

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Yüksek Lisans Tezi

İbrahim ÇETİN

Ankara – 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Yüksek Lisans Tezi

İbrahim ÇETİN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara – 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İbrahim ÇETİN

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

.....

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

.....

Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

.....

Tez Savunması Tarihi: 04.01.2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR danışmanlığında hazırladığım “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik (Ankara – 2021)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün akademik bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih

Adı – Soyadı – İmza

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, ESAS, TARİHSEL GELİŞİM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

I. HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI	4
A. TAHRİK KAVRAMI	4
B. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI.....	5
II. HAKSIZ TAHRİKİN ESASI	7
A. GENEL OLARAK.....	7
B. HAKSIZ TAHRİKİN PSİKOLOJİK ESASI	8
C. HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ ESASI	12
1. Genel Olarak	12
2. Subjektif Teori.....	13
3. Objektif Teori.....	15

a. Genel Olarak	15
b. Takas Görüşü	16
c. Tamamlanmamış Meşru Savunma Görüşü	17
4. Karma Görüş	18
III. HAKSIZ TAHRİKİN TARİHSEL GELİŞİMİ	19
A. CEZA HUKUKU DÖNEMLERİNDEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ	19
1. İlkel Ceza Hukuku Dönemi	19
2. Roma Ceza Hukuku Dönemi	21
3. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi	23
B. TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ TARİHSEL GELİŞİMİ	26
1. Genel Olarak	26
2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	28
3. Türk Ceza Kanunu Ön Tasarıları	31
IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK	33
A. GENEL OLARAK	33
B. İTALYA	35
C. ALMANYA	37
D. İSVİÇRE	40

E. AVUSTURYA.....	43
F. FRANSA.....	46
G. İNGİLTERE.....	47

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

I. HAKSIZ TAHRİKİN TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DÜZENLENİŞİ	52
II. HAKSIZ TAHRİKİN TÜRLERİ.....	56
A. 5237 SAYILI TCK'DE KABUL EDİLEN HAKSIZ TAHRİK TÜRLERİ.....	56
1. Genel Haksız Tahrik.....	56
2. Özel Haksız Tahrik.....	57
B. MÜLGA KANUNDA YER VERİLEN HAKSIZ TAHRİK TÜRLERİ	60
III. HAKSIZ TAHRİKİN KOŞULLARI	62
A. GENEL OLARAK	62
B. TAHRİK TEŞKİL EDEN BİR FİİLİN VARLIĞI	65
1. Genel Olarak	65
2. Tahrik Fiilinin İnsan Tarafından Gerçekleştirilmesi Gerekliliği.....	67
3. Tahrik Fiilinin Hedefi.....	72

4. Mefruz Tahrik	74
C. TAHRİK FİİLİNİN HAKSIZ OLMASI	78
1. Genel Olarak	78
2. Borçlar Hukuku ve Medeni Hukukta Haksız Fiil.....	79
3. Ceza Hukukunda Haksız Fiil.....	81
4. Tahrik Fiilinin Haksızlığı Hakkındaki Görüşler	83
5. Tahrik Fiilinin Haksızlığı Hakkındaki Bazı Tartışmalı Durumlar	87
D. TAHRİK FİİLİNİN FAİLDE HİDDET VEYA ŞİDDETLİ ELEME NEDEN OLMASI	93
E. BİR TEPKİ SUÇUNUN İŞLENMİŞ OLMASI.....	99
1. Genel Olarak	99
2. Tepki Suçunun Yönelimi	102
3. Tepki Suçunun Zamanı	104
F. TEPKİ SUÇU VE TAHRİK FİİLİ ARASINDA NEDENSELLİK BAĞI BULUNMASI.....	109

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN İLGİLİ BAZI KURUMLARLA UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ VE ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HÂLLERİ

I. HAKSIZ TAHRİKİN İLGİLİ BAZI KURUMLARLA UYGULANABİLİRLİĞİ 115

A. MEŞRU SAVUNMA VE HAKSIZ TAHRİK115

1. Genel Olarak 115

2. Meşru Savunma ve Haksız Tahrik İlişkisi 117

3. Meşru Savunmada Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik 122

B. TASARLAMA VE HAKSIZ TAHRİK.....129

1. Genel Olarak 129

2. Tasarlama İlişkin Teoriler 129

3. Tasarlama ve Haksız Tahrik İlişkisi..... 132

C. İSNAT EDİLEBİLİRLİK VE HAKSIZ TAHRİK.....137

1. Genel Olarak 137

2. Yaş Küçüklüğü ve Haksız Tahrik 139

3. Akıl Hastalığı ve Haksız Tahrik..... 142

E. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ VE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ145

1. Genel Olarak	145
2. Takdiri İndirim Nedenleri ve Haksız Tahrik İlişkisi	146
F. İŞTİRAK VE HAKSIZ TAHRİK.....	148
1. Genel Olarak	148
2. Şahsi İndirim Nedeni Olarak Haksız Tahrikin Sirayeti	152
G. KAN GÜTME SAİKİ - TÖRE SAİKİ VE HAKSIZ TAHRİK.....	153
1. Genel Olarak	153
2. Kan Gütme Saiki	154
3. Kan Gütme Saiki ve Haksız Tahrik İlişkisi.....	157
4. Töre Saiki	160
5. Töre Saiki ve Haksız Tahrik İlişkisi.....	163
II. ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ.....	167
A. GENEL OLARAK.....	167
B. HAKARET SUÇLARINDA ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HALLERİ.....	170
1. Mağdurun Kendi Haksız Hareketi ile Hakarete Sebep Olması.....	170
a. Genel Olarak.....	170
b. Tahrike Neden Olan Haksız Bir Fiilin Varlığı	171
c. Tepki Suçunun Hakaret Suçu Olması.....	172

d. Tepki Suçu ve Haksız Fiil Arasındaki Nedensellik Bağı	174
e. Hakaret Suçunun Haksız Fiilin Failine Karşı İşlenmesi	175
2. Hakaretin Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi	176
a. Genel Olarak	176
b. Faile Karşı Kasten Yaralama Suçunun İşlenmesi	177
c. Failin Tepki Olarak Hakaret Suçunu İşlemesi	180
d. Yaralama ve Hakaret Suçları Arasındaki Nedensellik Bağı	180
e. Hakaret Suçunun Yaralama Suçunun Failine Yönelmesi	182
3. Karşılıklı Hakaret	183
a. Genel Olarak	183
b. Hakaret Suçunun Karşılıklı Olarak İşlenmiş Olması	186
c. İlk Hakaret Suçunun Haksız Olması	188
d. Hakaret Suçları Arasında Nedensellik Bağının Bulunması	189
SONUÇ	192
ÖZET	199
ABSTRACT	200
KAYNAKÇA	201

KISALTMALAR

Akt.	: Aktaran
AÜEHFD	: Atatürk Üni. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar Numarası

md.	: Madde
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
No.	: Number
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Karar Tarihi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yay.	: Yayınları
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Modern ceza hukuku; hukuka aykırı fiilleri, failin kişiliğine göre değişebilen müeyyidelerle yasaklayan hukuk normları bütünü olarak tanımlanabilir. Ceza hukukunun tarihsel süreci incelendiğinde, ceza hukukunun failin kişiliğine bir değer atfetmesi uygar toplumun bir zaferi olarak kabul edilmektedir. Zira ceza hukuku başkasının fiilinden sorumlu olduğu günlerden failin kişiliğinin müeyyideler üzerinde büyük bir rol oynadığı günlere evrilmiştir. Bu da ceza hukukunun insanileştiğinin bir göstergesidir.¹

Ceza hukukunun vazgeçilmesi mümkün olmayan temeli, hukuka aykırı ve kusurlu fiil yani suçtur. Failin kişiliğinin ceza hukuku bağlamında etki göstermeye başlamasıyla birlikte suçun suçludan ayrılmayan bir bütün olduğu kabul edilmiştir. Ancak uzun yıllar mağdur kavramı göz ardı edilmiştir.

Suçun önlenmesi ve suçlulukla mücadele üzerine yoğunlaşan kriminolojik çalışmalar genellikle suçun aktif süjesi olan failin davranışı üzerine yoğunlaşmış, pasif süjesi olan mağdurun suça etkisi ise yeterince irdelenmemiştir. Ne zaman ki viktimoloji çalışmalarına ağırlık verilmiş, işte o zaman mağdurun davranışı önem kazanmıştır. Mağdurun davranışının incelenmesiyle de mağdurun suçtaki rolü ve sorumluluğu ceza hukukunun konularından birisi hâline gelmiştir.² Ceza hukuku sistemlerinin mağdurun fiiline bir değer atfetmesi ve suçtaki rolünün kabulü ile de haksız tahrik kurumu doğmuştur.

¹ Nevzat **TOROSLU**/ Haluk **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 17,18.

² Selman **DURSUN**, “Mağdurun Suça Yol Açması”, İÜHF Dergisi, C. LXI, S. 1-2, Y. 2003, s. 4-6.

Türk Ceza Hukuku sistemi de mağdurun suçtaki rolüne ve sorumluluğuna bir değer atfetmiş, mehzaz kanunlarda yer alan haksız tahrik hükümlerine kanun düzenlemelerinde yer vermiştir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 51. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu, yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da yer almış ve 29. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse*”nin cezası suçun ağırlığına bağlı olarak bir miktar indirilecektir. Ancak kanun koyucu haksız bir fiil ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini, hiddet veya şiddetli elemin etkisinin kapsamını ve bunun gibi daha birçok hususu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da olduğu gibi cevaplamamış, suskun kalmıştır. Bu belirsizlik de doktrinde ve uygulamada 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminden beri süregelen fikir ayrılıklarına sebep olmuştur.

Doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları incelendiğinde haksız tahrikin güncelliğini koruyan bir kurum olduğu söylenebilir. Zira kurumun uygulanmasına yönelik tartışmaların yanında başını Anglo-Sakson Ceza Hukuku sisteminin çektiği, haksız tahrik kurumunun çok sınırlı uygulama alanına sahip olması gerektiği ve belki de kanunlardan tamamen kaldırılmasının daha doğru olacağına yönelik tartışmalar kurumu daima güncel tutmaktadır.

Bu çalışmada haksız tahrik kurumu üç bölümde ele alınmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde tahrik kavramının anlamı incelenmiştir. Ardından haksız tahrikin psikolojik ve hukuki esasları üzerinde durulmuş, konu doktrinde taraftar bulmuş görüşler çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bölümde ayrıca haksız tahrikin hangi süreçlerden geçerek modern ceza hukuku sistemlerinde kendisine yer bulduğu üç ana zaman dilimi esas alınarak incelenmiştir. Daha sonra ise kurumun tarihsel yolculuğuna benzer şekilde Türk

Ceza Hukuku sistemindeki yolculuğu ele alınmıştır. Son olarak haksız tahrik kurumunun karřılařtırılmalđ hukuktaki dđzenleniř biçimleri incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bđlümünde, Türk Ceza Hukuku sisteminde haksız tahrik kurumu ele alınmıştır. İlk olarak haksız tahrik dđzenlemesinin kanundaki yeri belirlenmiş, ardından kurumun suç genel teorisi içindeki konumu doktrindeki gđrüşler çerçevesinde incelenmiştir. Ardından 5237 ve 765 sayılı Ceza Kanunları'nda yer alan haksız tahrik tđrleri ele alınmış ve son olarak haksız tahrikin uygulanabilmesi için gerekli koşullar, doktrindeki gđrüşler ve Yargıtay kararları ışığında irdelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bđlümünde ise haksız tahrik kurumunun ceza kanununda dđzenlenmiř olan başkaca kurumlara ve özel suç tipleri ile olan ilişkisi incelenmiş, son olarak da haksız tahrikin genel kural oluşuna istisna oluşturan, hakaret suçlarına özgü 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 129. maddesinde dđzenlenmiř olan özel haksız tahrik hâlleri değerlendirilmiş ve çalışma tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, ESAS, TARİHSEL GELİŞİM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

I. HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI

A. TAHRİK KAVRAMI

Arapça kökenli bir sözcük olan *tahrık*, sözlüklerde çoğunlukla birbirine benzer şekilde tanımlanmaktadır. Gündelik dilde tahrik; “*hareket ettirme, kımıldatma, kımıldatılma, yerinden oynatma, harekete geçirme, azdırma, kışkırtma*” anlamlarına gelecek şekilde kullanılmaktadır.³ Sözcüğün yabancı dildeki karşılığına bakıldığında ise “*bir kimseyi kızdırmaya yönelik eylem veya ifade*”⁴ olarak tanımlandığı görülmektedir.

Gündelik dildeki kullanımına benzer olan, ceza hukuku anlamında akla gelen ilk tahrik tanımı ise, “*bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi veya mevcut bir durumun devam etmesi için kişinin iradesi üzerine etki yapılması, iradesinin harekete geçirilmesi, belirli bir yöne itilmesi, iradenin zorlanması*” şeklindedir.⁵

Ancak TCK’de tahrik ifadesi iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki yukarıda ifade olunduğu üzere TCK’nin 214. maddesinde düzenlenmiş olan “*Suç*

³ Ferit **DEVELİOĞLU**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi, 13. Bası, Ankara 1996, s. 1021; Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 19.12.2019).

⁴ Provocation, Cambridge Dictionary, Bkz. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/provocation>, (E.T.: 19.12.2019).

⁵ Köksal **BAYRAKTAR**, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, Formül Matbaası, İstanbul 1977, s. 4; Duygun **YARSUVAT**, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Sermet Matbaası, İstanbul 1968, s. 160.

İşlemeye Tahrik”tir. İkinci kullanımı ise TCK’nin 29. maddesinde düzenlenmiş olan “*Haksız Tahrik*”tir. Yukarıda tanımı yapılan tahrik, suç işlemeye tahrik suçu bakımından geçerli bir tanım iken; haksız tahriki tanımlamak bakımından aynı oranda geçerli değildir. Bu sebeple haksız tahrik kendine özgü bir tanımlamaya ihtiyaç duymaktadır.

B. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK KAVRAMI

TCK’nin 29. maddesinde⁶ düzenlenmiş olan haksız tahrik⁷, doktrinde ve Yargıtay kararlarında çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. Buna göre haksız tahrik *Dönmezer/Erman*’a göre, “*failin, haksız bir fiilin doğurduğu gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesi*”⁸, *Erem*’e göre, “*insan psikolojisinde bir buhran haline hukuki neticeler tanınması*”⁹, *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe*’ye göre, “*failin, haksız bir fiilin oluşturduğu dışarıdan gelen bir etkiyle kişiyi kızgınlık ve üzüntü etkisi*

⁶ 5237 TCK Madde 29 - 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. Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 19.12.2019).

⁷ Haksız tahrik kurumu bazı Kıta Avrupası ülkelerinde de “haksız” takısı ile birlikte kullanılmaktadır. Örneğin İtalyan Ceza Hukukunda “Provocazione Ingiusto”, Fransız Ceza Hukukunda ise “Provocation Injuste” şeklinde yer almaktadır. Ancak Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerde yalnızca “Provocation” şeklinde kullanılmaktadır. Bkz. Necdet **YALKUT**, “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, C. 5, S. 2, Nisan 1979, s. 243.

⁸ Sulhi **DÖNMEZER/ Sahir ERMAN**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C. II, Beta Yay., 11. Bası, İstanbul 1997, s. 348.

⁹ Faruk **EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II, Seçkin Kitabevi, 12. Bası, Ankara 1984, s. 50.

altında suç işlemeye yöneltme”¹⁰, Demirbaş’a göre, “failin mağdur tarafından haksız olarak tahrik edilerek heyecan durumuna sürüklenmesi ve failin bu ruhi durumun etkisi altında kalarak suç işlemesi”¹¹, Zafer’e göre, “insan psikolojisinde yaratılan buhran hâline hukuki sonuçlar bağlanması”¹², Gürelli’ye göre, “hukuk nizamının korunması mülâhazası ile mahdut olarak, tahrik yüzünden failin irade serbestisinin zaafa uğramasının mes’uliyetine tesir edeceğinin kanun koyucu tarafından kabul edilmesiyle meydana gelen hukuki bir müessese”¹³ olarak tanımlanmıştır. Haksız tahrik kurumunun birbirinden nüanslarla ayrılan bu tanımları, doktrindeki yazarların kurumun esaslarına verdikleri ağırlık ve kurumun koşullarını tanımlarında ön plana alıp almamaları çerçevesinde şekillenmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise bir kararında haksız tahriki, *“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 elemi etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir. Bu hâlde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye*

¹⁰ Veli Özer **ÖZBEK**/ Nihat **KANBUR**/ Pınar **BACAKSIZ**/ Koray **DOĞAN**/ İlker **TEPE**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 10. Baskı, Ankara 2019, s. 410.

¹¹ Timur **DEMİRBAŞ**, Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985, s. 37.

¹² Hamide **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yay. 2. Bası, İstanbul 2011, s. 327.

¹³ Nevzat **GÜRELLİ**, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İBD, C. XXV, Haziran 1951, s. 332.

yönelmektedir.”¹⁴ şeklinde tanımlarken bir başka kararında, “*Tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı gazap veya elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir. Fail; haksız bir fiilin doğurduğu hiddet veya elemin tesiri altında, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.*”¹⁵ şeklinde tanımlamıştır.

II. HAKSIZ TAHRİKİN ESASI

A. GENEL OLARAK

Ceza hukukunun temelinde hukuka aykırı, kusurlu bir fiili cezalandırmak vardır. Fiilin hukuka aykırı olması tek başına cezalandırılabilirlik sonucunu doğurmaz. Failin kusurlu davranması da gerekir. Ancak bazı hâller vardır ki, bu hâlin koşulları altında suç işleyen fail, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil gerçekleştirse dahi, aynı hukuka aykırı ve kusurlu fiili gerçekleştirmiş olan failden daha az ceza alır. Çünkü mağdurun haksız davranışı ile faili hiddetlendirerek suç işlemeye tahrik etmesi; hakkaniyet gereği daha az cezayı gerektirir.¹⁶ Bu kurum TCK’de haksız tahrik olarak adlandırılmaktadır.

¹⁴ **YCGK, T. 19.11.1990, E. 1990/1-254, K. 1990/277**, Akt. Mehmet Akif **TUTUMLU**, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, Adil Yayınevi, Ankara 1999, s. 19.

¹⁵ **YCGK, T. 20.06.2000, E. 2000/4-126, K. 2000/135**, Akt. Erhan **GÜNAY**, Öğreti ve Yapısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 15.

¹⁶ Zeki **HAFIZOĞULLARI/ Muharrem ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., 11. Baskı, Ankara 2018, s. 367.

Haksız tahrik kurumunun fail hakkında verilecek cezayı azaltan bir etkisinin olması, psikolojik ve hukuki olmak üzere iki esas ile açıklanmaktadır.¹⁷ Haksız tahrik kurumunun psikolojik esası, modern ceza hukukunda failin kişiliğinin dikkate alınması ile yakından ilgilidir. Bu esasta failin duyguları, faili suç işlemeye yönelten psikolojik durum önemslenmektedir.¹⁸ Ceza hukuku, bu gibi durumlarda heyecan kavramına önem verir. Çünkü böyle hâllerde fail duruma değil durum faile hâkimdir.¹⁹ Mağdurdan kaynaklanan haksız hareketlerin ele alınması ise hukuki esasını oluşturur.²⁰

B. HAKSIZ TAHRİKİN PSİKOLOJİK ESASI

İnsan, akıl ve mantıkla hareket etse dahi duyguları olan bir varlıktır. Duyguların failin hareketlerine yansımaları, haksız tahrik altında işlenen suçlarda kendisini daha açık bir şekilde gösterir. Birbirinin karbon kopyası iki suçun failleri incelendiğinde, psikolojik olarak aynı sebep ve saik ile hareket etmedikleri açıktır.²¹ İnsanın bu yönünü dikkate alan kanun koyucu, bazı duygulara belli ölçülerde önem vermiş ve ceza kanunlarının kapsamına almıştır.

¹⁷ EREM, s. 50.

¹⁸ Devrim **AYDIN**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, s. 229.

¹⁹ Vural **SAVAŞ**/ Sadık **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, Seçkin Yay., Ankara 1998, s. 1005.

²⁰ AYDIN, s. 230.

²¹ Faruk **EREM**, Adalet Psikolojisi, AÜHF Yay., Ankara 1997, s. 1,2.

TCK, haksız tahriki düzenlerken, haksız fiilin failde “hiddet” veya “şiddetli elem” oluşturmasını aramıştır. Kanunun aradığı bu şart, haksız tahrikin psikolojik esası olarak nitelendirilmektedir.²² Kanunda yer alan bu kavramlar heyecan başlığı altında açıklanmaya ihtiyaç duymaktadır.

Heyecan kavramı, kural olarak kanunun oluşturulması ve failin cezalandırılması üzerinde doğrudan etkili bir kavram değildir. Ancak bazı hâllerde diğer ülkelerin kanunlarında olduğu gibi TCK de heyecan kavramına bazı sonuçlar bağlamıştır. *Erem* heyecan kavramını, “*normal seyrinde akıp giden teessür hayatı içinde bariz bir sarsıntı hâlinde ve bazı fizyolojik gösterilerle birlikte husule gelen geçici psikolojik bir olay*” olarak tanımlamıştır.²³ *Demirbaş* ise kavramı “*belirli ruh durumlarının vücut tarafından tepkisi, diğer bir deyişle duygusal ruhi karışıklıkların bir ifadesi*” şeklinde tanımlamaktadır.²⁴ *Walder*’e göre ise, birçok tanımlı yapılmış olsa da, heyecan kavramını tanımlamak kendi içerisinde bazı zorluklar barındırmaktadır. *Walder*, bu zorluğu, heyecan kavramının kişinin duygu dünyası ile doğrudan bağlantılı olması ve bu bağlantının doğa bilimlerinin yöntemleri ile çözülemeyecek olmasına bağlamakla birlikte heyecanı, “*ruhsal durumun temel fenomeni*” olarak tanımlamaktadır.²⁵

²² TUTUMLU, s. 31; İsmail Hakkı **AYIK**, “Tahrik”, Adalet Dergisi, S.1, Ocak 1951, s. 86; Nur **BAşAR**, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik – I”, Adalet Dergisi, Y. 71, S. 3, Mayıs – Haziran 1980, s. 253; Cengiz **BARDAK**, “Haksız Tahrik zerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, S. 1, 1988, s. 42.

²³ Faruk **EREM**, “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, AÜHFD, C. 2, S. 4, 1945, s. 51.

²⁴ DEMİRBAş, s. 26.

²⁵ Gşah **BOSTANCI BOZBAYINDIR**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 8.

Doktrindeki yazarlar heyecanı farklı şekillerde gruplandırmışlardır. *Wundt* tarafından yapılan gruplandırmaya göre heyecan, “stenik” ve “astenik” olmak üzere iki grupta incelenmektedir. Buna göre stenik²⁶ heyecan, sevinç veya hiddet meydana getiren heyecanları ifade etmek için kullanılırken astenik heyecan ızdırap, keder gibi ruhi bir çöküntü meydana getiren heyecanları ifade eder.²⁷ Bir diğer gruplandırma ise şiddet ve süreklilik üzerinden yapılmıştır. Bu ayrıma göre heyecanlar “sademe heyecanlar” ve “his heyecanlar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²⁸ Ansızın gelişen heyecanlar sademe heyecan iken görece sürekli sayılabilecek heyecanlar his heyecanlar olarak adlandırılır. Sademe heyecan altındaki kişide, ani bir kargaşa hissi meydana gelir ve kişi hareketlerine, heyecan altında bulunmadığı hâliyle aynı ölçüde hâkim değildir. His heyecan etkisindeki kişi ise ruhi bir çöküntü ve bitkinlik durumu içerisinde.²⁹

765 sayılı TCK “gazap ve şedit elem” ifadelerine yer vermişken 5237 sayılı TCK bu kavramlar yerine “hiddet veya şiddetli elem” ifadelerine yer vermiştir. Hiddetin sözlükteki kelime anlamı öfke ve kızgınlıktır.³⁰ Elem sözcüğü ise acı, üzüntü, dert, keder anlamına gelmektedir.³¹ Şiddetli sıfatı ise bu acı, üzüntü, dert, keder hâlinin normalden

²⁶ Kelime, Yunanca güç, kuvvet anlamına gelen “stenos” kelimesinden gelmektedir. Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 10.

²⁷ EREM, Heyecanlar ve İhtiraslar, s. 56; Jale **BAFRA**, “Haksız Tahrik’te Failin Kişiliğinin Taşıdığı Önem”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 69, S. 10-12, Y. 1993, s. 770.

²⁸ Kemalettin **EREL**, “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, Adalet Dergisi, S. 6, Ocak 2001, s.168,169.

²⁹ Faruk **EREM**, “Haksız Tahrik”, Adalet Dergisi, S. 7, Temmuz 1946, s. 638.

³⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 21.12.2019).

³¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 21.12.2019).

daha yoğun olma durumunu ifade etmektedir. Heyecan kavramı, günlük dilde genelde olumlu anlamda kullanılan bir kelime olsa da³² aslında “*sevinç, korku, kızgınlık, üzüntü, kıskançlık, sevgi vb. sebeplerle ortaya çıkan güçlü ve geçici duygu durumu*” anlamlarının tümünü karşılamaktadır. Dolayısıyla kanunda düzenlenmiş olan “hiddet” ve “şiddetli elem” heyecanın birer çeşididir. Detaylı incelendiğinde ise hiddet, stenik ve sademe heyecanın bir türü olarak sayılabilecekken; elem, astenik ve his heyecanın bir türü olarak sayılabilir. Ancak bu kavramlar “ihtiras”tan farklıdır.

TCK’nin 29. maddesinin gerekçesinde gazap kelimesinin aslında hiddetlenmeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Şiddetli bir elem ifadesinin ise psikolojik bakımdan aslında haresizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hâli olduğu belirtilmiş, ancak bu elemın hiddete yönelten bir elem olduğu, bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılmasının bu iki hâli de kapsayacağı belirtilmiştir.³³ Dolayısıyla haksız tahrik kurumu “*psikolojide heyecanların bir çeşidi olan hiddetten başka bir şey değildir.*”³⁴ Belirtildiği üzere hiddet, şiddetli ancak geçici bir durumdur. İhtiras³⁵ ise “*hislere hakim olan; psikolojik muvazeneyi kendine doğru çökerten ve geçici olmayan*” ve hatta sürekli sayılabilecek bir hâldir.³⁶ Haksız tahrik kurumunun düzenlenmesinin temelinde bu heyecan yani hiddetin aniden ortaya çıkması, geçici olması ve engellenemez tepkilere neden olması

³² Heyecan kelimesinin Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğündeki ikinci anlamı coşkudur. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 21.12.2019).

³³ TCK Madde Gerekçeleri, Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (E.T.: 21.12.2019).

³⁴ EREM, Ümanist, s. 50.

³⁵ Aşırı güçlü istek, tutku. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 21.12.2019).

³⁶ EREM, Ümanist, s. 50,51; EREM, Heyecanlar ve İhtiraslar, s. 74.

yatmaktadır. Kanun koyucu da heyecanın etkisi altında işlenen bu suçlar hakkında ceza indirimine gitmiştir.³⁷ Kanun koyucunun bu kararı, haksız tahrikin psikolojik esasını ortaya koymaktadır.

Heyecanın hangi durumlarda haksız tahrik koşulu sayılarak psikolojik esas kapsamında ceza indirimine sebep olacağı, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Her ne kadar bu kuruma kanununda yer veren her ülke hukuku, haksız tahriki aynı ölçüde ve kapsamda düzenlemese de, kurumu dayandırdıkları psikolojik esas açısından aynı eksende düzenlemeler yapmıştır. TCK'nin 29. maddesi hiddet ve elemin varlığını ararken; Anglo-Sakson ve Amerikan Hukuku kızgınlığı ve kızgınlıkla beraber yeni kararlarında korkuyu, Alman ve İtalyan Hukuku hiddeti, İsviçre ve Avusturya Hukuku stenik ve astenik heyecan hâllerini aramaktadır.³⁸

C. HAKSIZ TAHRİKİN HUKUKİ ESASI

1. Genel Olarak

Ceza hukuku, failin psikolojisine verdiği önem sonucu, haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kişiye verilecek cezayı daha az olacak şekilde öngörmüştür. Ancak yalnızca psikolojik olarak açıklanabilecek olan bir kurumun, hukuk nazarında doğrudan düzenlenmesi mümkün değildir. Kanun koyucu ancak belli durumlarda haksız tahrikin varlığını kabul etmiştir.³⁹ Mağdurdan kaynaklanan veya failin içinde bulunduğu

³⁷ EREM, Haksız Tahrik, s. 638.

³⁸ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 13.

³⁹ EREM, Ümanist, s. 51.

psikolojik durumu ön plana almasına göre birbirinden ayrılan bu teoriler haksız tahrikin hukuki esasını açıklamayı amaçlamıştır. Buna göre haksız tahrikin hukuki esasını açıklayan görüşler; subjektif görüş, objektif görüş ve karma görüş olarak üç gruba ayrılır.⁴⁰

2. Subjektif Teori

Bu görüşün temelinde kusur ön plandadır. Mağdurun gerçekleştirdiği haksız bir fiil neticesinde şiddetli bir elem veya hiddet hâli içine giren kişinin iradesi zayıflamış; bu sebeple kişinin artık kusursuz ve normlara uygun davranma yeteneğinde bir azalma meydana gelmiştir. Bu sebepten artık faile verilecek cezada kanuni bir indirimle gidilmesi gerekecektir.⁴¹

Subjektif teori taraftarlarına göre, tahrik fiilinin gerçekleştiği anda, tam manasıyla olmasa dahi, failden aksi beklenemeyecek bir durum meydana gelmiş; bu durumun sonucu olarak ise ceza indiriminin yapılması zorunlu hâle gelmiştir.⁴² Zira haksız fiil sonucu failin psikolojisinde hiddet artarken, irade kontrolü azalmakta dolayısıyla sorumluluk da azalmaktadır. Bu noktada herhangi bir etki altında olmayan, tamamen

⁴⁰ GÜRELLİ, s. 331; AYDIN, s. 230; Mehmet Emin **ARTUK**/ Ahmet **GÖKÇEN**/ Mehmet Emin **ALŞAHİN**/ Kerim **ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., 12. Baskı, Ankara 2018, s. 534.

⁴¹ TUTUMLU, s. 20; GÜRELLİ, s. 332; BAŞAR, Tahrik – I, s.253, BARDAK, s. 42.

⁴² Ayhan **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, Beta Yay., İstanbul 1989, s. 375.

kendi iradesi ile hareket eden fail ile iradesi hiddetin etkisiyle sakatlanmış kişi aynı ölçüde sorumlu olamaz.⁴³

Hukukta her kurum ilerlemek için çeşitli görüşlere ihtiyaç duyar. Bu görüşlerin birbiri ile çatıştığı noktalarda eleştiri devreye girer. Subjektif teori de bu çatışmaların bir sonucu olarak pek çok eleştiri ile karşı karşıya kalmıştır. Bu eleştirilerden en öne çıkanı, hiddeti meydana getiren kaynağı merkezine almıştır. Bu eleştiriye göre, hiddet kişinin iradesinde bir zayıflamaya sebep olsa dahi, bu zayıflama her zaman haksız bir fiilden kaynaklı gerçekleşmemektedir. Haksız bir fiilin etkisi altında olmadan, ancak hiddetin etkisi altında suç işleyen ve iradesi aynı psikolojik etmenlerden dolayı azalan kişi, pek tabi kusurlu hareket ettiğinden ötürü tam ceza alacaktır. Oysa kanun koyucu bireylerden, belli ölçüde suçtan kaçınmalarını beklemektedir. Dolayısıyla hiddetin etkisi altında suç işlese dahi bu hâl haksız bir fiilden kaynaklanan bir hiddet olmadığından failin ilgili olayda ceza indirimi alamaması bu teorinin, haksız tahrikin hukuki esasını tek başına açıklamakta yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır.⁴⁴

⁴³ Gökhan Yaşar **DURAN**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Legal Yay., İstanbul 2010, s. 66,67.

⁴⁴ GÜRELLİ, s. 332; AYIK, s. 85; DURAN, s. 65,66; Dilaver **EKERBİÇER**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yay., Ankara 2015, s. 33; ÖNDER, s. 375.

3. Objektif Teori

a. Genel Olarak

Subjektif teorinin görüşlerine karşılık ortaya çıkan, haksız tahrikin hukuki esasını açıklamaya çalışan bir diğer teori olan objektif teoriye göre; haksız tahrik, psikolojik durumundan çok, failin fiili ile ilgilidir.⁴⁵ Bu teoriye göre fail her ne kadar suçu işlemiş olsa da bu suçu işlerken yalnız değildir. Mağdur da haksız fiili ile fail gibi kusurlu hareket etmiştir.⁴⁶ Hâl böyleyken kusurun tamamını faile yüklemek hakkaniyete aykırı olacaktır.⁴⁷ Dolayısıyla burada faile verilecek cezada indirimine gidilmesi gerekir.

Doktrinde pek fazla taraftar bulamasa da bu teori tamamen göz ardı edilemez. Zira tek başına haksız tahrikin hukuki esasını açıklamaya yeterli olmasa da objektif dış etkilerin cezayı belirlemedeki etkisinin, hukuk nazarında kabul edilmesi noktasında önemlidir.⁴⁸ Bu teoriyi savunan yazarlar temellendirme noktasında objektif teoriyi iki farklı şekilde ele almışlardır. Görüşlerden ilki “takas görüşü” olarak adlandırılırken ikincisi ise “tamamlanmamış meşru savunma” olarak adlandırılmaktadır.

⁴⁵ Mehmet **AÇIKGÖZ**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yay., Ankara 2012, s. 22.

⁴⁶ ÖNDER, s. 375.

⁴⁷ TUTUMLU, s. 20.

⁴⁸ Timur **DEMİRBAŞ**, Haksız Tahrik, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 41.

b. Takas Görüşü

Takas görüşü temeli Roma Hukukuna dayanan ve görece eski zamanlarda yaşamış yazarlar tarafından kabul gören,⁴⁹ ikinci suçun işlenmesine birinci suçun sebep olduğu kabulü ile bir değil iki suçlunun varlığına sonuç bağlayan bir görüştür.⁵⁰ Bu görüşe göre, haksız fiili gerçekleştiren mağdur da hiddet etkisindeki fail de kusurludur, yani mağdur suça ortaktır. Dolayısıyla burada mağdurun kusuru failin cezasından indirilmelidir. Böylece failin cezası azalabileceği gibi hiç cezalandırılmaması da mümkündür, zira kusurların takası sonucu cezalandırılma gereği ortadan kalkmış olabilir.⁵¹

Oldukça eski temelleri olan bu görüşün günümüz hukuk ilkeleri ile bağdaşmayacağı açıktır. Kanun düzenlemesine bakıldığında da bu görülmektedir, zira haksız tahrikten kaynaklanan indirim ile failin ceza almama ihtimali bulunmamaktadır. Ancak bireyselliğin ön planda olduğu bu görüş, günümüzde çeşitli yazarlarca savunulmaktadır.

Buna göre, hukuk felsefesinin bugün içinde bulunduğu noktada bireysellik artık toplumsallığın önüne geçtiğinden bireysel çıkarlar göz ardı edilemez. Bununla birlikte, bireysel çıkarları korumak aynı zamanda toplumsal çıkarlara da hizmet etmektedir.⁵² Dolayısıyla iki tarafın kusurları ölçüsünde cezalarında yapılacak olan makul seviyedeki indirim hukuka uygun olacaktır. Yazarlara göre 5237 sayılı TCK'nin bireysel ve insan odaklı yapısı da bu fikri desteklemektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün

⁴⁹ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 39.

⁵⁰ DURAN, s. 69; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 39; AÇIKGÖZ, s. 23.

⁵¹ GÜRELLİ, s. 332; EKERBİÇER, s. 34,35.

⁵² GÜRELLİ, s. 332.

gözükmemektedir. Suç genel teorisi ve ceza hukukunun genel ilkeleri bağlamında, kusurlu olduğu ve belirli bir ceza alma ihtimali olan mağdurun cezası, bir tepki suçuna sebep olduğu için ilgili suçtan mahsup edilemez. Bunun yanında toplumun menfaatlerine önem veren ceza hukuku düzeninin bu denli bireysel yaklaşımları kabul etmesi mümkün değildir. Bu görüş modern ceza hukuku döneminde geçerliliğini yitirmiştir.⁵³

c. Tamamlanmamış Meşru Savunma Görüşü

Bu görüş haksız tahriki bir çeşit meşru savunma olarak değerlendirmiş ve failin yakın, aynı zamanda kesin olarak meydana gelecek bir saldırıya karşı erken davranarak gerçekleştirdiği fiili “tamamlanmamış meşru savunma” olarak tanımlamıştır.⁵⁴

Meşru savunma durumunda ya devam etmekte olan ya da gerçekleşmesi kesin bir tehlike ve bu tehlikeye karşı gerçekleştirilmiş haklı ve meşru bir tepki bulunur. Haksız tahrikte ise bitmiş bir saldırının etkisi devam etmektedir. Dolayısıyla tamamen farklı bir kurumdur. Bu sebeple kanun koyucu da haksız tahrik durumunda tepki fiiline meşruiyet tanımamış, sadece ceza indirimi yoluna gitmiştir.

Bu görüş meşru savunmanın hemen hemen tüm şartlarını göz ardı etmiş, haksız tahriki yalnızca haksız bir fiilden kaynaklanma şartından dolayı meşru savunmaya benzetmiştir. Dolayısıyla doktrinde oldukça eleştirilmiş, fazla taraftar bulamamıştır.⁵⁵

⁵³ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 39.

⁵⁴ AYIK, s. 85; DURAN, s. 69.

⁵⁵ AÇIKGÖZ, s. 25; EKERBİÇER, s. 37.

4. Karma Görüş

Subjektif ve objektif teorinin haksız tahrikin hukuki esasını tek başına açıklayamadığını düşünen yazarlar, bu iki teorinin kabul gören yanlarını alıp eleştirilen yanlarını dışlayarak karma bir görüş oluşturmuşlardır.⁵⁶ Bu görüşe göre, suça etki eden nedenlerden birisi olan haksız tahrikin varlığı için yalnızca psikolojik temelli hiddetin varlığı yeterli değildir. Bu hiddet başka birisinin haksız fiili sonucunda meydana gelmiş olmalıdır.⁵⁷

Karma görüş, Türk Ceza Hukuku doktrininde de taraftar bulan bir görüş olmuştur. Buna göre, failin haksız bir fiilden doğan hiddetin etkisiyle kanun koyucu tarafından daha az kınanabilir sayılması⁵⁸ ve suçun işlenmesine mağdurun da sebep olmasının da dikkate alınması sonucu ceza indirimine gidilmesi ancak karma görüş ile açıklanabilir.⁵⁹ Hatta *Ayık*'a göre haksız tahrikin hukuki esasının karma görüşe dayandırılması zaruridir. Zira *“haksız tahrik yalnızca psikolojik değil, fakat aynı zamanda fizyolojik bir hadisenin adıdır.”*⁶⁰ Bizim düşüncemiz de karma görüşün, haksız tahrikin hukuki esasını açıklamak

⁵⁶ AYIK, s. 86.

⁵⁷ AYDIN, s. 230. Bu konuda *Roux'un* görüşüne göre her türlü hiddet değil yalnızca “haklı elden doğan hiddetin dikkate alınması” gerekmektedir. *Garraud'a* göre ise karma görüş kabul edilmelidir. Zira tahrik edenin kusurlu hareketi ile hiddetlenen kişi kendi kusurunda yalnız değildir. Soğukkanlılığını kaybeden failin kusuru hesaplanırken bu husus da dikkate alınmalıdır. Bkz. AYIK, s. 86.

⁵⁸ GÜRELLİ, s. 352,353.

⁵⁹ EREM, Haksız Tahrik, s. 637. Bu görüşü savunan *Çağlayan'a* göre, tahrikin etkisi ile failin sabrı kırılmış, iradesi hiddetin etkisiyle zaafa uğramıştır. Dolayısıyla soğukkanlılık olarak suç işleyen kişilerden ceza sorumluluğu noktasında ayrılması daha adil sayılır. Bkz. M. Muhtar ÇAĞLAYAN, “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzah Denemesi”, Adalet Dergisi, Y. 73, S. 1, Ocak – Şubat 1982, s. 14.

⁶⁰ AYIK, s. 87.

noktasında en doğru tercih olacağı yönündedir. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında da karma görüş doğrultusunda kararlar verdiği görülmektedir.⁶¹

III. HAKSIZ TAHRİKİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. CEZA HUKUKU DÖNEMLERİNDEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

1. İlkel Ceza Hukuku Dönemi

İnsanların topluluklar şeklinde yaşamaya başlamasıyla birlikte hukuk kavramı ortaya çıkmış, topluluk şeklinde yaşayan insanların suç işlemesiyle birlikte de ceza hukuku ortaya çıkmıştır.⁶²

İlkel topluluklarda suç, ihlal ile eş değer görülmüştür. Failin cezalandırılması için yalnızca fiili aranmış, kusurlu olup olmadığına bakılmamıştır.⁶³ Fiilin varlığına ilişkin olarak ortaya çıkan zarar ile fiil arasındaki nedensellik bağının varlığı bu dönemde

⁶¹ **YCGK T. 08.07.1991, E. 1991/8-196, K. 1991/225**, “*Haksız bir fiile maruz kalan failin, bu fiilin doğruduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında kalarak suç işlemesi hâlinde...haksız tahrik hükümleri kabul edilmiştir.*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararında haksız tahriki uygulamak için hem haksız bir fiilin varlığını aramış hem de tepki suçunun bu haksız tahrik fiilinin sebep olduğu hiddet ve şiddetli elemin etkisiyle işlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Görece eski tarihli olan bu karar doğrultusunda Yargıtay’ın uzun süredir haksız tahrikin esasını karma görüşü ile açıkladığını söyleyebiliriz; Akt. TUTUMLU, s. 20.

⁶² Kayıhan **İÇEL/ Süheyl DONAY**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, Filiz Kitabevi, İkinci Bası, İstanbul 1993, s. 38.

⁶³ Sulhi **DÖNMEZER/ Sahir ERMAN**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C. I, Beta Yay., 13. Baskı, İstanbul 1997, s. 45.

cezalandırmak için yeterli görülmüştür.⁶⁴ Bu durum tesadüfi fiillerin cezalandırılması sonucunu doğurmuştur.⁶⁵

Bu dönemde kusur; suç ve ceza politikası bakımından dikkate alınmadığı gibi failin kişiliği, psikolojisi ve suça etki eden nedenler de göz ardı edilmiştir.⁶⁶ Dolayısıyla bu dönem için haksız tahrikin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Toplulukların daha kompleks hâle gelmesiyle birlikte ceza hukuku da gelişmiştir. Yürürlükte olduğu zamana göre oldukça modern olan Hammurabi Kanunları, her ne kadar subjektif kriterleri göz önünde bulundurmaya başlasa da benzer dönemlerde yürürlükte olan Manu⁶⁷ ve İbrani Kanunlarının bulundurduğu gibi haksız tahrik kurumuna benzer düzenlemeler bulundurmamaktadır.⁶⁸

Haksız tahrikle ilgili olan ilk gelişme Eski Yunan Ceza Hukuku döneminde karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemin başlarında kollektif ceza hukukuna dair izler görülmesine rağmen ilerleyen süreçte cezaların şahsiliği kabul görmeye başlamıştır.⁶⁹ Bunun yanında, failin cezalandırılması bakımından, cezayı ağırlaştıran ve hafifleten nedenler kabul edilmiştir. Dolayısıyla haksız tahrikin temelleri bu dönemde atılmıştır.

⁶⁴ Bu dönem doktrinde “suçun maddi görünüş safhası” olarak adlandırılmaktadır. Detaylı bilgi için Bkz. İÇEL/DONAY, s. 39.

⁶⁵ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 23.

⁶⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 35.

⁶⁷ Manu Kanunlarında haksız tahrike ait bir düzenleme bulunmasa dahi meşru savunma kurumu kendisine yer bulmuştur. Bkz. Recai Galip OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İÜHF Yay., İstanbul 1951, s. 70.

⁶⁸ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 23.

⁶⁹ OKANDAN, s. 291.

Hafifletici sebeplere örnek olarak; işlenen suçta failin kastının bulunmaması, failin yaşı gibi sebepler verilebilirken haksız tahrike benzer olarak failin aşırı hiddete kapılarak suç işlemesi ve karısını zina esnasında yakalayıp öldürmesi konuları da bu dönemde ya cezayı azaltan sebep ya da doğrudan soruşturma yapılmasını engelleyen sebepler olarak uygulamada yer almıştır.⁷⁰

2. Roma Ceza Hukuku Dönemi

İlkel Ceza Hukuku dönemine benzer olarak, Roma Ceza Hukuku döneminin ilk yıllarında da suç, kişilerin arasında bir problem olarak kabul edildiğinden suçun haksız fiile benzer olduğu düşünülmüş, aralarında herhangi bir ayrıma gidilmemiş⁷¹; yalnızca zarar ve fiil arasındaki bağ önemsenmiş, netice sorumluluğu yani objektif sorumluluk kabul görmüştür.⁷² Failin, işlediği suçlar bakımından mağdur veya onun yakınları tarafından cezalandırılması fikri kabul görmüştür.⁷³

Ancak bu dönem İlkel Ceza Hukuku döneminden bir noktada ayrılmaktadır zira önce Krallık Döneminde iradi ve iradi olmayan fiiller ayrımı ortaya çıkmış⁷⁴, Cumhuriyet Dönemi sonlarına gelindiğinde ise subjektif sorumluluk esası ile birlikte kast ve taksir

⁷⁰ OKANDAN, s. 291-293.

⁷¹ ZAFER, s. 30.

⁷² İÇEL/DONAY, s. 41.

⁷³ OKANDAN, s. 457.

⁷⁴ DURAN, s. 21.

kavramları kabul görmeye başlamıştır.⁷⁵ İlk yıllarda mağdurun elinde olan cezalandırma yetkisi mağdurun elinden alınıp devlete geçmiş, mağdurun elinde yalnızca tazminat isteyebilme hakkı kalmıştır.⁷⁶

Bu dönemde bahsi geçen gelişmelerle birlikte özel haksız tahrik⁷⁷ hâlleri kanunda kendine yer bulmaya başlamıştır. Bu özel haksız tahrik hâllerinden birisi zinaya ilişkindir. Zinanın kanunlarda kendisine yer bulması şu şekilde anlatılabilir; İmparator Augustus Dönemi savaşlarında çok sayıda İtalyanın hayatını kaybetmesi, Roma ve İtalya aile bağlarında derin sarsıntılara sebebiyet vermeye başlamıştır. Bunun önüne geçmek amacıyla Romalıların birbirleri ile evlenmelerini teşvik için *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* yürürlüğe girmiştir. “Zinalar ve Tecavüzler Hakkında İulia Yasası” olarak ifade edebileceğimiz bu Kanun zina kurumunu düzenlemekle birlikte cinsel suçlara karşı da ağır yaptırımlar getirmiştir. Bu Kanun’a göre; baba, kendisinin veya damadının evinde kızını zina yaparken suçüstü yakalarsa onu öldürme hakkına sahiptir. Aynı anda ve aynı yerde olmak şartıyla kızı ile birlikte yakaladığı kişiyi de öldürürse yine ceza almayacaktır.⁷⁸ Kanunun bu düzenlemesiyle birlikte ilk kez hiddete bağlı işlenen suç

⁷⁵ İÇEL/DONAY, s. 42.

⁷⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 24.

⁷⁷ Roma Ceza Hukuku döneminde haksız tahrik kurumu bakımından, insan öldürme suçları hususunda “tasarlama -ki bu tasarlama günümüzde kullanılan tasarlama hâinden farklı olarak Roma Hukuku bakımından basit kastı ifade edecek biçimde kullanılmaktadır- ve tevehhür” ayrımı yapılmıştır. Daha sonraları bu tevehhür hâli kastın içinde hafifletici bir sebep olan “heyecan hâli” olarak yeniden ele alınmıştır. Zamanla bu kavram daha da gelişmiş, sonunda zina hâinde insan öldürmeye ilişkin olarak haksız tahrik kurumu kabul görmüştür. Bkz. DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 24.

⁷⁸ Bkz. <https://www.csun.edu/~hcfl004/Adulteriis.html> (E.T.: 23.12.2019).

ceza verilmemiştir. Bu fiil daha sonra İmparator Antoninus Pius Döneminde suç olarak kabul edilse de cezayı azaltan bir neden olarak kanunda yerini korumuştur.⁷⁹

3. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi

Roma Hukukunun etkisi, on sekizinci yüzyılın sonlarına kadar tüm Avrupa'da sürmüştür.⁸⁰ Bu dönemde İtalya'da hukuk eğitimi yeniden önem kazanmış, İtalyan hukukçular Roma Hukuku üzerinde çalışmalar yapmaya başlamışlardır.⁸¹ Avrupa'da erken modern dönem olarak adlandırılan bu dönemde rönesansın sona ermesiyle felsefe önem kazanmış, dönemin başlarında suçlarda ve cezalarda belirsizlik varken dönemin sonlarında önemli kanunlar yürürlüğe girmiştir.⁸² Bu dönemde haksız tahrik kurumu ise artık açık şekilde kanunlarda kendine yer bulmaya başlamıştır.⁸³

Avrupa'da tahrik kavramının hukuk düzeni içerisinde yer alması fikri, *Aristoteles*'in düşünceleri ile desteklenmiştir. Her ne kadar kendi yaşadığı dönemde kanunları bu denli etkilemese de felsefik düşüncenin değerinin artması ile *Aristoteles*'in “*onur teorisi*” tahriki temellendirmek için kullanılmıştır. Bu teori, kişinin onuruna karşı bir fiil gerçekleştirildiğinde kişinin o fiile karşı -devletin cezalandırmasını beklemeksizin-

⁷⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 37.

⁸⁰ DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Cilt I*, s. 46.

⁸¹ DEMİRBAŞ, *Haksız Tahrik*, s. 25; İÇEL/ DONAY, s. 44.

⁸² DÖNMEZER/ ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Cilt I*, s. 47.

⁸³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 38.

bir karşılık vermesi üzerine kurulmuştur.⁸⁴ Aristoteles'e göre; adil ve makûl bir kişinin, haksız bir saldırı karşısında öfkelenmesi sebebiyle vereceği ölçülü ve orantılı tepki hukuka uygun olmalıdır. Verilen tepki gereğinden fazlaysa da verilecek cezada indirimine gidilmelidir.⁸⁵ Zira işlenen suçta, yalnızca tepkiyi veren değil haksız hareketi ile buna sebep olanın da sorumluluğu vardır.⁸⁶

Özellikle *Glossatör ve Postglossatörler*⁸⁷ tarafından yapılan çalışmalar günümüzde İtalyan Hukuku olarak adlandırabileceğimiz hukukun doğmasına sebep olmuş, o dönemde bilinmeyen bazı kavramları hukuk literatürüne kazandırmıştır. Önceden Aristoteles'in onur teorisine benzer şekilde; karşılıklı hakarete, tepki olarak hiddet etkisiyle gerçekleştirilen hakaret hukuka uygundu zira bu suçun ortaya çıkmasında ilk haksız hareketin etkisi vardı. Ancak İtalyan hukukçuların katkıları sonucu bu husus aynı zamanda ilk hakaretin de ortadan kalkmasına sebep olmuştur. Çünkü kişi kendisine hakaret edilmesi suretiyle cezalandırılmış sayılmıştır.⁸⁸ Yapılan tüm bu çalışmalar,

⁸⁴ G. R. **SULLIVAN**, "Anger and Excuse: Reassessing Provocation", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 3, Autumn 1993, s. 422,423.

⁸⁵ Uma **NARAYAN**/ Andrew **von HIRSCH**, "Three Conceptions of Provocation", Criminal Justice Ethics, Vol. 15, Issue 1, Winter/Spring 1996, s. 17.

⁸⁶ **BOSTANCI BOZBAYINDIR**, s. 36.

⁸⁷ Dönemin akademisyenleri Digesta metinlerinin sayfa kenarlarına, satır aralarına, açıklayıcı nitelikte küçük notlar düşmüşlerdir. Bunlara, açıklama ya da yorum anlamına gelen glossa, bu çalışmaları yapan hukuk profesörlerine ise, glossator denilmiştir. Glossator'lardan sonra gelenlere ise postglossator denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Halide Gökçe **TÜRKOĞLU**, "Glossator'lar", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Bülent **TAHİROĞLU**'na Armağan Özel Sayı, C. 23, S. 3, 2017, s. 56 vd.

⁸⁸ **DEMİRBAŞ**, Haksız Tahrik, s. 26.

Almanya ve Avusturya Hukukunda çok önemli bir yer tutan aynı zamanda üç yüzyıl boyunca uygulanacak olan Carolina Kanunu⁸⁹, na kaynaklık etmiştir.⁹⁰

Carolina Kanunu’nun 137. maddesi konumuz bakımından önem taşımaktadır. Bu maddede kanun öldürme fiilini “tasarlayarak” ve “tasarlamadan” şeklinde ikiye ayırmış, ancak “tasarlamadan” kavramını “kızgınlık ve öfkeden kaynaklanan” şeklinde ifade etmiştir. Cezasını da diğer insan öldürme suçlarından düşük tutmuştur. Doktrinde bu husus “tahrik kurumunun kanunda açıkça yer aldığı” şeklinde yorumlanmıştır.⁹¹

Carolina Kanunu’nda öldürme fiili bakımından tahrik düzenlenmiş olsa dahi karşılıklı hakaret hakkında böyle bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu husus on yedinci yüzyıla kadar doktrinde karşılıklı hakaretin meşru savunma olarak değerlendirildiği, bu sebepten kanunda yer almadığı şeklinde yorumlanmıştır. Ancak on yedinci yüzyılda ve on sekizinci yüzyılın başlarında karşılık vermek yeni bir kurum olarak hukuk düzeninde kendine yer bulmaya başlamıştır.⁹²

⁸⁹ Almanya’da 1530 Augsburg ve 1532 Regensburg meclisleri tarafından kabul edilmiş olan *Constitutio Criminalis Carolina*, İmparator V. Şarl döneminde yürürlükte olan bir ceza mahkemeleri usulü kanunudur. Usul kanunu olmasına rağmen fiilin subjektif yönü hakkında hükümler de içermektedir. Kanuna göre hâkim artık ceza verirken failin ruh hâlini, kişiliğini ve diğer özelliklerini göz önünde bulundurabilecektir. DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 26.

⁹⁰ İÇEL/ DONAY, s. 45.

⁹¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 38.

⁹² DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 27.

B. TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

1. Genel Olarak

Türk devletleri bakımından modern anlamda ilk kodifikasyon Osmanlı İmparatorluğu Tanzimat Dönemi'nde gerçekleştirilmiştir. Bilindiği üzere Tanzimat Dönemi ile devlet büyük bir yenilenmeye girmiştir. Bu yenilenmeden etkilenen alanlardan birisi de ceza hukuku olmuştur. Bu kodifikasyon çalışmaları sonucunda 3 Mayıs 1840 tarihinde *Ceza Kanunname-i Hümayunu* isimli ceza kanunu yürürlüğe girmiştir.⁹³ 1851 yılında bu Kanun'un eksikliklerini gidermek adına *Kanun-u Cedit* yürürlüğe girmişse de adı geçen bu kanunlarda tahrik hükümleri yer verilmemiştir.⁹⁴

1858 yılında yürürlüğe giren Ceza Kanunname-i Hümayunu, temelde 1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanı'na dayanmaktadır. Bu Kanun'un ilan edilmesiyle Osmanlı Ceza Hukuku sisteminin parçalanmış yapısı son bulmuştur.⁹⁵ Mevaz kanunu 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu olan bu Kanun, İslam Hukukundan da öğeler barındırmaktadır.⁹⁶ Ancak bu kanunla ilgili konumuz bakımından asıl önemli husus tahrik kurumuna ilişkin genel bir düzenleme içermese bile özel tahrik düzenlemelerinin yer aldığı ilk Türk ceza kanunu olmasıdır.⁹⁷

⁹³ Ahmet **GÖKÇEN**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Kendi Yayını, İstanbul 1989, s. 11.

⁹⁴ DEMİRBAŞ, Özel Tahrik Halleri, s. 23.

⁹⁵ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 31.

⁹⁶ GÖKÇEN, s. 26.

⁹⁷ Mehmet Tahir **TANER**, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Maarif Matbaası, İstanbul 1940, s. 10.

Kanun'un 188. maddesi⁹⁸ Roma Ceza Hukukunun etkisinde kalan mehzaz kanunun etkisiyle, zina esnasında yakaladığı karısını veya diğer aile üyelerinden birisinin zararına suç işleyen kişi hakkındaki cezayı düzenlemektedir. Bu maddeye göre fail kısmen mazur görülebilecektir. 189. maddede⁹⁹ ise yaralama ve öldürme fiillerine tepki olarak gerçekleştirilen fiiller bakımından ceza sorumluluğunun azalacağı düzenlenmiştir. 214. maddenin 13. fıkrasında¹⁰⁰ ise karşılıklı hakaret düzenlenmiştir.¹⁰¹

Anlaşıldığı üzere günümüzde Türk Ceza Hukukunda düzenlendiği gibi genel bir neden olarak düzenlenmese dahi mehzaz kanunun etkisiyle haksız tahrik kurumu 1856 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunundan beri Türk Ceza Hukuku sisteminin bir parçasıdır. Ancak haksız tahrik kurumunun günümüzde anladığımız şekilde kabul edilmesi cumhuriyetin ilanı sonrası kabul edilen 765 sayılı TCK ile olmuştur.

⁹⁸ Kanun'un 188. maddesinin lafzı şu şekildedir: *"Bir kimse zevcesini veyahut diğer mahariminden birini bir şahs ile fül-i şeni-i zina halinde görüb de birisini veya ikisini birden darb veya cerh veya katl eylese mafıvdur. Ve eğer bir kimse zevcesini veyahud mahariminden birini bir şahs ile firaş-ı gayr-ı meşruada görüb de birisini veya ikisini birden darb veya cerh veyahud katl etse mazurdur."* DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 31.

⁹⁹ Kanun'un 189. maddesinin lafzı şu şekildedir: *"Bilmukabele vuku'bulan katl ve cerh ve darb fiillerini irtikab eden kimse keزالik ma'zurdur."* DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 31.

¹⁰⁰ Kanun'un 214. maddesinin 13. fıkrasının lafzı şu şekildedir: *"... mütecaviz-i aleyh hakaret-i vakıya kendi hareket-i gayr-ı muhikkasıyla sebebiyet vermiş veya hakarete duçar olduktan sonra kendisi de bilmukabele icra-yı hakaret eylemiş veyahud tarziye kabul etmiş ise mahkeme icab-ı hale göre tarafeynin veyahud yalnız birinin cezasını bir sül-den iki sülse kadar tenzil ve kamilen de ıskat edebilir."* DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 32.

¹⁰¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 40.

2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

13 Mart 1926 tarihinde Resmî Ceride’de yayınlarak kabul edilen ve 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı TCK esasında, 1889 tarihli Zanardelli Kanunu’nun tercümesidir.¹⁰²

İtalyan öğretisinin etkisiyle suça etki eden bazı nedenler Kanun’da kendine yer bulmuştur.¹⁰³ Bu kurumlardan birisi de haksız tahrik kurumudur. 765 sayılı Kanun’un 51. maddesinde düzenlenen haksız tahrik düzenlemesi şu şekildedir;

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

Tahrik ağır ve şiddetli olursa idam ve müebbet ağır hapis yerine yedi seneden on iki seneye kadar ağır hapse konulur.

Sair cezalar, ağır hapis ve müebbet hidematı ammeden memnuiyet muvakkat memnuiyete tedbil edilmek üzere yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.”¹⁰⁴

¹⁰² TUTUMLU, s. 16.

¹⁰³ DURAN, s. 37.

¹⁰⁴ TUTUMLU, s. 16,17.

51. madde mehzaz kanundan iki noktada ayrılmaktadır. Mehaz kanunun lafzı şu şekildedir:

“Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse, o suç için muayyen ceza müebbet ağır hapis olduğu takdirde yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde işlenen suçun cezası üçte bir nispetinde azaltılır.

Tahrik ağır olursa müebbet ağır hapis yerine on seneden yirmi seneye kadar adi hapis hükmolunur.

Ve sair cezalar, ağır hapis yerine hapis ve amme hizmetlerinden müebbeten memnuiyet yerine muvakkat memnuiyet kaim olmak üzere yarıdan üçte ikiye kadar azaltılır.”¹⁰⁵

İki kanun arasındaki en temel fark, mehzaz kanunda haksız tahrik kurumunun kabulü için *“haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında”* hareket edilmesi aranırken 765 sayılı TCK *“gazap veya şedit bir elemin tesiri altında”* hareket etmeyi yeterli kabul etmiştir.

İkinci fark ise, mehzaz kanunda haksız tahrik sonucunda bir fiilin gerçekleştirilmesinden bahsedilmektedir. 765 sayılı TCK ise tercüme ederken o kısmı cürüm olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla 765 sayılı kanun bakımından haksız tahrik yalnızca cürümler bakımından bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı kanun 5237 sayılı TCK’nin kabulüne kadar iki değişiklik geçirmiştir. Bu değişikliklerden ilki 11 Haziran 1936 tarihinde kabul edilen ve 23 Haziran 1936

¹⁰⁵ Luigi **MAJNO**, Ceza Hukuku Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 1, Yargıtay Yay., Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 226.

tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan 3038 sayılı kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bu Kanun ile indirim oranlarında bir değişiklik yapılmış; aynı zamanda Kanun’un ilk hâlinde var olan “...bir cürüm işler...” kısmı “...bir suç işler...” olarak değiştirilmiş, böylece yalnızca cürümler bakımından kabul edilen haksız tahrik kabahatleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir.¹⁰⁶

İkinci değişiklik ise 9 Temmuz 1953’de kabul edilen ve 15 Temmuz 1953 tarihinde resmi gazetede yayınlanan 6123 sayılı kanun ile gerçekleştirilmiştir. Temelde yine indirim oranlarına ilişkin olan bu düzenleme 1936 yılında yapılan değişiklikten farklı olarak ölüm cezasının yerine verilecek olan yeni cezanın alt sınırını yükseltmiştir. Madde gerekçesinde bu husus “51 ve 59. maddeler gereğince yapılan tenzil nispetlerinin yüksek bulunduğu bazara alınarak, hafif ve ağır tahrik neticesi suç işleyen şahısların cezalarından yapılacak tenzilatın daha az nisbet dahilinde icrası maksadıyla 51 inci maddedeki cezadan indirme nispeti küçültülmüş ve münhsıran hakim ve mahkemenin takdirine bağlı tahfif sebebi dolayısıyla cezadan yapılacak indirme nisbeti de azaltılmıştır”¹⁰⁷ şeklinde temellendirilmiştir.

¹⁰⁶ 23.06.1936 tarihli Resmî Gazete, Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3337.pdf> (E.T.: 05.01.2020).

¹⁰⁷ TUTUMLU, s. 17,18.

3. Türk Ceza Kanunu Ön Tasarıları

765 sayılı mülga TCK yürürlükten kalkana dek birçok ön tasarı aşaması geçirmiştir. Konumuzla ilişkili olarak bu ön tasarılar ve haksız tahriki düzenleyen maddeleri sırayla incelenecek olursa; ilk ön tasarılar 1987 ve 1989 tarihli TCK ön tasarılarıdır. Haksız tahrik kurumunu “Suça Tesir Eden Sebepler” başlığı altında düzenleyen bu ön tasarıların madde düzenlemeleri¹⁰⁸ ve gerekçeleri¹⁰⁹ birbirinin aynıdır. Tasarılar incelendiğinde 765 sayılı TCK düzenlemesinde yer alan “gazap ve şedit bir

¹⁰⁸ Haksız tahrik kurumu 1987 tarihli ön tasarıda 30, 1989 tarihli ön tasarıda ise 32. maddede düzenlenmiştir. Madde lafzı şu şekildedir: “Bir kimse, haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında bir suç işlerse, fiil ölüm cezasının gerektirdiği takdirde yirmi yıl; müebbet hapis cezasının gerektirdiği takdirde on beş yıl hapis cezasına mahkûm olur. Diğer hallerde işlenen suçun cezasının dörtte birinden üçte birine kadarı indirilir. Ancak, bu hallerde verilecek ceza on iki yıldan fazla olamaz.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa, fiil ölüm cezasının gerektiği takdirde on beş yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir. Ancak bu hallerde verilecek ceza on yıldan fazla olamaz.” Bkz. Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara 1987, s. 38; Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara 1989, s. 14.

¹⁰⁹ İki tasarının da madde gerekçesi şu şekildedir; “Maddede hafifletici sebep olarak haksız tahrik hali düzenlenmiş, ancak tahrik teşkil edecek fiilin ağırlığı nazırı itibara alınarak adi ve ağır tahrik ayrımı muhafaza olunmuştur. Haksız tahrikin ana şartı, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suç işlendiği anda failin bu durumda bulunması olduğundan madde bu psikolojik durumları ifade edecek tarzda kaleme alınmıştır. Yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 51. maddesinde -gazap ve şedit bir elemin tesiri altında- ibaresi kullanılmıştır.-gazap- aslında hiddetlenmeyi ifade eder ; -şedit bir elem- tabiri psikolojik bakımdan aslında pasifliğe sevk edici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete sevk edici bir elemdir. Bu itibarla sadece -hiddet- kelimesinin kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki tabirin kullanılması uygun sayılmıştır. Ağır tahrik nedeniyle yapılan indirimdeki aşağı ve yukarı sınır, adi tahrikte de kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir imkânı tanınması amaçlanmıştır.” Bkz. Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara 1987, s. 46.

elem” ifadesinin yerine “*hiddet veya şiddetli elem*” ifadesinin kullanılması ve indirim oranlarında yapılan değişiklikler dışında bir değişiklik yapıldığı söylenemez.

Çeşitli nedenlerle kanunlaşamayan 1987 ve 1989 ön tasarılarının ardından 1997 tarihinde yeni bir ön tasarı hazırlanmıştır. Diğer tasarılarından farklı olarak 1997 tasarısı sistematik olarak epey yenilik içermektedir.¹¹⁰ 1997 tasarısında haksız tahrik kurumu “Suça Etki Eden Sebepler” başlığı altında düzenlenmiş; adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmış, günümüzde olduğu gibi alt ve üst sınırlar belirlenerek hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. 765 sayılı TCK’den farklı, diğer tasarılarla benzer olarak “*hiddet veya şiddetli elem*” kalıbı kullanılmaya devam edilmiştir.¹¹¹

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Burhan Caner **HACIOĞLU**, “1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, Y. 2000, s. 97-104.

¹¹¹ 1997 ön tasarısının 31. maddesinde düzenlenen haksız tahrik maddesinin lafzı şu şekildedir: “*Haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir; ancak, verilecek ceza on iki yıldan fazla olamaz.*” Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 44; Maddenin gerekçesi işe şu şekildedir: “*Maddede hafifletici sebep olarak haksız tahrik hali düzenlenmiş ve yürürlükteki kanunda yer alan adi ve ağır tahrik ayrımı kaldırılmıştır. Böylece, hâkimin bu iki tahrik şeklini birbirinden ayırırken yaptığı tespit dolayısıyla takdir hatası sebebiyle Yargıtay’ca hükmün bozulması ve böylece davaların gecikmesi önlenmek istenilmiştir. Nitekim suçlarda sadece yukarı sınırı gösterme metodunu uygulayan yeni Fransız Ceza Kanunu, tahriki bütünüyle kanundan çıkarmıştır. Haksız tahrikin ana şartı, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri ifade edecek biçimde kaleme alınmıştır. Yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 51. maddesinde –gazap ve şedit bir elemin tesiri altında- ibaresi kullanılmıştır. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elem tabiri psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete sevk edici bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet kelimesinin kullanılması bu hali de kapsar idi. Ancak uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki tabirin kullanılması uygun sayılmıştır. Tahrik halinde verilecek ceza bakımından aşağı ve yukarı sınırlar kabul edilmek suretiyle olayın özelliğine göre uygulamada takdir olanağı tanınması amaçlanmıştır. Hâkim tahrikin ağırlık derecesine göre yapılacak indirim tespit edilebilecektir. Örneğin, başkasıyla cinsel ilişkide bulunmak üzere olan*

5237 sayılı TCK'nin kabulünden önceki son tasarı ise 2001 tarihli'dir. Tasarı temelde 1997 tasarısı ile aynıdır dolayısıyla adi ve ağır tahrik ayrımını kaldırmış, bunun yerine hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Yine 1997 tasarısında olduğu gibi “*hiddet veya şiddetli elem*” kalıbını kullanmıştır.¹¹²

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrik kurumu, ülke hukuklarının kendine özgü yapısı sebebiyle, her ülke tarafından farklı yorumlanmıştır. Ancak kategorize etmek gerekirse, ülkelerin haksız tahrik kurumuna bakışını üç ana grupta toplamak mümkündür. Buna göre bazı ülkeler kanunlarında haksız tahrik kurumunu bir genel hüküm olarak düzenlemeyi tercih etmişlerdir. Ancak bu genel hüküm tüm ülkelerde TCK'de olduğu gibi sorumluluğa ilişkin değildir. Genel hüküm olarak düzenleyen ülkeler haksız tahrik kurumunu çoğunlukla cezanın hesaplanmasına ilişkin maddeleri içeren bölümde düzenlemiştir. Ancak bazı ülkeler bunun yanında özel haksız tahrik hâllerini içeren düzenlemeler de yapmışlardır.¹¹³

veya cinsel ilişkide bulunmuş olduğundan şüphe edilmeyecek surette görülen bir karı veya koca tarafından birbirine karşı veya adı geçenlerce bunların suç ortaklarına veya her ikisine karşı suç işlenmesi halinde bu hal tahrik nedeni olarak kabul edilecektir.” Bkz. Sulhi DÖNMEZER/ Feridun YENİSEY, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, Alkım Yay., İstanbul 1998, s. 464.

¹¹² 2001 ve 1997 tasarısındaki madde metni birebir aynıken gerekçede 1997 tasarısının madde gerekçesinin sonunda verilen örnek 2001 tasarısının gerekçesinden çıkartılmıştır. Bkz. 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (E.T.: 05.01.2020).

¹¹³ Örneğin İtalyan Ceza Kanunu haksız tahrike ilişkin olarak 62. maddede bir düzenleme yapmış ve kuruma genel bir hafifletici neden olarak yer vermiştir. Ancak bununla beraber

Genel bir hüküm olarak düzenlemeyi tercih etmeyen bazı ülkeler ise yalnızca kabul ettikleri bazı suçlar bakımından haksız tahrikin var olabileceğini kabul etmişlerdir.¹¹⁴

Bazı ülkeler ise kanunlarında ne genel ne de özel bir haksız tahrik düzenlemesine yer vermiştir.¹¹⁵ Bu bölümde üç ana başlık altında topladığımız ülkeleri daha detaylı şekilde incelemeye çalışacağız.

kanunun 599. maddesinde ise şerefe karşı suçlar bakımından özel bir haksız tahrik hâline de yer vermiştir. Aynı şekilde İsviçre Ceza Kanunu 48. maddesinde genel bir haksız tahrik düzenlemesine yer verirken 113. maddesinde de öldürme suçu bakımından özel bir haksız tahrik düzenlemesine yer vermiştir. Detaylı bilgi için bkz. Zeynep T. KANGAL, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, C. 14, S. 3-4, 2010, s. 22,23; GÜRELLİ, s. 338.

¹¹⁴ Örneğin Alman Ceza Kanunu yalnızca 213. maddesinde düzenlediği basit adam öldürme suçu ve 199. maddesinde düzenlediği hakaret suçu bakımından haksız tahrikin varlığını kabul etmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. DEMİRTAŞ, Haksız Tahrik, s. 47-57; DURAN, s. 28.

Benzer bir başka örnek ise İngiltere’de karşımıza çıkmaktadır. 2009 yılında kabul edilen *Coroners and Justice Act*; haksız tahrik hâlini yalnızca nitelikli adam öldürme suçu bakımından, haksız tahrik etkisi altında hareket eden failin nitelikli adam öldürme suçu yerine basit adam öldürme suçundan yargılanmasını sağlayan bir düzenlemedir. 1957 tarihli *Homicide Act*’ten farklı olarak haksız tahrik hâlinin uygulanmasını zorlaştırmayı amaçlamaktadır. Detaylı bilgi için Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 63-66.

¹¹⁵ 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu Alman Ceza Hukukuna benzer şekilde, haksız tahrik kurumunu epey dar bir şekilde yorumlayarak yalnızca öldürme ve eski TCK anlamındaki müessir fiiller bakımından kabul etmiştir. Ancak 1994 tarihinde kabul edilen yeni kanuna göre haksız tahrik kurumu kanundan çıkartılmıştır. Bu duruma sebep olarak ise hâkimin hâlihazırda epey geniş bir takdir yetkisine haiz olduğu, bu sebepten de ilgili kuruma gerek kalmadığı gösterilmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. YALKUT, s. 248; KANGAL, s. 26,27.

B. İTALYA

1889 tarihli eski İtalyan Ceza Kanunu'nun 51. maddesi, haksız tahrik kurumunu *“bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse”* şeklinde düzenlemiştir.¹¹⁶ Kurum, 18 Ekim 1930 tarihli Ceza Kanunu'nda ise yine benzer şekilde genel hükümler içerisinde, “Genel Hafifletici Nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun'un 62. maddesinin ikinci fıkrasında kendisine yer bulan haksız tahrik kurumu;

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

Başkasının haksız bir fiilinin meydana getirdiği hiddetin etkisi altında hareket edilmesi” şeklinde düzenlenmiştir.¹¹⁷ Madde metninden anlaşılabileceği üzere İtalyan Ceza Kanunu haksız tahrikin uygulanabilmesi için üç temel unsur aramıştır. Bu unsurlardan ilki failde meydana gelen bir hiddet hâlidir.¹¹⁸ Ancak bu hiddet hâli İtalyan Yargıtayı'nın da kabul ettiği üzere, hâlihazırda failde var olan nefret benzeri duyguları ortaya çıkartarak failin ulaşmak istediği sonuca ulaşmasına vesile olacak bir hiddet değildir.¹¹⁹

¹¹⁶ Maddenin kabulü sırasında gerçekleştirilen meclis görüşmelerinde, haksız tahrik kurumunun Sardunya Kanununda olduğu şekilde yalnızca kişilere karşı işlenen suçlarda, yani genel hükümler yerine özel hükümlerde düzenlenmesinin yanlış olduğu, madde metninde bahsedilen buhran hâlinin her çeşit suçun ifasında bulunabileceğinden sebep haksız tahrikin genel hükümlerde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Benimsenen bu görüş neticesinde 51. madde yürürlüğe girmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. MAJNO, s. 226,227.

¹¹⁷ KANGAL, s. 22.

¹¹⁸ YALKUT, s. 247.

¹¹⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 153.

Madde metninden çıkarılacak bir diğer unsur haksız bir fiilin neticesinde bir suçun işlenmesidir. Bahsi geçen bu haksızlığın kapsamı TCK’de olduğu gibi İtalyan Ceza Hukukunda da tartışılmış, ülkemizdeki hatalı uygulamalara benzer olarak, özellikle Kanun’un ilk dönemlerinde örf-adet ya da toplumsal ahlak kurallarına göre haksızlığın belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Ancak 1961 yılında *Marini* tarafından yazılan bir makalede bu husus eleştirilmiş, bahsi geçen haksızlığın yalnızca hukuka aykırı bir fiil olabileceği belirtilmiştir. Sonraki Yargıtay kararlarında da bu düşünce etkili olmuştur.¹²⁰

Aranan son unsur ise maddede belirtilen haksız bir fiil ile tepki olarak ortaya çıkan fiil arasındaki nedensellik bağıdır. Bu nedensellik bağı, hiddetin etkisiyle meydana gelen tepki fiili ile haksızlığın arasındaki orantının da incelenmesine sebep olmuştur. Doktrinde kanun metninde bir oran aranmadığı söylenmesine rağmen oranın aranmadığı durumlarda haksız tahriki bir vesile olarak kullanıp bireysel nefreti ile tepki gösteren kişilerin de haksız tahrik indiriminden yararlanacak olması düşünüldüğünde, doktrinde ağır basan görüş bir oranın veya başka bir ifade ile bir ölçülülüğün bulunması gerektiği yönünde olmuştur.¹²¹

Tercihini kurumu genel hükümler altında düzenlemekten yana kullanan İtalyan Ceza Hukuku, Kanun’un 599. maddesinde özel bir haksız tahrik hâline de yer vermiştir. TCK’ye benzer olarak ilgili maddede karşılıklı hakaret hâlinde kişilere ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir.¹²²

¹²⁰ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 154.

¹²¹ YALKUT, s. 247,248; KANGAL, s. 22; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 154-156.

¹²² KANGAL, s. 23; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 156.

C. ALMANYA

15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, yürürlükte olan 2 Ocak 1975 tarihli ceza kanununa kadar epey değişiklik geçirmiştir. Ancak ilk hâinden beri tercihini haksız tahrik kurumunu yalnızca özel tahrik bakımından düzenlemekten yana yapmıştır.¹²³ Kanun'un 213. maddesinde haksız tahrik sonucu öldürme düzenlenirken 199. maddesinde ise karşılıklı hakaret suçlarına yer verilmiştir.¹²⁴ Ancak genel hükümlerde kuruma yer vermeyen diğer ülkelerden farklı olarak Alman Ceza Kanunu, kanunun 20 ve 21. maddelerinde genel bir “heyecan hâli”ne yer vermiştir.¹²⁵

Madde metinlerine bakıldığında haksız tahrik kurumunu da içine alan; kişinin, fiilinin hukuka aykırılığını anlama ve bu doğrultuda hareket etme yeteneğinin eksikliğine sonuç bağlayan bir düzenleme olduğu görülmektedir. Düzenlemeye göre kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalkabileceği gibi kısmen de ortadan kalkabileceği kabul edilmiştir.¹²⁶

¹²³ GÜRELLİ, s. 338.

¹²⁴ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 47.

¹²⁵ Alman Ceza Kanunu'nun 20. maddesi şu şekildedir. “*Suçun işlendiği sırasında davranışlarının hukuka aykırı olduğunu anlamaktan aciz bir kimse ya da patolojik bir akıl hastalığı, ileri seviyede bir zihinsel karmaşa, zekâ geriliği veya diğer ağır bir zihinsel bunalımdan dolayı suç işleyen kimse kusurlu hareket etmiş sayılmaz.*”

Aynı şekilde kanunun 21. maddesi ise şu şekildedir. “*Suçlunun, davranışının hukuka aykırı olduğunu anlamaktan aciz olduğu ya da suçun işlendiği zaman 20. maddede yer alan sebeplerden birinin varlığı dolayısıyla davranışının hukuka aykırılığını anlama yetisinin büyük ölçüde azaldığı durumlarda, verilecek ceza madde 49/1 uyarınca hafifletilebilir.*”

Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0285 (E.T.: 10.01.2020).

¹²⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 92.

Alman Ceza Hukukunda kusur yeteneği “*ceza sorumluluğu bakımından bir kişide bulunması gereken asgari ölçüdeki kavrama ve kendini idare edebilme kabiliyeti*” olarak tanımlanmıştır. Failde kusur yeteneğinin bulunmadığı hâllerde, fiilin oluşumu kınanabilirlik açısından eksik olacağından kusur isnadı¹²⁷ da olmayacaktır.¹²⁸ 20. maddede düzenlenmiş olan heyecan hâli, anlama ve isteme yeteneğinin tamamen ortadan kalkmasına ilişkindir. 21. madde ise şartları bakımından 20. madde ile aynı olsa da anlama ve isteme yeteneğinde kısmi bir azalmaya sonuç bağlamaktadır. Ancak kanun koyucu bu araştırmanın nasıl yapılacağını düzenlememiş, bu hususu psikoloji ve psikiyatri biliminin çalışmalarına bırakmıştır.¹²⁹

Bağlamak gerekirse, haksız tahriki düzenleyen genel bir hüküme yer vermese dahi, Alman Ceza Kanunu heyecan hâli kapsamında, haksız tahriki de içine alabilen, zihinsel bir karmaşa içerisindeki veya ağır bir zihinsel bunalım durumundaki ya da buna benzer diğer hâller içerisinde bulunan kişilere, fiillerinden dolayı verilecek cezada bir indirim nedeninin varlığını kabul etmiştir. Bu düzenleme ile 20. maddeye göre kişinin kusurlu hareket etmiş olamayacağı, dolayısıyla cezalandırılmayacağı; 21. maddeye göre ise failin cezasının, fiilinin hukuka aykırılığını anlama yetisinin büyük ölçüde azaldığı gerekçesiyle hafifletilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Kısaca bahsedilen heyecanın yanında, Alman Ceza Kanunu, daha önce de bahsedildiği üzere, kanunda yalnızca özel haksız tahrik hâllerine yer vermiştir. Bu

¹²⁷ Alman Ceza Hukukunda kusur isnadı “*karara götüren iradenin oluşumundaki sakatlık*” şekilde tanımlanmıştır. Detaylı bilgi için Bkz. Hans-Heinrich JESCHECK, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul 1989, s. 27.

¹²⁸ JESCHECK, s. 27,28.

¹²⁹ DEMİRBAş, Haksız Tahrik, s. 48.

düzenlemeler kanunun 199 ve 213. maddeleridir. 213. madde kasten öldürme suçunun basit hâlini düzenlerken 199. madde karşılıklı hakaret hâlini düzenlemektedir.¹³⁰

Alman Ceza Kanununun 213. maddesi, mahkemeler tarafından sıklıkla başvurulmuş bir maddedir. Yerel mahkeme önüne gelen kasten öldürme davalarının %19’unda bu madde hükmünde yer almıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarının ise %25’inde maddenin uygulanması kararı verilen mahkeme kararları onanmış ya da yerel mahkeme kararı bozularak şartların oluşup oluşmadığı incelenmek üzere geri gönderilmiştir.¹³¹

¹³⁰ Alman Ceza Kanunu’nun 199. maddesi şu şekildedir; “Eğer bir hakarete derhal karşılık verilirse, mahkeme, hakaret eden taraflardan birisi veya her ikisi bakımından cezasızlığa karar verebilir.”

Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0285 (E.T.: 10.01.2020).

Aynı şekilde 213. madde metni ise şu şekildedir; “Kasten öldürme suçunu işleyen kişi, öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak gerçekleştirilen kötü bir muamele veya ağır hakaret dolayısıyla kendi kusuru olmaksızın hiddete sürüklenmiş ve bu nedenle de fiili derhâl işlemekten kendini alıkoyamamış ise ya da başka bir hafifletici neden mevcut ise, cezası bir yıldan on yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezadır.” Bkz. KANGAL, s. 25.

¹³¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 99.

D. İSVİÇRE

21 Aralık 1937 tarihinde kabul edilip, 1 Ocak 1942 tarihinden 1 Ocak 2007 tarihinde geçireceği revizyona kadar yürürlükte kalan eski İsviçre Ceza Kanunu; tıpkı TCK gibi genel hükümler altında bir haksız tahrik düzenlemesi yaparken aynı zamanda özel hükümlerde de özel haksız tahrik hâllerine yer vermeyi tercih etmiştir.¹³² Ancak Eski İsviçre Ceza Kanunu, TCK'den farklı olarak, haksız tahrik kurumunu genel hükümlerde düzenlerken “cezanın belirlenmesi” başlığı altında düzenlemiştir. Bunun sonucu olarak hâkim, haksız tahrik kurumunu uygulamak zorunda değildi zira takdiri indirim sebeplerinden birisi olarak düzenlenen haksız tahrikin uygulanması bakımından bir zorunluluk bulunmuyordu.¹³³ Ancak 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren yeni kanun ile birlikte eski kanunun 64. maddesinde düzenlenmiş olan takdiri indirim sebepleri yeniden düzenlenmiş ve cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması zorunlu hâle getirilmiştir. Kanunda kullanılan başlık da değişikliğe uğrayarak “cezayı azaltıcı nedenler” şeklini almıştır.¹³⁴

Kanunun 48. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendinde yer alan düzenlemeye göre “...fail, mevcut şartlarda mazur görülebilir şiddetli ruhsal karışıklık hali içerisinde veya ciddi bir ağır ruhsal baskı altında hareket etmişse...” mahkeme cezayı indirecektir.¹³⁵ 2007’de yapılan değişiklikle birlikte kanunun lafzı da değişikliğe uğramıştır. Eski kanun

¹³² GÜRELLİ, s. 338.

¹³³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 120,121.

¹³⁴ Bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/202003030000/311.0.pdf> (E.T.: 11.01.2020).

¹³⁵ Bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/202003030000/311.0.pdf> (E.T.: 11.01.2020).

döneminde haksız tahrikin uygulanabilmesi için, mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız bir tahrikin ya da bir hakaretin bulunması; bu fiillerin failde bir heyecana sebep olması, heyecan hâinden kaynaklı gazap ve kederin etkisindeki failin de ani bir karşılık vererek tepki fiilini gerçekleştirmesi aranmaktaydı.¹³⁶ Kanunun yeni düzenlemesinde ise bu heyecan “şiddetli ruhsal karışıklık” ve “ağır ruhsal baskı” olarak ifade edilmekle birlikte, failin içinde bulunduğu bu hâlin mazur görülebilir olması aranmıştır. Dolayısıyla maddede bahsi geçen haller failin subjektif özelliklerinden kaynaklanmayacak; objektif olarak yapılacak değerlendirme sonucunda heyecan hâline sebep olup olamayacağı belirlenecektir. Ancak objektif olarak mazur görülebilirse haksız tahrik hâli uygulama imkânı bulacaktır.¹³⁷

Genel hükümlerde yapılan düzenlemenin yanında İsviçre Ceza Kanunu özel haksız tahrik düzenlemelerine de yer vermiştir. Kanun 113. maddesinde öldürme suçu bakımından bir özel haksız tahrik hâline yer verirken, 177. maddesinde de hakaret suçu bakımından bir özel haksız tahrik hâline yer vermiştir.

Kanunun 113. maddesi, “*Fail, mevcut hâlde mazur görülebilecek şiddetli ruhi karışıklık veya ağır bir ruhsal baskı hâlinin etkisiyle hareket ederse, hakkında verilecek ceza 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir.¹³⁸ Kanun 111. maddede kasten öldürme suçunun basit şekline yer vermiş, 112. maddede ağırlaştırılmış

¹³⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 57.

¹³⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 124.

¹³⁸ Bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/202003030000/311.0.pdf> (E.T.: 11.01.2020).

şeklini düzenlemiş, nihayet 113. maddesinde¹³⁹ ise özel bir haksız tahrik hâline yer vermiştir. Madde metninde kullanılan “ruhi karışıklık” ifadesinin geniş anlamda kullanıldığı Federal Mahkeme tarafından da kabul edilmiş, yalnızca öfke hâlini değil merhamet veya kıskançlık gibi durumları da içine aldığı belirtilmiştir.¹⁴⁰

Kanun bir diğer özel haksız tahrik düzenlemesine ise 177. maddesinde yer vermiştir. Kanunun ikinci ve üçüncü fıkralarına göre; “*Eğer hakaret edilen kişi, hakarete doğrudan kendi uygunsuz davranışıyla sebebiyer vermişse hâkim faile bir ceza vermekten vazgeçebilir.*

Eğer hakarete, misilleme yoluyla, derhal yanıt verilirse veya hakarete karşılık bir saldırı gerçekleştirilirse, hakim suçlulardan birine veya her ikisine birden ceza vermekten vazgeçebilir.”¹⁴¹

Madde lafzından bu kurumun yalnızca hakarete karşı olarak uygulanabileceği sonucu çıkmasına rağmen, uygulamada hakaret-hakaret veya hakaret-saldırı durumlarının yanı sıra bir fiile hakaret ile karşılık verilmesi veya fiile fiille karşılık verilmesi durumlarında da uygulanmaktadır.¹⁴²

¹³⁹ Maddede ifade edilen “şiddetli ruhi karışıklık” hâli, stenik bir heyecana ilişkin “ağır bir ruhsal baskı”nın ise astenik heyecan durumuna ilişkin olduğu ifade edilmektedir. Bkz. KANGAL, s. 24.

¹⁴⁰ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 59,60.

¹⁴¹ Bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/202003030000/311.0.pdf> (E.T.: 11.01.2020).

¹⁴² DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 61.

E. AVUSTURYA

23 Ocak 1974 tarihinde kabul edilip, 1 Ocak 1975 tarihinden beri yürürlükte olan Avusturya Ceza Kanunu, tıpkı İsviçre Ceza Kanununda olduğu gibi, genel hükümlerde yer alan bir haksız tahrik düzenlemesine yer vermiş; bununla birlikte özel hükümler altında öldürme ve hakaret suçlarına ilişkin özel birer haksız tahrik hâli düzenlemiştir.¹⁴³

Kanunun genel hükümleri ihtiva eden bölümü incelendiğinde, haksız tahrik kurumunu düzenleyen maddenin “Özel Hafifletici Sebepler” başlığı altında düzenlendiği görülmektedir.¹⁴⁴ Kanunun madde 34/1, sekizinci bendinde yer alan düzenlemeye göre *“fail, genel olarak mazur görülebilir şiddetli bir ruhi karışıklık içerisinde fiile sürüklenmişse”* haksız tahrik uygulanabilecektir.¹⁴⁵

Madde metnine bakıldığında haksız tahrikin uygulanabilmesi için fail, karşı koyamayacağı bir seviyeye ulaşmış astenik ve stenik heyecanın etkisiyle hareket etmiş olmalıdır. Bu heyecan hâli de failin artık ahlâken aynı ölçüde kınanabilir olmaması sonucunu doğuracaktır. Failin ahlâken daha az kınanabilir olması fiilinin mazur görülüp görülemeyeceği ile bağlantılıdır. Bu sebeple uygulamada cinsel suçlar bakımından haksız tahrik indirimi uygulanmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Aynı şekilde failin kendi sebep olduğu neticeler sonrası gelen tepkiye karşılık vermesi de haksız tahrik indirimi dışında tutulmuştur.¹⁴⁶

¹⁴³ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 61.

¹⁴⁴ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 136.

¹⁴⁵ KANGAL, s. 23.

¹⁴⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 137.

Kanun genel hükümlerdeki düzenlemelerinin yanında, özel hükümlerde de özel haksız tahrik hâllerine yer vermiştir. Bunlardan ilki kanunun 76. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçuna ilişkin olan düzenlemedir. Maddeye göre, “*Genel olarak mazur görülebilir, şiddetli ruhi karışıklık hâli içerisinde bir başkasını öldürmeye sürüklenen kişi beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*”¹⁴⁷

Maddedeki “ruhi karışıklık” ifadesi kanun koyucu tarafından bilinçli şekilde kullanılmıştır. Öfke, intikam gibi stenik heyecanlarla birlikte korku, ümitsizlik gibi astenik heyecanları da kapsamaktadır. Dolayısıyla failin tüm bu heyecan türleri altında işleyeceği öldürme fiilleri bu madde kapsamında değerlendirilecektir.¹⁴⁸ Bu özel haksız tahrik düzenlemesinin uygulanabilmesi için fail, fiilinin icrası sırasında madde hükmünde belirtilen şekilde ruhi bir karışıklık içerisinde olmalıdır. Ancak bu tek başına yeterli değildir zira bu hâlin mazur görülebilir olması da gerekmektedir. Bunun yanında heyecanın hâlen failde bulunması şartı ile, suç işleme kararı ve fiilin icrası arasında zaman aralığı olması mümkündür.¹⁴⁹

Kanunda düzenlenen bir diğer özel haksız tahrik hükmü ise kanunun 115. maddesinde kendisine yer bulan hakaret suçuna ilişkin düzenlemedir. Ancak bu düzenleme İsviçre Ceza Kanunu’ndan farklı olarak bir mazeret nedenidir. 115. maddenin üçüncü fıkrasına göre, “*Yalnızca başka birinin davranışı üzerine öfkelenmek suretiyle somut koşullara göre mazur görülebilir şekilde o kişiye sövmekten, kötü davranmaktan veya kötü davranmakla tehdit etmekten kendini alıkoyamayan kişinin öfkelenmesi,*

¹⁴⁷ KANGAL, s. 23.

¹⁴⁸ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 63.

¹⁴⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 138-150.

özellikle öfkelenme sebebinin ortaya çıkmasından beri geçen zaman bakımından da genel olarak mazur görülebilirse, cezalandırılmaz.”¹⁵⁰

Bu özel haksız tahrik düzenlemesinin uygulanabilmesi için, haksız davranışın doğrudan faile yapılması gerekmemektedir, üçüncü bir kişiye de yapılabilir. Diğer özel haksız tahrik hâlinde olduğu gibi, fiil mazur görülebilir olmalıdır. Fiili ve heyecanı ortaya çıkaran davranış arasında zaman aralığı olması mümkündür. Bu madde bakımından en önemli şart tepki fiilinin orantılı olması gerekliliğidir.¹⁵¹ Uygulamada tepki fiilinin tahrik bakımından mazur görülmesi gerektiği belirtilmektedir.

Hakaret suçu bakımından düzenlenmiş olan bu özel haksız tahrik hâli, kırgınlık ile suça sürüklenen kişileri cezalandırmamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla yalnızca kırgınlık hâli bakımından uygulanabilecektir. Bu özelliğinden ötürü doktrinde “Kırgınlık Hakareti” olarak da adlandırılmaktadır. Dolayısıyla bu özel haksız tahrik hâli tasarlama şeklinde işlenemez.¹⁵²

¹⁵⁰ KANGAL, s. 23.

¹⁵¹ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 63,64.

¹⁵² BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 151,152.

F. FRANSA

Daha önce de belirtildiği üzere, yürürlükteki Fransız Ceza Kanunu, 1810 tarihli mülga ceza kanununun aksine herhangi bir haksız tahrik düzenlemesi içermemektedir. Mülga ceza kanunu genel hükümler altında düzenlenmiş bir haksız tahrik düzenlemesi barındırması bile farklı suçlar bakımından düzenlenmiş özel haksız tahrik hâllerine yer vermişti. 1994 tarihinde kabul edilen yeni Fransız Ceza Kanunu ise haksız tahrik kurumuna yer vermemeyi tercih etmiştir. Bunun sebebi, temelde haksız tahrik kurumunun bazı modern kanun koyucular tarafından eskide kalmış bir kurum olarak değerlendirilmesidir. Ancak doğrudan bir düzenleme olmasa da failin içinde bulunduğu heyecan hâli, cezanın belirlenmesinde her daim dikkate alınmaktadır.¹⁵³

Fransız Ceza Kanununa göre, tahrik etkisi altındaki failin cezasına iki farklı şekilde ceza indirimi uygulanabilir. Bunlardan ilki failin anlama ve isteme yeteneğinin tahrik sebebiyle ciddi derecede etkilenmesi durumudur. Kanunun 122. maddesinde psikolojik ve nöropsikolojik bozukluk hâllerini düzenlemiştir. Tahrikin etkisi ile bu madde kapsamında değerlendirilebilecek bir fail, haksız tahrik düzenlemesi olmasa dahi bu madde çerçevesinde; ilk fıkraya göre cezalandırılmayacak ikinci fıkraya göre ise cezasında indirimle gidilecektir. Diğer haksız tahrik benzeri uygulama imkânı ise failin kınanabilirliğine ilişkindir. Her ne kadar doğrudan bir haksız tahrik düzenlemesi olmasa da failin tahrikin etkisi altında gerçekleştirdiği tepki fiili, hukuk düzenince mazur görülebildiği ölçüde, cezanın bireyselleştirilmesi safhasında indirim sebebi olacaktır.¹⁵⁴

¹⁵³ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 65; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 158-161; YALKUT, s. 248,249; KANGAL, s. 26.

¹⁵⁴ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 160-162.

Fransız Ceza Kanunu tahrik ve ona benzer kurumları düzenlememeyi tercih etmiş, bunun sonucu olarak da kanunda suçlara yalnızca üst sınır belirleme yöntemini uygulamıştır. Bu tercih de hâkimlere çok geniş takdir yetkisi verilmesi gibi sonuçlar doğurmuştur.¹⁵⁵

G. İNGİLTERE

TCK'den farklı olarak, Anglo-Sakson sisteminde haksız tahrik kurumu, yalnızca failde oluşan heyecanın etkisiyle gerçekleşen kasten öldürme suçu bakımından uygulanmaktadır.¹⁵⁶ Diğer tüm hâller bakımından sadece cezanın belirlenmesi noktasında hâkimin kullanabileceği takdiri bir indirim sebebidir. Bununla birlikte Anglo-Sakson sisteminde haksız tahrik uygulaması fail hakkında açılacak olan davanın türünü değiştirecek şekildedir. Buna göre haksız tahrikin etkisiyle kasten öldürme suçunu işleyen kişi hakkında nitelikli adam öldürme suçu yerine basit adam öldürme suçundan yargılama yapılacaktır.¹⁵⁷

Anglo-Sakson Hukuku, haksız tahrik kurumunu ilk kez 1949 tarihli *Regina v. Duffy* davasında tanımlamıştır. Buna göre, “*Tahrik, maktûl tarafından sanığa yönelik*

¹⁵⁵ DURAN, s. 32.

¹⁵⁶ Mitchell N. **BERMAN**/ Ian P. **FARRELL**, “Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse”, William and Mary Law Review, Vol. 52, No. 4, 2011, s. 1065.

¹⁵⁷ A. J. **ASHWORTH**, “The Doctrine of Provocation”, The Cambridge Law Journal, Vol. 35, No. 2, November 1976, s. 299; F. J. **ODGERS**, “Criminal Law. Murder or Manslaughter. Provocation”, The Cambridge Law Journal, Vol. 12, No. 2, November 1954, s. 166; A. Ll. **ARMITAGE**, “Manslaughter. Provocation”, The Cambridge Law Journal, Vol. 21, No. 1, April 1963, s. 17,18.

olarak gerçekleşen, sanıkta ani ve geçici olarak kendisini ve zihnini kontrol edememesine sebep olan, makul bir üçüncü kişiyi de aynı şekilde etkileyecek; fiil, fiiller dizisi veya söylenecek sözlerdir.”¹⁵⁸

Mahkemenin tanımı göz önüne alındığında Anglo-Sakson Hukuku sisteminde haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için, subjektif ve objektif unsurların arandığı söylenebilir.¹⁵⁹ Subjektif unsur, daha önce de bahsedildiği üzere, failin heyecan sebebiyle hareketlerini aynı şekilde kontrol edememesi olarak tanımlanabilir.¹⁶⁰ Haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için failin bu kontrol kaybı, haksız tahrikten kaynaklanmalıdır.¹⁶¹ *Regina v. Acott* davasında *Lord Steyn*, haksız tahrik kurumu ile ilgili önemli noktalara değinmiştir.¹⁶² Buna göre, fail haksız tahrikin etkisiyle kontrolünü kaybetmeli ve olayın bu şekilde gerçekleştiğine dair kanıtlar olmalıdır.¹⁶³ Deliller olsa bile failde bu denli büyük bir kontrol kaybına sebep olmayan, daha çok bir bahane olarak öne sürülen durumlarda, kişi intikam duygusuyla hareket ettiğinden haksız tahrikten yararlanamayacaktır.¹⁶⁴ Aynı şekilde tahrik fiili ve tepki fiili arasına zaman girmesi de

¹⁵⁸ Bkz. <https://swarb.co.uk/regina-v-duffy-cca-1949/> (E.T.: 15.01.2020).

¹⁵⁹ ASHWORTH, s. 297.

¹⁶⁰ Amanda CLOUGH, “Loss of Self-Control as a Defence: The Key to Replacing Provocation”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 74, 2010, s. 118.

¹⁶¹ Richard HOLTON/ Stephen SHUTE, “Self-Control in the Modern Provocation Defence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 1, 2007, s. 50,51.

¹⁶² Bkz. <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd970220/acott01.htm> (E.T.: 15.01.2020).

¹⁶³ George MOUSOURAKIS, “Reason, Passion and Self-Control: Understanding the Moral Basis of the Provocation Defence”, *Sherbrooke University of Law Review*, Vol. 38, 2007, s. 230.

¹⁶⁴ George MOUSOURAKIS, “Culpable Homicide and the Provocation Defence in English Law: An Historical and Contemporary Analysis”, *Journal of Law and Politics*,

Anglo-Sakson Hukukunda uygulanmakta olan jüri sistemi çerçevesinde düşünüldüğünde, failin savunmasını zayıflatmakta, davanın aleyhine sonuçlanmasına sebep olmaktadır.¹⁶⁵

Subjektif unsurun yanında aranan diğer unsur ise objektif unsurdur. Objektif unsur, temelde “*makul bir üçüncü kişi*”nin olayda vereceği tepkidir.¹⁶⁶ Doktrinde bu unsurun uygulanmasında problemlerin olduğu, zira kişiyi tahrik edecek fiilin, failin kişilik özellikleriyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁶⁷

Anglo-Sakson Hukukunda haksız tahrik kurumundan kısaca bahsettikten sonra Anglo-Sakson Hukukunun uygulandığı İngiltere’deki mevcut düzenlemeler ve haksız tahrik kurumunun durumuna bakmak gerekirse, öncelikle karşımıza 1957 tarihli *Homicide Act*¹⁶⁸ çıkmaktadır. Haksız tahrik kurumunu düzenleyen bu kanun uzun yıllar uygulansa da uygulamada çelişkili kararlar verilmesine yol açtığı ve modern hukuk anlayışına ayak uyduramadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin ardından 2008 yılında bir hukuk komisyonu toplanmış, 2009 tarihli *Coroners and Justice Act* kabul edilmiştir.¹⁶⁹

Vol. 42, Issue 1, s. 44; Jeremy **HORDER**, “Reshaping the Subjective Element in the Provocation Defence”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 1, Spring 2005, s. 130,131.

¹⁶⁵ Nicola **PADFIELD**, “Why Does Provocation Diminish Culpability?”, The Cambridge Law Journal, Vol. 55, No. 3, November 1996, s. 420-422.

¹⁶⁶ ASHWORTH, s. 292.

¹⁶⁷ Alec **SAMUELS**, “Provocation”, Journal of Criminal Law, Vol. 47, Issue 4, 1983, s. 277.

¹⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/11/contents> (E.T.: 15.01.2020).

¹⁶⁹ Kate **FITZ-GIBBON**, “Replacing Provocation in England and Wales: Examining the Partial Defence of Loss of Control”, Journal of Law and Society, Vol. 40, No. 2, June 2013, s. 286.

Bu iki kanun temelde benzer şeyleri farklı terimlerle ifade etse de çok önemli bir fark barındırmaktadır. 2009 tarihli kanunda kontrol kaybına sebep olabilecek davranışlara 1957 tarihli kanundan farklı olarak “korku” da eklenmiştir.¹⁷⁰ Bunun sebebi olarak da “örselenmiş kadın sendromu”¹⁷¹ sebebiyle eşlerini öldüren kadınların haksız tahrik indirimi kapsamına alınması çabası gösterilmiştir, zira aksi hâlde kocasını öldüren kadınlar ömür boyu hapse mahkûm olmaktadır.¹⁷²

2009 tarihli kanun haksız tahriki 54 ve 55. maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre; fail davranışları üzerinde kontrolünü kaybederse, bu kayıp nitelikli hâl olarak ifade edilebilecek bir sebepten meydana gelmişse ve fail kendi yaşı ve cinsiyetindeki insanlar dikkate alındığında makul davranmışsa haksız tahrikin şartlarını sağlamıştır.¹⁷³ Bakıldığında Anglo-Sakson Hukukunda bahsedildiğinden farklı olarak bu kanun bir üçüncü şart getirmektedir. Bu şart kanunun 55. maddesinde açıklanmaktadır. Maddeye göre fail ancak ağır bir tahrikin varlığı hâlinde veya kendisine ya da üçüncü bir kişiye yönelik olarak ciddi bir şiddet korkusu içerisindeyse haksız tahrik kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir tahrikin varlığından söz edilebilecektir.¹⁷⁴

2009 tarihli kanunun bir diğer çok önemli farkı kanunun 54. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan, tepki fiili ile tahrik arasındaki süre sınırının kaldırılmasıdır.

¹⁷⁰ CLOUGH, s. 118.

¹⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. Keith **RIX**, “Battered Woman Syndrome' And The Defence Of Provocation: Two Women With Something More In Common”, The Journal of Forensic Psychiatry, Vol. 12, No. 1, April 2001.

¹⁷² BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 64.

¹⁷³ 2009 tarihli Coroners and Justice Act md. 54/1-a,b,c Bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/54> (E.T.: 15.01.2020).

¹⁷⁴ Bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/55> (E.T.: 15.01.2020).

Bu düzenlemeyle birlikte “örselenmiş kadın sendromu” davalarının haksız tahrik kapsamına alınması amaçlanmıştır.¹⁷⁵ Bir diğer fark ise yeni kanunun “makul bir üçüncü kişi” tanımıdır. 2009 tarihli kanuna göre makul kişi; fail ile aynı yaşta ve cinsiyette olan, ortalama bir hoşgörü sahibi ve kendine hâkim olan kişidir.¹⁷⁶



¹⁷⁵ Recep **DOĞAN**, “Hukuki Bir Kavram Olarak Şiddet Mağduru Kadınlarda Öğrenilmiş Çaresizlik Sendromu ve İngiliz Haksız Tahrik Hukuku Üzerindeki Etkileri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2015, s. 184,185.

¹⁷⁶ Michael J. **ALLEN**, “Provocation’s Reasonable Man: A Plea for Self-Control”, The Journal of Criminal Law, Vol. 64, No. 2, April 2000, s. 228; Sarah **SORIAL**, “Anger, Provocation and Loss of Self-Control: What Does ‘Losing It’ Really Mean?”, Criminal Law and Philosophy, Vol. 13, No. 2, 2019, s. 249,250; B. J. **BROWN**, “Provocation and The Reasonable Man”, University of Malaya Law Review, Vol. 1, No. 2, December 1959, s. 352.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

I. HAKSIZ TAHRİKİN TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DÜZENLENİŞİ

Haksız tahrik, TCK'nin “Genel Hükümler”i düzenleyen birinci kitabının “Ceza Sorumluluğunun Esasları”na ilişkin ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alır. “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı bu bölüm; *meşru savunma*, *kanunun hükmü* gibi hukuka uygunluk nedenlerinin yanında, haksız tahrik gibi suça etki eden nedenleri de düzenlemektedir.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Haksız tahrikin niteliği doktrinde oldukça tartışmalıdır. Farklı yazarlarca çeşitli şekillerde ele alınan kurumun, ceza üzerindeki etkisi de aynı şekilde farklı temellendirmelere sebep olmuştur. Bu görüşlerden birisi de, haksız tahriki suça etki eden bir neden değil kusurluluğa etki eden bir neden olarak nitelendirmektedir. Bu görüşe göre, haksız tahrikin sebep olduğu heyecanın etkisindeki kişi hareketlerini hukuk kuralları çerçevesinde tutmakta zorlanır çünkü kusur yeteneği önemli ölçüde zayıflamıştır. Böylece failin içine düştüğü psikolojik durum onun suç işlemesini görece daha kolay hâle getirecektir. Failin fiili hâlâ kusurludur, hukuka aykırıdır, dolayısıyla suçtur ancak failin içinde bulunduğu durum onun kusurluluğunu etkilemiştir. Ancak bu etki, cezayı tamamen ortadan kaldıracak kadar büyük değildir. Modern ceza hukukunda, faile verilecek ceza failin kusurluluğuna eşit olacağından olayda faile haksız tahrikin varlığı sebebiyle daha az ceza verilecektir. Bu nitelendirmeyi daha iyi anlayabilmek için kusurluluk terimini anlamak önemlidir. Önder, kusurluluğu; “failin, hukuka uygun hareket edebilmesi imkanına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebiyle, bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesi” şeklinde tanımlamıştır. Apaydın’a göre ise kusurluluk, “suçun bir unsuru olup, failin psikik faaliyeti ile sonuç arasındaki iradi ilişkidir.” Toparlamak gerekirse bu görüş haksız tahrik kurumunu suça etki eden neden görüşünün aksine suçun kurucu unsurlardan kusurluluk ile bağdaştırmaktadır. Bu durumun temel sebebi doktrindeki yazarların sahip olduğu görüş farklılığıdır. Daha çok Alman Ceza Hukuku doktrinini kabul eden yazarlar kusurluluk görüşünü benimserken İtalyan Ceza Hukuku ekolünü benimseyen yazarlar haksız tahriki suça etki eden neden olarak kabul etmiştir. Haksız tahriki kusurluluğa etki eden neden şeklinde inceleyen yazarlar için Bkz. Kayıhan İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 482; İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 15. Baskı, Ankara 2019, s. 461; ÖNDER, s. 252, 374-376;

Suçun kurucu unsurlarından farklı olarak, suçun varlığı veya yokluğu üzerinde etkili olmayan ancak suçun daha ağır veya daha hafif şekilde cezalandırılmasına sebep olan, tipik fiilin dışında kalıp ona eklenen özel fiili unsurlar veya faile ait psikolojik durumlar “suça etki eden nedenler” olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁸

Suçta etki eden nedenler dört ana başlık altında toparlanabilir. Buna göre suça etki eden nedenler; *ağırlaştırıcı-hafifletici, objektif-subjektif, genel-özel ve kanuni-takdiri* suça etki eden nedenler olarak açıklanmaktadır. Bu alt başlıklara göre haksız tahrik TCK md. 29 bakımından; hafifletici, subjektif, genel¹⁷⁹ ve kanuni bir suça etki eden nedendir.¹⁸⁰

Suçta etki eden neden daha önce de ifade edildiği gibi tipik fiile eklenen fiili unsur veya faile ait psikolojik durumdur. Haksız tahrik özelinde değerlendirildiğinde bu husus faile ait psikolojik durum olacaktır. Bahsedilen bu psikolojik durum, mağdurun haksız hareketleri sonucu failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elemidir. Haksız tahrikin ortaya çıkardığı bu heyecanın etkisindeki kişinin işlediği suçun varlığı bakımından herhangi bir tartışma yoktur. Suç sabittir. Ancak burada asıl tartışma failin kınanabilirliği

DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 67, 68; Mahmut **KOCA/ İlhan ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 8. Baskı, Ankara 2015, s. 357,358; Nur **CENTEL/ Hamide ZAFER/ Özlem YENERER ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., 10. Baskı, İstanbul 2017, s. 442; Hakan **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., 22. Baskı, Ankara 2019, s. 428; ZAFER, s. 327,328; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 410; Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., 8. Baskı, Ankara 2018, s. 486; Cengiz **APAYDIN**, “Kusurluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 116, Nisan 2016, s. 71.

¹⁷⁸ AYDIN, s. 225,226.

¹⁷⁹ Kanun koyucu özel haksız tahrik hâllerine de yer vermiştir ancak bu hususlar, ilgili bölümlerde inceleneceğinden bu bölümde yalnızca genel haksız tahrik düzenlemesi ele alınmıştır.

¹⁸⁰ Türkan **YALÇIN/ Timuçin KÖPRÜLÜ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 389.

üzerinedir. Fail içinde bulunduğu heyecanın da etkisiyle, kendisinde önceden var olmayan, mağdurun sebep olduğu haksız bir davranıştan ötürü ortaya çıkan bir hiddet hâlinde bu suçu işlemiştir. Dolayısıyla artık burada fail, kanun koyucunun gözünde aynı ölçüde kınanabilir değildir.¹⁸¹ Bu açıklamalar ışığında haksız tahrik, mağdurun haksız bir hareketinin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle hareket eden, fiillerini aynı oranda kontrol edemeyen ve kendisini tepki suçunu işlemekten alıkoyamayan failin; kanun koyucunun gözünde artık makul üçüncü kişiye göre aynı ölçüde kınanabilir olmamasından dolayı hakkında cezai indirim uygulanmasıdır.¹⁸²

5237 sayılı TCK'nin 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu 765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında özü aynı kalacak şekilde şöyle ifade edilmiştir; “*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 hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*”

Haksız tahrik düzenlemesi, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile Doğubayazıt Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Mahkeme istemi “*Yasa'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiç bir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hâle getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmak ilkesini tercih eden yasakoyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun*

¹⁸¹ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 346; AYDIN, s. 226.

¹⁸² Jeremy **HORDER**, Provocation and Responsibility, Clarendon Press, Oxford 1992, s. 96; Haksız tahrik kurumunun modern ceza hukuku dönemlerinde kabul edilmesinin sebebi, çağdaş ceza adaleti gereğidir. Detaylı bilgi için bkz. HORDER, s. 100 vd.

bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç işleyenlerin cezasından, maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür.” gerekçesi ile reddetmiştir.¹⁸³ Red gerekçesi her ne kadar kanunun amacı ile örtüşmese de istemin reddedilmesi yerindedir.¹⁸⁴

¹⁸³ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090602-5.htm> (E.T.: 17.01.2020).

¹⁸⁴ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 68.

II. HAKSIZ TAHRİKİN TÜRLERİ

A. 5237 SAYILI TCK'DE KABUL EDİLEN HAKSIZ TAHRİK TÜRLERİ

1. Genel Haksız Tahrik

Haksız tahrik, koşullarının varlığı hâlinde, işlenen suç ne olursa olsun uygulama alanı bulmaktadır.¹⁸⁵ Bu husus doktrinde “haksız tahrikin genelliği” şeklinde ifade edilmektedir. Zira madde metnine bakıldığında gerek fail bakımından gerekse fiil bakımından bir sınırlamaya gidilmiş değildir.¹⁸⁶ Doktrinde kurumun genel kural olarak düzenlenmesinin haksız tahrikin psikolojik esasına uygun olduğu, zira heyecanın hangi durumlarda mevcut olabileceğinin kanunla sınırlandırılmasının mümkün olamayacağı ileri sürülmüştür.¹⁸⁷ Bir başka görüş ise kurumun, fail ve suç bakımından genel kural olarak düzenlenmesini hukuki esasa bağlamaktadır. Yazarlara göre haksız tahrikin hangi şartlarda uygulanıp uygulanmayacağına bir sınır koyulmaması ve sınırdan uzak genel bir

¹⁸⁵ Bkz. YCGK, 08.07.1991, E. 8-196, K. 225, SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1024; Doktrinde bu konuda görüş ayrılığı vardır. Bir kısım yazarlara göre, bazı suçlar niteliği itibariyle haksız tahrike elverişli değildir. Bkz. Yaşar **YAVUZ**, “Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, C.1, S. 2, 1991, s. 463-465; Bakıcı’ya göre ise, genel adap ve aile nizamı aleyhine işlenen suçlarda haksız tahrikin uygulanması mümkündür değildir. Bkz. Sedat **BAKICI**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yay., Ankara 1994, s. 31; Ancak bu görüşlere rağmen kanun düzenlemesinde kurumun uygulaması bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla şartların varlığı hâlinde tüm suçlar bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Bu noktada yazarların haksız tahrik dışında bıraktığı suç kategorileri de zaten haksız tahrikin şartlarının mevcut olmadığı ya da olamayacağı suç tipleridir.

¹⁸⁶ GÜRELLİ, s. 338; BAŞAR, Tahrik – I, s. 254; EREM, Haksız Tahrik, s. 638; AYIK, s. 87; BARDAK, s. 48.

¹⁸⁷ EREM, Ümanist, s. 52,53.

hüküm şeklinde düzenlenmesi, hâkime geniş bir takdir hakkı tanınması kurumun hukuki esası ile açıklanabilir.¹⁸⁸

TCK gibi bazı kanunlar genel haksız tahrik hükümleri yanında özel haksız tahrik hükümlerine de yer vermişlerdir. Özel haksız tahrik hâllerinin varlığı, genel kural bakımından istisna teşkil etmektedir. Özel haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulunduğu durumlarda bir de genel haksız tahrik hükmü uygulanmaz zira failin tek bir indirim nedeni olan haksız tahrikten birden fazla kere yararlanması mümkün değildir. Burada özel-genel hüküm ilişkisi bağlamında yalnızca özel hüküm uygulama alanı bulacaktır.¹⁸⁹

2. Özel Haksız Tahrik

Kanun koyucu haksız tahriki kanunun özel hükümler bölümünde düzenlemeyi tercih ederse kurumu, ya suç bakımından ya da şahıs bakımından özel olarak düzenleyebilir.¹⁹⁰ Örneğin Alman Ceza Kanunu ve Eski Fransız Kanunu önceki bölümlerde açıklandığı üzere bu yolu tercih etmiş kanunlardır.

Haksız tahrik, eğer suç tipi esas alınmak suretiyle düzenlenirse, kurum yalnızca kanun koyucunun kanunda düzenlediği suç tipi bakımından uygulama alanı

¹⁸⁸ YALKUT, s. 250.

¹⁸⁹ AYIK, s. 88; GÜRELLİ, s. 340; DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Cilt II, s. 347; SOYASLAN, s. 486; Nur BAŞAR, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik – II”, Adalet Dergisi, Y.71, S.4, Temmuz – Ağustos 1980, s. 355.

¹⁹⁰ Faruk EREM/ Ahmet DANIŞMAN/ Mehmet Emin ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay.,14. Baskı, Ankara 1997, s. 593.

bulabilecektir. Örneğin kasten öldürme suçu bakımından bir özel haksız tahrik hâli düzenlendiğinde yalnızca bu suç tipi bakımından bir haksız tahrik uygulaması mümkün olacaktır.¹⁹¹

Eğer suç bakımından değil de şahıs bakımından özel olarak düzenlenirse; kurum, kanunda belirtilmiş kişiler faili tahrik etse dahi uygulama alanı bulamayacaktır. Çünkü kanun koyucu bu belirli kişilerin tahrik eden hareketlerine karşı failin iradesine hâkim olması gerektiğini düzenlemiştir.

Bu düzenlemeye örnek olarak genellikle eşler arasındaki ya da anne, baba veya kardeşe karşı gerçekleştirilecek fiiller gösterilmektedir. Kanun koyucu burada failin, kanunda sayılan kişiler tarafından tahrik edilse dahi haksız tahrik indiriminden faydalanamayacağını hüküm altına almıştır.¹⁹²

Bu tip düzenleme örneğine Eski Fransız Ceza Kanununda rastlamak mümkündür. Kanuna göre anne ve babaya karşı gerçekleştirilecek yaralama, öldürme, hakaret ve sövme suçları haksız tahrik indirimi dışında bırakılmıştır. Yine İngiliz Ceza Hukuku eşler arasındaki kavgaları haksız tahrik dışında bırakmıştır.¹⁹³

¹⁹¹ BAŞAR, Tahrik – I, s. 254.

¹⁹² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 593.

¹⁹³ YALKUT, s. 248; AYIK, s. 88; GÜRELLİ, s. 338.

TCK genel haksız tahrik uygulamasına yalnızca hakaret suçu bakımından bir istisna getirmiştir.¹⁹⁴ 5237 sayılı TCK'nin 129. maddesinde¹⁹⁵ düzenlenen bu özel hâl “*haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret*”in varlığında ceza indirimine gidilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebileceğini düzenlemektedir. Şahıs bakımından ise, TCK'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hiçbir dönemde kanunda bir sınırlama yer almamıştır.¹⁹⁶

¹⁹⁴ 765 sayılı TCK, 5237 sayılı TCK'den farklı olarak çok daha fazla özel haksız tahrik hâli düzenlemekteydi. Örneğin kanunun 258. maddesinin 4. fıkrasında “*memurun yetki sınırını aşarak veya keyfi hareketlerle kendisine yönelik mukavemete sebebiyet vermesi halinde*” bir özel haksız tahrik hâli düzenlemiştir. Bir başka düzenleme 272. maddede düzenlenmiştir. Buna göre “*memurun keyfi hareketiyle kendisine yönelik müessir fiile neden olması*” hâli de özel haksız tahrik kapsamındadır. Bir diğer düzenleme her ne kadar 765 sayılı TCK döneminin sonlarında yürürlükten kalkmış olsa da 462. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, “*zina halinde yakalanana öldürmeye veya müessir fiilde bulunma*” durumunda bir özel haksız tahrik hâli mevcuttu. Son olarak 485. maddede, 5237 sayılı kanunda da kendisine yer bulan “*karşılıklı hakaret*” hâline dair özel haksız tahrik hükmü düzenlenmişti. Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 18.01.2020).

¹⁹⁵ TCK md. 129'a 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.*”

Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 18.01.2020).

¹⁹⁶ DURAN, s. 14.

B. MÜLGA KANUNDA YER VERİLEN HAKSIZ TAHRİK TÜRLERİ

765 sayılı TCK¹⁹⁷, haksız tahrik kurumunu düzenlerken genel ve özel haksız tahrik hükümlerine yer vermiş bunun yanısıra genel haksız tahrik hükümlerine ilişkin ağır ve adi haksız tahrik şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrımın sebebi olarak ise, haksız tahrik eyleminin fail üzerinde doğurduğu heyecanın gerek haksız bir fiilden kaynaklanan gerekse failden kaynaklanan sebeplerle farklılaşabileceği gösterilmiştir.¹⁹⁸ Ancak bu ayrım 5237 sayılı TCK ile terkedilmiş, yerine alt ve üst sınırlar kabul edilmek suretiyle hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

765 sayılı TCK, ağır ve adi haksız tahrik ayrımına gitmiş olsa bile bu ayrımın nasıl uygulanacağı bakımından bir ölçüt belirlememiştir. Uygulamada bu husus Yargıtay kararları doğrultusunda aşılmaya çalışılmıştır.¹⁹⁹ Ancak haksız tahrik kurumu, yapısı itibariyle oldukça subjektiftir. Bu sebeple mahkemenin, önüne gelen olayda haksız

¹⁹⁷ Haksız tahrik kurumu 765 sayılı kanunun 51. maddesinde düzenlenmekteydi. Maddeye göre, “Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir. Tahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.” Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 18.01.2020).

¹⁹⁸ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 95.

¹⁹⁹ Yargıtay kararlarına göre hafif tahrik hallerine; aşağılayıcı ifadeler, sövme ve tehdit içerikli fiiller, yaşamsal tehlike doğurmayan etkili eylemler, malvarlığına yönelik fiiller ve bazı hallerde ahlaka ve toplumsal değerlere karşı fiiller örnek verilebilir. Ağır tahrik hallerine ise; aile yaşamının gizliliğine ilişkin fiiller, gece vakti konut dokunulmazlığının bozulması, mükerrer tehdit ve hakaret, cinsel bağlılık ve güvene aykırı fiiller, ırza ve namusa yönelik fiiller örnek gösterilebilir. TUTUMLU, s. 48-56. Örnek Yargıtay kararları için bkz. Haydar **EROL**, Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara 2005, s. 140-148.

tahrikin varlığı yokluğu konusunda dahi oldukça zorlanırken bir de tahrikin derecesini araştırmak durumunda kalması, çoğu durumda tahminden öteye gidememesi doktrinde eleştirilmiştir.²⁰⁰

5237 sayılı TCK ile bu ayrımın terk edilmiş olması bizce de isabetlidir, 765 sayılı TCK döneminde düzenlenmiş olmasına rağmen kanunda herhangi bir ölçüte yer verilmemiş olması kafa karışıklığına sebebiyet vermesi nedeniyle eleştirilmiştir. Yine ilk derece mahkemesinin yargılama sonucunda verdiği adi tahrik kararları Yargıtay'ın dosya üzerinden yaptığı incelemesinde ağır tahrik olarak değer görmüş, kararların bu sebepten bozulması yargılama sürecinin uzamasına sebebiyet vermiştir. 5237 sayılı TCK düzenlemesi bu noktada alt ve üst sınır belirlemiş ve takdiri hâkime bırakarak bu eleştirilere uygun bir çözüm yolu üretmiştir.

²⁰⁰ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 602.

III. HAKSIZ TAHİRİKİN KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrik, genel bir indirim nedeni olarak kabul edilse de, daha önce ifade edildiği gibi ihtiras sebebiyle meydana gelen sonuçlar bakımından uygulanmasının önüne geçilmesi için çeşitli sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Bu koşullar her ülke ceza kanununda farklılık göstermekle birlikte²⁰¹, TCK’de tam manasıyla belirtilmiş değildir.²⁰² Haksız tahrikin hangi koşullarda uygulanacağı hususu gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında değerlendirilmiş; buna göre üçlü, dördü, beşli ve altılı ayrımlar yapılmıştır.

Üçlü ayrımı benimseyen yazarlara göre haksız tahrikin oluşması için, “*Haksız bir fiil bulunmalı*”, “*Haksız fiil failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olmalı*” ve “*Suç bu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmiş olmalı*”dır.²⁰³

²⁰¹ Örneğin *Garçon’a* göre, 1810 tarihli eski Fransız Ceza Kanunu’nda haksız tahrikin unsurları; 1- Ağır darp ve şiddet teşkil eden bir tecavüz, 2- Bu tecavüz, şahsa müteveccih bir fiildir. 3- Bu tecavüz haksız bir fiildir, 4- Tahrik ile failin işlediği katil veya darp veya cerh aynı zamanda olmalıdır şeklinde ifade edilmiştir. *P. Logoz’a* göre ise, İsviçre Ceza Kanunu’nda haksız tahrikin unsurları; 1- Suçlu, haksız bir tahrik veya müstahak olunmamış bir tahkir karşısında bulunmalıdır, 2- Tahrik veya tahkir, suçlunun psikolojik hâlinde hiddet veya şiddetli elem husule getirmiş olmalıdır, 3- Suçlu hiddet veya şiddetli elem hâlinde suç ikâına sürüklenmiş olmalıdır şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. AYIK, s. 89 dn. 10; *Fitzgerald’a* göre, İngiliz Hukukunda haksız tahrikin unsurları, 1- Tahrik edici fiilin varlığı, 2- Fiilin sanığın kontrolünü kaybettirecek ölçüde olması, 3- Tahrik fiilinin “Makul kişi”yi de aynı ölçüde etkileme kabiliyeti olması şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Patrick John **FITZGERALD**, *Criminal Law and Punishment*, The Clarendon Press, Oxford 1962, s. 127.

²⁰² TUTUMLU, s. 22; BARDAK, s. 43.

²⁰³ ÇAĞLAYAN, s. 15; *Erem* ise üçlü ayrımı benimsemekle birlikte “tahrik edici fiil, buhran ve tepki” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. EREM, *Haksız Tahrik*, s. 640; *Erem’e* benzer şekilde bir üçlü ayrıma giden *Gökalp* ise koşulları “maddi unsur, manevi unsur ve suçun haksız tahrik sonucu gazap ve şiddetli bir elemin tesiri altında işlenmiş olması”

Haksız tahrikin koşullarını dörde ayıran görüşü benimseyen yazarlar, üçlü ayrıma ek olarak suçun, hiddet veya şiddetli elemin meydana getirdiği “buhran” hâline bir tepki olarak işlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, dörtlü ayırmada haksız tahrikin bulunabilmesi için, “*Tahrik teşkil eden bir fiil bulunmalı*”, “*Bu fiil haksız olmalı*”, “*Fiil neticesinde şiddetli bir heyecan hali, bir buhran hasıl olmalı*” ve “*Suç, bu buhranın reaksiyonu olmalı*”dır.²⁰⁴

Beşli ayrımı benimseyen yazarlar ise haksız tahrikin koşullarını, “*Tahrik edici bir fiilin bulunması*”, “*Fiilin haksız olması*”, “*Haksız fiilin hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi*”, “*Tepki fiili meydana gelmesi*” ve “*Nedensellik bağının bulunması*” şeklinde sıralamışlardır.²⁰⁵

Son olarak haksız tahriki altılı ayrımla ele alan yazarlara göre haksız tahrikin koşulları, “*Tahrik teşkil eden bir fiilin bulunması*”, “*Fiilin haksız olması*”, “*Fiilin gazap veya elemin etkisi altında olması*”, “*Fiil ile ruhsal durum arasında bir nedensellik bağının bulunması*”, “*Suçun ruhsal durumun bir tepkisi olması*” ve “*Suçun tahrik eden fiili yapan kimseye yönelmiş bulunması*”dır.²⁰⁶

şeklinde sıralamıştır. Bkz. Mehmet **GÖKALP**, “Haksız Tahrik ve Sebepleri, Adalet Dergisi, S. 8, 1969, s. 520,521.

²⁰⁴ GÜRELLİ, s. 333; AYIK, s. 89; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1006; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 546-555; ÖNDER, s. 377-381; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 68-95.

²⁰⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 442-448; KANGAL, s. 32-52; TUTUMLU, s. 22; AYDIN, s. 231-238; Ersan ŞEN/ Mehmet Can ŞENYURT, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik”, CHD, S. 22, Ağustos 2013, s. 9.

²⁰⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 351; SOYASLAN, s. 388-392; AÇIKGÖZ, s. 61,62.

Doktrindeki bu fikir ayrılığı Yargıtay kararlarında da kendisini göstermiş, haksız tahrikin koşulları Yargıtay'ın farklı kararlarında farklı şekillerde değerlendirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dördü ayrıımı benimsediği bir kararında²⁰⁷ haksız tahrik koşulları, “*Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; a) Tahriki oluşturan haksız bir fiil bulunmalı, b) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı, c) Failin işlediği suç bu ruhsal durumun tepkisi olmalı, d) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır.*” şeklinde sayılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun beşli bir ayrıımı benimsediği bir kararında²⁰⁸ ise haksız tahrik koşulları, “*Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; a) Haksız tahriki oluşturan bir fiil olması, b) Bu fiilin haksız olması, c) Failin öfke veya şiddetli bir elemin etkisi altında kalması, d) Failin işlediği suçun, bu ruhi durumun tepkisi olması, e) Haksız tahrik oluşturan fiilin, mağdurdan sadır olması, ya da mağdurun o fiili önleme sorumluluğunun bulunması gerekir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Görece eski tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında²⁰⁹ ise altılı ayrıımın benimsendiği görülmektedir. Karara göre haksız tahrikin koşulları, “*tahrikin mevcudiyeti, bu fiilin haksız olması, failin gazap veya elemin etkisi altında kalması, fiil ile sanığın ruhi durumu arasında illiyet bağı bulunması, suçun bu ruhi durumun tepkisini oluşturmaması, suçun, tahrik teşkil eden fiili işleyen kişiye yönelik olması*”dır.

²⁰⁷ YCGK, T. 09.06.2015, E. 2014/1-809, K. 2015/205. Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 02.02. 2020).

²⁰⁸ YCGK, T. 22.06.2004, E. 2004/117, K. 2004/148. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T.:02.02.2020).

²⁰⁹ YCGK, T. 16.06.1998, E. 1998/148, K. 1998/232. Akt. AÇIKGÖZ, s. 61.

Görüldüğü üzere ne doktrinde ne de Yargıtay kararlarında genel kabul görmüş bir ayırım bulunmamaktadır. Bahsi geçen görüşler ve Yargıtay kararları göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce haksız tahrik kurumunu uygulanabilmesi için gerekli olan koşullar beş ana başlık altında toplanabilir.

Buna göre, haksız tahrikin uygulanabilmesi için; tahrik teşkil eden bir fiilin varlığı, tahrik fiilin haksız olması, tahrik fiilinin failde hiddet veya şiddetli eleme neden olması, bir tepki suçunun işlenmiş olması ve tepki suçu ve tahrik fiili arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir.

B. TAHRİK TEŞKİL EDEN BİR FİİLİN VARLIĞI

1. Genel Olarak

Ceza hukuku temelde hiçbir zaman kontrolün kaybını bir savunma olarak kabul etmez. Aksine kişiden beklenen daima davranışlarını kontrol altında tutmasıdır.²¹⁰ Kural olarak failin hayatına, hürriyetine, mal varlığına vb. karşı faili kızdıran, rahatsız eden, tahrik eden fiiller, fail tarafından sabırla karşılanmalıdır ve failin tahammül göstermesi beklenmektedir. Aksi hâlde suç işlediği durumda cezai sorumluluğu doğacaktır.²¹¹ Bu durumun istisnası haksız tahrik kurumudur. Haksız tahrikin varlığı altında fail, haksız bir

²¹⁰ Finbarr **McAULEY**, “Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law”, The Modern Law Review, Vol. 50, No. 2, Mart 1987, s. 133.

²¹¹ AYDIN, s. 229; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 177.

fiilin etkisinde hareket etmiş ve kanunda kabul edildiği üzere cezasında indirime gidilmiştir.²¹²

Haksız tahrikin varlığı için her şeyden evvel başkasından kaynaklanan bir tahrik fiilinin objektif olarak bulunması gerekir.²¹³ Böyle bir fiilin yokluğunda failin psikolojik durumunu veya kurumun diğer koşullarının varlığını aramaya gerek yoktur.²¹⁴ Ancak bu fiilin var olması yeterlidir, failin önünde gerçekleşmesi şart değildir.²¹⁵

²¹² DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 348.

²¹³ GÜRELLİ, s. 333; EREM, Haksız Tahrik, s. 640; AYDIN, s. 231; **Yargıtay 1. CD T. 12.09.2006, E. 2006/581, K. 2006/3539** sayılı konuya ilişkin kararına göre “*Sanık ve maktûleye ilişkin konuşmalara dair olduğu sanık tarafından da kabul edilen teyp bandı çözümü kaydına göre; mahkemenin kabulünün ve sanığın savunmasının aksine maktûlenin sözlerinde haksız tahrik teşkil edecek herhangi bir söz bulunmadığı gözetilmeden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle sanığa eksik ceza tayin edilmesi*” bozma nedeni sayılmıştır. **Yargıtay 1. CD T. 19.11.2007, E. 2006/6519, K. 2007/8520** sayılı benzer başka bir karara göre “*maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik olarak kabul edilebilecek herhangi bir eylem bulunmadığı halde sanık lehine haksız tahrik uygulanmasını*” bozma nedeni saymıştır. **Yargıtay 1. CD T. 18.04.2006, E. 2006/2472, K. 2006/1424** sayılı kararı da benzer şekilde, “*Kavganın başlangıcında olay yerinde bulunmayan ancak silah seslerinin gelmesi ve oğulları E.’un vurulmasından sonra olay yerine koşup gelen maktul ile mağdure A.’nin kavgaya katılmalarından haksız tahrikte bulunduklarından söz edilemeyeceği cihetle...*” bozma nedeni sayılmıştır. **Yargıtay 1. CD T. 15.12.2015, E. 2015/1814, K. 2015/6157** sayılı kararına göre “*Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın maktûlü dosya içeriğiyle anlaşılamayan bir nedenle, tabancayla ateş ederek öldürdüğü olayda, maktûlden sanığa yönelen ve dosyaya yansıyan, haksız tahrik oluşturan söz ve davranışın bulunmayışı karşısında, içeriğe uygun olmayan gerekçeyle, sanık lehine TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini*” bozma nedeni sayılmıştır. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T.:03.02.2020).

²¹⁴ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 352; YAVUZ, s. 447;

²¹⁵ EREM, Haksız Tahrik, s. 640.

Haksız tahrik düzenlemesini içeren TCK md. 29’da tahrik teşkil edebilecek fiillere dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Maddenin kanundaki yeri de göz önünde bulundurulduğunda her türlü fiilin tahrik fiili teşkil edebileceği söylenebilir.²¹⁶

2. Tahrik Fiilinin İnsan Tarafından Gerçekleştirilmesi Gerekliliği

Tahrik fiili insan tarafından gerçekleştirilmiş iradi bir hareket olmak zorundadır. Buradan hareketle ceza hukukunun hareket olarak kabul etmediği insan davranışları tahrik fiili olarak kabul edilemez. Bu tür hareketlerin başında *via absoluta* adı verilen karşı konulamaz bedensel baskı etkisiyle gerçekleşen davranışlar gelmektedir. Bu davranışlara bir kişi tarafından itilen diğer kişinin başka bir kimsenin üzerine düşmesi örnek verilebilir. Burada itilen kişinin bir tahrik fiili gerçekleştirdiğinden bahsedilemez. Benzer şekilde uyku, nöbet ve refleks vb. hareketler de tahrik fiili olarak değerlendirilemez.²¹⁷

²¹⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 69; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 178; Örneğin “*ödünc alınan eşyanın geri verilmemesi*” Yargıtay 2. CD T. 31.05.2007, E. 2007/3608, K.2007/7849, “*mağdurun hiddetle sanığın üzerine yürümesi*” Yargıtay 1. CD T.19.09.2007, E. 2007/3202, K. 2007/6662, “*kolluğun yetki aşımı*” Yargıtay 4. CD T.24.09.2008, E. 2008/8446, K. 2008/17394, “*mağdurun, sanığın kardeşine küfredmesi*” Yargıtay 2. CD T. 12.02.2007, E. 2007/7958, K. 2007/1815, “*yakadan tutma eylemi*” Yargıtay 1. CD T. 01.06.2006, E. 2006/4054, K. 2006/18243, “*sanığın babasına tokat atılması*” Yargıtay 2. CD T. 23.09.2003, E. 2003/5091, K. 2003/10149, “*mağdurun, sanığın ablasının kötü yola düştüğüne ilişkin dedikodu çıkarması*” Yargıtay 3. CD T. 03.05.2004, E. 2004/6785, K. 2004/4483, gibi durumlar Yargıtay tarafından tahrik teşkil eden bir fiiller olarak nitelendirilmiştir. Akt. AÇIKGÖZ, s. 244-248.

²¹⁷ KANGAL, s. 34; Behiye EKER KAZANCI, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013 (Basım yılı 2014), s. 1327.

İşlenemez suç teşkil eden hareketlerin varlığı hâlinde ortada ceza hukuku anlamında tipik bir hareket olmadığından haksız tahrik hükümleri doğrudan uygulanamaz. Bu noktada durumu fail tarafından ele almak gerekir. Örneğin, elinde boş bir silahla faili tehdit eden kişiye karşı işlenecek tepki fiili düşünüldüğünde; eğer fail silahın boş olduğunu biliyor ve yine de suçu işliyorsa haksız tahrik indiriminden faydalanamaz.²¹⁸ Ancak fail silahın dolu olduğunu düşünerek hareket ederse, bu durumda fail haksız tahrik şartlarının gerçekleştiğine dair kaçınılmaz hatasından dolayı TCK'nin hata hükümleri çerçevesinde bu hatasından yararlanacak ve doktrinde “*meftuz tahrik*”²¹⁹ olarak ifade edilen husus gündeme gelecektir.²²⁰

Tahrik fiili hakkında kanunda bir sınırlamaya gidilmediğinden dolayı tahrik fiilinin icrai veya ihmali hareketle gerçekleşmesi bakımından da bir engel bulunmamaktadır.²²¹ Tahrik fiilinin icrai ve ihmali hareketle gerçekleştirilmesinin

²¹⁸ Doktrinde, failin içinde bulunduğu durumu cebir veya tehdit olarak kabul eden, bu sebeple de haksız tahrikin varlığını kabul eden görüşlere de rastlanmaktadır. Bkz. KANGAL, s. 35.

²¹⁹ Herhangi bir tahrik fiili mevcut olmamasına rağmen veya mevcut olsa da bu fiil faile değil de bir başkasına yönelmiş hâldeyken, failin maddi veya şahsi sebeplerden ötürü bu fiilin var olduğunu veya başkasına yönelen bir fiilin kendisine yöneldiğini zannederek hiddet veya şiddetli eleme kapılması ve suç işlemesi durumuna “*meftuz tahrik*” adı verilir. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595.

²²⁰ KANGAL, s. 34,35.

²²¹ EREM, Ümanist, s. 54; SOYASLAN, s. 488. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan tahrik fiilinin icrai hareketle gerçekleştirilmesinin yanında ihmali hareket örnek olması adına, **Yargıtay 1. CD T. 27.03.1980, E. 1980/1328, K. 1980/1391**, “*Sanığın tarlasına ölenin keçilerinin, umursamazlığı nedeni ile girerek zarar vermesi durumu*” (Akt. Ali DEMİR, “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik ve Uygulamaları”, Adalet Dergisi, S. 2, Mart – Nisan 1986, s. 46.) ve yine **Yargıtay 1. CD T. 04.06.1985**, “*mağdurun işin biten bölümü için sanığa ödemeye söz verdiği halde*” bunu ödememesi kararları verilebilir. Akt. DURAN, s. 106.

yanında tek bir hareketle gerçekleşmesi de gerekmez. Sık sık tekrarlanan ve birbirinin peşinden gelen çok sayıda fiilden de oluşabilir.²²²

Çok sayıda fiilin mevcut olduğu durumlarda tahrik fiilini yalnız son hareket olarak değil, belli bir süreç içerisindeki tüm hareketler olarak algılamak gerekir. Yalnızca son hareket dikkate alındığında anlam verilemeyen tepkiler bazı durumlarda “bardağı taşıran son damla” olabilir. Bu bahisle tahrik fiili tespit edilirken fail ve mağdurun tüm ilişkisi dikkate alınmalıdır.²²³

²²² DÖNMEZER/ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Cilt II*, s. 353; BAŞAR, *Tahrik – I*, s. 256; SOYASLAN, s. 488. Tekrarlanan tahrik fiiline örnek olması adına, **Yargıtay 1. CD T. 23.06.1981, E. 1981/3294, K. 1981/2991**, “iki sanıktan birinin eşi ve diğerinin gelini olan kadına, mağdurun uzun zamandır, sürekli sarkıntılık yapması, bu sanıklar lehine ağır kışkırtma hükmünün uygulanmasını gerektirir.” kararı Akt. DEMİR, s. 46; ve **YCGK T. 29.01.1973, E. 1973/75, K. 1973/44**, “Öldürülenin sataşması,(...) ‘parlak mülayim seni yapacağım’ şeklinde ağır bir teklif ve haysiyet kırıcı bir davranış derecesini bulmuştur. Sık sık tekrarlanan bu sözlerin(...) cezadan indirim yapılması zorunludur.” kararları verilebilir. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T.:04.02.2020).

²²³ KANGAL, s. 37; Sık sık tekrarlanan tahrik fiili durumuna örnek olması adına, **YCGK T. 29.03.1982, E. 1982/38, K. 1982/117**, “Hicaz’a gidip hacı olan sanığa, hacıların eşiya gibi zalim olduklarını vurgulayan hikaye anlatarak sataştığı, sanığın da maktule bu tür hikayeleri sevmediğini, kendisine sataşmaması gerektiğini maktule bildirdiği, olaydan birkaç gün önce sanığın dükkanında Kenan Kaba isimli şahısla oturduğu sırada dükkan kapısına gelen maktulün olaya (merhaba hacı dayı) veya eşiya hikayesinin özeti olan (yapma be hacı) dediği, sanığın Kenan Kaba’ya (bu adam hacıya, hocaya hakaret ediyor) diye kızgınlığını Kenan Kaba’ya açıkladığı, Kenan’ın da (bunda kızacak birşey yok, şaka olsun diye söylüyor, sen üzerine alınma) diye cevap verdiği, buna rağmen olay günü yine Kenan Kaba ile oturmakta olan sanığın dükkanında aynı sözleri sarfetmesi üzerine sanığın maktulü kovduğu, bu aşamada Kenan Kaba’nın dükkandan ayrıldığı tanıklar Mustafa Özendi ve Hüseyin Türü’nün beyanları ile de doğrulanan savunmaya göre, maktulün sanığa küfrederek dükkandan uzaklaştığı sırada maktulden gelen ve tevali eden bu haksız tahrikin etkisi altında kalan sanığın sanatı gereği masası üzerinde bulunan terzi makasını alarak sanığın başına şiddetlice üç kez vurup çökme kırığı meydana getirecek şekilde yaraladığı ve maktulün aldığı bu yara sonucu bilahare öldüğü anlaşılmaktadır(...) maktulün tevali eden bu hareketleri küll halinde ele alındığında, eylemin haksız tahrik sayılması lazım gelir.” kararı verilebilir. Çok sayıda fiilin birlikte bir tahrik fiili olarak değerlendirilmesine ise, **Yargıtay 3. CD T. 02.05.2005, E. 2004/13280, K. 3883**, “Yakınan Tekin D.’in sanığın kızını rahatsız edici davranışlarda bulunduğu, başka bir şahısla nişanlanmasına karşın sanığın dünürlerine telefon açıp

Haksız tahriki düzenleyen kanun maddesinin metnine bakıldığında tahrik fiilinin kasten yapılan bir hareket mi olması gerektiği yoksa taksirli bir hareketin de tahrik fiili olup olamayacağı konusunda bir netlik olmadığı görülmektedir. Ancak taksirli hareketlerin de iradi olduğu, bununla birlikte tahrik edici nitelikte olabileceği düşünüldüğünde tahrik fiili teşkil etmesi doktrinde de yaygın olarak kabul edilmektedir. Zira taksirli hareket de kusurlu bir harekettir.²²⁴

Tahrik fiilinin daha önce de ifade edildiği üzere iradi olması dolayısıyla bir insan fiiliyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bir kişi kendisine bir hayvanın saldırması veya bir çeşit doğa olayının sebep olduğu hiddet veya şiddetli elem sebebiyle haksız tahrikten faydalanamaz.²²⁵ Hayvan hareketlerinin fiil olarak kabul edilmesi yalnızca hayvan sahibine atfedilebilmesi mümkün olan bir kast veya taksirin varlığı

nişanı bozmak isteyen konuşmalarda yaptığı, olay gecesini de sanığın evine kimliğini gizleyerek telefon açtığı ve dışarıya çıkan sanığı kardeşiyle birlikte dövmesi biçiminde yakınının süregiden birden fazla haksız kışkırtması karşısında” kararı örnek verilebilir. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T.:04.02.2020).

²²⁴ Selâhattin KEYMAN, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, C. 40, S. 1-4, 1988, s. 156; EREM, Haksız Tahrik, s. 54; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 75; AYIK, s. 91,92; BAŞAR, Tahrik – I, s. 258; Taksirli hareketlerin tahrik fiili olup olamayacağı konusunda doktrinde temelde iki bakış açısı vardır. Bunlardan ilki taksirli fiilin iradi ve kusurlu olmasından sebep tahrik fiiline konu olabileceği yönündedir. Bizim de kabul ettiğimiz aynı zamanda doktrinde de kabul gören görüş budur. İkinci görüşe göre, her ne kadar taksir hâllerinde özellikle de basit taksir hâllerinde tahrik içeriği varsa da her somut olay için hâkime takdir yetkisi tanınması daha yerinde olacaktır. Bu görüşün kabulü hâlinde bilinçli taksir hâlinde kişinin taksirli hareketi tahrik fiili olarak kabul edilebilecekken basit taksir hâlinde hâkimin bir takdir yetkisi söz konusu olacaktır. Bkz. HAKERİ, s. 437; Yargıtay da birçok kararında taksirli hareketlerin tahrik fiili teşkil edebileceğini ifade etmiştir. Örneğin, **Yargıtay 4. CD T. 01.03.2004, E. 2004/3668, K. 2004/2210**, “Çevre düzenlemesi çalışması yapılırken gerekli özenin gösterilmemesi sonucu sanığa ait ağaçlara zarar verilmesi üzerine duyduğu elemle sövme suçunu işleyen sanığın savunması yönteminde tartışılıp reddedilmeden olayın kazaen oluştuğu biçimindeki gerekçe ile yasal indirimde yer olmadığına karar verilmesi” bozma nedeni sayılmıştır. Akt. AÇIKGÖZ, s. 247.

²²⁵ YAVUZ, s. 449; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 178; AYDIN, s. 233.

hâlinde mümkündür. Hayvan, sahibinin bu kasıtlı veya taksirli hareketi doğrultusunda bir zarara sebep olur, bu zarar da failde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirirse, bu hâl altında işlenen suç haksız tahrike konu olabilecektir.²²⁶

Tahrik fiili teşkil etmesi bakımından bir diğer tartışma konusu akıl hastalarının, sağır-dilsizlerin veya küçüklerin gerçekleştirdiği fiillerdir. Bu kimselerden işlediği suç bakımından anlama ve isteme yeteneği olmadığı kabul edilenler hakkında cezaya hükmedilemez. Ancak anlama ve isteme yeteneği kusurluluğun ön şartı olmadığından²²⁷ bu husus söz konusu kimselerin kusurlu davranamayacağı, dolayısıyla tahrik fiilini gerçekleştiremeyeceği anlamına gelmez.²²⁸ Kişi hâlâ kusurlu ve iradi hareket ettiğinden ötürü pek tabii tahrik fiilini gerçekleştirebilecektir.²²⁹

²²⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 354; SOYASLAN, s. 490; Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Kitabevi, Ankara 1995, s. 81; Hayvan sahibinin hayvanının hareketlerinden sorumlu olacağından hayvanı her durumda kışkırtması gerekmez. Hayvanı başıboş bırakması durumunda da hayvanın verdiği zarardan sorumlu olacağından bu durumda tahrik fiilinin varlığından bahsedilir. Bu hususa örnek olarak, YCGK T. 24.12.1990, E. 1990/8-340, K. 1990/357, “Maddi olayda şikayetçi; ineğini bağlamamış, gerekli önlemleri almamış, henüz altı yaşında bulunan kızının nezaretine bıraktığı inek, sanığın tarlasına girerek zarar vermiştir. Gerekli özen gösterilmemiş ve önlem alınmamıştır. Sanık; şikayetçinin ihmali sonucu ineğin tarlaya zarar vermesinin doğurduğu öfke altında yüklenen suçu işlemiştir. Bu nedenle sanık hakkında TCY.nın 51/1. maddesinin uygulanması yerinde olup sair yönleri de usul ve yasaya uygun bulunan direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” kararı verilebilir. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T.:04.02.2020); Bir başka karara göre de, Yargıtay 1. CD T. 27.03.1980, E. 1980/1328, K. 1980/1391, “Mağdurun kayıtsızlığı nedeniyle hayvanlarının verdiği zarar tahrik niteliğindedir.” Akt. AYDIN, s. 233.

²²⁷ TOROSLU/TOROSLU, s. 404,405.

²²⁸ GÜRELLİ, s. 355; AYDIN, s. 233.

²²⁹ Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın temeli akıl hastalarının, sağır-dilsizlerin veya küçüklerin doktrinde farklı nitelendirilmesinden kaynaklıdır. Cezalandırılabilirliği anlama ve isteme yeteneği ile açıklayan yazarlarca, bu kimseler kusurlu davranabilir ancak anlama ve isteme yetenekleri olmadığından bu kimselere ceza verilemez. Cezalandırılabilirliği kusur yeteneği ile açıklayan yazarlar ise bu kimselerin kusur

3. Tahrik Fiilinin Hedefi

TCK'nin haksız tahriki düzenleyen 29. maddesine bakıldığında tahrik fiilinin hedefine dair bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Hâl böyle olunca doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Ancak zaman içerisinde belli görüşler etrafında uzlaşmıştır. Buna göre, tahrik fiilinin mutlaka faile karşı gerçekleşmesi gerekmez.²³⁰ Failde hiddet veya şiddetli elem meydana getiren ve ailesi,

yeteneği olmadığını dolayısıyla bu kimselerin kusurunun olmadığından sebep ceza verilemediğini ileri sürerler. Oysa anlama ve isteme yeteneğini kabul eden yazarlara göre bu kimseler iradi ve kusurlu şekilde suç işleyebilir, sadece cezalandırılmazlar. Bu temel farklılık haksız tahrik noktasında da farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İsnat yeteneğini kabul eden yazarlara göre kişi zaten kusurlu davranabildiği için tahrik fiili bakımından da iradi ve kusurlu davranabilmiş, dolayısıyla haksız tahrike sebebiyet verebilmiştir. Kusur yeteneğini kabul eden yazarlar ise bu noktada haksız tahrik bakımından ikiye ayrılmışlardır. İlk görüşe göre, kusur yeteneğine sahip olmayan akıl hastalarının, sağır-dilsizlerin veya küçüklerin gerçekleştirdiği fiiller, tahrik edici nitelikte değildir. Çünkü bu kişiler, hukuka uygun davranabilme yeteneğine sahip değildir. Bu görüşe göre eğer fail, kişinin kusur yeteneğine sahip olmadığını bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse bu hatasından yararlanır ve haksız tahrik bakımından tahrik fiili şartını sağladığı kabul edilir. Aksi hâlde fiili gerçekleştiren kişinin akıl hastası olduğunu biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa ve buna rağmen tepki suçunu işlerse haksız tahrik kurumu gündeme gelmeyecektir. Diğer görüşe göre ise, bir kimsenin kusur yeteneğinin bulunmamasının haksız tahrikle bağlantılı değildir. Kusur yeteneği bulunmayan kimsenin cezalandırılmaması, onun fiillerinin hukuka aykırı olmaması nedeniyle değil, sahip olduğu akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü sebebiyledir. Kusur yeteneği olmayan kimseler hukuka aykırı davranma hakkına sahip değildir. Kusur yeteneğine sahip olmayan kimselerin fiilleri de haksız sayıldığından bu kimselere karşı tepki suçu işleyen faile diğer şartların da oluşması durumunda haksız tahrik hükmü uygulanacaktır. Biz cezalandırılabilirliği anlama ve isteme yeteneği ile açıkladığımız için diğer görüşlere katılmamakla birlikte, kusur yeteneğinin kabulü durumunda da ikinci görüşün kurumun amaçları bakımından daha yerinde olduğu görüşündeyiz. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 354,355; EREM, Haksız Tahrik, s. 640; BAŞAR, Tahrik – I, s. 260; TUTUMLU, s. 28; AÇIKGÖZ, s. 84,85; GÜRELLİ, s. 335.

²³⁰ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 68.

yakınları, tanıdıklıkları, insani duygular beslediği kimselerle birlikte kıymet verdiği somut-soyut şeyler veya hayvanlar da tahrik fiilinin hedefi olabilir.²³¹

Doktrinde yabancı kimselere karşı gerçekleştirilen fiillerin de tahrik fiili teşkil edebileceği ifade edilmiştir.²³² Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanunun lafzına bakıldığında bu görüş pek tabii kabul edilebilir gözükmemektedir. Ancak hâlihazırda haksız tahrik hükümleri hemen her gelişmiş ülke hukuk düzeninde ya çok sınırlı uygulama alanı bulan ya da kaldırılmaya çalışılan ya da kaldırılmış bir hukuki müessesedir. Bunun başlıca sebebi failler tarafından bir bahane olarak kullanılmasıdır. Örneğin yabancı bir çocuğa karşı gösterilen şiddet elbette ki insani duyguları olan hemen her kimsede hiddet veya şiddetli eleme sebep olacaktır. Ancak hukuk düzeni burada kişiyi duruma müdahale etmeye teşvik etmek yerine suçu ilgili adli birimlere bildirmeye teşvik etmelidir. Böylece kurumun kapsamının çok geniş tutulması ve cezada indirim için bahane olarak kullanılmasının da önüne geçilmiş olacaktır. Bununla birlikte mevcut örneğin gerçekleştiği varsayıldığında hâlihazırda kanunda yer alan üçüncü kişi lehine

²³¹ DÖNMEZER/ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Cilt II*, s. 352; EREM, *Haksız Tahrik*, s. 641; GÜRELLİ, s. 333; BAŞAR, *Tahrik – I*, s. 256; SOYASLAN, s. 454,455; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 546,547; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 443; AYIK, s. 90; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595; 1810 tarihli mülga Fransız Ceza Kanunu, tahrik fiillerinin şahsa yönelik olmasını aramış, mala karşı gerçekleşen tahrik fiillerini tahrik kapsamı dışında bırakmıştır. Bkz. AYIK, s. 90; Alman Ceza Kanunu ise Fransız Ceza Kanunu’ndan farklı olarak faille birlikte yakınlarının da tahrik fiilinin hedefi olabileceğini belirtmiş, yakınlarından ne anlaşılması gerektiğini de kanunda saymıştır. Bkz. DURAN, s. 108; İsviçre Ceza Kanunu’nda ise tahrik fiilinin hedefinin failin şahsı veya yakını olması aranmamaktadır. Üçüncü bir kişiye yapılan haksız hareket de tahrik fiili olarak kabul edilmiştir. Bkz. DEMİRBAŞ, *Haksız Tahrik*, s. 58.

²³² EREM, *Haksız Tahrik*, s. 640; TORUSLU/TORUSLU, s. 286; AYDIN, s. 232.

meşru savunma hükümleri gündeme gelecek, dolayısıyla haksız tahrik düzenlemesinin bu durumları da kapsamına almasına gerek kalmayacaktır.²³³

Son olarak tahrik fiilinin faile karşı gerçekleştirildiği durumlarda failin huzurunda yapılması gerekmediği gibi tahrikçinin tahrik etme kastı bulunması da gerekmemektedir.²³⁴

4. Mefruz Tahrik

Daha önce tanımlandığı üzere mefruz tahrik, herhangi bir tahrik fiili mevcut olmamasına rağmen veya mevcut olsa da bu fiil faile değil de tamamen bir başkasına yönelmiş hâldeyken, failin maddi veya şahsi sebeplerden ötürü bu fiilin var olduğunu

²³³ Yargıtay’ın tahrik fiilinin hedefi konusunda çelişkili kararları bulunmaktadır. Örneğin, **Yargıtay 1. CD T. 09.07.1981, E. 1981/3551, K. 1981/3407**, “*Hukuka aykırı her türlü davranışın haksız eylem niteliği taşımasına, haksız hareketin mutlaka sanığa karşı vukuu şart olmayıp devlet aleyhinde işlenmesi halinde de sanığın tahrik hükmünden yararlanması gerekmesine göre...*” kararında Yargıtay tahrik fiilinin sanığa yönelik gerçekleşmesini aramamış, devlet aleyhine olmasını yeterli saymıştır. (Akt. AÇIKGÖZ, s. 243) Ancak bir başka kararında ise gayet yerinde bir karar vererek haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Karara göre, **Yargıtay 8. CD T. 07.04.1999, E. 1999/3786, K. 1999/4655**, “*“Kamu adına yayın yapan F... TV. isimli TV kanalının olaydan bir gün önceki ‘23. Saat’ adlı haber programına yurt dışından telefonla katılan D...Y... Partisi Genel Başkanı T...Ç... hakkında iddialarda bulunan kanun kaçağı A... Ç...’nın beyanlarının yayınlanmasından sonra 50-60 kişilik grupta adı geçen yayın kurulunun yayın stüdyosunun bulunduğu binanın önünde toplanıp içeriye giren sanıklar girişten itibaren 3. Kata kadar binanın cam ve yayın araçlarını tahrip etme... kanun kaçağı A... Ç...’nın iddialarının doğrudan sanıkların şahsına yönelik olmadığı... “iddianın muhatabı T...Ç... ile hiçbir yakınlık bağları bulunmadığı...” gerekçeleri ile bozma kararı vermiştir. Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 05.02. 2020); Doktrinde ilgili karar eleştirilmiş, kararın yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. DURAN, s. 109; Ancak kanaatimizce gerçekleştirilen eylem düşünüldüğünde hukuk düzeninin bu eylem karşısında cezai indirim uygulaması kabul edilebilir değildir. Bu sebeple tahrik fiilinin hedefi hususu geniş yorumlanmamalı ve failer tarafından bahane olarak kullanılmasının önüne geçilmelidir.*

²³⁴ AYDIN, s. 232,233.

veya bu tamamen başkasına yönelen fiilin kendisine yöneldiğini zannederek hiddet veya şiddetli eleme kapılması ve suç işlemesi durumudur.²³⁵ Bilindiği üzere haksız tahrikin var olması için tahrik fiilinin objektif olarak varlığı gerekir. Mefruz tahrik hâlinde ortada farazi bir durum bulunmaktadır. Bu farazi durumda mevcutta ne bir tahrik fiili ne de tahrik fiilini gerçekleştiren mağdur vardır.²³⁶

765 sayılı TCK döneminde mefruz tahrik konusu epey tartışılmıştır. Yargıtay da mefruz tahriki konu edinen durumlarda çelişkili kararlar vermiştir.²³⁷ Bu çelişkili kararların önüne geçmek adına mefruz tahrik Adalet Bakanlığı'nın eski tarihli bir genelgesine dahi konu olmuştur.²³⁸ Ancak bu genelgeye rağmen Yargıtay'ın çelişkili kararları 5237 sayılı TCK dönemine kadar devam etmiştir. Tartışma, temelde haksız

²³⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595.

²³⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 91.

²³⁷ Örneğin, **YCGK T. 15.05.1989, E. 1989/1-121, K. 1989/186**, “*Olayın sebep ve başlangıcından haberdar olmasa dahi, haksız hareketleriyle olaya sebep olan babasının saldırıya uğradığını zannederek ateş eden sanığın, haksız bir tahrikin etkisiyle suç işlediği kabul edilemez.*” kararında mefruz tahrikin varlığını kabul etmemiştir. (Akt. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1018-1021.) Yine Ceza Genel Kurulu'nun başka bir kararında benzer şekilde karar verilmiştir, **YCGK T. 05.05.2002, E. 2002/1-311, K. 2002/443**, “*...sanık Mehmet'in, hiçbir zaman meydana gelmemiş ve kendisine yönelmemiş bir eylemin haksız olduğu inancı içerisinde hareket ederek suç işlemesinde, hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına da olanak yoktur. Çünkü, haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan koşullardan olan, "haksız bir eylemin bulunması" koşulu somut olayda gerçekleşmemiştir.*” (Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 06.02. 2020)) Ancak Yargıtay'ın tam aksi yönde kararları da mevcuttur. Örneğin, **Yargıtay 1. CD T. 06.05.1998, E. 1998/428, K. 1998/1417**, “*...her ne kadar olayda maktulden kaynaklanan bir tahrik hali yoksa da eşinin yaralandığını gören sanığın, sorumluları saptayabilme zaman ve şansı bulunmadığı ve bu ani algılamada eşinin yakın çevresindekileri sorumlu tutarak karşı eyleme yönelmesinin halin icabına göre benimsenebilir bir mefruz ağır tahrik telakki edilebileceği...*” kararında mefruz tahrikin varlığını kabul etmiştir. Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 06.02. 2020)

²³⁸ Adalet Bakanlığının 31.05.1934 tarih ve 2090 sayılı genelgesinde “*Vehim ve zannın 51. madde mucibince ağır tahriki mestelzim hadlerden sayılamayacağı*” görüşü ifade edilmiştir. Bkz. TUTUMLU, s. 45.

tahrikin esası üzerine temellenen, haksız tahrikin hukuki unsurunu esas alanlar ve haksız tahrikin psikolojik unsurunu esas alanlar arasındadır.

Haksız tahrikin temeline hukuki yani objektif unsuru koyan görüşe göre, tahrikin indirim nedeni olarak uygulanabilmesi için tahrik fiilinin objektif olarak mevcut olması gerekir. Dolayısıyla objektif olarak bulunmayan tahrik fiilinin var zannedilerek suç işlenmesi yani subjektif olarak varlığı yeterli değildir.²³⁹ Mefruz tahriki kabul etmeyen başka bir görüşe göre ise, mefruz tahrikin kabulü tahrik fiilinin objektif olarak bulunmamasından kaynaklı mümkün değilse bile kişinin içinde bulunduğu durum düşünüldüğünde, fail hakkında takdiri hafifletici nedenlerin uygulanması gerekir.²⁴⁰

Mefruz tahrik hâlini kabul eden, haksız tahrikin temeline psikolojik esası koyan görüşe göre ise, haksız tahrikte cezanın indirilmesinin temel sebebi failin içinde bulunduğu psikolojik durumdur. Fail, var zannettiği tahrik fiilinden kaynaklanan hiddet ve şiddetli elem içerisinde tepki suçunu işlemiştir. Kanun koyucu faile içinde bulunduğu psikolojik durum nedeniyle indirim uygulamayı kabul ettiyse benzer şekilde tahrik fiilinin varlığı konusunda kusursuz olarak²⁴¹ hataya düşen kişiye de aynı imkânı sağlamalıdır.²⁴²

²³⁹ GÜRELLİ, s. 333; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 595; BAŞAR, Tahrik – I, s. 259; AYIK, s. 89; Doktrindeki birtakım yazarlar, mefruz tahrikin kabul edilmemesi hususunu mefruz meşru savunmanın kabulü ile kıyaslamıştır. Buna göre, mefruz meşru müfadaanın kabul edilmesi aynı zamanda meşru tahrikin reddedilmesi bir çelişki meydana getirmez. Zira meşru savunma durumunda bir hakkın kullanılması söz konusudur. Haksız tahrikte ise fail aslında gerçekleştirmemesi gereken bir hareketi gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla bu hususta yanılmış olması kendisine olumlu bir etkide bulunmamalıdır. Akt. DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 358.

²⁴⁰ ÖNDER, s. 378; BARDAK, s. 45,46; YAVUZ, s. 452.

²⁴¹ DEMİRBAŞ, Özel Tahrik Halleri, s. 46.

²⁴² DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 359; SOYASLAN, s. 491; Konu Alman doktrininde de tartışılmıştır. Bir yüksek mahkeme, kararında “haksız eylem veya

Kanaatimizce haksız tahrikin temeline psikolojik esası koyan görüş, bu iki görüş arasında haksız tahrikin amacına daha uygun olsa da bu tartışma günümüzde geçerli değildir. 5237 sayılı TCK döneminde haksız tahrikin esası bilindiği üzere karma görüşle açıklanmaktadır. Bununla birlikte kanuna 765 sayılı TCK'den farklı olarak eklenen “hata” hükümleri mefruz tahrik tartışmalarına noktayı koymuştur.

TCK'nin “Hata” başlıklı 30. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Maddeye göre ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, hatasından yararlanacaktır. Haksız tahrik kurumu, kanunda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmiştir. Tahrik fiilinin varlığı da haksız tahrikin en temel koşuludur. Bu sebeple ilgili koşulun varlığı hakkında kaçınılmaz bir hataya düşen failin hatasından yararlanması gerekir.²⁴³ Hatanın kaçınılmaz olup olmadığına ise hâkim somut olaya göre karar verecektir.

hakaretin koşullarının gerçekleştiğini sanan failin hafifletmeden yararlanabileceği”ni ifade etmiştir. Doktrin ise benzer şekilde ikiye bölünmüştür. Bir görüş, yüksek mahkeme kararının aksine haksız eylem veya hakaretin koşullarının gerçekleştiğini sanan failin hafifletmeden yararlanamayacağını kabul ederken diğer görüş failin yanlışlıkla haksız eylem veya hakaretin varlığını kabul etmesi durumunda saikinin gerçekten tahrik edilmiş fail ile aynı olacağını ifade ederek haksız tahrikten yararlanması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. BAŞAR, Tahrik – I, s. 239.

²⁴³ Devrim GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yay., Ankara 2007, s. 73.

C. TAHRİK FİİLİNİN HAKSIZ OLMASI

1. Genel Olarak

Failin haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi için mağdurun gerçekleştirdiği tahrik fiilinin “*haksız*” olması gerekir. Kanun koyucu madde metnini “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisinde...*” olarak ifade etse bile TCK’de haksız bir fiilin ne anlama geldiğine dair bir tanıma yer vermemiştir.

Türk Ceza Hukuku doktrini ve Yargıtay, madde düzenlemesinde geçen “haksız bir fiil” ifadesinin hukuka aykırı fiilleri kapsadığı konusunda hemfikirdir.²⁴⁴ Nitekim madde gerekçesinde de “*Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir.*”²⁴⁵ denilerek bu konudaki tartışmaların önüne geçilmiştir. Mağdurun, söz gelimi meşru savunma içerisinde olması ya da borçlar hukukundan kaynaklanan alacağını tahsil amacıyla failden alacağını talep etmesi durumunda, failde hiddet veya şiddetli elem oluşsa dahi tahrik fiili hukuka uygun olduğundan haksız tahrik uygulaması gündeme gelmeyecektir.²⁴⁶ Ancak hukuka aykırı fiillerin dışında hangi fiillerin haksız olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu sebeple haksızlık

²⁴⁴ EREM, TCK Şerhi, s. 421; DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 353; SOYASLAN, s. 389; İÇEL, s. 484; ÖNDER, s. 378; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 368; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 443; HAKERİ, s. 437; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 548; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 359; ÖZGENÇ, s. 463; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 411; GÜRELLİ, s. 333; **Yargıtay 1. CD T. 09.07.1981, E. 1981/3551, K. 1981/3407**, “*Hukuka aykırı her türlü davranış haksız eylem niteliğini taşır...*” Akt. GÜNAY, s. 104.

²⁴⁵ TCK Madde Gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (E.T.: 11.02.2020).

²⁴⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 353.

içeriğini belirlemek için ceza hukuku ve diğer hukuk dallarında yer alan ifadelerin değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁴⁷

2. Borçlar Hukuku ve Medeni Hukukta Haksız Fiil

Madde gerekçesinde haksız fiilin yalnız ceza hukukunda değil tüm hukuk düzeninde tasvip edilmediği belirtilmiştir. Bununla birlikte haksız fiil ifadesi borçlar hukuku bağlamında da önemli bir terim olduğundan, haksız fiil teriminin borçlar hukuku ve medeni hukukta ne anlam ifade ettiği incelenmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” isimli ikinci ayırımının 49. maddesinin birinci fıkrasında “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” düzenlemesine yer vermiştir. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere haksız fiil kusurlu ve hukuka aykırı bir fiildir.²⁴⁸ Doktrinde yapılan bir tanıma göre ise haksız fiil, “ *taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiye dayanan veya taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiyle bağlantısı olmamakla birlikte, kanunun bireye yüklediği görevlere aykırı hareketler*”²⁴⁹ şeklinde tanımlanmıştır. Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında ise “*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” düzenlemesi yer almaktadır. Her ne kadar kanun maddesinin

²⁴⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 183.

²⁴⁸ Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 55.

²⁴⁹ Safa REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 162; Zahid ÇANDARLI, “Haksız Eylem ve Bundan Ötürü Tazminatın Azaltılması”, Adalet Dergisi, S. 3, Y. 1946, s. 219,220.

ilk fıkrası temelde hukuka aykırı davranışlardan doğan haksız fiileri düzenlese de²⁵⁰, maddenin ikinci fıkrasında yer alan sorumluluk ahlaka aykırı davranışlardan doğmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce, ilk fıkra düzenlenmiş olan haksız fiiller haksız tahrik noktasında birer tahrik fiili olabilecekken ikinci fıkra düzenlenmiş olan haksız fiiller ceza hukuku açısından birer tahrik fiili olarak kabul edilemez.²⁵¹ Zira hukuka aykırı olmayan fiillerin salt ahlaka aykırı olduğu için ceza hukuku bağlamında birer indirim nedeni olarak kabul edilmesi modern ceza hukukunun gerekleri ile örtüşmez.²⁵²

Bu ayırım borçlar hukuku ve ceza hukukunun farklılığından kaynaklanmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan haksız fiil sorumluluğu yalnızca kasıtlı ve ahlaka aykırı fiilden kaynaklanan bir sorumluluktur. Diğer bir ifadeyle ahlaka aykırılık ve kastın varlığı hukuka aykırılık unsuru olmasa dahi bir haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk hâli meydana getirmiştir.²⁵³ Bu tür sorumluluk hâllerinde hukuka aykırılık söz konusu olmadığından ceza hukuku anlamında bir tahrik fiili teşkil etmesi söz konusu olamaz.

²⁵⁰ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 184.

²⁵¹ Devrim **AYDIN**, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, Şubat 2020, s. 240.

²⁵² Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin haksız tahrik kurumu bakımından tahrik fiili olarak değerlendirilemeyecek oluşu temelde ceza hukuku ve borçlar hukuku farkından kaynaklanmaktadır. Örneğin kişilere ve mallara karşı işlenen suçlar borçlar hukuku bağlamında da haksız fiil olarak kabul edilecekken; devletin güvenliğine karşı işlenen ceza hukuku düzeni açısından suç teşkil edecek fiiller özel kişileri maddi veya manevi zarara uğratmadığı sürece borçlar hukuku bağlamında haksız fiil olarak kabul edilmeyecektir. Benzer şekilde maddi veya manevi zararın doğmadığı her suç ya da kabahat borçlar hukuku bağlamında haksız fiil olarak değerlendirilemez. Ahmet M. **KILIÇOĞLU**, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, AÜHFD, C. 29, S. 3, Y. 1973, s. 192,193.

²⁵³ Fikret **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., 24. Baskı, Ankara 2019, s. 675.

3. Ceza Hukukunda Haksız Fiil

Ceza hukukunda hukuka aykırılık fiilin bir hukuk normunu ihlal etmesini ifade etmektedir. Hukuk normunun ihlal edilmesi noktasında fiilin bir suç ya da haksız fiil olması herhangi bir önem arz etmemektedir. Önemli olan hukuka aykırılıktır.²⁵⁴ Ceza hukuku bağlamında suç olarak düzenlenmiş olan tüm fiiller hukuka aykırılık unsuruna sahip olduklarından haksız tahrik kapsamında uygun düştükleri ölçüde²⁵⁵ haksız fiil teşkil ederler.²⁵⁶

Suç oluşturmeyen fiillerin haksızlığı noktasında diğer hukuk dallarında olduğu gibi birden çok unsurun birlikte bulunması gerekmemektedir. Ceza hukuku bakımından tahrik oluşturan fiillerin haksız sayılması “yükümlülük getiren veya yetki veren herhangi bir normun dışına çıkılmış olması”na bağlıdır.²⁵⁷ Bu bağlamda tahrik fiilinden söz edebilmek için fiilin ceza hukuku anlamında bir suç veya borçlar hukuku anlamında bir

²⁵⁴ Tuğrul **KATOĞLU**, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 34.

²⁵⁵ Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde “sarhoşluk” suçu ile ilgili olarak “*Haksız tahrik düzenlemesinin, şahısların birbiri aleyhine işlemiş oldukları suçlarda uygulanabileceği ve kasıtsız suçlarda uygulanabilme olanağı bulunmadığı...sarhoşluk suçundan sanıklar hakkında uygulanamayacağına...*” kararını vermiştir. Kanaatimizce de mevcut bir suçun varlığı tek başına tahrik fiili bakımından karine kabul edilemez. Mevcut suçun bir tahrik fiiline sebebiyet verebilecek ölçüde olup olmadığı incelenmelidir. **Yargıtay 2. CD T. 22.10.1985, E. 1985/7645, K. 1985/8347**, Akt. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 186, dn. 699; Benzer şekilde mağduru belirli bir kişi olmayan suçlarda veya sırf hareket suçlarında fiil tipik olmasına rağmen tahrik fiilinden bahsedilemez. Örneğin, **Yargıtay 4. CD T. 06.05.2013, E. 2011/21811, K. 2013/13588**, “*Genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunun topluma karşı işlenen suçlardan olması ve belirli olmayan çok sayıda kişiye karşı işlenmesi nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi*” bozma nedeni sayılmıştır. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (E.T.: 13.04.2020).

²⁵⁶ ÖNDER, s. 378.

²⁵⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 186.

haksız fiil teşkil etmesi gerekmez.²⁵⁸ Fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir. Bununla birlikte hukuka uygun olan bir fiil, gerçekleştirilmesi bakımından artık hakkın kötüye kullanılması olarak ifade edilebiliyorsa haksız fiili teşkil edecektir.²⁵⁹

²⁵⁸ **YCGK T. 11.05.2004, E. 2004/1-74, K. 2004/118**, “Bir eylemin kışkırtma nedeni sayılabilmesi için haksız olması yeterlidir. Ayrıca ceza yasalarında öngörülen bir suç kalıbına uyması, başka bir deyişle suç oluşturmaya gerekli değildir.”; **Yargıtay 2. CD T. 02.07.2003, E. 2002/704, K. 2003/7886**, “Müştekinin alt katındaki dairede oturan sanığın evine müştekinin dairesinden devamlı su sızdığı ve balkon yıkanırken oluşan pis suların da dairesine sıçratılmasından rahatsız olan sanığın, olay günü müştekinin evine izinsiz girmek suretiyle işlediği suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması,” bozma nedeni sayılmıştır. Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (E.T.: 13.04.2020).

²⁵⁹ **DÖNMEZER/ERMAN**, *Nazarî ve Tatbikî Cilt II*, s. 353; Benzer şekilde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması söz konusuysa bu durumda da fiil, haksız fiil olarak nitelendirilir. **Yargıtay 4. CD T. 24.09.2008, E. 2008/8446, K. 2008/17394**, “...polis memurlarının sanığa biber gazı sıkma eylemlerinin, sanığın görevlilere direnmesinden önce gerçekleştiğinin belirlenmesi...zor kullanma yetkisinin sınırlarını aşar nitelikte olup olmadığının tartışılmaması...” bozma nedeni sayılmıştır. Akt. **GÜNAY**, s. 166; Yine benzer şekilde memurun görevini kötüye kullanması da Yargıtay tarafından haksız fiil olarak nitelendirilmektedir. **Yargıtay 10. CD T. 30.09.2003, E. 2003/3198, K. 2003/19556**, “Dosya kapsamına göre; fen bilgisi dersi öğretmenleri olan müştekinin mobiletinin benzin deposuna toz şeker atmak suretiyle zarar vermek isteyen sanıklar, tüm aşamalarda, müştekinin kendilerine sık sık Aptal, salak, vs.... gibi sözlerle küfür etmesi ve sebepsiz yere kendilerini dövmesinden kaynaklanan öfkeyle atılı suçu işlediklerini belirterek, suçlarını samimi bir biçimde ikrar etmeleri karşısında; sanıkların müşteki hakkındaki söz konusu iddialarının doğruluğu halinde, müştekinin memurluk görevini yasaya uygun olarak yaptığının kabul edilmesi mümkün olamayacağından ve bu durumda sanıklar hakkında TCK.nın 516/2. maddesinin 1. bendi uyarınca değil, haksız tahrik altında kaldıklarının kabulü ile basit ızzar suçundan, TCK. nin 516/ilk ve 51. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekeceğinden, sanıklara müşteki hakkındaki söz konusu iddialarını ispatlamaları olanağının da verilerek, ayrıca mahkemece de bu husus da re'sen araştırma yapılması gerektiği de gözetilmeksizin, eksik inceleme ile yazılı biçimde hüküm kurulması,” bozma nedeni sayılmıştır.

4. Tahrik Fiilinin Haksızlığı Hakkındaki Görüşler

Kanun metninde “haksız bir fiil” olarak ifade edilen husus bahsedildiği üzere gerek ceza hukukunda gerekse de borçlar hukuku ve medeni hukukta çeşitli anlamlar ifade etmektedir. Bu farklı ifadeler de haksızlıktan tam olarak ne anlaşılması gerektiği noktasında doktrinde çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Yargıtay kararları da zaman içerisinde haksızlığı farklı şekilde yorumlamış, bu da birbirinden farklı kararların verilmesi sonucunu doğurmuştur.

Doktrinde yer alan görüşlerden ilkinde göre, bir fiilin haksız sayılması için hukuka aykırı olması yeterlidir.²⁶⁰ Ceza hukuku anlamında bir indirim nedeni olan haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için gerekli olan tahrik fiilinin haksızlığı koşulu, fiilin salt ahlaka veya toplumsal değerlere, örf ve adete aykırı olması ile sağlanamaz.²⁶¹ Ancak fiilin

²⁶⁰ GÜRELLİ, s. 333,334; Yargıtay 5. CD T. 09.07.1981, E. 1981/3551, K. 1981/3407, “...hukuka aykırı her türlü davranışın, haksız eylem niteliği taşımasına...” Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (E.T.: 16.04.2020).

²⁶¹ Türkân YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 222; AYDIN, Yeni TCK, s. 234; KANGAL, s. 42; Yargıtay 1. CD T. 27.04.2010, E. 2009/6525, K. 2010/3023, “Birahane çalışan ve para karşılığı erkeklerle ilişkiye giren maktule ile bir süre birlikte yaşayan, ancak daha sonra onun birahane çalışanına ve başkalarıyla birlikte olmasına rıza göstermeyen evli ve iki çocuk sahibi sanığın, olay günü ...evine gittiği maktulenin kapıyı açmaması üzerine ona küfrederek aşağıya inip bir süre beklediği ve daha sonra maktulenin onu içeri alması üzerine aralarında çıkan tartışma sonrası onu canavarca hisle öldürdüğü olayda; maktulenin yaşam tarzının sanık yönünden tahrik oluşturmayaacağı, olay öncesinde veya sırasında maktuleden kaynaklanan sanık lehine tahrik oluşturacak herhangi bir haksız söz veya eylem bulunmadığı gibi olaydan önce sanığın maktuleye küfretmesiyle ilk haksız hareketin kendisinden kaynaklandığı anlaşıldığı halde, ... sanığın daha az ceza almaya yönelik soyut nitelikteki savunmasına itibarla tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 1. CD T. 27.04.2006, E. 2005/1410, K. 2006/1683, “Erkeklerle para karşılığı ilişkiye giren maktule ile sanığın da bir çok defa para karşılığı ilişkiye girdiği, aralarında herhangi bir akrabalık ve duygusal bağ bulunmadığı, sanığın, fuhuş yapmamasını istediği maktulenin bunu kabul etmemesinde sanığa karşı herhangi bir haksız tahrik bulunmadığı halde TCK.nun 51/1. maddesinin

haksız olmasından anlaşılması gereken fiilin yalnızca ceza hukukuna veya borçlar hukukuna aykırı olması da değildir. Hukuka aykırılık hukuk düzeninin bütününe ifade eden bir hukuka aykırılıktır.²⁶²

Fiilin haksızlığının yalnızca hukuka aykırılıkla sınırlandırılmayacağını ifade eden görüşe göre haksızlık, hukuka aykırılıktan çok daha geniş bir anlam ifade etmektedir.²⁶³ Bu görüş haksızlığı, “hukuki ve ahlaki yönden haklı sayılmayan hareket” olarak tanımlamaktadır.²⁶⁴ Bu görüşe göre hukuka, ahlaka, örf ve adete, toplumsal değerlere aykırı her türlü hareket haksız fiil olarak değerlendirilebilmektedir.²⁶⁵ Haksızlığı belirlerken diğer görüşün aksine hukuka aykırılığa değil failin psikolojik durumuna önem verilir.²⁶⁶ Bu sebeple bu görüş haksızlık konusunda kesin sınırlar çizilemeyeceğini kabul etmektedir.²⁶⁷ Buradan hareketle somut olayın özelliklerine göre salt ahlaki bir fiil de failde hiddet veya şiddetli elem hâli meydana getirebilir. Bu noktada takdir hâkime bırakılmalıdır.²⁶⁸

uygulanarak sanığa eksik ceza tayini, bozmayı gerektirir.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 17.04.2020).

²⁶² KATOĞLU, s. 36.

²⁶³ TUTUMLU, s. 24.

²⁶⁴ AYIK, s. 91.

²⁶⁵ **Yargıtay 1. CD T. 01.04.1980, E. 1980/41, K. 1980/1453**, “...toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf adete, hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından, bu yönden sanık lehine adi tahrik hükmünün uygulanması gerekirken...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 17.04.2020).

²⁶⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 596.

²⁶⁷ DURAN, s. 121.

²⁶⁸ BAŞAR, Tahrik – I, s. 258.

Kanaatimizce, haksızlığı hukuka aykırılık üzerinden tanımlayan görüş modern ceza hukuku bağlamında daha yerindedir. Haksız tahrik kurumunun uygulama alanının genişletilmesinden çok daraltılmaya çalışılması gerek Kıta Avrupası gerek Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde gözlemlenmektedir. Türk Ceza Hukuku sisteminde de hukuk dışı değerlendirmelerin uygulamadan atılması yerinde bir tercih olacaktır.

Toplumlar zaman içerisinde değişen ve gelişen bir yapıya sahiptir. Önceleri hukuka aykırı olan bir fiil zaman içerisinde hukuka uygun hâle gelebilir.²⁶⁹ Benzer şekilde bir kesim için ahlaki anlamda haksızlık teşkil etmeyen bir davranış bir kesim insan için edebilir. Bu gibi kültürel farklılıkların gündeme geldiği durumlarda bu tarz fiillerin haksız tahrike konu edilmesi doğru olmayacaktır.²⁷⁰ Haksız tahrik bakımından haksız bir fiil

²⁶⁹ Örneğin töre saikiyle öldürme suçlarında 765 sayılı TCK döneminde tahrik indirimi uygulanırken 5237 sayılı TCK döneminde töre saiki bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir.

²⁷⁰ Amerika’da göçmen olarak yaşayan ve şarkı söyleyerek geçimini sağlayan Tayland kökenli 38 yaşındaki *Pongsak Trakulrat*, restaurantta şarkı söylerken onu dinleyen müşterilerden bir tanesi Trakulrat’a ayak tabanlarını gösterecek şekilde oturmuştur. Bu davranış Tayland kültüründe ağır hakaret anlamına geldiğinden hiddetlenen Trakulrat müşteriyi öldürmüştür. Mahkeme ilgili olayda tahrikin varlığını kabul etmiştir. Bkz. <https://apnews.com/e7461b491615374f95f639e281be412c> (E.T.: 18.04.2020) Akt. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 192; Amerika’daki kararın aksine Avustralya Yüksek Mahkemesi *Stingel* hakkında, Avustralya’da yaşayan farklı kültürden insanların kendilerini kontrol etme yetileri bakımından birbirlerinden ayrılabilceğini, ancak bu tarz bir değerlendirmenin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden tahrikin belirlenmesi hususunda herkese eşit şekilde yaklaşılmasına karar vermiştir. Bkz. ALLEN, s. 228,229; Türk Ceza Hukukunda da kültürün etkisiyle benzer ifadeler eşitlik ilkesine aykırı olarak bazen haksız tahrik indirimine sebep olurken bazen olmamaktadır. Bu husus genellikle mağdurun erkek veya kadın olması noktasında kendisini göstermektedir. Örneğin **Yargıtay 4. CD T. 04.11.2014, E. 2014/5879, K. 2014/31687**, “nasıl kadınsın kadınlığını bil, şeklindeki sözlerin katılanın onur, şeref ve sayınlığını rencide edici boyutta olmayıp, nezaket dışı ve kaba hitap tarzı niteliğinde olduğu” kararına karşılık, **Yargıtay 1. CD T. 03.03.2015, E. 2015/5506, K. 2015/1140**, “ne biçim erkeksin, senin hiç gururun yok mu? demesi üzerine sanığın eşi maktüle tabancayla yedi el ateş ettiği, maktülün iç kanama sonucu öldüğü olayda, maktülün sanığa yönelik hakaret içeren eyleminden ibaret haksız hareketleri nedeniyle TCK’nun 29. maddesi gereğince...” kararı eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu husus haklı şekilde doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. YALÇIN SANCAR, s. 219,222;

teşkil eden hususların kesin şekilde belirlenmesi uygulamadaki karmaşanın da önüne geçecektir. Haksızlık ifadesinden hukuka aykırılığın anlaşılmasıyla birlikte fiil ne kadar ağır bir tahrike sebep olursa olsun hukuka aykırı olmadığı sürece tahrik unsuru olarak değerlendirilemeyecektir.²⁷¹

Yargıtay kararlarına bakıldığında “Mağdurenin eşinden izinsiz terlik satın alması ve eve gelen eşi sanığa yemek hazırlamaması şeklinde hareketlerinin sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin karar yerinde tartışılmaması...” (Yargıtay 2. CD T. 29.03.2000, E. 2000/3033, K. 2000/3281) Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 19.04.2020), “geçimlerini sağlamak için maktulenin girdiği işte bazı kişilerle görünmesinin dedikodudan ileri gitmeyen bir durum arz etmesi ve esasen maktulenin boşanmak için mahkemeye başvurup tarafların anlaşması ile henüz kesinleşmemiş olmakla birlikte boşanmalarına hükmedilmesi birlikte gözetildiğinde maktuleden kaynaklandığı kabul edilecek tahrik hallerinin en ziyade TCK.nun 51/l. maddesinin tatbikini gerektirir düzeyde basit tahrik oluşturacağı halde; objektif nedenlere dayalı olmaması nedeniyle kabulü mümkün bulunmayan salt savunmalarına itibar ile sanıklar hakkında TCK.nun 51/2. maddesinin tatbiki...” (Yargıtay 1. CD T. 09.06.2003, E. 2003/1156, K. 2003/1308) Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 19.04.2020), “sanık, başkası ile görülen maktulenin, eve geç gelmesi, buna karşı eşi ile cinsel ilişkiden kaçınması gibi örf adet ve ahlaka aykırı olan tevali eden hareketlerinin tesiriyle, girdiği psikolojik bunalım sonucu...” (YCGK T. 12.11.1990, E. 1990/1-252, K. 1990/273), Eylem ÜMİT ATILGAN, Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma; Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 340; “...Dosya kapsamına göre, ilk okul mezunu ve imamlıktan emekli olan sanık Ali İhsan Karataş’ın maktul eşi ile uzun süreli ve sorunsuz bir evlilik yaşamış olması, yaşadığı sosyal, ekonomik ve kültürel çevresi itibari ile erkeklik statüsünün çok önemli olması, bunun yokluğuna veya kullanılmadığına ilişkin söylemlerin özellikle resmi nikahlı eşi tarafından dile getirilmesinin kendisinde hiddet ve elem oluşturduğunun açık olduğu ve bunun etkisi ile maktulü öldürdüğü, maktulün söyleminin haksız tahrik oluşturduğu...” (Antalya 1. Ağır Ceza Mahkemesi, T. 29.12.2012, E. 2012/4, K. 2012/53) ÜMİT ATILGAN, s. 202; gibi kararlar ile haksız tahrik indirimine karar verildiği görülmektedir. Ataerkil kültürün etkisiyle verilen bu gibi kararlar haksızlık ifadesinin tamamıyla yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Haksızlık ifadesi hâkimlerin takdirine bırakıldığında bu gibi birbiri ile çelişen veya tamamen hukuka aykırı kararların verilmesi mümkün kılınmaktadır. Bu noktada haksızlık ifadesi hukuka aykırılık olarak algılanmalı ve bu tarz kültürün etkisiyle verilen kararların önüne geçilmelidir; YALÇIN SANCAR, s. 217.

²⁷¹ ÖZEN, s. 81; Her ne kadar yerel mahkeme kararlarında hala aksi kararlar gündeme gelse de güncel Yargıtay uygulamalarında haksızlık ifadesinin “görece” dar yorumlandığı ve ahlaka, geleneklere veya toplumsal değer yargılarına aykırı fiiller hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmadığı görülmektedir. Örneğin YCGK T. 09.07.1973, E. 1973/324, K. 1973/537 kararına göre, yerel mahkeme “köklü Türk geleneklerine göre, yaşı ne olursa olsun, evlenecek kızların aile reisi olan babalarından istenmesi gerektiği

5. Tahrik Fiilinin Haksızlığı Hakkındaki Bazı Tartışmalı Durumlar

Doktrinde bazı haksız fiillerin haksızlığı yapıları itibariyle tartışma konusu olmuştur. Bu hâllerden ilki tahrik fiilinin aynı zamanda suç olması, suç hakkında kanuni takibat yapılması ve hatta takibat sonucunda failin bu suçundan ötürü ceza almasıdır.

halde, buna uymayan Hüseyin'in kızı تنها bir yere götürmesi halinin, babayı en kötü ihtimalleri düşünmeye sevkedebileceği belirtilerek olayımızda sanığın ağır ve şiddetli tahrik altında bu suçu işlediğinin kabul edildiği” diyerek ağır tahrikin varlığına karar vermiş, Yargıtay ise “...yasalarımıza göre 18 yaşını dolduran bir kız, hareketlerinde serbest bulunmaktadır. Bu durum, geleneklere, aile fertleri arasındaki ilişkilerde aranacak ahenk ve huzur ortamına aykırı bulunsa dahi, yasaların tanıdığı bir imkanın ağır ve şiddetli bir tahrik olarak kabulünü gerektirecek vehamette görülmemiştir. Ancak, yasal hakların kullanılmasında toplumdaki değerlerini koruyan, bu gibi geleneklere uyulması da aile başkanlarının beklediği olağan bir davranış olduğu halde, öldürülenin buna aykırı bir yol izlemesinde TCK.nun 51/1. maddesinde yer alan haksız tahrikin bulunduğu kabulü gerekir.” Ağır tahrik değerlendirmesini kabul etmese de adi tahrikin varlığına karar vermiştir. Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 19.04.2020); Daha güncel bir karara göre ise bu görüşten vazgeçilerek, **Yargıtay 1. CD T. 28.06.2010, E. 2009/9808, K. 2010/4917**, “Sanığın kız kardeşi T.'nin, olay tarihinden yaklaşık bir hafta önce öldürülen ile anlaşarak birlikte yaşamaya başladıkları, olay tarihinde sanığın akşam saat: 21.45 sıralarında evine giderek maktulü dışarı çağırdığı, kız kardeşi ile olan birlikteliği nedeniyle üzerinde taşıdığı bıçak ile vurarak maktulü öldürdüğü olayda; Reşit olan kız kardeşi T.'nin kendisini ilgilendiren davranışlarından dolayı sanığa karşı sorumluluğunun bulunmadığı, öldürülenin sanığa yönelik haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirecek haksız eylem oluşturan bir söz veya davranış bulunmadığı, sanığın kız kardeşinin ailesinin isteği dışında öldürülenle yaşamaya başlaması nedeniyle eylemini ailesinin ve kendisinin şeref ve namusunu eksilttiği düşüncesiyle gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin töre saikiyle öldürme suçunu oluşturduğu halde, eylemin yanlış nitelendirilerek, yazılı şekilde basit öldürme suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.” kararı verilmiştir. Görüleceği üzere daha önceleri indirim nedeni olarak ifade edilen bir durum zaman içerisinde hukukun gelişimi ile birlikte ağırlaştırıcı bir neden hâlini almıştır. Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 19.04.2020); Benzer şekilde **YCGK T. 12.02.1979, E. 1978/484, K. 1979/58**, “Zina iddiasının oluşturacağı haksız hareket eşi ilgilendirir. Eş dışında kalanlar yönünden bu hareket ağır değil, adi tahrik oluşturur.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 19.04.2020) kararına göre eş dışındaki kişiler de haksız tahrik indiriminden faydalanırken, **Yargıtay 1. CD T. 19.09.2006, E. 2006/237, K. 2006/3612**, “...Ancak evli ve reşit olan bir kimsenin başkaları ile cinsi münasebette olması, bu kişinin yeğenleri açısından tahrik oluşturmaya...” kararı vererek haksız tahrikin yalnızca eş bakımından mümkün olabileceğe karar vermiştir. Akt. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 195.

Doktrinde haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, haksız fiil hakkında yapılacak olan kanuni takibatın tahrik fiilinin haksızlığı üzerine etkisi tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, bir indirim nedeni olarak kabul edilmiş olan haksız tahrik, bireylerin intikam duygularını tatmin etmelerine yardımcı bir kurum olamaz. Modern hukuk sistemlerinin tamamında olduğu gibi Türk Ceza Hukuku sistemi de bireysel öç alma ve intikam hâllerini yasaklamıştır.²⁷² Dolayısıyla hakkı ihlal edilen kişi, failin gerekli yaptırıma uğraması için yasal mercilere başvurmalı, bu mercilerden çıkacak kararlara da uymalıdır. Aksi durumda verilen kararı yeterli görmeyen kişi faile karşı yeni bir suç işlerse artık haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerekir. Zira böyle bir durumda kişilerin kendi haklarını kendilerinin almalarına yol açabilecek anarşik bir ortam yaratılması tehlikesi doğacaktır.²⁷³ Haksız tahrik indirimi intikam duygularının tatmini için değil olay anında failin içerisinde bulunduğu psikolojik durumlar için getirilmiş bir indirim sebebidir. Bu görüşe göre bahsi geçen sebeplerden ötürü hakkında kanuni takibat yapılan, yapılan takibat sonucu faile ceza verilen hâllerde haksız tahrik indiriminin uygulanması mümkün değildir.²⁷⁴

²⁷² TUTUMLU, s. 27.

²⁷³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 196.

²⁷⁴ DURAN, s. 138; Yargıtay Ceza Genel Kurulu görece eski bir kararında, **YCGK T. 16.04.1979, E. 1979/1-93, K. 1979/71**, “TCK’nun 51. maddesinin uygulanabilmesi için, tahrikin (haksız) olması gerekir. Haksızlık keyfiyeti, yasaların saptadığı koşullar dışına çıkılması halinde, söz konusu olur. Maktul tarafından sanığın kız kardeşinin ırzına geçilmesi suçu, yasal takibe uğramış bunun sonucu olarak, kendisi tutuklanmıştır. O halde ırza geçme fiili için, yasanın öngördüğü tedbir alınmış, gerekli girişimlerde bulunulmuştur. Yasaların yasakladığı eylemlere karşı koyduğu cezaları kafi görmemek halinin yasa ile bağdaştırılması olanaksızdır. Aksi davranış yasanın öngördüğü cezayı yeterli bulmayarak, kişisel duygu, düşünce ve takdirle davranma sonucunu doğurur ki; bu hal, bir taraftan kişilerin haklarını kendiliklerinden almalarına yol açar, diğer taraftan anarşik bir ortam yaratır. O halde, olaya neden olan ırza geçme suçundan dolayı, kanuni takibat yapılmış olmasından dolayı, olayda tahrik düşünülmemekle

Doktrinadaki diğer görüşe göre ise, haksız fiilin suç teşkil etmesi sonucu yapılan kanuni takibatın veya takibat sonunda haksız fiilin failine verilecek olan cezanın haksız tahrikin uygulanması bakımından bir etkisi yoktur. Tepki suçunun faili eğer suç teşkil eden haksız fiil sebebiyle hiddet veya şiddetli elemin etkisi altına girmişse ve bu etki yapılan takibat sonucu verilen ceza sonrası dahi devam ediyorsa fail hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanması gerekir. Zira burada önemli olan haksız bir tahrik fiilinin varlığı, tahrik fiilinin failde hiddet veya şiddetli eleme neden olması ve tepki suçunun işlenmesi sırasında failin bu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olmasıdır.²⁷⁵

beraber, maktulün tahliye edildikten sonra, sanığı her gördüğü yerde, kendisine ırza geçme olayını anımsatmak amacı ile kaş göz etmesinin, sanıkta husule getireceği gazap ve elem gözönünde bulundurulduğu takdirde, bu halin adi tahrik derecesinde kaldığının kabulü zorunlu olduğundan...", hakkında kanuni takibat yapılan ve cezaya hükmedilen fiillerin haksız tahrike konu olamayacağını, böyle fiillerin ancak tahliye sonrası tepki suçunun failine bir şekilde tekrar tekrar hatırlatılması sonucu haksız tahrike konu olabileceğini ifade etmiştir. Akt. TUTUMLU, s. 27,28.

²⁷⁵ AYDIN, Yeni TCK, s. 236; EKERBİÇER, s. 100; KANGAL, s. 42; Yargıtay kararları incelendiğinde ilk görüş doğrultusunda kararları olmakla birlikte kanuni takibatın haksız tahrikin uygulanması bakımından herhangi bir engel olmadığı görüşü doğrultusunda da kararları mevcuttur. Örneğin, **YCGK T. 01.11.1993, E. 1993/1-261, K. 1993/286**, "*Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için yasada bir zaman sınırlaması mevcut değildir. Tahriki teşkil eden fiilin faili bu suç nedeniyle mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa 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 uzunca bir zaman geçse bile, önceki olay, sanığı bu suçu işlemeye itmiş ise tahrik hükümleri uygulanmalıdır.*" Akt. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1018; **YCGK T. 10.06.2003, E. 2003/1-143, K. 2003/183**, "*Tepki suçunun işlenmesi bakımından yasamızda bir zaman sınırlamasına yer verilmemiştir. Maddenin uygulanması yönünden önemli olan, failin suçu, önceki haksız davranışın doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisi altında işleyip işlemediğidir. Mağdurdan gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gereklidir. Öte yandan, bir eylemin kışkırtma nedeni sayılabilmesi için haksız olması yeterlidir. Ayrıca ceza yasalarında öngörülen bir suç kalıbına uyması, başka bir deyişle suç oluşturmaya gerekli değildir. Bu nedenle, tahrik teşkil eden fiilin faili, bu eylemi nedeniyle yargılanarak mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş olsa bile, bu haksız fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi altında bulunup, bu ruhi durumunun tepkisi ile suç işleyen kimse hakkında haksız tahrik kuralları uygulanmalıdır. Bir başka deyişle, aradan uzun zaman geçmesi, taraflar arasında önceden vuku bulan olayın yargılamaya konu edilmesi*

Kanaatimizce haksız fiil hakkında kanuni takibatın, yapılan takibat sonucu verilecek cezanın ya da failin takibat sonucu beraat etmesinin haksız tahrikin uygulanması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Haksız tahrikin uygulanabilmesi için haksız fiilin failde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tepki suçunun işlenmesi anında varlığı yeterlidir. Aradan uzunca bir sürenin geçmesi veya failin ağır bir ceza ardından tahliye olması haksız tahrik bakımından bir anlam ifade etmez. Önemli olan tepki suçunun failinin içerisinde bulunduğu psikolojik durum olmalıdır. Bununla birlikte mahkeme; aradan geçen zamanın, verilen cezanın vb. failde mevcut olan hiddet veya şiddetli eleme bir etkisinin olup olmadığına dikkat etmeli, indirim oranına etkilerin var olup olmasına göre karar vermelidir.

Doktrindeki diğer tartışmalı konu haksızlık içeren tahrik fiilinin gerçekleştirilmesinden sonra tahrik fiilinin mağduru tarafından affedilmesi veya fail tarafından haksızlığın fark edilmesi sonucu failin talefine yönelik hareketlerinin haksız tahrike etkisidir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki tahrike neden olan haksız fiilin gerçekleştirilmesinden sonra mağdurdan af dilenmesi, failin mağdur tarafından bağışlandığının ifade edilmesi veya telafiye yönelik başkaca davranışlar haksız tahrik bakımından doğrudan bir öneme sahip değildir. Zira haksız fiil gerçekleşikten sonra yapılacak hiçbir davranış haksız fiili tamamen ortadan kaldırmayacaktır.²⁷⁶ Haksız tahrik kurumu daha önce de aktarıldığı üzere psikolojik esası bünyesinde barındırır. Özür dilenmesi veya benzeri davranışların doğrudan haksız tahriki ortadan kaldıracığının

ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp, cezanın infaz edilmesi ya da eylemin bir suçu oluşturmaması nedeniyle kişinin beraat etmesi, dava veya cezanın ayla ortadan kalkması, tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” Bkz. <http://www.kazanci.com/> (E.T.: 25.04.2020).

²⁷⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 83.

kabulü en başta haksız tahrikin psikolojik esasına aykırıdır.²⁷⁷ Haksız fiil sonucu fiilin haksızlığının fark edilmesi ve telafi girişimlerinde bulunulması durumunda mahkeme, telafi girişimlerinin varlığını veya mağdurun faili affettiğini dile getirmesini değil haksız fiilin mağdurunun psikolojik durumunu dikkate almalıdır. Somut olayın özelliklerin göre mahkeme tahrik edilenen telafi girişimleri sonucunda sakinleşip sakinleşmediğini, tahrik edilen psikolojik durumunu tespit etmek durumundadır. Bu noktada esas olan tepki suçunun işlendiği sırada failin hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olup

²⁷⁷ DURAN, s. 140; BARDAK, s. 44; EREM, Haksız Tahrik, s. 642; Yargıtay Ceza Genel Kurulu epey eski bir kararında telafiye yönelik girişimlerin haksız tahriki ortadan kaldırmayacağını ancak haksız tahrikin indirim oranında bir anlam ifade edebileceğini ifade etmektedir. Ancak Genel Kurul’un bu kararına katılmıyoruz. Telafiye yönelik girişimler ancak failin psikolojik durumunda bir etki meydana getiriyorsa bu gibi bir etki yapabilir aksi hâlde telafiye yönelik girişimlerin karine şeklinde haksız tahrik indirimi üzerinde bir etkisinin olmaması gerekmektedir. **YCGK T. 16.10.1944, E. 1944/84, K. 1944/89**, “*Filhakika maktulün karısının kız çıkmadığını iddia etmesi her iki taraf için ağır bir hareket ise de sonradan bunda hata ettiğini anlayıp karısı ile birleşmek arzusunu izhar ve bunu teminen bir çok kimseleri tavsit eylemiş bulunmasına göre bu hareketinin tesirlerini berataf etmeğe çalışmış demektedir. Maktulün bidayette hataya düştüğü kabul edilse bile bunu telafiye matuf ve tamamıyla hüsnü niyete makrun işbu hareketinin maznun üzerinde sükunet verici bir tesir yapması ve bir baba sıfatile müsamahakar hareket eylemesi lazım gelirken bilakis karı kocanın bir araya gelmemeleri için muannidane ısrar eylediği anlaşılmış ve bu itibarla hadisede ağır ve şiddetli tahrik olmadığı takdir edilerek...*” Akt. GÜRELLİ, s. 336; Yargıtay kararına benzer görüş için Bkz. EREM, TCK Şerhi, s. 363; BAŞAR, Tahrik – I, s. 259; KÖNİ, s. 206; Benzer bir Genel Kurul kararına göre de, **YCGK T. 16.10.1972, E. 1972/1-203, K. 1972/313**, “*Oynadıkları oyunda çıkan kavgada maktulün sanığın dövdüğü bir müddet sonra da hatalı hareket ettiğini anlayarak hakve ısmarlayıp gönlünü aldığı şahitlerin beyanlarından anlaşıldığına göre olayın oluş ve işleniş şekline ve sebebine nazaran maktulün olaya sebep olan eylemi ile sanığın işlediği suç arasında ağır ve haksız tahrikin kabulünü zorunlu kılacak bir fiil meydana gelmediği sadece sanığın dövülmesinden haksız bir tahrikin husule geldiği gazap ve şiddetli elemin etkisi altında suç işlediğinden...*” kararı verilmiştir. Akt. BARDAK, s. 45; Kurul, tanık beyanlarına dayanarak maktulün failin gönlünü aldığı yönünde bir vicdani kanaat oluşturmaya rağmen haksız tahrik indirimine hükmetmiştir. Eğer fail artık tahrik fiilinden doğan hiddet veya şiddetli elem hâli içerisinde değilse haksız tahrik indiriminden faydalanmaması gerekirdi. Kararın devamında ise failin dövülmesinden sebep gazap ve şiddetli elemin etkisi altında suç işlediği ifade edilmektedir. Eğer kurul hiddet veya şiddetli elemin varlığını kabul ediyorsa o zaman da telafi girişimlerinin failde ne derecede etkili olduğunu tartışması gerekirdi. Belirtilen sebepler sonucu kararın yerinde olmadığını düşünüyoruz.

olmadığıdır.²⁷⁸ Aksi hâlde tarafların barışmış olması doğrudan haksız tahrikin uygulanamayacağı anlamına gelecektir. Tarafların görünürde barışmış olmaları failin önceki olayın meydana getirdiği psikolojik durumun etkisi altında hareket etmesine engel değildir. Kanaatimizce mahkemenin kararını verirken bu gibi durumları göz ardı etmemesi isabetli karar vermesi bakımından önemlidir.²⁷⁹

Doktrinde tartışmalı diğer bir konu ise tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin ceza bağışıklığının bulunması durumudur. Doktrinde ceza bağışıklığına sahip kişilerin gerçekleştireceği haksız fiiller, failerin mutlak ceza muafiyetine sahip olmaları sebebiyle artık haksız sayılamayacağından, bu gibi kişilere karşı bir tepki suçunun gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı dolayısıyla da haksız tahrikin oluşamayacağı ifade edilmiştir.²⁸⁰ Ancak bu görüş doktrinde pek fazla taraftar bulamamıştır.²⁸¹

Doktrinde çoğunluğun kabul ettiği diğer görüşe göre ise, failin ceza bağışıklığına sahip olması o kişinin fiillerini hukuka uygun hâle getirmez. Fiilin haksızlığı bakidir, bu

²⁷⁸ GÜRELLİ, s. 335,336.

²⁷⁹ DURAN, s. 140; Yargıtay'ın bu görüşü kabul ettiği kararları olmakla birlikte psikolojik bir inceleme yapmaksızın affın varlığını haksız tahrike engel olarak kabul ettiği kararları da vardır. Örneğin, **Yargıtay 1. CD T. 17.04.1984, E. 1984/658, K. 1984/1749**, “Ancak, basit tahrik oluşturacak nitelikte haksız hareketlere maruz kalan kişi bu haksız hareketleri gerçekleştiren kişiyi affetmiş ve onunla barışmışsa bu affetme ve barıştan sonra işlenen suçlar nedeniyle affa ve barışa konu olan haksız hareketler tahrik hükümlerinin uygulanmasında nazara alınmamalıdır. Çünkü haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin etkisi altında suç işlemesi gerekir. Failin daha önce affettiği bir haksız hareketin etkisi altında kalması düşünülemez. Aksini kabul yasa hükmüne aykırı olduğu gibi yasa koyucunun amacına da ters düşer.” Akt. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 196.

²⁸⁰ DURAN, s. 141.

²⁸¹ Doktrinde fazla taraftar bulamayan bu görüş ve görüşe getirilen eleştiriler için Bkz. Sahir **ERMAN**, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul 1989, s. 214.

durum yalnızca kişiye ceza verilmesine engel olur.²⁸² Dolayısıyla ceza bağışıklığından faydalanan bir kişinin tahrik fiiline karşılık bir tepki suçunun işlenmesi durumunda haksız tahrik hükümleri gündeme gelecektir.²⁸³ Kanaatimizce de kabul edilmesi gereken görüş bu görüştür.²⁸⁴

D. TAHRİK FİİLİNİN FAİLDE HİDDET VEYA ŞİDDETLİ ELEME NEDEN OLMASI

Bu koşul daha önce belirtildiği üzere haksız tahrikin psikolojik unsurunu ifade etmektedir.²⁸⁵ Tahrik fiilinin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elem, günlük hayatını yaşamakta olan faili etkiler. Bu etkinin altındaki fail, görece daha kolay suç işler; bu sebepten de cezasında indirimde gidilir.²⁸⁶

Haksız tahrikin mümkün olabilmesi için tahrik fiilinin gerçekleşmesi tek başına bir anlam ifade etmez; tepki suçunun, tahrik fiilinin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmiş olması gerekir.²⁸⁷ Ancak o zaman diğer koşulların da varlığı

²⁸² GÜRELLİ, s. 335.

²⁸³ EREM, Haksız Tahrik, s. 641.

²⁸⁴ **Yargıtay 4. CD T. 22.06.1950, E. 1950/2818, K. 1950/7902**, “*Haddi zatında suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin meclis kürsüsünde söylenilmesi sebebiyle...ceza sorululuğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldırmayacağı...*” Yargıtay ilgili kararında ceza bağışıklığına sahip kişilerin fiillerinin mutlak ceza muafiyetinden sebeple hukuka uygun hâle gelmediğine karar vermiştir. Akt. ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 551.

²⁸⁵ TUTUMLU, s. 31.

²⁸⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 591,592; AYIK, s. 93.

²⁸⁷ MAJNO, s. 228.

ile haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Zira kanun koyucu tarafından ancak hiddet veya şiddetli elemin varlığı durumunda haksız tahrikin uygulanabileceği kabul edilmiş; panik, ümitsizlik, korku vb. hâllerin varlığında haksız tahrikin varlığı kabul edilmemiştir.²⁸⁸ Bununla birlikte failde hâlihazırda mevcut olan bir hiddet veya şiddetli elemin varlığı durumunda gerçekleşen tahrik fiilinin veya failde herhangi bir değişikliğe sebep olmayan bir tahrik fiilinin varlığında haksız tahrikten söz edilemez.²⁸⁹ Zira kanun koyucu failde tahrik fiili sebebiyle meydana gelen bir hiddet veya şiddetli elem aramıştır. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere failin hem hiddet hem de şiddetli elem duyması gerekmez, iki duygu birlikte olabileceği gibi yalnız birinin varlığı da yeterlidir.²⁹⁰

765 sayılı TCK döneminden beri kanunumuzda olan haksız tahrik kurumu dönemin mehzaz kanunundan farklı olarak “buhran” hâlini düzenlememiştir. Mehzaz kanunun lafzına bakıldığında, “*Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse...*”²⁹¹ fıkrasında buhran hâlinin düzenlendiği görülmektedir. 765 sayılı TCK döneminde buhran hâli kanun metnine alınmasa dahi doktrinde²⁹², mehzaz kanunda var olan şekilde uygulanması

²⁸⁸ GÜRELLİ, s. 336; EREM, Haksız Tahrik, s. 642.

²⁸⁹ KANGAL, s. 46.

²⁹⁰ AYDIN, Yeni TCK, s. 228; DURAN, s. 144.

²⁹¹ MAJNO, s. 226.

²⁹² EREM, Haksız Tahrik, s. 642,643; GÜRELLİ, s. 336; MAJNO, s. 228,229.

gerektiği ve yalnızca buhranın varlığı süresince haksız tahrikin uygulanması gerektiğine dair yorumlar yapılmıştır.²⁹³

Mehaz kanundan buhranın çıkartılması ve 5237 sayılı TCK'nin 765 sayılı TCK'ye benzer şekilde buhrana kanunda yer vermemiş olması doktrinde tartışmalara son vermiş, kurumun uygulanması için tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir zaman diliminin bulunabileceği kabul edilmiştir.²⁹⁴

Doktrinde “elem” hâlinin acı, üzüntü, dert, keder anlamına geldiği; bu tür duygu durumlarının kişiyi hareketsizliğe sevk ettiği gerekçe gösterilerek elem hâlinde haksız tahrikin uygulanamayacağı ifade edilmiştir.²⁹⁵ Bu görüş 1958 tarihli TCK tasarısında da kendisine yer bulmuştur. Gerekçeye göre, “*elem hâlinde bulunan kimsenin suç işlemesinde psikolojik bir imkânsızlık mevcuttur. Psikolojide hiddet heyecanı adı verilen*

²⁹³ “*Buhran*”, failin tahrik fiilinin hemen ardından suç işlemesini, tahrik fiili ile tepki suçu arasına zaman girmemesi ifade ettiğinden 1930 yılında İtalyan Ceza Kanunu'ndan kaldırılmış, yerine “*öfke halinde*” suçun işlenmesinin haksız tahrikin yapısına daha uygun olduğu kabul edilmiştir. TUTUMLU, s. 31; DURAN, s. 146; Ekrem KÖNİ, “Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik”, İstanbul Barosu Mecmuası, C. 12, S. 3, Mart 1938, s. 206.

²⁹⁴ DÖNMEZER/ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Cilt II*, s. 356; MAJNO, s. 229; GÜRELLİ, s. 337.

²⁹⁵ DÖNMEZER/ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Cilt II*, s. 356; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 598; Doktrindeki bir görüşe göre elem ve hiddet arasındaki fark hukuki olmaktan ziyade psikolojiktir. Aralarındaki yegâne hukuki fark hiddet hâlinde tepki suçunun ani olarak, elem hâlinde ise üzerinden ancak bir süre geçtikten sonra işlendiği şeklinde özetlenmiştir. Zira elem kişide bir hareketsizlik hâli meydana getirecek, daha sonra bu hareketsizlik kişinin içerisinde sonradan oluşan bir öfke, hiddet hâli meydana getirecek ve tepki suçuna sebebiyet verecektir. Bkz. AYIK, s. 93.

*bu durumun cezaya tesir edebilecek derecede şiddetli olanına gazap denilmektedir. Buna göre yalnız bu hâlinde maddede yer alması yeterlidir.”*²⁹⁶

Bizim de katıldığımız karşıt görüşe göre ise “elem”in kanunda bulunması yerindedir. Zira kanunda zikredilmiş olan elem, hiddete yöneltten bir elemdir.²⁹⁷ İçinde bulunduğu hiddet ile duruma ani bir tepki veren failin yanında içinde bulunduğu derin üzüntü neticesinde zaman içerisinde failin infiale kapılması ve suç işlemesi mümkündür. Bu da ancak elemin kanun metnine alınması ile mümkün olacaktır.²⁹⁸ Bu görüş kanun koyucu tarafından da benimsenmiş; 1987, 1989, 1997, 2001 ve 2004 tarihli TCK ön tasarılarında şiddetli elemin kanunda yer alması gerektiği ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK’nin de gerekçesine bakıldığında şiddetli elemin hiddete yöneltici bir elem olduğu, bu sebepten de iki ifadenin de kanunda düzenlenmiş olmasının yerinde olduğu belirtilmiştir.²⁹⁹

Haksız tahrikin uygulanabilmesi bilindiği üzere tüm koşullarının varlığına bağlıdır. Koşulların herbirinin varlığının tespiti de bu sebeple oldukça önemlidir. Koşullardan herhangi birisinin yokluğunda haksız tahrik kurumunun varlığını tartışmaya

²⁹⁶ DURAN, s. 148.

²⁹⁷ Ali **PARLAR**/ Muzaffer **HATİPOĞLU**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007, s. 310.

²⁹⁸ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 357; AYIK, s. 93.

²⁹⁹ 5237 sayılı TCK md. 29 gerekçesine göre, “Şiddetli elem psikolojik açıdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh halidir, ancak burada söz konusu olan hiddete yöneltici bir elemdir. Bu nedenle sadece hiddet kelimesinin kullanılması bu hali kapsar idi. Ancak uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için metinde her iki deyimden kullanılması uygun sayılmıştır.” Bkz. TCK Madde Gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (E.T.: 11.02.2020); Ancak Yargıtay uygulamalarına bakıldığında elem hâlinin şiddetli olup olmadığına dair herhangi bir tartışma yapıldığına rastlanmamıştır. Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 209.

gerek yoktur.³⁰⁰ Hiddet veya şiddetli elemin varlığının tespiti bu noktada oldukça önemlidir. Tahrik fiilinin var olduğu durumda doğrudan hiddet veya şiddetli elem de vardır şeklinde bir kabul doğru değildir³⁰¹, hiddet veya şiddetli elem hâli kişiden kişiye değişebilen subjektif bir durumdur.³⁰² Dolayısıyla mahkeme tarafından her durumda varlığı veya yokluğu tartışılmalıdır.³⁰³ Hiddet veya şiddetli elemin varlığı da kendi başına yeterli değildir, bu hiddet veya şiddetli elem hâlinin tahrik fiilinden kaynaklanması gerekir.³⁰⁴

Tahrik fiilinin hiddet veya şiddetli eleme neden olup olmadığı, her ne kadar subjektif bir nitelendirme olsa da, somut olayda makul ve ortalama bir kişide hiddet veya şiddetli eleme neden olup olmamasına göre belirlenir.³⁰⁵ Bu nitelendirme İngiliz Ceza Hukuku'nda ise ikili bir test ile belirlenmektedir. Buna göre faili bir "*subjektif test*"ten geçiren mahkeme, failin ani ve geçici bir öfke içerisinde tepki suçunu işleyip işlemediğini inceler. Bu testin ardından sıra "*objektif test*"e gelir. Burada ise inceleme konusu fail ölçüsünde tahrik edilmiş kişinin, faile benzer şekilde tepki verip vermeyeceğidir.³⁰⁶ Eğer

³⁰⁰ TUTUMLU, s. 33.

³⁰¹ AYIK, s. 93,94; GÜRELLİ, s. 337; TUTUMLU, s. 31.

³⁰² KÖNİ, s. 206.

³⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 357; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 84; GÜRELLİ, s. 336; ÖNDER, s. 380,381.

³⁰⁴ AYDIN, Yeni TCK, s. 236.

³⁰⁵ ALLEN, s. 224.

³⁰⁶ Ben FITZPATRICK/ Alan REED, "Sound of Mind and Body: Psychological Characteristics and the Reasonable Man Test in Provocation", The Journal of Criminal Law, Vol. 63, 1999, s. 366.

mahkeme bu iki testte de tahrikin varlığına hükmederse fail haksız tahrik indiriminden faydalanacaktır.³⁰⁷

İngiliz Ceza Hukuku düzenlemesinden farklı olarak 5237 sayılı TCK ani ve geçici bir öfke hâlini değil hiddet veya şiddetli eleme aramıştır. Ancak tahrikin varlığını tartışma usulleri bakımından çeşitli benzerlikler bulunmaktadır. Tıpkı İngiliz Hukukunda olduğu gibi Türk Ceza Hukuku uygulamasında da faile özgü hususlar dikkate alınır.³⁰⁸ Örneğin failin bilebileceği özel nitelikteki bilgiler veya failin içinde bulunduğu özel durumlar hiddet veya şiddetli elemin varlığına sebep olabilir, bu sebeple mahkeme tarafından bu tip hususlara önem verilecektir.

Makul ve ortalama bir üçüncü kişi üzerinden inceleme yapılması ise İngiliz Hukukuna terim bazında benzerlik gösterse de uygulanması bakımından ayrılır. Türk Ceza Hukuku uygulaması İngiliz Hukuku uygulamasından farklı olarak üçüncü kişinin vereceği tepkiye değil, üçüncü kişinin tahrik fiili karşısında hiddet veya şiddetli eleme kapılıp kapılmayacağını tartışır.³⁰⁹ Zira tahrik fiili, failin fazla heyecanlı, alıngan, kıskanç, hassas veya saldırgan bir kimse olmasından sebeple failde hiddet veya şiddetli

³⁰⁷ İngiliz kanun koyucunun makul üçüncü kişiyi temel almasındaki asıl amaç makul ve şiddet içermeyen davranışların toplum içerisinde teşvik edilmesidir. Bkz. M. Naeem RAUF, “The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man's Attributes and Should the Test be Abolished?”, Criminal Law Quarterly, Vol. 30, 1987-1988, s. 77.

³⁰⁸ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 84; AYDIN, Yeni TCK, s. 236; DURAN, s. 150.

³⁰⁹ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 357; Hiddet veya şiddetli elem hâli doktrindeki bir görüşe göre mutlak surette subjektif bir durumdur. Makul bir üçüncü kişi üzerinden yapılan inceleme yersizdir. Bu sebeple aynı tahrik fiiline maruz kalan faillerden bazıları hiddet veya şiddetli elem hâli içinde olabilecekken bazılarının olmaması bir çelişki yaratmaz. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 598.

eleme sebebiyet verdiyse artık orada haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.³¹⁰ Doktrinde mağdur tarafından bu durumun bilinmesine rağmen tahrik fiilinin yine de gerçekleştirilmesi hâlinde haksız tahrikin uygulanmasının mümkün olacağı ifade edilmiştir.³¹¹

E. BİR TEPKİ SUÇUNUN İŞLENMİŞ OLMASI

1. Genel Olarak

Haksız tahrikin maddi unsurları tahrik fiili ve ona karşı işlenen tepki suçudur. Haksız tahrikin uygulanabilmesi için haksız tahrik fiilinin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki failin, bir tepki suçu işlemiş olması gerekir. Zira tahrik fiili yalnız başına bir anlam ifade etmez.³¹² Eğer failin tahrik fiiline bağlı olarak işlediği *teпки fiili* suç teşkil ediyorsa, failin cezasından haksız tahrikten kaynaklı bir indirimle gidilecektir.³¹³

Tepki suçunun mahiyeti konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Madde metnine göre “*hiddet veya şiddetli elem altında suç işleyen*” kimse, haksız tahrik indiriminden yararlandırılacaktır. Dolayısıyla suçun tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin zararına işlenmiş olması yeterlidir. Suçun tahrik edenin hayatına, vücut bütünlüğüne veya mal

³¹⁰ FITZGERALD, s. 128; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 85,86.

³¹¹ Osman YAŞAR/ Hasan Tahsin GÖKCAN/ Mustafa ARTUÇ, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 1, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 849.

³¹² AYDIN, Yeni TCK, s. 236.

³¹³ BAŞAR, Tahrik – I, s. 261; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 210.

varlığına karşı olması arasında herhangi bir fark yoktur.³¹⁴ Tepki suçunun tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerektiğinden, mağduru belli olmayan suçların veya devlete karşı ya da topluma karşı bir suçun tepki suçu olarak işlenmesi durumunda haksız tahrikin uygulanması mümkün değildir.³¹⁵ Bununla birlikte fail tahrik fiiline karşılık nedensellik bağı içerisinde birden fazla suç işlerse, her bir suç bakımından haksız tahrik indirimi uygulanacaktır.³¹⁶

Haksız tahrik kurumu daha önce de ifade edildiği üzere bir suça etki eden nedendir, bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Dolayısıyla tepki suçu hâlâ cezalandırılmaktadır. Yalnızca cezada bir indirimle gidilmektedir. Ancak failin cezalandırılması özel hukuk bakımından sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağından failin mağdura verdiği zarar özel hukuk bakımından da tazmin edilir.³¹⁷ Özel hukuk bakımından sorumluluğu “haksız fiil sorumluluğu” teşkil edecek, tazminatın hesaplanmasında tahrik fiilini gerçekleştiren mağdurun da kusuru dikkate alınacaktır.³¹⁸

Tepki suçunun doğrudan kastla işlenmesi bakımından doktrinde ve uygulamada fikir birliği vardır.³¹⁹ Tepki suçunun taksirle işlenen bir suç olması konusu ise

³¹⁴ GÜRELLİ, s. 337; AYDIN, Yeni TCK, s. 236,237; EREM, Haksız Tahrik, s. 644; BAŞAR, Tahrik – I, s. 262.

³¹⁵ KANGAL, s. 51.

³¹⁶ EKER KAZANCI, s. 1336; Karşıt görüşe göre ise, aynı eylemden dolayı, aynı mağdura karşı fail ancak bir kez haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir. Bkz. HAKERİ, s. 440.

³¹⁷ AYDIN, Yeni TCK, s. 237.

³¹⁸ EREN, s. 866-869.

³¹⁹ Bazı Yargıtay kararlarında tepki suçunun olası kastla işlenemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. **Yargıtay 1. CD T. 19.06.2007, E. 2006/5048, K. 2007/4971**, “*olası kast hükümlerinin uygulanması durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı*”

tartışmalıdır. Doktrindeki bazı yazarlara göre, fiilin taksirli olması hareketin iradiliğini etkilememektedir. Haksız tahrikin mümkün olabilmesi için neticenin istenmesi gerekli değildir. Haksız tahrik düzenleniş yeri bakımından da genel hükümler içinde yer aldığından, bu hafifletici sebep tüm suçlar bakımından uygulama alanı bulmalıdır.³²⁰

Aksi görüşe göre ise tahrik fiili sonucunda bir tepki suçu meydana gelmeli ve bu tepki mağdura karşı gerçekleşelidir. Bu durum da suç, ancak kasten işlenirse mümkün olabilir.³²¹ Yargıtay da tepki suçunun ancak kasten işlenen suçlar bakımından mümkün olabileceğini ifade etmiştir.³²² Karşılaştırmalı hukukta ise ilk görüşe paralel şekilde taksirli fiillerin haksız tahrik altında işlenip tepki suçu teşkil edebileceği kabul edilmektedir, zira tepki suçu hususunda hareketin iradiliği aranmakta neticenin istenmesi

gözetilmemesi” Akt. İsmail **MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-178, C. 1, 3. Baskı, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008, s. 204; Ancak Yargıtay’ın olası kastlı işlenen suçlar bakımından haksız tahrik uygulamasını kabul ettiği kararları da vardır. **YCGK T. 05.10.2010, E. 2010/1-132, K. 2010/183**, “*hareketin sanık yönünden ‘haksız tahriki’ oluşturacağı ve olası kastla işlenen suçlarda ‘haksız tahrik’ hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir.*” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 15.02. 2020).

³²⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 369; EREM, TCK Şerhi, s. 435; İÇEL, s. 487; DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Cilt II, s. 359; Erem’e göre, tepki suçunun taksirli olması mümkündür. Örneğin, bir marşandiz katarının makinistinin her geçişinde görevli bekçiyi kızdırmak amacıyla lüzumsuz yere düdük çalması ve küfretmesi olayında, daha sonraki günlerde düdüğü duyan bekçinin, makinistin yine şaka maksadıyla hareket ettiğini düşünerek hiddetlenmesi ve geçidi kapatmaması sonucu meydana gelen kazada makinistin yaralanması sonucu haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bkz. EREM, TCK Şerhi, s. 435.

³²¹ GÜRELLİ, s. 339; BAŞAR, Tahrik – II, s. 361; YAVUZ, s. 463,464; TUTUMLU, s. 38.

³²² **Yargıtay 1. CD T. 16.05.2007, E. 2007/2703, K. 2007/3776**, “*taksirle adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar vermek suretiyle sanığa eksik ceza tayinini öngören yerel mahkeme kararı...*” Akt. **MALKOÇ**, s. 207.

aranmamaktadır.³²³ Bizim de katıldığımız görüş tepki fiilinin taksirle işlenen bir suç olabileceği yönündedir.

2. Tepki Suçunun Yönelimi

Haksız tahrikin düzenleyen madde “*hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse*” diyerek tepki suçunun kime karşı işleneceği hususunda bir düzenleme yapmamıştır. Hâl böyle olunca doktrinde ve uygulama iki farklı görüş ortaya atılmıştır.

Bu görüşlerden ilkinde göre, haksız fiilinin uygulanabilmesi için tepki suçunun tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gereklidir. Bu düşüncenin temelinde, failin bir kimseye kızıp da hıncını olayla alakası olmayan başka bir kimseden alması durumunun kanun tarafından bir indirim sebebi olarak değerlendirilemeyeceği yatmaktadır. Dolayısıyla tahrik fiilini yapan kimse tepki suçu da o kimseye karşı işlenmelidir.³²⁴ Daha önce de belirtildiği üzere tepki suçu kişinin hayatı, vücut bütünlüğü veya mal varlığı vb. üzerinde işlenmiş olabilir.³²⁵

³²³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 211.

³²⁴ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 360; GÜRELLİ, s. 337; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 599; TUTUMLU, s. 43; İÇEL, s. 488.

³²⁵ Bahsi geçen görüşten bir noktada ayrılan başka bir görüşe göre, tepki suçu tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye karşı işlenmek zorundadır. Bununla birlikte eğer kişinin önleme sorumluluğu varsa o kimseye karşı işlenecek tepki suçları da haksız tahrike sebebiyet verecektir. Genellikle Yargıtay’daki hâkimler tarafından kabul edilen bu görüş Yargıtay kararlarında da kendisine yer bulmuştur. **Yargıtay 1. CD T. 01.04.1980, E. 198041, K. 1980/1453**, “*Olay günü mağdur Hasan’ın tarlada çalışmakta olan eşi ve kızlarını köye getirmek için traktörü ile tarlaya gittiği, onları beklemek üzere tarlanın yanında ve yol kenarında bulunan su kuyusunun üzerine oturduğu, sanık İsmail yoldan geçmekte iken o esnada tarlada çalışmakta olan mağdurun eşi ve kızlarının sanığa taş ve tezek attıkları, mağdurun hadise yerinde bulunmasına ve eşi ile kızlarının sanığa taş ve tezek attıklarını*

Aksi görüŖe göre ise kanun metni açıktır. Kanunda yalnızca suç işlemekten bahsedilmektedir. Dolayısıyla tepki suçunun tahrik fiilini gerçekleŖtiren kiŖiye karŖı işlenmesi zorunlu değildir. Bu görüŖe göre tepki suçu ve tahrik fiili arasında nedensellik bağının kurulduğu her durumda haksız tahrik uygulanabilir.³²⁶

Bu iki görüŖ arasında tepki suçunun tahrik fiilini gerçekleŖtiren kiŖiye karŖı işlenmesi gerektiğini savunan görüŖ bizce de kabul edilebilir görüŖtür. Aksi durumda haksız tahrik kurumunun bir bahane olarak kullanılması çok daha olası hâl alacaktır. Söz gelimi aileden bir kimsenin tahrik fiili sebebiyle olayla hiçbir alakası olmayan bir baŖka aile bireyinin zarar görebilmesi ihtimali gündeme gelecektir ki ceza hukuku böyle bir uygulamaya ön ayak olmamalıdır. Dolayısıyla kanaatimizce, tepki suçunun tahrik fiilinin failine veya onun zararına işlenmesi haksız tahrikin uygulanabilmesi için Ŗart koŖulmalıdır.

görmesine rağmen, taŖ ve tezek atmamaları hususunda gerek eŖine gerekse kızlarına herhangi bir ikazda ve onları bu eylemlerinden men teŖebbüsünde bulunmadığı müteakiben kendisine karŖı sanık tarafından öldürmeye teŖebbüs suçunun işlendiği anlaşılmaktadır, Medeni Kanun hükümlerine, örf ve adete göre; çocukların terbiye ve tedip hakkına sahip olan, ev reisi ve baba sıfatlarını taşıyan mağdurun olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti görmesine, rağmen, sanığa taŖ ve tezek atan eŖi ile kızlarına o eylemleri dolayısıyla engelleyici herhangi bir ikazda bulunmaması ve onları men etmemek suretiyle huzuru ile adeta mütecaviz eŖine ve kızlarına cesaret verir ve onlara manen müzahir olur duruma girmesi toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf adete, hukuka aykırı davranıŖ niteliği taşıdığından, bu yönden sanık lehine adi tahrik hükmünün uygulanması gerekirken TCK'nun 51/1. maddesinin tatbiki cihetine gidilmemesi, yasaya aykırıdır.” Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (E.T.: 15.02.2020); Dönmezer ve Erman ise bu konuda, çocuğun atacağı taŖ sebebiyle babanın tokatlanması olayında haksız tahrikten söz edilemeyeceğini, olsa olsa takdiri indirim sebebinin varlığının kbbul edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Cilt II, s. 360.

³²⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 368; Bu görüŖe zıt olarak; İtalyan Yargıtayı, bir siyasi partiye mensup kiŖiler tarafından kardeŖi öldürölen failin içinde bulunduğu elem ve teessürle partiye mensup baŖka bir kiŖiyi öldürmesi olayında haksız tahrikin bulunamayacağına karar vermiŖtir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Cilt II, s. 360.

Tepki suçunun taksirle işlenmiş bir suç olabileceği daha önce ifade edilmişti. Haksız tahrikin uygulanabilmesi için tepki suçunun taksirli olarak işlendiği durumlarda kasten işlenen suçlarda olduğu gibi taksirli suçtan zarar gören kişinin tahrik fiilini gerçekleştiren kişi olması gerekir.³²⁷ Aksi hâlde benzer şekilde olaydan bağımsız kimselerin mağdur olması gündeme gelecek ve kurumun esaslarına aykırı bir kabul meydana gelecektir.

3. Tepki Suçunun Zamanı

Kanun düzenlemesinde tepki suçunun ne zaman gerçekleştirilmesi gerektiğine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak zamanı ilgilendiren bir düzenleme yapılmıştır. Maddeye göre tepki suçu “*hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında*” işlenmelidir. Dolayısıyla haksız tahrikin varlığını veya yokluğunu değerlendirirken tepki suçunun zamanı bakımından kullanılacak ölçüt hiddet veya şiddetli elemin etkisinin sürüp sürmediğidir.³²⁸

³²⁷ İÇEL, s. 487; Bu durumu örnek olarak, bir otobüs sürörü seyir hâlindeyken, otobüste bulunan tüm yolcular tarafından aracı yavaş kullandığı yönünde hakarete maruz kalır ve bu durumdan doğan hiddet halinin etkisiyle aracı hızlı kullanırken direksiyon hakimiyetini kaybeder ve otobüstekilerin yaralanmasına sebep olursa, haksız tahrik indiriminden yararlanmalıdır.

³²⁸ **Yargıtay 4. CD T. 25.12.1991, E. 1991/7141, K. 1991/8305**, “*haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için, zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen öfke, ve acı; bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiriyle sonuca göre hüküm kurulması gerekir.*” Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (E.T.: 03.03.2020).

1810 tarihli mülga Fransız Ceza Kanunu, zaman hususunda tepki suçunun “hemen” gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.³²⁹ Doktrinde bu durumu savunan görüşe göre, tahrik fiili ve tepki suçu arasına failin düşünmesine olanak verecek bir sürenin girmemesi gerekir. Zira eğer failin düşünüp taşınacak vakti olursa artık tahrikten bahsedilemez.³³⁰

Yürürlükteki Alman Ceza Kanunu’nun 213. maddesi de 1810 tarihli mülga Fransız Kanunu’na benzer şekilde verilecek tepkinin “hemen” olması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.³³¹ Ancak doktrinde bu ifadenin zamansal bir ifade değil, failin içinde bulunduğu psikolojik durum ile ilgili olduğu ifade edilmiştir.³³² Bu sebeple tepki suçunun zamansal olarak hemen işlenmesi gerekmeyip, failin psikolojik olarak tahrik fiilinin etkisi altında bulunması yeterli görülmüştür.³³³

İtalyan Ceza Kanunu ise TCK’ye benzer şekilde hiddet hâlinde suçun işlenmesini yeterli görmüştür. Doktrinde de kanunun ifadesinden yola çıkarak tepkiyi teşkil eden

³²⁹ Bkz. https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3b.html (E.T.: 12.03.2020).

³³⁰ AYIK, s. 94.

³³¹ Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1948 (E.T.: 12.03.2020).

³³² DEMİRBAŞ, Özel Tahrik Halleri, s. 57,58.

³³³ BAŞAR, Tahrik – I, s. 262; Alman Federal Mahkemesi 1. CD T. 13.02.1975, E. 1975/629, K. 1975/74 sayılı kararına göre, “hemen” kavramı, failin tahrik üzerine içerisine düştüğü elem durumu sebebiyle verdiği suç işleme kararı ile aynı psikolojik etkinin tesiri altında kalarak söz konusu suçu işlemesi arasında zaman geçmesine engel olmaz. Bkz. DEMİRBAŞ, Özel Tahrik Halleri, s. 57, dn. 40.

fiilin hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında gerçekleşiyor olması tepki suçunun zamanı bakımından yeterli sayılmıştır.³³⁴

Anglo-Sakson ve Amerikan Ceza Hukuku sistemlerinde ise failin tepki suçunu tahrik fiilinin sebep olduğu duygular sebebiyle, kontrolünü kaybederek tahrik fiilini takiben gerçekleştirmesi aranmaktadır.³³⁵ Aksi hâlde araya zaman girerse failden duygularını kontrol etmesi beklenmektedir.³³⁶

Karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar dikkate alındığında TCK uygulaması Alman ve İtalyan Ceza Kanunu uygulamalarına yakınlık göstermektedir. İfade edildiği üzere tepki suçu, hiddet veya şiddetli elemin devam ettiği sürece işlenebilir.³³⁷ Kanun koyucu haksız tahriki düzenlerken, meşru savunma uygulamasında olduğu gibi haksız saldırının “o anda” defedilmesi gerekliliğine benzer bir düzenlemeden kaçınmıştır. Doktrinde bu husus “böyle bir kayda lüzum görülmediği” şeklinde yorumlanmış ve

³³⁴ EREM, Ümanist, s. 59,60; Bu hususta Majno şunları söylemiştir; “Sureti umumiyede tahrikin kabulü için tahrik eden sebeple aksülâmelin aynı zamanda vuku bulması lazım geldiği söylenmektedir. Fakat kanunumuzun fikrine göre buhran hadisesi adeta kronometre ile ölçülmemelidir. Tahrik hususunda hükme medar olacak kıstaslar saatte değil, mazeret sebebinin hukuki ve ahlaki mahiyetinde aranmalıdır. Bundan evvelki kanunlar zamanında teessüs eden içtihat, tahrikin kabul edilebilmesi için aksülâmelin, ani olması lazım gelmediği ve ancak gazap ve elem hissinin sükun bulmadan evvel aksülâmelin vukuu kafi bulunduğu ilan edilmiştir. İtanyan Ceza Kanununun tatbikında da bu suretle hüküm olunmuştur.” Akt. AYIK, s. 94.

³³⁵ NARAYAN/VON HIRSCH, s. 15; Yazarlar kontrol kaybını ifade etmek için “hot anger” terimini kullanmaktadır. “Hot anger” terimi temelde “cold anger” terimi ile birlikte açıklanabilir. Buna göre hot anger, kişinin duygusal bir durum içerisinde olması sebebiyle nahoş hareketler gerçekleştirebileceği bir duygu durumu olarak tanımlanabilir. Cold anger durumunun aksine ani olarak parlama şeklinde gerçekleşir. Cold anger ise, duygusallıktan uzak, daha çok kişinin içerisinde bulunan durumdan memnun olmama hali için kullanılan bir terimdir.

³³⁶ C. R. M. DLAMINI, “The Changing Face of Provocation”, South African Journal of Criminal Justice, Vol. 3, No. 2, 1990, s. 132,133.

³³⁷ AYDIN, Yeni TCK, s. 238.

“hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında” olunduğu müddetçe haksız tahrikten söz edilebileceği ifade edilmiştir.³³⁸

Tahrik fiili ve tepki suçu arasında geçen zaman uzadıkça bahsi geçen psikolojik etkinin tespiti zorlaşacaktır. Bu noktada kabul edilen ölçüt tahrik fiili ve tepki suçu arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Eğer aradan uzun yıllar geçmesine rağmen hâkim bu iki durum arasında bir sebep sonuç ilişkisi kurabiliyorsa haksız tahrikin değerlendirilmesi gerekecektir.³³⁹

Tahrik fiili sonucu fail, hiddet veya şiddetli elemin sonucu olarak tepki suçunu hemen işleyebileceği gibi aradan yıllar geçtikten sonra da işleyebilir. Bununla birlikte fail tahrik fiili gerçekleştiği anda bir hiddet veya şiddetli elem duymasa dahi bu duygu sonradan oluşursa yine iki durum arasında bir sebep sonuç ilişkisi kurulabileceğinden haksız tahrik gündeme gelecektir.³⁴⁰

Mahkeme, tepki suçunun zamanı ile ilgili değerlendirme yaparken yalnızca tahrik fiilinin gerçekleştirilmiş olmasını bir karine kabul etmemelidir. Somut olayın gerektirdiği ölçüde fail ve mağduru mümkünse dinlemeli, böylece failin tepki suçunu işlediği sırada tahrik fiilinden kaynaklı olarak bir hiddet veya şiddetli elem içerisinde olup olmadığını tespit etmelidir.³⁴¹ Bu noktada tahrik fiilinin gerçekleştirilme şekli ve failde meydana

³³⁸ EREM, Haksız Tahrik, s. 644.

³³⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 213.

³⁴⁰ YALÇIN/KÖPRÜLÜ, s. 394; Benzer şekilde hiddet veya şiddetli elem hâli başlangıçta güçlü olup sonradan zayıflayabilir ya da başlangıçta zayıf olup sonradan güçlenebilir. Sebep sonuç ilişkisinin kurulabildiği tüm durumlarda haksız tahrik gündeme gelecektir. Bkz. SOYASLAN, s. 490.

³⁴¹ AÇIKGÖZ, s. 94,95.

getirdiği zarar failin içinde bulunabileceği psikolojik durumun tespiti için önemli bir değerlendirme noktasıdır. Örneğin failin yüzünde veya vücudunun belirli bölgelerinde herhangi bir iz bırakan tahrik fiilleri hiddet veya şiddetli elemi tespit açısından önemlidir.³⁴²

Tahrik fiili ve tepki suçu arasında geçen süre haksız tahriki ortadan kaldırmamakla beraber Yargıtay tarafından belirlenecek indirim oranının asgari veya azami haddenden olması noktasında bir kriter olarak kullanılmaktadır. Bu kriterin kullanımı zamana bağlı olarak tahrik fiilinin etkisinin ve yoğunluğunun azalması olarak ifade edilmektedir.³⁴³ Ancak kanaatimizce bu durumun bir karine şeklinde uygulanması doğru değildir. Aradan geçen zamanın failin duygu durumunda bir azalmaya sebep olması olağandır. Ancak bunun tespiti noktasında mahkemeye büyük görev düşmektedir. Mahkeme, failin içinde bulunduğu psikolojik durumu tespit edip tepki suçunun bu durum etkisinde işlenip işlenmediğinin yanında hangi oranda indirim uygulanacağına da failin içinde bulunduğu psikolojik durumu değerlendirerek karar vermelidir. Eğer mahkeme, failin tepki suçunu tahrik fiilinin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle değil de aradan geçen

³⁴² **Yargıtay 3. CD T. 30.12.2006, E. 2006/9078, K. 2006/9492**, “...bu izin olay zamanında bile belirgin biçimde gözlemlenebilmesi ve bunun psikolojik baskısını sanığın her zaman hissetmesi neticesinde duyduğu elem ile tahrik fiili ile tepki fiilinin işlenmesi arasında 15 sene geçmiş olmasına rağmen...” Akt. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 213.

³⁴³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 214; Yargıtay 1. CD, 2006 tarihli bir kararında; 11 yıl önce gerçekleşmiş bir öldürme olayında, aradan geçen zamanı ve öldürme olayının failinin cezasını çekmesini, haksız tahrik olayının faili için azami haddenden verilen indirimi bozma nedeni saymıştır. (**Yargıtay 1. CD T. 05.12.2006, E. 2006/5969, K. 2006/5457**), Yine Yargıtay 1. CD, 2007 tarihli başka bir kararında ise; henüz 2 ay önce gerçekleşen olayda failin maruz kaldığı tahrik fiilinin duygusal etkisinin hâlâ yoğun olması sebebiyle azami haddenden indirim verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. (**Yargıtay 1. CD T. 28.06.2007, E. 2007/2146, K. 2007/5294**) Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 23.04.2020).

zaman sonucunda oluşan kin veya intikam isteği ile işlediğini tespit ederse artık tahrik indiriminden bahsedilemeyecektir.³⁴⁴

F. TEPKİ SUÇU VE TAHRİK FİİLİ ARASINDA NEDENSELLİK BAĞI BULUNMASI

Haksız tahrikin maddi unsurları tahrik fiili ve tepki suçudur. Haksız tahrikin varlığı için bu iki koşulun bulunmasının yanında bu iki koşul arasında bir nedensellik bağının da bulunması gereklidir.³⁴⁵ Doktrinde bu husus “*Haksız bir tahrik fiilinin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elem olmasaydı fail bu tepki suçunu işlemeyecekti.*” şeklinde ifade edilmiş, haksız tahrik için nedensellik bağının varlığı aranmıştır.³⁴⁶ Bu nedenle failin suçu işlemeye daha önceden karar vermiş olması, daha sonra tahrik edilmiş olsa dahi haksız tahrikten yararlanması sonucunu doğurmaz.³⁴⁷ Zira artık işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir nedensellik bağının varlığından söz edilemez.³⁴⁸

Bilindiği üzere failin tahrik fiili neticesinde içerisine düştüğü hiddet veya şiddetli elem hâli makul üçüncü kişi bakımından da kabul edilebilir nitelikte bir durum meydana getirmelidir. Yani tahriki oluşturan fiil normal şartlar altında hiddet veya şiddetli elem

³⁴⁴ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 215.

³⁴⁵ KANGAL, s. 47.

³⁴⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 358; GÜRELLİ, s. 336; SOYASLAN, s. 491,492; BARDAK, s. 46.

³⁴⁷ TUTUMLU, s. 33

³⁴⁸ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 86; EKER KAZANCI, s. 1335.

doğurucu bir nitelik taşıyor olmalıdır.³⁴⁹ Ancak bazı durumlarda böyle bir nitelikte olmayan fiil, failin öfkelenmesine sebebiyet verebilir.³⁵⁰

Bu gibi durumlarda nitelendirme tepki suçu ve tahrik fiili arasında değil, tahrik fiili ve failin psikolojik durumu arasında yapılmalıdır. Zira burada artık tahrik fiili ile tepki suçu arasındaki nedensellikten zaten bahsedilemez. Burada kurulması gereken nedensellik, tahrik fiili ve failin ruhsal durumu arasındadır. Makul bir üçüncü kişide hiddet veya şiddetli elem meydana getirebilecek nitelikte olmayan bir fiil, failde böyle bir durum meydana getirmişse artık orada bir nedensellik bağından değil olsa olsa bir vesileden bahsedilebilir. Aksinin kabulü hâlinde tepki suçuna karşı hoşgörü ile bakılmış, ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olacak şekilde cezada indirimde gidilmiş olacaktır.³⁵¹

Nedensellik bağı ile ilgili diğer bir konu tahrik fiili ve tepki suçu arasındaki zamandır. Uzun süreler sonra işlenen tepki suçları bakımından nedensellik bağının mahkeme tarafından tespiti oldukça zordur.³⁵² Kanunda ifade edildiği üzere tepki suçunun zamanı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Madde metninde yalnızca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olmak arandığından somut olayın özelliklerine göre failin, aradan zaman geçmesine rağmen hâlâ benzer bir ruhsal durum içerisinde olup olmadığına bakılması gerekir.³⁵³ Eğer fail tahrik fiilinin üzerinden geçen zamana rağmen

³⁴⁹ AÇIKGÖZ, s. 83.

³⁵⁰ DURAN, s. 167,168.

³⁵¹ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 357,358; AYDIN, Yeni TCK, s. 238.

³⁵² BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 216.

³⁵³ DEMİRBAŞ, Hakız Tahrik, s. 87; AYDIN, Yeni TCK, s. 239.

hâlâ hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaysa o zaman nedensellik bağının varlığından bahsedilebilecektir.

Yargıtay'ın uzun yılların haksız tahriki ortadan kaldıracağına dair kararları³⁵⁴ olmakla birlikte aradan uzun yıllar geçmesine rağmen haksız tahrikin varlığına hükmettiği kararları³⁵⁵ da vardır. Bu noktada kanaatimizce, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, aradan uzun yıllar geçse dahi nedensellik bağının mevcut olabileceği ve haksız tahrik uygulanabileceği kabul edilmelidir.

Nedensellik bağı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu tahrik fiili ve tepki suçu arasındaki orandır. Kanun metnine bakıldığında herhangi bir oranın aranıp aranmayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla doktrinde oranın bulunması gerektiğini savunan yazarların yanında kanun metninde herhangi bir

³⁵⁴ **YCGK T. 14.06.2011, E. 2011/1-24, K. 2011/124**, “aradan geçen zaman da nazara alındığında olayda sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması koşullarının gerçekleşmediğinin kabulü gerekmektedir.” Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T.: 15.03.2020).

³⁵⁵ **YCGK T. 09.11.1990, E. 1990/1-254, K. 1990/277**, “Olayda, sanıkların üç sene önce vuku bulan ve ölenin yargılanıp mahkûm olması ve cezasının infaz edilmesiyle sonuçlanan olayın üzerlerinde oluşturduğu öfke ve şiddetli elem etkisi altında kaldıkları, bu ruhsal durumun tepkisiyle suçu işledikleri anlaşıldığından, haklarında tahrik hükmünün uygulanması gerekir.” Bkz. DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 87, dn. 375; **Yargıtay 1. CD T. 04.12.2006, E. 2006/5354, K. 2006/5382**, “Sanığın 23.06.1979 yılında ağabeyi M..’yı öldüren Ç’i 20 yıl sonra tasarlayıp evi önünde pusu kurmak suretiyle kaleşnikof silahla öldürdüğü olayda, münhasıran kan gütme saiki düşünülmemeyeceğinden Ç..’in ilk olayda sanığın kardeşi M..’yı kasten öldürüp 765 Sayılı TCK.nun 448, 51/1 ve 55/3. maddeleri uyarınca mahkum olup cezasının infaz edilerek çektiği nazara alınıp aradan geçen süreyi de göz önünde tutarak hafif tahrik etkisiyle tasarlayarak adam öldürme suçunu işlediğinin kabulüyle 765 Sayılı TCK.nun 450/4, 51/1 ve 59. maddeleriyle hüküm kurulması gerekirken bu hususta istikrar kazanmış içtihatlarla itibar edilmeyerek yazılı biçimde TCK.nun 450/10, 59. maddeleriyle hüküm tesisi, Kanuna aykırı olup sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde bulunduğundan bu suçtan kurulan hüküm ile irtibat sebebiyle diğer suçlardan kurulan kısmen resen de temyize tabi bulunan hükümlerin BOZULMASINA ... karar verildi.” Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T.: 19.03.2020).

düzenlemenin bulunmamasından yola çıkarak bir oran aranmasının kanunun lafzına aykırı olacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır.

İlk görüşe göre tahrik fiili ve tepki suçu arasında bir oran bulunmalıdır.³⁵⁶ Her ne kadar kanun metninde bir oran aranmasa da tahrik kavramı muhtevasında oranı barındırmaktadır.³⁵⁷ Bu görüşe göre işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oran yoksa haksız tahrik indiriminden yararlanılamayacaktır.³⁵⁸ Zira böyle bir durumun varlığında suç tahrikten doğmamış, tahrik suça vesile olmuştur.³⁵⁹ Bununla birlikte tahrik fiili ve tepki suçu arasında bir oran bulunması, tepki suçunun tahrik fiilinden ağır olamayacağı anlamına gelmemektedir. Daha doğru bir ifadeyle tepki suçu ve tahrik fiili arasında kesin ve açık bir ölçüsüzlük bulunmaması anlamına gelmektedir.³⁶⁰ Böyle bir durumda artık

³⁵⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 600; GÜRELLİ, s. 337,338.

³⁵⁷ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 359; SOYASLAN, s. 491; Alman doktrinde de tahrik fiili ve tepki suçu rasında belli bir oran gerekeceği ifade edilmektedir. Bkz. BAŞAR, Tahrik – I, s. 262, dn. 62; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 217.

³⁵⁸ Doktrinde tepki suçu ve tahrik fiilinin oranı hususunda başka bir bakış açısı daha vardır. Buna göre, tepki fiilinin tahrik fiiline oranla ölçüsüz olması durumunda, tepkide sınırın aşılması sebebiyle görece yetersiz bir tahrik fiili gündeme gelmektedir. Bu durumda tahrikin yetersizliği sebebiyle haksız tahrikin uygulanmaması gerekir. Ancak Yargıtay uygulamalarına bakıldığında tahrik fiilinin yetersizliği kararı yerine tepki fiilinde sınırın aşıldığı yönünde kararlar verilmektedir. Yargıtay'ın kabulü bu yönde olduğundan dolayı, bu gibi bir durumda tahrik indirimi en alt haddeden verilmeli, sınırın aşılması sebebiyle de mağdur bakımından meşru savunma veya haksız tahrik hâlleri gündeme gelmelidir. Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 221.

³⁵⁹ Faruk EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C. 1, Seçkin Yay., Ankara 1993, s. 428.

³⁶⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 448; DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 359.

tahrik fiili ve tepki suçu arasında bulunması gereken nedensellik bağının varlığından bahsedilemeyecektir.³⁶¹

Aksi yöndeki görüşe göre ise, tahrik fiili ve tepki suçu arasında bir oran bulunması gerekmemektedir.³⁶² Tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir oran arayan düşünce kanuna aykırıdır, zira kanunda oran bulunmasına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kurumun amacı tahrik fiili ile tepki suçu arasında bir denge kurmak değildir.³⁶³ Failin içerisinde bulunduğu psikolojik duruma hukuki bir sonuç bağlayarak cezasında indirimine gitmektir.³⁶⁴ Bununla birlikte failin hangi tahrik fiiline karşılık hangi suçu işleyeceği, nasıl tepki vereceği belirlenebilir nitelikte değildir. Ancak oran bulunmaması yalnızca tahrik fiili ve tepki suçu arasında bir oran bulunmamasını ifade etmektedir. Haksız tahrik kurumu yapısı itibarıyla failin içinde bulunduğu ruhsal durumu konu edinmiştir. Failin

³⁶¹ Tahrik fiili ve tepki suçu arasındaki oranı konu alan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Commonwealth v. Bermudez* kararı (Commonwealth v. Bermudez, 370 Mass. 438 (1978) Bkz. <http://masscases.com/cases/sjc/370/370mass438.html> (E.T.: 22.03.2020)) Amerikan Ceza Hukuku bakımından oldukça önemlidir. Olayda Francisco Bermudez'in olay sırasında hâlâ evlilik bağı içerisinde karısı, fail Bermudez'e, artık kendisini görmek istemediği, hayatında başka birilerinin olduğunu bağırarak ve küfür ederek söylemiş, bu tahrik fiiline karşılık Bermudez ise karısını öldürmüştür. Mahkeme kararında "*Hakaret veya münakaşa tek başına bir tahrik için yeterli değildir. Sanık, eşinin kendisini aldattığını itiraf ettiğinden yakınıyor olsa bile, bu durum hiçbir koşulda insan öldürme suçu üzerinden tahrik indirimini gerektirmez.*" şeklinde karar vermiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerin genelinde haksız tahrik yalnızca insan öldürme suçu bakımından mümkündür. Dolayısıyla mahkeme bu noktada hakaret ve insan öldürme suçları bakımından bir oranın var olup olmadığını değerlendirmiştir. Richard **SINGER**, "The Resurgence of Mens Rea: I - Provocation, Emotional Disturbance, and the Model Penal Code", Boston Collage Law Review, Vol. 27, No. 2, March 1986, s. 263-266.

³⁶² TOROSLU/TOROSLU, s. 287; AYDIN, Yeni TCK, s. 239; DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 89; ÖNDER, s. 383.

³⁶³ Bu konu ile ilgili Roma Hukukundan gelen bir özdeyişe göre "*Saldırıya uğrayanın elinde terazi yoktur.*" Bkz. TUTUMLU, s.36.

³⁶⁴ AYDIN, Yeni TCK, s. 239.

tepki suçunu işleminin nedeni içerisinde bulunduğu psikolojik durumdur. Tepki suçu da failin içerisinde bulunduğu psikolojik durumu ile orantılı olmalıdır.³⁶⁵ Failin işlediğı tepki suçu, içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli eleml bastırmaya yetecek ölçüde olmalıdır.³⁶⁶ Bizim de katıldığımız görüş tepki suçu ile failin duyduğu öfke veya üzüntü arasında belli bir oranın bulunması gerektiğidir. Aksi durumda tepki suçu ve tahrik fiili arasında doğrudan bir oran aramak kanunun lafzına aykırı olacağı gibi hiçbir oran aramamak da ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Tepki suçu ve failin duyduğu öfke veya üzüntü arasında oran bulunması nedensellik bağının bir gereğidir, aksi durumda nedensellik bağı ortadan kalkacağı için haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır.

³⁶⁵ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 89; AYDIN, Yeni TCK, s. 240; KANGAL, s. 50; EKER KAZANCI, s. 1337.

³⁶⁶ Yargıtay doktrinde oldukça incelenen bir kararında tepki suçu ve tahrik fiilinin meydana getirdiğı psikolojik durum arasındaki ölçüsüzlüğe dikkat çekmiş, sonuçta haksız tahrikin uygulanamayacağı ifade etmiştir. Karara göre, **Yargıtay 5. CD T. 24.01.1978, E. 1978/51, K. 1978/84**, ““Irza geçme suçları, shevi bir kasıtle ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardandır. Olayda, kendi bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdur Ekrem 'i yakalayan sanığın, boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiğı kabul edilip, mağdurun bahçeden kayısı çalması sanık lehine haksız tahrik olarak nitelendirilmiş ve TCK m.51 f.1 maddesi ile cezadan indirim yapıldığı görülmüştür. Kanun maddesindeki yazılış ve yukarıda yapılan açıklama ışığı altında mağdur Ekrem'in sanığın zararına işlediğı haksız tahrik sayılan eylemiyle işlenen suç karşılaştırılırsa, bu ikisi arasında nitelikleri bakımından bir bağlantı, ne de ağırlık yönünde bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır. Demek ki, tahrik sayılan eylem ne ağır ne hafif bir tahrik niteliğinde değildir.” Akt. AÇIKGÖZ, s. 266.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ TAHRİKİN İLGİLİ BAZI KURUMLARLA UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ VE ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HÂLLERİ

I. HAKSIZ TAHRİKİN İLGİLİ BAZI KURUMLARLA UYGULANABİLİRLİĞİ

A. MEŞRU SAVUNMA VE HAKSIZ TAHRİK

1. Genel Olarak

Doktrinde “*Mazeret Sebepleri*” veya “*Suçun Ortaya Çıkmasını Önleyen Objektif Nedenler*” şeklinde de adlandırılan ancak 5237 sayılı TCK’de “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırı olmasını engelleyerek hukuken meşru olmasını sağlayan hâllerdir.³⁶⁷

Hukuka aykırılık ifadesini salt ceza hukuku alanına indirmek mümkün değildir. Dolayısıyla hukuka aykırılık denildiğinde hukuk düzeninin bütününe bir aykırılıktan söz edilmektedir.³⁶⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı durumunda da fiil doğrudan hukuka uygun doğacaktır. Zira hukuka uygunluk nedenleri fiili sonradan hukuka uygun hâle getirmez, fiilin gerçekleştiği anda hukuka uygun olmasını sağlar.³⁶⁹

³⁶⁷ TOROSLU/TOROSLU, s. 157.

³⁶⁸ Fahri Gökçen **TANER**, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, CHD, S. 12, Y. 5, Nisan 2010, s. 225.

³⁶⁹ Necati **MERAN**, “Yasal Savunma (Meşru Müdafâ) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma”, Yargıtay Dergisi, C. 28, S. 4, Ekim 2002, s. 558.

Haksız tahrikle ilişkisi bakımından ele alacağımız hukuka uygunluk nedeni meşru savunmadır. Meşru savunma, çok eski dönemlerden beri uygulanan ceza kanunlarının hemen hepsinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir.³⁷⁰ Benzer şekilde Türk Ceza Hukuku sisteminde mülga 765 sayılı TCK'nin 49. maddesinde³⁷¹ ve 5237 sayılı TCK'nin de 25. maddesinde³⁷² düzenlenmiştir. Buna göre meşru savunma, “bir kimsenin kendisine ya da üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı uzaklaştırmak için gösterdiği zorunlu tepkidir. Bir başka deyişle kişinin kendisinin veya

³⁷⁰ TOROSLU/TOROSLU, s. 163; Yasal savunma, her zaman varlığı kabul edilmiş bir kavramdır. Roma hukukunda, hayata, vücut tamlığına, namusa, kişisel bir tehlikeye yol açtığı takdirde mala karşı yapılan saldırıları uzaklaştırmak için yasal savunma hakkının varlığı kabul edilmekteydi. Cermen hukukunda ise, öç alma hakkına büyük önem verildiğinden, saldırının uzaklaştırılması hakkın derhâl icrası olarak kabul edilmiş, mala, şerefe ve her türlü saldırıya karşı savunma yasal sayılmıştı. İslam hukukunda, yasal savunmada bulunan kişi, kısas, diyet veya tazir cezasına konu olamaz. Savunma, hayata, mala, ırz ve namusa yönelik bütün saldırılara karşı meşrudur. Akt. MERAN, s. 559.

³⁷¹ 765 sayılı TCK Madde 49 - Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle,

Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filihal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle,

Gerek nefisini ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffüz imkanında olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez. Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 10.07.2020).

³⁷² 5237 sayılı TCK Madde 25 - Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 10.07.2020).

bir başkasının hukuki varlığını, gerçekleşmekte olan ya da yakın, hukuka aykırı bir saldırıya karşı zorunlu savunmasıdır.”³⁷³

Haksız tahrik ve meşru savunma kurumları açısından tartışılması gereken husus ise bu iki kurumun yapıları itibariyle birlikte uygulanıp uygulanamayacağıdır.

2. Meşru Savunma ve Haksız Tahrik İlişkisi

Uygulamada meşru savunma ve haksız tahrik kurumları, şartlarının bazılarının ortak olması sebebiyle zaman zaman karıştırılmaktadır.³⁷⁴ Karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalara bakıldığında zaman zaman bazı durumlarda meşru savunma ve haksız tahrikin birlikte ele alındığı görülmektedir.³⁷⁵ Bu durum da doktrinde haksız tahrikin meşru savunmaya dahil olup olmadığı tartışmasını doğurmuştur.³⁷⁶ Doktrin her ne kadar bu iki kurumun

³⁷³ MERAN, s. 558.

³⁷⁴ Örneğin “mağdurun sanığı 6-7 metre gibi kısa bir mesafeden 13 cm.lik sivri uçlu bir bıçakla ısrarla kovalaması”, “sopa ile düşürülen kişinin kalkıp kaçtığı hâlde bıçakla takip edilip alınandan hafif yaralanması”, “sanığa ısrarla cinsi münasebet teklif eden maktulün olay günü sanığın evde yalnız bulunmasından bilistifade bıçakla tehdit ederek ırzına geçmek istemesi” gibi olaylar ilk derece mahkemesi tarafından haksız tahrik olarak değerlendirilmiş ancak Yargıtay tarafından doğru şekilde meşru savunma teşkil etmesi sebebiyle bozulmuştur. Akt. BAŞAR, Tahrik – II, s. 355,356.

³⁷⁵ Kevin Jon **HELLER**, “Beyond the Reasonable Man? A Sympathetic but Critical Assessment of the Use of Subjective Standards of Reasonableness in Self-Defense and Provocation Cases”, American Journal of Criminal Law, Vol. 26, No. 1, Fall 1998, s. 22-30; Fransız Ceza Kanunu hazırlanırken haksız tahrikin hukuki esasının bir çeşit meşru savunma olduğu ifade edilmiştir. Burada ifade edilen meşru savunma daha önce tanımlandığı üzere “tamamlanmamış meşru savunma”dır. Bkz. AYIK, s. 99.

³⁷⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 227.

birlikte uygulanamayacağı konusunda hemfikirse de bu durumun sebebi noktasında iki görüş vardır.

Bu görüşlerden ilkinde göre, haksız tahrik meşru savunmaya dahildir.³⁷⁷ Zira bu iki kurum arasında mahiyet itibariyle bir fark yoktur.³⁷⁸ Meşru savunma ile haksız tahrik arasındaki fark nitelik farkından ziyade bir yoğunluk farkıdır.³⁷⁹ Meşru savunma durumunda kanun koyucu en yüksek derecede bir tahrik hâlini kabul etmiştir.³⁸⁰ Bu sebeple haksız tahrik ve meşru savunma kurumlarının birlikte uygulanması mümkün değildir.³⁸¹ Çünkü haksız tahrik meşru savunmaya dahildir³⁸², aralarında yalnızca “kesafet”³⁸³ bakımından fark vardır.³⁸⁴

Doktrindeki diğer görüşe göre ise, meşru savunma ve haksız tahrik kurumları nitelik bakımından birbirinden ayrılan iki farklı ceza hukuku kurumudur.³⁸⁵ Öncelikle

³⁷⁷ BARDAK, s. 50.

³⁷⁸ EREM, Haksız Tahrik, s. 647.

³⁷⁹ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 603.

³⁸⁰ BAŞAR, Tahrik – II, s. 358; Meşru savunmada mevcut bir saldırı söz konusudur ve failin başka türlü saldırıdan korunma imkânı yoktur. Haksız tahrikte ise sona ermiş ve savunma zorunluluğu bulunmayan bir haksız fiile karşı savunma yapılması söz konusudur. Dolayısıyla iki kurum haksız saldırı noktasında birleşmektedir. Bu nedenle meşru savunmanın uygulanması durumunda artık haksız tahrikten söz edilemez. DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 98; TUTUMLU, s. 68.

³⁸¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 449; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 544.

³⁸² BAŞAR, Tahrik – II, s. 358.

³⁸³ Çokluk, sıklık, yoğunluk; Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 11.07.2020).

³⁸⁴ EREM, Haksız Tahrik, s. 647.

³⁸⁵ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 349; GÜRELLİ, s. 341.

haksız tahrik kurumu failin içerisinde bulunduğu psikolojik duruma yani bir subjektif duruma dayanan ve cezada indirimine sebep olan bir hâldir. Buna karşın meşru savunmada kurum mevcut bir saldırıya yani objektif bir esasa dayanır, fail soğukkanlı şekilde hareket edebilir, haksız tahrikten farklı olarak da bir hukuka uygunluk nedenidir.³⁸⁶

Bir diğerk fark saldırıya karşı verilen tepkinin zamanlamasıdır.³⁸⁷ Buna göre haksız tahrikte fail tepki suçunu işlemek için herhangi bir sınırlamaya sahip değildir.³⁸⁸ Hiddet veya şiddetli elem sürdükçe tepki suçu işlenebilir. Meşru savunmadaysa kişi derhal bu tepkiyi göstermelidir. Bununla birlikte kanun metninden çıkarılan bir diğerk fark ise oran meselesidir. Daha önce ifade edildiğı üzere tepki söz konusu olduğunda haksız tahrikte bir sınırlama bulunmazken meşru savunmada “saldırı ile orantılı” bir tepkinin varlığı aranmıştır.

Bu iki kurumun neden birlikte uygulanamayacağına dair öne sürülen bir diğerk farklılık ise iki kurumun sonuçlarından yola çıkmaktadır. Buna göre meşru savunmada fiil hukuka uygun olacağından faile bir ceza verilmez. Ancak haksız tahrik yalnızca cezanın belirlenmesi noktasında bir indirim nedenidir.³⁸⁹ Hâl böyle olunca verilmeyen

³⁸⁶ AYIK, s. 100; GÜRELLİ, s. 342; KÖNİ, s. 207.

³⁸⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 229.

³⁸⁸ Örneğin “derhâl” gerçekleşen bir tepki yerel mahkeme tarafından haksız tahrik olarak değerlendirilmesine rağmen Yargıtay meşru savunma hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. **Yargıtay 1. CD T. 11.04.1984, E. 1984/512, K. 1984/1646**, “Sanık Birgül’ün oğlu olan mağdur Salim’in sanık Niyazi tarafından dövüldüğünü ve bıçaklandığını görerek buna mâni olmak için Niyazi’yi darp etmesinde meşru müdafaa şartları içerisinde bulunduğı göz önünde bulundurularak TCK’nın meşru savunma hükümlerinin uygulanması gerekirken, bu hususun ağır tahrik kabulü ile TCK’nın haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir.” Akt. GÜNAY, s. 57,58.

³⁸⁹ Doktrinde haksız tahrik ve meşru savunma hâlinin birlikte uygulanabilmesi tehlikeli görülmüştür. Haksız tahrikin varlığında da ceza almayacağını bilen failin artık suç işlemekten korkmayacağını ve ani kızgınlık durumlarında daha kolay suç işleyeceği ifade

ceza üzerinden bir indirim de yapılamayacağına göre bu iki kurum birlikte uygulanamaz.³⁹⁰

Bu görüşe göre tüm bu farklılıklar sonucu meşru savunma ve haksız tahrik kurumları diğer görüşün aksine yalnızca yoğunluk bakımından değil nitelik itibariyle de birbirinden farklıdır. İki görüşün ortak noktası ise iki kurumun birlikte uygulanamayacağıdır. Kanaatimizce meşru savunma ve haksız tahrik kurumlarının nitelik itibariyle de birbirinden farklı olduğunu kabul eden görüş yerindedir. Aksi hâlde kurumların arasındaki bahsi geçen farklar açıklanamaz.

Doktrinde mağdurun, faile yönelik tahrik fiilini gerçekleştirmesi sonucu karşı karşıya kalacağı tepki suçu noktasında meşru savunmadan yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmıştır. Buna göre, örneğin, mağdur faile küfretmiş ve onu hiddet veya şiddetli elem hâline sokmuştur. Bu noktada fail eğer söz gelimi mağdura karşı silahlı saldırıda bulunursa mağdur meşru savunmadan yararlanacak mıdır?

Doktrinde bu noktada tepki suçu ile tahrik fiili arasındaki orana bakılacağı, eğer iki durum arasında bir oransızlık varsa mağdurun meşru savunmadan yararlanabileceği ifade edilmiştir.³⁹¹ Bilindiği üzere haksız tahrik kurumunun uygulanabilmesi için bir oranın bulunması zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla tepki suçu tahrik fiili ile orantılı olmak zorunda değildir. Ancak tepki suçu ve tahrik fiili arasında bir nedensellik bağı olması gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere orandan anlaşılması gereken şudur; gerçekleşen tahrik fiili, faili o tepki suçunu işleyecek hiddet veya şiddetli elem hâline sokabilecek

edilmiştir. Bkz. C.R. **SNYMAN**, “Is There Such a Defence in Our Criminal Law as Emotional Stress?”, South African Law Journal, S. 1, 1985, s. 248.

³⁹⁰ AYDIN, Yeni TCK, s. 241.

³⁹¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 231.

ölçüde mi? Dolayısıyla eğer tahrik fiili ve tepki suçu arasında bir ölçüsüzlük varsa bu noktada bir haksız tahrikin varlığından da bahsedilemez. Zira artık tahrik fiili ve tepki suçu arasında nedensellik bağı kurulamaz. Haksız tahrikten bahsedilemediğinde de mağdur bu noktada hukuka aykırı bağımsız bir saldırı ile karşı karşıya demektir. Meşru savunmadan yararlanması bakımından bir engel yoktur.

Ancak bazı durumlarda tahrik fiili ile tepki suçu arasındaki ölçüsüzlük haksız tahriki ortadan kaldırmaya yetmeyecek oranda olabilir. Bu gibi hâllerin varlığında tepki suçunun failinin bu aşırıya kaçan tepkisi sebebiyle karşı tarafı meşru savunma durumuna sokması bakımından bir engel yoktur. Zira hiç kimse ilk tahrik fiilini gerçekleştirmesi sebebiyle karşıdan gelecek her türlü tepkiye katlanmak zorunda değildir. Haksız tahrik kurumu failin fiilini hukuka uygun hâle getirmez. Sonuç olarak tahrik fiili ve tepki suçunun meydana getirdiği zararlar arasındaki orantısızlık, mağduru meşru savunma durumuna sokabilir. Bu seviyenin tespitini ise somut olayın özelliklerine göre mahkeme yapacaktır.³⁹² Ancak aksi hâl yani meşru savunma durumunda savunma yapan kişinin karşıdaki saldırganı haksız tahrik durumuna sokması mümkün değildir. Zira meşru savunmada tepki, hukuka uygundur.

³⁹² **Yargıtay 1. CD T. 08.04.2004, E. 2004/81, K. 2004/1248**, “*Dosyada mevcut kanıtlara ve oluşa göre sanık Erdinç'in bıçaklı ve keserli saldırısına uğrayan Serdar'ın sözlü tahrikle olaya neden olsa dahi; nefsinin savunma zarureti altında kalarak Erdinç'i yaraladığının anlaşılması ve oluş tarzının mahkemece de bu biçimde kabul edilmesi karşısında müdahil-sanık Serdar'ın TCK.nun 49/2.maddesi koşullarında ve hukuka uygunluk içinde olduğunun kabulü gerekirken...*” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 12.07.2020).

3. Meşru Savunmada Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik

TCK 27. maddesinde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde sınırın aşılması hususunu düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasında³⁹³ tüm ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması düzenlenmiş, ikinci fıkrasında³⁹⁴ ise meşru savunmada sınırın aşılması düzenlenmiştir.

Meşru savunmada sınırın aşılması failin, içinde bulunduğu mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş sebebiyle meşru savunmada zaman ya da nitelik bakımından aşırıya kaçması şeklinde ortaya çıkmaktadır.³⁹⁵ Savunmanın nitelik bakımından sınırı aşması durumunda savunmanın saldırıya göre ölçsüz olması söz konusudur.³⁹⁶ Bu ölçsüzlük failin saldırıya uğrayan hukuki değeri ile savunma sonucunda saldırılan hukuki değer arasındaki ölçsüzlüktür.³⁹⁷

³⁹³ 5237 sayılı TCK Madde 27 - Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 15.07.2020).

³⁹⁴ 5237 sayılı TCK Madde 27 - Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 15.07.2020); Sınırın aşılması hâli 765 sayılı TCK'de de düzenlenmesine rağmen meşru savunmaya ilişkin özel olarak düzenlenen ikinci fıkra 5237 sayılı TCK döneminde eklenmiştir.

³⁹⁵ Ali Emrah **BOZBAYINDIR**, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, CHD, C. 7, S. 18, Nisan 2012, s. 121.

³⁹⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 236.

³⁹⁷ Nitelik bakımından sınırın ölçsüz olarak aşılması hâllerine örnek olarak, **YCGK T. 30.03.1981, E. 1981/32, K. 1981/107**, “...nefsine karşı vukubulan haksız bir saldırıyı, o anda defetmek zorunluluğu ile işlediği bu suçta sanık, sarhoş halde bulunan öldürülenin elinden bıçağını aldıktan sonra onun hayati organlarının bulunmadığı vücut bölgelerini hedef alarak bu bıçağı kullanması veya bir bıçak darbesiyle yetinmesi mümkün iken; zaruret sınırını aşmış ve karşısındakini bıçaklayarak öldürmüş bulunmasına göre...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 15.07.2020).

Sınırın zaman bakımından aşılmasında ise failin saldırı henüz başlamamış veya bitmiş olmasına rağmen savunma hareketlerine başlaması söz konusudur.³⁹⁸

³⁹⁸ Meşru savunmada sınırın zaman bakımından aşılmasının en tipik örnekleri “örselenmiş kadın sendromu” olarak adlandırılan durumlarda görülmektedir. Örneğin, **Yargıtay 1. CD T. 13.07.2011, E. 2011/1267, K. 2011/4491**, “*sanık Banu'nun maktulün öz kızı olduğu, sanığın, D.Mehmet ile 24.08.2004 tarihinde evlendiği; maktulün, 23.09.2004 tarihinde damadına karşı yaralama, sövme ve tehdit suçlarını, 09.11.2005 tarihinde yaralama ve tehdit suçlarını, 14.11.2005'te kendi evini kasıtlı olarak yakma suçunu işlediği iddiası ile Afşin Asliye Ceza Mahkemesi'nde kamu davaları açıldığı, davaların suç tarihinde derdest olduğu; maktulün, kızı olan sanığa evliliği süresince "10 tane çocuğun da olsa seni bu kişiden ayırıp yanıma alacağım, isteyen olursa da vermeyeceğim" şeklinde sözler söylediği, tüm bu olaylardan sonra sanığın, Afşin Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 25.01.2006 tarih, 2006/19 Esas, 2006/16 Karar sayılı olup, aynı gün kesinleşen kararı ile eşinden boşandığı ve baba evine döndüğü; maktulün, olay tarihinden önceki 6 ay boyunca, evlilik geçirmiş ve 22 yaşında olan sanık kızını diğer aile bireyleri içinde dahi kucağına almak, kalçasına ve göğsüne dokunmak sureti ile taciz ettiği, aynı odada kalan 14 yaşındaki diğer kızı Bahar'ın uyuduğundan emin olduğunda odaya girip Banu'nun kalçalarına ve göğsüne dokunarak taciz ettiği, tabancayı sanığın kafasına dayamak sureti ile tehdit ederek, onunla birden çok kez ve rızası dışında cinsel ilişkide bulunduğu; yaşanan bu ilişkiler sonucu sanığın hamile kaldığı; kadın doğum uzmanı Dr. Sermin'in özel muayenehanesinde 16.04.2008 tarihinde kürtaj yaptırdığı; maktulün, 27.06.2008 günü eve geç geldiklerini bahane ederek sanığı, eşini ve diğer kızı Bahar'ı evden kovduğu, sanığın, annesi ve küçük kız kardeşi ile beraber işletmekte oldukları bazlama dükkanında geceledikleri; maktulün, ertesi gün işyerine giderek diğerlerini eve gelmemeleri konusunda tehdit ederek, Banu'yu kolundan tutup eve götürdüğü ve evde silah zoru ile tekrar cinsel ilişkiye girdiği; sanığın, o gün evde kalıp ertesi gün işe gittiği, olaydan bir gün önce 29.06.2008 tarihinde saat 20.00 sıralarında annesi Cezvenur ve kardeşi ile beraber eve girdikleri, maktulün, eve gelmelerine ses çıkarmadığı, televizyon izlemekte olan maktulün, eşinin uyumasından sonra arada mutfaka girip çıkmak sureti ile kızlarının odasını gözetleyerek küçük Bahar'ın uyumasını kolladığı, Bahar'ın ve sanığın uyumasından sonra saat 24.00 sıralarında kızı Banu'nun yanına gidip eli ile kalçasına ve göğüslerine dokunmak sureti ile tacizde bulunduğu ve uyanan sanığa "salona gel" dediği, sanığın "Ben senin kanındanım canındanım" demesi üzerine "seni istiyorum, kaçışın yok, sen benim olacaksın, tersten bir kere birlikte olalım" diyerek eli ile gerçekleştirdiği tacizlerini devam ettirdiği, sanığın bağıracığını ve annesini çağıracağını söylemesi üzerine "Tamam ben sabrederim, bugün olmazsa yarın seni mutlaka elde edeceğim ve seninle birlikte olacağım" diyerek odadan çıktığı; maktulün, her zaman yaptığı gibi, gece tekrar taciz ve tecavüz için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kız kardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın, maktule ait silahı yerinden alıp yastığının altına koyduğu, sabah saat 07.30 sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip, çaresizlikten kaynaklanan korku ve panikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt bölgesine olmak üzere 3 el ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda; açıklanan olaylar zinciri içinde ırzına yönelik ısrarlı*

Meşru savunmada sınırın aşılmasının ne anlama geldiğini ifade ettikten sonra meşru savunmada sınırın aşılması kurumunun haksız tahrik kurumu ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağına değinmek gerekecektir. Meşru savunmada sınırın aşılması durumunda temelde meşru savunmanın şartları mevcut olmakla birlikte “zaruretin tayin ettiği sınır” aşılmaktadır.

Haksız tahrike yol açan kanuni şartlar ile fiili başından itibaren suç olmaktan çıkaran meşru savunmanın kanuni şartları birbirinden farklı olduğundan meşru savunma ile haksız tahrik kurumunun birlikte bulunması mümkün değildir. Dolayısıyla bu iki kurum aynı anda uygulanamaz. Buradan hareketle bir fiilde ya meşru savunmada sınırın aşılması mümkün olacaktır ya da haksız tahrik mümkün olacaktır.³⁹⁹ Hâllerden hangisinin

saldırılarından maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü öldüren sanık hakkında TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılğıya düşülerek TCK'nın 82/1-d, 29, 62 maddeleri ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 15.07.2020); Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde meşru savunmanın sınırının aşılmasına benzer bir kurum olmaması sebebiyle doktrinde “Battered Woman Syndrome” adı verilen bu husus büyük bir problem teşkil etmekteydi. Meşru savunmada sınırın aşılması kurumunun bulunmaması ile birlikte haksız tahrik uygulamasının da şartlarının ilgili olaylarda uygulanamayacak şekilde belirlenmesi Anglo-Sakson sisteminde bu gibi olaylar sonucunda faillerin müebbet hapis cezası almasına sebep olmaktaydı. Bu gibi adaletsiz sonuçların ortaya çıkması sonucu içtihat, tepkinin anında verilmesi gerekmediği, failin kendisini kaybetmesinin sebebinin mevcut saldırılar olduğunu ispat etmesi sonucu tahrik hükümlerinden yararlanabileceği yönünde gelişmiştir. RIX, s. 145-148.

³⁹⁹ **YCGK T. 05.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182**, “...kişinin, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü korku, telaş ve şaşkınlık dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, yasal savunmada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılmayacağı kabul edilir. Dolayısıyla burada belirleyici olan, maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira, kişi sırf maruz kaldığı saldırının tesiriyle, "heyecan, korku ve paniğe" kapılarak yasal savunmanın sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşılık; sırf saldırının etkisiyle değil de, (velevki saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi) öfke ve gazap gibi nedenlerle sınırı aştığında ise aynı korumadan faydalanamayacaktır. Başka bir deyişle, sınırın aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh hali gözönünde

uygulanacağına karar verirken ise mahkeme cevabı, “haksız saldırının hedefinde, tepkinin zamanında, müdafaaın zaruretinde” aramalıdır.⁴⁰⁰

tutulacaktır. Yani, failin niyeti, fiilin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir saldırının definden ziyade, kin duygusunu tatmine yönelik ise “yasal savunmanın” sınırlarını aşma değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 15.07.2020); YCGK T. 26.03.1990, E. 1990/1-36, K. 1990/87, “Failin karşılaştığı şartlarla münasip olmayan vasıtalarla kendini müdafaa etmesi veya saldırganı zararsız hale getirdikten sonra da müdafaa ve tepkilerinde ısrar edip sürdürmesi halinde zaruret sınırı aşılmış olur. Zaruret sınırının aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh halini de adil bir şekilde gözönünde tutmak lazımdır. Hakimin failin zaruret sınırını aşma derecesini doğru olarak takdir edebilmesi için kendisini tecavüze uğrayan ve o anda ruh hali değişmesi icap eden failin yerine koyması gerekir. Meşru savunmada hiçbir zaman ve hiçbir ahvalde sanığa kaçma mükellefiyeti tahmil edilemez ve kaçarak kurtulması istenemez veya bu halin yani kaçma imkanının var olup olmadığı meşru müdafaa saptanırken asla gözetimez. Zaruret sınırını aşma ile tahrik bir arada kabul edilemez.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 15.07.2020); YCGK T. 18.02.1991, E. 1991/1-4, K. 1991/39, “Zaruret sınırının aşılması konusunda; failin o anda içinde bulunduğu ruh halini adil bir tarzda gözönünde tutmak gerekir. Hakimin, failin zaruret sınırını aşma derecesini doğru olarak takdir edebilmesi için kendisini; tecavüze uğrayan ve o anda ruh halinin değişmesi icap eden failin yerine koyması gerekir. Zaruret sınırını aşma derecesi ve cezadan yapılacak indirme oranı, böyle bir inceleme ile tayin ve takdir olunmalıdır (Logoz, 136, No.6). Failin niyeti, fiilin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir tehlikenin definden ziyade kin duygusunu tatmine yönelik ise “zaruret sınırını” aşma değil, ancak tahrik sözkonusu olur (Majno, 1, No: 231). Zaruret sınırını aşma ile tahrik birlikte kabul edilemez. Çünkü aynı sebep bu hallerden herbirine dayanak olamaz (A.P. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu c. 1, sh. 198).” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 15.07.2020); YCGK T. 13.10.2015, E. 2013/808, K. 2015/314, “kişinin maruz kaldığı saldırı sebebiyle içerisine düştüğü korku, telaş ve şaşkınlık dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, meşru müdafaaada sınırın aşılmasından dolayı kusurlu sayılamayacağı kabul edilir. Dolayısıyla burada belirleyici olan, maruz kalınan saldırının kişiyi içerisine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira kişi, sırf maruz kaldığı saldırının etkisi altında, “heyecan, korku ve paniğe” kapılarak meşru müdafaa sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşın; sırf saldırının etkisiyle değil de, saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi öfke ve gazap gibi sebeplerle sınırı aştığında ise aynı korumadan faydalanamayacaktır. Başka bir deyişle, sınırın aşılması konusunda failin o anda içerisinde bulunduğu ruh halini adil bir tarzda göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Yani failin niyeti, fiilin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir saldırının defedilmesinden ziyade, kin duygusunu tatmine yönelik ise meşru müdafaaın sınırlarını aşma değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 15.07.2020).

⁴⁰⁰ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 603; İtalyan Yargıtay’ının bir kararına göre, “haksız tahrik ile meşru savunmada sınırın aşılması hâli birlikte bulunamaz.” Akt. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 603, dn. 60; Meşru savunma ve haksız tahrik aynı fiilde

Üzerinde durulması gereken diğer husus ise meşru savunmada sınırın aşılması durumunda failin sınırı aşan savunma hareketinin, saldırı hareketinin faili bakımından haksız tahrike sebebiyet verip veremeyeceği sorunudur. Hukuka uygunluk nedenleri bilindiği üzere fiili doğrudan hukuka uygun hâle getirir. Sınırın aşılması durumunda failin hâlâ meşru savunmanın gereği olarak hukuka uygunluk nedeninden mi yararlanacağı⁴⁰¹ yoksa artık bir hukuka uygunluk nedeninden değil de bir çeşit mazeret nedeninin⁴⁰² mi söz konusu olacağı gibi konular doktrinde tartışılmıştır.

Sınırın aşılması hâlini meşru savunmanın bir uzantısı olarak hukuka uygunluk nedenleri içerisinde gören görüşe göre herhangi bir haksız tahrikten söz edilemeyecektir; zira gerçekleştirilen savunma fiili hukuka uygun bir fiildir.⁴⁰³

Meşru savunmada sınırın aşılmasını bir mazeret nedeni olarak kabul eden görüşe göre ise artık fiilin hukuka uygunluğundan bahsedilemez, fiilin hukuka uygunluğundan bahsedilemediğine göre savunma fiilinde aşırıya kaçılması saldırı fiilinin failini haksız tahrik durumuna sokabilecektir.

Kanaatimizce meşru savunmada sınırın aşılması durumunda bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemez. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesine

birlikte bulunamaz, buradan hareketle meşru savunmada sınırın aşılması ile haksız tahrik de birlikte bulunamaz. DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 349.

⁴⁰¹ Mehmet **ŞAHİN**, “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, TBBD, S. 76, Y. 2008, s. 342.

⁴⁰² İdris **ERMEYDAN**, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Y. 2014, s. 163; Ersan **ŞEN/ Ertekin AKSÜT**, “TCK m. 27 Kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 113, Y. 2016, s. 122,123.

⁴⁰³ Ali **PARLAR**, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 108.

bakıldığında maddenin ikinci fıkrasında beraat hükmü verilecek durumlar düzenlenmiştir. Buna göre, (d) bendinde “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,*” hâlinde beraat hükmü verileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasının (c) bendinde ise “*Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması*” hâlinde ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verileceği düzenlenmiştir.⁴⁰⁴ Buradan hareketle meşru savunmada sınırın aşılması durumunda kanunun bu hükmü değiştirilmediği sürece bir hukuka uygunluk nedeninin varlığının kabul edilemeyeceği görüşündeyiz.

Bununla birlikte TCK’nin 27. maddesinin lafzı da bu görüşü desteklemektedir. Maddeye bakıldığında bir hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılmasından bahsedilmektedir. Hukuka uygunluk nedeninde kanunun aradığı sınır aşılmışsa artık bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemez. Bu noktada meşru savunmada sınırın aşılmasının kınanabilirliği ortadan kaldıran bir mazeret nedeni olduğunu kabul etmek kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

Sınırın aşılmasında bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemeyeceğine göre artık sınırı aşan fiil, saldırı fiilini gerçekleştiren kişi bakımından tahrik fiili olarak nitelendirilecektir. Kural olarak meşru savunmaya sebep olan kişi karşıdan gelecek tepkiye karşılık meşru savunma hükümlerinden faydalanamaz. Zira savunma fiiline kendisi sebep olmuştur. Her ne kadar farklı sebeplerle de olsa meşru savunmaya karşı meşru savunma olmaz kuralına benzer şekilde ilk haksız hareketi gerçekleştiren kişi de kural olarak karşı taraftan gelecek tepki suçuna sebep olduğu için kendisi açısından haksız tahrikten faydalanamaz. Buna karşın karşı taraftan gelen tepkinin ölçüsüz olduğu

⁴⁰⁴ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf> (E.T.: 15.07.2020).

durumlarda doktrinde ilk haksız hareketi gerçekleştiren kişinin de haksız tahrikten faydalanabileceği ifade edilmiştir.⁴⁰⁵

Açıklanan bu sebepler doğrultusunda meşru savunmada sınırın aşılmasında sınırı aşan fiilin haksız bir fiil olarak nitelendirilebileceği düşüncesindeyiz. Hâl böyle olunca meşru savunmada sınırı aşan kişinin gerçekleştirdiği fiilin haksız olması sebebiyle, durumun olası sonuçları somut olayın şartları göz önünde bulundurularak mahkeme tarafından tespit edilmelidir. Eğer sınırı aşan, ölçsüz savunma hareketine karşılık olarak verilecek tepki meşru savunma şartları kapsamında ise meşru savunma hükümlerine, haksız tahrik şartları kapsamında ise de haksız tahrik hükümlerine gidilmesinin önünde bir engel yoktur.

⁴⁰⁵ EREM, Haksız Tahrik, s. 641; EKER KAZANCI, s. 1333; Burcu **DEMREN DÖNMEZ**, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHF Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 281.

B. TASARLAMA VE HAKSIZ TAHRİK

1. Genel Olarak

Tasarlama, 765 sayılı TCK'de düzenleniş şekliyle taammüt⁴⁰⁶, 5237 sayılı kanunun 82. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir.⁴⁰⁷ Maddeye göre “tasarlayarak” öldürme kasten öldürmenin nitelikli hâli olarak düzenlenmiş, ancak tasarlayarak teriminden ne anlaşılması gerektiğine ne madde metninde ne de gerekçede ifade edilmemiştir.

2. Tasarlamaya İlişkin Teoriler

Tasarlama, suçun ani bir kararla işlenmesinden farklı olarak suç kararı ile icra hareketleri arasında kayda değer bir sürenin geçtiği, yoğun bir kast türüdür.⁴⁰⁸ Tasarlamamanın hukuki esasına yönelik doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmış olsa da doktrin ve Yargıtay uygulamaları temelde iki görüş etrafında toparlanmıştır.⁴⁰⁹ Tasarlama

⁴⁰⁶ 765 sayılı TCK'de taammüt, adam öldürme (m. 450/4) ve müessir fiil (m. 457/2) suçlarının ağırlaştırıcı sebebi kabul edilmiş, ancak 5237 sayılı TCK'ye benzer şekilde tanımı yapılmamıştır. Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 17.07.2020).

⁴⁰⁷ 5237 sayılı TCK Madde 82 – Kasten öldürme suçunun; a) Tasarlayarak... İşlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 17.07.2020).

⁴⁰⁸ Veli Özer **ÖZBEK**/ Koray **DOĞAN**/ Pınar **BACAKSIZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., 14. Baskı, Ankara 2019, s. 121.

⁴⁰⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında bu iki görüş şu şekilde tanımlanmıştır; **YCGK T. 14.01.2014, E. 2013/1-530, K. 2014/1**, “Gerek madde metninde, gerekse gerekçesinde “tasarlama” kavramının tanımına yer verilmemiş, bu konunun açıklığa kavuşturulması, öğreti ve yargısal kararlara bırakılmıştır. Öğretide tasarlamayı açıklama bakımından “soğukkanlılık” ve “planlama teorisi” olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Soğukkanlılık teorisine göre, tasarlayarak öldüren şahısta bir soğukkanlılık

ile haksız tahrikin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı da bu iki görüşten hangisinin kabul edildiğine göre farklılık göstermektedir.

Bu görüşlerden ilki olan *soğukkanlılık teorisine* göre, tasarlamamanın mevcut olabilmesi için iki unsur aranacaktır. Bu unsurlardan birincisi failin suç kararı ile icra hareketlerine başlaması arasında bir zamanın geçmiş olması, ikincisi ise failin suçu işlerken soğukkanlılıkla⁴¹⁰ hareket etmesidir.⁴¹¹ Failin suçu işlemeyi önce suçu hususunda uzun ve ayrıntılı düşünecek yeteri kadar süresi olmasına rağmen suçu işlemekten vazgeçmemesi ve soğukkanlılıkla suçu işlemesi bu teori için önem arz etmektedir. Yargıtay'ın da birçok kararında soğukkanlılık teorisini temel aldığı görülmektedir.⁴¹² Ancak doktrinde bu görüş soğukkanlılık teriminin hukuki bir terimden

gözenmektedir. Bu kişinin başkasını öldürürken hiç heyecan duymamış olması, ondaki ruhsal kötülüğü göstermektedir. Ayrıca fail, öldürme kararını önceden almış olmasına, araya zaman girmiş olmasına karşın, soğukkanlılığını korumuş ve bu karardan vazgeçmemiştir. Planlama teorisine göre ise, tasarlamayla işlenen öldürme suçlarında, suç, önceden kararlaştırılmış, hazırlanmış ve planlanmıştır. Bu hazırlık, pusu kurmak, mağdur ya da maktulü bulmak, hileyle öldüreceği yere getirmek şeklinde olabilecektir. Burada fail, önceden aldığı suç işleme kararını gerçekleştirmek için suçta kullanacağı araçları seçip, temin etmekte ve bu suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapmaktadır.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 18.07.2020).

⁴¹⁰ Ancak bu soğukkanlılık “anormal seviyede” bir soğukkanlılıktır. Failin başkasını öldürürken hiçbir heyecan duymamış olması, faildeki ruh kötülüğünün delili teşkil edecektir. Bkz. Faruk EREM, “Teammüd”, AÜHFD, C. 37, S. 1, Mayıs 1980, s. 16.

⁴¹¹ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 603; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 121; AYIK, s. 101.

⁴¹² **Yargıtay 1. CD T. 06.07.2009, E. 2008/9351, K. 2009/4246**, “Tasarlamamanın kabulü için, öldürme kararının şarta bağlı olmadan alınması, ruhsal dinginliğe ulaşıldığını kabule elverişli makul bir süre geçmesine rağmen eylem kararlılığından dönülmemesi ve belli bir hazırlıkla sebat ve ısrarla öldürme failinin gerçekleşmesi gerekir.”; **YCGK T. 03.12.2002, E. 2002/1-247, K. 2002/414**, “Tasarlama, ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı ise de, Yargıtayımızın duraksamasız uygulamalarına göre, failin bir kimseye karşı belli bir suçu işlemeye sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, işlemeyi niyet ettiği suçu işlemeyi önce, soğukkanlı ve sükunetle düşündükten sonra ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip, ısrarla ve bu akış içerisinde failini icraya başlaması halinde

çok psikolojik bir terim olması sebebiyle eleştirilmiştir. Buna göre soğukkanlılık psikolojik bir terim olup daha çok failin kişiliği ile ilgili bir terimdir ve failden faile farklılık gösterebilir. Failden faile farklılık gösterebilecek bir ifadenin ceza hukuku bakımından bir nitelikli hâl olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Bununla birlikte ani kastla işlenen bir suçun da soğukkanlılıkla işlenmesi mümkün olduğundan tasarlamanın soğukkanlılık ile açıklanması kurumu tam manasıyla karşılayamamaktadır.⁴¹³

Tasarlamayı açıklayan ikinci görüş olan *plan kurma teorisine* göre ise, yine benzer şekilde tasarlamanın bulunması için iki unsur aranmaktadır. Bu unsurlardan ilki soğukkanlılık teorisinde olduğu gibi suç kararı ile icra hareketleri arasında bir zamanın geçmiş olması, ikincisi ise geçen zaman içerisinde failin suçu nasıl işleyeceği, suçun işleneceği yer, zaman, suç işlendikten sonraki kaçma olanakları vs. üzerine hazırlık yapmasıdır. Yapılan bu hazırlık neticesinde mağdurun kendisini savunma olanağı görece ortadan kalkacağından faile daha fazla ceza verilmesi söz konusu olacaktır.⁴¹⁴

tasarlamadan (taammüt) sözedilebilir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlememekte, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında bir süre geçmektedir. Fail, bu süre içerisinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi fakat bir başka nedenle ve ani bir kararla fiili işlemesinde tasarlamanın sözedilemez. Suç işleme kararının ne zaman alındığı ve eylemin ne zaman işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükunete ulaşıp ulaşılamayacağı araştırılmalıdır.”; Yargıtay 1. CD T. 06.03.2013, E. 2013/313, K. 2013/1822, “Tasarlayarak öldürme suçunda; tasarlamanın oluşması için, bir kimseye karşı soğukkanlı bir şekilde ve koşulsuz olarak belli bir suçu işleme kararının verilmesi, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında tasarlama kabule elverişli makul bir sürenin geçmesi, bu süre içerisinde sebat ve ısrar gösterilerek karardan dönülmemesi ve suçun işlenmesi gerekmekte olup...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 18.07.2020).

⁴¹³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 122.

⁴¹⁴ EREM, Teammüd, s. 18.

Uygulamada soğukkanlılık teorisinin kabul edildiği Yargıtay kararları olduğu gibi plan kurma teorisinin kabul edildiği kararlar da bulunmaktadır.⁴¹⁵

3. Tasarlama ve Haksız Tahrik İlişkisi

Tasarlamaya ilişkin yapılan bu açıklamalardan sonra haksız tahrik ve tasarlamanın birlikte uygulanıp uygulanamayacağı hususu değerlendirilmelidir. Yargıtay kararları

⁴¹⁵ **YCGK T. 17.09.2002, E. 2002/1-143, K. 2002/306**, “...ölenden haraç istemesi nedeniyle, ölenin ustası tarafından tokatlanan sanığın, olaydan bir gün önce olayda kullandığı bıçağı satın alarak, keskin olmayan tarafını uçtan kabzaya doğru 7,5 cm.lik kısmını özel olarak oydurmak suretiyle keskinleştirdiği, ertesi sabah bıçağı beline sokup, ölenin bindiği durakta bekleyip otobüste yanındaki koltuğa oturduğu, daha önceden öldürme kararı alan sanığın, otobüsün kalabalık olması nedeniyle otobüste eylemini gerçekleştiremediği, Düvenönü mevkiinde, sanık, ölen ve ölenin arkadaşı Necati Kaya'nın birlikte otobüsten inerek yürümeye başladıkları, sanığın tanık Necati'ye yanlarından uzaklaşmasını söyledikten sonra, önceden satın alıp özel olarak hazırladığı bıçakla ölenin, göğüs, sırt ve kalçasına dört darbe vurduğu, vücuduna 4 adet kesici delici alet ika edilen maktulün, kesici ve delici alet yaralanmasına bağlı olarak meydana gelen kalp ve akciğer delinmesi ve buna bağlı iç kanama sonucu hayatını kaybettiği, sanığın bu şekilde aldığı öldürme kararından geçen süreye rağmen vazgeçmeyerek, bu yoldaki iradesini ısrarla ve sebatla sürdürüp, eylemi planladığı...”; **Yargıtay 1. CD T. 20.03.2019, E. 2017/2274, K. 2019/1733**, “Olayların gelişimi göz önüne alındığında, sanık ...'in uzun süredir maktulün ailesini maktulü öldüreceğinden bahisle tehdit ettiği, bu amaçla arkadaşı Oğuzhan'ı İstanbul'dan çağırdığı, silah ve araç temin ederek hazırlık yaptığı, gündüz saatlerinde birlikte eylemi planladıkları, sanıkların maktulün evine maktulü kaçırmak için değil, öldürmek amacıyla gittikleri, sanıkların kovuşturma aşamasında geliştirdikleri maktulü kaçırmak için maktulün evine gittikleri yönündeki savunmalarına itibar edilemeyeceği, dolayısıyla sanıkların suç işleme kararını önceden verdikleri, karar ile fiilin icrası arasında makul sürenin geçtiği, sebat ve ısrarla kararlarından dönmedikleri anlaşılmakla, tasarlayarak kasten öldürme suçunun koşullarının bulunduğ...”; **YCGK T. 22.04.2014, E. 2013/1-270, K. 2014/197**, “failin bir kimseye karşı bir suçu işlemeye sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, suçu işlemekten önce soğukkanlı bir şekilde düşündükten sonra ulaştığı ruhsal sükûnete rağmen kararından vazgeçmeyip ısrarla ve bu akış içerisinde fiilini icraya başlaması halinde tasarlama söz edilebilir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlememekte, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında bir süre geçmektedir. Fail bu süre içinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte, ancak tasarladığı suçu işlemekten vazgeçmemektedir.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 18.07.2020).

değerlendirildiğinde uygulamada tasarlama hakkında belirli bir teorinin benimsenmediği görülmektedir.⁴¹⁶ Belirtildiği üzere Yargıtay'ın gerek güncel gerek eski tarihli kararlarında hem soğukkanlılık teorisini benimseyen hem de plan kurma teorisini benimseyen kararlarına rastlamak mümkündür. Hatta Yargıtay'ın bazı kararlarında bu iki teoriyi birlikte kabul ettiği kararları da bulunmaktadır.⁴¹⁷

Tasarlamaya ilişkin bir teorinin kesin olarak kabul edildiğinden bahsedilemediği için haksız tahrikin birlikte uygulanabilirliği noktasında iki teori ayrı ayrı ele alınmalıdır. Buna göre, eğer tasarlama soğukkanlılık teorisi ile açıklanırsa haksız tahrik ile tasarlama birlikte uygulanamaz.⁴¹⁸ Zira haksız tahrikte fail suçu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemektedir. Tasarlama ise failin soğukkanlı olması aranmaktadır. Soğukkanlılık, failin öldürme fiilini gerçekleştirirken hiçbir heyecan duymamış olması,

⁴¹⁶ Bununla birlikte yakın tarihli bir Genel Kurul kararında tasarlamanın hukuki esası değerlendirilmiş ve görece plan kurma teorisinden yana olacak bir anlayış benimsenmiştir, **YCGK T. 14.01.2004, E. 2013/1-530, K. 2014/1**, “*Yerleşik yargısal kararlarda kabul edildiği ve tereddütsüz bir şekilde uygulandığı üzere, tasarlama söz edilebilmesi için; "Failin, bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeyi önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dahilinde icra etmesi gerekmektedir."* Nitekim Ceza Genel Kurulunun 16.4.2013 gün ve 3-144, 26.6.2012 gün ve 67-258, Ceza Genel Kurulunun 12.6.2012 gün ve 2012/1-560-227, 25.1.2011 gün ve 2010/1-222-7, Ceza Genel Kurulunun 16.2.2010 gün ve 2009/1-251-25, Ceza Genel Kurulunun 2.2.2010 gün ve 2009/1-239-14, Ceza Genel Kurulunun 15.12.2009 gün ve 2009/1-200-290, Ceza Genel Kurulunun 3.10.2006 gün ve 2006/1-30-210, Ceza Genel Kurulunun 13.11.2001 gün ve 239-247 ile Ceza Genel Kurulunun 28.4.1998 gün ve 117-155 Sayılı kararları da bu doğrultudadır.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 18.07.2020).

⁴¹⁷ **Yargıtay 1. CD T. 21.06.2007, E. 2007/3670, K. 2007/4999**, “*Sanıkların, daha önceden maktulü öldürme kararı verdikleri, soğukkanlı biçimde, belirli bir plan dahilinde ve ruhi sükûnet içinde eylemlerini işledikleri...*” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 18.07.2020).

⁴¹⁸ İzzet GÜR, “Adam Öldürme Suçlarında Tahrikle Taammüt Birleşir Mi?”, İleri Hukuk Mecmuası, S. 6, Aralık 1945, s. 16; GÜRELLİ, s. 341.

sakin kalmayı başarabilmesidir.⁴¹⁹ Dolayısıyla bu iki zıt durumun bir arada bulunamayacağı açıktır.⁴²⁰ Soğukkanlılık teorisinin benimsendiği durumda tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanamayacağı kabul eden ancak farklı şekilde temellendiren bir diğer görüşe göre, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem tasarlama için gereken süre içerisinde kin ve intikam hâlini alabilir. Soğukkanlılık teorisine göre tasarlamanın mevcut olabilmesi için failin sakin ve soğukkanlı hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla haksız tahrik ve tasarlama birlikte uygulanamaz.⁴²¹

Tasarlamanın hukuki esasının plan kurma teorisiyle açıklandığı durumda ise, haksız tahrik ve tasarlama bir arada bulunabilir.⁴²² Buna görüşe göre plan kurma teorisinde tasarlamanın mevcut olması için gerekenler suç kararı ve icra hareketleri

⁴¹⁹ EREM, Teammüd, s. 16.

⁴²⁰ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 604.

⁴²¹ GÜR, s. 18; Bununla birlikte Yargıtay 1. Ceza Dairesi bir kararında tasarlamaya ilişkin bir planın varlığından bahsetmemesine karşın haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmiştir, **Yargıtay 1. CD T. 04.06.1985, E. 1985/1660, K. 1985/2522**, “Sanık Ali'nin kız kardeşi ile gayrimeşru bir hayat yaşayan ve cinsel ilişkide bulunan maktulün, bir süre sonra o kadını çocuğun olmuyor seni boşadım diyerek terkle babasının evine göndermesi üzerine, sanığın maktulü taammüden öldürdüğü tüm dosya kapsamı ve mevcut delillerle anlaşılmış olmasına göre, maktulden sadır olan ve taammüden öldürme suçuna neden teşkil eden haksız hareketin bu suçu bakımından sanık lehine TCK'nun 51/1. maddesinin uygulanmasını gerektirir adi tahriki oluşturacağı...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 18.07.2020).

⁴²² **YCGK T. 03.06.2014, E. 2013/1-822, K. 2014/297**, “Sanık ile maktulün aynı köylü ve akraba oldukları, sanığın 28 yıldır dini nikah ile gayri resmi olarak birlikte yaşadığı ve ortak üç çocukları bulunan Refika ile maktulün ilişkisi olduğu yolunda şüphesinin olduğu, sanığın suç tarihinden yaklaşık bir yıl önce çıkan bu şüphesinin doğru olup olmadığı konusunda araştırma yaptığı, bu amaçla bir çok kişi ile konuşarak gerçeği öğrenmeye çalıştığı, halk arasında da bu konuda söylentiler olduğunu öğrendiği, maktulün bu söylentilerden ve sanığın çabalarından haberdar olmasına rağmen bunları sona erdirmek için hiçbir girişimde bulunmadığı, sanığın da eşi Refika ile maktulün ilişkisi olduğuna inanarak maktulü tasarlayarak öldürdüğü olayda, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik hükümlerinin uygulanması isabetli...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 19.07.2020).

arasındaki süre ve bu süre içerisinde failin suçu işlemek adına plan kurmasıdır. Haksız tahrikin varlığı durumunda failin içerisinde bulunacağı hiddet veya şiddetli elem bu unsurlardan hiçbirisi ile çatışmadığı gibi failin içerisinde bulunduğu bu psikolojik durum, planın daha derinlikli ve ayrıntılı şekilde hazırlanmasına da yardımcı olabilir.⁴²³ Bu görüş ise doktrinde, bir ağırlaştırıcı neden ile hafifletici nedenin birlikte uygulanmasının suç siyaseti gereğince mümkün olmaması gerektiği ve birlikte uygulanması hâlinde failin ödüllendirilmiş sayılacağı ifade edilerek eleştirilmiştir.⁴²⁴

Kanundaki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce tasarlama ve haksız tahrik kurumlarının birlikte uygulanmasının önünde bir engel yoktur. Doktrinde soğukkanlılık teorisini kabul etmemesine rağmen bu iki kurumun birlikte uygulanamayacağını kabul eden görüşler⁴²⁵ olsa da, görüşlerin temelinde yatan zihni

⁴²³ EREM, Teammüd, s. 28; DEMİRBAŞ, Özel Tahrik Halleri, s. 49; TUTUMLU, s. 66; 1810 tarihli mülga Fransız Ceza Kanunu'nda tasarlamanın hukuki esası plan üzerinden açıklanmıştır. TCK'de de benzeri yorum yapılırsa tahrik hükümleri ile tasarlamanın bağdaştırılması mümkündür. Bkz. AYIK, s. 101,102.

⁴²⁴ ZAFER, s. 220; Eleştirilere rağmen hem eski hem yeni tarihli kararlarda tasarlama ve haksız tahrikin birlikte uygulanıldığı görülmektedir. **YCGK T. 15.04.1968, E. 1968/1-252, K. 1968/137**, "*Maktulün sanığa karşı haksız eylem ve hareketlerde bulunduğu ezcümle yazılan mektubun, mahkemece kabul edilen mealı dahi tehdidi tezammın ettiği, bu itibarla bu husustaki haksız harekete mesnet olabilecek eylem ve hareketlerin küll halinde mütalâasıyla tahrikin kabulü ve bu tahrik derecesinin mahkemece takdiri icap eylediği, suçun tasarlanarak işlenmesi, olayda tahrikin kabulüne engel teşkil etmediği...*" Akt. TUTUMLU, s. 67; **YCGK T. 03.07.2012, E. 2012/1-76, K. 2012/258**, "*Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı konusu öğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin, haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, bir başka anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması halinde tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.*" Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 19.07.2020).

⁴²⁵ Bu görüşe göre failin tasarlama hâlinde vereceği tepki artık tepkiselliğini kaybetmiş ve haksız tahrikte bulunması gereken yoğun duygudan yoksundur. Araya giren zamanda

durgunluk ve plan yapabilme kabiliyetinin hiddet ve şiddetli elemin etkisi ile bağdaşmaması görüşüne katılmıyoruz. Bununla birlikte araya zaman girdiğinde artık hiddet ve şiddetli elemin öç alma ve intikam hâline dönüşeceği düşüncesine de benzer şekilde katılamıyoruz zira böyle bir durumun varlığı hâlinde zaten haksız tahrikten bahsedilemez. Sonuç olarak plan kurma teorisi kabul edildiğinde, kanunun mevcut şeklinde tasarlama ve haksız tahrik kurumları birlikte uygulanabilir. Cezanın tasarlama sebebiyle arttırılıp sonra haksız tahrik sebebiyle azaltılması kanun koyucunun bir tercihidir. Eğer kanun koyucu bu iki kurumun birlikte uygulanmasına rıza göstermiyorsa haksız tahrik düzenlemesine ek bir fıkra getirerek tasarlama ile birlikte uygulanamayacağını ifade etmesi gerekmektedir.⁴²⁶

fail plan yapacak zihni duruma kavuşmuş ise artık hiddet ve elem hâlinin öç alma hâline geçiş yaptığı söylenebilecektir. Bu sebeple tasarlama hâlinin varlığında haksız tahrik uygulanmamalıdır. Bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 257.

⁴²⁶ AYDIN, Bazı Sorunlar, s. 243.

C. İSNAT EDİLEBİLİRLİK VE HAKSIZ TAHRİK

1. Genel Olarak

Ceza kanunlarına göre isnat edilebilirliğin temelinde psişik olgunluk ve zihinsel sağlık, bir başka ifade ile anlama ve isteme yeteneği yer almaktadır.⁴²⁷ 5237 sayılı TCK de benzer bir kabul ile akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü gibi isnat edilebilirliği kaldıran veya azaltan nedenlere kanunda yer vermiştir.

Doktrinde anlama ve isteme yeteneğine sahip olmayan kimselerin fiillerinin ceza hukuku bakımından dikkate alınıp alınmayacağı konusunda birçok görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden ilkinde göre, isnat edilebilirlik kusurluluğun ön şartıdır. Buna göre isnat edilebilirlik suçun ana bir unsuru olmamakla birlikte manevi unsurun bir alt başlığı niteliğinde olup, suçun bir unsurudur. Dolayısıyla isnat edilebilirliğin olmadığı durumlarda suçun varlığından da bahsedilemez.⁴²⁸

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, isnat edilebilirlik kusurluluktan ayrılır. Ancak kusurluluktan ayrılan isnat edilebilirlik suçun bir ön şartı olarak kabul edilir.⁴²⁹ Benzer nitelikte olup *Leone* tarafından savunulan bir başka görüşe göre ise, anlama ve isteme yeteneği kavramı özel hukuktaki fiil ehliyeti kavramının karşılığıdır. Bu sebeple bu gibi kimselerin fiillerinin ceza hukuku bağlamında suç teşkil etmesi mümkün değildir.

⁴²⁷ Haluk **TOROSLU**, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 107.

⁴²⁸ Ömer Faruk **EMİNAĞAOĞLU**, “Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü”, TBBD, S. 2, 1991, s. 220,221.

⁴²⁹ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 439.

Doktrinde bu görüş yürürlükteki kanunda bu görüşü destekler bir ifade bulunmadığı belirtilerek eleştirilmiştir.⁴³⁰

Doktrindeki bir diğer görüşe göre suç, anlama ve isteme yeteneğinden önce gelir. Dolayısıyla fiili kendisine isnat edilebilir olmayan kimselerin işlediği suçlar, o kimseler kasıtlı veya taksirli hareket edebileceğinden dolayı suç niteliğini haizdir. Bu kimseler yalnızca isnat edilebilirliğin bulunmaması sebebiyle cezalandırılmazlar. Sonuç olarak bu görüşe göre isnat edilebilirlik, failin cezalandırılabilmesi için gerekli olan nitelikten ibarettir.⁴³¹ Kanaatimizce de isnat edilebilirliği yalnızca cezalandırılabilmeyi önleyen bir neden olarak kabul eden bu görüş yerindedir.

İsnat edilebilirlik ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ifade edildikten sonra, isnat edilebilirliği kaldıran veya azaltan nedenlerden olan yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının haksız tahrik ile birlikte uygulanabilirliği meselesi üzerinde durulacaktır. Bu çalışmada sağır ve dilsizlik ile geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma hâli üzerinde durulmayacaktır. Zira sağır ve dilsizler hakkında yaş küçüklüğüne dair hükümler uygulama alanı bulduğundan özel olarak incelenmesi gerekmemektedir. Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma hâli için ise cezasızlık nedeni öngörüldüğünden haksız tahrikin uygulanması mümkün değildir.

⁴³⁰ TOROSLU/TOROSLU, s. 404.

⁴³¹ TOROSLU, s. 187,188.

2. Yaş Küçüklüğü ve Haksız Tahrik

Anlama ve isteme yeteneğinin ancak fizyolojik ve psikolojik yönden belli bir gelişim sonucunda var olabileceği bilim tarafından ortaya konulmuştur.⁴³² Failin kusurunu anlama ve isteme yeteneği üzerinden tanımlayan kanun koyucular da bu hususa kayıtsız kalmamış, kanunları düzenlerken belli fiziki ve psikolojik gelişmişlik seviyelerine farklı sonuçlar öngörmüştür. Failin bu durumuna değer veren TCK de yaş küçüklüğü⁴³³ hususunu kanunun 31. maddesinde düzenlemiştir.⁴³⁴

⁴³² TOROSLU/TOROSLU, s. 411.

⁴³³ Çeşitli kanunlar isnat edilebilirliğin başladığı yaşı farklı şekillerde düzenlemiştir. Bu farklılığın sebebi genel olarak fiziki olgunluk ve psikolojik olgunlukla birlikte ırk, coğrafi bölge, insan yapısı olarak ifade edilmektedir. Örneğin Napolyon Kanunu'nda on altı, Zanardelli Kanunu'nda dokuz yaş isnat edilebilirliğin başladığı yaş olarak kabul edilmiştir. Geçen yüzyılda ise isnat edilebilirliğin başladığı yaşta bir yükselme eğrisi gözlenmiştir. Buna göre 1960 Rus Kanunu bazı istisnalar dışında on altı yaşını, 1970 Polonya Kanunu ise bazı istisnalar dışında on yedi yaşını esas almıştır. 765 sayılı TCK ise isnat edilebilirliğin başlangıç yaşını on bir olarak belirlemişken 5237 sayılı TCK bu yaşı on iki olarak belirlemiştir. Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s. 412.

⁴³⁴ 5237 sayılı TCK Madde 31 - Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan

5237 sayılı TCK yaş küçüklüğünü üç yaş dönemine göre ele almış, bu üç farklı dönem için farklı sonuçlar öngörmüştür. Bu dönemlerden ilki 0-12 yaş aralığındaki çocukları⁴³⁵ kapsamaktadır. Buna göre on iki yaşını doldurmamış olan kimselerin anlama ve isteme yeteneğinden mutlak olarak yoksun olduğu kabul edilmiş ve cezai sorumluluklarının olmadığı kabul edilmiştir. Maddeye göre bu çocuklar hakkında yalnızca çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Bu sebeple bu yaş aralığındaki çocukların cezai sorumlulukları olmadığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz.⁴³⁶

TCK'de yapılan ikinci ayırım 12-15 yaş aralığını kapsamaktadır. Düzenlemeye göre on iki yaşını doldurmuş olup on beş yaşını doldurmamış olan kişi hakkında anlama ve isteme yeteneğinin varlığı veya yokluğu ile ilgili bir varsayım kabul edilmemiş, somut olayın şartlarına göre durumun hâkim tarafından araştırılacağı ve ona göre hükme bağlanacağı ifade edilmiştir.⁴³⁷ Buradan hareketle eğer fail, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek veya davranışlarını yönlendirebilecek olgunlukta değilse çocuk hakkında cezai sorumsuzluktan bahsedilecek, yalnızca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Dolayısıyla haksız tahrik hükümlerinin de uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak aksi hâlde çocuğun, fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabildiği ve davranışlarını yönlendirebildiği tespit edilirse çocuk

fazla olamaz. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 23.07.2020).

⁴³⁵ 5237 sayılı TCK Madde 6 - Ceza kanunlarının uygulanmasında; b) Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi, anlaşılır. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 23.07.2020).

⁴³⁶ DURAN, s. 226,227.

⁴³⁷ TOROSLU/TOROSLU, s. 412.

hakkında işlediği suçtan ötürü kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılarak bir cezaya hükmedilecektir. Bu gibi durumlarda çocuğun cezai sorumluluğu bulunduğundan şartları mevcutsa hakkında haksız tahrik indirimi de uygulanacaktır.⁴³⁸

Kanunun yaptığı üçüncü ayırım 15-18 yaş aralığına ilişkindir. Buna göre, on beş yaşını doldurmuş olup on sekiz yaşını doldurmamış olan kimselerin tam olmayan bir anlama ve isteme yeteneğine sahip bulundukları doğrudan kabul edilir, 12-15 yaş aralığına benzer bir araştırmaya gidilmez.⁴³⁹ Henüz tam anlamıyla gelişmemiş anlama ve isteme yeteneklerinden ötürü bu kimseler hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılabilse bile verilecek cezada maddede belirtilen şekilde indirim yapılacaktır. Bu yaş aralığındaki failerin de cezai sorumlulukları bulunduğundan haklarında şartları mevcutsa haksız tahrik indirimi uygulanması bakımından bir engel yoktur.⁴⁴⁰

⁴³⁸ AÇIKGÖZ, s. 143; TUTUMLU, s. 64; Yaş küçüklüğü haksız tahrik ile birlikte uygulanırken 5237 sayılı TCK Madde 61 gereği olarak olayda önce haksız tahrik indirimi daha sonra yaş küçüklüğü indirimi uygulanacaktır. Maddenin beşinci fıkrasına göre, “Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.” Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 23.07.2020).

⁴³⁹ TOROSLU/TOROSLU, s. 413.

⁴⁴⁰ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 351; TUTUMLU, s. 64; DURAN, s. 227; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 224; GÜRELLİ, s. 340; BAŞAR, Tahrik – II, s. 359; **Yargıtay 3. CD T. 13.02.2020, E. 2019/18999, K. 2020/2787**, “Suça sürüklenen çocukların, tanık beyanları ile de doğrulanan beyanları uyarınca, mağdurun elindeki lazer ışığını suça sürüklenen çocuklara doğru tutması üzerine çıkan tartışma neticesinde çocukların yargılama konusu eylemi gerçekleştirdikleri anlaşılmakla, suça sürüklenen çocuklar lehine TCK'nin 29. maddesi gereği haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışmasız bırakılması...”; **Yargıtay 3. CD T. 21.01.2020, E. 2019/18230, K. 2020/1197**, “Küçükçaltıcak piknik alanına giriş ücretinin ödenmesi meselesinden çıkan tartışma sonrasında kavgayı başlatanın hangi taraf olduğunun kesin olarak belirlenememesi karşısında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.10.2002 tarih ve 2002/4-238 Esas, 367 Sayılı Kararı uyarınca ve bu kararla uyumlu Ceza Dairelerin yerleşmiş ve süreklilik gösteren kararlarında kabul edildiği üzere, ilk

3. Akıl Hastalığı ve Haksız Tahrik

Akıl hastalığı, isnat edilebilirliği kaldıran veya azaltan bir neden olarak⁴⁴¹ TCK'nin 32. maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁴² Madde metnine göre akıl hastalığı sebebiyle faile ya hiç ceza verilmeyecek ya da cezasında bir indirime gidilecektir.

Akıl hastalığının ne anlama geldiği TCK'de tanımlanmış değildir. Dolayısıyla bir durumun psikiyatride akıl hastalığı olarak kabul edilmesi yeterli olacaktır.⁴⁴³ TCK'nin 32. maddesinin ilk fıkrasında, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan faile ceza verilemeyeceği ancak bu kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında ise ilk fıkradaki kadar ağır olmamakla birlikte gerçekleştirdiği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış

haksız hareketin kimden kaynaklandığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenemediğinde şüpheli kalan bu halin suça sürüklenen çocuklar lehine 5237 Sayılı TCK'nin 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin asgari oranda (1/4) uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin tartışmasız bırakılması..." Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 23.07.2020).

⁴⁴¹ TOROSLU/TOROSLU, s. 414.

⁴⁴² 5237 sayılı TCK Madde 32 - Akıl hastalığı nedeniyle, 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. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir. Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 21.07.2020).

⁴⁴³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 222.

olan failin cezasında indirimle gidileceği, bununla birlikte belirlenen cezanın akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri şeklinde de infaz edilebileceği ifade edilmiştir.

Failin akıl hastalığına sahip olduğu bir durumda, eğer failin akıl hastalığı ilgili maddenin ilk fıkrasında belirtilen akıl hastalığı kategorisine dahilse, haksız tahrikin tüm şartları mevcut olsa dahi haksız tahrikin uygulanabilmesinden bahsedilemeyecektir. Zira madde gereği faile herhangi bir ceza verilmesi mümkün olmadığından haksız tahrikin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.⁴⁴⁴

Ancak failin akıl hastalığı, maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen seviyede ise, yani failin akıl hastalığı cezai sorumluluktan muaf tutulacak seviyede olmamakla birlikte davranışlarını yönlendirme yeteneğinde azalma meydana getiriyorsa, haksız tahrik indiriminin uygulanması mümkün olacaktır.⁴⁴⁵ Akıl hastalığının hukuki esası tahrike benzer şekilde failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalması olarak ifade edilmiştir. Ancak bu azalma tahrikte olduğu gibi dışarıdan gelen tahriklerle değil failin kendisinde bulunan içsel sebeplerle meydana gelmektedir.⁴⁴⁶ Dolayısıyla her ne kadar iki durumda da “*irade serbestisinin haleldar olması*”⁴⁴⁷ söz konusu olsa da bu durum kurumun haksız tahrik ile birlikte uygulanabilmesine engel değildir.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ AYIK, s. 102; BAŞAR, Tahrik – II, s. 359; TUTUMLU, s. 64.

⁴⁴⁵ GÜRELLİ, s. 341; İtalyan Yargıtay kararlarında, haksız tahrikin cezayı indirici bir neden olan haksız tahrik ile birlikte uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 603, dn. 55.

⁴⁴⁶ DURAN, s. 224.

⁴⁴⁷ AYIK, s. 102.

⁴⁴⁸ Her iki kurumun birbirinden bağımsız bir temeli olduğu için “aynı hâlden dolayı iki defa ceza indirilmesi yasağı” ihlal edilmiş olmayacaktır. Bkz. DEMİRBAŞ, Özel Tahrik Halleri, s. 48; Bununla birlikte akıl hastalığına sahip kişilerin içerisinde bulundukları

Akıl hastalığı ile haksız tahrikin birlikte uygulanması noktasında dikkat edilmesi gereken nokta failin sahip olduğu akıl hastalığı sebebiyle normal şartlar altında tahrik fiili sayılamayacak bir fiil karşısında tahrik edildiğini sanarak tepki suçu işlemesidir. Böyle bir durumun varlığı durumunda mevcut duruma haksız tahrik değil akıl hastalığı sebep olduğu için yalnızca akıl hastalığı sebebiyle indirim yapılması gerekir.⁴⁴⁹

durum itibariyle daha kolay hiddet veya şiddetli elem duyabilecekleri de doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. GÜRELLİ, s. 341; DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 351; BAŞAR, Tahrik – II, s. 359.

⁴⁴⁹ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 351.

E. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ VE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Takdiri indirim nedenleri doktrinde, “kanun tarafından belirlenmeyip, hâkimin göz önünde tutabileceği birtakım özellikler dolayısıyla cezanın bir ölçüde indirilmesine imkân sağlayan ve kabul veya reddi yine hâkimin takdirine bırakılmış hâller” olarak tanımlanmıştır.⁴⁵⁰ Haksız tahrikle birlikte suça etki eden hallerden bir diğeri olan takdiri indirim nedenleri, 5237 sayılı TCK’nin 62. maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁵¹

Takdiri indirim nedenleri cezanın bireyselleştirilmesi, yani cezanın failin kişiliğine uydurulması amacıyla ceza kanunlarında kendisine yer bulmuş bir kurumdur. Kanun maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*” takdiri indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak hâkim bu hâllerle sınırlı değildir⁴⁵², bu sayılanlar yalnızca hâkime yol gösterici olup hâkimin uygun

⁴⁵⁰ AÇIKGÖZ, s. 138.

⁴⁵¹ 5237 sayılı TCK Madde 62 - 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 altıda birine kadarı indirilir.

Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 24.07.2020).

⁴⁵² Faruk EREM, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebebler”, AÜHF Mecmuası, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 360.

göreceği başkaca hâller de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilerek cezada indirim sebebi olabilecektir.⁴⁵³

2. Takdiri İndirim Nedenleri ve Haksız Tahrik İlişkisi

Doktrinde haksız tahrik ve takdiri indirim nedenlerinin mahiyeti itibarıyla birbirinden farklı olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, haksız tahrik takdiri indirim nedenlerinden farklı olarak, kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Şartlarının varlığı hâlinde haksız tahrik indirimi, takdiri indirim nedenlerinden farklı olarak hâkim tarafından uygulanmak zorundadır.

Maddelerin kanunda düzenlenme amaçları da birbirinden farklıdır. Haksız tahrik, “suçun işlenmesine doğrudan etki eden, sanığı adeta suç işlemeye sürükleyen psikolojik bir olgudur”. Takdiri indirim nedenleri ise cezanın bireyselleştirilmesini amaçlayan bir indirim nedenidir.⁴⁵⁴ Sonuç olarak bu iki kurumun birbirinden farklı olduğu, “aynı suçta ayrı hadiselerin” varlığı hâlinde kurumların birlikte uygulanabileceği doktrinde kabul

⁴⁵³ TOROSLU/TOROSLU, s. 287; Örneğin, “necip duygular, az çok makbul tutulabilecek saiklerle işlenmiş bulunması, sanığın geçmişteki halinin lekesiz olması, pişmanlığı, hiçbir zarar hasıl olmaması veya zararı tazmin ve tamir etmiş bulunması, kaçmak imkanları var iken gelip kendiliğinden adliyeye teslim olması, mağdur ile münsebetleri, ruhi haleti” gibi durumlar takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir. ÇAĞLAYAN, s. 33; Benzer şekilde, “failin kendisinin ya da başkasının şerefini kurtarma düşüncesiyle hareket etmesi, geçim zorlukları, kendini veya diğer şerikleri ele verme, ikrar, geçmişte topluma hizmet etmiş olma, duruşmadaki olumlu tavırlar” Yargıtay kararlarında takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Bkz. ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 545.

⁴⁵⁴ TUTUMLU, s. 65.

edilmektedir.⁴⁵⁵ Ancak aynı olay hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilerek cezada iki kere indirimle gidilemez.⁴⁵⁶ Bu husus Yargıtay kararlarında “*yalnız bir sebep hem kanuni ve hem de takdiri tahfif sebebi ittihaz edilemez.*” şeklinde ifade edilmiştir..⁴⁵⁷

Bu iki kurumun uygulamada birlikte uygulanması ise 5237 sayılı TCK’nin 61/5 maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre, “*belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.*” Maddeden hareketle önce şartları mevcutsa haksız tahrike ilişkin indirim uygulanacak ardından da takdiri indirim sebepleri uygulanacaktır.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Cilt II, s. 351; ÇAĞLAYAN, s. 33; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 545; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 246; GÜRELLİ, s. 342; DURAN, s. 228; BAŞAR, Tahrik – II, s. 359; EKER KAZANCI, s. 1341.

⁴⁵⁶ GÜRELLİ, s. 342.

⁴⁵⁷ Yargıtay 4. CD T. 09.09.1933, K. 1933/6810, Akt. ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 545.

⁴⁵⁸ EKER KAZANCI, s. 1341.

F. İŞTİRAK VE HAKSIZ TAHRİK

1. Genel Olarak

Bir suç bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Bu durumda bu kişiler suça ortak olmuş olur. Bu ortakların sorumluluklarının belirlenmesi için de ceza kanununda özel düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaç sonucu da kanunda “Suça İştirak” hükümleri düzenlenmiştir.⁴⁵⁹

Kanunda düzenlenmiş olan suç tipleri birden fazla kişi tarafından işlendiğinde, suçu bizzat işlemeyen yani failin dışında kalan ancak suçun işlenmesine katkı sağlayan diğer suç ortakları “şerik” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁶⁰ 5237 sayılı TCK incelendiğinde suça iştirake ilişkin faillik ve şeriklik hâlleri kanunun birinci kitap ikinci kısım dördüncü bölümünde düzenlenmiştir.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Faruk **EREM**, “Suça İştirak”, AÜHF Mecmuası, C. 3, S. 1, 1946, s. 62,63.

⁴⁶⁰ Berrin **AKBULUT**, “Bağlılık Kuralı”, GÜHFD, C. XIV, Y. 2010, S. 1, s.176.

⁴⁶¹ 5237 sayılı TCK Madde 37 - Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

Madde 38 - Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.

5237 sayılı TCK'nin 38. maddesinde “azmettirme” kurumu düzenlenmiştir. Azmettirme hâlinde azmettiren, suç işlemeyi düşünmeyen bir kişinin suç işlemeye ilişkin “ilk ve müessir sebebini” yaratmaktadır.⁴⁶² Ancak azmettirmenin varlığı için bu sebeb yaratılması yeterli değildir.⁴⁶³ Failin bu sebep doğrultusunda suç işleme kararını uygulaması için de azmettirenin manevi bir faaliyette bulunması gerekir.⁴⁶⁴

Kanunun 39. maddesinde ise “yardım etme” kurumu düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'de suçun icrasını kolaylaştıran iştirak türleri 5237 sayılı kanunda yardım etme adı altında düzenlenmiştir. Buna göre yardım etmek; suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçtan sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun işleniş hususunda yol göstermek, suçun işlenmesi için kullanılacak araçları sağlamak ve suçun işlenmesi öncesinde veya işlenmesi sırasında yardımda bulunmaktadır.⁴⁶⁵

Madde 39 - Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak. c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 25.07.2020).

⁴⁶² EREM, İştirak, s. 83.

⁴⁶³ AYIK, s. 103; YCGK T. 23.10.1989, E. 1989/1-235, K. 1989/302, “Bilindiği üzere azmettirme ile teşvik farklı müesseselerdir. Azmettirme; önceden suç işlemek niyet ve kararı bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etken olarak ona belli bir suçu işletmeyi sağlamaktır.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 25.07.2020).

⁴⁶⁴ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 271.

⁴⁶⁵ TOROSLU/TOROSLU, s. 353,354.

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'den farklı olarak kanunun 40. maddesinde yer alan yeni bir düzenleme getirmiştir. “Bağlılık Kuralı”⁴⁶⁶ adıyla getirilen bu düzenlemenin amacı, temelde ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin suç ortaklarına sirayeti hususunu düzenlemektir.⁴⁶⁷

765 sayılı TCK döneminde kanunun 66. maddesinde iştirak hâlinde işlenen suçlarda cezayı arttıran şahsi sebeplere yer verilirken 67. maddesindeyse cezayı arttıran fiili sebeplere yer verilmişti.⁴⁶⁸ Ancak cezayı azaltan veya kaldıran nedenlere ilişkin

⁴⁶⁶ 5237 sayılı TCK Madde 40 - Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

Suçta iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 25.07.2020).

⁴⁶⁷ Nitekim gerekçede de bu husus “*Hükümet Tasarısında 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi ‘kişisel ağırlatıcı nedenlerin’ ‘fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması’ hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, ‘ağırlatıcı neden’lerin kişisel veya fiili olarak ayırımı tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Akt. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 273.

⁴⁶⁸ EREM, İştirak, s. 100; 765 sayılı TCK Madde 66 - Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmaya yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.

765 sayılı TCK Madde 67 - Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir. Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 25.07.2020).

herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Doktrinde bu hususa ilişkin “*cezayı kaldıran veya indiren sebepler hakkında kanunun umumî bir hüküm ihtiva etmemesinden bu sebeplerin kendisinde mevcut olan ortaktan gayrisına tesir etmiyeceği neticesi çıkar, o halde kaide cezayı kaldıran veya indiren sebeplerin şahsiliğidir.*” yorumu yapılmış, cezayı kaldıran veya azaltan nedenlerin varlığı durumunda bu hâllerin şahsi olduğu kural olarak kabul edilmiştir.⁴⁶⁹

Doktrinde, 5237 sayılı TCK’de yer alan bağıllık kuralı düzenlemesi eleştirilmiştir. Buna göre, 765 sayılı TCK döneminde kanunun cezayı kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin bir düzenleme içermemesi bir eksiklik olarak nitelendirilmiş, 5237 sayılı kanunla gelen bağıllık kuralının da bu sorunu çözmediği ifade edilmiştir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ EREM, *İştirak*, s. 100.

⁴⁷⁰ Devrim **AYDIN**, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yay., Ankara 2009, s. 231; Meral **EKİCİ ŞAHİN**, “İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 639; Vesile Sonay **EVİK**, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, XII Yayınevi, İstanbul 2010, s. 297; Seydi **KAYMAZ**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, GÜHFD, C. XVI, S. 2, Y. 2012, s. 124; AKBULUT, s. 204.

2. Şahsi İndirim Nedeni Olarak Haksız Tahrikin Sirayeti

Belirtildiği üzere ne ağırlatıcı ne de hafifletici nedenlerin şeriklere sirayeti noktasında 5237 sayılı TCK’de açık bir düzenleme yapılmamıştır. Her ne kadar kanunun 40. maddesinde yer alan bağıllık kuralı bu hususa ilişkin bir düzenleme olarak gösterilse de doktrinde maddenin yalnızca cezalandırılmayı önleyen hâllere ilişkin olduğu ifade edilmiştir.⁴⁷¹

Hâl böyle olunca doktrinde bu hususa ilişkin yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiği, ilgili düzenleme yapılana dek ise uygulamada genel kabul görmüş kuralların uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷² Zira 5237 sayılı TCK’nin 61/10 maddesi gereği *“kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”*

Buradan hareketle, failin şahsından kaynaklanan şahsi indirim nedenleri sübjektif nitelik arz ederler ve diğer şeriklere uygulanmazlar.⁴⁷³ Zira, ceza kanunu failin kişiliğine ait bir nedene dayanarak cezada indirim öngörmüşse, bu durumdan yalnızca failin faydalanması mümkün olmalıdır.⁴⁷⁴ Haksız tahrik indirimi de bilindiği üzere failin, maruz kaldığı haksız fiil nedeniyle içerisinde bulunduğu psikolojik durumun etkisiyle işleyeceği tepki suçunda indirim öngören şahsi bir indirim nedenidir. Dolayısıyla suç ortakları hakkında ayrıca haksız tahrik şartları var olmadığı sürece, suç ortakları için haksız tahrik

⁴⁷¹ AYDIN, İştirak, s. 232; KAYMAZ, s. 148.

⁴⁷² EVİK, s. 292.

⁴⁷³ EKİCİ ŞAHİN, s. 655.

⁴⁷⁴ AYDIN, İştirak, s. 232.

indirimi uygulanamaz.⁴⁷⁵ Ancak haksız tahrike sebep olan tahrik fiili tüm suç ortakları açısından mevcutsa o zaman onlar için de haksız tahrik indiriminden söz edilir. Ancak bu durumda haksız tahrik indiriminin suç ortaklarına sirayetinden değil birbirinden bağımsız haksız tahrik indirimlerinden söz edilecektir.⁴⁷⁶

G. KAN GÜTME SAİKİ - TÖRE SAİKİ VE HAKSIZ TAHRİK

1. Genel Olarak

Saik; gündelik dilde sebep, güdü manasına gelmektedir.⁴⁷⁷ Hukuk alanında ise; bazı hâllerde kast ile beraber suçun manevi unsurunu oluşturan, failin iç dünyasını yansıtan subjektif bir unsur, olarak tanımlanmıştır.⁴⁷⁸ Saik, kanunda özel olarak düzenlenmediği durumlarda cezanın belirlenmesi noktasında önem taşıyabilir. Ancak kanun koyucu bazı özel durumlarda saikin varlığına çeşitli sonuçlar bağlar. Bu gibi

⁴⁷⁵ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 277; YCGK T. 15.11.2011, E. 2011/1-123, K. 2011/229, “Haksız tahrikin suça iştirak edenlere (müşterek fail veya diğer şeriklere) de uygulanabilmesi için, tahrike ilişkin koşulların tüm şerikler hakkında geçerli olması zorunludur. Bu nedenle, müşterek fail veya iştirak edenlerden bir kısmı hakkında tahrik koşulları gerçekleşmiş, diğerleri hakkında gerçekleşmiş ise, 29. madde yalnızca haksız tahrik koşulları gerçekleşen kişiler hakkında uygulanabilecektir.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 25.07.2020).

⁴⁷⁶ AYDIN, İştirak, s. 233; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365; BAŞAR, Tahrik – II, s. 359; BARDAK, s. 51; EREM, İştirak, s. 100; Yargıtay 1. CD T. 15.05.2003, E. 2003/194, K. 2003/997, “...sanıklar ve mağdur tarafın grup olarak hareket ettikleri de gözönüne alındığında, mağdur taraftan neşet eden tevali edici haksız hareketlerin sanık Mahmut için olduğu gibi, sanıklar Enis ve Mehmet için de ağır haksız tahriki oluşturacağının düşünülmemesi...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 25.07.2020).

⁴⁷⁷ Bkz. <https://sozluk.gov.tr> (E.T.: 26.07.2020).

⁴⁷⁸ ZAFER, s. 222.

durumlarda saikin varlığı suçları birbirinden ayırır ya da cezada ağırlaştırıcı veya hafifletici bir etki yapar.⁴⁷⁹

Kasten öldürme suçunda benzer bir düzenleme karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı TCK'nin 82. maddesinde⁴⁸⁰ düzenlenmiş olan “kan gütme ve töre saiki”, kanun koyucunun özel sonuçlar bağladığı, varlığı durumunda suçun nitelikli hâlinin söz konusu olduğu ağırlaştırıcı bir nedendir. Ancak kan gütme ve töre saikinden ne anlaşılması gerektiği kanunda tanımlanmadığı için gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında çeşitli tanımlamalar yapılmıştır.

2. Kan Gütme Saiki

Kan gütme ya da toplumda kullanılan adıyla kan davası, hukuki olmaktan ziyade sosyolojik ve kriminolojik temelde tanımlanabilecek, bazı toplumlara özgü sosyal bir olaydır.⁴⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında kan gütme, “*failin, daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için, ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi*” olarak

⁴⁷⁹ Faruk **EREM**, “Ceza Hukukunda İrade, Şuur, Gayrî Şuur”, AÜHFD, C. 7, S. 3, 1950, s. 67.

⁴⁸⁰ 5237 sayılı TCK Madde 82 - Kasten öldürme suçunun;

j) Kan gütme saikiyle,

k) Töre saikiyle, işlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 26.07.2020).

⁴⁸¹ Cengiz **OTACI**, “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 18, Şubat 2008, s. 115.

tanımlanmıştır.⁴⁸² Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçları, henüz devletin cezalandırmanın tekeli hâline gelmesinden yıllar önce ortaya çıkmış olan “öç alma” kurumunun günümüze yansımasıdır.⁴⁸³

Kan gütme saikinın nitelikli hâl olarak düzenlenmesi 09.07.1953 tarihine dayanmaktadır.⁴⁸⁴ 6123 sayılı kanunla gelen düzenleme öncesi kan gütme saikiyle işlenen kasten öldürme suçları tasarlayarak öldürme kapsamında incelenmekteydi.⁴⁸⁵ 765 sayılı TCK’nin 450. maddesine eklenen onuncu bent ile kan gütme saikinın varlığı suçun nitelikli hâli olarak kabul görmüş ve suçun daha ağır bir ceza ile müeyyidelendirilmesi sonucunu doğurmuştur.⁴⁸⁶ Bunun sebebi olarak ise 1980’li yıllarda ülkenin bazı bölgelerinde yoğunlaşan kan davalarının önüne geçilmesine yardımcı olmak

⁴⁸² YCGK T. 18.02.1991, E. 1991/1-1, K. 1991/41, Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 26.07.2020).

⁴⁸³ Sedat **BAKICI**, “Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme Suçu ve Unsurları”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 1994, s. 195,196.

⁴⁸⁴ Her ne kadar 1937 yılında kabul edilmiş olan 3236 sayılı “Kan Gütme Sebebiyle İşlenen Adam Öldürme ve Buna Teşebbüs Cürümleri Failleri Hısımları Hakkında Tatbik Olunacak Muameleye Dair Kanun”la kan gütme saiki ilk kez düzenlenmiş olsa da ilgili değişiklik anayasaya aykırılık sebebiyle Anayasa Mahkemesi’nin 330/15 sayılı ve 11.02.1964 tarihli kararıyla yerleşme ve seyahat özgürlüğüne aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Dolayısıyla günümüze kadar gelen düzenleme 6123 sayılı kanunla getirilen düzenlemedir. Akt. BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 264.

⁴⁸⁵ OTACI, s. 116.

⁴⁸⁶ 6123 sayılı kanun ile gelen değişiklik sonrası 765 sayılı TCK Madde 450 – Öldürmek Fiili, ...Kan gütme saikiyle işlenirse, fail idam cezasına mahkûm edilir. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8458.pdf> (E.T.: 26.07.2020); Kanunun gerekçesine göre, “*Hemen her daim evvelden tahmin ve tasavvur edilen fiilin icrası için gerekli bütün imkan ve şartların önceden hazırlanmakta olduğu nazarı dikkate alınır, bu gibi fiillerin 450/4 (taammüden adam öldürme) kapsamına dahil olduğundan şüphe yoksa da, tatbikatta keyfiyeti tespit edilemediğinden, maddeye bu bendin ilavesine zaruret hasıl olmuştur.*” Akt. Sulhi **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yay., 17. Bası, İstanbul 2004, s. 72.

gösterilmiştir.⁴⁸⁷ 5237 sayılı TCK de kan gütme saiki ile öldürmeyi nitelikli hâl olarak 765 sayılı TCK'ye benzer şekilde düzenlemiş, yalnızca cezasını ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olacak şekilde değiştirmiştir.

Somut olayda kan gütme saikinın var olabilmesi için olaydan önce taraflar arasında bir kasten öldürme olayının var olması ve bu iki olay arasında çok kısa olmayan bir zaman diliminin geçmesi aranır. Aranan bu zaman diliminin amacı geçen süreçte failin, öldürme fiilinin bünyesinde meydana getirdiği hiddet ve elem hâlinde arınmasını sağlamaktır.⁴⁸⁸ Kan gütme saikinın var olduğu durumda fail bu durumdan arınmış olmasına rağmen bir görev bilinci içerisinde, intikam almak amacıyla suçu işleyecektir.⁴⁸⁹ Ancak Yargıtay kararlarına bakıldığında aranan bu çok kısa olmayan zaman diliminin yalnızca ikinci olarak gerçekleşen öldürme suçunun mağdurunun ilk gerçekleşen öldürme suçunun faili olduğu durumlarda arandığı görülmektedir. Aksi hâlde ikinci öldürme

⁴⁸⁷ TUTUMLU, s. 67.

⁴⁸⁸ Failin hiddet ve eleminden arınmasının aranmasının sebebi 5237 sayılı TCK Madde 82'nin gerekçesinde yatmaktadır. Gerekçeye göre, *"kan gütme saikiyle öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, failin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması hâlinde söz konusu olabilecektir. Ancak, belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hâllerde, bu bent hükmü uygulanamaz."* Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc> (E.T.: 26.07.2020); Dolayısıyla gerekçeye göre, fail eğer ilk öldürmeden kaynaklanan hiddet veya şiddetli elem içerisindeyse haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gündeme geleceği için kan gütme saikinden doğan ağırlaştırıcı neden faile uygulanamaz. Yargıtay da bu hususu birçok kararında benzer şekilde yorumlamıştır, **Yargıtay 1. CD T. 09.10.2002, E. 2002/2288, K. 2002/3508**, *"Sanığın 32 yıl önce annesini öldürerek kendisini 6 yaşında öksüz bırakan ve bilahare 1803 sayılı kanun uyarınca tahliye edilen maktûlü öldürdüğünün oluş ve kabulden anlaşılmasına, bu durumda aradan geçen uzun zamanın haksız tahriki tamamen ortadan kaldıramıyacağına göre suçun münhasıran kan saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği cihetle sanığın maktûlü basit tahrik altında ve taammüden öldürdüğünün kabulü suretiyle hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suça kangütme vasfının ilave edilmesi ve TCK.nun 51/1. maddesinin tatbiki lüzumunun gözetilmemesi,"* Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 26.07.2020).

⁴⁸⁹ DÖNMEZER, s. 74.

suçunun mağdurunun ilk öldürme suçunun failinin yakını olduğu durumda bahsi geçen kısa zaman dilimi aranmamaktadır.⁴⁹⁰ Bu kabul, olayda maktûlden kaynaklanan haksız bir fiilin bulunmamasına rağmen öldürme olayını gerçekleştirmesi hâlinde kan gütme saikinin varlığının karine olarak kabul edilmesi sebebiyledir. Kanaatimizce de ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için bu gibi hâllerde araya bir zaman diliminin girmesinin aranmaması yerinde olacaktır.

3. Kan Gütme Saiki ve Haksız Tahrik İlişkisi

Doktrinde kan gütme saikiyle kasten öldürme suçlarında haksız tahrikin durumu 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi 5237 sayılı TCK döneminde de tartışmalıdır.⁴⁹¹ Yargıtay kararlarına bakıldığında ise kan gütme saiki ile haksız tahrikin birlikte uygulanamayacağı yönünde bir içtihat birliği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁴⁹² Esasında iki kanununda da kanun metninde bu hususa ilişkin bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Ancak 5237 sayılı TCK'nin 82. maddeye ilişkin gerekçesi

⁴⁹⁰ **Yargıtay 1. CD T. 21.06.1994, E. 1994/2309, K. 1994/2081**, “...sanığın amcasını öldürenin, maktûl olmayıp, maktûlün oğlu olması ve olayda maktûlden gelen bir haksız hareket belirlenememesi nedeniyle ilk olayla sonraki olay arasında geçen sürenin önem taşımadığı; önceki adam öldürme olayını gerçekleştirenin yakınlarına karşı, sadece öldürme olayının yarattığı kızgınlıkla yapılan eylemlerin, aynı gün yapılırsa bile kangütme saikiyle adam öldürme suçunu oluşturacağı gözönünde tutulmaksızın...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 26.07.2020).

⁴⁹¹ KANGAL, s. 56; AYDIN, Yeni TCK, s. 243; EKER KAZANCI, s. 1346.

⁴⁹² **YCGK T. 04.06.1973, E. 1973/332, K. 1973/458**, “Kan gütme sebebiyle adam öldürme suçlarında TCK.nun 51. Maddesinin tatbikine imkân yoktur. Zira kan gütme sebebiyle adam öldürme suçlarında sebep, diğer adiyen katil suçlarında mümkün olan acı ve öfke duygusu değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı bir düşüncedir.”; **Yargıtay 1. CD T. 12.10.2017, E. 2017/1107, K. 2017/3221**, “Kan gütme saikiyle hareket edildiğinin kabul edilmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi,” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 27.07.2020).

incelendiğinde kan gütme saikinin var olabilmesi “*filin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması*” şartına bağlanmıştır. Gerekçenin devamında da “*haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hâllerde*” kan gütme saikinden kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁹³

Doktrindeki bir görüşe göre, kan gütme saiki ve haksız tahrikin birlikte uygulanabilmesinin önünde bir engel yoktur.⁴⁹⁴ Zira öç alma duygusu hâlihazırda özünde haksız bir tahrikten meydana gelmiştir. Dolayısıyla eğer kan gütme saiki ile hareket edilen olaylarda haksız tahrikin koşulları da oluşmuşsa haksız tahrik indiriminin yapılabileceği kabul edilmelidir.⁴⁹⁵

Bir diğer görüşe göre ise, kan gütme saiki ile haksız tahrikin birlikte uygulanması mümkün değildir. Zira aynı saik hem cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hâl hem de cezadan indirim yapılması sonucunu doğuran bir hâl olarak ele alınamaz.⁴⁹⁶ Fail ya ilk öldürme suçunun etkisindedir ve olayın sebep olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle kasten öldürme suçunu işlemiştir ya da ilk öldürme suçunun etkisinden çıkmıştır artık öç alma ve intikam duygusu ile hareket etmiştir. Failin öldürme fiilinin etkisinden çıkamadığı

⁴⁹³ 5237 sayılı TCK Gerekçesi, Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc> (E.T.: 27.07.2020).

⁴⁹⁴ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 539; Doktrinde bu görüş şu ifadelerle savunulmuştur, “*Öfkesiz, kinsiz, üzüntüsüz, acısız, tek kelime ile duygusuz olan insan, normal bir insan olmayıp akıl hastası olduğu cihetle, bu insanın ruh haletini nazara almamak; yani br taraftan TCK 450/10 maddesi ile cezayı arttırıp diğer taraftan haksız tahrik indirimi uygulanmayacağını kabul etmek sosyolojiye, psikoyatriye, hukuk tekniği verilerine maddenin konuluş amacına, kanuna uygun değildir.*” Sahir **ERMAN/ Çetin ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490), Dünya Yay., İstanbul 1994, s. 54.

⁴⁹⁵ BAŞAR, Tahrik – II, s. 357.

⁴⁹⁶ HAKERİ, s. 431; AYDIN, Bazı Sorunlar, s. 244.

durumda 5237 sayılı TCK'nin 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçu ile birlikte haksız tahrik hükümleri, etkisinden çıktığı durumda ise 5237 sayılı TCK'nin 82. maddesi gereği kan gütme saiki hükümleri uygulanacaktır.⁴⁹⁷ Zira kan gütme saikinin varlığı hâlinde failin içinde bulunduğu intikam ve öç alma duyguları haksız tahrike ait duygular değildir.⁴⁹⁸ Bu duyguların varlığı durumunda kişi haksız tahrik indiriminden faydalanamaz.

Üçüncü görüş ise gerekçeyi temel almaktadır. Bu görüşe göre haksız tahrikin koşullarının varlığı durumunda somut olayda kan gütme saiki tam manasıyla var olsa dahi uygulanamaz. Kan gütme saiki yerine suçun 81. maddede düzenlenen hâli üzerinden haksız tahrik indirimi uygulanır. Zira madde gerekçesine göre kan gütme saiki “*haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hâllerde*” uygulanamaz.⁴⁹⁹

Kanaatimizce gerekçeyi temel alan görüşü kabul etmek mümkün değildir. Bilindiği üzere gerekçe kanun metninden sayılmamaktadır. Gerekçede ifade edilmiş olan bir hususu kanunla eşdeğer görmek en başta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu noktada kanun koyucu eğer bu gibi bir yorumun doğru olduğunu düşünüyorsa benzer bir düzenlemeyi kanun maddesine de eklemelidir.⁵⁰⁰

Bununla birlikte iki kurumun birlikte uygulanabileceğini kabul eden ilk görüşe de katılmak mümkün değildir. Kan gütme saikinin ağırlaştırıcı bir neden olarak kanunda yer almasının temel amacı toplumsal bir sorun olan kan davalarının önüne geçmektir. Haksız

⁴⁹⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 267.

⁴⁹⁸ AYDIN, Yeni TCK, s. 244.

⁴⁹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 364,365; ÖZGENÇ, s. 468; KANGAL, s. 57.

⁵⁰⁰ OTACI, s. 133.

tahrik hükümlerinin kan gütme saiki ile birlikte uygulanması durumunda kan gütme saiki düzenlemesi büyük oranda anlamını yitirecektir.

Bu noktada kanaatimizce iki kurumun birlikte uygulanamayacağını savunan görüş en yerinde olan görüştür. Zira aynı nedenin bir yandan cezayı arttırırken bir yandan da cezayı indirimesi mümkün değildir ve kanunun sistematığı ile bağdaşmaz. Bu sebeple bu iki hâlin birlikte uygulanması mümkün değildir. Ancak uygulamada bu görüşün geçerli olabilmesi için kanaatimizce kanuni bir düzenleme yapılması şarttır. Zira kanunun mevcut hâli ile haksız tahrik ve kan gütme saikinin birlikte uygulanmasının önünde bir engel yoktur. Haksız tahrik maddesine, gerekçede de belirtildiği üzere kan gütme saikinin varlığı durumunda haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağı açıkça yazılmalı, doktrindeki tartışmalar sonlandırılmalıdır.

4. Töre Saiki

Töre kelimesi gündelik dilde, “*Bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü*” anlamına gelmektedir.⁵⁰¹ TCK’de ise töre kelimesinden veya töre saikinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. Bunun sonucunda doktrinde töre saikiyle öldürme suçu için, “*kişilerin, yaşadıkları yerlerde bir*

⁵⁰¹ Bkz. <https://sozluk.gov.tr> (E.T.: 28.07.2020); Türk Dil Kurumu’nun yayımlamış olduğu 1992 tarihli Türkçe Sözlük’te ise töre, “*bir toplulukta benimsenmiş, yazılı olmayan teamül ve adetlerin temelini oluşturduğu, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, gelenek ve göreneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü*” olarak tanımlanmıştır. Akt. YALÇIN SANCAR, s. 254.

şeref kuralı olarak kabul ettikleri töreyi yerine getirmek adına, namuslarını kurtarmak maksadıyla kadın veya erkeklerin öldürülmesi” tanımı yapılmıştır.⁵⁰²

Töre saikiyle öldürme suçu 5237 sayılı TCK’nin 82/1-k bendinde düzenlenmiştir.⁵⁰³ Kan gütme saikinden farklı olarak 765 sayılı TCK’de düzenlenmemiş olan bu nitelikli hâl ilk defa 5237 sayılı TCK ile ceza hukuku sistemine eklenmiştir.

Töre saikine ilişkin doktrinde yapılan en temel eleştiri ifadenin dar bir anlam içermesine yöneliktir. Her ne kadar töre saikinin varlığı için hangi şartların varlığının gerektiği kanunda belirtilmese de Yargıtay’ın bazı uygulamalarında belirli şartların varlığını arandığı görülmektedir. Bu şartlarında en başında “aile meclisi kararı” gelmektedir.⁵⁰⁴ Bu durum da “töre saiki” ifadesinin daha dar bir uygulama alanı içerisinde

⁵⁰² Zeki HAFIZOĞULLARI/ Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., 3. Baskı, Ankara 2013, s. 55.

⁵⁰³ 5237 sayılı TCK Madde 82 - Kasten öldürme suçunun;

k) Töre saikiyle işlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 27.07.2020).

⁵⁰⁴ Yargıtay 1. CD T. 14.03.2008, E. 2007/6700, K. 2008/1986, “Kardeşe, çocuğa ve gebe olduğu bilinen maktüleye karşı işlenen öldürme suçunun alınan aile meclisi kararı sonucu gerçekleştirildiğini gösteren kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı, bu nedenle suçun töre saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği anlaşıldığı halde...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 27.07.2020); Ancak Yargıtay’ın aile meclisi kararını aramadığı kararları da mevcuttur. Örneğin, YCGK T. 11.05.2010, E. 2010/1-56, K. 2010/111, “Diğer yönden, yerel mahkemenin direnme gerekçesinde belirttiği ve öğretide de bir kısım yazarlarca kabul edilen, töre saikiyle suçun işlendiğinin kabulü için, aile meclisi kararı alınması ve bunun ailenin fertleri tarafından uygulamaya konulması gerekliliğinin, 765 sayılı TCY dönemindeki yargısal uygulamalardan kaynaklandığı, yasal dayanağı bulunmayan bu görüşe, hükmün konuluş amacı da nazara alındığında katılmanın olanaksız olduğu, belli bir yöreye özgülülmüş bir kavram olan, aile meclisi kararı aranmasının, Anayasa’daki eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve bu suçun ancak belirli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişilerce işlenebileceği sonucunu doğuracağı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak bu kabulün, suçun yasallık ilkesine de aykırılık oluşturacağı ve hukuki dayanağı bulunmayan bir kuruma hukuk düzenince geçerlilik tanıyacağı açıktır. Kaldı ki, bir saikin etkisiyle işlenen, töre saikiyle insan

kalmasına, sanki yalnızca bir bölgeye ait bir olguymuş gibi bir izlenime sebep olmaktadır.⁵⁰⁵

Doktrinde bu durumun çözümü için töre saiki yerine “namus saiki”⁵⁰⁶ ifadesinin kullanılması önerilmiştir. Namus saiki ifadesinin töre saikine kıyasla daha genel ve kapsayıcı bir ifade olduğu dile getirilmiş; aile meclisi kararı gibi yöresel kabullerden uzak olduğu üzerinde durulmuştur.⁵⁰⁷ Namus saiki teriminin töre saiki terimi yerine kullanılması fikrini destekleyen bir başka husus ise 5237 sayılı TCK’nin gerekçesinde yatmaktadır. Haksız tahriki düzenleyen 29. maddenin gerekçesinde “*özellikle “töre veya namus cinayeti” olarak adlandırılan*” ifadesine yer verilmiş, töre ve namus cinayeti ifadeleri birbiri yerine kullanılmıştır. Ancak bu durum ne doktrinde ne de kanun koyucu nezdinde çözüme kavuşturulmuş değildir.⁵⁰⁸

öldürme suçunun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi olanaklı olup, aile meclisi kararının aranması ve bu hususun suçun ön koşulu olarak görülmesi halinde, adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına da yol açılacaktır.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 27.07.2020).

⁵⁰⁵ YALÇIN SANCAR, s. 256.

⁵⁰⁶ Namus ve namus saiki ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Salih Zeki İSKENDER, “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, C. 35, S. 1-2, Ocak Nisan 2009, s. 8-12.

⁵⁰⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 259.

⁵⁰⁸ Yargıtay 1. CD T. 17.04.2013, E. 2011/7167, K. 2013/3268, “...törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin “töre saikiyle öldürme” olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi” biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan”, sırf bu nedenle “töre saikiyle öldürme” olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, “töre cinayeti ile namus cinayetinin” aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği, zira, suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasağının, “töre saikiyle öldürme” suçunun uygulanma alanını bu

5. Töre Saiki ve Haksız Tahrik İlişkisi

Töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçu ile haksız tahrikin birlikte uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin kanunda düzenlenmiş bir ifade yoktur. Ancak 5237 sayılı TCK'nin gerekçesine bakıldığında kurumları düzenleyen maddelerin ikisinde de bu mevzuaya değinilmiştir. Haksız tahriki düzenleyen 29. maddenin gerekçesine 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.”* Töre saikini kasten öldürme suçunun nitelikli hâli olarak düzenleyen 82. maddenin gerekçesinde ise, *“Nihayet, (j) bendine göre; töre saikiyle öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir.”*⁵⁰⁹ ifadeleri yer almıştır.

Haksız tahrikin varlığı için aranan koşullardan olan “tahrik fiilinin varlığı” ve “tahrik fiilinin haksızlığı” ilgili bölümlerde açıklanmıştı. Haksız tahrik kurumuna ilişkin 5237 sayılı TCK'nin gerekçesi incelendiğinde 765 sayılı TCK düzenlemesi olan “haksız bir tahrik” ifadesi yerine “haksız bir fiil” ifadesinin getirilmesine sebep olarak töre ve namus cinayetlerinin önüne geçmek gösterilmiştir. Açıklandığı üzere haksız bir fiil ifadesinden anlaşılması gereken hukuka aykırı bir fiildir. Dolayısıyla aksi hâllerde haksız tahrikin varlığından söz edilemeyecektir. Zaten gerekçeden de anlaşıldığı üzere kanun

şekilde genişletmeye izin vermeyeceği...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 27.07.2020).

⁵⁰⁹ 5237 sayılı TCK Gerekçesi,

Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc> (E.T.: 28.07.2020).

koyucunun amacı da ahlaka, örf-adete veya töreye aykırı olan fiiller sebebiyle uygulanan haksız tahrik indirimlerinin önüne geçmektir.⁵¹⁰

Haksız bir fiil ifadesini hukuka aykırılık olarak tanımladığımızda töre saikini düzenleyen madde gerekçesinde sözü edilen “*bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir.*” ifadesi de anlam bulacaktır. Zira zaten somut olayda hukuka aykırı bir fiil varsa ve tepki hukuka aykırı bir fiile karşı gerçekleştiriliyorsa haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olmalıdır. Cezayı önce töre saiki sebebiyle artırıp ardından haksız tahrik indirimi ile azaltmak kanunun amacına aykırılık teşkil edecektir.⁵¹¹ Bu noktada suçun oluşumu mahkeme tarafından titizlikle incelenmeli⁵¹², suça sebep olan hususun, failin karşı karşıya kaldığı

⁵¹⁰ AYDIN, Yeni TCK, s. 246.

⁵¹¹ EKER KAZANCI, s. 1347,1348; KANGAL, s. 58,59.

⁵¹² Her ne kadar Yargıtay kararları töre saiki ve haksız tahrikin uygulanması konusunda nispeten daha isabetli olsa da yerel mahkeme kararlarında töre saikinin varlığı hâlinde haksız tahrik indiriminin uygulandığı kararlara rastlanmaktadır. YALÇIN SANCAR, s. 219; **Yargıtay 1. CD T. 07.07.2014, E. 2014/2440, K. 2014/3752**, “*maktul S.'a yönelik eyleminin ise "töre saikiyle tasarlayarak öldürme" olarak nitelendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ise de... Reşit olan ve fiilen birlikte yaşamadığı eşini terk ederek kendi rızasıyla S. isimli kişiyle birlikte yaşamaya başlayan Z.'yle onun birlikte yaşamaya başladığı kişi olan S.'ın bu eylemlerinin, Z.'nin kardeşi olan sanık M. için kasten öldürme suçunda haksız tahrik nedeni sayılamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında haksız tahrik sebebiyle indirim yapılmış olması*”; **Yargıtay 1. CD T. 13.10.2010, E. 2009/10191, K. 2010/6617**, “*Evli ve 6 çocuklu olan maktul M...'nin, sanığın kardeşi N... ile evli ve 5 çocuğu bulunan mağdure A...'yı rızasıyla kaçırıp Mardin ilinden İzmir iline götürdüğü, yaklaşık üç ay birlikte yaşadıkları, ancak mağdurenin akrabaları tarafından takip ve tehdit edildikleri şüphesi ve öldürülme korkusuyla sürekli adres değiştirdikleri, 13/08/2007 tarihinde N...'nin akrabası olan bir kısım şahıslar hakkında tehdit suçlamasıyla şikayetçi oldukları, suç tarihinden önce mağdurenin sanığa telefon ederek eşi N... ile boşanmak için dava açtığını, kendisini rahat bırakmasını istediği, sanığın ise bu duruma karşı çıkararak bundan zarar göreceksin diye uyardığı, yaklaşık 7 yıl önce kız kardeşi M...'i erkeklerle ilişkisi olduğu gerekçesiyle öldüren ve şartla tahliye edilen sanığın, yengesi A... ve M...'nin bu ilişkisini tasvip etmediğinden onları öldürmeye karar verdiği, eylemi gerçekleştirmek için Batman ilinden İzmir iline geldiği, maktul ve mağdurenin ev adresini öğrendiği, olay günü de iş yerinden çıkıp evlerine gelmekte olan*

hukuka aykırı fiil sonucu bünyesinde oluşan psikolojik durum mu yoksa töre saiki mi olduğu belirlenmelidir. Zira failde bu iki hususun birlikte bulunması mümkün değildir.⁵¹³

Töre saiki ve haksız tahrik ilişkisinin gündeme geldiği bir diğer husus ise evli kişiler arasında gerçekleşen kasten öldürme suçlarıdır. Evli kişinin zina fiili sonrası kocasına veya karısına karşı medeni hukuktan kaynaklanan sadakat yükümlülüğü sonucu bir haksız fiili olması dolayısıyla da diğer koşulların varlığı hâlinde haksız tahrik

*maktul ve mağdureye tabancayla ateş ederek maktulü öldürdüğü, mağdureyi de öldürmeye teşebbüs ettiği, kaçarken kamu tanığı Anıl'ın duyacağı şekilde “bu namus meselesidir” diye bağırdığı olayda; Sanık, kardeşinin eşi olan mağdurenin maktul ile birlikte yaşamasının aile şerefini ve namusunu azalttığı düşüncesiyle, tasarlayarak ve töre (namusunu kurtarmak) saikiyle eylemini gerçekleştirdiğinden, maktule karşı eylemi nedeniyle TCK.nun 82/1-a-k, mağdureye karşı eylemi nedeniyle TCK.nun 82/1-a-k, 35. maddeleri kapsamında cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılgiya düşülerek, yazılı şekilde maktule karşı eylemi nedeniyle kasten insan öldürmek suçundan TCK.nun 81/1, 29, 62; mağdureye karşı eylemi nedeniyle kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan TCK.nun 81/1, 35, 29, 62.maddeleriyle hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini”; **YCGK T. 11.05.2010, E. 2010/1-56, K. 2010/111**, “Sanıkların, insan öldürme eylemini, maktul ile anneleri N. arasındaki cinsel birliktelik nedeniyle gerçekleştirdikleri, sanıkların anneleri ile maktul arasındaki ilişkiyi namus sorunu sayarak, ailenin namus ve şerefini kurtarmak saiki ile maktulü öldürdükleri ve eylemlerinin TCY'nun 82/1-k maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, sanıkların annesi olan tanık N.'ın yetişkin ve dul bir kadın olması, maktul ile aralarında bir yakınlaşmanın olmasının hukuki bakımdan haksız bir eylem olarak nitelendirilemeyeceği, diğer yünden her ikisi de yetişkin olan, tanık N. ile maktulün, dış dünyaya yansıyan, sanıkları toplum önünde küçük düşürecek nitelikte bir davranışlarının da bulunmadığı, sanıkların dahi savunmalarında bu yönde bir iddiada bulunmadıkları, yine sanık savunmalarına göre, olay öncesinde maktul ile konuştuklarında, maktulün, tanık N. ile aralarında bir ilişki olduğunu de kabul etmediği, maktulden kaynaklanan ve sanıklar yararına haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirir bir haksız eylemin de bulunmadığı nazara alındığında, ailenin namus ve şerefini kurtarmak saiki ile maktulü öldüren sanıklar hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması olanaksız olup, yerel mahkemece, maktulden kaynaklanan herhangi bir haksız eylem bulunmadığı halde, yalnızca sanıkların şiddetli elemin etkisi altında eylemlerini gerçekleştirdiklerinin kabulü ile sanıklar yararına haksız tahrik hükümlerinin uygulanması ve suç niteliğinin hatalı belirlenmesi isabetsiz ve yasaya aykırıdır.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 28.07.2020).*

⁵¹³ ÖZGENÇ, s. 468; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 263.

indiriminin uygulanacağı, haksız tahrikin varlığının da töre saikinın varlığına engel olacağı doktrinde kabul edilmektedir.⁵¹⁴

Töre saiki ve haksız tahrikin birlikte uygulanmaması gerekliliği kanaatimizce de yerinde olan uygulamadır. Ancak uygulamada yerel mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere bir sorun vardır. Her ne kadar kanunun gerekçesinde bu iki kurumun birlikte uygulanmaması gerektiği ifade edilmişse bile kanun gerekçesinin kanuna dahil olmadığı da bir gerçektir. Dolayısıyla bu gibi hatalı uygulamaların önüne geçmek için, haksız tahriki düzenleyen 5237 sayılı TCK'nin 29. maddesine, töre saikinın varlığı hâlinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı açık olarak yazılmalıdır.⁵¹⁵

⁵¹⁴ Ayşe NUHOĞLU, “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, MÜHF Dergisi, S. 1-4, Y. 2004, İstanbul, s. 213; KANGAL, s. 246,247; EKER KAZANCI, s. 1348; Dini nikâhın varlığı durumunda ne olacağı doktrinde tartışılmıştır. Kanaatimizce dini nikâhın varlığında hukuki bir statü, dolayısıyla medeni hukuk anlamında bir sadakat yükümlülüğünününden bahsedilemeyeceği için tarafların zina fiilleri karşı taraf bakımından bir haksız fiil teşkil etmeyecektir. Bu sebeple de haksız tahrik uygulanması gündeme gelemeyecektir. Somut olayda uygulanması mümkünse töre saikiyle kasten öldürme ise değerlendirilebilir.

⁵¹⁵ AYDIN, Bazı Sorunlar, s. 245.

II. ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HÂLLERİ

A. GENEL OLARAK

Haksız tahrik bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'nin 29. maddesinde düzenlenmiş genel bir kuraldır ve koşullarının varlığı durumunda istisnaları hariç tüm suçlar hakkında uygulanır. Ancak kanun koyucu belli suçların sahip olduğu özel nitelikler sebebiyle ilgili suçlarda uygulanacak özel haksız tahrik düzenlemelerine yer vermiştir. Bu hususlar doktrinde özel haksız tahrik hâlleri olarak adlandırılmaktadır.⁵¹⁶

5237 sayılı TCK genel haksız tahrik kuralının yanında hakaret suçuna ilişkin özel bir haksız tahrik düzenlemesine yer vermiştir. Kanunun 129. maddesinde yer alan bu düzenleme, genel haksız tahrik kuralının bir istisnasını oluşturur. Genel hüküm - özel hüküm ilişkisi neticesinde hakaret suçuna ilişkin özel haksız tahrik hâllerinin varlığında artık genel haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.⁵¹⁷

765 sayılı TCK yürürlükteyken 5237 sayılı TCK'den farklı olarak birden fazla özel tahrik hâline yer vermişti. Buna göre, kanunun 51. maddesinde düzenlenmiş olan genel haksız tahrik düzenlemesinin yanında; 272. maddesinde⁵¹⁸, 462. maddesinde⁵¹⁹ ve

⁵¹⁶ DEMİRBAŞ, Özel Tahrik Halleri, s. 73.

⁵¹⁷ EREM, Haksız Tahrik, s. 654.

⁵¹⁸ 765 sayılı TCK 272. maddesinde memurlara karşı işlenen suçlara yönelik özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapılmıştır. Maddeye göre, Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir. Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 29.07.2020).

⁵¹⁹ 765 sayılı TCK 462. maddesinde zina ve gayrimeşru cinsel ilişki esnasında adam öldürme ve yaralama suçlarına yönelik özel bir haksız tahrik düzenlemesi içermektedir. İlgili madde 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Maddeye göre, Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller, zinayı icra hâlinde meşhuden yakalanan veyahut zinayı irtika, etmek üzere veya henüz irtikap edildiğinde zevahiri hâle

485. maddesinde⁵²⁰ özel haksız tahrik düzenlemelerine yer vermiş, bununla birlikte doktrinde kanunun 258/4⁵²¹ ve 461/2⁵²² maddelerinin de birer özel haksız tahrik hâli olduğu ifade edilmiştir.

5237 sayılı TCK ise eski kanunda yer alan bu özel haksız tahrik hâllerinden sadece hakaret ve sövme suçlarına ilişkin olan düzenlemeyi korumuş, diğer hâllerde özel bir haksız tahrik düzenlemesine yer vermeyerek genel haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiştir.⁵²³

nazaran şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı veya kız kardeş veya fürudan biri veya bunların müşterek faili yahut her ikisi aleyhinde karı veya koca veya usulden biri veya erkek kardeş veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire kadar tenzil ve ağır hapis cezası hapse tahvil olunur. İdam yerine iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf> (E.T.: 29.07.2020).

⁵²⁰ 765 sayılı TCK 485. Maddesinde 5237 sayılı TCK'ye benzer olarak hakaret ve sövme suçlarında özel bir haksız tahrik düzenlemesi içermekteydi. Maddeye göre, “*Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482 nci maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır. Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı iskat edebilir. Şahıs hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir.*” Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 29.07.2020).

⁵²¹ AYIK, s. 107; 765 sayılı TCK Madde 258/4'e göre, “*Eğer memur haiz olduğu salahiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir.*” Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 29.07.2020).

⁵²² EREM, Haksız Tahrik, s. 654; AYIK, s. 104; BAŞAR, Tahrik – II, s. 355; 765 sayılı TCK Madde 461/2'ye göre, “*Ancak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaada ifrada gidilmiş ve hane ve sükna müstemilatına merdiven kırmak, kapı kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini defî için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiille mürettep ceza, ağır hapis hapse tahvil olunmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir.*” Bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (E.T.: 29.07.2020).

⁵²³ Muharrem ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri”, AÜHFD, C. 51, S. 3, Y. 2002, s. 28.

765 sayılı TCK'nin 485. maddesinin 5237 sayılı TCK'deki yansıması olan 129. madde⁵²⁴ kanunda “*Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret*” başlığı ile düzenlenmiştir.⁵²⁵ İki madde karşılaştırıldığında, 129. maddenin ilk fıkrasında, 485. maddenin ilk fıkrasından farklı olarak hâkimin ceza vermekten vazgeçebileceği ifade edilmiştir. Oysa ki 485/1 uyarınca cezanın yalnızca azaltılabilmesi mümkündür. Bu noktada hâkime daha geniş bir takdir hakkı verildiği söylenebilir.

Fiziki müdahaleye ilişkin maddeler karşılaştırıldığında 129. maddenin ikinci fıkrası, tepkinin “*kasten yaralama suçuna*” karşı olması hâlinde ceza verilmeyeceğine yer verirken, 485. maddenin üçüncü fıkrasında bu husus “*şahsı hakkında şiddet kullanılmasından*” şeklinde düzenlenmiş, 5237 sayılı TCK'ye oranla daha geniş bir ifade tercih edilmiştir. “Karşılıklı hakaret” hâlini düzenleyen 129. maddenin üçüncü fıkrası ve

⁵²⁴ 5237 sayılı TCK Madde 129 - 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.

Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 29.07.2020).

⁵²⁵ Madde gerekçesine göre, “*Madde metninde, hakaret suçundan dolayı cezanın kaldırılması ve azaltılması bakımından üç ayrı duruma ilişkin hüküm bulunmaktadır. Birinci fıkraya göre, mağdur kendi haksız hareketleriyle hakarete neden olmuş ise, haksız hareketinin ağırlığını göz önüne almak suretiyle hâkim, failin cezasını azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle kaldırabilecektir. İkinci fıkraya göre, kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Üçüncü fıkraya göre, karşılıklı hakaret hâllerinde hâkim, hangisinin neden olduğunu göz önünde bulundurarak taraflardan her ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten tamamen sarfinazar da edilebilir.*” Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (E.T.: 29.07.2020).

485. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeler ise verilecek cezaya ilişkin farklılıklar dışında paraleldir.

B. HAKARET SUÇLARINDA ÖZEL HAKSIZ TAHRİK HÂLLERİ

1. Mağdurun Kendi Haksız Hareketi ile Hakarete Sebep Olması

a. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nin 129. maddesinde ilk fıkrasında düzenlenen mağdurun kendi haksız hareketi ile hakarete sebep olması, 765 sayılı TCK'nin 485. maddesinin ilk fıkrasına benzer şekilde kanunda yer almaktadır.

Kanun'un 129. maddesinin ilk fıkrası incelendiğinde suçun *“haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi”* gerektiği ifade edilmiş, böylece özel bir haksız tahrik hâli olduğunun altı çizilmiştir. Bu sebepten ötürü somut olayda özel haksız tahrik hâli varsa genel kural uygulama alanı bulamayacaktır.⁵²⁶ Kanun koyucu 29. maddede düzenlenen genel haksız tahrik düzenlemesinden farklı olarak bu özel haksız tahrik düzenlemesinde, hâkime ceza vermekten vazgeçebilme imkânı da getirmiştir.⁵²⁷

Failin, Kanun'un 129. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hâlinden yararlanabilmesi için somut olayda; tahrike neden olan haksız bir fiilin varlığı, haksız fiilin neden olduğu tepki suçunun hakaret suçu olması, tepki suçu ve haksız

⁵²⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 526.

⁵²⁷ Yargıtay 4. CD T. 29.05.2019, E. 2015/7420, K. 2019/10196, “5237 Sayılı TCK'nın 129/I. maddesi uyarınca hakaretin haksız bir fiile tepki olarak işlendiğinin kabulü halinde, 5271 Sayılı CMK'nın 223/4. maddesi uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerekirken...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 29.07.2020).

fiil arasında bir nedensellik bağının bulunması ve hakaret suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerekir.

b. Tahrike Neden Olan Haksız Bir Fiilin Varlığı

Hükmün uygulanabilmesi için gerçekleşmesi gereken ilk koşul mağdurun kendi haksız hareketi ile söz konusu tepki fiiline sebep olmasıdır.⁵²⁸ 765 sayılı TCK’de bu husus “*kendi haksız hareketiyle*” şeklinde belirtilse de benzer bir düzenleme maddenin yeni hâlinde bulunmamakta, onun yerine “*haksız bir fiile tepki*” olarak bir tepki suçunun işlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Madde gerekçesinde ise 765 sayılı TCK’ye benzer şekilde “*mağdurun kendi haksız hareketiyle hakarete sebep olmuş*” olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.⁵²⁹

Genel haksız tahrik düzenlemesine benzer şekilde “haksız bir fiil” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği bu madde düzenlemesinde de açıklanmamıştır. Bu noktada genel haksız tahrik düzenlemesine benzer bir yorum yapılması yerinde olacaktır. Buna göre, haksız bir fiil ifadesinden anlaşılması gereken hukuka aykırı bir fiildir. Bu fiilin suç teşkil etmesi gerekmez. Burada bahsedilen hukuka aykırılık hukuk düzeninin bütününe bir aykırılıktır. Fiilin haksızlığı koşulu, fiilin salt ahlaka veya toplumsal değerlere, örf ve adete aykırı olması ile sağlanamaz.⁵³⁰ Bununla birlikte fiilin haksızlığı belirlenirken fail

⁵²⁸ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 114.

⁵²⁹ 5237 sayılı TCK Madde Gerekçeleri, Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (E.T.: 29.07.2020).

⁵³⁰ GÜRELLİ, s. 333,334; KATOĞLU, s. 36; KANGAL, s. 42; YALÇIN SANCAR, s. 222; AYDIN, Bazı Sorunlar, s. 239.

ve mağdur arasındaki ilişki de hâkim tarafından göz önünde bulundurulmalıdır.⁵³¹ Bunun dışında mağdurun anlama ve isteme yeteneğinin bulunup bulunmaması vb. sorunlar genel haksız tahrik hâline benzer şekilde çözümlendirilecektir. Genel haksız tahrik hâline benzer şekilde haksız fiilin mutlaka hakaret suçunun failine karşı gerçekleşmesi de gerekmez.⁵³²

Haksız bir fiil ifadesinin genel haksız tahrik hâlinde farklı olduğu tek husus, haksız bir fiilin “hakaret” ve “kasten yaralama” olamamasıdır. Zira bu iki haksız fiilin varlığı hâlinde TCK madde 129/1’de düzenlenen özel haksız tahrik hâli değil aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.⁵³³

c. Tepki Suçunun Hakaret Suçu Olması

İlgili madde düzenlemesine göre bir indirim veya cezasızlık hâlinde bahsedilebilmesi için “*hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi*” gereklidir. Dolayısıyla TCK’nin 129. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hâlinin varlığından söz edebilmek için var olması gereken ikinci koşul tepki suçunun hakaret suçu olmasıdır.

⁵³¹ ÖZEN, Özel Tahrik Halleri, s. 31.

⁵³² Devrim **AYDIN**, “Türk Ceza Hukuku’nda Hakaret Suçu”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, MÜHF Hukuki Araştırmalar Dergisi Özel Sayı, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 909.

⁵³³ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 114.

Madde metninde de görüldüğü üzere tepki suçu yalnızca TCK'nin 125. maddesinde⁵³⁴ düzenlenmiş olan hakaret suçu ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla diğer hakaret suçlarının tepki suçu olarak işlenmesi durumunda TCK'nin 129/1 maddesi uygulanamaz, bu tepki suçları hakkında genel haksız tahrik hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁵³⁵

⁵³⁴ 5237 sayılı TCK Madde 125 - Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

Hakaret suçunun; a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 29.07.2020).

⁵³⁵ ÖZEN, Özel Tahrik Halleri, s. 35; AÇIKGÖZ, s. 209.

d. Tepki Suçu ve Haksız Fiil Arasındaki Nedensellik Bağı

Haksız fiilin sebep olduğu bir tepki suçundan bahsedildiği için doğal olarak haksız fiil ile tepki suçu arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir.⁵³⁶ Nedensellik bağının varlığının aranması, beraberinde haksız fiil ile tepki suçu arasına zaman girmesi hâlini gündeme getirecektir.⁵³⁷ Bu noktada kanun maddesinde herhangi bir zaman şartı aranmadığından failin tepki suçunu anında işlemesi gerektiği şeklinde bir koşuldan bahsedilemez. Önemli olan haksız fiil ve tepki suçu arasındaki nedensellik bağının kurulabiliyor oluşudur.⁵³⁸

Nedensellik bağı ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise hiddet veya şiddetli elem hâlidir. Genel haksız tahrikten farklı olarak 129. maddenin birinci fıkrasındaki özel haksız tahrik düzenlemesinde kanun koyucu tepki suçunun hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle işlenmesini aramamıştır. Doktrindeki bir görüşe göre kanun koyucunun bu tercihi bilinçlidir ve bu husus 129. maddede düzenlenmiş olan özel tahrik hâlinin uygulanması için hiddet ve şiddetin aranmaması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.⁵³⁹

Karşıt görüşe göre ise, kanun koyucu hiddet veya şiddetli elemin varlığını şart koşmamakla birlikte hükmün uygulanabilmesi için bu durumu karine şeklinde kabul

⁵³⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 116; KANGAL, s. 47.

⁵³⁷ ERMAN/ÖZEK, s. 334.

⁵³⁸ Mine ARISOY, “Hakaret”, TBBD, Y. 20, S. 72, s. 186; AÇIKGÖZ, s. 210.

⁵³⁹ Durmuş TEZCAN/ Mustafa Ruhan ERDEM/ Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 17. Baskı, Ankara 2019, s. 625.

etmiştir.⁵⁴⁰ Daha başka bir ifadeyle bu görüş, haksız bir fiile karşı hakaret tepki suçunu işleyen kişide hiddet veya şiddetli elemin zaten var olacağını kabul etmektedir. Bu görüşün neticesinde genel haksız tahrik hâlinde hiddet veya şiddetli elemin varlığı bir koşul olarak aranacak, yokluğu durumunda haksız tahrikten söz edilemeyecekken, 129/1 maddesinde düzenlenmiş olan özel haksız tahrik düzenlemesinde faile hiddet veya şiddetli elemin ispatına ilişkin herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir.⁵⁴¹

Kanaatimizce haksız tahrikin esası düşünüldüğünde hiddet veya şiddetli elem halinin varlığını karine olarak kabul eden görüş daha yerindedir.

e. Hakaret Suçunun Haksız Fiilin Failine Karşı İşlenmesi

Kanun'un 129/1 maddesinde düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hâlinin varlığı için aranacak son koşul hakaret suçunun haksız fiilin failine karşı işlenmiş olmasıdır. 765 sayılı TCK'nin 485. maddesinde bu husus "*Kendisine tecavüz olunan şahıs...kendi haksız hareketiyle...*" şeklinde doğrudan ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK'nin 129/1 maddesinde ise benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar madde metninde yer almasa da doktrinde ve uygulamada genel haksız tahrik hâline benzer olarak, haksız fiile tepki olarak gerçekleştirilen hakaret suçunda da tepki suçunun haksız fiilin failine karşı işlenmesi bu özel tahrik hâlinin varlığı için şart koşulmuştur.⁵⁴²

⁵⁴⁰ ERMAN, s. 224; AYDIN, Hakaret, s. 909.

⁵⁴¹ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 115.

⁵⁴² AYDIN, Hakaret, s. 909; **Yargıtay 18. CD T. 07.11.2018, E. 2018/6235, K. 2018/14582**, "*TCK'nın 129. maddesinde düzenlenen ve cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran özel tahrik hükmünün uygulanma koşullarından birisi de, hakaretin haksız fiili*

2. Hakaretin Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi

a. Genel Olarak

Kanunda düzenlenmiş olan ikinci özel haksız tahrik hâli, 5237 sayılı TCK'nin 129/2 maddesinde yer almaktadır. Hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesini düzenleyen bu hâl, 765 sayılı TCK'nin 485/3 maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde kaleme alınmıştır.

765 sayılı kanuna benzer şekilde düzenlenmiş olması kurum hakkında yapılmış olan tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kanun maddesinde, hakaret suçlarının kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Doktrinde “ceza verilmez” ifadesinin artık fiili suç olmaktan çıkartan ve hukuka uygunluk nedenine yaklaştıran bir hâl olduğu ifade edilmiş, bu sebeple kurumun artık bir meşru savunma olarak algılanması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴³

Meşru savunma görüşü, somut olayda mevcut saldırıyı “derhâl” defetme zorunluluğu bulunmadığından, bu hâlin meşru savunma olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilerek eleştirilmiştir. Bu görüşü eleştiren görüşe göre maddedeki düzenleme, kanun koyucunun hakkında bir cezasızlık sebebi öngördüğü özel bir haksız tahrik hâlidir. Kanun koyucunun ceza vermemeyi tercih etmesinin sebebi failin içinde bulunduğu

gerçekleştiren kişiye yönelik olmasıdır. Haksız tahrikin ceza sorumluluğunu azaltan yada ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmesinin temelinde, haksız davranışın kişilerin adalet duygularını inciteceği ve buna karşı insani bir duygu niteliğinde görülmesi düşüncesi de yer almaktadır. Bu nedenle haksız bir davranışa gösterilen tepkinin de yalnızca haksız fiil failine yöneltilmesi zorunludur.” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 29.07.2020).

⁵⁴³ ERMAN/ÖZEK, s. 331; ÖZEN, Özel Tahrik Halleri, s. 44.

psikolojik durumdur.⁵⁴⁴ Cezasızlık sebebi failin içinde bulunduğu psikolojik durumdan kaynaklandığı için hakaret suçunun işlendiği sırada fail hâlâ kasten yaralamanın sebep olduğu psikolojik durumun etkisinde olmalıdır.⁵⁴⁵ Kanaatimizce de özel bir haksız tahrik hâlinin varlığını kabul eden görüş yerindedir.

5237 sayılı TCK'nin 129. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hâlinin varlığı için faile karşı kasten yaralama suçunun işlenmiş olması, failin tepki olarak hakaret suçunu işlemiş olması, kasten yaralama ve hakaret arasında nedensellik bağının olması ve hakaret suçunun yaralama suçunun failine yönelik olması gerekir.

b. Faile Karşı Kasten Yaralama Suçunun İşlenmesi

765 sayılı kanundan farklı olarak 5237 sayılı kanun düzenlemesinde hakaret suçunun “*kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi*” gerektiği düzenlenmiştir. 765 sayılı kanunda kullanılan “*şiddet*” ifadesi düşünüldüğünde kanunun daha dar bir düzenleme yaptığını söylemek yanlış olmayacaktır. Şiddet ifadesiyle kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, hürriyeti vb. değerine karşı suç işlemek mümkünken, kanun yeni düzenleme ile sadece kasten yaralama fiilerinde bu özel haksız tahrik hâlinin varlığını kabul etmiştir.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 118.

⁵⁴⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 636.

⁵⁴⁶ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 119.

765 sayılı kanunda saldırı fiiline ilişkin “*şahsı hakkında şiddet kullanılması*” düzenlemesi yapılarak yapılacak saldırının hedefi hakaret suçunun faili ile sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı kanunun düzenlemesinde ise hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi yeterli görülmüştür. Ancak maddenin gerekçesinde “*kişinin kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla*” cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir.⁵⁴⁷ Doktrin de bu hususta ikiye ayrılmıştır. Bir görüşe göre gerekçede yazılmış olan ifade kanun maddesi gibi değerlendirilmeli ve sadece hakaret suçunun failine yönelik kasten yaralama suçlarının varlığı hâlinde 129/2 maddesinde düzenlenen özel haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.⁵⁴⁸

Diğer görüşe göre ise, kanun maddesi açıktır. Dolayısıyla kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenen hakaret suçları kasten yaralama suçunun mağduru olmasa da hakaret suçunun faili tarafından haksız tahrike sebebiyet verecektir. Bu noktada önemli olan tepki suçunun kasten yaralama suçunun failine yönelmesidir.⁵⁴⁹ Kanaatimizce gerekçede yazılmış olan ifadeleri kanun metni gibi değerlendirmek ceza hukuku açısından oldukça büyük problem teşkil edecektir. Bu sebeple yalnızca kanun metnini göz önünde bulundurarak kasten yaralama suçunun mağdurunun üçüncü kişi olması durumunda da 129/2 maddesinde düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hâlinin mümkün olabileceğini ifade eden görüşe katılıyoruz.

⁵⁴⁷ 5237 sayılı TCK Madde Gerekçeleri, Bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (E.T.: 30.07.2020).

⁵⁴⁸ Bu görüşü savunan yazarlara göre üçüncü bir kişiye yönelmiş kasten yaralama suçlarının varlığı durumunda ikinci fıkra yerine ilk fıkra hükümleri uygulanmalıdır; ARISOY, s. 191; AÇIKGÖZ, s. 219.

⁵⁴⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 527,528; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 637.

Yaralama suçuna ilişkin var olması gereken bir diğer husus, suçun kasten gerçekleştirilmesidir. Bu noktada kastın yoğunluğu özel haksız tahrikin varlığı açısından bir önem teşkil etmemektedir.⁵⁵⁰ Yaralama suçunun kasten değil de taksirli olarak işlenmesi durumunda 129/2'nin uygulanmayacağı açıktır ancak hangi maddenin uygulanacağı noktasında doktrinde fikir ayrılığı vardır. Bir kısım yazara göre, taksirle yaralama suçuna karşılık hakaret suçu işlenirse genel haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.⁵⁵¹ Karşıt görüşlü yazarlara göre ise, failin daha lehine olması sebebiyle 129/1'in uygulanması daha yerinde olacaktır.⁵⁵² Benzeri bir tartışma kasten öldürme suçunun teşebbüs aşamasında kalması ve failin hakaret suçunu işlemesi hâli için de yapılmıştır. Bir kısım yazar bu durumda genel haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını ifade ederken bir kısım yazar ise benzer sebeplerle 129/1'in uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁵³ Kanaatimizce iki durumda da failin lehine olması sebebiyle 129/1'in uygulanması daha yerinde olacaktır.

⁵⁵⁰ AÇIKGÖZ, s. 215.

⁵⁵¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 527.

⁵⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 637; Yazarlara göre kasten yaralama suçunun teşebbüs aşamasında kalması da 5237 sayılı TCK'nin 129/2 maddesinin uygulanmasına bir engel teşkil etmez.

⁵⁵³ AYDIN, Hakaret, s. 910.

c. Failin Tepki Olarak Hakaret Suçunu İşlemesi

5237 sayılı TCK'nin 129/2 maddesinde düzenlenmiş olan hakaret suçunun kasten yaralama suçuna karşı işlenmesi hâlinde uygulama imkânı bulan özel haksız tahrik kurumunun mevcut olabilmesi için gereken ikinci koşul kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçunun işlenmiş olmasıdır. Bahsi geçen hakaret suçu TCK'nin 125. maddesinde⁵⁵⁴ belirtildiği üzere yalnızca hakareti değil sövme suçlarını da kapsadığı doktrinde ve uygulamada kabul edilmiştir.⁵⁵⁵

d. Yaralama ve Hakaret Suçları Arasındaki Nedensellik Bağı

Kanunun 129. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan özel haksız tahrik hâlinin uygulanabilmesi için gereken bir diğer koşul kasten yaralama suçu ve tepki suçu olarak işlenen hakaret suçu arasında nedensellik bağının bulunmasıdır.

Nedensellik bağının varlığı üzerinden doktrinde yaralama ve hakaret suçları arasındaki zaman tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre maddede düzenlenmiş özel haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için yaralama suçu ve hakaret suçu arasına bir zamanın girmemesi gerekir. Araya zaman girmesi yalnızca yaralama sebebiyle hakaret suçunun o an işlenemiyor olması hâlinde mümkündür, bu durumda nedensellik bağının kopmadığı söylenebilir. Ancak araya zamanın girmesi nedensellik bağının kopması

⁵⁵⁴ 5237 sayılı TCK Madde 125 - Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle...

Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 30.07.2020).

⁵⁵⁵ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 121; ERMAN, s. 222.

anlamına gelecektir.⁵⁵⁶ Nedensellik bağıının kopması hâlinde hakaret suçunun faili hakkında artık 129/2'nin uygulanamayacağından genel haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır.⁵⁵⁷ Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. 129/1'de olduğu gibi failin psikolojik olarak kasten yaralama suçunun etkisinde olması özel haksız tahrik hükmünün uygulanması için yeterlidir.

Nedensellik bağı ile ilgili diğer husus ise failin hiddet veya şiddetli elem içerisinde olmak zorunda olup olmamasıdır. Madde metnine ve gerekçesine bakıldığında failin hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olması gerektiğine dair bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, bu özel haksız tahrik hâli için de kanun 129/1'e benzer şekilde, hiddet veya şiddetli elemin karine olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüş, failin kasten yaralama suçu sonrasında psikolojik olarak etkilenmemesine rağmen haksız tahrik hükümlerinden faydalanmasını, tahrikin esasına aykırı görmektedir.⁵⁵⁸

Kanaatimizce hiddet veya şiddetli elemin karine olarak failde varlığı kabul edilebilir olsa da hiddet veya şiddetli elemin yokluğu durumunda failin özel haksız tahrik hâlinde yararlanmaması gerektiği yorumu yerinde değildir. Zira kanunda mevcut olmayan bir şartın yorum yoluyla kabul edilmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Her ne kadar failin yaralama fiiline tepki olarak işlediği hakaret suçunda, mağdurdan kaynaklanan kasten yaralama suçu sebebiyle hiddet veya şiddetli eleme sürüklenmiş olması gerektiği, nedensellik bağı çerçevesinde incelenip yokluğunda haksız

⁵⁵⁶ ARISOY, s. 191.

⁵⁵⁷ AÇIKGÖZ, s. 217.

⁵⁵⁸ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 120.

tahrik uygulanmayabilirse de bu gibi bir kabul hiddet veya şiddetli elemin varlığını bir koşul hâline getirecektir. Dolayısıyla böyle bir kabul için kanun koyucunun ilgili hususu madde metnine eklemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

e. Hakaret Suçunun Yaralama Suçunun Failine Yönelmesi

Kanunun 129. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan özel haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan son koşul hakaret suçunun kasten yaralama suçunu işleyen faile yönelmesidir. Hakaret suçunun, ne kadar yakını olursa olsun yaralama suçunu işleyen failden başkasına karşı işlenmesi hâlinde ilgili özel haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.⁵⁵⁹ Bu kabul haksız tahrik kurumunun esasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu hakaret suçunun genel haksız tahrik hükümlerinde yer alan tepki suçuna karşılık gelmesi hakaret suçunun yalnızca yaralama suçunun failine karşı işlenebileceği sonucunu doğurmaktadır. Aksi durum ceza hukuku sistematığı ile bağdaşmaz.

⁵⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 528; **Yargıtay 18. CD T. 19.10.2015, E. 2015/9283, K. 2015/8172**, “Katılan ile sanık Niyazi arasında çıkan tartışmada önce katılanın sanık Niyazi’yi itekleyerek yere düşürdüğü ve sonrasında da sanık Niyazi’nin katılana hakaret ettiği, katılanın, sanık Niyazi’ye hakaretine ilişkin bir delilin olmadığı, buna göre sanık Niyazi’nin hakaret eyleminin kasten yaralama suçuna tepki olarak gerçekleştiği gözetilmeden...” Bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T.: 30.07.2020).

3. Karşılıklı Hakaret

a. Genel Olarak

765 sayılı TCK'nin 485. maddesinin ikinci fıkrasının karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'nin 129. maddesinin üçüncü fıkrasında “karşılıklı hakaret” düzenlenmiştir. Maddeye göre, *“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”*⁵⁶⁰

Karşılıklı hakaret kurumunun mahiyeti 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi 5237 sayılı TCK döneminde de tartışma konusu olmuş, kurumun hukuki esasını açıklamak için çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Bu görüşlerden ilki “takas teorisi”ni esas almıştır. Haksız tahriki açıklayan görüşlerden birisi olan takas teorisi daha önce de değinildiği üzere Roma hukuku döneminde kabul edilmiş olan takas usulünün modern ceza hukukuna uygulanmasından ibarettir. Bu görüşe göre ikinci hakaret suçunun faili aslında hakaret etmek niyetinde değildir. Amacı mağduru olduğu hakaret suçunu reddetmektir. İlk hakaret suçunun faili karşı tarafın hakareti sonucunda suçunun ortadan kalktığını iddia edemez, zira suç sabittir. Ancak karşı tarafın da hakarete hakaretle karşılık vermesi sonrası iki fail arasında gerçekleşen “takas” sebebiyle tarafların şikayet hakkı ortadan kalkmıştır.⁵⁶¹ Bu görüş teorinin eskiliği, kişisel cezalandırma esasına dayanması ve işlenen iki hakaret suçunun aynı ağırlıkta olmasının aranmaması sebebiyle eleştirilmiştir.⁵⁶² Ancak buna rağmen 1887

⁵⁶⁰ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 31.07.2020).

⁵⁶¹ Faruk EREM, “Karşılıklı Tahkir”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 1958, s. 60,61.

⁵⁶² ERMAN, s. 211.

tarihli Zanardelli tasarısında karşılıklı hakaret hâli düzenlemesi, Alman Ceza Kanunu’nun karşılıklı hakaret hâlini düzenleyen 199 ve yürürlükten kaldırılrsa da karşılıklı işlenen suçları düzenleyen 233. maddelerinin hukuki esasının takas görüşüne dayandırıldığı doktrinde ileri sürülmektedir.⁵⁶³

Düzenlemeyi bir çeşit meşru savunma olarak kabul eden görüşe göre, ilk hakaret suçu karşısında ikinci hakaret suçunun işlenmesi bir çeşit savunma olarak nitelendirilmiş ve meşru savunmaya benzer bir hâlin var olacağı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre ilk hakaret suçu ve ikinci hakaret suçu birbirinden ayrı olarak değerlendirilir. İlk hakaret suçunun faili hâlihazırda ikinci hakaret suçunun mağduru olmakla cezalandırılmış kabul edildiğinden ayrıca cezalandırılmasına gerek olmadığı; bununla birlikte ikinci hakaret suçunun failinin ise karşı taraftan gelen saldırı sebebiyle “meşru savunmaya yakın” bir durum içine düştüğü, bu sebeple fiilinin haksızlığının ortadan kalkacağı veya azalacağı kabul edilmektedir.⁵⁶⁴ Ancak doktrinde meşru savunma ile TCK’nin 129/3 maddesinde düzenlenmiş olan hâlin tek ortak noktasının haksız bir saldırının mevcudiyeti olduğu, meşru savunmaya ilişkin geriye kalan hiçbir şartın var olmadığı, bununla birlikte meşru savunma durumunda yalnızca savunma yapan tarafa ceza verilmezken ilgili maddede iki tarafada ceza verilmeyebileceği ileri sürülerek eleştirilmiştir.⁵⁶⁵

Doktrinde karşılıklı hakareti açıklamak için “*cezalandırılabilme unsurunun bulunmamasına dayanan görüş*”, “*kusurun azalmasına dayanan görüş*”, “*hukuka aykırılığın ve kusurun kapsamının daralmasına dayanan görüş*”, gibi bir çok görüş ortaya

⁵⁶³ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 124.

⁵⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 626.

⁵⁶⁵ EREM, Karşılıklı Tahkir, s. 61.

atılmış olsa da⁵⁶⁶ doktrinde ve uygulamada bir görüş etrafında toplanılmış olduğu söylenilemez. Zira Erem'e göre de “*karşılıklı hakarete cezanın düşmesini izah kolay değildir.*”⁵⁶⁷ Bu sebeple kanaatimizce, eğer bir seçim yapmak gerekirse, karşılıklı hakaret kurumunun hukuki esasını açıklamak noktasında en isabetli görüş “ceza politikası” görüşüdür. Kurumu kanun koyucunun kabul etmiş olduğu ceza politikası ile açıklayan bu görüşe göre, karşılıklı hakaret hâlinde kanun koyucu, artık faillere ceza vermekte bir kamu yararı kalmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla karşılıklı hakarete failler açısından hakaret suçları tam anlamıyla oluşmuş olmasına rağmen faillere ceza verilmeyebileceği kabul edilmiştir.⁵⁶⁸ Ancak bu görüş de ilk hakaret suçu sebebiyle psikolojik olarak etkilenerek ikinci hakaret suçunu işleyen fail bakımından haksız tahrik hükümlerine uygunken ilk hakaret suçu bakımından ceza verilmemesinin sebebini ceza politikası olarak ifade etmekle yetinmiştir.

Kanunun 129. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan bu özel haksız tahrik düzenlemesinin uygulanabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Buna göre 129/3'ün uygulanabilmesi için karşılıklı olarak işlenen suçlar TCK'nin 125. maddesinde düzenlenmiş olan hakaret veya sövme suçlarından olması, ilk hakaret suçunun haksız olması ve hakaret suçları arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

⁵⁶⁶ Sözü edilen görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 126,127.

⁵⁶⁷ EREM, Karşılıklı Tahkir, s. 61.

⁵⁶⁸ ERMAN/ÖZEL, s. 327.

b. Hakaret Suçunun Karşılıklı Olarak İşlenmiş Olması

765 sayılı TCK'nin 485. maddesinde hakaret suçları ifadesi hakaret ve sövme suçlarını düzenleyen 480 ve 482. maddeleri içine alacak şekilde ifade edilmektedir. 5237 sayılı TCK 129/3 maddesinde ise “*hakaret suçunun*” karşılıklı olarak işlenmesini aramıştır. Hakaret suçunu düzenleyen TCK'nin 125. maddesi incelendiğinde “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle*” diyerek 765 sayılı TCK'de olduğu gibi hakaret ile birlikte sövme suçlarında da karşılıklı hakaretin söz konusu olabileceği kabul edilir.⁵⁶⁹

Her ne kadar sövme suçları karşılıklı hakarete vücut verebilecekse de⁵⁷⁰ TCK'nin 125. maddesi dışında düzenlenmiş olan herhangi bir suç TCK'nin 129/3 maddesinde düzenlenmiş olan karşılıklı hakaret özel haksız tahrik hâlinin uygulanması sonucunu doğurmayacaktır.⁵⁷¹ Bu suçlara başlıca örnek özel hakaret suçlarıdır. Örneğin Cumhurbaşkanına hakaret hâlinde karşılıklı hakareten söz edilmesi mümkün değildir zira işlenen hakaret suçu 125. madde dışındaki bir suçtur.⁵⁷² Bu gibi durumlarda koşullarının varlığı durumunda genel haksız tahrik hükümleri gündeme gelecektir.

Kanunun düzenlediği bir diğer husus ise işlenen hakaret suçlarının “karşılıklı” olması gerekliliğidir. Ancak ifadeden tam olarak ne anlaşılması gerektiği belirlenemediğinden bu belirsizlik doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Bu sebeple söz

⁵⁶⁹ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 134;

Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 31.07.2020).

⁵⁷⁰ EREM, Karşılıklı Tahkir, s. 62.

⁵⁷¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 528; ERMAN/ÖZEK, s. 327.

⁵⁷² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 627.

gelimi TCK'nin 130. maddesi⁵⁷³ kapsamında ölmüş kişiye karşı hakaret suçunun işlenmesi durumunda ne olacağı doktrinde tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, ölmüş kişinin bir yakınının hakarete karşılık vermesi durumunda karşılıklılık esası sağlanamayacağından her ne kadar ikinci hakaret suçu ilk hakaret suçunun failine karşı işlenmiş olsa da TCK'nin 129/3 maddesindeki özel haksız tahrik hâlinin varlığından bahsedilemeyeceği kabul edilmelidir.⁵⁷⁴ Karşıt görüşe göre ise, her ne kadar karşılıklı hakaret düzenlemesinde “karşılıklı olarak” ifadesine yer verse de bu noktada “ tarafların” daha geniş bir biçimde anlaşılması gerekmektedir. Kişi kendisine karşı gerçekleştirilmiş olan hakaret suçundan ötürü ne kadar etkilenirse kendisine oldukça yakın birisine karşı işlenen hakaret suçundan da benzer şekilde etkilenecektir. Bu durum ölmüş yakını için de aynı şekilde gerçekleşecektir. Bu nedenle “karşılıklılık” ifade daha geniş biçimde anlaşılmalı, bu gibi hâllerde TCK 129/3 maddesi uygulanmalıdır.⁵⁷⁵ Kanaatimizce ikinci hakaret suçunun failinin ilk hakaret suçunun mağduru olmadığı durumda ortaya çıkan problem nedensellik bağı kapsamında çözümlenmelidir. Dolayısıyla bu husus ilgili bölümde değerlendirilecektir.

⁵⁷³ 5237 sayılı TCK Madde 130 - Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi hâlinde, altıda biri oranında artırılır. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 31.07.2020).

⁵⁷⁴ Buna karşın Alman Ceza Hukukunda karşılıklı hakaret hâli ölmüş kişiye karşı hakaret durumunda da kabul edilmektedir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 628; Manzini'ye göre karşılıklı hakaret yaşayan kimseler arasında mümkündür. Akt. ÖZEN, Özel Tahrik Halleri, s. 41.

⁵⁷⁵ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 131.

c. İlk Hakaret Suçunun Haksız Olması

Karşılıklı hakaretten kaynaklanan özel haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken ikinci koşul ilk olarak işlenen hakaret fiilinin tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil, dolayısıyla bir suç niteliğinde olmasıdır. Eğer ilk olarak işlenen hakaret suçu söz gelimi bir hakkın kullanılması veya bir görevin yerine getirilmesi amacını taşıyorsa artık fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemeyeceğinden TCK'nin 129/3 maddesinde yer alan özel haksız tahrik hâlinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.⁵⁷⁶ Doktrinde hakkın kullanılmasına örnek olarak babanın oğluna yönelik terbiye hakkı kapsamında bağırması örnek verilmiştir.⁵⁷⁷

İlk hakaret fiilinin tipik, hukuka aykırı ve kusurlu olmasının yanında cezalandırılabilir olması şart değildir. Söz gelimi dokunulmazlığı olduğu için cezalandırılmayan bir milletvekilinin ilk hakaret suçunu işlemesi TCK'nin 129/3 maddesindeki düzenlemenin uygulanmasına engel teşkil etmez.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ ÖZEN, Özel Tahrik Halleri, s. 38.

⁵⁷⁷ ERMAN, s. 214.

⁵⁷⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 528.

d. Hakaret Suçları Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Karşılıklı hakaretin var olabilmesi için gerekli olan diğer koşul ise hakaret suçları arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Nedensellik bağından anlaşılması gereken, ikinci hakaret suçuna ilk hakaret suçunun sebep olmuş olmasıdır.⁵⁷⁹

Nedensellik bağının varlığına ilişkin doktrinde aranan hususlardan ilki “karşılıklılık”tır. Bu husus temelde ilk hakaret suçunun mağdurunun ikinci hakaret suçunun faili olması ve hedef olarak da ilk hakaret suçunun failini seçmesi şeklinde tanımlanabilir. Ancak “Hakaret Suçunun Karşılıklı Olarak İşlenmiş Olması” başlığında da ifade edildiği gibi, doktrinde ikinci hakaret suçunun failinin, ilk hakaret suçunun mağduru olmadığı ancak mağdurun yakını olduğu bununla birlikte ikinci hakaret suçunun hedefi olarak da ilk hakaret suçunun failini seçtiği durumda karşılıklı hakareten söz edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuştur.

İlk görüşe göre, hakaret suçlarının karşılıklı olarak işlenmediği yani ilk hakaret suçunun mağdurunun ikinci hakaret suçunun faili, benzer şekilde ikinci hakaret suçunun mağdurunun da ilk hakaret suçunun faili olmadığı durumlarda karşılıklı hakareten bahsedilemez.⁵⁸⁰

Karşıt görüşe göre, ikinci hakaret suçu doğrudan suçun failine değil de failin çok yakını olan bir kimseye karşı işlenirse ve bu suç failde hiddet veya şiddetli elem olarak ifade edilebilecek bir psikolojik hâl meydana getirirse, artık burada karşılıklılığın sağlandığı kabul edilmeli ve karşılıklı hakaret hükümleri uygulanmalıdır. Zira hakaret

⁵⁷⁹ EREM, Karşılıklı Tahkir, s. 63.

⁵⁸⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 528; Erol ÇETİN, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Seçkin Yay. 3. Baskı, Ankara 2008, s. 138.

suçları arasında nedensellik bağı kurulmuştur.⁵⁸¹ *Erem* ise benzer bir kabulü farklı bir şarta bağlamıştır. Bu görüşe göre, hakarete maruz kalan kişi yerine bir başkasının hakaret suçunu işlemesi durumunda karşılıklı hakaret söz konusu olamaz. Hakarete maruz kalan kişi dışındaki bir kimsenin karşılıklı hakaret hâli içerisinde olabilmesinin tek yolu hakaretin niteliği itibariyle üçüncü kişiye de dokunuyor olmasıdır. *Erem* bu hususa örnek olarak “*karıya isnat edilen hakaretin kocanın da şerefini alçaltıcı mahiyette olması*”nı vermiştir.⁵⁸²

Kanaatimizce *Erem*’in görüşü kurum bakımından en kabul edilebilir görüştür. Diğer görüşler kurumun uygulama alanını ya çok daraltmakta ya da gereğinden fazla genişletmektedir. *Erem*’in görüşünün kabulü hâlinde, nedensellik bağının varlığı noktasında da tereddüt yoktur.

Karşılıklılık hususuna ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer husus birden fazla kişinin hakarete maruz kalmasıdır. İlk hakaret suçu sonucunda eğer birden fazla kişiye karşı hakaret edilmişse TCK’nin 129/3 maddesinin ilk suçun failin açısından uygulanabilmesi için hakarete maruz kalan kişilerinin tamamının ilk hakaret suçunun failine karşılık hakarete bulunması gerekir. Aksi hâlde birden fazla hakaret suçu gündeme gelecek, yalnızca bir kişinin karşılık olarak hakaret suçu işlemesi yalnızca bir suç bakımından TCK’nin 129/3 maddesinin uygulanabilmesine sebep olacaktır. Ancak yine aynı sebepten karşılık olarak yalnızca bir kişi hakaret suçunu işlerse şahsı açısından TCK’nin 129/3 maddesi uygulanabilir. Zira karşılıklı hakaretin koşulları sağlanmıştır.⁵⁸³

⁵⁸¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 629; ARISOY, s. 188;

⁵⁸² EREM, Karşılıklı Tahkir, s. 62,63.

⁵⁸³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 630.

Nedensellik bağına ilişkin bir diğer husus failde bulunması gereken hiddet veya şiddetli elem hâlidir. Kanunda diğer özel haksız tahrik hâllerinde olduğu gibi hiddet veya şiddetli eleme yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde yine diğer özel haksız tahrik hâllerine benzer şekilde failin hiddet veya şiddetli elem olarak ifade edebilebilecek bir psikolojik durumun etkisi altında suçu işliyor olması nedensellik bağının bir gereği olarak kabul edilmiştir.⁵⁸⁴

Hakaret suçları arasında bir zaman olup olamayacağı noktasında ise doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, hakaret suçlarının aynı yerde ve derhâl gerçekleşmesine gerek yoktur.⁵⁸⁵ Bu noktada temel alınması gereken ölçüt nedensellik bağıdır. Buna göre, huzurda işlenen bir hakaret suçu için tepki mümkünse o an, değilse nedensellik bağıni ortadan kaldırmayacak kadar bir süre sonra gerçekleştirilmelidir. Gıyapta işlenen suçlar için ise hakaretin öğrenilmesiyle birlikte hakaret suçunun ilk fırsatta gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi hâlde nedensellik bağından bahsedilemez.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ DEMİRBAŞ, Haksız Tahrik, s. 128,129.

⁵⁸⁵ AÇIKGÖZ, s. 224.

⁵⁸⁶ Huzurda gerçekleşen ancak tepkisi o an mümkün olmayan hakaret suçuna örnek olarak, bir salonda kadınların huzurunda hakarete maruz kalan kişinin terbiyesizlik kabul ettiği için o an orada karşılık vermemesi ve ortamdan ayrılırken hakarete bulunması hâlinde nedensellik bağının kopmadığı açıktır. ÖZEN, Özel Tahrik Halleri, s. 40,41.

SONUÇ

Ceza hukukunun insanileşmesiyle birlikte failin kişiliği modern ceza hukukunun değer verdiği hususlardan birisi hâline gelmiştir. Failin kişiliğine verilen bu değer, ceza kanunlarına yansımalarının en net örneklerinden birisi de haksız tahriktir. Haksız tahrikin kanunlarda bir indirim nedeni olarak düzenlenmesiyle birlikte, failin suç işlemesine neden olan psikolojik durumunun da suça etki eden bir neden olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Haksız tahrikin esas doktrinde tartışılmış bir mevzudur. Doktrinde haksız tahrikin esas psikolojik ve hukuki olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Haksız tahrikin psikolojik esasına göre insan, akıl ve mantıkla hareket etse dahi duyguları olan bir varlıktır. İnsanın bu yönünü dikkate alan kanun koyucular, bazı duygulara belirli ölçülerde önem vermiş ve ceza kanunlarının kapsamına almıştır. Türk Ceza Hukuku bakımından kanun koyucunun önem verdiği duygular “hiddet” ve “şiddetli elem”dir. Kanun koyucu haksız tahrikin psikolojik esasından bahsedilebilmesi için bu iki duygudan birisinin tepki suçunun işlendiği sırada mevcut olmasını aramıştır. Haksız tahrikin hukuki esas noktasında ise farklı teoriler olsa da genel olarak kabul edilen görüşe göre, failin içerisinde bulunduğu psikolojik duruma mağdurun sebep olmuş olması gerekir. Böylece mağdurun da suçun işlenmesine katkısının olduğu kabul edilecek ve failin cezasında bir miktar indirime gidilecektir.

Ceza hukukunun tarihsel süreci incelendiğinde haksız tahrik kurumunun köklü bir kurum olduğu söylenemez. Failin kişiliğine değer verilmesi, modern ceza hukuku döneminde gerçekleştiğinden görece yeni bir ceza hukuku kavramı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Türk Ceza Hukuku sistemi içerisinde ise ilk olarak mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olan haksız tahrik, o günden günümüze kadar

varlığını sürdürmüş, süreç içerisinde hazırlanan taslaklarda kendisine yer bulduğu gibi yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Haksız tahrikin karşılaştırmalı hukuktaki durumu incelendiğinde ise; kurumun kimi ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde Türk Ceza Hukuku sistemine benzer şekilde genel bir indirim nedeni olarak yer aldığı, kimi ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde sadece bazı suçlar bakımından geçerli olan özel bir indirim nedeni olarak yer aldığı, bazı ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde ise kuruma hiç yer verilmediği görülmektedir.

Haksız tahrik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun *Birinci Kitap, İkinci Kısım ve İkinci Bölümünde, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler* başlığı altında kanunun 29. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse*”nin cezasında bir miktar indirimle gidilecektir. Düzenleme, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrik düzenlemesine benzer nitelikte kaleme alınmıştır. İki düzenleme arasındaki farklar; yeni düzenlemede, eskisinde yer alan “*gazap*” ve “*haksız bir tahrikin*” ifadelerinin yerine “*hiddet*” ve “*haksız bir fiilin*” ifadelerinin kullanılması, ikinci olarak da mülga kanunda yer alan adi-ağır haksız tahrik ayrımının ortadan kaldırılarak yerine kanunda yer alan indirim oranlarının düzenlenmesi, böylece hâkime bir takdir yetkisi tanınması şeklinde özetlenebilir. Düzenlemelerin benzerlik göstermesi mülga kanun dönemindeki tartışmaların yeni kanunla birlikte devam etmesine ve hatta yeni tartışmaların da bunlara eklenmesine sebep olmuştur.

Haksız tahrik; failin, psikolojisinde haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle bir tepki suçu işlemesi, ancak tepki suçunu işlemesine suçun mağdurunun sebep olması nedeniyle, cezasında indirimle gidilmesini düzenleyen hukuki bir kurumdur. Bu kurumun suç genel teorisindeki yeri de doktrinde epey tartışılmıştır.

Kanaatimizce haksız tahrik bir “suça etki eden neden”dir. Suça etki eden neden doktrinde; suçun kurucu unsurlarından farklı olarak, suçun varlığı veya yokluğu üzerinden etkili olmayan ancak suçun daha ağır veya daha hafif şekilde cezalandırılmasına sebep olan, tipik fiilin dışında kalıp ona eklenen özel fiili unsurlar veya faile ait psikolojik durumlar şeklinde tanımlanmaktadır. Haksız tahrikin suçun kurucu unsurlarından olmadığı açıktır, koşullarının varlığı hâlinde failin cezasında bir miktar indirimine sebep olmaktadır, bu indirimin sebebi ise failin içinde bulunduğu psikolojik durumdur. Zira kanun düzenlemesine bakıldığında failin “hiddet” veya “şiddetli elem”in etkisi altında olması aranmış bu durum da haksız tahrikin psikolojik esası olarak ifade edilmiştir.

Suç etki eden nedenler dört ana başlık altında incelenmektedir. Buna göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumunun; hafifletici, subjektif, genel ve kanuni bir suça etki eden neden olduğu söylenebilir. Hafifletici olması cezada indirimine sebep olması, subjektif olması failin kişiliğine önem verildiği, genel olması her fail ve istisnalar hariç her suç tipi için uygulanabileceği ve son olarak kanuni olması da somut olayda varlığının hâkim tarafından re’sen araştırılması gerektiği ve varlığı hâlinde uygulanmasının zorunlu olduğu anlamına gelmektedir. Bu noktada kanunun başlıklandırması kanaatimizce yerinde değildir. Kurumun hukuka uygunluk nedenleri ile aynı başlık altında düzenlenmesi yerine ayrı bir “Suça Etki Eden Nedenler” başlığı altında düzenlenmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

Haksız tahrik kurumuna ilişkin belki de en önemli konu, kurumun varlığına ilişkin koşullardır. Ancak kuruma ilişkin hemen her hususta olduğu gibi gerek uygulamada gerekse de doktrinde haksız tahrikin koşullarına ilişkin bir fikir birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce haksız tahrikin varlığı için gereken koşullar beş ana başlık altında

incelenmelidir. Buna göre, haksız tahrikin varlığı için; tahrik teşkil eden bir fiilin var olması, tahrik fiilinin haksız olması, tahrik fiilinin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi, bir tepki suçunun işlenmiş olması ve tepki suçu ile tahrik fiili arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Bu koşullardan ilki tahrik teşkil eden bir fiilin var olmasıdır. Burada aranması gereken husus ceza hukuku bağlamında bir fiilin varlığıdır. Ceza hukukunda fiil; hareket, netice ve nedensellik bağının birleşiminden oluşmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku tarafından fiil olarak kabul edilmeyen tüm durumlar haksız tahrik bakımından da tahrik fiili olarak kabul edilemez. Örneğin insana atfedilemeyen bir hayvan hareketi ceza hukuku anlamında bir fiil olmadığı için tahrik fiili olarak nitelendirilemez.

Haksız tahrikin varlığı için gerekli koşullardan ikincisi ve belki de en tartışmalı olanı tahrik fiilinin haksızlığıdır. Kanaatimizce “haksızlık” ifadesinden anlaşılması gereken hukuka aykırılıktır. Haksız tahrik kurumunun uygulama alanının genişletilmesinden çok daraltılmaya çalışılması gerek Kıta Avrupası gerek Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde gözlemlenmektedir. Türk Ceza Hukuku sisteminde de hukuk dışı değerlendirmelerin haksız tahrik uygulamalarından atılması yerinde bir tercih olacaktır. Haksız tahrik gibi suistimale oldukça açık olan bir kurumun sınırlarının net çizgilerle belirlenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Her ne kadar maddenin gerekçesinde *“haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği”* anlamına gelecektir denilse de bu gibi, kurumun uygulanışını temelden değiştirecek bir hususun gerekçede ifade olunması mantığa aykırıdır. Dolayısıyla kanun metninde yer alan *“haksız bir fiilin”* ifadesi kanaatimizce *“hukuka aykırı bir fiilin”* şeklinde değiştirilmeli ve gerek doktrindeki gerekse uygulamadaki tartışmalar sonlandırılmalıdır.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için gerekli koşullardan üçüncüsü tahrik fiilinin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesidir. Hiddet ve şiddetli elem hâlinin varlığının tespiti bu noktada oldukça önemlidir. Tahrik fiilinin var olduğu durumda doğrudan hiddet veya şiddetli elem hâli de vardır şeklinde bir kabul doğru değildir. Dolayısıyla mahkeme tarafından her durumda varlığı veya yokluğu tartışılmalıdır. Hiddet veya şiddetli elem hâlinin varlığı da kendi başına yeterli değildir, bu hiddet veya şiddetli elemin tahrik fiilinden kaynaklanması gerekir. Bu sebeple mahkemenin, önüne gelen somut olayda hiddet ve şiddetli elemin varlığını araştırması, dava sonunda hükmü kurarken de indirim oranını bu araştırmanın neticesine göre belirlemesi gerekir.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için gerekli diğerk koşullar ise bir tepki suçunun işlenmiş olması ve tepki suçu ile tahrik fiili arasında bir nedensellik bağının var olmasıdır. Haksız tahrikin uygulanabilmesi için tahrik fiilinin meydana getirdiğı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki failin, bir tepki suçu işlemiş olması gerekir. Bu noktada tepki suçunun işlenmesine tahrik fiilinin sebep olmuş olması gerekir. Bu husus “haksız tahrik fiilinin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elem olmasaydı fail bu tepki suçunu işlemeyecekti” şeklinde ifade edilebilir. Eğer tahrik fiili ve tepki suçu arasında bu gibi bir bağ varsa nedensellik bağının varlığından söz edilebilir. Böylece tahrik fiiline bağlı olarak işlenen tepki suçu hakkında diğerk koşulların da varlığı hâlinde haksız tahrikten kaynaklı bir indirime gidilecektir.

Haksız tahrike ilişkin bir diğerk tartışma konusu haksız tahrikin, ceza kanununda düzenlenmiş olan başkaca kurumlarla birlikte uygulanıp uygulanamayacağı ve kanunda düzenlenmiş olan belli suç tiplerinin varlığı hâlinde suçun failinin haksız tahrikten faydalanıp faydalanamayacağı üzerinedir. Örneğin haksız tahrikin meşru savunma, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü vb. kurumlar ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde

tartışılmıştır. Ancak bu noktada bazı özel suç tiplerinin haksız tahrik ile ilişkisi için ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Bu suç tipleri tasarlayarak, kan gütme ve töre saikiyle kasten öldürme suçlarıdır.

Haksız tahrikin tasarlayarak kasten öldürme suçlarında uygulanıp uygulanamayacağı hususu, tasarlamanın varlığına ilişkin kabul edilen görüşe göre belirlenmektedir. Doktrinde tasarlama ile ilişkin olarak çoğunlukla kabul edilen “plan kurma teorisi”ne göre tasarlama ile haksız tahrik birlikte uygulanabilir. Ancak tasarlama söz gelimi “soğukkanlılık teorisi” ile açıklanırsa tasarlama ile haksız tahrikin birlikte uygulanması mümkün değildir. Kanaatimizce tasarlama hâlinin haksız tahrik ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağının kanunda açıkça ifade edilmesi yerinde olacaktır.

Haksız tahrikin kan gütme ve töre saikiyle kasten öldürme suçlarında uygulanıp uygulanamayacağı hususu ise belki de kurum bakımından en önemli konulardan birisidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun gerekçesi incelendiğinde; kan gütme saikine ilişkin *“haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hâllerde, bu bent hükmü uygulanamaz.”* ifadesi, töre saikine ilişkin ise *“Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir.”* ifadesi yer almaktadır. Öncelikle haksız tahrik kurumunun uygulanmasına ilişkin bu denli önemli ifadelerin kanun yerine gerekçede yer alıyor olması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira gerekçe bilindiği üzere kanun metnine dahil değildir. Bununla birlikte gerekçedeki ifadelere bakıldığında kan gütme ve töre saikiyle kasten öldürme suçlarında haksız tahrikin uygulanamayacağı değil haksız tahrikin varlığı hâlinde bu saiklerden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir. Oysa haksız tahrik düzenlemesinin gerekçesinde, *“ülkemizde özellikle “töre veya namus cinayeti” olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının”* önüne geçilmek istendiği açık

biçimde ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun amacı kan gütme ve töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması ise kanaatimizce haksız tahrik düzenlemesinde değişikliğe gidilmesi, açık bir biçimde kan gütme ve töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını düzenlenmesi gerekir.

Haksız tahrik kurumuna ilişkin bir başka husus ise haksız tahrikin genel kural oluşuna istisna oluşturan, hakaret suçlarına özgü 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 129. maddesinde düzenlenmiş olan özel haksız tahrik hâlleridir. Üç fıkra hâlinde düzenlenen bu özel haksız tahrik hâllerinde kanun koyucu özel sonuçlar öngörmüştür. Bu özel haksız tahrik hâlleri; mağdurun kendi haksız hareketi ile hakarete sebep olması, hakaretin kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi ve karşılıklı hakaret olarak ifade edilebilir.

Sonuç olarak; çalışmada suça etki eden bir neden olan haksız tahrik kurumu detaylı şekilde incelenmiştir. Varılan sonuca göre, kurumun uygulamasına yönelik sorunların ve doktrinsel tartışmaların temelde kanun metninin yeterince açık olmaması ve çok fazla belirsizlik içermesinden kaynaklandığı gözlemlenmiştir. Özellikle birçok ifadenin kanun metni yerine gerekçede yer alıyor olması, ceza hukuku sistemi ve kanunilik ilkesi çerçevesinde kabul edilemez niteliktedir. Kurum bakımından son derece önemli olan, töre ve kan gütme saiki, tasarlama gibi ceza hukukunun başka kurumları ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağı da aynı şekilde kanun metninde açıkça ifade edilmemiştir. Günümüzde dahi ilk derece mahkemelerinin hatalı kararlar verdiği görülmektedir. Kurumun temelini oluşturan “haksız” bir fiil ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de benzer şekilde tanımlanmamıştır. Sorunların çözülmesi ve kurumun işlerlik kazanabilmesi için kanaatimizce madde metninin yeniden ele alınması yerinde olacaktır.

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik kurumu; failin, psikolojisinde haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle bir tepki suçu işlemesi, ancak tepki suçunu işlemesine suçun mağdurunun sebep olması nedeniyle, cezasında indirimine gidilmesini düzenleyen bir suça etki eden nedendir. Haksız tahrik kurumu niteliği itibariyle hafifletici, subjektif, genel ve kanuni bir suça etki eden neden olarak kabul edilmektedir. Haksız tahrikin somut bir olayda uygulanabilmesi için belirli şartların varlığı aranmaktadır. Buna göre haksız tahrikin uygulanabilmesi için tahrik teşkil eden bir fiilin varlığı, tahrik teşkil eden fiilin haksız olması, tahrik fiilinin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi, fail tarafından bir tepki suçunun işlenmiş olması ve tepki suçu ile tahrik fiili arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir.

Bu çalışmada ele alınan haksız tahrik kurumu üç bölüm altında incelenmiştir. İlk bölümde haksız tahrik kavramı ve kurumun esasları üzerinde durulmuş, hem Türk Ceza Hukuku sistemindeki hem de tarihsel süreçteki gelişimi incelenmiş, ardında da karşılaştırmalı hukuktaki haksız tahrik düzenlemelerine yer verilmiştir. İkinci bölümde haksız tahrikin var olabilmesi için somut olayda bulunması gereken koşullar ve güncel Türk Ceza Hukuku sisteminde haksız tahrik kurumunun yeri incelenmiştir. Son bölümde ise haksız tahrik kurumunun, kanunda düzenlenmiş bazı başka kurumlar ve özel suç tipleri ile ilişkisi değerlendirilmiş, son olarak da haksız tahrikin genel kural oluşuna istisna oluşturan, hakaret suçuna özgü özel haksız tahrik hâlleri incelenmiş ve çalışma tamamlanmıştır.

ABSTRACT

Unjust provocation that regulated in Article 29 of the Turkish Penal Code No. 5237 is a regulation that is a reason that reduces penalty because the perpetrator commits a reaction offense under the influence of rage or grave anguish in his/her psychology caused by an unjust act because the victim of the crime caused him/her to commit the reaction offense. It is accepted as a mitigating, subjective, general and legal reason that reduces penalty due to its nature of unfair provocation. Certain conditions are sought for the application of unjust provocation in a concrete event which are the presence of a provocative act, the provocative act being unjust and causing anger or grave anguish in the perpetrator, the perpetrator committing a reaction offense and presence of the causality relationship between the reaction crime and the act of provocation.

The unjust provocation that discussed in this study is examined under three sections. In the first part, the concept of unjust provocation and the principles of the institution are discussed and its development in both the Turkish Criminal Law system and the historical process is examined. Then the unjust provocation regulations in comparative law were mentioned. In the second part, the conditions that must be present in a concrete event for unjust provocation to exist and the place of unjust provocation in the current Turkish Criminal Law system were examined. In the last section, the relationship of unjust provocation with some other issues regulated in the law and special types of crime has been evaluated, and finally, special unjust provocations specific to defamation crime, which constitute an exception to the unjust provocation being general rule have been examined and the study has been completed.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ Mehmet, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yay., Ankara 2012.

AKBULUT Berrin, “Bağlılık Kuralı”, GÜHFD, C. XIV, Y. 2010, S. 1, s.167-214.

ALLEN Michael J., “Provocation’s Reasonable Man: A Plea for Self-Control”, The Journal of Criminal Law, Vol. 64, No. 2, April 2000, s. 216-244.

APAYDIN Cengiz, “Kusurluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 116, Nisan 2016, s. 69-89.

ARISOY Mine, “Hakaret”, TBBD, Y. 20, S. 72, s. 152-205.

ARMITAGE A. LL., “Manslaughter. Provocation”, The Cambridge Law Journal, Vol. 21, No. 1, April 1963, s. 17-18.

ARTUK Mehmet Emin / **GÖKÇEN** Ahmet / **ALŞAHİN** Mehmet Emin / **ÇAKIR** Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., 12. Baskı, Ankara 2018.

ASHWORTH A. J., “The Doctrine of Provocation”, The Cambridge Law Journal, Vol. 35, No. 2, November 1976, s. 292-320.

AYDIN Devrim, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, Şubat 2020, s. 236-247.

AYDIN Devrim, “Türk Ceza Hukuku’nda Hakaret Suçu”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, MÜHF Hukuki Araştırmalar Dergisi Özel Sayı, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 879-918.

AYDIN Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, s. 225-254.

AYDIN Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yay., Ankara 2009.

AYIK İsmail Hakkı, “Tahrik”, Adalet Dergisi, S.1, Ocak 1951, s. 83-107.

BAFRA Jale, “Haksız Tahrik’te Failin Kişiliğinin Taşıdığı Önem”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 69, S. 10-12, Y. 1993, s. 770-772.

BAKICI Sedat, “Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme Suçu ve Unsurları”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 1994, s. 195-206.

BAKICI Sedat, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yay., Ankara 1994.

BARDAK Cengiz, “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, S. 1, 1988, s. 42-52.

BAŞAR Nur, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik – I”, Adalet Dergisi, Y. 71, S. 3, Mayıs – Haziran 1980, s. 253-263.

BAŞAR Nur, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik – II”, Adalet Dergisi, Y.71, S.4, Temmuz – Ağustos 1980), s. 353-365.

BAYRAKTAR Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, Formül Matbaası, İstanbul 1977.

BERMAN Mitchell N. / **FARRELL** Ian P., “Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse”, William and Mary Law Review, Vol. 52, No. 4, 2011, s. 1027-1109.

BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Beta Yay., İstanbul 2013.

BOZBAYINDIR Ali Emrah, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, CHD, C. 7, S. 18, Nisan 2012, s. 113-135.

BROWN B. J., “Provocation and The Reasonable Man”, University of Malaya Law Review, Vol. 1, No. 2, December 1959, s. 351-352.

CENTEL Nur / **ZAFER** Hamide / **YENERER ÇAKMUT** Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., 10. Baskı, İstanbul 2017.

CLOUGH Amanda, “Loss of Self-Control as a Defence: The Key to Replacing Provocation”, The Journal of Criminal Law, Vol. 74, 2010, s. 118-126.

ÇAĞLAYAN M. Muhtar, “Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında Haksız Tahrik Üzerinde Bir İzah Denemesi”, Adalet Dergisi, Y. 73, S. 1, Ocak – Şubat 1982, s. 14-41.

ÇANDARLI Zahid, “Haksız Eylem ve Bundan Ötürü Tazminatın Azaltılması”, Adalet Dergisi, S. 3, Y. 1946, s. 209-224.

ÇETİN Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Seçkin Yay. 3. Baskı, Ankara 2008.

DEMİR Ali, “Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik ve Uygulamaları”, Adalet Dergisi, S. 2, Mart – Nisan 1986, s. 44-51.

DEMİRBAŞ Timur, Haksız Tahrik, Seçkin Yay., Ankara 2016.

DEMİRBAŞ Timur, Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985.

DEMREN DÖNMEZ Burcu, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHF Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 267-294.

DEVELİOĞLU Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi, 13. Bası, Ankara 1996.

DLAMINI C. R. M., “The Changing Face of Provocation”, South African Journal of Criminal Justice, Vol. 3, No. 2, 1990, s. 130-139.

DOĞAN Recep, “Hukuki Bir Kavram Olarak Şiddet Mağduru Kadınlarda Öğrenilmiş Çaresizlik Sendromu ve İngiliz Haksız Tahrik Hukuku Üzerindeki Etkileri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2015, s. 174-194.

DÖNMEZER Sulhi / **ERMAN** Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C. II, Beta Yay., 11. Bası, İstanbul 1997.

DÖNMEZER Sulhi / **ERMAN** Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C. I, Beta Yay., 13. Baskı, İstanbul 1997.

DÖNMEZER Sulhi / **YENİSEY** Feridun, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, Alkım Yay., İstanbul 1998.

DÖNMEZER Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yay., 17. Bası, İstanbul 2004.

DURAN Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Legal Yay., İstanbul 2010.

DURSUN Selman, “Mağdurun Suça Yol Açması”, İÜHF Dergisi, C. LXI, S. 1-2, Y. 2003, s. 3-33.

EKER KAZANCI Behiye, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013 (Basım yılı 2014), s. 1309-1357.

EKERBİÇER Dilaver, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yay., Ankara 2015.

EKİCİ ŞAHİN Meral, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 637-686.

EMİNAĞAOĞLU Ömer Faruk, “Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü”, TBBD, S. 2, 1991, s. 214-245.

EREL Kemalettin, “Haksız Tahrik Altında İşlenen Suçlara Heyecan Durumlarının Etkisi”, Adalet Dergisi, S. 6, Ocak 2001, s. 165-170.

EREM Faruk / **DANIŞMAN** Ahmet / **ARTUK** Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 14. Baskı, Ankara 1997.

EREM Faruk, “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, AÜHFD, C. 2, S. 4, 1945, s. 50-79.

EREM Faruk, “Ceza Hukukunda İrade, Şuur, Gayrî Şuur”, AÜHFD, C. 7, S. 3, 1950, s. 63-85.

EREM Faruk, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebebler”, AÜHF Mecmuası, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 357-364.

EREM Faruk, “Haksız Tahrik”, Adalet Dergisi, S. 7, Temmuz 1946, s. 637-654.

EREM Faruk, “Karşılıklı Tahkir”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 1958, s. 60-66.

EREM Faruk, “Suça İştirak”, AÜHF Mecmuası, C. 3, S. 1, 1946, s. 62-107.

EREM Faruk, “Teammüd”, AÜHFD, C. 37, S. 1, Mayıs 1980, s. 15-31.

EREM Faruk, Adalet Psikolojisi, AÜHF Yay., Ankara 1997.

EREM Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C. 1, Seçkin Yay., Ankara 1993.

EREM Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II, Seçkin Kitabevi, 12. Bası, Ankara 1984.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., 24. Baskı, Ankara 2019.

ERMAN Sahir / **ÖZEK** Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490), Dünya Yay., İstanbul 1994.

ERMAN Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul 1989.

ERMEYDAN İdris, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Y. 2014, s. 131-170.

EROL Haydar, Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara 2005.

EVİK Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Yayınevi, İstanbul 2010.

FITZGERALD Patrick John, Criminal Law and Punishment, The Clarendon Press, Oxford 1962.

FITZ-GIBBON Kate, “Replacing Provocation in England and Wales: Examining the Partial Defence of Loss of Control”, Journal of Law and Society, Vol. 40, No. 2, June 2013, s. 280-305.

FITZPATRICK Ben / **REED** Alan, “Sound of Mind and Body: Psychological Characteristics and the Reasonable Man Test in Provocation”, The Journal of Criminal Law, Vol. 63, 1999, s. 365-370.

GÖKALP Mehmet, “Haksız Tahrik ve Sebepleri, Adalet Dergisi, S. 8, 1969, s. 518-523.

GÖKÇEN Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Kendi Yayını, İstanbul 1989.

GÜNAY Erhan, Öğreti ve Yapısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Seçkin Yay., Ankara 2009.

GÜNGÖR Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yay., Ankara 2007.

GÜR İzzet, “Adam Öldürme Suçlarında Tahrikle Taammüt Birleşir Mi?”, İleri Hukuk Mecmuası, S. 6, Aralık 1945, s. 16-19.

GÜRELLİ Nevzat, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İBD, C. XXV, Haziran 1951, s. 331-343.

HACIOĞLU Burhan Caner, “1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, Y. 2000, s. 97-104.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., 11. Baskı, Ankara 2018.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., 3. Baskı, Ankara 2013.

HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., 22. Baskı, Ankara 2019.

HELLER Kevin Jon, “Beyond the Reasonable Man? A Sympathetic but Critical Assessment of the Use of Subjective Standards of Reasonableness in Self-Defense and Provocation Cases”, American Journal of Criminal Law, Vol. 26, No. 1, Fall 1998, s. 3-30.

HOLTON Richard / SHUTE Stephen, “Self-Control in the Modern Provocation Defence”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 27, No. 1, 2007, s. 49-73.

HORDER Jeremy, “Reshaping the Subjective Element in the Provocation Defence”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 1, Spring 2005, s. 123-140.

HORDER Jeremy, Provocation and Responsibility, Clarendon Press, Oxford 1992.

İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, Filiz Kitabevi, İkinci Bası, İstanbul 1993.

İÇEL Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., 7. Baskı, İstanbul 2016.

İSKENDER Salih Zeki, “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, C. 35, S. 1-2, Ocak Nisan 2009, s. 5-60.

JESCHECK Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul 1989.

KANGAL Zeynep T., “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, C. 14, S. 3-4, 2010, s. 19-66.

KATOĞLU Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yay., Ankara 2003.

KAYMAZ Seydi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, GÜHFD, C. XVI, S. 2, Y. 2012, s. 117-167.

KEYMAN Selâhattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, C. 40, S. 1-4, 1988, s. 121-171.

KILIÇOĞLU Ahmet M., “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, AÜHFD, C. 29, S. 3, Y. 1973, s. 185-225.

KOCA Mahmut / **ÜZÜLMEZ** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 12. Baskı, Ankara 2019.

KÖNİ Ekrem, “Kanuni Azaltma Sebeplerinden Tahrik”, İstanbul Barosu Mecmuası, C. 12, S. 3, Mart 1938, s. 203-209.

MAJNO Luigi, Ceza Hukuku Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 1, Yargıtay Yay., Sevinç Matbaası, Ankara 1977.

MALKOÇ İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-178, C. 1, 3. Baskı, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008.

McAULEY Finbarr, “Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law”, The Modern Law Review, Vol. 50, No. 2, Mart 1987, s. 133-157.

MERAN Necati, “Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma”, Yargıtay Dergisi, C. 28, S. 4, Ekim 2002, s. 557-573.

MOUSOURAKIS George, “Culpable Homicide and the Provocation Defence in English Law: An Historical and Contemporary Analysis”, Journal of Law and Politics, Vol. 42, Issue 1, s. 37-64.

MOUSOURAKIS George, “Reason, Passion and Self-Control: Understanding the Moral Basis of the Provocation Defence”, Sherbrooke University of Law Review, Vol. 38, 2007, s. 215-232.

NARAYAN Uma / **von HIRSCH** Andrew, “Three Conceptions of Provocation”, Criminal Justice Ethics, Vol. 15, Issue 1, Winter/Spring 1996, s. 15-24.

NUHOĞLU Ayşe, “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, MÜHF Dergisi, S. 1-4, Y. 2004, İstanbul, s. 205-213.

ODGERS F. J., “Criminal Law. Murder or Manslaughter. Provocation”, The Cambridge Law Journal, Vol. 12, No. 2, November 1954, s. 165-168.

OĞUZMAN Kemal / **ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OKANDAN Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İÜHF Yay., İstanbul 1951.

OTACI Cengiz, “Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu”, Terazî Hukuk Dergisi, S. 18, Şubat 2008, s. 115-139.

ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, Beta Yay., İstanbul 1989.

ÖZBEK Veli Özer / **DOĞAN** Koray / **BACAKSIZ** Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., 14. Baskı, Ankara 2019.

ÖZBEK Veli Özer / **KANBUR** Nihat / **BACAKSIZ** Pınar / **DOĞAN** Koray / **TEPE** İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 10. Baskı, Ankara 2019.

ÖZEN Muharrem, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri”, AÜHFD, C. 51, S. 3, 2002, s. 27-49.

ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Kitabevi, Ankara 1995.

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 15. Baskı, Ankara 2019.

PADFIELD Nicola, “Why Does Provocation Diminish Culpability?”, The Cambridge Law Journal, Vol. 55, No. 3, November 1996, s. 420-422.

PARLAR Ali / **HATİPOĞLU** Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007.

PARLAR Ali, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.

RAUF M. Naeem, “The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man's Attributes and Should the Test be Abolished?”, Criminal Law Quarterly, Vol. 30, 1987-1988, s. 73-87.

REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

RIX Keith, “Battered Woman Syndrome' And The Defence Of Provocation: Two Women With Something More In Common”, The Journal of Forensic Psychiatry, Vol. 12, No. 1, April 2001, s. 131-149.

SAMUELS Alec, “Provocation”, Journal of Criminal Law, Vol. 47, Issue 4, 1983, s. 276-282.

SAVAŞ Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU** Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, Seçkin Yay., Ankara 1998.

SINGER Richard, “The Resurgence of Mens Rea: I - Provocation, Emotional Disturbance, and the Model Penal Code”, Boston Collage Law Review, Vol. 27, No. 2, March 1986, s. 243-322.

SNYMAN C.R., “Is There Such a Defence in Our Criminal Law as Emotional Stress?”, South African Law Journal, S. 1, 1985, s. 240-248.

SORIAL Sarah, “Anger, Provocation and Loss of Self-Control: What Does ‘Losing It’ Really Mean?”, Criminal Law and Philosophy, Vol. 13, No. 2, 2019, s. 247-269.

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., 8. Baskı, Ankara 2018.

SULLIVAN G. R., “Anger and Excuse: Reassessing Provocation”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 3, Autumn 1993, s. 421-429.

ŞAHİN Mehmet, “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, TBBD, S. 76, Y. 2008, s. 321-354.

ŞEN Ersan / **AKSÜT** Ertekin, “TCK m. 27 Kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 113, Y. 2016, s. 120-127.

ŞEN Ersan / **ŞENYURT** Mehmet Can, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik”, CHD, S. 22, Ağustos 2013, s. 7-17.

TANER Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, CHD, S. 12, Y. 5, Nisan 2010, s. 219-253.

TANER Mehmet Tahir, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Maarif Matbaası, İstanbul 1940.

TEZCAN Durmuş / **ERDEM** Mustafa Ruhan / **ÖNOK** Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 17. Baskı, Ankara 2019.

TOROSLU Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yayınevi, Ankara 2015

TOROSLU Nevzat / **TOROSLU** Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

TUTUMLU Mehmet Akif, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel Hükümler, Adil Yayınevi, Ankara 1999.

Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara 1987, s. 38; Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara 1989.

TÜRKOĞLU Halide Gökçe, “Glossator’lar”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Bülent TAHIROĞLU’na Armağan Özel Sayı, C. 23, S. 3, 2017, s. 55-96.

ÜMİT ATILGAN Eylem, Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma; Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

YALÇIN SANCAR Türkân, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay., Ankara 2013.

YALÇIN Türkan / **KÖPRÜLÜ** Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2020.

YALKUT Necdet, “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, C. 5, S. 2, Nisan 1979, s. 243-252.

YARSUVAT Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Sermet Matbaası, İstanbul 1968.

YAŞAR Osman / **GÖKCAN** Hasan Tahsin / **ARTUÇ** Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 1, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YAVUZ Yaşar, “Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, C.1, S. 2, 1991, s. 445-466.

ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yay. 2. Bası, İstanbul 2011.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<http://masscases.com>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.legislation.gov.uk>

<https://apnews.com>

<https://ceza-bb.adalet.gov.tr>

<https://dictionary.cambridge.org>

<https://publications.parliament.uk>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://swarb.co.uk>

<https://www.admin.ch>

<https://www.csun.edu>

<https://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.napoleon-series.org>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://www2.tbmm.gov.tr>