu tür suçlar için ayrı bent ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konmasında sosyal amaç ise, toplumda kökleşmiş olan kötü bir göreneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir. Böyle olunca , TCK.'nun 51.maddesinde öngörülen haksız tahrikin bu özellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir.Nitekim, kan gütme saikiyle adam öldürme suçlarında bu maddenin uygulanmaması gerektiği benimsenmiş yargı görüşleri arasında yer almıştır."Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 4.6.1973 tarih ve E:1/372,K:458 sayılı kararı da bu düşünce doğrultusundadır.Tutumlu,a.g.e., s.67,68.

⁵²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya,a.g.e., s.537.

⁵²⁹ Aydın, a.g.m., 244.

⁵³⁰ Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, s.71.

YTCK'nın kan gütme saikiyle adam öldürme suçuna ilişkin 82.maddesinin gerekçesinde; “Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, kan gütme saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, fiilin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması halinde söz konusu olabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde, bu bent hükmü uygulanmaz” denilmiştir.⁵³¹

Yargıtay'ın kabul ettiği“Kan gütme saiki ile adam öldürme suçunun koşulları aşağıdaki gibi sıralanabilir.

1-Kan gütme saiki ile hareket eden kişide kendisine istila eden ve evvelce işlenen bir suça bağlı olan infial dolayısıyla tam bir irade serbestliği yoktur. Kin ve husumet, intikam alma duygusu kişinin benliğini o derecede kaplamıştır ki, her şeyi göze alarak birinci suç failini ya da onun mensup olduğu gruptan, aileden başka birisini, tutkusu altına girdiği ihtirasın etkisi ile öldürmekte ve bunu adeta bir görev bilinci ile yapmaktadır. Fail ile mağdur-maktul arasında, kan davasının dışında öldürmeyi gerektirecek başka bir neden bulunmamalıdır.

2-Eylemin kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulü için önceki olayın çözümlerine sonulanması, öldürülen kişinin intikamını almak için suçun işlenmesi gerekir.

3-İlk ölüm olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmelidir. İlk adam öldürmenin fail üzerinde oluşturduğu elem, hiddet veya infialin etkisi geçmeli, öç alma saiki, yerine kan gütme saikine bırakmalı ve fail adeta bir görevi yerine getirmek için adam öldürme suçunu işlemelidir.

4-İlk öldürülen ile ikinci suçu işleyen fail arasında kan hısımlığı şart olmayıp suçun “kan gütme saiki” ile işlenmesi yeterlidir.⁵³²

Töre saiki ile adam öldürme suçu 765 sayılı eski TCK' da mevcut bir düzenleme değildir. 5237 sayılı TCK'da Töre saikiyle insan öldürme suçu

⁵³¹ Çam, a.g.e., s.78.; Açıkgöz, a.g.e., s.152.

⁵³² YCGK 19.2.1990-1/2-29 sayılı kararı; Günay,a.g.e., s.79.

82.maddenin (k) bendinde, kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmiş ve verilen cezası da “ağırlaştırılmış müebbet hapis ” olarak düzenlenmiştir.

Töre cinayetlerinin temel nedenleri olarak, kolektif bilinç ya da mekanik dayanışma, female grup üyelerinin seksüel tatmin aracı olarak sınırlı varlık oluşu, toplumun female grup üyelerindeki rol beklentisi ve kadının aile içerisindeki statüsü, itaat ve yoksulluk kültürü, namus ve şerefün üstün bir toplumsal değer olarak kabul edilmesi ve eğitim yetersizliği ileri sürülmektedir.⁵³³

Madde gerekçesinde yer alan töre saikiyle adam öldürmenin söz konusu olması durumunda haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağına ifade edilmesi, uygulamada sürüncemeye uğramamak için madde metninde de bu hususun açıkça belirtilmesi gerekliliği yönünde eleştiriler almıştır.⁵³⁴

Yargıtay’ın bu doğrultudaki içtihatlarında; “dul ve reşit olan K ile maktulün yaşam tarzlarının sanıklara yönelik haksız fiil oluşturamayacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış bulunmadığı, töre/namus saiki ile öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayininin ...”⁵³⁵ ve “ Reşit olan Gülbahar ile maktul Murat’ın yaşam tarzları sanıklara yönelik haksız tahrik oluşturmayacağı gibi, maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayininin”⁵³⁶ bozmayı gerektirdiğine karar verilmiştir.

Özbek’ e göre; Töre saikiyle adam öldürme fiilleri bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. YTCK m.29 “Haksız bir tahrikin meydana getirdiği” formülü yerine YTCK “ haksız bir fiilin meydana

⁵³³ Çam, a.g.e., s.81.

⁵³⁴ Yener Ünver, “ Yeni Türk Ceza Kanununda Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim, 2006, Y.1, S.1, s.62-63.

⁵³⁵ Yargıtay 1.CD’nin 15.04.2009 tarih ve 2008/7373 E. 2009/2154 K. sayılı kararı ;Açıkgöz, a.g.e., s.166.

⁵³⁶ Yargıtay 1.CD.’nin 08.04.2009 tarih ve 2009/2339-1937 E.K. sayılı kararı ;Açıkgöz, a.g.e., s.166.

getirdiği” formülünü kullanmıştır. Yasanın gerekçesinde bu“ Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle “töre veya namus cinayeti”olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir” şeklinde açıklanmıştır. Ancak kanımızca bu yerinde bir gerekçe değildir. Zira eski düzenlemeden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Burada şu söylenmelidir ki, töre saikiyle öldürme fiillerinde örneğin, mağdurun ırzına geçilmiş olma gibi çoğu zaman mağdurdan kaynaklanan bir haksız fiil bulunamaz. Kaldı ki kasten öldürme suçu, töre saikiyle işlenirse artık nitelikli adam öldürme olarak kabul edilmiştir. Bir sebep hem haksız tahrikte indirim sebebi, hem de adam 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 şiddetli elemin etkisiyle suç işleyen fail haksız tahrik indiriminden faydalanacaktır. Örneğin, kendisini aldatan eşini görev bilinci olmaksızın öldüren fail haksız tahrik indiriminden yararlanır.⁵³⁷

1.4. Haksız Tahrik ve Akıl Hastalığı

5237 sayılı YTCK’ nın 32.maddesine göre 1.fıkarda “tam akıl hastalığı” hali 2.fıkarda “kısmi akıl hastalığı” hali düzenlenmiştir;

“Akıl hastalığı nedeni ile, islediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

Birinci fıkarda yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmiyıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir.

⁵³⁷ Özbek, İzmir Şerhi, a.g.e., s.243,244.

Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir”.⁵³⁸

Akıl hastalığı, kusur yeteneğini etkileyen hallerden birisi olsa da, bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Haksız tahriki teşkil eden fiil, failin şuur veya hareket serbestîsinin büyük ölçüde ortadan kaldırmış ve ruhi karışıklığa sebebiyet vermişse, artık haksız tahrikten değil arızı sebepten söz edilir.⁵³⁹ Tam akıl hastalığına yakalanan kimsenin eylemine ceza verilemeyeceğinden, bu hususta tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.⁵⁴⁰

Demirbaş’a göre ise⁵⁴¹: haksız tahrik kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunabilir. Çünkü her iki hükmünde birbirinden bağımsız ve gerçek birer temeli vardır. Böyle bir durumda aynı halden dolayı, iki defa ceza indirilmesi yasağı ihlal edilmiş olmaz.

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 hastalığı ile bir arada bulunmasından söz edilemez, yalnız kısmi akıl hastalığına ilişkin hüküm uygulanır.

Aynı şekilde sarhoşlukta da, haksız tahrikin objektif şartları mevcut ise, haksız tahrik hükmü uygulanır. Failin sırf sarhoş olması dolayısıyla tahrik edildiği duygusuna kapılması, tahrik hükmünün uygulanmaz; failin kendisine selam vereni, sarhoşluğu sebebiyle hakaret ettiğini zannederek öldürmesi örneğinde olduğu gibi.

Savaş ve Mollamahmutoğlu’na göre: “Tam akıl maluliyeti,” sorumluluğu kaldırdığından sadece hafifletici bir sebep olan haksız tahrik hükmünün uygulanmasına gerek kalmaz. Ancak “tam olmayan akıl maluliyeti” ile haksız tahrik hükümleri bir arada bulunabilir.⁵⁴²

⁵³⁸ Bkz.YTCK,m.32.

⁵³⁹ Dönmezer/Erman II,a.g.e., s.378,379.

⁵⁴⁰ Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.603.

⁵⁴¹ Demirbaş, *Genel Hükümler*,a.g.e., s.419.

⁵⁴² Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.985.; İzmir, a.g.e., s.80.

Koca ve Üzülmaz' e göre, akıl hastalığını tam veya kısmi akıl hastalığı olarak ikiye ayırmak doğru değildir. Bir insan ya akıl hastasıdır ya da değildir. Hukuken önemli olan husus akıl hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne derece etkili olduğudur. Akıl hastalığı nedeniyle; işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bulunan kişiye ceza verilmez. Bu kişiler hakkında mahkeme tarafından güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir. Buna karşılık akıl hastalığı kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini etkilememiş ve fakat işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede etkilememiş ise, kişi hakkında cezaya hükmedilecektir.⁵⁴³

Özgenç ve Şahin'e göre; akıl hastalıklarını tam veya kısmi olarak ayırma tabii tutmak doğru değildir. Bir insan ya akıl hastasıdır ya da değildir. Hukuken önemli olan, kişinin malül olduğu akıl hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde etkili olup olmamasıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki; akıl hastalığı kişinin işlediği her fiil açısından algılama ve irade yeteneği üzerinde etkili olmayabilir. Örneğin kleptomani akıl hastası olan kişinin işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığı söylenebilir. Ancak, bu kişinin kasten adam öldürme suçunu işlemesi halinde kleptomani akıl hastalığı bu fiille ilgili olarak algılama veya irade yeteneğini etkilemez.⁵⁴⁴

Sanıkların, kısmi akıl hastalığı ve haksız tahrik nedeniyle suç işlemeleri halinde, cezanın hesaplanmasında YTCK' nin 61/5 maddesi gereğince önce haksız tahrike ilişkin olan indirim, daha sonra ise kısmi akıl hastalığına ilişkin olan indirim uygulaması yapılır.⁵⁴⁵

Yeni kanunumuzda akıl hastalığının kusuru kaldıran ya da hafifleten bir neden olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴⁶ Kanımızca, tam akıl hastalığı kapsamındaki hallerde, failin hastalığı nedeniyle hakkında ceza verilemeyeceğinden, tahrik hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak kısmi akıl hastalığında cezayı

⁵⁴³ Koca/Üzülmaz, a.g.e., s.311,312; Açıkgöz, a.g.e., s.146.

⁵⁴⁴ Özgenç/Şahin a.g.e., s.255.

⁵⁴⁵ Taşdemir, a.g.e., s.73.

⁵⁴⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.745.

azaltan bir neden olduğu durumlarda haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkündür.

1.5. Haksız Tahrik ve Yaş Küçüklüğü

Mülga 765 sayılı TCK.53.54.55. maddelerine karşılık YTCK.’nun “yaş küçüklüğü” başlıklı 31.maddesi üç fıkra halinde düzenlenmiştir.⁵⁴⁷

Bu maddeye göre : (1) “Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.”

Bu nedenle bu yaş grubuna girenler hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmamaktadır.⁵⁴⁸Yeni düzenlemede onbir yaşını bitirmemiş olanlara ilişkin birinci yaş sınırı12 yaşını doldurmamış şeklinde düzenlenmiştir.

(2) “Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde yedi yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte ikisi indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası altı yıldan fazla olamaz.”

Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olması halinde hakkında ceza verilemeyeceğinden haksız tahrik hükümleri de uygulanmayacaktır.

⁵⁴⁷ Bkz.YTCK,m.31.

⁵⁴⁸ Tutumlu,a.g.e., s.64.

Fakat küçük işlediği fiili algılama bilincinde ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahipse ceza tertibine gidilerek, bu cezadan belirtilen oranda indirim yapılarak ayrıca haksız tahrik hükümlerinden de yararlanacaktır.⁵⁴⁹

(3)“Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde ondört yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası sekiz yıldan fazla olamaz.”

Fail suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş fakat onsekiz yaşını doldurmamış ise küçükler için tayin olunacak cezadan indirim yapılacaktır. Bu yaş dilimi içindeki sanıkların haksız tahrik sebebiyle suç işlemleri halinde, önce haksız tahrik indirimi daha sonra yaş indirimi uygulanacaktır.⁵⁵⁰⁵⁵¹

Haksız tahrik, yaş küçüklüğü ve takdiri hafifletici sebeplerle birlikte bulunabilir; fakat aynı halin hem haksız tahrik, hem de takdiri hafifletici sebep sayılması ve cezada iki defa indirim yapılmasının mümkün olmadığı gibi, haksız tahrikin bütün şartları bulunduğu, bunun takdiri hafifletici sebep sayılması da doğru değildir.⁵⁵²

Cezanın hem yaş küçüklüğü hem de tahrikten indirimin söz konusu olduğu durumlarda önce haksız tahrik, daha sonra yaş küçüklüğü indirimi yapılmalıdır.⁵⁵³

Yargıtay kararlarında bu husus “Temel ceza belirlendikten sonra 5237 sayılı TCK’ nın 61/5. maddesine aykırı olarak yaş küçüklüğü nedeniyle yapılan indirimin,

⁵⁴⁹ Tutumlu, a.g.e., s.64.

⁵⁵⁰ Tutumlu, a.g.e., s.64.

⁵⁵¹ “Temel ceza üzerinden 5237s. TCK 29 ve 31/3.maddelerinin uygulanması ile , belirlenen ceza miktarı 31/3. Maddesinin son cümlesine göre 12 yıldan fazla ise, ceza miktarının 12 yıla indirilip, bu miktar üzerinden 62.maddenin tatbiki gerekirken TCK 31/3. Maddesinin son cümlesi gereğince ceza miktarı 12 yıldan fazla olamayacağı için 12 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ibaresinin eklenmesine , 62.maddenin uygulandığı kısımdaki.... Çıkarılarak yerine 10 yıl hapis cezası ibaresinin eklenmesine.... Düzeltilen hükmün onanmasına” Yargıtay 1.CD. 2008/4000-2008/7655 sayılı kararı; Günay, a.g.e., s.86.

⁵⁵² Dönmezer/Erman II, a.g.e., s.379.

⁵⁵³ Günay, a.g.e., s.85.

haksız tahrik indiriminden önce uygulanması suretiyle sıralama hatası yapılarak sanığa fazla ceza verilmesi.’’⁵⁵⁴ şeklinde vurgulanmaktadır.

1.6. Haksız Tahrik ve Takdiri Hafifletici Sebepler

Mülga 765 sayılı TCK.59.maddesinde yer alan takdiri hafifletici nedenler kurumu 5237 sayılı YTCK’ da , “takdiri indirim nedenleri” olarak 62.maddede iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre; “(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.’’⁵⁵⁵

Yasada yerinde olarak hangi davranış ve eylemlerin indirim nedeni sayılacağı belirtilmemiş, böylece hakimlere yasal indirim nedenleri dışında cezanın indiriminde takdir hakkı verilmiştir.⁵⁵⁶

YTCK’da takdiri indirim nedenlerini düzenleyen maddede bir takım değişiklikler meydana gelmiştir. Buna göre;

“Takdiri indirim nedenlerinin varlığı durumunda tasarıda kabul edilen indirim oranlarında kısmen değişiklik yapılmıştır. Ayrıca takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği, sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlenmiştir. Bunlar maddenin ikinci fıkrasında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri

⁵⁵⁴ Yargıtay 1.CD.’ nin 17.04.2007. tarih ve 2721/2908 E.K. sayılı kararı.; Açıköz, a.g.e., s.144.

⁵⁵⁵ Bkz.YTCK,m.62.

⁵⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya,a.g.e., s.540.

gibi hususlar olarak belirlenmişlerdir. Bu nedenler, Hükümet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti. Ancak, yapılan değişiklikle, mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla, bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir”.⁵⁵⁷

Yargıtay’ın bir kararında; “failin kendisinin ya da başkasının şerefini kurtarma düşüncesiyle hareket etmesi, geçim zorlukları, geçmişte hükümlülüğü bulunmama, suçtan herhangi bir zarar meydana gelmemesi ya da hasıl olan zararın pek hafif olması, kendini veya diğer şerikleri ele verme, teslim olma, kaçmama, suçun işlenmesinde mağdurun da kusurunun bulunması, geçmişte topluma hizmet etmiş olma” gibi nedenlerin fail lehine takdiri hafifletici neden olarak bir indirime neden olabileceğine karar verilmiştir.⁵⁵⁸

Gürelliye göre; Haksız tahriki oluşturan bir hareketin, niteliği itibariyle takdiri bir hafifletici neden sayılması mümkündür. Fakat aynı fiilin aynı hadisede hem takdiri hafifletici sebep olarak hem de haksız tahrik olarak nazara alınması kanuna uygun değildir.⁵⁵⁹

Bardak’ a göre; haksız tahrik ile takdiri hafifletici sebep aynı olayda birlikte uygulanabilir. Ancak aynı gerekçe ile her ikisinin tatbiki doğru değildir.⁵⁶⁰

Öztürk ve Erdem ise; bu iki kurumun birlikte bulunabileceğini belirttiikten sonra tahriki oluşturan davranış, “iki kez değerlendirme yasağı nedeniyle” aynı zamanda takdiri indirim nedeninin uygulanmasını gerektirmez ise de; aynı olayda değişik nedenler her iki hükmün bir arada uygulanmasına yol açabilir.⁵⁶¹

Dönmezer’e göre: haksız tahrik ve takdiri hafifletici sebepler bir arada bulunabilir: ancak aynı halin hem haksız tahrik hem de takdiri hafifletici sebep

⁵⁵⁷ Özgenç/Şahin, Gazi Külliyyatı, a.g.e., s.156.

⁵⁵⁸ Yargıtay CGK.’nun 30.1.1989 gün ve E:1/503, K.8 sayılı kararı; Malkoç a.g.e.,s.136 vd.,Duran,a.g.e., s.228.

⁵⁵⁹ Gürelli,a.g.m., s.342.;

⁵⁶⁰ Cengiz Bardak, “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi,S.1(1988),s.51.

⁵⁶¹Bahri Öztürk,Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s.281.

sayılması ve cezada iki defa indirim yapmağa esas tutulması mümkün olmadığı gibi, haksız tahrikin bütün şartlarının bulunduğu görüldükten sonra, bunun takdiri hafifletici sebep sayılması da doğru değildir.⁵⁶²

Bakıcı ise: Haksız tahrik halinde takdiri indirime ilişkin 62' nci madde de uygulanması gerekebilir. Çünkü, suç işleme niyeti bulunmayan failin, mağdur veya öldürülenin hiddet veya şiddetli elem doğuran hareketleri üzerine suç işlemede olumsuz bir kişiliğinden söz edilemez. Ancak TCK' nın 29 ve 62' nci maddeleri birlikte uygulanırken, mükerrer değerlendirme yasağı dikkate alınarak aynı gerekçeye dayanılmamalıdır.⁵⁶³

Yargıtay bir başka kararında; “ Ölüm cezasını gerektiren bir cürüm işlendiğinde faillerine adi tahrik hükmü uygulandığında müebbet ağır hapis veya takdiri indirim sebebi ile kabul edildiğinde yine müebbet ağır hapis cezası tayin olunacaktır. Haksız tahrik ve takdiri azaltıcı nedenler arasında nitelik farkı bulunmadığından, idam cezasını⁵⁶⁴ gerektiren suçlarda TCK'nın51/1⁵⁶⁵ ve 59.⁵⁶⁶ maddesinin ayrı ayrı tatbiki sonucunun aynı cezayı müstelzim olması, yasal ve takdiri indirim sebeplerini konuluş amacına, mahiyetine, bu tür suçlarda TCK'nın 51/1. maddesinin uygulanması halinde ayrıca 59.maddesinin de tatbik edilmesi gerektiği Ceza Genel Kurulunun 23.9.1985 gün 177/474 sayılı kararı ile kabul edilmiştir”⁵⁶⁷.

Aynı suçta farklı olaylar haksız tahrik ve takdiri hafifletici sebep olabilir. Haksız tahrik kurumunun uygulanması 62. maddenin uygulanmasına engel değildir. Ancak aynı sebep hem haksız tahrik indiriminin uygulanmasında hem de takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına esas teşkil etmez.

⁵⁶² Dönmezer/Erman II,a.g.e., s.379.

⁵⁶³ Bakıcı, a.g.e., s.636.

⁵⁶⁴ İdam cezası TCK' dan kaldırılmıştır.

⁵⁶⁵ 5237 sayılı YTCK'da 29.maddede düzenlenmiştir.

⁵⁶⁶ 5237 sayılı YTCK'da 62.maddede düzenlenmiştir.

⁵⁶⁷ C.G.K.' nun 6.5.1991 tarih ve E:1/114, K:143 sayılı kararı; İzmir, a.g.e., ,s.74.

1.7. Haksız Tahrik ve İştirak

Yeni yapılan düzenleme ile, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme, yardım etmeden ibarettir⁵⁶⁸.

İştirak edenlerin değerlendirilmesi ve cezalandırılmasında, genellikle iki yol izlenmektedir.⁵⁶⁹

- a) İştirak biçimlerinin farklılığına göre farklı olarak sorumlu tutmak ve cezalandırmak;
- b) İlke olarak eşit şekilde sorumlu tutmak ve cezalandırmak; ancak somut olarak her birinin gerçek sorumluluklarını değerlendirmek ve cezayı gerçekte oynadıkları role göre belirlemek.

Tutumluya göre: Tahrikin esası bireysel psikolojiye dayandığından iştirak halinde işlenen suçlarda, kışkırtılan fail dışındaki suç ortaklarının yasal hafifletici nedenden yararlanmalarına olanak yoktur. Ancak tahrik kaynağı haksız eylem suç ortaklarının hepsine birden yöneltilmiş ise, örneğin mağdur tarafından failerin hepsine küfür edilmişse, bu durumda mağdura karşı suç işleyen sanıklar hakkında TCK 29. maddesinin ayrı ayrı uygulanması gerekir. Bu sebeple bir suça iştirak edenlerden biri hakkında haksız tahriki kabul, diğerleri hakkında reddeden hüküm çelişik bir hüküm sayılma ve asli fail hakkında tahrikin kabulü diğerlerinin cezasının indirilmesini icap ettirmez.⁵⁷⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.9.1980 tarih ve E: 1/207,K:305 sayılı kararı da bu doğrultudadır. “ Maktül her üç sanığa karşı küfür etmiş silah çekip tevcih etmiştir. Olay anını gören tanık bulunmadığına göre, sanıkların aksi sabit olmayan savunmalarını kabul zorunluluğu vardır. Maktülün belirlenen eylemi,

⁵⁶⁸ İzzet Özgenç, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s.122.

⁵⁶⁹ İzmir, a.g.e., s.61; Açıkgöz, a.g.e., 185.

⁵⁷⁰ Tutumlu, a.g.e., s.63.

sanıkların eylemine oranla ağır haksız tahrik niteliğindedir. Nitekim özel daire kararında maktulün bu eylemi fer'i failler (L) ve (M.T) lehine ağır tahrik kabul edilmiş ancak asıl fail(H.T) hakkında TCK'nun 51/1. Maddesi uygulanarak, indirim yapılan hükmün onanmasına karar verilmiştir. Böylece ortada çelişkili bir durum hasıl olmuştur. Maktulün ağır, haksız tahrik niteliğindeki eylemi, her üç sanığa karşı olduğuna göre; hiçbir ayırım yapılmaksızın, bütün sanıklar lehine ve bu arada sanık (H.T) hakkında da TCK'nun 51/2. Maddesinin uygulanması gerekmektedir.⁵⁷¹

Yargıtay'ın başka bir örnek kararında; olaydan iki gün önce maktulün kahvehanede Tayfur' la yaptığı kavgayı ayırması nedeniyle kavgayı ayıran sanık Erdoğan' a karşı husumet duyduğu, olay günü sarhoş olarak sanık Erdoğan'ın babasının evine gittiği, evin penceresini tıklatarak sanık Ahmet'e oğlu Erdoğan ile istediğini, dışarı çıkmasını söylediği, sanık Ahmet'in şimdi sarhoşsun sonra görüşürsünüz demesi üzerine maktulün küfürlerine ve yumruğuna muhatap olduğu ve camlarını kırdığı bunun üzerine evde televizyon seyreden sanıklar Erdoğan ve İbrahim 'in sokağa fırlayarak kaçmakta olan maktulü yakalayıp her birinin ayrı ayrı maktulü 24 yerinden bıçaklayarak öldürdükleri, yine sanık Ahmet'in hamili olduğu keserle birisi çenede 4 yerinden hayati mahiyette maktulü yaraladığı anlaşılmalı; maktulün ağır tahrike yol açan haksız davranışları ile olaya bizzat sebep olması her bir sanık aleyhine ağır tahrik olarak(TCK.64,448,51/2) kabul edilmiştir.⁵⁷²

Savaş ve Mollamahmutoğlu'nun belirttiği gibi cezayı azaltıcı şahsi arızı bir sebep olan tahrik ancak tahrik edilenin cezasını indiren bir sebeptir. Eğer bütün ortakların tahrik edilmiş oldukları kabul edilirse, hepsinin cezası indirilir. Fakat bu cezayı indiren sebebin bir ortaktan diğerine sirayeti değil, ortaklar hakkında ayrı ayrı kabulü demektir⁵⁷³.

Keçelioğluna göre; 5237 sayılı Kanun'a göre, "Azmettirme" ve "Yardım Etme" olarak adlandırılan şeriklikte sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekmektedir. Failin bu fiili nedeniyle ayrıca kusurlu olması gerekmez. Çünkü suçun işlenişine iştirak eden her

⁵⁷¹ Tutumlu, a.g.e., s.63

⁵⁷² Yargıtay 1.CD.'nin 4.2.1986 gün ve 209/389 sayılı kararı; YKD.,C.12,S.8(Ağustos,1986),s.1209; Duran, s.234.

⁵⁷³ Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.985,986.; İzmir, a.g.e., s.62.

kişi, diğ erinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. (m.40.f.1.) Buna bağı lılık kuralı denilmektedir. Bağı lılık kuralı gereğince fail kusursuz olsa ve bu sebeple cezalandırılmayacak olsa bile, bu diğ er ş eriklerin kusurlu olabilecekleri ve bunun neticesinde cezalandırılacakları gerç eğini değı ş tirmektedir. Bu kural gereğince suçun iş lenmesine iş tirak eden her kişi, diğ erinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde tutulmaksızın ki bu düzenlemeden ş eriklerden birinin kusursuzluğ unu da iç eren bir “ cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler ” kategorisini anlamak gerekmektedir, kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. (m.40) Bu kuş kusuz kusurun şahsiliğ i prensibinin de bir sonucudur.⁵⁷⁴

Aydın’a göre; Tahrik fiilinin iş tirak halinde iş lenmesi söz konusu olabileceğ i gibi tepki suçunun iş tirak halinde iş lenmesi durumuda söz konusu olabilir. Faillerin tepki suçunu iş tirak halinde iş lemeleri durumunda ancak haksız tahrik indiriminden yararlanma hakkı olan fail bundan istifade eder; eğ er tahrik fiili, iş tirakç ilerin tümünü hedef almış sa bu halde tepki suçunu iş leyen tüm failer indirimden yararlanabileceklerdir. Fail için olayda söz konusu olan haksız tahrik indiriminin azmettiren veya yardım edenlere uygulanması söz konusu olamayacağı gibi azmettiren veya yardım edenler için uygulanan haksız tahrik indiriminde faile uygulanması mümkün değı ldir.⁵⁷⁵

Erem’e göre; İş tirakin tesiri, iş tirak halinde iş lenmiş bir suçta ortaklardan birinin haksız tahrik ile hareket etmiş olması diğ erlerinin cezasına tesir edemez. Cezayı azaltıcı şahsi arizi bir sebep olan tahrik, ancak tahrik edilenin cezasını indiren bir sebeptir. Eğ er bütün ortakların tahrik edilmiş oldukları kabul edilirse hepsinin cezası indirilir. Fakat bu cezayı indiren sebebin bir sanıktan diğ erine sirayeti değı l, ortaklar hakkında ayrı ayrı kabulü demektir. Bu sebeple bir suçta iş tirak edenlerden biri hakkında haksız tahriki kabul, diğ erleri hakkında reddeden hüküm mütenakız bir

⁵⁷⁴ Keçelioğ lu, “ Kusurluluğ u Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’ nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları ”, a.g.m., s.307, 308.

⁵⁷⁵ Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suçta İş tirak*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.232, 233.

hüküm sayılamaz ve asli fail hakkında tahrikin kabulü diğerlerinin cezasının indirilmesini icap ettirmez.⁵⁷⁶

Asli iştirakin manevi şekli olan azmettirmek ve ferî iştirakin manevi şekli olan teşvik ile haksız tahrik birbirinden tamamıyla ayrı hükümlerdir.⁵⁷⁷ Haksız tahrik altında bir başkasını suça azmettiren kişi hakkında haksız tahrik hükmü uygulanabilirken, suçu işleyen fail hakkında uygulanamaz.⁵⁷⁸

Yargıtay da bazı kararlarında bu görüş doğrultusunda “Kardeş için kabul edilen tahrik sebebinin icapsız olarak diğer sanıklara da teşmiliyle cezalarından indirim yapılmasının yolsuz olduğuna”⁵⁷⁹ karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkememiz daha yeni tarihli bir kararında aksi yönde görüş belirtmiştir: “Karısı Ayşe ile ilişki kurup bu ilişkisini sürdüren kardeşi Tevfik’in öldürülmesi için sanık Mustafa’yı azmettiren sanık Ali lehine oluşan ağır tahrikten kiralık katil durumundaki sanık Mustafa’nın yararlanamayacağı düşünülmeden adı geçen sanığın tahrikten yararlandırılmasının bozma sebebi olduğuna”⁵⁸⁰ karar vermiştir.

Koca ve Üzülmaz’ e göre İştirak halinde işlenen suçlarda haksız tahrik, fail veya şeriklerin her biri ayrı ayrı tahrik edilmediği sürece, sadece tahrik edilen kişi bakımından uygulanabilir. Örneğin haksız tahrik altında bir başkasına suçu azmettiren şerik hakkında haksız tahrik hükmü uygulanabileceken, suçu işleyen fail hakkında uygulanamaz.⁵⁸¹

Nitekim benzer şekilde görüş belirten bir Yargıtay kararında ; “Aksi sabit olmayan savunmalara itibarla, sanıklar Recep, Hasret ve yeğenleri Zafer yönünden varlığı benimsenen ve maktulün Hasret’e yönelttiği sarkıntılığa dayandırılan tahrikin, bu kişilerle hiçbir şekilde akrabalığı bulunmayan ve sanık Recep’in sadece arkadaşı olduğu anlaşılan ferî fail Fikret’e sirayet ettirilmesinin haklı ve kabul edilebilir

⁵⁷⁶ Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.I, Dördüncü Bası, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s.404.

⁵⁷⁷ Erem,a.g.e., s.405.

⁵⁷⁸ Koca/Üzülmaz,a.g.e., s.298.

⁵⁷⁹ Yargıtay 2.CD’nin 13.01.1951 tarih ve 44/179 E.K. sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.235.; Açıköz, a.g.e., s.187.

⁵⁸⁰ Yargıtay 1.CD. 15.12.1988 tarih ve 4349/4512 E.K. sayılı kararı; Yavuz a.g.m., s.466.; Açıköz, a.g.e., s.281.

⁵⁸¹ Koca/Üzülmaz,a.g.e., s.298.

gerekçesi denetlemeye elverişli açıklıkla gösterilmeden, TCK 51/1. Maddesinin lehe tatbiki ile sanık Fikret' e eksik ceza tayini''⁵⁸²bozmayı gerektirmiştir.

Parlar / Hatipoğlu'na göre; Tahrik hükmünün, suça iştirak eden faillere her halükarda sirayeti söz konusu olamaz. Sirayetin kabul edilebilmesi için 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 gerekir.⁵⁸³

1.8. Haksız Tahrik ve Cezaların İçtima

Mülga 765 sayılı Türk kanunumuzda“suç ve cezaların içtimaı” başlığını taşıyan yedinci babında yer alan 68.maddesinde ⁵⁸⁴, ‘‘bir kimse müteaddit suçlardan dolayı hüküm veya ceza kararnamesiyle mahkum edilirse cezalar bu bab hükümlerine göre içtima ettirilir’’ demek suretiyle cezaların içtimaı kuralını koymuş yine yedinci babın son üç maddesi olan 78,79,80. maddesinde⁵⁸⁵ise, cezaların birleşmesi kuralının uygulanamayacağı ‘‘suçların içtimaı’ na ‘‘ ilişkin maddelere yer verilmiştir.⁵⁸⁶

Ancak YTCK'da cezaların içtimaı müessesesi kabul edilmemiştir. Bu konudaki gerekçede: Ceza hukukunun temel kurallarından biri“kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza bağımsızlığını koruyacaktır. Hükmolunan birden fazla aynı veya farklı nitelikteki cezanın ne suretle infaz edileceği sorununun infaz kanununda düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle; Komisyon çalışmalarında ‘‘cezaların içtimaı’’ na ilişkin hükümlerin metinden çıkarılması kabul edilmiştir.⁵⁸⁷

⁵⁸² 1.CD. 17.11.2003-2082/281 sayılı kararı; Günay,a.g.e., s.80.

⁵⁸³ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.516, 517.

⁵⁸⁴ Mülga 765 sayılı TCK 68 maddesi, 5237 sayılı YTCK.da kaldırılmıştır.

⁵⁸⁵ Mülga TCK 78 maddesini karşılık olarak 5237 sayılı YTCK.42.madde; 79 maddeye karşılık 44 madde, 80 maddeye karşılık olarak 43 maddeler düzenlenmiştir.

⁵⁸⁶ Duran,a.g.e., s.236.

⁵⁸⁷ Özgenç/Şahin, Gazi Külliyyatı (*Genel Hükümler*),a.g.e., s.83.

Haksız tahrik hükmünün her suç için ayrıca dikkate alınacaktır. Yeni yasayla cezaların içtimaı kuralı kaldırıldığından her bir suç için içtima kuralına yer verilmeden haksız tahrik uygulaması zorunlu olarak yapılacaktır.⁵⁸⁸Bu sebeple cezaları içtima ettirilen suçlardan bazıları hakkında haksız tahrikin kabulü, diğerleri hakkında reddi ya da bunların bazıları hakkında alt seviye, diğerleri hakkında üst seviyeden indirimi kabul etmek mümkündür.⁵⁸⁹

1.9. Haksız Tahrik ve Tekerrür

Bir kimse tarafından çeşitli suçların işlenmesi durumunda karşımıza iki genel problem ortaya çıkar; bunlardan ilki, bir suçtan dolayı kesin şekilde mahkumiyetten sonra yeni bir suç işleyen kimsenin ikinci suçunun cezasının artırılıp artırılmadığı problemi, ikincisi ise, kesin mahkumiyet bulunsun bulunmasın işlenen suçlarda sorumluluğun ne şekilde olacağı problemidir.⁵⁹⁰

Mülga 765 sayılı TCK.“sekizinci bap”,“cürümde tekerrür “ başlığı altında düzenlenen81-88 maddelerine karşılık olarak 5237 sayılı YTCK “üçüncü kısım ikinci bölümünde”,“güvenlik tedbirleri” başlığı altında ,“suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular” başlıklı 58 maddesi 9 fıkra halinde düzenlenmiş maddenin 1.fıkrasında :“Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır.Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez” açıklamasına yer verilmiştir.⁵⁹¹Böylece “tekerrür” güvenlik tedbiri içine alındığından, infaz rejimi olarak kabul edilmiştir.⁵⁹²

Tekerrüre ilişkin 58’ nci madde incelendiğinde tekerrürün varlığı için gerçekleşmesinin arandığı görülecektir; failin daha önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı mahkum olması (mahkumiyet şartı), sonra yeni bir suç işlemesi (ikinci bir suçun işlenmesi şartı) ve yeni işlenen bu suçun muayyen bir süre içinde işlenmiş bulunması (süre şartı) gereklidir.⁵⁹³

⁵⁸⁸ Duran,a.g.e., s.237.

⁵⁸⁹ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.604.

⁵⁹⁰ Duran,a.g.e., s.237.

⁵⁹¹ Duran,a.g.e., s.237.

⁵⁹² Taşdemir, a.g.e., s.77.

⁵⁹³ Taşdemir, a.g.e., s.77.

Suçta tekerrür haksız tahrik hükümleriyle birlikte uygulanabilir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta YTCK.61/5. fıkrasına bağlı kalarak hükümde yazılı sıraya uymaktır.⁵⁹⁴

2-HAKSIZ TAHRİKİN BAZI SUÇ TÜRLERİ İLE İLİŞKİLERİ

2.1. Haksız Tahrik ve Taksirli Suçlar

YTCK'nın 22. maddesine göre taksir: “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” dir. Yine, aynı maddeye göre, taksirle islenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

Taksirli suçlarda fail kendi yetenekleri, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır ve bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.⁵⁹⁵

Örneğin, herhangi bir trafik kuralını ihlal ederek çocuğuna çarpan şoföre babanın haksız hakaret etmesi ya da müessir fiilde bulunması halinde haksız tahrik hükümleri uygulanabilir.⁵⁹⁶

Taksirle işlenen suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanmasının mümkün olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bazı görüşler de, haksız tahrik niteliği itibariyle taksirli suçlarla uyumsuz. Taksirli suçlarda tepkinin tahriki yapana

⁵⁹⁴ Duran,a.g.e., s.237.

⁵⁹⁵ Özgenç/Şahin, Gazi Külliyyatı (*Genel Hükümler*),a.g.e., s.115.

⁵⁹⁶ Yargıtay 1.CD 07.02.1995 tarih ve 4368/251 E.K. sayılı kararında bu yöndedir. “Maktul dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre sanıklar lehine haksız tahrik hükmünün kabulü yasal düzenleme gereği olup, bu tahrik basit düzeydedir.”; Açıkgöz, a.g.e., s.169.

yönelmediği ve bunun haksız tahrik kurumunun bir şartı olduğundan taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağı yönündedir.

Aksi yöndeki görüşler de ise, haksız tahrik kurumu YTCK' nın genel hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu durumda taksirli suçlarda uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Kasıtlı suçlarda haksız tahrikin kabulüne yol açan psikolojik esas, taksirli suçlarda da vardır.

Özgenç ve Şahin'e göre; maruz kalınan haksız bir fiilin oluşturduğu gazap ve hiddetin etkisinde islenen suç ister kasten ister taksirle islenen bir suç olsun, genel haksız tahrik hükmüne istinaden failin cezasında indirim yapabilmelidir. Çünkü haksız tahrik hali açısından önemli olan, maruz kaldığı haksız bir fiilin kişide gazap ve hiddet oluşturup oluşturmadığı ve suçun bunun etkisinde islenip işlenmediğidir. Eğer suç bu haksız fiilin oluşturduğu gazap halinin etkisinde islenmiş ise; bu islenen suç açısından failin irade kabiliyetinin zayıflamış olduğu anlamına gelecektir. Dolayısıyla, bu husus, işlediği suça ilişkin olarak failin kusurunun tayininde dikkate alınacaktır⁵⁹⁷.

Açıkgöz, haksız tahrik kurumunun taksirli suçlarda da uygulanabilmesine engel bir düzenleme bulunmadığına göre failin içinde bulunduğu durumu esas alan ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir nitelikte bulunan bu kurumun taksirli suçlarda da uygulanabileceğini savunmaktadır. Ona göre, bir müşteri şoföre hakaret ettiği için hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile kaza yapan ve hakaret eden müşterisinin yaralanmasına da sebebiyet veren şoförün, haksız tahrikten yararlanamamasının sebebini izah etmek mümkün değildir.⁵⁹⁸

Aksi fikri savunan Gürelli; haksız tahrik müessesinin taksirle islenen suçlarda uygulanamayacağını su şekilde açıklamaktadır: Taksirli suçlarda haksız tahrikin kabul edilmeyeceğine dair kanunda açıklık yoktur. Bu neticeye taksirli suçların ve haksız tahrikin niteliğinden varılmaktadır. Haksız tahrik neticesinde işlenen suç, tahrikin tepkisini oluşturmalı ve tahrik edene yönelmelidir. Bu şartların yerine gelmesi için mutlaka failin kasti bir şekilde hareket etmesi gerekir. Taksirli suçlar

⁵⁹⁷ Özgenç/Şahin,a.g.e., s.290.; İzmir a.g.e., s.80.

⁵⁹⁸ Açıkgöz, a.g.e., s.174.

ise, tedbirsizlik, dikkatsizlik ve nizamlara riayetsizlik suretiyle islenen suçlardır. Gerçi insan öfkeliyken bazı hususlara dikkat etmeyebilir. Örneğin, müşterisinin haksız tahriki ile hiddetlenen taksi şoförünün trafik kurallarına riayet etmeyerek yayayı çiğnemesi halinde şoför haksız tahrik mazeretinden faydalanamaz. Çünkü burada işlenen suç haksız tahrikin doğrudan doğruya tepkisi değildir.⁵⁹⁹

Günay, taksirle işlenen fiilinde haksız bir fiil olduğunu, bu nedenle bu fiile karşı verilen tepki suretiyle işlenen suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini, ancak failin işlediği suçun kasıtlı suç olması gerektiğini bilerek taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını savunmaktadır. Ona göre çocuğuna çarpan şoförü darp eden baba hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması zorunlu iken, vaktiyle kendisine hakaret eden kişiye müşteri olarak aracında taşıdığı sırada aracın devrilmesi sonucunda ölmesi olayında failin haksız tahrik indiriminden yararlanması mümkün değildir.⁶⁰⁰

Uygulamada taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda birbiriyle çelişen Yargıtay kararları vardır.

Yargıtay'ın bir içtihadında , “kasıtsız suçlarda tahrik bahse konu olamayacağından 59.madde yerine 51.maddenin uygulanması indirme nispeti bakımından sonuca etkili görülmediğinden bozma sebebi sayılmayacağına”⁶⁰¹ karar vererek tahrik hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir.

Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında ise; “Olayda, maktulün, elverişli genişlikte olmasına rağmen biraz daha sağa yanaşmayarak tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu traktörüne takılı alet ile sanıkların traktörüne çarptığı ve hasara neden olduğunu, bundan kaynaklanan kavgada sanıkların maktulü sopa ile darp ettiği, diğer sanığın da av tüfeği ile ateş ederek maktulü öldürdüğü anlaşılmaktadır. Maktul haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre, sanıkların lehine TCK.51/1. Maddesinin uygulanması gerekeceğine karar verilmelidir. Çünkü, haksız hareketin mevcudiyeti yeterli olup bunun suç oluşturup, oluşturmaması

⁵⁹⁹ Güreli,a.g.m., s.339.

⁶⁰⁰ Günay, a.g.e., s.64.

⁶⁰¹ Yargıtay 4.CD.'nin 8.12.1945 gün ve E.11546,K.11536 sayılı kararı; Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.596.

neticeye etkili bulunmadığı gibi; eylemin kasten ya da taksirle işlenmesi arasında da bir fark yoktur.’’⁶⁰²

Aksi yönde bir Yargıtay kararında ise ; “Tahrik hükmünün kendine özgü nesnel ve öznel koşulları gözetildiğinde kişilerin birbirleri aleyhine işlemiş oldukları kasti ve iradi suçlarda uygulanması olanağı bulunduğu, kasıtsız suçlarda bu koşullar oluşmadığından haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün değildir.’’⁶⁰³ Taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağına karar vermiştir.

Kanaatimizce haksız tahrik kurumunun sadece kasıtlı suçlar bakımından tatbik olunacağına dair bir kayıt bulunmamaktadır. Haksız tahrik kurumunda, failin psikolojik durumu dikkate alındığına göre, tahrikten etkilenen failin eyleminin taksirli olması açısından ceza indiriminden yararlandırılmaması uygun değildir.

2.2. Haksız Tahrik ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

YTCK.’nın 23. maddesinin başlığı “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç” olmakla birlikte, maddede “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde” denilerek kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaşmış suça yer verilmiştir.

765 sayılı yasadan farklı olarak 5237 sayılı yasanın 87/4. Maddesinde yapılan düzenleme ile kastın aşılması ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç arasında bir fark kalmamıştır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar yönünden, 765 sayılı TCK.’da 452, 458 maddelerine karşılık olarak 5237 sayılı YTCK.’nda 87 (“netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama”), 95 (“netice sebebiyle ağırlaşmış işkence ”) maddesinde düzenlenen suçlar dışında; 97/2, 109/6,119/2,149/2,223/2,224/3,265/5,292/4 maddelerde yazılı suçlarda da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramına yer verilmiştir.⁶⁰⁴

⁶⁰² Yargıtay 1.CD.’nin 7.2.1995 gün ve E.4368, K.251 sayılı kararı; Duran,a.g.e., s.242.

⁶⁰³ Yargıtay 2.CD. 22.10.1985 tarih 7645/8347 E.K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.174.

⁶⁰⁴ Duran,a.g.e., s.243.

Suçlar genellikle, kasten veya taksirle işlenirler. Fakat ceza kanunu kast ve taksirin kombinasyonundan oluşan “karma suçlara” da yer vererek bunlara “netice sebebiyle ağırlaşmış suç” olarak isimlendirmiştir.⁶⁰⁵

Failin belli bir suçu işlemek kastıyla hareket etmesine rağmen, istediğinden daha ağır bir sonucun gerçekleşmesinde kastın aşılması durumu vardır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta yeni bir suç oluşmamaktadır. Suçun nitelikli biçimini oluşturur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda aşırılık, neticeyi ve dolayısıyla suçun maddi unsurunu ilgilendirdiğinden, haksız tahrikin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda uygulanması mümkündür.⁶⁰⁶

Y.C.G.K. 25.03.1997 gün ve 41/64 sayılı kararından “-eylemin T.C.K.’ nun 452. maddesine uygun bulunduğunu belirttikten sonra –Öte yandan, ölenin de içinde bulunduğu grubun; tekme tokatlı çok ağır ve toplu saldırısına maruz kalan sanık ve annesi ile kardeşinin uğradıkları bu saldırının oluşturduğu gazap ve şiddetli elemin etkisiyle suçu işlemesi nedeniyle, hakkında ağır tahrik hükümleri de uygulanmalıdır.”⁶⁰⁷

2.3. Haksız Tahrik ve Müteselsil Suçlar

YTCK.’ nin 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez işlenmesidir.

YTCK.’nin 43. maddesinde “zincirleme suç kavramı” 3 fıkra halinde düzenlenmiştir: (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra

⁶⁰⁵ Koca/Üzülmez, a.g.e., s.232.

⁶⁰⁶ Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.607.

⁶⁰⁷ Bakıcı,a.g.e., s.635.

hükümü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.’’

Zincirleme suçun şartları; “birden çok fiilin bulunması”, “fillerin her birinin aynı suçu oluşturması”, “aynı suçun birden çok defa aynı kişiye karşı işlenmesi” ve “bu suçların bir suç işleme kararlarının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi” biçiminde özetlenebilir.⁶⁰⁸

İşlenen her suçta, failin tahrik sonucu kapıldığı öfke veya elemin etkisi araştırılmalıdır. Örneğin, kendisini dolandıran şahsın evinin camını kıran, bununla da yetinmeyip aynı kızgınlıkla bir saat sonra bu şahsın arabasına taş atan failin eylemi zincirleme biçimde işlenen eşyaya zarar vermek suçunu oluşturur ve bu durumda fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir⁶⁰⁹.

Zincirleme suç halinde, haksız tahrike ilişkin şartların oluştuğu ve suçun nitelik açısından haksız tahrikle işlemeye müsait suçlardan olması durumunda aynı kasıt altında irade yeteneği azalan sanığın aynı şahsa ya da birden fazla mağdura karşı işlediği zincirleme suçlarda haksız tahrik indiriminin uygulanmaması için hiçbir neden yoktur.⁶¹⁰ Bu somut olay bir değerlendirme yapılarak göz önüne alınmalıdır. Zira haksız tahrik ile zaman arasındaki ters orantı sebebiyle, önceden var olan haksız tahrikin giderek zayıflaması ihtimali olduğu göz ardı edilmemelidir.⁶¹¹

Zincirleme suçun varlığı halinde önce temel ceza tayin edilecek, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda temel cezada önce arttırma sonra indirme yapıp bu ceza üzerinden teşebbüs, iştirak hükümleri uygulanıp peşinden TCK.’ nın 43. maddesi ile ceza arttırılacaktır ve müteakiben de TCK.’ nın 61/5. maddesi uyarınca haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve şahsi indirim nedenleri uygulanacaktır.⁶¹²

⁶⁰⁸ Koca/Üzülmez, a.g.e., s.450; Açıkgöz, a.g.e., s.179.

⁶⁰⁹ Tutumlu, a.g.e., s.41-42.

⁶¹⁰ Açıkgöz, a.g.e., s.181.

⁶¹¹ Abban, a.g.e., s.118.

⁶¹² Bakıcı, a.g.e., s.1365, 1366.; Çam, a.g.e., s.93.

2.4. Haksız Tahrik ve Kesintisiz Suçlar

Hukuksal ihlalin hemen sona ermediği, belli bir süre devam ettiği suçlara, kesintisiz (mütemadi) suç denir. Kişi özgürlüğünü kısıtlama, taşınması yasak eşyaları taşımak, askerlik hizmetinden kaçma, firar suçları bu tür suça örnek teşkil eder⁶¹³.

5237 sayılı TCK' da mütemadi suç kavramına ilişkin bir açıklamaya 765 sayılı yasada olduğu gibi benzer bir şekilde yer verilmemiştir. Sadece 66.maddenin 6.fıkrasında: “Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar” şeklindeki açıklama ile mütemadi suç anlamına gelen “kesintisiz suç” terimine yer vermiştir.⁶¹⁴

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m.109), suç işlemek için örgüt kurma suçu (TCK m. 220), uyuşturucu madde bulundurma suçu (TCK m.191/1), girilen konuttan çıkmamak suretiyle işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m.116/1)⁶¹⁵ve “bilişim sistemine girme” madde başlıklı 243. maddenin 1 fıkrasındaki düzenleme⁶¹⁶ ile enerji alımında süreklilik gösteren elektrik hırsızlığı mütemadi suçlara örnek olarak gösterilebilir.

Buna karşın haksız tahrik hükümlerinin uygulanması şartlarına uygun bir biçimde başlayan mütemadi suça, şartların ortadan kalkmasına rağmen devam edilmiş ise, failin tahrikten faydalanması mümkün değildir.⁶¹⁷

⁶¹³Y.6.C.D. 24.09.1983 gün ve 5935/5931 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e., s.42.

⁶¹⁴Duran, a.g.e., s.246.

⁶¹⁵Koca/Üzülmez a.g.e., s.144; Açıkgöz a.g.e., s.181.

⁶¹⁶Duran, a.g.e., s.246.

⁶¹⁷Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.608.

2.5. Haksız Tahrik ve Teşebbüs Aşamasında Kalan Suçlar

Suçta teşebbüs durumunda, fail suçu tamamlamak kastıyla icrasına başlamasına rağmen, ancak kendi rızası dışında çeşitli nedenlerle fail sonucu gerçekleştiremediği ve amacına ulaşamadığı durumlarda söz konusu olur. Suçta teşebbüs subjektif olarak tamamlanmak istenen, ancak objektif olarak tamamlanamayan kanunda cezalandırılan bir davranış şeklinde tanımlanabilir.⁶¹⁸

765 sayılı mülga yasada 61.maddede tam teşebbüs, 62 maddesinde ise eksik teşebbüs düzenlenmiştir. 5237 sayılı yasa ile bu ayırım ortadan kaldırılmıştır. 5237 sayılı YTCK ile “suçta teşebbüs” 35. maddede iki fıkra halinde şöyle düzenlenmiştir.: “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

Doktrinde, haksız tahrik ve teşebbüs aşamasında kalan suçların birlikte uygulanabilirliğine ilişkin öğretilerde bir görüş açıklanmamıştır.⁶¹⁹ Yargıtay içtihatlarında; “mağdurenin haksız hareketlerinin oluşturduğu gazap ve şiddetli elemin tesiri ile mağdureyi öldürmeye tam teşebbüste bulunduğu anlaşıldığından”⁶²⁰ yine “mağdurdan gelen öldürmeye eksik teşebbüs suçunun nedenini teşkil eden bu haksız hareketin sanık lehine TCK.’nin 51/1 maddesinin uygulanmasını gerektirir adi tahriki oluşturacağına”⁶²¹ kararları haksız tahrik ve teşebbüs aşamasında kalan suçların birlikte uygulanabileceği yönündedir.

⁶¹⁸ İçel, a.g.e., s.314.

⁶¹⁹ Açıkgöz, a.g.e., s.183.

⁶²⁰ Yargıtay CGK.’nin 10.10.1995 gün ve E.1-229,K.273 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.248.

⁶²¹ Yargıtay 1.CD.’nin 31.12.1984 gün ve E.421,K.740 sayılı kararı; Erdurak, a.g.e., s.85; Duran, a.g.e., s.248

Yargıtay'ın bu konu hakkındaki içtihatları istikrarlı ve müstekar (yerleşik) vaziyettedir.⁶²²

2.6. Haksız Tahrik ve Şekli Suçlar

Şekli suç; yasada öngörülen belli hareketlerin icra edilmesiyle oluşur. Bu tür suçların oluşması için mutlaka belli bir sonucun doğması gerekmez. Örneğin YTCK'nın 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık ve 275. maddesinde düzenlenen yalan yere yemin suçlarında, netice belli bir hareket tarzına bağlandığı için ve tepkinin belli bir şahsa yöneltilmesi koşulu oluşmadığı için haksız tahrikin koşulları bu tür suçlarda oluşmaz⁶²³.

Örneğin, 6136 sayılı kanuna aykırı olarak Ruhsatsız tabanca taşıma suçunda haksız tahrikin koşulları bulunmadığından uygulanması mümkün değildir.⁶²⁴ Bazı durumlarda, Örneğin hakaret ve sövme gibi şekli suçlarla haksız tahrik hükmünün uygulanması söz konusu olabilir. Bu doğrultuda Yargıtay şekli bir suç olan 6136 sayılı Yasaya muhalefeti şekli suç kabul ederek bu tür suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulama olanağı bulunmadığına karar vermiştir.⁶²⁵

2.7. Haksız Tahrik Ve Kabahat Türünden Suçlar

Kabahatler, 765 sayılı mülga yasadan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da "cürüm" ve "kabahat" ayrımı kaldırılmış, kabahatlerin büyük bir kısmı 5326 sayılı

⁶²² "...Mağdur sanık Şükrü'nün sanık Ramazan'ı tehdit etmediği, ancak Ramazan'a müessir fiilde bulunan Deniz'in yanında yer alarak ve dükkana onunla birlikte girip baskı unsuru olacak şekilde husule gelen hareketi sebebiyle bu mağduru öldürülmeye teşebbüs edilmesinde tahrik hükmünün uygulanmasında isabetsizlik görülmemiştir.."; Yargıtay 1 CD. 02.10.2006-1558/3987 E.K. sayılı kararı; Açıkgöz, a.g.e., s.184.

"Mağdurenin sanıklardan Ali'nin yeğeni Rıza'nın kız kardeşi Şerife hakkında başkaları ile ilişkide bulunduğu şeklinde dedikodu çıkarmasının, öldürmeye teşebbüs suçunda adi tahrik sebebi kabul edilip cezasından 51/1 madde ile indirim yapılması karşısında öldürmeye teşebbüs suçunu icra için konut dokunulmazlığını bu sebeple ihlal eden sanık Ali hakkında bu suçtan kurulan hükümde de aynı kanuni indirim sebebinin uygulanmaması.."; Yargıtay 1.CD. 24.01.1994-2715/37 E.K. sayılı kararı; Günay, a.g.e., s.155.

⁶²³ Tutumlu, a.g.e., s.40; Bardak, a.g.m., s.49.

⁶²⁴ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.518.

⁶²⁵ Y.8.C.D. 19.09.1989 gün ve 6029/6549 sayılı kararı; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.518. ve Y.8.CD. 27.04.1978 gün ve E.78/2049, K.78/4092 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s.249.

Kabahatler Kanununa nakledilmiş, bir kısmı da 5237 sayılı TCK' da "suç" olarak muhafaza edilmiştir.⁶²⁶

5326 sayılı Kabahatler kanununun 2'.nci maddesi kabahat tanımına yer vererek; "Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılması gerektiği" ; 7.nci maddesi, " kabahatler icrai veya ihmali davranışla işlenebileceği ve ihmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığının gerektiği"; 9.ncu maddesi"kabahatlerin, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde , hem kasten hem de taksirle işlenebileceği"; 10.ncu maddesi "Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümlerinin, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanacağını" hükümlerine yer vermiştir.⁶²⁷

Kanun taksirle işlenen fiillerde kanunun açıkça belirttiği hallerde fiilin cezalandırılmasını öngörmüşken, kabahatler bakımından "kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir" hükmüyle kabahatlerde failin taksirle hareket etmiş olması halinde de sorumluluğu cihetine gidilebileceğini belirtmiştir.⁶²⁸

Uygulamada Yargıtay'ın özellikle kabahat türünden olan sarhoşluk suçuna ilişkin bir kararında, kabahatlerde tahrik kuralının uygulanamayacağını benimsemiş olduğu görülmektedir; "saldırgan sarhoşluk suçunda tahrikin varlığının kabulü tecavüzi hareketin sarhoşluktan kaynaklanmadığı sonucunu doğurduğu cihetle, sarhoşluk suçunun oluşmayacağı, olayın sarhoşluk saiki ile meydana geldiğinin kabulü halinde ise TCK.51/1 maddesinin uygulama yeri bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde TCK.572/1, 51/1.maddeleriyle hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir."⁶²⁹

⁶²⁶ Açıkgöz, a.g.e., s.188.

⁶²⁷ Duran,a.g.e., s.250.

⁶²⁸ İçel,a.g.e., s.294.

⁶²⁹ Yargıtay 2.CD.2nin 2.3.1993 tarih ve E.1633,K.2679 sayılı kararı; Duran,a.g.e., s.252.

3-ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

3.1. Genel Olarak

TCK'da haksız tahrik, bütün suçları kapsayacak şekilde düzenlendikten sonra, daha ağır ve özel şiddette olan tahrik durumları için, belli koşullar altında işlenen bazı suçlarda da konu edilmiştir.⁶³⁰Bu durumlarda failin cezasında daha fazla indirim uygulanacaktır. Özel tahrik hali varken aynı nedene dayanarak ikinci bir genel indirim nedeni uygulanamayacak ve biri diğerinin yerine uygulanması da doğru olmayacaktır.⁶³¹

765 sayılı TCK. m. 51' de düzenlenen genel haksız tahrik dışında, 272. , 258/4. (memura karşı işlenen suçlarda haksız tahrik) 461/son, 462 ve 485. maddelerinde de (hakaret ve sövme suçunda haksız tahrik) özel haksız tahrik hallerine yer vermişti.

765 sayılı Kanundan farklı olarak, yeni TCK' da bütün suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünden başka, belli suçların bir haksız fiilin oluşturduğu gazap veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi halinde bu suçların cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerektiği yönündeki hükümlere bir istisna durum dışında yer verilmemiştir.⁶³²

⁶³⁰ Duran,a.g.e., s.254.

⁶³¹ Erem/Danışman/Artuk,a.g.e., s.609.

⁶³² Ceza Kanununda genel anlamda kusur yeteneği üzerinde bir etkisi olması itibarıyla haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir sebep olarak kabul edilmiş olmasına rağmen; bazı özel hükümlerde haksız tahrik nedeniyle failin cezasında indirim yapılacağı özellikle ifade edilmiştir. Türk Ceza Hukuku doktrininde bu özel hükümlerle ilgili olarak "özel haksız tahrik halleri"nden söz edilmektedir. Bu konuda 765 sayılı TCK' nun su hükümleri örnek olarak gösterilebilir: Memura karşı hakaret veya sövmenin, memurun memuriyet sınırını aşması veya keyfi hareketleri sonucu olması haline ilişkin olarak, m.272; zina halinde yakalamahaline ilişkin olarak, m.462.; Özgenc, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2012, s.414.

3.2. Mülga 765 Sayılı Tck Yer Alan Özel Haksız Tahrik Halleri ve 5237 Sayılı YTCK'da Durum

3.2.1. ETCK.258/4.Maddesi

ETCK.258/1.fikrasında;“bir memura veya ona yardım eden edenler memuriyetine ait vazifeleri ifa sırasında cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde memura mukavemet cürmü düzenlenmiştir.⁶³³

ETCK.258/4.fikrasında; “eğer memur haiz olduğu salahiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir” hükmü ile özel bir haksız tahrik haline yer verilmiştir.⁶³⁴

765 sayılı TCK'da yer alan 258. maddeye karşılık olarak 5237 sayılı YTCK'nın 265 madde birinci fıkrası bu konuda bir düzenlemeye yer vermiştir. Maddeye göre (1) “Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”⁶³⁵ hükmüne yer verilmiştir. Yeni kanunda özel haksız tahrik haline ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Memurun memuriyet sınırlarını aşması ya da keyfi hareketlerde bulunması nedeniyle işlenmesi halinde genel haksız tahrike ilişkin 29. madde uygulanacaktır.

3.2.2. ETCK.272.Maddesi

765 sayılı T.C.K. m. 272'de; “Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre büsbütün de

⁶³³ Demirbaş,a.g.e., s.74.

⁶³⁴ Demirbaş,a.g.e., s.74.

⁶³⁵ Bkz. YTCK, m.265.

kaldırılabilir” şeklinde, memurun kanundışı ve keyfi davranışlarına karşı koymayı benimsemişti.⁶³⁶

Öğretide, bu maddenin hukuki esasında değişik görüşler ileri sürülmüştür; özel bir meşru müdafaa kuralı, özel bir haksız tahrik kuralı, kısmen haksız tahrik, kısmen de cezalandırılabilme unsurunun ortadan kalkması ile ilgili bir kural ya da meşru müdafaa ve tahriki kapsayan karma bir kural olduğu şeklinde sıralanabilir.⁶³⁷

765 sayılı yasada TCK.272.maddesi kabul edilmişken,5237 sayılı YTCK’da böyle bir özel haksız tahrik haline yer verilmemiştir.

3.2.3. ETCK.461/Son Maddesi

765 sayılı TCK. 461. Maddesi şöyle düzenlenmiştir.

“Yukarıdaki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapılanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

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

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

Ancak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaada ifrada gidilmiş ve hane ve sükna müştemilatına merdiven kurmak, kapı kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini defi için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış bulunduğu halde asıl fiile mürettep ceza indirilir.”⁶³⁸

⁶³⁶ Demirbaş,a.g.e., s.78.;Bkz.20.6.1933 tarihli RG.; Tutumlu,a.g.e.,s.70.

⁶³⁷ Demirbaş,a.g.e., s.78.

⁶³⁸ Demirbaş,a.g.e., s.75.

5237 sayılı YTCK'da 765 sayılı TCK'nın 495, 496, 497.nci maddelerine karşılık olarak 148, 149.ncu maddeler düzenlenmiş 499.ncu maddesi ve bu maddelere ilişkin bir özel haksız tahrik hali olan 461 maddesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁶³⁹

3.2.4. ETCK.462 Son Maddesi

Zina suçu 765 sayılı yasada kadın ve erkek açısından iki ayrı maddede düzenlenmiştir.(m.440 ve 441)bu maddeye göre kadının zinasının bir tanımı yapılmamış 441.maddede kocanın zinasının tanımı yapılmıştır.⁶⁴⁰Bu maddeler Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın 10. Maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal edilmiştir.⁶⁴¹

765 sayılı TCK. 462 maddesi 6123 sayılı yasa ile yapılan son değişiklikten sonra şöyle bir hükme yer vermiştir:

“Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller, zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunduğu esnada yakalanan veya zina yapmak veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmuş olduğundan zevahire (görünüşe) göre şüphe edilmeyecek surette görülen bir koca veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur. Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir”⁶⁴²

⁶³⁹ Madde karşılıkları için bkz. Çolak, a.g.e., s.404.

⁶⁴⁰ “failin, eşiyle birlikte oturdukları evde veya herkesçe bilinecek şekilde bir başka yerde evli olmayan bir kadınla karı koca gibi yaşamak”

⁶⁴¹ Tutumlu, a.g.e., s.82.

⁶⁴² Bkz.RG: 15.7.1953; Tutumlu,a.g.e., s.80.

3.2.5. ETCK.485.Maddesi

Maddeye göre: “ Kendisine tecavüz eden olunan şahıs 480 ve 482. Maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketleriyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır.

Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiği nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı iskat edebilir.

Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir.”⁶⁴³

Madde metnine göre, maddenin üç ayrı fıkrasında üç özel tahrik nedeni düzenlenmiştir. 1.fıkarda mağdurun kendi haksız hareketi ile hareket veya sövme suçuna sebep olması, ikinci fıkarda karşılıklı hakaret, üçüncü fıkra da şiddet kullanılmasından dolayı mağdurun hareketi düzenlenmiştir.⁶⁴⁴

ETCK. 485. maddesinde düzenlenen özel haksız tahrik haline karşılık olarak 5237 sayılı YTCK.’da “haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret” başlıklı 129. maddesi 3 fıkra halinde şöyle düzenlenmiştir: “(1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektende vazgeçilebilir. (2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez. (3) Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflar her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektenden de vazgeçilebilir”; ETCK. 485. ve YTCK 129. maddeleri karşılaştırıldığında iki maddenin de üç fıkra halinde düzenlendiği (ETCK 485/1 fıkrasına karşılık 129/1, 485/2’ye karşılık 129/3, 485/3’e karşılık olarak ta 129/2. fıkralar) anlaşılmaktadır.

⁶⁴³ Tutumlu, a.g.e., s.93.

⁶⁴⁴ Açıkgöz, a.g.e., s.201

4- Hakaret Suçunda Özel Haksız Tahrik

YTCK'nın sekizinci bölümünün "Haksız Fiil Nedeniyle veya Karşılıklı Hakaret" başlıklı 129. maddesine göre:

" Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak islenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

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

Hakaret suçunun karşılıklı olarak islenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir"

Madde gerekçesindeki açıklamaya göre: "Madde metninde, hakaret suçundan dolayı cezanın kaldırılması ve azaltılması bakımından üç ayrı duruma ilişkin hüküm bulunmaktadır. Birinci fıkraya göre, mağdur kendi haksız hareketleriyle hakarete neden olmuş ise, haksız hareketinin ağırlığını göz önüne almak suretiyle hakim, failin cezasını azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle kaldırabilecektir. İkinci fıkraya göre, kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Üçüncü fıkraya göre, karşılıklı hakaret hallerinde hakim, hangisinin olaya neden olduğunu göz önünde bulundurarak taraflardan her ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten tamamen sarfınazar da edebilecektir."

5237 sayılı kanunun, 765 sayılı kanunun 485. maddesine karşılık gelen 129. maddesinin 1.fikrasında, 765 sayılı kanundan farklı olarak haksız bir fiile tepki olarak islenen hakaret suçunda failin cezasını üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebileceğinden bahsetmektedir.5237 sayılı kanunun, 765 sayılı kanunun 485. Maddesinin 3.fikrasına karşılık gelen, 2. fıkrasında, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak islenmesi halinde kişiye ceza verilmeyeceği hususu düzenlenmiştir.3. fıkroda ise karşılıklı hakaret durumunda biri

hakkında verilebilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebileceği hususu düzenlenmiştir.⁶⁴⁵

4.1.Hakaret Suçunun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi(129/1)

4.1.1. Koşulları

4.1.2.Tahriki Oluşturan Haksız Bir Eylem Bulunmalı

YTCK 129. maddenin 1.fikrasının uygulanabilmesi için hakaret suçunun mağdurdan faile yönelik bir haksız eylem bulunmalıdır. Eylemin haksız olması için mutlaka bir suç oluşturması şart değildir. Bu sebeple, bir kimse hakkında icra takibi yapılması, ihtarname çekilmesi gibi bir hakkın kullanılmasına yönelik fiiller haksız fiil olarak kabul edilemez.

129/1. Fıkarda nelerin “haksız fiil” oluşturduğu belirtilmemiştir. Bu itibarla mahkeme kararının gerekçesinde, mağdurun haksız bir fiilinin gerçekten var olup olmadığı, varlığı kabul edilen bu fiilin haksızlık içeriği taşıyıp taşımadığı, fiil haksız ise failin cezasında indirim yapılması ve bu indirim oranı ya da ceza verilmemesi bakımından haksız fiilin ağırlık derecesi hususundaki takdiri nedenlerinin, dosyada mevcut kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve bu sonuca kanıtlardan hangisinin yekdiğerine üstün tutularak varıldığıının açıklanması gerekmektedir.⁶⁴⁶

Bu haksız fiiller faile yöneltilebileceği gibi, failin bir yakınına, akrabasına da yöneltilebilir.129/1 maddesinin uygulanabilmesi için fiilin hukuka aykırı olması gereklidir. Çünkü haksız hareket bir hakka dayanmadığı gibi suç teşkil etmesi de şart değildir.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ İzmir, a.g.e., s.83.

⁶⁴⁶ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.2049.

⁶⁴⁷ Demirbaş,a.g.e., s.112.

Yargıtay bir kararında “baba reşit olan oğlunu eve kabul edip etmemekte serbest olduğundan, evine kabul etmediği için babasına hakaret eden evladın 485/1. maddeden yararlanamayacağına” hükmetmiştir.⁶⁴⁸

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 129/1. maddesinin uygulanması bakımında haksız hareket kavramı dışında tutulması gereken iki eylem vardır: Hakaret suçu, kasten yaralama sonucu islenirse ve hakaret suçu karşılıklı olarak islenirse 129/1. fıkrası yerine, 129/2 ve 129/3. Fıkraları uygulanır.⁶⁴⁹

Fiil hukuka aykırı değilse 129. maddenin 1.fıkrası uygulanamaz. Bu nedenle haksız tahrike konu fiilin suç teşkil etmesi halinde kovuşturma konusu yapıp yapılmaması ya da cezalandırılabilir olup olmaması önemli değildir.⁶⁵⁰

4.1.3. Haksız Fiil Failde Öfke Veya Üzüntü Yaratmalı ve Nedenensellik bağı bulunmalıdır

Yasa koyucu, YTCK'nın 129. maddesinde 29. maddede olduğu gibi “hiddet” veya “şiddetli elem” kelimelerine yer vermemiş olması ve failin hemen tepkide bulunup bulunmamasına yönelik bir açıklık getirmemiştir. Bu nedenle 129/1.fıkrasının uygulanmasında failin öfke veya üzüntünün etkisinde hareket etmesinin indirim nedeni bakımından böyle bir şartın kanıtlanmasına gerek olmaksızın fail indirim nedeninden yararlanabilir.⁶⁵¹

Tahrikin gerçekleştiği an ile hakaretin yapılması arasında belirli bir zaman aralığı bulunması nedensellik bağının kurulabildiği durumda bir önem arz etmeyecektir.⁶⁵² Fakat aradan uzunca bir zaman geçmesi durumunda artık 129/1.

⁶⁴⁸ Yargıtay 4.CD.'nin 03.06.1968 tarih ve 3133-4352 E.K. sayılı kararı; Açıkğöz, a.g.e., s.208.

⁶⁴⁹ “Olayın şahsi davacı F'nin müzik setini alışılmışın dışında komsu dairelerde oturanları, buarada sanığı da rahatsız edecek biçimde açmasından kaynaklandığı anlaşılmasına göre, sanık hakkında TCK'nın 485/1. fıkrası hükmünün uygulanması gerektiği düşünülmeden TCK'nın 59. maddesinin tatbiki ile yetinilmesi bozmayı gerektirmiştir.” ; Yargıtay 2.CD.'nin 21.1.1986 tarih ve 36/303 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e.,s.94.; İzmir, a.g.e., s.84.

⁶⁵⁰ Arısoy, a.g.m., s.186.; Açıkğöz, a.g.e., 209.

⁶⁵¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.257.

⁶⁵² Arısoy, a.g.m., s.186.

madde değil, böyle durumlarda genel haksız tahrik hükmü olan YTCK 29. madde uygulanabilir.⁶⁵³

Haksız tahrikin niteliği gereği, fail haksız davranışın neden olduğu öfke veya şiddetli elem halinin etkisi altında kalarak hakaret ve sövme crmn işlerse, YTCK.m.129/1 deki indirimden yararlanabilir.⁶⁵⁴

Genel haksız tahrik hükmü bakımından fail, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suçu işlediğini ispat etmekle yükümlü olduğu halde 129/1. Fıkranın uygulanabilmesi için hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi yeterli olup faile böyle bir ispat yükü yüklenmemiştir.⁶⁵⁵

4.1.4.Failin, Haksız Tahrikin Neden Olduğu Bu Ruhi Durumun Tepkisi Olarak İşlediği Suç Hakaret Olmalıdır.

YTCK 129.maddesinde ‘‘hakaret suçunun bir fiile tepkisi olarak işlenmesi halinde ’’diyerek mağdurun haksız fiili karşısında sanığın karşılıkta bulunduğu tepki fiili bir suçu değil hakaret suçu ile sınırlamıştır. Avusturya C.K 115/3 ‘de failin tepkisi o kişiye sövmekten, kötü davranmaktan veya kötü davranmakla tehdit etmekten, İsve Ceza Kanunu madde 172/2’ de de tepkinin sövme ile sınırlandırılmıştır.⁶⁵⁶

Demirbaş’a gre⁶⁵⁷; Haksız davranışla, failin buna tepki olarak islediği hakaret veya sövme arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır. Ayrıca bu tepki fiilinin aradan uzun bir süre geçmeden haksız fiili yapana karşı yöneltilmiş olması gerekir. Fakat bu süre bakımından haksız fiilin yapıldığı an değil failin bundan haberdar olduğu an önemlidir. Failin haksız davranış üzerine öfke veya elem durumuna sürüklenmiş olması şarttır. Fakat fail bu öfke veya elem üzerine hemen

⁶⁵³ Açıkgöz, a.g.e., s.210.

⁶⁵⁴ Demirbaş,a.g.e., s.114.

⁶⁵⁵ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.2052.

⁶⁵⁶ Demirbaş, a.g.e., s.114.

⁶⁵⁷ Demirbaş,a.g.e., s.114.;İzmir, a.g.e., s.86.

tepkide bulunmalı mı yoksa söz konusu durum ortadan kalkmamak şartıyla daha sonrada karşılıkta bulunursa 129/1 ‘den yararlanabilir mi?

Haksız davranışın yarattığı öfke veya elem durumu ortadan kalkmamış ve aradan fazla bir süre geçmemiş olmak şartıyla, fail hakareti tahrik edene karşı islerse 129/1’ den yararlanabilecektir. Burada önemli olan yer ve zaman değil, failin psikolojik durumudur. Ancak failin öfke durumunda bir değişiklik olmamak şartıyla aradan uzunca bir süre geçmesi durumunda artık 129/1 uygulanamaz; böyle durumlarda genel haksız tahrik kuralı olan TCK 29 uygulanabilir.

YTCK 129/1’ in özel kural olmasının sonucu olarak bu hükmün şartlarının gerçekleşmesi durumunda 29. madde uygulanamaz ve ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza da verilmeyebilir.

Yargıtay’ın bir kararında da belirtildiği gibi, “ Sanığın, tehlikeli araç kullandığını görerek durduran ve aracının anahtarını isteyen polislerin, anahtarı vermek istemeyince kendisine vurdukları savunması ve sanığın adli raporunda sırt, kol, omuz ve yüzde yüzeysel sıyrıklar ve hassasiyet olduğunun açıklanması karşısında, görevi yaptırmamak için direnme suçu yönünden TCY’ nin 29. maddesindeki, hakaret suçu yönünden 129. maddesindeki haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması” bozmayı gerektirmiştir.⁶⁵⁸

4.2. Hakaret Suçunun, Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi, (129/2)

5237 sayılı TCK’ nın 129. maddesinin 2.fıkrası “ Bu suçun, kasten yaralama suçuna bir tepki olarak işlenmesi halinde kişiye ceza verilmez” şeklinde özel bir haksız tahrik halini düzenlemiştir.

Kuralın hukuki esası öğretilerde tartışmalıdır. Erman’a göre, şiddet kullanılan şahsın tahkir eylemi bir yasal savunma durumudur. Zira şiddete maruz kalan kimsenin saldırganı tahkir etmesinde zorunluluk vardır. Tahkir eyleminin şiddeti

⁶⁵⁸Yargıtay 4.CD.08.03.2010, E:9287, K:3598 sayılı kararı,Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.2054, 2055.

püskürtmeye yeterli olup olmaması ise ayrı bir sorundur ve bu durum, tahrikin yasal savunma niteliğini ortadan kaldırmaz.⁶⁵⁹

Tutumluya⁶⁶⁰ göre ise; benzer yanları bulunmasına karşın, şiddete karşı tepki olarak islenen tahrik eylemi yasal savunmadan farklıdır. Yasal savunmada, mağdurun saldırıyı derhal defetme zorunluluğu söz konusu iken tahrikte bu özellik bulunmamaktadır. Şiddete maruz kalma, kuskusuz ağır bir kışkırtma durumudur; bu nedenle şiddet mağdurun saldırganına karşı islediği hakaret suçu kanun koyucu tarafından doğal karşılanmış ve bu hareketine ceza verilmemesi esas kabul edilmiştir. Bu nedenle, şiddete karşı tahrik eyleminin özel kışkırtma halleri arasında sayılmasının daha uygun olacağı görüşündedir.

4.2.1.(Koşulları)

4.2.1.1. Faile Yönelik Bir Kasten Yaralama Eylemi Bulunmalı

5237sayılı TCK'nın 129/2. maddesinde kasten yaralama suçuna bir tepki olarak işlenen hakaret suçlarında özel bir tahrik hali düzenlenmiştir. Bu durumda ceza gerektiren hakaret eylemine ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Örneğin; kasten yaralamaya uğrayan bir kimsenin kendisine müessir fiil de bulunan kişiye hakaret etmesi halinde ceza verilmeyecektir.

Bu yaralama eyleminin hukukun korumadığı hukuka aykırı bir fiil olması gerekir. Hırsızlık yapan bir kimsenin suçüstü yakalama sırasında kolluk kuvvetleri tarafından yaralanması esnasındaki failin sarf ettiği hakaretleri hukuk düzeninin cezasız bırakmayacağı aşikardır.

765 sayılı TCK' nın 485. maddesinin 3. Fıkrasında “şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı...” diye bir hüküm bulunmaktayken 5237 sayılı yeni ceza kanununda hakaret suçunu kasten yaralamaya maruz kalan kişinin islemesi durumunda ceza almayacağını belirtmiştir. 765 sayılı kanun şiddet kullanılmasından bahsettiği halde 5237 sayılı kanun kasten yaralama halini düzenlemektedir.

⁶⁵⁹ Erman, a.g.e., s.221.; İzmir, a.g.e., s.87

⁶⁶⁰ Tutumlu,a.g.e., s.101.; İzmir, a.g.e., s.87

Şiddet, kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, ırzına veya hürriyetine işlenen müessir fiillerdir çünkü; buradaki şiddet maddi anlamdadır.⁶⁶¹ Burada şiddetin haksız olması gerekir. Yeni düzenlemede “kasten yaralama” dan söz edilmekle kapsamın daraltılıp, belli bir suça özgü olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁶² Hakaret suçu kasten yaralama suçuna karşı olmayıp da tehdit, cinsel taciz gibi başka suçlar nedeniyle işlenirse bu durumda maddenin birinci fıkrası uygulanacaktır.⁶⁶³

YTCK’nın 129. maddesinde, “Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.” diyerek yaralama suçunun mağdurunu açıkça belirtmemiştir. Fakat madde gerekçesinde, “kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır.” diyerek maddeye açıklık getirmiştir.⁶⁶⁴ Yasa’ da öngörülen bu cezasızlık halinin nedeni, yaralama fiiline maruz kalan kişinin, bu eylem sebebiyle içine girdiği psikolojik durumdur.⁶⁶⁵

Haksız fiil niteliğindeki taksirle yaralamaya karşı işlenen tepki suçu “hakaret” ise özel düzenleme olması itibarıyla 129. maddenin 1. fıkrasının uygulanması, başka bir suç işlenmesi (örneğin tehdit veya yaralama) hallerinde ise genel hüküm olan 29. maddenin uygulanması daha yerinde olacaktır.⁶⁶⁶

Mağdurun gerçekleştirdiği kasten yaralama fiilinin, YTCK’ nın 24.maddesinde belirtilen “kanunun hükmü ve amirin emri” nin yerine getirilmesi veya 25.maddesinde belirtilen “meşru savunma ve zorunluluk hali” gibi hukuka uygunluk nedenleri kapsamında işlenmesi halinde de 129/2. fıkra hükmü uygulama alanı bulamaz.⁶⁶⁷

Demirbaşa göre; Kanunumuz, şiddetin failin şahsı üzerinde kullanılmış olmasını arayarak, hükmün uygulama alanı daraltılmıştır. Böyle bir sınırlamanın sebebini anlamak güçtür; çünkü bir kimsenin yakınının dövülmesinin yarattığı öfke

⁶⁶¹ Dönmezer, *Kişiler ve Mal Aleyhine İşlenen Cürümler*, s.262.

⁶⁶² Arısoy, a.g.m., s.190.

⁶⁶³ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4052.

⁶⁶⁴ Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.237.

⁶⁶⁵ Taşdemir, a.g.e., s.88.

⁶⁶⁶ Açıkgöz, a.g.e., s.216.

⁶⁶⁷ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.2052.

durumunun, kendisinin dövülmesi halindekinden daha az olduğu ileri sürülemez. Böyle durumlarda YTCK.m.129/1 vasıtasıyla ceza hafifletilebilecektir. Ancak böyle bir hafifletmenin YTCK 129/2'nin cezayı tamamen kaldıran niteliği karşısında adil olmayacağı açıktır. Bu nedenledir ki söz konusu hükmün değiştirilmesi gereklidir. Nitekim Alm. C.K 233. maddesinin uygulanabilmesi için tahrikin veya müessir fiilin failin sahsına karşı yapılmış olması şart değildir; ona yakın bir kişiye yapılmış olması durumunda da söz konusu hüküm uygulama alanı bulur.⁶⁶⁸

Eski yasanın aksine “şiddet kullanılması” ifadesine yer verilmemiş olmasına göre “kasten yaralama” dan 5237 sayılı kanununun 86.maddesinde belirtildiği üzere “başkasının vücuduna acı veren, sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan” her türlü eylem anlaşılmalıdır.⁶⁶⁹

4.2.1.2. Hakaret, Kasten Yaralama Suçunun Failine Yönelik Olmalıdır

Sanığın bu cezasızlık nedeninden yararlanabilmesi için, hakaret eyleminin kendisini kasten yaralayan kimseye yönelik olmasıdır. Mağdurun yaralama veya darp fiilini gerçekleştiren failden çekinmesinden ötürü, failin yanındaki arkadaşına hakaret etmesi halinde bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

765 sayılı yasada “şahsı hakkında şiddet uygulanması..” şeklindeki düzenlemeyle hakaretin kasten yaralamayı gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesinden ötürü cezasızlık verilmekteydi. Yeni kanununun 129. Maddesinin ikinci fıkrasında böyle bir ibareye yer verilmeyip “Bu suçu kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde” denilmekle yetinildiği için kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine karşı gerçekleştirilmiş olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda tereddüt ortaya çıkmışsa da maddenin gerekçesinde, “failin kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna duyduğu tepki sebebiyle söylediği hakaret içerikli sözlerden dolayı cezalandırılmayacağı” ifade edilerek duruma açıklık getirilmiştir.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ Demirbaş, a.g.e., s.139.

⁶⁶⁹ Yaşar/Artuk/Gökcan, a.g.e., s.4052.

⁶⁷⁰ Açıkgöz, a.g.e., s.219.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdurun ilk önce faili kasten yaralaması yeterli olup, mağdurun ceza sorumluluğunun bulunmaması veya yaralamanın basit nitelikte olup da şikayet yokluğu nedeniyle soruşturulmamış olması ya da bu yaralamadan kamu davasının açılıp açılmaması önemli değildir.⁶⁷¹

4.2.1.3. Failin Tepki Suçu Hakaret Olmalı

YTCK' nın 129/2. Maddesinde geçen hakaret suçunun, kasten yaralama suçuna tepki olarak islenmesi halinde, kişiye ceza verilmez, şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla buradaki tepki fiilinin YTCK. 125. Maddesinde ifade edilen "hakaret " dışında başka bir fiil olmayacağı bellidir. 765 sayılı Ceza Kanununda ayrı ayrı maddelerde ele alınan hakaret ve sövme, 5237sayılı kanunda tek madde de birleştirilmiştir. YTCK 125. maddesinde "sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi..." ile cezalandırılır demek suretiyle sövme suçunu, hakaret suçunun unsuru olarak düzenlemiştir.

Hakaret, kasten yaralamaya karşı tepki olarak işlendiği için ya yaralama esnasında ya da fiilin gerçekleşmesinden hemen sonra gerçekleşmelidir. Nitekim Yargıtay, YTCK' nın 129/2. fıkrasının ETCK' daki karşılığı olan 485/3.fıkra hükmü ile ilgili olarak verdiği tepki suçunun zamanı ile ilgili bir kararı da bu yöndedir. Yargıtay "Hakaret suçunun, uğradığı şiddetin sürdürüldüğü sırada işlenmesi veya şiddetin gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hallerle sınırlı"⁶⁷² olduğunu belirtmiştir.

Ancak, kişinin kasten yaralama sonucu aldığı darbenin etkisiyle karşılık veremeyecek ya da konuşamayacak durumda olması fakat ilk tedavi sonrası hakaret etmesi örneğinde olduğu gibi eyleme dair tepkinin ve illiyet bağının devam ettiğinin anlaşılması durumunda cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür.⁶⁷³

⁶⁷¹ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.2053.

⁶⁷² Yargıtay 2.CD2nin 24.03.2004 tarih ve 26112-5865 E.K. sayılı kararı; Açıkgoz, a.g.e., s.218.

⁶⁷³ Arısoy, a.g.m., s.190.

Şiddet kullanımı ile birlikte faile hakarete edilmişse, failin karşı tahrik eylemi karşılıklı hakaret olarak yorumlanamaz ve bu durumda da sanık hakkında 129/2 hükmü uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar verilmelidir.⁶⁷⁴

4.3.Karşılıklı Hakaret

YTCK. 129. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde hakim, taraflardan hangisinin neden olduğunu göz önünde bulundurarak olayın mahiyetine göre taraflardan her ikisi ya da biri hakkında verilecek cezayı üçte birine kadar indirebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçebilecektir.⁶⁷⁵ Bu hükmün uygulanabilmesi için, karşılıklı işlenen suçların hakaret olması bu sebeple ilk tahrikin hukuka aykırı olması ve hakaretlerin karşılıklı olması gerekir.⁶⁷⁶

Karşılıklı tahkir, iki kişinin birbirlerine karşı küçük düşürücü, aşağılayıcı ve alçaltıcı sözler söylemeleridir.

Karşılıklı hakaretin şartları Ceza Genel Kurulunun 19.2.1990 tarih ve 2-351/26 sayılı kararında şu şekilde gösterilmiştir.⁶⁷⁷

- 1) Karşılıklı olarak işlenen suçlar hakaret veya sövme olmalı
- 2) İlk kez tahkir eden kimse haksız bulunmalı
- 3)Tahkirler karşılıklı ve aralarında illiyet bağı olmalıdır

Karşılıklı hakarete yasa koyucunun tek bir görüşü benimsediği söylenemez⁶⁷⁸; Bir yönüyle yasal savunma benzeri bir durum, bir yönüyle manevi unsur açısından karşılık verme maksadı, bir yönüyle hakaretlerin birbirine

⁶⁷⁴Yargıtay 2.C.D'nin 20.04.1975 T., E:2425, K:3324, sy.kararı; "Sanığın davacıyı tasla yaralaması ve sövmesi üzerine davacının da ona hakaret sözlerini sarfettiği anlaşılmaktadır. Hakaret kastı dışında ve sadece dövülmesinin bir tepkisi olarak söylenen sözler mukabil hakaret sayılamaz"; Tutumlu,a.g.e., s.103.

⁶⁷⁵ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., 2053.

⁶⁷⁶ Malkoç (2007),a.g.e., s.897.

⁶⁷⁷ Tutumlu,a.g.e., s.96,97.

⁶⁷⁸ Erman,a.g.e., s.212.

eşitlenmesi yani takas durumu söz konusu olduğundan yasadaki hakaret edenlere ceza verilip verilmeyeceği olayın koşullarına göre hakim takdirine bırakılmıştır.

4.3.1. Karşılıklı Olarak İşlenen Suçlar Hakaret Olmalı

İlk hareket etkili eylem şeklinde oluşmuş ve sanık tarafından buna hakaretle karşılık verilmişse, YTCK.'nın 129/3 maddesine göre sanığa ceza verilmeyecektir. İlk eylem hakaret biçiminde tepkide bulunulmuş ise sanık hakkında YTCK.'nın 129/3 maddesi uygulanmayacaktır.

Ayrıca bu hüküm YTCK'ın 299. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret gibi özel tahkir suçları bakımından uygulanamaz.⁶⁷⁹

4.3.2. İlk Kez Hakaret Eden Kimse Haksız Bulunmalı

İlk kez hakaret eden kişinin eylemi hukuka aykırı değilse karşılıklı hakaretin koşulları oluşmamış demektir. ‘Örneğin terbiye hakkını kullanıp oğlunu azarlayan babaya karşılık veren oğlu hakkında bu fıkra hükmü uygulanamaz.’⁶⁸⁰

İlk hareketin haksız olması aranmış olup ayrıca cezalandırılabilir olması dikkate alınmaz. Söz gelimi karşılıklı hareket eden kişilerden birisinin milletvekilliği dokunulmazlığından yararlanıyor olması, YTCK. m.129/3'ün uygulanmasını engellemez.⁶⁸¹

4.3.3. Hakaretler Karşılıklı Ve Aralarında İlliyet Bağı Bulunmalı

Mağdurun haksız hakaretine fail, hakaret eylemiyle karşılık verdiği üçüncü koşul tamamlanmış olur. İkinci hakaret ilk hakaretin etkisi altında yapılmışsa aralarında nedensellik bağı var demektir.

⁶⁷⁹ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.2053.

⁶⁸⁰ Erman, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s.214.; Arısoy, a.g.e., 188.

⁶⁸¹ Taşdemir, a.g.e., s.91; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4049.

Ancak, hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için aynı zaman ve mekanda yapılması şart değildir.⁶⁸²Örneğin; Şahsın bir mekandan ayrılmasından sonra arkasından hakarete maruz kalan kimse bunu öğrendikten sonra karşılık vermesi halinde de bu fıkra hükmü uygulanacaktır.

Hükmün uygulanması için tarafların karşılıklı olarak hakarete bulunmaları gerekmektedir, üçüncü bir kişinin hakarete maruz kalan adına karşılık vermesi durumunda karşılıklı hakaret söz konusu olmaz.⁶⁸³ Ancak bu üçüncü kişinin hakarete maruz kalanın yakını olduğu durumlarda karşılıklı hakaret söz konusu olabilecektir.⁶⁸⁴

5- ASKERİ CEZA KANUNUNA GÖRE HAKSIZ TAHRİK

1872 tarihli Alman Ask. CK.'dan iktibas edilen, 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Türk Askeri Ceza Kanunu'nda da haksız tahrik kurumu cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmiş ancak her suçta uygulanabilir genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmemiş sadece ast tarafından işlenmiş belirli suçlar için hafifletici sebep sayılmıştır⁶⁸⁵1632 sayılı Türk As.CK.'nın tahrik ile ilgili bu maddesi, 1.9.1969 tarihli değişiklik ile cezanın hesaplanması kuralı olarak düzenlenerek, hakime tahrikin olduğu durumlarda , cezayı alt sınırdan verme hakkı tanınmıştır.⁶⁸⁶

Askeri CK.'daki haksız tahrik kurumunun 5237 sayılı TCK'nın 29. Maddesinde düzenlenen haksız tahrik kurumu ile düzenleniş şekli ve içerik yönünden aralarında önemli farklılıklar vardır. Haksız tahrik kurumu TCK'da olduğu gibi genel hükümler arasında değil "Askeri itaat ve inkıyadı bozan suçları" düzenleyen 3. babın 5. faslının, "Tahrik suretiyle mağdurun yaptığı suçlar hakkındaki cezaların nasıl indirileceği"ni düzenleyen92. maddesinde olarak düzenlenmiştir.

⁶⁸² Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.2054

⁶⁸³ Malkoç (2007),a.g.e., s.897.

⁶⁸⁴ Malkoç (2007), a.g.e., s.897.

⁶⁸⁵ Sahir Erman, *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*, 7.Bası, İstanbul, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.175

⁶⁸⁶ Duran, a.g.e., s.273.

Askeri Ceza Kanununun 92. maddesine göre:“Bir amir veya mafevk, askeri nizamlara ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak yahut makam veya mevkinin salahiyetini tecavüz etmek suretiyle madunu tahrik eyler ve madun bu tahrik sebebiyle82,83,84,85,86,87,88,89,90,91⁶⁸⁷ inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanununun elli birinci maddesine göre madunun cezası hafifletilir. Birinci fıkradaki tahriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre116,117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır”.

Askeri Ceza kanununda düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumunun5237 sayılı TCK’dan en önemli farkı, failin mağdurun cezasının tahrikten dolayı indirilebilmesi için 92. madde içerisinde belirtilen suçların islenmesi halinde mümkünken 5237 sayılı TCK’da haksız tahrik genel hafifletici sebep olarak düzenlenmiştir.

As.CK.92. maddesindeki hüküm, haksız tahrik sebebiyle Astın, üstüne karşı işlemiş olduğu suçlarda uygulanır. Maddenin düzenleniş gerekçesi konusundaki bir görüşe göre; “Türk Silahlı Kuvvetleri’ndeki disiplin anlayışının bir gereği ve hiyerarşi arası ilişkilerde, bazı suç türlerinin karakteri de göz önüne alındığında durumun gerektirdiği zaruretin bir sonucu’’⁶⁸⁸ olarak maddenin düzenlendiği belirtilmiştir.

As.CK.44.maddesine göre; “cezaya ehliyet veren ve bunu kaldıran veya hafifleten sebeplere dair TCK.1. kitabının 4. babında yazılı hükümler, bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askeri cezalar hakkında da mer’ idir.”Böylece As.CK.92. maddesi kapsamı dışında kalan diğer askeri suçlarda TCK’ nın 29.maddesi uygulanacaktır.

⁶⁸⁷ Amire ve mafevka hürmet etmeyenler(madde 82), Bilerek doğru söylemeyenlerin cezası (madde 83), Yalan yere veya usulsüz şikayet edenler (madde 84),Amir ve Mafevkine hakaret edenler(madde 85), itaatsizlik (madde 86), itaatsizlikte ısrar (madde 87), Toplu asker kaşısında veya hizmetten savuşmak için veya silahlı ilen yapılan itaatsizliğin cezaları(madde 88), Büyük zararlar veren itaatsizliğin cezaları(madde89), Mukavemet ve cezası(madde 90), Amire ve mafevka fiilen taarruz edenler(madde 91).

⁶⁸⁸ Hakkı Erkan, “Askeri Ceza Kanununa Göre Haksız Tahrik”, Askeri Adalet Dergisi, S:44(1967), s.23.

SONUÇ

Çağdaş ceza hukukunda ceza sistemlerindeki kriter failin kusuru ölçüsünde cezalandırılmasıdır. Bu gelişmeyle birlikte ceza sistemlerinde failin kusurunu azaltan indirim kurumları benimsenmiştir. Haksız tahrik de uygulamada çok sık karşılaşılan indirim kurumlarından biri olarak ceza hukukunda yerini almıştır.

“Kusursuz suç olmaz ilkesi”nin hakim olduğu modern ceza hukukunda subjektif sorumluluk esasına yer verilmesi önemli bir konudur. Günümüzde cezai sorumluluğun esas modern hukukun bir başarısı olan subjektif sorumluluk anlayışıdır. Hukukumuzun hemen hemen her kolunda uygulama alanı bulmasına rağmen subjektif sorumluluğun önceleri gerek doktrinde gerek uygulamada doğru anlaşıldığı ve uygulandığı söylenemez.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nda, bireyin sahip olduğu hukuki değerlerle hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ceza kanununun amacı olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda yeniden ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenen genel hafifletici sebep olan haksız tahrik kurumunu mülga 765 sayılı kanundaki durumuyla birlikte karşılaştırmalı olarak, Yargıtay kararları eşliğinde, detaylı bir biçimde incelemeye çalıştık.

Yeni Türk Ceza Kanunu 29. maddesi haksız bir fiil sonucu, hiddet veya şiddetli eleme maruz kalan failin irade yeteneğinin etkilenmesi dolayısıyla cezasının belirli oranlarda indirilmesini düzenlemektedir. Görüleceği üzere ruhsal durumunda tahribata uğrayan failin cezasının indirilmesinin bir nedeni de, suçun işlenmesinde mağdurun katkısının olmasıdır. Burada mağdur bir davranış veya hareketiyle faili kızdırarak suç işlemeye itmiş, failde kusur yeteneğinin etkilenmesi dolayısıyla kusurluluk derecesi azalmıştır.

Maddede gazap ve şiddetli elem ifadeleri kullanılarak failin ruh haline işaret eden burhan hali belirtilmek istenmiştir. Bu ruh halinin tespiti konusunda kanunda başkaca bir hüküm olmadığı için hakime bırakılmıştır. Fakat uygulamada yargıtayın,

haksız tahrikin varlığı ve indirim oranında bir çok mahkeme kararına müdahale ettiği görülmüştür.

Ceza hukuku, ilk dönemlerde netice sorumluluğuna bağlı ağır ve adaletsiz ceza sistemlerinden, kusur sorumluluğuna dayalı daha adaletli ve özgürlükleri güvence altına alan ceza sistemlerine doğru bir ilerleme göstermiştir.

Suçun işlenmesine etkili olan durumlarda işlenen suça verilecek ceza bakımından değişen modern ceza hukuku ve çağdaş adalet anlayışının bir gereği olarak, faili fiili işlemeye sürükleyen nedenlerin boyutları irdelenmelidir. Failin, cezalandırılabilmesi için suç işlemenin yanında kusurlu olması da zorunludur. Failin kusurunun belirlenmesi için hareketinin subjektif yönünün araştırılması gerekir. Çağdaş adalet anlayışında suçun subjektif yönü değerlendirilerek failin ruhsal durumunun da suça sebep olan bir neden olduğu kabul edilmiştir.

Fail, haksız tahrikte mağdurdan kaynaklı olan nedenlerle öfke veya şiddetli üzüntü neticesinde irade serbestisinin azalmasıyla suç işlemektedir. Yani, haksız tahrik altında suç işleyen kişinin, serbest iradesiyle suç işleyen kişi gibi cezalandırılması adil değildir. Çünkü fail mağdurun etkisiyle irade serbestisini etkileyerek suç işlemeye sürüklemektedir. Faili bu suçu işlemeye yönelten ise, haksız hareketiyle mağdurdur. Dolayısıyla kusurluluğu etkileyen bir neden olarak failin cezasının miktarında indirim yapmak adaletli olacaktır.

Haksız tahrik; suça iten genel şahsi ve kanuni bir hafifletici nedendir. Haksız tahrikin doğru uygulanabilmesi için tespitinin etraflıca irdelenmesi gereklidir. Yoksa her suçta tahrik indirimin uygulanması amacına uygun olmadığı gibi adaletsizliğe de yol açabilir. Haksız tahrik müessesesi, mağdurun sebep olduğu haksız hareketler ile bunun failde uyandırdığı hiddet ve şiddetli elemin etkisi sonucunda, failin kontrol yeteneğini kaybetmesiyle tepki suçunu işlenmesi durumunda uygulanabilir. Burada dikkat edilecek husus failin kendi kendine kapıldığı hiddet veya şiddetli eleme değil, mağdurun kışkırtıcı bir fiili dolayısıyla oluşan hiddet veya şiddetli eleme değer verilmesidir.

Yeni kanunumuz, mülga 765 sayılı kanun sayısında yanlış uygulamalara yol açan (haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit elem) ibaresi yerine “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem” ifadesini kullanarak

tahrikin yalnızca haksız fiillere karşı tepki olması durumunda kabul edildiğini belirtmiştir.

Haksız tahrikin şartları olarak şunları gösterebiliriz; ilk önce tahrik edici bir fiil olmalıdır, bu fiil haksız olmalıdır, haksız tahriki oluşturan fiil failde hiddet ve şiddetli eleme neden olmalıdır, hiddet veya şiddetli elem haksız tahriki oluşturan fiilden kaynaklanmalıdır, failin işlediği suç hiddet veya şiddetli elem halinin bir tepkisi olarak ortaya çıkmalıdır.

Yeni Türk Ceza Kanunu ile getirilmiş olan önemli bir değişiklik de hiddet veya şiddetli elemin “haksız bir fiil” sonucunda ortaya çıkması gereğidir. Maddedeki bu yeni düzenlemenin amacı, ülkemizde özellikle “töre ve namus cinayeti” olarak bilinen akraba içi öldürme olaylarında haksız tahrik indiriminin yanlış bir şekilde uygulanmasının önüne geçerek daha adil olmaktır.

Ceza kanunlarında haksız tahrike sebep olan öfke veya şiddetli elem durumunun failin irade yeteneğini tamamen ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir. Eğer ortada failin tam veya kısmi akıl hastalığına yol açacak bir durum doğarsa, bu durumda, 5237 sayılı YTCK.’da “akıl hastalığı” başlıklı 32/1-2 fıkraları uygulanacaktır.

Fiilin haksızlığı konusunun tespiti ve haksız tahrik kurumunun uygulanıp uygulanamayacağı takdiri hakime aittir. Fakat, bu tespit konusunda bir bilir kişiden yararlanılması konusunda kanunda bir engel olmadığı gibi bu konuda hakimin takdirindedir. Kanaatimizce, “gazap ve elem”in tespiti konusunda adli psikiyatri biliminin görüşlerinden yararlanılması yasal olarak zorunlu hale getirilmelidir. Böyle bir tespitin aynı zamanda olay anında failin irade ve hareket serbestisini kısıtlayıp kısıtlamadığını ortaya koymak açısından faydalı olacaktır. Failin psikolojik durumunun tıbbi bir incelemeyi gerektirdiği düşüncesindeyiz. En doğru yaklaşımın haksız tahrikin olay anında doğru tespit edilmesi bunun için de uzman psikiyatrik bilirkişilerden görüş alınması bu müessesenin kötüye kullanılmaması için gereklidir.

Öğretideki görüşlerden birinde bir başka koşul olarak ileri sürülen “suç ile haksız tahrik fiili arasında bir oran bulunup bulunmaması konusunda” kanun koyucunun bir hükme yer vermemiş olması bizce yerinde değildir. Örneğin bir tokat atma fiili neticesinde, failin tokat atan mağdura karşı silahla karşılık vererek

mağduru öldürmesi olayında haksız tahrik indiriminin uygulanması adil değildir. Bu durumda, mağdurun ailesi ve yakınları tarafından da olaya bakacak olursak yeterli ceza alınmadığı düşüncesiyle husumet duygusu oluşacak ve adalete olan güven zaafiyete uğrayacaktır. Uygulamada ve bazı görüşlerde suçun ağırlığı ne olursa olsun haksız tahrike ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği açıklanmıştır.

YTCK. 29. maddesi tahrikin derecelendirilmesi konusunda herhangi bir ölçü öngörmediğinden, Yargıtay içtihatlarının bu yolda uygulamaya ışık tutacağı kanaatindeyiz.

5237 sayılı YTCK. ile 765 sayılı mülga TCK'da yer alan adi ve ağır tahrik indirimi uygulamada yaşanan sorunlar yüzünden kaldırılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması uygun olmuştur. Hakim böylece tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirim tayin edebilecektir. Tahrikin saptanması zaten güç iken birde bu iki tahrik şeklini araştırmak uygulamada takdir hatalarına yol açmıştır. Bu yüzden Yargıtay tarafından hükmün bozulması davaların gecikmesine yol açarken, ayırımın kaldırılması ile davalara hız kazandırılması sağlanmıştır. Hakime somut olayda tahrikin boyutuna göre cezayı indirebileceğini sağlayan geniş takdir yetkisi verilmesini yerinde bir düzenleme olduğu görüşlerine karşılık; indirim oranlarında alt ve üst sınırların arasının çok aşılması uygulamada adaletsiz hatalara yol açabileceğine dair düşünceler de vardır. Bu durumda, tahrik ayırımı uygulamada kaldırılrsa da yinede basit-ağır tahrik şeklinde derecelendirilerek eski Yargıtay kararları ışığında tespit edilip alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirleneceği düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak, modern ceza hukukunda sorumluluğu azaltan ve genel bir hafifletici sebep olan haksız tahrik kurumu doktrin görüşleri çerçevesinde ve Yargıtay kararları eşliğinde etraflı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca çalışmamızda 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı YTCK arasında haksız tahrik kurumu açısından eski ve yeni düzenlemeler karşılaştırılmıştır. Yeni düzenlemelerle modern ceza hukukunun amacına uygun bir şekilde düzenlendiği kanısındayız.

KAYNAKÇA

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

Açıkgöz, Mehmet, (2012), *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Adalet Bakanlığı Yayınları, *Tck Öntasarısı*, Ankara, 1987.

Adalet Bakanlığı Yayınları, *Tck Öntasarısı*, Ankara, 1989.

Adasal, Rasim, (1977), *Normal Ve Anormal Yönleriyle Yeni Medikal Psikoloji*, 3.Baskı, İstanbul: Minnetoğlu Yayınları.

Aktaş, Yusuf, (1976), *Tahrik, Teşebbüs Ve Cezanın Kurulması*, Ankara: Fon Matbaası.

Arıkan, Baha, (1962), “ *İslam Ceza Hukuku Esasları* ”, Adalet Dergisi, C.2, S.11, S.1189-1201.

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

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet Ve Yenidünya, Caner, (2009), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

Aydın, Devrim, (2004),“ *Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik* ”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.14, Yıl:2004, S.225-254.

Aydın, Devrim, (2009), *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara: Yetkin Yayınları

Ayık, İsmail Hakkı, (1952), “ *Tahrik* ”, Adalet Dergisi, S.1 (Ocak 1952), S.83-107.

Bakıcı, Sedat, (2008), “*5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 2.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Bardak, Cengiz, (1988), “*Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme* ”, Adalet Dergisi, Ocak-Şubat, C.1, S.1, S. 42–52.

Başar, Nur, (1980), “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik-İ* ”, Adalet Dergisi, (Temmuz-Ağustos,1980), Y.71, S.4, s. 353–365

Bayraktar, Köksal, (1977), *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, İstanbul: Formül Matbaası.

Bilmen, Ömer Nasuhi, (1950), *Hukuki İslamiyye Ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.II, İstanbul: İstanbul Matbaacılık.

Büyük Larousse, 21.Cilt, S.11154.

Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, (2011), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Cüceloğlu, Doğan, (2012), *İnsan Davranışı*, 23.Baskı, İstanbul: Remzi Kitabevi.

Çağlayan, M. Muhtar, (1982), “*Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme*”, Adalet Dergisi, Ocak-Şubat, Y.73, S.1, S. 14–41.

Çağlayan, M. Muhtar, (1984), *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 3.Bası, C.I, Ankara: Yetkin Yayınları.

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

Çolak, Haluk, (2005), *Güncel Ceza Hukuku Ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Bilge Yayınevi.

Demir, Ali, (1986), “*Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik Ve Uygulaması*”, Adalet Dergisi, Mart-Nisan, Y.77, S.2, S. 44–51.

Demirbaş, Timur, (1985), “*Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri*”, İstanbul: Üçdal Neşriyat.

Demirbaş, Timur, (2011) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Devellioğlu, Ferit, (1995), “*Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*”, 12.Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları.

Dönmezer, Sulhi, (1949), *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul:İsmail Akgün Matbaası.

Dönmezer, Sulhi (1981), *Kişilere Ve Mallara Karşı Cürümler*, 11.Basım, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Dönmezer, Sulhi Ve Erman, Sahir (1987), *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Onuncu Bası, C.I, İstanbul: Beta Yayınları.

Dönmezer, Sulhi Ve Erman, Sahir (1986), *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Dokuzuncu Bası, C.Iı, İstanbul: Beta Yayınları.

Dönmezer, Sulhi Ve Yenisey, Feridun, (1998), *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu Ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler*, İstanbul: Alkım Yayınları.

Duran, Gökhan Yaşar, (2010), *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Erdurak, Yılmaz Güngör, (1994), *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Yenilenmiş 3.Bası, Ankara: Adil Yayınevi.

Erem, Faruk, (1958), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.I, Dördüncü Bası, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası.

Erem, Faruk, (1993), *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C.II, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Erem, Faruk, (1977), *Adalet Psikolojisi*, Yedinci Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, Mehmet Emin, (1997), *"Ceza Hukuku Genel Hükümler"*, 14.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Erkan, Hakkı,(1967), *"Askeri Ceza Kanununa Göre Haksız Tahrik"*,Askeri Adalet Dergisi, S:44, S.12-30.

Erman, Sahir, (1983), *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım Ve Usul*, 7.Bası, İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları.

Erman, Sahir, (1989), *Hakaret Ve Sövme Suçları*, 2.Baskı, İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları.

Erman, Sahir Ve Özek, Çetin Mustafa, (1994), *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul.

Erol, Haydar, (2005), *Açıklamalı Ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Yayın Matbaacılık.

Esin, Kemal, (1989), *Tatbikatta Adam Öldürme Suçları*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Günay, Erhan, (2009), *Haksız Tahrik*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Güney, Niyazi, Özdemir, Kenan, Balo, Yusuf Solmaz,(2004), *Yeni Türk Ceza Kanunu*,Ankara: Adil Yayınevi.

Gürelli, Nevzat, (1951), *"Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik "*, İstanbul Barosu Dergisi, C.25, S. 331–344

Görgün, Mehmet, (1993), *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C.1, Samsun: Kardeşler Matbaası.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, (1961), *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, C.I, 2.Bası, Ankara: Kazancı Yayınevi.

Hakeri, Hakan, (2012)*Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi

İçel, Kayıhan, (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul: Cezaevi Matbaası.

İçel, Kayıhan, Donay, Süheyl, (1993), *Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I*, İkinci Bası, İstanbul.

İçel, Kayıhan, Yenisey, Feridun, (1994), *Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayım.

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

Kangal Z.T., (2010), *"Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik "*, Euhfd, C.XIV, Sayı 3-4, S.19- 68.

Kaya, Fahrettin, (2011), *"Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik "*, Adalet Dergisi, S.40, S.91-107.

Keçelioğlu, Elvan, (2009) *" 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt Ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım"*, Tbb Dergisi, Sayı 83, S.123-135.

Keçelioğlu, Elvan, (2010) *" Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın Tck' Nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları "*, Tbb Dergisi, Sayı 87, S.299-321.

Koca, Mahmut, (2006) *"Ytck' Da Hukuka Uygunluk Sebepleri "*, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Sayı:1, S.115-148.

Koca, Mahmut Ve Üzülmez, İlhan, (2012), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Majno, Luigi, (1977), *Ceza Kanunu Şerhi, Türk Ve İtalyan Ceza Kanunları*, C.1, Ankara, Yargıtay Yayınları, No: 3, Sevinç Matbaası.

Malkoç, İsmail Ve Güler, Mahmut, (1996), *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 1. Bası, C.I., Ankara: Malkoç Yayınevi.

Malkoç, İsmail, (1999), *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Malkoç Kitabevi.

Malkoç, İsmail, (2007), *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, C.I, Ankara: Malkoç Kitabevi.

Meran, Necati, (2007), *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Meran, Necati, (2008), *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Mumcu, Ahmet, (2007), *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Ankara: Phoenix Yayınevi.

Okandan, Recai Galip, (1951), *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Otacı, Cengiz, (2003), "*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Ve Uygulaması*", Adalet Dergisi, Yıl:94, Sayı:15, Ankara, S.229-238.

Otacı, Cengiz, (2008), "*Kan Gütme Saiki İle Kasten İnsan Öldürme Suçu* ", Terazi Dergisi, Yıl:3, Sayı:18, Ankara, S.115-139.

Önder, Ayhan, (1989), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.Iı, İstanbul: Beta Yayım.

Önder, Ayhan, (1991), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3.Bası, İstanbul: Beta Yayım.

Öner. Hamdi, (1946), "*Hakaret Ve Sövme Suçları*",Adalet Dergisi, Iıı, Ankara, S.1069.

Özbek, Veli Özer, (2008), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı İzmir Şerhi*, 2.Cilt, Ankara: Seçkin Yayınları.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız Pınar / Doğan Koray / Tepe İlker, (2012), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özen, Muharrem, (1998), *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara: Us-A Yayıncılık.

Özen, Muharrem, (1995), *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özgenç, İzzet Ve Şahin Cumhuriyet, (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3.Bası, Ankara: Seçkin Yayınları.

Özgenç, İzzet, (2004), *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Özgenç, İzzet Ve Şahin Cumhuriyet, (2005), *Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Özgenç, İzzet, (2012), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan Ve Özbek Veli Özer, (1998), *Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Dördüncü Bası, İzmir: Seçkin Yayınları.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, (2011), *Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, (2006), "*Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*", 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer, (2010), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Polat, Ahmet Zeki, (1999), *Öğreti Ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları*,1.Baskı, İstanbul: Alfa Yayınevi.

Savaş, Vural Ve Mollamahmutoglu, Sadık, (1999), *"Türk Ceza Kanunu Yorumu "*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Schreiber Hans-Ludwig (Çev.:Doç.Dr. Yener Ünver), (2004), *"Hukuksal Ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor"*, Tıp Ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Türkiye Cumhuriyeti'nin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Ankara: Seçkin Yayınları, S.11-25.

Soyaslan, Doğan, (1994), *Teşebbüs Suçu*, Ankara: Kazancı Ticaret A.Ş.

Soyaslan, Doğan, (2012), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Taner, M. Tahir, (1953), *Ceza Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Taşdemir, Nezahat, (2012), *"Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik "*, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Toroslu, Nevzat, (2005), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Savaş Yayınevi.

Tutumlu, Mehmet Akif, (1999), *Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, 1.Baskı, Ankara: Adil Yayınevi.

Türk Ceza Kanununun Layihası, (1958) Ankara: Yenicezaevi Matbaası.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı, [Www.Tbmm.Gov.Tr/](http://www.tbmm.gov.tr/) Turk-Ceza-Kanunu 2.Doc (25.07.2004)

Türk Ceza Kanunu Tasarısı, [Http://Www.2.Tbmm.Gov.Tr/D.22/1-0593,01.Pdf](http://www.tbmm.gov.tr/D.22/1-0593,01.Pdf). (30.08.2003).

Udeh, Abdulkadir, (1977), *İslam Ceza Hukuku Ve Beşeri Hukuk*, Çev. Akif Nuri, C.II, İstanbul: İslamoğlu Yayınları.

Uygun, Mehmet, (1997), *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (1992-1996)*, Ankara.

Üçok, Çoşkun, (1947), *"Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.Iv, S.1-4, S.48.

Ünver, Yener, (2006), *"Yeni Türk Ceza Kanununda Kusurluluk "*, Ceza Hukuku Dergisi, Ankara: Seçkin Yayınları, Ekim 2006, Y.1, S.1, S.62-63.

Yalkut, Necdet, (1979), *"Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik"*, Yargıtay Dergisi, Nisan, C.5, S.2, S. 243–252

Yaşar, Osman, (2000), *Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, (2010), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.I, Ankara: Adalet Yayınevi.

Yavuz, Yaşar, (1991), "*Haksız Tahrik*", *Yargıtay Dergisi*, C.1, Sayı:2, Ankara, S.445-466.

Yener, Orhan, (1992), *Tatbikatta Sulh Ceza Davaları*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Zafer, Hamide, (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2.Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları.