

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİK

M. KÜRŞAT KENDİR

KASIM, 2015

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİK

M. KÜRŞAT KENDİR

KASIM, 2015

Tez Başlığı : TÜRK CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİK

Tezi Hazırlayan : M. KÜRŞAT KENDİR

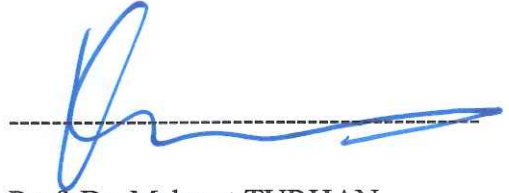
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:



Prof. Dr. Mehmet YAZICI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

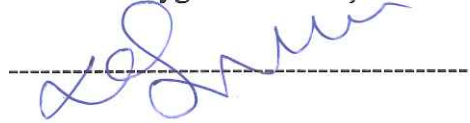
Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.



Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.



Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Tez Danışmanı

Tez Jüri Tarihi : 27 / 11 / 2015

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

(Çankaya Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

(Ankara Üniversitesi)

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: M. Kürşat KENDİR

İmza:

Tarih: 27.11.2015

TEŞEKKÜR

Tez çalıŐmalarım süresince değerli görüş ve önerileriyle beni bilgilendiren ve yönlendiren tez danıŐmanım Sayın Prof. Dr. Doğan SOYASLAN'a ve çalıŐmalarımda her türlü yardımı benden esirgemeyen çok değerli eŐim Merve KENDİR'e teŐekkürü bir borç bilirim.

ÖZET

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİK

M. KÜRŞAT KENDİR

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Kasım, 2015, 132 sayfa

Haksız tahrik, failin suç oluşturan eyleminin hukuka aykırılık ve diğer unsurları yanında onu suça sürükleyen ruh halinin de dikkate alınması sonucunda ortaya çıkmış bir kavramdır. Modern ceza hukukunda insan ruhuna etki eden bu durumun ortaya çıkardığı neticeye hukuken değer tanınarak failin cezası indirilmektedir. Başka bir ifadeyle haksız tahrik, haksız bir fiilin neden olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi ve bu sebepten dolayı failin cezasının belli oranlarda indirilmesi halidir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında 29. maddede yerini korumuştur. Her iki kanunda da genel hükümler içerisinde düzenlenen haksız tahrik kurumu, failin kusurluluğuna yaptığı etki dolayısıyla failin cezasından indirim yapılmasını öngörmüştür.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesiyle birlikte ağır-hafif tahrik ayırımı kaldırılmış, tahrik dolayısıyla yapılacak indirim oranları artırılmıştır.

Yine Kanun'un gerekçesi ile töre ve namus cinayetlerindeki yanlış uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Biz bu çalışmamız da haksız tahrik müessesini eski ve yeni kanun düzenlemelerini karşılaştırarak doktrin ve Yargıtay kararlarından yararlanmak suretiyle açıklamaya ve konuyu ayrıntıları ile ele almaya çalıştık. Bu çalışma ile amacımız, haksız tahrik müessesesinin daha iyi kavranabilmesini sağlamak ve yanlış uygulamaların önüne geçilmesi suretiyle uygulama ve doktrine faydalı olabilmektir.

ABSTRACT

THE CRIME OF PASSION OF TURKISH CRIMINAL LAW

M. Kürşat KENDİR

M. A., The Department Of Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

November, 2015, 132 pages

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

The Unjust Provocation Institution that is organized based on the Turkish Criminal Law No:765 Clause 51 and under the Turkish Criminal Law No: 5237 come up with the Clause 29 "Exculpate of the Penal Responsibility and the Decreasing Causes". Both the codes in general does envisioned the reduction of the punishment by taking in consideration the effect that might be by the psychology and mood of the perpetrator over the committed act.

The entry into force of the new Turkish Criminal Law No:5237 has removed the difference between the slight and grievous provocation. In this case the rate of

reduction of the punishment increases. The intention of the new code is to prevent the misapplication over the crimes committed in consequence of ethic and honor behaviors.

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

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA DAİR SAYFA.....	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI VE HUKUK DÜZENLERİ

1.1. GENEL OLARAK HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI.....	4
1.2. HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ ESASI VE NEDENİNİ İZAH EDEN TEORİLER.....	6
1.2.1. Objektif Teori.....	6
1.2.2. Sübjektif Teori.....	7
1.2.3. Karma Teori.....	8
1.3. HAKSIZ TAHRİKİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	9

1.3.1. İlk ve Orta Zamanlar Ceza Hukuku Dönemleri.....	9
1.3.1.1. İlk Topluluklar Dönemi.....	9
1.3.1.2. Hammurabi, İbrani ve Manu Kanunları.....	9
1.3.1.3. Eski Yunan Ceza Hukuku Dönemi.....	10
1.3.1.4. Roma Ceza Hukuku Dönemi.....	10
1.3.2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi	11
1.3.3. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi.....	12
1.3.4. Haksız Tahrikin Türk Ceza Hukukundaki Tarihsel Gelişimi.....	12
1.3.4.1. İslamiyet Öncesi Dönem.....	12
1.3.4.2. İslamiyet Sonrası Dönem.....	13
1.3.4.3. Osmanlı Devleti Dönemi.....	14
1.3.4.4. Cumhuriyet Dönemi.....	15
1.3.4.4.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1926 Tarihli İlk Düzenlemesi.....	16
1.3.4.4.2. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki 1936 Tarihli Değişiklik.....	17
1.3.4.4.3. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki 1953 Tarihli Değişiklik.....	17
1.3.4.4.4. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme.....	18
1.3.5. Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Tahrik.....	22
1.3.5.1. Federal Almanya Ceza Hukuku.....	22
1.3.5.2. İsviçre Ceza Hukuku.....	23
1.3.5.3. Avusturya Ceza Hukuku.....	24
1.3.5.4. İtalya Ceza Hukuku.....	25

1.3.5.5. İngiltere Ceza Hukuku.....	25
1.3.5.6. Fransa Ceza Hukuku.....	26

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI

2.1. GENEL OLARAK.....	27
2.2. HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI.....	30
2.2.1. Faile veya Başkasına Yönelmiş Bir Tahrik Fiilin Varlığı.....	31
2.2.2. Fiilin Haksız Olması.....	38
2.2.3. Failin, Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında Kalması	45
2.2.4. Suçun Hiddet ve Şiddetli Elemin Etkisi Altında İşlenmesi	47
2.2.5. Haksız Tahrik Oluşturan Eylemin Mağdurdan Kaynaklanması veya Mağdurun O Fiili Önleme Sorumluluğunun Bulunması.....	51
2.2.6. Tepki Suçunun İşlenmiş Olması.....	52
2.3. HAKSIZ TAHRİKTE UYGULANACAK İNDİRİM ORANI VE YARGICIN TAKDİR YETKİSİ.....	55
2.3.1. Genel Olarak.....	55
2.3.2. Haksız Tahrikte Uygulanacak İndirim Oranı	55
2.3.3. Yargıcın Takdir Yetkisi.....	57
2.3.4. Haksız Tahrikin Varlığı ve İndirim Oranları Yönünden Denetim.....	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK VE DİĞER KURUMLAR

3.1. HAKSIZ TAHRİKİN BAZI CEZA KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ.....	65
3.1.1. Haksız Tahrik ve Meşru Müdafaa.....	65
3.1.2. Haksız Tahrik ve Zorunluluk Hali	70
3.1.3. Haksız Tahrik ve İştirak.....	71
3.1.4. Haksız Tahrik ve Tasarlama.....	74
3.1.5. Haksız Tahrik ve Kan Gütme Saiki.....	78
3.1.6. Haksız Tahrik ve Töre Saiki	82
3.1.7. Haksız Tahrik ve Akıl Hastalığı.....	88
3.1.8. Haksız Tahrik ve Yaş Küçüklüğü.....	91
3.1.8.1. Fiili İşlediği Sırada On İki Yaşını Doldurmamış Küçükler Bakımından.....	91
3.1.8.2. Fiili İşlediği Sırada On İki Yaşını Doldurup On Beş Yaşını Doldurmamış Küçükler Bakımından.....	91
3.1.8.3. Fiili İşlediği Sırada On Beş Yaşını Doldurmuş Olmakla Birlikte On Sekiz Yaşını Doldurmamış Küçükler Bakımından.....	92
3.1.9. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri.....	93
3.2. HAKSIZ TAHRİKİN BAZI SUÇLARLA İLİŞKİSİ.....	96
3.2.1. Taksirli Suçlarda Haksız Tahrik	96
3.2.2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Haksız Tahrik.....	99
3.2.3. Kesintisiz (Mütemadi) Suçlarda Haksız Tahrik.....	101
3.2.4. Zincirleme Suçlarda Haksız Tahrik.....	102
3.3. HAKSIZ TAHRİKİN KABAHTLER İLE İLİŞKİSİ.....	104

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YASALARDA DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

4.1. 765 SAYILI ESKİ TCK'DA DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ.....	106
4.2. 5237 SAYILI YENİ TCK'DA HAKARET SUÇU AÇISINDAN DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALİ.....	107
4.2.1. Genel Olarak	107
4.2.2. Haksız Fiil Sebebiyle Hakaret.....	108
4.2.3. Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak Hakaret.....	110
4.2.4. Karşılıklı Hakaret Suçu.....	113
4.3. ASKERİ CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ.....	116
4.3.1. Genel Olarak.....	116
4.3.2. Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesinin Uygulanma Koşulları.....	117
4.3.2.1. Üstün Haksız Bir Fiil ile Astı Tahrik Etmesi Koşulu.....	117
4.3.2.2. Üst veya Amire Karşı Bu Tahrikin Etkisi Altında Kanunda Yazılı Bazı Suçların İşlenmiş Olması.....	117
4.3.2.3. Suçun Bu Gazap ve Elemin Tesiri ile “Hemen” İşlenmiş Olması Koşulu.....	118
4.3.2.4. Tahrikle Suç Teşkil Eden Fiil Arasında Açık Bir Orantısızlığın Bulunmaması Koşulu.....	119
SONUÇ	120
KAYNAKÇA.....	124

KISALTMALAR LİSTESİ

AIHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ask CK.	: Askeri Ceza Kanunu
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CD.	: Ceza Dairesi
CK.	: Ceza Kanunu
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜSBE.	: Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
E.	: Esas Numarası
ETCK.	: Eski Türk Ceza Kanunu
EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EÜSBED.	: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
f.	: Fıkra
GÜSBE.	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
KK.	: Kabahatler Kanunu
m.	: Madde
md.	: Madde

MÜHFD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TCY.	: Türk Ceza Yasası
TSK.	: Türk Silahlı Kuvvetleri
Vb.	: ve benzeri
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YTCK.	: Yeni Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Sosyal bir varlık olarak insan, toplumsal ilişkilerinde ceza hukukuna konu olabilecek birçok olayla karşılaşarak hukuk düzeninin yaptırıma bağladığı ve suç olarak nitelendirdiği fiilleri işleyebilmektedir. İnsanın olumlu ya da olumsuz bütün tepkilerinde içinde bulunduğu psikolojinin etkisi vardır. Bu nedenle insan davranışının tek kaynağı olan insan ruhunu ceza kanunları dikkate almışlardır. Ceza kanunlarının dikkate aldığı ve cezalandırdığı kişiye ait dış dünyaya yansıyan hareketler yani suç insan ruhunun ve psikolojisinin bir ürünüdür.¹

İnsanın dış dünyaya yansıyan davranışlarını değerlendiren ceza hukuku, onun davranışlarında iç dünyasının, o anki ruh halinin ve genel psikolojik özelliklerinin önemi bulunduğunu kabul ederek bu psikolojik durumlara, insan doğasına belli bir hukuki değer vermektedir.² Günümüz ceza hukukunda kişinin işlediği eylem sebebiyle cezalandırılabilmesi için hukuk düzeni tarafından suç olarak tanımlanan ve hukuka aykırı davranışının yanında ayrıca bu suçun fail ile psikolojik yönden ilişkisinin kurulabilmesi gerekmektedir.

Çağdaş Ceza Hukuku anlayışı içinde de suç işleyen kişi yalnızca objektif açıdan ele alınmayıp, failin suçun işleminde etkili olan ve suçu işlerken içinde bulunduğu psikolojik, fizyolojik ve bireysel haller de cezalandırma açısından önem taşımaktadır. Ceza kanunları, failin bu psikolojik, fizyolojik ve bireysel hallerine belli bir hukuksal değer tanınmasıyla birlikte, failin bu ruh haletini “ceza azaltan” bir neden olarak düzenlemiştir. Fail, kendisine karşı yapılan haksız fiiller sonucunda, öfke ve şiddetli üzüntüye kapıldığı için, kendisine karşı yapılan haksız fiilin sonucu olarak bir tepki suçu işlemektedir. Bu nedenle failin bu psikolojik halini öneme alan ceza kanunları, onun cezalandırılmasında indirim yapılmasını öngörmüştür.

¹ **Erel, Kemalettin**, Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Heyecan Durumlarının Etkisi, Adalet Dergisi, Ocak 2001, Sayı: 6, s. 165.

² **Aydın, Devrim**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, AÜHFED, Yıl: 2005, s. 225.

Mağdurun gerçekleştirdiği haksızlık, failin iç dünyası üzerinde olumsuz etki yaratmakta failin iradesi üzerine etki ederek faili suç işlemeye yakınlaştırmaktadır. Yine haksız bir fiile maruz kalan kimsenin, normal bir kimseye nazaran iradesi etkilenmiş ve içinde bulunduğu durumun icaplarına göre davranışlarını hukukun öngördüğü şekilde yönlendirme yeteneği azalmıştır.³

Haksız tahrik kurumu 1926 tarihli eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde de yerini korumuştur. Doktrinde kusurluluk ve sorumluluk kavramlarının birbirleri yerine kullanıldığını görmekteyiz.⁴ Zira kanunun ilgili maddesinde ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran hallerden birisi olarak yer alan haksız tahrik, kusurluluğu azaltan bir sebep olarak da anılmaktadır.

Suçtan bahsedebilmek için hareket, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi dört temel kavram üzerinde durulmaktadır.⁵ Kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı kusurlu sayılması için ise, kusur yeteneğine sahip olması, suç tipinde öngörülmüş ise, özel kusurluluk unsurlarının gerçekleşmesi, haksızlık bilincinin varlığı ve kusurluluğu kaldıran hallerin bulunmaması gerekmektedir.⁶ Haksız tahrikte suç işleyen kişinin ceza sorumluluğu bulunmakta olup, bu durum kişinin kusurluluğunu tamamen ortadan kaldıran bir hal olmayıp yalnızca kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir.

Haksız bir eyleme muhatap olan kişinin içinde bulunduğu hiddet hali içinde işlediği suç tüm unsurlarıyla birlikte varlığını korumaktadır. Ancak bu durumda failin ceza sorumluluğunda bir azalma meydana gelerek işlediği suç sebebiyle verilecek cezada, maruz kaldığı haksızlığın derecesine göre, bir miktar indirim yoluna gidilmektedir.

Türk Ceza Hukuku uygulamasında önemli yer tutan haksız tahrik kurumunu çalışmamızın 4 bölümünde incelemiş bulunmaktayız.

Birinci bölümde; haksız tahrik kavramı ve haksız tahrikin genel esasları açıklanmış, haksız tahrikin Türk Ceza Hukuku'ndaki ve Karşılaştırmalı Hukuktaki tarihsel gelişimi incelenmiştir.

³ **Birtek, Fatih**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 214

⁴ **Turabi, Selami**, Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, TBBD, Sayı: 101, Yıl: 2012, s. 270.

⁵ **Otacı, Cengiz**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması, Adalet Dergisi, Sayı: 15, s. 228.

⁶ **Yavuz, Mehmet**, Haksız Tahrik, Adalet Dergisi, Sayı: 46, Yıl: 2013, s. 39.

İkinci bölümde; haksız tahrikin unsurları üzerinde durularak haksız tahrikte uygulanacak indirim oranı ve yargıcın takdir hakkı, yerleşmiş içtihat ve doktrin görüşleri de dikkate alınarak tüm detaylarıyla değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde; haksız tahrikte özel durumlar başlığı altında haksız tahrikin diğer ceza kurumları, suç türleri ve kabahatler ile ilişkisi irdelenmiştir.

Dördüncü bölümde; 765 sayılı eski TCK'da düzenlenen özel haksız tahrik halleri ile 5237 sayılı TCK'da hakaret suçu açısından düzenlenen özel haksız tahrik hali üzerinde durularak Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan özel haksız tahrik hali inceleme konusu yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI VE HUKUK DÜZENLERİ

1.1. GENEL OLARAK HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI

Köken itibariyle Arapça bir kelime olan tahrik; “kımıldatma, kımıldama, oynatma, yola çıkartma, hareket ettirme, bir kimseyi kötü bir iş yapması için ileri sürme, kışkırtma, etki yapma, körükleme”⁷ anlamlarına gelerek dilimize yerleşmiştir. Ceza hukuku bakımından ise “bir kimseyi suç işlemeye yöneltme”, “teşvik etme”, ve “bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesi” olarak tanımlanabilir. Bu durumda fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışardan gelen etkinin psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir.

Ceza hukukunun konusunu oluşturan tahrik, dış dünyadan gelerek failin psikolojisi üzerinde olumsuz etki bırakan ve onu suça yönelten bir nitelik taşımaktadır. Bu durumda fail duruma değil, durum faile hakimdir. İrade zayıflamakta ve heyecanın şiddeti arttıkça özellikle iradenin yasaklama unsurunda etkisini göstermektedir. Bu açıdan tahrik “fizyo-psikolojik” bir olayın insan ruhunun şiddetli bir safhasına belirli hukuksal sonuçlar yüklemek suretiyle hukuken tanınmasıdır.⁸ Failin iç dünyasında var olan bunun dışındaki heyecan durumları konumuzun dışındadır. Gerçekten, patolojik bir temele dayanmayan heyecan durumları kural olarak isnat yeteneğine zarar vermezler ve böyle durumlarda kasti hareket vardır; diğer bir ifade ile heyecan ve kast bir arada bulunabilir.⁹

5237 sayılı TCK’da “tahrik” kelimesi, iki ayrı anlamda kullanılmıştır. İlk olarak tahrik suçlarını düzenleyen suç tiplerinde karşımıza çıkmakta olup bu suçlara

⁷ Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1984, s. 150.

⁸ Erel, a.g.m., s. 168.

⁹ Savaş, Vural/ Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, Ankara, 1999, s. 979.

tahrik suçları¹⁰ denilmektedir. İkincisi ise, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik hali olup, çalışmamızın asıl konusunu oluşturmaktadır.

Haksız tahrik kurumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde, ikinci kısmının ikinci bölümünde bulunan ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan haller başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun bir ayırım yapmaksızın hukuka uygunluk halleri ile ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan hallere aynı başlık altında yer vermiş olup, kanaatimizce kanunun bu sistematığı karışıklığa sebep olacak şekilde bir düzenleme olmuştur. Zira hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığıyla hukuka aykırılığı ortadan kalkan bir fiil ile hukuka aykırılığı devam etmesine rağmen fail açısından sorumluluğu azalan yahut sorumluluğu ortadan kalkan bir fiil aynı başlık altında değerlendirilmemelidir. İlk durumda fiil tüm hukuk düzeni açısından hukuka uygun hale gelirken, ikinci durumda yalnızca failin cezasında indirim yapılmakta ya da ceza verilmekten vazgeçilmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrikin özel olarak bir tanımı yapılmadığı gibi hangi eylemlerin haksız tahrik olarak nitelendirileceğinden de bahsedilmemiştir. Yalnızca TCK'nın 29. maddesinde "Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir." şeklinde haksız tahrike yer verilmiştir.

Haksız tahrikin özü, haksız bir hareketin doğurduğu hiddet veya elemin etkisi altındaki failin davranışlarını denetleme yeteneğinin azalması ve kendini tepki suçu işlemekten alıkoyamaması nedeniyle cezasının indirilmesidir. Fail söz konusu suçu, mağdurun haksız fiiline karşı bir tepki olarak işlemektedir.

Doktrinde haksız tahrik, Dönmezer/Erman'a göre; "failin haksız bir fiilinin doğurduğu gazap ve elem etkisi altında hareket ederek suç işlemesi", Taner'e göre; "kendisine karşı haksız eylemde bulunularak, bir kimsenin suç işlemeye yöneltmesi", Özbek'e göre; "failin haksız bir fiilin oluşturduğu dışardan gelen bir

¹⁰ 5237 sayılı TCK'nın 214. Maddesinde; "Suç İşlemeye Tahrik" suçu, TCK'nın 216. maddesinde "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik" suçu, TCK'nın 217. maddesinde "Kanunlara Uymamaya Tahrik" suçu, TCK'nın 219. maddesinde "Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma" suçu, TCK'nın 304. maddesinde "Devlete Karşı Savaşa Tahrik" suçu, TCK'nın 313. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti'ne Karşı Silahlı İsyân" suçu, TCK'nın 319. maddesinde "Askerleri İtaatsizliğe Teşvik" suçu olarak düzenlenmiştir.

etkiyle kişiyi kızgınlık ve üzüntü etkisi altında suç işlemeye yöneltme”, İçel/Evik’e göre; “haksız bir eylemin meydana getirdiği öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneğinin önemli ölçüde azalması neticesinde suç işlemesi”, İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu ve Ünver’e göre; “kişinin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın, hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalma”, Demirbaş’a göre ise; “failin mağdur tarafından haksız olarak tahrik edilerek heyecan durumuna sürüklenmesi ve failin bu ruhi durumun etkisi altında kalarak suç işlemesi” dir.¹¹

Dönmezer/ Erman’a göre: “Haksız tahrik halinde failin cezasının hafifletilmesinin sebebi bakımından, iki esas birden göz önünde tutmak gerekir: Bir kere fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke ve teessür altında kaldığı için, faili harekete geçiren saikler kanun koyucunun gözünde daha az ağır sayılmıştır; bundan başka suçun işlenmesine mağdur da hukuka aykırı fiili ile sebebiyet verdiği için, failin daha az kusurlu sayılması ve bunun sonucu olarak da cezasında indirim yapılması uygun görülmüştür.”¹²

Haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltan şahsi, kanuni ve genel bir indirim hali olduğundan koşulları oluştuğunda tüm kişiler açısından uygulanması zorunludur. Yoksa takdiri indirim sebepleri gibi uygulanıp uygulanmaması hakim takdirine bırakılmamıştır.

1.2. HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ ESASI VE NEDENİNİ İZAH EDEN TEORİLER

Haksız tahrikin ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak kabul edilmesinin temelinde psikolojik ve hukuki olarak nitelendirilen iki ayrı sebep bulunmaktadır. Bu sebepleri haksız tahrikin genel esasları adı altında aşağıda incelemiş bulunmaktayız.

1.2.1. Objektif Teori

Takas teorisi olarak da tabir edilen objektif teori mağdur kaynaklı fiilin haksızlığından hareket etmekte olup haksız tahrik halinde biri tahrik eden, diğeri

¹¹ Bostancı Bozbayındır, Gülşah, Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrik, İstanbul, 2013, s. 5.

¹² Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 9. Bası, 1986, s. 374.

tahrike maruz kalan olmak üzere iki suçlunun varlığını kabul etmektedir.¹³ Burada fail ile mağdurun karşılıklı olarak kusurlu olduğundan bahsetmek gerektiğinden tahrik neticesinde işlenen suçun tamamen faile yükletilmesi yanlış olacaktır. Hem mağduru hem de faili kusur sahibi olarak kabul eden bu teoriye göre, mağdur kendi haksız hareketiyle suçun işlenmesine neden olduğundan, onun kusurunu failin kusurundan indirmek adalet gereğidir.¹⁴

Bu teori, sübjektif teoride olduğu gibi failin kişisel durumuna değil, fiile önem vermektedir.

Objektif teorinin bireysel çıkarlara önem verdiği, oysa ceza hukukunun toplumun menfaatlerine üstünlük tanıdığı, bu nedenle cezanın bu gerekçe ile indirilmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur.¹⁵ Aynı zamanda fail ile mağdurun karşılıklı olarak kusurlarının eşit olduğu durumda failin cezasız kalacağından bahisle eleştirilmiştir.

1.2.2. Sübjektif Teori

Haksız tahrik müessesesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, haksız bir fiilin failde oluşturduğu "hiddet ve şiddetli elem" neticesinde failin suç işlemesi halinde haksız tahrik durumunun varlığından söz edilerek failin cezasında indirim yoluna gidilecektir. Hiddet hali öfkeyi, şiddetli elem ise kişiyi hiddete yönelten üzüntüyü ifade etmektedir.

Haksız tahrik müessesesinin ceza hukukuna girmesinde heyecanın irade üzerindeki etkisinin psikolojik bir gerçek olarak kabulünün etkisi göz ardı edilemez.¹⁶ Hiddet ve şiddetli elem olarak nitelendirilen duygular ise heyecan kavramının bir tür çeşitleridir.

Heyecan hali yalnızca psikiyatrik bir durum değildir; aynı zamanda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir durum olduğu doktrinde dile getirilmektedir.¹⁷

¹³ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s. 33.

¹⁴ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 472.

¹⁵ Açıkgöz, Mehmet, Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, 2011, s. 23.

¹⁶ Erel, a.g.m., s. 169.

¹⁷ Kazancı, Behiye Eker, Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik, DEÜHFD, Cilt: 15, Yıl: 2013, s. 1317.

Teorinin hareket noktası, failin tahrik nedeniyle kendisini denetleyememiş olması bu nedenle de daha az kusurlu sayılması gerektiği düşüncesidir. Sübjektif teori haksız tahrik sebebiyle yapılacak indirimin asıl sebebini failde uyanan hiddet ve şiddetli elem duygularına dayandırmaktadır.

Haksız bir fiile maruz kalan ve bu fiil sebebiyle şiddetli öfke ve üzüntüye kapılan fail, iradesini kontrol etmekte zorlanmakta ve mağdura yönelik bir tepki suçu işlemektedir. Heyecanın iradeye tesiri psikolojik bir hakikat olmakla birlikte kanun koyucu “hiddet” ve “şiddetli elem” den kaynaklanan buhran halini cezayı azaltıcı bir sebep saymıştır.¹⁸

Sübjektif teori, failde ortaya çıkan hiddet ve şiddetli elem duygularını ön planda tutması sebebiyle eleştirilmiştir. Zira, haksız tahrik kurumunda failin tek başına içsel durumu değerlendirilmemekte; haksız bir fiil neticesinde ortaya çıkan hiddet ve şiddetli elem duyguları sebebiyle failin cezasında indirim yapılmaktadır. Yalnızca failin sübjektif durumu dikkate alındığında haksız olmayan bir tahrik neticesinde failin iradesinde meydana gelen zayıflamanın da kusurunu azalttığı düşüncesi oluşabilecektir.¹⁹

Ceza kanunumuz, haksız tahrik durumunda sadece haksız fiilden kaynaklanan hiddeti cezada indirim kabul ederek eleştiri konusunu bertaraf etmiştir. Bu şekilde hukuka uygun fiillere, ne sebeple olursa olsun herkesin tahammül etmesi zorunlu kılınmıştır.²⁰

1.2.3. Karma Teori

Objektif teorinin tahrik fiiline, sübjektif teorinin ise failin psişğine değer veren açıklamalarını bağdaştırmaya çalışan karma teori ise, iki görüşü bağdaştırarak hem faile yöneltilen tahrik fillini hem de failin kapıldığı hiddet veya elemi suça neden olan ve cezayı azaltan etkenler olarak değerlendirmektedir.²¹

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi lafzıyla birlikte düşünüldüğünde haksız tahrikin, failin kusurluluğunu azaltan bir neden olarak tavsif edilmesinde iki nedenin olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, haksız tahrik fiili ya da başka bir deyişle mağdurun ortak sorumluluğu, diğeri ise failin bu haksız fiil nedeniyle iradesinin

¹⁸ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 472.

¹⁹ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s. 32.

²⁰ Kaya, Fahrettin, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, 2010, s. 14.

²¹ Aydın, a.g.m., s. 231.

zayıflamasıdır.²² Başka bir ifadeyle ise, kanunumuz haksız tahrik kurumunda hem faili hem de fiili esas almıştır.

Kanaatimizce de, 5237 sayılı TCK'nın hem mağdurdan kaynaklanan haksız fiili hem de bu haksız fiil neticesinde ortaya çıkan failin psikolojik buhranını birlikte esas alması bakımından, karma teori haksız tahrik kurumunun esasını daha doğru şekilde açıklamaktadır.

1.3. HAKSIZ TAHİRİKİN TARİHSEL GELİŞİMİ

1.3.1. İlk ve Orta Zamanlar Ceza Hukuku Dönemleri

1.3.1.1. İlk Topluluklar Dönemi

İnsanların topluluk şeklinde yaşamaya başlamasıyla birlikte, bu toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar da beraberinde gelmiştir. İnsanlığın ve medeniyetin gelişmesi, kültür tarihinin bir parçası olan ceza kanunlarının da zamanla modernleşmesini ve günümüz kanunlarının ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Devletin ortaya çıkmasıyla birlikte, suçların toplum düzenine karşı işlendiği düşünülerek faile toplum adına ceza verme yetkisinin devlette olduğu kabul edilerek diyet sistemi kabul edilmiştir. Bu dönemde kişilerin cezalandırılması münhasıran ortaya çıkan neticeye bağlanmış olup, kusur ilkesi henüz benimsenmemiştir. Böylelikle, suçun ortaya çıkmasına etki eden sebepler ve failin kişiliği, göz önünde bulundurulmamıştır. Toplumda düzeni ihlal eden her hareket hukuka aykırı kabul edilmiş, failerin suçu kasten, taksirle ya da herhangi bir nedenle işlemiş olmaları arasında cezai sorumluluk açısından bir fark gözetilmemiştir.²³

1.3.1.2. Hammurabi, İbrani ve Manu Kanunları

Hammurabi kanunlarında ceza sorumluluğu için subjektif unsura önem verilmeye başlanmış ve taksirden doğan ceza sorumluluğuna örnek olarak bir öküzün boynuzlamak suretiyle bir kimseyi yaralaması durumunda; sahibi, hayvanın bu

²² Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s. 33.

²³ İçel, Kayhan, Ceza Hukuku'nda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul, 1967, s. 32.

huyunu bildiği halde boynuzlarını bir başkasına zarar vermesini önlemek için sarmamışsa, taksirden dolayı meydana gelen neticeden sorumlu tutulmuştur.²⁴

İbrani hukukunda, adam öldürme suçunun cezası ölümdür. Ancak bu suçun kasten işlenmesi gerekir. Taksirle ve kaza neticesi işlenen suçlar, iradi olmayan suçlar olarak nitelendirilmiştir.

Eski Hint ceza hukukunda Manu Kanunları'nda suçun subjektif yönüne önem verilerek kast ve taksir şeklinde kusur ayırımının yapıldığını ve yine Manu Kanunları'nda meşru müdafaa kurumuna yer verildiğini görmekteyiz.

Neticede, Hammurabi, İbrani ve Manu kanunlarında ceza sorumluluğunda subjektif kriterlere önem verilmeye başlanıldığı anlaşılmış olsa da, haksız tahrike ilişkin bir düzenleme olduğu konusunda öğretilerde bir bilgiye rastlanılmamıştır.²⁵

1.3.1.3. Eski Yunan Ceza Hukuku Dönemi

Eski Yunan ceza hukukunda cezayı hafifleten ve ağırlaştırılan durumlara yer verilmiştir. Örneğin, işlenen suçlarda kastın bulunmaması, failin tehevüre kapılması sonucu bir suç işlemesi, failde akıl hastalığı olup olmaması, failin yaşı, verilecek cezaların hafifletilmesini gerektirecek nedenler olarak sayılmıştır. Ayrıca karısını zina esnasında suçüstü yakalayıp öldüren fail hakkında, cezai takibat yapılamayacağı da kabul edilmiştir.²⁶ Buradan anlaşılacağı üzere, eski Yunan ceza hukukunda haksız tahrik kurumunun izlerine rastlanılmaktadır.

1.3.1.4. Roma Ceza Hukuku Dönemi

Haksız fiiller ile suçlar arasında bir ayırım yapmayan ve ceza sorumluluğunu hukuk sorumluluğu ile aynı tutan Roma hukukunun ilk safhalarında netice sorumluluğu esası bulunmaktadır.²⁷

Bu dönemde adam öldürme cürümlerinde, suç saiklerinin değerlendirilmesinde, “tasarlama ve tehevür” ayırımı yapılmıştır. Daha sonraki aşamada ise, kast içinde değerlendirilen tehevür kavramı kasttan ayrılarak, kastın içerisinde failin daha hafif cezalandırılmasını gerektiren “affekt (heyecan) hali”

²⁴ İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul, 1987, s. 41.

²⁵ Duran, Gökhan Yaşar, Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, İstanbul, 2010, s. 20.

²⁶ Duran, a.e., s. 21.

²⁷ İçel/ Donay, a.g.e., s. 44.

olarak nitelendirilmiştir. Tehevvür kavramı, zamanla daha da genişleyerek, haksız tahrik hali olarak kabul edilmiştir.²⁸ Buna göre, eski Roma döneminde “Lex Lulia Adulteriis” adı altında çıkarılan kanuna göre; koca ya da baba, karısını ya da kızını, müşterek kullanılan evde zina yaparken suçüstü yakalaması halinde, babanın ya da kocanın hiddetlenmesi neticesinde kendini tutamaması ve hemen olay anında öldürmesi” durumunda baba ya da kocaya ceza verilmemekteydi.²⁹ Ancak, dönemin ilerleyen zamanlarında zina durumunda kocanın hiddete kapılarak karısını öldürmesi bir cezasızlık hali olmaktan çıkarak yalnızca verilecek cezada yapılacak bir indirim hali olarak kabul edilmiştir.

1.3.2. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi

İtalyan hukukçularının Roma hukukunu yeniden ele alarak Avrupa dönem hukukunu birleştirmesi sonucunda müşterek ceza hukuku ortaya çıkmıştır.³⁰ Yeni Latin Çağı adı verilen bu dönemde, İtalyan statülerinin ilkel durumuna karşın, Glossatörler ve Postglossatörler tarafından geliştirilen Roma hukuku Almanya’da çok önemli pozitif hukuk kaynaklarının doğmasını sonuçlamıştır. Bu kaynakların en önemlisi Carolina’dır.³¹ Carolina Kanunu’nun 137. maddesinde, ‘aniden’ (gachheit ya da gachheit) ya da ‘kızgınlık’ (Aus Zorn) ile adam öldürme halinde ceza miktarı diğer adam öldürme suçlarından daha hafif öngörülmüştür.³²

Carolina’da heyecan içerisinde adam öldürme bu şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, karşılıklı tahkire ilişkin bir düzenleme bulunmuyordu. Ancak 17. yüzyıla kadar öğretide hakim olan bir düşünceye göre, tahkire karşılıklı bulunmak fail için bir meşru müdafaa hakkı olarak kabul edilirken, 17. yüzyıl ve 18. yüzyılın büyük bir kısmında karşılıklı bulunma hakkı yeni bir müessese olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.³³ Buna göre; devam eden ruhi bir karışıklık içerisinde, aynı yerde, aynı nitelikte ve eşit ağırlıktaki karşılık bu hakkın esas ve koşullarını oluşturmaktadır.

²⁸ Duran, a.g.e., s. 22.

²⁹ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s. 36.

³⁰ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 32.

³¹ İcel/ Donay, a.g.e., s. 48; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, İstanbul, 2010, s. 29.

³² Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s. 36.

³³ Demirbaş, Timur, Türk Ceza Hukuku’nda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul, 1985, s. 19.

1.3.3. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku Dönemi

Yeni zamanlar ceza hukuku döneminde, müşterek ceza hukuku ve uygulamasına yöneltilen eleştiriler, özellikle ceza verme hakkının esası ve cezanın amaçları gibi kavramlar üzerinde düşünülmesine yol açmış, felsefe ve kanunlaştırma hareketleri ile okullar arasındaki çatışmalar, ceza hukukunun gelişmesine neden olmuştur.³⁴

Bu dönemde, Kant'ın filozofik görüşleri etkisi altında kalan Feuerbach "psikolojik zorlama" teorisi ile psikolojinin ceza hukuku bakımından önemini belirterek; failin kişiliği, saiki, ve pişmanlık ile itiraf gibi psikolojik hallerin cezalandırma bakımından göz önüne alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun sonucu olarak Feuerbach, tahrikin failin suç işlememe yönündeki psikolojik engellerini kaldıracağını ve bu nedenle böyle bir durumda suç işleyen kimsenin daha hafif cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.³⁵

1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu, Feuerbach'ın görüşleri doğrultusunda tahrik üzerine adam öldürmeyi 152. maddesinde düzenlemiştir; buna göre, fail, mağdurun ağır tahrikiyle sürüklendiği öfke içerisinde bu kişiyi öldürürse, 8 yıldan 12 yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırdı.³⁶

1.3.4. Haksız Tahrikin Türk Ceza Hukuku'ndaki Tarihsel Gelişimi

Türk ceza hukukundaki dönemler, İslamiyet öncesi dönem, İslamiyet sonrası dönem ve Cumhuriyet dönemi olmak üzere 3 dönemde incelenebilir.

1.3.4.1. İslamiyet Öncesi Dönem

İslamiyetin kabulünden önce kurulmuş olan Türk devlet ve toplumlarında bazı ceza hukuku esaslarının ve kurumlarının bulunduğu muhakkak olmakla birlikte bu dönemdeki ceza hukuku alanına ilişkin incelemelere pek rastlanmamaktadır.³⁷ Bu dönem ceza hukukunun daha çok ilkel ceza hukukunun ilke ve esasları ile benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür.

³⁴ Duran, a.g.e., s. 24; Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 49-50.

³⁵ Demirbaş, a.g.e., s. 20.

³⁶ Demirbaş, a.g.e., s. 20.

³⁷ Zafer, a.g.e., s. 20.

İslamiyetten önceki Türk devletleri hakkında değerlendirme yapılırken Moğollara ilişkin kaynakları da incelemek zorunluluğu vardır. Çünkü Moğolların Türklere diğer kavimlerden daha yakın olduğu kabul edilmektedir.³⁸ Bu nedenle İslamiyet döneminden önceki Türk devletleri hakkında bir değerlendirme yapılırken, Moğollara ilişkin kaynaklara dayanılabilirse de, Türkler ve Moğollar arasında bir birlik olmadığından, kesin yargılara varmak doğru gözükmemektedir.³⁹

Moğol ceza hukukunda, failin aklı başındayken adam öldürmesi ile sarhoşken veya kızgınlık ya da kavga sırasında işlemiş olduğu adam öldürme suçu arasında ceza sorumluluğu bakımından bir farklılık gözetilmiş, kızgınlıkla veya kavgada birini öldürmenin cezası daha hafif olarak belirlenmiştir. Bir düzenleme olarak kabul edilebilecek olan bu durum konumuz açısından önem taşımaktadır.⁴⁰

1.3.4.2. İslamiyet Sonrası Dönem

İslamiyetin kabulünden sonra, İslam Ceza Hukuku'na göre suçlar, kulların hakkına yönelik işlenen suçlar, Allah'a karşı işlenen suçlar ve cezası hakim tarafından bırakılan suçlar olmak üzere üçe ayrılmıştır. Buna göre “kulların hakkına yönelik işlenen suçlar; cinayet, yaralama gibi müessir fiilleri”, “Allah'a karşı işlenen suçlar; Kuran tarafından yasak olduğu gösterilmiş olan zina işlemek, birisine zina isnat etmek, hırsızlık, şarap içmek gibi suçları”; “cezası hakim tarafından bırakılan suçlar ise, İslam hukuku kaynaklarında gerek suç gerek karşılığında cezası gösterilmiş olmamakla birlikte kişilere ve kamuya zarar verdikleri için ultiyleme niyabeten hakim tarafından cezaları tayin edilerek cezalandırılan suçları” ifade etmektedir.⁴¹

İslam hukukunda Allah'a karşı suç işleyen kişiye işlediği suç karşılığında öngörülen belli başlı değişmez cezalar vardır ki bu cezalar “had” olarak adlandırılır. Kulların hakkına giren suçlara yönelik düzenlenen belli başlı cezalar ise kısas ve diyettir. Bunlar dışında cezalandırılmasının gerekliliği fetvalarla tespit edilmeye çalışılan ve bu konuda hakime takdir hakkı tanınan cezalara ise “tazir” adı verilmiştir.

³⁸ İçel/ Donay, a.g.e., s.50.

³⁹ Duran, a.g.e., s. 34; İçel/ Donay, a.g.e., s. 50.

⁴⁰ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s. 34; İçel, Ceza Hukuku'nda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 46.

⁴¹ Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1, s. 116-117

Had, kısas ve diyet suçlarında cezalar mukadder ve belirlenmiştir. Bu cezalar bağlayıcı cezalar olup, hakimın başka bir ceza verme ya da cezayı artırıp azaltma şansı yoktur. Tazir cezalarında ise, cezanın miktarını belirleme hakime bırakılmıştır. Hakim alt ve üst sınırı belirlenmiş olan cezadan uygun olanını seçer.⁴²

Her ne kadar klasik fıkıh kaynaklarımızda müstakil bir başlık olarak haksız tahrik kavramı geçmese de ceza sorumluluğunu azaltan sebepler arasında haksız tahrik kavramının ana unsurlarından olan öfke, elem, acı kavramları zikredilmektedir.⁴³ İslam Ceza Hukuku, Toplumun yapısını ilgilendiren suçlarda, failin kişiliğini dikkate almayı kabul etmemiş iken bunlar dışında kalan suçlarda, hakime, failin kişiliğini, ruhi halini, içinde bulunduğu şartları, ahlakını göz önünde tutarak cezaların hafifletilebilmesi yetkisini vermiştir.⁴⁴ Ayrıca bu dönem ceza hukukunda haksız tahrik kapsamında değerlendirilmesi gereken bazı haller de meşru müdafaa gibi değerlendirilerek ceza verilmemiştir. Zira, İslam ceza hukukuna göre; “evine giren kimse, zevcesi ile bir adamı zina yaparlarken görse, adamı öldürmesi helal olur. Kadın da razı olmuş ise, ikisini de öldürebilir. Bir kadın veya oğlanın, kendisine tecavüz edenı öldürmesi helaldır.” denilmektedir.⁴⁵ Buradaki durum haksız tahrik olarak değil, cezasızlık sebebi olarak öngörülmüştür.

Sonuç olarak, İslam ceza hukukunda, haksız tahrik bir kurum olarak düzenlenmemiş ise de, İslam hukukunun kaynaklarından olan hadislerde haksız tahrik sayılabilecek durumlar ile zina esnasında öldürme hali gibi özel haksız tahrik hallerinin meşru müdafaa kapsamında kabul edildiği açıklanmıştır.⁴⁶ Buradan hareketle bu dönemde kadınlara, cezaların kişiselleştirilmesi amacıyla ceza kanunlarını uygulama anlamında geniş takdir haklarının verilmesi sebebiyle meşru müdafaa ile haksız tahrik kurumlarının ayrımının açık şekilde yapılamadığını söyleyebiliriz.

1.3.4.3. Osmanlı Devleti Dönemi

Osmanlı devleti ceza hukuku döneminde İslam ceza hukuku ilke ve esasları uygulanmaya devam edilmekle birlikte bu ilke ve esaslara dönem padişahlarının

⁴² Sağlam, Hadi/ Çolak, Mehmet/ Gökbayır, Sema, İslam Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrikin Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi, EÜSBED, Cilt: 5, Sayı: 1, s. 188.

⁴³ Sağlam/ Çolak/ Gökbayır, a.g.m., s. 191.

⁴⁴ Demirbaş, a.g.e., s. 22.

⁴⁵ Demirbaş, a.g.e., s. 22.

⁴⁶ Açıkgöz, Mehmet, Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrik, Ankara, 2012, s. 35.

çıkarmış olduğu kanunnameler de eklenmiştir. Bu dönemde özellikle Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesi, Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi ve IV. Mehmet Kanunnamesi, İslam ceza hukukundaki suçları tekrarlamış ve taziren cezalandırılması gereken suçlar ile karşılığında öngörülen cezalardan bahsetmiştir. Bunun yanı sıra bu dönemde örfi hukukta da ceza hukukuyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

Fransız ceza hukukundan alınarak 1274 (1857) tarihinde kabul edilen ve 1911 ile 1914 tarihlerinde değişikliğe uğrayan Ceza Kanunname-i Hümayunu tanzimatın ilanından sonra devletin batılılaşma yolundaki önemli adımlarından biri olarak tahrikle ilgili genel bir düzenleme bulundurmamasına rağmen bazı özel haksız tahrik hallerini düzenlemesinden dolayı konumuz açısından önem arz etmektedir.⁴⁷

Osmanlı döneminde çıkarılan 1274 Ceza Kanunname-i Hümayun'un 188. maddesinde, kişinin eşini ya da mahreminden başka bir kimseyi zina halinde görmesi durumunda bunlardan birisine ya da her ikisine yönelik işleyeceği yaralama ve öldürme fiillerinden ve 189. maddesinde, silah gibi öldürücü bir aletle maddi olarak yapılan tahrik fiilleri neticesinde işlenen suçlardan bahsedilmiş olup, Kanun'un 190. maddesinde böyle durumlarda cezanın nasıl hafifletilebileceği düzenlenmiştir. Yine Kanun'un 214. maddesinin 13. fıkrasında karşılıklı hakaret ve tahkir fiillerine yer verilerek bu durumda da cezanın indirileceği kabul edilmiştir.⁴⁸

1.3.4.4. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyetin ilanından sonra Batı'dan alınan kanunlar arasında ilk sıralarda gelen ve 1 Mart 1926'da TBMM'nde kabul edilerek 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu'ndan alınmıştır. Bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle 1274 (1857) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu yürürlükten kaldırılmıştır. Biz bu başlık altında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bugüne kadar uğradığı birçok değişikliğin haksız tahrik kurumu açısından incelemesini yapacağız.

⁴⁷ Bostancı Bozbayındır, a.g.e., s. 40.

⁴⁸ Demirbaş, a.g.e., s. 23-24.

1.3.4.4.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1926 Tarihli İlk Düzenlemesi

Haksız tahrik kurumu ilk olarak 13.03.1926 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 01.03.1926 tarihinde kabul edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 51. maddesindeki ilk düzenleme şu şekildeydi:

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

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

Sair cezalar, ağır hapis ve müebbet hidematı ammeden memnuiyet muvakkat memnuiyete tebdil edilmek üzere yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir.”⁴⁹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile mehzaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan, bazı noktalarda değişiklik yapılarak çevrilmiştir. Buna göre, İtalyan Ceza Yasası'nda haksız tahrikten dolayı indirim yapılması için “bir kimsenin haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlemesi” aranırken, 765 sayılı TCK'nda “bir kimsenin haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir cürüm işlemesi” şartı aranmaktadır.

İtalyan Ceza Yasası'nda kişinin haksız tahrik sebebiyle oluşan buhran halinin devam etmesinden bahsedilirken, 765 sayılı TCK'da failin haksız tahrikin tesiri altında söz konusu suçu işlemesi yeterli görülmüştür. Bununla birlikte Kaynak kanunda failin haksız tahrik altında işleyeceği bir “fiil” den söz edilirken, 765 sayılı TCK' da “cürüm” ifadesine yer verilmiştir. Buradan hareketle İtalyan Ceza Kanunu'na göre ayırım yapılmaksızın failin hem suç oluşturan hem de kabahat oluşturan eylemlerinde haksız tahrik indirimine gidilirken, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yalnızca failin haksız tahrik altında işlediği cürüm olarak nitelendirilen hareketlerinde cezası azaltılacaktır.⁵⁰

⁴⁹ Tutumlu, Mehmet Akif, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, Ankara, 1999, s. 16-17; Resmi Ceride'de (RG) 13.03.1926'da yayınlanan metin.

⁵⁰ Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, AÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2003, s. 36.

İki kanun arasında yukarıda bahsettiğimiz farklılıkların yanı sıra en çok dikkat çeken ayırım ise; haksız tahrik altında işlenen suçlar için 765 sayılı yasada faile verilecek cezada uygulanacak indirimin İtalyan Ceza Yasası'nda öngörülen indirimde göre daha yüksek tutulmuş olmasıdır. 765 sayılı yasada, sair suçlarda fiilin cezasının yarısına kadarının indirilebileceğinden bahsedilirken, İtalyan Ceza Yasası'nda bu indirimin üçte bir nispetinde olacağından söz edilmektedir.

1.3.4.4.2. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki 1936 Tarihli Değişiklik

765 sayılı yasanın 51. maddesinde 23.06.1936 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 11.06.1936 gün ve 3038 sayılı kanunla indirim oranlarında değişiklik yapılmıştır. Buna göre:

“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının üçte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ve müebbet ağır hapis cezası yerine on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların, ağır hapse ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet muvakkat memnuiyete tedbil edilmek üzere yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.”⁵¹

Bu düzenleme ile indirim oranları dışında esaslı bir değişiklik yapılmamıştır.

1.3.4.4.3. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki 1953 Tarihli Değişiklik

765 sayılı yasada yapılan son değişiklik ise, 15.07.1953 tarihli resmi gazete ilanı ile yayınlanan 6123 sayılı yasa ile yapılan değişikliktir. 1953 tarihli değişiklik ile 765 sayılı TCK'nın 51. maddesi 5237 sayılı yasa yürürlüğe girene kadarki son halini alarak uygulanmıştır.

Yapılan 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 Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>

51. maddedeki cezadan indirme oranı küçültülmüş ve münhasıran hakim ve mahkemenin takdirine bağlı indirim sebebi dolayısıyla cezadan yapabileceği indirim oranı da azaltılmıştır.⁵²

1.3.4.4. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme

Toplumun birçok alanında ortaya çıkan gelişim ve değişim, ülkede uygulanan hukuka da tesir etmektedir. Zamanla dönem insanların ortaya çıkan ihtiyaçlarına cevap veremeyen kanunların değiştirilmesi ve yerine yeni ileri yasaların yapılması, yasal eksikliklerin giderilmesi zorunlu olmaktadır.

Mehaz İtalya Zanardelli Ceza Kanunu'nun yürürlükten kaldırılarak 1930 tarihli Rocco Ceza Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu çağdaş ceza hukuku ilkeleri ile ortaya çıkan yeni gelişmelere ayak uyduramamıştır. Sözü edilen sebeplerle kanunun bünyesinde bu anlamda birçok değişiklik yapılmış ancak yapılan değişiklikler kanunun kendi içinde çelişkiler ortaya çıkarmasından öteye gidemeyerek yeni bir ceza kanununun kabul edilmesi zorunlu hale gelmiştir.

Yeni bir ceza kanunu oluşturulması için, 1940'ta, 1958'de, 1987'de, 1989'da, 1997'de ve son olarak 2001'de olmak üzere altı tasarı hazırlanmıştır. Ancak bu tasarılar 2001 tasarısı dışındakilerin hiçbirisi bir takım sebeplerden dolayı kanunlaşmamıştır.

2001 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Bakanlar Kurulu tarafından 14.04.2003 tarihinde kabul edilerek TBMM Başkanlığı'na gönderilmiş ve Dönmezer Tasarısı olarak da anılan bu tasarı 29 oturum yapılarak TBMM Adalet Komisyonu tarafından genel olarak değerlendirilmiş ve üzerinde çalışılmak üzere alt komisyona gönderilmiştir. Alt Komisyonu'nun hazırladığı metin çeşitli kurumlarca tartışılmış ve görüşlerle birlikte Adalet Komisyonu'na ulaştırılmıştır. Komisyon tasarıya son şeklini verdikten sonra TBMM'de tartışılarak 5237 sayılı TCK olarak yasalaşmıştır.⁵³ Ancak doktrinde 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yasalaşma sürecini eleştiren yazarlar da olmuştur.⁵⁴

⁵² Tutumlu, a.g.e., s. 17-18.

⁵³ Zafer, a.g.e., s. 28.

⁵⁴ Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2006, s. 59.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunu'nun "Genel Gerekçesi" nde, "Ceza mevzuatı, çağın gereklerini ve yeniden oluşan milli ve insanlığın ortak değerlerini vurgulayan, insan haklarını ve toplumsal güvenliği korumayı hedefleyen bir suç ve ceza siyasetine dayandırılmalıdır. ... Yürürlükte bulunan 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı kanun üzerinde kısa bir irdeleme yapılacak olursa, özetle şu hususlar saptanabilir: Her şeyden önce Kanunun dili üzerinde durmak gereklidir. Dil o kadar eskidir ki, değil günümüzde hukuk fakültelerinde okuyan gençler, hatta belirli bir deneyim kazanmış hukukçular bile Kanunda geçen bazı sözcükleri, anlamak şöyle dursun doğru olarak telaffuz edememektedirler. Bir kısım hukukçuların artık anlayamadıkları bir dil ile yazılmış Kanunu, vatandaşların algılayarak, hükümlerine uygun biçimde hareket etmesi beklenemez..." gibi ifadelerle yer verilerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ağır biçimde eleştirilmiş ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun modern toplumun ihtiyaçlarına cevap verecek niteliklere sahip ilerici bir kanun olarak hazırlandığı belirtilmiştir.⁵⁵

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve Mülga 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde yer verilen haksız tahrik kurumu 5237 sayılı TCK'nın "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı altında kanunun 29. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesindeki yeni düzenlemeye göre:

"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."⁵⁶

Yasanın madde gerekçesi ise şu şekildedir:

"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 alınmıştır. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit

⁵⁵ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, İstanbul, 2006, s. 1.

⁵⁶ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2010, s. 732.

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 (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 yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Bu düzenlemede ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı 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.”⁵⁷

Madde ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki hafif ve ağır tahrik kavramını kaldırdığını görmekteyiz. 765 sayılı yasanın 51. maddesinde basit ve ağır tahrikten bahsedilmesine rağmen hangi fiillerin tahriki oluşturacağı belirtmediği gibi, hangi halde tahrikin ağır sayılacağı da tespit edilmemişti. Eski yasa döneminde hakim olayın özelliklerine göre ve tahrik edenle edilenin durumlarına göre takdir hakkını

⁵⁷ **Bakıcı, Sedat**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2008, s. 631-632; **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 732; **Koyuncu, Ali**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, Ankara, 2006, s. 168.

kullanarak öncelikle takdirin derecesini belirlemesi gerekmektedir.⁵⁸ Buna karşılık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesindeki yeni düzenleme ile haksız tahrik durumunda failin cezası indirilirken tahrikin ağırlığına göre alt ve üst sınırlar dikkate alınacaktır.⁵⁹ Her ne kadar yeni düzenlemenin hakime daha geniş takdir hakkı tanıdığını söyleyebilirsek de bu durum bazı yazarlarca adaletsizliklere yol açacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir.⁶⁰

Yeni TCK ile getirilen diğer yenilik ise; eski yasada kullanılan “haksız tahrik” ifadesinin yerine “haksız fiil” ifadesine yer verilerek töre veya namus cinayeti olarak adlandırılan aile içi öldürme suçlarında suçun mağduruna yönelik eylemlerde haksız tahrik indiriminin önüne geçilmeye çalışılmasıdır. Bu değişiklik maddenin gerekçesinde de açıkça izah edildiği üzere haksız tahrik kurumunun doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla yapılmıştır.

Eski kanunda haksız tahrik indiriminin yapılması, kişinin haksız tahrikin husule getirdiği “gazap veya şedit elem” altında suç işlenmesi aranırken yeni düzenlemede bir kimsenin haksız tahrik indiriminden faydalanabilmesi haksız bir fiilin meydana getirdiği “hiddet veya şiddetli elemin” tesiri altında suç işlenmesine bağlıdır. Söz konusu değişikliğin, kanunun dilini sadeleştirmek amacı dışında esaslı bir amaç taşımadığını düşünmekteyiz.

765 sayılı Kanun'dan farklı olarak, yeni TCK'da, bütün suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünün yanı sıra, belli suçların bir haksız fiilin oluşturduğu gazap veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi halinde bu suçların cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerektiği yönünde hükümlere yer verilmemiştir.⁶¹ Ancak, hakaret suçunun haksız bir fiil veya kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde yeni Türk Ceza Kanunu'nun 129. maddesi uygulanacak ve bu maddeye göre failin cezası indirilecektir.

Son olarak 765 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı yeni TCK'da haksız tahrik sebebiyle failin cezasında yapılacak indirim oranları da değiştirilmiştir. Buna göre, eski kanunda basit tahrikte dörtte bir, ağır tahrik halinde üçte iki şeklinde öngörülen indirim oranları, yeni TCK'da basit ya da ağır tahrik ayrımı yapılmaksızın

⁵⁸ Demirbaş, a.g.e., s. 39; Savaş/ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 979; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 474.

⁵⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 475; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2013, s. 264; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, İstanbul, 2013, s. 238.

⁶⁰ Centel, Nur/ Çakmut, Özlem/ Zafer, Hamide, Türk Ceza Hukuku'na Giriş, İstanbul, 2008, s. 442.

⁶¹ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2013, s. 425; Bakıcı, a.g.e., s. 632.

alt sınır olarak dörtte bir, üst sınır olarak dörtte üç olarak belirlenmiştir. İki kanun birlikte değerlendirildiğinde tahrikin derecesinin ağır olduğu ve üst sınırdan indirim yapılması gereken durumlarda, yeni yasanın sanığın daha lehine bir durum oluşturduğu düşünülmektedir.

1.3.5. Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Tahrik

Haksız tahrik kurumunu diğer ülke ceza kanunları açısından değerlendirmek gerekirse; ülkelerin bu müesseseyi ceza sorumluluğuna etkisi açısından farklı şekillerde düzenlediğini söyleyebiliriz. Mukayeseli hukukta, haksız tahriğe hem genel hükümler arasında yer veren (örneğin; 1937 İsviçre CK. m. 64; 1975 Avusturya CK. m. 34/8; 1930 İtalyan CK. m. 62) hem de aynı zamanda belirli suçlar bakımından TCK'da olduğu gibi özel haksız tahrik hallerini kabul eden; örneğin; İsviçre CK. m. 113 (adam öldürme suçu bakımından), m. 177/2, 3 (uygunsuz davranış üzerine hakaret etme, hakarete karşılık verme); Avusturya CK. m. 76 (heyecan içinde adam öldürme), m. 115/3 (haksız tahrik üzerine sövme, kötü davranma veya kötü davranmayla tehdit etme), İsviçre CK. m. 599 (karşılıklı tahkir ve tahrik) şeklinde, yasalar mevcuttur. Bu müesseseye genel hükümler arasında hiç yer vermeyip de sadece belli suçlar açısından kabul eden kanunlara da rastlanılmaktadır. Örneğin: Alman CK. m. 199 (karşılıklı tahkir), m. 213 (kasten adam öldürme suçları bakımından), m. 233 (müessir fiil suçları) ve 1810 Fransız CK. m. 321 (katil ve cerh ve darp).⁶²

1.3.5.1 Federal Almanya Ceza Hukuku

1871 tarihli Almanya Ceza Kanunu haksız tahrike ilişkin genel bir hüküm sevk etmek yerine, uygulanmasını öngördüğü suçlar bakımından haksız tahriki kabul etmiştir. Bunlar 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu 213. maddede düzenlenen haksız tahrik altında adam öldürme suçu, 199. maddede düzenlenen karşılıklı tahkir ve 233. maddede düzenlenen karşılıklı işlenen fiillerdeki tahrik halidir.

⁶² Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 529.

Kanuna göre, her heyecan durumu dikkate alınmamış, sadece önemli şuur bozukluğuna neden olan, yüksek derecedeki heyecanların failin kusur yeteneğini azaltabileceği ya da ortadan kaldırabileceği kabul edilmiştir. Böyle durumlarda failin, yaptığı eylemin hukuka aykırılığını anlayıp buna uygun davranabilme yeteneği yani kusur yeteneği azalmışsa cezasının azaltılmasına neden olan kusur yeteneğine ilişkin 21. madde uygulanacaktır. Eğer bu heyecan hali, failin anlayabilme veya davranabilme yeteneğini tamamen ortadan kaldırmışsa, bu durumda kusur yeteneği tamamen ortadan kalktığından, faile 20. madde gereği ceza verilemeyecektir.⁶³

Alman Ceza Kanunu; “Cezanın hesaplanmasının esasları” başlığı altındaki 46/1’de “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 göz önüne alınacak hususları belirtmiştir.⁶⁴ Buna göre, Alman Ceza Kanunu’nda özel suçlarda düzenlenen haksız tahrik hallerinin dışında failin patolojik dereceye ulaşmış heyecan durumu altında suç işlemesi halinde bu durum kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırmıyorsa 21. madde kapsamında değerlendirilecek ve cezanın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.

Alman Federal Mahkemesi’nin haksız tahrik ile ilgili kararları değerlendirildiğinde faili destekleyen bir tutum sergilediğini söyleyebiliriz. Federal Mahkeme ve yerel mahkemeler, özellikle ölüm olaylarında, mağdurun hareketini, bu hareket karşısında failin ne hissettiğini ve hareketin failde psikolojik olarak ne uyandırdığını sıklıkla tartışmaktadır. Bu çerçevede tahrik halinin kusura etki etmesi için, tek şart olmamakla birlikte, artık dayanamaz hale gelme ve ani hararetlenme olmasının arandığı görülmektedir.⁶⁵

1.3.5.2. İsviçre Ceza Hukuku

21 Aralık 1937 tarihli Ceza Kanunu’nda haksız tahrik hafifletici haller başlığını taşıyan 64. maddenin 3. fıkrasında, genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “haksız bir kışkırtma veya küçük düşürme üzerine

⁶³ Duran, a.g.e., s. 27.

⁶⁴ Demirbaş, a.g.e., s. 53.

⁶⁵ Kazancı, a.g.m., s. 1322.

ortaya çıkaran öfke veya büyük elem hali faili tahrik etmişse” hakim cezayı hafifletebilir.⁶⁶

İsviçre Ceza Kanunu; haksız tahrike, genel hükümler kısmında yer vermesinin yanında bazı özel suçlar açısından da haksız tahrikin uygulanacağını kabul etmiştir. Bunlar İsviçre Ceza Kanunu’nun 113. maddesinde düzenlenen “haksız tahrik nedeniyle adam öldürme suçu” ve 177. maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen “haksız davranış üzerine hakaret ve karşılıklı tahkir” halleridir.

İsviçre Ceza Kanunu’nun 113. maddesinde: “fail, Şiddetli ve halin mazur gösterebileceği ruhi karŐıklıđın tesiri altında iken bir kimseyi öldürürse... cezalandırılır.” Bu gibi ruhi karŐıklık Şeklindeki heyecan hallerinde ortaya çıkan karşılıklı hakarete ilişkin olarak; 177. maddenin 2. fıkrasındaki (hakaret edilen kendi uygunsuz davranıŐıyla hakarete doğrudan doğruya sebebiyet verdiği) hallerde ya da 177. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen (hakarete doğrudan doğruya bir hareket ile veya fiili bir karŐılıklıta bulunulması) karşılıklı tahkir durumlarında hakim somut olaydaki koşullara göre faillerden birini cezalandırmaktan vazgeçebilir. Yine 177/3. madde hükmü, bir tokat üzerine buna hakaret veya fiili bir Şekilde karŐılıklıta bulunulması gibi durumlarda, yine bir fiille hakaret veya fiil ile karŐılıklıta bulunulması hallerinde de geçerli olacaktır.⁶⁷

1.3.5.3. Avusturya Ceza Hukuku

Avusturya Ceza Kanunu’nun “zel hafifletici sebepler” başlıklı 34. maddesinde haksız tahrik genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “fail, fiili normal olmayan bir ruhi durumun etkisi altında iŐerse” haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Görüldüğü zere, Avusturya Ceza Kanunu, haksız tahriki isnat yeteneğini zayıflatan hale ilişkin genel bir hafifletici sebep olarak düzenlemiştir.⁶⁸

Avusturya Ceza Kanunu; haksız tahrike ilişkin genel düzenleme dışında, Kanunun 76. maddesinde kasten öldürme suçu yönünden, yine 115/3. maddesinde haksız tahrik altında sövme veya fiili bir Şekilde karŐılıklıta bulunulması gibi, özel haksız tahrik hallerini düzenlemiştir. Buna göre, Avusturya CK. 76. maddesinde,

⁶⁶ Demirbaş, a.g.e., s. 62.

⁶⁷ Duran, a.g.e., s. 30.

⁶⁸ Açıkgöz, Yüksek Lisans Tezi, s. 49.

“her kim genel olarak mazur görülebilir şiddetli ruhi karışıklık içerisinde buhrana kapılarak birisini öldürürse ...” cezalandırılacağı açıklanmıştır. Yine Avusturya CK. 115/3. maddesinde ise; bir kimsenin haksız bir davranışı üzerine, mazur görülebilir tarzda öfkeye kapılan failin, bu davranışı yapan kimseye sövmesi, kötü davranması veya kötü davranışla tehdit etmesinin mazur görülebileceği düzenlenmiştir.⁶⁹

1.3.5.4. İtalya Ceza Hukuku

İtalyan Ceza Kanunu’nda, haksız tahrik genel hükümlerin genel hafifletici nedenler başlığını taşıyan 62. maddesinin 2. bendinde cezada indirim yapılması gereken nedenler olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre “Başkasının haksız bir fiilinin meydana getirdiği hiddetin etkisi altında hareket edilmesi halinde bu durumun suçun unsuru veya özel hafifletici sebebi olmaması durumunda” failin cezası hafifleyecektir ve haksız tahrik etkisinde bir suçun işlenmesi halinde, İtalyan Ceza Kanunu’nun 65. maddesine göre suçun cezası üçte birine kadar indirilecektir.⁷⁰

İtalyan Ceza Kanunu’nun 594 ve 595. maddelerinde, başkasının haksız hareketi ile hakaret ve sövme suçları, özel haksız tahrik haline ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu suçları işleyen taraflardan, yalnız birisini cezalandırmak veya her ikisini de cezalandırmamak konusunda, hakime takdir hakkı verilmiştir.⁷¹

1.3.5.5. İngiltere Ceza Hukuku

İngiliz Ceza Hukuku’nda, haksız tahrik cezayı azaltıcı genel bir sebep sayılmamıştır. Psikolojik esasa dayanması sebebiyle sübjektif durumu ifade eden haksız tahrike, İngiliz hukukunda objektif bir nitelik kazandırılmıştır.⁷²

Cezayı azaltan bu neden, hoşgörülü 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

⁶⁹ Duran, a.g.e., s. 30.

⁷⁰ Kangal, Zeynep T., “Türk Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrik”, EÜHFD, C. XIV, S: 3-4, 2010, s. 22.

⁷¹ Duran, a.g.e., s. 31; Demirbaş, a.g.e., s. 71.

⁷² Abban, Haksız Tahrik, GÜSBE Master Tezi, Ankara, 2001, s. 13.

iken hakimiyetlerini kaybedecek ve bu yüzden de fiili işleyecek olsalar bile, nitelikli tahrik söz konusu olmayacaktır.⁷³

1.3.5.6. Fransa Ceza Hukuku

1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu, bazı suç tipleri bakımından haksız tahriki kabul etmiş olan 1810 tarihli Ceza Kanunu'ndan (örneğin md. 321) farklı olarak, ne genel hükümlerinde ne de özel hükümlerinde haksız tahrik düzenlemesine yer vermiştir. Uygun cezanın belirlenmesinde mahkeme kural olarak geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu için, 1994 tarihli Ceza Kanunu'nun hazırlanması sırasında haksız tahrike ilişkin bir hükmün kanunda yer alması gereksiz görüldü. Böylece bugün haksız tahrikin, cezanın hesaplanması çerçevesinde cezayı hafifleten bir neden olarak hala dikkate alınması mümkündür.⁷⁴

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda suçlara ait cezalarda sadece yukarı sınırı belirtildiğinden hakimin cezayı istediği kadar indirme yetkisi vardır. Bu indirme yetkisini sınırlayan sadece iki hüküm vardır. Bu sebeple tahrik ve takdiri hafifletici sebeplerin kanunda ayrıca düzenlenmesine gerek kalmamaktadır.⁷⁵

⁷³ Kangal, a.g.m., s. 22.

⁷⁴ Kangal, a.g.m., s. 26-27.

⁷⁵ İzmir, Gökalp, Haksız Tahrik, GÜSBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 50.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI

2.1. GENEL OLARAK

Haksız tahrik 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Buna göre mağdurun haksız bir hareketi sonucunda kendisinde uyanan öfke ve şiddetli elem duyguları içinde suç işleyen kişinin işlediği suçun cezasında indirim yapılacaktır.⁷⁶ Yine haksız tahrik, TCK'nın Genel Hükümler Kitabı'nda düzenlenmiş bulunduğundan, cezayı azaltan bu nedenin haksız tahrik altında işlenecek bütün suçlar bakımından uygulanması gerekecektir.

Haksız tahrikin hukuki niteliği öğretilerde tartışmalı olup, bazı yazarlar bu konuyu kusurluluğu etkileyen, diğer bazı yazarlar ise suçu etkileyen haller arasında incelemiştir. Yasa koyucu, haksız tahrike ceza sorumluluğunu (kusuru) etkileyen haller arasında yer vererek, bu hali suçun kusurluluk unsuru içinde değerlendirmiştir.⁷⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun eski tarihli bir kararında haksız tahrik kurumu şu şekilde tanımlanmıştır: "Tahrik bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke ve elem etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışardan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir."⁷⁸ Buna göre, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun haksız tahrik kurumunu tanımlarken kullanmış olduğu "tahrik bir kimseyi suç işlemeye yöneltme", "teşvik etme"

⁷⁶ Metiner, Haydar/ Koç, E. Ahsen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, s. 713.

⁷⁷ Centel/ Zafer/ Çakmut, a.g.e., s. 428-429.

⁷⁸ Y.C.G.K. 19.11.1990, 1-254/277; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 471.

şeklindeki ifadeler 5237 sayılı TCK'da yer alan tahrik suçları ile karıştırılabilir nitelikte görülmektedir. Zira haksız tahrikte, tahrik edenle tahrik edilen karşı karşıya iken, suç işlemeye tahrikte, tahrik edenle tahrik altında kalan kişi aynı safta yer alıp, iradelerinde uyuşma söz konusudur.⁷⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu daha sonraki kararlarında ise haksız tahrik kurumunu açıklarken şu ifadeleri kullanmıştır: “Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu halde fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışardan gelen etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde bir zayıflama meydana getirmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır.”⁸⁰ Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere Yargıtay, tahrik suçları ile karışıklığa sebebiyet verecek şekilde haksız tahriki tanımlayan daha önceki kararını değiştirmiş ve daha doğru bir tanıma yer vermiştir.

Haksız tahrik oluşturan hareketlerin neler olabileceği, hangi hallerde failin haksız şekilde tahrik edildiğinin kabul edileceği kanunda açıklanmamış ve sınırlama getirilmemiştir. Bu itibarla mahkeme kararının gerekçesinde, haksız bir fiilin gerçekten var olup olmadığını, varlığı kabul edilen bir fiilin tahrik oluşturup oluşturmayacağı, tahrik oluşturuyor ise indirim oranı bakımından tahrikin ağırlık derecesi hususundaki takdirin nedenlerinin, dosyada mevcut kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve bu sonuca kanıtlardan hangisinin yekdiğerine üstün tutularak varıldığının açıklanması gerekmektedir.⁸¹

Ceza Genel Kurulu'nun duraksamasız şekilde benimsediği ve birçok kararında vurguladığı genel ilke, tahrik nedeniyle yapılacak indirim oranı belirlenirken haksız hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel koşulları⁸²

⁷⁹ **Yavuz, Mehmet**, a.g.m., s. 41.

⁸⁰ Y.C.G.K. 11.10.2011 tarihli ve 1/175-210 sayılı kararı; **Akçin, İhsan/ Erel, Kemalettin/ Halitoğlu, Çoşkun/ Bozoğlu, Süleyman/ Fazla, Yüksel/ Örer, Fatma Betül/ Özbey, Özcan**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, 2012, s. 94.

⁸¹ **Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara, 2010, s. 507.

⁸² Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 18.09.1996 gün ve 6916/9027 sayılı kararında “şahsi davacı H.B.'nin çamaşır yıkamak için evinin önüne yakmış olduğu ateşin dumanından sanıkların rahatsız olmaları üzerine olayın meydana geldiğinin anlaşılmasına göre, bu durumun yörenin yaşam biçimi de

ve tahrik eden ile edilenin durumlarının nazara alınması suretiyle olaysal olarak değerlendirmenin yapılması, eğer haksız hareket bu özellikleri itibariyle yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa, bu takdirde haksız tahrikin “ağır ve şiddetli” olduğunun kabul edilmesidir.⁸³

Haksız tahrik hali suç oluşturan fiilin sübjektif yönünü temsil ettiğinden failin kişiliğinin de bu açıdan önemli olduğunu söylemek gerekir. Her haksız fiil her fail üzerinde aynı etkiyi doğurmayacağından aynı tepkinin de söz konusu olmayacağı kesindir. İnsanların kişilikleri farklı olduğu için olaylar ve eylemler karşısında verdikleri tepkilerde farklı olacaktır. Ancak çoğunlukla benimsenen görüş, fiilin objektif olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. Nitekim bugünkü uygulamada haksız tahrik meydana getirdiği iddia olunan fiil objektif olarak tahrik edici mahiyette değilse failin kişilik özellikleri ve içinde bulunduğu psikolojik durum bakımından tahrike kapılmış olsa bile illiyet bağının olmadığı kabul edilerek failin cezasında indirim yapılmamaktadır.⁸⁴

Uygulamada yine objektif olarak tahrik edici nitelikte görünen bir fiilin varlığı mevcut ise, bu haksız fiilin failin ruhsal dünyasına etki edip etmediği derinlemesine incelenmeden faili etkilediği ve haksız tahrikin var olduğu kabul edilmektedir. Bu yönüyle modern ceza hukukunun getirmiş olduğu bir yenilik olarak haksız tahrik kurumu ceza hukukumuzda benimsenmesine rağmen failin kişiliğinin göz ardı edilmesiyle uygulamanın tam olarak amacına ulaştığı söylenemez.

Haksız tahrik kanunumuzda genel bir kural olması sebebiyle suç ve kişi bakımından herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın koşulları gerçekleştiği takdirde niteliği itibariyle elverişli bulunan her suç tipinde ve her fail lehine uygulanmaktadır.

Failin işlediği tepki suçu icrai veya ihmali olabileceği gibi; müteselsil suç ya da mütemadi suç olabilir. İştirak halinde işlenen suçlarda ise, tahrik indirimi failerin tümüne değil, ancak tahrikin etkisi ile suça iştirak etmiş olanlara uygulanabilecektir. Çünkü haksız tahrik, şahsi bir hafifletici nedendir, ancak tahrik edilmiş olan fail indirimden yararlanabilir.⁸⁵

değerlendirilerek sanıklar lehine tahrik teşkil edip etmediğinin karar yerinde tartışılmaması” nı bozmaya konu etmiştir. **Metiner/ Koç**, a.g.e., s. 712.

⁸³ Y.C.G.K. 12.05.2009. tarihli ve 1/190-124 sayılı kararı; **Akçin/ Erel/ Halitoğlu/ Bozoğlu/ Fazla/ Örer/ Özbey**, a.g.e., s. 116.

⁸⁴ **Erel, Kemalettin**, Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Kişiliğin Önemi, Adalet Dergisi, Yıl: 92, Sayı: 7, Nisan 2001, s. 170

⁸⁵ **Aydın, Devrim**, a.g.e., s. 230-231.

Haksız tahrik, suç ve kişi bakımından genel bir kural olmasının yanında aynı zamanda kanuni bir indirim halidir. Yani somut olayda, koşulları olduğu takdirde, fail haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Bu durumda failin haksız tahrik indiriminden yararlanıp yararlanmaması hakimnin takdirine bırakılmamış olup, şartlarının varlığı halinde fail hakkında uygulanması zorunlu kabul edilmiştir.

Bununla birlikte haksız tahrik kusurluluğu ortadan kaldıran ya da eylemi hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk hali değildir. Kişinin haksız tahrik altında suç işlemesi halinde suç varlığını sürdürmektedir. Ancak, tahrikin yoğunluğu nazara alınarak failin cezasında bir miktar indirim uygulanmaktadır.

Türk Ceza Kanunu haksız tahrik kurumunu hem genel hafifletici bir sebep olarak düzenlemiş hem de hakaret suçu açısından TCK'nun 129. maddesinde özel bir haksız tahrik halini kabul etmiştir. Buna göre özel haksız tahrik halinin varlığı halinde fail hakkında genel tahrik hükmü uygulanmayacaktır.⁸⁶ Böylelikle haksız tahrik altında suç işleyen fail, bu indirim sebebinden iki kez yararlanamayıp, cezasından bir kez indirim yapılacaktır.

2.2. HAKSIZ TAHRİKİN UNSURLARI

5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi yasal indirim sebebi olan haksız tahrik halinin uygulanma şartlarını ayrıca saymak yerine kurumun temel esaslarını ortaya koymuştur. Kanunun lafzından hareketle haksız tahrikin uygulanma koşulları doktrin ve uygulamada yorumlanmaya çalışılmıştır. Buna göre;

Doktrinde haksız tahrik indiriminin uygulanma koşulları farklı şekilde ayrımlara tabi tutulmuş olup⁸⁷ genel kabul gören ortak görüşe göre failin haksız tahrik indiriminden yararlanması için; faile veya başkasına yönelmiş bir fiilin varlığı, fiilin haksız olması, failin hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalması, suçun hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi, haksız tahrik oluşturan eylemin

⁸⁶ Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 11.12.2006 gün ve 2006/5569 E-2006/20065 K. sayılı ilamında "samık hakkında özel tahrik hükmü olan 5237 sayılı TCK'nın 129. maddesi yerine aynı kanunun genel tahrik hükmü olan 29. maddesinin uygulanması" nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. **Metiner/ Koç**, a.g.e., s. 713.

⁸⁷ **Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2012, s. 293; **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 11. Baskı, 2014, s. 295; **Centel/ Zafer/ Çakmut**, a.g.e., s. 434; **Öztürk/ Erdem**, a.g.e., s. 219; **Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s. 427.

mağdurdan kaynaklanması ya da mağdurun o fiili önleme sorumluluğunun bulunması ve bir tepki suçunun işlenmiş olması gerekmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yerleşmiş kararlarına göre ise;

“Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder ki, bu durumda fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a) Tahriki oluşturan bir fiil olmalı,*
- b) Bu fiil haksız bulunmalı,*
- c) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,*
- d) Failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalı,*
- e) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır.”⁸⁸*

Haksız tahrikin şartları konusunda hem doktrinde hem de uygulamada benzer esaslara yer verilmiştir. Biz de bu çalışmamızda haksız tahrikin unsurlarını, doktrinde genel kabul gören görüşe göre inceleyeceğiz.

2.2.1. Faile veya Başkasına Yönelmiş Bir Tahrik Fiilinin Varlığı

Haksız tahrikten bahsedebilmek için öncelikle ortada haksız tahrik oluşturacak bir fiil bulunmalıdır. Hiddet veya elem, failin ihtirasından ya da bunalımından değil, faile yöneltilen harici bir fiilden kaynaklanmalıdır. Tahrik fiilinin varlığı, haksız tahrikin objektif şartıdır.⁸⁹ Faile yönelik haksız bir eylemin bulunmaması halinde TCK m. 29 anlamında haksız tahrikten bahsedilemeyecektir.

Kanun, tahrik fiilinin varlığını şart koşmakla beraber herhangi bir açıklamada bulunmamış, yalnızca fiilin bir vasfından bahsetmiş ve haksız olmasını aramıştır. Tahrik fiili, failin hayatına, fiziksel bütünlüğüne, hürriyetine, malvarlığına, sosyal ve ahlaki değerlerine, saygınlığına yönelik olabilir, önemli olan haksız bir hareketin olmasıdır.⁹⁰ Tahrik oluşturan fiil, olumlu veya olumsuz bir hareket olabileceği gibi, failde hiddet veya şiddetli elem uyandırabilecek bir işaret, yazı, alaylı bir bakış,

⁸⁸ Y.C.G.K. 14.02.2012 gün ve 1/453-36 sayılı kararı; Y.C.G.K. 11.10.2011 gün ve 1/175-210 sayılı kararı; Y.C.G.K. 14.06.2011 gün ve 1/24-124 sayılı kararı; 19.04.2011 gün ve 1/47-56 sayılı kararı; **Akçin/ Erel/ Halitoğlu/ Bozoğlu/ Fazla/ Örer/ Özbey**, a.g.e., s. 89-100.

⁸⁹ Aydın, a.g.e., s. 231.

⁹⁰ Aydın, a.g.e., s. 231.

resim gibi davranışlar olarak da ortaya çıkabilir.⁹¹ Hakim, somut olayda mağdur tarafından gerçekleştirilen fiilin haksız tahrik oluşturup oluşturmayacağını olayın özellikleri, kişilerin psikolojik durumları, hayatın olağan koşullarını göz önünde bulundurarak kendisi saptayacaktır.

Failde öfke ve kızgınlığa yol açan fiilin bir insan hareketi olması aranmakta ise de, eylemin arkasında kasıtlı ya da ihmali bir insan davranışı söz konusu ise bir hayvan hareketi de yine fail lehine haksız tahrik indiriminin uygulanmasına neden olabilir. Zira bu durumda haksız tahrike neden olan asıl eylem yine bir insan davranışdır. Aksi halde, bir insanın yönlendirmesi, kışkırtması veya ihmali olmadıkça hayvan hareketleri haksız tahrike neden olamaz.

Yargıtay ceza dairesi bu konuya ilişkin verdiği bir kararında; şikayetçinin ineğini bağlamadan ve gerekli önlemleri almadan, henüz altı yaşında bulunan kızının nezaretine bıraktığı ve ineğin sanığın mısır tarlasına girerek zarar verdiği olayda şikayetçinin gerekli özeni göstermemesi ve önlemi almamasından dolayı ihmalinin olduğu ve sanığın suçunu ineğin tarlaya zarar vermesinin doğurduğu öfke altında işlediğini kabul ederek sanık hakkında 765 sayılı TCK'nın 51/1. maddesi gereği haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını uygun görmüştür.⁹²

Türk Ceza Kanunu'nda, tahrik eyleminin kime yönelik olması gerektiği konusunda da bir açıklık yoktur. Buna karşılık, söz gelimi Alman Ceza Kanunu'nun 213. maddesinde, "kişinin kendisine veya bir yakınına yönelik haksız bir eylem veya ağır bir hakaret ..." denilmek suretiyle, haksız eylemin hedefinin sanıktan başkası da olabileceği açıkça belirtilmiş ve aynı kanunun 11/1. maddesinde bu kanun anlamında "yakınların" kimler oldukları tek tek sayılmıştır.⁹³

Ceza kanunumuz, haksız tahrik müessesine yer verirken tahrik fiilinin yöneldiği hedef açısından bir düzenleme yapmayarak kişinin, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli eylemin etkisi altında suç işlemesi halinde cezasından indirim yapılacağını söylemiştir. Bu anlamda doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere tahriki oluşturan fiilin mutlaka tepkide bulunan kimseye karşı yapılmış olması şart değildir. Ona yakın bir kimseye veya failce sevilen birine, bir

⁹¹ **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 507; **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, 2012, s. 419.

⁹² Y.C.G.K'nın 24.12.1990 tarih ve 8-340/357 sayılı kararı; **İçel, Kayıhan/ Evik, Ali Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, s. 227.

⁹³ **Centel, Nur Başar**, Haksız Tahrik (Karar İncelemesi) Yasa Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 355.

insana karşı yapılması kafidir.⁹⁴ Kanunumuz, şahıslar arasında değil bir ayırım yapmak, Fransız Kanunu'nda olduğu gibi tahrik fiilinin şahsa karşı işlenmiş olmasını dahi şart etmemiş bulunduğuna göre, tahrikin teorik mahiyetini düşünerek; tahrik olunan şahsa ait bir mala veya bir hayvana ve hatta onun için kıymetli olan cansız bir varlığa karşı gerçekleşen bir tecavüz de tahrik sayılabilir.⁹⁵

Bunun dışında fail ile arasında bir yakınlık bile bulunmayan yabancı bir kişiye yönelik gerçekleşen haksız fiilin failde öfke veya şiddetli elem duygularını uyandırması neticesinde failin suç işlemesi halinde dahi fail hakkında yine haksız tahrik hali uygulanacaktır. Burada faile yakınlığı bulunmayan yabancı şahsa yönelik haksız eylemin, faili kanunun tabir ettiği öfke ve şiddetli elem hislerine sürüklemesi ve failin bu duygular içinde suç işlemiş olması aranmaktadır. Örneğin, sokakta küçük bir çocuğun sebepsiz yere dövüldüğünü görüp de hiddete kapılan ve çocuğu döven kişiyi yaralayan ya da hakarete bulunan kimse bakımından haksız tahrikin varlığını kabul etmek gerekir.⁹⁶

Yargıtay haksız tahrikle ilgili bir başka kararında, maktulün devlete ait ormandan izinsiz olarak odun ve kozalak toplanmasının olayın nedenini teşkil etmesine, hukuka aykırı her türlü davranışın, haksız eylem niteliği taşımasına, haksız eylemin mutlaka sanığa karşı vukuu şart olmayıp Devlet aleyhine işlenmesi takdirinde de sanığın tahrik hükmünden yararlanması gerektiğine karar vermiştir.⁹⁷ Yargıtay'ın bu kararı haksız tahrik kurumunun uygulama alanını genişlettiğinden eleştirilere uğramıştır. Bu eleştirilere göre devlet malına zarar verene müdahale etmek, birey için hukuki bir görev değil, olsa olsa sosyal ve ahlaki bir görev olabilir. Tersini düşünce ise, bir bireyin hakkını (olayda yaşam hakkı) diğer bir bireyin eline teslim etmek olacaktır. Devlet malına zarar vermek onaylanacak bir davranış değildir ancak bunu önlemekle görevli kişiler ve devlet malını korumak için başka yollar vardır ve bunları harekete geçirmek gereklidir.⁹⁸

Haksızlık teşkil eden fiil, belirli bir kimseyi hedef almıyorsa, haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Bu konuda Yargıtay haksız tahrike ilişkin bir kararında korku,

⁹⁴ **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 480; **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 735; **İçel/ Evik**, a.g.e., s. 227; **Ayık, İsmail Hakkı**, Tahrik, Adalet Dergisi, Yıl: 43, Ocak, Sayı: 1, s. 90.

⁹⁵ **Ayık**, a.g.m., s. 90.

⁹⁶ **Hakeri**, a.g.e., s. 296.

⁹⁷ Yargıtay Ceza Dairesi 09.07.1981- 3551/3407 sayılı kararı; Yargıtay Kararları Dergisi VII, Aralık 1981, s. 1600. (İnternette ulaşmak için:

<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/Aralik1981/index.html#/68/zoomed>)

⁹⁸ Eleştiriler için bakınız: **Centel**, Yasa Hukuk Dergisi, s. 353-356; **Duran**, a.g.e., s. 112-113.

kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçunun yapısı, niteliği ve kamuya karşı işlenmiş suçlardan olup, müstakil mağdurunun bulunmaması itibarıyla bu suçun tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmadığına karar vermiştir.⁹⁹ Yargıtay bu konuya ilişkin başka tarihli bir kararında genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunun topluma karşı işlenen suçlardan olması ve belirli olmayan çok sayıda kişiye karşı işlenmesi nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmek suretiyle bu yöndeki görüşüne istikrar kazandırmıştır.¹⁰⁰

Her ne kadar haksız tahrik oluşturan fiil insan kaynaklı bir davranış olmalı ise de, haksız fiili icra eden kişinin kusur yeteneğinin varlığı şart değildir. Zira kusur yeteneği olmayan kişilerin fiilleri de hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. Şahsi cezasızlık hali olarak nitelendirilen yaş küçüklüğü veya akıl hastalığına sahip kişilerin işledikleri haksız eylemler karşısında kendisinde uyanan öfke veya şiddetli elem neticesinde suç işleyen fail hakkında da haksız tahrik hali uygulanacaktır.¹⁰¹

Yargıtay'ın bazı kararlarında haksız tahrik olarak kabul edilen eylemler şu şekilde gösterilmiştir:

“evli bir kadının iffet ve sadakatiyle bağdaşmaz tutum ve davranışlarının devam etmesi fail koca lehine”¹⁰², “mağdurun, sanığın amcasının kızına laf atması sanık lehine”¹⁰³, “sanık ile birlikte alkol alan maktulün sanığa hakaret etmesi sanık lehine”¹⁰⁴, “sanığın işyeri devri nedeniyle mağdura ödediği paranın mağdur tarafından ödenmemesi sanık lehine”¹⁰⁵, “sanığın cep telefonunun müşteki tarafından çalınması eyleminin sanık lehine”¹⁰⁶, “mağdurun sanığa tokat atması”¹⁰⁷, “mağdurun sanığa söz atıp cinsel ilişki teklifinde bulunması”¹⁰⁸, “sanığın kendisine ait olduğuna inandığı sınır ihtilafı olan araziye diktiği meyve ve fidelerinin maktül tarafından kesilmesi ve nedenini sorduğunda da “keserim” diye cevap alması”¹⁰⁹, “cep telefonunu kısa süre kullanmak için ödünç aldığı halde iade etmeyen müştekinin

⁹⁹ Yargıtay 8. CD. 27.11.2007 tarihli 2006/9031, 2007/8288 sayılı kararı; **Artuk/ Gökcan/ Yenidünya**, a.g.e., s. 485.

¹⁰⁰ Yargıtay 8. C.D 07.02.2013 tarihli 26059/4455 sayılı kararı, Yargıtay 8. C.D 18.06.2012 tarihli 2068/20775 sayılı kararı; **Otacı, Cengiz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, 2013, s. 326.

¹⁰¹ **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 734; **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 420.

¹⁰² C.G.K. 13.05.1985 tarihli 608/268; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 999.

¹⁰³ Yargıtay 1. C.D. 22.02.2008 tarih ve 6798/1296 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 327.

¹⁰⁴ Yargıtay 1. C.D. 02.06.2009 tarih ve 3909/3162 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 326.

¹⁰⁵ Yargıtay 8. C.D. 06.02.2012 tarih ve 4382/2959 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 339.

¹⁰⁶ Yargıtay 13. C.D. 06.03.2012 tarih ve 32603/5096 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 341.

¹⁰⁷ Yargıtay 3. C.D. 15.11.2006 tarih ve 4212/8532 sayılı kararı; **Bakıcı**, a.g.e., s. 664.

¹⁰⁸ Yargıtay 2. C.D. 01.02.2007 tarih ve 7971/1330 sayılı kararı; **Bakıcı**, a.g.e., s. 665.

¹⁰⁹ Yargıtay 1. C.D. 14.06.2007 tarih ve 2481/4876 sayılı kararı; **Bakıcı**, a.g.e., s. 667.

sanığa tekrar olumsuz yanıt vermesi”¹¹⁰ şeklindeki eylemler haksız tahrik olarak nitelendirilmiştir.

Yargıtay bazı kararlarında ise mağdurun faile yönelik bazı eylemlerinin haksız tahrik oluşturmadığına karar vermiştir. Buna göre; “sanıkla maktule arasındaki boşanma davasının uzaması”¹¹¹, “ailesinden habersiz olarak bir erkekle duygusal ilişki yaşayan ve yüklü kredi kartı borçları bulunan reşit olan maktulün bu eyleminin sanık olan babası lehine”¹¹², “dört yaşında küçük bir çocuk olan maktulün, temizlik kurallarına uymamasının gözetim görevini yüklenen üvey kardeşi sanık lehine”¹¹³, “katılanın gayri resmi eşi olan sanığı kastederek ‘bunu beğenmiyorum, ayrılmak istiyorum’ şeklindeki sözleri”¹¹⁴, “tazminatı ödenmek suretiyle sanığın iş sözleşmesinin feshedilmesi”¹¹⁵, “başka suçtan cezaevinde tutuklu bulunan ve duruşmaya nakli konusunda yaşadığı sorunlar nedeniyle cezaevi müdürüyle görüşmek isteyen sanığın müdür yerine baş memur ile görüştürülmesi”¹¹⁶, “hakimin yargısal görevini yaptığı sırada sanıkların tutuklanmaları yolunda yasal denetime tabi olarak verdiği karar”¹¹⁷, haksız tahrik niteliğinde eylemler olarak kabul edilmediğinden fail lehine bir indirim sebebi de olamaz.

Haksız tahrik oluşturan fiil somut olayda gerçekleşmiş olmalıdır. Buna karşılık failin gerçekte olmayan bir fiili varmış gibi düşünerek, hiddet veya şiddetli eleme kapılması ve bu psikolojik durum içerisinde işlemesi halinde, haksız tahrikin maddi şartlarında bir maddi hata söz konusudur.¹¹⁸ Mefruz haksız tahrik hali olarak adlandırılan bu durumda, haksız tahrik indiriminin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalı olup, bu konuda iki görüş bulunmaktadır.

İlk görüşe göre; mefruz tahrik durumunda objektif olarak haksız bir eylemin bulunmaması sebebiyle tahrik uygulanamaz. Mefruz tahriki bir indirim hali olarak kabul etmeyen bu görüşe göre, tahriki oluşturan eylemin var olduğunun failce zannedilmesi ve harekete geçilmesi nedensellik değeri taşımamaktadır. Mağdur

¹¹⁰ Yargıtay 2. C.D. 31.05.2007 tarih ve 3608/7849 sayılı kararı; **Bakıcı**, a.g.e., s. 667.

¹¹¹ Yargıtay 1. C.D. 08.06.2010 tarih ve 9562/4761 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 319.

¹¹² Yargıtay 1. C.D. 22.06.2010 tarih ve 8853/4245 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 320.

¹¹³ Yargıtay 1. C.D. 04.05.2004 tarih ve 2908/1659 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 328.

¹¹⁴ Yargıtay 2. C.D. 22.06.2009 tarih ve 28078/30000 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 329.

¹¹⁵ Yargıtay 9. C.D. 29.05.2012 tarih ve 2913/7000 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 341.

¹¹⁶ Yargıtay 9. C.D. 14.06.2012 tarih ve 12150/7701 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 341.

¹¹⁷ Yargıtay 10. C.D. 11.04.1995 tarih ve 2634/3177 sayılı kararı; **Otacı**, a.g.e., s. 341.

¹¹⁸ **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, a.g.e., s. 484.

tarafından yapılmış bir haksız hareket olmadığından karşılıklı kusurluluk hali de bulunmamaktadır.¹¹⁹

Aksi düşüncede olan diğer görüşe göre ise; fail kusursuz yanılarak öfke veya elem haline sürüklenmişse haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Haksız tahrikin esasını oluşturan buhran hali mefruz haksız tahrik halinde de vardır. Failde haksız fiilin varlığı konusundaki makul bir inancı tahrik maddesinin uygulanması için yeterli saymaktadır.¹²⁰

Alman doktrininde de bu konu tartışmalıdır. Bir yazar “yüksek mahkemenin içtihadının aksine olarak, haksız eylem veya hakaretin koşullarının gerçekleştiğini sanan failin hafifletmeden yararlanamayacağını” belirtirken, bir diğeri “failin yanlışlıkla haksız eylem veya hakaretin varlığını kabul etmesi durumunda saiki, gerçekten tahrik edilmiş birinin saiki ile aynıdır ve uygulanmalıdır” demektedir.¹²¹

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 30/3. maddesi bu karışıklığı gidermeye yönelik bir düzenlemedir. Zira, TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrasına göre, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır. Mefruz haksız tahrik halinde de kişi kusurluluğu etkileyen hallerde hataya düştüğünden, kişinin bu hatasının kaçınılmaz olması halinde haksız tahrikin varlığı kabul edilecek ve failin düştüğü bu yanlıgı sebebiyle cezasında indirim yapılacaktır. Örneğin, bir başkası ile gayrimeşru ilişkide bulunduğunu zannettiği eşine karşı kasten öldürme suçunu işleyen kişinin durumu böyledir. Aksi halde onu suça iten neden sadece temel cezanın tayininde (TCK 61) dikkate alınabilir.¹²²

Yargıtay’ın mefruz tahrik durumunda haksız tahrik maddesinin hem uygulanacağına yönelik kararları hem de uygulanmayacağına yönelik çelişik

¹¹⁹ Açıkgöz, Yüksek Lisans Tezi, s. 60.

¹²⁰ Günay, Erhan, Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Ankara, 2009, s. 21; Zafer, a.g.e., s. 371.

¹²¹ Başar, Nur, Türk Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrik, Adalet Dergisi, Yıl: 71, Sayı: 3, s. 259.

¹²² Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 484.

C.G.K.’nın 20.09.2011 gün ve 1/52-180 sayılı kararı: “...5237 sayılı TCY’nin “hata” başlıklı 30. maddesinin 3. fıkrasında “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” şeklinde yer alan düzenleme karşısında, kardeşi G.B.’nin ırzına geçen kişi olarak maktulün ismini vermesi sonucu eylemi gerçekleştiren sanığın, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına neden olan eylemi gerçekleştiren kişi konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü, dolayısıyla hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir ise de, kız kardeşine karşı gerçekleştirildiği iddia olunan cinsel saldırı suçu ile ilgili olarak yetkili makamlara herhangi bir başvuruda bulunmayan, yalnızca kız kardeşinin beyanları ile hareket etmek suretiyle özenli davranmayan sanık hakkında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında yer alan haksız tahrikin gerçekleşmesi konusuna kaçınılmaz bir hataya düştüğünden bahisle haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına da olanak bulunmamaktadır ...”; Akçin/ Erel/ Halitoğlu/ Bozoğlu/ Fazla/ Örer/ Özbey, a.g.e., s. 122.

kararları bulunmaktadır. Yargıtay, konuya ilişkin bazı kararlarında, “maktulün, sanığın kızını fuhuşa teşvik ettiğine ilişkin bir delil bulunmamasına rağmen sanık tarafından sırf zanna ve ölmüş olan bir başka kızının kocasının dediklerine dayalı olarak buna inanmış olmasının haksız tahrik nedeni sayılmayacağına”¹²³, yine başka tarihli bir kararında “olay tarihinde markette karşılaşılan mağdurun sanığı kabadayı tarzda yürümemesi konusunda uyardığı, akabinde marketten çıkıp birkaç adım atan mağdurun sarf ettiği küfür içerikli olmayan sözleri tam olarak duymamasına rağmen küfür olarak algılayan sanığın bıçakla mağduru yaralaması olayında mağdurdan kaynaklanan ve sanığa yönelik haksız tahrik oluşturacak eylem ve söz bulunmadığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına”¹²⁴ karar vermiş iken, özellikle 765 sayılı yasa döneminde mefruz tahrik adı verilen bu hallerde failin haksız tahrik indiriminden yararlanacağını kabul etmekteydi. Yargıtay bu konudaki kararlarında, “sanığın akşam eve geldiği sırada annesi ile mağduru çay içerken görüp, gayri meşru ilişki kurdukları zannıyla yaralaması eyleminde”¹²⁵ ve yine bir başka kararında “sanığın ‘iyi süpür oğlum’ diye takılmasını yanlış anlayarak, bu takılmanın üzerinde yarattığı kızgınlık ve hiddetle katılanı yaraladığı olayda”¹²⁶ haksız tahrik maddesinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce haksız tahrik durumunda cezanın indirilmesinin esas sebebi failin psikolojik buhranı sonucu gazap ve elem saikiyle hareket etmesidir. Bu psikolojik hal faildeki yanılma neticesinde mefruz tahrik halinde de mevcuttur. Burada önemli olan failin bu yanılığının doğrudan kendi kusurundan kaynaklanmayıp faili bu yanılığa sürükleyen sebeplerin bulunmasıdır. Somut olayda failin bu hatasını haklı kılacak bir durum söz konusu ise duygularının veya zihni yeteneklerinin faili yanılığa düşürmüş olmasından ötürü fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması haksızlık olacaktır.

Faile yönelik gerçekleşen haksız tahrik teşkil eden eylemlerin failin yüzüne karşı yapılması şart değildir. Failin, gıyabında gerçekleşen tahrik niteliği bulunan haksız eylemi öğrenmiş olması ve suçu bu eylemden etkilenerek işlemiş olması yeterlidir. Mağdurun, fail gıyabında gerçekleştirdiği bu haksız eylemi saklaması yahut failin öğrenmesini istememiş olması durumu değiştirmeyecektir.

¹²³ Yargıtay 1. C.D. 29.09.2011 tarihli 6256/5590 sayılı kararı; **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2013, s. 395.

¹²⁴ Yargıtay 1. C.D. 15.03.2012 tarihli 168/1875 sayılı kararı; **Malkoç**, a.g.e., s. 385.

¹²⁵ Yargıtay 4. C.D. 28/04/2004 tarihli 2003/ 2675 sayılı kararı; **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 744.

¹²⁶ Yargıtay 4. C.D. 08.07. 2002 tarihli 16018/12273 sayılı kararı; **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 744.

Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Örneğin, Yargıtay CGK 22.05.1989 tarih ve 133-192 E. K. sayılı kararında “maktulün, sanığın babasının koluna sopayla vurarak kıldığını öğrenmesi üzerine olay yerine gelen sanığın maktulün başına sopa ile vurarak ölümüne sebebiyet vermesi” şeklindeki kararıyla, haksızlık teşkil eden eylemin failin huzurunda yapılmış olmasının şart olmadığı belirtilmiştir.¹²⁷

2.2.2. Fiilin Haksız Olması

5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 29. maddesi 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinden farklı şekilde, haksız tahrik müessesesi ile ilgili olarak “haksız fiil” kavramına yer vermiştir. Böylece, haksız tahrik müessesinin uygulanabilmesi için öncelikle suç teşkil etsin ya da etmesin mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiilin bulunması gerekmektedir.¹²⁸ Burada tahriki oluşturan fiilin, Ceza Hukuku açısından “suç” veya Borçlar Hukuku anlamında “haksız fiil” olması gerekmez, çünkü tahrik fiilinin kanuna aykırılığı değil, “haksızlığı” aranmıştır.¹²⁹ Bu anlamda hakkın kötüye kullanılması şeklindeki hareketler dahi haksızlık kapsamına girdiğinden haksız tahrik olarak kabul edilebilir.

Hukuk düzeninin koyduğu normlara -özel hukuktan ceza hukukuna değin- aykırı eylemler “haksız eylem” niteliğindedir.¹³⁰ Sadece hukuka aykırı hareketler değil; toplumsal değerlere, örf ve adete aykırı hareketlerin de tahrik yaratması mümkündür. Ancak bu tarz hareketler hukuk düzeniyle çatışma içinde olmadıkları için haksız sayılmamaktadır. Zira, kanun koyucu metinde “haksız fiil” demek suretiyle esasen hukuk düzenini korumayı amaçladığını belirtmiştir.¹³¹

Uygulamada ise eylemin haksızlığını, toplumdaki sosyal değerlere göre hakim değerlendirecektir. Hakimin, failin durumunu, bulunduğu mahalli koşulları dikkate alması gerekecektir.¹³² Yargıtay, “Toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete aykırı davranışlar, hukuka aykırı davranış niteliğinde olduklarından, haksız tahrik nedeni olarak kabul edilmesi gerekir.” şeklinde ifadede bulunmuştur. Hukuka aykırı her türlü davranış, haksız fiil niteliğini taşır.¹³³ Bununla birlikte, yalnızca

¹²⁷ Açıkgöz, Yüksek Lisans Tezi, s. 63.

¹²⁸ Şen, a.g.e., s. 81.

¹²⁹ Aydın, a.g.e., s. 233.

¹³⁰ Tutumlu, a.g.e., s. 24.

¹³¹ Kazancı, a.g.m., s. 1332.

¹³² İcel, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, İstanbul, 2014, s. 238.

¹³³ Centel/ Zafer/ Çakmut, a.g.e., s. 431.

ahlaka yahut örf ve adete aykırı bulunup hukuka aykırı bulunmayan davranışlar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Örneğin; iki yetişkin kimsenin rıza ile cinsel ilişkiye girmesi örf adet bakımından onaylanmasa dahi hukuka aykırı nitelik taşımaz. Bu sebeple, bir erkekle rızayla cinsel ilişkiye giren kardeşini öldüren fail haksız tahrik hükümlerinden faydalanamaz.¹³⁴

Başkalarının meşru menfaatlerini ihlale yönelik her türlü fiil hukuka aykırı sayılır. Hukuka aykırı fiil olumlu ya da olumsuz bir hareketin eseri olabilir. Olumsuz davranışın hukuka aykırılık teşkil etmesi için kanunun o kişiye yapma görevini yüklemesi gerekir.¹³⁵ Bu anlamda, mağdurun yapması gereken bir şeyi yapmaması da hukuka aykırı olacaktır.

Mağdurun hareketi haklı olduğu takdirde, failin haksız bir harekete maruz kalmış olduğu söylenemez ve bu haklı hareket faili gazap veya şedit bir elem içine düşürmüş olsa dahi, tahrik teşkil eden bir fiilin varlığından söz edilemez. Mesela, “Sanığın istediği kızın verilmemesinden duyduğu kızgınlıktan dolayı fiilin işlenmesi halinde haksız bir eylemin varlığı düşünülemezden 51. madde ile ceza indirilemez (CGK. 18.10.1976, 1-404/428).”¹³⁶

İtalyan Yargıtay’ı, evini kiralamayı reddeden, komşu topraklar arasındaki sınırın değiştirilmesini resmi mercilerden isteyen, evlenme vaadinden vazgeçen kimsenin haksız tahrikte bulunmadığını kabul ettiği gibi, Yargıtay da bu noktaya gereken önemi vermiştir.¹³⁷

Uygulamada haksız tahrik teşkil ettiği kabul edilmiş olan çeşitli fiillere örnek olarak; “hakaret veya tehdit etme, müessir fiil, sarkıntılık, söz atma, tarlasına hayvan sokma, arabasını çizme, bahçesindeki ürüne zarar verme, üst kattan çöp sirkeleme, sürekli gürültü yapma, birkaç kez uyarıldığı halde uygunsuz yere araç park etme, sanığın evi önüne veya bahçesine çöp atma, vb.” eylemler gösterilebilir.¹³⁸

Hukuka aykırı bir eylemin, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birisini taşıması halinde yine eylem hukuk düzeni tarafından hukuka uygun kabul edileceğinden bu durumda da haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır. Örneğin;

¹³⁴ **Birtek**, a.g.e, s. 218.

¹³⁵ **Tan, Mehmet**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, 2011, 1025; Konuya ilişkin Yargıtay 3. C.D. 23.01.2008 tarihli 11273/151 sayılı kararı: “ ... Sanık İ. E.’nin, kolundan yaralanıp kanamalı vaziyetteki arkadaşı tanık H.P.’yi hastaneye götürmek için taksi durağında ticari taksicilik yapan katılan mağdurun, sanık ile arkadaşını hastaneye götürmemesinin sanık lehine haksız tahrik oluşturup oluşturmadığının karar yerinde tartışılması...”

¹³⁶ **Önder**, a.g.e., s. 349.

¹³⁷ **Dönmezer/ Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II, s. 381.

¹³⁸ **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 735.

yakalama emrine istinaden bir şahsı yakalamaya çalışan polis memurunun gördüğü direnmeye karşılık sınırları içinde cebir ya da şiddet uygulamaya mecbur kalması durumunda bu cebir ve şiddet karşısında suç işleyen kimse haksız tahrik hükmünden yararlanamayacaktır. Zira cebir ve şiddet tek başına haksız bir fiil iken somut olayda polisin görevi gereği kullandığı bir yetkiye dönüşerek hukuka uygun hale gelmiştir ve sanık hukuka uygun hale gelen bu harekete yönelik haksız tahrik altında suç işlediğini savunamaz.

Yargıtay Ceza Dairesi bir kararında benzer bir olayda polislerin, zor kullanma yetkilerinin sınırını aştıklarının kabulü halinde karşı tarafın haksız tahrik halinden yararlanacağını belirtmiştir.¹³⁹ Bu durumda hukuka uygun kabul edilen eylem, kullanılan kanuni yetkinin sınırlarının sanık aleyhine aşılması sebebiyle hakkın kötüye kullanılması sayıldığından, hukuka aykırı bir hal almıştır.

Haksız tahrik için yalnızca eylemin haksızlığı aranmakta olup, eylemin bilerek ve isteyerek yapılmış olması şart değildir. Bu açıdan mağdurun taksirli bir eylemi neticesinde haksız tahrik altında sanığın suç işlemesi halinde failin cezasından indirim yapılacaktır. Zira taksirli suçlarda kişinin kusuru ortadan kalkmamakta, suç hukuka aykırı olmaya devam etmektedir.¹⁴⁰

İsnat yeteneğine sahip olmayan akıl hastaları yahut yaşı küçük kişilerin yaptıkları hareketlere karşı da haksız tahrik hükümleri uygulanabilir.

İsnat yeteneği, bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken kişisel niteliklerin bütünü olarak ifade edilmektedir. İsnat yeteneği bulunmayan bir kişi, işlediği suçun cezasından muaftır.¹⁴¹ Bazı yazarlara göre¹⁴² fiilin hukuka uygun ya da aykırı olmasıyla, fiili yapan kimsenin isnat yeteneğine sahip bulunup bulunmaması iki ayrı kavramlardır. İsnat yeteneğine

¹³⁹ Yargıtay 1. C.D.'nin 29.05.2008 tarihli 2008/99-2008/4514 sayılı kararı: “polis olan yakınların görevlerini yaparken sanıklara karşı zor kullanma yetkilerinin sınırlarını aşp aşmadıklarının değerlendirilmesi ve sınırın aşıldığının kabulü halinde, görevliye direnme eyleminde TCY'nin 29, görevliye hakaret eyleminde ise 129. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır.”; **Gören, Sami**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2012, s. 163.

¹⁴⁰ Yargıtay 2. C.D. 10.11.2009 tarihli ve 35329/42180 sayılı kararı: “...mağdurun havaya attığı torpil olarak adlandırılan oyuncak patlayıcı maddenin sanığın ayağına isabet etmesi nedeniyle sanığın atılı suçu işlediğinin anlaşılması karşısında; hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması...”; **Otacı**, a.g.e., s. 329; Yargıtay 1. C.D.'nin 07.02.1995 tarih ve 4368/251 sayılı kararı: “olayda maktul dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre, sanıklar lehine tahrik hükmünün kabulü, yasal düzenleme gereğidir.”; **İçel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, s. 438.

¹⁴¹ **Koçar Yasin**, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 1.

¹⁴² **Önder**, a.g.e., s. 348; **Soyaslan**, a.g.e., s. 481; **Artuk/ Gökcen/ Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 488.

sahip bulunmayan kimse cezalandırılmasa da, onun yaptığı hareketin hukuka aykırı olması, hatta suç teşkil etmesi mümkündür.¹⁴³ Aksi görüşteki bazı yazarlara göre ise, bu kişilerin fiilleri haksız sayılamaz, çünkü kendileri hukuka uygun şekilde hareket etmek yeteneğine malik değillerdir; bu gibi kişiler tarafından yapılan fiil, haksız tahrik teşkil edemez; ancak fail kendisine saldırıda bulunan kişinin durumu hakkında yanılmış olur ve bu yanılması da kusursuz görülürse, failin bu yanılmadan yararlanması ve haksız tahrikin kabulü gerekir.¹⁴⁴

Haksız fiilde bulunan kişinin ceza bağısıklığından yararlanan bir kişi olması bu haksız fiile karşı tepki suçu işleyen failin, haksız tahrik hükmünden yararlanmasına mani değildir. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi 22.06.1950 tarih ve 2818/7902 sayılı kararında; “haddi zatında suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin meclis kürsüsünde söylenmesi sebebiyle... ceza sorumluluğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldırmayacağı ...” nı ifade etmiştir.¹⁴⁵

Kanaatimizce tahrik edenin kusur yeteneğine sahip olmadığı veya bir şahsi cezasızlık halinin bulunduğu durumlarda hareket hukuka aykırı olmaya devam ettiğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür. Burada haksız harekette bulunan kişi kusur yeteneğine sahip olmadığı veya şahsi cezasızlık hallerinden birisini taşıdığı için cezalandırılmayacaktır. Önemli olan bu eylemin haksızlık içeriğinin devam etmesi ve bu haksız eylemin sanığı öfke ve şiddetli elem içinde suç işlemeye yöneltmiş olmasıdır. Örneğin; kendisine sopa ile vuran mağdurun akıl hastası olduğunu bilen kişinin bu fiil dolayısıyla öfkeye kapılıp akıl hastasına karşı işleyeceği suç yönünden sanık lehine haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır.

Fail haksız hareketiyle olayın başlamasına ilk olarak kendisi sebep olmuşsa haksız tahrik hükmünden faydalanamayacaktır. Bu itibarla, bir kimse önce kendi haksız fiili ile bir kimseyi tahrik ettikten sonra, tahrik edilen kişinin tepkisi karşısında kendisinin tahrik edildiğini kural olarak söyleyemez.¹⁴⁶ Ancak; failin ilk haksız hareketine mağdurun verdiği karşılık açık şekilde orantısız ise artık ilk haksız hareketi yaparak olaya sebebiyet veren fail lehine haksız tahrik hükümleri

¹⁴³ Soyaslan, a.g.e., s. 481.

¹⁴⁴ Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, s. 381.

¹⁴⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 488.

¹⁴⁶ Koca/ Üzülmüş, a.g.e., s. 294.

uygulanacaktır.¹⁴⁷ Burada sanığın ilk haksız fiiline mağdurun verdiği tepki, aşırı orantısız olduğu için artık başlı başına haksız bir nitelik taşımaktadır. Aksi halde mağdurun tepkisinde orantısızlık yoksa sanık haksız tahrikten yararlanamayacaktır.¹⁴⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, sanık ve mağdurun karşılıklı olarak haksız fiillerinin söz konusu olduğu durumlarda haksız tahrik hükümlerinin sanık lehine uygulanıp uygulanmayacağına dair istikrar kazanmış uygulamasına göre:

“Karşılıklı tahrik oluşturan fiillerin varlığı halinde, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirine oranla değerlendirilmeli, öncelik sonralık durumları ile birbirlerine etki tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.”¹⁴⁹

Sanık ile mağdurun karşılıklı olarak haksız fiilde bulunduğu durumlarda öncelikle ilk haksız hareketin kimden geldiğinin belirlenmesi gerekir. Ancak çoğu zaman somut olayda bu durum belirlenememekte ve uygulamada daha önce aksi yönde kararlar bulunmasına rağmen artık bu durumun fail lehine yorumlanması yoluna gidilmektedir.

¹⁴⁷ “...Sanık ile evli olan mağdur Sunay'ın olay akşamı ağabeyi maktul Hasan ile birlikte bayramlaşmaya gitmesi nedeniyle sinirlenen sanığın, mağdur Sunay'a vurarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı, bunun üzerine mağdur Sunay'ın evini terk ederek, kardeşi Reyhan'ın evine gittiği, durumu öğrenen maktulün ise saat: 01:00 sıralarında aile bireyleriyle birlikte sanığın evine gidip, kapıyı şiddetli bir şekilde vurarak sanıktan dışarı çıkmasını isteyip, kardeşini neden yaraladığını sorduğu, sanığın kapıyı açması üzerine maktulün saldırarak sanığı darp ettiği, sanığın ise evine ve kendisine yönelik saldırı nedeniyle tahrik altında maktulü bıçakla öldürdüğü olayda;

Sanığın, mağdur Sunay'ı basit şekilde yaralaması nedeniyle ilk haksız hareket kendisinden kaynaklanmış ise de, maktulün, aile bireyleriyle birlikte sanığın evine giderek şiddetli şekilde kapıyı çalarak, sanığın evine ve kendisine karşı saldırıda bulunması karşısında, **etki tepki dengesi gözetildiğinde** tahrikte dengenin sanık lehine bozulduğu anlaşılmakla...” Yargıtay 1. C.D. 30/06/2011 tarih ve 10070/4191 sayılı kararı; **Malkoç**, a.g.e., s. 399.

¹⁴⁸ “... olay günü saat 19.00 sıraları maktulün işlettiği markete müşteri olarak giren ve sipariş verdiği malları parasının olmadığını belirterek karşılıksız olarak almak isteyen sanığın, maktulün oradaki sopayı alıp üzerine yürüyerek tepki göstermesi üzerine yanında taşıdığı bıçağı çıkartarak üçü öldürücü olmak üzere dokuz ayrı yerinden maktulü bıçakladığı ve çevredekilerin geldiğini görmesi üzerine herhangi bir şey almadan oradan uzaklaştığı olayda; ilk haksız hareketin sanıktan kaynaklandığı, maktulün gösterdiği tepkide aşırıya kaçılmadığı ve tahrikte dengenin sanık lehine değişmediği anlaşıldığı halde...” Yargıtay 1.C.D. 01.03.2011 tarih ve 4839/1101 sayılı kararı; **Malkoç**, a.g.e., s. 402.

¹⁴⁹ Y.C.G.K. 18.03.2003 gün ve 2003/1-31 E- 2003/42 K sayılı kararı ile Y.C.G.K 25.05.2004 gün ve 2004/1-87 E-2004/124 K. sayılı kararı; **Metiner/ Koç**, a.g.e., s. 736-737 ile s. 726.

İlk haksız davranışın kimden geldiğinin tespit edilemediği hallerde “şüpheden sanık yararlanır” kuralı gereğince hareket etmek yerinde olur. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 02.04.2008 tarih ve 13682/3400 sayılı kararında; “mağdur sanıkların birbirleriyle çelişen anlatımları dışında ilk haksız saldırının hangisi tarafından yapılıp, kavgayı kimin başlattığının kesin bir şekilde saptanamadığı hallerde, gerek Ceza Genel Kurulu'nun, gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş ve süreklilik gösteren kararlarında kabul edildiği üzere, ilk haksız hareketin kimden kaynaklandığı belirlenemediğinden, şüpheli kalan bu halden sanığın yararlandırılması suretiyle etkili eylemi haksız tahrik altında gerçekleştirdiği kabul edilerek cezasından indirim yapılması gerekip gerekmediği tartışılmadan yazılı şekilde uygulama yapılması... yasaya aykırıdır” denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmıştır.¹⁵⁰

Failin doğrudan mağdura yönelik ilk haksız fiili gerçekleştirdiğinden bahsedilmese de fail hukuken meşru bir konumda değilse yine haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 11.10.2006 gün ve 2006/1734 E.-2006/4284 K. sayılı ilamında “Duruşma aşamasına kadar, mağdurun, esrar içmek için yetiştirdiği kenevirini aldığından bahisle onu vurduğunu ileri süren sanığın bu beyanı doğru olsa dahi bizatihi suç teşkil eden bu eylemi sebebiyle hukuken haksız zeminde bulunduğu cihetle mağdurun hareketi haksız tahrik olarak değerlendirilemeyeceği gibi, sanığın olay sebebi olarak mağdurun nişanlısına küfrettiği yolunda sonradan değiştirdiği savunmasına da itibar edilemeyeceği gözetilmeden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini...” nedeniyle yerel mahkeme hükmünü bozmuştur.¹⁵¹

Haksız tahrik sebebi kabul edilen failin suç vasfında olduğu ve bu suç hakkında cezai bir tahkikatın yapılıp eylemin yaptırımı bağlandığı hatta cezasının infaz edildiği hallerde bahsi geçen eyleminin haksız tahrike konu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bu konudaki bir görüşe göre; haksız bir eylem hakkında mahkemelerce karar verildikten sonra mağdurun, bu kararı yeterli görmeyip faile karşı suç işlemesi halinde, artık karara bağlanan haksız eyleme dayanarak hakkında tahrik hükümlerinin uygulanmasını istemesinde hukuka uygun bir yön kalmamaktadır. Zira bireylerin cezalandırma hakları yoktur.¹⁵² Gerçekten de devlet tarafından yaptırımı

¹⁵⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 487.

¹⁵¹ Metiner/ Koç, a.g.e., s. 717.

¹⁵² Tutumlu, a.g.e., s. 27.

uğrayan bir haksız eylemin tahrik niteliğinin devam ettiğinin kabulü halinde kişilerin devletin koyduğu yaptırımları yeterli görmeyerek kendi haklarını kendisinin almaya kalkışması söz konusu olacak ve bu durum toplumu bir kaos ortamına sürükleyecektir.

Cezai tahkikata konu olmuş bir suçun haksız tahrik niteliğinin devam ettiğini savunan diğer bir görüşe¹⁵³ göre ise, mağdurun haksız eyleminin fail üzerinde oluşturduğu hiddet ve şiddetli elem duyguları sürdüğü sürece ve tepki suçu bu duygular altında işlendiği takdirde fail haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır.

Yargıtay'ın ise bu konuda, haksız eylemin, kovuşturma konusu yapılarak ele alınması durumunda tekrar bu haksız eylemin etkisiyle suç işlendiğinde haksız tahrik sayılmayacağına dair eski tarihli kararları bulunduğu gibi aksi yönde verdiği yeni tarihli birçok kararı da bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun haksız eylemin yetkili organlarca soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmasından sonra haksız tahrik nedeni olamayacağına vurgulayan eski tarihli bir kararı; "Aksi davranış, kanunun öngördüğü ceza yeterli bulunmayarak kişisel duygu, düşünce ve takdirle davranma sonucunu doğurur ki bu hal bir taraftan kişilerin haklarını kendi kendilerine almalarına yol açar, diğer taraftan anarşik bir ortam yaratır." şeklindedir.¹⁵⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir başka tarihli kararında ise, olay tarihinden üç sene önce gelininin ırzına geçip mahkum olarak cezasını çekip cezaevinden çıkan şahsı gören sanığın, üç sene önceki olayın etkisi ile maktule ateş ederek öldürmesi eyleminde sanık yararına tahrik hükmünün uygulanması gerektiğine karar vermiştir.¹⁵⁵

Kanaatimizce haksız tahrik müessesesi sanığın hiddet ve şiddetli elem gibi psikolojik hallerini esas alan ve bu duygular altında suç işleyen sanığın cezasının azaltılmasını öngören kanuni bir indirim sebebidir. Bu sebeple yaptırım altına alınan ve kanunen devlet tarafından cezalandırılan haksız eylem sebebiyle tahrik altında suç işlediğini iddia eden sanığın bu anlamda cezasından indirim yapılması haksız tahrik kurumunun esası ile bağdaşmayacaktır. Zira Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen haksız tahrik kurumu, kişilerin intikam duygularının giderilmesini değil, sanığın suç işleme sırasındaki ruhsal duygularını dikkate alan ve fail lehine uygulanan bir haldir.

¹⁵³ Koca/ Üzülmöz, a.g.e., s. 297.

¹⁵⁴ Yargıtay C.G.K. 16.04.1979 1/93-71 sayılı kararı; Malkoç, a.g.e., s. 374.

¹⁵⁵ Centel/ Zafer/ Çakmut, a.g.e., s. 433.

2.2.3. Failin, Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi Altında Kalması

Hiddet veya şiddetli elem, birer heyecan durumu olmasının yanında haksız tahrik kurumu açısından ceza hukuku anlamında ayrı bir öneme sahiptir. Haksız tahrik kurumu ile insan ruhunda ortaya çıkan bu psikolojik hallere hukuksal neticeler bağlanmıştır. Zira heyecan durumunda kişinin iradesi üzerindeki kontrolü normal zamanlara nazaran azalmakta ve suç işlemesi kolaylaşmaktadır.

Kaynak kanunda, haksız tahriki oluşturan fiilin failde öfke veya elem buhranı yaratması ve tepkinin bu buhran (kriz) içerisinde işlenmesi aranmakta idi. Ancak bu buhran deyimi, tepkinin haksız tahriki oluşturan fiilden hemen sonra yapılmasını belirttiği ve özellikle tahriki oluşturan fiil ile tepki arasında bir sürenin bulunması halinde artık buhrandan söz edilemeyeceği yolunda bazı görüşlere yol açtığı için 1930 İtalyan Ceza Kanunu bu deyimi kullanmamış ve bunun yerine “öfke halinde” suçun işlenmesinden bahsetmeyi uygun saymıştır.¹⁵⁶

Türk Ceza Kanunu’muz açısından ise haksız tahrik kurumunu düzenleyen 765 sayılı yasanın 51. maddesinde “gazap veya şedit elem” halinden bahsedilmişken, yine aynı konuyu düzenleyen 5237 sayılı yasanın 29. maddesinde “hiddet veya şiddetli elem” ifadesi kullanılmıştır. Bu itibarla kanunumuz açısından da buhran deyiminin kullanılmamış olması yerinde bir tercih olmuştur.

Hiddet kelime anlamı olarak öfke, kızgınlık, gazap hallerini; şiddetli elem ise kişiyi hiddete yönelten kaygı, gam, dert ve derin üzüntü gibi duyguları ifade etmektedir. Elem, eylemsizlik halidir. Bu halde olan bir kimsenin faal olması mümkün değildir. O nedenle elem ancak öfkeye dönüştüğü zaman kişi haksız tahrikten yararlanır.¹⁵⁷ Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali kapsamaktayken uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde her iki sözcüğün de¹⁵⁸ kullanıldığı görülmektedir.

Haksız tahrik kurumunu düzenleyen TCK’nın 29. maddesinde “elem” duygusunun şiddetli olması aranırken “hiddet” hali için böyle bir nitelik aranmamıştır. Bu sebeple mağdurun haksız eyleminin fail üzerinde öfke ve kızgınlık anlamına gelen hiddet duygusunu tetiklemesi halinde fail lehine haksız tahrik indirimi uygulanacaktır. Hiddetin, yoğun ve şiddetli olması durumun da ise hakim bu

¹⁵⁶ Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 355.

¹⁵⁷ Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2012, s. 388.

¹⁵⁸ Turabi, a.g.m, s. 285.

hususlu failin cezasında yapılacak indirim miktarını alt ve üst sınırlar arasında belirlerken dikkate alacaktır.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması için haksız bir eyleme maruz kalmak tek başına yeterli olmayıp bu eylem sebebi ile sanığın hiddet veya şiddetli elem duyguları altında suç işlemesi gerekmektedir. Burada şart koşulan “hiddet veya şiddetli elem” duygusu haksız tahrikin “sübjektif esasını” oluşturmaktadır.

İnsanlar farklı sosyal ve kültür çevrelerinde yetişip farklı karakter ve ruhsal yapısına sahip olduğu için, olaylar karşısında verdiği psikolojik tepkilerin de aynı olduğunu söylemek imkansızdır. Failin haksız olarak nitelendirilen eylem karşısında haksız tahrikin sübjektif esası olarak kabul edilen hiddet veya şiddetli elem duygusuna kapılıp kapılmadığını belirlemek önemlidir. Yargıç, haksız eylemin niteliğini, kışkırtıcı boyutlarını, işlendiği yer ve zamanı, toplumsal değer yargılarını, failin yaşam tarzını hesaba katmak durumundadır. Hakim, tüm bu sayılan unsurları değerlendirerek haksız eylemin fail üzerinde öfke ve şiddetli elem duygularını yaratıp yaratmadığını ve failin bu duyguların etkisi altında suç işleyip işlemediğini saptayacaktır.¹⁵⁹

Haksız tahriki oluşturan ve mağdurdan kaynaklanan fiilin, failde hiddet ve şiddetli elem duygularına yol açacak nitelikte olması gerekir. Failin olaylar karşısında aşırı hassasiyet göstermesi, aşırı kıskançlık, aşırı alınganlık gibi farklı duygular altında suç işlemesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır. Burada benzer haksız eyleme muhatap olan sıradan bir kişinin bu haksız eylem karşısında hiddet veya şiddetli elem duygularına kapılıp kapılmayacağı değerlendirilmelidir. Zira haksız tahrik müessesinin sanık lehine uygulanabilmesi için failin kapıldığı hiddet veya şiddetli elem duygusu kendi karakter yapısından değil, maruz kaldığı haksız fiilden ileri gelmelidir.

Somut olay bireyselleştirilerek haksız tahrikin sübjektif esasını üzerinde durmak gerekir. Bazı durumlarda da her normal insanda, hiddet veya şiddetli elem duygusunu uyandıran bir fiil, fail için kişisel özellikleri, yaşam tarzı, yaşadığı çevre veya değer yargıları değerlendirildiğinde hiddet veya şiddetli elem duygularına yol açacak nitelikte olmayabilir. Bu durumda da fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Yargıtay, bir kararında karısının başka erkeklerle cinsi

¹⁵⁹ Tutumlu, a.g.e., s. 31.

münasebette bulunmasına onayı olan sanık koca hakkında bu durumu haksız tahrik sebebi olarak kabul etmemiştir.¹⁶⁰

2.2.4. Suçun Hiddet ve Şiddetli Elemin Etkisi Altında İşlenmesi

Fail, haksız bir fiilin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elem altındayken tepki olarak mağdura yönelik bir suç işlemiş olmalıdır. Failin işlemiş olduğu bu suç ile içinde bulunduğu psikolojik durum arasında bir nedensellik bağının bulunması şarttır. Zira haksız tahrik kurumunun cezayı hafifletici bir sebep olarak kabul edilmesinin esas sebebi, failin bu ruhsal durumunun kusura etki eden bir faktör olarak değerlendirilmesidir.

Suçun, haksız fiilin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elem duygusu altında işlenmiş olması şart olmakla birlikte haksız tahrik teşkil eden eylem ile tepki suçu arasında olması gereken herhangi bir süreden bahsedilmemektedir. Tepki Suçu, haksız tahrikin etkisinin devam ettiği süre boyunca işlenebilir.

Tahrik edilen şahsın suçu, ani olarak işlemesi şart değildir. Aranılan nokta, faile sükunet gelmeden suçun işlenmiş olup olmadığıdır.¹⁶¹ Gerçekten de Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere haksız tahrikin uygulanmasına yol açacak eylemlerin mutlaka olay sırasında veya olaydan hemen sonra vuku bulması zorunlu değildir. Önemli olan, failin suçu öfke veya şiddetli elemin etkisi altında işleyip işlemediğidir.¹⁶² Bu sebeple önceki olay sanığı suça iten ve onda hiddet uyandıran olay ise, iki olay arasında uzunca bir zaman geçmiş olsa bile sanık hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.¹⁶³

Yargıtay bir kararında, maktulün olaydan 4 yıl önce sanığın bilahare boşanmış olduğu eşinin cep telefonuna çağrı göndermesi şeklindeki davranışının

¹⁶⁰ “Sanık R.T.’nin karısı S ile öldürülenin cinsi münasebette bulunmasına ve evine teklifsiz gelmesine rıza ve muvafakati bulunmasına, sanık H.A.’nın öldürülenle cinsi münasebette bulunan S. ve kocası arasında bir akrabalık bulunmasına ve karısını öldürülenle cinsi yaklaşım diyerek onu suç işlemeye zorladığının anlaşılmasına göre, sanıklar hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanmasına olanak görülmediğinden...” Yargıtay C.G.K.’nın 20.11.1978. tarihli ve 1/312-415 sayılı kararı; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1001.

¹⁶¹ **Çağlayan, M. Muhtar**, Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzah Denemesi, Adalet Dergisi, Yıl:1973, sayı:1, s.28.

¹⁶² **Öztürk/Erdem**, a.g.e., s. 222.

¹⁶³ Y.C.G.K.’nın 09.12.1991 tarih ve 1-316/346 sayılı kararından: “ olayımızda 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 sanıklarında bu olayın etkisiyle yüklenilen suçu işledikleri saptandığına göre, haklarında TCK’nun 51/1’nci maddesinin uygulanması gerekir (oy birliği ile)”; **Savaş/Mollamahmutoğlu** a.g.e., s. 1007.

oluşturduğu haksız tahrik nedeni ile eylemin işlendiğini, aradan zaman geçmesinin ve sanığın daha sonra başkası ile evlenmesinin haksız tahriki ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.¹⁶⁴ Yargıtay, yine başka bir kararında olaydan 3 gün önce maktulün işlettiği kır gazinosunda içki içerek eğlenen sanığın, maktulün temin ettiği kadının, bilahare maktul tarafından geri alınması üzerine çıkan tartışmada, maktulün sanığı tokatladığı ve araya girenler tarafından barıştırıldıkları ancak sanığın bu haksız eylemin etkisiyle maktulü öldürmeye karar vererek, bir tertip içerisinde gazinoya giderek maktulü öldürdüğünün anlaşıldığı olayda; haksız tahrik hükümlerine göre sanığın cezasından indirim yapılması gerektiğini, zaman unsurunu dar bir görüşe bağlamanın bazı hallerde yetersiz kalacağını, her olayın kendi oluşuna ve nedenlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini ve değerlendirmedeki ölçünün ise, suç ile haksız eylem arasındaki sebep sonuç bağının olduğu belirtilmiştir.¹⁶⁵

Hakim önüne gelen somut olayda, tahrike neden olan fiilin kapsam ve niteliğini değerlendirerek bu fiilin sıradan bir insan üzerinde hiddet veya şiddetli eleme sebep olup olmayacağını ve bu etkinin ne kadar sürebileceğini dikkate alarak karar vermelidir. Önemli olan tahrik sebebi fiilin üzerinden ne kadar sürenin geçtiği değil, suçun haksız tahrikin neden olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile işlenip işlenmediğidir.

Haksız fiil ile tepki fiili arasında geçen süre, haksız fiil hükümlerinin sanık lehine uygulanmasına engel teşkil etmemesine rağmen bazen aradan geçen bu süre haksız tahrikin etkisini azaltmış olabilir. Bu takdirde somut olayın özelliklerine göre haksız fiilin fail üzerindeki etkisini ne derece koruduğu tartışılmalı ve bu durum tahrik sebebi ile sanığın cezasından yapılacak indirim miktarında göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, Yargıtay, maktulün, failin kardeşini olaydan 11 yıl önce öldürmesi olayında, aradan geçen zaman dilimi ve cezasını çekip tahliye olması halinde tahrik nedeniyle gerçekleştirilen indirimin azami miktarda gerçekleştirilmesini bozma nedeni yapmıştır.¹⁶⁶

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi haksız tahrike neden olan fiil ile işlenen suç arasında olması gereken belli bir süreden bahsetmediği gibi belli bir oranın

¹⁶⁴ Yargıtay 1.C.D.'nin 28.09.2011 tarih ve 2009/2441-2011/5586 sayılı kararı; **Akkaya, Çetin/ Türk, Kenan**, İtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 80.

¹⁶⁵ C.U.H. 17.09.1979 tarih ve 1/272-325 sayılı karar; **Çağlayan**, a.g.m., s. 28.

¹⁶⁶ **Bostancı Bozbayırdır**, a.g.e., s. 214. Konuya ilişkin Y. 4.C.D.'nin E:1991/7141,K: 1991/8305 T: 25.12.1991 tarihli kararından: "Haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağının saptanması psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiriyle sonucuna göre hüküm kurulması gerekir."; **Tan, Mehmet** a.g.e, s. 1087.

bulunması gerektiğinden de bahsetmemiştir. Bu sebeple haksız fiil ile bunun neticesinde işlenen tepki suçu arasında bir oranın bulunması gerekip gerekmediği doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bu konudaki bir görüşe¹⁶⁷ göre, suç ile tahrik fiili arasında nedensellik bağının mevcudiyeti bir oranın bulunmasını gerektirir. Bu bakımdan eğer işlenen suç, tahrik fiilinden açık bir şekilde ağır ise sanık haksız tahrik indiriminden faydalanamaz.¹⁶⁸ Yine haksız fiil ile bunun neticesinde verilen tepki arasında bir oranın varlığını kabul eden Dönmezer'e göre ise *"teпки haksız tahrikten daha ağır olabilir: sövmeye karşı dövme ile karşılık mümkündür. Önemli olan husus açık, belirli ve orantılı olmayan bir tepkinin var olmamasıdır."*¹⁶⁹

Bir diğer görüşe¹⁷⁰ göre ise, haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için, haksız fiil ile işlenen suç arasında bir oranın bulunması gerekli değildir. Fiilin haksız fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem duyguları altında işlenmiş olması yeterlidir. Bu görüşü savunan Zafer'e göre, *"haksız tahrikin etkisi ile işlenen suç, haksız fiilin yöneldiği değerden daha önemli bir değeri ihlal ediyor olabilir. Ancak belirtelim ki haksız fiil teşkil eden suçla, tahrik altında kalanın işlediği suç arasında nitelik bakımından uygunluk olmalıdır"*. Yine aynı görüşteki Birtek'e göre; *"haksız fiil ile işlenen suç arasında, işlenen suçların niteliği, ağırlığı bakımından çok ağır bir nispetsizlik var ise ya da diğer bir deyişle, fail amaçladığı suçu işlemek için haksız eylemi bir neden olarak kullanmışsa (haksız fiilin işlenen suçu neticelendirecek türden bir hiddet ya da şiddetli eleme neden olacak bir fiil olmaması) bu durumda failin haksız tahrik hükümlerinden faydalanması mümkün değildir."*¹⁷¹ Bu konuda Malkoç'a göre ise, *"haksız tahriki oluşturan fiil ile ona tepki olarak işlenen suç*

¹⁶⁷ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 492; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 240-241; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s. 252; Bu görüşteki Soyaslan'a göre; "Tepki ile haksız hareketi teşkil eden fiil arasında bir oran bulunmalıdır. Bunun anlamı tahrik teşkil eden fiilden daha ağır bir reaksiyon gösterilmesi demek değildir; Soyaslan, a.g.e., s. 483; Aynı görüşteki İçel'e göre *"Haksız tahrikin bu koşulu, tahriki oluşturan eylem ile tepki arasında belirli olmayan bir oranın bulunmasını da gerektirir. Ancak, bu oranın tahrik ile tepki arasında tam eşitlik şeklinde anlaşılması doğru değildir. Önemli olan kesin ve açık bir ölçüsüzlüğün bulunmamasıdır. Örneğin, şaka yollu söylenen mizah konusu bir yakıştırmaya muhatap olan failin, bu sözü söyleyeni bıçakla yaralaması durumunda sözü geçen nedensellik bağlantısı ve dolayısıyla haksız tahrik nedeniyle suç işlenmesi söz konusu olamaz."*; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 440; Yine bu görüşteki Öztürk ve Erdem'e göre; *" haksız tahrik oluşturan fiil ile buna tepki olarak işlenen suç arasında makul bir oran bulunmalıdır. Sözelimi yol vermediği için sürücüyü öldüren fail bakımından bu oran yoktur."* Öztürk/ Erdem, a.g.e., s. 222.

¹⁶⁸ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 492.

¹⁶⁹ Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 240-241.

¹⁷⁰ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 422; Birtek, a.g.e., s. 221; Bakıcı, a.g.e., s. 633; Özgenç, a.g.e., s. 431; Toroslu, a.g.e., s. 266; Zafer, a.g.e., s. 372; Malkoç, a.g.e., s. 378.

¹⁷¹ Birtek, a.g.e., s. 221.

arasında tam bir denklik, oran aranmaz. Ancak tepkinin aşırı ve ölçüsüz olması, bu defa ilk haksız hareketi yapanı da hükümden yararlanacak duruma sokabilir.”¹⁷²

Yargıtay bu konuda ikinci görüşe katılmakla birlikte bir kararında, bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü kişiyi yakalayan sanığın mağdura cinsel saldırıda bulunması olayında, mağdurun bahçeden kayısı çalmasının sanık açısından haksız tahrik sayılmasını yerinde bulmamıştır. Kararının gerekçesini ise “mağdurun sanığın zararına işlediği eylemle işlenen suç karşılaştırılırsa, bu ikisi arasında nitelikleri bakımından ne bir bağlantı, ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır.” şeklinde açıklamaktadır.¹⁷³

Kanaatimizce de haksız tahrik teşkil eden fiil ile bu fiile yönelik tepki suçu arasında bir oranın olması şart değildir. Zira haksız tahrik kurumunun cezayı hafifletici bir hal olarak kabul edilmesinin asıl sebebi failin maruz kaldığı haksız eylem karşısında duyduğu öfkeye hukuki bir netice bağlamaktır. Yoksa burada fail ile mağdurun haksız davranışlarını oranlamak gibi bir amaç yoktur. Aksi halde kendisine tokat atan yahut hakaret eden kişiyi öldüren sanığın haksız tahrikten yararlanamaması söz konusu olacaktır. Bu durum haksız tahrik kurumunun mantığına aykırıdır.

Tepki suçunun orantısızlığı karşılıklı gerçekleştirilen haksız eylemlerde önem arz eder. Zira kişinin haksız fiile karşılık verdiği tepki suçu ölçüsüz de olsa lehine alt sınırdan haksız tahrik indirimini uygulamak gerekecek ve ilk haksız fiili gerçekleştirerek olayı başlatan ve aslında tepki suçuna yönelik haksız tahrik iddiasında bulunma hakkı olmayan karşı taraf için haksız tahrik yahut meşru savunma hakkı doğacaktır. Diğer açıdan her ne kadar haksız fiil ile tepki suçu arasında bir oran aranmadığını düşünsek de bahçesinden elma çalarken yakaladığı kişiye cinsel saldırıda bulunan sanıkta olduğu gibi haksız tahrikten doğan öfke ile buna karşı işlenen tepki suçu arasında ki nedensellik bağıını ortadan kaldıran niteliksel ve niceliksel oransızlık hali fail lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyecektir.

Suç iştirak halinde işlenmişse, haksız tahrik indiriminin sadece hiddet veya şiddetli elem duygusu altında suç işleyen şerik bakımından uygulanabilmesi

¹⁷² Malkoç, a.g.e., s. 378.

¹⁷³ Y.5.C.D.’nin 24.01.1978-5/84 sayılı kararı; Erdurak, Yılmaz Güngör, İctihatlı Türk Ceza Kanunu ve Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, Ankara, 1987, s. 90.

mümkündür. Diğer şeriklerde böyle bir duygu uyanmamışsa, onlar bakımından haksız tahrikin uygulanabilmesi mümkün değildir.¹⁷⁴

Olaydaki tahrik olgusunun mutlaka sanık veya müdafî tarafından ileri sürülmesi gerekmez. Yargıç bu durumu kendiliğinden araştırıp tespit edecektir. Sanık tarafından tahrik savunmasının ileri sürülmesi için herhangi bir zaman sınırlaması da yoktur.¹⁷⁵ Muhakemenin herhangi bir aşamasında ileri sürülebilir ya da resen varlığı saptanabilir.¹⁷⁶

Uygulamada çoğunlukla mağdurun eyleminin haksız fiil niteliğinde olup olmadığı tartışıldıktan sonra failin bundan dolayı hiddet veya şiddetli eleme kapılıp kapılmadığı irdelenmeden haksız fiil hükümleri sanık lehine uygulanmaktadır. Ancak bu durum haksız tahrik müessesesinin düzenlenme amacına aykırı olup haksız tahrik kurumunun uygulanması için somut olayda haksız fiilin varlığı yanında sanığın bu haksız fiil sebebiyle oluşan bunalım halinin de ortaya çıkmış olması şarttır. Burada yapılması gereken somut olayda haksız fiilin varlığını ortaya koyan delillerin yanında, failin söz konusu suçu hiddet veya şiddetli elem duygusu altında işlediğini ortaya koyan kanıtların da toplanmasını sağladıktan sonra karar vermektir. Bu deliller; failin olay sonrası psikolojik durumuna ilişkin tanık beyanları, faile ilişkin tanzim olunan psikolojik durumunu gösterir tıbbi kayıtlar, failin olay öncesi, olay anı ve olay sonrasında heyecan durumunun göstergesi olan psikolojik durumunu yansıtan fiziksel bulgular olabilir.¹⁷⁷

2.2.5. Haksız Tahrik Oluşturan Eylemin Mağdurdan Kaynaklanması veya Mağdurun O Fiili Önleme Sorumluluğunun Bulunması

Sanığın haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesi için gereken koşullardan biri de sanığa yahut sanığın yakınlarından birisine karşı gerçekleştirilen haksız fiilin “mağdur tarafından yapılmış olması veya söz konusu haksız fiili mağdurun engelleme sorumluluğunun” bulunmasıdır. Sanığın haksız tahrik etkisinde

¹⁷⁴ Kazancı, a.g.m., s. 1334.

¹⁷⁵ Tutumlu, a.g.e., s. 33.

¹⁷⁶ Aydın, a.g.e., s. 239.

¹⁷⁷ Duran, a.g.e., s. 151.

kalarak haksız fiille ilgisi olmayan 3. kişilere yönelik işlediği suçlarda lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz.¹⁷⁸

Haksız tahrik fiili mağdurdan sadır olmamakla birlikte mağdurun bu haksızlığı önleme yükümlülüğü bulunabilir. Bu yükümlülük kanundan, örf adet hukukundan, tüm genel hukuk kurallarından doğabilir. Mağdurun haksız fiili önleme biçimindeki yükümlülüklerine aykırı davranması, harekete geçmemesi, başkasının gerçekleştirdiği haksız fiile bir anlamda eylemsiz bir şekilde katılması anlamına gelecek ve failin haksız fiili önleme sorumluluğu bulunan bu kişiye karşı suç işlemesi durumunda sanık lehine haksız tahrik hükümleri yine uygulanacaktır.

Bir olayda sanığa taş, vs. atan eşine ve çocuklarına müdahale etmeyen mağdurun tutumu, Yargıtay kararında haksız bir davranış olarak nitelendirilmiştir:

“Medeni kanun hükümlerine, örf ve adete göre; çocuklarını terbiye ve tedip hakkına sahip olan ev reisi ve baba sıfatlarını taşıyan mağdurların olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti görmesine rağmen, sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda bulunmaması ve onları men etmemek suretiyle huzuru ile adete müteceviz eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen müzahir olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, TCK 51/1 maddesinin tatbikine yol açar.”¹⁷⁹

2.2.6. Tepki Suçunun İşlenmiş Olması

Haksız tahrik kurumunu düzenleyen TCK'nın 29. maddesi, haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin altında suç işleyen kimsenin cezasının indirileceğinden bahsetmektedir. Yani haksız tahrik hükümlerinin uygulanması için sanığın haksız fiilin sebep olduğu hiddet ve şiddetli elem duyguları altında bir tepki suçu işlemiş olmasını şart koşmaktadır.

Kanunumuz haksız tahrik altındaki sanığın bir tepki suçu işleyeceğinden bahsetmekle birlikte bu tepki suçunu kime karşı işleyeceğini açık şekilde belirtmemiştir. Ancak haksız tahrik müessesinin kanunumuzda düzenlenme amacı ve

¹⁷⁸ CGK.'nın 04.03.2008-2/42 sayılı kararına göre; “Haksız tahrik nedeniyle indirim yapılabilmesi için, haksız hareketlerin bizzat maktulden gelmesi ve bizzat sanığa ya da etkileneceği bir yakınına yönelmesi gereklidir, başkasından kaynaklanan haksız hareketlerle ilgisi olmayan birisinin öldürülmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.”; **Soyaslan**, a.g.e., s. 480.

¹⁷⁹ Yargıtay 1.C.D. 01.04.1980 tarih ve 41/1453 sayılı kararı; **Tutumlu**, a.g.e., s. 44.

mantığı gereği tepki suçunun yalnızca haksız fiili işleyen yahut haksız fiilin gerçekleşmesini önleme sorumluluğu bulunan kişiye karşı işlenmiş olması gerekir. Aksi durum haksız tahrik ile tepki suçu arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldıracaktır.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında suçun haksız tahrikin etkisi altında işlenmiş sayılabilmesi için fail tarafından yapılan hareketin, haksız tahriki oluşturan failin sebebiyet verdiği gazap veya elemin bir tepkisi olması gerekmektedir; sanığın eyleminin de haksız tahrik teşkil eden fiili işleyen kimseye yönelmiş olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁰

Kanun birisine kızıp da hıncını başkasından alanı korumayacağına göre, haksız tahrikin bulunması için tepkinin, tahrik teşkil eden fiili yapan kimseye yönelmiş olması şarttır. Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, mağdurun çocukları, failin çocuğunu dövmüş, bunun üzerine fail de, çocukların babasına (yani mağdura) sövmüştür. Yargıtay, bu olayda haksız tahrikin olmadığına, sadece takdiri hafifletici sebeplerin söz konusu olabileceğine karar vermiştir.¹⁸¹

Yargıtay Ceza Dairesi başka tarihli bir kararında, mağdurenin kocası ile kahvede tartışıp hakaretlerine maruz kalan sanığın, mağdurenin kocasına karşı bir eyleme yönelmeyip mağdurenin evine giderek onu bıçakladığı ve bileziklerini aldığı olayda mağdureden kaynaklanan haksız bir hareketin bulunmaması sebebiyle sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmiştir.¹⁸²

Her ne kadar haksız tahrikin madde metninde tepki suçunun kime yönelik olacağından bahsedilmemiş ise de, bu durum madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza

¹⁸⁰ CGK.'nın 28.03.1983 tarih ve 1/492-142 sayılı kararından; “ Olay günü harman yerinde, öldürülenin çocukları H. VE İ.Ç. ile sanığın kardeşi R.P. kavga etmişlerdir. Bu kavga sırasında R.P. tabanca çekmiş, H. ve İ.Ç. kolunu bükme suretiyle tabancayı yere düşürmüşler, olay yerine gelen köy bekçisi Hasan Kartal yere düşen tabancayı almış, H. ve İ.Ç. ile beraber köy muhtarı Reşit Gökdeniz'in evine götürmüşlerdir. Bu arada koşarak kendi evine giden R.P. ve annesi elinde sopa, sanık av tüfeği olduğu halde koşarak muhtarın evine gitmişler, orada kapı önünde bulunan ve daha önceki olaylara karışmayan R.Ç.'ye sanık M.P. 6-7 metre mesafeden av tüfeği ile iki el ateş ederek onu öldürmüştür.”; **Mollamahmutoglu/ Savaş**, a.g.e., s. 1000.

¹⁸¹ **Hakeri**, a.g.e., s. 297.

¹⁸² CGK. 31.10.1994 tarih ve E. 1994/1- 225, K. 119/250 sayılı kararı; **Tan**, a.g.e, s. 1038.

indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.”¹⁸³ Buna göre kanunumuz tepki suçunun haksız fiilin mağduruna karşı işlenmesi halinde faili korumamakta ve haksız fiili yapan kişiye karşı suçun işlenmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağından bahsetmektedir.

İşlenen suç, öfke veya şiddetli üzüntü durumunun bir tepkisi olduğu için, bu suçun, failde söz konusu durumu yaratan kişilere yönelik olması gerekir. Öfke veya şiddetli üzüntü yaratan kişi, diğer kişilerle suç ortağı halinde ise tepkinin diğerlerine yöneltilmesinde de haksız tahrikin bu koşulunun gerçekleştiği sonucuna ulaşılmalıdır.¹⁸⁴

Tepki suçunun tahrik edenden başkasına karşı işlenmesi halinde tahrik fiilinin tamamen dışında bir kişinin hukuki menfaatleri zedelenmiş olacağından olaya tahrik kurumu uygulanamaz. Zira böyle bir durumda ortada bir “teпки” yoktur. Tahrik kurumunun esası tahrik edilenin tahrik edene yönelik bir tepki suçu işlemesi olduğuna göre failin tahrik edene değil de üçüncü kişilere yönelik suç işlemesi halinde “teпки” den söz edilemez ve bu durumda failin cezası tahrik nedeniyle indirilemez.¹⁸⁵

¹⁸³ **Koyuncu**, a.g.e., s. 167.

¹⁸⁴ **İçel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 440; **Malkoç**, a.g.e., s. 378.

¹⁸⁵ **Aydın**, a.g.e., s. 237.

2.3. HAKSIZ TAHİRİKTE UYGULANACAK İNDİRİM ORANI VE YARGICIN TAKDİR YETKİSİ

2.3.1. Genel Olarak

Haksız tahrik kurumu, failin haksız bir fiil karşısında duyduğu hiddet veya şiddetli elem içerisinde suç işleme durumunda sanığın kusurundaki bu azalma sebebiyle verilecek cezada indirim yapılmasını öngören cezayı hafifletici bir hal olarak kanunumuzda yerini almıştır.

Hem Eski TCK döneminde hem de Yeni TCK döneminde düzenlenmiş olan haksız tahrik hali cezayı azaltan genel ve kanuni bir sebeptir. Bu niteliği sebebiyle koşulları olduğu takdirde ayırım gözetilmeksizin her fail için resen hakim tarafından uygulanması zorunludur. Haksız tahrik durumunda uygulanacak indirim miktarları ise haksız tahrik kurumunu düzenleyen yasa maddelerinde açıkça gösterilmiştir. Hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak öncelikle resen haksız tahrikin varlığını araştırarak ve varlığı halinde kanunda öngörülen miktar ve oranları gözeterek yapılacak ceza indirimini takdir edecektir.

2.3.2. Haksız Tahrikte Uygulanacak İndirim Oranı

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik, “adi (basit) tahrik” ve “ağır tahrik” şeklinde bir ayırma tabi tutulmuş olup, haksız tahrik halinde yapılacak indirim oranı hafif ve ağır tahrik hali için farklı belirlenmişti. Hakim önüne gelen somut olayda ilk olarak haksız fiilin basit yahut ağır tahrikten hangisine girdiğini saptayıp indirim oranını buna göre belirlemektedir. Bu ayırım, ceza indiriminde dikkate alınacak önemli bir husus olmasına rağmen söz konusu ayırımın nasıl yapılacağına ilişkin bir kriter bulunmamaktaydı. Bu nedenle Yargıtay, “haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, zaman, yöresel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumları nazara alınıp, değerlendirilerek, eğer haksız hareket bu özellikler itibarıyla yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa, tahrikin ağır ve şiddetli olduğunun kabul edilebileceği” şeklindeki içtihadı ile bu ayırma yön vermektedir.¹⁸⁶

¹⁸⁶ İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 441.

Yargıtay Eski yasa döneminde verdiği bazı kararlarında, “Sanığa aynı anda hakaret edip yumruk vuran ölenin bu haksız hareketini”¹⁸⁷, “cezaevinde hükümlü bulunduğu sırada eşi ile zina yapan ve doğan çocuğu evlilik içi çocukmuş gibi nüfus kütüğüne işleten maktulün bu eylemini”¹⁸⁸, “hacı olan sanığın dükkanına olay öncesi gelip hacıların eşkiya gibi zalim olduklarını vurgulayan bir hikaye anlatıp sataşan maktule bu tür şakaları söyleyen sanığın olay günü yine bu tür hikayeyi anımsatacak şekilde söz atmasını”¹⁸⁹, “Önceki uyarılara rağmen apartmanda top oynayarak gürültü yapmaya devam etme hareketlerini”¹⁹⁰ basit tahrik olarak nitelendirirken “evli ve mazbut bir yaşam sürdüren sanığın kapı ve penceresine taş atıp, dışarı çıktığında sevişme önerisinde bulunan maktulün bu eylemini”¹⁹¹, “kavgaya neden olan sanığın kavga sırasında babasının öldürülmesi eylemini”¹⁹², “otlattığı sürüden koyun çalmaya çalışan maktulün hırsızlık fiilini”¹⁹³ ve “ öldürülenin, girebi ile sanığın babasının başına vurarak yere düşürmesi şeklindeki eylemini”¹⁹⁴ ağır tahrik olarak kabul etmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun hazırlanması aşamasında haksız tahrik konusunda yapılan bu ayırımın gerekli olup olmadığı tartışılmış ve hakim bu iki tahrik halini birbirinden ayırırken yaptığı tespitin takdir hatasına sebebiyet verdiği, bu sebeple hükümlerin Yargıtay’ca bozulduğu ve yargılamanın geciktiği şeklindeki benzer gerekçelerle bu ayırımın kaldırılması önerilmiştir. 2004 tarihli son tasarıda da; tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir hakkı olanağının tanınmasının amaçlandığı ifade edilmiş, nitekim bu tasarı uyarınca kabul edilen 5237 sayılı YTC 29. madde düzenlemesindeki değişiklikle bu ayırım ortadan kaldırılmıştır.¹⁹⁵ Kanunun gerekçesine baktığımızda 765 sayılı yasada yer alan adi ve ağır tahrik ayırımının kaldırıldığı tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek üzere olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağının tanınmasının amaçlandığı bildirilmiştir.¹⁹⁶

¹⁸⁷ C.G.K. 12.12.1994, 1-274/338 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1006.

¹⁸⁸ C.G.K. 01.02.1993, 1-361/20 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1007.

¹⁸⁹ C.G.K. 29.03.1882, 1/38-117 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1009.

¹⁹⁰ C.G.K. 29.05.1972, 2/144-234 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1012.

¹⁹¹ C.G.K. 01.06.1992, 1/154-178 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1018.

¹⁹² C.G.K. 18.02.1985, 1/542-101 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1018.

¹⁹³ C.G.K. 17.12.1984, 1/678-441 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1019.

¹⁹⁴ C.G.K. 18.12.1984, 1/420-439 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1019.

¹⁹⁵ **Duran**, a.g.e., s. 76.

¹⁹⁶ **Tepebaşılı, İskender**, Yeni Türk Ceza Kanunu Sistematığında Haksız Tahrik ve Teşebbüs Hükümleri, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 2007/4, s. 1606.

Getirilen yeni düzenlemeye göre; haksız tahrik altında suç işleyen kişiye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası, müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilecek olup diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilecektir. Burada hakim tahrikin ağırlığına göre kanunda belirlenmiş sınırlar arasında indirim miktarını belirleyecektir.

Eski TCK ile Yeni TCK arasındaki bir diğer fark ise indirim oranları arasındadır. Eski 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinin ilk fıkrası basit tahrik halinde yapılacak indirim oranına yer verirken, ağır tahriki düzenleyen fıkrasına göre; tahrikin ağır ve şiddetli olması halinde “ölüm cezası yerine yirmi dört sene” ve “müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis” cezasının verileceği, sair cezaların ise “yarısından üçte ikisine kadarının” indirileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık yeni TCK'da ölüm cezası kaldırıldığından ilk duruma yer verilmemekle birlikte suçun “ağır müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde on sekiz yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezasına çevrileceği” ve yine suçun “müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezasına” çevrileceği ve diğer hallerde verilecek “cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarının” indirileceği kabul edilmiştir. Böylelikle basit nitelikteki bir tahrikin söz konusu olduğu durumda eski yasaya göre cezanın en fazla dörtte biri indirilirken yeni yasaya göre bu cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilebilecektir. Bu anlamda yeni oranların fail için daha lehe olduğu söylenmelidir. Bu durum ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezası açısından da geçerlidir.¹⁹⁷

2.3.3. Yargıcın Takdir Yetkisi

Yargılaması yapılan olaylar ve tahrik teşkil edebilecek eylemler o kadar geniş bir yelpaze oluşturmaktadır ki, bunu ancak yargılamayı yapan, delillerle yüz yüze gelen hakim takdir edebilir. Kanun isabetli bir düzenlemeyle hakime bu imkanı vermiştir.¹⁹⁸

Hakim öncelikle önüne gelen somut olayda tahrik niteliğinde haksız bir fiilin mevcut olup olmadığını tespit etmelidir. Kanunumuzda, hangi fiillerin haksız tahrik oluşturduğu tek tek sayılmamakla birlikte, failin kendisine yahut yakınlarına yönelik

¹⁹⁷ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s. 433.

¹⁹⁸ Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçları, s. 128.

haksızlık olarak nitelendirilecek davranışlar bu kapsama girmektedir. Bu anlamda fiilin haksız olup olmadığı, belirli bir dönemde yine belirli bir toplumda geçerli olan sosyal değer hükümlerine göre hakim tarafından takdir edilecektir.¹⁹⁹

Hakim, eylemin haksız fiil niteliğinde olduğunu tespit ettikten sonra failin bu haksız fiil sonucunda hiddet veya şiddetli elem duygusuna kapılıp kapılmadığını, mağdura yönelik işlediği tepki suçunu haksız tahrik altında gerçekleştirip gerçekleştirmediğini, haksız fiil ile tepki suçu arasında uzun bir süre geçmiş ise haksız tahrikin etkisini sürdürüp sürdürmediğini ve tahrikin kabulü halinde derecesini dikkate alarak failin cezasından yapılacak indirim oranını belirleyecektir.

Yeni TCK'nın 29. maddesinde cezada yapılacak indirim miktar ve oranları belirtilmiştir. Hakim, kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar arasında indirim oranını belirleyecektir. İndirim oranının belirlenmesinde, failin durumu, yaşadığı sosyal çevre, olayın oluş şekli, haksız fiilin niteliği, failde meydana getirdiği ruhsal durum ve tahrik eden ile failin davranışları göz önüne alınmalıdır. Tahrikin hafifliğini veya ağırlığını yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde hakim takdir edecektir.²⁰⁰ Yargıtay ise ilk derece mahkemesince saptanan davranışın salt hukuka aykırı bulunup bulunmadığını, gerekçe ile bağlı olarak inceleyebilmeli ve gerekçe de eksiklik, hukuka aykırılık, çelişki, doğa ve mantık kurallarına aykırılık bulunursa hükmü ancak bu nedenle bozmalıdır. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin yerine geçerek, gerekçeyle sınırlı olarak incelediği bir konuda hüküm kurması doğru değildir. Haksız tahrik, kişiye, olaya, zamana ve yere göre değiştiği halde yalnızca yargılama tutanaklarına yansıyan olayın derecesine göre tahrikin derecesini belirlemek bütün insanları aynı ruh kalıbına sokmak demektir.²⁰¹

Yargıtay kararlarında bir miktar veya oran belirtilmemekle birlikte, ağırlık arttıkça indirimin fazla olması gerektiği, tahrik konusu eylemin ağırlığı (haksızlığı) azaldıkça da indirimin az olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Tahrikin en üst derecede olduğu olaylarda sanık lehine en üst oranda veya ona yakın oranlarda indirime gidilmesi, çok az olduğunda da paralel olarak en az oranda indirim yapılmasına dikkat edilmelidir.²⁰² Faile yönelik haksız fiil niteliğindeki eylemlerin devamlılığı, süresi, ağırlığı, işleniş şekli değerlendirilmelidir. Bu anlamda, failin tepki suçunu kendisine yönelik tek bir hakaret eylemi neticesinde işlemesi ile bir

¹⁹⁹ **Dönmez/ Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, s. 352.

²⁰⁰ **Koca/ Üzülmüş**, a.g.e., s. 298.

²⁰¹ **Otaç**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması, s. 233-234.

²⁰² **Malkoç**, a.g.e., s. 379.

süredir süregelen hakaret eylemleri sonucunda işlemesi aynı kabul edilmediği gibi kasten yaralama biçiminde haksız eylemin failde yol açtığı yaralamanın basit tıbbi bir müdahale ile giderilecek olması ile failde kemik kırığına yol açan bir eylem niteliğinde olması aynı değildir.

Yargıtay kararlarında haksız tahrikin söz konusu olduğu durumlarda mağdurdan kaynaklanan haksız eylemlerin boyutunun dikkate alınarak alt ve üst sınırlar arasında makul bir cezanın tayin edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.²⁰³ Yargıtay haksız tahrikle ilgili bazı kararlarında, “yasal gerekçe gösterilmeden ve takdire dayanıldığı da belirtilmeden ¼ oranında indirim yapılarak hüküm kurulmasını”²⁰⁴, “sanığın, eşi olan maktule ile maktulün aralarındaki ilişkiyi öğrenmesi üzerine her ikisini de öldürmesi olayında maktule ve maktulün rızaya dayalı gönül ilişkisi kurmasına bağlı olarak, maktule ve maktulden gelen haksız hareketlerin ulaştıkları boyut ve tahrik nedeni olarak mahkemece kabul edilen gerekçe karşısında, haksız tahrik indirimlerinin makul düzeyde tutulması yerine, ayrı ayrı 18 yıl hapis cezasına hükmolunması suretiyle eksik ceza tayini yapılmasını”²⁰⁵, “maktullerin sanığa yönelik tahrik olarak kabul edilen olay öncesi ve olay sırasındaki haksız eylem ve sözlerinin ne olduğu denetime imkan verecek şekilde açıklanmadan tahrik nedeni ile cezadan indirim yapılmasını”²⁰⁶ ve “...maktulün eşini darp edip olay sırasında da saçlarından tutarak sokakta sürüklemesi, eşinin kardeşi olan sanığın bu duruma müdahale etmek istemesi üzerine maktulün bıçak çekip sanığın üzerine

²⁰³ Y.1.C.D. E.2009/7913, K.2010/7127, T.02.11.2010 sayılı kararı; “Sanığın, maktulün eşini telefonda birçok kez sözle ve bir kez de elle tacizde bulunduğunu öğrenmesi üzerine, bu durumu maktul ile tartışırken maktulün sanığın eşi ile birbirlerini sevdiklerini söylemesi üzerine tartışmanın kavgaya dönerek sanığın maktulü öldürdüğü olayda, maktulden kaynaklanan haksız hareketlerin boyutu dikkate alınarak tahrik hükmü uygulanırken alt ve üst sınırlar arasında makul bir ceza tayin edilmelidir.”; **Gören**, a.g.e., s. 161.

²⁰⁴ Y.1.C.D. 21.12.2009 tarihli 1514/7902 sayılı kararına göre: “5237 sayılı TCK’nın 29. maddesi uyarınca tahrik nedeniyle verilecek cezanın dörtte birinden, dörtte üçüne kadarının indirileceğinin belirtilmesi karşısında yasal gerekçe gösterilmeden ve takdire dayanıldığı da belirtilmeden ¼ oranında indirim yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması...” **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 528.

²⁰⁵ Y.1.C.D. 19.11.2009 tarih ve 606/7090 sayılı kararına göre; “Sanığın maktule eşi ile maktul komşusu arasında bir gönül ilişkisi olduğundan şüphelendiği, şüphelerini doğrulamak için olaydan iki gün önce cep telefonunun ses kayıt özelliğini açtıktan sonra eve de bırakarak, yürüyüş bahanesiyle dışarı çıktığı, eve dönüp telefonu kontrol ettiğinde; maktule ile maktul arasında ilişkinin doğruluğunu kanıtlayacak konuşmaları tespit ettiği, bunun üzerine verdiği karar ve yaptığı plan uyarınca silahlarla maktule ve maktulü öldürdüğü olayda, 18 yıldan 24 yıla kadar hapis cezası öngören TCK’nın 29. maddesi ile yapılan uygulama sırasında, maktule S.’nin maktul Z. ile rızaya dayalı gönül ilişkisi kurmasına bağlı olarak, maktule ve maktulden gelen haksız hareketlerin ulaştıkları boyut ve tahrik nedeni olarak mahkemece kabul edilen gerekçe karşısında, haksız tahrik indirimlerinin makul düzeyde tutulması yerine, ayrı ayrı 18 yıl hapis cezasına hükmolunması suretiyle eksik ceza tayini.”; **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 533.

²⁰⁶ Y.1.C.D. E.2008/7903,K.2008/7985 T. 17.12.2008 tarihli kararı; **Gören**, a.g.e., s. 162.

yürümesi şeklindeki davranışları nedeniyle tahrike dayalı indirimin adil miktarda alt sınırdan uzaklaşarak yapılması gerekirken yazılı şekilde alt sınırdan indirim yapılmasını²⁰⁷, bozma nedeni yapmıştır.

5237 sayılı Yasa'da basit-ağır haksız tahrik ayırımı kaldırılmakla birlikte indirim oranlarında alt ve üst sınırların arası çok açılmıştır. Bu durum, uygulamada adaletsizliklere sebebiyet verebilecektir.²⁰⁸ Bu nedenle yargılamayı yapan hakim sanığın hak ettiği cezayı tayin edebilmek için tahrikin derecesini belirlemede daha adaletli davranmalıdır. Her ne kadar basit-ağır tahrik ayırımı kaldırılmış ise de, uygulamada yine bu ayırma göre bir derecelendirme yapılması suretiyle alt ve üst sınırlar arasında uygun bir cezanın belirlenmesi daha doğru olacaktır.

Haksız tahrikin söz konusu olduğu bir olayda temel cezanın belirlenmesinden sonra sırasıyla varsa teşebbüs, iştirak ve zincirleme suç hükümleri uygulanıp sonrasında haksız tahrik gereği sanığın cezasından indirim yapılacaktır. Haksız tahrikle birlikte TCK'nın 62. maddesindeki takdiri indirim maddesinin uygulanmasına engel yoktur. Ancak haksız tahrik kabul edilen sebebin temel cezanın belirlenmesinde yahut takdiri indirim hallerinin uygulanmasında tekrardan indirim sebebi kabul edilmemesi gerekir.

Aynı olay nedeniyle failin birden fazla suçu hakkında hüküm verilirken, gerekçede paralelliğe dikkat edilmesi ve çelişki yaratılmaması, bir suçla ilgili gerekçe ve uygulamanın, niteliği tahrike uygun olan diğer suçla ilgili de yapılması gerekir. Başka deyişle, örneğin bir tartışma sırasında failin işlediği tehdit, hakaret ve yaralama suçlarından biriyle ilgili haksız tahrikin bulunduğu kabul edilmiş ise, diğer suçla ilgili de bu uygulamanın yapılması gerekir.²⁰⁹

2.3.4. Haksız Tahrikin Varlığı ve İndirim Oranları Yönünden Denetim

Haksız tahrikin varlığı ve tahrik durumunda cezada yapılacak indirim miktarı konusunda yerel mahkemenin vermiş olduğu kararların Yargıtay denetimine tabi olup olmadığı konusu tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, kanun hangi durumların haksız tahrik sayılacağını saymamış olup, olayda haksız tahrikin var olup olmaması hukuki değil maddi bir

²⁰⁷ Y.1.C.D. E. 2008/99, K. 2008/4514, T. 29.05.2008 kararı; **Gören**, a.g.e., s. 163.

²⁰⁸ **Centel/ Zafer/ Çakmut**, a.g.e., s. 437.

²⁰⁹ **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 740.

mesale olduğundan ve bunu tayin etmek hakimnin takdirine bırakıldığından Yargıtay bunun denetimini yapmamalıdır. 765 sayılı TCK'nın uygulandığı dönemde yine benzer görüşte olan Centel'e göre; Yargıtay denetimi tahrikin türü hakkında olmamalıdır. Ancak, tahrikin kabul edilip türünün söylenmemesini veya hiçbir gerekçe göstermeden ağır, ya da adi tahrikin var olduğu iddiasının reddini ya da bir olayın genel olarak tahrik sayılmaması için gerekli koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini Yargıtay denetleyebilmelidir.²¹⁰

Diğer bir görüşe göre ise mahkemece tespit edilen bir vakıanın tahrik olarak kabulü; hukuki bir vasıflandırma ameliyesi olduğundan maddi değil, hukuki bir meseledir. Bu itibarla Yargıtay'ın denetimine tabi olması gerekir. Şu halde tahrik fiilinin çeşitlerini takdir, hakime ait bir haktır. Kanunun hakimnin takdirine bıraktığı hususlarda ise kanuna aykırılık söz konusu olamayacağından Yargıtay bu sebepten esas mahkemesinin kararını bozamaz.²¹¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına yazılan bir muhalefet şerhinde şöyle denilmektedir: “Tahrikin uygulanmasının şartları, mağdurun haksız hareketi, bu hareketin sanıkta uyandırdığı öfke ve bu öfkenin etkisiyle, nedensellik zinciri içinde, failin suç işlemesidir. İlk Mahkemeler bu koşulların varlığını fiilen saptamalı 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 tahrikin derecesini bu fiili saptamalar doğrultusunda takdir edeceklerdir. Bir başka deyişle sorun fiilidir, hukuki değildir.”²¹²

Yargıtay hakimnin hüküm kurarken gerekçe gösterme zorunluluğu altında olduğunu bir kararında şöyle ifade etmiştir:

“Tahrik konusunda hüküm kurulurken, kanıtların tahlil ve değerlendirmesi ve hangisinin yekdiğerine üstün tutularak kabul edildiğinin açıklanması, tahrik oluşturan eylemlerin açıkça ve net olarak gösterilmesi, tahrikin uygulanması talep edilen durumlarda hüküm gerekçesinde bu hususun da tartışılıp gerekçesinin 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

²¹⁰ Başar, Nur, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik II, Adalet Dergisi, Yıl: 71, Sayı: 4, s.354.

²¹¹ Ayık, a.g.m., s. 97-98.

²¹² Y.C.G.K.'nın 18.12.1984 1-420/439 sayılı kararı; Günay, a.g.e., s. 45-46.

göre ilk haksız davranışı başlatana (tepkide aşırı bir oransızlık bulunmadıkça) maddenin uygulanmayacağına, derecesinin de failde uyandırdığı öfkeye acıya göre belirlenmesi ve bu konunun gösterilecek “gerekçede” mantık ve deneyim kurallarına göre yansıtılması gerekir.”²¹³

Hakimin takdir hakkı anlamındaki tasarrufu Yüksek Mahkeme’nin denetimine bağlıdır. Nitekim Yargıtay Genel Kurulu’nun 19.05.1995 tarih ve E: 1/191, K: 219 sayılı kararı;

“Yerel mahkeme, TCY’nin 51/2 nci maddesi ile sanığın cezasından 2/3 oranında indirim yapılmış, Özel Daire ise, cezadan daha az oranda indirim yapılmasının adalet kurallarına uygun olacağını benimsemiştir.

Yasal artırıcı ve indirici nedenler ya da kusur veya isnat yeteneğini azaltan nedenler uygulanırken hakime takdir hakkı tanınmıştır (...). Takdir hakkının kullanılmasında, yanılığa düşülüp düşülmediği, cezanın kişiselleştirilmesinde hatalı davranılıp davranılmadığı, gösterilen gerekçenin yasal, yeterli ve oluşa uygun bulunup bulunmadığı hususlarının denetimi de açıklanan nedenlerle Yargıtay’a aittir. Böylece hukuk uygulamasında birlik ve istikrarın sağlanması, takdirde yanılığa düşülüp düşülmediği, kararda hak, nesafet ve adalet kurallarının isabetle uygulanıp uygulanmadığı denetlenecektir.

Öyleyse takdirde yanılığın bulunup bulunmadığı da nisbi temyiz sebeplerindedir ve Yargıtay denetimine tabidir.”²¹⁴ şeklindedir.

Yargıtay kararlarında; “aile bireylerine karşı haksızlık oluşturan ve süreklilik gösteren olumsuz davranışlarının nedenini soran sanığın koluna sandalye ile vuran maktulenin eyleminin sanık açısından haksız tahrik teşkil edeceği düşünülmeden, yazılı gerekçeyle tahrik uygulanmasının reddiyle fazla ceza verilmesi”²¹⁵, “mağdurun, sanığa ait meşrubat kasalarını, yönetimindeki at arabasıyla çarpıp devirmesi şeklindeki eyleminin tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin tartışılmadan hüküm kurulması”²¹⁶ ve “sanığın boşanma davası nedeniyle ayrı oturduğunu, eşinin oturduğu müşterek eve eşyalarını almak amacıyla geldiğinde kapıyı açmadığını ve kendisine hakaret ettiğini, bu nedenle sinirlenip camı kırdığını savunması karşısında ve tanıkların anlatımları da gözetildiğinde olayda haksız kışkırtmanın var olup olmadığının tartışılması gerektiğinin

²¹³ 4.CD., 06.05.1999, 3848-5098 sayılı kararı, **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 514.

²¹⁴ **Tutumlu**, a.g.e., s. 58.

²¹⁵ Y.1.C.D. E: 2008/4760, K: 2009/118 sayılı kararı; **Tan, Mehmet**, a.g.e, s. 1082.

²¹⁶ Y.4.C.D. E: 1992/7787, K: 1993/439 sayılı kararı; **Tan, Mehmet**, a.g.e, s. 1095.

gözetilmemesi”²¹⁷ ve “mağdurun bıçak çekmesi üzerine eylemin gerçekleştirildiği anlaşıldığı halde sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi”²¹⁸ yasaya aykırı bulunmuştur.

Haksız tahrikin varlığının yanında haksız tahrik sebebiyle cezada yapılacak indirim oranı konusunda da hakime takdir yetkisi tanınmıştır. 765 Sayılı Eski TCK’da hafif ve ağır tahrik olarak bir ayırma tabi tutulan haksız tahrikin türünü belirlemek yetkisinin hakime ait olduğu gibi, 5237 sayılı Yeni TCK’da da alt ve üst sınırlar arasında sanığın cezasından yapılacak indirim oranını belirleme konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak Yargıtay, tahrikin derecesinin tespitinin mahkemeye ait olmasına rağmen mahkemelerin bu yetkiyi hukukun genel ilkelerine, haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanmaları gerektiğini ve bu yetkinin yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesinin üst mahkemelerin görevi içinde olduğunu belirtmiştir.²¹⁹ Buna göre Yargıtay, mahkemenin tahrik nedeniyle uyguladığı indirim oranının somut olaya uygun olup olmadığını denetlemektedir. Mahkemenin tahriki oluşturan eylem veya eylemlerin niteliğini, fail üzerindeki etkisini iyi değerlendirmesi ve indirim oranını buna göre tayin etmesi gerekmektedir.²²⁰

Yargıtay konuya ilişkin bazı kararlarında; “olaydan yaklaşık bir sene önce sanığa hakaret içeren mektup gönderdiği, olay günü de sanığa etkili eylemde bulunup hakaret ettiği anlaşıldığına göre haksız tahrik nedeniyle 18 ila 24 yıl arasında hapis cezası öngören 5237 sayılı TCK’nın 29. maddesinin uygulanması sırasında haksız hareketlerin niteliği ve ulaştığı boyut dikkate alınarak alt ve üst sınırları arasında makul bir ceza tayini yapılması gerekirken 18 yıl hapis cezasına hükümlenmesini”²²¹, “sanığın, maktul ile mağdur tarafından 7 gün iş ve gücüne engel olacak şekilde dövülmesi nedeniyle maruz kaldığı haksız tahrikin etkisi altında maktülü öldürdüğü anlaşılacakla, haksız hareketlerin niteliği dikkate alınarak tahrik nedeniyle makul bir oranda indirim yapılması gerekirken azami oranda indirim yapılarak eksiz ceza tayinini”²²² ve “mağdurun, sanığın dayısı A.’nın eşine yönelik sinkaflı sözler söylemesi ve sanıkla karşılaştığında “ibne” demesinden ibaret tahrik

²¹⁷ Y.4.C.D. E: 2008/10557, K: 2010/6435 T: 07.04.2010 tarihli kararı; **Tan, Mehmet**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 1095.

²¹⁸ Y.1.C.D. 04.12.2009-10459/7422 sayılı kararı; **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 531.

²¹⁹ **Duran**, a.g.e., s. 98.

²²⁰ **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 739-740.

²²¹ Y.1.CD. 14.12.2009-9487/7675 sayılı kararı; **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 530.

²²² Y.1.CD. 16.12.2009-805/7825 sayılı kararı; **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 530.

oluşturacak sözleri nedeniyle, haksız tahrik sebebiyle sanığın cezasından asgari oranda indirim yapılması gerektiğinin düşünülmemesini”²²³ bozma nedeni yapmıştır.

Bu kapsamda Yargıtay, haksız tahrikin somut olayda varlığını belli kıstaslar çerçevesinde tartışmak yetkisini ilk derece mahkemelerin yetkisinde görmekle birlikte, ilk derece mahkemelerinin bu hususları gerekçeli kararlarına yansımaları gerektiğini ve bir üst inceleme merci olan Yargıtay’ın da gerek haksız tahrikin varlığının tartışılması açısından gerekse varlığı yerel mahkemece kabul edilen haksız tahrik sebebiyle cezada yapılan indirim oranlarının olaya uygun düşüp düşmediği hususlarında denetim yetkisi olduğunu kabul etmekte ve bu açılardan yerel mahkeme kararlarını incelemektedir.

²²³ Y.1.CD. 16.06.2009-4139/3571 sayılı kararı; **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 541.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK VE DİĞER KURUMLAR

3.1. HAKSIZ TAHRİKİN BAZI CEZA KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ

3.1.1. Haksız Tahrik ve Meşru Müdafaa

Ceza hukukunda tipik her hareket yaptırma tabi tutulmaz, tipik hareketin yaptırım altına alınabilmesi için ayrıca hukuka aykırı olması gerekmektedir.²²⁴ Kişi kendisine yönelik bir saldırıyı def etmek amacıyla kuvvet kullanabilir. Kanunumuz meşru savunma hakkı adı altında kişiye bu hakkı vermiş ve bu hakkı kanunen koruma altına almıştır. Bu anlamda yasal (meşru) savunma, varlığı her dönem kabul edilmiş bir kurumdur.²²⁵ Meşru savunma halinde eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkacak ve eylem tüm hukuk düzenince hukuka uygun hale gelecektir.

Meşru savunma hakkı, bir hukuka uygunluk hali olmasına rağmen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir.

TCK'nın "meşru savunma" başlıklı 25/1. maddesine göre: "gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."

²²⁴ **Keçelioğlu, Elvan**, "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", TBBD, Sayı: 87, Yıl: 2010, s. 301.

²²⁵ Roma hukukunda, hayata, vücut tamlığına, namusa, kişisel bir tehlikeye yol açtığı takdirde mala karşı yapılan saldırıları uzaklaştırmak için yasal savunma hakkının varlığı kabul edilmekteydi. Cermen Hukukunda ise, öc alma hakkına büyük önem verildiğinden, saldırının uzaklaştırılması hakkın derhal icrası olarak kabul edilmiş, mala, şerefe ve her türlü saldırıya karşı savunma yasal sayılmıştır. İslam hukukunda, yasal savunmada bulunan kişi, kısas, diyet veya tazir cezasına konu olamaz. Savunma, hayata, mala, ırz ve namusa yönelik bütün saldırılara karşı meşrudur; **Meran, Necati**, Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal için Yasal Savunma, Cilt: 28, Sayı: 4, s. 559.

765 sayılı TCK sadece ırz ve namusa yönelik saldırılara karşı meşru savunma hakkını tanıırken 5237 sayılı TCK'nın 25/1. fıkrası “gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırıdan” söz etmek suretiyle malvarlığına yönelik saldırıları da içine alacak şekilde daha geniş bir savunma hakkı getirmiştir. Yeni TCK meşru savunmaya konu olan hakkın içeriği bakımından herhangi bir ayrıma gitmiş olmadığı için yaşam, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, şeref, özgürlük, mülkiyet, özel yaşam gibi ceza hukuku korumasından yararlanan hukuksal değerler yanında, genel kişilik hakkı ve hatta genel davranış özgürlüğü gibi bireysel nitelikteki hukuksal değerlere yönelik saldırılar bakımından, meşru savunma mümkün hale gelmiştir.²²⁶ Haksız tahrik halini düzenleyen TCK'nın 29. maddesinde ise “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimse” ifadesi yer almakta olup haksız fiilin hangi hakka yöneleceğinden bahsedilmemektedir. Bu anlamda eylemin kişide hiddet ve şiddetli elem duygularına sebebiyet veren haksız fiil niteliğinde olması yeterli olup, bu haksız fiilin kişinin yahut yakınının canına, malına, ırz ve namusuna, özgürlüğüne, kişilik hakkına yahut bir başka hakkına yönelik olması haksız tahrik maddesinin uygulanması açısından yeterlidir. Belki bu ayırım haksız tahrikin derecesini ve tahrik sebebiyle cezadan yapılacak indirim anlamında önem arz edebilir. Örneğin: Kişinin kendisine yahut yakınına yönelik cinsel saldırı eylemi gerçekleştiren kişiyi bu haksız fiilden duyduğu hiddet duygusuyla öldürmesi hali ile kişinin kendisine hakaret eden kişiyi bu fiilden duyduğu öfke ile öldürmesi aynı derecede olmadığından failin cezasından da aynı oranda indirim yapılmayacaktır. Hakim, somut olayda haksız fiilin niteliğini ve derecesini dikkate alarak ona göre takdir hakkını kullanacaktır.

Meşru savunma ve haksız tahrik mahiyetleri bakımından da farklılık arz etmektedir. Meşru savunma sübjektif bir esasa değil daha ziyade objektif bir esasa dayanmaktadır. Meşru savunma durumunda failin şahsi durumu nazara alınmaz. Bu sebeple meşru savunmada failin irade serbestisini ve soğukkanlılığını muhafaza etmiş olmasının önemi yoktur.²²⁷ Önemli olan haksız saldırının varlığı olup kişinin mevcut yahut doğması muhakkak olan bu saldırıdan kurtulma imkanı olmaması sebebiyle fiili işleyip işlemediğidir. Haksız tahrik ise heyecan durumu nedeniyle iradenin zayıflamış olmasından dolayı cezanın hafifletilmesini sonuçlayan sübjektif

²²⁶ **Erdem, Mustafa Ruhan**, Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma Açısından İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2), DEÜHF Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan), 2007, s. 989.

²²⁷ **Ayık a.g.m.**, s. 100.

bir esasa dayanmaktadır.²²⁸ Burada sanığın haksız fiil sebebiyle hiddet veya şiddetli elem duygusu altında tepki suçunu işleyip işlemediği önemlidir. Kanun haksız tahrikte kişinin bu psikolojik haline hukuki sonuç bağlamıştır.

Meşru savunma ile haksız tahrik, gerçekleşen saldırının zamanı ve saldırıya yönelik gerçekleştirilen davranışın amacı açısından birbirinden ayrılmaktadır. Meşru savunmada savunma ile saldırının aynı anda olması yahut gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının mevcudiyeti aranırken haksız tahrikte gerçekleşmiş bir saldırıdan duyulan hiddet ve şiddetli elem duyguları altında bir suç işlenmesi hali vardır. Zira meşru savunmada kişi bu saldırıyı def etmek amacı altında bir hareket sergilerken, haksız tahrikte kişi kendisine yönelik haksız bir fiilden duyduğu öfkesini yenedemediğinden bir tepki suçu işlemektedir.

Haksız bir saldırının varlığı her iki müessesenin de ortak koşuludur. Meşru savunmada 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 bulunulmakta olup böyle bir karşılıklı bulunmak hiçbir suretle zorunlu değildir.²²⁹

Meşru savunma hakkı bir hukuka uygunluk sebebi olmasından dolayı bu sebep altında eylemini gerçekleştiren kişiye ceza verilmez. Zira meşru savunma durumunda suçun hukuka aykırılık unsuru bulunmadığından eylem suç olmamakta ve tüm hukuk düzenince hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna karşılık kusurluluğa etki eden bir hal olan haksız tahrik altında suç işleyen kişinin, haksız fiilin etkisiyle eylemini gerçekleştirdiği kabul edilse de eylemin hukuka aykırılığı ve suç olma vasfı ortadan kalkmayacağından kişi bu fiili sebebiyle cezalandırılacaktır. Ancak, haksız fiilin kişinin kusuruna etki edeceği ve eylemini azalan bu kusurlulukla işleyeceği kabul edildiğinden kişinin cezası, etkisi altında kaldığı tahrikin derecesine göre belli oranlarda indirilecektir.

Haksız tahrik ile meşru savunma aynı fiilde bir arada bulunamaz. Her iki müessesenin hukuki niteliği ve şartları farklı olduğu için, bir olayda birisinin bulunması diğerini ortadan kaldırır.²³⁰ Haksız saldırı devam ederken saldırıyı gerçekleştirene yönelik gerçekleştirilen eylemler meşru savunma kapsamında kalacağından haksız tahrik hükmü uygulanmayacak olup, haksız saldırı bittikten

²²⁸ Demirbaş, a.g.e., s. 47-48.

²²⁹ Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 1994, s. 347-348.

²³⁰ Koca/ Üzülmüş, a.g.e., s. 297.

sonra kurtulmaya çalışılacak bir saldırı da kalmadığından artık kişinin haksız saldırıyı yapana karşı gerçekleştireceği fiiller meşru savunma olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak bu halde, sanığın sona eren haksız saldırının psikolojisinde yarattığı şiddet ve elem duyguları altında hareket ettiği kabul edilirse haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır.

Haksız tahrik altında suç işleyen kişinin bu eylemi haksızlık niteliğini koruduğundan karşı taraf için meşru savunma durumu yaratabilir. Yargıtay da uygulamalarında, saldırıya uğrayan kimsenin kendi şahsi kusuru ile saldırıya sebebiyet vermesinin savunmanın meşruluğunu ortadan kaldırmayacağı, yasal savunmanın varlığının, ilk haksız hareket sonucu gerçekleşen etki ve tepki dengesinin gözetilmesi suretiyle belirlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir.²³¹

Meşru savunmada sınırın aşılması halinde ise, haksız bir saldırının yarattığı korku, telaş ve heyecan altında suçun işlenmesi söz konusu olmakta ve bu durum meşru savunma kapsamında kabul edilerek failin cezasında bir indirim yapılmakta yahut hiç ceza verilmemektedir. Bu sebeple, meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşıldığı hallerde de haksız tahrik hükümleri uygulanmaz.²³² Yargıtay bazı kararlarında bu hususa işaret etmiştir.²³³ Diğer yandan somut olayda meşru savunmaya ilişkin şartlar gerçekleşmemişse yahut meşru savunmanın sınırı kasten aşılmış ise artık eylem suç olacak ve şartlarını taşıması halinde haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır.²³⁴

²³¹ **Şahin, Mehmet**, Yasal (Meşru) Savunma Hakkı, TBBD, Sayı: 75, 2008, s. 305.

1.CD. 20.06.2012. 8564/5084 sayılı kararı: “Sanık İhsan’ın oğulları Ömer, Ahmet, Hikmet ile birlikte ilk haksız saldırıyı başlatarak mağdur sanıklar Raif ve Yavuz’a saldırmaları üzerine, sanık Raif’in de Ömer ile Ahmet’i silahla vurması nedeniyle, sanık İhsan’ın tabancasıyla havaya 5 el ateş ettiği olayda; sanık Raif’in silahlı saldırısı ile saldırı ve savunma arasındaki denge sanık İhsan lehine bozulup sanık İhsan yönünden hukuka uygunluk sebebi olan yasal savunma koşulları oluşturduğundan atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi”; **Malkoç**, a.g.e., s. 322.

²³² **Birtek**, a.g.e., s. 223.

²³³ YCGK. 26.03.1990, 1-36/87 sayılı kararından: “Zaruret sınırını aşma ile tahrik bir arada kabul edilemez. Maktulün, sanığa telefon edip kendisini mutlak surette öldüreceğini söylediği, kısa bir süre sonra karşılaştıklarında öne çıkıp elini beline attığı sanığın bir el hayati olmayan nahiye ve çevresine ateş etmesi gerekirken arabadan ininceye kadar maktule sekiz el ateş etmesi savunmada zaruret sınırını aştığını gösterdiğinden hakkında TCK 49. m. delaletiyle 50. maddeyle uygulama yapılmalıdır.”; **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 743, dipnot:1018.

²³⁴ 1.CD. 20.03.2008 tarih ve 1067/2137 sayılı kararından: “TCK 27/2. maddesinin uygulanabilmesi için meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması gerekli olup, olayda sanıkların maktule yönelik meşru savunma şartları içinde başlayan hareketlerinde sınırı kasten aştıkları, bu haliyle 5237 sayılı TCK 81/1., 29., 62. maddelerinin uygulanması gerekir.”; **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 744; 1.CD.26.11.2006, 6067/25165 sayılı kararından: “Henüz saldırı gerçekleşmemiş iken sanığın, elinde bıçak olan mağduru ele geçirdiği nacak ile yaralaması suretiyle meydana gelen olayda meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediği gözetilerek haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.” **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 744, dipnot: 1019.

Uygulamada, bu iki müessesenin birçok durumda karşı karşıya geldiği, hangisinin tatbik edileceği hususunda tartışmaların yaşandığı, aralarında yapılacak tercih sonucunda, hem fail ve hem de mağdur açısından değişik durumların ortaya çıktığı, en önemlisi, adaletin tecellisinde farklı neticelere ulaşıldığı gerçektir.²³⁵ Buradaki ölçüt haksız saldırının ne zaman gerçekleştiği ve bu saldırıya karşı yapılan müdafanın zorunlu olup olmadığıdır. Yargıtay bu anlamda her iki kurumun mevcudiyeti için aranan şartları somut olaya göre değerlendirerek kimi durumlarda haksız tahrikin uygulanması gerektiği yönünde kimi zamanda eylemin meşru savunma hakkı kapsamında kaldığına yönelik kararlar vermiştir.

Yargıtay bir kararında “mağdurun tabanca çekmesi üzerine, sanığın elindeki balta ile koluna vurarak silahı yere düşürdüğü, mağdurun silahı tekrar almak istemesi üzerine onu yaralamakla yetindiği, bu nedenle meşru savunma koşulları olduğundan...”²³⁶ demek suretiyle meşru savunma maddesi yerine haksız tahrik maddesinin sanık lehine uygulanmasını hatalı bulurken bir başka kararında “sanık ve katılanın yönetimlerindeki araçlar ile seyir halinde iken araçların trafiği tehlikeye düşürecek şekilde sevk edildiği iddiası nedeniyle aralarında sürtüşme olması üzerine, aracı ile benzin istasyonuna giren sanığın arkasından gelen katılanın araçtan inerek sanığa vurması üzerine sanığın da karşılık vererek katılana vurduğu ve yaralanmasına neden olduğu olayda sanık hakkında kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurularak hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekirken, meşru savunma koşullarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasını”²³⁷ yasaya aykırı bulunmuştur. Yargıtay, yine bir başka tarihli kararında, köyde ırz düşmanı olarak tanınan maktulün, ırzına geçmeğe kalkıştığı kadının yardım çağrısını duyup olay yerine gelen sanığa, maktulün, sen karışma diyerek saldırması üzerine, sanığın tüfekle bir el ateş ederek maktulü öldürdüğü olayda, sanık lehine haksız tahrik maddesinin uygulanması yerine meşru savunma hakkının uygulanması gerektiğine karar vermiştir.²³⁸

²³⁵ Şen, a.g.e., s. 81.

²³⁶ 1.CD. T. 15.2.1980 E.398, K. 656. sayılı kararı; Tan, a.g.e, s. 1061.

²³⁷ 2.CD. E. 2009/24588, K: 2010/31365 sayılı kararı; Tan, a.g.e, s. 1060.

²³⁸ 1.CD. 27.02.1985 tarih, E. 1984/5134, K: 1985/796; Aygün, A. Nevzat, “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Yıl: 77, Sayı:4, s. 31.

3.1.2. Haksız Tahrik ve Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali 5237 sayılı TCK'nın "ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler" başlığı altında 25/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."

Yeni TCK'da haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak kabul edilirken kanunumuzun ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran haller başlığı altında düzenlenmiş olan zorunluluk halinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Buna göre, Hafizoğulları, Özgenç, Şahin, Artuk-Gökçen-Yenidünya, Hakeri, Koca-Üzülmez ve Mahmutoğlu zorunluluk halinin, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğunu; İçel-Evik, Centel-Zafer-Çakmut, Öztürk-Erdem, Donay ise bir hukuka uygunluk sebebi olduğu görüşündedir. Demirbaş ve Kangal ise düzenlemenin somut olayın özelliğine göre kusurluluğu kaldıran hal veya hukuka uygunluk sebebi olabileceği görüşündedir.²³⁹ Diğer taraftan TCK'nın gerekçe kısmında zorunluluk halinden kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak bahsedilmektedir.

Kanaatimizce de haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir hal iken zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebidir. Her ne kadar zorunluluk hali içinde üçüncü kişiyi zarara uğratan kişinin bu durum sebebiyle tazminat yükümlülüğü bulursa da bu yükümlülük hakkaniyet gereğidir. Zira hakim somut olayda zarardan daha az bir tazminata da karar verebilir. Bunun nedeni özel hukukta da zaruret halinin hukuka aykırı sayılmamasıdır.²⁴⁰

Haksız tahrikte kişinin kendisine veya bir yakınına yönelik "*haksız bir fiil*" söz konusuysen zorunluluk halinde kişinin kendisine yahut başkasına ait bir hakka yönelik "*ağır ve muhakkak bir tehlike*" söz konusudur. Haksız tahrikte fiilin mutlaka haksız olması aranırken zorunluluk halinde, tehlikenin haksız olması şart olmayıp zorunluluk hali doğuran tehlike kimseye izafe edilemeyen bir doğa olayından, bir afet halinden veya bir hayvan saldırısından ileri gelebilir. Örneğin: apartmanda çıkan

²³⁹ Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray, Zorunluluk Halinin (TCK md. 25/2) Hukuki Niteliği, DEÜHF Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 196.

²⁴⁰ Soyaslan, a.g.e., s.390.

yangından kaçmak ve canını kurtarmak için komşusunun camını kırmak zorunda kalan kişinin komşusuna verdiği bu zarar zorunluluk hali içinde değerlendirilecektir.

Zorunluluk hali, failin bilerek meydana getirmediği bir tehlikeden kendisini veya bir başkasını koruma duygusu altında, hadiseyle ilgisi olmayan üçüncü bir kişi aleyhine gerçekleştirdiği bir eylemdir. Haksız tahrik halinde ise, suç haksız fiili bizzat yapana karşı gerçekleştirilmekte olup bu açıdan iki kurum kesin bir şekilde ayrılmaktadır. Başka bir anlatımla, zorunluluk halinde masum bir kişinin menfaatine zarar verilirken, haksız tahrikte haksız fiili gerçekleştiren ve faili bu eylemi gerçekleştirmeye yakınlaştıran kişiye yönelik bir suç işlenmektedir.

Zorunluluk halinde kişi ortaya çıkan ağır ve muhakkak tehlikeden kendisini veya bir başkasını korumak zorunluluğu içindeyken haksız tahrikte failin kendisine yahut bir yakınına yönelik gerçekleşen haksız fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem duygularını bastıramadığı için haksız fiil gerçekleştiren kişiye karşı bir suç işlemektedir. Diğer bir ifadeyle zorunluluk halinde kişinin bu hal dolayısıyla bir başkasına zarar vermesi zorunluyken haksız tahrikte böyle bir zorunluluk yoktur. Zorunluluk hali içinde suç işleyen kişinin ceza sorumluluğu ortadan kalkmakta iken haksız tahrikte ceza sorumluluğu devam etmekte olup, sanığın tahrik altında işlediği suç sebebiyle verilecek cezadan tahrikin boyutuna göre indirim yapılır.

Sonuç olarak şartları, hukuki nitelikleri ve neticeleri bakımından zorunluluk hali ve haksız tahrik birbirinden ayrılmakta ve aynı olayda aynı fiil açısından bir arada bulunmaları mümkün gözükmemektedir.

3.1.3. Haksız Tahrik ve İştirak

Suçta iştirak, Yasa'daki suç tanımından böyle bir zorunluluk ortaya çıkmadığı halde, suçun birden çok kişinin katılmasıyla veya katkıda bulunmasıyla işlenmesi durumudur.²⁴¹ Başka bir ifadeyle, failin suçu tek başına işleyebilecek iken suçun birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesidir.

Mülga olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen asli-feri iştirak ayrımı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile kaldırılarak yerine faillik (TCK m. 37, 38) ile yardım etme (TCK m. 39) şeklinde iştirak biçimleri kabul edilmiştir. Faillik, suçun icrai hareketlerini bizzat yapma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi suçun

²⁴¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, a.g.e., s. 472.

işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanma biçiminde dolaylı faillik olarak da karşımıza çıkabilir. Suçu bizzat gerçekleştirmeyip başkasına suç işleme konusunda karar aldırın kişi de azmettiren sıfatıyla suçun cezası ile aynen cezalandırılacaktır. Son olarak, suçun işlenmesine maddi veya manevi şekilde katkıda bulunanlar, işlenen suçtan yardım eden sıfatıyla²⁴² sorumlu olacak ve faile nazaran daha az bir ceza alacaktır.

Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiil sebebiyle hiddet veya şiddetli elem duygularına kapılarak suç işlemesi olup, failin cezasından indirim yapılmasını öngören kişisel bir haldir. Haksız tahrik indirimi yalnızca haksız tahrik altında kalıp bahsedilen bu duygular şahsında oluşan kişi açısından uygulanacaktır. Bu kural suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda da geçerli olacak ve suçu haksız tahrik altında işlemeyen şeriklere etki etmeyecektir.

Kanunun haksız tahrik kurumunu kabul etmesindeki amaç; haksız fiilin, failin ruh dünyasında yarattığı bunalım sebebiyle kusurunun azaldığını kabul ederek failin bu psikolojik durumuna hukuki bir sonuç tanımak ve bu hal sebebiyle failin daha az cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu sebeple kişisel ve psikolojik bir esasa dayanan bu indirim sebebini, suçu haksız tahrik etkisinde işleyip işlemediği gözetmeksizin tüm şerikler lehine uygulamak kanunun amacına uygun düşmeyecektir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi iştirak halinde işlenmiş suça ilişkin bir kararında, “haksız tahrikin, haksız bir fiilden etkilenen failin, ruhsal durumundan dolayı kusurunun azaldığını ve yalnızca şahsında bu koşullar gerçekleşen fail bakımından uygulanabilen kusuru azaltan kişisel bir neden olduğunu belirtmiştir.”²⁴³

Ceza Genel Kurulu konuyla ilgili başka bir kararında ise; sanık Y. ile cinsel ilişkiye girdiğini arkadaşlarına anlatarak halk arasında söylentiye neden olan maktulün, sanık Y. ile aralarındaki ilişkiyi açığa çıkarma şeklindeki davranışının

²⁴² 5237 sayılı TCK m. 39/2: “Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etme veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek,

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak,

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.”; **Akkaya/ Türk**, a.g.e., s. 108.

²⁴³ Yargıtay 8.C.D.’nin 28.03.2011 tarih ve 13756/2418 sayılı kararından: “haksız bir fiilden etkilenen failin ruhsal durumundan dolayı kusurunun azaldığı fikrine dayanan ve yalnızca şahsında bu koşullar gerçekleşen fail bakımından uygulanabilen haksız tahrik, kusuru azaltan kişisel bir neden olup; mağdur Mustafa tarafından sanık Yüksel’in eşine karşı gerçekleştirilen cinsel taciz nedeni ile mağdura karşı atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlendiği somut olayda, sanık Bekir için haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirir bir neden bulunmadığından,...”; **Otaç**, a.g.e., s. 339.

sadece sanık Y. bakımından haksız tahrik oluşturduğu, Y. ile akrabalık bağı dahi bulunmayan sanıklar S. ve A. yönünden haksız tahrik oluşturmadığı gibi, somut olayda sanıklar S. ve A.'ya yönelik olarak maktulden kaynaklanan başkaca haksız hareketin de bulunmadığı gözetildiğinde, sanıklar hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına karar veren yerel mahkemenin direnme hükmünü usul ve yasaya aykırı bulmuştur.²⁴⁴

Kendisine yahut bir yakınına yönelik gerçekleşen haksız bir fiil sonucu, kapıldığı öfke ve kızgınlıkla bir başkasını, haksız fiil failine yönelik suç işlemeye azmettiren için var olan haksız tahrik hali; azmettirdiği kişi açısından uygulanamaz. Zira azmettiren suçu kendisine karşı yapılan bir haksız davranışı cezalandırmak için gerçekleştirmek isterken, tetikçi elde edeceği maddi ve manevi çıkar için suçu işlemektedir.²⁴⁵ Yargıtay bir kararında, eşi ile ilişki kurduğu için kardeşini kiralık katile öldürten fail için oluşan tahrikin eylemci sanığa uygulanamayacağına hükmetmiştir.²⁴⁶ Yine burada da haksız fiilin sübjektif koşulu olan hiddet veya şiddetli elem duygularının varlığı sorgulanmakta ve bu duygular altında suç işleyen şerik hakkında haksız tahrik indirimi söz konusu olmaktadır.

Bu genel kural, şeriklerin gazap ve şiddetli eleme maruz kalmadıklarını kabule bağlıdır. Kiralık katilin tahrikten yararlanamayacağına ilişkin kararda olduğu gibi haksız eylem nedeniyle şerikler de gazap ve şiddetli eleme maruz kalmışlarsa haklarında tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel yoktur.²⁴⁷

Yargıtay eski tarihli bir kararında iştirak halinde suç işleyen faillerden birisi için hafif tahrik kapsamına giren fiilin diğer fail için ağır tahrik oluşturabileceğine karar vermiştir. Kanaatimizce de iştirak halinde işlenen bir suçta faillerden birisi için haksız tahrik halini uygularken diğer failin eylemini tahrik altında işlemediğini kabul edebiliyorsak suçun faillerce farklı ağırlıkta tahrikler altında da işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Yargıtay'ın bu kararından hareketle, Yeni TCK'da ağır ve hafif tahrik ayırımının kalktığı düşünülerek, hakimin cezadan yapılacak indirimi belirlerken her şerik açısından tahrikin yoğunluğunu dikkate alarak bir değerlendirme yapabilmesi gerekir. Zira kişisel bir indirim hali kabul edilen haksız tahrikin her fail üzerindeki etkisi ve ağırlığı farklı olabilir.

²⁴⁴ CGK, 5.2.2013 tarih ve E.2012/1-1416- K. 2013/41; **Özgenç**, a.g.e., s. 427, dipnot: 753.

²⁴⁵ **Malkoç**, a.g.e., s. 382.

²⁴⁶ 1.CD.'nin 15.12.1988 T. , E. 4349, K. 4512 sayılı kararı; **Parlar/ Hatipoğlu**, a.g.e., s. 517.

²⁴⁷ **Otaç**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması, s. 235.

Bununla birlikte, aynı olayda tüm şeriklere yönelik aynı ağırlıkta haksız bir fiil söz konusu ise ve şeriklerin suçu bu haksız tahrikin etkisiyle işledikleri kabul ediliyorsa, artık tüm şerikler için haksız tahrik hükmünü aynı derecede uygulamak gerekir. Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında, öldürülenin, haksız olarak nitelendirilip varlığı mahkemece de kabul edilen eylemleri, sanık M.'e tokat vurmak, kazma ile üzerine yürümek ve kazma elinden alındıktan sonra da, kesek atmaktan ibaret bulunmasına göre; aynı haksız eylemlerin, sanıklardan asli fail M. lehine adi tahrik, öldürülene el uzatan sanık F. lehine ise ağır tahrik olarak kabul edilmesi suretiyle, cezalardan farklı indirimler yapılmasını yasaya aykırı bulmuştur.²⁴⁸

3.1.4. Haksız Tahrik ve Tasarlama

Tasarlama (Taammüt), failin suç işleme kararını verdikten sonra suçu işleyeceği güne kadar geçen uzun sürede bu kararını değiştirmeyip, kararlılıkla, suçu nasıl işleyeceğini tasarlayarak hareket etmesidir. Suçun tasarlayarak işlenmesi durumunda ortaya çıkan tehlikelilik artmakta ve mağdurun kendisine yönelen bu tehlikeye karşı koyma olasılığı azalmaktadır. Bu sebeple tasarlama, bazı suçlar bakımından nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir.

Tasarlamanın esası doktrinde birçok görüşle açıklanmakla birlikte öne çıkan iki görüş bulunmaktadır. Bunlar soğukkanlılık ve plan kurma teorileridir. Soğukkanlılık teorisine göre tasarlama için suç işleme kararı ve suç işleme kararı ile harekete başlama arasında bir zamanın geçmiş olması şeklinde iki unsur aranırken plan kurma teorisinde, suç işleme kararı ile harekete geçme arasında geçmesi gereken bir sürenin varlığı ile bu geçen sürede failin suç işleme araçlarını seçip suçu nasıl işleyeceğinin planını yapması aranmaktadır.²⁴⁹

²⁴⁸ C.G.K., 24.9.1973, 1/216-578 sayılı kararı; **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1027.

Benzer şekilde C.G.K. 29.9.1980, 1-207/305 sayılı kararına göre: "... maktulden gelen iki haksız hareket bulunmaktadır. Maktul, her üç sanığa karşı küfür etmiş, silah çekip tevcih etmiştir. Olay anını gören tanık bulunmadığına göre, sanıkların aksi sabit olmayan savunmalarını kabul zorunluluğu vardır. Maktulün belirlenen eylemi, sanıkların eylemine oranla ağır haksız tahrik niteliğindedir. Nitekim özel daire kararında, maktulün bu eylemi fer'i failer Latif ve Musa Tuncer lehine ağır tahrik kabul etmiş, ancak asli fail Hüseyin Tuncel hakkında TCK'nın 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 Hüseyin Tuncel hakkında da TCK'nın 51/2. maddesinin uygulanması gerekmektedir.;" **Savaş/ Mollamahmutoğlu**, a.g.e., s. 1024.

²⁴⁹ **Bostancı Bozbayındır**, a.g.e., s. 249.

Haksız tahrik ile tasarlamanın aynı suçta bir arada bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Buna göre;

Tasarlamanın hukuki esasını plan kurma teorisiyle açıklayan görüşe göre; tasarlamanın ağırlaştırıcı neden sayılmasının hukuki nedeni soğukkanlılık olmayıp belirli bir süre içinde failin düşünüp taşınması, ana hatlarıyla bir plan kurması böylece tehlike halini daha büyük bir ölçüde açığa vurması olduğu için, tahrikle bir arada bulunmasına engel psikolojik bir hal düşünülmemeyeceği gibi, kanuni bir engel de yoktur.²⁵⁰ Kuramsal açıdan, özellikle bireysel psikoloji yönünden konuya baktığımızda; haksız bir eylemden ötürü öfke ve üzüntüye kapılan kişilerin mutlak şekilde plan yapamayacaklarını, tasarlayarak suç işlemeyeceklerini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle tasarlama ile tahrikin bir arada bulunabileceği düşünülebilir.²⁵¹

Tasarlamanın hukuki esasını soğukkanlılık teorisine göre açıklayan görüşe göre; öfke ve şiddetli elem haline dayanan haksız tahrikin tasarlama ile bir arada bulunması mümkün değildir. Bu görüşteki Ord. Prof. Tahir Taner'e göre; *“taammüt yani tasarlama bir arada içtima edemez. Çünkü tasarlama fail; suçu soğukkanlılıkla düşünüp niyet ettikten sonra, işlemiştir. Tahrikte ise; bir hiddet veya şiddetli elemnin tesiri üzerinde iken hareket eylemiştir.”*²⁵² Burada aynı zamanda tasarlama için suç işleme kararı ile suç işleme anı arasında belli bir sürenin geçmesi gerekli olduğundan haksız tahrik için aranan hiddet ve şiddetli elem duygularının zamanla kin ve intikama dönüşebileceği kaygısı yatmaktadır. Bu sebeple de yine tasarlama ile haksız tahrikin bir arada olması düşünülemez.

Soğukkanlılık kavramını farklı biçimde açıklayan Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre ise tasarlama için belli bir süre geçmesi ve failin suç işleme kararında ısrarlı ve sebatlı olması gerekir. Soğukkanlılık suçun işlenmesi sırasında değil, suç işleme

²⁵⁰ **Dönmezer/ Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 10. Bası, 1994, s. 240; **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, a.g.e., s. 476; **Demirbaş**, a.g.e., s. 49; **Centel/ Zafer/ Çakmut**, a.g.e., s. 435; **Yaşar/ Gökcan / Artuç**, a.g.e., s. 743.

Bu konuda Başar' a göre: “taammüt ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceği konusunda ölçülü davranılmalı ve her somut olayın özelliklerine göre durum değerlendirilmedir. Bazı olaylarda “ölüme götüren taammüt ile cezayı ölüme oranla hemen hemen hiçe indiren tahrik arasında çok kısa bir mesafe bulunduğu da unutulmamalıdır”; **Başar**, a.g.m., s. 356.

²⁵¹ **Tutumlu**, a.g.e., s. 66.

²⁵² **Çağlayan**, a.g.m., s. 37; **Bostancı Bozbayındır**, a.g.e., s. 256.

Bu konuda Zannardelli Kanunu'nun 51'inci maddesine göre tahrik muayyen bir karakterin ihzar ettiği hiddet ve tehevürden ibarettir. Bu sakinlik ve soğukkanlılığı ihtiva eden taammüt ile iyice kabili telif değildir. Klasik Mektep taraftarları da taammüdü soğukkanlılığa irca etmiş ve bu hususta söylenenleri teyit ederek taammüt ile tahrikin bir arada bulunamayacağını belirtmiştir; **Okay Sadık/ Aslan Bedri**, Adam Öldürmede Cezayı Artıran Sebeplerden Taammüt, Adalet Dergisi, Yıl:40, Sayı:8, s. 1475.

kararında sebat olarak anlaşılmalıdır.²⁵³ Soğukkanlılık kavramının bu şekilde açıklanması halinde yine tasarlama ile haksız tahrikin bir arada olabileceği söylenebilir.

Yargıtay kararlarında ise tasarlama bahsedilebilmesi için “failin soğukkanlı ve sükunetle düşündükten sonra ulaştığı ruhi sükunete rağmen kararından caymayarak ısrarla bu akış içinde fiili icraya başlaması”²⁵⁴ yahut “ failin bir kimsenin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu karardan vazgeçmeyip, sebatla ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve kurguladığı fiili, belirlenmiş kurgu dahilinde icra etmesi”²⁵⁵ gerekmektedir. Bu ifadelerden hareketle Yargıtay’ın tasarlamanın hukuki esasını daha çok soğukkanlılık teorisine dayandırdığını söyleyebiliriz.

Yargıtay uygulamasını genel olarak değerlendirdiğimizde eski tarihli kararlarında²⁵⁶ haksız tahrikle tasarlamanın bir arada bulunamayacağına karar verirken yeni tarihli kararlarında²⁵⁷ bu görüşünü değiştirdiğini görüyoruz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında haksız tahrikle tasarlamanın bir arada bulunabileceğinden bahsederken şu ifadeleri kullanmıştır:

“Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı konusu öğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin haksız tahrikin doğurduğu

²⁵³ Kazancı, a.g.m., s. 1346.

²⁵⁴ Yargıtay 1. CD. 26.02.2007 tarih ve 2006/1348 E-2007/770 K sayılı kararı; **Metiner/ Koç**, a.g.e., s. 300-301.

²⁵⁵ C.G.K. 02.02. 2010 tarih ve 1/239-14 sayılı kararı; **Erel/ Halitoğlu/ Bozoğlu/ Fazla/ Örer/ Özbey**, a.g.e., s. 406.

C.G.K. 25.01.2011 tarih ve 1/222-7 sayılı kararı; **Erel/ Halitoğlu/ Bozoğlu/ Fazla/ Örer/ Özbey**, a.g.e., s. 399.

²⁵⁶ Yargıtay 1 CD. 5.5.1976 tarih ve E. 1976/ 1271, K. 1976/ 1651 sayılı kararı “Maktulle kardeşi olay günü saat: 11.00 sıralarında sanıkla kahvede kavga ettikleri, maktulün kardeşi sanığı dövdüğü gibi maktulünde sanığı söverek onu kahveden dışarı attığı, aynı gün saat: 19.00 sıralarında sanığın kahvede gördüğü maktulü öğleyin yediği dayağın tesiri ile öldürdüğünü kabul olduğuna ve haksız tahrik kabul olduğuna göre taammüdün kabul edilemeyeceği” ; **Duran**, a.g.e., s. 215.

²⁵⁷ 1. CD. 29.11.2006 -1375/5321 sayılı kararı: “Maktulün 1991 yılında sanıkların babası Abdullah’ı kasten öldürdüğü dosya kapsamından anlaşılmalı, dairemizin süreklilik gösteren içtihatlarına göre öldürülenin öldürülmesi halinde kan gütme saikinın geçerli olamayacağı düşünülmeyen, sanık Mehmet Salih’in tasarlayarak tahrik altında insan öldürmek, sanık Hüseyin’in tahrik altında tasarlayarak insan öldürmeye yardım suçlarından mahkumiyetleri yerinde, yazılı şekilde suça yanlış vasıf verilerek kan gütme saiki ile insan öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi” ; **Günay**, a.g.e., s. 69.

1.CD. 30.1.1996- 3550/106 sayılı kararı: “Sanığın öldürme kararını vererek Yunah’a gelip maktulü aradığı, çarşıda gördüğünde kaçmaya kalkışan maktulün peşinden ateş ettiği yönündeki ifadesi, ölü muayene zaptı ile de doğrulandığından, sanığın suçu taammüden işlediği ve maktul ile sanığın ilişkiye girmesi, yuvasının yıkılmasına neden olması ve tekrar bu ilişkiye girmesi olayının sanık için ağır tahrik oluşturduğu anlaşıldığından TCK 450/4, 51/2 maddeleri ile cezalandırılması gerekir” **Günay**, a.g.e., s. 68-69.

hiddet veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, bir başka anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması halinde tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.”²⁵⁸

Yine Yargıtay bir olayda, karısını, kendisini aldattığı için tasarlayarak öldüren kocanın eyleminin, aldatma olayının üzerinden on yedi sene geçmiş olmasına karşın haksız tahrikin etkisiyle işlendiğini kabul etmiştir. Çünkü; Yargıtay’a göre, haksız tahrik indiriminin uygulanmasında önemli olan, sanığı suç işlemeye iten, onun beyninde şiddetli kızgınlık veya elem uyandıran haksız hareketin etkisini sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesidir.²⁵⁹

Sonuç olarak, ceza sorumluluğunu azaltan ve failin cezasından indirim yapılması sonucunu doğuran haksız tahrik ile nitelikli bir hal olan tasarlamanın bir arada bulunup bulunmayacağı sorunu tasarlamanın hukuki esası noktasında doktrinde fikir birliğinin olmamasından ileri gelmektedir. Tasarlamanın varlığı için sanığın eylemini soğukkanlılık içinde işlemesi koşulu arandığı takdirde soğukkanlı sanığın hiddet ve şiddetli elem duygularını artık barındırmayacağı düşünülerek haksız tahrik ve tasarlamanın bir arada olamayacağı sonucuna ulaşılır. Diğer taraftan tasarlama için sanığın suç işlemeye karar verdikten sonra icra aşamasına kadar geçen sürede plan kurarak suçu işlemesi şartı aranırsa haksız tahrikte hiddet ve elem duygusu altındaki kişinin de suçunu plan kurarak işlemesi mümkün olacağından haksız tahrik ve tasarlamanın bir arada olacağı düşünülmektedir.

²⁵⁸ Yargıtay CGK, 03.07.2012 tarih, E. 2012/1-76 ve 2012/258 sayılı kararı; **Birtek**, a.g.e, s. 224-225.

²⁵⁹ **Centel/ Zafer/ Çakmut**, a.g.e., s. 435; YCGK’nun, 20.10.1998-250/325 sayılı bahsi geçen kararına göre: “Öldürme nedeninin maktule Ediviye’nin zinası olduğu sanığın bu nedenle karısını öldürme kararı vererek eşini tasarlayarak öldürdüğü anlaşılmalı, tahrikin ağır ve vahim kabul edilmesi gerekmektedir. Yerel mahkemenin “sanığın 17 sene bekleyerek böyle bir fiili ağır tahrik altında işlediği toplum gerçekleri ve sosyal hayat ile bağdaşmamaktadır.” biçimindeki gerekçesi de tahrik müessesesinin hukuki yapısı ile çelişmektedir. Zira TCY’nin 51. maddesinin uygulanmasında önemli olan sanığı suç işlemeye iten onun beyninde şiddetli gazap ve elem uyandıran haksız hareketin etkisini sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesidir. Sanık eşini konuşmalarında sürekli gündemde tuttuğu belirlenen önceki zina olayı nedeniyle tasarlayarak öldürmüştür. Başka neden yoktur. Bu eylem ağır tahrik oluşturur, aradan zaman geçmiş olması TCY’nin 51/2. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Sanığın suçu ağır tahrik altında işlediği anlaşıldığından direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”; **Bakıcı**, a.g.e., s. 634.

3.1.5. Haksız Tahrik ve Kan Gütme Saiki

Klasik anlamda kan gütme, failin daha önce öldürülen kimsenin öcünü almak için, ilk öldürme olayının doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra, suçlunun mensup olduğu gruptan birisini öldürmesidir.²⁶⁰ Cezalandırma yetkisinin zamanla devlete bırakıldığı toplumlarda kişilerin öç almak adı altında kendi haklarını almaya kalkışması yasaklanmıştır. Bu yetki toplum adına devlet tarafından kullanılacak münhasır bir yetkidir. Buna rağmen intikam almaya dayanan kan gütme olgusu, esasen ilkel topluluklara özgü bir adet olmakla birlikte ülkemizde de varlığını sürdürmektedir. Kan gütme geleneğini engellemeye yönelik çalışmalar ve düzenlemeler eskiden günümüze değin yapılmaktadır.²⁶¹

5237 sayılı TCK'nın ikinci kısmının birinci bölümünde yer alan hayata karşı suçlar başlığı altında insan öldürme suçu ile insan öldürme suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu anlamda TCK'nın 82/1-j maddesine göre kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Kan gütme saiki ile işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışmalıdır. Zira kusurluluğu etkilediğinden cezayı azaltan bir hal olarak düzenlenen haksız tahrik karşısında cezayı arttırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlenen kan gütme saiki ortaya çıkardıkları netice bakımından çok farklı iki haldir.

Bir görüşe göre; kan gütme saikiyle hareket edildiği hallerde, fail, kasten öldürme suçunu işlerken içinde bulunduğu alt kültürde egemen olan bir görevi yerine getirdiği şuur ve iradesi ile ölenin kanına karşılık olmak üzere ve onun öcünü alma duygusuyla eylemi gerçekleştirmektedir. TCK'nın 29 uncu maddesinde de bir kimsenin haksız hareket sonucu kapıldığı hiddet ve şiddetli elemnin etkisiyle suç işlemesi söz konusudur. Bu bakımdan aynı duygu ya da saik, hem ağır cezayı hem de

²⁶⁰ **Bakıcı, Sedat**, Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme Suçu ve Unsurları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 1994, s. 196.

²⁶¹ Bu anlamda 11 Haziran 1937 tarihli ve 3236 sayılı kan gütme dolayısıyla işlenen cürüm failleri ve hisimleri hakkında tatbik olunacak muameleye dair kanun çıkarılmıştır. Buna göre: “*Kan gütme sebebiyle adam öldüren veya başkasını bu cürmü işlemeğe azmettiren veya tahrik eyleyen kimsenin cürüm işlediği takdirde bir dam altında yaşayan usul ve furularıyla kardeşlerinin, karı ve kocasının ikametgahlarının bulunduğu yerden başka bir yere nakil edilmeleri ve fail ile bir dam altında yaşamaları bile cürüm işlendiği zaman failin ikametgahının bulunduğu köy veya kasaba veya şehir içinde ikamet eden bu hisimleriyle amca, dayı, hala, teyze, yeğen, kaynata veya kaynanasından herhangi birinin nakillerine Adalet mercilerince karar verilebileceğine dair hükümleri tanzim etmiş bulunmaktadır.*” Bu kanun daha sonraları 1961 Anayasası'na aykırılığı dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

daha hafif cezayı gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğinden kan gütme düşüncesiyle işlenen kasten öldürme fiillerinde haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.²⁶² Başka bir ifadeyle sanığın öldürme eylemini gerçekleştirmesinin altında yatan asıl saik sanığa bu fiili gerçekleştirmesi konusunda başkaları tarafından bir yükümlülük yüklenmiş olması ve sanığında bu yükümlülüğü yerine getirme çabası içine girmesidir. Bu sebeptir ki, kan gütme altında yatan saik kötü bir düşünce olup ahlaki kabul edilmediğinden hukuken de sanık lehine değerlendirilmemiştir. Oysa haksız tahrikte sanığın içinde bulunduğu hiddet ve şiddetli öfke hali mazur görüldüğünden hukuki bir sonuç bağlanarak sanık lehine cezayı azaltıcı bir neden olarak kabul edilmiş olup, bu iki farklı kavram aynı fail ve fiilde birleşemez.

Bir diğer görüşe göre ise; öç alma duygusunun yatıştırılması bu tür olayların niteliği olarak kabul edilmektedir. Fakat psikolojik gerçek göz önüne alınırsa kabul edilir ki her öç alma duygusunun özünde tahrik vardır. Bu nedenle kan davası olaylarında da koşulları gerçekleştiği takdirde haksız tahrik indirimi yapılabileceği kabul edilmelidir.²⁶³

Failde kan gütme saikinin varlığını kabul edebilmek için önceden taraflar ya da bağlı buldukları gruplar arasında bir kasten öldürme olayının var olması ve önceki olayla ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir sürenin geçmiş bulunması aranır.²⁶⁴ Failde ilk öldürme eylemi dolayısıyla oluşan öfke ve hiddetin sona erdikten ve bu duygulardan arandıktan sonra kan gütme saiki ile suçu işlemesi gerekir.

Kan gütme saikiyle adam öldürme suçunu düzenleyen TCK 82'nci maddenin gerekçesine göre; *“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.”*²⁶⁵ Buradan da anlaşılacağı üzere

²⁶² Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 478; YCGK 4.6.1973 gün ve 1/32/458 sayılı kararı; “Kan gütme saiki ile adam öldürme suçunu basit adam öldürme suçundan ayıran en önemli özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken olduğundandır”; Akbulut, İlhan, Kan Gütme Saikiyle Adam Öldürme, İstanbul, 2006, s. 17.

²⁶³ Başar, a.g.m., s. 357.

²⁶⁴ Günay, a.g.e., s. 73.

²⁶⁵ Üzülmöz/ Koca, a.g.e., s. 297. Yargıtay 1.CD. 12.5.2005 gün ve 2004/1684 E. 2005/1245 sayılı kararında: “süreklilik kazanan Yargıtay içtihatlarına göre kan gütme saikiyle adam öldürme suçunun kabul edilebilmesi için öldürmenin münhasıran bu saikle işlenmesinin gerektiği, öldürmenin öldürülmesi olayında önceki olayın elem ve öfkesinin göz ardı edilemeyeceği ve inzımam eden tahrik nedeninin kan gütme saikini bertaraf edeceğinin kabul edildiği, incelenen olayda sanığın 1998 yılında

kan gütme saikinın cezayı arttıran nitelikli bir hal olarak olaya uygulanması için sanığın hangi saikle hareket ettiğini kesin bir şekilde tespit etmek gerekir. Eğer sanığın sadece kan gütme saiki altında yalnızca bir görevi yerine getirmek yahut öç almak duygusu altında hareket ettiği söylenemezse başka bir ifadeyle fail, ilk öldürme eyleminin kendisinde uyandırdığı hiddet veya şiddetli elem duygusu ile hareket ediyorsa artık olaya kan gütme saikiyle adam öldürme hükümlerinin değil haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.

Yargıtay ise eski tarihli bir kararında haksız tahrikle kan gütme saikinın bir arada bulunabileceğine dair bu ilk görüşü benimsemiştir. Bu kararında; “Mağdurun, olaydan 4 ay gibi kısa bir müddet önce önemsiz bir sebeple Maznun’un babası Ali’yi öldürdüğü ve bundan dolayı duruşmasının devam etmekte olduğu, Maznun’un, babasının öldürülmesinden dolayı gazap ve elem duyduğu, aşikar bulunmuş, bu gazap ve elem ortadan kalkması veya hafifletilmesi için aradan yeterli bir zaman geçmemiş, suçun kan gütme saikiyle işlenmiş olmasına karşılık, suçlunun öldürülmesinden dolayı 51. maddenin uygulanmasına da bir engel bulunmamış olduğu halde Maznun hakkında 51 yerine 59. maddenin uygulanmasının yolsuz olduğu” açıklanmıştır.²⁶⁶

Yargıtay sonraki tarihli kararlarında bu görüşünü değiştirerek kan gütme saikinın bulunduğu durumlarda haksız tahrikin uygulanamayacağına karar vermiştir. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“Kan gütme saikiyle adam öldürme eylemini, adiyen adam öldürme suçundan ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, öç alma şeklinde beliren arında mümkün olan acı ve öfke duygusunun değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundadır. Bu tür suçlar için ayrı bent ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konmasındaki sosyal amaç ise,

babasını öldüren ve Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 9.12.1998 tarih 1998/343 -438 sayılı kararı ile mahkum olup 2001 yılında 4616 sayılı kanundan yararlanarak tahliye olan maktulü bu nedenle tasarlayarak öldürdüğü olayda sanığın önceki olayın etkisinden kurtulup, duyduğu üzüntü ve kırgınlıkları sona erdirip münhasıran kan gütme saiki ile hareket ettiği anlaşılmadığından TCK’nın 450/4, 51/1, 59/2. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”; **Akbulut**, a.g.e., 2006, s. 17.

²⁶⁶ Yargıtay 1.CD. ‘ nin 20.11.1959 gün ve E. 1085, K.3318 sayılı kararı; **Duran**, a.g.e., s. 220; Yine aynı doğrultuda ki Yargıtay 1 CD.’nin 27.05.2009 tarih ve 9393/3069 sayılı başka bir kararına göre:” Sanığın daha önce öldürülen yeğeni Ercan’ın intikamını almak için o olayın suçluları olarak düşündüğü kişilerin kardeşi olan Kemal’i tasarlayarak ve kan gütme saiki altında öldürdüğünün kabulü ile Dairemizin yerleşik uygulamaları doğrultusunda kan gütme saikinın bulunduğu durumlarda, tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı da dikkate alınarak, sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 82/1-a-j, 62 ve 53 maddeleri uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde haksız tahrik altında tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurulması.” **Otacı**, a.g.e., s.326 .

toplumda kökleşmiş olan kötü bir göreneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir. Böyle olunca, TCK'nın 51. maddesinde öngörülen haksız tahrikin bu özellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir. Nitekim, kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında bu maddenin uygulanmaması gerektiği benimsenmiş yargı görüşleri arasında yer almıştır.”²⁶⁷

Yargıtay bahsi geçen bu karara paralel olarak birçok kararında²⁶⁸ failin somut olayda münhasıran kan gütme saikiyle hareket edip etmediğinin, diğer bir ifadeyle kan gütme saikine başka bir saikin eklenip eklenmediğinin araştırılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu anlamda yine Yargıtay'a göre adam öldürme suçlarında sanığın kan gütme saikiyle hareket ettiği kanıtlanamıyorsa eylemde haksız tahrikin etkili olup olmadığının tartışılması ve koşulları saptandığı takdirde sanık hakkında TCK'nın 51/2. maddesinin uygulanması gerekir.²⁶⁹ Bununla birlikte Yargıtay birçok kararında, “ilk öldürme olayının faillerinin, yani öldürenin öldürülmesi hallerinde” kan gütme saikinin geçerli olamayacağını vurgulamaktadır.²⁷⁰ Zira kan gütme saiki

²⁶⁷ YCGK 4.6.1973 gün ve 1 /332/ 458 sayılı kararı; ; **Tutumlu**, a.g.e., s. 68.; **Akbulut**, a.g.e., s.17.

²⁶⁸ Y.1.CD. 19.09.2007 gün ve 2007/180E.-2007/6618 K. Sayılı ilamı: “...suçun kan gütme saiki ile işlendiğinden söz edebilmek için haksız tahrikin etkisi olmaksızın münhasıran bu saikle işlenmesi gerektiği de dikkate alındığında, maktuller Mehmet ve Abdullah tarafından, sanık Hasan'ın babası ve kardeşi ile sanıklar Dursun ve Zekeriya 'nın babalarının 1998 yılında öldürülmelerinin sanıklarda meydana getirdiği haksız tahrikin etkisi ile daha önce öldürme eylemini gerçekleştiren maktuller Mehmet ve Abdullah'ın öldürüldükleri anlaşılma, Mehmet ve Abdullah'ın öldürülmeleri eylemi nedeniyle sanıkların haksız tahrik altında tasarlayarak öldürme suçlarından cezalandırılmaları gerektiği düşünülmez, bu maktullere karşı işlenen suçlarında kan gütme saikiyle işlendiğinin kabul edilmesi.”; **Metiner/Koç**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, s. 763-764.

²⁶⁹ **Tutumlu**, a.g.e., s. 68.

Yargıtay 1 CD. 5.3.1990 gün ve E. 1-28, K.45 sayılı kararında bunun nedenini şu gerekçelerle açıklamaktadır: “*Yasada tanımlanmış olmakla birlikte, CGK'nın duraksamaksızın uygulamalarına göre, failde kan gütme saikinin varlığını kabul edebilmek için 'evvelce taraflar arasında çok kısa olmayan bir sürenin geçmesi, bu süre içerisinde failin ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak bir görevi yerine getirme bilinciyle hareket edip adam öldürmesi' koşullarının bir arada olması gerekir. Bu nedenle, kan gütme saikinin varlığını kabul edebilmek için olayda herhangi bir saikin olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak münhasıran kan gütme saikinin etkisiyle failin işlendiği kesin olarak saptanırsa TCK. 450/10. bent uygulanmalıdır.*”; **Duran**, a.g.e., s. 220-221.

²⁷⁰ Yargıtay 1 CD.'nin 19.10.2009 tarih ve 5318/6032 sayılı kararına göre: “*Mağdur Arap'ın 1976 yılında sanığın babası Abdülbari'yi öldürdüğü ve cezasını infaz edip 02.03.1982 tarihinde tahliye olduğu, sanığın olay günü mağdur Arap'ı babasının öldürülmesinin doğurduğu tahrik altında tasarlayarak tabanca ile ateş edip öldürmeye kalktığı olayda, kan gütme saikinin Dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarına göre öldürenin öldürülmesi veya öldürülmeye teşebbüs edilmesi eylemlerinde geçerli olmayacağı düşünülmeden, tasarlayarak tahrik altında öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine yazılı şekilde suça yanlış vasıf verilmesi,*”; **Akkaya/ Türk**, a.g.e., s. 281.

Yargıtay 1. CD' nin 23.03.2009 tarih ve 6640/1493 sayılı kararına göre: “Mahkemeye verilen ilk hüküm, Dairemizin 30.05.2007 tarih ve 5699/4309 sayılı ilamı ile 'yerleşmiş ve süreklilik kazanmış uygulamalara göre öldürenin öldürülmesi hallerinde kan gütme saikinin geçerli olamayacağı gözetilmeden, sanık Arif hakkında tasarlayarak insan öldürme, sanık Sadullah için ise bu suça azmettirme suçlarından hüküm kurulması, sanıklar lehine haksız tahrik indirimi uygulanması gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek, ayrıca kan gütme saikiyle öldürme suçundan da

ile adam öldürme suçunun mağduru ilk öldürme suçunu işleyen failin yakınları yahut öldürülen kişiye karşılık gelecek ailenin başka bir mensubudur. İlk öldürme suçunun failine yönelik işlenecek fiiller koşulları olduğu takdirde haksız tahrik kapsamında değerlendirilecektir.

Fail ile maktulün bağlı buldukları topluluklar arasında bir kan davası bulunsa bile failin kapıldığı ani bir kızgınlıkla veya tahrik teşkil eden başka bir sebebin etkisi altında öldürme suçunu işlediği durumlarda kan gütme saikiyle öldürmenin varlığı kabul edilmemiştir.²⁷¹ Başka bir ifadeyle tek başına öldüren ile öldürülen arasında kan davasının bulunması suçun peşin şekilde kan gütme saiki ile işlendiğini göstermez. Suç kan davasıyla ilgisi olmayan başka bir sebebin altında işlenmiş olabilir. Bu nedenle somut olayın özellikleri ve faili suça iten neden doğru şekilde analiz edilmelidir.

Kanaatimizce, adam öldürme suçlarında kan gütme saikiyle haksız tahrik hükümlerinin bir arada bulunamayacağına dair ilk görüş daha isabetlidir. Haksız tahrikin temelinde yatan öfke ve şiddetli elem duyguları kan gütme saikinde yerini intikam hırsına dayanan bir görev bilincine terk etmiştir. Kan gütme saiki ile hareket eden kişi devletin cezalandırma yetkisini tanımayarak bu hakkı bir aile meclisi adına kullanmaktadır. Bu sebeple de kan gütme saikinin bulunduğu yerde haksız tahrikten söz edilemez, zira bu saik haksız tahriki bertaraf etmiş sayılmalıdır. Diğer taraftan, somut olayda ilk öldürme eyleminin sanık üzerindeki etkisinin doğru değerlendirilmesi suretiyle failin saikini iyi saptamak ve ona göre bir sonuca varmak gerekir. Eğer failin tek başına kan gütme saikiyle hareket ettiğinden bahsedemiyorsak burada artık kan gütme saiki değil, haksız bir tahrikin etkisi söz konusudur.

3.1.6. Haksız Tahrik ve Töre Saiki

“Töre” bir toplulukta benimsenmiş, yazılı olmayan, teamül ve adetlerin temelini oluşturduğu, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, gelenek ve göreneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünüdür. Ya da bir

mahkumiyetlerine karar verilmesi’ gerekçesiyle bozulduğu, bozma kararına 10.09.2007 tarihli duruşmada uyulduğuna göre, bozma kararını etkisiz kılacak şekilde 5237 sayılı Yasa’nın 82/1-a-j maddesi uyarınca hüküm kurulması”; **Akkaya/ Türk**, a.g.e., s. 281

²⁷¹ **Açıkgöz**, a.g.e., s. 156-157.

toplumdaki ahlaki davranış biçimleridir.²⁷² Toplumun zaman içinde doğurduğu bu davranış biçimleri geleneksel birer yasaya dönüşür ve beraberinde uyulmadığı takdirde uygulanacak ceza hükümlerini de içerebilir. Yasalarımız ise, suç işleyen kişilerin ancak devletin koymuş olduğu hükümlere göre yargılanacağını ve cezalandırılacağını emretmiştir.

765 sayılı Ceza Yasası'nda düzenlenmeyen töre saikiyle adam öldürme suçu 5237 sayılı TCK'nın kabul edilmesiyle 82. maddeye eklenen (k) bendince kasten adam öldürme suçunun nitelikli bir hali olarak düzenlenmiş olup, suçun bu saik altında işlenmesi halinde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilecektir.

Mülga olan 765 sayılı TCK'nın 462. maddesinde ise “zina veya gayrimeşru ilişki esnasında adam öldürme veya müessir fiil” suçlarında mağdurun cezasının belli bir oranda indirilmesini öngören “özel bir haksız tahrik” hali olarak düzenlenmişti. Ancak bu maddede geçen “gayrimeşru cinsel ilişki” ifadesinin belirsizliği nedeniyle kadın ve erkeğin zinasını düzenleyen hükümler Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir.²⁷³ 5237 sayılı TCK'da bu hükme yer verilmemiş olması isabetlidir; ancak zina veya hukuka aykırı cinsel ilişki tahrik teşkil edebileceğinden bu durumu, namus saiki ile işlenen adam öldürmeye neden olan davranışlardan ayırmak gerekecektir. Cinsel ilişki hukuka aykırılık teşkil etmiyorsa bu durumda haksız tahrikin “hukuka aykırı olması” koşulu da gerçekleşmemiştir ve olaya haksız tahrik indirimi uygulanamayacaktır.²⁷⁴

Eski TCK düzenlemesinde yer almayan ve 5237 sayılı TCK ile beraber soyut bir norm olarak hukukumuzda giren “töre saiki” kavramının tanımı kanunda yapılmamış olup, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusu uygulama ve doktrine bırakılmıştır. Bu anlamda töre, toplumun zamanla kendi içinde oluşturduğu kurallar bütünü olarak tanımlandığında, toplumun namus anlayışını da içine alan bir üst kavram ise de, töre saikiyle adam öldürme suçunun namus adı altında işlenen adam öldürme suçlarını da kapsayıp kapsamadığı konusu tartışılması gereken bir konudur.

Artuk/ Gökçen/ Yenidünya'ya göre; “somut olayın özelliklerine göre namus nedeniyle gerçekleştirilen öldürmelerin de töre saiki kapsamında değerlendirilmesi

²⁷² Akbaba, Zeynep Burcu, Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme, TBBD, Sayı:75, Yıl: 2008, s. 333.

²⁷³ Duran, a.g.e., s. 222.

²⁷⁴ Aydın, a.g.e., 246.

mümkündür. Diğer bir ifadeyle failin, töre gereğince namusuna hanel getirdiğini düşündüğü mağduru görev bilinciyle öldürmesi halinde m. 82/1-k hükmüne göre cezalandırılması gerekir.”²⁷⁵

Özbek’e göre; “Töre saikiyle öldürme aynı zamanda ‘namus kurtarma’ düşüncesine dayandığı ve kadına yönelik işlendiğinden bu tür fiiller namus cinayeti olarak da adlandırılmaktadır. Kanımızca buradaki töre saikinin namus saikini de içine alacak şekilde anlaşılması gerekir. Böyle olunca sadece bir törenin gereği olarak değil, böyle bir töre olmasa da namusunu kurtarma saikinin varlığı hükmün uygulanması için yeterli olacaktır”²⁷⁶

Hafizoğulları/ Özen’e göre; “Töresel olmayan ama yaygın rastlanan bazı haller konusunda bir açıklık getirmemiş olmakla birlikte, kanun, feodal toplumun, feodal toplum kalıntısı toplumların töresel bir davranışı olan namus kurtarma saikiyle insan öldürmeyi suçu ağırlaştırılan neden sayması övülecek, yerinde davranış olmuştur.”²⁷⁷

Centel/ Zafer/ Çakmut’a göre; “Namus cinayeti olarak nitelendirilen fiillerde haksız tahrikin varlığı kabul edilmemeli; gerekçesi namus olan hiçbir suçta ceza indirilmemelidir.”²⁷⁸

Soyaslan’a göre; “Uygulamada töre saikiyle öldürmeler kapsamında iki tür öldürmeler cezalandırılmaktadır. Bunlardan birisi aile meclisinin toplanarak karar verdiği öldürmeler (töre cinayetleri), diğeri böyle bir toplantı olmadan aile şerefini korumak üzere işlenen cinayetler (namus cinayetleri, başkasıyla cinsel ilişkiye giren dul kadının oğlu tarafından öldürülmesi gibi).”²⁷⁹

Aksi görüşteki Koca/ Üzülmöz’e göre ise; “Töre veya kan gütme saikiyle öldürme dolayısıyla cezanın ağırlaştırılabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir. Bu nedenle, ‘namus cinayeti olarak nitelendirilen fiillerde haksız tahrikin varlığı kabul edilmemeli; gerekçesi namus olan hiçbir suçta ceza indirilmemelidir’ şeklindeki soyut değerlendirmelere katılmak mümkün değildir.”²⁸⁰

²⁷⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 479.

²⁷⁶ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s. 138.

²⁷⁷ Hafizoğulları Zeki/ Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2011, s. 55.

²⁷⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut, a.g.e., s. 430.

²⁷⁹ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Ankara, 2014, s. 143.

²⁸⁰ Koca/ Üzülmöz, a.g.e., s. 298.

5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin Adalet Komisyonu'na verilen önergelerin görüşülmesi aşamasında da namus saikiyle işlenen öldürme suçlarının esasen töre saikiyle adam öldürme suçu kapsamına girdiği, namus kavramının çok geniş ve ortak bir tanımının bulunmasındaki güçlük nazara alınarak, bu kavramın kullanılmadığı, toplumsal bir değer olarak hukuk düzenince de korunması gereken namusa yönelik saldırılar karşısında esasen haksız tahrik oluşturan davranışlar nedeniyle işlenen suçlarda, toplumsal bir değer olarak kabul edilen bir namus anlayışının da, hukuki korumadan yoksun kalabileceği ve maddenin uygulanması koşullarının oldukça genişletileceği, esasında cezada indirim yapılmasını gerektiren bir hal bulunmasına karşın bunun nitelikli hal olarak düzenlenmesi suretiyle bazı koşullarda çelişki yaratacağı, buradaki saikin hukuken onaylanmayan ve kabul görmeyen bir saik olması gerektiği, dolayısıyla haksız tahrikin koşullarının bulunduğu olaylarda esasen bu saikle de hareket edilemeyeceği görüşleriyle, “töre saiki” tanımı yapılmadığı gibi, madde metninde de, namus saiki ifadelerine yer verilmemiştir.²⁸¹

Açıklanan görüşler ve ilgili yasanın hazırlık açıklamaları birlikte değerlendirildiğinde, toplum genelinde kabul edilen töre gereğince namus cinayeti işlenmesi halinde bu nitelikli hal kapsamına gireceği, aksi takdirde “namus cinayeti” adı altındaki her kasten adam öldürme fiilinin bu töre saikiyle işlendiğini dile getirmenin mümkün olmayacağı söylenebilir. Bu konuda sağlıklı bir neticeye varabilmek için namus cinayeti olarak adlandırılan her somut olayın özelliklerinin ayrıntılı şekilde değerlendirilmesi gerekir. Zira, kişilerin bir töre altında değil de, kendi namus anlayışı doğrultusunda adam öldürmeleri durumunda bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olamaz.

Töre saikiyle insan öldürme suçları toplumda genellikle karşımıza “namus cinayetleri” adıyla çıkmakta olup, suçun töre saikiyle işlenmiş olduğunu kabul etmek için mağdurun, “gelenek, töre, onur, şeref...” gibi kavramlar altında genellikle aile üyelerinden birisi tarafından öldürülmesi veya öldürülmeye çalışılması gerekir. Burada fail bir görev bilinciyle hareket ederek mağdura yönelik eylemini gerçekleştirmektedir.

²⁸¹ CGK. 11.05.2010. gün ve 1/56-111 sayılı kararı; **Erel/ Halitoğlu/ Bozoğlu/ Fazla/ Örer/ Özbey**, a.g.e., s. 401.

Aksi görüşteki Hakeri'ye göre; “...Namus cinayetleri de denilen eylemlerin daha bireysel olması, aile meclisi kararının bulunmaması dolayısıyla bu madde kapsamında olmadığını, ancak koşulları gerçekleşmişse tasarlama hükümlerinin de uygulanabileceğini belirtmek gerekir.”; **Hakeri, Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, Ankara, 2006, s. 254.

Töre saikiyle adam öldürme suçlarında, failin özel bir saikle hareket etmesi aranmakla birlikte mağdurun öldürülmesi konusundaki kararın, bir aile meclisi tarafından alınmış olması bu nitelikli halin uygulanma koşulu olarak kabul edilmemektedir. Diğer bir ifadeyle aile meclisi kararına dayalı olmayan öldürmelerde de failin töre saikiyle hareket etmiş olması mümkündür. Zira aksi yorum, söz konusu nitelikli halin yalnızca zorunlu azmettirme kapsamında işlenebileceği, yalnızca belirli bölgede yaşayan kişiler bakımından gerçekleştirilebileceği sonucunu doğuracağı gibi, bu hususun ispatının son derece güç olması dolayısıyla hükmün uygulama kabiliyetini de büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır.²⁸²

Birinci Ceza Dairesi birçok kararında²⁸³; töre saikiyle işlenen öldürme suçunda aile meclisi kararı alma zorunluluğunu, bu suçun unsurları arasında yer almadığından bahisle aramamış olmasına karşın, bir kararında,²⁸⁴ uğradığı cinsel saldırı sonrası gebe kaldığı anlaşılan 18 yaşından küçük kızın erkek kardeşi tarafından öldürülmesi eyleminin aile meclisi kararına dayalı işlenmediği gerekçesiyle töre saikiyle öldürme suçu sayılamayacağına karar vermiştir.

Töre saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik hali sanık lehine bir indirim sebebi olarak görülmemiştir. Bu durum 5237 sayılı Kanun'un haksız tahriki düzenleyen 29. maddesinin gerekçesinde şöyle dile getirilmiştir:

“Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucunda ortaya çıkmış olması 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 nedeni ile 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

²⁸² Artuk/ Gökçen / Yenidünya, a.g.e., s. 478-479; Akbaba, a.g.m., s. 343.

²⁸³ 1.CD. 23.05.2011 tarih ve 2010/7496-2011/3272 sayılı kararı; “sanığın, reşit olan maktulenin kendisini ilgilendiren yaşam tarzının, ailesinin namus ve şerefine zarar verdiği inancıyla, bu yaşam tarzını hedef alarak, eylemini töre (ailesinin ve kendisinin namus ve şerefini kurtarmak) saikiyle gerçekleştirdiği, aile meclisinin karar alma zorunluluğunun bu suçun unsurları arasında yer almadığı anlaşılmalı, sanık hakkında TCK'nın 82/1-k maddesinin de uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi.”; Akkaya/ Türk, a.g.e., s. 276.

²⁸⁴ 1.CD. 14.03.2008 tarih ve 2007/6700 E.-2008/1968 K. sayılı kararı; İskender, Salih Zeki, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, Yıl: 35, Sayı: 127, s. 26-27.

düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.”²⁸⁵

Yasa koyucu her ne kadar TCK'nın 82. maddesinde nitelikli bir hal olarak öngördüğü töre saiki kavramını açıklamaktan kaçınmış ise de “töre ve namus cinayetleri” ifadesini kullanarak madde gerekçesine eklediği bu açıklamayla töre saiki altında işlenen namus cinayetlerinde haksız tahrik indirimin yapılamayacağını ayrıca belirtme gereği duymuştur.

Madde gerekçesini başka bir açıdan yorumlarsak, haksız tahrik altında işlenen suçun altında, failin haksız bir fiilden kaynaklanan öfke ve kızgınlığı yatmakta iken, töre ve namus cinayetlerinin temelinde haksız bir fiilden kaynaklanan öfkeden daha ziyade topluluk tarafından kabul edilmiş bir törenin gereklerini yerine getirme kaygısı bulunmaktadır. Bunun dışında, haksız tahrik altında işlenecek fiilin haksız fiili gerçekleştiren mağdura yönelik olması gerekirken töre saikiyle işlenen suçlarda fiil çoğu zaman namusu kirletilen bir suç mağduruna yönelik olmaktadır. Bu sebeplerle tamamen töre saikiyle işlenen adam öldürme suçlarında suçun mağduruna yönelik eylemlerde haksız tahrik indirimi yapılamaz.

Yargıtay bir kararında, öldürülen Arife'nin yaşamından ve davranışlarından kendisine karşı sorumlu olduğu, kardeşi olan sanığa yönelik hukuk düzenince korunmayan bir haksız eylem oluşturacak söz ve davranışının bulunmadığı gibi töre/namus saiki ile gerçekleştirilen öldürme olayında tahrik hükümlerinden yararlandırılmayacağı düşünülmeyen, yazılı gerekçeyle haksız tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayinini yasaya aykırı bulmuştur.²⁸⁶

²⁸⁵ **Koyuncu**, a.g.e., s. 167.

²⁸⁶ 1.CD. 17.6.2009 tarih ve 2008/359-2009/3640 sayılı kararı; **Yaşar/ Gökcan/ Artuç**, a.g.e., s. 747.

1.CD.'nin 2009/2339 E., 2009/1937 K. sayılı kararına göre: “olay tarihinde evli ve reşit olan Gülbahar ile Murat'ın yaşam tarzlarının sanıklara yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi, maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeyen, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini”; **Tan**, a.g.e, s. 1071.

CGK'nın 14/06/2011 gün ve 2011/1-138-2011/130 sayılı kararı: “5237 sayılı TCY'nin 29. maddesinde ise; “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 18 yıldan 24 yıla ve müebbet hapis cezası yerine 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir” şeklinde kusurluluğu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, failin haksız bir tahrikin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder. Bu halde fail, haksız bir tahrikin doğurduğu öfke veya elemin tesiri altında, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışardan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.

Görüldüğü gibi kasten öldürme suçunun töre saikiyle işlenmesi halinde, haksız tahrik hükümleri uygulanmayacak, tahrikin varlığı halinde ise suç niteliği değişecektir.”; **Akkaya/ Türk**, a.g.e., s. 75.

Başka bir örnek vermek gerekirse; sadece tecavüz kurbanı olan bir kadının ailesi tarafından öldürülmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması söz konusuysen, başkasıyla birlikte olarak kocasını “kışkırtan” bir kadının öldürülmesi halinde koca, karısının haksız fiili nedeniyle haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir.²⁸⁷ Zira ikinci durum, töre saiki olmaksızın namus sebebiyle işlenmiş bir suç olup, kadının kocası dışında bir başkasıyla birlikte olması, eşine karşı aile hukukundan kaynaklanan “sadakat yükümlülüğüne” aykırı bir davranış olduğundan eşe karşı haksız fiil teşkil eder ve fail koca lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirir.

3.1.7. Haksız Tahrik ve Akıl Hastalığı

765 sayılı ETCK'dan farklı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tam akıl hastalığı-kısmi akıl hastalığı ayrımı kaldırılmış olup akıl hastalığı hali “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında 32. maddesinde düzenlenmiştir.²⁸⁸

TCK'nın 32/1. fıkrası; “Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilemez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.” şeklindedir.

2. fıkrası ise: “Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkum olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.” şeklindedir.

Akıl hastalığı, psikiyatri bilimi gereğince anlama ve isteme yeteneğine etkisi kabul edilen, patolojik, yani sürekli bir hal gösteren akli melekelerde her türlü

²⁸⁷ **Göztepe, Ece**, Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi”, TBBB, Sayı: 59, 2005, s. 47-48.

Yargıtay 1.CD.'nin 13/04/1938 tarih ve 1320 sayılı kararı; **Cücer, Necmettin**, Tasarlama (Taammüt), Adalet Dergisi, Yıl: 40, Sayı: 2, s. 230.

²⁸⁸ “Yeni düzenlemeye göre, kişi ya akıl hastasıdır ve bu nedenle 32/1. maddesi uyarınca kendisine ceza verilmez ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanır. Ya da kişi akıl hastası değildir, ancak “işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış” durumundadır. Bu durumda ceza sorumluluğu vardır ancak daha az ceza alır.”; **Koparan, M. Reşat**, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, 2006, s. 38.

bozukluğa verilen addır.²⁸⁹ Kanunumuz akıl hastalığını kişinin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir hal olarak düzenlemiş olmakla birlikte kanunun kapsamına giren akıl hastalıklarını tek tek saymamış olup, failin kusur yeteneği üzerindeki etkilerinden bahsederek hukuki sonuç bağlamıştır.

Bu anlamda kanunumuz akıl hastalığını üçlü bir ayırım içinde ele almıştır. Buna göre, akıl hastalığı; kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırabilecek nitelikte (md.32/1), kusur yeteneğini önemli ölçüde kaldıracak nitelikte (md.32/1) ve kusur yeteneğini önemli ölçüde kaldıracak nitelikte olmamakla birlikte azaltan bir nitelikte olmak üzere, 3 şekilde bulunabilir (md.32/2).²⁹⁰

Başka bir ifadeyle kanunumuz açısından, failin ceza sorumluluğunun kalkabilmesi veya azalabilmesi için, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasını engelleyecek bir akıl hastalığının olması veya bu akıl hastalığının, o somut suçun işlendiği anda etkili olarak kişinin şuur veya hareket serbestisini önemli derecede kaldırmış yahut bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltmış olması gerekir. Bu açıdan kişide yalnızca akıl hastalığının mevcut olması yeterli olmayıp her fiil ve olay açısından algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisi araştırılarak bir sonuca varılmalıdır. Zira, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere akıl hastalığı her fiil açısından algılama veya irade yeteneği üzerinde etkili olmayabilir.

Akıl hastalığı ve haksız tahrik durumunun aynı olayda aynı failde birleşmesi halinde sanık lehine birlikte uygulanıp uygulanmayacağı meselesine gelince konuyu iki türlü ele almak gerekecektir; ilk olarak failin suçu, ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran bir akıl hastalığı altında işlemesi halinde zaten ceza verilemeyeceğinden fail için haksız tahrik bir anlam ifade etmeyecektir. Ancak failin sahip olduğu akıl hastalığının, önemli derecede kalkmış olmamakla birlikte, işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olması halinde bir miktar ceza öngörüldüğünden burada koşulları oluştuğu takdirde sanığı haksız tahrik indiriminden faydalandırmak gerekecektir.²⁹¹

Akıl hastalarına yönelik haksız bir eylem gerçekleştirildiğinde kendilerine karşı işlenen haksız eylemlerden etkilenmeyeceklerini kabul etmek mümkün değildir.

²⁸⁹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 334.

²⁹⁰ İçel/ Evik, a.g.e., s. 179.

²⁹¹ Ayık'a göre; "Bu iki halin telifi imkanına gelince bir bakıma mümkündür; çünkü akılı tam bir kimseyi tahrik eden hareketler, ruhen malul bir kimseyi evleviyetle tahrik edebilir.;" Ayık, a.g.m., s. 102.

Hatta içinde buldukları durumları nedeniyle bu durumdan daha da fazla etkilenebilirler.²⁹² Bu durumda akıl hastası olan bir kişinin haksız tahrik altında suç işlemesi söz konusudur.

Akıl hastalığı kişinin bizzat kendinden kaynaklanan ve kusura etkili olan bir hal iken, haksız tahrik kişinin şahsından kaynaklanmayıp dış faktörlerin kişinin ruhsal yapısında yarattığı heyecan hallerinden kaynaklı cezai bir indirim sebebidir. Her iki durum da failin cezasından indirim sağlamakla birlikte, şahsi birer indirim hali kabul edilmelerindeki sebepler farklıdır.²⁹³ Bu nedenle aynı nedenden dolayı failin cezasından iki kez indirim yapılması durumu olmaz. Sanığın hem akıl hastası hem de suçu haksız tahrik altında işlemesi halinde her iki kanuni indirim hali de sanık lehine şartları varsa uygulanacaktır.

Fail kısmi akıl hastası olup da kendi aleyhine herhangi bir haksız saldırı bulunmadığı halde, sırf hastalığı, mesela takip olunmak manisi yüzünden böyle bir saldırının bulunduğu zannına kapılmış olur ve bundan doğan öfke veya elemin etkisi altında suç işlemiş bulunursa, öfke veya elem, olmayan haksız tahrikten değil de, failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş bulunacağından, yine bu iki halin birleşmesinden söz etmek doğru olmaz. Ancak, bu iki istisnai halin dışında, kısmi akıl hastasının haksız tahrikin etkisi altında kalabileceği açıktır.²⁹⁴

Aynı şekilde sarhoşlukta da, haksız tahrikin objektif şartları varsa, haksız tahrik hükmü uygulanır. Ancak, failin sırf sarhoş olması nedeniyle tahrik edildiği duygusuna kapılması halinde TCK m. 29 uygulanmaz; failin kendisine selam vereni, sarhoşluğu sebebiyle hakaret ettiğini zannederek öldürmesi örneğinde olduğu gibi.²⁹⁵

Sanığın cezasından her iki hal dolayısıyla da indirim yapmak gerekiyorsa suçun temel cezası belirlendikten sonra TCK'nın 61/5. maddesindeki sıralamaya göre önce belirlenen temel ceza üzerinden haksız tahrik indirimi yapılmalı sonra akıl hastalığı sebebiyle sanığın cezası indirilmelidir.

²⁹² **Dönmez Demren, Burcu**, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, İÜHFİM, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 290.

²⁹³ **Demirbaş**, a.g.e., s. 48.

²⁹⁴ **Dönmezer/ Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 350.

²⁹⁵ **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 426.

3.1.8. Haksız Tahrik ve Yaş Küçüklüğü

İsnat yeteneğini oluşturan (isteyebilme ve anlayabilme) nin tam şekilde gelişmiş sayılabilmesi için, insanın belirli bir yaşa gelmesi gerekir. Bu nedenle bütün hukuk sistemleri küçüklerin doğumlarından belirli bir yaşa kadar isnat yeteneğinden yoksun olduklarını ve yine buradan belirli bir yaşa kadar da isnat yeteneğinin az olduğunu kabul eden bir sistemi uygulamaktadırlar.²⁹⁶

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir hal olan yaş küçüklüğü YTCK'nın 31. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte yaş küçüklüğünde 3 ayrı dönem kabul etmiştir. Kişisel ve kanuni bir indirim hali olan haksız tahrikin yaş küçüklüğü halinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunu yine söz konusu yaş ayrımlarını dikkate alarak değerlendirmek gerekecektir.

3.1.8.1. Fiili İşlediği Sırada On İki Yaşını Doldurmamış Küçükler Bakımından

Suç oluşturan fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların işledikleri suç açısından ceza sorumlulukları yoktur. Bu yaştaki çocukların kusurları tamamen kalktığından artık işledikleri suç sebebiyle cezalandırılmazlar ancak çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanabilir.

Bu kişiler işledikleri suçtan dolayı cezalandırılmayacaklarından eylemlerini haksız tahrik altında işleyip işlemediklerinin de bir önemi olmayacak ve haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gündeme gelmeyecektir.

3.1.8.2. Fiili İşlediği Sırada On İki Yaşını Doldurup On Beş Yaşını Doldurmamış Küçükler Bakımından

Suç oluşturan fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olmakla birlikte on beş yaşını doldurmamış olan kişilerin ceza sorumluluklarının olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu kişilerin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin henüz gelişmemiş olması halinde ceza sorumlulukları yoktur ve bu kişiler hakkında gerekirse güvenlik tedbiri uygulanabilir. Bununla birlikte, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını

²⁹⁶ Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 186.

algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

Bu yaş grubundaki çocukların ceza sorumluluğunun olup olmadığı uzman kişilerce hazırlanan sosyal inceleme raporunun sunulmasından sonra çocuk hakimi tarafından tespit edilecektir. Bu rapor yaşı küçük failin içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında hakime fikir verecektir.

Hakim, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olmakla birlikte on beş yaşını doldurmamış failin, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olduğu sonucuna varması halinde herhangi bir cezaya hükmetmeyeceğinden haksız tahrik hükümlerini de uygulamayacaktır. Ancak yaşı küçük failin işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunduğu sonucuna varılıyorsa; failin cezasından öncelikle haksız tahrik hükümleri (YTCK 29) sebebiyle indirim yapılacak, daha sonra sanık hakkında yaş küçüklüğü (YTCK 31/2) uygulanacaktır.

3.1.8.3. Fiili İşlediği Sırada On Beş Yaşını Doldurmuş Olmakla Birlikte On Sekiz Yaşını Doldurmamış Küçükler Bakımından

Suç oluşturan fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin ceza sorumlulukları bulunmakla birlikte suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz.

Hakimin, bu kişilerin işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığını araştırmasına gerek olmayıp, işlenen suçun cezasından maddede öngörülen oranda indirim yapılması zorunludur.

Bu yaş dilimi içindeki sanıkların haksız tahrik nedeniyle suç işlemeleri halinde, TCK 61/5. maddesi gereği, cezanın hesaplanmasın fiili bir indirim sebebi

olan haksız tahrike ilişkin 29. maddenin şahsa ilişkin bir indirim olan yaş küçüklüğüne ilişkin 31. madde indiriminden önce uygulanması gerekecektir.²⁹⁷

3.1.9. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri

765 sayılı TCK'nın Mülga 59. maddesinde yer verilmiş olan takdiri indirim nedenleri yeni kanun döneminde de fail lehine uygulanacak takdiri indirim sebepleri olarak kabul edilerek YTCK'nın 62. maddesinde düzenlenmiştir.

Takdiri indirim sebepleri somut olayda fail lehine ortaya çıkan ve hakim tarafından takdiri şekilde kabul edilen durumlar olmakla birlikte yasada tahdidi olmayacak şekilde sayılmıştır. YTCK'nın 62/2. fıkrasına göre, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecektir. Kanunun saydığı bu haller sınırlayıcı olmamakla birlikte somut olayın ve failin durumuna göre hakim tarafından çoğaltılması mümkündür.²⁹⁸

Takdiri hafifletici nedenlere örnek olarak, failin kendisinin ya da başkasının şerefini kurtarma düşüncesiyle hareket etmesi, geçim zorlukları, geçmişte hükümlülüğü bulunmama, suçtan her hangi bir zarar meydana gelmemesi ya da hasıl olan zararın pek hafif olması, kendini veya diğer şerikleri ele verme, pişmanlık hali, ikrar, teslim olma, kaçmama, suçun işlenmesinde mağdurun da kusurunun bulunması, geçmişte topluma hizmet etmiş olma, duruşmadaki olumlu tavırları gösterilebilir.²⁹⁹

Takdiri indirim nedenlerinin yasada düzenleniş amacı, somut olayın ve failin özelliklerinin dikkate alınarak faile verilecek cezanın kişiselleştirilmesini sağlamak ve böylece hakimın takdir hak ve yetkisinin kesin sınırlarla belirlenmesinin önüne geçmektir.

²⁹⁷ Duran, a.g.e., s. 227.

²⁹⁸ Konuya ilişkin YCGK.'nın 19.02.2008 9/13-41 sayılı kararına göre: "5237 sayılı TCY'nin 62. maddesinin 2. fıkrasında takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra "gibi" denilmek suretiyle takdiri indirim nedenlerinin yasada sayılanlarla sınırlı olmadığı, aksine bunların örnek olarak sayıldığı açıkça vurgulanmıştır. Burada sayılan "failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri" nedenleri uygulamada hakimi sınırlayıcı değil yol gösterici nitelikteki gerekçelerdir. Bunun sonucu olarak da 5237 TCY'nin tıpkı TCK'da olduğu gibi takdiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı sistemi değil serbest değerlendirme sistemini benimsediği kabul edilmelidir.". Malkoç, a.g.e., s. 996.

²⁹⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 483.

Hakim, kendiliğinden ya da fail yararına ileri sürülen takdire dayalı nedenleri gözeterek istek bulunmasa da cezayı indirebilir. Hakim bakımından bu bir zorunluluk olmamakla birlikte takdiri indirim nedenlerinin bulunduğu ve 62. maddenin uygulanması gerektiğine ilişkin istek bulunması halinde, hakim bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar vermesi zorunludur.³⁰⁰ Buna karşılık haksız tahrik kanuni bir indirim sebebi olması dolayısıyla hakim somut olayda şartları olduğu takdirde fail tarafından ileri sürülmesi de haksız tahrik kurumunu fail lehine uygulamak yahut kararında tartışmak zorundadır.

Takdiri indirime ilişkin TCK'nın 62. maddesi ile birlikte haksız tahrik halinin de aynı anda sanık lehine uygulanması gerekebilir. Zira suç işleme niyeti bulunmayan failin, mağdur veya öldürülenin hiddet ve şiddetli elem doğuran hareketleri üzerine adeta onun zorlamasıyla suç işlemesinde olumsuz bir kişiliğinden söz edilemez.³⁰¹ Diğer bir anlatımla aynı sebebin hem haksız tahrik hem de takdiri indirim şartı olarak kabul edilmeyerek bağımsız olay ve durumlara dayanmak koşuluyla fail hakkında kanuni indirim hali olan haksız tahrik ve takdiri indirim sebeplerinin birlikte uygulanmasına bir engel yoktur.³⁰²

Her iki maddenin konuluş amaçları da birbirinden farklıdır. Haksız tahrik, suçun işlenmesine doğrudan etki eden ve faili suç işlemeye sevk eden bir durum iken, takdiri indirim nedenleri genellikle failin suç işledikten sonraki davranışları ile kişilik özelliklerinin göz önüne alınmasını ve dolayısıyla cezanın bireyselleştirilmesini amaçlamaktadır.³⁰³

Sanığa yönelik haksız bir fiilin var olmasına rağmen sanığın suçu haksız tahrik şartlarını sağlayacak şekilde işlememesi halinde sanık hakkında haksız tahrik

³⁰⁰ Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 319.

³⁰¹ Bakıcı, a.g.e., s. 636.

³⁰² C.U.H. 28.1.1980 tarih ve 1/459-33 sayılı kararı: "Bodrum Asliye Ceza Mahkemesi'nin Yargıtay 4.C.D'nin 5.4.1977 tarihli kararıyla onanıp kesinleşen, dosyada mevcut 29.12.1976 gün ve 51/91 sayılı kararı ve bu karara mesnet teşkil eden dosya içeriğinden, olaydan bir gün önce müştekinin tabancısını çekip "benim olursan ol olmazsan vururum" demek suretiyle, iffetine ağır şekilde taarruz ettiği, evli bir kadın olan sanığın, bu olayın etkisi ile, suçu işlediğinin anlaşılmasına göre; tahrikin ağır olduğunun kabulü gerekirken, hafif olarak değerlendirilerek, tayin olunan cezadan, TCK'nın 51/2 maddesi yerine, 51/1. maddesi ile indirim yapılması isabetsiz olduğu gibi, sanığın, dosya içeriğinden anlaşılan kişiliği, beyanlarının, olayın aydınlanmasında önemli bir yer tutması, müştekinin öteden beri sanığın peşinde dolaştığının belirlenmesi ve nihayet haksız bir tahrik sonucu işlediği bu suç nedeniyle, aile düzeninin de bozulacağı anlaşılan sanık hakkında, ayrıca TCK'nın 59. maddesinin uygulanması suretiyle, cezada şahsileştirme amacının da gerçekleştirilmesinin mümkün olacağı düşünülmeyen bu madde ile cezasından indirim yapılmamış olması, yerinde görülmemiş olduğundan... direnme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir."; Çağlayan, a.g.m., s. 36-37.

³⁰³ Bostancı Bozbayır, a.g.e., s. 246.

hükümleri uygulanamayacak, ancak bu durum hakim tarafından, sanık lehine değerlendirilerek takdiri bir indirim sebebi olarak kabul edilebilecektir.

Yargıtay yerel mahkeme kararını, olayda haksız tahrik koşullarının gerçekleşmediğinden bahisle bozabilirse de, söz konusu hükmü, “sanık hakkında haksız tahrik yerine takdiri indirim maddesinin uygulanması” gerektiği şeklinde bozamaz. Çünkü takdiri indirim sebebinin uygulanması tamamen hakim takdirine bırakılmıştır. Belki hakim “haksız tahrik” olarak kabul ettiği durumu “takdiri indirim sebebi” olmaya elverişli bulmayacaktır.³⁰⁴

TCK'nın 62. maddesi ile tanınan indirim sebepleri hakime bırakılan takdiri bir yetki olmakla birlikte hakim bu yetkiyi kullanırken gerekçe göstermek zorundadır. Yargıtay eski tarihli kararlarında bazı durumlarda hakim kullandığı bu takdir hakkını yasaya aykırı bulmuş ve yerel mahkemenin bu konudaki kararlarını bir takdiri yanlış olarak nitelendirmiştir.³⁰⁵

Kanun, 61/5. maddesinde, takdiri indirim nedenlerinin, tüm diğer nedenler ve sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, ceza indirimi yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler uygulandıktan sonra, en son neden olarak uygulanmasını emretmiş bulunmaktadır.³⁰⁶ Hem haksız tahrikin hem de takdiri indirim nedenlerinin bulunduğu bir olayda, hakim sanığın cezasından önce haksız tahrik sebebiyle indirim yapacak sonra sanık yararına takdiri indirim halini uygulayacaktır.

³⁰⁴ Başar, a.g.m., s. 360.

³⁰⁵ C.G.K. 14.1.1985 tarih, E. 1984/1-491, K. 1985/8 sayılı kararı; “kanıtlara göre sanıklar hakkında cezayı hafifletici sebepler bulunmadığı gözetilmeden cezalarından TCK. 59 ile indirim yapılması takdir yanılığısır.” ve 5.CD. 29.8.1983 tarih, E. 1983/431, k. 1983/4146 sayılı kararı: “sanığın duruşmadaki hali ve tavrı bakımından memur direnme suçundan TCK. 59 un uygulanmasına karşın diğer suçundan da uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir.”; Aygün, a.g.e., s. 48.

³⁰⁶ Hafizoğulları/ Özen, a.g.e., s. 389.

3.2. HAKSIZ TAHİRİKİN BAZI SUÇLARLA İLİŞKİSİ

3.2.1. Taksirli Suçlarda Haksız Tahrik

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle işlenmesi halidir.

Suç esasen kastla işlenmekle birlikte kanunun açıkça belirttiği hallerde taksirli eylemler de cezalandırılır. Bir kusur türü olan taksirle haksız tahrik ilişkisini iki açıdan değerlendirmek gerekir:

- **Taksirli bir eylemin haksız tahriğe yol açıp açamayacağı açısından konuyu ele almak gerekirse;**

Mağdurun taksirli eylemi karşısında failin hiddet veya şiddetli elem duyguları altında suç işlemesi halinde söz konusu taksirli hareketin de kasıtlı hareketler gibi hukuka aykırı olduğunu ve bu sebeple de bahsi geçen taksirli eylemin haksız tahrik nedeni sayılacağını söyleyebiliriz. Başka bir ifadeyle tahrikin sebebini teşkil eden eylem mağdurun icrai bir davranışı olabileceği gibi ihmali bir davranışı da olabilir. Örneğin: dikkatsiz ve tedbirsiz davranarak üzerine çay döken mağdura sinirlenerek hakaret eden failin mağdura yönelik bu eylemi haksız tahrik altında gerçekleşmiştir. Yargıtay da, önüne gelen bir olayda bu durumda haksız tahriki kabul etmiştir. Karara konu olan olayda araları açık olan maktul ile faillerin yönetimindeki traktörler yan yana seyredirken yolun elverişli genişlikte olmasına rağmen, maktulün sağa yanaşmaması üzerine traktörün arkasına takılı kazayağı denilen aletle faillerin traktörlerin çamurluğuna çarpıp basit hasar yapmış, bunun üzerine faillerden biri traktörden inip sopa ile maktule saldırmış bu saldırı karşısında eline çekiç aldığında, diğer fail onu hedef alarak av tüfeği ile öldürmüştür.³⁰⁷ Yargıtay başka tarihli bir kararında ise, maktulün dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olmasını sanıklar lehine tahrik kabul etmiştir.³⁰⁸

³⁰⁷ Y.1.CD. 7.2.1995 tarih ve 4368/251 sayılı kararına göre; **Öztürk/ Erdem**, a.g.e., s. 220.

³⁰⁸ Yargıtay 1.CD. 7.2.1995-4368/251 sayılı kararı: “Kanuni indirim nedeni olan tahrik sebebinin kabulü için ortada bir haksız hareketin bulunması, bu hareketin mağduru veya maktulden gelmesi, failin de bunun etkisi altında kalarak ve maruz kaldığı gazap veya şiddetli elemle suç teşkil eden eylemi, hareketi yapana karşı icra etmesi gerekir. Bu konuda haksız hareketin mevcudiyeti yeterli olup, bunun suç oluşturup oluşturulmaması sonuca etkili değildir. Olayda, maktul, dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre, sanıklar lehine tahrik hükmünün kabulü yasal düzenleme gereği olup, oluşa nazaran bu tahrik TCK’nın 51/1. maddesinin tatbikini icap ettirir.”; **Günay**, a.g.e., s. 64.

- **Taksirli bir eylemin haksız tahrik altında işlenip işlenemeyeceği açısından konuyu ele almak gerekirse;**

Taksirli olarak işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre³⁰⁹, tahrik eylemine maruz kalan failin TCK m. 29'dan faydalanması için bizzat tahrikçiye karşı bilerek ve isteyerek tepki göstermesi lazımdır. Bu bakımından tahrik sonucunda işlenen suçlar sadece kasıtlı fiillerdir. Halbuki, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde gerçekleşen taksirli suçlarda, tahrike maruz kalan failin kusurlu bir hareketi bulunmakla birlikte, neticeye yönelik kastı yoktur.³¹⁰ Bunun dışında kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da haksız tahrik altında gösterilen tepki suçunun haksız fiili yapan kişiye karşı gerçekleştirilmesi gerekir. Haksız tahrik müessesesinin kabul edilme amacı ve mantığı bunu gerektirir. Taksirli suçlarda ise tepki suçu haksız fiille ilgisi olmayan üçüncü kişiye karşı işlenmektedir.

Başka bir ifadeyle taksirli suçlarda tepki, tahrik edene karşı olmadığından ve suç tahrikin doğrudan bir tepkisi şeklinde işlenmediğinden taksirli suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Örneğin taksi şoförünün yolcuya kızıp frene basması sonucunda araçta bulunan diğer yolcunun arabadan fırlayarak yaralanması ya da doktorun hasta yakınına kızıp hastanın dikkatsizlikle hastanın ölümüne sebebiyet verilmesi durumunda fail haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz. İlk örnekte suç yolcunun haksız hareketiyle doğrudan doğruya bağlantılı olmayıp failin özensiz ve dikkatsiz davranması sonucunda doğduğundan, ikinci örnekte ise doktorun taksirle öldürme suçu, haksız fiil sahibine karşı değil de olayda herhangi bir haksız fiili olmayan kişiye karşı gerçekleştiğinden, fail lehine her iki durumda da haksız tahrik maddesi uygulanamaz.

Diğer bir görüşe³¹¹ göre ise; haksız tahrik hükümlerinin taksirli suçlarda da uygulanabilmesine engel bir düzenleme yoktur. Haksız tahrik müessesesinin genel mantığı, bizi taksirli suçlarda da uygulanabilirliği sonucuna götürmelidir. Gerçekten, bu müessese failin içinde bulunduğu psikolojik durumu esas almış ve buhran halinde işlenen fiillerde uygulanabilir bir madde olduğu kabul edilmiş olduğuna göre,

³⁰⁹ Başar, a.g.m., s. 361; Parlar/ Hatipoğlu, a.g.e., s. 518; Bakıcı, a.g.e., s. 635-636; Tutumlu, a.g.e., s. 38.

³¹⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 481.

³¹¹ Önder, a.g.e., s. 349-350; Dönmezer/ Erman Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 349; Hafizoğulları/ Özen, a.g.e., s. 389; Artuk / Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 481-482.

faile yönelik gerek taksirli bir suçta veya failin gerçekleştirdiği taksirli bir harekette uygulanabilme imkanını kabul etmek gerekir.”³¹² Taksirli suçların failini, var olan bir haksız tahrik sebebinden faydalandırmamaktansa, taksirli suçlarda bu şartın aranmadığını, diğer bir deyimde bu şart bakımından taksirli suçların istisna teşkil eylediğini kabul etmek adalete daha uygun olur.³¹³ Aynı görüşü savunan Mantovani, ağır bir biçimde hakarete uğrayan bir sürücünün, otomobilinin kontrolünü kaybederek bir yayayı çiğnemesi durumunda, haksız tahrikten yararlanabileceğini söylemektedir.³¹⁴

Yine aynı görüşteki Manzini’ye göre haksız tahriki taksirli suçlarda da uygulamak gerekir. Mesela bir demiryolu bekçisi, bazı çocukların devamlı alay ve küfürlerine maruz kalması nedeniyle çocukları kovalasa ve öfkesinden geçidi kapamayı unutsa, bu sırada gelmekte olan trenle geçmekte bulunan bir araç çarpışsa bekçiyi haksız tahrikten yararlandırmak gerekir.³¹⁵

Bu görüşe göre, suçun haksız hareketin sahibine yönelmemiş olması şartının taksirli suçlarda gerçekleşmeyebileceği doğrudur, fakat yanılma yahut sapma halinde aynı sonuç kasıtlı suçlarda da ortaya çıkabilmektedir.³¹⁶ Failin mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiilin var olduğu zannına kapılarak mağdura karşı suç işlemesi halinde ya da failin haksız tahrik altında işlediği suçun haksız fiili gerçekleştirene karşı değil de üçüncü bir kişiye isabet etmesi durumunda da yine suç oluşturan eylem haksız fiili yapan kişi dışında masum bir kişiye yöneliktir.

Genel olarak doktrindeki hakim görüş, taksirli suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin iken Yargıtay hem 765 sayılı eski yasa döneminde³¹⁷ hem de 5237 sayılı yeni yasa döneminde³¹⁸ verdiği kararlarında taksirli suçlarda haksız tahrikin bulunamayacağına ilişkin görüşünü sürdürmüştür.

³¹² Önder, a.g.e., s. 349-350.

³¹³ Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 349.

³¹⁴ Hafızoğulları/ Özen, a.g.e., s. 389.

³¹⁵ Soyaslan, a.g.e., s. 479.

³¹⁶ Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, a.g.e., s. 481; Aynı görüş için bkz.

³¹⁷ Y.4.CD.’nin 8.12.1945 tarih ve E.11546, K. 11536 sayılı kararına göre: “kasıtsız suçlarda tahrik bahse konu olamayacağından 59. maddenin yerine 51. maddenin uygulanması...”; Tutumlu, a.g.e., s. 38.

³¹⁸ Y.1.CD. E.2008/5346, K.2008/7646,T. 1.12.2008 sayılı kararına göre: “Taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeyen, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini, isabetsizdir.” Gören, a.g.e., s. 162.

Y.1.CD. 2009/4921 E. 2009/5660 K. “Olayın oluşuna göre olası kastla işlenen suçta tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılarak sanık hakkında eksik ceza tayini,” Tan, a.g.e., s. 1040.

Y.1.CD. 24.5.2007 tarihli E.2315-K. 4088 sayılı kararına göre: “sanığın Hasan’a yönelik yaptığı atışla yanından geçmekte olan Hüsamet’in hayati tehlike oluşacak şekilde yaralandığı olayda 5237

Kanaatimizce failin haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilmesi için tepki suçunu tahrik edene karşı işlemesi gerekir. Suçun Haksız tahrik altında işlendiği haksız fiille ilgisi olmayan masum bir kişiye karşı savunulamaz bir durumdur. Bu sebeple taksirle işlenen suçlarda da haksız tahrik hükümlerinin fail yararına uygulanabilmesi için failin suçunu haksız fiili yapana karşı işlemiş olması gerekir. Örneğin; müşterisinin kendisine hakaret etmesine kızan berberin sinirle saç keserken dikkatsizlikle makası kendisini kızdıran müşterisinin gözüne batırması durumunda fail lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekirken; arabayla seyahat ederken arkadaşıyla kavga eden ve arkadaşının haksız fiil teşkil eden davranışına sinirlenip dikkatsiz bir şekilde bir yayaya çarparak yayanın ölümüne sebebiyet verdiği olayda yayanın faile yönelik haksız bir davranışı olmadığından bu olayda fail hakkında haksız tahrik hali söz konusu değildir.

3.2.2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Haksız Tahrik

5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinde; “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” denilmektedir. Buna göre, bir kişi suç niteliğindeki bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Nitekim bazı suç tiplerinde bu tarz ağır neticeler özel olarak yaptırıma bağlanmıştır.³¹⁹ Örneğin, sanık karşındakini yaralama kastıyla hareket ederken mağdurun ölümüne

sayılı TCK'nın 30, 43 ve 44. maddeleri dikkate alındığında, sanığın Hasan'ı kasten öldürmeye teşebbüsten Hüsamettin'e karşı ise olası kast hükümlerine göre meydana gelen neticeden sorumlu tutularak tahrik hükümlerine göre indirim yapılmadan cezalandırılması gerektiğinden, bu doğrultuda 5237 ve 765 sayılı kanunların karşılaştırılıp, lehe yasanın belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması.”; **Gündüz, Remzi/ Gültaş, Veysel**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Ankara, 2009, s. 216.

YCGK'nın. 5.10.2010 tarih ve E. 2010/1-132, K. 2010/183 sayılı kararına göre: “...ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir, başka bir deyişle ‘olası ölüm neticesine’ kayıtsız kalmış, ‘olursa olsun’ demiştir. Bunun yanında, maktul ve arkadaşı tarafından sanığa yönelik olarak yapıldığında kuşku bulunmayan ve maktulün arkadaşının ifade ettiğinin aksine, sanık ve yanındaki kız arkadaşı tarafından ‘küfür’ olarak algılanan hareketin sanık yönünden ‘haksız tahriki’ oluşturacağı ve olası kastla işlenen suçlarda da ‘haksız tahrik’ hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir.”; **(UYAP Karar Arama)**.

³¹⁹ “Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından, 765 sayılı TCK'da 452, 458. maddelerine karşılık olarak 5237 sayılı TCK'da 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 nedeniyle ağırlaşmış suç kavramına yer verilmiştir.”; **Duran**, a.g.e., s. 242-243.

sebeup olabilir yahut sanık mağdurunu basit şekilde yaralamak isterken işitme veya görme duyusunun kaybına yol açabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olup, sanığı bu ağır veya farklı neticeden sorumlu tutabilmek için en azından sanığın taksir derecesinde kusurlu olması gerekir. Başka bir ifadeyle sübjektif sorumluluk (kusura dayalı sorumluluk) esasının benimsendiği yeni kanunumuzda, sanığın kastedilen neticeden daha ağır veya başka bir netice meydana gelirse, meydana gelen bu neticeden sorumlu olabilmesi için ortaya çıkan bu netice bakımından olası kast, bilinçli taksir ya da basit taksir şeklinde bir kusurunun olması gerekir.

Objektif sorumluluk esasına dayalı 765 sayılı TCK döneminde ise “netice sebebiyle ağırlaşmış suç” başka bir anlamıyla “kastın aşılması suretiyle işlenen suç” hükümlerine ayrıca kanunda yer verilmemiş olup adam öldürme suçları bakımından ETCK’nın 452, etkili eylem cürümleri yönünden ETCK’nın 458. maddelerinde kastı aşan suçlar için özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu maddelere göre ortaya çıkan ağır netice bakımından failin kusurlu olup olmadığı tartışılmaksızın sanığa verilecek cezadan indirim yapılması öngörülmüştür.

765 sayılı TCK’ya göre kişinin kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticeden sorumlu olması için kişinin eylemi ile ortaya çıkan bu ağır ya da farklı netice arasında kurulacak nedensellik bağı yeterliyken 5237 sayılı YTCK’da sanığın sorumluluğu için ağırlaşmış bu ağır ya da farklı netice açısından en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir. Her iki yasa döneminde de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda (kastı aşan suçlarda) asıl suçun kasten işlenmesinden dolayı koşulları oluşuyorsa tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel yoktur.

Yargıtay’da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Buna ilişkin bir kararında, maktulün sapanla attığı taşın sanığın ayağına isabet etmesi üzerine, buna sinirlenen sanığın içinde elbise bulunan poşeti maktulün boyun kısmına vurduğu, darbenin etkisiyle yere düşen maktulün başını çarpması nedeniyle travmatik omur kaymasına bağlı omurilik lezyonu ile yatalak kaldığı ve gelişen komplikasyonlar sonucu öldüğü ve kabulünde bu yönde olduğu olayda; sanık hakkında asgari düzeyde de olsa haksız tahrik hükümlerinin düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir.³²⁰ Yargıtay 765 sayılı Yasa döneminde verdiği başka tarihli bir kararında ise, sanığın memleketlisi olan ve aynı

³²⁰ 1.CD. 22.02.2011 tarihli 2010/6678 E. ve 2011/903 K. sayılı kararı; **Tan**, a.g.e, s. 1073.

semtte oturdukları anlaşılan kızların maktul ve arkadaşları tarafından rahatsız edilmeleri karşısında sanığın maktule tokatla vurup tekme savurduğu, sanığın darbelerinden korunmak isteyen maktulün geri çekilirken yola düştüğü, bu sırada yoldan geçmekte olan minibüsün altında kalarak öldüğü olayda sanığın kastın aşılması suretiyle adam öldürmek suçundan cezalandırılması ve hakkında TCK 51 gereği haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.³²¹

3.2.3. Kesintisiz (Mütemadi) Suçlarda Haksız Tahrik

Suç oluşturan hareketin yapılmasıyla birlikte, ortaya çıkan neticenin sona ermeyip bir süre devam ettiği suçlara kesintisiz (mütemadi) suçlar denir. Bu tür suçlarda kesinti ile birlikte suç işlenmiş sayılır.

Kesintisiz suçlarda devam eden netice, failin kusurunun sonucu olmalı ve ona son verme konusunda failin fiili iktidarı bulunmalıdır. Örneğin, TCK m. 109/1’de, “Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklinde düzenlenen, “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” (hürriyeti tahdit) suçu ve TCK m. 220’deki “suçu işlemek amacıyla örgüt kurmak” suçu buna örnektir.³²²

Kesintisiz suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu konudaki bir görüşe göre mütemadi suçların teknik yapısı, yani eylemin devamlılık göstermesi olgusu, tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir. Kısırtma etkisiyle işlenen suç bir tepkiyi dile getirmektedir. Oysa mütemadi suçta bir tepkiden çok devam eden bir suçun işlenmesi söz konusudur.³²³

Aksi bir görüşe göre ise; haksız tahrikin mütemadi suçlarda kabulüne engel bir özellik yoktur. Ancak “temadi” boyunca 51. maddedeki şartların varlıklarını sürdürebilmelerine pek ender olaylarda rastlanır. 51. maddenin şartlarına uygun bir

³²¹ 1.CD. 22.02.1991 tarihli 337 E., 474 K. sayılı kararı; **Tutumlu**, a.g.e., s. 43.

Yine CGK’nın 25.03.1997 gün, 41/64 sayılı kararında, eylemin TCY’nin 452’nci maddesine uygun olduğu belirtildikten sonra “öte yandan, ölenin içinde bulunduğu grubun; tekme tokatlı çok ağır ve toplu saldırısına maruz kalan sanık ve annesi ile kardeşinin uğradıkları bu saldırının oluşturduğu gazap ve şiddetli elemnin etkisiyle suçu işlemesi nedeniyle, hakkında ağır tahrik hükümleri de uygulanmalıdır.” denilerek karar bozulmuştur.; **Bakıcı**, a.g.e., s. 635.

³²² **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 228.

³²³ **Tutumlu**, a.g.e., s. 42.

biçimde başlayan bir mütemadi suça, şartların ortadan kalkmasına rağmen devam edilmiş ise, failin tahrikten faydalanması mümkün değildir.³²⁴

Kanaatimizce de neticenin sona ermeden bir süre devam ettiği kesintisiz suçlarda haksız tahrik hükümlerinin sanık lehine uygulanıp uygulanmayacağı somut olayda tartışılması gerekir. Hakim, somut olayda sanığın kesintisiz suç haksız tahrikin yarattığı hiddet veya şiddetli elem altında işleyip işlemediğini ve tahrikin yarattığı bu duyguların kesintinin gerçekleştiği ana kadar fail üzerindeki etkisinin devam edip etmediğini araştırmalıdır. Zira fail suç teşkil eden eylemine haksız tahrikin etkisi ile başlamış fakat ilerleyen zamanlarda suç kesintiye uğramadan önce fail bu duyguların tesirinden kurtulmasına rağmen yine de eylemini sürdürmüş ise artık haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz.

3.2.4. Zincirleme Suçlarda Haksız Tahrik

5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde; aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi yahut aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı ve kişiye her suç için ayrı ceza yerine artırılmış tek bir ceza verileceğinden söz edilmiştir.

765 sayılı ETCK'da ise, zincirleme suç yerine “müteselsil suç” ifadesi kullanılmakla birlikte suçun müteselsil suç olarak değerlendirilmesi için kanunun aynı hükmünün birden fazla kez ihlal edilmesi gerekmektedir. Kanunun bu ifadesi aynı suçun farklı mağdurlara karşı işlenmesi halinde de müteselsil suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüte neden olmuştur.³²⁵

5237 sayılı kanunun madde gerekçesine göre, “Zincirleme suç halinde aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmektedirler. Yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir

³²⁴ Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1997, s. 608-607.

³²⁵ Koca/ Üzülmöz, “765 sayılı eski TCK'da, aynı suçun tek bir kararla farklı kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde de zincirleme suçun varlığı kabul ediliyordu” demekte ise de esasen Yargıtay, farklı mağdurlara karşı işlenen suçlarda müteselsil suçun varlığını kabul etmiyor, mağdur sayısının suç oluşacağını belirtiyordu. Bu bakımdan yeni TCK uygulamaya herhangi bir farklılık ve yenilik getirmiş değildir; Açıkgöz, a.g.e., s. 178, dipnot: 485.

ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı artırılmaktadır.”³²⁶ Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için her suçun unsurlarıyla birlikte ayrı ayrı oluşması gerekmektedir birlikte suçlardan bazılarının teşebbüs aşamasında kalması zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Bununla birlikte bir suçun basit şekli ve nitelikli halleri aynı suç olarak değerlendirilir ve zincirleme suç hükümleri nitelikli suç üzerinden uygulanır.

Failin haksız tahrik altında işlediği birden fazla suç hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına kanunen bir engel bulunmamaktadır. Burada önemli olan farklı zamanlarda işlenen bu suçların her birinin, fail tarafından hiddet veya şiddetli elem duyguları altında işleyip işlemediği konusudur. Başka bir anlatımla fail, tahrik neticesinde kapıldığı öfke veya hiddet altında aynı suç işleme kararı kapsamında mağdura yönelik farklı zamanlarda aynı suçu işlemiş ise haksız tahrik hükümlerinden yararlanacaktır. Örneğin; kendisini yahut bir yakını taciz eden kişiyi öfke ve hiddet hali içinde birden fazla kez farklı zamanlarda arayarak tehdit eden failin tehdit suçunu mağdura karşı zincirleme şekilde işlemesinin yanında suçun haksız tahrik altında işlemesi sebebiyle failin cezasından bir miktar indirim yapılacaktır. Yine Failin haksız tahrik altında kalarak aynı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir eylemle işlemesi durumunda da zincirleme suç hükümleri ve haksız tahrik bir arada uygulanacaktır. Örneğin; kendisine bir gün önce hakaret eden karı kocanın ertesi gün evinin kapısını kıran failin mala zarar verme suçunu haksız tahrik altında zincirleme şekilde işlediğini söyleyebiliriz. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” durumunda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağından bahsedilmektedir.

Kanunumuz suçun kasten öldürme, kasten yaralama, işkence veya yağma suçu şeklinde işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına izin vermemektedir. Yani bu suçların aynı suç işleme kararı altında da olsa birden çok kez aynı faile karşı yahut tek bir eylemle birden çok mağdura yönelik işlenmesi halinde, her suç için ayrı ceza verilecektir. Dolayısıyla bu suçların haksız tahrik altında işlenmesi halinde her fiil açısından haksız tahrikin koşulları ayrı değerlendirilecek ve failin tahrikin etkisi altında suçları işlediği kanaatine varılması halinde her bir cezadan ayrı ayrı haksız tahrik indirimi yapılacaktır. Örneğin; kendisine hakaret eden mağduru kasten yaralayan failin haksız tahrikin etkisinden

³²⁶ Gündüz/ Gültaş, a.g.e., s. 308.

kurtulamayarak iki gün sonra tekrar harekete geçerek mağduru tekrar darp ettiği olayda sanık hakkında iki kez kasten yaralama suçundan ceza verilecek ve her bir ceza açısından haksız tahrik sebebiyle indirim yapılacaktır.

Haksız tahrik oluşturan eylemlerin zincirleme şekilde işlenmesi halinde ise eylem tek olduğundan tahrik de tek olarak değerlendirilecektir. Bu konuda Yargıtay 1. Ceza Dairesi, aynı olay içinde değişik zamanlarda ve her biri adi tahrik niteliğinde olan davranışların kül halinde ağır tahrik oluşturacağına karar vermiştir.³²⁷ Ağır-Hafif tahrik ayrımının kaldırıldığı yeni yasa döneminde ise böyle bir hal tahrikin derecesinin belirlenmesinde rol oynayacaktır.

Zincirleme suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanırken öncelikle suçun zincirleme şekilde işlenmesinden dolayı ceza artırılacak sonrasında da haksız tahrik nedeniyle aynı cezadan indirim yapılacaktır.

3.3. HAKSIZ TAHRİKİN KABAHAHLER İLE İLİŞKİSİ

765 sayılı Türk Ceza Yasası'nda suçlar, karşılığında öngörülen ceza bakımından "cürüm" ve "kabahat" şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulurken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu cürüm ifadesini ortadan kaldırarak bunların bir kısmını kabahahtlere dahil etmiş bir kısmını da suç olarak yeniden tanımlamıştır. Buna göre yeni düzenlemede, hukuka aykırı eylemler, haksız fiil, suç veya kabahat olabilir. Kabahat, karşılığında idari yaptırım uygulanmasının yasada öngörüldüğü tüm hukuka aykırı eylemlerdir (KK. m. 2).³²⁸

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre suç oluşturan bir fiilin taksirle işlenmesi halinde failin cezalandırılması için yasada suçun açıkça taksirle de işlenebileceğinin belirtilmiş olması aranırken, Kabahahtler Kanunu'nda kabahahtlerin kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebileceğinden bahsedilmiştir (KK. m.9). Başka bir ifadeyle bir suçun taksirle işlenmesi özel bir durum iken bir kabahahtin taksirle işlenmesi hali genel bir durum olup özellikle kanunda belirtilmesi aranmamıştır.

Doktrinde, kabahahtlerin hem kasten hem de taksirle işlenebileceğinin düzenlenmiş olmasından dolayı haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp

³²⁷ Yargıtay 1.CD.'nin 21.10.1996 tarih ve 2781/3365 sayılı kararı; **Otaç**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması, s.236.

³²⁸ **Centel/ Zafer/ Çakmut**, a.g.e., s. 220.

uygulanamayacağı konusu tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmanın esası kabahatlerde kastın aranıp aranmadığı sorununa dayanmaktadır.

Bir kısım yazara göre kanunun bu ifadesi kabahatlerde kastın olup olmaması değil, kastın ispatının gerekip gerekmediği ile ilgilidir. Yani kanunun kabahat olarak tanımladığı eylemin tipik olarak işlenmiş olması yeterli olup kastın var olmadığını kabahati işleyen kişi kanıtlayacaktır. Kastın bir ispat meselesi olduğunu kabul eden bu görüşe göre kabahatlerde tahrikin kabulü olanaklıdır.³²⁹

Bir başka görüşe göre ise, taksirli suçlarda kışkırtma hükümlerinin uygulanmasına engel olan hususlar kabahat suçları için de geçerlidir. Kışkırtma kurumunun en önemli özelliklerinden biri olan bilinçli tepki koşulunun kabahatlerde gerçekleşmesi güçtür. Yine tepkinin tahrik eden şahsa yöneltilmesi koşulu içinde aynı güçlük söz konusudur.³³⁰

Yargıtay ise, kabahatlerde kışkırtma kuralının uygulanamayacağını benimsemekle birlikte konuyla ilgili bir kararında; “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 51. maddesinin 1. fıkrasının uygulama yeri bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde adi tahrikten hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde içtihatla bulunmuştur.³³¹

³²⁹ Başar, a.g.m., s. 361.

³³⁰ Tutumlu, a.g.e., s. 39.

³³¹ Yargıtay 2. CD.’nin 2.3.1993 tarih ve E: 1633, K: 2679 sayılı kararı; Tutumlu, a.g.e., s. 39. Aynı konuda bkz: Yılmaz, Halil, “Sarhoşluk ve Saldırgan Sarhoşluk Suçu”, Adalet Dergisi, Ocak-Nisan 2000, Yıl: 26, Sayı: 1-2, s. 132.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YASALARDA DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

4.1. 765 SAYILI ESKİ TCK'DA DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

765 sayılı TCK'nın 51. maddesi, "Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler" ise demek suretiyle haksız tahriki kişilere karşı işlenen suçlar için genel hafifletici bir hal olarak düzenlemiştir. Bu genel tahrik hükmünün yanında bir de bazı suçlar bakımında özel haksız tahrik hallerine yer vermiştir. Bunlar, TCK'nın 272, 258/4, 462 ve 485. maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre;

765 sayılı TCK'nın 258/4. maddesi, memurun görevinin sınırlarını aşarak yahut keyfi hareketiyle kendisine yönelik mukavemete sebebiyet vermesi halinde ve yine 765 sayılı TCK'nın 272. maddesi benzer şekilde memurun görevinin sınırlarını aşarak veya keyfi hareketiyle kendisine yönelik müessir fiile neden olması durumunda failin cezasının indirileceğine veya icabına göre cezasının tamamen kaldırılacağına ilişkin özel bir tahrik hali olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'nın 485. maddesi ise, kendisine tecavüz olunan şahsın 480 ve 482. maddelerde yazılı hakaret şeklindeki cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermesi halinde failin cezasının azaltılacağını yahut iki tarafın karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunması halinde mahkemenin icabına göre iki taraf veya yalnız biri hakkında cezayı kaldırabileceğini düzenlemekte olup, 5237 sayılı TCK'daki özel tahrik haline benzer bir hal öngörmüştür.

Diğer bir özel tahrik hükmü olan 765 sayılı TCK m. 462'de; belirli kişiler tarafından işlenen zina veya gayrimeşru cinsel ilişki esnasında veya bu fiiller yapılmak üzere iken veya bu fiillerin işlenmesinden hemen sonra, belirli kişiler tarafından bu fiilleri yapanlara karşı işlenen adam öldürme ve müessir fiil suçları çok

hafif olarak cezalandırılarak düzenlenmekte idi. Ancak 765 sayılı TCK'nın 462. maddesindeki bu özel tahrik hali 15.7.2003 tarih ve 4928 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.³³²

765 sayılı yasa döneminde kanun koyucu çeşitli suç tiplerinin özelliklerini dikkate alarak genel hafifletici nedenle yetinmemiş, ayrıca o suç tiplerine özgü cezayı azaltan tahrik hallerine yer vermiştir. Belirtelim ki, söz konusu özel tahrik hallerinin varlığı halinde, artık genel hüküm olan 51. madde uygulanamaz ve sadece özel hükümlerde öngörülen hükümler uygulanarak ilgili maddelerde gösterilen oranda cezadan indirim yapılması ile yetinilir.³³³

4.2. 5237 SAYILI YENİ TCK'DA HAKARET SUÇU AÇISINDAN DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALİ

4.2.1. Genel Olarak

765 sayılı TCK'da düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hallerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemiş olup, yeni yasa döneminde yalnızca "haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret" başlığı altında 129. maddede özel bir haksız tahrik hali öngörülmüştür. Eski yasa döneminde özel tahrik olarak kabul edilen hallere ise, eğer koşulları uygunsa genel haksız tahrik sebebi olarak kabul edilen 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi uygulanacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi haksız tahrikin söz konusu olduğu tüm suçlar açısından uygulama alanı olan genel ve kanuni bir indirim sebebidir. Bunun dışında hakaret suçları açısından öngörülmüş olan özel haksız tahrik hali, genel tahrik hükmünün bir istisnasını oluşturur. Zira özel tahrik halinin uygulandığı bir durumda genel hüküm niteliğindeki TCK'nın 29. maddesi uygulanamayacaktır.³³⁴ Buna göre hakaret suçunda özel haksız tahrik hali olarak düzenlenen 129. madde şu şekildedir:

³³² Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 424.

³³³ Özen, Muharrem, Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri, AÜHFİD, Cilt: 51, Sayı: 3, Yıl: 2002, s. 28.

³³⁴ "Sanık hakkında hakaret suçundan dolayı özel tahrik hükmü olan 5237 sayılı TCK'nın 129. maddesi yerine aynı kanunun genel tahrik hükmü olan 29. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. CD.'nin 31.1.2007 tarih ve 7184/1069 sayılı kararı; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, a.g.e., s. 744.

1. fıkraya göre, “*Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*”

2. fıkraya göre, “*Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*”

3. fıkraya göre ise, “*Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*”

Hakaret suçunda cezadan indirim nedeni olarak failin tahrik edilmiş olmasını dikkate alan bu hükümde üç ayrı tahrik nedeni yer almıştır: a) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi b) Hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi c) Karşılıklı hakaret.³³⁵

4.2.2. Haksız Fiil Sebebiyle Hakaret

5237 sayılı TCK’nın özel haksız tahrik halini düzenleyen 129. maddesinin 1. fıkrasına göre hakaretin haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde failin cezasından indirim yapılması yahut faile işlediği hakaret suçu için hiç ceza uygulanmaması söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle mağdur kendi haksız hareketleriyle hakarete neden olmuş ise, haksız hareketin ağırlığını göz önüne almak suretiyle hakim, failin cezasını azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle kaldırabilecektir.³³⁶

765 sayılı TCK’nın 485/1. maddesinde de failin kendi haksız hareketiyle hakaret ve sövme suçuna neden olması, özel bir haksız tahrik hali olarak kabul edilmekle birlikte, yeni TCK’dan farklı olarak suçun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde hiçbir halde failin cezasının kaldırılması söz konusu olmayıp cezadan yalnızca indirim yapılmaktaydı. Buna karşılık YTCK’nın 129/1. maddesi fail lehine böyle bir imkan getirdiğinden daha lehe bir düzenleme olmuştur.

5237 sayılı TCK’nın 129’ uncu maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için, mağdurun haksız bir eyleminin bulunması, sanığın eyleminin hakaret olması ve

³³⁵ Aydın, a.g.e., s. 248.

³³⁶ Gören, a.g.e., s. 821.

hakaretin haksız eylemi yapan kişiye yönelik bulunması gerekir.³³⁷ Mağdurun eyleminin hakaret veya kasten yaralama dışında başkaca bir haksız fiil olması şarttır. Zira, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak veya karşılıklı hakaret şeklinde işlenmesi halinde fail hakkında 129. maddenin diğer fıkraları uygulama alanı bulacaktır.

Tahrike konu eylem haksız yani herhangi bir hakka dayanmayan bir eylem olmalıdır. Konusu suç teşkil edebileceği gibi suç tanımına girmeyen ancak hukuka aykırı herhangi bir eylem de olabilir. Haksız tahrike konu eylemin suç olması durumunda kovuşturma konusu yapılmış ya da cezalandırılabilir nitelikte olup olmaması önemli değildir.³³⁸ Bununla birlikte, mağdurun eylemi haksız değilse veya hukuka uygunluk sebeplerinden birini taşımasından dolayı hukuka uygun hale gelmişse, artık bu kişiye karşı failin hakaret suçunu işlemesi durumunda haksız tahrik hükümleri uygulanmayacaktır.

Hakaret suçunun haksız fiile “tepki olarak” işlendiğinden söz edilebilmesi için, haksız fiilin hakaret suçunun faili üzerindeki etkisinin devam ediyor olması, başka bir anlatımla haksız hareketle işlenen hakaret suçu arasında neden sonuç ilişkisinin bulunması gerekir.³³⁹ Buna karşılık kanun, hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesini özel haksız tahrik halinin uygulanması için yeterli sayarak genel haksız tahrik hükmünden farklı olarak failin hakaret suçunu hiddet veya şiddetli eylem altında işlemiş olması gerektiğinden bahsetmemiştir. Aynı durum 765 sayılı Yasa'nın benzer düzenlemesi niteliğindeki 485. maddenin 1. fıkrasında da bulunmaktaydı.

Doktrindeki bir görüşe göre kanun “gazap veya şiddetli eylemin” aranması gerektiğinde bu hususu belirttiğinden ve söz konusu yasa maddelerinde bu tür bir açıklık bulunmadığından haksız hareket failde herhangi bir eylem ve gazap meydana getirmemiş bulursa da fıkranın uygulanması gerekir.³⁴⁰ Bir başka görüşe göre ise, genel haksız tahrik için aranan hiddet veya şiddetli eylemin burada da aranması

³³⁷ **Yenidünya, Ahmet Caner/ Alşahin, Mehmet Emin**, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, TBB Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 68, Ocak-Şubat, 2007, s. 77.

³³⁸ **Arısoy, Mine**, Hakaret, TBBD, Yıl: 20, Sayı: 72, Eylül-Ekim 2007, s. 186.

³³⁹ **Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2006, s. 361.

³⁴⁰ **Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul, 2001, s. 320; **Tezcan/ Erdem/ Önok**, a.g.e., s. 360; **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2011, s. 398.

gerektiği ancak bu hususun bulunduğu ispatlanmasına gerek olmadığı ileri sürülmektedir.³⁴¹

TCK'nın 129/1. maddesinin gerekçesinde mağdurun kendi haksız hareketiyle hakarete neden olmasından bahsedilmektedir. Yani hakaret suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı yapılması gerekmektedir. Örneğin; mağdurun oğlunun haksız fiiline karşılık failin haksız fiili gerçekleştirene değil de babası olan mağdura hakaret etmesi durumunda özel haksız tahrik hali uygulanamayacaktır. Ancak, mağdurun haksız eylemi hakaret suçunun failinden başka, üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleşmiş bulunabilir. Buna tepki olarak işlenen hakaret suçu nedeniyle 129. maddenin 1. fıkrasının uygulanması mümkündür. Örneğin, çocuğuna cinsel tacizde bulunan kişiye hakaret eden fail hakkında haksız tahrikin varlığı kabul edilmelidir.³⁴²

Haksız bir fiile tepki olarak işlenen hakaret nedeniyle failin cezası bir miktar indirilebileceği gibi ceza verilmekten de vazgeçilebilir. Hakim, bu ikinci durumda fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kuracaktır.³⁴³

4.2.3. Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak Hakaret

765 sayılı ETCK'nın 485. maddesinin 3. fıkrasına³⁴⁴ benzer bir şekilde 5237 sayılı TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrasında da hakaret suçunun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Örneğin; mağdurun kolundan tutarak alt kata indirmek amacıyla iteklemesi üzerine, fail kasten yaralama niteliğindeki bu haksız harekete tepki olarak mağdura hakaret

³⁴¹ **Özen**, a.g.m., s. 34; Yine, **Özbek/ Doğan/ Kanbur/ Bacaksız/ Tepe**, 5237 sayılı TCK'nın 129/1. maddesinin uygulanma koşullarını sıralarken hakaretin hiddet veya şiddetli elimin etkisi altında işlenmesi gerektiğinden bahsetmiştir; **Özbek/ Doğan/ Kanbur/ Bacaksız/ Tepe**, a.g.e., s. 474.

³⁴² **Arısoy**, a.g.m., s. 186.

³⁴³ “Sanığın hakaret eylemini haksız bir fiile tepki olarak gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi karşısında, TCY'nin 129/1. maddesi uyarınca doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken önce TCY'nin 125/3-a maddesine göre hapis cezası verildikten sonra ceza verilmesine yer olmadığına karar verilerek çelişkili hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.” Yargıtay 4. CD. E. 2008/22281, K. 2011/639, T. 31.1.2011 sayılı kararı; **Gören**, a.g.e., s. 822.

“5237 sayılı TCK'nın 129. maddesi uyarınca hakaret suçunun haksız fiile tepki olarak işlendiğinin kabul edilmesi halinde doğrudan ceza vermektен vazgeçilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek sanığa adli para cezası tayin edildikten sonra yazılı şekilde hüküm tesisi, isabetsizdir.” Yargıtay 2. CD. E. 2006/8350, K. 2006/19455, T. 04.12.2006 sayılı kararı; **Gören**, a.g.e., s. 822;

³⁴⁴ Mülga 765 sayılı TCK'nın 485. maddesinin 3. fıkrasında “*Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir.*” şeklinde benzer bir düzenleme bulunmaktaydı.

etmişse ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.³⁴⁵ Bu hükmün niteliği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir kısım yazara göre,³⁴⁶ hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi durumu fail için öngörölmüş özel bir tahrik hali olup faile ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Diğer görüşteki yazarlara göre ise³⁴⁷, kanunun bu düzenlemesi fiili suç olmaktan çıkaran bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma haline yaklaştığı savunulmuştur.

129. maddenin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi gerekir. Buna karşılık 765 sayılı TCK'nın 485/3. maddesinde tepkinin kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına veya özgürlüğüne yöneltilebileceği kabul edilmekteydi.³⁴⁸ Bu husustaki yeni düzenlemenin eski düzenlemeye nazaran tepki sebebi kabul edilen suçlar bakımından daha dar tutulmuş olduğunu söyleyebiliriz.

Hakaret, kasten yaralama eylemine tepki olarak işlenmelidir. Bu nedenle eylemin devamı sırasında ya da hemen ardından hakaret edilmiş olmalı, araya fasıla girmemelidir. Ancak, kişinin aldığı darbenin etkisiyle karşılık veremeyecek, konuşamayacak hale gelmesi ancak ilk tedavisi sonrası gibi bir ara ile hakaret etmesine ilişkin somut örnekte, nedensellik bağı ve ayrıca eyleme dair reaksiyonun devam ettiğinin anlaşılması halinde cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür.³⁴⁹ Başka bir ifadeyle failin mağdura karşı işlediği hakaret suçundan ceza almamasının asıl sebebi failin kasten yaralamanın üzerindeki etkisiyle söz konusu suçu işlemiş olması olup, kasten yaralamanın fail üzerindeki etkisi kalktıktan sonra hakaretin yapılması durumunda fail hakkında bu özel tahrik hali uygulanamayacaktır.

765 sayılı TCK'nın 485. maddesinin 3. fıkrasında failin, hakaret suçunu "şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı" işlemiş olması aranırken 5237 sayılı TCK'nın 129. maddesinde failin bu suçu "kastem yaralama suçuna tepki olarak işlemesi" yeterli görölmüştür. Bu ifadelerden hareketle 485/3. maddeye göre şiddetin fail dışında bir başkasına karşı değil failin şahsına yönelik olması şart olmakla birlikte 129/2. madde de kastem yaralama suçunun kime yönelik olacağından bahsedilmemiştir. Başka bir anlatımla eski kanun döneminde fail ancak kendine

³⁴⁵ Y.4.CD. E. 2010/22676, K. 2011/816, T. 2.2.2011 sayılı kararı; **Gören**, a.g.e., s. 822

³⁴⁶ **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 425.

³⁴⁷ **Özen**, a.g.m., s. 43-44.

³⁴⁸ **Yenidünya/ Alşahin**, a.g.m., s. 79.

³⁴⁹ **Arısoy**, a.g.m., s. 191.

yönelik şiddet eylemlerine karşı tepki olarak hakaret suçunu işlemesi durumunda bu özel tahrik halinden yararlanabileceken, yeni yasa döneminde fail kendisi dışında bir yakınına yönelik kasten yaralama eylemi işlendiği takdirde de bu hükümlerden faydalanacaktır.³⁵⁰

Hükümde kasten yaralamadan söz edildiği için taksirle yaralama fiiline tepki olarak hakaret edilmesi halinde bu hüküm uygulanamayacaktır. Bir görüşe göre³⁵¹ bu durumda genel haksız tahrik hali olan TCK'nın 29. maddesinin uygulanarak failin cezasından indirim yoluna gidilmelidir. Diğer görüşe göre ise, taksirli fiillerin aynı zamanda haksız birer fiil oluşturduğundan hareketle TCK m. 129/1 hükmünün uygulanması daha isabetli olacaktır, çünkü TCK m. 29'da haksız bir fiile karşı işlenen tepki suçu nedeniyle sadece cezanın indirilebilmesi söz konusuysen TCK m. 129/1'e göre haksız bir fiile karşı işlenen tepki suçu hakaret olarak somutlaştırılmış ve fail hakkında verilecek cezanın indirilmesi ya da faile ceza verilmemesi yargıcın takdirine bırakılmıştır.³⁵²

TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrasında kasten yaralama suçunun haksız olup olmamasından bahsedilmemekle birlikte tahrik müessesinin düzenlenme amacı gereğince bu şartın varlığı aranmalıdır. Başka bir ifadeyle, eğer kasten yaralama eylemi haksız değilse ya da hukuka uygunluk sebeplerinden biri altında işlenmişse artık haksızlık içeriğinden bahsedilemeyeceğinden ve eylem hukuka uygun hale dönüşeceğinden buna yönelik failin işlediği hakaret suçu cezalandırılacaktır.

TCK m. 129/f.2'de kasten yaralamadan bahsedilmiş olmasına rağmen, yaralamanın belirli bir ağırlığa ulaşmış olması aranmamıştır. Kasten yaralamaya teşebbüs haline tepki olarak hakaret edilmesi halinde de fail hakkında ceza verilememelidir. Çünkü suçun teşebbüs derecesinde kalması ya da nitelikli hallerinin gerçekleşmesi de aynı suç kapsamında değerlendirilmelidir.³⁵³

Sonuç olarak, TCK'nın 129/2. maddesi fail hakkında kanuni bir cezasızlık hali düzenlemiştir. Kasten yaralamaya tepki olarak hakaret suçunun işlenmesi

³⁵⁰ Bu görüşe katılmayan Özgenç'e göre ise; "Genel haksız tahrikten farklı olarak, 129. maddedeki özel haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için; hakaret suçunun, kendisine karşı kasten yaralama suçu işlenen, kendisine hakaret edilen veya kendisine karşı sair bir haksız fiil işlenen kişi tarafından işlenmesi gerekir. Nitekim, söz konusu madde gerekçesinde, ikinci fıkra hükmüyle bağlantılı olarak, 'Kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır.' açıklamasına yer verilmiştir. (bu bakımdan doktrinde ileri sürülen, söz konusu 129. maddenin 3. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için, hakaret suçunun kasten yaralama suçunun mağduru tarafından işlenmesinin şart olmadığı yönündeki açıklamalar mesnetsizdir.)."

³⁵¹ **Yenidünya/ Alşahin**, a.g.m., s. 79; **Özbek/ Doğan/ Kanbur/ Bacaksız/ Tepe**, a.g.e., s. 475.

³⁵² **Aydın, Devrim**, Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu, M.Ü.H.F.D., s. 910-911.

³⁵³ **Aydın**, a.e., s. 910.

halinde fail hakkında kanunen ceza verilemeyecek olup, bu durum hakimnin takdirine bırakılmamıştır.

4.2.4. Karşılıklı Hakaret Suçu

TCK'nın 129 uncu maddesinin 3. fıkrasında: "Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir." denilmektedir. Bu husus ETCK'nın 485. maddesinin 2. fıkrasında ise, "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 ıskat edebilir." şeklinde düzenlenmişti. Doktrinde, bu hükmün bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir kişisel cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olduğu savunulmaktadır.³⁵⁴

TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için üç koşulun bir arada bulunması gerekir:

- **Karşılıklı olarak işlenen her iki suçunda hakaret suçunu oluşturması şarttır.**

Hakaret suçu ile karşılık verilen ilk suçun, hakaret suçu yerine kasten yaralama suçu olması durumunda bu hüküm yerine TCK'nın 129/2. maddesi, kasten yaralama ve hakaret dışında başka bir haksız fiil olması halinde ise TCK'nın 129/1. maddesi uygulanacaktır. Haksız fiil oluşturan ilk suç hakaret suçu ise ve karşılığında da sanık hakaret suçu işlemişse, bu halde TCK'nın 129/3. maddesinde yer alan karşılıklı hakaret suçundan dolayı cezadan indirim yapılacaktır.

Hükmün uygulanabilmesi için hakaret suçunun kanundaki tanımıyla gerçekleşmiş olması yeterli olup, gerçekleştirilme şekli önem arz etmemektedir. Huzurda hakaret, gıyabında hakaret yahut basın yoluyla hakaret şeklinde olabilir. Yoklukta hakarete ihtilat ögesi gerçekleşmediği takdirde suç da oluşmayacaktır. Ancak, iki tanıkla ispat gerçekleşmiş ise, yine karşılıklı hakaretin varlığından söz edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksi kabul edilse bile aynı maddenin birinci

³⁵⁴ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 364; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 400.

Arısoy'a göre: "bu hükmü haksız tahrik olarak nitelendirmemek gerekir. Zira karşılık olarak gerçekleşen eylemde tahrikten söz edilebilirse de, ilk hareketi gerçekleştirenin eyleminde tahrik söz konusu olamayacağı halde her ikisi bakımından da cezada indirim ya da cezasızlık kararı verilebilecektir."; Arısoy, a.g.m., s. 188.

fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.³⁵⁵ Örneğin; gıyabında hakaret edildiğini öğrenen ve bu hakaret eylemini iki kişi ile ispatlayan failin hakaret eylemini gerçekleştirene karşı hakaret etmesi durumunda bu hükmün uygulanması gerekir.

- **İlk hakaret eylemi haksız olmalıdır.**

İlk hakaret eden kişinin bu eylemi bir hakka yahut kendisine verilmiş bir yetkiye dayanıyorsa artık TCK'nın 129/3. maddesinin uygulanması söz konusu olamaz. Örneğin; terbiye hakkı çerçevesinde oğlunu azarlayan babaya, oğlunun hakaret ederek karşılık vermesi halinde bu hüküm uygulanamayacaktır.³⁵⁶

Mutlak yasama dokunulmazlığına sahip bir kişinin hakaret kapsamına giren bir suç işlemesi ve bu eyleme hakaretle karşılık verilmesi halinde ise karşılıklı hakaret suçu oluşacaktır. Zira mutlak yasama dokunulmazlığından yararlanan milletvekilinin, Meclis içinde bir arkadaşına ya da milletvekili olmayan başka birine karşı yaptığı hakaret, cezalandırılma unsurunun yokluğu nedeniyle kovuşturulamaz ise de, hukuka aykırı olma özelliğini korumaktadır.³⁵⁷

- **Hakaretlerin karşılıklı olması ve aralarında nedensellik bağının bulunması gerekir.**

Karşılıklı hakaret huzurda bulunan kişiler tarafından gerçekleştirebileceği gibi yokluğunda hakaret edilen kişinin bu hakareti öğrenmesiyle birlikte ilk hakaret eylemini gerçekleştirene karşı hakaret etmesi şeklinde de olabilir. İki hakaret eylemi arasındaki nedensellik bağının devam etmesi şarttır. Başka bir ifadeyle ikinci hakaret eyleminin ilk hakaret eylemine tepki olarak ve ilk hakaret eden kişiye karşı işlenmiş olması gerekir.

Hakaretin karşılıklı sayılması için aynı anda yapılması şart değildir. Zira bir kişinin yüzüne karşı gerçekleştirilen hakaret eylemine kişinin derhal karşılık vermesi mümkün ise de yokluğunda gerçekleştirilen hakaret eylemlerinde hemen karşılık vermek olanaklı değildir.³⁵⁸

Karşılıklı olarak işlenen hakaret eylemlerinin aynı ağırlıkta ve derecede olması aranmamaktadır. Bununla birlikte yürürlükteki kanunda hakaret ve sövme

³⁵⁵ Arısoy, a.g.m., s. 188.

³⁵⁶ Yenidünya/ Alşahin, a.g.m., s. 80.

³⁵⁷ Özen, a.g.m., s. 39; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 323.

³⁵⁸ 4. CD. E. 3819, K. 3962 sayılı ve 10.4.1945 tarihli kararına göre: "Kanunda karşılıklı hareketlerin bir zamanda vukuu kaydı mevcut olmamakla (karşılık) kelimesinin lügat manasına müracaat zaruridir ve binnetice yüze karşı hakarete yani mecliste olan mukabilin karşılık olarak kabulü doğru ise de, gıyabında hakarete karşılığın derhal olması olanak dışında bulunduğundan bu gibi hallerde mağdurun ittilaından sonra mukabelede, hakaretin karşılık sayılması zaruridir."; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 321.

ayrımına yer verilmediği için karşılıklı sarf edilen ifadelerin genel ve soyut ya da somut olması önemli değildir. Ancak “Sen eşini A. ile aldatıyorsun ve B.’nin çantasından dün saatini çaldın” biçiminde somut bir olgu isnadına karşı “asıl sen iffetsiz ve hırsızısın” biçiminde soyut bir ifadeyle hakaret cezanın belirlenmesinde önemli olabilir.³⁵⁹

Karşılıklı hakaret durumunda, olayın mahiyetine göre taraflardan her ikisi veya biri hakkında ceza verilmesi ya da verilecek cezanın indirilmesi ya da ceza vermektен de vazgeçilmesi hususunda hakimın takdir yetkisi bulunmaktadır.

ETCK’da hakimın bu takdir yetkisini kullanırken “iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiği” göz önünde bulunduracağı öngörölmüş idi. Bunun sonucu olarak da, ilk olarak hakaret suçunu işleyen tarafın cezalandırılmamasına karar verilmesi, karşı tarafın cezasının düşürölmesi koşuluna bağılıydı. Başka bir anlatımla mahkeme yalnızca bir taraf için cezanın düşürölmesine karar vermişse, bu kişi ancak hakarete karşılık veren kişi olabilirdi.³⁶⁰

YTCK’da ise hakim bu yetkisini kullanırken olayın özelliklerini göz önünde bulunduracaktır. Burada ilk haksız hareketin kimden kaynaklandığı önemli olmakla birlikte sonucun belirlenmesinde kesin bir etkisi yoktur. Hakim, ilk haksız hareketle karşılıklı gelişen fiillerin müsebbibi olan failin olayların gelişimi içindeki tutumu, kullandığı hakaret sözlerinin veya hakaretlerinin ağırlığı; keza diğeri failin tutum ve davranışları ile hakaret içeren söz ve hareketlerinin niteliği ve ağırlığı gibi hususları nazara alarak somut olayda cezanın adil olmasını temin etmeye çalışacaktır.³⁶¹ Özellikle ilk hakaret eylemine verilen karşılık çok ağır ise artık karşılık eylemde bulunan kişinin cezasında bir indirim yapılmasa bile ilk hakaret eylemini gerçekleştirerek olayı başlatan kişi hakimın takdirine bağılı olarak TCK’nın 129/3 hükmünden yararlanabilecektir.

³⁵⁹ Aydın, M.Ü.H.F.D., s. 911.

³⁶⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 365-366.

³⁶¹ Gören, a.g.e., s. 821.

4.3. ASKERİ CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

4.3.1. Genel Olarak

22.5.1930 tarihinde kabul edilen 1632 sayılı Türk Askeri Ceza Kanunu'muz 1872 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiş olup, halen geçerliliğini korumaktadır. Türk Ceza Kanunu'muzda ceza sorumluluğunu azaltan genel kanuni bir indirim hali olarak kabul edilen haksız tahrik kurumu Türk Askeri Ceza Yasası'nda astın üstüne karşı işlediği bazı suçlar açısından kabul edilen özel bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

Askeri Ceza Kanunu'muza kaynaklık eden ve halen yürürlükte bulunan Alman Askeri Ceza Kanunu'nda "Kanun başka türlü düzenlemezse, genel ceza kanunu uygulanır." şeklinde bir düzenleme ile yetinerek haksız tahrikle ilgili hüküm kaldırılmış olmasına rağmen Türk Askeri Ceza Yasası'nın 92. maddesinde bu özel tahrik hali geçerliliğini korumaktadır.³⁶²

Askeri Ceza Yasası'nın "Tahrik suretiyle madunun yaptığı suçlar hakkındaki cezaların nasıl indirileceğini" düzenleyen 92. maddesine göre:

"Bir amir veya mafevk (üst), askeri nizamla ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam ve mevkiinin salahiyetini tecavüz etmek suretiyle madunu (astını) tahrik eyler ve madun (astı) bu tahrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91 inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanunu'nun 51 inci maddesine göre madunun cezası hafifletilir.

Birinci fıkradaki tahriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır."

Tüm suçlar açısından genel olarak düzenlenen TCK'nın 29. maddesine göre düzenleniş biçimi ve içeriği bakımından Ask. CK'nın 92. maddesi bazı önemli farklılıklar içermektedir.

³⁶² Demirbaş, a.g.e., s. 61.

4.3.2. Askeri Ceza Kanunu'nun 92. Maddesinin Uygulanma Koşulları

4.3.2.1. Üstün Haksız Bir Fiil ile Astı Tahrik Etmesi Koşulu

Ask. CK. 92. maddesinde düzenlenen özel tahrik halinin uygulanabilmesi için üstün askeri nizamlara ve kurallara aykırı bir davranışta bulunarak veya kendisine verilen makam ve mevkiinin yetkisini aşarak haksız bir fiil ile astı tahrik etmesi gerekmektedir.

Amir veya üst tarafından yapılan ve tahrik olarak nitelendirilen eylemin haksız kabul edilebilmesi için askerlikle ilgili herhangi bir nizamname, kararname, yönetmelik, talimatname veya emre aykırı olması veyahut askeri gelenek ve göreneklere uymayan bir davranış olması lazımdır.³⁶³

Bu fiilin mutlaka faile yönelik olması gerekmez, failin arkadaşına, yakınına, üstüne yönelebilecek fiiller de tahrik kapsamında değerlendirilir. Nitekim Askeri Yargıtay, 20.11.1958 tarih ve E: 58/3277, K: 58/4361 sayılı kararında; “tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın nefesine veya akrabasına karşı tevcihî şart olmayıp, herhangi bir şahsa karşı vukuu da insanda elem ve teessür uyandırabileceğinden, sanığın bu tesir altında hareket ettiğinin mahkemece kabulü halinde haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğine” karar vermiştir.³⁶⁴

4.3.2.2. Üst veya Amire Karşı Bu Tahrikin Etkisi Altında Kanunda Yazılı Bazı Suçların İşlenmiş Olması

Genel haksız tahrik halini düzenleyen TCK'nın 29. maddesinde failin mağdura karşı eylemini haksız tahrikin ortaya çıkardığı “hiddet veya şiddetli elem” duyguları altında işleyeceğinden bahsedilmesine rağmen özel haksız tahrik halini düzenleyen Ask CK'nın 92'nci maddesinde bu unsurdan söz edilmemiştir. Ancak öğretisi ve yerleşik içtihatlar doğrultusunda kabul edildiği üzere haksız tahrikin subjektif unsuru niteliğindeki bu psikolojik durumun askeri suçlarda da aranacağını söyleyebiliriz.

Astın üstüne yönelik işlediği suç, üstün tahrik niteliği taşıyan eyleminin ast üzerinde hiddet veya şiddetli elem duyguları uyandırmasının bir sonucu olmalıdır.

³⁶³ Koç, Cihan, Notlu, Açıklamalı, İctihatlı, Örnekli, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Kanunu, TSK. Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, Mayıs 2013, 19. Baskı, s. 557.

³⁶⁴ Açıkgöz, a.g.e., s. 228.

Başka bir ifadeyle üstün asta yönelik haksız bir eylemi olmadıkça astın kanunda yazılı suçlardan birisini işlemeyeceğini söylemek gerekir.

Haksız tahrik TCK'da genel bir hafifletici sebep olarak düzenlenmesine rağmen Ask. CK'da ast tarafından işlenen belirli suçlarda hafifletici neden olarak öngörülmüştür. Bu suçlar amir veya üste saygısızlık veya tehdit, yalan yere ve usulsüz şikayet etme, amir ve üstüne hakaret etme, emre itaatsizlikte ısrar, toplu asker karşısında veya hizmetten savuşmak için veya silahlı iken yapılan itaatsizlik, büyük zararlar veren itaatsizlik, mukavemet, amir ve üste fiilen taarruz etme suçlarıdır.³⁶⁵ Askeri Ceza Kanunu haksız tahriki, sayılan bu suçlar açısından özel bir indirim hali olarak kabul etmiştir.

Ask. CK'nın 92. maddesinde sayılan suçlar dışındaki suçlarda haksız tahrik halinin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışma konusu olmakla birlikte Askeri Yargıtay bir içtihadında; "Ask. CK'da haksız tahrik halinin yalnız 92. madde de yazılı haller ve suçlara münhasır olarak kabul edilemeyeceğine, bunun dışında bir üst veya amirin haksız bir tahriki neticesinde ruhunda husule gelen gazap veya şedit bir elemin tesiri ile herhangi bir suç işleyen ast hakkında da TCK.51. maddesinin uygulanmasının gerektiğine yerinde olarak karar vermiş ve zaman içerisinde aynı doğrultudaki kararları ile bu uygulamaya istikrar kazandırmıştır.³⁶⁶

4.3.2.3. Suçun Bu Gazap ve Elemin Tesiri ile "Hemen" İşlenmiş Olması Koşulu

Ask. CK'nın 92. maddesine göre, astın üst tarafından haksız bir şekilde tahrik edilmesi neticesinde astın bu tahrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91. maddelerde yazılı suçlardan birini "hemen" işlemesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesine göre astın cezasının hafifletileceğinden bahsedilmektedir.

92. madde de yazılı "hemen" terimi, "derhal, vakit geçirmeksizin, çabucak" anlamları ile ifade edilmekte ise de; uyum ve kararlılık gösteren Askeri Yargıtay kararlarından bunun "hemen arkasından" veya "o anda" şeklinde anlamamak gerektiği "hemen" sözcüğünün maruz kalınan haksız tahrikin doğurduğu öfke ve elem ortadan kalkmadan suçun işlenmesi şeklinde değerlendirilmesi,

³⁶⁵ Koç, a.g.e., s. 557.

³⁶⁶ Askeri Yargıtay DK'nın 19.03.1965 gün ve E. 65/32, K.65/41 sayılı kararı; Duran, a.g.e., s. 275.

değerlendirmede kişinin ruhsal yapısının ve olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir.³⁶⁷

4.3.2.4. Tahrikle Suç Teşkil Eden Fiil Arasında Açık Bir Orantısızlığın Bulunmaması Koşulu

Üstün haksız fiil teşkil eden fiili ile buna tepki olarak astın işlediği suçun orantılı olması gerekir. Aksi durum haksız fiil niteliğindeki suç ile tepki suçu arasındaki nedensellik bağının ortadan kalkmasına neden olabilir. Başka bir anlatımla, tepki suçu haksız tahrik oluşturan fiilden daha ağır olsa bile haksız fiil ile buna karşı işlenen tepki suçu arasında aşırı bir orantısızlık olmamalıdır.

Askeri Yargıtay bir kararında, ilk haksız harekete verilen karşılığın önceki haksız harekete göre orantısız ve ağır olması halinde, ilk haksız hareketi yapan failin haksız tahrik indiriminden yararlanması gerektiğini kabul etmiştir.³⁶⁸

³⁶⁷ **Polatcan, İsmet**, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, TSK Disiplin Kanunu, Askeri Ceza Kanunu, TSK. Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, İstanbul, 2013, s. 321.

³⁶⁸ Ask. Yar. Drl. Krl. 27.12.2007, 133/135; **Polatcan**, a.g.e., s. 321.

SONUÇ

Suç işleyen failin cezalandırılmasında kişiliğini de dikkate alan günümüz ceza hukuku, failin davranışının hukuka aykırı olmasının yanında onu suç işlemeye sürükleyen ruhsal durumuna da bir değer tanımıştır. Suç oluşturan hareketin objektif esası yanında sübjektif esası da bu anlamda önem kazanmıştır. Bu anlamda mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem neticesinde failin suç işlemesi halinde haksız tahrikin varlığından söz edilerek failin cezasından bir miktar indirim yapılmaktadır.

Haksız tahrik durumunda kişiyi suç işlemeye sürükleyen bir anlamda mağdurun kendisi olması sebebiyle failin mağdura karşı işlediği tepki suçundan dolayı verilecek cezadan bir miktar indirim yapılması hakkaniyete uygun görülmüştür. Aksi halde kanunumuz mağdurdan kaynaklanmayıp failin kendi psikolojik hassasiyet halinden kaynaklanan hiddet ve şiddet haline sonuç bağlamamıştır. Başka bir ifadeyle failin içinde bulunduğu söz konusu buhran halinin mağdurun haksız hareketi ile oluşması şarttır.

Haksız tahrik, failin kusurluluğuna etki eden şahsi, sübjektif ve kanuni bir indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu anlamda haksız tahrik kurumu, her suç ve her fail açısından genel bir indirim hali olmakla birlikte somut olayda şartlarının varlığı halinde hakim tarafından resen araştırılıp uygulanması gereken bir sebeptir.

Haksız bir eyleme muhatap olan kişinin içinde bulunduğu hiddet hali içinde işlediği suç tüm unsurlarıyla varlığını korumakta olup bu durumda failin kusurluluğunda meydana gelen azalmadan dolayı işlediği suç sebebiyle verilecek cezada, maruz kaldığı haksızlığın derecesine göre, bir miktar indirim yoluna gidilmektedir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu 5237 sayılı kanunun 29. maddesinde de yerini korumuştur. Her iki yasa döneminde de genel hükümler arasında düzenlenen ve suça etki eden kanuni bir indirim sebebi olarak kabul edilmiştir.

Doktrinde haksız tahrik indiriminin uygulanma koşulları farklı şekilde ayrımlara tabi tutulmuş olup, genel kabul gören ortak görüşe göre failin haksız tahrik indiriminden yararlanması için; faile veya başkasına yönelmiş bir fiilin varlığı, fiilin haksız olması, failin hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalması, suçun hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi, haksız tahrik oluşturan eylemin mağdurdan kaynaklanması ya da mağdurun o fiili önleme sorumluluğunun bulunması ve bir tepki suçunun işlenmiş olması gerekir.

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde haksız tahrik, "adi (basit) tahrik" ve "ağır tahrik" şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuş olup, haksız tahrik halinde yapılacak indirim oranı hafif ve ağır tahrik hali için ayrı ayrı belirlenmişti. Yasanın 51. maddesinde basit ve ağır tahrik ayrımı yapılmış olmasına rağmen hangi fiillerin tahriki oluşturacağı belirtilmediği gibi hangi durumda tahrikin ağır, hangi durumda basit kabul edileceğinden de bahsedilmemiştir. Hakim somut olayda öncelikle haksız fiilin basit veya ağır tahrik olup olmadığını saptamakta, daha sonra indirim oranını buna göre belirlemekteydi.

5237 sayılı TCK ile 765 sayılı Yasa'da yer alan adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmış olup, tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilerek olayın özelliğine göre hakime indirim oranı konusunda takdir hakkı tanınmıştır. Hakim, İndirim oranını belirlerken failin durumunu, yaşadığı sosyal çevreyi, olayın oluş şeklini, haksız fiilin niteliğini, failde meydana getirdiği ruhsal durumu ve tahrik eden ile failin davranışlarını göz önüne almalıdır.

5237 sayılı TCK'nın 29. maddesine göre, hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Eski yasada kullanılan "haksız tahrik" ifadesinin yerine "haksız fiil" ifadesine yer verilerek, ülkemizde özellikle "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu düzenleme gereğince artık bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail hakkında haksız tahrik indirimi uygulanamayacaktır.

Kan gütme saikiyle adam öldürme suçunu düzenleyen TCK 82'nci maddenin gerekçesinde haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde, bu nitelikli halin uygulanmayacağından bahsedilmektedir. Kan gütme saiki ile haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağı konusu tartışmalı olmakla birlikte daha öncede belirttiğimiz üzere, biz kan gütme saikiyle adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin bir arada bulunamayacağını düşünmekteyiz. Zira, haksız tahrikin

temelinde yatan öfke ve şiddetli elem duyguları kan gütme saikinde yerini intikam hırsına dayanan bir görev bilincine terk etmiştir. Kan gütme saikinde fail cezalandırma yetkisini bir aile meclisi adına kendisi kullanmaktadır. Diğer taraftan, somut olayda ilk öldürme eyleminin sanık üzerindeki etkisinin doğru değerlendirilmesi suretiyle failin saikini iyi saptamak ve ona göre bir sonuca varmak gerekir. Eğer failin tek başına kan gütme saikiyle hareket ettiğinden bahsedemiyorsak fail ilk öldürme olayından duyduğu hiddet ve şiddetli elem duyguları altında ikinci öldürme suçunu işliyorsa burada artık kan gütme saiki değil, haksız bir tahrikin etkisi söz konusudur.

Eski kanunda sanık lehine haksız tahrik indirimini uygulamak için kişinin haksız tahrikin husule getirdiği “gazap veya şedit elem” altında suç işlenmesi aranırken, yeni kanunda kişinin haksız tahrik indiriminden faydalanabilmesi haksız bir fiilin meydana getirdiği “hiddet ve şiddetli elemin” etkisi altında suç işlenmesine bağlıdır. Yeni kanun ile getirilen bu değişiklik maddenin esasından daha çok kanunun dilini sadeleştirmek için yapılan bir yeniliktir. Bu bağlamda da yerinde bir değişiklik olmuştur.

Eski TCK’dan farklı olarak yeni TCK’da, tüm suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünün yanı sıra, belli suçlar açısından ayrıca özel haksız tahrik hükümlerine yer verilmemiştir. Yalnızca hakaret suçunun haksız bir fiil veya kasten yaralama suçu üzerine işlenmesi halinde yeni Türk Ceza Kanunu’nun 129. maddesi uygulanacak ve bu maddeye göre failin cezası indirilecektir.

765 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 5237 sayılı yeni TCK’da haksız tahrik sebebiyle failin cezasında yapılacak indirim oranları da değiştirilmiştir. Bu anlamda tahrikin derecesinin ağır olduğu ve üst sınırdan indirim yapılması gereken durumlarda, yeni yasanın sanığın daha lehine bir durum oluşturduğu düşünülmektedir.

Hakim, eylemin haksız fiil niteliğinde olduğunu tespit ettikten sonra failin bu haksız fiil sonucunda hiddet veya şiddetli elem duygusuna kapılıp kapılmadığını, mağdura yönelik işlediği tepki suçunu haksız tahrik altında gerçekleştirip gerçekleştirmediğini, haksız fiil ile tepki suçu arasında uzun bir süre geçmiş ise haksız tahrikin etkisini sürdürüp sürdürmediğini ve tahrikin kabulü halinde derecesini dikkate alarak failin cezasından yapılacak indirim oranını belirleyecektir.

Yargıtay, haksız tahrikin somut olayda varlığını belli kıstaslar çerçevesinde tartışmak yetkisini ilk derece mahkemelerinin yetkisinde görmekle birlikte, ilk

derece mahkemelerinin bu hususları gerekçeli kararlarına yansıtmaları gerektiğini ve bir üst inceleme merci olan Yargıtay'ın da gerek haksız tahrikin varlığının tartışılması açısından gerekse de varlığı yerel mahkemece kabul edilen haksız tahrik sebebiyle cezada yapılan indirim oranlarının olaya uygun düşüp düşmediği hususlarında denetim yetkisi olduğunu kabul etmekte ve bu açılardan yerel mahkeme kararlarını incelemektedir.

Sonuç olarak, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK döneminde de haksız tahrik kurumu failin kusurluluğuna etki eden ve cezai sorumluluğu azaltan bir sebep olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda, failin sorumluluğuna etki ederek cezasından indirim yapılmasını öngören bu hal, Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşler ışığı altında eski ve yeni yasa düzenlemeleri dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- [1] **Abban, Hakan**, Haksız Tahrik, GÜSBE Master Tezi, Ankara, 2001
- [2] **Açıkgöz, Mehmet**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara, 2012
- [3] **Açıkgöz, Mehmet**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, 2011
- [4] **Akbaba, Zeynep Burcu**, Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme, TBBD, Sayı:75, 2008
- [5] **Akbulut, İlhan**, Kan Gütme Saikiyle Adam Öldürme, İstanbul, 2006
- [6] **Akçin, İhsan/ Erel, Kemalettin/ Halitoğlu, Coşkun/ Bozoğlu, Süleyman/ Fazla, Yüksel/ Örer, Fatma Betül/ Özbey, Özcan**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, 2012
- [7] **Akkaya, Çetin/ Türk, Kenan**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu, 3. Baskı, Ankara, 2013
- [8] **Arısoy, Mine**, Hakaret, TBBD, Yıl:20, Sayı:72, Eylül-Ekim 2007
- [9] **Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014
- [10] **Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2011

[11] **Aydın, Devrim**, Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu, MÜHD, Cilt:19, Sayı:2 (Özel Sayı Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), 2013

[12] **Aydın, Devrim**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Tezi, 2003

[13] **Aydın, Devrim**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHFD, 2005

[14] **Aygün, A. Nevzat**, Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler Üzerine Bir İnceleme, Adalet Dergisi, Yıl:77, Sayı:4

[15] **Ayık, İsmail Hakkı**, Tahrik, Adalet Dergisi, Ocak, Sayı:1, Yıl:43

[16] **Bakıcı, Sedat**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2008

[17] **Bakıcı, Sedat**, Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme Suçu ve Unsurları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 1994

[18] **Başar, Nur**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, Adalet Dergisi, Yıl:71, Sayı:3

[19] **Başar, Nur**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik II, Adalet Dergisi, Yıl:71, Sayı:4

[20] **Birtek, Fatih**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014

[21] **Bostancı Bozbayındır, Gülşah**, Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, İstanbul, 2013

[22] **Centel, Nur Başar**, Haksız Tahrik Karar İncelemesi, Yasa Hukuk Dergisi, Cilt: V, Sayı:3

[23] **Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukuku'na Giriş, İstanbul, 2008

[24] **Cücer, Necmettin**, Tasarlama (Taammüt), Adalet Dergisi, Yıl:40, Sayı:2

[25] **Çağlayan, M. Muhtar**, Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzah Denemesi, Adalet Dergisi, Yıl:1973, Sayı:1

[26] **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012

[27] **Demirbaş, Timur**, Türk Ceza Hukuku'nda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul, 1985

[28] **Develioğlu, Ferit**, Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1984

[29] **Dönmez Demren, Burcu**, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, İÜHFİM, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013

[30] **Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 10. Bası, 1994

[31] **Dönmezer, Sulhi**, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003

[32] **Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 1986

[33] **Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul, 2001

[34] **Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:1, İstanbul, 1997

[35] **Duran, Gökhan Yaşar**, Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, İstanbul, 2010

[36] **Erel, Kemalettin**, Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Kişiliğin Önemi, Adalet Dergisi, Yıl: 92, Sayı: 7, Nisan 2001

[37] **Erel, Kemalettin**, Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlarda Heyecan Durumlarının Etkisi, Adalet Dergisi, Sayı: 6, Ocak, 2001

[38] **Erdem, Mustafa Ruhan**, Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma Açısından İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2), DEÜHFD, Cilt: 9, Özel sayı (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan), 2007

[39] **Erdurak, Yılmaz Güngör**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, Ankara, 1987

[40] **Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1997

[41] **Gören, Sami**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2012

[42] **Göztepe, Ece**, Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi, TBBD, Sayı: 59, 2005

[43] **Günay, Erhan**, Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Ankara, 2009

[44] **Gündüz, Remzi/ Gültaş, Veysel**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Cilt: 1, Ankara, 2009

[45] **Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2012

[46] **Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2011

- [47] **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 11. Baskı, Ankara, 2014
- [48] **Hakeri, Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, Ankara, 2006
- [49] **İçel, Kayıhan/ Evik, Ali Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 2007
- [50] **İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, İstanbul, 2007
- [51] **İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014
- [52] **İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku'nda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul, 1967
- [53] **İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul, 1987
- [54] **İskender, Salih Zeki**, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, Yıl: 35, Sayı: 127
- [55] **İzmir, Gökalp**, Haksız Tahrik, GÜSBE Yüksek lisans Tezi, Ankara, 2007
- [56] **Kangal, Zeynep T.**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, EÜHFD, C. XIV, Sayı: 3-4, 2010
- [57] **Kaya, Fahrettin**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, DÜSBE Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, 2010
- [58] **Kazancı, Behiye Eker**, Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik, DEÜHFD, Cilt: 15, 2013

[59] **Keçelioğlu, Elvan**, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBBD, Sayı: 87, 2010

[60] **Koç, Cihan**, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Örnekli, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Kanunu, TSK. Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 19. Baskı, Ankara, Mayıs 2013

[61] **Koçar, Yasin**, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler, AÜSBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007

[62] **Koparan, M. Reşat**, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, 2006

[63] **Koyuncu, Ali**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, Ankara, 2006

[64] **Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012

[65] **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2013

[66] **Meran, Necati**, Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal için Yasal Savunma, Cilt: 28, Sayı: 4

[67] **Meran, Necati**, Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara, 2007

[68] **Metiner, Haydar/ Koç, E. Ahsen**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, 1. Cilt, Ankara, 2008

[69] **Okay, Sadık/ Aslan, Bedri**, Adam Öldürmede Cezayı Artıran Sebeplerden Taammüt, Adalet Dergisi, Yıl: 40, Sayı: 8

[70] **Otacı, Cengiz**, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçları, Ankara, 2009

[71] **Otacı, Cengiz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, 2013

[72] **Otacı, Cengiz**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik ve Uygulaması, Adalet Dergisi, Yıl: 94, Sayı:15, Nisan-2003

[73] **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992

[74] **Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray**, Zorunluluk Halinin (TCK md.25/2) Hukuki Niteliği, DEÜHFD, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007

[75] **Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013

[76] **Özen, Muharrem**, Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri, AÜHFD, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002

[77] **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2013

[78] **Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2006

[79] **Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara, 2010

[80] **Polatcan, İsmet**, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, TSK Disiplin Kanunu, Askeri Ceza Kanunu, TSK. Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, İstanbul, 2013

[81] **Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara, 1999

[82] **Sağlam, Hadi/ Çolak, Mehmet/ Gökbayır, Sema**, İslam Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrikin Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi, EÜSBED, Cilt: 5, Sayı: 1, 2012

[83] **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014

[84] **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014

[85] **Şahin, Mehmet**, Yasal (Meşru) Savunma Hakkı, TBBD, Sayı: 75, 2008

[86] **Şen, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, İstanbul, 2006

[87] **Tan, Mehmet**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, 2011

[88] **Turabi, Selami**, Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, TBBD, Sayı:101, 2012

[89] **Tepebaşılı, İskender**, Yeni Türk Ceza Kanunu Sistematiğinde Haksız Tahrik ve Teşebbüs Hükümleri, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 2007/4

[90] **Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2006

[91] **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2013

[92] **Tutumlu, Mehmet Akif**, Türk Ceza Hukuku'nda Haksız Tahrik, Ankara, 1999

[93] **Ulusal Yargı Ağı Projesi**

[94] **Yargıtay Kararları Dergileri**

[95] **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2010

[96] **Yavuz, Mehmet**, Haksız Tahrik, Adalet Dergisi, Sayı: 46, 2013

[97] **Yenidünya, Ahmet Caner/ Alşahin, Mehmet Emin**, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, TBBD, Yıl: 19, Sayı: 68, Ocak-Şubat, 2007

[98] **Yılmaz, Halil**, Sarhoşluk ve Saldırgan Sarhoşluk Suçu, Adalet Dergisi, Yıl: 26, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2000

[99] **Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, İstanbul, 2010

[100] <http://www.resmigazete.gov.tr>