

CEZA SORUMLULUĞUNU AZALTAN BİR NEDEN OLARAK HAKSIZ TAHRİK

Yard. Doç. Dr. Burcu Demren Dönmez*

Giriş

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK diğer pek çok hükümde olduğu gibi haksız tahrik hükümlerine ilişkin de değişiklikler getirmiştir. Çalışmamız kapsamında 5237 sayılı TCK'da düzenlenen haksız tahrike ilişkin hükümler, 765 sayılı TCK'nın benzer ve farklı yönleri ile kıyaslanarak, detaylı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

I- Kavram

TCK'da "tahrik" ifadesi, iki farklı anlamda kullanılmıştır. Birincisi, tahrik suçlarını düzenleyen suç tiplerinde¹ karşımıza çıkmaktadır. Bunlara tahrik suçları denilmektedir. İkincisi ki; çalışmamızın esas konusunu oluşturur; genel hükümlerde yer alan haksız tahrik kavramıdır². TCK m.29'da ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlemiştir. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak yeni ceza kanunumuzda memurlara ilişkin ayrı bir düzenleme ve detaylı özel haksız tahrik halleri yer almamıştır. Haksız tahrike ilişkin düzenlemeler 29. maddede genel olarak, 129. maddede ise, hakaret suçuna ilişkin olarak özel bir hüküm ile karşımıza çıkmaktadır.

Buna göre fail, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet (öfke) veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyecek olur ise cezası indirilir.

Haksız tahriki açıklamaya yönelik bir çok görüş bulunmaktadır. Bunlar içerisinde en fazla itibar görenler objektif ve sübjektif görüşlerdir. Objektif görüşe göre (buna takas teorisi de denilmektedir³), tahrik altında işlenen suçta failin suç teşkil eden hareketinin yanında mağdurun yapmış olduğu hareket de etkili olmuştur, öyle ise, fail gibi mağdur da kusurludur ve mağdurun bu kusurlu hareketi failin cezasından indirim yapılmasını gerektirir. Objektif görüş çok fazla egemen olamamıştır ancak cezanın indiriliş nedenine etkide bulunmuş bir teoridir. Sübjektif görüşe göre ise, haksız bir fiil içerisinde kalan kişinin içine girdiği psikolojik durum esas alınır. Kişinin haksız bir hareket karşısında iradesi zayıflayabilir ve suç işleme kararını daha kolay alabilir. Haksız

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ TCK Madde 214 - Suç İşlemeye Tahrik

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

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

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

² **Hakeri H.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.bası, Ankara 2011, s.348

³ **Demirbaş T.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.402

hareket karşısında iradenin etkilenmiş olması kusur yeteneğini etkiler bu etki de cezanın indirilmesini gerektirir⁴.

II- Mukayeseli Hukuk

Burada kısaca mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden bahsetmek yerinde olacaktır. Mukayeseli hukuktaki düzenlemelere baktığımızda bazı ülke ceza kanunlarının aynı TCK'da olduğu gibi haksız tahrike ilişkin genel bir düzenleme yaptığını ve bunun yanında bazı özel düzenlemelere yer verdiğini, bazı ülkelerin sadece belirli suçlar bakımından özel bir düzenleme yaparak uygulamayı sınırlandırdığını bazılarının ise hiç yer vermediğini ancak cezanın hesaplanması bakımından hakime tanınan geniş takdir yetkisi kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz.

Örneğin İtalyan ceza kanunu (İt.CK) aynı TCK'da olduğu gibi hem genel hükümlerde düzenleme yapmış, hem de şerefe karşı işlenen suçlar bakımından özel düzenleme getirmiştir. İt.CK madde 62'de haksız tahrik genel bir düzenleme ile cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak, m.599 ise şerefe karşı işlenen suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir⁵.

Benzer şekilde, Avusturya Ceza Kanununda da (Av.CK) haksız tahrike cezanın hesaplanması bakımından özel hafifletici nedenler arasında yer verilmiştir. Bazı suç tipleri bakımından da özel haksız tahrik düzenlemeleri yapmıştır. Örneğin Av.CK m.76.'da, kasten öldürme suçu bakımından, Av.CK m.115/3'de 'sövme, tehdit veya kötü davranmak' bakımından özel bir düzenleme yer almaktadır. Ancak özellikle son örnek bakımından haksız tahrik fail açısından bir mazeret nedeni olarak ifade edilmiştir⁶. Yine İsviçre Ceza Kanunu da, haksız tahrike (m.48/c) cezanın hesaplanması bakımından yer vermiştir. Kasten öldürme (m.113) ve hakaret suçları (m.48/c) bakımından da özel düzenleme yapmıştır⁷. Bu konuda örnekleri arttırmak mümkündür. İspanya Ceza Kanunu, Portekiz Ceza Kanunu, Danimarka Ceza Kanunu, İsveç Ceza Kanunu, Polonya Ceza Kanunu da haksız tahrike ilişkin genel düzenleme yapan ülkeler arasındadır. Bunlardan özellikle İspanya Ceza Kanunu önemlidir. Zira İspanyol Ceza Kanunu (m.21/3) da aynı TCK'da olduğu gibi haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlemiştir. Diğerlerinde ise genellikle cezada indirim nedeni veya hafifletici neden olarak ifade edilmektedir⁸.

Buna karşılık Almanya, İngiltere, Galler ve Rusya'da haksız tahrike ilişkin genel bir düzenleme yapılması tercih edilmemiş belirli bazı suç tipleri bakımından özel düzenlemeler yapılmıştır.

Örneğin Alman Ceza Kanununda haksız tahrik özel hükümler kapsamında sadece kasten öldürme ve hakaret suçları kapsamında değerlendirilmiştir. Kasten öldürmenin temel şekli bakımından m.213'te⁹ ağır tahrike neden olacak kötü muamelinin veya ciddi onur kırıcı bir muamelenin kendisi veya bir akrabası üzerinde yapılması nedeniyle failin kontrolünü kaybetmesi veya daha hafif nitelikteki tahrik hallerinde cezanın bir yıldan 10 yıla kadar verilebileceğini düzenlemiştir. Hakim somut olayın özelliklerini değerlendirip belirtilen

⁴ **Önder A.**, s.346; **Demirbaş T.**, s.402-403; **Artuk E.**, **Gökçen A.**, **Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006, s.674-675

⁵ **Kangal Z.T.**, s.22-23

⁶ **Kangal Z.T.**, s. 23

⁷ **Kangal Z.T.**, s. 23

⁸ **Kangal Z.T.**, s. 24

⁹ <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#213>, erişim tarihi: 05.03.2012

sınırlar arasında uygun olan cezayı takdir edecektir. Burada dikkati çeken husus, failin kontrolünün kaybetmesine neden olacak haksız hareketin yapılması gerekliliğidir. Ancak herhalde faildeki bu kontrol kaybının kısmi akıl hastalığı düzeyinde olmaması gerekir; aksi halde Alman Ceza Kanunu m.21 (ceza sorumluluğunu azaltan neden) hükmü uygulanacaktır. Buna karşılık m.199'da¹⁰ hakaret suçu (karşılıklı hakaret düzenlenmiş) bakımından haksız tahrik hükümlerine yer verilmiştir. Karşılıklı hakaret kapsamında hakim taraflardan biri veya her ikisi bakımından da ceza verilmemesi yoluna gidebilir.

İngiltere ve Galler'de genel bir ceza kanunu bulunmadığından konuya ilişkin uygulamalar *common law* kapsamında gelişmiştir. *Common Law* kapsamında haksız tahrik, niteliği itibari ile savunmaya tanınmış önemli bir savunma aracıdır (delilidir). Sadece kasten insan öldürme suçu bakımından kabul edilmiştir. Bu kapsamda haksız tahrik, önceleri sadece fiziki hareketlere tepki olarak değerlendirilmişken daha sonra bu anlayış değiştirilmiş ve sözlü veya fiziki olarak gerçekleştirilen tüm haksız fiiller bakımından kabul edilmiştir. Somut olayda haksız tahrikin varlığı, sübjektif ve objektif olmak üzere iki önemli testten geçirilir. Objektif teste göre normal bir kişinin (fail ile aynı yaşta ve cinsiyette olan) benzer bir durumda somut olayda tahrik olup olmayacağı değerlendirilir. Sübjektif teste göre ise failin kişisel ve özel nitelikleri değerlendirilir. Her iki testin de neticesinin olumlu olması halinde haksız tahrikin oluştuğu kabul edilir. Haksız tahrik İngiliz ve Galler hukukunda kastı ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilir. Fail, kasten öldürmeden (*murder*) değil, cüretkarlıkla insan öldürme (manslaughter) suçunu işlemekten sorumlu tutulur¹¹. İngiliz ceza hukukunda kast, Kıta Avrupası ülkelerinin pek çoğundan farklı olarak genel kusurluluk şekli değildir. Kast en ağır kusur şekli olmakla birlikte, İngiliz ceza hukukunda kasten işlenebilen suçların sayısı oldukça azdır. Genel olarak kabul gören kusur şekli ise, Türk ceza hukukundaki bilinçli taksire yakın bir kusur şekli olan cüretkarlık (reckless) kusur şeklindedir. Diğer bir ifade ile İngiliz ceza hukukunda haksız tahrik, ceza indirim nedeni olarak değil, kusur şekline etki eden bir neden olarak değerlendirilmiştir.

İngiliz hukukunda her geçen gün etkilerini arttıran Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yükümlülükleri neticesinde, ceza genel hukukuna ilişkin genel hükümler ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin genel hükümler içeren yeni bir kanun (*Coroners and Justice Bill*) düzenlemiştir. 2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenleme, haksız tahrike ilişkin olarak **mevcut uygulamayı korumuş ve kapsamını genişletmiştir** (m.54, 55, 56)¹². İlgili kanunun 56.maddesi ile konuya ilişkin *common law* uygulaması tamamen ortadan kaldırılmıştır. Kanun, 54.maddede tahrik ifadesi yerine "kontrolün kaybedilmesi" (*loss of control*) ifadesini kullanmış ve bunu cinayet suçuna ilişkin kısmi bir savunma nedeni olarak düzenlemiş ve bazı koşulların varlığı halinde failin kontrolünü kaybetmesi suçun niteliğini değiştiren bir neden olarak düzenlenmiştir. 55.maddede nitelikli tahrik açıklanmıştır. Şartların varlığı halinde kast ortadan kalkar ve suç kasten öldürme suçu (cinayet) olmaktan çıkıp, cüretkarlıkla öldürme suçu kapsamına girer.

İngiliz ve Galler ceza hukukunda yer alan haksız tahrike ilişkin düzenlemeler üzerinde diğerlerine göre daha uzun durmamızın nedeni, diğer ülke ceza kanunlarında olduğu gibi ceza indirim nedeni veya ceza sorumluluğunu

¹⁰ <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#199>, erişim tarihi: 05.03.2012

¹¹ Detaylı açıklama için bkz. **Loveless J.**, *Criminal Law*, 2nd Ed., Oxford 2010, s.271 vd

¹² <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmbills/009/2009009.pdf>, erişim tarihi 02.03.2012

azaltan bir neden olarak değil, suçun niteliğini değiştiren kastı ortadan kaldıran bir düzenleme ve uygulama geliştirmesinden kaynaklanmaktadır. Kontrol kaybı yaratacak düzeydeki tahrikin seviyesi geçici arızı nedenler ile karıştırılmamalıdır. Burada dikkatimizi çeken diğer bir husus da Alman Ceza Kanununda olduğu gibi haksız tahrike yol açan hareketler nedeniyle kontrolün kaybedilmesinden bahsedilmiş olmasıdır.

Rus Ceza Kanunu da özel hükümlerinde haksız tahrike yer veren kanunlardandır. Kasten öldürme (m.107) ve kasten yaralama (m.113) suçları kapsamında haksız tahrike ilişkin düzenlemelere sahiptir¹³. Rus Ceza Kanunu “haksız tahriki” failin akıl sağlığını bozan geçici bir neden olarak kabul etmekte, böyle bir arızı nedenin oluşması halinde, ciddi bir ceza indrimi yapmaktadır.

1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu ise genel bir hüküm ile haksız tahriki düzenleme gereği duymamış, cezaların sadece üst sınırlarını belirtmiş, temel cezanın tayini bakımından hakime somut olayın özellikleri ile ilişkili olarak değerlendirme yapma noktasında geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu kapsamda hakim, haksız tahrik koşullarının olay bakımından gerçekleştiğini tespit etmişse, bu gibi halleri temel cezanın tayininde dikkate alarak belirleyecektir¹⁴.

III- Özellikleri

Bu başlık altında genel olarak “haksız tahrik” e ilişkin özellikler üzerinde durulacaktır. Ancak TCK’daki düzenlemenin genel özelliklerinin ve önceki uygulamadan farklarının anlaşılabilmesi için öncelikle 765 sayılı TCK’daki düzenlemenin genel özellikleri hakkında kısaca bilgi verilecektir.

A- 765 Sayılı TCK

765 sayılı TCK’da haksız tahrik, suça etki eden nedenler arasında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda haksız tahrik, esasta genel ve kanuni hafifletici bir neden olarak ortaya konulmuştu¹⁵. TCK m.51.’de haksız tahrik genel hüküm olarak düzenlenmiş; bunun yanında bazı özel tahrik hallerine de yer verilmişti. Somut olayda özel hallerden birinin mevcut olması halinde sadece özel hüküm uygulanmaktaydı. 03.08.2002 tarihli 4771 sayılı “çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun’un” 1. maddesi ile özel düzenlemelerin pek çoğu ortadan kaldırılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararda haksız tahriki, şu şekilde tanımlamıştır: “*Tahrik, ceza hukuku bakımından bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerine yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir failin doğurduğu öfke ve elemnin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dışardan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu ola-*

¹³ <http://legislationline.org/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/preview>, erişim tarihi: 05.03.2012

¹⁴ **Dönmezer S.**, s.237

¹⁵ **Dönmezer S.**, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.237; **Önder A.**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.346

rak suçu işlemeye yönelmektedir¹⁶". Yine Yargıtay haksız tahrikin koşullarını, şu şekilde sıralamıştır¹⁷:

" 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 tahriki oluşturan fiilin mağdurdan sağdır olması ya da mağdurun o fiili önleme sorumluluğunun bulunması gerekir."

Genel Kurulun diğer bir kararında, bu koşullara ek bir koşul daha getirilmiştir. Bu koşul da suçun, tahriki oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekeceğidir¹⁸.

B- 5237 sayılı TCK

TCK, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak suçun manevi unsurunu kusurluluk adı altında değerlendirmek yerine ceza sorumluluğu ilişkisinin manevi bağlantısı olarak değerlendirmektedir. TCK kapsamında ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak haksız tahrik, verilecek cezaların miktarları bakımından ciddi bir etkiye sahip olmaktadır¹⁹. Öğretide pek çok yazar, haksız tahriki kusuru azaltan bir neden olarak değerlendirmektedir. Kavramı, failin kusurunun azalmasından kaynaklanan ve cezanın indirilmesini gerektiren kişisel bir neden olarak ifade etmektedirler²⁰. Buna karşılık bazı yazarlar ise²¹, haksız tahrikin kusur yeteneğini azalttığını belirtmekte ve haksız tahrik altında failin iradesinde bir zayıflama meydana geldiğini belirtmektedirler. Bundan başka bazı yazarlara göre, haksız tahrik mazeret neden, hem kusur hem de suçun haksızlık içeriğini azaltan bir neden, fiilin gerçekleşmesine mağdurun yol açmış olmasından dolayı ceza sorumluluğunu azaltan bir neden, hafifletici bir neden, sadece cezanın hesaplanmasında dikkate alınması gereken bir faktördür²². Ancak öğretide en fazla itibar gören görüşler, haksız tahriki kusuru azaltan ve cezanın indirilmesini gerektiren kişisel bir neden olarak kabul eden görüş ile failin iradesinde bir zayıflama meydana geldiği için kusur yeteneğini azalttığını kabul eden görüştür. Buna karşılık TCK haksız tahriki ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında düzenlediği için, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak konuyu değerlendirmektedir. Ancak TCK madde 29 gerekçesinde, hiddet ve şiddetli elemin yarattığı psikolojik durumların fail üzerindeki etkisinin dikkate alındığı ifade edilmiştir.

Hiç bir ceza kanunu insan doğasına aykırı düşen düzenlemeler getiremez. Getirse bile bu hükümler uygulanma kabiliyetine sahip olamazlar. Zira

¹⁶ YCGK. 19.11.1990, 1-254/277 Naklen **Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C.**, s.673

¹⁷ YCGK 11.05.2004, 74/118, **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010, c.1, s.734

¹⁸ YCGK 10.06.2003, 143/183, **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.734

¹⁹ **Özgenç İ.**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.344

²⁰ **Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C.**, s.673 **Öztürk B., Erdem M.R.**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011, s.279; **Centel N., Zafer H., Çakmut Ö.**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3.bası, İstanbul 2005, s.444; **Koca M., Üzülmüş İ.**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 3.bası, Ankara 2010, s.316; **Zafer H.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s.265-266

²¹ **Özgenç İ.**, s.397; **Önder A.**, s.347; **Kangal Z.T.**, s.19

²² İlgili görüşler için detaylı bilgi için bkz. **Kangal Z.T.**, s.27 vd.

haksız bir fiile karşı insan tarafından gösterilen tepki, en basit fizik kuralı olan etki-tepki yasaından kaynaklanmaktadır. Haksız tahrike maruz kalan kişinin psikolojik durumu, insanın insan olmasından kaynaklanan özellikleri dikkate alınarak kanun kapsamında değerlendirilmiş ve düzenleme altına alınmıştır. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere gerek öğreti gerekse kanun koyucu sübjektif görüşü esas almış ve düzenleme bu görüş çerçevesinde şekillendirilmiştir. Bizim görüşümüze göre de haksız tahrik, failin kusur yeteneğinde bir zayıflama meydana getirir. Bu durum kişinin daha önceden sahip olduğu medikal bir durumdan değil, somut olayın fail üzerinde yarattığı etkiden kaynaklanmaktadır. Nitekim, etki failin sağlıklı, normal bir insan gibi düşünmesinin önüne geçer ve tepki yaratır. Ama aynı zamanda kişisel bir nedendir. Çünkü sadece bu etkiye maruz kalan kişi veya kişiler bakımından hüküm doğurur. Ancak bu noktada haksız tahrike ilişkin düzenlemenin TCK m.32/2'deki düzenleme ile karıştırılmaması gerekir. TCK m.32/2'de de kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmasından bahsedilmektedir. Aslında belki de haksız tahrike ilişkin düzenlemenin ilgili maddenin 3.fıkrasında yer alması daha yerinde bir yerleştirme olabilirdi. İngilizler haksız tahriki kontrol kaybı olarak değerlendirmekte ve suçun manevi unsurunun değiştiğinden hareketle kişinin daha az cezalandırılmasına sağlamaktadırlar. Gerçekten de haksız tahrikte kusur yeteneğinin azalmasına neden olan öfke ve şiddetli üzüntünün kişinin davranışlarını yönlendirmesine etki etmesi söz konusudur. Bu itibarla, bu hususun dikkatlice değerlendirilmesi ve m.32/2'den ayırt edilmesi gerekir.

Anayasa Mahkememesi haksız tahrik ile ilgili hükmün iptali için açılan davada, “*Yasanın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiç bir suretle tehlikeye sokmaksızın insanıcl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmamak ilkesini tercih eden yasa koyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç işleyenlerin cezasından, maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür*” demek suretiyle yapılan başvuruyu reddetmiştir (AYM. 19.02.2009, 25)²³. Ancak Anayasa Mahkemesi red gerekçesinde, haksız tahrik hükmünün suçlunun toplumla barışık hale gelmesi sosyalleşmesi amaçlarına hizmet eden bir kurum olduğunu ifade ederek, hükmün esas amacı ile bağdaşmayan bir açıklama yapmıştır²⁴.

Haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu etkileyen nedendir²⁵. Bu nedenle, haksız tahrik altında işlenen hareketin hukuka aykırılık hali devam etmekte, diğer bir ifade ile bu durum, failin hareketini hukuka uygun hale getirmektedir²⁶. Bazı yazarlara göre sadece failin kınanabilirliğini azaltan bir durum gerçekleşmektedir²⁷. Haksız tahrik kusuru tamamen orta-

²³ **Hakeri H.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.bası, Ankara 2011, s.348; TCK m.29'daki indirim oranlarının cezanın caydırıcılığı ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın m.2, 12/1, 17/1 ve 19/1'e aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. **Kangal Z.T.**, s.21

²⁴ **Hakeri H.**, s.348

²⁵ **Centel N., Zafer H., Çakmut Ö.**, s.444

²⁶ Benzer görüş için bkz. **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.279; **Koca M., Üzülmüş İ.**, s.316; **Özgenç İ.**, s.397; **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, cilt.1, Ankara 2010, s.733

²⁷ **Centel N., Zafer H., Çakmut Ö.**, s.444; **Hakeri H.**, s.309

dan kaldırmadığı için²⁸ sadece bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir; bununla birlikte TCK m.129'da ceza verilmeyeceğine ilişkin özel bir düzenleme de yapılmıştır.

TCK m.29'da düzenlenen haksız tahrik hükmü genel bir düzenleme olup, koşulları gerçekleştiğinde tüm suçlar bakımından uygulanabilir. Ancak Yargıtay bazı suç tiplerinin niteliği itibarıyla haksız tahrik ile bağdaşmadığını düşünmektedir. Bu konuyu detaylı olarak ilgili bölümde tartışacağımız için daha fazla üzerinde durmayacağız. Ancak taksirli suçların haksız tahrik altında işlenmesinin mümkün olmadığını ifade edebiliriz. Zira taksirli suçlar şeklinde neticenin istenmemesi söz konusu olduğu için, bu suçun şeklinin haksız tahrik ile uyuşmadığı açıktır. Nitekim Yargıtay da, taksirli suçların haksız tahrikin etkisi altında işlenemeyeceği yönünde kararlar vermektedir²⁹.

Haksız tahrikin bu anlamda ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran meşru savunma hukuka uygunluk hali ile de karıştırılmaması gerekir. Meşru savunmada, başlamış ve henüz sona ermemiş veya tekrarı muhakkak olan bir saldırının varlığı ve bu saldırıyı defetme diğer bir ifade ile ortadan kaldırma zorunluluğunun bulunması gerekir. Oysa haksız tahrikte, sona ermiş haksız bir fiil olmalıdır. Öyle ise fail, saldırı devam ederken meşru savunma kapsamında yer alan bir fiile meşru savunmada bulunmayıp daha sonra suç işlerse, ancak bu takdirde haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında benzer yönde görüşlere yer vermiştir³⁰. Sonuçta meşru savunma hükümlerinin kabul edildiği bir olayda ayrıca haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir³¹. Keza meşru savunmada sınırın aşılması hallerinde de sınırın aşılmasına ilişkin 27.madde hükmü uygulama alanı bulacak; ayrıca haksız tahrike ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmeyecektir³².

²⁸ **Koca M., Üzülmüş İ.**, s. 316

²⁹ Yar. 1.CD 01.12. 2008, 5346/7646, nakleden **Koca M., Üzülmüş İ.**, s.317 “ Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, oluşturma ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suçun niteliğini tayin, tahrik dışında cezayı azaltıcı nedenin niteliği takdir kılınmış, savunması inadırcı gerekçelerle kısmen reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin sübut bulunmadığına vesaireye yönelen ve yerinde görül-meyen temyiz itirazlarının reddine; ancakoluş ve kabüle göre, **taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeden, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiş,** katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görül-müş olduğundan hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi bozulmasına 01.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.”

³⁰ YCGK 13.02.1984 1-305/61, **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s.1037 nakleden **Öztürk B., Erdem M.R m.**, s.279

³¹ **Öztürk B., Erdem M.R**, s.279; **Zafer H.**, s.268; **Demirbaş T.**, s.411; **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, s.743

³² “ Zaruret sınırını aşma ile tahrik bir arada kabul edilemez. Maktülün, sanığa telefon edip kendisini mutlak surette öldüreceğini söylediği, kısa bir süre sonra karşılaştıklarında öne çıkıp elini beline attığı... sanığın bir el hayati olmayan nahiye veya çevresine ateş etmesi gerekirken arabadan ininceye kadar maktüle sekiz el ateş etmesi savunmada zaruret sınırını aştığını gösterdiğinden hakkında TCK 40.m. delaletiyle 50.maddeyle uygulama yapılmalıdır.” YCGK. 26.3.1990, 1-36/87,

“ TCK 27/2.maddesinin uygulanabilmesi için meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması gerekli olup, olayda sanıkların maktüle yönelik meşru savunma şartları içinde başlayan hareketlerinde sınırı kasten aştıkları, bu haliyle 5237 sayılı TCK 81/1, 29, 62.maddelerin uygulanması gerekir.” Yargıtay 1.CD. 20.3.2008 nakleden **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, s.743

Failin haksız tahrik neticesinde birden fazla suç işlemesi halinde ise, haksız fiil hükmünün her bir suç bakımından ayrı ayrı gözönünde bulundurulması gerekir, bununla birlikte, TCK m.29 hükmü sadece bir kez uygulanır. Haksız tahrike neden olan davranışların birden fazla olması bu neticeyi değiştirmez³³.

765 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklı olarak TCK hafif ve ağır tahrik ayırımı kaldırılmış, hakime somut olayın özelliklerine göre alt ve üst sınırlar çerçevesinde indirim yapma takdir yetkisini tanımıştır. Mahkeme bu indirimi, Kanunun 61.maddesinin beşinci fıkrasına öngelen fıkralara göre tayin edilen ceza üzerinden ve beşinci fıkradaki sırayı takip ederek yapacaktır³⁴. Ancak indirimin yapılması sırasında, hakimin somut olayın özelliğine ilişkin, haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, zamanı, yerel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumlarını, hakkaniyet ilkesi çerçevesinde inceleyerek indirimi gerçekleştirmesi gerekir. Bu şartlar dahilinde yapılan inceleme sonucunda hafif dereceli tahrike alt sınır, en ağır nitelikli tahrike üst sınır ve aradaki durumlarda bu sınırlar arasında indirim yapılacaktır³⁵. TCK bu noktada hakimin takdir yetkisini arttırmıştır. TCK ile aynı olmamakla birlikte yeni Fransız Ceza Kanununda da hakimin takdir yetkisi önemli ölçüde arttırılmıştır³⁶.

Haksız tahrike ilişkin özel düzenlemeler bakımından 765 sayılı TCK'daki kadar olmasa da TCK'da da bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin TCK m.129/1 kapsamında, hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi durumunda faile verilecek ceza indirilebilir. Suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi durumunda ise faile ceza verilmez (TCK m.129/2). **TCK m. 129/3'ten de söz etmek gerekmez mi?** Özel düzenlemelerin bulunması halinde, ayrıca genel düzenleme yapan 29.maddenin birlikte uygulanması mümkün değildir. Diğer bir ifade ile özel düzenleme olay bakımından uygulanmış ise, artık genel düzenleme uygulanmayacaktır³⁷. Örneğin Yargıtay 1. CD 20.11.2007 tarih ve 2829/8576 ve 09.10.2007 tarih ve 7026/344 sayılı kararlarında; basit müessir fiilden ya da hakaretten ibaret tahrik eylemi dolayısıyla indirimin ¼ yerine ½ oranında uygulanmak suretiyle eksik ceza tayinini bozma nedeni olarak kabul etmiştir³⁸.

Haksız tahrik nedeniyle 29.madde uygulanırken, ayrıca takdiri indirim nedenlerini düzenleyen 62.maddenin uygulanması da mümkündür. Ancak 29.madde için kullanılan gerekçenin 62.madde için de kullanılmaması gerektiği açıktır³⁹.

Ayrıca haksız tahrik kişisel bir indirim nedeni olduğundan özellikle iştirak halinde işlenen suçlarda sadece haksız tahrike uğrayan suç ortağı bakımından etki doğuracak diğer suç ortakları bakımından herhangi bir indirim nedeni olarak uygulanmayacaktır⁴⁰. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararla-

³³ **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.279-280

³⁴ **Özgenç İ.**, s.402; **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, s.733

³⁵ **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.737

³⁶ YFCK, suçların cezalarının sadece üst sınırlarını göstermiş ve hakime temel cezanın tayininde geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu kapsamda tahrike ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiş, hakimin temel cezayı belirlerken takdir yetkisi kapsamında bu hususu değerlendirmesi sağlanmıştır. **Dönmezer S.**, s.237

³⁷ **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.280; **Koca M., Üzülmüş İ.**, s.317; **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, s.733

³⁸ **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.739

³⁹ **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.740

⁴⁰ **Erem F.**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1984, s.464

rında bu durumu açıkça ifade etmektedir⁴¹. Yargıtay 1.CD.'nin 30.11.2006 tarihli 2540/5341 sayılı yeni bir kararında “ Sanık Cengiz’in elinde bıçakla mağduru kovalayıp saldırmaya sırasında, sanık Hakan’ın mağdurun paçasından tutarak kaçmasına engel olduğu ve bunun üzerine de Cengiz’in mağdura bıçak vurduğu nun oluş ve delillerden anlaşılmasına ve mahkemece de oluşun bu şekilde gerçekleştiğinin kabul edilmesine göre, bu sanığın haksız tahrik altında olmaksızın öldürmeye teşebbüse yardım suçundan tecziyesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir” şeklindeki kararı ile açıkça ifade edilmiştir⁴². Buna karşılık azmettiren bakımından geçerli olan haksız tahrik hükmünden, suçu işleyen kişinin yararlanamayacağı açıktır. Yargıtay, eşi ile ilişki kurduğu için kardeşini kiralık katile öldürten azmettiren yönünden haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği, ancak kiralık katil yönünden haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağına karar vermiştir⁴³.

Ayrıca Yargıtay, haksız fiilin belirli bir kişiye yönelmesine karşın aralarındaki yakın ilişki nedeniyle bu eylemden etkilenmesi doğal olan diğer kişiler bakımından da haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında, babasına hakaret edip tekme sallayan kişiye babasıyla birlikte saldıran baba ve oğul olan failer hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir⁴⁴.

IV- Koşulları

Haksız tahrikin koşullarını 4 başlık altında toplayabiliriz⁴⁵. Bunlar; tahriki teşkil eden bir fiil bulunması, bu fiilin haksız olması, haksız fiilin failin öfke ve şiddetli üzüntü hissetmesine neden olması; son olarak da haksız tahrike tepki olarak gösterilen fiilin öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında işlenmesi ve bunlar arasında nedensellik bağlantısının bulunmasıdır.

A- Tahrike Sebep Olan Bir Fiilin Bulunması

Haksız tahrikten bahsedebilmek için öncelikle ortada bir fiilin bulunması gerekir⁴⁶. Bu fiilin objektif olarak bulunması yeterli olup, ayrıca failin önünde yapılması şart değildir⁴⁷. Örneğin failin yokluğunda çocuğunun dövülmesi, annesinin tacize uğraması veya tartaklanması, gibi.

⁴¹ Yar. 1 CD 15.12.1988, 4349/4512 “Azmettiren lehine oluşan ağır tahrikten asli maddi fail olan kiralık katilin faydalanamayacağı açık olarak ifade edilmiştir”. YKD Nisan 1989, s.569

⁴² Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.740

⁴³ Yargıtay 1.CD. 15.12.1988, 4349/4512 Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.742

⁴⁴ Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.740 “ Çocuklar arasında çıkan tartışma nedeniyle olay günü tanıkların yanında oturan sanık Fahrettin’in yanına gelen maktûlün ulu orta sanığa bağırıp küfür ederek tekme sallaması eyleminin sanık Fahreddin ve bu olayı evinin camından gören sanık Fahreddin’in oğlu sanık Abdurrahim yönünden tahrik niteliğinde olacağı ve sanıklar hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçeyle tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır.” 1.CD. 20.09.2006, 108/3656

⁴⁵ Dönmezer S., s.239; Önder A., s.348; Demirbaş T., s.404; Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., c.1, s.686; Öğretideki bazı yazarlar farklı olarak koşulları Öztürk B., Erdem M.R, s.281-282; Koca M., Üzülmüş İ., s.317; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.444 üç başlık altında; Hakeri H.s.353’de altı başlık altında toplamıştır. Biz 4 başlık altında toplamayı daha uygun bulduk.

⁴⁶ Öztürk B., Erdem M.R, s.282; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.445; Zafer H, s.266

⁴⁷ Demirbaş T., s.404; Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.734

Fiil icrai veya ihmali⁴⁸ bir hareket olabilir, kasıtlı veya taksirli bir hareket de olabilir⁴⁹. Yargıtay da taksirli bir fiile tepki olarak işlenen suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir. Zaten TCK m.29'da tahriki oluşturan fiiller açık olarak belirtilmemiş, bu fiilleri belirleme konusunda hakim somut olayın özelliklerine göre takdir yetkisi verilmiştir⁵⁰.

Tahriki oluşturan fiilin mutlaka faille yöneltilmesi gerekmez, failden başkasına yöneltilen bir fiil de failde öfke ve şiddetli üzüntü yaratabilir. Bu kişinin failin akrabası veya yakını olması da bir şart olarak düzenlenmiş değildir. Örneğin sokakta sebepsiz yere dövülen küçük bir çocuğun bu durumundan öfkelenerek daha sonra döven kişiyi yaralayan kişi de haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir⁵¹. Hatta failin eşyasına, hayvanına veya bahçesindeki bitkilere, işlenmesi halinde de haksız tahrik hükümleri uygulanabilir⁵².

Tahrike sebep olan ilk hareketi yapan kişi, kendisi için kural olarak tahrik mazeretini ileri süremez, bununla birlikte karşı taraftan gelen tepkinin aşırı olması halinde, bu durum haksız fiil kapsamında değerlendirilecek düzeyde ise, haksız tahrikten yararlandırılması gerekebilir⁵³. Ancak uygulamada en sık karşılaşılan sorunlardan bir tanesi ilk haksız hareketi yapının saptanması bakımındandır. Mahkeme yapılan yargılamada deliller kapsamında ilk haksız hareketi yapının belirleyememiş ise ne yapacaktır? Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Son yıllarda ilk haksız hareketi yapının belirlenemediği hallerde sanığın haksız tahrikten yararlanması gerektiği görüşü, Yargıtay tarafından benimsenmiştir. Örneğin YCGK 08.02.2001, 83/88 tarihli bir kararında, “*ölümle sonuçlanan kavga ya neden olan ilk haksız hareketin kimden kaynaklandığı belirlenemediğinden, şüpheli kalan bu halden sanığın yararlandırılması suretiyle öldürme eylemini hafif haksız tahrik altında gerçekleştirdiği kabul edil-*

⁴⁸ YCGK 24.12.1990, 8-340/357 “Şikayetçi ineğini bağlamamış, gerekli önlemleri almamış, henüz altı yaşında bulunan kızının nezaretine bıraktığı inek, sanığın mısır 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 TCK'nın 51/1.maddesinin uygulanması yerindedir.” Naklen **Özgenç İ.**, s.398; “Mağdurun olay yerinde bulunmasına ve keyfiyeti görmesine rağmen, sanığa taş ve tezek atan eşi ile kızlarının o eylemleri dolayısıyla engelleyici bir ikazda bulunmaması ve onları menetmemek suretiyle, huzuru ile adeta mütecevüz eşi ile kızlarına cesaret verir ve manen müzahir duruma girmesi, toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete hukuka aykırı davranış niteliği taşıdığından 51/1.maddenin tatbiki gerekir.” Yargıtay 1.CD. 01.04.1980, 41/1453 **Yaşar O.**, **Gökcan H.T.**, **Artuç M.**, c.1, s.734; **Artuk E.**, **Gökçen A.**, **Yeni-dünya C.**, c.1, s.699

⁴⁹ **Önder A.**, s.348; **Öztürk B.**, **Erdem M.R.**, s.282; **Özgenç İ.**, s.398

⁵⁰ **Dönmezer S.**, **Erman S.**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel kısım cilt 2, 11.bası İstanbul 1997, no.1095, s.352; **Demirbaş T.**, s.404; **Koca M.**, **Üzülmez İ.**, s.318; **Hakeri H.**, s.353

⁵¹ **Dönmezer S.**, s.239; **Dönmezer S.**, **Erman S.**, c.II, s.352; **Demirbaş T.**, s.405; **Hakeri H.**, s.354; **Koca M.**, **Üzülmez İ.**, s.319

⁵² **Dönmezer S.**, **Erman S.**, c.II, s.352; **Centel N.**, **Zafer H.**, **Çakmut Ö.**, s.445; **Yaşar O.**, **Gökcan H.T.**, **Artuç M.**, c.1, s.734-735; **Hakeri H.**, s.354

⁵³ YCGK, 12.02.2008, E.2007/1-163, K.2008/21; “*Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı halinde, fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vehamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre etki tepki arasında denge bulunup bulunulmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir...*” **Demirbaş T.**, s.405

melidir” demek suretiyle, bu yaklaşımını ortaya koymuştur⁵⁴. Yargıtay bu bakış açısını yeni kanun döneminde de devam ettirmiştir. Yargıtay 4.CD., 08.05.2007, 1424/4325 tarih ve sayılı kararında “*Tehdit eyleminin karşılıklı olarak gerçekleştirildiği ve taraflardan hangisinin olaya sebebiyet verdiği belirlenemediğinin kabulü karşısında, sanık yararına haksız kışkırtma hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır*” demek suretiyle bu bakış açısını tekrar etmiştir⁵⁵.

Fiilin somut olay bakımından gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak fail ortada tahriki oluşturan herhangi bir fiil bulunmadığı halde, var olduğu sanarak suç işleyebilir. 765 sayılı TCK yürürlükte iken bu duruma mefruz tahrik⁵⁶ denilmekteydi. Böyle bir durumda, haksız tahrikin maddi şartlarında yanılma oluşur ve TCK m.30/3 yer alan “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda” bir yanılma söz konusu olduğu için bu yanılmanın kaçınılmaz olması halinde, failin yanılmasından yararlanması ve cezasının indirilmesi söz konusu olacaktır⁵⁷. Diğer bir ifade ile yanılma durumunda ortada objektif bir fiilin bulunması aranmayacaktır. Ancak yanılma kaçınılmaz değilse, fail yanılmasından faydalanamaz. Kişinin içinde bulunduğu bu durum (faili suça iten neden) TCK m.61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

Tahriki oluşturan fiilin insandan kaynaklanması gerekir⁵⁸. İnsan komutu olmadan hayvandan kaynaklanan davranışlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bazı yazarlara göre tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında hareket etme yetenekleri bulunmadığı için, tüzel kişilerin faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan olaylar haksız tahrik bakımından saldırı olarak nitelendirilmezler. Ancak her tüzel kişilik, adına hareket eden gerçek kişilerden oluşur. Tüzel kişi adına hukuki alanlarda hareket eden gerçek kişinin gerçekleştirdiği haksız hareket, fail tarafından tepki ile karşılanabilir. Bu kapsamda tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişiye karşı işlenen suç nedeniyle fail haksız tahrik hükümlerinden faydalanabilir⁵⁹. Buna karşılık fail tüzel kişinin gerçekleştirdiği haksız hareket nedeniyle tüzel kişiye ait mallara zarar verirse, haksız tahrik hükümleri uygu-

⁵⁴ **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.741 “ (Sanık lehine olan tanıklar önce maktülün ateş ettiğini ileri sürmüşler ise de, tanık anlatımlarından biri diğerine üstün tutulamıyor ve aralarındaki çelişki giderilemiyorsa) Ceza Genel Kurulunun benzer olaylara ilişkin kararlarında da vurgulandığı üzere, ortadan kaldırmamayan mevcut şüphe sanık lehine yorumlanmalı, yerleşik uygulama doğrultusunda, maktülü öldürme suçunda sanık lehine ağır tahrik koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir.” YCGK 12. 12.2000, 238/249

⁵⁵ Bu ve benzeri kararlar için bkz. **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.741

⁵⁶ Mefruz tahrik kavramı 765 sayılı kanun döneminde öğretilde tartışmalı bir husustur. Bazılarına göre, ortada haksız bir fiil olmadığı için failin haksız tahrik indirim nedeninden faydalanması mümkün değildir. Aksi görüşte olanlara göre ise, haksız tahrikin esasını oluşturan gazap ve şedit elem hali mefruz haksız tahrikte de bulunmaktadır. Bu noktada failin yanılması esastır. Bu nedenle haksız tahrik indirimi yapılabilir. Yargıtay’ın konuya ilişkin kararlarına bakıldığında eski tarihli olaylar bakımından mefruz tahrik nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanması kabul etmezken yeni tarihli vermiş olduğu kararlarında kabul ettiğini görmekteydik. Detaylı bilgi için bkz. **Artuk E., Gökcan A., Yenidünya C.**, c.1, s.700-701

⁵⁷ **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.282; **Koca M., Üzülmez İ.**, s.319; **Centel N., Zafer H., Çakmut Ö.**, s.448; **Zafer H.**, s.266

⁵⁸ **Dönmezer S., Erman S.**, c.II, s.354; **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.282; **Koca M., Üzülmez İ.**, s.318; **Hakeri H.**, s.356

⁵⁹ **Kangal Z.T.**, s.33

lanabilecek midir? Biz yukarıdaki görüşe tam olarak katılmıyoruz. Bu nedenle bu soruyu ‘evet uygulanabilir’ şeklinde yanıtıyoruz. Zira tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında hareket etme yetenekleri bulunmamakla birlikte, özel hukuk anlamında hareket etme yetenekleri bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay mala zarar verme suçları bakımından da haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Haksız tahrike konu olan her haksız hareketin suç teşkil etmesi gerekmediğinden, suç kapsamına girmeyen haksız hareketlerin fail üzerinde yarattığı öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında tüzel kişinin mallarına yönelik işlenen (örneğin mala zarar verme suçu) suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Nitekim tüzel kişiler suçtan zarar gören olarak davaya katılabilmektedir. Buna karşılık suç teşkil eden hareketleri tüzel kişi adına gerçekleştiren gerçek kişilere karşı işlenen suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Tahriki oluşturan fiil tek olabileceği gibi birden fazla ve birbiri ardından gelen çok sayıda fiilden de oluşabilir. Örneğin tahrik edilmek istenen kimsenin oturduğu evin karşısındaki duvara hakaret içeren resimlerin devamlı suretle asılması veya çizilmesi gibi⁶⁰. Tahriki oluşturan fiil tek de olsa birden fazla da olsa TCK m.29 sadece bir kez uygulanacak ve tek bir indirim yapılacaktır. Ancak hakim fiillerin çokluğunu, alt ve üst sınırlar arasındaki indirim miktarı bakımından değerlendirecek ve somut olay bakımından en adil olanını takdir edecektir.

B- Bu Fiil Haksız Olmalıdır

Faili öfke veya şiddetli üzüntüye düşüren fiil haksız olmalıdır⁶¹. Haksız fiilin mutlaka suç oluşturan bir fiil olması gerekli değildir⁶². Hukuk düzeninin onaylamadığı bir fiil haksız olarak kabul edilir. Nitekim TCK m.29’un gerekçesinde haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmemesi olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda fiil, özel veya kamu hukuku kapsamında haksız bir nitelik taşıyabilir. Ancak fiilin haksız olması için suç teşkil etmesi veya Borçlar hukuku kapsamında haksız fiil olması şart değildir⁶³.

Eğer haksız hareket aynı zamanda suç teşkil etmiş ve ilgili suçtan dolayı haksız hareketi gerçekleştiren kişi de ceza yaptırımına tabi olmuşsa, cezasını almış ve çekmiş kişiye karşı, yaşadığı öfke veya üzüntüyü dindiremeyip suç işleyen fail, yine haksız tahrik indiriminden faydalanabilecek midir? Yargıtay önceleri (765 sayılı TCK yürürlükte iken) bu soruya olumsuz yanıt verirken⁶⁴ yeni tarihli kararlarında görüşünü değiştirmiştir. 2004⁶⁵ ve 2006⁶⁶ tarihinde vermiş olduğu yeni kararlarında indirim yapılabileceğini, ancak bu indirimin

⁶⁰ Dönmezer S., Erman S, c.II, s.353

⁶¹ Dönmezer S., s.239; Koca M., Üzülmüş İ., s.317; Zafer H., s.266; Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., c.1, s.701

⁶² Önder A., s.348; Öztürk B., Erdem M.R., s.283

⁶³ Dönmezer S., Erman S, c.II, s.353; detaylı kararlar için bkz. Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.735

⁶⁴ YCGK 16.4.1979 tarih ve 71 sayılı kararında, “ haksız hareket yasal takibe uğramış ise, bu hal artık haksız tahrik teşkil etmez. Bu sebeple kız kardeşinin ırzına geçen kişi yasal takibe uğradığına ve tutuklandığına göre yasaların yasakladığı eylemlere karşı koyduğu cezaları yeterli görmeyen kişilerin haklarını kendileri almalari sonucunu doğurur ve bu hal anarşik bir ortam yaratır. Ancak cezanın infazından sonra kişinin ırza geçme olayını anımsatmak amacı ile kaş-göz işaretleri yapması, tahrik teşkil eder”.

⁶⁵ Yar. 1.CD. 10.06.2004, 2299

⁶⁶ Yar. 1.CD. 5.12.2006, 5457

alt sınır üzerinden olması gerektiğini ifade etmiştir. Bizce de Yargıtay'ın yeni verdiği kararlar isabetlidir⁶⁷. Çünkü haksız tahrik indiriminin yapılmasının nedeni, kişinin içinde bulunduğu psikolojik durum sebebiyle kusur yeteneğinin azalmasıdır. Zaten TCK da haksız tahriki, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlemiş ve hükmün uygulanabilmesi için haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemnin etkisi altında olmak dışında başkaca bir şart aramamıştır. Ayrıca haksız fiil teşkil eden önceki hareketin failinin ceza yaptırımına tabi olmuş olması, her zaman kişinin hiddet ve şiddetli bir elem yaşamamasını engeller veya sona erdirir şeklinde bir genellemenin yapılması da mümkün değildir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, taksirli fiiller de tahrike neden olabilir, çünkü taksirli hareket kusursuz hareket demek değildir. Ancak bu durum öğretilerde tartışmalıdır. Yargıtay'ın da konuya ilişkin çelişkili kararları bulunmaktadır⁶⁸. Bizim görüşümüze göre, fiilin taksirli olması, hareketin haksız olması niteliğini ortadan kaldırmaz. Taksir, ceza hukukumuzda kabul edilmiş, kasttan farklı kendine has özellikleri olan özel bir kusur şeklidir. Taksirli suçlarda, suçun hukuka aykırılık unsuru varlığını devam ettirmektedir. Bu nedenle taksirli suçlar bakımından da haksız tahrik hükümleri uygulanabilir.

Yargıtay, asıl amaca ulaşmak için failin göze aldığı, olursa olsun dediği tali neticeler bakımından yaptığı değerlendirmelerde, haksız tahrikin bulunmadığına karar vermektedir. Bu kapsamda olası kast ile işlenen suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı kabul etmektedir. Yar. 1.CD. 24.6.2009 tarih ve 1326/3889 sayılı kararında "...eylemin olası kastla insan öldürme suçunu oluşturması nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmelidir" demek suretiyle konuyu açıklamıştır⁶⁹. Ancak burada tartışılacak husus, fiilin haksız olması değil, haksız tahrik indiriminin ancak haksız tahriki gerçekleştiren kişi üzerinde suçun işlenmesi halinde uygulanacak olmasıdır. İlgili kararda da belirtildiği üzere olası kast ile işlenen suç, haksız tahriki gerçekleştiren kişi üzerinde değil, üçüncü bir kişi üzerinde gerçekleşmiştir.

Fiilin haksız olup olmadığını değerlendirme yetkisi hakime aittir. Ancak bu değerlendirmenin yapılması bakımından hangi esasların kabul edilmesi gerektiği konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre hakim, somut olayın özellikleri kapsamında yaptığı değerlendirmede fiili, toplumsal düzende hakim olan değer yargılarını da dikkate alıp, sadece yazılı hukuk kuralları kapsamında değil, hukuk düzeninin bütününe göz önüne alıp değerlendirecek-

⁶⁷ Farklı görüş için bkz. **Hakeri H.**, s.355-356

⁶⁸ **Önder A.**, s.349; **Demirbaş T.**, s.405; **Özgenç İ.**, s.402; **Artuk E.**, **Gökçen A.**, **Yeni dünya**, s.690, 703 Yar. 1.CD, 7.2.1995, 4368/251"*Olayda, maktul, dikkatsizlik ve tedbirsizlik teşkil eden haksız hareketi sonucu sanıkların aracında hasara neden olduğuna göre, sanıklar lehine tahrik hükmünün kabulü yasal düzenleme gereği olup, oluşa nazaran bu tahrik TCK.nun 51/1 maddesinin tatbikini icap ettirir.*"; Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde kouya ilişkin çelişkili kararlar vermiştir. Yeni kanun döneminde verdiği bir kararda taksirli suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı görüşünü sürdürmüştür, bkz. **Yaşar O.**, **Gökcan H.T.**, **Artuç M.**, c.1, s. 747 Yar. 1.CD., 10.5.2007, 2703/3776 " 5237 sayılı TCK'nun 22/2 maddesi aracılığıyla 85.maddesi uygulandığına göre, taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilerek eksik ceza tayini kanna aykırıdır."**Centel N.**, **Zafer H.**, **Çakmut Ö.**, s.447; **Hakeri H.**, s.356 Hakeri, taksirli suçlarda basit taksir halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği buna karşılık bilinçli taksir hallerinde uygulanabileceğini savunmaktadır.

⁶⁹ **Yaşar O.**, **Gökcan H.T.**, **Artuç M.**, c.1, s. 748

tir⁷⁰. Yargıtay da pek çok kararında toplumun değer yargılarının göz önünde bulundurulacağını vurgulamaktadır. Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlar, toplumun değer yargılarının göz önünde bulundurulamayacağını, hakim fiilin haksız olup olmadığını değerlendirirken objektif ölçülere göre hukuk düzeninin böyle bir davranışı onaylayıp onaylamadığını incelemesi gerektiğini ve failin tahriki oluşturan fiil bakımından kendi sübjektif değer yargısının bu inceleme sırasında göz önünde bulundurulamayacağını belirtmektedirler⁷¹. Biz de ikinci görüşün daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim, aksi yönde yaklaşım töre saikiyle veya kan saikiyle insan öldürenlerin cezalarının azaltılmasını gerektirir. Kanunkoyucunun nitelikli hal olarak düzenlediği bu halleri, toplumsal değer yargılarından hareket ederek değerlendirmeye kalkarsak, ceza kanununun amacına ters düşen uygulamaları teşvik etmiş oluruz. Zira, özellikle töre saiki ve kan gütmeye saikiyle⁷² işlenen bu tür suçların kaynağı, failin içerisinde bulunduğu toplumsal yapının değer yargılarından kaynaklanmaktadır. Hatta bu değer yargıları topluma o kadar hakimdir ki, kişiler kanunen yasaklanan hatta nitelikli hal olarak düzenlenip caydırıcılıkları artırılmak istenen bu suçları, toplum değerleri ile ters düşmemek adına görmezlikten gelmektedir.

Burada tartışılması gereken diğer bir konu da, hakkın kullanılması durumlarıdır. Hakkını kullanan kişinin gerçekleştirdiği hareket, failde öfke veya şiddetli üzüntüye sebep olsa da, fiil haksız olarak değerlendirilmez. Çünkü hakkın kullanılması durumlarında gerçekleştirilen fiiller hukuka uygundur; zaten TCK m.26/1'de hakkın kullanılması ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak (hukuka uygunluk nedeni olarak) düzenlenmiştir; failin böyle bir fiilden dolayı tahrik olması diğer bir ifade ile öfke veya şiddetli üzüntüye kapılması neticeyi değiştirmez⁷³. Bu kapsamda, şikayet veya ihbar hakkının kullanılması⁷⁴ veya olay bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin var olması halinde haksız tahrik hükümleri uygulanmaz. Örneğin, icra memurunun haciz işlemi yapmak amacıyla evin veya işyerinin kilitini kırarak açtıran içerideki eşyalara haciz koyması veya kocasından sürekli dayak yiyen kadının kocasını evden uzaklaştırma tedbirinin alınması için savcılığa başvurması nedeniyle tekrar dayak yemesi halinde, fail haksız tahrik indiriminden faydalanamaz. Buna karşılık hakkın kötüye kullanılması veya yetkinin sınırlarının aşılması gibi hallerde, davranış haksız olmaya devam edeceğinden, haksız tahrik hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁷⁵.

Hakkın kullanımını, haksız fiilin suç teşkil ettiği ve failin bu suç nedeniyle ceza yaptırımına tabi tutulduğu haller ile karıştırmamak gerekir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde ortada haksız fiil teşkil edecek bir hareket yoktur. Buna karşılık ceza yaptırımına tabi tutulmuş da olsa tahriki oluşturan suç, haksız fiildir.

⁷⁰ **Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C.**, s.688 **Koca M., Üzülmöz İ.**, s.318; **Centel N., Zafer H., Çakmut Ö.**, s.445

⁷¹ **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.283

⁷² Bu durum TCK m.29'un gerekçesinde açık olarak ifade edilmiştir. "*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.*"

⁷³ **Demirbaş T.**, s.406; **Koca M., Üzülmöz İ.**, s.318; **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.284; **Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C.**, s.690, 703

⁷⁴ **Koca M., Üzülmöz İ.**, s.318

⁷⁵ **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.284

Bu noktada, pek çok davaya konu olmuş ‘alacak borç davaları’ nedeniyle yaşanan sıkıntılar üzerinde de durmak isteriz. Borcunu ödememek, hukuki bir uyumsuzluk olup tek başına haksız tahrik oluşturmaz; ancak, borçlunun bu konuyla ilgili hareketleri alacaklı sanığı bıktırmış, incitmiş veya küçük düşürmüş ise, bu şartlar içerisinde haksız tahrikin varlığı, somut olay bakımından kabul edilebilir. Örneğin, Yargıtay 4.CD., 17.09.2002 tarih ve 10516/12926 sayılı kararında, “*yakınanın borcunu üç yıl süreyle ödemeyip sanıkları oyalaması ve savsaklamasından sanıklar yararına haksız kışkırtma olup olmadığıнын tartışılmasının*” yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir⁷⁶.

Filil haksız olması yeterlidir, ayrıca haksızlığın ağır nitelikte olması gerekmez. Tahriki oluşturan ilk hareketi yapan kişi, daha sonra kendisi için tahrik mazeretini kullandığını ileri süremez. Fakat, eğer tepki fiili, tahriki yapan kişinin davranışı ile orantılı değilse, diğer bir ifade ile tahrik nertesinde gerçekleşen fiil çok aşırıya kaçmış ise, tek başına haksız fiil teşkil edecek ve ilk tahriki yapan kişi bakımından haksız tahrikin uygulanması kabul edilebilecektir⁷⁷. Ayrıca fail haksız hareketiyle olaya bizzat neden olmuşsa, haksız tahrikten yararlanamaz⁷⁸.

Kusur yeteneğine sahip olmayan kişilerin de yapmış olduğu fiiller haksız olarak kabul edilir ve haksız fiil hükümleri olay bakımından uygulanabilir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi sebeplerle kusur yeteneği bulunmayan kişilerin yapmış oldukları fiiller haksız fiil olarak kabul edilebilecektir⁷⁹. Yargıtay CGK 25.11.1991 yılında vermiş olduğu bir kararında yakın akraba evliliği yapan sanığın zihinsel özürü beş çocuğunu öldürdüğü olayda, iki ila dokuz yaşları arasında bulunan maktüllerin evde huzursuluğa sebebiyet vermeleri ve çevreyi rahatsız etmeleri, okulda başarısız olmaları üzüntü kaynağı ise de, haksız tahrik olarak kabul edilmeyeceğine karar vermiştir⁸⁰.

Tahrik edenin şahsi cezasızlık nedenine sahip olması maddenin uygulanmasına engel teşkil etmez⁸¹. Yargıtay 4.CD 22.06.1950 tarihinde verdiği bir kararında, “*haddi zatında suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin meclis kürsüsünde söylenilmesi sebebiyle... ceza sorumluluğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldırmayacağını...*” ifade etmiştir⁸².

C- Haksız Fiil Nedeniyle Fail Hiddet (Öfke) ve Şiddetli Elem (Üzüntü) İçerisine Girmelidir

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesinin bir diğer koşulu suçun, haksız bir fiilin meydana getirdiği öfke veya şiddetli üzüntünün içerisinde işlenmiş olmasıdır⁸³. Öfke ve şiddetli üzüntü tepkileri bireyden bireye değişebilen

⁷⁶ Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.736

⁷⁷ Dönmezer S., Erman S, c.II, s.355; Demirbaş T., s.406; Koca M., Üzülmüş İ., s.319; Öztürk B., Erdem M.R., s.283; Hakeri H., s.316; Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.691; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.448

⁷⁸ Önder A., s.348; Dönmezer S., Erman S, c.II, s.355; Koca M., Üzülmüş İ., s.319; Hakeri H., s.316; Özgenç İ., s.399; Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.691; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.447; Zafer H., s.266

⁷⁹ Dönmezer S., s.239; Dönmezer S., Erman S, c.II, s.354; Koca M., Üzülmüş İ., s.318; Öztürk B., Erdem M.R., s.284; Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.692

⁸⁰ YCGK. 25.11.1991 – E. 1/281- K.324 nakleden Demirbaş T., s.406

⁸¹ Koca M., Üzülmüş İ., s.319; Öztürk B., Erdem M.R., s.284

⁸² Y. 4.CD. 22.06.1950 2818/7902 sk. nakleden Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.693

⁸³ Dönmezer S., s.240; Dönmezer S., Erman S, c.II, s. 358; Demirbaş T., s.406; Öztürk B., Erdem M.R., s.284; Koca M., Üzülmüş İ., s.318; Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.736; Zafer H., s.267

duygulardır. Bu nedenle, her kişi bakımından farklı sebepler bu tepkilerin doğmasına neden olur. Gerek kültürel değerler, gerekse sosyal ortam ve yetiştirme koşulları bireylerin vereceği tepkilerin şekillenmesinde önem arz eden konulardır. Elbetteki biyolojik sebepler bireyin kişilik yapısı da bunda önemli rol oynayacaktır. Özet olarak, öfke ve şiddetli üzüntü duygularının bireyden bireye değişebilecek sübjektif durumlar olduğunu ve somut olaya ilişkin değerlendirme yaparken hakimın takdir etmesi gereken bir husus olduğunu ifade edebiliriz⁸⁴. Ancak hakim bu değerlendirmeyi yaparken normal bir insanın tepkilerini esas alarak ölçüsünü şekillendirecektir. Aşırı duygusallığın veya alınganlığın bulunduğu hallerde haksız tahrikten bahsetmek mümkün olmayacaktır⁸⁵.

Kanunkoyucu, “*hiddet veya şiddetli elem*” ifadelerini seçimlik olarak düzenlemiştir. Bu nedenle failin öfke veya şiddetli üzüntü duygularından birini yaşaması somut olay bakımından yeterli olacaktır.

Hiddet (öfke), failin haksız fiilin etkisi ile gazab ve öfke duyguları içerisine girmesi anlamına gelir. Failin yaşadığı bu öfke onu suç işlemeye yönlendirmektedir⁸⁶.

Şiddetli elem (kuvvetli⁸⁷ üzüntü) ise, failin yaşadığı haksız fiil nedeniyle çok büyük ve derin bir üzüntü içerisine girmesidir⁸⁸.

Fiilin haksızlığı öfke ve şiddetli üzüntünün varlığı için karine teşkil etmez⁸⁹. Ayrıca öfke veya şiddetli üzüntünün varlığının hükmün uygulanabilmesi için olay bakımından değerlendirilmesi gerekecektir.

Bazı yazarlar “*hiddet veya şiddetli elem*” kavramları yerine sadece “*hiddet*” kavramına yer verilmesinin yeterli olacağı görüşündedirler⁹⁰. Ancak biz de gerekçedeki açıklamaya katılarak, uygulamada sıkıntı yaratabileceği nedeniyle bu şekilde ayırım yapılarak tanımlanmış olmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, yaşanan psikolojik durumun, ne zaman öfke ne zaman ise şiddetli bir üzüntüye sebep olacağını kesin olarak tespit etmek mümkün değildir. Bunları nazari psikolojide mevcut olan bir ayırım olarak değerlendirmek mümkündür. Bazı yazarlar öfkeyi bir tarafa ayırıp, şiddetli üzüntünün suç işlemek için yeterli bir sebep oluşturmayacağını, bu nedenle de şiddetli üzüntünün buhran yaratacak bir bunalım hali cinnet hali gibi düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁹¹.

Bu duygulardan birinin haksız fiil sebebiyle yaşanmış olması yeterli değildir; aynı zamanda suçun bu duyguların etkisi altında iken işlenmesi gerekir⁹². Bu zaman elbette ki saat, dakika gibi ölçülerle sabitlenemez. Zira her olayın kendine münhasır özellikleri ve yaşattığı duygular vardır. Burada önemli

⁸⁴ Demirbaş T., s.406

⁸⁵ Dönmezer/Erman, c.II, s. 358; Demirbaş T., s.406; Öztürk B., Erdem M.R., s.284; Koca M., Üzülmüş İ., s.320

⁸⁶ Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.736

⁸⁷ ‘Şiddet’ kelimesi cebir anlamına geldiği için aslında ‘*kuvvetli*’ kelimesinin kullanılması bu noktada daha doğru olurdu. Ancak öğretisi sürekli ‘*şiddetli elem*’ veya ‘*şiddetli üzüntü*’ kelimelerini kullandığı ve TCK’da ‘*şiddetli*’ ifadesini kullandığı için biz de çalışmamız içerisinde ‘*şiddetli*’ kelimesini kullandık.

⁸⁸ Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.736

⁸⁹ Koca M., Üzülmüş İ., s.320; Önder A., s.350; Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.736

⁹⁰ Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.448; Özgenç İ., s.399

⁹¹ Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.693

⁹² Önder A., s.351; Demirbaş T., s.406; Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.694; Özgenç İ., s.399

olan somut olay bakımından işlenen suçun, öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında işlenip işlenmediğidir. Bu sürece “buhran” süreci de diyebiliriz. Eğer işlenen suç, buhran süreci olarak adlandırdığımız süreçte işlenmiş ise, haksız tahrikin bu koşulu olay bakımından gerçekleşmiş olacaktır⁹³.

Buhran halinin tespiti bakımından ölçü, normal bir insanın somut olayda yaşanan haksız fiil nedeniyle etkilenip etkilenmeyeceğidir. Somut olayın özellikleri ve psikolojik ortam göz önünde bulundurulduğunda, normal bir kişinin de böyle bir duruma sürüklenip sürüklenmeyeceği araştırılır. Diğer bir ifade ile bu konuda öncelikle objektif bir değerlendirme yapılır. Zira, buhran durumunun ahlaken de kabulü gerekir ve buhran durumunun failin kolay heyecanlanabilirliği, saldırganlığı veya alınganlığı gibi anormal bir psikolojik yapının sonucu olmaması gerekir⁹⁴. Bununla birlikte, bazı uygulayıcılara göre her olayda bu ölçüt yeterli olmayabilir. Failin sahip olduğu hassas yapının bilincinde olan ve yapacağı hareket ile onun ciddi bir öfke veya üzüntü içerisine gireceğinin farkında olan kişinin icra ettiği haksız fiile karşı işlenen suç bakımından, haksız tahrikin var olduğu düşünülmemelidir⁹⁵. Gerekli olması halinde ayrıca sübjektif bir değerlendirmenin de yapılması gerekir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tahrikin yaratacağı öfke veya şiddetli üzüntünün ne kadar süreceğini sabitlemek hatta tahmin etmek mümkün olmayacağından, süresini de belirlemek mümkün olmayacaktır⁹⁶. Bu nedenle her somut olay bakımından sürenin hakim tarafından değerlendirilmesi gerekecektir⁹⁷. Ancak her halde sürenin makul ölçüler içinde değerlendirilmesi gerekir⁹⁸. Zira, eski bir olayı bahane ederek işlenen suçun cezasının indirilmeye çalışılmasına olanak verilmemelidir. Bunun için somut olayın özellikleri kapsamında önceki olayın etkisinin fail bakımından devam edip etmediğinin dikkatlice araştırılması gerekir⁹⁹. YCGK 11.05.2004 tarih ve 74/118 sayılı kararında, “tepkî

⁹³ **Demirbaş T.**, s.406-407; **Önder A.**, s.351

⁹⁴ **Demirbaş T.**, s.406

⁹⁵ **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.736

⁹⁶ YCGK 01.11.1993, 1-261/286, nakleden **Özgenç İ.**, s.399-400 “*Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için kanunda 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. Maddi olayda, sanık dört yıl önce kardeşini öldüren ve şartlı tahliye edilerek köye dönen mağduru bu olayın etkisi ve olay öncesi söylediği sözlerin oluşturduğu gazap ve şiddetli elem tesiriyle öldürmeye teşebbüs ettiğinden hakkında ağır tahrik hükümleri uygulanmalıdır.*”; **Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C.**, s.695; **Öztürk B., Erdem M.R.**, s.284

⁹⁷ **Demirbaş T.**, s.406 Benzer yönde bir karar için bkz. YCGK 29.09.1998, E.4/233 K.281; **Koca M., Üzülmüş İ.**, s.321; **Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C.**, s.695

⁹⁸ “Maktulden kaynaklanan haksız bir hareket olmadığı halde, 12 yıl firar ettikten sonra sanığın hakarete maruz kaldığı yolundaki ifadesine itibarla tahrik hükümlerinden istifade ettirilmesi yasaya aykırıdır.” Yargıtay 1.CD. 27.05.2002, 2235/2063 **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.738

⁹⁹ “*katılan mağduru 1991 yılında sanığa bardakla vurması sonucu sanığın yüzünde sabit iz oluştuğu, mahkemenin yargılama sırasındaki gözlemlerine göre de bu izin halen belirgin bir şekilde devam ettiği, yıllarca bu izin psikolojik baskısını hisseden sanığın bu olaydan duyduğu elemle ve savunmada ileri sürdüğü, mağduru söz ve davranışlarının da etkisiyle atılı suçu işlediği, YCGK'nun 17.10.1988 tarih ve 318/371 sayılı; 1.11.1993 tarih, 261/286 sayılı ve 20.10.1998 tarih, 250/325 sayılı kararları süregelen uygulamalar gözetilerek, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekirken, 'aradan uzun süre geçmiş olması' biçiminde yasal olmayan yetersiz gerekçeyle yasal indirimin uygu-*

suçunda tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından önem taşıyan husus, failin suçu önceki haksız davranışın doğurduğu öfke ve şiddetli elemnin etkisi altında işleyip işlemediğidir; mağdurdan gelen haksız hareketin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gereklidir” demek suretiyle konuyu açıklamıştır¹⁰⁰.

D- Failin İşlediği Suçun Bu Öfke ve Şiddetli Üzüntünün Tepkisi Olması ve Aralarında Nedensellik İlişkisinin Bulunması

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için fail, haksız fiilin neden olduğu öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında iken ve bu duruma tepki olarak suçu işlemiş olmalıdır. Failin haksız fiil sonrası oluşan ruh hali ile işlenen suç arasında nedensellik bağlantısının bulunması gerekir. İşlenen suç bir tepki hareketi olarak ortaya çıkmalıdır¹⁰¹. Zira haksız tahrikin cezayı azaltan bir neden olarak düzenlenmesinin asıl nedeni de budur. ‘Haksız fiil yapılmamış olsaydı, suç da işlenmemiş olacaktı’ denilebilecek durumlarda, haksız fiil ile işlenen suç arasında neden- sonuç ilişkisi diğer bir ifade ile nedensellik bağlantısı kurulmuş olacaktır¹⁰². Eğer failin işlediği suç ile haksız fiil arasında bağlantı kurulamıyorsa nedensellikten bahsedilemez. Tahrik ile tepki arasında mutlaka nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁰³.

Haksız fiil ile işlenen suç arasında bir oranın aranmasının gerekip gerekmediği konusunda iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki¹⁰⁴, haksız tahrik ile işlenen suç arasında bir aşırılığın olmaması gerektiğini, işlenen suç ile tahrik arasında oranlı makul bir tepkinin varlığından bahsedilmesi gerektiğini ifade eder. Eğer somut olayda fail aşırı bir tepki göstermişse, orandan bahsedilemez doğal olarak da haksız tahrik uygulanmaz. Diğer görüşe göre¹⁰⁵, haksız fiil ve tepki arasında bir oran gerekli değildir. Ancak yine de, normal bir insanın vereceği tepki ölçüsü dikkate alınarak somut olayın özellikleri değerlendirilmelidir. Failin öfke ve şiddetli üzüntü içerisine girmesi mümkün olmalıdır, sonra verilen tepkinin fazla olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zaten TCK m.29’un metninde de bir orandan bahsedilmiş geçildir¹⁰⁶.

Bir diğer önemli husus, gerçekte bulunmayan ve fakat failin var olduğunu sandığı bir fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli üzüntü halinde tepki olarak suç işlenmesi halinde haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Mefruz tahrik olarak adlandırılan bu durumda, failin kusursuz olarak yanılmasından bahsediyor isek, haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını düşünmekteyiz. Ancak bu konuda aksi yönde düşünenler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre

lanmayacağına dair karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” 3. CD: 20.12.2006, 9078/9492 Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.738

¹⁰⁰ Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.737

¹⁰¹ Dönmezer S., s.240; Demirbaş T., s.407; Hakeri H., s.317; Öztürk B., Erdem M.R., s.284; Koca M., Üzülmüş İ., s.320; Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.736

¹⁰² Önder A., s.351; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.450

¹⁰³ Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.694

¹⁰⁴ Dönmezer S., s.240; Dönmezer S., Erman S., c.II, s.359; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.450; Erem/Danışman/Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.bası, Ankara 1997, s.600; Hakeri H., s.317; Başar N., Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, AD., s.4, 1980; s.262; Gürelli N., “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İBD, c.XXV, s.6, İstanbul 1951, s.337-338; Öztürk B., Erdem M.R., s.285

¹⁰⁵ Önder A., s.349; İçel K., Akıncı F., Özgenç İ., Sözüer A., Mahmutoğlu F., Ünver Y., İçel Suç Teorisi, 2.baskı, İstanbul 2002, s.287, 288; Demirbaş T., s.408; Özgenç İ., s.401

¹⁰⁶ Demirbaş T., s.408

haksız tahrikin uygulanabilmesi için tahrik fiilinin objektif olarak bulunması gerekir¹⁰⁷.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için dikkate edilmesi gereken başka bir husus, suçun haksız tahriki yapan kişiye karşı işlenmiş olmasıdır¹⁰⁸. Zira suç, haksız fiil nedeniyle içerisine girilen ruh hali neticesinde işlendiği için bu suçun mağdurunun da mutlaka haksız fiili gerçekleştiren kişi olması gerekir. Suçun haksız fiili yapan kişinin şahsına veya malına zarar vermiş olması arasında fark bulunmamaktadır¹⁰⁹. Kanunda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, gerek Yargıtay gerekse öğreti, haksız tahrik düzenlemesinin doğal bir neticesi olarak bunu, böyle kabul etmektedir. Klasik bir örnek vermek gerekirse, A'nın B'nin çocuğunu dövmesi üzerine, B de A'nın çocuğunu döverse, haksız tahrikten faydalanamaz¹¹⁰. Yargıtay da 1.CD. 21.03.2007 tarih ve 1644/1760 sayılı kararında, *'katılandan sanığa yönelik haksız bir eylemin olmadığı, başkasının haksız hareketinin de tahrik sebebi sayılmayacağı gözetilmeden tahrik hükümlerinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir'*¹¹¹ diyerek aynı hususu dile getirmiştir.

Eğer tepki nedeniyle işlenen suç, kusuru olmaksızın hata veya sair arıza nedeniyle haksız fiili yaparak tahrik eden kimseden başka bir kişiye karşı işlenmiş ise, bu takdirde TCK'nın 30.maddesindeki hataya ilişkin maddenin 3. fıkrası uygulanacaktır¹¹².

Buna karşılık haksız fiilin yönelmiş olduğu kişi ile suçun failinin aynı kişi olması gerekmez. Haksız fiil kendisine yönelik yapılmamış olsa dahi, yapılan hareket kişide böyle bir buhran halinin doğmasına neden oluyor ise, failin haksız tahrikten faydalanması gerekir¹¹³.

¹⁰⁷ Farklı görüşler hakkında detaylı bilgi almak için **Demirbaş T.**, s.407. Bu noktada Demirbaş da mefruz tahrikin mümkün olduğunu düşünmektedir.

¹⁰⁸ **Dönmezer S.**, s.239; **Dönmezer S.**, **Erman S.**, c.II, s.360; **Önder A.**, s.350; **Demirbaş T.**, s.409; **Artuk E.**, **Gökçen A.**, **Yenidünya C.**, s.694; **Hakeri H.**, s.318; **Koca M.**, **Üzülmüş İ.**, s.320; YCGK 28.03.1983, 1-492/142 " *Suçun haksız tahrikin etkisi altında işlenmiş sayılabilmesi için fail tarafından yapılan hareketin, haksız tahriki oluşturan fiilin sebebiyet verdiği gazap ve elemnin bir tepkisi olması gerekmeyle birlikte, sanığın eyleminin de haksız tahrik teşkil eden fiili işleyen kimseye yönelmiş olması gerekmektedir.*"; YCGK 31.10.1994, 1-225/250 " *Sanık mağdurenin kocasının küçültücü sözlerine muhatap olmuş, ancak ona karşı bir eyleme yönelmemiş, oradan ayrılarak yalnız olduğunu bildiği mağdurenin evine giderek ona bıçakla vurmuştur. Olayın seyrine göre mağdureden sadır olan herhangi bir haksız hareket bulunmadığından, sanık lehine haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.*" Kararlar için ayrıca bkz. **Yaşar O.**, **Gökcan H.T.**, **Artuç M.**, c.1, s.738

¹⁰⁹ **Önder A.**, s.350; **Artuk E.**, **Gökçen A.**, **Yenidünya C.**, s.694 "Sanığın müştekiye ait inegi, duvarla çevrili bahçesindeki bitkilere zarar vermesi üzerine yaralanmasının kanuni tehlif sebebi teşkil edeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 8.CD. 18.06.1991 6341/7057

¹¹⁰ YCGK. 28.3.1983 –E. 1/492 K.142, " *Kanun, birisine kızıp da hıncını başka bir kimseden alanları korumayacağı için, haksız tahrikin bulunması tepkinin, tahrik teşkil eden fiili yapan kimseye yönelmiş olmasına bağlıdır.*" **Demirbaş T.**, s.409; YCGK 05.12.1986 3854/4441 " *Kardeşinin kasten öldürüldüğü şeklinde ortaya yayılan haber üzerine olay yerine gelen ve vurulma nedenini soruşturmadan maktule sopa ile vurarak ölümüne neden olan sanığın tahrikten yararlandırılması mümkün değildir.*" **Önder A.**, s.351

¹¹¹ **Yaşar O.**, **Gökcan H.T.**, **Artuç M.**, c.1, s.738 Benzer başka bir karar YCGK 28.03.1-492/142, " *kanun birisine kızıp da hıncını başka bir kimseden alanları korumayacağı için, haksız tahrikin bulunması, tepkinin tahrik teşkil eden fiili yapan kimseye yönelmiş olmasına bağlıdır.*"

¹¹² **Artuk E.**, **Gökçen A.**, **Yenidünya C.**, s.695; **Öztürk B.**, **Erdem M.R.**, s.282

¹¹³ **Önder A.**, s.352; **Öztürk B.**, **Erdem M.R.**, s.286

V- Özel Haksız Tahrik Halleri

A- Genel Olarak

765 sayılı TCK'da, genel haksız tahrik hükmü olan 51.maddenin yanında ayrıca 272. ve 485.maddelerde özel tahrik hallerine yer verilmişti. Bunun yanında 462.maddede de özel bir haksız tahrik hali bulunmaktaydı ancak 462.madde 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

765 sayılı TCK m.272'de memurun kanundışı ve keyfi hareketlerine karşı koruyucu bir düzenleme getirilmişti. Buna göre, “ *Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirilebileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir.*” 5237 sayılı TCK bu anlayışı sürdürmemiş ve benzer bir özel tahrik hali düzenlenmemiştir.

Ayrıca 765 sayılı TCK m.462'de belirli kişiler tarafından işlenen zina veya gayrimeşru cinsel ilişki esnasında veya bu fiiller yapılmak üzere iken veya bu fiillerin işlenmesinden hemen sonra belirli kişiler tarafından bu fiilleri yapanlara karşı işlenen kasten öldürme ve müessir fil suçları çok hafif olarak cezalandırılıyordu. 5237 sayılı TCK'da benzer bir düzenleme yer almamıştır.

5237 sayılı TCK'da yer alan tek özel tahrik düzenlemesi 765 sayılı TCK m.485'de yer alan düzenlemeye benzeyen 129.maddededir.

B- 5237 sayılı TCK'da Yer Alan Özel Tahrik Halleri

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 5237 sayılı TCK'da sadece 129.maddede 765 sayılı TCK m. 485'e benzer bir düzenleme bulunmaktadır. 765 s. TCK m.485'de üç duruma ilişkin özel tahrik hali düzenlenmektedir. Bunlar, kendi haksız hareketiyle hakaret veya sövmeye sebebiyet vermek, karşılıklı tahkir ve şahsı hakkında şiddet kullanmanın sebebiyet verdiği hakaret ve sövme idi.

TCK m.129 da benzer şekilde, hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi, bu suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi ve hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi özel tahrik halleri olarak düzenlenmiştir. TCK m.129 her fıkkasında ayrı bir durumu düzenlemiştir. Her biri bakımından ayrıca bilgi vermek bu noktada faydalı olacaktır.

1- Suçun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi

TCK m.129/1'in uygulanabilmesi için mağdurunun haksız bir fiil gerçekleştirmesi, sanığın eyleminin hakaret teşkil etmesi ve hakaretin haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı tepki olarak yöneltmesi gerekir. Bu koşullardan da anlaşılacağı üzere hukuka uygun bir fiile karşı tepki olarak işlenen hakaret suçlarında TCK m.129/1 uygulama alanı bulamayacaktır¹¹⁴. Ancak fiil hukuka uygunluk nedeni içermek ile birlikte mağdur hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını aşmışsa, sınırın aşılması kapsamındaki fiile tepki olarak gerçekleştirilen hakaret suçunda TCK m.129/1 uygulanabilecektir¹¹⁵. Fiilin kovuşturulabilir olup olmamasının haksızlık ile karıştırılmaması gerekir. Örneğin mutlak yasama dokunulmazlığından faydalanan ve bu kapsamda değerlendirilen hareketler kovuşturulamaz ise de, TCK m.129/1'in uygulanmasına engel teşkil et-

¹¹⁴ **Tezcan D., Erdem M.R., Önok M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, s.474; **Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.398

¹¹⁵ **Tezcan D., Erdem M.R., Önok M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.475

mez. Fiilin kovuşturulamıyor olması haksız olması niteliğini ortadan kaldırmaz¹¹⁶.

Haksız fiilin ayrıca suç oluşturması gerekmez ancak kasten yaralamaya veya hakaret niteliğindeki harekete karşı işlenmiş olmaması gerekir. Çünkü kasten yaralama ve hakarete tepki olarak işlenen haller 129.maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ayrıca düzenlenmiştir. Hakaretin kasten yaralamaya tepki olarak işlenmesi m.129/2, hakarete tepki olarak işlenmesi ise m.129/3 kapsamında değerlendirilecektir.

TCK m.129/1'de ayrıca haksız fiilin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması gereğinden bahsedilmemiştir. Bu noktada genel tahrik hükmünden hareket edilerek failde hiddet veya şiddetli üzüntünün oluşması gerekecek midir? Konu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerdeki baskın görüşe göre, genel tahrik hükmünden farklı olarak TCK m.129/1 kapsamında hiddet ve şiddetli üzüntünün varlığı aranmayacaktır¹¹⁷. Diğer bazı yazarlar ise, genel tahrik için aranan hiddet ve şiddetli elemin bu noktada da aranması gerektiği, ancak bunun ispatlanmasının gerekmediğini ifade etmektedirler¹¹⁸. Biz de aranması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim ispatının gerekmediği bir hususun varlığını aramanın bir anlamı olmayacaktır.

Haksız fiil teşkil eden hareketin mutlaka fail üzerinde gerçekleşmiş olması gerekmez. Üçüncü kişiye yönelik gerçekleştirilen haksız fiile tepki olarak işlenen hakaret suçu bakımından da TCK m.129/1 uygulanabilir. Burada özellikle dikkat edilmesi gereken husus hakaretin haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik gerçekleştirilmesidir¹¹⁹.

2- Suçun Kastan Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi

TCK m.129/2'de, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde failde ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. Birinci fıkradan farklı olarak ikinci fıkra, ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmıştır. Bu yönüyle genel düzenlemeden de tamamen farklıdır. Benzer düzenleme 765 sayılı TCK m.485/3'de de bulunmaktaydı. Kanunkoyucu 5237 sayılı TCK ile aynı anlayışı sürdürmüş ve düzenlemeyi korumuştur.

TCK m.129/2'de yer alan düzenleme ile getirilen cezasızlık nedeninin kaynağı, kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçunun işlenmesini gerektirdiğinden, birinci fıkradan farklı olarak hakaret teşkil eden fiilin kasten yaralamanın fail üzerinde yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi gerekir. Diğer bir ifade ile, birinci fıkranın uygulanması bakımından genel düzenlemeden farklı olarak, fail üzerinde hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olma aranmazken, ikinci fıkra bakımından genel düzenlemeye paralel olarak bu etkinin varlığı aranacaktır. Çünkü, fail bu hakareti, kasten yaralamanın yarattığı psikolojik etki nedeniyle yapmaktadır¹²⁰.

Öğretilerde bazı yazarlar kasten yaralama suçuna karşı işlenen hakaret suçunun fiili suç olmaktan çıkararak bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ve bu

¹¹⁶ Dönmezer S., Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s.322-323

¹¹⁷ Tezcan D., Erdem M.R., Önok M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.475; Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.398

¹¹⁸ Özen M., Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri, AÜHFHD, c.51, sayı 3, 2002, s.34

¹¹⁹ Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.399; Özen M., s.31; Tezcan D., Erdem M.R., Önok M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.475; Özbek Ö. V., TCK İzmir Şerhi, c.1, Ankara 2006, s.879

¹²⁰ Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.399

kapsamda meşru savunma hali olarak görüldüğünü belirtmektedirler¹²¹. Ancak hakaret suçunun kasten yaralama suçunu defetmek yeteneğine sahip olmadığını düşündüğümüzden bu görüşe katılmıyoruz.

Aynı birinci fıkra kapsamında yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi, kasten yaralamanın bizzat fail üzerinde gerçekleşmesi gerekmez. Üçüncü kişi üzerinde gerçekleştirilen kasten yaralamaya tepki olarak fail tarafından gerçekleştirilen hakaretler ikinci fıkra hükmü kapsamında değerlendirilir. 765 sayılı TCK ise ilgili hükmün uygulanmasını ancak fail üzerinde gerçekleştirilmesi koşuluna bağlamıştı. Yeni düzenleme ile bu kapsamın genişletilmiş olması yerinde olmuştur.

Her ne kadar TCK m.129/2'de gerçekleştirilen kasten yaralamanın haksız olması gereğinden bahsedilmemişse de, hukuka uygunluk sağlayan eylemlerin bu kapsamda değerlendirilmeyeceği açıktır. Ayrıca maddede açıkça kasten yaralamaya tepki olarak işlenmesinden bahsedildiği için, taksirle yaralamaya sebebiyet verilmesi halinde, bu hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu gibi hallerde TCK m.129/1'in uygulanması gerekir¹²². Ancak öğretilerde (TCK m.29) genel düzenlemenin uygulanması gerektiğini de ileri sürülenler bulunmaktadır¹²³. Biz TCK m.129/1'deki düzenlemenin daha özel bir düzenleme olması ve TCK m.29'a göre failin daha lehine olması nedeniyle uygulanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

3- Karşılıklı Hakaret

TCK m.129/3'te karşılıklı hakaret düzenlenmiştir. Üçüncü fıkraya göre, *"hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektен de vazgeçilebilir"*.

Bu hüküm bir hukuka uygunluk nedeni değil, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden veya kişisel cezasızlık nedenidir¹²⁴. Hükmün uygulanabilmesi için üç koşulun birlikte bulunması gerekir. Bunlardan ilki, karşılıklı olarak işlenen her iki suçun da hakaret suçu olmasıdır. Bu anlamda her iki suç da TCK m.125 kapsamında olmalıdır. Özel tahkir suçları bakımından hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır. Yine işlenen suç kasten yaralama veya başka bir suç olursa genel tahrik hükmü olan TCK m.29 uygulanabilir¹²⁵. İkinci koşul, ilk hakaret eden kişinin haksız olması gerekliliğidir. Eğer ilk hakareti eden kişi, hakkın kullanmakta veya görevini yerine getirmekte ise, bu kişiye karşılık veren kişi TCK m.129/3'ten faydalanamaz. İlk hakaretin niteliğinin haksız olması yeterli olup ayrıca cezalandırılabilir olması gerekli değildir¹²⁶. Son olarak hakaretin karşılıklı olması gerekir. Diğer bir ifade ile ilk hakaret kime karşı yapılmış ise, karşılığı olan hakaret de o kişiye karşı yapılmış

¹²¹ **Özen M.**, s.44

¹²² Benzer yönde bkz., s.481 **Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.400

¹²³ **Tezcan D., Erdem M.R., Önok M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.481

¹²⁴ **Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.400; **Özen M.**, s.37; **Tezcan D., Erdem M.R., Önok M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.479

¹²⁵ **Tezcan D., Erdem M.R., Önok M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.479; **Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.401; **Özen M.**, s.38

¹²⁶ **Dönmezer S.**, s.322; **Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.401; **Tezcan D., Erdem M.R., Önok M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.479; **Özen M.**, s.38

olmalıdır. Karşılıklı hakaretin aynı anda ve yerde yapılması şart değildir. Önemli olan aralarında nedensellik bağının bulunmasıdır¹²⁷.

VI- Haksız Tahrik ve Diğer Hallerin Birlikte Bulunması

A- Haksız Tahrik ve Tasarlama

Tasarlayarak suç işlenmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin de uygulanıp uygulanmaması konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu farklılık tasarlama için kabul edilen teoriye göre şekillenmektedir. Eğer tasarlama konusunda soğukkanlılık teorisi kabul edilecek olunur ise, tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunamaz¹²⁸. Buna karşılık Yargıtay genellikle içtihatlarında soğukkanlılık teorisini kabul etmekle birlikte, tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir¹²⁹. Ancak Yargıtay, kan gütme saikiyle işlenen suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin birlikte uygulanmasını kabul etmemektedir¹³⁰. Zira, 'kan gütme saiki' (TCK m.82/1-j) ve 'töre saiki' (TCK m.82/1-k) kasten öldürme suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haller olarak düzenlenmiştir Suçun nitelikli hali kabul edilen bir nedenin aynı zamanda indirim sebebi sayılması mümkün olamaz. Buna rağmen 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın cezanın indirilmesi gerektiği yönünde verilmiş bazı kararları¹³¹ vardı. Bu anlayışın geride bırakılması¹³² yerinde olmuş ve konuya tutarlılık kazandırmıştır.

Diğer görüş ise, tasarlamanın plan kurma teorisi üzerine geliştirilmiştir. Tahrik karşısında gazap ve elem içerisinde bulunan failin plan kurarak suç işlemesi halinde haksız tahrikin uygulanması mümkündür. Zira kişinin tahrik altında plan yapmasına mani bir durum bulunmamaktadır¹³³.

Sonuç olarak, haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunabileceğini ifade edebiliriz¹³⁴. Nitekim Yargıtay da bu konuda plan kurma teorisinden hareket etmiş ve bunu kabul etmiştir.

¹²⁷ Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.401; Tezcan D., Erdem M.R., Önok M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.479

¹²⁸ Gürelli N., s.341

¹²⁹ Öztürk B., Erdem M.R., s.280

¹³⁰ YCGK 04.06.1973 " Kan gütme saikiyle adam öldürme suçlarında TCK 51.maddenin tatbikine imkan 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." Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., s.746, benzer görüş için ayrıca bkz., Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.681; Öztürk B., Erdem M.R., s.281

¹³¹ Yar. 1. CD. 9.12.1992 2280/2822, Öztürk B., Erdem M.R., s.281

¹³² YCGK E.2010/1-56, K.2010/111, 11.5.2010 tarihinde vermiş olduğu kararında "Töre saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik özel bir öneme sahip olup, bu husus madde gerekçesinde ve madde ile ilgili yasama çalışmalarında; "Hiddet veya şiddetli elem haksız bir fül sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir. Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen füller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır."

¹³³ Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., s.680; Öztürk B., Erdem M.R., s.281; Demirbaş T., s.412; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.451

¹³⁴ Benzer görüş için bkz. Demirbaş T., s.412; Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.451

B- Haksız Tahrik ile Yanılma ve Sapma

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrike ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar somut olayda gerçekleşmediği halde fail, bu şartların gerçekleştiğini sanarak hareket etmiş ise, haksız tahrikin maddi şartlarında yanılığa düşmüş olur. Bu hatanın failin içinde bulunduğu koşullar değerlendirildiğinde kaçınılmaz olması halinde, fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir. TCK m.30/3 hükümleri çerçevesinde fail bu hatasından faydalanır. Ancak hatanın kaçınılabilir olması halinde fail hatasından faydalanamaz. Bu durum ancak temel cezanın belirlenmesi bakımından (TCK m.61/1) dikkate alınabilir¹³⁵.

Suçun konusunda yanılma veya sapma nedeniyle, neticenin tahriki oluşturan hareketi yapan kişi dışında bir kişi üzerinde gerçekleşmesi halinde, Yargıtay son verdiği kararlarında yanılma söz konusu ise, haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağı ancak sapma durumunda haksız tahrik indiriminden yararlanılmayacağını belirtmektedir¹³⁶. Ancak biz Yargıtay'dan farklı olarak sapma durumunda da haksız tahrikten failin yararlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim, sapma halinde failin kastı haksız hareketi yapan kişiye yönelik olmakla birlikte fail seçilen araçların yetersizliği veya kullanma hatası yüzünden ya da başka bir nedenle istediği konu dışında başka bir konu üzerinde suçu gerçekleştirmektedir. Bu nedenle sapma durumunda da failin haksız tahrik hükümlerinden faydalandırılması gerekir. Zira kişi içinde bulunduğu şiddetli üzüntü ve öfkenin etkisi altındadır ve yukarıda da açıkladığımız üzere haksız tahrik kusur yetenğinde azalma gerçekleştiren kişisel bir nedendir. Sapma olması kişinin içerisinde olduğu bu durumu değiştirmemekte, ceza sorumluluğunu değiştirmemektedir. Sonuç olarak sapma halinde de failin eğer koşulları gerçekleşmişse haksız tahrik indiriminden faydalanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yanılma ve mefruz tahrik ile ilgili yukarıda açıklama yaptığımız için tekrardan kaçınmak adına bu noktada ilgili yerlere atıf yapmakla yetiniyoruz.

C- Haksız Tahrik ve Akıl Hastalığı, Yaş Küçüklüğü

Bu başlık altında kusur yeteneği olmayan kişilerin hareketlerinin haksız fiil teşkil edip etmediği konusu değil, bu kişilere karşı işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağını tartışacağız. Çünkü ilk bahsettiğimiz husus, haksız tahrikin koşulları başlığı altında failin haksız olması kısmında incelenmiştir.

TCK m.32'de akıl hastalarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. TCK, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak her ne kadar tam akıl hastası- kısmi akıl hastası ayrımını ortadan kaldırmış ise de, birinci fıkrada işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmeyeceğini düzenlemiştir. İkinci fıkrada ise, 765 sayılı TCK'daki kısmi akıl hastalarına ilişkin düzenlemeye yakın bir düzenleme getirmiştir.

Aklıl hastalarının kendilerine karşı işlenen haksız eylemlerden etkilenmeyeceklerini kabul etmek mümkün değildir. Hatta içinde buldukları durumları nedeniyle bu durumdan daha da fazla etkilenebilirler. Ancak birinci fıkra kapsamına giren akıl hastalarına ceza yaptırımı değil ancak güvenlik tedbiri

¹³⁵ Özgenç İ., s.403

¹³⁶ Yargıtay 1CD. 29.11.2006 nakleden Öztürk B., Erdem M.R., s.272

uygulanacağından, bu kişiler bakımından tahrik hükümlerinin uygulanması fiili olarak mümkün değildir¹³⁷.

TCK m.32/2 kapsamına giren kişiler bakımından ise, bu kişiler birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış kişilerdir; ceza sorumluluğuna sahiptirler. Ancak kanun koyucu, bu kişilerin içinde buldukları durumu dikkate alarak cezanın infazı bakımından seçenek imkanlar sunmuştur. Bu kişiler bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür¹³⁸. Bu anlamda haksız tahrik ile kısmi akıl hastalığının birarada bulunması mümkündür. Ancak tahriki oluşturan fiilin, failin şuur veya hareket serbestisini önemli derecede kaldıracak ruhi bir karışıklığa neden olmaması gerekir. Çünkü böyle bir karışıklık durumu söz konusu ise, haksız tahrikten değil, geçici arzi nedenden bahsedilmesi gerekir. Bu takdirde de TCK m.34/1 hükmü uygulanmalıdır¹³⁹.

Sarhoşluk hali de TCK m.34/2 kapsamında değerlendirilebilir, haksız tahrikin koşulları gerçekleşmiş ise, haksız tahrik hükümleri uygulanır. Ancak failin sadece sarhoş olması nedeniyle, tahrik edildiği duygusuna kapılması söz konusu ise, haksız tahrik hükümleri uygulanamaz¹⁴⁰.

18 Yaşını doldurmayan (12-18 yaş arası)¹⁴¹ veya sağır dilsizlerin haksız tahrik hükümlerinden yararlanması mümkündür. Yaşın küçük olması veya kişinin sağır dilsiz olması tahrik olmayacakları anlamında değerlendirilemez. Nitekim küçük çocuklar, özellikle de ergenlik dönemi içerisinde bulunanlar, yetişkinlere göre çok daha fazla veya hızlı tahrik olma potansiyeline sahiptirler. Aynı durum sağır dilsizler bakımından da geçerlidir. Haksız bir fiilin meydana getirdiği öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işleyen küçükler ve sağır dilsizler hakkında haksız tahrik indirimii yapılacaktır. Ama tahrik, küçüğün veya sağır dilsizin içinde bulunduğu dönem itibariyle, objektif olarak tahrik niteliği taşımadığı halde fazla alınganlıktan kaynaklanmışsa, bu durumda önce yaptığımız açıklamalar bu kişiler bakımından da geçerli olacak, haksız tahrik indirimii söz konusu olmayacaktır.

D- İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Haksız Tahrik

İştirak halinde işlenen suçlarda haksız tahrik, sadece önceki haksız fiilin etkilediği kişi (suç ortağı) bakımından etki doğurur¹⁴². Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir. Yargıtay yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında¹⁴³ “Sanık Cengiz’in elinde bıçakla mağduru kovalayıp saldırmaya sırasında, sanık Hakan’ın mağdurun paçasından tutarak kaçmasına engel olduğu ve bunun üzerine de Cengiz’in mağdura bıçak vurduğunun oluş ve delillerden anlaşılmasına ve mahkemece de oluşun bu şekilde gerçekleştiğinin kabul edilmesine göre, bu sanığın haksız tahrik altında olmaksızın öldürmeye teşebbüse yardım suçundan tecziyesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir” demek suretiyle suça yardım eden suç ortağı bakımından haksız tahrik koşullarının gerçekleşmediği ve ceza indiriminin yapılamayacağını belirtmiştir. Çünkü hak-

¹³⁷ Benzer görüş için bkz. **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.746

¹³⁸ Benzer görüş için bkz. **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.746

¹³⁹ **Dönmezer/Erman**, s.351; **Demirbaş T.**, s.411

¹⁴⁰ **Demirbaş T.**, s.412

¹⁴¹ Zira 12 yaşının altındaki çocukların cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. 12-15 yaş grubu arasında olup, zeka seviyesi 12 yaşın altında olanlar da keza bu gruba dahildir.

¹⁴² **Centel N., Zafer H., Çakmut Ö.**, s.451

¹⁴³ Yar. 1.CD., 30.11.2006, 2540/5341 **Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, c.1, s.742

sız tahrik, kusur yeteneğini azaltan kişisel bir nedendir. Bu anlamda suçun maddi unsurunu gerçekleştiren asıl failin haksız tahrik indiriminden faydalanması, diğer suç ortakları bakımından da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmeler bireysel olacaktır. Buna karşılık, tüm suç ortakları bakımından haksız tahrik koşulları gerçekleşmişse elbette ki hepsi bakımından haksız tahrik indirimi söz konusu olabilir¹⁴⁴. Örneğin, babalarına çarpan ve ölümüne neden olan taksi şoförünü döven kardeşlerin hepsi bakımından haksız tahrik koşulları gerçekleşmiş olacağı için, haksız tahrik indiriminin tüm suç ortakları bakımından yapılması mümkün olacaktır.

Aynı şekilde, suça azmettiren suç ortağı bakımından geçerli olan haksız tahrik durumundan suçu işleyen kişi yararlanamaz, meğer ki azmettirilen bakımından da geçerli bir haksız tahrik nedeni bulunsun. Yargıtay, eşi ile ilişki kuran kardeşini kiralık katil tutup öldürten kişi bakımından haksız tahrik indirimi uygulamış, buna karşılık kiralık katil bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağına karar vermiştir¹⁴⁵.

E- Niteliği İtibariyle Haksız Tahrik İle Bağdaşmadığı Kabul Edilen Suçlar

Genel hükümler bakımından haksız tahrik ile ilgili yapılan açıklamalara baktığımızda, haksız tahrik hükümlerinin tüm suçlar bakımından geçerli olması gereklidir. Zira, kanunkoyucu ilgili hükmün uygulanmasına ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bununla birlikte, Yargıtay ve öğretideki bazı yazarlar haksız tahrikin niteliği itibari ile bazı suç tipleri bakımından uygulanmayacağı görüşü içerisindedir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlara baktığımızda, zorla ırza geçme, yağma¹⁴⁶, korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme¹⁴⁷ suçları bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağını ifade ettiğini görmekteyiz¹⁴⁸.

Öğretideki bazı yazarlar¹⁴⁹ da, mal varlığına ilişkin suçlar, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, hileli iflas gibi suçların nitelikleri itibariyle haksız tahrik ile bağdaşmayacağını belirtmektedir.

Biz, sadece suçun niteliğine bakarak böyle bir ayrımın yapılmasının yerinde olmadığını düşünmekteyiz. TCK madde 29 genel bir hükümdür ve uygulama bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Kanunkoyucu böyle bir sınırlamanın olmasını isteseydi, diğer ülkelerde olduğu gibi konuyu sadece bazı suç tipleri bakımından düzenleyebilirdi; ancak böyle bir sınırlama yapmayı tercih etmemiştir. Bu nedenle haksız tahrikin şartlarının her somut olay bakımından özel olarak değerlendirilerek incelenmesi gereklidir. Örneğin failin, kardeşini öldüren kişininin dükkanına gidip zorla dükkanın içerisindeki malları alıp, daha sonra bu malları fakir fukaraya dağıtması halinde haksız tahrik indirimi yapılabilir. Nitekim yağma suçu bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağını belirten Yargıtay, mal aleyhine işlenen suçlar bakımından haksız tahrik hükmünün uygulanabileceğini kabul etmektedir. Zira verdiğimiz örnekte yağma suçunun tüm unsurları gerçekleşmiştir. Fail yaşadığı hiddet ve şiddetin etkisi altında bu suçu işlemiştir. Fail dükkandaki mallara zarar ver-

¹⁴⁴ Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.451 Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., s.450

¹⁴⁵ Yar. 1.CD. 15.12.1988 4349/4512, Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s.742

¹⁴⁶ 5.CD.29.3.2006, 402/2577

¹⁴⁷ 8.CD. 11.10.2006, 3071/7504

¹⁴⁸ Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M., c.1, s. 748

¹⁴⁹ Tutumlu M.A., Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 1999, s.41

mesi halinde haksız tahrik indiriminden faydalanabiliyorsa yağma suçu bakımından da faydalanabilmelidir. Aynı şekilde cinsel saldırı suçu bakımından da benzer örnekler verebiliriz. Kız kardeşini kaçırıp, nitelikli cinsel saldırı gerçekleştirdiğini öğrenen ağabeyin, kardeşine bunu yapan kişiyi yakalayıp anal yoldan cop sokması halinde haksız tahrik indiriminin yapılmayacağını kabul etmek ne kadar doğru bir yaklaşım olabilir? Zira TCK m.102'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin gerçekleşmesi için temel halinden farklı olarak hareketin cinsel arzuların tatminine yönelik olması aranmaktadır.

Netice itibari ile vermiş olduğumuz örneklerden de anlaşılacağı üzere, haksız tahrik hükmünün uygulanması bakımından suç tipleri bakımından sınırlama getirmek hükmün uygulanmasını yasal bir düzenleme olmadan sınırlamak anlamına gelir ki, TCK m.2 çerçevesinde bu uygulama kabul edilemez. Her somut olayın özellikleri ayrı ayrı değerlendirilerek TCK m.29'un uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirilmesi, baştan sınırlama yapmaktan daha doğru bir yaklaşım olabilir.

Sonuç

Kanunumuz ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak TCK m.29'da genel bir hükümlerle haksız tahriki düzenlemiştir. Haksız tahrik, failin kusur yeteneğinin azalmasına neden olan kişisel bir indirim nedenidir.

765 sayılı TCK'dan farklı olarak TCK ile, hafif tahrik ağır tahrik ayrımları kaldırılmış, somut olayın özellikleri dikkate alınarak hakimın takdir yetkisinin sınırları arttırılmıştır. Failin dışında üçüncü kişiler üzerinde gerçekleştirilen haksız hareketlerin de fail üzerinde yarattığı öfke ve şiddetli üzüntünün dikkate alınmış olması, yerinde bir düzenleme olarak tarafımızdan değerlendirilmiştir. Nitekim mukayeseli hukuka baktığımızda pek çok ülke ceza kanununda sadece fail üzerinde gerçekleştirilen haksız fiillerin değil, üçüncü kişiler üzerinde gerçekleştirilen fiillerin de bu kapsamda değerlendirildiğini görmekteyiz.

Yanılma ve sapma bakımından, koşullarının gerçekleşmiş olması kaydıyla haksız tahrik hükümleri uygulanabilmelidir. Bu çerçevede Yargıtay'ın sapmaya ilişkin hallerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin görüşüne katılmamaktayız.

TCK özel tahrik halleri bakımından da 756 sayılı TCK'ya göre daha dar anlamda düzenleme yapmış; sadece hakaret suçuna ilişkin m.129'da özel tahrik nedenlerine yer vermiştir. TCK m.129 kapsamına giren hallerde ayrıca TCK m.29'da yer alan genel düzenleme uygulanmaz.

Her ne kadar TCK m.29, TCK birinci kitap, birinci kısım, ikinci bölümde ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler kapsamında düzenlenmiş olsa da, haksız tahrik nedeniyle yapılan ceza indiriminin nedeni failin yaşadığı haksız fiile tepki olarak gerçekleştirdiği hareketlerindeki kusur yeteneğinin azalmasından kaynaklanmaktadır. Bu zayıflamanın dikkate alınması failin normal ve sağlıklı düşünen insanlardan ayırt edilmesine ve ceza adaletinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Hatta özel bir hüküm olan TCK m.129/2'de hakaretin kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde faile ceza verilmeyeceğinin ifade edilmiş olması bu görüşümüzün açık bir delilidir. Kanunkoyucu etki ve tepki arasındaki oranı da dikkate alarak adil bir yaklaşım sergilemiştir. Benzer durum TCK m.129/3 için de geçerlidir. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılacak olan değerlendirmede hakimın takdir yetkisinin arttırılmış olması, gerek genel düzenleme gerekse özel düzenleme bakımından oldukça yerinde olmuştur.

TCK m.29'da genel bir hüküm ile herhangi bir sınırlama getirmeksizin haksız tahrihe ilişkin düzenleme yapmıştır. Kanunkoyucu haksız tahrihe ilişkin düzenlemelerin sadece belli bazı suçlar için ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul edilmiş olmasını tercih etmiş olsaydı, mukayeseli hukukta da gördüğümüz üzere konuyu sadece TCK özel hükümler kısmında belli bazı suçlar ile sınırlı olarak düzenlemeyi tercih edebilirdi. Bu itibarla Yargıtay'ın niteliği itibari ile bazı suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde vermiş olduğu kararların yerinde olmadığını düşünmekte ve genel norm niteliği taşıyan hükmün her somut olay bakımından özel olarak ayrıca değerlendirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2.bası, Ankara 2006
- Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Ankara 2011
- Başar N.**, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, AD., s.4, 1980
- Centel N., Zafer H., Çakmut Ö.**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3.bası, İstanbul 2005
- Demirbaş T.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.bası, Ankara 2009
- Dönmezer S.**, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003
- Dönmezer S.**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001
- Dönmezer S., Erman S.**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel kısım, c.II, 11.bası, İstanbul 1997
- Erem F.**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1984
- Erem/Danışman/Artuk**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.bası, Ankara 1997
- Gürelli N.**, "Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik", İBD, c.XXV, s.6, İstanbul 1951, s.337-338
- Kangal Z.T.**, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", EÜHFD, c.XIV, Sayı 3-4 2010, s.19- 68
- Koca M., Üzülmöz İ.**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.bası, Ankara 2009
- Loveless J.**, Criminal Law, 2nd Ed., Oxford 2010
- Hakeri H.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.bası, Ankara 2011
- Önder A.**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992
- Özbek Ö. V.**, TCK İzmir Şerhi, c.1, Ankara 2006
- Özen M.**, Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri, AÜHFD, c.51, s. 3, 2002, s.27-49
- Özgenç İ.**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.bası, Ankara 2009
- Öztürk B., Erdem M.R.**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11.bası, Ankara 2011
- Tezcan D., Erdem M.R., Önok M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7.baskı, Ankara 2010
- Tutumlu M.A.**, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 1999
- Yaşar O., Gökcan H.T., Artuç M.**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, cilt.1, Ankara 2010
- Zafer H.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010