

CEZA HUKUKUNDA MAZERET SEBEBİ OLARAK HAKSIZ TAHRİK

Nezhat GÜRELLİ

§ 1. Tahrikin ceza hukukundaki yeri ve önemi. § 2. Haksız tahrikin şartları. I — Tahriki teşkil eden bir fiil mevcut olmalıdır. II — Bu fiil haksız olmalıdır. III — Bu fiilin neticesinde şiddetli bir heyecan hali, bir buhran hasil olmalıdır. IV — Suç bu fiilin reaksiyonunu teşkil etmelidir. § 3. Haksız tahrikin vasıfları. I — Umumliliği. II — Ağır veya âdi oluşu. § 4. Mes'uliyete tesir eden diğer haller muvacehesinde tahrik. I — Yaş küçüklüğü. II — Akıl malûliyeti. III — Taammüt. IV — Meşru müdafaa. V — Takdiri hafifletici sebepler. § 5. Tahrikin mevcudiyetinin ve derecesinin tesbiti. § 6. Tahrik halinde cezanın ne suretle tertip edileceği. I — Umumiyet itibarile. II — Âdi tahrik halinde. III — Ağır ve şiddetli tahrik halinde.

§ 1. Tahrikin Ceza Hukukundaki yeri ve önemi :

Tahrik kelimesi bize Ceza Hukukunda ehemmiyeti haiz iki mefhumu anlatır. Biri iştirak bahsindeki suç işlemeğe teşvik etmek, diğeri de hafifletici bir mazeret sebebi olarak kabul edilen «haksız tahrik» tir. Etüdümüzün başlığından da anlaşılacağı veçhile, biz burada bu ikinci mânadaki tahriki tetkik etmek istiyoruz.

«Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç» işlerse cezası hafifletilir. Tahrikin sebep olduğu ve kanunda «gazap veya şedit elem» şeklinde ifade edilen hiddet ânında suç işlendiği takdirde cezanın hafifletilmesinin sebepleri nasıl izah edilebilir ? Evvelâ şunu belirtmeliyiz ki, tahrik müessesesi iki unsuru ihtiva eder : birisi hiddet halidir. Bu psikolojik bir realitedir. Diğeri ise hiddet halini, Kanunun tâbirile «gazap veya şedit elem» i hasil eden sebepler, yine Kanunun tâbirile «haksız tahrik» tir. Haksız tahrikin hukukî esasını izah etmek için başlıca iki görüş vardır [1]:

[1] VABRES : s. 443. VOUIN : s. 193.

a — Sübjektif görüş : bu görüşe göre tahrike maruz kalan failin irade serbestisi zaafa uğramış ve dolayısıyla mes'uliyeti azalmıştır. Bu izah tarzı tam değildir, çünkü haksız olmayan bir tahrike maruz kalan failin de irade serbestisi aynı psikolojik sebeplerden dolayı zaafa uğradığı halde tam ceza görmektedir.

b — Objektif görüş : bu görüşe göre de tahrik halinde iki suçlu vardır; biri tahrik eden, diğeri de tahrik edilerek fiili ika edendir. Bu suretle hem mağdur, hem de fail kusur sahibidirler, mağdur kendi kusuru ile suçun işlenmesine iştirak etmiş demektir; şu halde mağdurun kusurunu failin kusurundan indirmek hakkaniyet icabıdır ve burada kusurların takası bahis mevzuudur. Bu izah tarzı da bizce kabul edilemez, çünkü kusurların müsavattı halinde ceza verilmemek iktiza eder. Ve zaten bu ferdi bir noktai nazardan yapılan bir izahdır ki, daha ziyade cemiyetin menfaatini göz önünde tutan ceza hukukunda makbul bir görüş olamaz [2].

Mevzuubahis müessesede Kanun hem tahrik, hem de haksızlık unsurlarını aramıştır. Demek ki, hukuka uygun bir fiil tahriki teşkil etmiş olsa idi fail tam ceza görecekti. Bundan vazukanunun, ne kadar ağır olursa olsun hukuka uygun fiillere herkesin tahammül etmesini arzu ettiği, yani hukukî nizamı korumak gayesini güttüğü anlaşılır. Daha doğrusu burada hukukî nizamı müeyyide altına almak düşünce-sile kanun koyucu hukuka uygun bir fiille tahrik edilmiş olan suç failinin iradesinin sarsılmış olmasını göz önünde bulundurmamış, adeta fail namına bir fedakârlıkta bulunmuştur. Nitekim ana babanın vesair usulün hayatını daha iyi koruyabilmek maksadile Fransız Ceza Kanunu 323 üncü maddesinde tahrikin, haksız da olsa, usule karşı adam öldürme cürmünde bir mazeret sebebi olarak kabul edilmeyeceğini «usule karşı adam öldürme cürmü asla mazur değildir» şeklinde ifade etmiştir. Bizce haksız tahrik; hukuk nizamının korunması mülâhazası ile mahdud olarak, tahrik yüzünden failin irade serbestisinin zaafa uğramasının mes'uliyetine tesir edeceğinin kanun koyucu tarafından kabul edilmesile meydana gelen bir hukukî müessesedir. Başka bir ifade ile anlatmak icap ederse, bu müessese ile psikolojik bir vakıaya, hukukî endişelerle bazı kayıt ve şartlara tâbi tutularak, hukukî bir mahiyet izafe edilmiştir. Bu suretle haksız tahrik müessesesi aslında biri hukukî, diğeri psikolojik iki unsuru ihtiva ediyor demektir. Binaenaleyh, haksız tahrikin hukukî esası sadece failin irade serbestisinin zaafa uğraması ile izah edilemez;

[2] ROUX : s. 235, not. 2.

çok mühim olan hukukî unsuru da, yani haksızlık unsurunu da göz önünde bulundurmak icap eder.

§ 2. Haksız tahrikin şartları :

I — Tahriki teşkil eden bir fiil mevcut olmalıdır.

II — Bu fiil haksız olmalıdır.

III — Fiilin neticesinde şiddetli bir heyecan hali, bir buhran hasıl olmalıdır.

IV — Suç bu buhranın reaksiyonunu teşkil etmelidir.

I — Tahriki teşkil eden bir fiil mevcut olmalıdır : bundan maksat meydanda objektif olarak bir fiilin mevcudiyetidir. Failin sübjektif vehim ve zanları tahriki istilzam etmez. Adalet Bakanlığı da bu hususu 31/5/1934 tarih ve 2090 numaralı bir tamimle açıklamıştır [3]. Kanun tahrik sayılabilecek fiillerin mahiyeti hakkında hiç bir kaydı ihtiva etmemektedir. Bu durum karşısında hâkimler hangi fiillerin tahrik teşkil edeceğini takdir hususunda tamamen serbesttirler [4]. Bu gibi fiiller sayılamıyacak kadar çoktur. Fiilin mutlaka suçlunun huzurunda da yapılması şart değildir. Fiil müsbet olabildiği gibi, menfi de olabilir. Fiil suçluya karşı ika edilebildiği gibi, onu alâkadar edebilecek canlı veya cansızlara karşı da ika edilebilir. Bilhassa memleketimizde, köylerde hayvanlara karşı yapılan tecavüzler en çok rastlanan tahrik şekillerinden birini teşkil ederler [5].

II — Bu fiil haksız olmalıdır : daha önce de belirttiğimiz gibi Kanun tahrik teşkil edebilecek her fiili mazeret olarak kabul etmemiştir. Bu fiilin aynı zamanda haksız olması da gerekmektedir. Burada haksızlığın mâna ve şümülü mes'alesi önem kazanır. Acaba hangi fiiller haksız sayılır ? Haksız tahrik teşkil edebilecek fiillerin sadece hukuka aykırı olması iktiza eder. Mücerred ahlâka aykırı olan fiiller haksız tahrik sayılamazlar [6]. Çünkü fikrimizce kanun vazının, haksızlık unsuru aramakla, korumak istediği hukuk nizamıdır; muhtevası itibarile izafi ve nisbî olan ahlâk müeyyide altına alınmak istenmemiştir. Bunun mefhumu muhalifinden şu neticeyi çıkarırız : eğer bir fiil sadece ahlâka

[3] EREM : s. 360. KÖSEOĞLU : s. 78.

[4] MAJNO (Ad. Vek. terc.) : s. 217, 220.

[5] Ne gibi fiillerin tahrik olabileceği hususundaki mısâller için bk. EREM : s. 361. BAHİR : s. 411.

[6] Aksı fıkır için bk. ÖNER (Hamdi) s. 90 (EREM : s. 361 den nakl.).

aykırı ise ve hukuka aykırı değilse haksız tahriki teşkil edemez. Zaten her yerde kabul edilen mühim ve müşterek ahlâkî esaslar hukuk nizamı tarafından müeyyide altına alınmıştır. Hukuk nizamı tarafından teyit edilmeyen kaidelere aykırı hareket etmek hukuka aykırı fiili teşkil etmez. Bunlar hukuka uygun fiillerdir. Çünkü bütün fiiller ya hukuka uygundur, ya aykırıdır. İkisinin arasında bir fiil olamaz. Hukuka aykırı fiil derken hem ceza hukukuna, hem de ceza hukuku dışındaki hukuka aykırı fiilleri kasd ediyoruz [7]. O halde haksız tahrik olarak kabul edilecek olan fiilin suç teşkil etmesi şart değildir. Ceza hukuku dışındaki hukuka aykırı fiiller de tahrik sayılabilir. Buna mukabil hukuka uygun bütün fiiller, meselâ bir hakkın istimali suçluyu tahrik etse bile bir mazeret sebebi olarak kabul edilemez. Temyiz Mahkemesi Hey'eti Umumiyesi 9/7/1934 tarih ve esas 2 - 5 karar 60 numaralı bir kararında «Alacağını tecil etmek dâvacıya ait bir hak olmasına göre müştekinin alacağını istemekte ısrar etmesinin tahrik cümlesinden addi veçhinin izah edilmemesi ... yolsuz olduğundan» demek suretile bu hususu belirtmiştir [8]. Yine aynı mevzua taallük etmek üzere Yargıtay Genel Kurulu 9/6/1949 tarih ve esas 2 - 59, karar 53 numaralı bir kararında şöyle demektedir : «Devamsızlığı yüzünden işinden çıkarılan şahsın kendi kusuru neticesine katlanması zarurî olup bundan müteessiren işlediği suçtan dolayı hükümlülüğü halinde Türk Ceza Kanununun 51 inci maddesinin tatbikine mahal yoktur.» [9].

Vazifesinin icap ettirdiği hareketlerde bulunan memurun hareketlerinde de haksızlık unsuru yoktur. Onun için memurun bu şekildeki hareketlerine mukavemet veya mukabele eden kimse 51 inci maddeden istifade edemez. Fakat şahıs kendisini veya akrabasını hapis ve tevkiften kurtarmak maksadiyle memura karşı veya ona yardım edenlere cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet ederse T. C. K. 258/3 na göre cezası hafifletilir. Bu suretle hukuka uygun hareketlerin haksız tahriki teşkil edemeyeceği kaidesine bu madde ile bir istisna vaz edilmiş olduğu düşünülebilir [10].

Bir hakkın suiistimali hukuka aykırı bir hareket olduğundan, bir hakkı suiistimal etmek suretile yapılan tahrik haksızlık unsurunu havidir.

[7] KUNTER : s. 112 - 113.

[8] Temyiz Kararları - Ceza Kısmı 930 - 34 s. 614.

[9] PERİNÇEK - ÖZDEN : s. 63.

[10] EREM : s. 362.

Burada karşımıza çıkan bir diğer mes'ele de şudur : eğer tahrikte bulunan şahıs cezadan muaf bir kimse ise, meselâ milletvekili veya elçi ise, suçlu haksız tahrik mazeretinden istifade edebilecek midir ? Milletvekillerinin mutlak teşriî masuniyetlerinin işledikleri fiilin hukuka aykırılığını kaldıracığını söyleyen müellifler mevcut ise de [11] biz kaldıramıyacağı kanaatinde olan müelliflerin fikirlerine iştirak ediyoruz [12]. Mutlak teşriî masuniyet fiilin hukuka aykırılığını bertaraf etmez, sadece cezalandırılabilme unsurunu kaldırır. Bu sebepten böyle bir muafiyeti haiz olan şahısların hukuka aykırı fiilleri haksız tahriki teşkil edebilir.

Ceza ehliyeti olmayanların, meselâ çocukların ve delilerin fiilleri haksız tahriki teşkil eder mi ? meselesine gelince : Prof. Faruk Erem Türk Ceza Hukuku adlı kitabının 362 nci sahifesinde bu gibi şahısların fiillerinin haksız tahrik sayılmaması gerektiği mütalâasında bulunuyor; biz bu fikre iştirak etmiyoruz. Çünkü, cezaî ehliyetsizlik hukuka aykırılığı, kaldıran bir keyfiyet değildir; başka bir ifade ile, ehliyetsizlere hukuka aykırı hareketlerde bulunmak hakkı tanınmamıştır, onlar sadece sübjektif sebeplerden dolayı hukukî müeyyideye maruz kalmazlar. Bir deli bir adamın kafasına şiddetle vursa ve adam kendisine vuranın deli olduğunu bilse bile şiddetli bir hiddete kapılabilir ve deliye mukabelede bulunabilir; bu takdirde bu şahsın 51 inci maddeden istifade etmemesine hiç bir sebep yoktur.

Haksız tahrikle bir reaksiyon celbeden kimse bu reaksiyonu haksız bir tahrik olarak ileri süremez; çünkü bu fiile kendisi sebebiyet vermiştir. Kendi sebep olduğu fiillerden suçlu mazur görülemez [13]. Bundan dolayı karşılıklı tahrik hallerinde haksızlık unsuru ilk defa tahrikte bulunanın fiilindedir. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi 4/5/949 tarihinde verdiği esas 3097 karar 2345 numaralı bir kararında «... evvelâ tecavüz eden sanık lehine haksız tahrikin kabul edilmeyeceğinin gözetilmemesi yolsuzdur » diyerek mezkûr hususu belirtmiştir [14].

Haksız tahrikte bulunmuş olan kimse sonradan bunu telâfiye çalışmış ise mesele ne olacaktır ? Eğer haksız tahrikin neticelerini tamir ederek tahrik edilenin sükûnete avdeti temin edilmiş ise o zaman «gazap veya şedit bir elem» den bahsedilemeyeceğine göre haksız tahrik yok

[11] ALTAVILLA : Delitti contro la persona Na. 508. (ERMAN : s. 223 den naklen.)

[12] EREM : s. 362. ERMAN : s. 226 KUNTER : s. 250.

[13] ROUX : s. 237.

[14] PERİNÇEK - ÖZDEN, s. 64.

sayılır. Nitekim Yargıtay Genel Kurulu 16/10/944 tarih ve esas 84, karar 89 numaralı bir kararında bu mevzua taallûk eden bir mesele hakkında şöyle demiştir : «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 bertaraf etmeğe çalışmış demektir. Maktulün bidayette hataya düştüğü kabul edilse bile bunu telâfiye matuf ve tamamiyle hüsnü niyete makrun işbu hareketinin maznun üzerinde sükûnet verici bir tesir yapması ve bir baba sıfatile müsamahakâr hareket eylemesi lâzım gelirken bilâkis karı kocanın bir araya gelmemeleri için muannidane ısrar eylediği anlaşılmış ve bu itibarla hâdisede ağır ve şiddetli tahrik olmadığı takdir edilerek ol suretle hüküm verilmiş olduğu beyanile eski hükümde ısrara dair olan kararı tasdik edilmiştir»[15]. Fakat haksız tahkirin tesirlerini telâfiye imkân hasıl olmadığı takdirde sanık 51 inci maddeden istifade edecektir; çünkü sonradan yapılan tamir hareketleri ilk fiilin haksızlığını ortadan kaldırmaz.

III — Fiilin neticesinde şiddetli bir heyecan hali, bir buhran hasıl olmalıdır : haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin mücerret mevcudiyeti 51 inci maddenin tatbiki için kifayet etmemelidir. Zira haksız tahrikin kabul edilmesi, tahrik sebeble hasıl olan mukavemeti zor bir öfkenin, hiddetin irade serbestisini zaafa uğraması ile mümkündür [16]. Kanun «gazap veya şedit bir elemin tesiri altında» ibaresile bu şiddetli heyecan veya buhran unsurunu anlatmak istemiştir. Bu sübjektif unsurun yokluğu halinde haksız tahrik bahse konu olamaz. Zaten mehaz kanun mezkûr keyfiyeti «Colui che ha commesso il fatto nell'impeto d'ira o d'intenso dolore, determinato da ingiusta provocazione,....» «Haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit elemin tevlit ettiği buhran içinde suç işleyen kimse,....» şeklinde daha açık bir surette ifade etmiştir. Şu halde haksız tahrik sayılabilecek bir fiilin mevcudiyeti karşısında şiddetli heyecan halini mevcut farzetmek doğru değildir. Her şahsa göre değişebilecek olan bu sübjektif halin araştırılması ve mevcudiyetinin tayini hâkimin takdirine mevdu bir husustur [17].

IV — Suç bu buhranın reaksiyonunu teşkil etmelidir : yani şiddetli heyecan hali ile suç arasında illî bir rabıta bulunmalıdır. Aynı zamanda

[15] EREM : T. C. K., s. 60.

[16] TANER : s. 444.

[17] TANER : s. 443.

suç tahrik edene müteveccih olmalıdır; yalnız onun aleyhine olması kâfi-
dir, şahsına karşı işlenmesi zarureti yoktur. Çünkü, kanun «bir suç işler»
ibaresini kullanmıştır; bu suretle suçun mevzuunu tayin etmemiştir.
Suç onun şahsına karşı işlenebileceği gibi malları aleyhine de işlenebilir.
Gerçi Kanunda suçun tahrik edene müteveccih olması lüzumu açıkça
belirtilmiyorsa da, başka türlü olmasına da müessesenin mahiyeti müsait
değildir. Başkası tarafından tahrik edilip de hincını masum şahıslardan
alan kimseyi Kanun bu müessesesiyle mazur görmek istememiştir. Çünkü
daha önce de belirttiğimiz gibi suç işleyen bir kimsenin 51 inci maddeden
istifade etmesi için sadece «gazap veya şedit bir elemin» tesiri altında
bulunması kâfi değildir, aynı zamanda bu ruhî hali tevlit eden tahrikin
haksız olması gerekmektedir; bu haksızlık unsuru da suçun tahrik edene
müteveccih olmasını mutazammındır [18].

Bir diğer mesele de tahrik neticesinde işlenen suçun ika zamanıdır.
Acaba tahrikin vaki olduğu zaman ile suçun ika arasında geçecek müddet
bir tahdide tâbi tutulmuş mudur? Kanundan böyle bir tahdit mânasını
çıkarmağa imkân yoktur. Zaten böyle bir tahdidin de olmaması mantıkî-
dir. Bu hususta aranan yegâne şart, suçun haksız tahrikin tevlit ettiği
şiddetli heyecan içinde işlenmiş bulunmasıdır. Sözü geçen heyecan hali-
nin gelmesi veya devam etmesi zaman bakımından her münferit hâdiseye
göre değişebilir. Bunun takdiri hâkime aittir. Muhterem Hocamız Ord.
Prof. Dr. Tahir Taner bu mevzuda aynen şöyle demektedir : «Tabiatıyla
bu keyfiyet zaman ile, saat veya dakika ile ölçülemez; tahrik edilen şahsın
fiili anı olarak işlemesi şart değildir; aranan nokta, bu fiilin ruhi tehey-
yüç hali henüz zail olmadan, faile sükûnet gelmeden işlenmiş olup olma-
dığıdır. Demek oluyor ki, mesele hâdisenin ceryanı tarzına göre hal
edilecek ve hâkim, tahrikin bir mazeret sebebi sayılmasının hikmet ve
illetini daima gözönünde tutarak, takdirini kullanacaktır» [19]. Nitekim
Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Hey'eti 6/5/937 tarih ve esas 936/1787,
karar 175 numaralı bir kararında «Hakarete veya herhangi bir suretle
kendisinde elem ve teessür husulüne sebebiyet veren haksız tahrike maruz
kalan bir kimsede aksülâmelin aynı zamanda vukua gelmesi mümkün
olamayıp bu keyfiyetin her şahısta tehalüf edeceğine...» demek suretile
bu durumu açıklamıştır [20].

Yine Kanunda açıkça belirtilmemesine rağmen, hâkimin tahrikin
mahiyeti ve şiddetle suçun ağırlığı arasındaki nisbeti nazara alması

[18] Bu hususta bk.: EREM, s. 364.

[19] TANER : s. 344.

[20] Temyiz Kararları, Ceza Kısmı 1927, s. 161.

lâzım geldiği kanaatindeyiz. Çünkü ika edilen suç tahrikin mahiyet ve şiddetle mütenasip ise, ancak o vakit suç bu tahrikin aksülâmelidir, aralarında bir illî rabita vardır denebilir. Aksi halde tahriki nazara almamak iktiza eder [21].

§ 3. Haksız tahrikin vasıfları :

I — Umumiliği : Hafifletici bir mazeret sebebi olan haksız tahrik Türk Ceza Kanununun 51inci maddesinde umumî bir kaide olarak vaz edilmiştir. Gerçekten Kanun 51inci maddesinde «Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler...» şeklinde bir ifade tarzı kullandığına göre gerek şahıs bakımından gerekse işlenen suç nevi bakımından hiç bir tahdit koymuş değildir. Başka bir söyleyişle, sözü geçen madde şartları mevcut olduğu takdirde herkesin her nevi suçları hakkında tatbik edilmek iktiza eder [22].

Tahrikin umumiliği bütün hukuk nizamlarınca kabul edilen müşterek bir hususiyet değildir. Bizim Kanunumuz gibi haksız tahriki umumî bir mazeret sebebi saymış olan kanunlar arasında 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu[23] 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu[24] zikredilebilir; buna mukabil 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu 321 ve müteakip maddelerinde kan suçları denilen adam öldürme ve müessir fiil suçlarında mahdut bazı hâdiseleri tahrik mazereti olarak kabul etmiştir, ve bu arada şahsî bakımdan da bazı tahditler koymuştur. Meselâ 323 üncü maddeye göre usule karşı adam öldürme cürmünde (parricide) tahrik mazereti kabul edilemez. Fransada hakaret ve sövme suçlarında da tahrik bir mazeret sebebi olarak kabul edilmiştir [25]. 1274 tarihli eski Ceza Kanunumuz da aynı tahdidî sistemi kabul etmiştir [26]. Alman hukukunda da haksız tahrik umumî bir mazeret sebebi sayılmamıştır [27]. İngiliz hukukunda da durum aynidir, hattâ orada mahiyeti itibarile sübjektif bir keyfiyet olan haksız tahrike daha ziyade objektif bir veçhe verilmek istenmiştir. Şöyle ki : tahriki teşkil eden fiilin sadece sanığın iradesi üzerinde tesir eder mahiyet ve şiddette olması kâfi değildir; bu fiilin tahrik mazereti olarak kabul edilebilmesi için, makul bir adamı kendini idare ve

[21] Bu hususta bk.: EREM, s. 365.

[22] TANER : s. 442. EREM : s. 359.

[23] LOGOZ : d. 64, s. 276 ve müt.

[24] DE CASABIANCA : m. 62, s. 47.

[25] DE VABRES : s. 442. ROUX : s. 237 ve müt.

[26] TANER : s. 442.

[27] LISZT : s. 411.

kontrol etme hassasından mahrum edecek mahiyet ve şiddette olması iktiza eder [28]. Bundan başka tahriki müeddi aynı hareketler bazı kategori şahıslarda mazeret olarak kabul edilmiş, diğer bazılarında kabul edilmemiştir. Meselâ; iki askerî şahıs sokakta birbirine tesadüf eder de biri diğerini, yüzüne tükürerek ve korkaklıkla itham ederek tahkir ederse ve hakarete maruz kalan tahkir edeni öldürürse katil tahrik mazeretinden istifade eder, fakat karı koca arasındaki kavgalarda aynı şekildeki hakaret tahrik olarak kabul edilmez. Buna mukabil zührevî hastalık aşılama haksız tahrik addedilmiştir [29].

Haksız tahriki umumî bir mazeret sebebi olarak kabul eden Türk hukukunda acaba bu müessese istisnasız bütün suç neveleri hakkında kabili tatbik midir? Bizce haksız tahrik müessesesi sadece taksirle işlenen suçlarda tatbik edilemez. Bu suç gurpunun dışında kalan her nevi suçlar hakkında yukarıda bahsettiğimiz şartların mevcudiyeti halinde tatbik edilmek iktiza eder. Taksirli suçlarda haksız tahrikin kabul edilmeyeceğine dair Kanunda bir sarahat yoktur. Biz bunu taksirli suçların ve haksız tahrikin mahiyetinden çıkarıyoruz. Haksız tahrikin unsurlarını tetkik ederken, haksız tahrik neticesinde işlenen suçun tahrikin aksülâmelini teşkil eylemesi ve tahrik edene müteveccih olması lâzım geldiğini söylemiştik. İmdi, bu şartların yerine gelmesi için failin muhakkak kasdî bir şekilde hareket etmesi gerekir. Taksirli suçlar ise tedbirsizlik, dikkatsizlik, ve nizamlara riayetsizlik suretile işlenen suçlardır. Filvaki bir insan öfkeli olduğu zaman, öfkenin tevlit ettiği şartlar yüzünden — fakat hiddetini teskin maksadı ile değil — bazı hususlara dikkat etmiyebilir, veya bazı kaidelere riayetsizlikte bulunabilir. Meselâ, müşterisinin haksız tahrikile hiddetlenen bir taksi şoförü sinirliliği sebebiyle bazı kaidelere riayet etmeyerek bir üçüncü şahsı çigneyebilir, hattâ aynı şekilde otomobili bir yere çarparak tahrik eden müşterinin yaralanmasına sebep olabilir. Bu hallerde şoför haksız tahrik mazeretinden istifade edemez. Çünkü burada işlenen suçlar haksız tahrikin doğrudan doğruya reaksiyonunu teşkil edemezler. Burada fikrimizce 51 inci madde yerine 59 uncu maddeyi tatbik etmek yerinde olur [30]. Nitekim bir hâdise dolayısıyla Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi 8/12/945 tarih ve esas 11546, karar 11536 sayılı bir kararında «Kasıdsız suçlarda tahrik bahse konu olamayacağından...» diyerek taraftar olduğumuz görüşü kabul etmiştir [31].

[28] HALSBURY : s. 435. KENNY : s. 131.

[29] HALSBURY : s. 434.

[30] Aksi fikir için bk. EREM : s. 370.

[31] PERİNÇEK - ÖZDEN : s. 62.

Haksız tahrik hakkında vazedilmiş bulunan 51 inci madde umumî bir kaide olmakla beraber Kanun vazı bazı suçlarda tahrik mazeretini hususî olarak düzenlemiştir [32]. Bu gibi hallerde 51 inci maddenin değil madde mahsusun tatbik edilmesi lâzım geldiği şüpheden aridir. Hususî tahrik hallerinde misâl olmak üzere şunlar zikredilebilir : T. C. K. 272 nci maddesindeki memurun memuriyet hududunu tecavüz etmesi veya keyfi hareketleri; T. C. K. 462 nci maddesindeki zina halinde yakalama; 485 inci maddedeki hakaret ve sövme suçuna maruz kalanın kendi haksız hareketi [33].

II — Ağır veya adî oluşu : Kanunumuz 51 inci maddesinin ikinci fıkrasında «tahrik ağır ve şiddetli olursa» cezanın daha çok hafifletileceğini beyan ederek tahrikte bir dereceleme kabul etmiş oluyor. Alelittlak tahrikin kabul edilebilmesi için zaten failin bu tahrik neticesinde şiddetli bir buhrana kapılması, Kanunun tâbirile «gazap veya şedit bir elem» in tesiri altında kalması şarttır. Bundan anlaşılıyor ki, ağır ve şiddetli tahrikte fevkalâde şiddetli bir heyecan halinin husulü lâzım gelmektedir. Kanun vazı bu gibi hallerde cezayı daha çok tahfif etmeyi uygun görmüştür [34]. Tahrikin ağır ve şiddetli olduğunu takdir etmek hâkime aittir. Çünkü bu, aslında hukukî değil maddî bir meseledir. Binaenaleyh Yargıtayın kontrolunun dışında da kalması iktiza eder. Bununla beraber hâkimin kararında hangi nevi tahriki kabul ettiğini zikretmesi ve sebeplerini göstermesi lâzımdır. Yalnız şunu söylemek isteriz ki, tamamen sübjektif olan bu keyfiyetin takdirine medar olacak kıstaslar konamıyacağı için [35], bu tefriki yapmaktan beklenen gayeyi elde etmek muhakkak değildir ve hâkimin bu husustaki takdirlerinde hakikate ne kadar yaklaştığını kimse bilemez. Burada belirtmek istediğimiz bir nokta da şudur: «tahrike bais olan fiillerin çokluğu, tahrikin ağırlığı için bir sebep teşkil edebilir. Fakat fiillerin adedince mükerrer tenzilâtı icap ettirmez» [36].

§ 4. Mes'uliyete tesir eden diğer haller muvacehesinde haksız tahrik:

I — Yaş küçüklüğü : haksız tahrikin yaş küçüklüğü ile içtima etmesine hiç bir mâni yoktur. Bundan dolayı cezadan hem haksız tahrik ve hem de yaş küçüklüğü sebeble indirme yapmak mümkündür. Ancak

[32] TANER ; s. 445. EREM ; s. 373.

[33] ERMAN ; s. 232 ve müt.

[34] TANER ; s. 444. EREM ; s. 366.

[35] MAJNO ; s. 220.

[36] MAJNO ; s. 220.

T. C. K. 29 uncu maddesi icabı yaş küçüklüğünü tahrikten sonra nazara almak icap eder [37].

II — Akıl malûliyeti : burada mevzuubahs olan 47 nci maddedeki «ceza mes'uliyetini kâmilten kaldıracak surette olmayıp ehemmiyetli bir derecede azaltabilecek mahiyette» olan akli malûliyettir. 46 ncı maddedeki ccaî mes'uliyeti tamamen bertaraf eden akıl malûliyeti halinde haksız tahrikten bahsetmeğe lüzum yoktur. 47 nci maddede mezkûr akli malûliyet ile haksız tahriki birlikte tatbik etmek imkânı mevcuttur. Nitekim İtalyan Yargıtayı da «tahrik ile tam olmayan akıl malûliyeti birlikte tatbik edilebilir» demiştir [38]. Burada da 29 uncu madde gereğince akli malûliyeti haksız tahrikten sonra nazara almak icap eder.

III — Taammüt : taammüt ile haksız tahrikin birleşip birleşemeyeceği ötedenberi ihtilâflara mevzu teşkil etmiştir. Bunun sebebi taammüdün mahiyetindedir; daha doğrusu onu anlayış şeklindedir. Taammüdü tarif ve izah sadedinde başlıca iki nazariye vardır [39]. Biri psikolojik nazariye — ki taammüdü soğuk kanlılık unsuru ile izah eder — diğeri kronolojik nazariyedir, bu da suçu ika etmek arzusunun doğması ile işlenmesi arasında bir zamanın mürur etmesini şart kılar. Bu ikinci anlayış şeklinde taammüt ile haksız tahrikin birlikte nazara alınması mümkündür. Fakat taammüdü anlatmağa daha elverişli olan soğuk kanlılık nazariyesine göre tabiatile taammüt halinde tahrikten bahsedilemez. Sayın Hocamız Ord. Prof. Dr. Tahir Taner ve İtalyan müellifi Majno bu fikirdedirler [40].

IV — Meşru müdafaa : bir beraat sebebi olan meşru müdafaa'nın mevcudiyeti halinde haksız tahrikten bahsetmeğe ihtiyaç yoktur. Fakat bu iki müessese arasında yapılacak bir mukayese mahiyetlerini aydınlatma bakımından faydalı olur. Prof. Faruk Erem'e göre (meşru müdafaa ile tahrik arasında öz bakımından değil, belki tâbir caiz ise, «kesafet» bakımından fark mevcuttur) [41]. Biz bu fikre iştirak etmiyoruz. Bizce bu iki müessese arasında aşağıda belirteceğimiz farklar [42] dolayısıyla kesafet değil mahiyet farkı vardır.

[37] AYIK : s. 1194. EREM : s. 367.

[38] EREM : s. 367 den naklen.

[39] GÜCER : s. 224 ve müt.

[40] TANER : s. 444. MAJNO : s. 221.

[41] EREM : s. 367.

[42] Bu hususta bk. EREM : s. 441 - 442. BAHİR : s. 411. DE VEBRES : s. 441.

a — Meşru müdafaa objektif bir esasa istinad eder; bir beraet sebebi-
dir. Halbuki haksız tahrik sübjektif bir temele dayanır; hafifletici bir
mazeret sebebidir.

b — Meşru müdafaa halinde ika edilen fiilin işlenmesinde zaruret
vardır, başka türlü korunmağa imkân yoktur. Halbuki haksız tahrik halin-
de kanun vazı tahrik edenin tecavüzüne tahrik edilenin katlanmasını,
sabır ve tahammül göstermesini iltizam etmiştir.

c — Meşru müdafaada vuku bulan haksız bir taarruzu filhal defi
zaruretile yapılan bir müdafaa bahis mevzuudur. Halbuki haksız tahrikte
tamamen psikolojik sebeplerle yapılan bir mukabele vardır.

d — Meşru müdafaa halinde mütecavizin tecavüzüne karşı müdafaa
edilebilecek mevzular kanun tarafından tahdit ve tayin edilmiştir. Bun-
lar gerek kendisinin, gerek başkasının nefsi veya ırzıdır. Halbuki haksız
tahrikte kanun tarafından yapılan böyle bir tahdit yoktur.

e — Meşru müdafaada, müdafaa eden fiili soğuk kanlılıkla işleye-
bildiği halde haksız tahrik müessesesinde buna cevaz yoktur.

V — Takdirî hafifletici sebepler : Kanunumuz 59 uncu maddesinde
takdirî hafifletici sebepler müessesesini derpiş ederken ne gibi hallerin
takdirî hafifletici sebep olacağını göstermemiştir. Zaten bunları saymağa
da imkân yoktur. Haksız tahriki teşkil eden bir fiil mahiyeti itibarile
takdirî hafifletici bir sebep sayılabilir. Ancak, aynı fiilin aynı hâdisede
hem takdirî hafifletici sebep olarak hem de haksız tahrik olarak ayrı
ayrı nazara alınması kanuna uygun değildir. Nitekim Yargıtay Dördüncü
Ceza Dairesi 9/9/933 günlü ve 6810 sayılı bir kararında «yalnız bir
sebeple hem kanunî hem de takdirî tahfif sebebi ittihaz edilemez» diyerek
mezkûr keyfiyeti belirtmiştir [43].

Buna mukabil aynı suçta ayrı hâdiseler takdirî hafifletici sebep ve
haksız tahrik teşkil edebilirler. Meselâ, mağdurun tahrikile bir suç ika
eden şahsın fiilinden mütevellit zararın pek cüz'î olması gibi... Bu halde
de T. C. K. 29 uncu maddesi icabı 59 uncu maddenin 51 inci maddeden
sonra tatbiki lâzım gelmektedir.

§ 5. Tahrikîn mevcudiyetinin ve derecesinin tesbiti :

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi daha ziyade sübjektif esas-
lara istinad eden haksız tahrikîn muayyen bir hâdisede mevcut olup

[43] KÖSEOĞLU : s. 96.

olmadığını hâkimin takdirine bırakmaktan başka çare yoktur. Bunun gibi tahrikin ağır veya adî olduğuna karar vermek de hâkime aittir. Ancak bu «takdir» gelişi güzel söylenen bir sözden ibaret olmamalıdır. Hâkim niçin şu veya bu yolda takdirde bulunduğunu bilmelidir; daha doğrusu bu takdiri müdellel olmalıdır. Bunun da imkân dahiline girebilmesi için hâkimlerin yalnız hukuk kaidelerini bilmeleri kâfi değildir. Bilhassa ceza işleriyle uğraşan hâkimlerin ruhî ilimlere yeteri kadar ve tatbiki bir şekilde vakıf olmaları iktiza eder. Bundan başka buldukları muhiti daha doğrusu sanığın bulunduğu muhiti sosyolojik bakımdan değerlendirebilecek kadar da içtimaî ilimlerle mücehhez olmaları lâzımdır. Muayyen bir hâdise karşısında şehirli ile köylünün, hattâ muhtelif şehirlere mensup iki insanın ayrı ayrı aksülâmelde bulunacakları tabiidir. İşte bu insanların reaksiyonlarının hangi farklarla birbirinden ayrılacaklarını kuvvetli bir ihtimalle kestirebilmek hâkimin muhtaç olduğu en lüzumlu melekelerden biridir. Şimdilik burada; müstakbel hâkimlerimizin bu melekeleri ihraz edecek surette yetiştirilmelerini temenni etmekten başka bir şey söylemeğe imkân yoktur.

§ 6. Tahrik halinde cezanın ne suretle tertip edileceği :

I — Umumiyet itibarile : Burada haksız tahrik dolayısıyla içtima, iştirak ve tekerrür hallerinde indirmenin ne şekilde yapılacağını tetkik etmek istiyoruz.

a — İçtima halinde : haksız tahrik münferit hâdiseye mahsus bir keyfiyet olduğundan her suçta müstakillen nazara alınmak lâzımdır. Başka bir söyleyişle, indirmeyi içtima kaidelerini tatbik etmeden önce yapmak iktiza eder. Bundan dolayı bir suçta tahriki kabul etmek diğerinde etmemek; birinde ağır, diğerinde adî tahriki kabul etmek mümkündür [44].

b — İştirak halinde : burada da aynı esas tatbik etmek lâzımdır. Haksız tahriki teşkil eden fiil, 51 inci maddenin aradığı şartlar dairesindeki psikolojik hali şeriklerin hepsinde olduğu gibi yalnız bir kısmında da hasıl edebilir. Burada göz önünde tutulacak esas şeriklerin cürmü ika ederken içinde buldukları ruhî durumdur. Bunu da hâkim takdir etmekle mükelleftir [45].

c — Tekerrür halinde : Tekerrür halinde de haksız tahriki tatbik etmenin imkânı vardır. Tekerrür halinde 51 inci maddeyi tatbik ederken

[44] TANER : s. 369.

[45] TANER : s. 443. EREM : s. 369. ROUX : s. 242.

29 uncu maddeyi de göz önünden uzak tutmamak icap eder, mezkûr maddeye göre tekerrür en son nazara alınması gereken hususlar arasındadır. Buna göre 51 inci maddeyi 81 inci maddeden önce tatbik etmek lâzımdır.

II — Adî tahrik halinde :

a — Suçun cezası ölüm ise yirmi dört sene ağır hapse tahvil edilir.

b — Suçun cezası müebbet hapis ise yirmi sene ağır hapse çevrilir.

c — Diğer hallerde suçun cezasının üçte biri indirilir. Bu indirme fer'i cezalara da şamildir. Ancak Kanun adî tahrik halinde âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası hakkında ne yapılması lâzım geldiğini açıklamıyor. «Müebbet» mefhumu taksime salih olmadığına nazaran Kanunun bu sükûtu karşısında adî tahrik halinde âmme hizmetlerinden müebbet mahrumiyet cezasının olduğu gibi kalması lâzım gelmektedir [46].

III — Ağır ve şiddetli tahrik halinde :

a — Ölüm cezası yerine onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

b — Müebbet ağır hapis yerine on seneden onbeş seneye kadar ağır hapis cezası verilir.

c — Sair hallerde : evvelâ ağır hapis hapse; âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet muvakkat memnuiyete çevrilir; sonra yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.

BİBLİYOGRAFYA

- AYIK (İsmail Hakkı): Cezanın tatbik ve tertibi. Ad. Derg. 1950. Sayı 2, s. 1178. — BAHİR: Yeni Ceza Kanunumuza göre tahrik. İst. Baro Mec. 1927 S. 7, s. 410. — de CASABIANCA (Pierre): Code pénal de Royaume d'Italie 1932 Paris. — EREM (Faruk): Türk Ceza Hukuku 1950 Ankara. — ERMAN (Sahir): Hakaret ve Sövme cürümleri 1950 İst. — GÜCER (Necmeddin): Tasarlama (taammüt) Ad. Derg. 1949, S. 2, s. 219. — HALSBURY: Laws of England, Lord Hailsham second edition 1933 Tome IX. — KENNY (Courtney Stanhope): Outlines of Criminal Law 1942 Cambridge. — KÖNİ (Ekrem): Kanuni azaltıcı sebeplerden tahrik, İst. Baro Mec. 1938, S. 3, s. 203. — KÖSEOĞLU (Y. Cemal): Haşiyeli Türk Ceza Kanunu 1949 İst. — KUNTER (Nurullah): Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, 1949 İst. — LOGOZ (Paul): Commentaire du Code pénal suisse. Neuchatel — Paris. — LISZT (F. von): Traité de droit pénal allemand tome premier Tr. par Lobstein 1911 Paris. — MAJNO: Türk Ceza Kanunu Şerhi (Ad. Vek. tarafından yaptırılan tercüme) 1927. — PERİNÇEK-ÖZDEN: Türk Ceza Kanunu 1950, İst. — ROUX (J.-A.): Cours de droit criminel Français 1927 Paris. — TANER (Tahir): Ceza Hukuku (Umûmî Kısım) 1949 İst. — de VABRES (Donnedieu): Traité de droit crim. et de Legislation comp. 1947 Paris. — VOUÏN (Robert): Manuel de droit criminel 1949 Paris.

[46] BAHİR: s. 413.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Cilt : XXV — Sayı : 6

HAZİRAN 1951

DOKTRİN :

Boşanma halinde çocukların büyük ana - babalariyle
münasebeti

Prof. Dr. Ferit H. SAYMEN

Ceza hukukunda mazeret sebebi olarak haksız tahrik

Nevzat GÜRELLİ

Kefalet

Oscar DAEPEN

YARGITAY KARARLARI :

TİCARET KISMI

Firmanın iptali

HUKUK KISMI

Tahdit haritası

Mehir tesmiyesi

İstihdam edenin mesuliyeti

Şu'a hakkı

Tahkimnamedeki imzanın inkârı

Zilyetliğin himayesi

HUKUK USULÜ VE İCRA KISMI

Tashihi karar

İcra yargıçlığı kararına karşı dâva

KRONİK :

Yeni eserler

A. H.

Kayıplarımız