

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİM DALI**

HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Gökalp İZMİR**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ**

Ankara – 2007

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Gökalp İzmir'e ait "Haksız Tahrik" adlı çalışma, jürimiz tarafından Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

ye

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Danışman)

ye

Prof. Dr. Cumhur şAHİN

ÖNSÖZ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun Ceza Sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında 29. maddede düzenlenmiş olan Haksız Tahrik müessesesi 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunumuzdaki düzenlemesinden oldukça farklı bir şekilde ele alınıp çağımız ihtiyaç ve gereksinimlerine uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

Haksız Tahrik müessesesinin yeni düzenlemesiyle; töre, namus cinayetlerinde ve özellikle bir suçun mağduruna yönelik gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla failin cezasının yanlış şekilde indirilmesi önlenmektedir.

Son zamanlarda sıkça karşımıza çıkan bu müessesenin etraflı bir şekilde incelenmesi amacı doğrultusunda, sadece Türk Ceza Kanunu açısından değil Askeri Ceza Kanunu ve Adli Psikiyatri açısından da konu ele alınmıştır.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve 5237 sayılı TCK' nın getirmiş olduğu düzenlemelerin daha iyi kavranabilmesi için karşılaştırmaya sıkça başvuru olan tezin okuyuculara faydalı olması dileğiyle.

Gökalp İZMİR
Ankara - 2007

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR CETVELİ	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI, ESASI VE TARİHİ GELİŞİMİ

1 - HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI	3
1.1. Genel Anlamda Tahrik Kavramı	3
1.2. Haksız Tahrik Kavramı	4
1.3. Öğretide Haksız Tahrik	6
2 - HAKSIZ TAHRİKİN ESASI	7
2.1. Genel Olarak	7
2.2. Haksız Tahrikin Psikolojik Esası	8
2.2.1. Heyecan Türü Olarak Hiddet	10
2.2.2. Hiddet veya Şiddetli Elemin Bireye Etkisi	10
2.2.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hiddet veya Şiddetli Elem.	11
2.3. Haksız Tahrik'in Hukuki Esası	11
2.3.1. Haksız Tahrikin Hukuki Esası Konusunda İleri Sürülen Görüşler	14
2.3.1.1. Takas (Objektif) Teorisi	14
2.3.1.2. Subjektif Teori	14
2.3.1.3. Karma Teori	15
2.3.1.4. Kanaatimiz	16
3 - HAKSIZ TAHRİK'İN TARİHİ GELİŞİMİ	17
3.1. Ceza Hukuku Dönemleri	17
3.1.1. İlkel Ceza Hukuku Dönemleri	17
3.1.2. Modern Ceza Hukuku Dönemi	19
3.2. Türk Hukuku Açısından Tarihi Gelişimi	19

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK'İN YAPISI, ŞARTLARI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

1 - HAKSIZ TAHRİK'İN YAPISI	21
1.1. Genel Olarak	21
1.2. Gerekçe Gösterme Zorunluluğu	23
1.3. Haksız Tahrikin Genelliği	25
1.3.1. Haksız Tahrikin Suç Bakımından Genelliği	25

1.3.2. Haksız Tahrikin Fail Bakımından Genelliği.....	26
2 - HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI.....	27
2.1. Genel Olarak.....	27
2.2. Tahriki Oluşturan Haksız Bir Fiilin Bulunması	28
2.2.1. Tahriki Oluşturan Fiilin Niteliği	28
2.2.2. Tahrike Neden Olan Fiilin Hedefi.....	29
2.2.3. Mefruz Tahrik	33
2.2.3.1. Genel Olarak.....	33
2.2.3.2. Haksız Tahrikin Maddi Şartlarında Hata	35
2.2.3.3. Kanaatimiz	36
2.3. Haksız Fiilin Failde Hiddet veya Şiddetli Elem Meydana Getirmesi	36
2.3.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki Durum	38
2.3.2. 5237 Sayılı TCK İle Getirilen Durum	38
2.4. Suçun Bu Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi İle İşlenmiş Olması Gerekir	40
2.4.1. Genel Olarak	40
2.4.2. Kanaatimiz	43
2.5. İşlenen Suç İle Haksız Fiil Arasında Nedensellik Bulunması	43
2.6. Haksız Fiili Yapanın Mağdur Olması veya Mağdurun Bu Fiili Önleme Sorumluluğunun Olması	44
2.7. Tepki Suçunun İşlenmiş Olması	45
3 - KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK	47
3.1. Genel Olarak.....	47
3.2. İtalya Ceza Kanunu Sistemi.....	48
3.3. Almanya Ceza Kanunu Sistemi	48
3.3.1. Kısmi isnat yeteneği	49
3.3.2. Cezanın hesaplanması.....	49
3.4. Avusturya Ceza Kanunu Sistemi	50
3.5. Fransa Ceza Kanunu Sistemi	50
3.6. İsviçre Ceza Kanunu Sistemi	51
3.7. İngiltere Ceza Kanunu Sistemi.....	51

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNU İLE GETİRİLEN YENİ HAKSIZ TAHRİK SİSTEMİ, BU SİSTEMİN DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ VE ÖZEL TAHRİK HALLERİ

1 - 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE HAKSIZ TAHRİK İLE İLGİLİ GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER	52
1.1. Genel Olarak.....	52
1.2. Hiddet Veya Şiddetli Elemin Haksız Bir Fiil Sonucu Ortaya Çıkması	52
1.3. Ağır Tahrik-Hafif Tahrik Ayrımının Kalkması	54
1.4. Haksız Tahrik ve Cezadan İndirim Oranları	58
2 - HAKSIZ TAHRİK SİSTEMİNİN DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ.....	60

2.1. Haksız Tahrik - İştirak	60
2.1.1. 5237 Sayılı Kanun'a Göre İştirak.....	62
2.2. Haksız Tahrik – Meşru Müdafaa	63
2.3. Haksız Tahrik- Taammüt.....	68
2.4. Haksız Tahrik- Takdiri İndirim Nedenleri	71
2.5. Haksız Tahrik – Taksirli Suçlar	75
2.6. Haksız Tahrik – Akıl Hastalığı.....	79
2.7. Haksız Tahrik – Müttemadi Suçlar	81
2.8. Haksız Tahrik – Suç İşlemeye Tahrik.....	81
3 - ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ	82
3.1. Genel Olarak.....	82
3.2. Hakaret Suçunda Özel Haksız Tahrik	83
3.2.1. Hakaret Suçunun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi(129/1).....	84
3.2.1.1. Koşulları:.....	84
3.2.1.1.1. Tahriki oluşturan haksız bir eylem bulunmalı	84
3.2.1.1.2. Haksız Fiil Failde Öfke Veya Üzüntü Yaratmalı.....	85
3.2.1.1.3 Failin, haksız tahrikin neden olduğu bu ruhi durumun tepkisi olarak işlediği suç hakaret olmalıdır.	86
3.2.2. Hakaret Suçunun, Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi, (129/2).....	87
3.2.2.1. Koşulları.....	88
3.2.2.1.1. Faile Yönelik Bir Kasten Yaralama Eylemi Bulunmalı	88
3.2.2.1.2. Fail Hiddet Veya Şiddetli Elem Haline Sürüklenmiş Olmalıdır	89
3.2.2.1.3. Failin Tepki Suçu Hakaret Olmalı	90
3.3. Diğer Özel Haksız Tahrik Halleri	91
3.4. Askeri Ceza Kanununa Göre Haksız Tahrik	92
3.4.1. Genel Olarak	92
3.4.2. Haksız Tahrikin Şartları	93
3.4.3. Tahrike Konu Olacak Bir Fiilin Bulunması	94
3.4.4. Bu Fiilin Üst Tarafından İşlenmesi.....	94
3.4.5. Üst Tarafından İşlenen Tahrik Fiilinin Haksızlığı	94
3.4.6. Astın, Üstün Fiili Sonucu Tahrik Olması	95
3.4.7. Tepki Fiilin İşlenmesi	95
3.5. Adli Psikiyatri Açısından Haksız Tahrik Kavramı	96
3.5.1. Tıbbi Açıdan Haksız Tahrik	97
SONUÇ.....	101
KAYNAKÇA	104
ÖZET	111
ABSTRACT.....	112

KISALTMALAR CETVELİ

A.B.D.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
Age.	: Adı Geçen Eser
Agm.	: Adı Geçen Makale
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CİGM	: Ceza İşleri Genel Müdürlüğü
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	: Dairesi
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHF.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: Sayı
sy.	: Sayılı
RG.	: Resmi Gazete
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve Devamı
YD.	: Yargıtay Dergisi
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Haksız tahrik, insan psikolojisinde “buhran” haline hukuki neticeler tanınmasıdır. Doktrinde hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kusur yeteneğinin azalması olarak da tanımlanan haksız tahrik müessesesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 29. maddesinde düzenlenmiştir. TCK’ nın 29. maddesi kişiye haksız tahrikin etkisi altında işlediği suçtan dolayı verilecek olan cezanın, belli bir oranda indirilmesini öngörmektedir.

Haksız tahrik müessesesi aynı zamanda TCK’nın 29. maddesinde hükme bağlanmış olan genel bir hafifletici nedendir. Bu genel olma özelliği, hem fiil yönünden hem de fail yönünden kendini gösterir. Yani işlenen suç ne olursa olsun ve kim tarafından işlenirse işlensin, şartları varsa haksız tahrik ile ilgili hükümler uygulanır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan” nedenler başlığı altında yeniden düzenlenen haksız tahrik kurumu, esas itibariyle tahrik edici haksız fiilin etkisi altında kalan failin iradesinin zayıflaması ve böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneğinin önemli ölçüde azalması sonucu cezadan indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

Hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalmış olan şahsın kendini yönlendirme veya belli fiilleri işlemekten alıkoyma yeteneğinin tam olduğundan bahsedilemez. Ancak hiddet veya şiddetli elemin kusur yeteneğini zayıflatan bir etkisinden bahsedebilmek için bunun haksız fiilden kaynaklanması gerekmektedir¹.

¹ İzzet ÖZGENÇ- Cumhur ŞAHİN: Uygulamalı Ceza Hukuku, (Ankara 2001), 284-285.

5237 TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiş olan ve kusurluluğu azaltan, failin iradesinin oluşum şartlarını etkileyen, haksız tahrik kurumunu 765 sayılı TCK'nın 51. maddesindeki eski düzenlemesiyle karşılaştıracak olursak getirilmiş olan yenilikler; hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerektiği yönünde bir ibarenin eklenmiş olması, adi ve ağır tahrik ayrımının kaldırılarak, olayın özelliğine göre ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar arasında tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi saptayabilme konusunda hakime takdir yetkisi verilmiş bulunması, buna paralel olarak indirim oranlarının yeniden düzenlenmiş olmasından ibarettir²

Uygulamadaki yaygınlığı, Yargıtay'ın duraksamasız kararları, kanunda düzenlendiği yeri, kurumun taşıdığı önem bu tez konusunu seçmemdeki başlıca nedenlerdir. Haksız tahrik konulu tezimi 3 bölümde ele almış bulunmaktayım. Birinci bölümde; haksız tahrik kavramını, esasını ve tarihi gelişimini, ikinci bölümde; son tarihli Yargıtay kararları ile zenginleştirdiğim haksız tahrikin yapısı, şartları, ve karşılaştırmalı hukuktaki yerini, üçüncü ve son bölümde ise 5237 sayılı yeni TCK ile getirilen yenilikler, yeni haksız tahrik sistemi, özel haksız tahrik hallerini ve bu sistemin diğer ceza hukuku kurumları ile ilişkisini ele almış bulunmaktayım.

Tez konumun her yönüyle incelenmesi çerçevesinde, Askeri Ceza Kanunundaki haksız tahrik kurumu ve Adli Psikiyatri açısından da haksız tahrik kurumu incelenmiştir.

² Ali PARLAR- Muzaffer HATİPOĞLU: "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler", (İstanbul 2005), 228-229.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI, ESASI VE TARİHİ GELİŞİMİ

1 - HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI

1.1. Genel Anlamda Tahrik Kavramı

Tahrik kelimesi arapça bir sözcük olup, "kışkırtma, harekete geçirme, etki yapma, teşvik etme" anlamlarına gelmektedir. 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 tanımlanabilir¹. Bu durumda fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin psikolojik durumunda yarattığı buhran halinin sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir.

Ceza kanunlarında belirtilen, aşırı üzüntü, kızgınlık, ruhsal çöküntü gibi psişik dalgalanmalar, bireyin davranış özgürlüğünü etkileyerek onu suç işlemeye yöeltebilir. Bir bakıma insanın, diğer canlılar gibi bir etki tepki öznesi olmasının sonucudur bu. Bir etkilenme biçimi olarak tahrik, dıştan gelen bir etkinin kişiyi içine sürüklediği ruhsal bir durumdur. Tahrik nedeniyle insanın kapıldığı hiddet veya elem duyguları genel olarak heyecan kavramı bağlamında değerlendirilir².

Türk Ceza Kanununda Tahrik'in ne olduğu tanımlanmamıştır. Kanunda "Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye.." cezasının belirli oranlarda azaltılabileceği

¹ Ali PARLAR ve Muzaffer HATİPOĞLU: Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler (İstanbul, 2005), 229

² Mehmet Akif TUTUMLU: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler (Ankara, 1999), 15

belirtilmiştir. Görüldüğü gibi tahrikin ne olduğu, niteliği ve boyutları öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır.

1.2. Haksız Tahrik Kavramı

Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek, bir suç işlemesidir. Kanunumuzun kabul ettiği esasa göre, bu gibi hallerde failin cezasında indirim yapmak gerekir, yani haksız tahrik genel ve kanuni bir hafifletici sebep sayılır³⁻⁴.

Haksız tahrik, insan psikolojisinde bir “buhran” haline hukuki neticeler tanınmasıdır⁵. Kişinin yapılan haksız bir hareket karşısında kolaylıkla suç işlemesi, söz konusu fiilin doğurduğu öfke veya elemin iradesini zayıflatması sonucu içine düştüğü buhran halinin bir neticesidir.

Haksız tahrik karşısında kişinin iradesinin etkilenmiş olması, onun kusur yeteneğini de etkilemektedir. Bunun doğal sonucu olarak, suç işleyen cezasında bir indirim yapılması gerekir⁶. Kusur, suç teşkil eden fiilin bir vasfı değildir. Kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle muaheze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade etmektedir. Bu itibarla kusur, işlediği haksızlıkla ilgili olarak fail hakkında bulunan yargıdan ibarettir.⁷

Kusur, belli bir fiile ilişkin olarak fail hakkındaki yargı olduğuna göre; belli bir fiilden soyut olarak, kişinin sürdürdüğü hayat tarzı itibarıyla kusurlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Ancak, kişinin içinde bulunduğu

³ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (İstanbul, 1997), 346.

⁴ Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (Ankara, 2002), 210.

⁵ Faruk EREM: “Haksız Tahrik”, Adalet Dergisi, 7 (Temmuz. 1946), 637.

⁶ Ayhan ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler (İstanbul. 1989), 375.

⁷ İzzet ÖZGENÇ, Cumhur ŞAHİN: Uygulamalı Ceza Hukuku (Ankara, 2001), 219.

ekonomik ve sosyal şartlar, gördüğü eğitim gibi hususların, işlediği fiile müteallik kusurunun belirlenmesinde etkili olduğunu inkar etmek mümkün değildir.⁸

Kusur, haksızlık teşkil eden fiili işlemesi dolayısıyla kişi hakkında bir muaheze yargısı olması nedeniyle; bir fiil, failinin kusuru olmadan işlense dahi, haksızlık ve dolayısıyla, suç vasfını muhafaza edecektir. Demek ki, işlediği fiil dolayısıyla failin kusurlu addedilmesinin veya addedilememesinin bu fiilin suç vasfını haiz bir haksızlık olması üzerinde etki doğurmayacaktır. Bu itibarla, mesela işlediği fiilin hukuki anlam ve muhtevasını idrak edemeyecek derecede akli bozuklukla malul bir akıl hastasının bir insanı öldürmesi halinde, işlenen fiil bir suç teşkil etmektedir; ancak, failin kusur yeteneği olmadığı için, kusurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁹. İşlenen fiil dolayısıyla failin kusurlu sayılmaması halinde dahi; işlenen fiil, muayyen bir haksızlık ifade edebileceğine göre, ceza hukuku açısından önemi haizdir. Ancak, bu durumda faile uygulanacak müeyyide farklılık arz edecektir. Şöyle ki, suç teşkil eden muayyen haksızlığın işlenmesinden dolayı failin kusurlu bulunulması halinde, tatbik edilecek müeyyide bir cezadır. Buna karşılık; failin kusur ehliyetinin bulunmaması veya genel olarak kusursuz olması halinde dahi, işlenen fiil, suç vasfını muhafaza edecektir. Ancak, bu durumda faile tatbik edilecek müeyyide, bir ceza değil, koruma ve ıslah tedbiri olacaktır¹⁰.

⁸ İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN a.g.e., 219.

⁹ Ancak, ülkemizde ceza hukukçuları arasında hala klasik suç teorisi, etkisini devam ettirdiği için; bazı yazarlar tarafından suç teşkil eden fiilin manevi unsuru ile kusur, aynı kavramlar olarak mütalaa edilmektedir.

¹⁰ Öztürk, suç teşkil eden fiiller ve “suça benzeyen ve fakat teknik anlamda suç olarak nitelenemeyen emniyet tedbirlerini gerektiren fiiller” olmak üzere bir ayırım yapmaktadır. Öztürk’e göre; “esas yaptırımı emniyet tedbiri olan fiillerin, günümüz suç genel teorisi çerçevesinde suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir”. Çünkü, “ceza normunu anlamayan, anlayabildiği halde ona uygun hareket edemeyen bir kimsenin hareketi teknik anlamda suç olarak nitelenemez. Bu Özgenç ve Şahin’e göre isabetli değildir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, failin kusursuz olması halinde dahi işlenen fiil, suç vasfına haiz olacaktır. Ancak, bu durumda faile tatbik edilebilecek müeyyide, ceza değil tedbir olacaktır. (İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN: a.g.e., 219 –220.)

Haksız tahrik halinde ise failin kusuru, mağdurun fiili dolayısıyla azalır dolayısıyla; failin işlemiş olduğu suç, suç olmaktan çıkmaz ancak belli oranlarda indirilir.

Haksız tahriki, bir kişinin diğer bir kimseyi suç işlemeye sevk ve teşvik etmesi anlamında olan ve iştirak şekillerinden olan azmettirme ile yine TCK'nın 214.maddesinde¹¹ düzenlenen suç işlemeye tahrik ile karıştırmamak gerekir¹².

1.3. Öğretide Haksız Tahrik

Bir kimsenin dıştan gelen haksız eylemler sonucu kışkırtılarak suç işlemesi ceza hukuku bakımından haksız tahrik olarak adlandırılmaktadır. Kışkırtma eyleminin bizzat failin şahsına yönelmiş olması şart değildir: Yakınlarına, sevdiklerine, hatta hiç tanımadığı kişilere yönelik ahlaka ve hukuka aykırı eylemler failde hiddet ve şiddetli elem yaratabilir¹³.

Haksız tahrikte, yukarıda belirtilen hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında bir suç işleyen kişinin cezası belirli oranlarda indirilir. Bu anlamda haksız tahrik'in ceza sorumluluğunu hafifleten bir mazeret hali sayılmasının nedeni; onun etkisiyle, irade serbestisinin zaafa uğramasıdır. Tahrike maruz kalmış şahsın, onu husule getiren fiile karşı sabır ve tahammül göstermesi lazım gelirken, harekete geçerek, bir suç işlemesi dolayısıyla, cezai sorumluluğu vardır. Ancak tahrik'e konu haksız fiil, failin tahammül ve mukavemet kudretini kırmış, üzerinde hiddet veya şiddetli bir

¹¹ 765 sayılı TCK'nın 311.maddesi

¹² Köksal BAYRAKTAR: Suç İşlemeye Tahrik Cürmü (İstanbul,1977), 13. (TCK'nın 214. maddesine göre: "Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silâhlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, onbeş yıldan yirmidört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Tahrik konusu suçların işlenmesi hâlinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır"

¹³ Mehmet Akif TUTUMLU: a.g.e.,19

elem husule getirmek neticesiyle, iradesini sarsmış bulunduğu için, kendisinin soğukkanlılıkla suç işleyen kimseler derecesinde sorumlu tutulması doğru olmaz, mazur sayılarak, cezasının indirilmesi çok adilane olur¹⁴.

Yargıtay, ceza hukuku bakımından haksız tahrik kavramını şöyle tanımlamıştır:

“Tahrik, Ceza Hukuku bakımından, bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerinde yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir.”¹⁵

2 - HAKSIZ TAHRİKİN ESASI

2.1. Genel Olarak

Ceza hukukunda fiilin hukuka aykırılığı, cezalandırabilmek için gerekli fakat yeterli değildir; çünkü, hukuka aykırı bir fiil cezalandırılabilir olmaktan başka kusurlu da olmak zorundadır. İşte bu yüzden birisinin kusurlu davrandığına ilişkin karar bu kişinin hareketinin subjektif yönü üzerine bir değerlendirmeyi ortaya koymaktadır. Gerçekten insan ruhu, insan davranışlarının yegane kaynağıdır. Bu nedenle bütün kanunlar insan ruhuna yönelirler. Çünkü, ceza hukukunda sorunlar irade özgürlüğünde toplanınca,

¹⁴ Muhtar ÇAĞLAYAN: “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzah Denemesi”, Adalet Dergisi, I, (Ocak 1982), 14

¹⁵ Y.C.G.K 19.11.1990 tarih ve E:1-254, K:277 sayılı kararı (M.Emin ARTUK, A. GÖKCEN, C. YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara 2002), 71

bunlar insan varlığının anabilim dalı olan psikolojinin ruhi varlığın esasına ilişkin çabalarına dayanmışlardır¹⁶.

Haksız tahrik üzerine suç işleyen kimsenin ruhi yapısı, normal bir kişiden farklıdır. Uma haksız tahrik ile ilgili olarak; failin irade serbestliğinin zayıflaması demıştır. İrade serbestisinin zayıflaması sonucu failin o anda oluşmuş olduğu bu ruhi durum etkisiyle suçu işlediği için haksız tahrik halinde bu psikolojide olan şahsın cezası indirilir¹⁷.

2.2. Haksız Tahrikin Psikolojik Esası

İnsan psikolojisinde heyecan, teessür hayatının normal akışında belirli bir sarsıntıyı (buhranı) ifade eden ve bazı psikolojik gösterilerle birlikte meydana gelen şiddetli fakat geçici bir haldir. Heyecan ihtirastan ayrılır. İhtiras hislere hakim olan; psikolojik dengeyi kendine doğru çökerten ve geçici olmayan adeta itiyadi sayılabilen bir haldir. Bir “hiddet heyecanı”olan “haksız tahrik”in ihtirastan ilgisi yoktur. İhtirasta devamlılık hakimdir. Heyecanda geçicilik, ihtirasta ise devamlılık bunları birbirinden ayırt etmeye yarar¹⁸.

Heyecanın dışarıya vurulması, dış durum ve gerçeklik, yani tahrik ile alakalıdır; diğer bir ifade ile, sadece bedensel nitelikteki iç tahrik değil, bilakis dış tahrik içgüdüsel bir olayı ortaya koyabilir. Çünkü, dürtü doğuştan gelen bir mekanizmadır; fakat heyecan, taşıyıcı ve öncü durumunda olan bir tahrikin sonucu olarak ortaya çıkar¹⁹.

Heyecan durumlarına, korku, şaşkınlık, öfke, saldırganlık ve elem gibi haller örnek olarak verilebilir. Heyecan, ruh akışında geçici bir olay olmakla

¹⁶ Timur DEMİRBAŞ: Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri (İstanbul,1985), 25.

¹⁷ Hakkı UMA: Ceza Hukuku Dersleri, (Ankara,1981), 93.

¹⁸ Faruk EREM, A. DANIŞMAN, M.E. ARTUK: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara,1997), 591.

¹⁹ Timur DEMİRBAŞ :a.g.e.,26

beraber, insan böyle bir durumda çok defa ne yaptığını bilmez ve şaşkınlık gösterir; dikkat zorlanarak, düşünce gittikçe daralır ve sonunda kişiye tek bir düşünce hakim olabilir: Örneğin, panikte kaçma, haksızlıkta intikam, ümitsizlikte ölüm düşüncesi gibi²⁰.

Ayrıca önemli olan bir başka nokta; heyecan suçluluğu ile alakalıdır. Heyecan suçlusu, şahsına karşı fiziki tehlike, hakaret, kıskançlık gibi etkenlerin etkisi altına girerek, içinde oluşan fırtınanın sonucu suçu işler. Burada söz konusu heyecan veya yoğun duygu hali iradeyi kontrol altına alır. Kişinin doğru değerlendirmeler yapmasını engelleyerek, ani ve kontrolsüz hareket etmesine sebep olur. Burada heyecan suçlusu ile fırsat suçlusunun ortak noktaları çok olduğundan çoğu kez birbirine karıştırıldığı görülür. Ancak her ne kadar iradenin heyecan tarafından kontrol altına alınarak suçun işlenmesi²¹, yani başlangıç suça yönelim şekli itibariyle birbirlerine benziyorlarsa da, fırsat suçlusundan iradenin zayıf olması ve suç eğilimlerinin fazla olması yönünden heyecan suçlusundan ayrılır.²²

Suç işleme kararında olmadığı halde bir takım etkilerin yarattığı heyecanın tesiri ile suç işleyen heyecan suçlusu, inceleme konumuz olan haksız tahrik açısından önemlidir. Zira tahrik fiilinin etkisi ile heyecanlanan kişi, söz konusu heyecana sebep olan veya onu kolaylaştıran kişiye karşı suç teşkil eden bir fiili işlemektedir²³.

²⁰ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e., 26-27

²¹ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e., 30.

²² ASCHAFFENBURG suçluları 1- Tesadüfi suçlu, 2- Heyecan suçlusu, 3- İmkan suçlusu, 4- Tasarlayan suçlu, 5- Mükerrir suçlu 6- İtiyadi suçlu, şeklinde sınıflandırmıştır. (Aschaffenburg g.Das Verbrechen und Seine Bekaempfung 3. Verbesserte Auflage, Heidelberg 1923 s. 231)

²³ Hakan ABBAN: "Haksız Tahrik" Yüksek Lisans Tezi, (Ankara,2001), 29-30.

2.2.1. Heyecan Türü Olarak Hiddet

“Hiddet” kelimesinin sözlük anlamı, gazap, öfke ve kızgınlık olup öfke heyecan durumlarından biridir. Heyecanın irade üzerinde yaptığı etki, ceza hukuku bakımından haksız tahrik kurumu olarak, ceza sorumluluğunu azaltan genel bir sebep sayılmıştır²⁴.

Gazap ise aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şiddetli bir elem deyimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, Türk Ceza Kanununun haksız tahrik ile ilgili 29.maddesinde sözkonusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için TCK’nın 29. maddesinde her iki sözcüğün kullanılması uygun sayılmıştır²⁵.

2.2.2. Hiddet veya Şiddetli Elemin Bireye Etkisi

“Şiddetli elem” sözcüğü, “acı, keder ve üzüntü” anlamına gelmektedir. Bir kimsenin yaralanması, onda acı uyandıran patolojik bir olgudur. Üzüntü ise , manevi kişiliğe yönelen tehdit,hakaret gibi etkilerle oluşan psikolojik olguları ifade eder. Bu itibarla, haksız bir fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde faili harekete geçiren saikler daha az vahim sayılarak ceza sorumluluğunun azaltılmasını öngören haksız tahrik kurumu kabul edilmiştir.

Hiddet ve şiddetli elemin etkisi ani olabileceği gibi, bir süre de devam edebilir. Burada aranacak nokta suçun hiddet ve şiddetli elemin failde meydana getirdiği ani veya devam eden etkisi sırasında failin kusurluluğunun

²⁴ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e., 229.

²⁵ 5237 sayılı TCK.’nın 29.maddesinin gerekçesi

derecesi azalması sonucu işlenmesidir²⁶. Bu hiddet ve şiddetli elemin etkisi geçtikten sonra fiilin işlenmesi halinde tahrike ilişkin hükümler uygulanmaz, bir örnek vermek gerekirse; İki grup aile arasında husumet sebebiyle silahlı çatışma sonucu failin babası öldürülmüş, belli bir zaman sonra barış sağlanmış bu barış sonucu aileler barışmış aradan bir süre sonra fail babasının öldürüldüğü etkisi altında kalarak suç işlerse tahrikten faydalanamaz çünkü aradaki barışma ile faildeki hiddet ve şiddetli elemin etkisi geçmiştir. O halde hiddet ve şiddetli elemin faildeki etkisi hakime uygulama yönünden yardımcı olmaktadır. Hakim bu etki ile tahriki vasıflandırmaktadır²⁷.

2.2.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hiddet veya Şiddetli Elem

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile , 765 sayılı Ceza Kanunundaki gazap veya şedit elem ifadelerinin yerini gazap, öfke ve kızgınlık anlamına gelen “hiddet” ve acı, keder, üzüntü anlamına gelen “şiddetli elem” ifadeleri almıştır. Dolayısıyla TCK’nın 29.maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere gazap ve şedit elem ifadelerini karşılayan ve onları kapsayan “hiddet” sözcüğü yeterli iken uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde “şiddetli elem” sözcüğü de yer almıştır. Dolayısıyla metinde: “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse...”nin cezasının belli oranlarda azaltılacağı belirtilmektedir.

2.3. Haksız Tahrikin Hukuki Esası

Ceza hukukunda, haksız tahrik’in etkisi altında işlenen suçların taşıdıkları özellikler nedeni ile, sırf bu haller için istisnai bir kusur şekli düşünülebilir. Gerçekten kast, heyecan psikolojisi nedeniyle kesin bir sınırlamayı kaybeder; çünkü heyecan fiillerinde failin bilmesi ve istemesi

²⁶ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara,1998), 501.

²⁷ Muhtar ÇAĞLAYAN: a.g.m. 39.

diğer hallerdeki gibi aynı açıklıkta değildir. Buna rağmen, isnat yeteneğini kaldırarak had safhada olmayan heyecan durumlarında, bir buhran halinin bulunması kastı ortadan kaldırmaz. Fakat bu hallerde failin fiil konusunda (suça yönelik) karar vermesi kolaylaşır. Ancak, böyle bir ruhi karışıklığın faili etkilemesi, benzer bir durumda normal bir kişinin de etkilenebileceğinin kabulü halinde söz konusudur.²⁸

Heyecan durumunun ve dolayısıyla haksız tahrik hallerinin kusurla ilgili olarak cezanın azaltılmasını gerektiren sonuçları yanında şiddetli heyecan hallerinin neden olduğu buhran hali, isnat yeteneğinin tamamen veya kısmen kalkması sonucunu doğuran bir arızı sebep de teşkil edebilir.

Haksız tahrik hallerini de içeren heyecan durumlarının kusur ve isnat yeteneği ile olan ilişkilerinden dolayı, haksız tahrikin hukuki niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Tahrik eden eylemi ile, faili kıskırttığından onunla birlikte kusurlu sayılmış bu kusuru nedeniyle failin cezasından indirme kabul edilmiştir²⁹. Dolayısıyla suçun mağduru da, faili tahrik etmek suretiyle, suça sebep olmuştur. Onun bu suretle işlediği kusurun, failin kusurundan indirilmesi ve failin cezasının azaltılması lazımdır. Diğer bir anlatımla bu görüşe göre tahrik halinde iki suçlu vardır: Tahrik eden, tahrik edilerek fiili işleyen. Bu bakımdan her ikisi de kusur sahibidir. Mağdur kusuruyla suçun işlenmesine iştirak etmiş demektir. Mağdurun kusurunu failin kusurundan indirmek hakkaniyet gereğidir ve burada kusurların takası söz konusudur³⁰

Kusur, bir insanın işlediği haksızlık teşkil eden fiilden dolayı muaheze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı; bu fiile ilişkin iradenin oluşumunun kınanabilirliğini muaheze edilebilirliğini ifade etmektedir. Kusur yargısının

²⁸ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e., 30.

²⁹ Cengiz BARDAK: "Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme", A.D, S:1, (Ocak 1988), 42

³⁰ Nevzat GÜRELLİ: "Ceza Hukukunda Mazeret Nedeni Olarak Haksız tahrik", İ.B.D,(1951),42.

ifade ettiği anlam şudur: Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir; davranış normlarının icaplarına uygun hareket etme, haklı davranışı tercih etme imkan ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir. Kusur, böylece bir haksızlıkla bağlantılı olarak bu haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunulan yargıdır. Bir haksızlıktan mücerret, kişinin sürdürdüğü hayat tarzı itibariyle, kişinin ahlaki özellikleri itibariyle kusurluluğundan bahsedilemez.³¹

Kusur yargısından önce, kanundaki muayyen suç tariflerine uygun bir haksızlığın gerçekleştirilmesi gerekir. Bu haksızlık kasten işlenmiş veya taksirle gerçekleştirilmiş bir haksızlık olabilir. Böylece, kast ve taksir, birer kusurluluk şekilleri olarak değil; haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekilleri olarak, kısaca, birer haksızlık şekilleri olarak anlaşılmaktadırlar³². Ancak kusurun kast ve taksirden tamamen soyutlanarak, yalın bir değer yargısı olarak kabulü de söz konusu değildir. Çünkü, haksızlık, kusur yargısının dayanağını teşkil etmektedir; kusur yargısı gerçekleştirilen bu haksızlık zemini üzerine bina edilmektedir.

Psikolojik bir hadise olan hiddetin, hukuka intikali mutlak değildir. Kanun ancak haklı olan bir hiddeti göz önüne almaktadır. Bu sebeple her türlü fiile karşı gösterilen tepki sonucunda işlenen suç için fail haksız tahrik indiriminden faydalanamaz³³.

³¹ İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN: a.g.e,219.

³² Aksi görüş, hala kast ve taksiri birer yalın “ kusurluluk şekli” olarak telakki etmektedir.

³³ Faruk EREM: a.g.e., 592.

2.3.1. Haksız Tahrikin Hukuki Esası Konusunda İleri Sürülen Görüşler

2.3.1.1. Takas (Objektif) Teorisi

Bu teoriye göre iki suçlu vardır biri fail diğeri mağdurdur. Fail ceza kanunlarına göre kusurlu hareket ederek bir suç işlemiş ise de bu fiilin işlenmesinde tek başına kendisi sorumlu değildir. Mağdur faili tahrik etmek suretiyle suça neden olduğundan mağdurun kusurunun failin kusurundan indirilerek failin daha az ceza ile cezalandırılması hatta bu teoriye göre failin hiç cezalandırılmaması da mümkündür.³⁴

Eski zaman hükümleri ile ilgili olan bu teorinin bugünkü hukuk şuuru ile bağdaşmayacağı açıktır³⁵.

2.3.1.2. Subjektif Teori

Teorinin hareket noktası, failin tahrik nedeniyle kendini denetleyememiş olması bu nedenle de daha az kusurlu sayılması gerektiği düşüncesidir. Psikolojik, bireysel bir çözümlemeden yola çıkarak faile ilişkin hususları dikkate alan bu teoriye göre tahrikin hafifletici bir neden olarak kabulünün mantıki nedeni, haksız hareket sonucunda bireyin heyecanının hiddetlenmesi veya artması ve irade kontrolünde o oranda azalmasıdır. Heyecanın (hiddet veya şiddetli elem sonucu oluşan) insan iradesi üzerindeki tesiri psikolojik bir hakikattir. Bunu dikkate alan kanun koyucu da hiddet veya şiddetli elemden kaynaklanan buhran halini cezayı azaltıcı bir sebep saymıştır³⁶.

³⁴ Nevzat GÜRELLİ:a.g.e,332, Faruk EREM, A.DANIŞMAN, M.E. ARTUK, a.g.e., 592.

³⁵ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e.,31.

³⁶ Mehmet Artuk, A.GÖKÇEN, C. YENİDÜNYA: a.g.e., 702.

Doktrindeki bir görüşe göre: haksız fiil karşısında hiddetlenen ve sağlıklı düşünebilme yetisi zarar gören failin, suç işleme kararını alması ve bunu gerçekleştirmesi kolaylaşır. Haksız hareket karşısında iradenin etkilenmiş olması, kişinin kusur yeteneğine de etkili olmalıdır. Bu etki sonucu suç işleyenin cezasında bir indirim yapılmalıdır³⁷.

Subjektif teoride çağdaş ceza hukukunun kusur ilkesi ön planda tutulmaktadır. Mağdur veya maktulden gelen haksız eylem nedeniyle şiddetli bir öfke veya üzüntü içine giren kişinin irade özgürlüğü bir ölçüde zaafa uğratılmıştır. Dolayısıyla bu durumdaki kişinin kusursuz, normlara uygun davranma yeteneği yada iradesi kısıtlanmış olduğundan verilecek cezada da bu kısıtlanma hali göz önüne alınmalı ve faile yasal indirim uygulanmalıdır³⁸.

2.3.1.3. Karma Teori

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

Karma görüş teorisi aslında objektif teori içerisinde değerlendirilebilir. Aynı şekilde subjektif kusur belirtileri ile objektif kusur belirtilerinin birlikte değerlendirilmesi mümkündür. Çünkü objektif teoriye göre; dış olayların yaptığı etki sonucunda heyecan durumuna sürüklenen failin kusurunun azaldığı sonucuna varıldığı gibi; subjektif teoride failin saikine dış olayların etkisi ile birlikte anlam vererek aynı sonuca ulaşmaktadır. Başka bir deyişle her iki teoride aynı sonuca değişik çıkış noktalarından varmaktadır. Gerçekten de failin mağdur tarafından haksız olarak tahrik edilerek heyecan durumuna sürüklenmesi ve failin bu ruhi durumun etkisi altında kalarak suç

³⁷ Ayhan Önder: Ceza Hukuku Genel Hükümler (İstanbul, 1992), 342.

³⁸ Mehmet Akif TUTUMLU: a.g.e., 20.

işleminde kusurunun olduğu açıktır. İşte bu gerçeği gözönüne alan kanun koyucu, sözü geçen hallerde failin cezasında indirim yapılmasını kabul etmiştir.³⁹

Yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda haksız tahrik müessesesi, hem faili hem de fiili dikkate alan karma teoriye uygun olarak düzenlenmiştir.

2.3.1.4. Kanaatimiz

5237 sayılı Ceza kanunumuzun benimsediği ve düzenlediği kusur sorumluluğunun kabulü ile kişi ancak kastla veya taksir ile ortaya koyduğu psikolojik yönden de kendisine ait fiilinden sorumlu tutulmaktadır. Bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için, kişinin bunu maddi olarak gerçekleştirmesi yetmez; aynı zamanda kusurlu olarak gerçekleştirmesi de aranır. Tahrik sonucu failin işlemiş olduğu suçta failin hareketi yanında, mağdurun da haksız fiilinin söz konusu suça sebep olması, fail gibi mağdurun da işlenen suçta kusurlu olarak sorumlu tutulmasını gerektirmektedir.

Ayrıca haksız bir hareket karşısında kalan kişinin bu haksız hareket sebebiyle içine düştüğü psikolojik durum da esas alınmalıdır. Kişinin haksız yapılan bir hareket karşısında iradesinde bir zayıflama meydana gelir ve kolaylıkla suç işleme kararı alabilir.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında objektif teori ile subjektif teoriyi birleştiren karma teorinin haksız tahrikin hukuki esasını en iyi şekilde açıklayan teori olduğu görülecektir. Ayrıca; sadece subjektif teoriyi kabul edersek failin herhangi bir olaydan veya kişiden dolayı hiddet ve şiddetli eleme kapılması halinde mağdura karşı suç işlemesi söz konusu

³⁹ Timur DEMİRBAŞ:a.g.e.,37.

olursa haksız tahrik müessesesinden yararlandırmış olacağız bu da hukuk mantığı ve temeli ile hiç bağdaşmayan bir husustur⁴⁰.

Sadece objektif teorinin kabulü halinde ise failin işlenen fiilden tahrik olması halinde haksız tahrikten yararlandıracağız anlamı çıkar ki bu durumda da haksız tahrik'in düzenleme amacına aykırıdır. Çünkü; haksız tahrik halinde failin hiddet ve şiddetli elem de duyması gerekir. Haksız tahrik nedeniyle tepki suçunu işleyen failin cezasının indirilmesinin hukuki nedeni bir fiilin faili tahrik etmesinden çok makul düşünme yeteneğini azaltan ve suç işlemeye sevk eden bu fiilin onda hiddet veya şiddetli elem doğurmasıdır.

Ayrıca,Yargıtay'ında bir çok kararında belirtildiği üzere; haksız tahrik kurumu, kişilerin intikam duygularının tatminini değil, suç işleme anındaki psikolojik durumlarını ve bu psikolojik durumlara neden olan dış halleri esas alır⁴¹.Görüleceği üzere Yargıtay da haksız tahrik müessesini objektif ve subjektif teoriyi içine alır biçimde çift yönlü olarak ele alıp kabul etmektedir.

3 - HAKSIZ TAHRİK'İN TARİHİ GELİŞİMİ

3.1. Ceza Hukuku Dönemleri

3.1.1. İlkel Ceza Hukuku Dönemleri

İnsanların aile, kabile gibi günümüz devlet anlayışını benimsemelerinden önceki ilk zamanlarda kusura dayalı olmayan ve kolektif olarak sorumlu tutuldukları ceza hukuku anlayışı vardı⁴². Kişinin sorumluluğu objektif kıstaslar esas alınarak olabildiğince geniş tutulmuştu. Ancak o günkü düzenlemelere göre biraz ileride olduğu görülen Hammurabi kanunlarında

⁴⁰ İsmail HAKKI: "Tahrik", A.D., (Ocak,1951), 332.

⁴¹2.C.D. 26.05.2004- 698-8910 - Haydar EROL: Açıklamalı ve İçtihadlı Yeni TCK (Ankara 2005), 139.

⁴² Kayıhan İÇEL: "Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk" (İstanbul,1967), 32.

subjektif sorumluluk benimsenmeye başlanmışsa da kusur sorumluluğunu belirtir taksirden doğan sorumluluk, meşru müdafaa ve haksız tahrik ile alakalı herhangi bir düzenleme yoktur⁴³.

Eski Yunan ceza hukukunda başlangıçta kollektif sorumluluğa dayanan cezaların ardından, cezaların şahsiliğine doğru gelişme olmuştur⁴⁴. Böylece Yunan Ceza Hukuku zamanla suçluların cezalandırılmasında, cezayı hafifleten ve ağırlaştıran bazı halleri dikkate almıştır. Burada haksız tahrike yer verildiğini söyleyebiliriz; örneğin failin tehevüre kapılması sonucu bir suç işlemesi hafifletici sebep sayılmış ve ayrıca karısını zina esnasında suçüstü yakalayarak öldüren koca hakkında cezai takibat yapılamayacağı kabul edilmiştir⁴⁵.

Roma hukukunda başlangıçta şahsi intikam kabul edilmiştir. Ancak daha sonraları failin fiilden etkilenmesi sonucu normal ruhsal durumlardaki işlenmiş fiillere ilişkin hukuki değerlendirmeye tabi tutulmaması şeklindeki genel ilkenin uygulanarak cezanın hafifletilmesi söz konusu olmaktadır.

Almanya 1530' da Carolina'yı kabul etmekle ceza hukuku alanında büyük bir atılım sağlamıştır. Carolina 137.maddesinde, heyecan halinde adam öldürmeyi düzenlemiş ve bunu adam öldürmenin hafifletilmiş hali olarak düzenlemiştir. Daha sonraları 17. ve 18. yüzyılın büyük bir kısmında karşılıklı bulunma hakkı yeni bir müessese olarak düzenlenmeye başlanmıştır.

⁴³ Recai OKANDAN: "Hukuk Tarihi Dersleri", (İstanbul 1951), 143.

⁴⁴ Recai OKANDAN: a.g.e., 67.

⁴⁵ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e., 15.

3.1.2. Modern Ceza Hukuku Dönemi

Modern ceza hukuku dönemlerinde ise, haksız tahrik müessesesi ceza kanunlarında yer almaya başlamıştır. Avrupa ülkelerinin çoğunda genel hafifletici sebep olarak düzenlenen haksız tahrik, Alman ve Fransız ceza kanunlarında özel haksız tahrik hali olarak yer almıştır.

3.2. Türk Hukuku Açısından Tarihi Gelişimi

İslamiyetin kabulünden sonra İslam Hukukunun ceza ile ilgili bölümleri uygulanmıştır. Kadıların uygulama üzerinde geniş takdir hakları mevcuttur. Meşru müdafaa ile haksız tahrik kurumları sağlıklı biçimde uygulanamamıştır.

İslam Ceza Hukukunda suç teşkil eden fiillerin cezaları, topluma verdikleri zarar ve tehlikeye göre tayin edilmez. Bir şahsa suç isnat edilerek cezalandırılması için, sadece zararlı neticenin onun fiilinden doğmuş olması yetmez aynı zamanda kusurun da bulunması şarttır.

Ayrıca İslam Ceza Hukukunda şu husus benimsenmişti; İşlediği fiille topluma aynı ölçüde zarar veren her şahıs aynı cezalara çarptırılmaz. İyiyi, kötüyü ayırt edebilen ile bir küçüğü, bir akıl hastasını eşit tutmak insanlık duyguları ile bağdaşmaz. Bundan ötürü serbest irade ile işlenmiş suçla, iradeden yoksun bir kimsenin işlediği bir suç aynı görülemez⁴⁶.

Türkiye Cumhuriyeti dönemine bakacak olursak; 1926 yılında Türk Ceza Kanunun kabulünden beri var olan “haksız tahrik” kurumu çeşitli değişikliklere maruz kalmıştır. Buna göre:

⁴⁶ Mustafa Cevat AKŞİT: “İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları”, (Ankara,2000), 126-127.

Haksız tahrik ile ilgili ilk düzenleme, 13.3.1926 tarihli resmi gazetede yayımlanan 1.3.1926 gün ve 765 sayılı TCK'nın 51. maddesidir. Daha sonraki senelerde 1936, 1953, 1987, 1989, 1997 değişiklikleri yapılmıştır. 1926 senesinden itibaren bu kanunların çoğunda yapılan altmışa yakın değişiklik haksız tahrikteki indirim oranları ile ilgili değişikliklerdir.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİK'İN YAPISI, ŞARTLARI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

1 - HAKSIZ TAHRİK'İN YAPISI

1.1. Genel Olarak

Haksız tahrik müessesesi, 5237 sayılı ceza kanunumuzun ikinci bölümünün, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

5237 sayılı TCK'nın haksız tahrik kurumunu düzenleyen 29. maddesi, kişiye haksız tahrikin etkisi altında işlediği suçtan dolayı verilecek olan cezanın belli bir oranda indirilmesini öngörmüştür. Bütün suçlar açısından geçerli olan bu genel hükmün yanı sıra; belli suçların bir haksız fiilin oluşturduğu gazap halinin etkisi altında işlenmesi halinde bu suçların cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerektiren tahrik halleri de vardır¹. Bu durumda söz konusu suçlar hakkında genel hüküm içeren 29. madde artık uygulanmayacaktır; suç failinin tek bir sebepten iki defa yararlanması mümkün değildir².

Haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin meydana getirdiği gazabın, hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı

¹ Ceza Kanununda genel anlamda kusur yeteneği üzerinde bir etkisi olması itibariyle haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir sebep olarak kabul edilmiş olmasına rağmen ; bazı özel hükümlerde haksız tahrik nedeniyle failin cezasında indirim yapılacağı özellikle ifade edilmiştir. Türk ceza hukuku doktrininde bu özel hükümlerle ilgili olarak “ özel haksız tahrik halleri”nden söz edilmektedir.

² Feyyaz GÖLCÜKLÜ: “Ceza Hukuku Dersleri”, (Ankara,1980-1981), 127.

ifade etmektedir. Haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür. Haksız tahrik halinde failin iradesinde bir zayıflama meydana gelmektedir³. Böylece, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır. Hiddet etkisinde kalan bir kimsenin, kendini yönlendirme veya belli fiilleri işlemekten alıkoyma yeteneğinin tam olduğundan bahsedilmez. Ancak gazabın kusur yeteneğinin zayıflatan bir etkisini kabul edebilmek için, bunun haksız bir fiilden kaynaklanması gerekir.

Haksız tahrik halinde fiilin haksızlık muhtevassından bir azalma söz konusu değildir. Burada söz konusu olan sadece kusur muhtevassında bir azalmanın meydana gelmesidir. Bu nedenle haksız tahrikin soyut bir şekilde bir “hafifletici sebep” olarak öngörülmesi doğru değildir⁴.

Kanun haksız tahrik halinde cezada sadece indirim yapılmasını öngördüğü için, bu gazap ve hiddetin etkisindeki kişinin kendisini suç işlemekten alıkoyma yeteneğini tamamen kaybedebileceği kanunen kabul edilmemiş olmaktadır⁵.

TCK'nın haksız tahriki genel bir hafifletici sebep olarak görmesi, yalnız kan suçlarında, yani adam öldürme ve müessir fiil gibi suçlarda hafifletici bir etki tanıyan bazı kanunların ve özellikle eski Fransız Ceza kanunun sisteminden ayrılmıştır⁶.TCK'ya göre bir kimse haksız tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bir suç işlerse cezası belli bir oranda indirilir. Görüleceği üzere; haksız tahrik, failin cezasını hafifleten bir müessesedir yoksa meşru müdafaa gibi bir hukuka uygunluk sebebi

³ Ayhan ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, (İstanbul,1992), 375-376.

⁴ İzzet ÖZGENÇ, Cumhur ŞAHİN: Uygulamalı Ceza Hukuku (Ankara. 2001), 284-285.

⁵ Yargıtay 4. C.D'nin 5.11.1990,4589/ 5636 sayılı kararı.(YKD, Mart,1991,445 vd.); 4.C.D'nin 14.2.19917463/942 sayılı kararı.

⁶ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (İstanbul, 1997), 347.

değildir. O halde hukuka uygunluk sebeplerinin aksine haksız tahrik halinde fiil hukuka aykırı olmaya devam eder⁷.

Ceza Hukuku uygulaması bakımından, heyecan durumlarının önemi büyüktür. Heyecan durumlarından biri olan haksız tahrik halinde de fail duruma değil, durum faile hakimdir⁸. Heyecan hallerinin şiddetli olması halinde somut olay göz önünde bulundurularak, bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümü, bir başka deyişle anlayabilme ve isteyebilme gücü anlamına gelen⁹, isnat yeteneğinin tamamen veya kısmen ortadan kalkması sonucunu doğuran arizi bir sebebin mevcudiyeti kabul edilebilir; çünkü fail böyle bir durumda davranışlarını hukuki normlarının gereklerine uydurabilme yeteneğinden tamamen ve kısmen yoksundur. Eğer heyecan durumu failin yalnız sakın düşünmesine engel olmuşsa, isnat yeteneği vardır ancak böyle bir durumda failin kusurluluğu azalmıştır.

İsnat yeteneğini kaldırarak had safhada olmayan heyecan durumlarında, bir şuur karışıklığının bulunması kastı ortadan kaldırmaz. Fakat bu hallerden biri olan haksız tahrik halinde, failin suça yönelik fiil konusunda karar vermesi kolaylaşır. Ancak böyle bir ruhi karışıklığın faili etkilemesi, benzer bir durumda normal bir kişinin de etkilenebileceğinin kabulü halinde söz konusudur¹⁰.

1.2. Gerekçe Gösterme Zorunluluğu

Anayasanın 141/3., CMK'nun 34. ve 230. maddeleri uyarınca hakim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy, dahil gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Sanığı eyleme yönelten tahrikin varlığı ile ağırlık derecesini takdir keyfiyeti mahkemenin sorumluluğunda ise de, bu takdirin oluşa, kanıtlara ve

⁷ Bahri ÖZTÜRK:“ Soru ve Yanıtlarla Ceza Hukuku Genel ve Özel Hukuku“, (Ankara,2002), 156.

⁸ Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: Türk Ceza Kanununun Yorumu (Ankara,1998), 1005

⁹ İzzet ÖZGENÇ:“Uygulamalı Ceza Hukuku“ (İstanbul, 1998), 15.

¹⁰ Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e, 1006.

normlara uygun olup olmadığının Yargıtayca ve Bölge Adliye Mahkemesince denetlenebilmesi için mahkemece gerekçeye bağlanması zorunluluğuna uyulması gerekmektedir^{11, 12}.

Yargıtay'ın uygulamalarına göre;

Tahrik konusunda hüküm kurulurken, kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve hangisinin yekdiğerine üstün tutularak kabul edildiğinin açıklanması, tahrik oluşturan eylemlerin açıkça ve net olarak gösterilmesi, tahrikin uygulanması talep edilen durumlarda hüküm gerekçesinde bu hususun tartışılıp da 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 göre ilk haksız davranışı başlatana (tepkide aşırı bir orantısızlık bulunmadıkça) maddenin uygulanmayacağıının, derecesinin de failde uyandığı öfkeye, acıya göre belirlenmesi ve bu konunun gösterilecek gerekçede mantık ve deneyim kurallarına göre yansıtılması gerekir^{13, 14}.

Ayrıca Yargıtay¹⁵'in yetersiz gerekçe ile ilgili bir kararını inceleyecek olursak;; "Olaya sanığın sövmesinin yol açtığı, ya da olayda sövme olmadığına ilişkin savunma, yakınma ve tanık anlatımları arasındaki çelişkinin yüzleştirilerek giderilmeye çalışılması giderilemediği takdirde yöntemince irdelenerek hangi anlatımlarla hangi nedenlerle üstünlük tanındığı açıklanıp sonucuna göre sanık yararına 765 sayılı TCK'nın 51¹⁶.

¹¹ Güleç DEMİREL, Ali PARLAR:"Açıklamalı, İçtihadlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı İşlenen Suçlar, (Ankara,2002), 1030.

¹² Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU:Ceza Sor. Kald. Ve Azaltan Nedenler(İst. 2005), 237.

¹³ Yargıtay 4.C.D'nin 06.05.1999 tarih ve 3848- 5098 sayılı kararı.(A.Parlar a.g.e,443)

¹⁴ Yargıtay 4.C.D'nin 16.09.2003 tarih ve 25432-7604 sayılı kararında yetersiz gerekçe ile ilgili olarak şu şekilde karar vermiştir:Sanığın kendisine küfür edip vurması nedeniyle yakınanı yaraladığının anlaşılmasına karşın, yeterli gerekçe gösterilmeden haksız kışkırtma hükümlerinin uygulanmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.(Parlar-Hatipoğlu: a.g.e, 376)

¹⁵ Yargıtay 3. C.D., 03.05.2004 tarih ve 6759-4484 sayılı kararında eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile ilgili kararı(M.Hatipoğlu, a.g.e.,336)

¹⁶ 5237 sayılı kanunun 29. maddesinde düzenlenmiştir.

maddesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıının değerlendirilmesi gerekirken eksik soruşturma sonucu ve yetersiz gerekçe ile anılan yasa maddesinin uygulanmaması” bozmayı gerektirmiştir.

1.3. Haksız Tahrikin Genelliği

1.3.1. Haksız Tahrikin Suç Bakımından Genelliği

Haksız tahrikin TCK’da genel bir hafifletici sebep olarak nitelendirilmesi bu düzenlemenin suç ve kişi bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan herkese uygulanabilmesi anlamına gelmektedir.

Haksız tahrikin suç bakımından genelliği, tahrik olmuş ve şiddetli eleme kapılmış failin, herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan haksız tahrik müessesinden yararlanması demektir. Haksız tahrik kurumuna yer veren bir ceza kanununun bu hususu genel bir hafifletici sebep olarak görmesi daha doğrudur nitekim fail o durumda iradesine tam olarak hakim olamamakta ve o üzüntü ve kızgınlık altında suç işlemektedir. Dolayısıyla, haksız tahriki bazı suçlar açısından geçerli görmek, şiddetli elem ve hiddet altında haksız tahrikin geçerliliğini kabul eden ceza hukuku mantığı ile bağdaşmaz.

Faili hiddet veya şiddetli eleme sokan hareketlere karşı işlenen bazı suçlarda haksız tahrik olur, bazı suçlarda olmaz şeklinde haksız tahrik kurumunun hukuki ve psikolojik esası ile bağdaşmayan bir anlayış yerinde olmayacaktır.

Tahrik halinde fail yapılan harekete karşı bir tepki suçu işleyebileceğinden, birçok suç açısından haksız tahrik halinin uygulanması olanaklıdır. Failin işlemiş olduğu tepki suçu icrai, ihmali olabileceği gibi müteselsil suç, tekerrür suçu yada mütemadi suç olabilir. Tahrikin etkisiyle hareket eden faillerin işledikleri iştirak halinde suçlarda da tahrik kurumu uygulanabilecektir. Fakat iştirak halinde suç işleme halinde tahrik indirim

faillerin tümüne değil ancak tahrikin etkisi ile suça iştirak etmiş olanlara uygulanabilecektir¹⁷.

Hakeri' ye göre de: "kan gütme suretiyle adam öldürme" halinde haksız tahrikten bahsedilemez. Çünkü haksız tahrik'in temelini oluşturan failin hiddet ve şiddetli eleme kapılması hali, kan gütme suretiyle adam öldürmede yerini, haksız tahrik kurumu ile hiç bağdaşmayan öç alma, hıncını çıkarma, amaçlarına bırakır¹⁸.

Sonuç olarak haksız tahrik müessesesinin niteliğine uygun olduğu takdirde, herhangi bir suç tipinde 29. madde uygulanabilir. Buna karşılık, kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında diğer adam öldürme suçlarındaki mümkün olan acı ve öfke duygusu değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı bir düşünce ile suç işlenmiş olmasına göre, haksız tahrikin mümkün olmadığı¹⁹ 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı TCK'nın 29.maddesinin madde gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.

1.3.2. Haksız Tahrikin Fail Bakımından Genelliği

Kanunumuzun metninde açıkça belirtildiği üzere; haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimsenin cezası belirli oranlarda indirilir. Görüleceği üzere, kanunda suç işleyen kimse, denilmek suretiyle suçu işleyen failin herkes olabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla şiddetli eleme veya hiddete kapılmış herkes tahrik indiriminden yararlanabilecektir.

Haksız tahrik neticesinde suç işleyen ile mağdur arasındaki ilişkiyi kanun göz önüne almamıştır. Bu bakımından aralarındaki ilişki ne derecede olursa olsun (örneğin akrabalık) haksız tahrikin şartları gerçekleşmişse 29.madde uygulanır. Böylece ana, baba, karı, koca arasında işlenmiş suçlarda da eğer fail haksız yere tahrik edilmiş ise, ceza indiriminden

¹⁷ Devrim AYDIN: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Master Tezi, (Ankara, 2003), 40.

¹⁸ Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku Temel Bilgiler,(Ankara, 2006), 190 vd.

¹⁹ Ayhan ÖNDER: a.g.e., 343.

faydalanır. TCK. suç yönünden olduğu gibi kişi bakımından bazı sınırlar koyan 1810 Fransız CK'nın sisteminden ayrılmıştır.

Türk Ceza Kanununun haksız tahriki suç ve kişi bakımından genel kural olarak kabul etmesi psikolojik esaslara da uygundur. Çünkü 29. maddenin aradığı şiddetteki bir heyecan suni sınırlamalara müsait psikolojik bir durum değildir²⁰.

2 - HAKSIZ TAHRİKİN ŞARTLARI

2.1. Genel Olarak

“Haksız Tahrik” kurumu, 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı ceza kanunumuzun 29.maddesinde cezayı hafifleten bir sebep olarak düzenlenmiştir. Tahrik fiilinin neticesinde failin hiddet veya şiddetli eleme kapılarak, tahammül ve mukavemet kudreti kırılmış ayrıca iradesi sarsılmıştır²¹. Dolayısıyla failin soğukkanlılıkla söz konusu suçu işleyen kimseler gibi cezalandırılmaması gereği haksız tahrik kurumunu ortaya çıkarmıştır.

Türk Ceza Kanunumuzun 29. maddesinde haksız tahrik'in ne olduğu ve hiddet veya şiddetli elem halinde hangi oranlarda cezanın indirileceği belirtildiği halde, haksız tahrikin şartları belirtilmemiştir²².

²⁰ Faruk EREM, Ahmet DANIŞMAN, M.Emin ARTUK: Ceza Hukuku Genel Hükümler,(Ankara,1997) 594.

²¹ M.Muhtar ÇAĞLAYAN: “Yargıtay İçtihadlarının Işığı Altında Bir İzah Denemesi,(A.D.Ocak 1982)., 15.

²² Cengiz BARDAK: “ Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme” A.D (Ocak 1982), 43.

2.2. Tahriki Oluşturan Haksız Bir Fiilin Bulunması

2.2.1. Tahriki Oluşturan Fiilin Niteliği

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle tahriki oluşturan bir fiilin bulunması ve bu fiilin haksız(hukuka aykırı) olması²³ gerekmektedir fakat suç teşkil etmesi gerekmez²⁴. Fiilin haksız olup olmadığı muayyen bir devrede yine belirli bir toplulukta cari olan içtimai değer hükümlerine²⁵ göre hakim tarafından takdir edilir²⁶.

TCK'nın 29. maddesinde tahrik oluşturan fiillerin neler olduğu tanımlanmamış²⁷ ve bu konuda bir sınırlama getirilmemiştir. Bu husus somut olayda hakim tarafından takdir edilecektir. Bu itibarla mahkeme kararının gerekçesinde haksız bir fiilin gerçekten var olup olmadığı, varlığı kabul edilen bir fiilin tahrik oluşturup oluşturmayacağı, tahrik oluşturuyorsa indirim oranı bakımından tahrikin derecesi hususundaki takdirin nedenlerinin, dosyada mevcut kanıtların tahlil ve değerlendirilmesi ve bu sonuca kanıtlardan

²³ Çobanlık yapmakta olan sanık İbrahim'in olay gecesini arazideki hayvanlarına bakmak üzere evden ayrılıp, gece geç saatlerde tekrar eve dönmesi üzerine, evin giriş kapısının açık olduğunu gördüğü, akabinde eşinin bırak, bırak seslerini duyarak eve doğru koşunca dış kapının açık olduğunu ve holde maktulün eşinin ırzına geçmeye çalıştığını farketmesi üzerine, maktulü eşinin üzerinden kaldırarak tecavüz teşebbüsüne son verdiği, ardından da kaçmaya çalışan maktulü yumrukla darp ettiği, maktulün aldığı darbelerin ve sarhoşluğun etkisi ile evine doğru kaçarken yolda ağzındaki kanamadan kaynaklanan asfiksi sonucu öldüğü rızai ilişki halinde yakalanan kimseler hakkında uygulanması mümkün bulunan TCK'nın 462.maddesinin koşullarının olayda oluşmadığı gibi bu konuda kanıta dayalı herhangi bir gerekçenin de gösterilmediği tüm dosya ve deliller kapsamından anlaşıldığına göre, sanığın ağır tahrik altında kastı aşan adam öldürmeden TCK'nın 448.,452/1., 51/2 59., maddeleriyle cezalandırılması gerekirken, dosya kapsamı ile uyumlu olmayacak şekilde maktul ile sanığın eşi Hatice arasında rızai ilişkinin varlığının kabulü ile yazılı şekilde TCK'nın 462. maddesinden indirim yapılması , (Yargıtay 1. C.D'nin 08.07.2004, 4319/2764 sayılı kararı.)

²⁴ İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN: a.g.e., 285.

²⁵ Osman YAŞAR: İçtihadlı Türk Ceza Kanunu, (Ankara,2001), 165. Evliliği önemsemeyen eşin; „Ankarada okey oynadıklarıyla seni aldatıyorum“ şeklindeki hareketi CGK 30.09.1991 tarih ve 1/220/246 sayılı kararı ile ağır haksız tahrik saymıştır.

²⁶ Nevzat AYGÜN: “Cezaya Ehliyet ve bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler Üzerine Bir İnceleme”(A.D Temmuz 1986), 39.

²⁷ Yargıtay'ın tahrik oluşturan fiiller konusundaki kararları aşağıdaki gibidir: Maktulün ve arkadaşlarının sanığın bulunduğu eve taş ve sopalarla saldırmalarını(1.C.D'nin 08.07.2004, 4322-2747 sayılı kararı.), Müdahilin husumetli olduğu sanığın üzerine motosikletle gelmesi(2.C.D'nin 06.05.2004.,2251-9862 sayılı kararı.), Maktul ile sanık arasında cinsel ilişki.(1.C.D'nin 04.03.2004., 3704-647 sayılı kararı.), Müştekinin sanığa küfretmesi(2.C.D'nin 24.05.2004., 4024-11111 sayılı kararı.(Haydar EROL Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni TCK, (Ankara,2005),139.

hangisinin yekdiğerine üstün tutularak varıldığıının açıklanması gerekmektedir²⁸.

Ortada tahrik teşkil eden bir fiil yoksa haksız tahrik de yoktur. Bir fiilin tahrik edici niteliğe sahip olup olmadığı, tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahrik teşkil eden fiili yapan kimsenin durumuna, bunlar arasındaki ilişki, yer, zaman ve çevreye göre takdir olunur²⁹.

Tahrik teşkil eden fiil icrai nitelikte olabileceği gibi ,ihmali nitelikte,söz yazı işaret gibi her türlü işaret ile olabilir³⁰⁻³¹.Bir tek hareketten ibaret olabileceği gibi ayrı ayrı veya birbirlerini izleyen hareketlerden de ibaret olabilir.

2.2.2. Tahrike Neden Olan Fiilin Hedefi

Tahriki oluşturan fiilin mutlaka tepkide bulunan kimseye karşı yapılmış olması şart değildir³².Ona yakın bir kimseye veya failce sevilen birine, annesine, kardeşine çocuğuna³³ hatta bir yabancıya, bir eşyaya veya hayvana karşı yapılması yeterlidir³⁴. Gölcüklü'ye göre; tahriki oluşturan fiil mutlaka tepkide bulunan kimseye karşı yapılmış olması şart olmasa da tahrik etkisi altında işlenen suçun tahrikte bulunan şahıs aleyhine işlenmiş olması gerekir. Aksi halde ortada tahrik değil, belki takdiri hafifletici sebep sayılabilecek bir durum olabileceğini belirtmektedir³⁵.

Askeri Yargıtay, sanığın kışlaya bir şişe cin ile girerken yakaladığı eri yumruklaması olayında, doğrudan kendisine karşı disiplinsizliğin olmadığı gerekçesiyle farklı sonuca ulaşmıştır³⁶.Sokakta bir köpeğin veya bir başka

²⁸ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e., 230.

²⁹ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler(Ankara, 1998), 504.

³⁰ Nevzat AYGÜN: a.g.m., 38-39

³¹ Ayhan ÖNDER: a.g.e,344

³² Mehmet Akif TUTUMLU: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik,(Ankara, 1999), 23.

³³ Hakkı UMA: Ceza Hukuku Dersleri, (Ankara,1981), 93-94.

³⁴ Bahri ÖZTÜRK, Mustafa ERDEM, Veli Özer ÖZBEK: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, (Ankara,2002), 213

³⁵ Feyyaz GÖLCÜKLÜ: Ceza Hukuku Dersleri, (Ankara,1980), 126.

³⁶ As.Yar.3D.02.10.1990 , 441/430 (As.YKD. sy 9, s 7.)

hayvanın dövüldüğünü gören ve hiddetlenen bir kimse bakımından da haksız tahrik vardır.

Kanunumuz sadece belirli halleri haksız tahrik sayan, mesela yalnız öldürmeye teşebbüs ,müessir fiil, ırza tecavüz gibi sayılı hareketlerin tahrik addedilebileceğini benimseyen Fransız sisteminden farklı olarak, ne gibi hallerin tahrik teşkil edebileceğini göstermiş değildir;bir fiilin tahrik edici niteliğe sahip olup olmadığı tamamen değişken kriterlere göre, mesela tahrik edildiğini ileri süren kimsenin kişisel niteliklerine, tahriki oluşturan fiili yapan kimsenin durumuna, bu kimseler arasındaki ilişkiye, zaman ve yer şartlarına göre takdir olunur³⁷.

Yargıtay pek çok kararında; tahrikin varlığı veya ağırlık derecesinin saptanması bakımından, mahkemenin kararın dayanak yaptığı, tahrikin kabulü veya reddine ilişkin önceki olayla ilgili bir dosyanın varlığı halinde bu dosyanın incelenmesi ve Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde dosyaya eklenmesi gerektiğini; savunmada ileri sürülen fiilin gerçek olup olmadığını araştırılması, bu konuda gösterilen tanıkların dinlenmesi gerektiğinde irtibatlı dosyaların, örneğin mülkiyet ve zilyetlik iddialarına dayalı olaylarda, konunun etraflıca soruşturulması gerektiğini vurgulamaktadır³⁸.

5237 sayılı ceza kanunumuzun 29.maddesinin gerekçe kısmında da görüleceği üzere, hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Bu fiilin mutlaka suç oluşturmaması veya Borçlar Hukuku anlamında haksız fiil sayılması gerekmez. Eylemin haksız olup olmadığı, failin durumu ve yöresel koşullara göre olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri,tahrik eden ile failin hal ve davranışları gibi tamamen değişken kriterlere göre mahkemece belirlenir.

Tahriki oluşturan fiil tek olabileceği gibi birden çok ve birbiri peşinden gelen çok sayıda fiilden de oluşabilir; tahrik edilmek istenen kimsenin

³⁷ Sulhi DÖNMEZER,Sahir ERMAN: a.g.e, 352.

³⁸ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e, 230.

oturduğu evin karşısındaki duvara hakaret içeren resimlerin devamlı surette asılması önceleri bunlara aldırmayan faili bir süre sonra gazaba getirebilir³⁹.

Karşılıklı tahrik⁴⁰ oluşturan fiillerin olması durumunda, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirmeli, öncelik sonralık durumları ile birbirine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri göz önünde tutulmalı⁴¹, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilmeli, failin haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve haksız eylemler arasında açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.

Fail ve mağdurun karşılıklı haksız davranışlarının söz konusu olduğu bir olayda Yargıtay şu şekilde karar almıştır⁴²: “Haksız bir fiil ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği fiille karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir

³⁹ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e, 353.

⁴⁰ Olay günü karşılıklı küfürleşmeden ibaret davranış; Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğü'nün soruşturma raporu ile disiplin soruşturması evrakına ve tanık beyanlarına göre: sanığın yedi kez disiplin soruşturması geçirip görevle ilgili devamlı sorunlar yaratan, bu nedenle disiplin cezalarına maruz kalan kişiliğe sahip olduğu, bunun maktulün göreve gelmesinden önceki zamanlarda başlayıp sonraki süreçte devam ettiği ve öncekilere maktulün bir dahil olmayıp tamamında sanığın haksız olduğu tanık Alaattin Dağdelen'in de kısmen doğruladığı şekilde: olay günü karşılıklı küfürleşmeden ibaret hareketin ise ancak hafif tahriki oluşturacağı gözetilmeden TCK'nın 51/1. maddesi yerine TCK'nın 51/2.maddesi uygulanarak eksik ceza tayini,(1.C.D'nin 10.11.2003 tarih ve 851-2698 sayılı kararı.-A.Parlar-M. Hatipoğlu,a.g.e, 366-377))

⁴¹ 1970 doğumlu maktule eşinin boşanma davası açması ve şahsına ait evde ayrı yaşamaya başlaması üzerine; onu; önce telefonla taciz bilahare tehdit eden ve bu sebeple maktulenin erkek kardeşini evine çağırmasına neden olan 1939 doğumlu sanık Hacı'nın yarattığı kışkırtma karşısında; maktuleden kaynaklanan; sanığın erkekliliği ile alay etme ve olay anında evde bulunup pencereden bakan kardeşini dostu diye tarif ederek, onu çağırırım ananı sk etsin deme biçimindeki tahkir ve mefruz tahrik yaratma hallerinin kolayca aşılabilecek ve basit bir araştırma ile gerçek niteliği açığa kavuşturabilecek mahiyette oluşu itibarıyla, etki tepki mukayesi de gözetildiğinde sanık yararına basit kışkırtma düzeyinde kabulü gerekirken sanığın haksız zeminde oluşu ve mefruz tahrikin de kolayca çözümlenebilir bulunuşu gözetilmeyerek yasanın 51/2.madde ve fıkrasınca ağır düzeyde kabulü,(1.C.D'nin 24.03.2003 tarih ve 3781-362 sayılı kararı. A.Parlar-M. Hatipoğlu, a.g.e, 386,387))

⁴² Y.C.G.K. 4.10.2000 gün ve 189-211 sayılı kararı

oransızlık varsa bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir.”

Yargıtay’ın tahriki oluşturan haksız fiil olarak neleri gördüğüne bakacak olursak:

“Sanığın 10 yıl öncesindeki bir olay nedeni ile husumetli olduğu müdahilin olay günü motosikleti ile üzerine gelmesinin verdiği kızgınlıkla müdahili yaraladığı yolundaki savunması karşısında, haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağıнын tartışılmaması”⁴³, “mağdurun, sanığın babasını bıçakla yaralaması”⁴⁴, “katılanın sanığın ailesinin yol ve dere kenarına çaktığı kazıkları traktörü ile sökmesi”⁴⁵ olaylarını Yargıtay haksız fiil olarak değerlendirmiştir.

Yargıtay, tahrike karşı tahrik olur mu? sorusunun cevabının bulunabileceği şu kararında TCK 29.maddesinin uygulanabileceğine karar vermiştir:

“Sanık Cafer’in başlangıçtaki haksız davranışına tepki olarak maktulün gerçekleştirdiği bıçaklı saldırı ve yaralama şeklindeki bu haksız davranışın ulaştığı boyut sergilediği vehamet ve neticeleri itibariyle, tepkide aşırılık ve bir oransızlık bulunduğu, böylelikle etki- tepki dengesinin sanıklar lehine bozulduğu anlaşılmaktadır. O halde yumruk vurduğu maktulün olayın yatıştırılmasından sonra eline geçirdiği ekmek bıçağı ile saldırıp kendisini yaralaması üzerine, boğuşarak elindeki bıçağı aldıkları halde, boynunu sıkmayı sürdürüp maktül Mücahit’in muzdarip olduğu önceki boyun rahatsızlığının kolaylaştırıcı etkisiyle boyun omurlarının kırılmasına ve gelişen komplikasyonlar sonucu ölmesine neden olan sanık Cafer ile bu eyleme fer-

⁴³ Yargıtay 2.C.D’nin 6.5.2004 2251-9862, (Haydar EROL.a.g.e., 141)

⁴⁴ 4.C.D’nin 11.02.2004-2763-1150 (Haydar EROL.a.g.e., 142)

⁴⁵ 4.CD.,29.09.2003. 27228-84184 Haydar EROL, a.g.e.,151).

an iştirak eden sanık Mevlüt hakkında TCK'nın 29. maddesinin uygulanması gerekir⁴⁶”.

2.2.3. Mefruz Tahrik

2.2.3.1. Genel Olarak

Mağdurdan kaynaklanmayan, onunla nedensellik bağı bulunmayan ve fakat failde mağdurdan kaynaklandığı sanılan bir fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem halinin tepkisi olarak, kusursuz yanılmanın etkisi altında failin suçu işlemesi durumuna mefruz tahrik denilmektedir. Bu koşullarda suçu işleyen faile haksız tahrik hükmünün uygulanabilip uygulanamayacağı konusunda doktrinde ve Yargıtay'ın uygulamalarında farklı görüş ve içtihatlar bulunmaktadır. Failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusuru yok ise, onu bu psikolojik durumundan yararlandırmamak haksız tahrikin esasına aykırıdır, denilmektedir⁴⁷. Gerçekte bulunmayan ve fakat, failce varsayılan haksız bir fiilden dolayı hiddet veya şiddetli elem etkisiyle suçu işlediği mefruz tahrik durumunda, doktrindeki bir görüşe göre haksız tahrik hükmü uygulanabilir⁴⁸ ⁴⁹. Gürelli ve Önder ise mefruz tahrik halinde indirim yapılamayacağı görüşündedirler⁵⁰.

Haksız tahrikte cezanın indirilmesinin esas nedeni psikolojiktir ve failin hiddet ve şiddetli elem saiki ile hareket etmesidir. Bu psikolojik esas mefruz tahrik halinde de vardır. Bundan başka duygularının veya zihni yeteneklerinin faili yanıltmış olması dolayısıyla, bu sebepten yararlanamaması da adaletsiz olur.

Bu konuda aksi yönde olan görüşe göre; tahrik hükmünün uygulanabilmesi için haksız fiilin objektif olarak bulunması gerektiği bu

⁴⁶ CGK.,25.05.2004,1-87/124. (Ali PARLAR, M. HATİPOĞLU: a.g.e., 247, 248.)

⁴⁷ Bahri ÖZTÜRK, R. ERDEM, V.Özer ÖZBEK: a.g.e, 213.

⁴⁸ İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN: a.g.e, 287.

⁴⁹ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e, 1103.

⁵⁰ Nevzat GÜRELLİ: “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”İBD.(İstanbul,1951),333; Ayhan ÖNDER: a.g.e, 378.

nedenle mefruz tahrik halinde haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı ileri sürülmüştür⁵¹.

Mollamahmutoğlu'na göre; mefruz tahrik hali failin kusursuz yanılarak öfke veya elem haline sürüklenmesidir ve bu durumda fail haksız tahrik hükmünde yararlanamaz ancak cezayı azaltıcı takdiri bir sebep olarak nitelenebilir⁵².

Özgenç ve Şahin, mefruz tahrik halinde, haksız tahrik indiriminin yapılması gerektiğini belirtmişlerdir⁵³.

Yargıtay," mefruz" haksız tahriki kabul etmemekte , gerçekte tahrik oluşturan bir fiil bulunmamasına rağmen, failin böyle olduğuna inanarak işlediği suçtan dolayı madde 29'u uygulamamaktadır^{54, 55},

Buna karşılık Yargıtay'ın bu durumlarda haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğine ilişkin kararları da mevcuttur.^{56 57}.

Parlar ve Hatipoğlu'na göre: haksız tahrikin hukuki esası, haksız bir fiille karşılaşan failin kapıldığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında, bu

⁵¹ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e, 238-239.

⁵² Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e., 826.

⁵³ İzzet ÖZGENÇ, Cumhur ŞAHİN: a.g.e, 287.

⁵⁴ Yargıtay CGK'nun 15.5.1989 tarih ve 1-121/186 sayılı kararı.

⁵⁵ Sami Selçuk tarafından yazılan karşı oy yazısında "mefruz tahrik durumunda fail kusursuz yanılarak öfke ve elem haline sürüklenmişse haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir. Zira tahrik durumunda failin kusuru, içinde bulunduğu heyecan hali nedeniyle azalmaktadır. Eğer failin yanılarak mefruz tahrik haline düşmesinde kusuru yok ise, onu bu psikolojik durumundan yararlandırmamak haksız tahrikin esasına aykırıdır" denilmektedir.

⁵⁶ Yargıtay 4.C.D'nin 13.05.1999 tarih ve 430-1353 sayılı kararı. (Ali PARLAR: a.g.e, 442)

⁵⁷ Konu ile ilgili 1.C.D'nin 06.05.1998 tarih ve 428/1417 sayılı kararının karşı oy gerekçesinde; "Yaralanma anını görmeyen ancak silah sesleri üzerine dışarı çıktığında kocası Aydın'ın ayaklarından vurulduğu ve kan kaybeder biçimde yerede kıvrılır olduğunu fark eden Leylanın; Kocasını yaralayan kişi yada kişilerin kim olduğunu tahkik ve tespit olanağı bulunmayan bu ahvalde, yakın çevrede bulunanları, eşine vaki saldırıdan sorumlu tutarak eşine ait tabancayı kapıp kontrolsüz bir davranışla ateşlemek ve çevredekileri taramak syretiyle maktül Kenan'ı göğüs nahiyesinden vurarak öldürdüğü anlaşılmakla; her ne kadar olayımızda maktül Kenandan kaynaklanan bir tahrik hali yoksa da; eşinin yaralandığını gören sanığın, sorumluları saptayabilme zaman ve şansının bulunmadığı, bu ani algılamada eşinin yakın çevresindeki kişileri sorumlu telakki ederek karşı eyleme yönelmesinin, halin icabına göre benimsenebilir bir mefruz ağır tahrik telakki edilebileceği" belirtilmiştir.

heyecan durumuna sürüklenmesi ve bu ruhsal durumun bir tepkisi olarak suçu işlemesi ceza sorumluluğunu azaltıcı bir neden sayılarak 29. maddenin uygulanması, kabul edildiğine göre; failin gerçekte bulunmayan ve fakat failce varsayılan haksız bir fiilden dolayı suçu işlemesi hali olarak tanımlanan mefruz tahrik⁵⁸ altında suçu işleyen fail hakkında da TCK'nın 29. maddesinin uygulanması gerektiği kanısındayız⁵⁹.

2.2.3.2. Haksız Tahrikin Maddi Şartlarında Hata

Türk Ceza Kanunun 30. maddesinin 3. fıkrasına göre: “ Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

Kişi somut olayda kusurluluğu azaltan neden olan haksız tahrikin koşullarında hataya düşmüş olabilir. Somut olayda haksız tahrikin maddi şartları gerçekleşmemiştir, yani işlenmiş bir haksız fiil bulunmamaktadır. Ancak kişi gerçekleşmiş olduğunu zannettiği haksız bir fiilin kendisinde oluşturduğu öfke halinin etkisiyle bir suç işlemiştir. Bu yanılmanın kişi açısından kaçınılmaz olması halinde, haksız tahrik hükümlerine istinaden, hakkında hükmolunacak cezada indirim yapılır.

Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında hatanın kaçınılabilir olması halinde; kişi cezalandırılacaktır; fakat cezasında ancak alt sınıra kadar indirim yapılabilecektir.⁶⁰

⁵⁸ Ayrıca; Yargıtay 2. C.D'nin 12.04.2004 tarih ve 27676-7422 sayılı kararında mefruz tahrik ile ilgili olarak şu kararı vermiştir: Olay tarihinden önceki günlerde sanığın evde olmadığı bir sırada gece evinin kapısı çalınarak eşinin taciz edildiği, olay tarihinde de sanık evde iken yine gece 23.30 sıralarında kapının çalındığı, kapıyı çalan şahsın sanığın eşi tarafından tanındığı, bunun üzerine sanığın av tüfeği ile ateş ettiği sırada evin civarında tesadüfen bulunan müştekinin de kapıyı çalan şahsın arkadaşı ve eşini rahatsız eden kişilerden olduğunu tahmin ederek ateş ettiği ve müştekinin de, yaralandığı olayda sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir.

⁵⁹ Muzaffer HATİPOĞLU, Ali PARLAR: a.g.e., 239.

⁶⁰ İzzet ÖZGENÇ: “TCK Gazi Şerhi” (Ankara 2005) , 425

2.2.3.3. Kanaatimiz

Mefruz tahrik durumunda, TCK'nın 29. maddesinde belirtilen haksız tahrik kurumunun koşullarından biri olan "haksız bir fiil" in sebebiyet verdiği hiddet veya şiddetli elem oluşmamaktadır. Daha doğru bir ifade ile ortada mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız bir fiil yoktur ancak var sanılmıştır dolayısıyla fail yanılmıştır.

TCK nasıl bazı hataları ve kusursuzluğu cezasızlık sebebi veya cezadan indirim sebebi kabul etmişse, failin istemeden düştüğü bu durumdan fail lehine sonuç çıkarmanın en doğru yol olacağı düşüncesindeyiz.

2.3. Haksız Fiilin Failde Hiddet veya Şiddetli Elem Meydana Getirmesi

Haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin varlığı halinde öfke veya şiddetli bir elemnin varlığını mutlak olarak kabul etmek doğru değildir; kişiye göre değişebilecek bu subjektif tutum hakkında karar vermek hakimnin takdirine bağlıdır. Öfke içinde suç işlenebileceği gibi şiddetli elem halinde de suç işlenebilir. Bu tür heyecan hallerinde failin davranışlarının hukuki sonuçlarını hesaplayabilmesi ve hareketlerini denetleyerek duruma hakim olması güçtür⁶¹.

Tahriki oluşturan fiil, faili öfke veya şiddetli elem durumuna soktuğuna göre, suçun işlenmesi sırasında bu etkinin varlığını araştırmak gerekir. Diğer bir deyişle tahrikin mazeret sebebi sayılabilmesi için fiilin, failin öfke veya şiddetli elem durumu içerisinde bulunduğu sırada işlenmiş olması gerekir yani; psikolojik durumun etkisi devam ettiği süre içinde fiili işlerse tahrikten yaralanır⁶². Bu durum saat ile ölçülemez ve tahrik edilenin fiilini ani olarak işlemesi şart değildir. Burada önemli olan nokta, fiilin buhran⁶³ durumu sona ermeden işlenmesidir. Bu nedenledir ki, Hakim öfke veya şiddetli elem

⁶¹ Yaşar YAVUZ: Haksız Tahrik, A.D, (Ankara,1991), C:17, S:4, 446.

⁶² Ayhan ÖNDER: a.g.e, 347.

⁶³ Necdet YALKUT: "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik" Y.D (Nisan,1979), 244.

durumunun devam edip etmediğini tespit bakımından haksız hareketin niteliğine bakmalı ve bunun normal bir kimse üzerinde ne kadar bir süre etkisini sürdüreceğini hesaplamalıdır. Gerçekten burada önemli olan husus somut olayın özellikleri ve psikolojik ortam göz önünde bulundurularak normal bir kişinin de böyle bir duruma sürüklenip sürüklenemeyeceğidir. Çünkü ahlaken de kabul edilebilir olması gereken bu buhran durumu, failin kolay heyecanlandırılabilirliği, saldırganlığı veya alınganlığı gibi anormal psikolojik yapısının bir sonucu olmamalıdır⁶⁴.

Hiddet veya şiddetli elem altında işlenmiş olan fiil, failde başlangıçta şiddetli bir öfke, üzüntü meydana getirebilirken, belli bir zamanın geçmesiyle etkisi zayıflayabilir bütün bunlar hakimnin takdirine bağlıdır.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için yasada bir zaman sınırlaması yapılmamıştır. Bu nedenle aradan uzunca bir zaman geçmesi , taraflar arasında önceden vuku bulan olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesi tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez⁶⁵. Eğer önceki olay, sanığı bu suçu işlemeye iten ve onda öfke ve şiddetli elem uyandıran vakıa özelliğini taşımakta ise tahrik hükümleri uygulanabilir⁶⁶.

Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere; Haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen öfke ve acı , bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiri ile sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Bu araştırma ve saptamalar yapılmadan (Mağdurun bu olaydan üç ay sonra sanığı ve arkadaşlarını tokatlamasında, aradan üç ay geçtiğinden ve koşulları bulunmadığından bahisle tahrik hükmünün uygulanmaması biçiminde

⁶⁴ Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e., 1007

⁶⁵ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e, 234

⁶⁶ Ahmet SEVİNÇ, Ramazan ÖZKEPİR: Açıklamalı İçtihadlı Kasten Adam Öldürme Suçları (Ankara,1996), 104.

(Yargıtay 4.C.D., 25.12.1991, 7141-8305) hüküm kurulması bozmayı gerektirir.

2.3.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki Durum

765 sayılı TCK'nın 51. maddesine göre: “Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasına müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkum olur .Sair hallerde işlenen suçun dörtte biri indirilir”.

Görüleceği üzere kanun , haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir eleminden bahsetmektedir. Gazap; öfke, kızgınlık, hiddet anlamına gelmektedir⁶⁷. Elem ise: acı, üzüntü, dert, keder olarak tanımlanmaktadır⁶⁸.

765 sayılı ceza kanununa göre suçun gazap veya şiddetli bir elemin husule getirdiği bir buhran halinde işlenmiş olması gerekmektedir. Kanun gazap ve elem ile buhran halini ifade etmek istemiştir. Buhran heyecanın en yüksek şiddete vardığı haldir.

Haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin varlığı halinde, öfke veya şiddetli elemin mutlak olarak kabul etmek doğru değildir; kişiye göre değişebilecek bu subjektif durum hakkında karar vermek hakimın takdirine bağlıdır.

2.3.2. 5237 Sayılı TCK İle Getirilen Durum

765 sayılı ceza kanunumuzun 51.maddesine, 5237 sayılı ceza kanunumuzla şu hususlarda değişiklikler getirilmiştir:

Öncelikle “gazap” ve “şedit elem” kelimeleri yerine “hiddet” veya “şiddetli elem” kelimeleri getirilmiştir.

⁶⁷ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (Ankara, 1998), 820.

⁶⁸ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (Ankara, 1998), 699.

Hiddet : Öfke, kızgınlık anlamına gelmektedir⁶⁹.Ayrıca heyecan durumlarından biri olarak nitelendirilmektedir. Heyecanın irade üzerinde yapmış olduğu etki, ceza hukuku bakımından haksız tahrik kurumu olarak, ceza sorumluluğunu azaltan genel bir sebep sayılmıştır.

Şiddetli elem ise: acı, keder, üzüntü anlamına gelmektedir. Bir kimsenin yaralanması, onda acı uyandıran fiziki patolojik bir olgudur. Üzüntü ise, manevi kişiliğe yönelen tehdit , hakaret gibi etkilerle oluşan psikolojik olguları ifade eder. Bu itibarla, haksız bir fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında kalarak suç işlemesi halinde faili harekete geçiren saikler daha az vahim sayılarak ceza sorumluluğunun azaltılmasını öngören haksız tahrik kurumu kabul edilmiştir⁷⁰.

5237 sayılı TCK.'nın 29. maddesinin gerekçesine inceleyecek olursak, haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet ve şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunması olarak düzenlendiği görülecektir. Ayrıca, madde metninin söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde ele alındığını görmekteyiz. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elem deyimini psikolojik bakımından aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde her iki sözcüğün kullanılması uygun sayılmıştır.^{71 72}

⁶⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (Ankara, 1998), 992.

⁷⁰ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e, 229.

⁷¹ 5237 sayılı TCK'nın 29.maddesinin gerekçesi.

⁷² İzzet ÖZGENÇ: Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, (Ankara,2004), 109-110

2.4. Suçun Bu Hiddet veya Şiddetli Elemin Etkisi İle İşlenmiş Olması Gerekir.

2.4.1. Genel Olarak

Fail, haksız tahrikin neden olduğu öfke veya şiddetli elemin etkisi altında⁷³ ve bu durumun tepkisi olarak suçu işlemelidir⁷⁴. Diğer bir ifadeyle failin bu ruhi hali ile işlenen suç arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Haksız tahrikin hafifletici sebep sayılmasına neden olan asıl düşünce budur; çünkü fail tahrikin neden olduğu heyecan durumunun bir tepkisi olarak suç işlemektedir. Fail tahrik edilmemiş olsaydı böyle bir suç işlemeyecekti. Bu nedenledir ki, fail zaten söz konusu suçu işlemeye daha önce karar vermişse, tahrik edilmiş olması, haksız tahrik hükmünden yararlanması sonucunu doğurmaz. Çünkü burada işlenen suç ile tahrik arasında bir nedensellik bağı yoktur.

Gazap ve şiddetli elem, aynı neticeyi doğurmak suretiyle faili suça sevk etmektedir. Tahrik halinde bireyin iradesinin elem, gazap gibi psikolojik nedenlerle dizginsiz kalmasına rağmen fail iradesine hükmedebilir, öfkesini ve üzüntüsünü denetleyebilirse belki de suçu işlemeyecektir; fakat bu durumda hareketlerini denetleyemediği içindir ki suçu işler⁷⁵. Gazap ve şiddetli elemin arasındaki fark ise, tahrike karşı tepkinin derhal veya bir müddet sonra husule gelmesi olduğu manası çıkarılmıştır⁷⁶.

Burada tartışılması gereken bir husus da, suç ile haksız tahrik fiili arasında bir oran bulunmasının gerekli olup olmayacağıdır. Bir görüşe göre, tepki ile tahriki oluşturan fiil arasında bir oran bulunmalıdır. Bu, tahriki oluşturan fiilden daha ağır bir tepkinin gösterilmemesi demek değildir. Zaten kesin bir ölçüsüzlük halinde haksız tahrik kabul edilemez. Yargıtay da

⁷³ Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e, (Ankara,1980), 126.

⁷⁴ İsmail MALKOÇ, Mahmut GÜLER: Ceza ve Yargılamada Temel Yasalar, (Ankara,1994), 52.

⁷⁵ Mehmet GÖKALP: "Haksız Tahrik ve Sebepleri" A.D., (Ağustos 1969), 519-520.

⁷⁶ Cengiz BARDAK: Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme, A.D (1988), 45.

kararlarında, tahrik fiili ile işlenen suç arasında etki tepki dengesine önem vermiştir.⁷⁷

Dönmezer-Erman'ın⁷⁸; aksi yöndeki görüşlerine göre ise, haksız tahriki oluşturan fiil ile tepki arsında bir oran gerekli değildir. Çünkü haksız fiil fıçıyı taşıran bir damla veya barut fıçısına düşen bir kıvılcım gibidir⁷⁹. Ancak burada tahrik fiili ile bunun sonucu ortaya çıkan heyecan durumu arasında bir oran bulunması gereklidir. Gerçekten böyle bir fiilin somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, faili öfke veya şiddetli elem durumuna sokabilecek nitelikte bulunması gerekir.

Failin heyecan durumuna sürüklenmesi kabul edilebilir olduktan sonra, tepkinin tahrik fiiline oranla şiddetli olmasının önemi yoktur. Nitekim TCK 29. maddesinde, failin öfke veya şiddetli elem halinin tepkisi olarak suç işlemesini esas almış ve haksız fiil ile tepki arasında bir oran aramamıştır. Ancak, hakim olayın özelliklerini ve failin ruhi durumunu göz önünde bulundurarak tahrikin derecesini tayin edebilecektir⁸⁰.

⁷⁷ * "Olayın, sanığın maktule, karının iffetsiz olduğuna yönelik olarak ısraren sarfettiği sözlerden kaynaklandığına, görgü tanığı Şenol Koca'nın maktulün sanığa hakaret etmediği ve fiilen saldırıda bulunmadığı yolundaki istikrarlı beyanlarına, sanığın kışkırtıcı sözleri ile çıktığı kavgada, maktul basit tarzda müessir fiilde bulunmuş olsa dahi, bu oluş karşısında tahrikte dengenin sanık lehine bozulduğundan söz edilemeyeceğine göre; TCK'nın 51/1. maddesinin tatbik yeri bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde eksik ceza tayini." (Yargıtay 1. C.D'nin 29.03.2004 tarih ve 2925-1055 sayılı kararı. Parlar Hatipoğlu-343) * Etki tepki kuralının gözetilmesi gerekir;

"Sanığın, olaydan önce maktuleye 2 tokat attığını ifade etmesi, sanığın annesi Ümmühan'ın, oğlunun şiddete mütemayil kişiliğini ortaya koyacak şekilde sanığın kendisini döveceği korkusuyla taraflara müdahale edemediğine dair beyanı, maktulenin ara sıra sanık tarafından dövüldüğü yolunda maktulenin babasının kızından naklen anlatımı karşısında, olayların bu aşamaya gelmesinde sanığında olumsuz tutum ve davranışlarının katkısının bulunduğu, maktulenin ise altını ıslatan küçük çocuğunu sık sık dövmesi, olay sırasında da aynı hareketi tekrar edip kocası sanığa hakaret etmesi sebebiyle tahrikte dengenin sanık yararına bozulduğunun kabulü gerekmele birlikte etki- tepki kuralı da gözetilerek basit tahrik hükmünün tatbiki gerekli ve yeterli iken yazılı şekilde tahrikin derecesinin belirlenmesinde hata edilmesi" (Yargıtay 1. c.C.D'nin 24.12.2003 tarih ve 3307-3333 sayılı kararı. Parlar -Hatipoğlu s 358)

⁷⁸ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e, 346 vd.

⁷⁹ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e, 351 vd.

⁸⁰ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 45-46.

Hiddet ve şiddetli elem dolayısıyla suç işleyen failin bu fiili kasıtlı bir fiil olabileceği gibi taksirli bir fiil de olabilir⁸¹. Kasıtlı suçlarda haksız tahrikin kabulüne yol açan psikolojik esas, taksirli suçlarda da vardır. Ayrıca taksirli suçlarda, tepkinin tahriki yapana yönelemeyeceğine dair itiraz, kasıtlı suçlardaki hata veya sapma durumlarında da söz konusudur.

Mahkeme haksız hareket sonucu failde bu buhran halinin meydana gelip gelmemiş olduğunu tespit edecektir⁸². Bunun ifade ettiği anlam şudur ki; hareketin haksızlığı buhran karinesi olarak kabul edilmemelidir. Hareket haksı olmakla birlikte bir buhran hali yaratmamışsa 29. maddenin uygulanabilmesi yoluna gidilmemelidir. Ancak uygulamamızda mağdurun hareketinin haksız olması halinde failin bu haksız hareket sonucu buhran haline girdiği, her haksız hareketin böyle bir buhran durumunu yarattığını kabul eden kararlara da rastlanılmaktadır. Böyle bir uygulamanın psikolojik bir hal olan buhran durumundan ziyade, hareketin haksızlığına itibar ederek onu esas aldığı anlaşılmaktadır. Suç buhran halinde gerçekleştirilmiş olacağına göre haksız tahrik bu durumlarda kabul edilmelidir^{83 84}.

Failin, hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile işlemiş olduğu suçlara ilişkin Yargıtay kararlarında⁸⁵ haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için yasada bir zaman sınırlaması mevcut olmadığı belirtilmiştir. Tahriki teşkil eden fiilin faili bu suç nedeniyle mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa

⁸¹ Doğan SOYASLAN: a.g.e, 506.

⁸² Mağdur Mecnun Bakır ve babasının alacaklarını istemek üzere sanığın evine gittikleri, sanığın evde olmaması üzerine sanığın eşi ile tartıştıkları, sanığın eşinin sanığa, mağdur ve babasının kendisine vurduklarını ve sövdüklerini bildirmesi üzerine sanığın atılı suçu işlediği nazara alınarak mağdurların sanığın evine girerek, sanığın eşi ile tartışmak suretiyle olaya sebebiyet vermelerinden dolayı sanık hakkında TCK'nın 51/1. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediği tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesi..(Yargıtay 2.C.D'nin 12.04.2004 tarih ve 197- 7408 sayılı kararı. Hatipoğlu- Parlar, 339)

⁸³ Ayhan ÖNDER: a.g.e., 347.

⁸⁴ Sanık ve eşi olan tanık Hatice Çukurgöz, tarlalarında geçmesine izin vermedikleri müşterinin sövmesi üzerine sanığın atılı müessir fiil suçu işlediğini beyan etmiş olmalarına göre sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması,(2. C.D'nin 15.04.2004 tarih ve 1337-7896 sayılı kararı Haydar EROL, a.g.e 240)

⁸⁵ Maddi olayda; "sanık, dört yıl önce kardeşini öldüren ve şartlı tahliye edilerek köye dönen mağduru bu olayın etkisi ve olay öncesi söylediği sözlerin oluşturduğu gazap ve şiddetli elemin tesiriyle öldürmeye teşebbüs ettiğinden hakkında ağır tahrik hükümleri uygulanmalıdır(C.G.K., 1.11.1993, 1-261/286)

bile, bu haksız fiilin öfke ve şiddetli elem etkisi altında bulunan ve bu ruhi durumun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Aradan uzun bir süre geçmiş olsa bile, önceki olay, sanığı bu suça işlemeye itmiş ise tahrik hükümleri uygulanmalıdır.⁸⁶

2.4.2. Kanaatimiz

Doktrin ve Yargıtayda hakkında farklı görüşler ileri sürülmüş olan, haksız tahriki oluşturan fiil ile buna karşılık işlenen suç arasında bir oran aranıp aranamayacağı hususu, cevabını failin kapıldığı “hiddet” veya “şiddetli elem”de bulacaktır. Buna göre; asıl olan failin buhran halinde suç işlemesi ise, buhran halinde işlenen suç hakkında oran kıstasını göz ardı etmenin ve failin haksız tahrik indiriminden faydalandırmanın en doğru seçenek olacağı düşüncesindeyiz.

2.5. İşlenen Suç İle Haksız Fiil Arasında Nedensellik Bulunması

Suç tahrik edenin, eyleminin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin sonucu olmalıdır. Yani tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan koşullardan biride varlığı mevcut kanıtlarla saptanan haksız eylem ile failin suçu işlemesine etkili olan psikolojik (subjektif) durumu arasında uygun nedensellik bağlantısı bulunmasıdır⁸⁷.

Kısaca haksız eylem olmasaydı, suçunda işlenmeyeceği kabul ediliyorsa nedensellik bağı vardır⁸⁸. Yani başkasının eylemine sinirlenerek, eylemin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile olayla hiçbir ilgisi olmayan şahsa karşı bir suç işlerse bu durumda fail, haksız tahrik indiriminden yararlanamaz.

⁸⁶ Sanık 2 yıl önce karısı ile maktül arasında cinsel ilişkiden kuşkulananak onları şikayet etmiş, bilahare araya girenlerin, çocuklarınız var , barışın diye ısrar etmeleri üzerine şikayetini geri almıştır. Mağdure ve maktül, failin bu sabırlı davranışını kötüye kullanıp olay anına kadar en ağır sözlerle onu hem tahkir etmişler hem de aralarındaki cinsel ilişkinin varlığını açıklayarak ağır ve şiddetli derecede tahrik etmişlerdir.(C.G.K 28.11.1994. 1-297/31)

⁸⁷ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e., 235.

⁸⁸ Cengiz BARDAK: a.g.m., 46.

Failin içinde bulunduğu hiddet ve şiddetli elem hali, tahriki oluşturan haksız fiilin sonucu olmalıdır; tahriki teşkil eden fiil ile failin subjektif durumu arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁸⁹. Hiddet ve elem başka bir kaynaktan gelmişse haksız tahrikten bahsedilemez.

Bu bakımdan üzerinde durulacak mesele, haksız tahriki oluşturan fiilin normal olarak öfke veya elem doğurucu bir nitelik taşımadığı halde, failin fazla alingan, fazla duygulu olması sebebiyle onun üzerinde böyle bir etki meydana getirmesidir. Kanaatimizce; kanun normal bir kişiyi göz önünde tutmakta ve böyle bir kimseyi hiddet ve eleme sevk edecek fiilin tahrik teşkil edebilmesini kabul etmektedir. Esasta hiddet ve elem meydana getirebilecek nitelikte olmayan, bu bakımdan nedensellik değeri taşımayan bir harekette bir kimseyi öfkeliendirebilir. Ancak bu gibi hallerde hiddet ve elemin sebebinin tahriki oluşturan ve esasta böyle bir nitelik taşımayan fiilde değil failin ruhsal yapısında aramak ve sonuç olarak fiil ile hiddet veya elem arasında nedensellik bağının bulunmadığını kabul etmek daha doğru olur. Kendi öfkesini delice bir tarzda açığa vurmak isteyen kimseye karşı hoşgörü ile davranılmış olur^{90 91}.

2.6. Haksız Fiili Yapanın Mağdur Olması veya Mağdurun Bu Fiili Önleme Sorumluluğunun Olması

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için aranan koşullardan biri de haksız fiili yapanın mağdur olması veya mağdurun bu fiili önleme sorumluluğunun bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, failin haksız tahrik hükmünden yararlanabilmesi için haksız fiilin sadır olması veya mağdurun o haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlenmemesi veya

⁸⁹ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e., 357.

⁹⁰ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e., 357.

⁹¹ Yargıtayın konu ile ilgili kararlarına bakacak olursak:

“Mağdurun sanıklara küfrettiği sübut bulmamıştır. Olaydan beş yıl önceki yaralama olayımızın tek sebebi olmadığı gibi, sanıkları bugünkü suçu işlemeye iten, onların beyninde şedit gazap ve elem uyandıran olay da değildir. Önceki yaralama aileler arasında süregelen ihtilaflar zincirinin ilk halkasıdır ve bu sebeple tahrik sebebi kabul edilemez(C.G.K., 29.02.1988, 1-531/58

zımnen bu haksız fiili onaylamış bulunması gerekir. Sonuç olarak suç haksız fiili yapan kimseye yönelmiş olmalıdır. Mağdurun haksız fiili önleme sorumluluğu bulunmasına rağmen önlememesi ve zımnen bu haksız fiili onaylaması halinde de haksız tahrik hükmü uygulanabilir. Medeni Kanun hükümlerine, örf ve adete göre; çocuklarını terbiye ve tedip hakkına sahip olan ev reisi ve baba sıfatlarını taşıyan mağdurun olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti görmesine rağmen, sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda bulunmaması ve onları menetmemek suretiyle huzuru ile adeta mütecaviz eşine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen müzahir olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine, ahlaka ve örf adete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, bu yönde sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması yasaya aykırı görülmüştür.⁹²

2.7. Tepki Suçunun İşlenmiş Olması

Tahrik edilen kişi, yukarıdaki şartlarda da açıkladığımız gibi tahrikin sonucu bir suç işlerse cezası belli oranlarda azaltılır, işte kişinin tahrik olması sonucu işlemiş olduğu suça “tepki suçu” denir. Tahrikin tek başına varlığı anlam ifade etmez aynı zamanda failin tahrik nedeniyle tepki suçu işlemiş olması gerekir.

Tepki suçunun tahrik edenin şahsına karşı işlenmiş olması şart değildir⁹³, suçun tahrik edenin zararına işlenmiş olması yeterlidir. Bu nedenle tepki suçu tahrik edenin eşyalarına, hayvanlarına karşı işlenmiş olmuş olsa da fail tahrikten yararlanır⁹⁴.

⁹² Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e., 235 (Yargıtay 1. C.D’nin 1.4.1980 41-1453 s. Kararı)

⁹³ Faruk EREM, A. DANIŞMAN, M.Emin ARTUK: a.g.e, 599.

⁹⁴ Ahmet SEVİNÇ, Ramazan ÖZKEPİR: a.g.e., 104

Ayrıca, tepki suçunun teşebbüs aşamasında kalmasının bir önemi yoktur. Tepki sonucu müteaddit suçlar işlenmişse her müstakil suç için ayrı ayrı nazara alınmalıdır⁹⁵.

Tepki suçunun hedefi, tahrik eden kimse olmalıdır. Suç tahrik edene yönelmelidir. Taksirli suçlar müstesna olmak üzere, tepkinin üçüncü bir şahsa yöneltilmiş olması halinde 29. madde tatbik edilemez. Tahrik edenin kuvveti karşısında, hıncını masum üçüncü şahıslar üzerinde alan, hiddetini üçüncü şahıslar üzerinde gidermek isteyen kimsenin, bu şahıslara karşı işlemiş olduğu suçlar hakkında 29.maddeden istifası mümkün değildir⁹⁶.

Tepki suçu ile tahrike yönelik fiil kavramlarını karıştırmamak gerekir. Tahrike yönelik fiil, mutlaka fiili işleyen kimseye karşı olması şart olmayıp, faile yakın bir şahsa,arkadaşına hatta bir yabancıya karşı da işlenmiş olması durumunda söz konusu olabilir⁹⁷. Kışkırtma hükmünün uygulanabilmesi için mağdurun haksız davranışlarının asıl faile yönelik olması şart olmayıp, bu davranışın herhangi bir kimsede elem ve üzüntü uyandırması durumunda o kişi de tahrik hükmünden yaralanması gerekir.

Tepki zamanı, konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Kanun hiddet ve şiddetli eleminden bahsettiğine göre bu tesir devam ettiği sürece daha doğru bir ifade ile psikolojik buhranın süresi içinde işlemesi gerekir⁹⁸. Yargıtay'a göre; TCK'nın 51.⁹⁹maddesinin uygulanmasına yol açacak eylemlerin, mutlaka olay sırasında veya olaydan hemen sonra vuku bulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Zaman unsuruna bu derece dar bir görüşle bağlanmak, bazı hallerde yetersiz kalır. Her olayı kendi oluşuna ve nedenlerine göre değerlendirmek gerekir. Maddenin uygulanması yönünden önemli olan, failin suçu öfke veya şiddetli elemin tesiri altında işleyip işlemediğidir. Haksız tahrik

⁹⁵ Cengiz Bardak: a.g.m., 46.

⁹⁶ Faruk EREM, Ahmet DANIŞMAN. M.Emin ARTUK: a.g.e., 599.

⁹⁷ A. Nevzat AYGÜN: a.g.m., 41.

⁹⁸ Faruk EREM, M.Emin ARTUK, Ahmet DANIŞMAN: a.g.e., 600.

⁹⁹ 5237 sayılı TCK' ya göre 29.madde.

teşkil eden eylemle, suçun aynı anda işlenmiş olmasını aramak her olayda doğru olmaz.

Mağdurdan gelen haksız hareketlerin, psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunduğu hallerde, sanığa verilen cezadan. TCK 'nın 51.¹⁰⁰ maddesinin uygulanması suretiyle indirim yapılması gerekir¹⁰¹.

Kanun, işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oranın mevcut olması lazım geldiğini açıkça bildirmemektedir. Suç ile tahrik fiili arasında bir illiyet bağının mevcut olması lazım geldiğine ve böyle bir bağın bir oranı gerektirdiğine çünkü bir sebep ancak iktidarı ile uygun olan neticeler doğurabilir. Eğer suç, tahrik fiilinden açık bir şekilde ağır ise, onun tahrikten ileri geldiği söylenemez. Tahrik böyle bir suçun işlenmesinde ancak bir vesile olmuştur.

3 - KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK

3.1. Genel Olarak

Haksız tahrikin ceza sorumluluğuna olan etkisi konusunda, kanunların 3 sistem izledikleri görülmektedir.

1- Bir sisteme göre,kanunumuzda olduğu gibi, genel kısımda her suç bakımından uygulanacak haksız tahrik halini düzenleyen hüküm sevkedilmektedir (Danimarka,85).

2- Diğer, haksız tahrik ile ilgili açık bir hüküm sevketmeyen fakat müesseseyi kusur prensibi içinde düzenleyen sistemdir ve kusur yeterliliğinin azalmış olacağı kabul edilir. Kanunların çoğunun düzenleme şekli budur(İsviçre 64/3.; Avusturya 34.; Brezilya 48/4.; Romanya 157.; Çekoslovakya 33/1; Portekiz 39., Yunan 84., Küba 52/f.; İtalya 62.; Bu sistemde, kanunlar genel olarak suça etkili hafifletici sebepleri bir liste halinde

¹⁰⁰ 765 sayılı TCK' ya göre 29.madde.

¹⁰¹ C.G.K.,18.10.1982,230/361. (YKD 1982/12, 1692.)

kanunun genel kısmında toplamışlar ve haksız tahriki de bu sebepler içinde göstermişlerdir.

3- Nihayet bir diğer sistemde, adam öldürme veya müessir fiillerin düzenlediği suç tipleri içinde, failin tahrik karşısında suçu işlemiş olması halinde, cezasından yapılacak indirimi veya daha hafif bir cezanın verilebileceği belirtilmiştir(Bulgar 118.;Alman 213.)¹⁰².

3.2. İtalya Ceza Kanunu Sistemi

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 62. maddesinde genel hafifletici sebepleri düzenlemektedir. Bu maddenin ilk bendi “özel bir kıymeti haiz olan ahlaki veya sosyal saiklerle hareket etmiş olmak” şeklinde cezayı failin psikolojik durumuna uydurabilmek amacını gütmektedir.

62. maddenin 2. bendi ise: “ başkasının haksız fiilinden doğan öfke ve elem halinde hareket etmiş olmak” şeklinde, haksız tahriki düzenlemektedir. İtalyan Ceza Kanununun 587 ve 599. maddelerinde özel haksız tahrik halleri düzenlenmiştir.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu, tahrikin ağır tahrik basit tahrik şeklinde ikiye ayrılmasını kabul etmemiştir. Bununla beraber ayrımın “ hakimî tahriki teşkil eden fiilin haksızlık derecesini ve failde meydana getirdiği gazap veya elemnin yoğunluğunu ölçmeye davet edecek nitelikte olduğu”, sözü geçen ayrımı ilga eden Yeni İtalyan Ceza Kanununda değişiklik yapılması için hazırlanan tasarıda ayrıma yeniden yer verildiği fikri de ihmal edilemez¹⁰³.

3.3. Almanya Ceza Kanunu Sistemi

Alman Ceza Kanununda, haksız tahriki düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Haksız tahrik kurumunu,Alman Ceza Kanununda kabul edilen bazı cezadan indirim sistemlerine uyarlayarak gerçekleştirmişlerdir. Ancak ceza kanununda bazı özel haksız tahrik halleri göze çarpmaktadır.

¹⁰² Ayhan ÖNDER: a.g.e, 343-344.

¹⁰³ Faruk EREM, Mehmet Emin ARTUK, Ahmet DANIŞMAN: a.g.e, 602.

3.3.1. Kısmi isnat yeteneği

Heyecan halleri “önemli şuur bozukluğu” derecesinde ise Alman Ceza Kanunun 20 ve 21. maddelerinin uygulanması durumu ortaya çıkar. 20. madde anlayabilme ve kavrayabilme yeteneğinin tamamı ile ortadan kalkması halini düzenler ve cezasızlık sebebidir. 21. madde ise anlayabilme ve kavrayabilme kabiliyetinin kısmen kaybını düzenleyen maddedir, cezanın azaltılmasını sağlar. Görüleceği üzere 21. madde failin iradesini zaafa uğradığı bir hali düzenlemektedir. Dolayısıyla haksız tahrik genel olarak düzenlenmemişse de, bu madde gereğince tahrik indiriminden yararlanılabilir.

3.3.2. Cezanın hesaplanması

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

Cezanın hesaplanmasına ilişkin bu genel kuraldan(46. madde) başka ağır müessir fiil ve kastın aşılması suretiyle adam öldürme hallerinde de haksız tahrike ilişkin şartların bulunması durumunda hafif halin varlığı kabul edilerek, ceza indirilir¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Timur DEMİRBAŞ: Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri (İstanbul 1985), 53-54.

3.4. Avusturya Ceza Kanunu Sistemi

1 Ocak 1975 tarihinden itibaren yürürlükte olan yeni Avusturya Ceza Kanunu özel hafifletici sebepler başlığı altındaki 34. maddesinin 1. bendinde “...fail fiili normal olmayan ruhi durumun etkisi altında işlerse ...” şeklinde, şiddetli heyecan halinin, kısmi isnat yeteneği sonucunu doğuran bir arızı sebep olarak cezayı hafifleteceğinin düzenlemiştir.

Avusturya Ceza Kanununun 34. maddesinin 8. bendinde genel haksız tahrik hali düzenlenmiştir. 76. madde kasten adam öldürmeye ilişkin haksız tahrik halini düzenlerken 115. madde haksız tahrik üzerine sövme veya fiili bir şekilde mukabelede bulunmayı düzenlemiştir.

3.5. Fransa Ceza Kanunu Sistemi

Eski Fransız Ceza Kanunu, tahriki kan suçlarında yani adam öldürme ve müessir fiil gibi cürümlerde kabul etmiştir. Yani genel bir hafifletici bir sebep olarak düzenlememiştir. Ancak dikkati çeken husus; tahrike tepki olarak işlenen adam öldürme ve müessir fiil suçlarının usule karşı işlenmemesi gereğidir. Yani anne ve babaya karşı öldürme ve müessir fiil suçlarında hiçbir hal ve şartta haksız tahrik indirim sebebi olarak kabul edilemez¹⁰⁵.

Yeni Fransız Ceza Kanunu hükümleri basitleştirme gayreti ile tahriki bir hafifletici sebep olmaktan çıkarmıştır. Yeni kanun suçlara ait cezalarda sadece yukarı sınırı belirttiğinden hakimın cezayı istediği kadar indirmek yetkisi vardır. Bu indirme yetkisini sınırlayan sadece iki hüküm vardı. Böyle olunca da tahrike de takdir hafifletici sebeplere de gerek kalmamaktadır¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e, 347.

3.6. İsviçre Ceza Kanunu Sistemi

İsviçre Ceza Kanunu, tahriki, kusur yeteneğinin azalması ile açıklar. Haksız tahrik halinde kusur azaldığı için, tahrik cezadan indirim sebebi olarak düzenlenmiştir¹⁰⁶.

Bununla birlikte 1 Ocak 1942 yılında yürürlüğe giren İsviçre Ceza Kanunu hafifletici haller başlığını taşıyan 64/3. fıkrasında genel bir haksız tahrik hükmüne yer vermiştir. Heyecan dolayısıyla madde 11 deki kısmi isnat yeteneğinin kabulü her zaman mümkün değildir¹⁰⁷. Çünkü madde 11 anlamında olmayan heyecan durumlarında, öfke veya şiddetli elem madde 64/3 deki şartların da varlığı halinde cezanın hafifletilmesine neden olur.

3.7. İngiltere Ceza Kanunu Sistemi

Haksız tahrik cezayı hafifleten genel bir hal olarak sayılmamıştır. Psikolojik esasa dayanması sebebi ile subjektif durumu ifade eden haksız tahrike, İngiliz hukukunda objektif bir nitelik kazandırılmıştır. Haksız tahriki oluşturan fiilin somut olayda sanık açısından değerlendirilmesi yerine, söz konusu fiilin baz alınan makul bir insanın iradesini etkileyerek tahrik edip edemeyeceği değerlendirilmiştir. Fiil temyiz kudretini etkileyecek nitelik ve ağırlıkta bulunursa indirim sebebi olarak kabul edilecektir¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ayhan ÖNDER: a.g.e, 343-344

¹⁰⁷ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 61-62.

¹⁰⁸ Hakan ABBAN: a.g.e., 13.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNU İLE GETİRİLEN YENİ HAKSIZ TAHRİK SİSTEMİ, BU SİSTEMİN DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ VE ÖZEL TAHRİK HALLERİ

1 - 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE HAKSIZ TAHRİK İLE İLGİLİ GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

1.1. Genel Olarak

Çağımızın gereklerini ve demokratik değerlerini yansıtan, insan hakları alanındaki ülkemizin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde öngörülen hedeflere uyumlu, milli ve insanlığın ortak değerlerini vurgulayan ve toplumsal güvenliği korumaya amaçlayan, “kusur ilkesi”, “ hukuk devleti ilkesi” ve “hümanizm ilkesi” gibi modern ceza hukukunun evrensel nitelikteki temel felsefi ilkeleri gözetilerek hazırlanan 5237 sayılı Yeni TCK. 12.10.2004 tarihli R.G yayımlanarak kanunlaşmış ve yürürlük tarihi olan 01.06.2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

765 sayılı TCK.’nın 51. maddesinde düzenlenmiş olan “Haksız Tahrik” kurumu 5237 sayılı TCK.’nın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler” başlığı altında 29.maddede düzenlenmiştir.

1.2. Hiddet Veya Şiddetli Elemin Haksız Bir Fiil Sonucu Ortaya Çıkması

765 sayılı TCK’ya göre; “bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işlerse..”denmektedir. 5237 sayılı Yeni TCK’da ise bu husus, “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye..” olarak

düzenlenmiştir. Görüleceği üzere, maddenin yeni biçiminde de “gazap” ve “şedit elem” ifadelerinin yerini “hiddet” ve “şiddetli elem” ibareleri ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak almıştır.

Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği halde failin bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde kaleme alınmıştır¹. Gazap aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elem deyimi psikolojik bakımdan bir hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde her iki sözcüğün kullanılması uygun sayılmıştır.

Ayrıca yeni madde metnine göre, 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. Koyuncu “haksız fiil” ibaresinin gereksiz olduğunu belirtiyor, ona göre, mesela; adam öldürme suçlarında zaten TCK töre saikini vasıflı adam öldürme saymış dolayısıyla haksız fiil ibaresi gereksiz hale gelmiştir².

Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştiren 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 yapılmayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranış hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.

¹ 5237 sayılı kanunun 29. maddesinin gerekçesi

² Ali KOYUNCU: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, (Ankara, 2005), 174-175.

1.3. Ağır Tahrik-Hafif Tahrik Ayırımının Kalkması

1926 tarihli Ceza Kanunu haksız tahriki ağır ve basit haksız tahrik olarak ikiye ayırmıştı. Bu ayırım uygulamada tereddütlere ve keyfiliklere yol açabilmekteydi. Bu itibarla Yeni Türk Ceza Kanununun, söz konusu ayırımı terk ederek, cezada yapılacak indirimin belirlenmesinde yargıca geniş yetki tanınması isabetli olmuştur³.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 51.maddesinin 1.fıkrası hafif tahrik'i düzenlerken 2. fıkrası ağır tahrik'i düzenler 1.fıkraya göre; **“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm cezasına müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmidört sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.”**

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

Sair cezaların yarısından, üçte ikisine kadarı indirilir”⁴.

TCK'nın 51. maddesinin birinci cümlesinde haksız tahrikin hangi halde olacağı açıklandıktan sonra faile verilecek cezadan yapılacak indirim oranı gösterilmiş; tahrikin ağır ve şiddetli olması halinde ise indirim oranının daha fazla olacağı maddenin ikinci fıkrasında bildirilmiştir. Böylece birinci fıkroda hafif, ikinci fıkroda ağır olmak üzere iki dereceli bir tahrik ayırımı benimsenmiştir. Bu düzenlemeyi yerinde bulan hukukçular olduğu gibi ayırımı eleştiren yazarlarda olmuştur⁵. Koyuncuya göre; bu ayırım pratikte sorunlara yol açacaktır ve beklenen fayda sağlanamayacaktır⁶.

³ Nevzat TOROSLU: Ceza Hukuku (Ankara,2005), 178.

⁴ Nevzat TOROSLU: TCK-CMUK ve İlgili Kanunlar, (Ankara, 1998), 24.

⁵ Mehmet Akif TUTUMLU: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik (Ankara, 1999), 48.

⁶ Ali KOYUNCU: a.g.e, 174,175.

İkili ayrımı yerinde görmeyen hukukçulardan biri de, Erem'dir. Erem' e göre kanunu tahriki ikiye ayırması doğru ve tatbiki kolay bir unsur sayılamaz. Yargıç tamamıyla subjektif bir mefhumla dayanan haksız tahrik hükmünü ancak ve pek güçlükle tatbik edebilir. Ayrıca bunun birde basit ve ağır olduğunu araştırmak ve böyle bir ayrımı kanuni bir ayırım haline sokmak, yargıcı hakikat yerine tahminlere bulunmağa zorlar. Bu nedenle kanunun değiştirilmesi halinde tek çeşit bir tahrik müessesesinin kabulü yerinde olacaktır. Yargıtay birçok kararında 51. maddenin birinci fıkrası yerine ikinci fıkrasının, ikinci fıkra yerine birincinin uygulanmasını yolsuz bulmuştur. Bu bozma sebebine çoklukla rastlanması kanuni ayırımın uygulamada doğurduğu güçlüğü gösterir⁷.

Hangi eylemin hafif veya ağır tahrik nedeni sayılacağı, başka anlatımla tahrik derecesinin hangi ölçütlere göre saptanacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Bunu da doğal karşılamak gerekir. Gerçekten her olay yada eylemin kışkırtıcı özelliği bireylerin psikolojik yapılarına göre değiştiği gibi toplumun değer yargılarına, etik ilkelere, göre de farklılıklar gösterir.

Yargıtay'ın ağır tahrik-hafif tahrik ayırımına ilişkin kararlarını, yürürlükteki haksız tahrik müessesesindeki aşağı ve yukarı sınırların tespitinde kolaylık olması açısından inceleyecek olursak; Hafif tahrik halleri:

1- Aşağılayıcı Hitaplar, Sövme Ve Tehdit Niteliğindeki Davranışlar

Yargıtay bu tür davranışları adi tahrik olarak görmüştür. Bir olayda, cadaloz, kursaksız diyen kişiyi öldüren sanığın, müşteki sanık Fikri'nin aralarındaki husumet nedeniyle evlerinin önünde küfrettiği sanıklar

⁷ Faruk EREM, M. Emin ARTUK, A. DANIŞMAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara 1997), 602.

Nevriye ve Şaban Şahin hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir⁸.

2- Önemli Boyutlara Varmayan Etkili Eylemler

Etkili eylemlerden kasıt, silahla olmayan, tokat atma, yumruklama, odunla vurma 5-7 gün gibi kısa bir süre için mağduru iş ve gücünden alıkoyacak eylemlerdir.

3- Malvarlığına Yönelik Eylemler

Yargıtay bir kararında⁹, sanığın bahçesine ve tarlasına hayvan sokulmasını ve sanığın o öfke ile suç işlemesini haksız tahrik olarak kabul etmiştir.

4- Ahlak ve Toplumsal Değerlere Aykırı Davranışlar

Duruma göre tahrik ağır olursa, ağır tahrik hükümleri uygulanabiliyordu.

Ağır tahrik halleri ise:

Adi tahrik sonucu tepkide orantısızlık ve ağır tahrik

- Sövme ve toplu saldırı¹⁰
- Aile yaşamının gizliliği ilkesine yönelik suçlar¹¹.
- Cinsel bağıllık ve güvene aykırı davranışlar¹².

⁸ 1. C.D.'nin 28.09.1977 T., E:1977/2359, K:1977/2381 sy kararı. (Haydar EROL: Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı yeni TCK (Ankara, 2005), 142

⁹ 2.C.D'nin 06.05.2004-2315-9914 . Haydar EROL: a.g.e, 140.

¹⁰ 2.C.D'nin 1.03.2004 tarih 24807-3710. (Haydar EROL: a.g.e., 141).

¹¹ CGK'nun 6.4.1981 T.,E:1-5,K:117 sy kararı.

¹² 4.C.D'nin 25.02.2004 tarih ve 2569-2041 sy kararı. (Haydar EROL: a.g.e, 141).

- Irz ve namusa yönelik eylemler¹³.
- Geceleyin konut dokunulmazlığını bozmak¹⁴.
- Ardı ardına yapılan tehdit,hakaret eylemleri¹⁵

Yargıtay' ın ağır ve hafif tahrik konusunda benimsemiş olduğu kararlarına bakacak olursak¹⁶:

Sanığın, boşandığı mağdur eşi ile yemek yediği esnada çıkan tartışmada mağdurun önce küfretmesi ve ardından sehpa ile vurup kendisinin koluna vurup otuz gün iş ve gücünden kalır derecede radius kırığı yaratması üzerine ele geçirdiği bıçakla mağduru yaraladığının anlaşılması karşısında

¹³ Sanığın ablası olan müşteki Sevim Çırık'a müşteki sanık Mehmet Onarıcı'nın telefon ederek kandisini para karşılığı satabileceğini söylediğini öğrenen sanık Ramazan Sulak'ın Mehmet ile kavga ettiği ve kavga sırasında korkutmak amacıyla silah boşalttığının anlaşılması karşısında sanık Ramazan lehine Tck'nın 51/1 uygulanıp uygulanmayacağının kararda tartışılması. (2.C.D.'nin 01.10.2003-6843-10967 sy kararı. Haydar EROL: a.g.e, 146-147)

¹⁴ 7.C.D'nin 23.10.2003 tarih ve 3566-9107 sy kararı-Haydar EROL: a.g.e, 147.

¹⁵ 2.C.D'nin 25.05.2003 tarih ve 26150-5624 sy kararı. Haydar EROL, a.g.e,148.

¹⁶ *Maktül ve arkadaşlarının sanığın bulunduğu eve taş ve sopalarla saldırımları, tahrikin ağırlığının derecesi,

Maktülden sanığa yönelen, olay öncesi sanıktan alınan peynir paralarının ödenmemesi, bunun üzerine sanığın gönderdiği adama peynir vermemesini kızan maktülün sanığın yanına gelerek ona ana avrat küfretmesi ile tahditte bulunması, olay günü de maktülün sanığın yanına gelerek onu tehdit etmesi ve olay sırasında maktülün sanığın kullandığı arabanın lastiklerini kesmeye yeltenmesi ile yanındaki kişi ile birlikte sanığa saldırıp onu darp etmesi eylemlerinin varlığı yerel mahkemece de kabul edildiğine göre, her bir hafif tahrik sebebi olan bu eylemlerin bir bütün olarak değerlendirildiğinde ağır tahriki oluşturacağının düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir(¹⁶ Yargıtay 1. C.D'nin 08.07.2004, 4322/2747 sayılı kararı- AliParlar- M. Hatipoğlu, 327)

*Sanığın ağırına gidecek sözlerden gidecek haksız davranış; sanık ile mağdurun önceden yüzeysel olarak tanıştıkları, olay günü mağdurun sanığın yanına giderek, "sen pezevenkmişsin, bana karı bulsana" dediği, bu sözlekızan sanığın da " gel bulayım" diyerek, mağduru bulunduğu yer yakınındaki parka götürerek orada üç yerinden bıçakladığı, bu üç bıçak darbesinden sadece birisinin mağdurda hayati tehlikeye, iç organ yaralanmasına ve dalak alınması suretiyle uzuv tatiline sebep olduğu, diğer iki darbenin her birinin mağdurun hayati tehlike geçirmeyip yedi gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaraladığı, sonuçta mağdurun hayati tehlike geçirerek içtimaen 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığı dosya kapsamından anlaşıldığına göre,

Mağdurdan sadır olan ve sadece sanığın ağırına gidecek sözlerden ibaret hareketlerin hafif tahriki oluşturacağı düşünülmeden sanık hakkında TCK'nın 51/2. maddesi ile indirim yapılması(¹⁶ Yargıtay 1.C.D., 01.04.2004 tarih ve 2942/1138 sayılı kararı; Parlar-Hatipoğlu, 327).

mağdurun geçmişte de sanığa yönelik haksız hareketleri olduğuna ilişkin beyanların aksinin sübuta ermediği de nazara alınarak tahrikin basit düzeyi aşarak ağır seviyeye ulaştığına karar vermek ve olası ağır tahrik halleri ile yapılacak mukayese sonucu TCY.'nın 29¹⁷. maddesinde makul indirim ile TCY'nın 51/2.¹⁸ maddesini uygulamak gerekirken tahrikin derecesinde yanılığ ile 51/1. maddesinin tatbiki ile fazla ceza tayini¹⁹.

Görüleceği üzere Yargıtay'ın tahrikin uygulanması ile ilgili hakimnin takdiri hususunda yerinde görmeyerek bozmuş olduğu birçok yerel mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu husus da haksız tahrik kurumunun hakime tanıdığı olduğu takdir hakkının yanlış ve eksik uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

Yukarıdaki Yargıtay kararlarında ve 765 sayılı ceza kanunumuzun 51. maddesinde de görüleceği üzere haksız tahrik müessesesinde ağır tahrik-hafif tahrik ayrımı kabul edilmişti; ancak 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun 29. maddesinde görüleceği üzere;

“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” artık bu ayrım ortadan kalkmıştır. Bu ayrım yerine olayın özelliğine göre ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar arasında tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirimi saptayabilme konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir.

1.4. Haksız Tahrik ve Cezadan İndirim Oranları

765 sayılı TCK'na göre haksız tahrik halinde bir suç işleyen kimsenin işlediği suç, ölüm cezasına müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis

¹⁷ 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi.

¹⁸ Haksız tahrik konusu 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁹ Yargıtay 1. C.D'nin 14.04.2004, 3256/1357 sayılı kararı.

cezasına, ve müebbet ağır hapis cezasına müstelzim bulunursa yirmidört sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm cezasının yerine yirmidört sene, müebbet ağır hapis cezası yerine onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir²⁰.

5237 sayılı yeni TCK'da ise; haksız tahrik'in etkisi altında suç işleyen kimseye, "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla, müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir" denmektedir²¹.

Yukarıda da görüleceği üzere 5237 sayılı kanunla haksız tahrik halinde, hakime aşağı ve yukarı sınırlar içinde takdir hakkı tanınmıştır. Bu takdir hakkı tanınırken cezadan indirim oranları da değiştirilmiştir. Değişen cezadan indirim oranlarına bakacak olursak, bu indirim oranlarının yanında cezalarında değiştiği görülebilecektir. Özbek, TCK'da haksız tahrik ile ilgili indirim oranlarının değişmesinin fail lehine yorumlanabileceğini belirtmektedir²². Nitekim bakıldığında aşağı ve yukarı sınırlar dahilinde eskisine oranla failin cezasının daha fazla indirilebileceği görülmektedir.

Konuyla bağlantılı olarak dikkate değer bir başka husus: 765 sayılı TCK'nın 11. maddesine göre suçlar cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmıştı. Cürümlere mahsus cezalar: İdam, ağır hapis, hapis, sürgün, ağır cezayı nakdi, hidematı ammeden memnuiyet olarak, kabahatler için söz konusu olan cezalar ise; hafif hapis, hafif cezai nakdi, muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası olarak düzenlenmiştir.

²⁰ Nevzat TOROSLU: a.g.e, 24.

²¹ İzzet ÖZGENÇ: Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, (Ankara, 2004), 109-110.

²² Veli Özer ÖZBEK: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, (Ankara, 2005), 344.

765 sayılı TCK ile 5237 sayılı yeni TCK arasında cezadan indirim oranları bakımından farkı inceleyecek olursak, öncelikle AB uyum yasaları çerçevesinde hazırlanan kanunlarla cezaların değiştiğini görebiliriz.

Anayasamızın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığı altındaki 38. maddesinin 10. bendinde “ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez” hükmünün düzenlenmesi ile ölüm cezası artık yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, 765 sayılı TCK’nın 51. maddesinde düzenlenmiş olan cezalar, 5237 sayılı kanunun haksız tahrik başlıklı 29. maddesinde bu husus dikkate alınarak ölüm cezası madde metninden çıkartılmıştır. Ayrıca 5237 sayılı kanunun 45. maddesinde cezalar hapis ve adli para cezaları olarak ikiye ayrılmıştır. 46. maddede de hapis cezaları:

- Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları.
- Müebbet hapis cezası.

Sürelî hapis cezası, olarak üçe ayrılmıştır²³. Dolayısıyla 765 sayılı ceza kanunundaki ölüm cezası, müebbet ağır hapis cezası, ağır hapis cezasının yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası, sürelî hapis cezası gelmiştir. Madde metni bu yeni cezalar dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir.

2 - HAKSIZ TAHRİK SİSTEMİNİN DİĞER CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ

2.1. Haksız Tahrik - İştirak

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

²³ Süleyman ÖZAR, Hakan A. Yavuz: a.g.e, 27-28.

Suç kadar eski olan iştirak, giderek yaygınlaşan bir suç işleme biçimidir. Gerçekten de, modern hayatın artan karmaşıklığı bir araya gelmeyi, sadece meşru ekonomik faaliyetler yönünden değil, suç işleme teşebbüsleri yönünden de zorunlu kılmaktadır.

İştirak'ın cezalandırılmasının politik ve öze ilişkin esasını, sadece kendi davranışından kaynaklanan sonuçların değil, amaçlarına ulaşmak için nazara aldığı veya hesaba kattığı dış güçlerin katılmasıyla ortaya çıkan sonuçlarında yine o insana ait olduğu yolundaki ilkede aramak gerekir.

İştirakin cezalandırılmasındaki teknik, biçimsel temele bakacak olursak öze ilişkin kanunilik ilkesine dayandırılan bir hukuk düzeninde iştirak edenlerin cezalandırılabilmesi için bunun, zorunlu olarak açıkça öngörülmesi gerekmez; bu husus doğrudan suçun maddi anlayışının sonucudur. Gerçekten de, sosyal yönden önemli derecede tehlikeli olan her davranış suç olduğuna ve böyle bir davranışı gerçekleştiren herkes suç faili kabul edildiğine ve bütün iştirak edenlerde ortak suçun gerçekleşmesine katkıda bulunduklarına göre, sadece bu nedenle katılanların hepsi faildir ve cezalandırılmaları gerekir; iştirake ilişkin normlar, sadece her bir iştirak edenin üstlendiği rolle ilgili olarak müeyyidenin derecelendirilmesine hizmet eder. Bu itibarla kusurlu ve nedensel bütün davranışların eşitliğine dayanan ve ihlal edici sonucun ortaya çıkmasında birlikte faaliyette bulunan herkesin fail sayılmasını gerektiren “failin genişletici anlayışı” sadece kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini dışında geçerlidir²⁴.

Tahrikin esası bireysel psikolojiye dayandığından iştirak halinde işlenen suçlarda, kısıktırılan fail dışındaki suç ortaklarının yasal hafifletici nedenden yararlanmalarına olanak yoktur^{25, 26}. Ancak tahrik kaynağı haksız

²⁴ Nevzat TOROSLU: a.g.e, 203

²⁵ Cengiz BARDAK: Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme,(A.D. Ocak Şubat 1998), 51.

²⁶ Maktulun oğlu sanık Abdullah'a karşı olan haksız davranışları öldürme eyleminde kiralık katil olarak görev alan sanık Halibay yönünden tahrik nedeni olarak kabul edilemez.(Parlar – Hatipoğlu 1.C.D 22.09.1999, 1821-2870, 239)

-Karisi Ayşe ile ilişki kurup bu ilişkisini sürdüren kardeşi Tevfik'in öldürülmesi için sanık Mustafayı azmettiren sanık Ali lehine oluşan ağır

eylem suç ortaklarının hepsine birden yöneltilmiş ise, örneğin mağdur tarafından failllerin hepsine küfür edilmişse, bu durumda mağdura karşı suç işleyen sanıklar hakkında TCK 29. maddesinin ayrı ayrı uygulanması gerekir. Bu sebeple bir suça iştirak edenlerden biri hakkında haksız tahriki kabul, diğerleri hakkında reddeden hüküm çelişik bir hüküm sayılma ve asli fail hakkında tahrikin kabulü diğerlerinin cezasının indirilmesini icap ettirmez.²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.9.1980 tarih ve E: 1/207, K:305 sayılı kararı da bu doğruludadır²⁸.

Savaş ve Mollamahmutoğlu'nun belirttiği gibi cezayı azaltıcı şahsi-arizi bir sebep olan tahrik ancak tahrik edilenin cezasını indiren bir sebeptir. Eğer bütün ortakların tahrik edilmiş oldukları kabul edilirse, hepsinin cezası indirilir. Fakat bu cezayı indiren sebebin bir ortaktan diğerine sirayeti değil, ortaklar hakkında ayrı ayrı kabulü demektir²⁹.

2.1.1. 5237 Sayılı Kanun'a Göre İştirak

5237 sayılı Yeni Ceza Kanunumuz ile iştirak müessesesi yeniden ele alınmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda, asli ve ferî şerik ayrımı kabul edilmiştir. Asli iştirak; asli maddi iştirak, asli manevi iştirak olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım da fiili irtikap etme ve doğrudan doğruya beraber

işleme,asli maddi iştirak şekilleri olarak öngörülmüştür. Buna karşılık azmettirme, asli manevi fail olmayı gerektirmektedir. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen ferî iştirak hallerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, zorunlu ferî iştirakin asli iştirak olarak cezalandırılması öngörülmüştür.

tahrikten, kiralık katil durumundaki sanık Mustafa'nın yararlanamayacağı düşünülmeyen adı geçen sanık Mustafa'nın tahrikten yararlandırılması, yasaya aykırıdır.(A.Parlar- M.Hatipoğlu 1C.D 15.12.1988-4349-4512, 240)

²⁷ Faruk EREM. Mehmet Emin ARTUK, Ahmet DANIŞMAN: a.g.e, 605.

²⁸ " Maktûl her üç sanığakarşı küfür etmiş silah çekip tevcih etmiştir. Olay anını gören tanık bulunmadığına göre, sanıkların aksi sabit olmayan savunlarını kabul zorunluluğu vardır. Maktûlün belirlenen eylemi , sanıkların eylemine oranla ağır haksız tahrik niteliğindedir.

²⁹ Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: Türk Ceza Kanununun Yorumu,(Ankara 1998) 1012-1013.

Yeni yapılan düzenleme ile, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme, yardım etmeden ibarettir³⁰.

İştirak edenlerin değerlendirilmesi ve cezalandırılmasında, genellikle iki yol izlenmektedir.

a) İştirak biçimlerinin farklılığına göre farklı olarak sorumlu tutmak ve cezalandırmak;

b) İlke olarak eşit şekilde sorumlu tutmak ve cezalandırmak; ancak somut olarak her birinin gerçek sorumluluklarını değerlendirmek ve cezayı gerçekte oynadıkları role göre belirlemek.

Ceza kanunlarının büyük bir kısmı (Alman, Belçika, Hollanda,Portekiz ceza kanunları gibi)farklılaştırılmış sorumluluk ilkesini kabul etmişlerdir. Klasik görüşten esinlenen 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu gibi, 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu da iştirak edenleri suçun işlenmesindeki katkılarına göre farklı ağırlıktaki cezalarla cezalandırma yoluna gitmiştir.

Nitekim TCK., tipik fiili birlikte gerçekleştirenleri veya suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullananları fail olarak cezalandırmakta (md.37.),aynı şekilde suçun işlenmesine “azmettirme” biçiminde iştirak edenlerin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağını öngörmekte (md.38), buna karşılık suçun işlenmesine “yardım etme” biçiminde iştirak edenlerin cezalarında indirim yapmaktadır³¹.

2.2. Haksız Tahrik – Meşru Müdafaa

Meşru savunma, çok eski dönemlerden beri, hemen bütün ceza yasalarınca kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenidir. TCK’nın 25/2.

³⁰ İzzet ÖZGENÇ: a.g.e, 122

³¹ Nevzat TOROSLU: a.g.e, 207.

maddesinde meşru savunma “ Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yöneltilmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmez” biçiminde hükme bağlanmıştır³².

Meşru savunmanın gerçekleşebilmesi için; failin haksız bir saldırıya maruz kalması gerekmektedir. Haksız saldırı için aranan şartlar ise:(5237 sayılı TCK ile getirilen yeni düzenlemeler.)

a) Her şeyden önce bir saldırı olmalıdır.5237 sayılı 2004 tarihli Ceza Kanunumuz 765 sayılı kanunumuzdan farklı olarak, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan saldırının da meşru savunmaya neden olabileceğini açıkça öngörmüştür.

b) Saldırı bir hakka yönelmiş olmalıdır.1926 tarihli Kanunumuz nefse ve ırza karşı saldırıyı düzenlemişken 5237 sayılı Ceza Kanunumuz, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun anlayışını benimseyerek, “ Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka” yönelik bir saldırıdan bahsetmekte, böylece sadece hayata, vücut bütünlüğüne ve ırza yönelik saldırının değil herhangi bir hakka yönelik saldırının da meşru savunmaya imkan vereceğini kabul etmektedir.

c) Saldırı haksız olmalıdır. Saldırının suç teşkil etmesi gerekmez³³.

Yukarıda şartları belirtilen, saldırı ile savunmaya ilişkin koşulların bulunmadığı durumlarda meşru savunmadan söz edilemez³⁴. Örneğin; Saldırının sona ermesinden sonra mağdur veya maktule karşı yaralama veya öldürme suçlarının işlenmesi durumunda meşru savunmanın koşulları bulunmadığından bu durumda somut olayın özelliklerine göre koşulları bulunduğu takdirde TCK’nın 29. maddesinin yani hakların kullanıldığı ve ilk

³² Nevzat TOROSLU: a.g.e, 103

³³ Nevzat TOROSLU: a.g.e, 104.

³⁴ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e, 240

atışın hangi tarafın yaptığıının kesinlikle saptanamadığı hallerde yasal savunmadan bahsedilemeyeceğine ve bu durumda fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğine karar vermektedir³⁵. Mağdurun saldırısı sona erdikten, örneğin elindeki bıçak alındıktan sonra yaralanması veya öldürülmesinde de artık meşru savunma hükmünün değil haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir³⁶.

Parlar'ın da belirttiği üzere ,TCK'nın 25. maddesinde düzenlenen ve ceza sorumluluğunu kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni sayılan meşru savunma; hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, fiili hukukun meşru saydığı bir fiil haline getirmektedir. Meşru savunmanın kabulü için, maddi mahiyette bir saldırının failin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş bulunması, savunmanın zorunlu olması (savunmanın saldırı devam ederken yapılması) ve savunma ile saldırı arasında konu ve kullanılan vasıtalar bakımından orantılılık bulunması gerekmektedir.

Yasal savunma ile haksız tahrik, aralarında bazı benzerlikler bulunmasına karşın , nitelikçe birbirinden farklı ceza hukuku kurumlarıdır. Meşru müdafaa başlıyan, sürmekte olan bir saldırı karşısında bireyin kendini veya hemcinsini koruma zorunluluğu söz konusudur. Korunma veya tepki fiilinin, saldırı eyleminin başladığı, sürmekte olduğu anda işlenmesi yaşamsal bir önem taşır. Oysa haksız tahrikte eylem sona ermiştir ve mağdurun mutlaka olay anında veyahut daha sonra tepki göstermesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Hatta mağdur hiçbir zaman tepkide bulunmamayı bile tercih edebilir. Kurumlar arasındaki bu farklılık, bir ceza davasında, haksız bir eylemin etkisiyle suç işlediği anlaşılan sanık hakkında tahrik hükümleri ile meşru müdafaa maddesinin birlikte uygulanmayacağını göstermektedir. Kaldı ki yasal savunma halinde suç işleyen faile ceza tertip

³⁵ Yargıtay 1.C.D.,14.06.2004,1290- 2315 s. kararı.

³⁶ Yargıtay 1.C.D.,28.12.1994,4031-4754 s. kararı.

edilemeyeceği için hakkında kışkırtma hükümlerine gerek de kalmamaktadır³⁷.

Ayrıca meşru müdafaa, objektif bir esasa dayanan hukuka uygunluk sebebidir. Haksız tahrik ise heyecan durumu nedeniyle iradenin zayıflamış olmasından dolayı cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran subjektif bir esasa dayanmaktadır. Bunu sonucu olarak haksız tahrik ile meşru müdafaa'nın bir arada bulunamayacağı açıktır. Ancak haksız tahrik üzerine tepkide bulunan kimse, tahriki doğuran fiili yapmış olan kişiyi meşru müdafaa durumuna sokabilir³⁸.

“Meşru müdafaa” ile “haksız tahrik” arasında öz bakımından değil, belki tabiri caiz ise “kesafet”³⁹ bakımından fark mevcuttur. Meşru müdafaa müessesinde kanun en yüksek derecede bir tahrik hali görmektedir⁴⁰. O halde haksız tahrik müessesesi, meşru müdafaaya dahildir yani meşru müdafaanın içinde haksız tahrikte vardır⁴¹. Bu sebeple meşru müdafaanın bulunduğu hadiselerde tahrikten bahsedilemez. Tahrik fiilini teşkil eden hareketler kendini müdafaa edene karşı edilmiş haksız taarruzun unsurlarıdır. Bu mütalaa meşru müdafaanın esasen cezayı kaldırması dolayısıyla nazari sayılabilirse de “aşırı müdafaa” ile “haksız tahrik” in birlikte kabul edilip edilmeyeceğinin tatbiki neticesi olabilir⁴².

Aşırı müdafaa hükmü, meşru müdafaanın şartları bulunduğu ve fakat zaruretin tayin ettiği hududun aşılması halinde tatbik olunur. Bu sebeple meşru müdafaanın bulunmadığı yerde aşırı müdafaadan bahsedilemez.

Binnetice meşru müdafaa ile haksız tahrikin birlikte kabul edilmesine mani olan sebep, aşırı müdafaa ile haksız tahrikin birlikte kabulüne de

³⁷ Mehmet Akif TUTUMLU, T.Ceza Hukukunda Haksız Tahrik,(Ankara, 1999),68.

³⁸ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 48.

³⁹ TDK Türkçe sözlük(K-Z)1.çokluk, sıklık, 2. yoğunluk 3. saydam olmama durumu.1277.

⁴⁰ Faruk EREM, Ahmet DANIŞMAN, Mehmet EMİN ARTUK: a.g.e, 603

⁴¹ Cengiz BARDAK: a.g.e, 50.

⁴² Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e, 1008.

manidir. Aşırı müdafaa hali, aynı suç ve aynı şahıs hakkında haksız tahrik ile birlikte kabul edilemez⁴³.

Bu hadisede ne zaman meşru müdafaa ne zaman haksız tahrik hükmünün tatbiki icap edeceği hususundaki ölçü haksız taarruzun hedefinde, tepkinin zamanında, müdafaa'nın zaruretinde aranmalıdır.⁴⁴

⁴³ Ahmet SEVİNÇ, Ramazan ÖZKEPİR: Açıklamalı İçtihadlı Kasten Adam Öldürme Suçları, (Ankara, 1996), 104.

⁴⁴ * Mağdur Mehmet ile tanık Osman'ın alacakları nedeni ile haciz kararı aldıkları otonun kaçırılmasını engellemek ve ertesi sabah yapılacak el koyma işlemini kolaylaştırmak amacıyla, mahcuz kamyonetin teker havalarını indirdikleri gece vaktinde, durumu gören ve kamyonet sahibi komşusu bulunan sanığın adı geçenlerle tartıştığı, mağdur Mehmet'in sanığa çıkışıp küfür etmesi sonrasında sanığın hamili tabancasını çekerek peş peşe atışla mağdur Mehmet'i batından üç isabetle hayati tehlike oluşturacak ve 45 gün iş ve güçten engellenecek düzeyde yaraladığı oluş ve kabulden anlaşılmakla; Tanık Osman tarafından doğrulanmayan, mağdur Mehmet'in kabul nitelikli beyanını da konu olmayan savunmanın kabulü ile mağdur Mehmet'in elini beline attığı hususu gerçek sayılsa dahi, oluşum biçimi itibariyle bu hareketin sanığı nefis savunmasına düşürdüğünü kabule olanak bulunmadığından ve açıklanan nitelikli davranışların ancak ve sadece basit kışkırtma sayılacağı istikrar kazanmış içtihatlar gereği olduğundan, sanık İzzet'in TCY'nın 448., 62., 51/1., 59. maddelerince cezalandırılması yerine hafifletici nedenlerin takdirinde yararlı sonucu, yasanın 49/2 ve 50. maddelerince hüküm kurulması (Yargıtay 1.C.D., 17.03.2004, 2430-881)

* Esrar içmek için bir araya gelen maktüller ve sanıkların arasında olay yerinde herhangi bir tartışma geçmediği halde maktül Mustafa Mert tespit edilemeyen bir nedenle tabancasını çekerek önünde durmakta olan sanık Ziya'nın kafasına yönelttiği, bunu gören sanık İlker'in "ne yapıyorsun" diyerek maktül Mustafa Mert'in tabanca olan eline müdahale ettiği ve bu esnada ateş alan silahtan çıkan merminin sanık Ziya'nın yanında, bulunmakta olan maktül Hasan'ın kafasına isabet ederek ölümüne neden olduğu, silah sesi üzerine geriye dönen sanık Ziya'nın maktül Mustafa Mert'in tabancasının kendisine yönelik olduğunu görmesi üzerine onun üzerine atlayarak boğuşmaya başladıkları, boğuşma sırasında tabancayı ele geçirip maktül Mustafa Mert'e 2 el ateş edip onu yaralayıp yerdeyken de taşla başına vurarak öldürdüğü, sanık İlker ve Volkan'ın sanık Ziya'nın maktülü taşla darp ettiği sırada elleriyle maktül Mustafa Mert'e vurarak darp ettikleri olayda;

Sanık Ziya'nın maktül Mustafa Mert'in kendisine tevcih ettiği tabancasını boğuşarak ele geçirip maktülün kendisine yönelik saldırısının bitmesinden sonra öldürmesine, sanık Ziya hakkında emsal içtihatlar gözetilerek lehine ağır tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanık İlker ve Volkan'ın ise maktülün doğrudan kendilerine yönelik eylemi olmamasına karşın olay sırasında arkadaşlarına yönelik vaki olan eylem nedeniyle lehlerine basit tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi(Yargıtay 1. C.D'nin 15.12.2003 , 3015-3138 Hatipoğlu –Parlar, 360).

* Olay günü sanık Hakan'ın ağabeyi Hüsam ile maktülün babası ile Ali'nin karayolu üzerinde hatalı sollama nedeni ile sabah saatlerinde tartışıp kavga ettikleri, bu durumu bilahare Pazar yerine gelen sanığın öğrendiği ve ruhsatsız av tüfeğini alıp Pazar yerine geri döndüğü, akşamüzeri satış işlemlerini tamamladıktan sonra annesini de yanına alarak

2.3. Haksız Tahrik- Taammüt

Haksız kışkırtma kuralının tasarlayarak adam öldürme suçlarında uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışılan bir konudur. Dönmezer/Erman⁴⁵ ve Demirbaş'a göre: tasarlama için şart olan suç işleme kararı(planı) ile eylem anı arasındaki zaman farkı, haksız tahrik nedeniyle işlenen suçlarda da mümkündür. Bir kimse öfke ve elem duygusu altında daha iyi bir plan bile hazırlayabilir. Dönmezer'e göre, tasarlama için şart olan karar ve harekete geçme zamanı arasındaki fasıla haksız tahrikte de bulunabilir. Zira, ilerde görüleceği üzere karşılığın haksız tahriki teşkil eden fiilin hemen sonunda yapılması, haksız tahrikin bulunması için şart değildir; tasarlamanın ikinci şartı olan bu süre içerisinde bir plan kurulması da, haksız tahrikin psikolojik temelini teşkil eden öfke veya elem hali ile bağdaşabilir, hatta bir kimsenin, bu gibi öfke veya üzüntü anlarında daha derin ve ayrıntılı bir şekilde düşünüp taşınması, benliğini saran öç alma ya da karşılık verme fikrinin etkisi altında planını daha iyi hazırlaması bile mümkündür⁴⁶.

Erem'e⁴⁷ göre sorun, tasarlama(taammüt) hakkında üzerinde birleşilen bir görüşün olmamasından kaynaklanmaktadır. Tasarlama kronolojik ölçüte

beraberce dörtyola otosu ile dönerlerken, bir şekilde yolda maktül Ergün ve mağdur müdahiller Mehmet ile Mümtaz'ın içinde yer aldığı otobüsle karşılaştıkları, sanık ve müdahil tarafın araçlarından indikleri, maktül ve mağdurların sopalarla ve levye ile sanığa doğru yöneldikleri sırada sanığında etkinliği ve tesir mesafesi bakımından kendisini karşı tarafa nazaran avantajlı konuma sokan av tüfeğini karşı taraftan gelebilecek muhtemel bir saldırıya karşı ateşlediği, önce maktülü yaralayıp yere düşürdüğü, daha sonra mağdurlara da ayrı ayrı ateş edip onları da yaraladığı, oluşun mahkemece de dosya içeriğine uygun olarak bu şekilde kabul edildiğine göre; Maktül ve mağdurlardan gelmesi muhtemel saldırı sanık yararına yasal savunma koşullarının olduğu şeklinde değerlendirilemeyeceğinden, iş bu haksız hareketlerin ağır düzeyde olduğunun kabulü ile TCK.'nın 51. maddesinin 2. fıkrası ile uygulama yapılması gerektiği halde yazılı şekilde karar verilmesi (1.C.D'nin 07.05.2003, 3355-906 Parlar – Hatipoğlu 381.)

⁴⁵ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (İstanbul,1997), 349.

⁴⁶ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e., 349.

⁴⁷ Faruk EREM, A. DANIŞMAN ,M.Emin ARTUK: a.g.e, 604.

dayandırıldığında haksız tahrik ile birleştirilebilir, ancak soğuk kanlılık teorisi ile tanımlandığında buhran psikolojisi ile bir arada düşünülmesi güçleşir.

Tutumluyla göre; TCK'nın 450/4. maddesinde adam öldürme suçunu ağırlaştıran bir unsur olarak kabul edilen "tammüt" kavramının yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Öte yandan TCK'nın 51.⁴⁸ maddesinde tepki suçunun işlenmesi bakımından bir zaman sınırlaması veya ölçütü de söz konusu değildir. Şu halde pozitif hukuk bakımından, tasarlayarak adam öldürme suçlarında kışkırtma hükümlerinin uygulanmasına yasal bir engel yoktur. Kurumsal açıdan, özellikle bireysel psikoloji yönünden konuya baktığımızda; haksız bir eylemden ötürü öfke ve üzüntüye kapılan kişilerin mutlak şekilde plan yapamayacaklarını, tasarlayarak suç işleyemeyeceklerini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle tasarlama ile tahrik'in bir arada bulunabileceği görüşündedir^{49, 50}.

Taner; taammüd yani tasarlama ile haksız tahrikin bir arada içtima edilemeyeceği kanaatindedir. Ona göre, tasarlama fail, suçu soğukkanlılık ile düşünüp niyet ettikten sonra işlemiştir. Tahrikte ise, bir hiddet ve şiddetli elemin tesiri üzerinde iken, hareket eylemiştir⁵¹.

Öztürk'e⁵² göre tasarlama (tammüd) ile haksız tahrik'in bir arada bulunup bulunamayacağı tasarlama için kabul edilecek teoriye bağlıdır. Bu konuda soğukkanlılık teorisi esas alındığında tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunamayacağı sonucuna varmak gerekir. Ne var ki, Yargıtay, bu teoriyi genellikle benimsemiş olduğu halde tasarlama ile tahrikin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir⁵³. Ayrıca, tasarlamanın daha ağır

⁴⁸ 5237 sayılı yeni TCK'nın 29. maddesi.

⁴⁹ Mehmet Akif TUTUMLU: a.g.e, 66-67

⁵⁰ Ahmet SEVİNÇ, Ramazan ÖZKEPİR: a.g.e, 10

⁵¹ Tahir TANER: Ceza Hukuku, (İstanbul 1953), 321.

⁵² Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, Veli Özer ÖZBEK: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, (Ankara 2002), 211-212

⁵³ Yargıtay. 1.C.D. 19.4.1988, 1779/1697, YKD (Eylül 1988), 1285.

cezalandırılmasının nedeni plan kurma teorisi ile izah edilebileceği için tasarlama ile tahrik bir arada bulunabilir⁵⁴.

Yargıtayımızın konu ile ilgili kararlarını inceleyecek olursak;

“ Maktülle kardeşi olay günü saat 11 sıralarında sanık ile kahvede kavga ettikleri, maktulün kardeşi sanığı dövdüğü gibi maktulün de sanığa söverek onu kahveden dışarı attığı, aynı gün saat 19 sıralarında sanığın kahvede gördüğü maktulü öğleyin yediği dayağın tesiri ile öldürdüğü kabul olduğuna ve haksız tahrik kabul olunduğuna göre taammüt yoktur.⁵⁵”

Yargıtayımız, daha yeni tarihli kararlarında, haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir: “ Sanığın 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini altı yaşında öksüz bırakan ve bilahare 1803 sayılı kanun uyarınca tahliye edilen maktulü öldürdüğüünün oluş ve kabulden anlaşılmasına, bu durumda aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldıramayacağına göre suçun münhasıran kan saiki ile işlendiğinden söz edilemeyeceği cihetle sanığın maktulü basit tahrik altında ve taammüden öldürdüğüünü kabulü suretiyle hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suça kan gütme vasfının ilave edilmesi ve TCK’nın 51/1.⁵⁶ maddesinin tatbiki lüzumunun gözetilmemesi hukuka aykırıdır⁵⁷.

Savaş ve Mollamahmutoğluna göre; tasarlamanın ağırlatıcı sebep sayılmasının hukuki esası soğukkanlılık olmayıp belirli bir süre içerisinde failin düşünüp taşınması, ana hatları ile bir plan kurması ve böylece tehlike

⁵⁴ Yargıtay’a göre yerel mahkeme sanığın üç ay önce bir kaza nedeni ile mağdurun arkadaşı olan biri ile tartıştığını, mağdurun bu olay sırasında hem arkadaşını ve hemde sanığı tokatladığını kabul etmiş ve fakat aradan üç ay geçmesi ve koşulların bulunmaması nedenlerine dayanarak TCK’nın 51. maddesini uygulamamıştır. Oysa haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen öfke, acı; bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiri ile sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.(Yargıtay 4.C.D, 25.12.1991, 7141/8305, YKD, (Ağustos 1992).1294 vd.)

⁵⁵ YKD. 1.C.D, E:1976/1271, K:1976/1651, Y.K.D 5.5.1976, s.10, 1497.

⁵⁶ 5237 sayılı TCK’nın 29. maddesinde düzenlenmiştir.

⁵⁷ Yargıtay 1.C.D, 09.10.2002, 2288- 3508 sayılı kararı.

haline daha büyük bir ölçüde açığa vurması olduğu için tahrik ile bir arada bulunması engel psikolojik bir hal olmadığı gibi kanuni bir engel de yoktur⁵⁸.

Bilindiği gibi taammüt, adam öldürme suçunun cezasını arttıran sebeplerden biridir. Tasarlanarak yapılan planlı bir adam öldürme fiilinde dahi kara ile icra arasında az- çok bir zaman fasılasının geçmiş olması, fikrimizce bu iki müessesenin bir arada bulunabileceklerini ortaya koymaktadır. Zira haksız tahrikten failin yararlanabilmesi için suçun tahriki müteakip hemen o an işlenmesi şart değildir. Haksız tahrike uğrayan failin, bundan duyduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında aradan geçecek fasıla içerisinde suçunun tasarlaması ve uygulaması mümkündür⁵⁹.

Failin haksız bir tahrike uğraması ve bundan duyduğu hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında ve bu tesirin devamı süresince işleyeceği suçu tasarlaması ve kararlaştırması mümkündür. Bu takdirde önemli olan şey faile müessir olan saikin mahiyetidir.

2.4. Haksız Tahrik- Takdiri İndirim Nedenleri

Takdiri hafifletici sebepler, kanun tarafından belirlenmeyip, hakim göz önünde tutabileceği bir takım özellikler dolayısıyla cezanın bir ölçüde indirilmesine imkan sağlayan ve kabul ve reddi yine hakim takdirine bırakılan hallerdir. Bu çeşit sebeplerin neler olduğu kanunda gösterilmediğinden takdiri hafifletici sebepler belirli değildir: aynı sebepler istisnasız her suçun cezasında indirim yapılmasına imkan verdikleri için geneldir; nihayet kabul ve reddi, hakim takdirine bağlı bulunduğu için de takdirdir. Hakim, olayın niteliğine ve cereyan tarzına göre hareket edecek, takdirini ona göre kullanacaktır⁶⁰.

⁵⁸ Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e, 1009.

⁵⁹ Necdet YALKUT: "Taammüden adam öldürme", Y.D.,(Nisan 1979), 1009.

⁶⁰ Muhtar ÇAĞLAYAN:Yargıtay İçtihadları Işığında Bir İzah Denemesi,(A.D. Ocak 1982), 33.

5237 sayılı Yeni TCK ile takdiri indirim nedenlerini düzenleyen madde de bir takım değişiklikler yapılmıştır. Buna göre:

“Takdiri indirim nedenlerinin varlığı durumunda tasarıda kabul edilen indirim oranlarında kısmen değişiklik yapılmıştır. Ayrıca takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği, sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlenmiştir. Bunlar maddenin ikinci fıkrasında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar olarak belirlenmişlerdir. Bu nedenler, Hükümet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti. Ancak, yapılan değişiklikle , mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla, bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir”.⁶¹

TCK’ unda birkaçı sayılan ancak genel olarak belirli olmayan, takdiri hafifletici sebepler kurumunun hukuki esası, cezayı olaya ve suçluya uydurarak, daha adil ve insaflı bir cezaya hükmedebilmek hususunda, hakime bir özgürlük tanımak şeklinde özetlenebilir: kanun koyucu ancak genel ve soyut şemalar verebilir; oysa her olayın özelliği başkadır, her failin kişiliği farklıdır. Bunları önceden belirtmeğe, cezayı bu özellik ve kişiliğe uydurmaya imkan yoktur. Meseleyi hakimink takdirine bırakmak ve önceden belirlenemeyen bir takım sebepler dolayısıyla hakime cezayı indirmek hususunda yetki tanımak zorunludur⁶².

TCK’nın 62. maddesinin 1. fıkrasına göre “ fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine. Müebbet hapis,; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadar indirilir”. Bu indirim, cezaların bireyselleştirilmesini, yani failin kişiliğine uydurulmasını sağlamak amacı ile öngörölmüş hafifletici nedendir.

⁶¹ İzzet ÖZGENÇ: a.g.e., 151,152.

⁶² Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e., 362.

Kanunun 62. maddesinin 2. fıkrasında takdiri indirim nedenleri olarak “faili geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar” dan söz etmekte ise de, madde de sayılanlar örnek niteliğinde olup, yargıç uygun göreceği başka nedenlerle de cezada indirim yapabilecektir.

TCK’nın 62. maddesi, yasal indirim sebepleri dışında, takdiri hafifletici nedenlerin uygulanmasına olanak sağlayan bir hüküm niteliğindedir. Yasada hangi davranış veya eylemlerin indirim nedeni sayılacağı belirtilmemiş, bu husus yargıcın(mahkemenin) takdirine bırakılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yerleşik içtihatlarına göre; ikrarı ile suçu açığa çıkaran, suça nitelik verilmesini kolaylaştıran, yaptığından pişmanlık duyan sanıklar hakkında takdiri hafifletici neden uygulanmalıdır.

Bardak’ a göre; haksız tahrik ile takdiri hafifletici sebep aynı olayda birlikte uygulanabilir. Ancak aynı gerekçe ile her ikisinin tatbiki doğru değildir⁶³.

Öztürk ise; bu iki kurumun birlikte bulunabileceğini belirttikten sonra tahriki oluşturan davranış fail açısından aynı zamanda takdiri hafifletici nedenden dolayı da cezanın indirilmesini gerektirmez⁶⁴.

Kuşkusuz sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması, yargıcın 62. madde konusunda bir karar vermesine engel değildir. Ne var ki her iki normun konuluş amacı farklıdır. Haksız tahrik; suçun işlenmesine doğrudan etki eden sanığa adeta suç işlemeye sürükleyen psikolojik bir olgudur. Bu olgu kanıtlandığında yargıç 29. maddeyi uygulamak zorundadır. Oysa 62.madde, sanığın suçtan sonraki davranışları ile kişilik özelliklerinin göz önüne alınmasını, dolayısıyla cezanın kişileştirilmesini amaçlayan bir indirim kuralıdır. Bu nedenle aynı eylem veya olgudan dolayı hem 29., hem de 62. madde ile sanığın cezasından indirim yapmak uygulamada hükmün bozulması sonucunu doğurmaktadır. Kural bu olmakla beraber Yargıtay,

⁶³ Cengiz BARDAK: a.g.m., 51.

⁶⁴ Bahri ÖZTÜRK, R. ERDEM, V. Özer ÖZBEK: a.g.e, 213.

ölüm cezasını gerektiren suçlarda TCK'nın 29. maddesinin uygulanması durumunda 62. maddesinde adalet ve nesafet kuralları bakımından uygulanması gerektiğini yerleşik bir içtihat olarak benimsemiştir.

Sanık hakkında, haksız tahrik ile birlikte takdiri hafifletici sebebi içeren 62. madde hükmü de uygulanabilir mi? Yargıtay, bu soruya olumlu yanıt vermektedir. Kasten öldürmek ve izinsiz silah taşımaktan sanık ..'ın TCK'nın 448,51/1, ve 6136 sayılı kanunun 13. maddeleri uyarınca mahkumiyetine ilişkin hükmü özel daire;(Adi tahriki teşkil eden sebep, maktulün sanığa hakarete bulunmasıdır. Sanık lehine bozulan ilk hükümde TCK'nın 59. maddesinin uygulanmış olması, sonraki hükümde müktesep hak sayılması gerekeceği gibi; ayrıca bu maddenin uygulanmasına dayanak yapılan sebebin, varlığını aynen korumuş bulunması itibarıyla sözü geçen maddenin de uygulanması gerekeceğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır) biçimindeki gerekçesi ile bozmuştur⁶⁵.

Yargıtay bir başka kararında; " Ölüm cezasını gerektiren bir cürüm işlendiğinde faillerine adi tahrik hükmü uygulandığında müebbet ağır hapis veya takdiri indirim sebebi ile kabul edildiğinde yine müebbet ağır hapis cezası tayin olunacaktır. Haksız tahrik ve takdiri azaltıcı nedenler arasında nitelik farkı bulunmadığından, idam cezasını⁶⁶ gerektiren suçlarda TCK'nın 51/1⁶⁷ ve 59.⁶⁸ maddesinin ayrı ayrı tatbiki sonucunun aynı cezayı müstelzim olması, yasal ve takdiri indirim sebeplerini konuluş amacına, mahiyetine, bu tür suçlarda TCK'nın 51/1 . maddesinin uygulanması halinde ayrıca 59. maddesinin de tatbik edilmesi gerektiği Ceza Genel Kurulunun 23.9. 1985 gün 177/474 sayılı kararı ile kabul edilmiştir⁶⁹.

Görüldüğü üzere ölüm cezasını gerektiren bir suçta TCK'nın 29. maddesi uygulanarak müebbet ağır hapis cezasına hükmedilmesi halinde

⁶⁵ Muhtar ÇAĞLAYAN: a.g.e, 34.

⁶⁶ İdam cezası TCK' dan kaldırılmıştır.

⁶⁷ 5237 sayılı kanunun 29. maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁸ 5237 sayılı kanunun 62. maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁹ C.G.K.'nın 6.5.1991 tarih ve E:1/114, K:143 sayılı kararı.

adalet duygularını tatmin etmek, mevcut adaletsizliği gidermek için ayrıca TCK'nın 29. maddesi ile de uygulama yapılmalıdır. Halbuki olayımızda, TCK'nın 450/1⁷⁰, 29. maddesi ile uygulama yapıldıktan sonra sanığın yaşı nedeni ile TCK'nın 55/2⁷¹ maddesi ile hükmolunan ceza 15 yıl ağır hapis cezasına indirilmiştir. Sonuç olarak tayin edilen ceza, ömür boyu ağır hapis cezası olmadığından 23.9.1985 gün 177/474 sayılı Genel Kurul kararında belirtilen sakıncalar ortadan kalkmıştır. Bu nedenle TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasının zorunlu olduğu ileri sürülemez.

Dönmezer'e göre: haksız tahrik ve takdiri hafifletici sebepler bir arada bulunabilir: ancak aynı halin hem haksız tahrik hem de takdiri hafifletici sebep sayılması ve cezada iki defa indirim yapmağa esas tutulması mümkün olmadığı gibi, haksız tahrikin bütün şartlarının bulunduğu görüldükten sonra, bunun takdiri hafifletici sebep sayılması da doğru değildir⁷².

2.5. Haksız Tahrik – Taksirli Suçlar

TCK'nın 22. maddesine göre taksir: “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesi” dir. Bununla birlikte, aynı maddeye göre, taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

Suçlar kural olarak kasten işlenirler ancak, istisnaen taksirle işlenen belli fiillerde kanunlarda suç olarak tanımlanmaktadır.

Taksirli suçların belirgin özelliği, icrai veya ihmali bir şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanuni tanımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, “ gerekli dikkat ve özen” yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Çünkü, gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir.

⁷⁰ 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinde düzenlenmiştir.

⁷¹ 5237 sayılı yeni TCK'nın 31. maddesinde düzenlenmiştir.

⁷² Sulhi DÖNMEZER. Sahir ERMAN: a.g.e, 350.

Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeni ile ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.

Taksirli suçlarda fail kendi yetenekleri, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır⁷³.

Kusurluluğun ikinci türü olan taksir, istisnai bir nitelik taşır; yani bir fiilin taksirli şeklinin cezalandırılabilmesi için bunun kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekir.

Taksirli suç ile ilgili olarak ortaya çıkan sorun, taksirli fiillerin cezalandırılmasının meşru olup olmadığı ile ilgilidir. Kusurluluğun tamamen psikolojik anlayışından hareketle taksirli fiillerin cezalandırılmasının meşru olmadığı savunulmaktadır. Bu anlayışa göre taksirde fiil irade edilmediği gibi tasavvur da edilmemektedir. Dolayısıyla, burada taksirin, tehlikeli bir biçimde, objektif sorumluluk halleri arasına sokulması eğilimi söz konusudur. Taksirli fiillerin cezalandırılması, ancak kusurluluğun normatif anlayışı ile tam anlamı ile haklılık kazanmıştır. Buna göre, ortaya konulması gereken bir iradenin ortaya koyulmaması olarak taksir, kusurluluğun, daha hafif de olsa, bir türünü oluşturur ve subjektif sorumluluk alanına dahildir.

TCK'nın 22. maddesinin 2. fıkrası taksiri oluşturan, ona özelliğini veren unsurların, tipik fiilin istenmemesi, hukuken korunan varlıklara zarar verilmesini önlemeye yönelik davranış kurallarına uyulmaması ve bu

⁷³ İzzet ÖZGENÇ: a.g.e.,101-102.

uymamanın faile isnat edilebilirliğinden ibaret bulunduğunu söylemek mümkündür⁷⁴.

Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın "Taksir" başlıklı 22. maddesinin 3. fıkrasında bilinçli taksirin tanımı verilmiştir. Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilin öngörölmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır. Bilinçli taksir halinde hükmedilecek ceza üçte birinden yarısına yarısına kadar arttırılacaktır. Böylece bilinçli taksir, iş kazalarını, trafikte meydana gelen taksirli suçları önlemek bakımından caydırıcı etki yapacak ve suçların önlenmesinde yarar sağlayacaktır⁷⁵.

Yargıtay taksirli suçları " kayıtsız suçlar" olduğundan bahisle bunlar hakkında haksız tahrik mazeretinin kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.

"Taksirli suçlar" da haksız tahrikin kabul edilemeyeceği neticesini çıkarmak için, taksirli suçların " kasıtsız suçlar" olduğu yolundaki gerekçe yeterli değildir. Her ne kadar "kast" kavramı hakkında, ceza hukukunda tam bir fikir birliğine varıldığı iddia edilemezse de, genellikle kabul edilen fikre göre kast, " failin kanuna muhalif olan bir fiili işlemek iradesidir". Yargıtayın kast hakkındaki içtihadının da bu yolda olduğunu sanıyoruz. Bu sebeple kast irade anlamına geldiğinden taksirli suçların gayri iradi suçlar sayılması imkansızdır. Taksirli suçlarda da hadiseye sebebiyet veren fiil iradidir. Taksirli suçların diğerlerinden farkı sadece neticenin istenmemiş olmasıdır. O halde irade ile işlenen her fiil hakkında tahrikin kabulü lazım geldiğinden taksirli suçlarda da tahrik kabul edilmelidir⁷⁶.

Özgenç ve Şahin'e göre; maruz kalınan haksız bir fiilin oluşturduğu gazap ve hiddetin etkisinde işlenen suç ister kasten ister taksirle işlenen bir suç olsun, genel haksız tahrik hükmüne istinaden failin cezasında indirim yapabilmelidir. Çünkü haksız tahrik hali açısından önemli olan, maruz kaldığı haksız bir fiilin kişide gazap ve hiddet oluşturup oluşturmadığı ve suçun

⁷⁴ Nevzat TOROSLU: a.g.e, 144

⁷⁵ 5237 sayılı TCK'nın 22. maddesinin madde gerekçesi.

⁷⁶ Faruk EREM, A. DANIŞMAN, M.Emin ARTUK: a.g.e, 605-606.

bunun etkisinde işlenip işlenmediğidir. Eğer suç bu haksız fiilin oluşturduğu gazap halinin etkisinde işlenmiş ise; bu işlenen suç açısından failin irade kabiliyetinin zayıflamış olduğu anlamına gelecektir. Dolayısıyla, bu husus, işlediği suça ilişkin olarak failin kusurunun tayininde dikkate alınacaktır⁷⁷.

Mollamahmutoğlu' na göre: tepkinin tahrik edene yönelmesi gerekeceği taksirli suçlarda, haksız tahrikin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalara yol açmıştır. Bu konuda ileri sürülen bir görüş, taksirli suçlarda tepkinin tahriki yapana yönelmediği ve bu suçun tahrikin doğrudan doğruya tepkisi olmadığı nedeniyle taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağı yönündedir.

Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise, kasıtlı suçlarda haksız tahrikin kabulüne yol açan psikolojik esas taksirli suçlarda da vardır. Ayrıca, taksirli suçlarda, tepkinin tahriki yapana yönelemeyeceğine dair itiraz, kasıtlı suçlardaki hata veya sapma durumlarında da söz konusudur.

Sonuç olarak kast, irade manasına geldiğinden, taksirli suçların gayri iradi suçlar sayılması imkansızdır. Taksirli suçların diğerlerinden farkı sadece neticenin istenmemiş olmasıdır. O halde, irade ile işlenen her fiil hakkında tahrikin kabulü lazım geldiğinden, taksirli suçlarda da tahrik kabul edilmelidir^{78 79}.

⁷⁷ İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN: a.g.e., 290.

⁷⁸ Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e., 825.

⁷⁹ Aksi fikri savunan Güreli; haksız tahrik müessesinin taksirle işlenen suçlarda uygulanamayacağını şu şekilde açıklamaktadır: Taksirli suçlarda haksız tahrikin kabul edilmeyeceğine dair kanunda açıklık yoktur. Bu neticeye taksirli suçların ve haksız tahrikin niteliğinden varılmaktadır. Haksız tahrik neticesinde işlenen suç, tahrikin tekisini oluşturmalı ve tahrik edene yönelmelidir. Bu şartların yerine gelmesi için mutlaka kasti bir şekilde hareket etmesi gerekir. Taksirli suçlar ise, tedbirsizlik, dikkatsizlik ve nizamlara riayetsizlik suretiyle işlenen suçlardır. Gerçi insan öfkeliyken bazı hususlara dikkat etmeyebilir. Örneğin, müşterisinin haksız tahriki ile hiddetlenen taksi şoförünün trafik kurallarına riayet etmeyerek yayayı çiğnemesi. Bu halde şoför haksız tahrik mazeretinden faydalanamaz. Çünkü burada işlenen suç haksız tahrikin doğrudan doğruya tepkisi değildir.

2.6. Haksız Tahrik – Akıl Hastalığı

5237 sayılı yeni TCK'nın 32. maddesine göre:

“Akıl hastalığı nedeni ile, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine 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”.

Akıl hastalığının isnad yeteneğini kaldırıcı veya azaltıcı etkisi çok eski zamandan beri tanınmıştır. Akıl hastalığının böyle bir etki yapmasının sebebi, bu yeteneğin bulunması için gereken niteliklerin gelişmesini durdurmasından veya bunların bozukluk ve noksanlığa uğramasına sebebiyet vermesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, gerek akli melekelerin gelişmesini durduran gerek bunlar geliştikten sonra gerilemelerine yol açan, bütün akıl hastalıkları isnad yeteneğini etkiler⁸⁰.

Kusur yeteneğini etkileyen bir neden olan akıl hastalığının varlığı durumunda kişi işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamakta veya işlediği fiille ilgili olarak irade yeteneği önemli ölçüde etkilenmektedir. Kişi bu durumda kusurlu olamayacağından, hakkında cezaya hükmedilemeyecektir fakat fiil hukuka aykırı olduğundan kişi hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine başvurulacaktır.

⁸⁰ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN: a.g.e, 169 – 170.

Özgenç ve Şahin'e göre; akıl hastalıklarını tam veya kısmi olarak ayırma tabi tutmak doğru değildir. Bir insan ya akıl hastasıdır yada değildir. Hukuken önemli olan, kişinin malül olduğu akıl hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde etkili olup olmamasıdır⁸¹. Şunu da belirtmek gerekir ki; akıl hastalığı kişinin işlediği her fiil açısından algılama ve irade yeteneği üzerinde etkili olmayabilir. Örneğin kleptomani akıl hastası olan kişinin işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığı söylenebilir. Ancak, bu kişinin kasten adam öldürme suçunu işlemesi halinde kleptomani akıl hastalığı bu fiille ilgili olarak algılama veya irade yeteneğini etkilemez⁸².

Kişinin akıl hastası olup olmadığının tespiti hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne gibi etkilerinin olabileceğini, davranışlarını nasıl etkilediğini belirleme tıbbi bir konudur. Bu nedenle uzman bilirkişi bu hususu ortaya koyduktan sonra akıl hastalığının somut olay açısından kişinin bu yeteneklerini ne ölçüde etkilediğini normatif olarak belirleme görevi, hakime aittir.

Savaş ve Mollamahmutoğluna göre: “Tam akıl maluliyeti,” sorumluluğu kaldırdığından sadece hafifletici bir sebep olan haksız tahrik hükmünün uygulanmasına gerek kalmaz. Ancak “tam olmayan akıl maluliyeti” ile haksız tahrik hükümleri bir arada bulunabilir⁸³.

Demirbaş'a göre ise: haksız tahrik kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunabilir. Çünkü her iki hükmünde birbirinden bağımsız ve gerçek birer temeli vardır. Böyle bir durumda aynı halden dolayı, iki defa ceza indirilmesi yasağı ihlal edilmiş olmaz. Ancak, haksız tahriki teşkil eden fiil, failin şuur veya hareket serbestisini önemli derecede kaldırarak bir ruhi karışıklığa neden olmuşsa, artık haksız tahrikten değil arızı sebepten söz edilir. Böyle bir durumda ruhi karışıklığın şiddetine göre kısmi isnad yeteneği veya isnad yeteneğinin tamamen kalkması da söz konusu olabilir.

⁸¹ İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN: a.g.e, 255

⁸² İzzet ÖZGENÇ: a.g.e, 115.

⁸³ Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e, 1012.

Fail kısmi akıl hastalığından dolayı tahrik edildiği zannına kapılarak suç işlerse; heyecan durumu haksız tahrikten değil failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş bulunduğundan, haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunmasından söz edilemez, yalnız kısmi akıl hastalığına ilişkin hüküm uygulanır⁸⁴.

2.7. Haksız Tahrik – Mütemadi Suçlar

Haksız tahrikin mütemadi suçlarda kabulüne engel bir özellik görülmesi de “temadi” boyunca 51.⁸⁵ maddede ki şartların varlıklarını sürdürebilmelerine pek ender olaylarda rastlanır. 51.⁸⁶ maddenin şartlarına uygun bir biçimde başlayan bir mütemadi bir suça, şartların ortadan kalkmasına rağmen devam edilmiş ise, failin tahrikten faydalanması mümkün değildir⁸⁷.

2.8. Haksız Tahrik – Suç İşlemeye Tahrik

Failin, haksız bir fiilinin doğurduğu gazap ve elemnin etkisi altında hareket ederek, bir suç işlemesi biçiminde tanımlanan haksız tahrikte, fail, suç mağdurunun haksız kusurlu hareketinin etkisi altında hiddet ve kızgınlığa kapılarak suç niteliğindeki fiilini gerçekleştirmektedir.

Haksız Tahrikte, tahrike sebep olan kimse sadece haksız kusurlu bir fiilde bulunmakta, iradesi bu hususa yönelik olmakta, dolayısıyla, tahrik altında bıraktığı şahsı, suç işlemeye, bilerek ve isteyerek yöneltmemektedir. Haksız tahrikte, tahrik altında kalan kimsenin hareketi, tahrik eden tarafından öngörülmeleyen bir husus teşkil etmektedir. Oysa, suç işlemeye tahrikte, tahrikçi gösterdiği, belirttiği fiilin tahrik altında bulunan kimse tarafından veya yığındaki belirsiz bir kişi tarafından işlenmesi amacı ile hareket etmektedir⁸⁸.

⁸⁴ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 48-49.

⁸⁵ 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiştir.

⁸⁶ 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiştir.

⁸⁷ Faruk EREM, A. DANIŞMAN, M. Emin ARTUK: a.g.e, 607.

⁸⁸ Köksal BAYRAKTAR: Suç İşlemeye Tahrik Cürmü (İstanbul 1977), 12-13.

Bu nitelikteki tahrik ile incelememizin konusu arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Haksız tahrikte tahriki meydana getiren kimse, muhataba karşı sadece kusurlu bir harekette bulunmakta, başka bir deyişle muhatabı mağdur duruma getirerek fiilini yürütmektedir. Oysa incelememizi teşkil eden tahrikte fail bu amaçla hareket etmemekte, muhatabın, belirttiği fiili işlemesini sağlamak iradesini taşıırken onu mağdur durumuna getirmemekte, ona karşı suç işlememektedir. Tahrikçi bu gayeyi güderken, belirli kişileri ya da yığını suça iterken, toplum için tehlikeli bir fiili yerine getirmekle suç işlemektedir. Başka bir deyişle haksız tahrikte, tahrik edenin fiili bazı hallerde suç kuvvetine erişmemiş haksız, kusurlu bir hareket olabileceği halde, suç işlemeye tahrikte tahrikçi bir suçu meydana getirmektedir.

Ayrıca; suç işlemeğe tahrikte, tahrik altında bırakılan kişi, tahrikçinin gösterdiği yönde hareket ederken adeta onunla birleşmekte, iradelerinde farklı zamanlarda da olsa bir uyuşma meydana gelmektedir ve tahrik altında bırakılan kimse suçu topluma, diğer kişilere karşı işlemektedir.

3 - ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ

3.1. Genel Olarak

Haksız tahrik cezayı azaltıcı “genel sebep” olmakla beraber, kanunun haksız tahriki bazı suçlar hakkında cezayı azaltıcı “özel sebep” saydığı hallerde 51.⁸⁹ madde hükmü tatbik edilemez. Çünkü bu hususi sebeplerin bulunduğu hallerde, genel azaltıcı sebebin belirlenmiş olduğu farz olunur ve hususi azaltıcı sebebe ait olan hükümlerle 51.⁹⁰ madde hükmünün birlikte veya biri yerine diğerinin tatbiki mümkün değildir⁹¹.

765 sayılı Kanundan farklı olarak, yeni TCK’ da bütün suçlar açısından geçerli olan genel haksız tahrik hükmünün yanısıra, belli suçların bir haksız fiilin oluşturduğu gazap veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi halinde

⁸⁹ 5237 sayılı TCK’ya göre 29. madde.

⁹⁰ 5237 sayılı TCK’ya göre 29. madde.,

⁹¹ Ahmet SEVİNÇ, Ramazan ÖZKEPİR: a.g.e, 104.

bu suçların cezasında belli bir oranda indirim yapılması gerektiği yönündeki hükümlere bir durum dışında yer verilmemiştir⁹².

3.2. Hakaret Suçunda Özel Haksız Tahrik

TCK'nın sekizinci bölümünün "Haksız Fiil Nedeniyle veya Karşılıklı Hakaret" başlıklı 129. maddesine göre:

" Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez."

"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"⁹³.

Her iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı iskat edebilir.

5237 sayılı kanunun, 765 sayılı kanunun 485. maddesine tekabül eden 129. maddesinin 1.fıkrasında, 765 sayılı kanundan farklı olarak haksız bir fiile tepki olarak işlenen hakaret suçunda failin cezasını üçte birine kadar indirilebileceğinden hatta ceza vermekten de vazgeçilebileceğinden bahsetmektedir.5237 sayılı kanunun, 765 sayılı kanunun 485. maddesinin

⁹² Ceza Kanununda genel anlamda kusur yeteneği üzerinde bir etkisi olması itibariyle haksız tahrik kusurluğu azaltan bir sebep olarak kabul edilmiş olmasına rağmen; bazı özel hükümlerde haksız tahrik nedeniyle failin cezasında indirim yapılacağı özellikle ifade edilmiştir. Türk Ceza Hukuku doktrininde bu özel hükümlerle ilgili olarak "özel haksız tahrik halleri"nden söz edilmektedir. Bu konuda 765 sayılı TCK'nın şu hükümleri örnek olarak gösterilebilir: Memura karşı hakaret veya sövmenin, memurun memuriyet sınırını aşması veya keyfi hareketleri sonucu olması haline ilişkin olarak, m.272; zina halinde yakalama haline ilişkin olarak, m.462 (İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 408)

⁹³ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Türk Ceza Kanunu, (Ankara, 2004), 53.

3.fıkrasına tekabül eden, 2. fıkrasında, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde kişiye ceza verilmeyeceği hususu düzenlenmiştir.3. fıkrada ise karşılıklı hakaret durumunda biri hakkında verilebilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebileceği hususu düzenlenmiştir.

3.2.1. Hakaret Suçunun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi(129/1)

3.2.1.1. Koşulları:

3.2.1.1.1. Tahriki oluşturan haksız bir eylem bulunmalı

Hakaret suçunun mağdurundan faile yönelik bir haksız eylem bulunmalıdır.

Eylemin haksız olmasının ölçütü mutlaka bir suç oluşturması değildir. Yasa haksız bir fiil şeklinde genel bir ifade ile açıklamıştır⁹⁴. Haksız hareketi bir hakka dayanmayan ve suç teşkil etmesi de şart olmayan fiiller olarak tanımlamak mümkündür. Bu sebeple, bir kimse hakkında savcılığa veya polise yapılan suç ihbarı, suçlunun saklandığı yeri polise bildirme veya boşanma haksız bir fiil olarak kabul edilemez⁹⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 129/1. maddesinin uygulanması bakımında haksız hareket kavramı dışında tutulması gereken iki eylem vardır⁹⁶: Hakaret suçu, kasten yaralama sonucu işlenirse ve hakaret suçu karşılıklı olarak işlenirse 129/1. fıkrası yerine, 129/2 ve 129/3. fıkraları uygulanır.⁹⁷

⁹⁴ Mehmet Akif TUTUMLU: a.g.e, 93.

⁹⁵ Hamdi ÖNER: Hakaret ve Sövme Suçları, A.D., (1946), 1069.

⁹⁶ "Olayın şahsi davacı F'nin müzik setini alışılmışın dışında komşu dairelerde oturanları, bu arada sanığı da rahatsız edecek biçimde açmasından kaynaklandığı anlaşılmaya göre, sanık hakkında TCK'nın 485/1. fıkrası hükmünün uygulanması gerektiği düşünülmeyen TCK'nın 59. maddesinin tatbiki ile yetinilmesi bozmayı gerektirmiştir."

⁹⁷ "Olayın, sanıkla komşu olan müşteki P ve A 'nın paspas, halı,ve kilim gibi eşyaları sanıklara zarar verecek yerde ve şekilde silkelemelerinden kaynaklandığı anlatımlarla

3.2.1.1.2. Haksız Fiil Failde Öfke Veya Üzüntü Yaratmalı

Yasa koyucu, TCK'nın 129. maddesinde 29. maddede olduğu gibi “hiddet” veya “şiddetli elem” kelimelerine yer vermemiştir. Bu nedenle 129/1. fıkrasının uygulanmasında failin öfke veya üzüntünün etkisinde hareket etmesinin indirim nedeni bakımından bir şart olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Dönmezer ve Erman'a⁹⁸ göre böyle bir şartın kanıtlanmasına gerek olmaksızın fail indirim nedeninden yararlanabilir.

Erem'e göre “Haksız tahriki cezayı azaltıcı sebep saydıran düşüncelerden biri de psikolojik izah'dır. Hiddet ve şiddetli elemin şuur ve irade serbestisini daraltmış olması sebebi ile failin cezası azaltılmıştır. Kanunun 129. maddesinde hiddet ve şiddetli elem şart koşulmadığına göre bu maddeyi bir çeşit intikam hakkı tanıyan bir hüküm telakki etmek akla gelen düşüncelerdendir.

Erman da hiddet veya şiddetli elem koşulunun 129/1. maddede açık bir şart değil yasal bir varsayım olarak bulunduğunu kabul etmektedir. Yazara göre TCK 29. maddeden yararlanmak isteyen kişi hiddet veya şiddetli elem durumunu kanıtlamakla yükümlüdür. Oysa 129/1 . maddenin uygulanmasında sanıktan bu psikolojiyi kanıtlaması beklenemez.

Demirbaş'a göre öfke ve üzüntü psikolojisinin TCK'nın 129/1. maddesinde bir varsayım olarak yer aldığı yolundaki görüşler isabetlidir. Gerçekten 129/1. madde mağdurdan kaynaklanan haksız hareketten dolayı, failin öfke ve üzüntüye kapılarak tepki göstereceğini, suç işleyeceğini öngörmüştür. Bu nedenle failin, öfke veya üzüntü duygusu ile hareket ettiğini kanıtlaması gerekmez; mağdurun haksız hareketi ile olaya neden olduğunun kanıtlanması yeterlidir⁹⁹.

belirtildiği halde, sanıklar hakkında TCK'nın 485. maddesinin 1. fıkrası hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıının tartışmasız bırakılması bozmayı gerektirmiştir.

⁹⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir ERMAN: a.g.e, 346 vd.

⁹⁹ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 94-95.

3.2.1.1.3 Failin, haksız tahrikin neden olduğu bu ruhi durumun tepkisi olarak işlediği suç hakaret olmalıdır.

Kanunumuz, bunu 129.maddesinde hakaret suçu ile sınırlamıştır. Ancak 5237 sayılı TCK'nın "Hakaret" başlıklı 125. maddesinde sövme fiili de ele alındığı için işlenen suça sövme halini de eklemek gerektiği düşünülmektedir.

Avusturya C.K 115/3 'de ise failin tepkisi sövme, kötü davranma ve kötü davranmayla tehdit ile sınırlandırılmıştır. Aynı şekilde İsveç Ceza Kanunu madde 172/2' de de tepkinin sövme ile sınırlı olduğu ifade edilmişse de, bu hakareti ve iftirayı da kapsar şekilde anlaşılmaktadır.

Haksız davranışla, failin buna tepki olarak işlediği hakaret veya sövme arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır. Ayrıca bu tepki fiilinin aradan uzun bir süre geçmeden haksız fiili yapana karşı yöneltilmiş olması gerekir. Fakat bu süre bakımından haksız fiilin yapıldığı an değil failin bundan haberdar olduğu an önemlidir. Failin haksız davranış üzerine öfke veya elem durumuna sürüklenmiş olması şarttır. Fakat fail bu öfke veya elem üzerine hemen tepkide bulunmalı mı yoksa söz konusu durum ortadan kalkmamak şartıyla daha sonrada karşılıklı bulunursa 129/1 'den yararlanabilir mi?

Haksız davranışın yarattığı öfke veya elem durumu ortadan kalkmamış ve aradan fazla bir süre geçmemiş olmak şartıyla, fail hakareti tahrik edene karşı işlerse 129/1' den yararlanabilecektir. Burada önemli olan yer ve zaman değil. Failin psikolojik durumudur. Ancak failin öfke durumunda bir değişiklik olmamak şartıyla aradan uzunca bir süre geçmesi durumunda artık 129/1 uygulanamaz; böyle durumlarda genel haksız tahrik kuralı olan TCK 29 uygulanabilir.

TCK 129/1' in özel kural olmasının sonucu olarak bu hükmün şartlarının gerçekleşmesi durumunda 29. madde uygulanamaz ve ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi ceza verilmeyebilir.

Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği gibi¹⁰⁰, haksız davranış üzerine fail hakaret ile birlikte müessir fiilde işlerse, hakaret yönünden 485/1 ve kasten müessir fiil bakımından 51. madde gereğince cezanın indirilmesi gerekir.

3.2.2. Hakaret Suçunun, Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi, (129/2)

5237 sayılı TCK'nın 129. maddesinin 2.fıkrası “ Bu suçun, kasten yaralama suçuna bir tepki olarak işlenmesi halinde kişiye ceza verilmez” şeklinde özel bir haksız tahrik halini düzenlemektedir.

Kuralın hukuki esası tartışmalıdır. Erman'a göre, şiddet kullanılan şahsın tahkir eylemi bir yasal savunma durumudur. Zira şiddete maruz kalan kimsenin saldırganı tahkir etmesinde zorunluluk vardır. Tahkir eyleminin şiddeti püskürtmeye yeterli olup olmaması ise ayrı bir sorundur ve bu durum, tahrikin yasal savunma niteliğini ortadan kaldırmaz.

Tutumluyla göre ise; benzer yanları bulunmasına karşın, şiddete karşı tepki olarak işlenen tahrik eylemi yasal savunmadan farklıdır. Yasal savunmada, mağdurun saldırıyı derhal defetme zorunluluğu söz konusu iken tahrikte bu özellik bulunmamaktadır. Şiddete maruz kalma, kuşkusuz ağır bir kışkırtma durumudur; bu nedenle şiddet mağdurun saldırgana karşı işlediği hakaret suçu kanun koyucu tarafından doğal karşılanmış ve bu hareketine ceza verilmemesi esası kabul edilmiştir. Bu nedenle, şiddete karşı tahrik eyleminin özel kışkırtma halleri arasında sayılmasının daha uygun olacağı görüşündedir¹⁰¹.

İsveç Ceza Kanununun 177/3 . maddesi tahrike tahrik ile veya fiili bir şekilde karşılıklıta bulunulması durumunda, hakime her iki tarafın veya

¹⁰⁰ Yargıtay 4.CD.2.12.1975 , E:6421, K:6468: “ Mağdurun, sanığın arabasının bulunduğu yerde tualete çıkmasının hakaret fiilinde haksız bir hareket kabul edilerek hakkında TCK'nın 485/1. maddesi uygulandığı halde aynı haksız hareket nedeni ile müessir fiilden tayin edilen cezadan da TCK'nın 51. maddesi yerine 59. maddesi ile indirme yapılması isabetsizdir.

¹⁰¹ Mehmet Akif TUTUMLU: a.g.e, 101.

birisinin cezasını kaldırmak yetkisi vermektedir. Ancak İsviçre doktrin ve uygulamasında bu hüküm fiile bir fiil veya tahkir ile karşılıklıta bulunulması hallerini de kapsar bir şekilde anlaşılmaktadır¹⁰².

3.2.2.1. Koşulları

3.2.2.1.1. Faile Yönelik Bir Kasten Yaralama Eylemi Bulunmalı

765 sayılı TCK'nın 485. maddesinin 3. fıkrasında şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketinin ceza gerektirmeyeceği belirtilmektedir. 5237 sayılı yeni ceza kanunumuzda ise hakaret suçunu kasten yaralamaya maruz kalan kişinin işlemesi durumunda ceza almayacağı belirtilmektedir. Görüleceği üzere, 765 sayılı kanun şiddet kullanılmasından bahsettiği halde 5237 sayılı kanun kasten yaralama halini düzenlemektedir.

Şiddet, kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, ırzına veya hürriyetine karşı olabilir. Şiddetin müessir fiili de kapsayacağı açıktır; çünkü buradaki şiddet maddi anlamdadır. Ayrıca söz konusu şiddetin haksız olması gerekeceği de tabidir.

Kanunumuz, şiddetin failin şahsı üzerinde kullanılmış olmasını arayarak hükmün uygulama alanını daraltmıştır. TCK'nın 129. maddesinde, "Bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez." demek suretiyle yaralama suçunun mağdurunu açıkça belirtmemektedir. Ancak madde gerekçesine baktığımızda, "kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır¹⁰³." demek suretiyle duruma açıklık getirmiştir. Böyle bir sınırlamanın sebebini anlamak güçtür; çünkü bir kimsenin yakınının dövülmesinin yarattığı öfke durumunun, kendisinin dövülmesi halindekinden daha az olduğu ileri sürülemez. Böyle durumlarda TCK.m.129/1 vasıtasıyla ceza hafifletilebilecektir. Ancak böyle bir

¹⁰² Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 138-139

¹⁰³ İzzet ÖZGENÇ: Gerekçeli Ceza Kanunu, (Ankara,2004), 129-130.

hafifletmenin TCK 129/2'nin cezayı tamamen kaldıran niteliği karşısında adil olmayacağı açıktır. Bu nedenledir ki söz konusu hükmün değiştirilmesi gereklidir. Nitekim Alm. C.K 233. maddesinin uygulanabilmesi için tahrikin veya müessir fiilin failin şahsına karşı yapılmış olması şart değildir; ona yakın bir kişiye yapılmış olması durumunda da söz konusu hüküm uygulama alanı bulur¹⁰⁴.

3.2.2.1.2. Fail Hiddet Veya Şiddetli Elem Haline Sürüklenmiş Olmalıdır

TCK 129/2'de de 1. ve 3. fıkralarda olduğu gibi, failin psikolojik durumuna ilişkin bir açıklık yoktur. Aslında burada da failin öfke durumu zımnen öngörülmüştür. Aksinin yani fail şiddet üzerine öfke veya elem durumuna sürüklenmemiş olsa dahi, söz konusu hükmün uygulanabileceğinin kabulü haksız tahrikin esasına aykırı olur. Nitekim bu hususta doktrinde ve Yargıtay kararlarında¹⁰⁵ “kendisi hakkında şiddet kullanılmış olması dolayısıyla hakarete bulunanın fiilinin cezayı müstelzim sayılmaması şiddetin buna muhattap olan kimse üzerinde meydana getirdiği psikolojik etki nedeniyledir.” şeklinde ifade edilmektedir.

Alman Ceza Kanununda, karşılıklı işlene hakaretler ve müessir fiiller hükmünde de, karşılıklı tahkir hükmünde olduğu gibi, failin psikolojik durumuna ilişkin herhangi bir açıklık yok ise de; bu hükümlerdeki hemen kavramı, tahrik içerisinde kasten adam öldürmede açıkça ifade edilen, failin içine düştüğü öfke durumu anlamındadır ve bu nedenledir ki, failin kusuru esaslı olarak azalmıştır. Eğer yapılan tahrik fiili failin psikolojik durumuna tesir etmeyerek, onu öfke durumuna sürüklememişse, söz konusu hükmün uygulanması mümkün değildir.

¹⁰⁴ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 139.

¹⁰⁵ Yargıtay 2 .C.D' nin 18.2.1949, E:1422,K:1286: “Sopa ile dövülmekten ileri gelen teessürün devam ettiği sırada hakaretin vuku bulunduğu anlaşılmasına ve mahkemenin takdirine göre 485.maddenin son fıkrası mucibince ceza tayinine mahal olmadığına karar verilmesi yerindedir.

Failin sürüklendiği öfke veya elem halinin tepkisi olarak işlediği hakaretin, şiddet fiili ile aynı zamanda olması şart değildir. Bu tepkinin, şiddetin hemen ardından yapılmış olması durumunda söz konusu hüküm uygulanabileceği gibi, failin sürüklendiği öfke halini kaldırmayacak bir sürenin geçmiş olması da buna engel değildir¹⁰⁶. Burada önemli olan tepki fiilinin aynı yer ve zamanda yapılmış olması değil, bu fiilin failin içine düştüğü öfke halinin tepkisi olmasıdır. Bu nedenledir ki, şiddet fiili ile buna karşı yapılan tepki arasında öfke halini kaldırmayacak bir illiyet bağı bulunmak şartıyla, aradan süre geçmiş olması söz konusu hükmün uygulanmasına engel olmaz¹⁰⁷.

3.2.2.1.3. Failin Tepki Suçu Hakaret Olmalı

TCK'nın 129/2. Maddesinde geçen hakaret suçunun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez, denmektedir. Ancak 129/2 deki bu suçun ibaresinden salt hakaret suçunu anlamamak gerekir; zira hakaret başlıklı 125. maddede "sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi..." ile cezalandırılır¹⁰⁸ demek suretiyle sövme suçunu, hakaret suçunun içinde düzenlemiştir.

Yargıtay'ın tepki suçunun zamanı ile ilgili kararı şu yöndedir: Hakaret suçunun, uğradığı şiddetin sürdürüldüğü sırada işlenmesi veya şiddetin gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hallerle sınırlıdır¹⁰⁹. Bu yorum yasaya uygundur. Gerçekten de şiddet eyleminin yapılmasından bir süre sonra saldırgana hakaret edilmesi halinde fail hakkında özel kışkırtma hükmünün değil, genel tahrik kuralı olan 29. maddenin uygulanması gerekir.

¹⁰⁶ Yargıtay, 2.C.D, 1.7.1976, E: 1976/5621, K:1976/6690: " TCK'nın 485/son (5237'e göre 129/2)maddesinin uygulanabileceği durumlar; hakaret suçunun , uğradığı şiddetin sürdürüldüğü sırada işlenmesi veya şiddet gösterilmesinin hemen sonrasına rastlanması gibi hallerle sınırlıdır." (YKD. 1977, s.9, s1308). Yargıtayın, söz konusu hükmün uygulama alanını daraltan bu kararına yukarıda belirttiğimiz nedenlerle katılmıyoruz.

¹⁰⁷ Timur DEMİRBAŞ: a.g.e, 141.

¹⁰⁸ 765 sayılı Ceza Kanununda ayrı ayrı maddelerde ele alınan hakaret ve sövme, 5237 sayılı kanunda tek madde de birleştirilmiştir.Daha doğru bir anlatımla hakaret- sövme ayrımı TCK 125. maddesinde düzenlendiği şekliyle ortadan kalkmıştır.

¹⁰⁹ 2.C.D'nin 24.03.2004 tarih ve 26112-5865 sy kararı (Haydar EROL: a.g.e., 142-143)

Şiddet kullanımı ile birlikte faile hakarete edilmişse, failin karşı tahrik eylemi karşılıklı hakaret olarak yorumlanamaz. Bu durumda da sanık hakkında 129/2 hükmü uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar verilmelidir. Yargıtay konu hakkında:

Sanığın davacıyı taşla yaralaması ve sövmesi üzerine davacının da ona hakaret sözlerini sarfettiği anlaşılmaktadır. Hakaret kastı dışında ve sadece dövülmesinin bir tepkisi olarak söylenen sözler mukabil hakaret sayılamaz¹¹⁰. Ayrıca 129/2 gereğince ceza almayan failin tazminat yada yargılama giderleri ile yükümlü tutulması düşünülemez.¹¹¹

3.3. Diğer Özel Haksız Tahrik Halleri

765 sayılı TCK'nın 272. maddesinde düzenlenen "Memura Karşı İşlenen Cürümlerde Özel Haksız Tahrik" maddesinin 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca 765 sayılı kanunun 258. maddesinde yer alan memurun haiz olduğu selahiyat hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle hukuka aykırı muameleye sebebiyet vermiş olması halinde failin cezasının belli oranlarda indirileceği hususuna tekabül eden 5237 sayılı TCK'nın 265. maddesinde söz konusu özel haksız tahrik haline değinilmemiştir.¹¹² Ayrıca, 765 sayılı TCK' nun 461. maddesinde düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hali de 5237 sayılı yasayla kaldırılmıştır.

Diğer özel haksız tahrik hallerinin varlığı halinde de TCK'nın 29. maddesindeki genel haksız tahrike ilişkin hükümler uygulanmaz. Aksi halde fail iki defa haksız tahrikten istifade etmiş olur¹¹³.

¹¹⁰ Y:2.C.D'nin 20.04.1975 T., E:2425, K:3324, sy.kararı.

¹¹¹ Mehmet Akif TUTUMLU: a.g.e, 103.

¹¹² Süleyman ÖZAR, Hakan A: YAVUZ: a.g.e, 119,120.

¹¹³ Doğan SOYASLAN: a.g.e, 501.

3.4. Askeri Ceza Kanununa Göre Haksız Tahrik

3.4.1. Genel Olarak

Askeri Ceza Hukuku'nda da haksız tahrik kurumu cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmiş fakat her suçta uygulanabilir genel bir indirim nedeni olarak değil¹¹⁴ ast tarafından işlenmiş belirli suçlar için hafifletici sebep sayılmıştır¹¹⁵.

5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumunun, Askeri Ceza Kanunundan bazı farklılıkları vardır. Haksız tahrik kurumu TCK'da olduğu gibi genel hükümler arasında değil "Askeri itaat ve inkiyadı bozan suçları" düzenleyen 3. babın 5. faslının, "Tahrik suretiyle madudun yaptığı suçlar hakkındaki cezaların nasıl indirileceğini" düzenleyen 92. maddesinde özel hüküm olarak düzenlenmiştir.

Askeri Ceza Kanununun 92. maddesine göre:

"Bir amir veya mafevk¹¹⁶, askeri nizamlara ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam veya mevkinin salahiyetini tecavüz etmek suretiyle madunu¹¹⁷ tahrik eyler ve madun bu tahrik sebebiyle 82,83,84,85,86,87,88,89,90,91¹¹⁸ inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanununun elli birinci maddesine göre madunun cezası hafifletilir¹¹⁹.

¹¹⁴ Sahir Erman:Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, (İstanbul), 175.

¹¹⁵ Cihan KOÇ: Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu, (Ankara,2005), 465 vd.

¹¹⁶ İsmet POLATCAN: Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu, (Ankara,2005),387. **Mafevk=üst**

¹¹⁷ İsmet POLATCAN: Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu, (Ankara,2005),387. **Madun=ast.**

¹¹⁸ Amire ve mafevka hürmet etmeyenler(madde 82), Bilerek doğru söylemeyenlerin cezası (madde 83), Yalan yere veya usulsüz şikayet edenler (madde 84),Amir ve Mafevkine hakaret edenler(madde 85), itaatsizlik (madde 86), itaatsizlikte ısrar (madde 87), Toplu asker kaşısında veya hizmetten savuşmak için veya silahlı ilen yapılan itaatsizliğin cezaları(madde 88), Büyük zararlar veren itaatsizliğin cezaları(madde89), Mukavemet ve cezası(madde 90), Amire ve mafevka fiilen taarruz edenler(madde 91).

¹¹⁹ Cihan KOÇ: a.g.e., 465 vd.

Birinci fıkradaki tahriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116,117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır”.

Askeri Ceza kanununda düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumunun 5237 sayılı TCK'dan en önemli farkı, suçu işleyen failin, tahrik sonucu işlemiş olduğu suçtan kaynaklanmaktadır. Askeri ceza kanununa göre, failin madunun cezasının tahrikten dolayı indirilebilmesi için 92. madde içerisinde belirtilen suçların işlenmesi halinde mümkündür. Oysa 5237 sayılı TCK'da haksız tahrik genel hafifletici sebep olarak düzenlenmiştir.

Astın, üstüne karşı işlemiş olduğu suçta 92. madde hükmü uygulanır. Yoksa Askeri Ceza Kanununda üstün asta karşı işlemiş olduğu fiiller düzenlenmemiştir. Yani astın tahriki sonucu, suç işleyen üst ile ilgili belirli suç sınırlaması yoktur¹²⁰.

Ayrıca Askeri Ceza Kanunun 92. maddesine göre bir amirin askeri nizamla ve askerlik kaidelerine mugayir muamelesi halinde astın oluşan tahrik sonucu işlemiş olduğu suç, demekle, üstün kanuna, nizamnamelere,askeri gelenek ve göreneklere ve genel emirlere aykırı davranışları kastedilmektedir¹²¹. Bununla birlikte madde metnindeki tahrik sonucu işlenen tepki suçunun da hemen işlenmiş olması şartı askeri disiplinin hemen sağlanabilmesi ve astın öfkesinin devam etmesine önem verilmediğini amaçlandığını gösterir.

3.4.2. Haksız Tahrikin Şartları

TCK 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik kurumu için benimsenmiş şartlar,bir kaç farklı düzenleme hariç, 92.madde içinde geçerlidir.

¹²⁰ Cihan KOÇ:a.g.e,466.

¹²¹ Cihan KOÇ: a.g.e, 465 vd.

3.4.3. Tahrike Konu Olacak Bir Fiilin Bulunması

Bu fiil, 92. madde de “askeri nizamla ve askeri kaidelere aykırı muamelede” şeklinde belirtilmiş. Buradaki anlatımdan kanunlara, genel emirlere, nizamnamelere, talimatnamelere, askeri örf ve adete aykırı olarak gerçekleştirilen fiil kastedilmektedir¹²².

Ayrıca bu fiilin mutlaka faile yönelmesi gerekmez, arkadaşına, yakınına üstüne yönelebilecek fiillerde tahrik kapsamında değerlendirilir¹²³.

3.4.4. Bu Fiilin Üst Tarafından İşlenmesi

Askeri Ceza Kanunun 92. maddesindeki haksız tahrik hükmünden astın yararlanabilmesi için öncelikle fiilin “üst” tarafından işlenmesi gerekmektedir. Tahrik fiili ast tarafından işlenip üst suç işlerse 92. maddenin uygulanma kabiliyeti kalmayacağından bu durumda TCK 29 uygulanır. Üst ve amirin tahrik fiilinin askerlik hizmeti ve işlemleri ile hiçbir alakası yoksa, karısına, kızına, çocuklarına ve namusuna yönelik sözler sarfetmesi halinde genel haksız tahrik hali olan TCK 29 uygulanmalıdır¹²⁴.

3.4.5. Üst Tarafından İşlenen Tahrik Fiilinin Haksızlığı

5237 sayılı TCK’nın 29. maddesinde yeni getirilen bir değişiklik olarak, tahrik fiilinin ,haksız fiil, olma şartı getirilmiştir. Bu değişiklik, töre ve namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önlenmesi için gerçekleştirilmiştir¹²⁵. Askeri Ceza Kanununun 92.maddesinde; askerlik kaidelerine aykırı olması gerektiği hususu belirtilmiştir. Bununla kastedilen fiilin kanuna,genel emirlere,talimatnameler nizamnamelere ve askeri örf ve

¹²² Cihan KOÇ: a.g.e, 465 vd

¹²³ Askeri Yargıtay, 20.11.1958 tarih ve E:58/3277, K:58/4361 sayılı kararında; “ tahrikte haksız hareketin mutlaka sanığın nefsine veya akrabasına karşı tevcihi şart olmayıp, herhangi bir şahsa karşı vukuda insanda elem ve teessür uyandırabileceğinden, sanığın bu tesir altında hareket ettiğinin mahkemece kabulü halinde TCK’nın 51. maddesinin tatbikine karar vermiştir.

¹²⁴ Sahir ERMAN: Askeri Ceza Hukuku, (İstanbul, 1983), 216.

¹²⁵ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU: a.g.e, 228.

adete aykırı olmasıdır¹²⁶. Askerlik hizmeti ve işlemleri ile hiç alakası olmayan fiiller hakkında da Askeri Yargıtayın da bir kararında¹²⁷ belirttiği üzere TCK'nın 51. maddesine göre ast hakkında haksız tahrik indirimi yapılabileceği belirtilmiştir.

Askeri Yargıtay, vermiş olduğu kararlarında; “vazifesi gereği haklı bir sebebe dayanarak müdahalede bulunan çavuşun bu hareketinden haksız tahrik halinin olmadığına”¹²⁸, “tazip maksadına matuf olmayan, sırf sanığı hizmete sevk etmek istemekten ibaret olan üstün hareketinin kolundan tutup sarsmak sanık açısından haksız tahrik olarak kabulüne mesağ olmadığına”¹²⁹ ve görev gereği olarak yapılan hareket veya söylenen bir sözde tahrik unsurunun bulunmadığına, karar vermiştir.

3.4.6. Astın, Üstün Fiili Sonucu Tahrik Olması

Madun, üstün tahrik oluşturan fiili dolayısıyla tahrik olması sonucu Askeri Ceza Kanunun 92. maddesine göre söz konusu suçlardan herhangi birini işlerse hakkında TCK 51. maddesinin uygulanacağı belirtilmektedir¹³⁰.

Ayrıca, TCK'da belirtildiği gibi astın hiddet veya şiddetli eleme kapılması hali burada düzenlenmemiştir. Ancak, astın tahrike kapılmasından, TCK' da olduğu gibi hiddet ve şiddetli eleme kapılması yani buhran hali anlaşılmalıdır.

3.4.7. Tepki Fiilin İşlenmesi

5237 sayılı TCK'ya göre; tepki fiilinin işlenmesi faildeki hiddet ve şiddetli elemin sonucu olmalıdır. Tepki ile haksız hareketi teşkil eden fiil arasında bir oran bulunmalıdır. Bunun anlamı tahrik teşkil eden fiilden daha

¹²⁶ Cihan KOÇ: a.g.e, 465 vd.

¹²⁷ Ask.CK.'nın 92/1. maddesinde yazılı suçları işleyen astlar, amir veya üstten sadır olan ...gibi kanuni haller dışında kalan diğer hal ve hadiseler sebebiyle de kanuni şartlar mevcut ise tahrik hükmünden yararlandırılırlar. (Askeri Yargıtay DrlçKrl.'nın 14.05.1971 tarih ve E:71/35,K:71/34 sayılı kararı.

¹²⁸ Asker Yargıtay 3.D'nin 06.04.1965 tarih ve E:65/281,K:65/271 sayılı kararı

¹²⁹ Askeri Yargıtay Drl. Krl.'nın 02.04.1965 tarih ve E:65/28, K: 65/53 sayılı kararı.

¹³⁰ İsmet POLATCAN: a.g.e, 387.

ağır bir reaksiyon gösterilmemesi demek değildir. Mesela; söven birine karşı tokat atan veya daha ağır kelimelerle karşılık veren fail haksız tahrik halindedir. Eğer ortada kesin ve açık bir ölçüsüzlük var ise o zaman haksız tahrik mevcut değildir. Mesela ölçülü bir tepkiyi gerektiren bir fiil karşısında fail ölçüsüz bir tepkide bulunmuşsa, bu fiil ile failin ruhi durumu arasında nedensel bağın bulunduğu artık ileri sürülemez¹³¹.

Askeri Ceza Kanununun 92. maddesindeki suçları ast, suçu tahrik fiilinden hemen sonra işlerse bu takdirde tahrikten yararlanacaktır şeklinde hüküm getirilmiştir. Ancak buradaki hemen sonra ifadesini hemen arkasından olarak anlamak haksız tahrik kurumunun muhtevasına aykırıdır. TCK'ya göre fail hiddet veya şiddetli elem etkisi altında ise haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Askeri Ceza Kanunundaki hemen sonra ifadesini de hiddet ve şiddetli elemin etkisi devam ettiği sürece olarak anlamak gerekir¹³².

Askeri Ceza Kanununun 92. maddesindeki suçlar için tahrik halinin özel bir düzenleme olduğu, Askeri Ceza Kanunundaki diğer suçlar için TCK 29' a göre indirim yapılacağı yolunda görüşler ileri sürülmüştür.

3.5. Adli Psikiyatri Açısından Haksız Tahrik Kavramı

TCK'da bir olayda haksız tahrikin varlığı yada yokluğu tamamen hakimnin takdirindedir. Ancak haksız tahrik kavramı incelendiğinde bu kavramı oluşturan unsurların çok büyük bir kısmının tıp ilminin mütalaalarını gerektirdiği görülür.

Tahrike maruz kalanın kişiliği, haksız tahriki oluşturduğu iddia edilen olayın meydana gelmesi sonrasındaki ruhsal durumu, olayda önceki yakın tarihlerdeki bedensel ve ruhsal durumu, kişinin değer ölçüleri, olumsuz tenbihlere karşı dayanma gücü ve sonuçta taşımakta olduğu dayanma

¹³¹ Doğan SOYASLAN: Ceza hukuku Genel Hükümler, (Ankara,1998), 506.

¹³² Askeri Yargıtay, hemen, tabirini peşisıra olarak anlamaya imkan olmadığı şeklinde kararları vardır. Askeri Yargıtay, buhran halinin devam edip etmediğine önem vermektedir. Askeri Yargıtay, Drl. Krl.'nun 15.02.1963 tarih ve E: 63/3506, K: 63/10, sayılı kararı.

noktasının tayini olumsuz tembihlere cevap verme tarzı, kişinin maruz kaldığı haksız tahrikin o kişi için taşımakta olduğu duygusal yükün belirlenmesi gibi geniş bir tıbbi etkenler spektrumunun irdelenmesi adli psikiyatrinin görev alanı içine girmektedir¹³³.

3.5.1. Tıbbi Açıdan Haksız Tahrik

Dünya Sağlık Örgütü'nün kabul ettiği hastalıklar sınıflandırmasında yer alan ve Durumsal Büyük Had Stress Reaksiyonları adı verilen strese bağlı hastalıklar grubundaki durumlar tahrik kavramı ile büyük yakınlık oluşturur. Stress reaksiyonlarında insan ve tahrik kavramları bir bütün olarak ele alınmış ve bu iki kavramın karşılıklı etkileşimleri incelenmiştir.

Organizmanın normal dengesini bozabilecek her türlü ruhsal ve fiziksel olaya stress adı verilmektedir. Bu tanım karşısında tahrik ve stress kavramının yakınlığı açıktır. Kişinin tüm sosyal hayatı boyunca kurduğu ve titizlikle korumakta olduğu ruhsal ve bedensel etkiyi bozacak her dış etken kişinin ontolojik varlığını tehdit edeceğinden kişi için tahriki vasfını alır. Bu gibi durumlarda kişi yıllardır korumakta olduğu dengeyi tam bir panik içinde koruma çabasıyla bazı eylemlerde bulunur ki bu eylemlerin bazıları suç teşkil eder. Hatta kişi böyle bir durumda bazen o güne kadar vermediği değişik cevaplar da verebilir¹³⁴.

Tahrik kavramı fizyolojideki “tembih stimulus” kavramı ile büyük yakınlık gösterir. Stimulusların çeşidi, tekrarı ve süresi ile cevap veren organın çeşidi nasıl tembih- cevap reaksiyonunda rol oynamakta ise, tahrik-eylem bağlantısında da tahrik teşkil ettiği iddia olunan eylemin çeşidi, süresi, şiddeti, tekrarı ile tahrike maruz kalıpta cevap veren insanın kişilik yapısı aynı şekilde önem taşımaktadır. Aynı olayın bir kişide büyük bir reaksiyona sebep olmasına rağmen başka bir kişiyi hiç etkilememesi mümkündür. Burada o olayın o kişi için taşımakta olduğu emotif yükün ağırlığı rol oynadığı

¹³³ Kriton DİNÇMEN: Tahrik Kavramının Adli Psikiyatri Açısından İncelenmesi, (İstanbul, 1984), 88.

¹³⁴ Kriton DİNÇMEN: a.g.e, 89.

gibi, kişinin yıkılma noktası da aynı derecede önem taşımaktadır. Bu iki faktörün karşılıklı etkileşimleri sonucu tepki yani suç teşkil eden cevabın verilmesinde rol oynamaktadır¹³⁵.

Haksız tahrik müessesinin tarihsel gelişiminde de belirtildiği üzere , ceza hukuku daima gelişerek günün ihtiyaçlarına ayak uydurmuştur. Bilim ve teknolojinin gelişimine ve sosyal ihtiyaçların değişimine paralel olarak ceza hukuku da gelişmiştir.

Dinçmen'e göre: gelişen ceza hukuku ve modern tıp anlayışı karşısında tahrikin tespiti hakime ait olmamalıdır. Çünkü ortada suç işleyen ve işlediği suça kişilik özelliklerini katan fail vardır. Hangi olayın, hangi kişi için duygusal yük oluşturduğunun tayini ve bunun sonucu olarak tahrikin kabulünün de hakimden çok hekimi ilgilendirdiği açıktır. Sosyal bir çevre içinde yaşayan her insanın belirli olaylar karşısında bir yıkılma noktası vardır. Bu yıkılma noktasının tespitinde; olayın türü, tekrarı kişinin taşıdığı emotif yük, kişinin kendisine ve başkasına olan saygısı, toplum içinde sahip olduğu ve koruması gerektiği yer, kişiden birşeyler bekleyen grubun varlığı ve bu gruba karşı sorumlulukları gözönüne alınacak kriterlerdir.

Ceza hukukunun kıyasa ve genişletici yoruma kapalı olmasının bir sonucu olarak tahrik kavramı çoğu zaman anlık olaylarda uygulanma alanı bulmaktadır. Kişi tahrik edici olayın kendisini sürüklediği öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalarak veya henüz bu etki ortadan kalkmadan suç işlediği takdirde yasal mazeret sebebinden yararlanmaktadır. Buna karşılık tahrik konusu “ durumsal büyük stress reaksiyonu” kavramının yardımı ile daha geniş bir alanı kaplamaktadır. Çevresel şartlardan kaynaklanan ve kişilik bozukluklarından biri olarak benimsenen “Büyük Stress Reaksiyonu” na göre; kişi normal hayatını sürdürmekte iken araya giren ve kişinin o zamana kadar gösterdiği kişilik organizasyonunu, huzur ve emniyetini tehdit edici hareketler karşısında farklı tepkiler verebilmektedir. Örneğin:

¹³⁵ Kemalettin EREL: Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik Master Tezi, 51-52.

açlık,susuzluk, yaralanma, yolunu kaybetme, hastalık, kötü haber alma, sevilen bir kişiyi kaybetme gibi streslerle karşı karşıya kalındığında, o zamana kadar herhangi bir psikotik hastalık ve kişilik ve adaptasyon kusuru göstermeyen kişilerin geçici olarak herhangi bir psikoz veya kişilik bozukluğu şeklinde ortaya çıkan kaygı panik, depresyon, karışıklık, kin belirtileri gösterebildikleri görülür. Burada kişinin ontolojik yapısını tehlikeye sokan durumlarda karşılaşılan bir reaksiyondan bahsedilebilir. İnsanın organizması sözkonusu olaylarla uyarılmakta ve sonuçta bu oganizma bir tepki vermektedir¹³⁶.

Konu ile ilgili bir Adli Tıp Kurulu raporu inceleyecek olursak; Adli Tıp Kurumu “ Durumsal Büyük Stress reaksiyonu”nun akıl hastalığı olmadığı gibi “ stimulus-cevap” formülü içinde değerlendirilerek tahrik kapsamı içine alındığı görülmektedir: “..olay günü eve dönen kızı maktulenin karakolda doktora sevk edildiğinde hamile olduğunu öğrendiği, ancak kızının kim tarafından hamile bırakıldığını bir türlü söylemediği, kızını yakın çevresinden uzaklaştırdığı, Zeynep Kamil Hastanesinde sezeryan ile doğum yapan kızı ile ilgilendiği, hastaneden çıkarken kızından bebeği uygun bir yerde terkedmesini istediği, kızının kabul etmediği, bebeğin babasının kim olduğunu defalarca sormasına rağmen kızının söylemediği, ancak adresini gösterebileceğini söylediği, bunun üzerine defalarca dolaşmalarına rağmen kızın evi göstermediği, sanığın da kızını boğarak öldürdüğü bebeğide yanına bırakarak uzlaştığı olayda Sanığın 4. ihtisas kurulunca 12.2.1993 tarihli yapılan muayenesinde ceza ehliyetini etkileyecek akıl hastalığı veya akıl zayıflığının rastlanmadığı, dava dosyasının tetkikinde şahsın bir akıl arıza içinde olduğuna delelet edecek tıbbi belge bulgu, emareninde olmadığı cihetle, sanığın suça karşı ceza ehliyeti haiz olup durumunun TCK 46,47’ye nümas bulunmadığı, emotiv tonusu yüksek uzun süreli stress durumu göz önüne alındığında, ayrıca fizyolojideki stimulus kavramı ile tahrik kavramının ve de cevap kavramı ile eylem ve suç kavramlarının eş değer olduğu düşünüldüğünde, olayımızda tahrik= stimulus=cevap=eylem=suç, formülünün

¹³⁶ Kriton DİNÇMEN: Deskriptiv ve Dinamik Psikiyatri (İstanbul,1981), 341

tıbbi açıdan açıdan gerçekleşmiş bulunduğu mütaalasına oy birliği ile varıldı¹³⁷” denilmektedir¹³⁸.

¹³⁷ Örnek olarak verilen Büyük Stress Reaksiyonu olarak adlandırılan durumun failin cezai ehliyetini ortadan kaldırmadığı, ancak buna karşılık kişi açısından tahrik=stimulus=cevap=eylem =suç formulünü gerçekleştirebildiği görülmektedir. Failin olaydaki durumu, olayın kendisi için taşımakta olduğu duygusal yük, toplum içinde sahip olduğu konum, toplumun değer yargıları, psikolojisi değerlendirilerek failin yıkılma noktasının aşıldığı yani failin olayda tahrik sonucu suça yöneldiğine karar verilmiştir.Tıbbi uzmanlık gerektiren bu konuda Adli Tıp Kurumu bilirkişi olarak kişinin olayda tahrik altında suçu işlediği yolunda kararını vererek **mahkemenin takdirine** sunmuştur.

¹³⁸ Adli Tıp Genel Kurulu, 28.07.1994 tarih ve E:126-940630-215,K:128 sayılı kararı.

SONUÇ

765 sayılı Ceza Kanunumuzun eksikliklerini gidermek için hazırlanan 5237 sayılı TCK'unun hazırlanan tasarısı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu başkanlığının 3 Ağustos 2004 tarih ve Esas:1/593, Karar: 60 sayılı raporu ile Genel Kurul'da görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulmuştur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilerek kanunlaşan metin, onay için, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından 28 Eylül 2004 tarihinde Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanı tarafından 11 Ekim 2004 tarihinde onaylanan yeni(5237 sayılı) Türk Ceza Kanunu, 12 Ekim 2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Yürürlüğü ise eksiklikler ve kamuoyu baskısı ile ertelenmiş, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girebilmiştir.

Yukarıdaki aşamalardan geçerek hazırlanan, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, bireyin sahip bulunduğu hukuki değerlerle hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, ceza kanununun amacı olarak belirlenmiştir. Böylece kanunun özgürlükçü karakteri vurgulanmıştır. Bu karakter kapsamında yeniden ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenen genel hafifletici sebep olan haksız tahrik kurumunu 765 sayılı kanundaki haliyle birlikte karşılaştırmalı olarak, ayrıntılı biçimde incelemeye çalıştık.

Haksız tahrik kurumu 5237 sayılı TCK' da 29. maddede düzenlenmiştir. Buna göre;

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan

onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

Görüleceği üzere 29. madde haksız bir fiili sonucu, hiddet veya şiddetli eleme kapılan failin iradesinin oluşum şartlarının ve kusur yeteneğinin etkilenmesi dolayısıyla cezasının belirli oranlarda indirilmesini düzenlemektedir. Esasında haksız tahrik dolayısıyla failin cezasının indirilmesinin bir başka sebebi, suçun işlenmesinde mağdurunda katkısının olmasıdır. Gerçekten mağdur hukuka aykırı bir hareketiyle failin öfkelenerek harekete geçmesine sebep olmuş, böylece failde kusurluluğun derecesi azalmıştır.

765 sayılı TCK'nın 51. maddesinden farklı olarak, 5237 sayılı kanunun 29. maddesinde; "hiddet" ve "şiddetli elem" ibarelerine yer verilmiş ayrıca ağır ve hafif tahrik ayrımı kalkmıştır. Bunun yanında, ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar arasında tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirim saptayabilme konusunda hakime takdir yetkisi verilmiş, buna paralel olarak indirim oranlarının yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca indirim oranlarında ölüm cezasının kaldırılması üzerine indirilme tabi olan cezalarda da farklılaşma vardır..

TCK'nın 29. maddesinde gazap ve şiddetli elem ifadeleriyle failin buhran hali belirtilmek istenmiştir. Bu buhran halinin tespiti hakime bırakılmıştır. Ancak uygulamada Yargıtayın, bu konu ile ilgili hakimlerin kararlarına, takdir haklarına bir çok kararında müdahale ettiği ve bozduğu görülmektedir.

Doktrinde, insan psikolojisinde neden olunan buhran haline hukuki sonuç bağlanması olarak tanımlanan haksız tahrik'in şartları olarak şunları gösterebiliriz; öncelikle tahrik edici bir fiil olmalıdır, tahrik edici fiil haksız olmalıdır, haksız tahriki oluşturan fiil failde hiddet ve şiddetli eleme neden olmalıdır, hiddet veya şiddetli elem haksız tahriki oluşturan fiilden

kaynaklanmalıdır,failin işlediği suç hiddet veya şiddetli elem halinin bir tepkisi olarak ortaya çıkmalıdır.

5237 sayılı yeni TCK ile getirilmiş olan önemli bir yenilikte, hiddet veya şiddetli elemin “haksız bir fiil” sonucu ortaya çıkması gereğidir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle “töre veya namus cinayeti” olarak adlandırılan akraba içi öldürme olaylarında haksız tahrik indiriminin yanlış bir şekilde uygulanmasının önüne geçmektir.

Sonuç olarak; Çağdaş ceza hukukunda sorumluluğu azaltan bir sebep olarak görülen haksız tahrik kurumu 5237 sayılı yeni TCK ile ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında,maddi gerçeklere ve amacına uygun bir şekilde yeniden kaleme alınmasının yerinde olduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

ABBAN, Hakan

2001 Haksız Tahrik Master Tezi.

AÇIKGÖZOĞLU, Muhammet;

2000 Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı.

AKDAĞ, Selami

1976 Türk Ceza Kanunu Şerhi.

AKSİT, Mustafa Cevat

2000 İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları.

ARTUK, Mehmet Emin, A.GÖKÇEN ve C.YENİDÜNYA

2003 Ceza Hukuku Genel Hükümler.

AYDIN, Devrim

2003 Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Master Tezi.

AYGÜN, Nevzat

1986 “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler Üzerine Bir İnceleme”

Adalet Dergisi, VII, Temmuz: 39.

AYIK, İsmail Hakkı

1952 “Tahrik”

Adalet Dergisi, I, Ocak: 52.

BARDAK, Cengiz

1988 “ Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”

Adalet dergisi, S:1, Ocak: 42.

BAŞAR, Nur

1980 “ Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”

Adalet dergisi, VI.

BAYRAKTAR, Köksal

1977 Suç İşlemeye Tahrik Cürmü (Yayınlanmış Doktora Tezi).

BAKICI, Sedat

2000 Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler.

BAKICI, Sedat

1994 “Kan Gütme Saiki İle Adam Öldürme Suçu ve Unsurları”

A.B.D,II,Haziran sayısı.

ÇAĞLAYAN, M.Muhtar

1982 “Yargıtay İçtihatlarının Işığında Haksız Tahrik Üzerine Bir İzah Denemesi”

Adalet Dergisi, I, Ocak: 14-39

DEMİRBAŞ, Timur

1985 Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri

DİNÇMEN, Krinton

1984 Adli Psikiyatri.

DÖNMEZER, Sulhi ve S.ERMAN

1997 Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku

EREL, Kemalettin

2001 Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Haksız Tahrik Master Tezi

EREM, Faruk ve N.TOROSLU

2000 Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler

EREM, Faruk

1985 Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler.

EREM, Faruk

1946 “Haksız Tahrik“

Adalet Dergisi, VII, Temmuz:637.

EREM, Faruk, A.DANIŞMAN ve M.E.ARTUK

1997 Ceza Hukuku Genel Hükümler

ERMAN, Sahir

1983 Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

ERMAN, Sahir ve Ç.ÖZEK

1994 Ceza Hukuku Özel Bölüm

ERMAN, Sahir

1951 Hakaret, Karşılıklı Tahkir, Teşrii Masuniyetin Hukuki Mahiyeti ve Şumulü.

EROL, Haydar

2005 Açıklamalı ve İçtihadlı Yeni Türk Ceza Kanunu

ERSOY, Yüksel

2002 Ceza Hukuku Genel Hükümler

GÖKALP, Mehmet

1969 “Haksız Tahrik ve Sebepleri”

Adalet Dergisi, VIII, Ağustos: 519-520.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz

1980 Ceza Hukuku Dersleri.

GÜNAY, Erhan

1995 Uygulamada Suçların Tespiti ve Cezaların Tayini.

GÜRELLİ, Nevzat

1951 “Ceza Hukukunda Mazeret Nedeni Olarak Haksız Tahrik”.

İstanbul Barosu Dergisi, 332-378.

1988 “ Haksız tahrik Üzerine Bir İnceleme”

Adalet Dergisi, S:1, Ocak:42.

HAKERİ, Hakan

2006 Ceza Hukuku Temel Bilgiler.

HAKKI, İsmail

1951 “Tahrik”

Adalet Dergisi, I, Ocak: 332.

İÇEL, Kayıhan

1967 Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk.

KOÇ, Cihan

2005 Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu.

KOYUNCU, Ali

2005 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler

MALKOÇ, İsmail ve M.GÜLER

1996 Uygulamada Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler.

OKANDAN, Recai

1951 Umumi Hukuk Tarihi Dersleri.

ÖNDER, Ayhan

1992 Ceza Hukuku Dersleri.

ÖNER. Hamdi

1946 Hakaret ve Sövme Suçları
Adalet Dergisi, III,1069.

ÖZAR, Süleyman ve H.A.YAVUZ

2005 TCK;CMK;CGİK

ÖZGENÇ, İzzet ve C.ŞAHİN

2001 Uygulamalı Ceza Hukuku

ÖZGENÇ, İzzet

Uygulamalı Ceza Hukuku

ÖZGENÇ, İzzet

Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi

ÖZTÜRK Bahri, M.R,ERDEM ve V.Ö.ÖZBEK

2002 Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku.

PARLAR, Ali ve M. HATİPOĞLU

2005 Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler.

PARLAR, Ali ve G.DEMİREL

2002 Açıklamalı İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar.

POLATCAN, İsmet

2005 Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunu.

SAVAŞ, Vural ve S.MOLLAMAHMUTOĞLU

1998 Türk Ceza Kanunun Yorumu

SEVİNÇ, Ahmet ve R.ÖZKEPİR

1996 Açıklamalı İçtihadlı Kasten Adam Öldürme Suçları

SOYASLAN, Doğan

2002 Ceza Hukuku Özel Hükümler

SOYASLAN, Doğan

1998 Ceza Hukuku Genel Hükümler.

TANER, Tahir

1953 Ceza Hukuku.

TOROSLU, Nevzat

2005 Ceza Hukuku.

TUTUMLU, Mehmet Akif

1999 Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik.

TÜRK DİL KURUMU TÜRKÇE SÖZLÜK

1998

UMA, Hakkı

1981 Ceza Hukuku Dersleri.

YALKUT, Necdet

1979 “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”

Y. D., Nisan: 244..

YAŞAR, Osman

2001 İçtihadlı Türk Ceza Kanunu

YAVUZ, Yaşar

1991 Haksız Tahrik

Adalet Dergisi, C:17, S:4, 446.

ÖZET

765 sayılı TCK'nun 51. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu 5237 sayılı yeni TCK ile yeniden yapılandırılmış ve çağdaş ceza hukukunun gereklerine uygun hale getirilmiştir.

Ceza kanunları sadece kanunda yazan cezayı değil kişinin davranışlarının yegane kaynağı olan insan ruhunu da dikkate alır. Gerçekten arizi sebebin heyecan ve içine düşülen buhran hali sebebiyle isnat yeteneğini tamamen veya kısmen kaldırması, haksız tahrik gibi durumlarda cezadan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir.

Haksız tahrikin ceza sorumluluğunu hafifleten bir mazeret sebebi sayılmasının nedeni; onun etkisiyle, irade serbestisinin zaafa uğramasıdır. Tahrike maruz kalmış şahsın, onu husule getiren fiile karşı sabır ve tahammül göstermesi lazımgelirken, harekete geçerek, bir suç işlemesi dolayısıyla, cezai sorumluluğu vardır. Ancak tahrik keyfiyeti, failin tahammül ve mukavemet kudretini kırmış, üzerinde hiddet veya şiddetli elem husule getirmek neticesiyle, iradesini sarsmış bulunduğu için, kendisinin soğukkanlılıkla suç işleyen kimseler derecesinde sorumlu tutulması çağdaş ceza hukuku prensipleri ile bağdaşmaz.

Yukarıda belirtilen düşünceler ışığında kaleme alınmış olan ve TCK'unda genel hafifletici hal olarak düzenlenen haksız tahrik kurumu, haksız bir fiil sonucu hiddet ve şiddetli eleme kapılan failin bu hiddet ve şiddetli eleme kapılması sonucu işlemiş olduğu suçun cezasının kanunda belirtilen oranlar dahilinde indirilmesi şeklinde TCK'nun 29. maddesinde düzenlenmiştir.

ABSTRACT

The unfair provocation, which is announced in Turkish Criminal Code number 765 restructured in new Turkish Criminal Law number 5237 and reformed in line with the necessities of modern criminal law

Criminal Laws consider not only the punishment written on the code itself but also consider the human spirit which is the only source of human behavior. The temporary situation of excitement and affliction which result in totally or partly elimination of the comprehension capacity is accepted as a reason of reduction of punishment in such a case of unfair provocation situation

The reason of unfair provocations lighten the punishment responsibility; with its effect, free willpowers falling down. A person, exposed provocation, who was supposed to show patience in spite of making a crime, has criminal responsibility. But provocation, brokes patience and power of resistance, because of affecting his/her willpower by becoming fury and heavy pain (suffering) . but this occasion doesn't make responsible himself/herself such as calm criminers; so this not compatible with modern criminal law.

The provocation, which was written on above opinion and arranged (establish) in Turkish Criminal Law with a general lightening condition. So the result of provocation, if a person make a criminal event because of fury and heavy pain, person's punishment will be reduced by stated rations according to Turkish Criminal Codes 29 th article.