

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**İRDE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE KUSURLULUĞU
AZALTAN BİR HAL OLARAK HAKSIZ TAHRİK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ABDULKADİR ÇADAK

KOCAELİ 2018

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**İRİADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE KUSURLULUĞU
AZALTAN BİR HAL OLARAK HAKSIZ TAHRİK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Abdulkadir ÇADAK

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk DİREK

KOCAELİ 2018

**İRİADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE KUSURLULUĞU
AZALTAN BİR HAL OLARAK HAKSIZ TAHRİK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: Abdulkadir ÇADAK

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 26.12.2018/34

Jüri Başkanı: Dr. Öğr. Üyesi Ramazan ARITÜRK



Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk DİREK



Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzğün ŞAHİN ÜNVER



KOCAELİ 2018

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT	IV
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
1. KUSUR VE İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ	4
1.1. KUSUR SORUMLULUĞU.....	4
1.1.1. Özgür İrade	6
1.1.1.1. İrade Özgürlüğüne İlişkin Görüşler	9
1.1.1.1.1. Deterministler.....	10
1.1.1.1.2. İndeterministler	11
1.1.1.1.3. Sinirbilimciler	14
1.2. AYDINLANMA VE CEZA HUKUKU.....	18
1.2.1. Aydınlanmanın Temeli: Akıl	19
1.2.2. Ceza Hukukunun Aydınlanma Çerçevesinde Ele Alınması.....	21
1.3. KANT'A GÖRE ÖZGÜR İRADE.....	24
İKİNCİ BÖLÜM.....	31
2. KUSURLULUĞU AZALTAN BİR HAL OLARAK HAKSIZ TAHRİK.....	31
2.1. KAVRAMIN TARİHİ GELİŞİMİ	31
2.2. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK.....	34
2.2.1. Mağdur Yönüyle Haksız Tahrik	38
2.2.1.1. Haksız Fiil	39
2.2.1.1.1. Fiilin Hukuka Aykırılığı.....	43
2.2.1.1.2. Mağdurun Kusurluluğu.....	46
2.2.2. Fail Yönüyle Haksız Tahrik.....	48
2.2.2.1. Hiddet ve Şiddetli Elem	48
2.2.2.1.1. Hiddet.....	49
2.2.2.1.2. Şiddetli Elem.....	50
2.2.2.2. Tepki Fiilinin Manevi Unsuru.....	51
2.2.2.3. Failin Hukuken Meşru Bir Zeminde Bulunmaması	54
2.2.3. Özel Haksız Tahrik Halleri	56
2.2.4. Haksız Tahrik ile İlgili Özel Durumlar	57

2.2.4.1. Haksız Tahrik-Meşru Müdafaa	57
2.2.4.2. Haksız Tahrik-Zorunluluk Hali.....	60
2.2.4.3. Haksız Tahrik-Yaş Küçüklüğü/Akıl Hastalığı/Geçici Nedenler.....	61
2.2.4.4. Haksız Tahrik-Hata/Sapma	63
2.2.4.5. Haksız Tahrik-Kan Gütme/Töre Saiki	65
2.2.4.6. Haksız Tahrik-Tasarlama	67
2.2.4.7. Haksız Tahrik-Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	68
2.2.4.8. Haksız Tahrik-Cebir/Tehdit	73
2.2.4.9. Haksız Tahrik-Takdiri İndirim Nedenleri	73
2.2.4.10. Haksız Tahrik-Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç	74
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	68
3. MUKAYESELİ HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK.....	68
3.1. GENEL BAKIŞ	68
3.1.1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Haksız Tahrik	68
3.1.1.1. İngiltere	69
3.1.1.2. Amerika Birleşik Devletleri	70
3.1.1.3. Kanada	72
3.1.1.4. Güney Afrika.....	72
3.1.1.5. Avustralya	73
3.1.2. Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde Haksız Tahrik	74
3.1.2.1. Almanya	75
3.1.2.2. İtalya.....	76
3.1.2.3. Fransa	77
3.1.2.4. İsviçre.....	77
SONUÇ.....	78
KAYNAKÇA	83
ÖZGEÇMİŞ.....	92

KISALTMALAR

- AYM** : Anayasa Mahkemesi
- AÜHF** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- TBK** : Türk Borçlar Kanunu
- C.** : Cilt
- CD** : Ceza Dairesi
- Çev.** : Çeviren
- E.** : Esas
- E.T.** : Erişim Tarihi
- İÜHF** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- K.** : Karar
- m.** : madde
- s.** : sayfa
- SECT** : Section
- TAAD** : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
- TBB** : Türkiye Barolar Birliği
- TBMM** : Türkiye Büyük Millet Meclisi
- TCK** : Türk Ceza Kanunu
- TMK** : Türk Medeni Kanunu
- U.K.** : United Kingdom
- USA** : United States of America
- YARG.** : Yargıtay
- YCGK** : Yargıtay Ceza Genel Kurulu

ÖZET

Haksız tahrik, şartları ve kapsamı değişiklik göstermekle birlikte geçmişten günümüze ceza hukuku sistemlerinde yer alan ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınan bir konudur. Haksız tahrikin varlığı ve koşulları ceza hukukçuları tarafından tartışılıp araştırmalara konu yapılmaktadır. Ancak cezanın verilmesinde haksız tahrikin neden indirim sebebi olması gerektiği, konunun felsefi temellerine ilişkindir. Haksız tahrikin indirim sebebi olarak ele alınmasının altında esasen irade özgürlüğü yatmaktadır. Haksız fiillerin denkleştirilmesi de bir diğer düşüncedir. İrade özgürlüğünün haksız tahrikle birlikte değerlendirilmesi ceza hukukundaki haksız tahrikin varlığına ilişkin sorunların çözümüne de katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Tahrik, İrade Özgürlüğü, Kusurluluk, Hiddet, Elem.

ABSTRACT

Unjust provocation is a matter which is included in the daily criminal justice system and is taken into consideration in determining the punishment, while varying the terms and scope. Unjust provocation conditions are discussed and investigated by criminal lawyers. However, the reason why the punishment should be affected is related to the philosophical foundations of the unjust provocation. Freedom of will is the essential underlying reason of unjust provocation. To equalize the torts is another thought. The evaluation of freedom of will with unfair incitement will also contribute to the solution of the problems related to unjust provocation in criminal law.

Keywords: Tort, Provocation, Freedom of Will, Defect, Rage, Dolour.

GİRİŞ

Kusurluluk, suç teşkil eden bir fiilin failine ceza verilebilmesi için faille işlediği fiil arasında bulunması gereken bir değerlendirmedir. Kişiyeye kusuruna bağılı olarak ceza verilmesi insan medeniyetinin kaydettiğı önemli bir ilerlemedir. Kusurluluk, kişinin fiili gerçekleştirirken bilinç ve irade ile hareket etmesini gerektirmektedir. Böylece failin cezalandırılabilmesinde fiilin kendisi tarafından işlenmiş olmasının ve neticeyle fiili arasında nedensellik ilişkisinin yanı sıra fiili bilerek ve isteyerek işlemiş olması koşulu da gerçekleşmiş olacaktır. Çağdaş ceza kanunları da failin kusurluluğına etki ederek onun sorumluluğunu, bir diğere deyişle kınanabilirliğini azaltan veya tamamen ortadan kaldıran nedenleri dikkate almaktadır. Haksız tahrik de failin kusurluluğunu kaldırmayan fakat onu azaltan ve cezayı hafifleten nedenlerden biridir.

Türk Ceza Kanunu kusurlulukla bağlantılı olarak haksız tahrik halinde cezada indirim yapılmasına ilişkin hükümler içermektedir. Tüm suçlar için genel bir indirim sebebi olarak düzenlenen haksız tahrik kurumu, ceza hukukçuları tarafından çokça ele alınsa da bu çalışmaların birçoğı temel eserlerden yapılan bilgi amaçlı derlemelerdir. Bu çalışmada ise haksız tahrikin neden indirim sebebi olarak düzenlendiğine ilişkin soruya cevap aranacaktır. Haksız tahrikin felsefi arka planında temelde irade özgürlüğünün etkilenmesi vardır. İkincil olarak mağdurun haksız fiilini bir nevi kendisine ödetme, haksız fiillerin denkleştirilmesi düşüncesi de bu kurumun düzenlenmesinde etkili olmuştur diyebiliriz. Haksız tahrik, kusurun “irade” (isteme) unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür. Bundan dolayı öncelikle kusur ve haksız tahrik ilişkisi kurulmaya çalışılacaktır.

Kişiler kendi kusuru ile sebep olmaksızın başkalarının haksız hareketleri neticesinde hiddet veya şiddetli eleme kapılabilir, haksız harekete tepki olarak suç işleyebilir. Failin işlediğı tepki suçunun cezası bu durumda bir miktar indirilebilir. Dolayısıyla ceza hukuku ve psikoloji bağlamında hiddet ve şiddetli elem kavramları açıklanmalıdır.

Haksız tahrik düzenlemesi sadece çağdaş ceza kanunlarında değil, geçmişten bugüne birçok hukuk sisteminde ceza belirlenirken farklı şekillerde ele alınmıştır.

İlkel dönemde sadece netice odaklı bir ceza hukuku anlayışı varken; eski Yunan, Roma ve İslam ceza hukukunda ise suçların cezalandırılmasında kusuru hafifleten ve kaldıran bazı nedenler dikkate alınmıştır. Buna bakarak, insan tabiatıyla ilgili olan haksız tahrikin tarihin önemli bir kısmında yaptırım belirlenirken bir şekilde göz önünde bulundurulduğunu söyleyebiliriz. Bu durum Osmanlı'dan bu yana Türk hukuku açısından da geçerlidir. Çünkü insanlar hiddet ve şiddetli elem halinde irade yeteneklerini normal ruhi hallerinde olduğu gibi kullanamamaktadır. İradelerinin haksız fiillerden etkilenmiş olması hukuk sistemlerinde cezada indirim sebebi olarak yer almıştır. Öyleyse haksız tahrikin indirim sebebi olmasının temel nedeni irade özgürlüğüne verilen önemdir. Bundan dolayı çalışmamızda haksız tahrik, esas olarak irade özgürlüğü bağlamında ele alınacaktır.

İrade özgürlüğü antik Yunan'dan günümüze birçok filozof tarafından ele alınmıştır. Bu tartışmaların amacı asla sadece bir tespit yapmak değildir. Serbest bir iradenin varlığının kabulü veya reddi, doğrudan ahlaki ve hukuki sorumluluğun varlığı, dolayısıyla da yaptırımın gerekliliği hususunda bir yargıya varmayı sonuç verecektir. Bu minvalde bir kısım düşünürler insanın seçim yapma hürriyetinin ve bu seçimlerinden dolayı sorumluluğunun olduğunu savunurken, aksini düşünenler ise dış koşulların her şeyin belirleyicisi olduğunu veya tanrının çizdiği kaderin dışına çıkılamayacağını belirtmişlerdir. Bunlar genel olarak deterministler ve kaderciler olarak adlandırılmaktadır¹.

İrade özgürlüğünün temelinde insanın diğer varlıklardan ayrı olarak bir akla sahip olması ve doğruyu yanlış bilebilmesi yatmaktadır. İrade özgürlüğü ile kişi doğru ve yanlış arasında tercihte bulunabilme yeteneğine kavuşmaktadır. Özellikle Kant'ın irade özgürlüğüne ilişkin fikirleri modern ceza hukukunu etkilemiştir. Bu bakımdan Kant'ın irade özgürlüğüne ilişkin görüşleri de çalışmamızda anlatılacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümüne kusur hakkında açıklamalar yaparak başlanıp daha sonra irade özgürlüğüne yoğunlaşılacaktır. Bu başlık altında irade özgürlüğü üzerinde ontolojik tartışmalara yer verilip nihayetinde modern ceza hukuku sistemlerine ve Türk ceza hukukuna yön veren fikirler üzerinde durulacaktır. İkinci

¹ F. Süzgün Şahin Ünver, Hukuk Felsefesinde İrade Serbestliği ve Sorumluluk, Ankara, Astana Yayınları, 2018, s.19-20.

bölümde ise Türk ceza hukuku temel alınarak haksız tahrik kurumu açıklanmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken “haksız tahrikin şartları” sistematüğinden ayrılıp “mağdur ve fail yönüyle haksız tahrik” şeklinde bir sınıflandırmaya gidilecek ve alt başlıklarda önemli kavramlar irdelenip bu hususlarda kendi görüşlerimiz beyan edilecektir.

Mağdur ve faile dönük; ‘haksız fiil’, ‘hiddet ve şiddetli elem’, ‘kusurluluk’ gibi temel kavramlar açıklandıktan sonra özel haksız tahrik hallerinden bahsedilecek, akabinde ise haksız tahrikin öğretilde tartışmalı olan veya pek değinilmeyen, özellik arz ettiği durumlar tek tek incelenecektir. Bu kapsamda haksız tahrikin sorumluluğu etkileyen diğer hallerle karşılaştırılması, bir arada bulunabilirliği hususları Yargıtay kararları ve örneklerle aydınlatılmaya çalışılacaktır. Son bölümde de haksız tahrik kurumunun felsefi alt yapısının diğer hukuk sistemlerinde nasıl teşekkül ettiğini anlamak adına karşılaştırmalı hukuktaki duruma göz atılacaktır.

Bu çalışmayı hazırlama amacımız kamuoyunda sürekli tartışılabilen, ceza hukukumuz bakımından tüm suçlara uygulanma kabiliyetini haiz haksız tahrik müessesesinin tabiri yerindeyse altını deşmektir. Disiplinler arası çalışma hüviyetinde olacak bu çalışmada bizim savımız bu müessesenin asıl düzenleniş amacının irade özgürlüğünün ve yeteneğinin zafiyete uğratılması olduğudur. İslam ve devamında Osmanlı hukukundaki ‘ödetme’ düşüncesi de modern Türk hukukunu etkilemiş olabilir düşünceyiz ancak bu ikinci planda kalmaktadır.

Mukayeseli hukuka da bakıldığında görülecektir ki insanın özgür iradesini akamete uğratan amiller açık veya örtülü olarak bütün modern ceza hukuku sistemlerinde yaptırımın belirlenmesinde başrol oyuncularından biridir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KUSUR VE İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1.1. KUSUR SORUMLULUĞU

İşlenen fiil dolayısıyla bir insan olarak failin hangi şartlarda sorumlu tutulabileceği kusur veya kusurluluk olarak incelenir². “Nullapoena sine culpa” (Kusur olmadan ceza olmaz) ilkesine göre failin suç teşkil eden fiilinden ötürü cezalandırılabilmesi için kusurlu olarak hareket etmesi gerekir. Alman hukukunda kusur, “eigenverantwortlichkeit des menschen” yani bireyin kişisel sorumluluğu olarak da ifade edilmektedir. Kusur ilkesi “Constitutio Criminalis Carolina” ceza kanunu ile 1532 yılında ilk defa kısmen de olsa ceza hukuku açısından tanınmıştır³.

Kusurluluk, işlediği fiille ilgili olarak kişideki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite dayanarak gerçekleştirdiği eylem dolayısıyla failin şahsen cezalandırılmasının gerekip gerekmediği, bir başka ifadeyle kınanabilirliği hususundaki yargıyı göstermektedir. Kusur, belirli bir fiile ilişkin olarak failin kınanması ve failin haksızlık teşkil eden eylemi hakkındaki bir değer yargısıdır⁴. Kusur ile fail, toplumun hukuk kuralları ile düzenlemiş olduğu hukuki barışı ihlal etmiş ve hukuka karşı sadakatsizlik göstermiş olur⁵. Fail hukuka uygun hareket etmeyerek, haklı davranışı seçme imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir ve bunun için kınanmaktadır.

Bundan dolayı faile isnat edilen husus, hukuka aykırı fiilin temelini oluşturan hatalı iradenin oluşmasıdır. Ancak fiil, failin kusuru olmasa dahi suç teşkil edebilir. Kusuru bulunmayan fail hakkında ceza uygulanmaz. Kusurluluk algılama(anlama) yeteneği ve irade(isteme) yeteneği olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Algılama yeteneği, kişinin işlediği fiilin toplum içindeki değerini bilmesi ve fiilin topluma

² İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.245-246.

³ Serkan Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.52.

⁴ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2018, s.509-512.

⁵ Meraklı, a.g.e, s.62.

hâkim olan düzeni korumayı amaçlayan hukuk kuralıyla çatışma halinde olup olmadığını anlamasıdır. İrade yeteneği ise kişinin fiili işlediği sırada hareketlerini serbestçe tayin edebilmesi, yönlendirebilmesidir. Fail, fiilin hukuken meşru olmadığını, haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen tercihini fiili işlemekten yana kullanmıştır⁶. Bir kimsenin hukuka aykırı olarak gerçekleştirdiği eyleme ilişkin sorumlu tutulabilmesi için eylemi iradi olarak gerçekleştirmesi gerekir.

Kusur, failin hukuk düzenine karşı sadakatsizliğinin kendisine isnat edilmesi niteliğinde olup bu durum bir yönüyle cezalandırılmasının temelini oluştururken diğer yandan da sadakatsizliğinin yoğunluğu onun hangi ölçüde cezalandırılacağını gösterir⁷. Alman Ceza Kanunu'nun 46. maddesinde de "failin kusuru cezanın belirlenmesine dayanak oluşturur" şeklinde bir ifade vardır⁸.

Bu durumda failin kusuruna bağlı olarak ceza sorumluluğu da değişebilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda da failin kusuru cezaların verilmesinde dikkate alınmakta, kusura bağlı olarak cezada indirim yapılabilmektedir.

Kişiler davranışlarından ötürü sorumludur. Sorumluluk, kendi fiillerinin sonuçlarına cevap verebilme yeterliliğine sahip olma ve aynı zamanda eylemleriyle ilgili olarak kendisine yöneltilen sorulara cevap verebilme gücü ve yetkisinin bulunmasıdır⁹. Sorumluluğun ön şartı ise özgür iradedir. Özgür iradenin yokluğu halinde sorumluluktan söz edilemez(Meraklı, 2017: s. 52). Ancak kişinin belirli bir şeyi yapma gücüne sahip olduğundan dolayı sorumlu kabul edilmesi kişi açısından zorlukların doğmasına da sebep olur. Zira sorumlu kimse davranışlarının sonuçlarına da katlanmak mecburiyetindedir. Kişi sorumlu ise sonucu da hak etmiştir. Böylece kişi her adımında hesap vermek zorundadır; başka bir kişiyi, koşulları, kaderi, mistik bir varlığı ya da Tanrıyı suçlayamaz¹⁰.

⁶ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.512.

⁷ Meraklı, a.g.e, s.84.

⁸ Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s.36.

⁹ Ali Osman Gündoğan, "Eylemde Sorumluluk ve Özgürlük İlişkisi (Yayımlanmamış Bildiri), Kocaeli Üniversitesi Sorumluluk Sempozyumu, 2004, Kocaeli, s.1-6.

¹⁰ Yavuz Adugit, "Özgürlüğün Kısa Tarihi", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, s.65.

1.1.1. Özgür İrade

Sorumluluğun özgür irade ile ilişkisi ve sonuçları insanlığın ilk dönemlerinden itibaren anlatılmış ve tartışılmıştır. Antik Çağ'da Hesiodos'un anlattığı efsaneye göre Zeus, Prometheus'u cezalandırmak için ölümlülerin yani insanların elinden ateşi alır. Prometheus ise Zeus'u aldatmayı başararak Olympos'a çıkar ve bir kamışın içindeki ateşi dünyaya getirip ölümlülere verir. Buna çok kızan Zeus, Prometheus'u kollarından ve bacaklarından bir sütuna zincirle bağlatır. Her gün bir kartal gelip Prometheus'un ciğerini yer, ardından gece Prometheus'un ciğeri tekrar oluşur. Sonsuza dek sürmesi beklenen bu ceza otuz yıl sonra Herakles'in gelip Prometheus'u kurtarması ile son bulur¹¹.

Prometheus'un ölümlülere götürdüğü ateşin bilgi ve özgürlük olduğu düşünülmektedir. Zeus, insanların kendisine karşı özgür kalıp ayaklanmasından korktuğu için yeryüzünde ateşin olmasını istememektedir. Prometheus'un ateşi alması ile de sorumluluk meydana gelmiş ve bunun sonucunu her gün çekmiştir. Özgürlük, bu bakımdan sorumluluğu doğurmaktadır. Sorumluluk, özgürlüğün beraberinde gelen bir yükür¹².

Platon da özgürlük ve sorumluluk ilişkisine benzer şekilde dikkat çekmiştir. Platon doğrudan özgürlük ve sorumluluk hakkındaki düşüncelerinden bahsetmemiştir ancak Devlet adlı eserinde bir mit anlatır. Buna göre bir asker savaşta ölür ancak cesedi on gün boyunca çürümez ve on ikinci gün yakılmak üzere iken hayata döner. Diğer tarafta olup bitenleri insanlara anlatmakla görevli olduğu söylenir. Askerin anlattığına göre ruhlar öte dünyada gerekli yerlere götürülüp gerekli işlemlere tabi tutulduktan sonra zorunluluğun kızı bakire Lakheisis der ki: "Bir günlük ömrü olan ruhlar yeniden ölümlü bir döneme girecek, yeniden doğumundan ölüm saklayan bir hayata döneceksiniz. Hayat periniz (daimon) sizi seçmeyecek, siz hayat perinizi seçeceksiniz. Sıra ilk kime çıkmışsa, seçmeye o başlayacak ve seçtiği hayat zorunlulukla ona bağlanacaktır. Erdemin bir efendisi yoktur. Hanginiz onu yüceltir

¹¹ Manfred Beller, "The Fire of Prometheus and the Theme of Progress in Goethe, Nietzsche, Kafka, and Canetti". *Colloquia Germanica*, 17(1-2), 1984, s.1-13.

¹² Zühre İndirkaş, "Hesiodos'tan Goethe'ye Prometheus Mitologemi", İstanbul Üniversitesi Tiyatro Eleştirme ve Dramaturji Bölüm Dergisi, 7, 2005, s.107-120.

ya da küçümserse ona göre erdem sahibi olur ya da olmazsınız. Herkes seçtiğinden kendisi sorumludur. Tanrı sorumlu tutulamaz¹³.”

Dolayısıyla sorumluluk kişilerin seçimleriyle onlara zorunlu olarak bağlanır. Kişiler seçim yapma haklarına sahip olduğundan özgür iradeleri vardır. Özgür iradeleri ile yaptıkları seçimlerden Tanrı değil kendileri sorumludur. Kişi yaptığı her davranışta sorumluluğunun ağırlığını hisseder¹⁴.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kusur, algılama ve irade yeteneğini zorunlu kılar. Algılama yeteneği bilme ile ilgili olup kişinin yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve davranışının toplum düzenini korumayı amaçlayan hukuk kuralı ile çatışma halinde olup olmadığını anlamasıdır¹⁵. Bu çatışmaya dair kaçınılmaz bir bilgisizlik durumunda kişi işlediği fiilden sorumlu tutulamayacaktır. Benzer şekilde kişinin akıl hastalığı gibi bir rahatsızlığı sebebiyle fiilinin sonuçlarını idrak edemeyecek ve bilemeyecek durumda olması durumunda da kusurdan söz edilemeyecektir..

İrade yeteneği ise, kişinin fiili işlediği sırada hareketlerini serbest olarak tayin edebilmesi, yönlendirebilmesidir. Bilmek irade yeteneği için de şarttır. Descartes'ın bu konudaki şu ifadeleri bilmenin irade hürriyeti için önemini vurgulamaktadır:

“Bende mevcut olan yetiler karşısında, kendisinden daha geniş ve daha yaygın bir yeti fikrini tasavvur edemeyeceğim derecede büyük olan yegâne meleke irade yahut cüzi irade hürriyeti olduğunu tecrübeyle biliyorum. Böylece başlıca bu melekemdir ki, bana Tanrı'nın imaj ve benzerliğini taşıdığımı bildiriyor. Zira her ne kadar irade, gerek onu daha sağlam ve daha tesirli kılan bilgi ve güçten ötürü gerekse sonsuz olarak daha çok şeylere yönelen ve yayılan konusu dolayısıyla Tanrı'da bende olduğundan ölçülmez derecede daha büyük olsa da onu tam ve formel olarak gözden geçirdiğimde bana daha büyük görünmüyor¹⁶.”

¹³ Platon, Devlet(Çev. H. Demirhan), İstanbul, Sosyal Yayınları, 2002, s.617.

¹⁴ Adugit, a.g.m, s.65-66.

¹⁵ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.512.

¹⁶ Rene Descartes, Metafizik Düşünceler, Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1962, s.178 vd.

Bu bakımdan bilgi olmadan irade yeteneği kullanılamayacaktır. Bilgisizlik halinde kişi özgür de değildir. Kusurluluk halinde ise fail, fiilinin hukuken meşru olmadığını, haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen tercihini fiili işlemekten yana kullanmış, iradesi ile haksızlık yönünde davranışta bulunmuştur¹⁷. Bir kimsenin hukuka aykırı olarak işlediği fiile ilişkin sorumlu tutulabilmesi için eylemi iradi olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

İrade, önümüzde bulunan olanaklardan birini tercih etmektedir. Tercih, isteyerek yapılan bir şey gibi görünse de daha kapsamlıdır. İnsan tek bir seçenek karşısında tercihte bulunamaz ancak isteyerek ya da istemeyerek yapabilir. Seçenekler arasında tercih ettiğini ise istiyordur. Bunun yanı sıra tercih; arzu, tutku, iştah değildir çünkü akıl sahibi olmayanlar tercih yapamaz ama arzu ve tutku ile isteyebilir. Ayrıca insan, yapmaya gücü yetmediği şeyleri isteyebilir ama böyle şeyleri tercih etmez. Ancak ve ancak yapabileceğini düşündüğü şeyleri tercih eder. Dahası tercih araca ilişkin iken isteme amaca ilişkindir¹⁸.

Aristoteles için özgür irade, en genel hali ile insanın tercihte bulunma olanağına sahip olmasıdır. Ancak zorla ya da bilgisizlik yüzünden değil; bilerek, isteyerek seçimde ve eylemde bulunmaktır. İsteyerek yapmak, eylemin kontrolünün failde olmasıdır; fail, eylemi yapma ya da yapmama imkanına sahiptir. Böylece irade özgürlüğünün koşulları zorla ya da bilgisizlikten değil; isteyerek eylemde bulunabilme, yaptıklarını bilgisinin kontrolüyle yapabilme ve fiilini akıl ile değerlendirebilmedir¹⁹. Aristoteles'in buraya dek dile getirilen görüşlerinden hareket edilirse özgürlük, insanın davranışlarını kendi aklıyla ve imkânları dâhilinde yapabilmesidir²⁰.

Modern ceza hukuku kişinin kusurlu olabilmesi için iradi olarak gerçekleştirilmiş fiilin varlığını aramaktadır. İradenin etkilenmesi, kısıtlanması, ortadan kalkması gibi durumlar kusurluluğun değerlendirilmesi açısından önemlidir. Ceza kanunlarında da söz konusu durumlara göre ceza düzenlemesi yapılmaktadır. Suç failinin kusuruna bakılarak cezada indirim yapılabilenekte veya tamamen ceza

¹⁷ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.512-513.

¹⁸ Aristoteles, Nihomakhos'a Etik(Çev. Z. Özcan), Ankara, Sentez Yayıncılık, 2014, s.131.

¹⁹ Adugit, a.g.m, s.69-70.

²⁰ Aristoteles, a.g.e, s.123-132.

vermekten vazgeçilebilmektedir. Örneğin ceza kanunumuzun “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” üst başlıklı 31. maddesinde yaş küçüklüğü düzenlenmiştir. Buna göre on iki yaşından küçüklerin kusur ehliyetinin yokluğu kesin karinedir. On iki ila on beş yaş aralığındakiler ise algılama yeteneklerinin varlığına göre indirimli olarak ceza alacak veya hiç almayacaktır. On beş yaşını doldurmuş olup on sekiz yaşını doldurmamış olanlar ise indirimli olarak ceza alacaktır²¹. İradenin etkilenmesi sebebiyle cezada indirim yapılabilen hallerden biri de haksız tahriktir.

Haksız tahrik halinde kişinin cezaya ilişkin sorumluluğu azalmaktadır. Özgür iradenin etkilenmesi hali ceza kanunları tarafından dikkate alınmaktadır. Haksız tahrikin felsefi arka planında irade özgürlüğü vardır. Ancak kişinin irade özgürlüğünün olup olmadığı konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bugünkü modern ceza hukukunda da irade özgürlüğünün varlığı konusunda ortak bir noktada fikir birliğinden ziyade pratik bir ön kabul söz konusudur. Bundan dolayı haksız tahrikin felsefi temellerini açıklamak için irade özgürlüğünün varlığı felsefi ve bilimsel görüşler doğrultusunda incelenip ceza hukukunun irade özgürlüğünü değerlendirişi ve haksız tahrike olan etkisinin ortaya konulması gereklidir.

1.1.1.1. İrade Özgürlüğüne İlişkin Görüşler

İnsanlar özgürlüğün varlığını ya da yokluğunu hayatları boyunca tecrübe ederler. İnsanların hayatta yapmak istedikleri ve yapmak istemedikleri vardır. Örneğin seyahat etmek isteyip seyahat edebildiğinde kişi kendini özgür hisseder ancak yapamadığında özgür olmadığı hissine kapılır. Seyahat etmek için harekete geçtiğinde seyahat etme özgürlüğü hakkında tecrübesi olur. Bu bakımdan özgürlük duygulara ve isteklere ilişkin olup özgürlüğün herkes için geçerli ve kapsayıcı bir tanımı yapılamaz. Bir başka deyişle özgürlük yaşama halidir ve tanımlanamaz²².

Dikkat çekilmesi gereken bir nokta da insanın esas olarak hürriyetin yokluğunun bilincinde olmasıdır. İnsan özgür olmamanın verdiği rahatsızlığın farkındadır. Hürriyetin yokluğunun göstergesi hürriyetin mevcudiyeti için delil teşkil

²¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 12/10/2004, Sayı: 25611, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 43

²² Necati Öner, İnsan Hürriyeti, Ankara, Divan Yayınları, 2013, s.16-17.

eder. Konuşmanın, kendini ifade etmenin yasak olması ifade özgürlüğünün varlığını gerçekleştirmek istemeyi sağlar. Bugün ifade özgürlüğünün olma sebebi onun geçmişte belli zamanlarda bir şekilde yasaklanmış olmasıdır. Benzer şekilde konuşma engelli olmak da konuşma özgürlüğünün varlığını hissetmeyi sağlar. Bu durumda özgürlük sürekli peşinde koşulan, arzu edilendir. Ancak özgürlüğün hissedilebileceği, tecrübe edileceği düşüncesinin bir yanılısamadan ibaret olabileceği de iddia edilmiştir. Zira 19. Yüzyıl'ın başında bilimin gelişmesi ile başta Laplace olmak üzere bilim insanları tarafından evrende mutlak bir determinizm olduğu ileri sürülmüştür²³.

1.1.1.1.1. Deterministler

19. Yüzyıl'da her şeyin belirli bir sebep sonuç ilişkisi içinde gerçekleştiği ve yukarıdan bakılırsa önceden bilinemeyecek bir sonucun olmayacağı düşüncesi pek çok taraftar bulmuştur. Buna göre insan iradesinin de doğadaki katı determinizm karşısında etkisi olamaz. Bu anlamda insan ne kadar çaba gösterirse göstereceği nedenler değişmedikçe işlediği fiilin sonucu değişmeyecektir. Doğadaki döngü içerisinde insan davranışları da yer almaktadır²⁴.

Spinoza mutlak özgürlüğün olmadığını, sebep ve sonuçlar arasında bir zorunluluk olduğunu savunmaktadır: *“Kendi tabiatının zorunluluğu ile var olan ve hareket eden her şeye “hür” ve belli bir tarzda başka bir faktör tarafından, varlığı ve aksiyonu tayin edilmiş şeye de “zorlama” diyorum. Tanrı kendini hür olarak bilir, tıpkı her şeyi hür olarak bildiği gibi. Çünkü kendi tabiatının zorunluluğu O’nu her şeyi bilmeye iter. Görüyorsunuz ki, hürriyeti hür bir karara değil, bir zorunluluğa yerleştiriyorum²⁵.”* Dolayısıyla Spinoza gerçek özgürlüğe sahip olanı Tanrı olarak görüp insan hürriyetini zorunlulukla birleştirmektedir²⁶.

Determinist yaklaşımın ceza hukukuna etkisi ise -determinizmin geçerli kabul edilmesi halinde- özgür iradesi olmadığı için faile işlediği eylemin isnat edilememesi olacaktır. Zira failin eylemi doğada var olan nedensel bir serinin

²³ Marij Van Strien, “On the Origins and Foundations of Laplacian Determinism”. *Studies in History and Philosophy of Science*, 45(1), 2014, s.24-31.

²⁴ James Moore, “Criminal Responsibility and Causal Determinism”. *Washington University Jurisprudence Review*, 9(43), 2016, s.43-46.

²⁵ Benedict Spinoza, *Etika*(Çev. H. Z. Ülken), Ankara, Dost Kitabevi, 2006, s. 40.

²⁶ Öner, a.g.e, s.40.

halkasıdır ve failin davranışı gerçekleştirmekten kaçınma imkânı yoktur. Determinist görüşe göre işlenen suçların temelinde kişinin karakteri ve dış dünyadaki nedensel zincir vardır. Suç, kişinin karakteri ve dış dünyadaki olayların bir araya gelmesi sebebiyle ortaya çıkan bir üründür. Kişilerin olaylar karşısındaki tepkileri de karakterleri değişmediğinden her zaman aynıdır. Dolayısıyla fiili gerçekleştiren kişinin farklı şekilde davranması mümkün değildir. Herkes karakterine uygun davranışlar sergilemektedir. Bu durumda kusurdan ve sorumluluktan da bahsedilemez. Suçun gerçekleşmesinin nedeni kişinin karakteridir²⁷.

Ceza hukukunda determinist bir yaklaşımın benimsenmesi halinde günümüz hukukunun temel yapıtaşları ve kazanımları bir anda yok sayılmak zorunda kalınabilir. Zira bu durumda hayvanların bile içgüdülerinin varlığı kabul edilirken insan, onların gerisinde bir konuma yerleştirilip insanın zihinsel faaliyetlerinin varlığı göz ardı edilecektir. Ayrıca determinist yaklaşım sosyal ilişkilerin yapısı ile de örtüşmemektedir²⁸. Doğada ve sosyal hayatta var olduğu iddia edilen katı determinizm anlayışı, Heisenberg belirsizlik ilkesi ve Kuantum teorisiyle kırılmıştır.

1.1.1.1.2. İndeterministler

Heisenberg, elektronların durumu ve hızlarıyla ilgili önceden aynı anda kesin olarak bilgi elde edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Bu durum tamamen objenin karakteri ile ilgilidir ve dolayısıyla mikrofizikte indeterminizm geçerlidir. Ancak olasılıklardan bahsetmek mümkündür. Örneğin bir dalganın dalga mı ışık mı şeklinde davranacağı belirsizdir. Maddenin her zaman aynı şekilde tepki vermeyeceği ispatlanmıştır. Kişiler de sosyal hayatlarında ve kararlarında bütün şartlar aynı olsa da aynı sonuçlara ulaşmayabilirler. Dolayısıyla fen bilimlerinde bile sebep sonuç arasında kesin bir bağın zorunlu olduğu tartışma konusu iken sosyal dünyada sebep sonuç ilişkisinin temellendirilmesi çok daha zordur. Seçimler ile onların sebepleri arasındaki bağın zorunlu olduğuna ilişkin kanıt yoktur. Aksine, memnuniyet ve pişmanlık gibi duygular insanın seçimlerinin sonuçlarıyla arasında zorunlu bir bağın olmadığını telkin etmektedir²⁹.

²⁷ Moore, a.g.m, s.46-47.

²⁸ Meraklı, a.g.e, s.91.

²⁹ Öner, a.g.e, s.29-31.

Örneğin bir iş sonucunda kişi memnun olmadığında ‘bunu neden yaptım’, ‘başka bir seçim yapabilirdim’, ‘imkânım vardı’ şeklinde pişmanlık duyabilir. Benzer şekilde davranışının sonucunda kişi yaptığının çok iyi olduğunu düşünüp memnuniyet de duyabilir. Başka türlü davranmadığı, yanlış seçim yapmadığı için iyi hisseder. Memnuniyet ve pişmanlık hallerinin her ikisi de göstermektedir ki insan, seçimlerinden kendisine düşen bir pay olduğunu düşünür ve bu şekilde irade hürriyetinin varlığını hisseder. Tam tersi insan eğer davranışları ile sonuçları arasında zorunlu bir bağ olduğunu düşünse, pişmanlık ya da memnuniyet duygularına kapılmayacaktır³⁰. Pişmanlık ve memnuniyet duygularının varlığı bizi indeterminizme yönlendirmektedir.

İndeterminist görüşe göre insan iradesi hiçbir şarta bağlı değildir. Kişinin içinde bulunduğu şartlar zorunlu olarak kişinin eylemlerini belirlememektedir. İnsanın özgür iradesi vardır ve bu irade nedensel yasalarla kısıtlanmamaktadır. Spinoza determinist görüşlerinin yanında “*Herkeste kendi kendisini ve duygulanışlarını mutlak değilse de hiç olmazsa kısmen açık ve seçik bilme gücü vardır. Ruhumuz, tabiatımıza karşıt olan ihtirasların çatışmasına maruz kalmadığı sürece, bedenimizin duygulanışlarını zihin düzenine göre, tertip ve tanzim etme gücüne sahibizdir*³¹” diyerek kısıtlı da olsa indeterminizmin varlığını ortaya koymaktadır.

İnsan özgür olduğundan bütün yaptıklarından sorumludur, davranışlarının esas faili kendisidir. Sartre: “*Ben özümün ötesinde, fiillerimin saik ve amillerinin ötesinde var olmaya mahkûm edilmişimdir. Bu şunu ifade eder: Benim hürriyetimin kendisinden başka limitleri bulunmaz. Yahut bir başka deyişle biz hür olmayı durdurmada hür değiliz, biz seçen bir hürriyetiz fakat hür olmayı seçmiyoruz. Hürriyete mahkûm edilmişizdir, atılmışızdır yahut Heidegger’in dediği gibi terkedilmişizdir*³².” Sartre’a göre insan her hareketinde özgür olup onun herhangi bir mihenk noktası yoktur. Dolayısıyla ona kendisi dışında kimse yol gösteremez³³. Ancak burada bir çelişki yatmaktadır. Zira insan özgürlüğe mahkumdur ancak var

³⁰ Öner, a.g.e, s.31.

³¹ Spinoza, a.g.e, s.10.

³² Jean Paul Sartre, Varlık ve Hiçlik(Çev. I. Turhan), İstanbul, İthaki Yayınları, 2009, s.551.

³³ Sartre, a.g.e, s.639.

olmak ve özgür olmayı seçememektedir. Özgürlüğün kendisi, başlangıcı ve sonucu hakkında sınır koymaktadır³⁴.

İndeterminizmde insanın davranışlarını bireyin akıl ve iradesi belirler. İndeterminist görüş doğal hukukçu anlayışa da yaklaşmaktadır. Doğal hukuka göre insan, tabiatın emirlerine göre yaşadığında hürriyeti elde edebilir. Tabiatın emirleri ise aklın emirleri olarak da insanın karşısına çıkar. Yani akla uygun olan tabiata uygun olandır³⁵.

Descartes Tanrı'nın insana kendi iradesine benzer bir irade verdiği bu sayede insanın hür olduğuna inanmaktadır. Ancak insan iradesinin Tanrı tarafından verilmiş olması ve insanın onu kullanma gücünün sınırlı bulunuşu dolayısıyla, insan hürriyeti sınırsız ve mutlak değildir³⁶.

Gerçekçi indeterminizme göre bireyin iradesinin oluştuğu süreç dış faktörlerden tamamen ayrı olarak ele alınamaz. Bireyin iradesi hem failin ruhsal halinin hem de dış dünyaya ait amillerin faile etki etmesinin bir sonucu olarak meydana gelmektedir³⁷. Failin yaşı, cinsiyeti, yaşadığı toplum, yetiştiği kültür, dini inancı gibi unsurlar kararları ve tercihleri üzerinde etkilidir. Yine de insanın diğer varlıklardan ayrılan özelliği bu noktada unutulmamalıdır. İnsan ne kadar çevresel faktörlerin etkisi altında kalsa da mevcut koşullara karşı koyabilmektedir³⁸. Örnek verecek olursak; kişi aç olmasına rağmen kendisine hâkim olarak hırsızlık yapmaktan, suç işlemekten kaçınabilmektedir. Benzer şekilde tahrik edici fiillere karşı da tepkisiz kalabilmektedir.

Seçim yaparken insanın önünde sebepler olduğu da bir gerçektir. Ancak bunlar sadece seçimde rol oynamaktadır, sebeplerin zorlayıcı bir özelliği yoktur. Başka bir anlatımla, sonuçlara yönelik olasılıklar dahilinde sebepler etkili olur: *“İrade bir şeyi sadece yapabilmemiz veya yapamamamızdan (yani o şeyi tasdik veya inkâr etmek, yapmak veya yapmamaktan) ibarettir. Veyahut, belki daha ziyade müdrikenin bize sunduğu şeyleri tasdik veya inkâr etmek, yapmak veya yapmamak*

³⁴ Öner, a.g.e, s.48.

³⁵ Spinoza, a.g.e, s.67.

³⁶ Öner, a.g.e, s.39.

³⁷ Meraklı, a.g.e, s.92.

³⁸ Meraklı, a.g.e, s.93.

için dıştan hiçbir kuvvetin bize bunu zorladığını duymadan hareket etmemizdir. Zira hür olmam için iki zıttan birini veya ötekini seçmekte kayıtsız olma zaruri değildir, bilakis, iki zıttan biri tarafına, gerek iyi ve doğrunun o tarafta bulunduğunu bildiğim için, gerekse Tanrı'nın zihnimi o tarzda hazırlamış olması dolayısıyla ne kadar fazla meyledersem o kadar hür olarak da onu intihap ve kabul ederim³⁹.”

Bununla birlikte günümüzde yapılan sinirbilim araştırmaları tam aksini söylemektedir. Sinirbilimcilere göre kişilerin beyinlerinin kendilerini yönetmesinde ve davranışlarını yönlendirmesinde bir dahli yoktur.

1.1.1.1.3. Sinirbilimciler

Ceza hukukunda bireyin irade özgürlüğüne ilişkin tartışmalar son dönemde Almanya'da özellikle Wolf Singer, Wolfgang Prinz ve Gerhard Roth gibi sinirbilim araştırmacılarının çalışmaları sonucunda farklı bir doğrultuya taşınmıştır⁴⁰.

Wolf Singer, beyin üzerinde yaptığı araştırmalar neticesinde insanın karar verme aşamalarının hiçbirinde özgür iradesinin bulunmadığını ve kendi sorumluluğunun olmadığını ortaya koymuştur. Singer'e göre insanların kesinlikle başka türlü davranma olanağı yoktur ve hiç kimse mevcut durumundan başka türlü olamaz. İrade özgürlüğü birincil şahıs perspektifinde öğrenilen bir gerçekliktir. Başka bir anlatımla özgürlüğün yaşanması ve insan tarafından idrak edilmesi gerçek olmasına rağmen özgürlüğün kendisi bir illüzyondan ibarettir⁴¹.

Prinz'e göre ise insanın davranışta bulunmasına ilişkin gerekli zihinsel süreç, insan bilincinin tamamen dışında gelişmekte olup ortaya çıktıktan sonra kişisel karar alma sürecinin bir parçası olarak kişi tarafından yorumlanmaktadır⁴². Bundan dolayı aslında insan istediğini gerçekleştirmemektedir, aksine yaptığı şeyi istemiş olarak düşünmektedir. İnsanın iradesini harekete geçiren kuvvet, sadece beynin almış olduğu kararları onaylayıp davranışa dökmektir⁴³. Eylem, tamamen objektif nitelikte

³⁹ Descartes, 1962, a.g.e, s.179.

⁴⁰ Meraklı, a.g.e, s.93.

⁴¹ Wolf Singer, How Does the Brain Know When It is Right? Neurobiology of Human Values. Springer, Berlin, Heidelberg, 2005, s.125-135.

⁴² Meraklı, a.g.e, s.94.

⁴³ Francesco Marchi, Jesse Prinz, "The Conscious Brain. How Attention Engenders Experience". Rivista Internazionale di Filosofia e Psicologia, 4(1), 2013, s.100-102.

olup içerisinde özgür iradeyi yerleştirmeye çalışmak yanlıştır, sinirbilim açısından elverişli değildir⁴⁴.

Başka bir sinirbilimci ve davranış psikolojisi uzmanı Roth'a göre ise, limbik sistemimiz istek ve amaçlarımızın oluşumunda son söz sahibidir. Beynimizin almış olduğu kararları bilinçli olarak algılamamızdan ve bu kararı eyleme dönüştürme irademize sahip olmamızdan bir iki saniye öncesinde limbik sistem, insanın vermiş olacağı kararı belirlemektedir⁴⁵.

Sonuç olarak sinirbilim araştırmacıları davranışların yalnızca beyindeki sistemler tarafından kontrol edildiğini ve yönlendirildiğini savunmaktadır. Bu ifadenin sonrasında ise kusur ilkesi temel alınarak inşa edilen ceza hukukunun varlığı sorgulanmaktadır. Ceza hukukuna göre sorumlu olabilmek için kusurlu olmak gereklidir. Ancak sinirbilimcilerin iddiasına göre faile yöneltilen kusur yargısını onun işlediği eylem bakımından başka şekilde davranabilme ve karar verebilme imkanının bulunuyor olmasına dayandıran ceza hukukunun, şu anki uygulamasından vazgeçmesi gerekir⁴⁶.

Sinirbilimcilere göre bu, kusur olmadığı için faile herhangi bir yaptırım uygulanmasından vazgeçileceği anlamına gelmemektedir. Kanunun suç olarak gördüğü fiili gerçekleştiren kişi hastadır ve iyileştirilmesi gerekir. Bunun yanında toplumun failden korunması için de yaptırıma ihtiyaç duyulmaktadır. Ceza hukukunda kusur kavramından söz edilemeyecek olmasının neticesinde sinirbilimciler; faile ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanmasını, faile uygulanan yaptırımda da ceza ölçüsü yerine “muhafaza altına alma” veya “koruma” ölçüsünün esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu ölçüler dahilinde uygulanacak yaptırımların kapsamı ve içeriği belirlenirken de kusurun değil, hukuk kuralı ihlalinin ağırlığının esas alınması gerekir⁴⁷.

⁴⁴ Meraklı, a.g.e, s.95.

⁴⁵ Meraklı, a.g.e, s.95.

⁴⁶ Robert Dresser, Neuroscience's Uncertain Threat to Criminal Law. Hastings Center Report, 38(6), 2008, s.9-10.

⁴⁷ John Meixner, Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues. *Current Neurology and Neuroscience Reports*, Springer, 15, 2014, s.513, E.T. 5.9.2018.

Muhafaza altına alma ve koruma ölçülerinin kapsamı belirsizdir. Hukuk kuralının ihlalinin ağırlığı da ceza hukuku kapsamında hesaplanabilir değildir. Suç işlemekle daha ziyade korunan hukuki değer ihlalinden ve ağırlığından söz etmek mümkündür.

Öte yandan sinirbilimi uzmanlarının çıkarımları doğrultusunda, suç işleyen kişilerin psikolojik ve fiziksel yönden hasta olduğunu kabul etmek gerekecektir. Örneğin beyninde tümör olduğu ya da şizofren olduğu için soğukkanlı bir şekilde suç işleyen kişilerin bu durumunun doğasından kaynaklandığını düşünmek gibi⁴⁸. Dolayısıyla suç işleyen kişinin aslında kusuru ve sorumluluğu bulunmamaktadır. Genetik özelliklerine ve aldığı eğitime dayalı olarak beyin fonksiyonlarının işleyişi sonucu fail suç işlemiştir. Bütün bu işleyiş içerisinde irade özgürlüğü ve kusurdan söz edilemez. Bu yaklaşım failin karakter kusuru olduğunu savunan ve yaradılışı ile işlediği suç arasında bağlantı kuran determinizm ile benzerlik taşımaktadır. Öğretide bu yaklaşım neodeterminizm olarak da adlandırılmaktadır⁴⁹.

Netice itibariyle determinist yaklaşımlar insan karakterinin doğuştan geldiğini ve değiştirilemez olduğunu temel almaktadır. Ancak ceza hukukunda kişinin işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu bulunmasında onun karakteri değil somut olaydaki iradesinin ortaya çıkışındaki sebep veya arızalar göz önünde tutulmaktadır. Dolayısıyla failin kişilik özellikleri ve hayata bakışı ile ilgilenilmemektedir. Somut olaydaki kararlılığı, isteği ya da isteksizliği nazara alınarak değerlendirme yapılmaktadır. Bu açıdan determinist görüşün günümüz modern ceza hukuku sistemlerinde esas olarak kabul görmediği söylenebilir⁵⁰.

Benzer şekilde sinirbilimcilerin ceza hukukuna ilişkin tasarıları da kişilere uygulanacak yaptırımın hangi ölçütler çerçevesinde belirleneceğine ilişkin sorulara cevap verememektedir. Ayrıca bu sistemde suç işleyen herkesin psikolojik veya fizyolojik olarak hasta olduğu geçerli olacağından gerçekten bugün ceza hukukunun kabul ettiği anlamda akıl hastası ile akıl hastası olmayan arasında bir fark kalmayacaktır. Bu anlamda ceza hukukunun toplumu “zararlılardan” koruma

⁴⁸ Maxwell Bennett, “Criminal Law as It Pertains to Patients Suffering from Psychiatric Diseases”. *Bioethical Inquiry*, 8, 2011, s.58.

⁴⁹ Joshua Rolnick, Josef Parvizi, “Automatisms: Bridging Clinical Neurology with Criminal Law”. *Epilepsy and Behavior*, 20(3), 2011, s.423-427.

⁵⁰ Meraklı, a.g.e, s.96.

politikası üzerine kurulması düşüncesi yerinde bir yaklaşım olmayacaktır⁵¹. Bu bakımdan sinirbilimcilerin iddia ettiği üzere bir davranışı dış dünyaya yansıtma açısından insanı harekete geçiren nokta beyindeki süreç olabilir ancak insanı kusurlu ve sorumlu bir varlık olarak dış dünyada münhasır hale sokan ve onu diğer varlıklardan ayıran özellik de beyindeki sinirsel süreçtir⁵².

Dikkat edilmesi gereken husus; ceza hukuku bakımından failin gerçekten irade özgürlüğünün olup olmadığı değil, eylemi işlediği sırada kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı hususudur. Bu bakımından, 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun 51. Maddesi'nde yer alan "özgür irade oluşumu" ifadesinin bugünkü Alman Ceza Kanunu 20. maddede "işlediği eylemi algılama ve davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneği" ifadesine dönüştürülmesi kusur yeteneğinin irade özgürlüğünden ayırmaya ilişkin iyi bir örnek oluşturmaktadır. Dolayısıyla, kusur yargısının temelinde metafizik bir irade özgürlüğünden daha çok TCK 31-34'te kaynağını bulan normatif bir sorumluluk aranmaktadır⁵³.

Yukarıda anlattığımız determinist, indeterminist ve sinirbilimci iddiaların tümü kesin olarak ispatlanmış değildir. Deneysel olarak irade özgürlüğünün varlığı sorunu devam etmektedir. Modern ceza hukuku ise bugün iddialar sonucunda deneysel olarak irade özgürlüğünün varlığının ispatlanabilirliğinin sorgulanmaması gerektiğini benimsemiştir. Ne bireyin iradesinin özgür olduğunu ne de olmadığını doğrulamak kesin olarak mümkün değildir. Dolayısıyla bugün özgür irade hakkında bilinmezci düşünceyle hareket edilmektedir. Bundan dolayı ceza hukukçularının bireyin iradesinin özgür olduğunu bir postüla olarak kabul ettiğini ve kusur yargısını buna göre temellendirdiklerini söyleyebiliriz⁵⁴.

Şu bir gerçektir ki her ne kadar özgür iradenin olmadığını savunan görüşler modern ceza hukukunun temeline oturtulmasa da bilimin birikimli ilerlediği gerçeğinden hareketle insan doğasının, kişinin psikolojik ve fizyolojik durumunun en azından olaylara münhasır olarak dikkate alınıyor olması, deterministlerin ve

⁵¹ Paul Tappan, "Medico-Legal Concepts of Criminal Insanity". The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, 43(3), 1952, s.333-334.

⁵² Daniel Martell, "Forensic Neuropsychology and the Criminal Law". Law and Human Behavior, 16(3), 1992, s.313-336.

⁵³ Meraklı, a.g.e, s.97.

⁵⁴ Meraklı, a.g.e, s.97.

sinirbilimci fikirlerin hiçbir değeri olmadığı kanısına engel teşkil etmektedir. Konumuz itibariyle haksız bir fiilin insan iradesinin oluşumunda bazı aksaklıklar meydana getirebileceğinin kabulü, gerçek akıl hastası suçlulara güvenlik tedbirlerinin uygulanması gibi gelişmelerde bu görüşlerin katkısı olduğu kanaatindeyiz.

Günlük yaşam tecrübeleri karşısında özgür iradenin var olmadığını iddia etmenin mümkün görünmediği, irade özgürlüğünün sosyal hayatta bir gerçeklik sergilediği ve bireyin özgürlüğünün ve sorumluluğunun kabul edilmediği durumda toplum yapısının anlamını yitirmiş olacağı düşüncesi irade özgürlüğünün genel kabul görmesini sağlamıştır. Birey kendisini sosyal yaşamında özgür olarak hissederken hukukun bireyin bu algısını göz önünde tutması zorunludur⁵⁵. Bu düşüncenin temelinde günümüzde başvurduğumuz modern ceza kanunlarının Aydınlanmanın ürünü olmasının etkisi vardır. Aydınlanma ve modern ceza kanunlarının gelişimini bu çerçevede ele almak gereklidir.

1.2. AYDINLANMA VE CEZA HUKUKU

Aydınlanma genel olarak tarihte gerçekleşmiş belli ve özel girişimlere, tarihsel olaylara ve bunların toplumdaki etkilerine işaret etmesi ile bilinmektedir⁵⁶. Aydınlanma farklı kültürlerde ve zamanlarda farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiştir. Avrupa'da, kent yapısının değişimi ve burjuvanın yönetimde etkili olması ile modernizmin devletleri etkisi altına aldığı döneme Aydınlanma denebilir. Batı'daki kültürel, ekonomik, zihniyet ve yaşam biçimlerindeki köklü değişimler Aydınlanma ile gerçekleşmiştir. Aydınlanma ile insana verilen önem artmış; insanın aklı ile kendi potansiyelini ortaya koyabileceği, özgürlüğünün önünde engel olmadığı savunulmuştur⁵⁷. Akıl öne çıkartılmış ve özgürlük için temel kabul edilmiştir. Bu anlamda Aydınlanma, insanın düşünme ve değerlendirmelerinde din ve geleneklere bağlı kalmaktan kurtulup kendi aklı ile hayatını aydınlatmaya çalışması olarak görülmüştür⁵⁸. Aydınlanma ve akıl ilişkisinin açıklanması bu bakımdan oldukça önemlidir.

⁵⁵ Meraklı, a.g.e, s.99.

⁵⁶ Ahmet Arslan, "Aydınlanma", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1(2), 1992, s.0-0.

⁵⁷ Gökhan Gökulu, "Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi", The Journal of Academic Social Science, 5, 2014, s.631-634.

⁵⁸ Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1985, s.325.

1.2.1. Aydınlanmanın Temeli: Akıl

Avrupa’da yıllar süren din savaşları, kilisenin baskısı ve Reform hareketleri nedeni ile Aydınlanma döneminde dinden uzaklaşmış ve akıl bir bakıma yeni bir inanç gibi muamele görmüştür. Aydınlanma döneminde din tamamen terkedilmemiş ancak “akıl dini” anlayışı gelişmiştir⁵⁹. Din dahil her şey akıl ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bunun en bariz örneğini Descartes’ın “Yöntem Üzerine Düşünceler” adlı eserinde görmek mümkündür. Şüphe ile başladığı akıl yürütmede en son “düşünüyorum öyle ise varım” çıkarımıyla Tanrı’nın var olduğunu ispat süreci, aklın doğruyu bulmada yegane yol gösterici olduğunu göstermesi bakımından önemlidir⁶⁰.

Aydınlanma ile akıl, insan tabiatının en önemli ayırt edici özelliği olarak kabul edilmiştir. Akıl insanı ahlaki ve normatif kuralların, ilkelerin muhatabı ve yükümlüsü yapar. İnsanın akıl kapasitesine sahip bir hayvan, akli kabiliyeti ile diğer yaşam formlarından ayrılan canlı bir varlık olduğu olgusu Aydınlanmanın temelidir⁶¹.

İnsan akıl kabiliyeti nedeniyle sadece fiziki bir varlık değil, eylemleri için gerekçeleri çeşitli değerler ve hedefler ışığında değerlendiren, inceleyen ve eylemlerini gerekçelerle temellendirebilen ahlaki bir yöne de sahiptir⁶². Akılla insan haklara sahiptir ve yükümlülüklerle tabidir. Akıl her insanın sahip olduğu doğal bir potansiyel ya da nitelik olarak insan türünün üyelerinin eşitliği iddiasına da temel alınır⁶³.

Akıl, bu anlamda insan doğasının özü, insanın gücü ve onurunun kaynağıdır⁶⁴. Antik Çağ’dan bugüne dinlerde de yer aldığı üzere insanlara başka hiçbir canlıya verilmeyen bilebilme, anlayabilme imkânının “akıl” aracılığıyla

⁵⁹ Gökberk, a.g.e, s.362.

⁶⁰ Rene Descartes, Yöntem Üzerine Düşünceler(Çev. M. Erşen), İstanbul, Say Yayınları, 2018, s.21-24.

⁶¹ John Searle, Mind: A Brief Introduction, Oxford University Press, s.11-14.

⁶² Laird Addis, Mind: Ontology and Explanation Collected Papers 1981-2005, Frankfurt: Ontos Verlag, 2008, s.19-23.

⁶³ Cennet Uslu, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Ankara, Liberte Yayınevi, 2009, s.157.

⁶⁴ Uslu, a.g.e, s.157.

verildiği dile getirilmektedir. Örneğin, Antik Yunan’da akıl ve söz kavramları için “logos” sözcüğü kullanılmaktadır. Logos, aklî konuşma kabiliyeti veya kavramsal düşünme-konuşma kapasitesi için de kullanılmaktadır. Diğer canlılardan ayıran bir nitelik olarak logos, yalnızca insana aittir⁶⁵.

Hayvanlarda da akılla yapılmış izlenimi veren mantıklı hareketler (örneğin arıların altıgen şeklinde petek yapması, çoğu hayvanın eğitilebilmesi) görülebilmekte ise de hayvanların hareketleri içgüdüsel ve sınırlıdır. İnsanı diğer varlıklardan ayıran kabiliyetleri vardır ancak akıl insan doğasını tanımlamada ve açıklamada her zaman kullanılan başat unsurdur. İnsanı rasyonel bir hayvan ya da logosa sahip bir canlı olarak tanımlamak; insanın başka pek çok özelliğini ve çehresini özetleyen, onun tüm niteliklerini biçimlendiren bir formül gibidir. İnsanın hem hayvani bir tarafı hem de logosu olduğu için ahlaki bir yönü vardır⁶⁶. İnsan logos ile doğa yasalarını bilir. Logosun varlığının asıl sebebinin insanın doğa yasalarını keşfetmesi olduğu da söylenebilir. Stoisyenlere göre akıl yoluyla doğayla insan arasındaki uyum sağlanabilir⁶⁷. İnsanın aklını kullanarak evrendeki yasaya iştirak etmesi, evrenin işleyişindeki rasyonel planın gereği olan doğal yasadır⁶⁸.

Sonuç olarak Aydınlanma ile akla uygun davranma eğiliminde olmak insana has bir nitelik olarak görülmüş, insan için aynı zamanda bir gereklilik olarak kabul edilmiştir. İnsan yasaları akli ile kavrayabilir, bilgiye akli ile ulaşabilir. Bundan dolayı yasalar da insan aklını temel alacak şekilde yapılmaya başlamıştır. Ceza kanunları da rasyonel, akılcı olarak düzenlenmeye başlamış ve metafizik kavramlardan uzaklaştırılmıştır. Orta Çağdaki dini temel alan sert ceza yasaları yerini modern ve insancıl düzenlemelere bırakmıştır.

⁶⁵ Simon Tugwell, “Language and Logos: Studies in Ancient Greek Philosophy”, New Blackfriars, 64(754), 1983, s.198-199.

⁶⁶ Uslu, a.g.e, s.101.

⁶⁷ Niyazi Öktem, “Stoisizm”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 40(1-4), 1974, s.590-591.

⁶⁸ Mark Murphy, “The Natural Law Tradition in Ethics”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter, 2011, s.1-2.

1.2.2. Ceza Hukukunun Aydınlanma Çerçevesinde Ele Alınması

Ceza hukuku bakımından ele aldığımızda çağımız modern devletlerinin Aydınlanma felsefesini kanunlarına yansıttığını söyleyebiliriz⁶⁹. Ceza hukuku Aydınlanma ile başlayan süreç sayesinde bugünkü anlamda bilimsel niteliğe ulaşmıştır ve cezalandırmanın meşruiyeti üzerinde durulmaya başlamıştır⁷⁰. Ceza sorumluluğunun faile mi fiile mi dayanacağı, devletin hangi şekillerde cezalandırma yapacağı hukuka ilişkin olmakla birlikte temelde siyasi tercihlerdir. Aydınlanma felsefesinin siyasi ilkeleri bugünkü anlamıyla insanın bir değer olarak kabulünü, eşitliği ve özgürlüğü, egemenliğin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle paylaşılmasını, genel iradeyi temsil eden parlamento eliyle çıkartılan kanunlarla ülkenin yönetilmesini, kişi hak ve özgürlüklerinin kanunlarla sınırlandırılabilmesini, suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesini, idarenin kanuniliği ilkesini, kanunlar önünde eşitliği, devlet erklerinin yargısal denetimini ve böylelikle insanların hak ve özgürlüklerine müdahalelerin önlenmesini amaçlayan “*hukuk devleti*” kavramının ortaya çıkışında büyük rol sahibidir⁷¹.

Aydınlanma felsefesi devletlerin kanunlarını düzenlemeye ilişkin siyasi tercihlerini etkilemiştir. Örneğin Toplumsal Sözleşme Teorisi insanların, özgür ve sözleşme yapan tarafın, devlet karşısında eşit durumda olduğundan bahsetmiş, Locke ise her insanın doğuştan gelen bazı temel hakları olduğunu savunmuştur. İnsan, Aydınlanma ile doğal hukukun ona verdiği haklarla özgür, eşit ve başlı başına bir değer olarak kabul görmeye başlamıştır. Bundan dolayı günümüzdeki anayasalarda, insan hakları belgelerinde ve ceza kanunlarında bu düşünceye göre düzenlemeler yapılmıştır.

Yine Aydınlanma döneminde, kanunilik ilkesinin teorik temellerini ilk ortaya çıkartan kişi Montesquieu olmuştur. Montesquieu, bireyin özgürlüklerine devlet gücünü elinde tutanlar tarafından yapılacak kısıtlamaların ancak kanunla gerçekleştirilebileceğini ve kuvvetler ayrılığının keyfiliği önlemek için zorunlu olduğunu savunmuştur. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi de bu iki görüşün

⁶⁹ Özgür Küçükaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”. TBB Dergisi, 113, 2014, s.58-59.

⁷⁰ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınları, 2018, s.367-368.

⁷¹ Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı(Çev. A. Mumcu), Ankara, İnkılap Yayınevi, 2002, s.101.

doğal sonucu olarak dolaylı yoldan Montesquieu'nun eserlerinde görülebilir⁷². Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini açıkça dile getiren ise modern ceza hukuku biliminin kurucusu denebilecek olan Beccaria'dır. 1764 yılında Suçlar ve Cezalar adlı eserinde Beccaria, hâkimlerin keyfi cezalar veremeyeceğini söylemiş, hükümdarın suç ve cezaları keyfi olarak belirlemesine karşı çıkmıştır⁷³.

Aydınlanma döneminde ayrıca ceza hukukunda manevi unsurun maddi unsurla eşit öneme gelmesiyle birlikte objektif sorumluluktan subjektif sorumluluğa geçilmiştir. Manevi sorumluluğun öneminin artmasının diğer bir sonucu ise şahsi sorumluluğun düzenlenmesidir. Fransız İhtilali'ne kadar cezaların şahsiliği ilkesi hukuk düzenlerince bütünüyle kabul edilmemekteydi⁷⁴. Ancak Aydınlanma ile manevi unsurun ön plana çıkması hem suç teorisinin yeniden şekillenmesine yol açmış hem de suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin doğup gelişmesine ön ayak olmuştur.

Orta Çağda failin iradesi; lanetlenmiş irade, kötü niyet gibi dini ve ahlaki kavramlarla tanımlanmaktadır. Aydınlanma ile suçun manevi unsuru da maddi unsuru gibi önemli hale gelmiş ve suçun kurucu unsurlarından biri olmuştur. Suç failinin iradesine önem verilmeye başlamıştır. Aydınlanmanın bilimsel yaklaşımı ile manevi unsur dini ve ahlaki yönden değil, salt akli yönden değerlendirilmeye başlamıştır. İrade, failin hareketini önceleyen son zihinsel eylem olarak görülmüş ve bu çerçevede irade özgürlüğü bir kişinin davranışlarında özgürlüğünün, yani başka şekilde davranabilmeye ilişkin seçeneklerinin olması ve bunları seçme özgürlüğüne sahip olması olarak değerlendirilmiştir. Böylece kendi fiilinin nedensel kaynağı kişinin özgür iradesi olarak kabul görmüştür⁷⁵. Bundan dolayı da suçun varlığında insan iradesinin sorumlu olup olmadığının belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Sorumluluğun esası da manevi sorumluluktan doğan kusur olarak ele alınmış, bir

⁷² Uğur Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi. Ankara: AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 1958, s.4.

⁷³ Cessare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında(Çev. S. Selçuk), Ankara, İmge Kitabevi, 2016, s.119.

⁷⁴ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.10.

⁷⁵ Elizabeth Wilson "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture". New England Journal on Criminal&Civil Connement, 39(1), 2013, s.41.

insanın kusurlu sayılabilmesi için anlama yeteneğine ve irade yeteneğine sahip olması gerektiği savunulmuştur⁷⁶. Böylece psikolojik anlayışın temelleri atılmıştır.

Modern ceza hukukuna psikolojik anlayış bakımından önemli katkılar sağlayan filozofların başında Feuerbach gelmektedir. Alman ceza hukuku başlarda Kant ve Hegel'den etkilenmekle birlikte modern Alman ceza hukuku gerçek anlamda Feuerbach'ın çalışmalarına dayanmaktadır⁷⁷. Bununla birlikte Feuerbach'ın da Kant'ın etkisi altında kaldığını belirtmek gerekir⁷⁸.

Feuerbach öncelikle cezanın genel önleme amacı ile toplumsal yararın gerçekleştirilebileceğini söylemiştir. Anselm Feuerbach tarafından tasarısı hazırlanan 1813 Bavyera Ceza Kanunu ilk modern Alman ceza kanunu olarak kabul edilmiştir. Feuerbach modern Alman Ceza hukukunun kurucusu olarak nitelendirilmektedir. Roma hukukunda bulunmayan, Latince “*Nullum Crimen, nulla poena sine lege.*” (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ifadesini kullanan ilk kişi de Feuerbach olmuştur⁷⁹.

Psikolojik Zorlama Teorisinde Feuerbach, cezalandırma tehdidinin insan psikolojisindeki etkisinin kanunlara ve hukuki değerlere saygı duyulmasını sağladığı ancak failin kişiliği, saiki, suç işleyiş şekli, suç sonrası durumu gibi psikolojik durumunu ortaya koyan hallerin ceza verilmesi sırasında göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemiştir. Böylece tahrik halinde suç işlemek için önüne gelen psikolojik engeller ortadan kalkacağından failin cezasının hafifletilmesi gereklidir. Feuerbach'ın görüşleri ceza kanunlarında “tahrik durumunda adam öldürme hali” şeklinde düzenleme yapılmasını sağlamıştır⁸⁰.

Feuerbach, Kant ve Hegel gibi Alman filozoflar sadece Alman Ceza Kanunlarını değil, günümüzde pek çok devletin modern ceza kanunlarını etkilemiştir. Bugün Kıta Avrupa'sında, Alman idealizminden ilham alınarak gelişmiş karma bir hukuk anlayışı vardır. Hatta bu etkinin İspanya, Portekiz, Hırvatistan, Yunanistan, Türkiye, Avusturya, İsviçre, Finlandiya ve İsveç gibi Avrupa ülkelerinden; İsrail, İspanyolca ve Portekizce'nin konuşulduğu Latin Amerika ülkeleri, Tayvan, Güney

⁷⁶ Devrim Aydın, “Ceza Hukukunda Okullar”, Ceza Hukuku Dergisi, 15, 2011, s.48-49.

⁷⁷ Marcus Dubber, “The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment”. German Law Journal, 6(7), 2005, s.1063 vd.

⁷⁸ E. Aygün Eşitli, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”. TBB Dergisi, 104, 2013, s.227-229.

⁷⁹ Eşitli, a.g.m, s.227-229.

⁸⁰ G. Yaşar Duran, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.47.

Kore, Japonya gibi Asya ülkelerine kadar uzandığını söylemek mümkündür. Alman filozoflar özellikle kusur ve özgür irade konularında etkili olmuştur ve bunda en büyük pay Kant'a aittir. Alman idealizmini oluşturan en büyük filozof Immanuel Kant'tır. Ceza hukuku açısından Aydınlanmanın Kant ile en yüksek noktasına ulaştığını söylemek yerinde olacaktır⁸¹.

1.3. KANT'A GÖRE ÖZGÜR İRADE

Kant'ın idealist felsefesi ceza hukukunda ölçülülük ilkesi, ihmalî suçlar, hukuka aykırılık, kusurluluğu azaltan haller gibi kavram ve kuramlar üzerinde doğrudan etki doğurmuştur. Kıta Avrupa'sı ülkelerinin ceza kanunları, Kant'ın savunduğu düşüncelere dayanan Alman idealizminin bilgi felsefesinin ve Aydınlanmanın siyaset felsefesinin eseridir⁸². Ayrıca Kant'ın idealist felsefesinde Descartes'ın, Hume'un etkilerini görmek mümkündür⁸³.

Kant öncelikle bireyin kendisi yerine düşünen, davranan ve tasarrufta bulunan otoriteleri sorgulamıştır. Aydınlanmayı; bireyi sınırlayan, özgürce karar vermesini ve hareket etmesini engelleyen her türlü otoriteye karşı çıkararak aklını kullanma cesaretini gösterme ve bu yönde eylemlerini hayata geçirmek olarak betimlemiştir. Bireylerin çoğunun olgunlaşmaktan tembellik ve korkaklık nedeniyle vazgeçemediğini belirten Kant, bu durumun nedenini iğneleyici bir dille açıklamaktadır: *“Benim yerime düşünen bir kitabım, vicdanımın yerini tutan bir din adamım, perhizim ile ilgilenerek sağlığım için karar veren bir doktorum oldu mu zahmete katlanmama hiç gerek kalmaz artık⁸⁴.”* Kant'a göre Aydınlanma ile aklın ışığı altında bize doğru olduğu dayatılan her türlü fikri sorgulayarak aklımızı hiçbir otoritenin boyunduruğuna teslim etmeden kullanma cesareti göstermek ve bu anlamda bireyi esir alan ve onun olgunlaşmasına engel olan zincirlerden kurtulmak gerekir. Aklını kendi başına kullanma cesaretini göstermesi insanı mutluluğa ve

⁸¹ John Hassamer, “German Legal Philosophy and The Criminal Law”. Tel Aviv University Studies in Law, 1990, s.187-194.

⁸² Hassamer, a.g.m, s.187 vd.

⁸³ Küçüktaşdemir, a.g.m, s.67.

⁸⁴ Immanuel Kant, “Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt”, Şu Kitapta: Felsefe Yazıları 6. Kitap, İstanbul, Yazko Yayınları, 1983, s.139.

özgürlüğe götürecektir. Kant'ın yazılarında ilerleme, insan doğasının köktenci amacı ve belirlenimci ilkelerinden birisi olarak arzu edilir⁸⁵.

Kant, klasik suç genel teorisinde suçun unsurlarına “hukuka aykırılık” ı eklemiştir. Suç; hukuka aykırı, kusurlu bir hareket olarak üç unsurla tanımlanmıştır. Bu konuda İki denizcinin birbirini itmesi hakkında verdiği örnek ve ahlaka ilişkin yaptığı açıklamalar oldukça önemlidir. Kant'ın eserinde yer alan tartışma gemi kazası geçirmiş birinin kurtulmak için birlikte aynı tahtaya tutunan, hayatı eşit derecede tehlikede olan başka birini tahtadan itmesi durumu ile ilgilidir. Kant, herhangi bir ceza kanununun diğerini itmesi sebebi ile kurtulan adama idam cezası vermeyeceğini savunmaktadır. Bu durumda kanunun ceza tehdidi bu kişi için denizde ölmekten daha büyük değildir. Bir ceza kanunu, birini öldürerek kendi hayatını kurtarmaya çalışması etkilemez. Çünkü mahkemenin ölüm tehdidi kesin değildir ve gerçekleşmeyebilir. Ancak söz konusu insan diğerini iterek kendi hayatını kurtarmazsa denizde kesin boğularak ölecektir. Dolayısıyla bir kişinin kendi hayatını şiddet uygulayarak kurtarması halinde o kişi suçsuz olarak değerlendirilemez ama aynı zamanda cezalandırılmaz. Hukukçu bu şekilde bir kişisel nedenle cezadan muaf olma halini objektif olarak cezadan muafiyetten ayırt etmelidir. Zorunluluk kanun tanımayacaktır. Hiçbir zorunluluk da bir ihlali hukuka uygun hale getiremeyecektir⁸⁶.

Hukuka aykırılığın kabulü öncesinde klasik Alman ceza hukuku zorunluluk halleri olarak yalnızca mazeret nedenlerini kabul etmekteydi. Kant'ın ahlak teorisinin etkisi ile zorunluluk hali ikiye ayrılmış ve hukuka aykırılık ile mazeret nedenleri arasında ayrıma gidilmiştir⁸⁷. Aydınlanma döneminde kanunilik ilkesinin gereği olarak bir haktan doğan ve objektif nitelikte olan hukuka uygunluk nedenleri ile - fiilin subjektif unsuruna vurgu yapan- kusurluluğu kaldıran nedenler arasında ayırım yapılmıştır. Bu durum hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak ele almayı doğurmuştur.

⁸⁵ Kant, a.g.m, s.146.

⁸⁶ Immanuel Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi(Çev. I. Kuçuradi), Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2015, s.28.

⁸⁷ George Fletcher, Grammar of Criminal Law, U.K., Oxford University Press, 2007, s.49.

Diğer denizciyi iten kişi, yaşamını kurtarmak için hipotetik buyruğa göre hareket edecektir fakat kategorik buyruk insan öldürmeyi mutlak biçimde yasaklamıştır. Kategorik buyruk itme ile ihlal edilecektir. Şöyle ki: Kategorik emirler şartlar ne olursa olsun aklın emri (noumenal dünyaya ait) olduğu için ahlaken mutlak ve koşulsuz doğru olanı yani “olması gerekeni” yapmayı, hipotetik emirlerle dış koşullara (fenomenal dünyaya) uygun olanı yapmayı gerektirir. Bu bağlamda hukuk kuralları hipotetik buyruklar içinde ele alınmaktadır. Faili cezalandırmak mantıklı değildir çünkü failin seçme imkânı kısıtlanmıştır ve kefareti ödeyeceği bir iradesi yoktur. Kısacası birlikte tahtaya tutunduğu kişiyi tahtadan iten cezalandırılmasa da fiili suç olarak kabul edilmelidir. Zira Kant’ın ahlak anlayışı mutlak adalete dayanmaktadır⁸⁸.

Kant, mutlak adalet teorisini bütün savunmalarında temel almıştır. Buna göre kişiler her zaman her koşulda kategorik buyruğa uygun hareket etmelidir. “Öyle eyle ki, senin istemenin maksimi, her zaman genel bir yasamanın ilkesi olarak da geçerli olabilsin” cümlesi, Kant’ın ödev diye de adlandırdığı kategorik buyruğudur⁸⁹. Başka bir ifadeyle “*Handle so, dass du die Würde der Menschheit sowohl in deiner Person als in der jedes anderen jederzeit achtest und die Person immer zugleich als Zweck, nie als blosses Mittel gebrauchst. (Gerek kendi şahsında gerek diğer insanların her birinin şahsında tecelli eden insanlığın şerefine her zaman hürmet edecek ve şahıslardan (insan şahsiyetinden) asla sırf vasıta olarak değil, bilakis daima aynı zamanda gaye olarak istifade edecek tarzda hareket et)*⁹⁰.” Kategorik buyruğa uygun yaşama ödevi ise irade özgürlüğü tartışmalarını beraberinde getirmektedir.

Kant’ a göre fenomenal alan, bilinebilen ve nedensellik ilişkisine bağlı bir alandır⁹¹. Doğadaki neden-sonuç ilişkisi burada geçerlidir. Sonuçların determinizm çerçevesinde nedenlere bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur. Doğada zorunlu bir determinizm geçerli olduğu için isteklere ve iradeye bağlı olarak değişiklik olmaz.

⁸⁸ Ogün Ürek, “Kant’ta Etik Değerler Olarak Özgürlük ve Saygı”. U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8, 2007, s.189-197.

⁸⁹ Ionna Kuçuradi, İnsan ve Değerleri, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2003, s.14.

⁹⁰ O. Münir Çağıl, “İnsan Hakları ve Tabii Hukuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 50(1-4), s.69.

⁹¹ Ülker Öktem, “Kant Ahlakı”, Ankara Üniversitesi Dil, Tarih, Coğrafya ve Felsefe Bölümü Dergisi, 2007, s.13.

Bundan dolayı fenomenal alanda irade özgürlüğünden bahsedilemez⁹². Her şey doğa kanunları altında gerçekleşir. Örneğin yağmurun yağıp yağmaması konusunda insanın isteklerinin bir önemi yoktur. Yine insan bedeninin işleyişi doğa kanunlarına tabidir. İnsanın yaşlanmayı engellemesi isteklerine göre mümkün değildir ve iradesi ile buna bir etkide bulunamaz.

Diğer taraftan insan, bedeninden ibaret değildir. Pratik yaşamında insanın bundan daha fazlası olduğu görülebilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere insanın istekleri, arzuları, pişmanlıkları, memnuniyetleri vardır. İnsan arzularına ulaşmak için aklını kullanarak eylemde bulunur. Öyle ise insanın istemesi irade özgürlüğünü hesaba katmayı zorunlu kılar. İnsanın pişmanlıkları, başka şekilde de davranabileceğini düşünmesi insanın tamamen doğa nedenselliği içinde yer almadığını gösterir. İnsanın doğa nedenselliği dışında hareket etmesi ise eylemlerinin nedensiz olduğu anlamına gelmez.

Kant, kategorik buyruğundan yola çıkarak insan eylemlerinin nedeninin ahlak yasası olması gerektiğini belirtir. Ahlak yasasına uygun yaşama bir özerklik ifadesidir ve özgürlüğü varsayım olarak kabul etmeyi gerektirir. İnsan akıl sahibidir ve kategorik buyruğa uygun yaşaması için irade özgürlüğünün varlığı deneyden bağımsız (a priori) olarak vardır. Özgürlük ahlak yasasının varlık nedenidir, ahlak yasası ise özgürlüğün sonucudur. Kant'ın ahlak yasası var olduğuna göre özgürlük de vardır. Özgürlük, kategorik buyruk olarak iş gören ahlak yasasının olanağının koşuludur⁹³. Sonunda da ahlak yasası irade özgürlüğüne indirgenir. Özgürlük ile insan doğa kanunlarına bağlı hareket eden bir nesne olmaktan kurtularak anlam sahibi olur. İrade özgürlüğünün olması ile insan sadece fenomenal değil noumenal alanın da bir üyesi olur. Bir başka anlatımla akıl sahibi varlık olan insan, irade özgürlüğü ile nedensellik dünyasında bir neden meydana getirir, istemesi ile kendi nedenlerini oluşturur⁹⁴.

İnsan aynı zamanda davranışlarının fenomenal alanda sonuçlar doğurduğunun da farkındadır. İrade özgürlüğü ile eylemlerini bilinçli olarak gerçekleştirir.

⁹² Ürek, a.g.m, s.189-197.

⁹³ Ürek, a.g.m, s.189-197.

⁹⁴ F. Nur Ağca, Kant'ın Ontolojik Argümanı Eleştirisi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fen ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 40-45.

Davranışları ve arzuları bundan dolayı tam olarak doğa yasalarına da uygun olabilmektedir. Ayrıca söylemek gerekir ki insanın istemesi ve irade özgürlüğü onu doğal zorunluluk yasasının dışına çıkarmaya yetmemektedir. İnsan yine zorunlu sonuçlara engel olamamaktadır. Eğer böyle bir imkânı olsa idi insanın fenomenal alandaki varoluşu da mümkün olmazdı. Bu durum insanın irade özgürlüğünü gerçekleştirdiği alanın sınırlı olduğu ve insanın doğa yasalarını bozmadan tasarrufta bulunabileceği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte sadece insan irade özgürlüğü sayesinde fenomenal dünyada yer almasına rağmen seçim yapabilmektedir. Kişi kategorik buyruğa uygun yaşayabilir. İradesini kategorik buyruğa uygun kullandığında iyiyi seçmiş olur. İyiyi seçmesi etik olarak doğru olandır⁹⁵. Ahlak yasasına uygun yaşaması onu değerli yapar, diğer varlıklardan üstün olur. Kısacası pratik akıl sahibi insanın üstünlüğünün kaynağı irade özgürlüğüdür. Böylece insan doğa yasalarına karşı da bir üstünlük kazanır⁹⁶.

Kant'a göre insanın özgürlüğü hiçbir kanuna bağlı olmayan başıboş bir özgürlük olmadığından insan canı ne isterse yapamaz. İnsan aklın emirlerine ve kanunlarına uymakla yükümlüdür. Yasa insana yapmalısın der ancak bir zorlamada bulunmaz. Kişi kararlarının sorumluluğunu kendisi taşır. Söz konusu kategorik buyruk ihlal edildiğinde ise insanın pratik aklı bunun bir cezayı gerektirdiğini hatırlatıp ceza ile kategorik buyruğa uymadığından doğan kefareti ödemesini salık verecektir⁹⁷.

Kişinin kategorik buyruğa aykırı davrandığında cezalandırılması mutlak bir zorunluluktur⁹⁸. Ceza salt kötü bir nesnedir⁹⁹. Mutlak adalet teorisini savunan Kant'a göre cezalandırma kanununun mutlak emri olmalıdır. Cezanın kendisi bir amaç olduğundan dolayı cezada başka bir fayda aranmamalı, her türlü faydacı görüşten uzak olunmalıdır. Cezanın gerçekleşmesi ile de mutlak adalet yerini bulacaktır.

⁹⁵ Hermann Mannheim, *Comparative Criminology*, Mif in Company, Great Britain, 1965, s.43.

⁹⁶ Ayşe Çevik, *Sartre ve Kant'ta Özgürlük ve Etik*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2012, s.25-33.

⁹⁷ Öktem, 2007, a.g.m, s.11-22.

⁹⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s.58-59.

⁹⁹ Immanuel Kant, *Pratik Usun Eleştirisi*(Çev. İ. Z. Eyüboğlu) İstanbul, Say Yayınları, 2001, s.65-70.

Batmakta bile olsa bir adadaki suçluların yine de cezalandırılması gerektiği örneği bu durumu açıklamaktadır¹⁰⁰.

Sonuç olarak ceza kanunları olanı değil olması gerekeni ifade eder. Ahlak ve siyaset bağlamında ceza kanunları bir değer hükmündedir. Bu bakımdan ceza hukuku bir toplumsal gerçeklik üzerine oturan değerler bütünü olarak görülebilir. Ceza kanunlarının siyasete bakan kısmını suç siyaseti oluşturur. Suç siyaseti; ceza kanunlarının uygulanmasını, suça ilişkin toplumsal tepkinin belirlenmesini kapsayan bilimsel bir disiplindir. Bunun yanında suçun ahlaka ilişkin kısmında Kant'ın ahlak felsefesinin etkisi açıktır. Aydınlanma, Batı'da suç siyasetinin belirlenmesinde etkili olmuştur. Kant'ın ahlak felsefesi ise siyasetin etik çerçevesini çizmekte ve aynı zamanda ceza adaletinin sağlanması için yol göstermektedir. Kant'ın ahlak felsefesinin, bu etik/siyasi değerlendirmenin ahlaki kısmı ve dolayısıyla ceza adaleti açısından en önemli unsurları, beraberinde getirdiği “insan onuru”, “insan hayatının değeri” ve “irade özgürlüğü” kavramlarıdır¹⁰¹.

Cezalandırma konusunda Kant'ı takip eden ve düşüncelerinin kökeni Aydınlanmaya dayanan Hegel de¹⁰² insanın irade özgürlüğüne sahip bulunduğu ve bunun doğal sonucu olarak eylemlerinden sorumlu olduğu yönündeki düşünceleriyle ceza hukukuna önemli katkı sağlamıştır¹⁰³. Bununla birlikte Hegel, Hobbes'un doğa durumuna uygun şekilde insanın doğal halinde dizginlenmemiş içgüdülerinin olduğunu ve şiddete meyilli olduğunu düşünür. Devletin insanların şiddete ilişkin eylemlerini kısıtlaması, onları dizginlemesi gereklidir. Buna bağlı olarak özgürlük, insanın sahip olduğu dolaysız bir hak değildir ve kazanılması gereklidir¹⁰⁴.

Sonuç olarak, ahlak ve hukuk ilişkisinde ayrıma giderek irade özgürlüğünü varsayan ceza hukuku felsefesinin etkileri günümüze kadar sürmüştür. Bunda en büyük faydayı Kant sağlamıştır. Kant, ahlak ve hukuku ayrı değerlendirmiştir. Kant, kategorik buyruk ve ödev ahlakı ile insanın değerini ortaya koymuştur. Ceza hukukunda kusurluluk, hukuka aykırılık gibi kavramların gelişmesine öncülük

¹⁰⁰ Üzülmüş, İlhan (2001). “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri”. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-4), 265-266.

¹⁰¹ Fletcher, a.g.e, s.198 vd.

¹⁰² Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.123.

¹⁰³ G. Wilhelm Hegel, Tarihte Akıl(Çev. Ö. Sözer) İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 1995, s.107.

¹⁰⁴ Hegel, a.g.e, s.116.

etmiştir¹⁰⁵. Bu bağlamda haksız tahrik de insanın özgür iradesini etkileyen bir durum olarak kusurlulukla bağlantılıdır. Haksız tahrikin cezada indirim sebebi olarak ele alınmasında ve kusurluğunun değerlendirilmesinde Kant, Feuerbach gibi Alman filozoflarının felsefi görüşleri oldukça önemlidir.



¹⁰⁵ Niyazi Öktem, A. Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, Der Yayınları, 2003, s.167.

İKİNCİ BÖLÜM

2. KUSURLULUĞU AZALTAN BİR HAL OLARAK HAKSIZ TAHRİK

2.1. KAVRAMIN TARİHİ GELİŞİMİ

İlkel toplumlarda suçun manevi unsuru ve kusur dikkate alınmamıştır. O dönemlerde önemli olan sadece toplum düzenini bozan, zarar meydana getiren bir fiilin vuku bulmasıdır. Failin suçu işleyiş şekli, kast veya saik önemli olmadığı gibi iradenin etkilenmiş olmasına da değer atfedilmemiştir¹⁰⁶. Antik Yunan'da ise İslam hukukundaki gibi zina halinde yakaladığı eşini öldüren için ceza verilmemesi öngörülmüştür¹⁰⁷.

Onur kavramının yüceltiildiği eski Yunan'da haksız tahrik kısas gibi değerlendirilmiş ve Aristo'nun; makul ve iradesine hâkim bir insanın haksızlığa uğraması halinde karşılık verme isteğinden kendini alamayacağı düşüncesiyle meşruiyet kazandırılmış olan bu uygulamayla, haksız fiile orantılı bir karşılık mazur görülmüştür. İnsan kendine hakim olmak bakımından nefsiyle sürekli bir mücadele içerisinde. Kişinin maruz kaldığı bir haksızlık bu mücadelede iradeyi zayıflatacaktır¹⁰⁸. Bu düşünce de aslında irade özgürlüğüne antik dönemden yapılmış bir gönderme gibidir ve modern ceza hukukunu etkilediğine kuşku yoktur.

Roma hukukunda ise ilk zamanlar suç, kişiler arasındaki haksız fiil bazında özel hukuk meselesi olarak görülmekteydi. Önceleri ilkel zamanlardaki gibi netice sorumluluğu vardı ve faili suça iten nedenlerle ilgilenilmiyordu. Bu objektif sorumluluk anlayışının zayıflaması ve suç işleyen subjektif durumuna önem vermeye başlaması cumhuriyet devrinin sonlarına doğru olmuştur¹⁰⁹. Burada da eski Yunan ve İslam hukukundakine benzer şekilde eşini veya kızını ortak konutta

¹⁰⁶ Kayıhan İçel, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967, s.32.

¹⁰⁷ Devrim Aydın, Haksız Tahrik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s.16.

¹⁰⁸ Aristoteles, a.g.e, s.316-351.

¹⁰⁹ Kayıhan İçel, Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.41-42.

zina ederken yakalayan erkeğin öfkelenip o anda onu öldürmesi durumunda ceza verilmeyeceği “Lex Iulia Adulteriis” kanunuyla hükme bağlanmıştır¹¹⁰. Bu kanunda düzenlenen cezasızlık hali daha sonra indirim sebebi olmak üzere yeniden düzenlenmiştir. Kadının birileriyle ilişkiye girmesi “pater familias” olan erkeğin egemenlik hakkına saldırı teşkil ettiğinden haksız fiil olarak görülmüştür¹¹¹. Burada iradeyi zaafa uğratan başlıca psikolojik durumlardan olan ‘öfke’ den bahsedilmesi, günümüz haksız tahrik kurumu açısından yol gösterici olmuştur.

Kilise hukukunda da ilk zamanlar netice sorumluluğu esas alınırken, daha sonra insanın serbest iradesinden ötürü sorumlu olduğu ve Hristiyanlık gereği kişinin ancak iradi fiillerinden dolayı cezayı hak ettiği düşüncesi yaygınlaşmıştır. Fail ile netice arasındaki bağlantı arayışı kusurluluk kavramının ceza hukukuna girmesine ön ayak olmuştur¹¹². Tevrat’ta da cezası ölüm olan adam öldürme suçunun failine bu cezanın verilebilmesi için failin kasten hareket etmiş olmasının aranması, iradeye önem verildiğini gösterir¹¹³. Ayrıca Tevrat’taki kısas düzenlemesiyle denkleştirme düşüncesinin de etkili olduğunu görürüz. Buna karşılık Hristiyan felsefesinde Tevrat’a atıfla bu müessese yumuşatılmıştır: “Göz yerine göz, diş yerine diş denildiğini işittiniz. Fakat ben size derim: Kötüye karşı koyma ve senin sağ yanağına kim vurursa ona ötekini de çevir” denerek affetmek yüceltilmiş, bunun yanında adam öldürenin cezasının diyet olarak belirlenmesi yoluna gidilmiştir¹¹⁴.

Roma hukuku üzerine yapılan çalışmalar müşterek ceza hukuku dönemine ışık tutmuş ve -üç yüz yıla yakın uygulanmış, Alman ceza hukukunun temelini oluşturan ve diğer Avrupa ülkelerine örnek olan- “Constitutio Criminalis Carolina” kanununa kaynak teşkil etmiştir. Bu kanunda öldürme suçu tasarlayarak ve öfke nedeniyle öldürme olarak ikiye ayrılmış ve anlık öfkeyle adam öldürme için tasarlayarak öldürmeye nazaran daha hafif ceza öngörülmüştür¹¹⁵ ki bu düzenleme,

¹¹⁰ Lex Iulia de Adulteriis (18 B.C.), Chapter 2, <https://www.csun.edu/~hcfil004/Adulteriis.html>, E.T. 15.11.2018.

¹¹¹ Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s.37.

¹¹² İçel/Donay, a.g.e, s.44.

¹¹³ İçel, a.g.e, s.32.

¹¹⁴ Bilal Uçar, “İslam Ceza Hukukundaki Kısasın İdamla Karşılaştırılması”, Journal of Urban Academy, 8(4), 2015, s.4.

¹¹⁵ Bostancı Bozbayındır, a.g.e, s.37-38.

mukayeseli hukuk kısmında göreceğimiz üzere günümüz Anglo-Sakson ve Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinde de kendine yer bulmuştur.

İslam hukukunun birincil kaynakları Kur'an ve sünnettir. Sünnet, peygamberin söz veya davranışlarıdır. Sözlü olan sünnete hadis de denir. İslam hukukunda cezalar; had cezaları, kısas, diyet ve ta'zir cezalarıdır. Had, kısas ve diyet bu kaynaklarda belirlenmişken ta'zir cezalarının tayini siyasi otoriteye bırakılmıştır¹¹⁶. Uygulama noktasında geçmişte ve günümüzde ülkeler arasında önemli farklılıklar olsa da en azından İslam'ın ana kaynaklarında irade özgürlüğünün tanındığını, iradeyi zaafa uğratan sebeplerin sorumluluğa etki ettiğini ve denkleştirme düşüncesinin olduğunu görmemiz mümkündür. Örneğin *“Biz ona doğru yolu gösterdik. Artık ister teşekkür eder ister nankörlük¹¹⁷...”* ayetiyle irade özgürlüğüne dikkat çekilmiştir. *“Allah, zulme uğrayanların dışında, çirkin sözün açıkça söylenmesinden hoşlanmaz¹¹⁸”* ayetinde de ileride değineceğimiz Türk ceza hukukundaki özel haksız tahrik halleri bahsindekine benzer şekilde haksız fiile karşı hakaretin mazur görüldüğünü söyleyebiliriz. *“Sövüşen iki kişinin söyledikleri başlayana aittir. Mağdur haddi aşmadıkça”* hadisinde ise -yine günümüz Türk ceza hukuku haksız tahrik uygulamasındaki gibi- haksız fiile sebebiyet verenin sorumluluğunun devam ettiği, bununla beraber orantısız bir karşılığın haksızlık vasfını tekrar kazanacağı ifade edilmiştir¹¹⁹.

İslam hukukundaki ödetme/denkletirme düşüncesi ise kısas ve diyet cezalarında açığa çıkmaktadır. *“Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ancak her kim, ölenin kardeşi tarafından bir şey karşılığı bağışlanırsa o zaman örfe uyması ve diyeti ona güzellikle ödemesi gerekir.”* ve *“Kısasta sizin için hayat vardır ey temiz akıl sahipleri! Ümit edilir ki sakınırsınız¹²⁰.”* gibi ayetlerde misliyle mukabele emredilmiş ve bağışlanma durumunda dahi bu bedel mala çevrilmiştir.

¹¹⁶ İlhan Akbulut, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, AÜHFD, 52(1), 2003, s.169.

¹¹⁷ Kur'an-ı Kerim Meali, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2011, 76(3).

¹¹⁸ Kelime Mealli Kur'an-ı Kerim (Sadeleştirilmiş Elmalılı M. Hamdi Yazır Meali), İstanbul, Nuh Yayınları, 2012, 4(148).

¹¹⁹ Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları, 2014, s.132.

¹²⁰ Kelime Mealli Kur'an-ı Kerim, 2(178-179).

2.2. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİK

Modern ceza hukuku sistemlerinde devlet; insan özelliklerini, davranış biçimlerini, bireyin toplumla olan ilişkilerini ve kişinin çizdiği suçlu psikolojisini, suçu işleyen objektif ve sübjektif nedenlerini dikkate almaktadır. İnsanın dış dünyaya yansıyan davranışlarını değerlendiren ceza hukuku, kişinin davranışlarında iç dünyasının, o anki ruh halinin ve genel psikolojik özelliklerinin önemi bulunduğunu kabul etmektedir ve bu psikolojik durumlara, insan doğasına belli bir hukukî değer vermektedir. Modern ceza hukuku sadece işlenen suçu değil, suçun işlenmesine etki eden nedenleri, failin kişiliğini ve fiilin işleniş biçimini de göz önünde tutarak cezalandırma yoluna gitmektedir¹²¹.

Türk Ceza Kanunu'nda da benzer şekilde failin suçu işlerken içinde bulunduğu ruh hali, fiili işlemedeki niyeti, kişiliği gibi durumlar dikkate alınarak kodifikasyon yapılmıştır. Kusur sorumluluğunun esas alındığı ceza hukukumuzda kusurluluğu azaltan bir hal olarak Türk Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrik düzenlemesi bu bakımdan oldukça önemlidir.

Haksız tahrik müessesesi Osmanlı ceza hukukunda da kendine yer bulmuştur. Kanunnamelerde ve fetvalarda özellikle öfkenin bir indirim sebebi veya cezayı kaldıran bir sebep olduğunu görmek mümkündür. Örneğin meşhur şeyhülislam Ebussuud Efendi bir fetvasında evli çocuğu olan bir koca kadının genç bir erkekle evlenmesine sinirlenen oğlunun, düğün gecesi annesinin evini taşlaması olayında öfke etkisinde suç işleyen evlada ceza verilmemesine hükmetmiştir¹²² Bozok sancağı kanunnamesinde de idaresi altındaki halkı inciten ya da keyfî davranan sipahinin halk tarafından dövülmesi durumunda halktan müessir fiili işleyen kişilerin cezalandırılmaması öngörülmüştür¹²³.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unun 188. maddesi uyarınca karısını ya da diğer mahrem akrabasından birini zina halinde yakalayan kimse, zina edenlerden birini veya her ikisini döver, yaralar veya öldürürse affedilir. Sadece aynı yatakta görüp de bu

¹²¹ Devrim Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik". AÜHFD, 54(1), 2005, s.225-229.

¹²² Ebussuud, No: 44, Aktaran: Avcı, a.g.e, s.133.

¹²³ Avcı, a.g.e, s.133.

fiillerden birini gerçekleştirirse mazur sayılır ve on beş yıl kürek cezası yerine üç aydan üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılmak suretiyle cezası indirilir¹²⁴.

Haksız tahrik, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda şöyle düzenlenmiştir¹²⁵:

- *Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.*
- *Tahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.*
- *Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.*

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında 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 fiilin doğurduğu öfke ve elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karışıklığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir*¹²⁶.”

Haksız tahrik, şu anda yürürlükte olan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise 29. maddede esas olarak ve 129. maddede hakaret suçuna ilişkin özel bir hükümlerle düzenlenmiş ceza sorumluluğunu azaltan bir nedendir. Buna göre: “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet*

¹²⁴ Avcı, a.g.e, s.133-134.

¹²⁵ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01/03/1926, Yayımladığı Resmî Gazete Tarih: 13/03/1926, Sayısı: 320, m.51.

¹²⁶ YCGK. 19.11.1990, 1-254/277, Aktaran: M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2012, s.673.

*hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir*¹²⁷.” Ayrıca hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde faile ceza verilmeyecek, haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi veya hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde, olayın mahiyetine göre cezada indirim yapılacak veya iki tarafa da ceza vermekten vazgeçilebilecektir¹²⁸. Ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak kanunun genel hükümleri arasında düzenlenen haksız tahrikin TCK’nın 214. maddesinde düzenlenen ‘suç işlemeye tahrik¹²⁹’ suçundan farklı olduğunu yeri gelmişken belirtmemiz gerekir. Söz konusu düzenlemede belirtilen, bir başkasını suç işlemesi için kışkırtmadır ve bu başlı başına bir suç sayılmıştır. Burada haksız tahrikte olduğu gibi fail aleyhine haksız bir fiil işlemek suretiyle onu öfke veya üzüntüye sevk eden kişinin suça maruz kalması durumu yoktur.

Tüm suçları kapsayıcı olarak düzenlenen 29. maddenin gerekçesinde öncelikle hiddet ve şiddetli elem üzerinde durulmuştur. Şiddetli elemin insanı aslında pasif bir hâle sokması daha muhtemel olsa da burada bahsedilen, öfkeye yönelten bir üzüntü halidir. Maddede sadece hiddetin yer alması yeterli olmasına rağmen uygulama kolaylığı açısından şiddetli elemin de eklenmesi uygun görülmüştür. Öte yandan, failin hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında olması yetmemekte, bu etkiye yol açan bir haksız fiil de aranmaktadır. Bunun da özellikle töre ve kan gütme saikiyle öldürme suçlarında haksız tahrik kurumunun yanlış uygulanmasının önüne geçmek maksadıyla metne dahil edildiği belirtilmiştir¹³⁰.

Haksız fiil, hukuk düzenince tasvip edilmeyen davranış anlamına gelir ve bu fiili gerçekleştiren kişilere karşı işlenen suçlarda haksız tahrik indirimi söz konusu olur. Bir suçun mağduru olmak haksız fiil değildir. Dolayısıyla suç mağduruna karşı

¹²⁷ TCK, m.29.

¹²⁸ Erhan Günay, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.11-15.

¹²⁹ (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, on beş yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi hâlinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır. TCK, m.214.

¹³⁰ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 434, Aktaran: Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.164.

işlenen suçlarda haksız tahrik indirimi uygulanamaz. Bu durum ülkemizde çoğunlukla tecavüze maruz kalmış kadınların utanç unsuru olarak görülüp aile fertlerinden biri tarafından öldürülmesi şeklinde ortaya çıkar. Son olarak, yeni kanunda 765 sayılı TCK'daki hafif-ağır tahrik ayırımına yer verilmemiştir. Bunun yerine alt ve üst sınırlar belirlenip hâkime olayın özelliklerine göre indirim miktarını belirleme yetkisi tanınmıştır. Bununla beraber değerlendirmeye esas haksız fiilin failde hiddet veya şiddetli elem doğurmaya yetecek ağırlıkta olması aranmaktadır¹³¹.

İnsan psikolojisinde hiddet veya şiddetli bir elem etkisiyle meydana gelen “buhran hali” sonucunda işlenen suçlarda iradenin ve dolayısıyla kusurun etkilenmesi nedeniyle ihdas edilen haksız tahrik kurumu, kışkırtmadan dolayı cezada indirim yapılmasını sağlamaktadır¹³². Tahrik kelimesi Arapça kökenli bir sözcük olup genel manada; hareket ettirme, kımıldatma, yola çıkartma, harekete geçirme, etki yapma, kışkırtma, oynatma, bir kimseyi kötü iş yapması için ileri sürme gibi anlamlara karşılık olarak kullanılmaktadır¹³³. Tahrik, kişinin iradesinin uyandırılması ya da belirli bir yöne hareket ettirilmesi ile gerçekleşebilir. Aslında kişi bu durumda suç işlemeye yönelik bir tutumu olmamasına rağmen olumsuz bir baskıyla, elinde olmadan iradesinin etkilenmesi sebebiyle, suç işlemeye yönelmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki tahrik; bir kişiye yönelik olan, dış dünyadan kaynaklanan ve kişinin iç dünyasında psikolojik etkilere yol açan bir fiildir. Kişinin dış dünyasının etkisi olmaksızın kendi iç dünyasından gelen ve psikolojisinde değişimler yapan etkiler ceza hukuku anlamında tahrik olarak kabul görmemektedir¹³⁴.

Haksız tahrik hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu etkileyen bir sebeptir. Bu yüzden haksız tahrik altında işlenen hareketin hukuka aykırılık hali devam eder ve haksız tahrik failin hareketini hukuka uygun hale getirmez. Yaygın kanaate göre yalnızca failin kınanabilirliğini azaltan bir durum gerçekleşmektedir¹³⁵. Haksız tahrik kusuru tamamen ortadan kaldırmamaktadır¹³⁶. Bundan dolayı cezada

¹³¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 434, Aktaran: Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, a.g.e, s.164.

¹³² Dilaver Ekerbiçer, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.5.

¹³³ Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, Aydın Kitabevi, 2007, s. 1021.

¹³⁴ Ekerbiçer, a.g.e, s.4-6.

¹³⁵ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.436-437.

¹³⁶ Burcu Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHFİM C.LXXI, 1, s.271-275.

sadece indirim yapılmasını öngörür. Hiddetin etkisindeki kişinin kendisini suç işlemekten alıkoyma iradesini büsbütün kaybedebileceği kanunen kabul edilmemiştir¹³⁷.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Ceza Kanunu failin öfke, ruhsal çöküntü gibi psikik durumlarının suç işlemede önemli bir neden olduğu gerçeğinden hareketle onun bu psikolojik durumlarına belli bir hukuksal değer atfederek failin bu sıradışı ruh halini “kusurluluğu etkileyen haller” arasında görmüştür. Kendisine yöneltilen haksız hareketler sonucunda sakinliğini koruması gerekirken bunu yapamayarak duygusal çöküntüye düşen, duyduğu öfke veya üzüntü nedeniyle suç işleyen failin bu etkilenmesine hukukî bir değer tanımak çağdaş ceza adaletinin gereğidir¹³⁸. Ancak tüm öfke ve üzüntü halleri Türk Ceza Kanunu tarafından cezada indirim için esas alınmamaktadır. Haksız tahrikin meydana gelebilmesi için haksız fiile maruz kalan failin hiddet veya şiddetli elemin etkisindeyken haksız fiili işleyene karşı suç işlemesi gerekir.

Aşağıda haksız tahriki mağdur ve fail yönüyle inceleyeceğiz. Burada mağdur ilk haksız fiili gerçekleştirip suça maruz kalan, fail ise haksız fiilden etkilenip suç işleyen anlamında kullanılacaktır.

2.2.1. Mağdur Yönüyle Haksız Tahrik

Türk Ceza Kanunu’nun; “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisiyle suç işleyen kimseye...” ifadesiyle başlayan 29. maddesinde ‘haksız fiil’ kısmı suçun mağduruna yazılmaktadır. Bir anlamda mağdur kendi haksız fiiliyle karşı tarafı tahrik etmiş; yani kasten ya da bilmeden, istemeden faili suç işlemesi yönünde harekete geçirmiştir.

Son zamanlarda medyada da sıkça yer aldığı üzere cinsel taciz ve cinsel saldırı suçlarının arttığını görmekteyiz. Bazı yargılamalarda savunma tarafının talep ettiği haksız tahrik indirimi toplumda hararetli tartışmalara yol açmaktadır. “Ne gibi bir hareket tacizci veya tecavüzcüyü tahrik etmiş olabilir?” “Dekolte giyinmek hukukî anlamda tahrik sayılır mı?” gibi sorular farklı kesimler tarafından uzun süre tartışılmış ve tartışılmaya da devam etmektedir. Benzer şekilde bir spor kulübünün

¹³⁷ Ekerbiçer, a.g.e, s.12.

¹³⁸ Aydın, 2005, a.g.m, s.228-229.

formasını giydiği için kişinin başka kulüp taraftarları tarafından darp edilmesi durumunda yine ceza hukuku bağlamında bir tahrikin olup olmadığı tartışması da güncel meselelere bir başka örnek teşkil etmektedir.

Kurumun öngördüğü indirim oranlarının cezanın caydırıcılığı ilkesine ters düşmesinden bahisle haksız tahriki düzenleyen maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş¹³⁹, ancak mahkeme: *“Yasanın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiç bir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl 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”* ifadesiyle, her ne kadar asıl ihdas ediliş amacını atlamış olsa da, bu kurumun varlığını gerekli görerek başvuruyu reddetmiştir¹⁴⁰.

Haksız tahrik, içeriği sebebiyle sınırları kesin hatlarla belirlenebilecek nitelikte bir kurum değildir. Bu içerikte mağduru ilgilendiren yönüyle ‘haksız fiil’, mevzuatta tahdidî olarak düzenlenemeyen, belli ölçütlerle her olaya ilişkin olarak hâkim tarafından takdir edilen felsefi-sosyolojik bir hukuk kavramıdır. Haksız tahrik kurumunun toplum gündeminde her dönemde popüler bir tartışma konusu olmasının en önemli nedeni belki de budur. Bu sebeple öncelikle haksız fiil kavramı üzerinde durmakta fayda görüyoruz.

2.2.1.1. Haksız Fiil

Fiil dediğimizde öncelikle insan hareketleri akla gelmelidir. İnsan dışındaki varlıklar ya da doğa olaylarından kaynaklanan ve dış dünyada etki bırakan olay veya durumlar ceza hukuku anlamında fiil sayılmaz. Zira bu hallerde bir haksızlık

¹³⁹ Z. Temel Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(3-4), 2010, s.21.

¹⁴⁰ AYM, 19.02.2009, 25, Aktaran: Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.348.

değerlendirmesi söz konusu değildir. Öte yandan haksızlık teşkil eden insan davranışları icrai veya ihmali olabilir¹⁴¹.

Common Law ya da diğer adıyla Anglo-Sakson hukuk sisteminde haksız fiil kavramı pratik olarak ele alınmıştır. Buna göre haksız fiiller deyimi yerindeyse matbu olarak sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Savcılık makamı ya da haksız fiile maruz kalan kişi dava açmak istediğinde öncelikle hareketin listede belirlenen fiillerden, örneğin kişiliğe tecavüz, mala tecavüz vs. olup olmadığına bakılacaktır. Hangi fiillerin bu kapsamda değerlendirileceğinin takdiri de yorum gerektirmekte ise de bir içtihatlar hukuku olan Common Law sisteminde bunların tespiti önemli ölçüde yerleşmiştir. Ülkemizin de dâhil olduğu Roma Hukuku temelli Kıta veya Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde ise haksız fiilin varlığı için birtakım kriterler belirlenmiştir. Bununla ilgili temel kıstas, fiilin bir hakkı veya hukukun koruduğu bir menfaati ihlal etmesidir¹⁴².

Haksız fiil kavramı bir ülkenin hukuk sistemi içerisinde de yeknesak değildir. Çakıştığı noktalar olsa da örneğin medeni hukuk ve ceza hukukunda farklı anlamda değerlendirilebilmektedir. Suç, unsurları itibariyle haksız fiili kapsadığından ceza hukuku anlamında her suç haksız fiil teşkil eder diyebiliriz. Bunun tersi için ise bir genelleme söz konusu değildir. Yani haksız fiil ancak tipiklik, hukuka aykırılık, maddi ve manevi unsurları haiz ise suç teşkil eder¹⁴³. Bununla beraber suç sayılan her fiil medeni hukukta haksız fiil sayılmayabilir. Çünkü medeni hukukta zarar ve tazmin esası vardır ve her suç tazmin edilecek bir zarar doğurmayabilir¹⁴⁴. Aynı şekilde medeni hukukun haksız saydığı bir fiil, yukarıda sayılan unsurları içermediği müddetçe suç sayılmayacaktır¹⁴⁵.

Hukuka aykırı olan her hareket haksız fiildir¹⁴⁶. Bu sebeple fiil suç sayılmasa veya borçlar hukukunun haksız fiil kriterlerine uymasa dahi ceza hukuku anlamında haksız fiil olabilir. Tazminat hukukunda fiilin haksız sayılması için genel olarak icrai

¹⁴¹ Kangal, a.g.m, s.34-41.

¹⁴² Selin Özden Merhacı, "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", Ankara Barosu Dergisi, 4, 2012, s.180-183.

¹⁴³ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.198-200.

¹⁴⁴ Askeri bölgelere izinsiz girme gibi.

¹⁴⁵ A. Mithat Kılıçoğlu, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHFD, 29(3), 1951, s.185-187.

¹⁴⁶ Yarg. 1. CD. 9.7.1981, 3551/3407, Aktaran: Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoglu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999, s.1005.

veya ihmali bir hareketin hukuka aykırılık-kusur-zarar-nedensellik bağı unsurlarını taşıması gerekir¹⁴⁷. Ceza hukukunda ise fiilin hukuk düzenince tasvip edilmemesi, toplumun genel davranış kurallarına aykırı olması haksız olarak değerlendirilmesi için yeterlidir¹⁴⁸. Bunun takdirinin hâkime bırakılması ise yukarıda değinildiği üzere haksız fiilin felsefi-sosyolojik yönünü ön plana çıkarmaktadır.

Hâkim, tahrik teşkil eden fiilin haksız olup olmadığına toplumun sosyal değerleri, genel ahlak, kamu menfaati gibi sosyal olguları göz önünde bulundurarak karar verecektir. Haksız tahrik kurumu her ne kadar failin iradesinin zaafa uğraması sebebiyle bir indirim sebebi olarak ihdas edilmişse de felsefesinde failin işlediği suç ile mağdurun haksızlık teşkil eden davranışının denkleştirilmesi de yatmaktadır: *“Türk doktrininde de haksız tahrikin hukuki esası bu görüş çerçevesinde açıklanmaktadır. Buna göre, haksız tahrik altında fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu, failin saikinin normal olmayışı ile birlikte, suçun işlenmesine mağdurun da sebebiyet vermesini dikkate alarak cezada indirim yoluna gitmektedir¹⁴⁹.”* Bu nedenle karar verilirken mağdurun fiilinin bir karşılığı hak edip etmediği de değerlendirilmelidir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki konumuz kapsamındaki haksız fiilin faile karşı işlenmesi şart değildir. Bir hakka yönelen, bir normu veya ahlak kuralını ihlal eden, hukukun cevaz vermediği icrai veya ihmali davranış failin yakınlarına, tanımadığı birilerine, malına, hayvan veya cansız bir varlığa yönelik de olabilir. Yeter ki faili suç işlemeye sevk eden haksız bir hareket olsun¹⁵⁰. Böyle olunca failin şahsı veya malına yönelmeyen bir fiilin faile ait hangi hakkı ihlal ettiği sorusu akla gelebilir. İnsanlık fen bilimlerinde olduğu gibi insan hakları noktasında da birikimli ilerlemektedir. İnsan hakları kavramının ortaya çıktığı ilk zamanlar bireyin yaşam hakkı gibi en zaruri haklar üzerinde mutabakat sağlanmışken, sanayi devrimi ve halkın yönetime katılması sosyal ve siyasal hakları doğurmuştur. Yakın zamanda

¹⁴⁷ H. Tahsin Gökcan, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.32-49.

¹⁴⁸ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.548.

¹⁴⁹ Yarg. 1.CD, 21.9.1995, K. 2485, Aktaran: Günay, a.g.e, s. 258.

¹⁵⁰ Nevzat Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Barosu Dergisi, 27(6), 1951, s.342.

ekonomik ve kültürel gelişmeler, şehirleşmenin hızla artması bir arada yaşama kurallarını zorunlu kılmış, bunun sonucunda ise çevre hakkı gibi toplumun her bir ferdi ilgilendiren kolektif haklar ortaya çıkmıştır ki bunlara üçüncü kuşak haklar da denmektedir¹⁵¹. Bu kapsamda örneğin birinin çevreyi kirletmesi ya da hayvanlara eziyet etmesi, orada yaşayan her bir bireyin hakkını ihlal etmek anlamına gelecektir.

Haksız fiilin manevi unsurunun bir öneminin olmadığını da belirtmek gerekir. Yani mağdur haksızlık teşkil eden fiili kasten, olası kastla veya taksirle işlemiş olabilir. Fiilin hangi saikle işlendiği de önem arz etmemektedir¹⁵². Aşağıda açıklayacağımız üzere fiilin haksız olması için suç kapsamına girmesi gerekmediği, dolayısıyla suçun manevi unsurlarının haksızlık değerlendirmesinin dışında kaldığı söylenebilir.

Yargıtay kararlarına baktığımızda haksız fiilin toplumun dinamiklerine bağlı değişken bir kavram olduğunu görmekteyiz. Eşe karşı kasten öldürme ile ilgili bir kararında Yargıtay ceza dairesi, kadının eşiyle cinsel birleşmeden imtina etmesini haksız bir fiil olarak görmemiştir¹⁵³. Öğrenciye tokat atan müdür yardımcısı ile ilgili bir başka kararda ise; müdür yardımcısı sınıftan çıkarken öğrencinin arkadan gülmesinin disiplinsiz bir davranış olduğu, dolayısıyla tahrike konu haksız bir fiil olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁴.

Şüphesiz ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler bu tür kararlar verirken toplumun beklentilerine, kamuoyundaki tartışmalara kayıtsız kalamamaktadır. Yukarıdaki kararlar yakın zamana aittir. Düşüncemize göre ataerkil toplum yapısına sahip ülkemizde erkek hâkimiyeti gün geçtikçe tartışılmakta ve zayıflamaktadır. Feminist hareketler, kadın hakları ile ilgili faaliyetler, batıdaki gelişmelere ayak uydurma çabası, iletişim ağlarının gelişmesi gibi olgular kadın ile erkeği aynı seviyeye yaklaştırmıştır. Bu da herhangi bir düzenlemeye gerek kalmaksızın yargı kararlarına, yargıçların yorumlarına yansımaktadır. Aynı şekilde öğretmen-öğrenci ilişkisinde “eti senin kemiği benim” anlayışının uzun yıllar hüküm

¹⁵¹ Aydın Turhan, “İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2013, s.369-370.

¹⁵² Kayıhan İçel, A. Hakan Evik, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s.228.

¹⁵³ Yarg. 1. CD, 24.9.2007, 4529/6751, Aktaran: M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, TCK Şerhi Genel Hükümler Cilt 1, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, m.29.

¹⁵⁴ Yarg. 4. CD, 12.12.2007, 6712/10744, Aktaran: Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2009, a.g.e, m. 29.

sürdüğü ülkemizde dayak, öğretmenin tedip hakkı kapsamında görülüp adli vaka olması bir yana, çoğunlukla idari soruşturmaya dahi konu olmazken son yıllarda dünyanın tüm modern ülkelerinde olduğu gibi Türkiye’de de öğretmenlerin fiziki müdahalesi kabul edilebilir görülmemektedir. Bu sebeple öğrencilerin disiplinsiz davranışları ancak haksız tahrik bağlamında haksız fiil olarak değerlendirmeye alınmıştır.

Ceza hukukunda haksız fiilden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir düzenleme, öğretide genel kabul görmüş muğlaklıktan uzak sağlam bir nitelendirme veya elle tutulur akademik bir çalışma ne yazık ki yoktur. Hukukun tasvip etmediği, genel davranış kurallarına aykırı hareketler gibi yuvarlak ifadeler belki de uygulamadaki istikrarsızlığın temel nedenidir. Bu sebeple Borçlar Kanunumuzun haksız fiillerden doğan borç ilişkileri ayrımında “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*”¹⁵⁵ düzenlemesinde belirtilen kusurluluk ve hukuka aykırılık kriterleri üzerinde durup bunların ceza hukukunda ve bilhassa konumuz itibariyle ne derece geçerli olduğuna değinmek yerinde olacaktır.

2.2.1.1.1. Fiilin Hukuka Aykırılığı

Fiilin hukuka aykırılığı ile ilgili subjektif ve objektif olmak üzere iki teori ortaya atılmıştır. Subjektif teoriye göre ortada bir hukuka uygunluk sebebi yokken karşındakine zarar veren her fiil hukuka aykırıdır. Bu teori uyarınca zararın türünün bir önemi yoktur. Söz konusu fiil bir mutlak hakka tecavüz teşkil edebileceği gibi, sadece mali bir zarara yol açmış da olabilir. Objektif teoride ise temelde bir norm ihlali yer alır. Yani fiilin hukuka aykırı sayılması için sadece zarara yol açması yeterli olmayıp, herhangi bir hukuk kuralına aykırı olması da gereklidir¹⁵⁶.

Bu hukuk kuralının yazılı veya yazısız olması önemli değildir. Yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, özel yaşamın gizliliği gibi mutlak haklar konusunda yazılı düzenlemelerin olması şart değildir. Bu hakları ihlal etmemek, herkesçe bilinen ve uyulması gereken davranış normlarıdır. Mutlak hakları ihlal niteliğinde olmayan

¹⁵⁵ Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, Resmî Gazete ile Neşir ve İlanı: 4 Şubat 2011, Sayı: 27836, m.49.

¹⁵⁶ Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka aykırılık Unsuru”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1), 2017, 468-470.

fiiller ise mevzuatta var olan bir yazılı kuralı ihlal ediyorsa hukuka aykırıdır. Çünkü bu kuralların dolaylı olarak mutlak hakları veya bunlara bağlı ferî hakları koruduğu ön kabulü vardır. Türk hukukunda da objektif teori ağır basmaktadır. Buna ek olarak BK m. 49 un ikinci fıkrasında ahlaka aykırı fiiller de haksız fiil olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁷.

Ceza hukukumuz açısından da bu kıstasların kabul edilmesi olanaklıdır. Ancak burada davranışın karşı tarafa verdiği zarar, özel hukuktaki anlamıyla maddî veya manevî tazminata konu olan bir zarar değildir. Haksız tahrik bakımından fiilin failde öfke ya da şiddetli üzüntü doğuran ve bu sebeple suç işlemeye sevk eden hukuka aykırı bir davranış olması ‘zarar’ olarak yeterlidir. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere haksız fiilin failden bağımsız üçüncü kişilere, canlı veya cansız varlıklara karşı işlenmiş olması da mümkündür.

Ceza hukuku açısından haksız fiilin temel kıstası hukuka aykırılıktır. Bu bakımdan ortada bir hukuka uygunluk nedeni varsa artık fiili haksız olarak değerlendirme imkânı kalmaz. Ceza kanunumuzdan ve uygulamasından çıkarılan sonuçlara göre hukuka uygunluk sebepleri: meşru müdafaa, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve görevin ifasıdır¹⁵⁸. Mağdurun faili tahrik eden hareketi, kendisine veya başkasına yönelen mevcut ya da kuvvetle muhtemel bir saldırıyı defetme¹⁵⁹ kapsamındaysa bu fiil artık haksız olarak değerlendirilemeyeceğinden haksız tahrik kurumu uygulama alanı bulamaz. Benzer şekilde mağdur, ilgilinin rızası kapsamında hareket etmişse fiil yine hukuka uygundur. Meğerki ilgilinin rıza göstermeye ehliyeti bulunmasın ve rıza gösterdiği husus, üzerinde tasarruf edebileceği haklardan olmasın¹⁶⁰.

Failde hiddet veya şiddetli eleme sebebiyet veren bir fiil toplum tarafından hoş karşılanmasa dahi mağdurun hukuk düzenince kendisine tanınan bir hakkı veya yetkiyi kullanması da fiilin haksız olarak ele alınmasına mâni olur. Eşlerden birinin diğerine boşanma davası açması, polisin kaçan zanlıyı durdurmak için ayağına ateş etmesi, kadının dekoltesi giyinmesi, bir kimsenin taraftarı veya mensubu olduğu bir

¹⁵⁷ Kurtulan, a.g.m, s.470-477.

¹⁵⁸ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.427.

¹⁵⁹ TCK m.25/1.

¹⁶⁰ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.489-491.

kulübün ya da siyasi partinin amblemini taşıması ve benzeri davranışlar haksız fiil olarak değerlendirilemez¹⁶¹. Bununla beraber, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*¹⁶²” ifadesinden de anlaşılacağı üzere fiil, kişiye tanınmış bir hakkın kullanımı olsa da bunun kötüniyet taşıması davranışı haksız fiil kapsamına sokabilir. Örneğin biri Fenerbahçe diğeri Galatasaray taraftarı iki arkadaştan birinin Fenerbahçe’nin derbi galibiyeti sonrası sırf arkadaşını kızdırmak için etrafında Fenerbahçe formasıyla dolaşması haksız fiil olarak görülebilir.

Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması da hukuk düzeninin tasvip etmediği bir durumdur¹⁶³. Bu sebeple meşru müdafaa ile ilgili: “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*¹⁶⁴” şerhi hariç olmak üzere, tabiri yerindeyse hukuka uygunluk sebeplerinin çizdiği çemberin dışına taşan davranışların haksızlığı tekrar gündeme gelecektir.

Mağdurun haksız fiilinin, failin daha önceki haksız bir davranışından kaynaklanması ihtimali de özellik arz eder. Bu durumda mağdurun tepkisi orantılı ise artık bu fiil haksız tahrik müessesesi anlamında haksızlık teşkil etmez. Yargıtay’a göre kendi kusurlu hareketleriyle olaya neden olan sanık lehine tahrik hükümleri uygulanamaz¹⁶⁵. Ancak söz konusu karşı hareket makul bir ölçüyü aşarsa fiilin haksızlık durumu yeniden gündeme gelir. Yargıtay da bir kararında: “*Sanığın, maktule söverek ilk haksız hareketi gerçekleştirdiği olayda; maktulün de aynı şekilde karşılık verdiği, sonra da maktule tokat attığı, etki-tepki arasındaki dengenin sanık yararına bozulduğu anlaşılacakla, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin asgari oranda uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi*¹⁶⁶...” demek suretiyle haksız

¹⁶¹ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.548-549.

¹⁶² Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 41, m.2.

¹⁶³ Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. TCK, m.27/1.

¹⁶⁴ TCK, m. 27/2.

¹⁶⁵ YCGK, 02.11.1999, 1-258/256, Aktaran: Mater Kaban, Halim Aşaner, Özcan Güven, Gürsel Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001). Ankara: Adalet Yayınevi, 2001, s.109.

¹⁶⁶ Yarg. 1. CD, 6.1.2012, 5284/49, Aktaran : Artuk/Gökçen, a.g.e, s.549.

hareketler arasındaki dengeye dikkat çekmiştir. Burada haksız tahrik kurumunun denkleştirme, bir diğer deyişle ödetme yönü ortaya çıkmaktadır. Özel haksız tahrik halinde de değineceğimiz üzere kanun koyucu bir nevi birbirine denk karşılıklı haksız fiillerin birbirini elediği düşüncesiyle hareket etmiştir ki bu, birçok hukuk sisteminde var olmuş kadim kısas müessesesinin yansımasıdır kanaatindeyiz.

2.2.1.1.2. Mağdurun Kusurluluğu

Suçun yapısını incelediğimizde temel olarak maddi ve manevi unsurlar karşımıza çıkar. Bazı müellifler bunlara tipiklik ve hukuka aykırılığın da eklenmesi gerektiğini savunurken, aksini düşünenler hukuka aykırılık ve tipikliğin suçun unsuru değil, bizatihi niteliği olduğunu belirtmişlerdir. Maddi unsurlar; fiil, netice, fail, mağdur, konu gibi dışarıdan gözlenebilen kavramları kapsar. Manevi unsurlar ise failin iç dünyasına ait durumlardır ki bunlar kast ve taksirdir. Her suça ilişkin ortak noktalardan olmasa da bazı suçlar için aranan hususlardan olan saik(amaç) de manevi unsurlara dâhil edilebilir. Common Law'dan etkilenen birtakım yazarlar kusurlulukla manevi unsuru ayırmamışlardır. Bunlara göre kast ve taksir kusurun çeşitleridir. Diğer bazı yazarlar ise kusurluluğu manevi unsurlardan ayırmış ve suçun ayrı bir unsuru olarak görmüşlerdir. Nihayet yeni TCK döneminde kusurluluk hem manevi unsurlardan ayrılmış hem de suçun unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Günümüz baskın görüşüne göre kusur suçun oluşmasında değil, cezanın belirlenmesinde etkilidir. Bu sebeplerdir ki kusurluluğu etkileyen haller sorumluluğu kaldıran ya da cezada indirim yapmayı gerektiren sebeplerdir¹⁶⁷.

Kusur kabiliyeti bulunmayan kimsenin fiillerinin haksızlık teşkil edip etmediği de doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kusur yeteneği olmayan kimsenin hareketi neticesinde tahrike kapılıp suç işleyen failin haksız tahrik indiriminden faydalanabilmesi durumdan haberdar olup olmamasına bağlıdır. Bu bağlamda örneğin mağdurun akıl hastası olduğunu biliyorsa fail indirimden yararlanamaz¹⁶⁸. Bir diğer görüş ise failin mağdurun durumunu bilip bilmemesine

¹⁶⁷ Hakan Karakehya, A. Kamer Usluadam, "Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2), 2015, s.5-13.

¹⁶⁸ Nur Başar, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", Adalet Dergisi, Sayı 4, 1980, s.260.

bakılmaksızın mağdurun kusurunun haksız tahrikin uygulanmasında bir öneminin olmadığını savunmaktadır¹⁶⁹.

Kusuru suçun unsurlarından saymayıp faili tahrik eden fiilin sahibinde kusur yeteneği aramak tutarlı değildir. Bunu basit bir akıl yürütmeye şöyle saptayabiliriz: Her suç haksız fiil teşkil eder. Suçu işleyen kusurlu olmasa da fiilin suç olma niteliği kaybolmaz. Kusursuz olarak işlenen suç yine de haksız fiil olduğuna göre fiilin haksızlık niteliği taşıması için kusur şart değildir.

Kusurlu olmayan ya da konumu itibariyle cezadan bağışık birinin haksız hareketiyle iradesi suç işlemeye meyleden fail, haksız tahrik indiriminden faydalanmalıdır¹⁷⁰. Aksi düşüncenin hukuki altyapısı olmadığı gibi hakkaniyete aykırı, adaleti sarsıcı durumların oluşması da kuvvetle muhtemeldir. Söz gelimi arabasının lastiğini patlatan küçük çocuğa hiddetlenip tokat atan kişinin hareketini haksız tahrik kapsamına sokmamak adil değildir. Bu durum yukarıda değindiğimiz mağdurun haksız hareketiyle failin suç teşkil eden hareketinin denkleştirilmesi düşüncesine de aykırılık oluşturmaz. Zira kusurlu olmayan kişiye ceza verilmemesi bizce hareketinin haksız olmamasından değil, ceza vermenin, Beccaria'nın da ifade ettiği, önleme ve ıslah amacı¹⁷¹ açısından bir yararı bulunmamasındandır.

Bu kişilerin toplum için tehlike arz ettiği durumlarda onlar için daha uygun olan güvenlik tedbirlerine başvurulduğu unutulmamalıdır. Kusuru haksızlığın unsuru sayan borçlar hukukunda dahi kusur ehliyeti olmayanların icrai veya ihmali hareketleriyle neden olduğu zararların "*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir*"¹⁷² hükmü uyarınca hakkaniyet gerekçesiyle tazmin edilebilmesi, savımızı destekler niteliktedir.

¹⁶⁹ Güreli, a.g.m, s.335.

¹⁷⁰ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.361.

¹⁷¹ Cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar. Beccaria, a.g.e, s.69-70.

¹⁷² TBK, m.65.

2.2.2. Fail Yönüyle Haksız Tahrik

Haksız tahrik kurumunun suç mağduruna dönük kısmı olan haksız fiili anlatmaya çalıştık. Haksız tahrikin düzenlendiği TCK'nın 29. maddesinde yer alan “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suç işleyen...” ibaresinde faile bakan kısım ise işlenen suça etki eden hiddet ve şiddetli elemdir. Bu iki durum failin iradesine hâkim olmasını güçleştirdiğinden kusurluluğu azaltan sebepler olarak görülmüş ve kanun koyucu da buna önem atfedip öfkeli veya üzüntülü bir ruh hali içerisinde işlenen suçlarda ceza sorumluluğunu azaltma yoluna gitmiştir. Hiddet ve şiddetli elemin kusur üzerinde yaptığı etki sebebiyle bu kısımda öncelikle kusurdan bahsetmek gerekirdi ancak ilk bölümde değindiğimiz kusur bahsi konumuz itibariyle failin kusurluluğuna denk düştüğü için tekrar yazmakta fayda görmedik. O yüzden bu kısımda öncelikle hiddet ve şiddetli elemin açıkladıktan sonra failin haksız harekete tepki mahiyetinde olan fiilin manevi unsuru üzerinde duracağız. Son olarak Yargıtay kararlarında kendisine yer bulan “failin hukuki bir zeminde bulunmaması” hususuna değinmekle haksız tahrikin fail yönüyle incelemesini tamamlamış olacağız.

2.2.2.1. Hiddet ve Şiddetli Elem

İnsanda baskın olarak duyulan ve onu gergin bir duruma sokan olumlu ya da olumsuz güçlü duygulara heyecan denir. Heyecanlar genelde kısa süreli baskın duygulardır ve davranışları yönlendirmede güdüler kadar etkilidir. Bununla beraber güdüler iç kaynaklı iken heyecanlar dış etkenlere bağlıdır. Aniden duyduğumuz yüksek ses, karşılaştığımız tehlikeli durumlar, aldığımız çok üzücü veya sevindirici haberler bilhassa beklenmedik zamanlarda olunca bizde hem fiziksel hem de ruhsal karışıklıklara sebep olabilir. Bu durumların neticesinde korku, öfke, üzüntü ya da sevinç duyabiliriz. Bunun gibi ileri derecede uyarılma hallerinde düz ve çizgili kaslarımızda büzölmeler meydana gelir. Gözlerin açılması, kasların gerilmesi, kalpte çarpıntı olması gibi irkilme tepkileri bunun dışı akseden göstergeleridir¹⁷³.

Haksız tahrikin kusurluluğu azaltan ve dolayısıyla cezada indirim gerektiren bir hal olması, kusur açısından hiç şüphesiz iradeyi zayıflatıcı ve onu suça

¹⁷³ Feriha Balkış Baymur, Genel Psikoloji, İstanbul, İnkılap Yayınevi, 2012, s.82-83.

yönlendirici etkisinden ileri gelmektedir¹⁷⁴. Ne var ki kanun koyucunun madde metninde ‘hiddet ve şiddetli elem’ ifadelerini kullanması burada hem insan tabiatını göz önünde bulundurduğunu hem de ceza siyaseti açısından sınırlandırıcı bir durum yaratmaya çalıştığını gösterir gibidir. Buna göre failin cezasında indirim yapmak için sadece mağdurun haksız davranışı yetmez. Söz konusu davranışın failde insani duygular olan öfke veya ileri derecede bir üzüntü yaratması ve suçun bu duyguların tesiri altında işlenmesi gerekir. Bu bakımdan failin zaten amacı dâhilinde olan bir suça, mağdurun haksız fiilini bahane yapması korunmaya değer değildir. Aksi kanaat ‘tahrik’ yani harekete geçirme, suça teşvik etme olgusunu devre dışı bırakacaktır. Bu sebeple suça maruz kalan mağdurun haksız fiilinin olduğu her durumda haksız tahrik kurumuna başvurulmayacak, failin haksız hareketten etkilenme durumu ‘hiddet ve şiddetli elem’ ile sınırlı olmak üzere incelenecektir.

2.2.2.1.1. Hiddet

Failin haksız fiilin etkisi ile kızma duygusu içerisine girmesi hiddet, bir diğer deyişle öfkedir. Failin yaşadığı şiddetli öfke onu suça sevk etmektedir¹⁷⁵. Hiddet kavramını psikolojik olarak inceleyecek olursak: Öncelikle hiddet, iradeye şiddetle ve hızlı bir şekilde etki etmektedir. İnsan, davranışlarının kontrolünü akıl ile sağlayabilir. Ancak aklın tesiri yavaş olur, bu sebeple ani olarak meydana gelen her şey, iyi düşünmek için gereken zaman ve sükûnet imkânını ortadan kaldırır. O halde tahrik; fiziksel-psikolojik bir olayın veya durumun insan ruhuna yaptığı şiddetli etkilerin belirli hukuki sonuçlar yüklemek suretiyle hukuken tanınmasıdır¹⁷⁶.

Hiddet; ruhi fonksiyonların karışması, dıştan gelen tahriklere karşı bilinç reaksiyonunun anormal bir durumudur ve genellikle aklın iyi tekâmül etmemiş olması yahut sinir sisteminin genetik bir sebep yüzünden aşırı bir zafiyete uğramış bulunması şeklindeki bir bozulmuş durumu da kapsar. Ancak, hiddet sadece karakteri -deyimi yerindeyse- şişirir. Hiddet diğerkâm duygudan gelen ahlak

¹⁷⁴ A. Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt 1, Beşinci Bası, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, s.573.

¹⁷⁵ Demren Dönmez, a.g.m, s.282.

¹⁷⁶ Faruk Erem, “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4), 1945, s.57.

mukavemeti kuvvetine sahip olmayan kimselerde suçun müessir sebebidir. Gazap ise hiddetin şiddetli halidir¹⁷⁷.

Hiddet halinde kişide bir enerji artışı meydana gelir. Fizyolojik olarak hiddetin etkilerini görmek mümkündür. Damarlarda şişme, seste çatlaklık gibi fizyolojik değişiklikler hiddetin göstergesidir. İnsanlar arasında hiddeti yenme hususunda farklılıklar vardır. Örneğin aydın biri için basit bir kızgınlık doğuran olay ilkel insanlar için gazap haline sebep olabilir. Bundan dolayı gayet ufak sebeplerden çok büyük suçların işlendiğini görebiliriz. Eskiden psikologlar tarafından hiddet, kısa süreli delilik olarak görülmekteydi. Ancak hiddeti akıl maluliyeti grubunda değerlendirmek ceza hukukuna uygun bir yaklaşım değildir. Hiddet durumunda kişinin iradesi ortadan kalkmamakta veya kısıtlanmamaktadır. Bununla birlikte bazı akıl hastalıklarında hiddet çok şiddetli bir biçimde görülebilmektedir¹⁷⁸.

2.2.2.1.2. Şiddetli Elem

Psikolojide elem; keder, ümitsizlik manalarında kullanılmaktadır. Psikolojik olarak sakin ve ruhi güçlerde bir çöküntüyü ifade eden elem, kişide dinamik neticeler meydana getirmeye müsait bir hal değildir. Bundan dolayı elem için “ıstırabın dili sükuttur” da denmiştir. Elem genellikle suçlunun sevdiği kimselere veya şeylere karşı meydana gelen taarruzlardan doğar. Böyle hallerde tahrik doğuştan gelen duygulara değil, kazanılmış duygulara dayanır¹⁷⁹.

Üzüntünün pasifleştirici etkisi öğretilerde madde metnine eleştiri yöneltilmesine sebep olmuştur. Birçok yazara göre hiddet veya gazap terimi yeterlidir. Şiddetli elem kişiyi suç işlemeye sevk etmek bir yana onu iyice hareketsiz kılacaktır. Kanunda buna yer vermek mantıklı değildir. Aksini düşünenler ise böyle bir ayırımın haksız fiile tepki niteliğindeki suç teşkil eden hareketin zamanı noktasında önem arz ettiğini ileri sürmüştür. Hiddete kapılan kişi haksız harekete anında karşılık verecektir. Ancak elemin ağır bastığı kişide haksız davranışın tesiri daha uzun süreli olacaktır.

¹⁷⁷ Erem, a.g.m, s.61.

¹⁷⁸ Erem, a.g.m, s.61.

¹⁷⁹ Erem, a.g.m, s.62-63.

Fail üzüntünün hâsıl ettiği pasif durumdan kurtulduktan sonra ruh hali gazaba inkılâp edebilecektir¹⁸⁰.

Madde metnindeki bu ayırım hâkimler için de aydınlatıcıdır. Failin suçu haksız fiilin tesirinde işleyip işlemediğini anlamak bakımından şiddetli elem hali, daha uzun bir zaman dilimini değerlendirme kapsamına sokacaktır ki bu adalete daha uygundur. Ayrıca pasifliğin suça elverişli olmadığı iddiası da doğru değildir. Şiddetli elemnin yol açtığı buhran hali ihmal suretiyle icra edilebilen suçlara yol açabileceği gibi failin iradesini, dikkatini etkileyerek taksirle suç işlemesine de neden olabilir. Burada tepki fiilinin manevi unsuruna ayrı bir başlık açmak konuya aydınlık getirecektir.

2.2.2.2. Tepki Fiilinin Manevi Unsuru

Suçlar kast, olası kast, bilinçli veya bilinçsiz taksirle işlenebilir. Kast, suçun bilerek ve isteyerek işlenmesini ifade eder. Olası kast, failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen işlemesi, bir başka deyişle sonucu kabullenmesidir. Bilinçli taksirde ise yine bir öngörme söz konusu olduğu halde neticenin istenmemesi durumu vardır. Bu, genellikle kişinin kendine veya şartlara olan güveninden ötürü suç teşkil eden durumun gerçekleşmeyeceği düşüncesinden ileri gelir. Bilinçsiz ya da genel anlamda taksirde önemli olan da gereken dikkat ve özeni göstermemektir. Taksirle işlenen suçlar kanunda belirtilmiş olma şartıyla cezalandırılır. Suçun kanuni tanımındaki unsurlar öngörülememiş olsa da hareket iradidir. Kanun koyucu burada objektif özen yükümlülüğünün ihlalini yaptırma bağlamıştır¹⁸¹.

Haksız tahrik kurumunun düzenlendiği TCK'nın 29. maddesinde haksız fiil neticesinde işlenen suçun niteliği belirtilmemiştir. Madde metninin lafzına bakılırsa bu suç teşkil eden tepki fiilinin kasten ya da taksirle işlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Ayrıca saik ile ilgili üzerinde durulması gereken bir husus da söz konusu

¹⁸⁰ Bostancı Bozbayındır, s.208-209.

¹⁸¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.248-296.

değildir. Haksız tahrik genel hafifletici sebep olduğundan suçun niteliği önemli değildir¹⁸².

Kanunun lafzı böyle olmasına rağmen, amaçsal yorum yapan bazı yazarlar tepki fiilinin kasten işlenmesi gerektiğini, aksi halde tahrik unsurunun hayat bulmayacağını belirtmektedir. Bunun sebebini de taksirle işlenen suçlarda fiilin genelde haksız fiili gerçekleştirene yönelmemesine bağlamaktadırlar¹⁸³. İrade özgürlüğüne ağırlık veren yazarlar ise işlenen suçta manevi unsurun önemi olmadığını savunmaktadır. Öğretide Özgenç/Şahin, mühim olanın öfke veya üzüntü sebebiyle iradenin ve dolayısıyla kusurluluğun zayıflaması olduğunu, bu yüzden taksirle işlense de suçun failine haksız tahrik indirimi uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁴. Kurumun failin psikolojik durumuna önem verdiğini ifade eden Açıkgöz ise hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında haksız fiili işleyene yönelmiş bir taksirli suçta haksız tahrik kurumunun işletilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁸⁵. Bu durumda suçun haksız fiil ile ilgisi olmayanlar aleyhine işlenmesi ihtimali gündeme gelecektir.

Taksirli suçlarda esasen objektif özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olduğundan fiilin yöneldiği kişiler belirlenmiş değildir. Bu durumda haksız tahrik her zaman uygulanmayacak mıdır? Gürelli tepki fiilinin haksız fiil işleyene yönelmediğinden bahisle taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını, ayrıca suç haksız fiil failinin aleyhine işlense dahi buradaki ihlalin haksız fiile tepki niteliğinde olmadığını ifade etmiştir¹⁸⁶. Aksi görüşte olan Erem/Danışman/Artuk ise Manzini'nin demiryolu bekçisi örneğini vererek olumlu görüş belirtmektedir. Buna göre çocuklar tarafından alaya alınan bekçinin hiddetlenerek hemzemin geçidi kapatmayı unutması neticesinde bir arabanın trenin altında kalması hadisesinde bekçiye tahrik indirimini uygulamamak adaleti zedeleyecektir¹⁸⁷.

Yargıtay'ın bu konudaki görüşünün olumsuz olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin 1945 tarihli bir kararında Yargıtay, kasıtsız suçlarda tahrik hükmünün

¹⁸² Duran, a.g.e, s.154.

¹⁸³ Ekerbiçer, a.g.e, s.190.

¹⁸⁴ İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s.290.

¹⁸⁵ Mehmet Açıkgöz, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.174.

¹⁸⁶ Gürelli, a.g.m, s.339.

¹⁸⁷ Faruk Erem, Ahmet Danışman, M. Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997, s.606-607.

uygulanamayacağına hükmetmiş¹⁸⁸, 1985 yılında verdiği bir kararda da bunu yinelemiştir¹⁸⁹ Yeni kanun döneminde verilen aşağıdaki kararda da bu görüşün devam ettiğini söylemek mümkündür: “Maktuldeki yaraların TCK 86/2. maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2 maddesi aracılığı ile 85. maddesi uygulandığına göre taksirle adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar vermek suretiyle sanığa eksik ceza tayinini öngören yerel mahkeme kararı bozulmuştur¹⁹⁰.” Haksız tahrik konusunda yazılan bazı eserlerde Yargıtay’ın muhalif görüşüne delil olarak bazı kararlar sunulmuştur. Örneğin traktörünü özensiz kullandığı için başka bir traktöre çarpan sürücünün, çıkan kavga neticesinde öldürülmesi olayında Yargıtay, failin maktulün taksirli fiiline öfkelenip bu ruh hali içerisinde suçu işlediği için haksız tahrik indiriminden faydalanması gerektiğini, önceki fiilin kasten ya da taksirle işlenmesinin bir önemi olmadığını belirtmiştir¹⁹¹. Ne var ki burada, kararda da ifade edildiği üzere, failin hiddetin tesiri altında işlediği suçun değil, öngelen haksız fiilin taksirle işlenmesi söz konusudur. Yukarıda haksız fiil kısmında da açıkladığımız üzere haksız fiil için zaten böyle bir kısıtlama yoktur. Dolayısıyla bu ve buna benzer kararlar yüksek mahkemenin görüşünde bir sapma niteliğinde değildir.

Tartıştığı İ'nin eşinin de bulunduğu bir ortamda silahını çıkaran sanığın - maktulenin, kocasının önüne geçerek sanığı vazgeçirmeye çalıştığı esnada- ateş etmesi üzerine İ'nin eşinin ölmesi olayında ise Yargıtay, hedef netice ile yan netice arasında olasılık değil zorunluluk olduğundan bahisle suçun doğrudan kastla işlendiğine hükmetmiştir. Bununla beraber: “Olayda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamamasının gerekçesi suçun olası kastla işlenmesi değil, tahrik oluşturan fiilin doğrudan ölen kişiden kaynaklanmamış olmasıdır¹⁹²” diyerek olası kastla işlenen suçlarda da haksız tahrikin uygulanamayacağı görüşünü açığa vurmuştur.

¹⁸⁸ Yarg. 4. CD, 8.12.1945, 11546/11536, Aktaran: Erem/Danışman/Artuk, a.g.e, s.596.

¹⁸⁹ Haksız tahrik ile ilgili hükmün objektif ve subjektif şartları düşünüldüğünde bu kurumun ancak kasten işlenen suçlarda uygulanması mümkündür. Yarg. 2. CD, 22.10.1985, 7645/8347, Aktaran: Açıkgöz, a.g.e, s.174.

¹⁹⁰ Yarg. 1. CD, 16.5.2007, 2703/3776, Aktaran: İsmail Malkoç, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178), Ankara, Malkoç Kitabevi., 2008, s.207.

¹⁹¹ Yarg. 1. CD, 7.2.1995, 4368/251, Aktaran: Duran, a.g.e, s.241-242.

¹⁹² Yarg. 1. CD, 6.10.2009, 4921/5560, Aktaran: Öztürk/Erdem, a.g.e, s.347

Tüm bu bilgiler ışığında bir değerlendirme yaparsak, Yargıtay'ın ve benzer görüşe sahip müelliflerin aksine haksız fiile tepki olarak işlenen suçun yalnızca kasten işlenmesinin zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira haksız hareket neticesinde öfkelenen birinin bu durumu, dikkat ve özen yükümünün ihlaline veya neticeyi önleme iradesinin zaafa uğramasına sebebiyet verebilir. Örneğin A ve B birer otomobil sürücüsü olsun. Kendisini tehlikeye atacak şekilde sollayıp önüne geçen B'ye öfkelenerek hızını artıran A'nın, kontrolünü kaybedip ona arkadan çarpması sonucu aracı uçuruma yuvarlanan B'nin ölmesi olayında taksirle adam öldürme suçu işlenmiştir. Ancak A'nın bir sürücüden beklenen dikkati göstermemesine B'nin haksız hareketi neden olmuştur. Burada haksız tahrik indiriminin uygulanmasına engel bir durum yoktur. Olayda A'nın B yerine ilgisiz üçüncü bir şahsa çarpması ihtimalinde ise haksız tahrikin felsefi temelinde irade özgürlüğünün daha ağır bastığını düşünenlerle aynı minvalde olarak A'nın yine tahrik indiriminden yararlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu fikir denkleştirme düşüncesine aykırı olsa da ileride hata bahsinde ifade edeceğimiz üzere kanun koyucunun irade salahiyetine daha çok önem verdiği kanaatindeyiz.

Aynı şekilde önceki haksız fiilin yol açtığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında gerçekleştirdiği bir fiilin olası neticeleri kabul eden failin haksız tahrik indiriminden yararlanması gerekir. Olası kastla işlenen fiillerde neticeyi önleme iradesinin zaafa uğraması kusurluluğu azaltan bir sebeptir. Ancak bu durumda özen yükümlülüğünün ihlali ve mağdurun belirsizliği söz konusu olmadığından haksız fiil işleyene yönelmeyen bir suçta doğrudan haksız tahrik indirimi uygulanmamalıdır.

2.2.2.3. Failin Hukuken Meşru Bir Zeminde Bulunmaması

Konumuz kapsamında Yargıtay kararlarında geçen “failin hukuki zeminde bulunmaması” kıstasına da açıklık getirmek gerekir. Haksız fiile maruz kalmış ve bu fiilin neden olduğu öfke veya üzüntünün etkisindeyken haksız fiili gerçekleştirene karşı suç işleyen kişi haksız tahrik indiriminden yararlanır. Ancak önceki fiil kanunda belirtilen hukuka uygunluk sebeplerini taşıyorsa ve yine kanunda belirtilen aşağıda değineceğimiz hata hükümleri somut olayda yoksa artık fiilin haksızlığından söz edilemez ve haksız tahrik kurumu işletilemez.

Bununla beraber ceza kanunlarımızda söz edilmese de Yargıtay kararlarında geliştirilmiş içtihadı göre failin meşru olmayan bir zeminde bulunması durumunda haksız tahrik uygulanmaz. Örneğin: Mağdurun, esrar içmek için yetiştirdiği kenevirini aldığından bahisle onu vurduğunu öne süren sanığın bu beyanı doğru olsa dahi bizatihi suç teşkil eden bu eylemi sebebiyle hukuken haksız zeminde bulunduğu cihetle, mağdurun hareketinin haksız tahrik olarak değerlendirilemeyeceğinin¹⁹³ ifade edildiği kararda Yargıtay, deyimini yerindeyse hukuksuzluğa hukuki koruma sağlamak istememiştir.

Sonradan türetilmiş gibi görünse de bu durum aslında fiilin haksızlığı ile ilgili yukarıda saydığımız kriterlere dayanır. Yani; ya mağdurun haksız fiili genel davranış normlarına aykırı, hukukun cevaz vermediği bir fiil değildir ya da fail haksız fiilin muhatabı değildir. Somut olayda mağdurun keneviri esrar imal etmek üzere aldığını varsaymamız durumunda bu sefer fiil suç oluşturacağından haksız olacak ancak faili tahrik etmesi bakımından bu fiile bir değer atfedilmeyecektir. Zira burada ihlal edildiği düşünülen hak, failin mülkiyet hakkı gibi görünse de yetiştirilmesi izne tâbi bir malın izinsiz üretilmesi durumunda mülkiyet hakkı doğmayacaktır. Hırsızın hırsız soyması gibi bir olayda da ortada iki suç bulunmasına rağmen fail, hukuka aykırı bir zeminde bulunması dolayısıyla yine indirimden yararlanamayacaktır. Soyulan hırsızın, çaldığı bir malda mülkiyet hakkı doğmayacağından¹⁹⁴, kendisine yönelik bir haksızlık söz konusu değildir. Ancak çalınan malın gerçek sahibi ikinci hırsıza karşı suç işlerse yine haksız tahrik kurumu işletilebilecektir.

Benzer misallerde, ceza hukuku olmasa da diğer hukuk dallarındaki düzenlemelerin de mağdurun fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırma durumu söz konusu olabilmektedir. Örneğin kumar borcunu ödemeyen şahsa sinirlenip onu bıçaklayan kişi de haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Burada normalde sözleşmeye aykırılık var gibi görünse de borçlar kanunumuzun hükmüyle kumar ve bahisten doğan borcun ifası istenemez¹⁹⁵. Eksik borç da denen bu durumda bir alacak hakkı doğmadığı için herhangi bir hakkı ihlal eden haksız fiil de yoktur.

¹⁹³ Yarg. 1. CD. 11.10.2006-1734/4284, Aktaran: Günay, a.g.e, s.129.

¹⁹⁴ Taşınır mülkiyeti, malik tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından kazanılmadıkça yalnız zilyetliğin kaybıyla sona ermez. TMK, m.778.

¹⁹⁵ TBK, m.604.

2.2.3. Özel Haksız Tahrik Halleri

Türk Ceza Kanunu'nun "Şerefe Karşı Suçlar" başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenen hakaret suçuna, haksız tahrike ilişkin özel bir düzenleme eklenmiştir. Kanunun, "Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret" başlığını taşıyan 129. maddesinde şu hükümler yer almaktadır:

- *Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.*
- *Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*
- *Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.*

Bu madde haksız tahrik konusunda özel hüküm niteliği taşıdığından, bu kapsama giren hallerde artık 29. maddenin uygulanma imkânı kalmaz. 765 sayılı TCK'de özel haksız tahrikle ilgili birkaç madde¹⁹⁶ yer alırken, yeni ceza kanunumuzda özel haksız tahrik halleri 129. Maddede sayılanlardan ibarettir.

Haksız tahrik, haksız bir fiile karşı oluşan öfke veya üzüntü neticesinde gösterilen ve suç teşkil eden tepki durumunda uygulanır. Yukarıdaki maddenin ilk fıkrasında da bundan ayırık bir durum yoktur. Sadece gösterilen tepkinin hakaret seviyesinde kalması durumunu kanun koyucu diğer suçlara nispeten daha çok mazur görmüş ve hâkime, duruma göre cezasızlığa varabilen bir müsamaha imkânı tanımıştır diyebiliriz.

İkinci fıkrada ise haksız fiil özelleştirilmiştir. Buna göre hakaret mağdurunun haksız fiili kasten yaralama şeklindeyse hakarete ceza verilmeyecektir. Burada insan tabiatı göz ardı edilmemiştir. Kendisini yaralayan kişiye hakaret etmek, kınanabilirlik sınırlarını aşan doğal bir tepkidir. Yaralananın sakin kalıp yetkili makamlara şikâyet etmesi ideal durum olsa da kanun koyucu realiteyi de göz önünde bulundurmuştur.

¹⁹⁶ m.258/4, m.272, m.462, m.485.

Karşılıklı hakarete ise çoğunlukla ilk hakareti kimin yaptığının tespiti zordur. Böyle durumlarda hakaretlerin birbirini izlediği ve gitgide dozunun yükseldiği de bir gerçektir. Mahkemelerin yükünü epeyce artıracak bu durumda kanun koyucunun ceza siyaseti açısından böyle bir yol benimsediği, ayrıca haksız fiillerin denkleştirilmesi düşüncesinin burada da tatbik edildiği görüşündeyiz.

Buraya kadar genel ve özel haksız tahrik hallerini teori ağırlıklı ve yalın olarak tahlil etmeye çalıştık. Şimdi de muhtemel soru işaretlerini giderebilmek adına haksız tahrikin sorumluluğa etki eden diğer durumlarla birlikte nasıl uygulanacağı üzerinde duracağız.

2.2.4. Haksız Tahrik ile İlgili Özel Durumlar

Haksız bir fiilden hâsıl olan hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kişinin cezası indirilir. Bu genel kuraldır. Ne var ki olaylar her zaman bu denli basit şekilde cereyan etmemektedir. Haksız tahrik bazen cezayı kaldıran, bazen de arttıran hallerle çakışabilir. Bunun yanında birden fazla suç ya da failin olduğu durumlarda da haksız tahrikin uygulanması özellik arz eder. Haksız tahrikin diğer indirim sebepleriyle birlikte bulunduğu haller ve hata/sapma ihtimalleri de üzerinde durulması gereken konulardır. Bu kısımda genel olarak kanun maddelerine haksız tahrikin felsefesini, mantalitesini uygulamak ve yeri geldiğinde yargı kararlarına yer vermek suretiyle sonuca gitmeye çalışacağız.

2.2.4.1. Haksız Tahrik-Meşru Müdafaa

Türk Ceza Kanunu'nda meşru müdafaa, kapsayıcı bir tanım mahiyetinde düzenlenmiştir: “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*¹⁹⁷.” Sadece bu cümleye bakarak dahi haksız tahrik ile meşru savunmayı birkaç maddede kıyaslamak mümkündür.

Öncelikle meşru savunmada da haksız fiilin karşılık verene yönelmesi şart değildir. Başkasına ait bir hakka yönelmiş de olabilir. Ancak burada haksız fiilin

¹⁹⁷ TCK, m.25/1.

‘saldırı’ niteliğinde olması gerekir. Yani hukuk düzeninin tasvip etmediği her davranış meşru savunmaya konu değildir. Ayrıca burada haksız tahrikteki gibi insan ya da insan dışındaki canlı veya cansızlara yönelen ve faili ‘tahrik eden’ haksız hareketler değil, insana ait bir hakka yönelmiş ‘saldırı’ niteliğindeki hareketler dikkate alınır. Saldırının konusu insan dışında bir varlık olabilir ancak meşru savunma kapsamına sokulabilmesi için bunun insana ait bir hak, örneğin mülkiyet hakkı, niteliğinde olması gerekir. Meşru savunma ile ilgili örnekler düşünürken aklımıza genelde yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne veya mülkiyet gibi temel haklara yapılmış saldırılar gelir. Bununla beraber haksız fiil başlığı altında bahsettiğimiz kolektif haklara yapılan saldırıların da bu kapsamda değerlendirilmesine bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Örnek vermek gerekirse, parktaki ağaca zarar vermekte olan birine orantılı bir şekilde müdahale eden kişinin de meşru savunmadan yararlanması gerekir.

İkinci olarak bu saldırı fiilinin; gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir fiil olması gerekir. Burada deyimini yerindeyse bir saldırı atmosferinden bahsedilmiştir. Haksız tahrikte genelde bitmiş bir haksız hareketin yarattığı infial söz konusu olmakla birlikte, hareketin süreklilik arz etmesine engel bir durum yoktur. Ayrıca haksız fiil bir tehdit niteliğindeyse “gerçekleşmesi muhakkak” kapsamında değerlendirilebilir¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Berlin’de yaşanan bir olay üzerine Alman ilk derece mahkemesinin verdiği karar buna güzel bir örnek teşkil etmektedir: Alexandra, araba satın almak için gittiği galeride Thomas’la tanışır. Kısa bir süre içerisinde birbirlerine âşık olur ve evlenirler. Kocasını ilk zamanlar ona çok iyi davranır. Eve genellikle çiçeklerle, hediyelerle gelir. Daha sonra çocukları Saskia dünyaya gelir. Her şey gayet güzel giderken Thomas’ın işleri gitgide bozulur ve Thomas kendini içkiye verir. Bu, Alexandra için kâbusun başlangıcıdır zira eşi artık onu dövmeye, ters ilişkiye zorlamaya başlar. Aldatmalar da ardından gelir. Günler geçtikçe Thomas daha da çığırından çıkar. Alexandra’yı komşusu Felix teselli eder ve zamanla birbirlerine âşık olurlar. Ancak Alexandra çocuğu için hem şiddete katlanır hem de aşkını gizler. Ne var ki Thomas günün birinde artık kızlarının olgunlaştığını ve onunla da cinsel ilişkiye gireceğini söyler. Alexandra buna dayanamaz ve eşi uyurken komşusu Felix’in yardımıyla mermer bir heykelle Thomas’ın başına vurup onu öldürür. Yargılamada Felix’ten bahsetmeyen Alexandra her şeyi kendisi yapmış gibi savunma yapar. Alman hukukunda kendini savunamayacak durumda olan birini öldürmek, canavarca hisle öldürmek, alçak güdülerle veya cinsel amaçla öldürmek tasarlayarak öldürmeye girer ve cezası müebbet hapidir. Basit öldürmenin cezası ise 5-10 yıl arasındadır. Alexandra’nın avukatı da bunu baştan kabullendiğinden sadece cezasını hafifletmeye yönelik savunma yapmıştır. Ancak hâkim durumu değerlendirip adamın uyumasının saldırı atmosferini ortadan kaldırmadığını, kişiye veya başkasına ait temel bir hakka saldırı tehlikesinin varlığını kabul edip beraat kararı vermiştir. Ferdinand Von Schirach, Suç II(Çev. I. Arda), İstanbul, NTV Yayınları, 2012, s.67-81.

Failin durumuna ve şartlara bakarak sona ermiş bir fiilin tekrar edebileceği çıkarımı da yapmak mümkündür. İşte bu noktada haksız tahrikle meşru müdafaa çakışabilir. Bu sebepten haksız tahriki meşru müdafanın bir türü olarak değerlendirenler olsa da¹⁹⁹ burada ayırt edici husus saldırıyı orantılı bir şekilde bertaraf etmedir. Haksız tahrikte failin suçu ile mağdurun haksız fiili arasında denge bulunmadığı açıktır. Bunun yanında failin işlediği suç, haksız hareketin meydana getirdiği öfke veya üzüntünün tezahürü mahiyetinde bir tepkidir. Bu sebeptendir ki fiiller arasında orantı bulunması düşüncesiyle yukarıda da bahsettiğimiz hakaretle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ceza vermeye yer olmadığı kararının da gündeme gelebildiği bu ihtimalde fiiller arasında denge bulunmasına rağmen tepki fiili saldırıyı defetme amacı taşımadığından meşru müdafaa kapsamına alınmamıştır.

Kişiye ait bir hakka yönelmiş saldırı bir haksız fiildir. Bu fiil muhatabında hiddet ve şiddetli eleme de sebep olabilir. Bu ruh hali içerisinde saldırıyı bertaraf eden şahsın hareketi haksız tahrik kurumunun şartlarını taşımaktadır. Ne var ki bu hareket meşru savunma sınırları içerisinde kaldığı için hukuka uygunluk sebebi indirim sebebinin eleme diyebiliriz. Çünkü failin hareketi artık suç vasfını yitirdiğinden haksız tahrik durumu ortadan kalkmıştır. Bununla beraber meşru müdafada sınırın aşılması olasılığı da belirebilir. Bu durumda kanundaki düzenlemeye göre mazur görülebilecek bir korku, heyecan veya telaştan ötürü sınır aşılmışsa yine ceza verilmeyecektir²⁰⁰.

Heyecan; bir beklenti, sabırsızlık veya içi içine sığmama gibi olumlu bir anlamdan ibaret değildir. Bilakis haksız tahrik kapsamındaki hiddet ve şiddetli eleme de içine alan olumsuz anlamları da barındıran geniş bir kavramdır²⁰¹. Hatta maddede düzenleniş şekline baktığımızda daha çok olumsuz anlamı işaret eden bir kullanım vardır. Dolayısıyla bunun da ötesinde bir sınır aşma durumunda artık haksız tahrik indirimi de uygulanmamalıdır.

¹⁹⁹ Duran, a.g.e, s.69.

²⁰⁰ (1)Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadari indirilerek hükmolunur. (2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez. TCK, m.27.

²⁰¹ Erem, a.g.m, s.51-57.

Son olarak eklemek gerekir ki haksız harekete kendisi sebep olan haksız tahrik indiriminden yararlanamazken, meşru savunmadan faydalanmak için haksız saldırıya sebebiyet vermenin bir önemi yoktur. Ancak saldırı teşkil eden hareket aynı zamanda muhatabın önceki saldırısına karşı meşru savunma niteliğindeyse ilk saldırıyı yapan artık bu hukuka uygunluk nedenine sığınamaz. Kısaca meşru müdafaaya karşı meşru müdafa olmaz. Sınırım aşılması ihtimalleri her zaman saklıdır²⁰².

2.2.4.2. Haksız Tahrik-Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde meşru müdafaanın ardından ikinci fıkrada cezayı ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali düzenlenmiştir. *“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”* hükmü, meşru müdafaadan farklı olarak bir saldırıyı bertaraf etmekten ziyade tehlikeden korunma amacıyla işlenen suçları kapsamaktadır. Ayrıca tehlikeye bilerek neden olmama şartı da meşru müdafaada yoktur.

Haksız tahrik ile zorunluluk halinin kesişmesi şartları yönüyle mümkün görünmemektedir. Öncelikle zorunluluk halinde genelde bir haksız fiil yoktur. Çoğunlukla doğal afetler, hayvanlar ve insan gereksinimlerinden doğan zaruret hallerinde işlenen suçlarda zorunluluk halinden bahsedebiliriz. Kişiye ait bir hakka yönelik tehlikenin bir insandan kaynaklanması da olasıdır. Söz gelimi silahlı birileri tarafından kovalanan kimsenin bulunduğu ilk eve saklanmak amacıyla zorla girmesi olayında tehlike insan kaynaklıdır ve hukuka uygunluk nedeni yoksa -örneğin askerler bir kaçağı kovalamıyorsa- kovalama bir haksız fiildir. Ancak bu fiil neticesinde işlenen suç hiddet ve şiddetli elem sebebiyle değil, korunmak amacıyla. Üstelik suç haksız fiil faillerine karşı değil, üçüncü kişilere karşı işlenmiştir. Bu nedenle haksız tahrik şartları eksik kalmıştır.

²⁰² Artuk/Gökçen, a.g.e, s.441-453.

2.2.4.3. Haksız Tahrik-Yaş Küçüklüğü/Akıl Hastalığı/Geçici Nedenler

Suç işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olanlara ceza verilmez. Ancak güvenlik tedbirlerine hükmedilebilir²⁰³. Kanun koyucu burada bir kesin karine ortaya koymuştur. Yani algılama yeteneğine bakılmaksızın, on iki yaşını doldurmamış olanların davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla on iki yaşını doldurmamış bir çocuk haksız tahrik etkisinde suç işleyebilirse de herhangi bir cezai işleme tabi tutulamayacağından ötürü haksız tahrik indiriminden faydalanmasının hukuk açısından bir anlamı yoktur.

Suç failinin on iki ila on beş yaş aralığında olması durumunda ise ikili bir ayırım vardır. Eğer bu şahıs fiillerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabiliyor, davranışlarını yönlendirebiliyorsa indirimli olarak ceza verilecek, aksi takdirde yine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir²⁰⁴. Bu ihtimallerin ilki gerçekleştiğinde fail, indirilmiş de olsa bir cezaya çarptırılacaktır. Bu durumda haksız tahrikin şartları varsa bu, ikinci bir indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır.

Son olarak failin on beş yaşını doldurmuş ve on sekiz yaşından da küçük olması ihtimali vardır ki burada kanun koyucu artık fiili algılama ve yönlendirme yeteneğinin varlığını kabul etmiş ancak tam gelişmemiş olması nedeniyle verilecek cezada indirime gitmiştir²⁰⁵. Bu durumda da fail, haksız bir fiilin kışkırtmasıyla suçu işlemişse ek olarak haksız tahrik indiriminden de yararlanacaktır. Bir olayda birden fazla indirim sebebinin uygulanmasında bir engel yoktur. Yeter ki aynı olay veya durumun iki indirim sebebine dayanak olması şeklinde tezahür eden ‘iki kez değerlendirme yasağı’ kapsamına girmesin²⁰⁶. Kanunda belirtilen sırayla bu indirim sebepleri tatbik edilip ceza belirlenecektir²⁰⁷.

Akıl hastalığı yönünden de ikili bir ayırım söz konusudur. Buna göre akıl hastalığı sebebiyle kişinin davranışlarını yönlendirme ve neticelerini algılama yeteneği ortadan kalkmış veya önemli ölçüde azalmışsa ceza verilmez. Ancak daha hafif akıl maluliyeti durumlarında ilgili suçun cezası indirilerek verilir ve süre aynı

²⁰³ TCK, m.31/1.

²⁰⁴ TCK, m.31/2.

²⁰⁵ TCK, m.31/3.

²⁰⁶ Hakeri, a.g.e, s.257.

²⁰⁷ TCK, m.61/5.

kalmak koşuluyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri olarak uygulanabilir²⁰⁸. Bu durumda ceza verilebilir bir akıl hastalığı söz konusu ve olay haksız tahrikin unsurlarını haiz ise bu sebepten ayrıca indirim yapılacaktır.

Haksız tahrik ile ilgili madde metninden anlaşıldığı üzere bu indirim sebebi yalnız cezalar için söz konusudur. Güvenlik tedbirlerinde haksız tahrikten bahisle indirim olmaz. Dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilen küçük ya da akıl hastası fail için güvenlik tedbirleri öngörülmüşse artık haksız tahrikten söz edemeyiz. Ne var ki kusurluluğu tamamen ortadan kaldırmayan bir akıl hastalığı durumunda zikredilen güvenlik tedbirinin farklı olduğu kanaatindeyiz. Zira burada ceza verilmemesi söz konusu değildir. Sadece hükmolunan cezanın infazının güvenlik tedbiri şeklinde olabileceği ifade edilmiştir. Bu tedbirin süresinin cezanın süresiyle aynı olma koşulu, öncelikle cezanın belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu belirlemede de şartları varsa haksız tahrik elbette gündeme gelecektir. Haksız fiilden etkilenme durumunun belirlenmesinde de failin akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü indirim oranlarının tayininde göz önünde bulundurulmalıdır.

Ceza kanunumuzun 34. maddesinde geçici nedenlerle veya irade dışı alınan alkol ya da uyuşturucu etkisindeyken gerçekleştirilen hareketlerden sorumluluk konusunda da algılama ve yönlendirme yeteneği kıstası konmuştur. Bu durumdaki fail, fiillerini yönlendirme ve sonuçlarını algılama ehliyetine sahipse sorumluluğu devam eder, değilse veya önemli ölçüde azalmışsa cezaya hükmedilmez. Alkol ve uyuşturucu etkisinde olma da geçici bir neden olmasına rağmen madde metninde ayrıca belirtilmiştir. Kanun koyucu burada iradeye önem vermiştir. Nitekim ikinci fıkrada bu maddeler isteyerek alınmışsa sorumluluğun tam olduğu belirtilmiştir. Hafıza kaybı gibi geçici sebepler, istek dışında gelişen ve kişinin akli melekelerini olumsuz etkileyen durumlardır. Alkol ve uyuşturucu maddeler ise zevk için alınır ve kullanan kişiler bu maddelerin tesiri altındayken yanlış şeyler yapabileceğini bilmelidir.

Tüm bu tabloyu değerlendirirsek; algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin kaybolmadığı durumlar ve bu yeteneklere bakılmaksızın iradi olarak alınmış alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma durumunda işlenen fiillerden

²⁰⁸ TCK, m.32.

sorumluluk devam eder ve somut olayda şartları varsa haksız tahrik indirimi uygulanır. Haksız fiilden etkilenme durumu tespit edilirken failin akli durumu göz ardı edilmeyecektir.

2.2.4.4. Haksız Tahrik-Hata/Sapma

Hata, tam veya kısmi bilgisizlik nedeniyle düşüncenin gerçekliğe uymamasını ifade eder. Bu uyuşmazlık bilinçli değildir²⁰⁹. Hata, iradenin oluşum süreciyle ilgilidir ve ancak esaslı bir yanlgı halinde dikkate alınır. Sapma ise irade ortaya konduktan sonra kimi zaman failden, çoğu zaman da dış sebeplerden ötürü suçta, nedensellikte veya hedefte ortaya çıkan bir uyuşmazlıktır. Sapma halleri yeni TCK'da yer almamıştır. Bu sebeple kast-taksir ihtimallerine göre değerlendirilen ve doktrinde tartışmalı olan bir konudur²¹⁰.

Ceza kanunumuzda; suçun maddi unsurlarında hata, nitelikli hallerde hata, cezayı ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin şartlarında hata ve haksızlık yanlgısı olmak üzere dört çeşit yanlgı hali düzenlenmiştir²¹¹. Haksız tahrik de cezayı azaltan hallerden biri olduğundan haksız tahrikin koşullarının varlığı hususunda kaçınılmaz bir yanlgıya düşen kimse bu hatasından faydalanır. Bu yanılma genelde haksız bir fiilin varlığı konusunda olur. Hiddet ve şiddetli elem birer psikolojik tepki olduğundan bu tepkide değil, ancak onu husûle getiren sebepte hataya düşülebilir:

“Mağdurun Zekiye ile münasebetine inanan sanığın bunu namus meselesi sayarak üzüntüye kapıldığı, bu inançla mağduru öldürmeye kalkıştığı, olayın sebebinin bu inanç olduğunun mağdur tarafından da doğrulandığı anlaşıldığından, bu hususun sanık lehine kanuni tahfif sebebi oluşturduğunun kabulü ile TCK 51/1. maddesinin tatbikini gerektirmektedir²¹².” Böyle bir esaslı hata durumunda haksız bir fiil varmış gibi haksız tahrik indirimi yapılır: *“...Genel ilke bu olmakla birlikte, gerçekte bulunmayan fakat failin yanılarak var sandığı bir fiilin doğurduğu öfke veya elem halinin tepkisi olarak suç işlemesi durumunda, sanığa haksız tahrik hükmü uygulanmayacak mıdır? Mefruz tahrik denilen bu durumda, fail kusursuz yanılarak*

²⁰⁹ Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBB dergisi, Sayı 110, 2014, s.130-131.

²¹⁰M. Serhat Kaşıkara, “Türk Ceza Hukukunda Şahista Hata ve Hedefte Sapma”, TAAD, Yıl:1, Sayı:2, 2010, s.359-366.

²¹¹ TCK, m.30.

²¹² Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485, Aktaran: Günay, a.g.e, s.258.

öfke veya elem haline sürüklenmişse, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir. Zira tahrik durumunda failin kusuru, içerisinde bulunduğu heyecan hali nedeniyle azalmaktadır. Eğer, failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusuru yok ise, onun bu psikolojik durumdan yararlandırmamak, haksız tahrik esasına aykırıdır²¹³.”

Fail, kendisini hiddet ve şiddetli eleme sevk eden bir fiilin varlığı konusunda hataya düşülebileceği gibi, bu fiilin haksızlığı noktasında da yanılabilir. Faili hedef alan bir fiil, hukuk düzenince tasvip edilmeyen bir hareket olarak tasavvur edilse de ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunabilir ve fail bunu bilmemede haklı sayılabilir. Bu durumda aynı fıkarda cevaz verildiği üzere bu hata mazur görülebilir ve fail haksız tahrik indiriminden faydalanabilir. Örnek olarak meşru savunma halinde olduğunu bilmediği bir kimsenin oğluna yumruk attığını gören bir baba öfkeyle araya girip yumruk atanı döverse artık bu yanılışı kaçınılmaz sayılabilir ve cezası indirilir.

Fiili icra ederken suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli sorumluluk ihtimali saklıdır²¹⁴. Mağdur, suçun maddi unsurlarındandır. Suç teşkil eden bir fiilde fail, hareketini yönelttiği şahısta hata etmiş olabilir. Bu yanılığa düşmede eğer taksir derecesinde dahi bir sorumluluğu yoksa, artık asıl kastına bakmak gerekecektir. Konumuz itibariyle mağdurun kim olduğu önemlidir çünkü haksız tahrik kapsamında işlenen suç ancak haksız fiili gerçekleştirene yönelmişse indirim söz konusu olur. Ne var ki fail burada bir hataya düşebilir. Örneğin kendisine hakaret eden kişiye arkası dönük olan kişi, hakaret failine değil de yanılarak sesi ona çok benzeyen ortamdaki bir başkasına karşı müessir fiil işlerse ve bu yanılışı kaçınılmazsa haksız tahrik indiriminden yararlanmalıdır.

Buraya kadar gördüğümüz hata hallerinde irade özgürlüğü ile beraber haksız tahrik kurumunun temelinde yatan ödetme/denkleştirme düşüncesine aykırı bir durum görünmekte; kişi, faili olmadığı bir haksız hareketin doğurduğu öfke neticesinde meydana gelen bir suç fiiline maruz kalmakta ve suçun failine indirim

²¹³ YCGK, 15.5.1989, K. 186 muhalefet görüşü, Aktaran: Günay, a.g.e, s.260.

²¹⁴ TCK, m.30/1.

uygulanmaktadır. Bu muhalefet, haksız tahrik müessesesinin felsefesinden bir sapma değil, sanık lehine gelişen ceza hukuku akımları neticesinde uygulanan ceza siyaseti nedeniyle düşülen bir istisna olarak görülmelidir. Burada kanun koyucunun irade özgürlüğüne verdiği değer daha ön planda olduğu çıkarımını yapmak mümkündür.

“Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder²¹⁵.” Bu hükümde geçen ‘hata’ kısmına yukarıda değindik. Hata dediğimizde iradenin oluşum süreciyle ilgili bir aksaklık söz konusudur. Sair bir arıza yüzünden suçu kastettiğinden başka bir şahıs zararına işlemek ise ‘sapma’ olarak değerlendirilir. Eski ceza kanunumuzdaki bu madde açıkça; hata ve sapma hallerinde kastedilen, failin lehine ise asıl kastın dikkate alınmasını salık vermektedir. Yürürlükteki kanunda ise sadece hata bahsi dört ayrı fıkra incelenebilir ve -bu kadar açık olmasa da- yanılma durumunda gerçekleşen veya planlanandan hangisi failin lehine ise onun uygulanacağı belirtilmiş, ancak sapma ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Suç failinin zihinsel sürecinden bağımsız bir durum olan sapma ile zihnin içine düştüğü yanılı niteliğindeki hata birbirinden ayrılmış ve sapma artık sadece içtima hükümleri kapsamında ele alınmaya başlamıştır²¹⁶. Biz de bu konuya ileride ayrı bir başlık altında yer vereceğiz.

2.2.4.5. Haksız Tahrik-Kan Gütme/Töre Saiki

Kan gütme veya töre saiki ile haksız tahrik, bir arada bulunması mümkün olmayan durumlardır. Yani suç ya haksız fiilin tesiri altında ya da kan gütme, töre gerekçeleriyle işlenmiştir. Kanun koyucu bu sebeplerle işlenen öldürme suçları için bir artırım öngörerek toplumda çıban haline gelmiş kan davası ve töre gereği öldürme gibi kötü geleneklere karşı savaş açmıştır:

“Ancak; suç vasfı (kan gütme) tespit edildikten sonra mahkeme kararında yer alan tahrik sebebinin kabulüne imkân kalmayacaktır. Çünkü kan gütme sebebiyle

²¹⁵ 765 sayılı TCK, m.52.

²¹⁶ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.579-598.

adam öldürme eylemini adiyen öldürme suçlarından ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundadır. Bu tür suçlar için ayrı bir bent ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konulmasındaki sosyal amaç ise, toplumdaki kökleşmiş olan kötü bir göreneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir. Böyle olunca TCK 51. maddesinde öngörülen haksız tahrikin bu özellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir²¹⁷.”

Kan davasında amaç, öldürülen birinin intikamını almak iken, töre cinayetinde ise genellikle kadının birileriyle yaşadığı duygusal bağ veya cinsel ilişkinin ailenin şerefine leke sürdüğü inancıyla ve bir görev bilinciyle aileden birinin kadını öldürmesi durumu vardır. Hemen belirtmek gerekir ki bu sebepler haksız tahrike de yol açabilir. Örnek olarak kişi bir yakınının öldürülmesine çok üzüldü faili veya başkasıyla ilişki yaşayıp sadakat yükümünü ihlal eden karısını öfkelenip öldürmesi olaylarında evvela haksız tahrik vardır. Bu nedenle mağdurun fiilinin haksız olduğu ve suçun bu fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem etkisinde işlendiği durumlarda artık kan gütme ya da töre saiki devre dışı kalmıştır. Yargıtay, bir cinayetin kan gütme saikiyle işlendiğini tespit etmek için şu kıstasları belirlemiştir:

- Önceki olay ölümle neticelenmiş olmalıdır.
- Fail, önceki suçu işleyen veya onun ailesinden, bağlı olduğu gruptan birini intikam duygusu ve görev bilinciyle öldürmelidir.
- İlk öldürülen ile ikinci suçun faili arasında kan hısımlığının bulunması şart değildir.
- İki olay arasında hiddet veya şiddetli elem etkisinin tamamen geçmesine yetecek kadar bir süre olmalıdır. Fail bu ruh durumundan uzaklaşıp öldürme fiilini tamamen öç alma ve verilen görevi ifa düşüncesiyle hareket etmelidir²¹⁸.

²¹⁷ YCGK 4.6.1973-1/332-458, Aktaran: Günay, a.g.e, s.78.

²¹⁸ YCGK 11.6.1996-1-105/130, Aktaran: Günay, a.g.e, s.78.

2.2.4.6. Haksız Tahrik-Tasarlama

Kasten adam öldürme suçu tasarlayarak işlendiği takdirde ceza ağırlaştırılmış müebbet hapse çevrilir²¹⁹. Kasten öldürme suçlarında tasarlamanın varlığını kabul edebilmemiz için öncelikle bir öldürme kararı ve bu kararla fiil arasında tasarlama yetecek kadar bir süre bulunmalıdır. Fail bu süre içerisinde öldürme kararından dönmesi mümkün iken iradesini bu yönde kullanmayıp kararında sebat göstermelidir²²⁰. Soğukkanlılıkla haksız tahrik birbiriyle bağdaşmaz. Zira haksız tahrikin kabulü için haksız hareket neticesinde failde hasıl olan öfke veya üzüntünün tesiri altında suçun işlenmesi aranır. Ancak tasarlamanın nitelikli hal sayılması soğukkanlılıktan değil, failin karar ile fiil arasındaki yeterli zaman içerisinde kararından vazgeçmeyip plan kurması ve bu planında ısrar etmesidir²²¹.

Bu yönüyle bakıldığında haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunması olasıdır. Kişinin hiddet ve şiddetli elemnin etkisinde olması, suç kararı verip bu doğrultuda planlar kurmasına ve geçen zaman içinde kararında sebat etmesine engel değildir: *“Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı konusu öğretisi ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem nedeniyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında bulunması, bir başka anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması halinde tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir²²².”*

Üzüntü öfkeden daha uzun ömürlüdür. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere her ne kadar bazı yazarlar kanunda “hiddet” in yanında “şiddetli elem” tabirinin gereksiz olduğunu savunsalar da tasarlama kastında üzüntünün etkisini daha bariz olarak görmekteyiz. Failin kararında ısrar etmesinde, planına sadık kalmasında şiddetli elem ön plandadır. Bu elem zamanı geldiğinde suç işlenirken öfkeye dönüşebilecektir. Bu

²¹⁹ TCK, m.82(1/a).

²²⁰ Yarg. 1. CD, Esas No: 2014/2892, Karar No: 2014/5167, Karar Tarihi: 12.11.2014, Aktaran:<http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/3041/tasarlamanin-sartlari/>, E.T. 8.9.2018.

²²¹ Dönmezer/Erman, a.g.e, s.240.

²²² YCGK E. 2012/1-1049, K. 2012/1851, Aktaran: <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=35439>, E.T. 8.9.2018.

yüzden şiddetli üzüntünün yok sayılması tasarlayarak öldürme suçunda haksız tahrik bakımından adalete muhalif sonuçlar doğurabilirdi.

2.2.4.7. Haksız Tahrik-Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Suçun özel görünüş şekilleri teşebbüs, iştirak ve içtima halleridir. Teşebbüs, icra hareketlerine başlanan bir suçun failin elinde olmayan nedenlerden ötürü tamamlanamaması halidir. Haksız tahrikin tanımında yer alan "...hiddet ve şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen..." ifadesi haksız fiil irtikap edene karşı bir suç işlemeyi gerektirir. Ancak kanun koyucu mahiyeti uygun düşüğü ölçüde teşebbüs halini deyimi yerindeyse suçların farklı bir varyasyonu gibi değerlendirip ona da suç değeri atfetmiştir. Bu yüzden teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da haksız tahrik indiriminin uygulanması pekâlâ mümkündür:

"Dosya kapsamına göre, sanık ile mağdurun, olaydan on sene kadar önce aralarında resmi nikah olmadan yaşamaya başladıkları, beraberliklerinden bir de kız çocuklarının dünyaya geldiği, beş yıl süren birlikteliğin ardından, sanığın, mağdurun kendisine şiddet uygulaması nedeniyle, babası sanık ve kardeşi sanığın müşterek oturdukları eve yerleştiği, bu süreçte mağdurun sanığa, yanına dönmesi konusunda sürekli tehdit yollu baskı uyguladığı, müşterek eve geri dönmesine rağmen, mağdurun sanığa karşı uyguladığı şiddeti sürdürdüğü, olaydan bir buçuk yıl kadar önce de sanığın, mağdurun kendisine yönelik şiddet içeren filleri nedeniyle, tekrar babası ve kardeşinin evine geri döndüğü ve bir süre sonra da sanık ile resmi olarak evlendiği, buna rağmen mağdurun, sanık ve ailesine karşı ısrarla tehdit ve hakaret içeren eylemlerde bulunduğu, nihayet olay günü mağdurun ödünç aldığı bir otomobille sanığın oturduğu evin önüne gelerek, bağırıp çağırmak suretiyle tehdit ve hakaret içeren sözler söylediği sırada, sanığın, mağduru av tüfeği ile ateş ederek öldürmeye teşebbüs ettiği olayda,

a-) 1/4'ten 3/4'e kadar ceza indirimi öngören TCK'nın 29. maddesinin uygulanması sırasında, mağdurdan sanığa yönelen ve süreklilik oluşturan söz ve davranışların ulaştığı boyut dikkate alındığında, makul oranda bir ceza indirimi

yerine, tahrikin derecesinde yanılıya düşölerek, yazılı biçimde 1/3 oranında indirim yapılması suretiyle fazla ceza tayin edilmesi²²³...”

İştirak; faillik, azmettirme ve yardım etme şekillerinde karşımıza çıkar. Suç tanımındaki hareketleri birlikte işleyenlerin her biri fail olarak değerlendirilir. Başkasını araç olarak kullanan kişi de fail sayılır. Suç işleme kararı yokken kişiye bu kararı aldirmek suretiyle onu azmettiren ise fail olmamakla beraber işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır. Suça teşvik eden, faili cesaretlendiren, ona yol gösteren, araç temin eden, suç işlenmeden önce veya işlendikten sonra faile yardım eden ya da yardım vaadinde bulunan kişi ise yardım eden sıfatıyla sorumludur ve işlenen suçun cezasından indirim yapılarak verilir²²⁴.

Haksız tahrik yönünden fail, azmettiren ve yardım eden olarak suçlu olan kişiler toplu olarak değil, bireysel olarak haksız tahrik şartları değerlendirilmek suretiyle haklarında indirim uygulanmasına karar verilecektir:

“Aksi sabit olmayan savunmalara itibarla, sanıklar Recep, Hasret ve yeğenleri Zafer yönünden varlığı benimsenen ve maktulün Hasret’e yönelttiği sarkıntılığa dayandırılan tahrikin, bu kişilerle hiçbir şekilde akrabalığı bulunmayan ve sanık Recep’in sadece arkadaşı olduğu anlaşılan ferî fail Fikret’e sirayet ettirilmesinin haklı ve kabul edilebilir gerekçesi denetlemeye elverişli açıklıkla gösterilmeden, TCK 51/1. maddesinin lehe tatbiki ile sanık Fikret’e eksik ceza tayini²²⁵...”

“Eşi B ile ilişki kuran ve bu ilişkisini sürdüren kardeşi T’nin öldürölmesi için M’yi azmettiren S lehine oluşan ağır tahrikten, kiralık katil durumundaki M yararlanamaz²²⁶.”

“Sanık Cengiz’in elinde bıçak olduğu halde mağduru kovalayıp saldırması sırasında sanık Hakan’ın mağdurun paçasından tutarak kaçmasına engel olduğu ve bunun üzerine de Cengiz’in mağdura bıçak vurduğunun oluş ve delillerden

²²³ Yarg. 1. CD, E. 2016/148, K. 2017/2873,T. 26.9.2017, Aktaran: <http://www.hukukihaber.net/kararlar/oldurmeye-tesebbus-sucu-haksiz-tahrik-h104784.html>, E.T. 8.9.2018.

²²⁴ TCK, m.36-38.

²²⁵ Yarg. 1. CD, 17.11.2003-2082/281, Aktaran: Günay, a.g.e, s. 80.

²²⁶ Yarg. 1. CD, 30.11.2006-2540/5341, Aktaran: Günay, a.g.e, s.80-81.

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 tesisi²²⁷...”

İçtima ise suçların birleşmesini ifade eder. Bu birleşme; bileşik suç, zincirleme suç veya fikri içtima şeklinde karşımıza çıkabilir. Bileşik suç, yağmada olduğu gibi birden fazla suçun yeni bir suçu meydana getirmesidir. Bu durumda artık yeni ve tek suç üzerinden değerlendirme yapılır. Zincirleme suçta ise bir suç işleme kararı kapsamında bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi hali vardır. Böyle bir ihtimalde tek bir cezaya hükmedilir ve bu ceza artırılır. Tek hareketle aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi de bu kapsamdadır²²⁸. Öğretide buna aynı neviden fikri içtima da denmektedir²²⁹.

Bir hareketle birden fazla suçun oluşması ise kanunda fikri içtima, doktrinde farklı neviden fikri içtima²³⁰ olarak adlandırılmaktadır. Bileşik suç açısından haksız tahrikte, kendisini oluşturan suçlardan bağımsız olan yeni suçta şartları varsa haksız tahrik indirimi uygulanır. Zincirleme suçta ise birbirinden bağımsız birden fazla suç vardır ve bunlar yeni bir suç oluşturmaz. Ancak kanun koyucu “*kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz*²³¹” istisnası dışında zincirleme suçlarda cezaları birbirine eklemeyip tek bir suç üzerinden cezada artırım öngörmüştür.

Bu tür suçlarda haksız tahrikin nasıl uygulanacağı öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar zamanla tahrik durumunun ortadan kalkacağını, bu nedenle haksız tahrikin uygulanamayacağını belirtmiştir. Başka bir görüş de zincirleme suçu oluşturan fiillerin ayrı ayrı değerlendirilip her birinde haksız tahrik şartları varsa neticeye uygulanabileceğini savunmaktadır²³². Özgenç ise “bir suç işleme kararı”nın zincirlemeye suça dahil olan suçlar arasında sübjektif bir bağ oluşturduğunu, dolayısıyla fail o kararı haksız tahrikin etkisiyle vermişse haksız tahrikin

²²⁷ Yarg. 1. CD, 15.12.1988-4349/4512, Aktaran: Günay, a.g.e, s.81.

²²⁸ TCK, m.42-44.

²²⁹ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.753.

²³⁰ Artuk/Gökçen, a.g.e, s.757.

²³¹ TCK, m.43/3.

²³² Duran, a.g.e, s.244-245.

uygulanması gerektiğini ifade etmiştir²³³. Bu konuda Yargıtay'ın görüşünü anlayabileceğimiz bir karara rastlayamadık.

Öncelikle zincirleme suçta aynı kişiye karşı işlenen ve suç teşkil eden birden fazla fiil, haksız tahrik altında ika edilmiş olabilir. Bu durumda üzerinde artırım yapmak üzere temel alınacak suçta kanundaki sıraya göre haksız tahrik indirimi de yapılacaktır. Bununla birlikte öfke veya üzüntü etkisinde suç kararı alıp ilk bir ya da birkaç fiili gerçekleştirdikten sonra kişi söz konusu etkiden kurtulmuş ve suçu yeniden işlemişse artık zincirleme suçu oluşturan tüm suçlar için geçerli bir haksız tahrik durumu yoktur. Bu ihtimalde, haksız tahrik kurumunun düzenlenmesinde irade özgürlüğünün ağır bastığı savımıza uygun bir şekilde, esas olarak alınacak suç için haksız tahrik indirimi yapmak mümkün olmaz kanaatindeyiz. Ancak bu durum yine de zincirleme suç olduğu için yapılacak artırımda üst sınırdan uzaklaşma nedeni olarak değerlendirilebilir.

Aynı neviden fikri içtimada ise topluluğa hakaret gibi tek fiille birden çok kişi aleyhine suç işleme söz konusudur. Haksız tahrikin ikili alt yapısı gereğince haksız fiil ve öfke/üzüntü şartlarını sağlaması durumunda burada da haksız tahrik indirimi yapılacaktır. Bununla beraber, fail hiddet veya şiddetli elemin etkisinde olsa bile suçun yöneldiği kişilerden haksız fiil işlememiş olanlar da varsa yine doğrudan haksız fiil indirimi değil, yukarıdaki gibi artırımda yumuşak davranmak suretiyle dolaylı bir indirim uygulanmalıdır. Tabi ki burada daha önce bahsettiğimiz hata hükümleri saklıdır.

Müteselsil suçlar ve aynı neviden fikri içtimaya kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları dahil değildir. Dolayısıyla bir suç kararı kapsamında aynı kişiye karşı birden fazla veya bir fille birden çok kişi aleyhine bu suçlardan biri işlenirse -ki öldürme açısından bu mümkün değildir- her bir suç için ayrı ceza verileceğinden haksız tahrik durumu da her suç için münferit olarak değerlendirilecektir.

Tek hareketle kanunda düzenlenen birden fazla suçu işleme hali olan farklı neviden fikri içtimada fail en ağır cezayı gerektiren suçun cezası ile cezalandırılır. Bu

²³³ Özgenç, 2006, a.g.e, s.545.

suçların aynı kişiye karşı işlenmesi ve olayda haksız tahrik olması durumunda en ağır cezayı gerektiren suç hangisi olursa olsun indirim yapılabilecektir. Aksi durumda ise haksız fiil işlemeyen zararına gerçekleşen suçta haksız tahrik uygulanamaz. En ağır cezayı gerektiren suç haksız hareketin sahibine yönelmişse, daha hafif suç yönünden haksız tahrik olmasa da fail indirimden yararlanmış olur.

Bu durum genelde sapma hallerinde karşımıza çıkar. Mustafa'nın sözlü sataşmalarına sinirlenen Yusuf'un, elindeki taşı Mustafa'ya fırlatması, ancak oradan geçmekte olan Veli'ye isabet ettirmesi olayını misal verecek olursak: Öncelikle Mustafa'ya karşı kasten yaralama suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır. Kanun koyucu kasten işlenen suçlarda, tamamlanmamış olsa da söz konusu suçu işlemeye teşebbüsü de suç olarak düzenlemiştir: *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur²³⁴.”* Dolayısıyla kasten yaralamaya teşebbüs suçunun cezasından haksız tahrik indirimi yapılmalıdır. Veli'ye karşı ise tamamlanmış bir yaralama fiili mevcuttur. Bu fiil açısından Yusuf'un sonucu kabulü ya da dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlali söz konusuysa olası kast veya taksir ile hareket etmiş demektir ve manevi unsurun bu iki görünümü için de şartları varsa haksız tahrik uygulanabilir. Somut olayda haksız tahrik indirimine engel olan sebep, Veli'nin öfkeye yol açan fiil ile bir alakasının olmamasıdır. Taşın Mustafa'nın başına çarptıktan sonra Veli'ye isabet ettiğini varsayarsak; artık haksız fiil failine yönelen tamamlanmış bir suç mevcut olduğundan, Mustafa'ya karşı kasten yaralama suçunda tahrik indirimi devreye girecektir. İlk olasılıkta kasten yaralamaya teşebbüs ve oluşa göre olası kast veya taksirle yaralamadan hangisi daha ağır ise ona hükmedilir. Veli'ye karşı işlenen suç daha ağır ise artık haksız tahrik indirimi söz konusu olmaz ama yine alt ve üst sınır arasında belirlenecek cezada göz önünde bulundurulabilir. Ancak tepki fiilinin manevi unsuru başlığı altında açıkladığımız üzere taksir durumunda hedef belirsiz olduğundan Veli'ye karşı taksirle işlenen bir suç varsa ve ağır olan bu suç ise Yusuf haksız tahrikten yararlanabilmelidir. İkinci olasılıkta ise tamamlanmış kasten yaralama daha ağır bir cezayı gerektirdiğinden bu suç esas alınıp haksız tahrik indirimi yapılmalıdır.

²³⁴ TCK, m.35/1.

2.2.4.8. Haksız Tahrik-Cebir/Tehdit

Engel olamayacağı ya da kurtulma imkânının bulunmadığı zorlama ve şiddet yahut gerçekleşeceği kesin ve ağır bir korkutma veya tehdit neticesinde suç işleyen kimse ceza almaz. Bu durumda cebir, şiddet, korkutma veya tehdidi gerçekleştiren kişi fail sayılır²³⁵. Kusur sorumluluğunu esas alan ceza hukukumuzda bu durumda suç işleyen kişinin cezalandırılmaması kusurun ortadan kalkmasından ötürüdür. O yüzden bu baskılara maruz kalanın işlediği fiil suç ve dolayısıyla haksız fiil olma niteliğini korur. Dolayısıyla cebir, tehdit altındaki kişinin haksız fiiline maruz kalanın, hiddet ve şiddetli elemin tesirinde olarak bu kişiye karşı suç işlemesi halinde haksız tahrik indirimini uygulanmalıdır. Daha önce de savunduğumuz üzere failin bunu bilip bilmemesinin bir önemi yoktur zira kusur hukuka aykırılığın bir unsuru değildir, meğerki ortada bir kötünîyet olsun.

Cebir veya tehdit kullananın kim olduğunu bilip de öfke ya da elemin etkisinde ona karşı suç işleme durumunda da haksız tahrik kurumu işlemelidir çünkü birini suç işlemesi için zorlamak, tehdit etmek de haksız fiil teşkil eder.

Zorlanan veya tehdit edilen kişinin işlediği suçta ise cezayı kaldıran sebep ve indirim sebeplerinden birinin varlığı ötekini dışlar. Yani suç ya haksız tahrik ya da cebir veya tehdit altında işlenmiştir.

2.2.4.9. Haksız Tahrik-Takdiri İndirim Nedenleri

Cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar ceza verilirken göz önünde bulundurulabilir²³⁶. Bu indirim sebepleri maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Aynı suçta hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında bir duraksama yoktur. Ceza kanunumuzun 61/5. maddesinde düzenlendiği üzere bir önceki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi

²³⁵ TCK, m.28.

²³⁶ TCK, m.62.

sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

2.2.4.10. Haksız Tahrik-Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir²³⁷. Bu gibi suçlarda metinden anlaşılacağı üzere evvela kasten hareket etmek gerekir. Ağırlaşan neticeden sorumlu olabilmek için ise failin bunu öngörebilmesi ve en azından objektif özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde beliren bir sorumluluğunun olması gerekir. Bu tür suçlar yasada sayılı olarak belirtilmiştir²³⁸. Kast- taksir kombinasyonundan oluşan bu karma suçlarda²³⁹ da şartları varsa haksız tahrik indirimi uygulanmalıdır²⁴⁰. Bu kapsamda ağırlaşan neticeye kast, olası kast veya taksirle sebep olunmuşsa bunun mağdurun haksız fiilinden kaynaklanan hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle olup olmadığının saptanması gerekecektir.

²³⁷ TCK, m.23.

²³⁸ m.87(neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama), m.95(neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence), m.97/2, m.109/6, m.119/2, m.149/2, m.223/2, m.224/3, m.265/5, m.292/4. Duran, a.g.e, s.242-243.

²³⁹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.232.

²⁴⁰ Öte yandan, ölenin de içinde bulunduğu grubun; tekme tokatlı çok ağır ve toplu saldırısına maruz kalan sanık ve annesi ile kardeşinin uğradıkları bu saldırının meydana getirdiği gazap ve şiddetli üzüntünün etkisiyle suç işlemesi nedeniyle hakkında ağır tahrik hükümleri uygulanmalıdır. YCGK, 25.3.1997, 41/64, Aktaran: Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s.635.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. MUKAYESELİ HUKUKTA HAKSIZ TAHRİK

3.1. GENEL BAKIŞ

Yukarıda Türk hukukundaki düzenlemesiyle haksız tahrik kurumunu anlatmaya çalıştık. Suç teorisi kapsamında ele alınan diğer kurumlar gibi haksız tahrik de farklı hukuk sistemlerinin katkılarıyla bugünkü halini almıştır. Buna rağmen tüm dünyada bu konuda yeknesak bir uygulama yoktur. Bunun başlıca sebebi, haksız tahrik kurumunun temelindeki felsefi tartışmalarda yatmaktadır. Haksız tahriki bir indirim sebebi olarak kabul etmenin altındaki eğilimler, hukuk sistemleri ve bu sistemlerin içerisindeki ülkeler arasında haksız tahrik düzenleme ve içtihatları arasında farklılıklar oluşmasına yol açmıştır. Biz de burada genel bir tablo çizebilmek adına Anglo-Sakson ve Kıta Avrupa'sı hukuk sistemleri üzerinde durmayı amaçlıyoruz.

3.1.1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Haksız Tahrik

Anglo-Sakson hukuk sistemi denince akla ilk olarak İngiltere ve Amerika gelir. Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve İrlanda'yı da buna eklemek mümkündür. Bu sistemde kazuistik düzenlemelerden ziyade içtihatlar hukuku gelişmiştir ve jüri sisteminin olmasından da çıkarabileceğimiz üzere ceza hukuku açısından toplumsal tatmin ön plandadır. Bu sebeple kişinin haksız hareket karşısında sessiz kalması toplumda korkaklık olarak nitelendirileceğinden hukuk düzeni burada haksız fiile maruz kalana karşılık verme imkânı tanımıştır denebilir. Yani özellikle haksız tahrik kurumunun ilk ortaya çıktığı zamanlarda iradenin zaafa uğramasından ziyade haksız fiili ika edenin bir karşılığı hak ettiği düşüncesi ağır basmıştır. Common Law da denen Anglo-Sakson hukuk sisteminde günümüzde tüm suçları kapsayıcı bir haksız tahrik kurumu kabul edilmemektedir. Suçun öfke ve

üzüntünün tesiri altında işlenmesi, yalnızca adam öldürmenin nitelikli mi basit mi olduğunun belirlenmesinde doğrudan dikkate alınmaktadır²⁴¹.

Adam öldürmenin niteliği hakkındaki bu ayırım bile ceza miktarını çok değiştirir. Nitelikli adam öldürme(murder) genel olarak belirli bir saikle ya da tasarlayarak öldürmeyi kapsar ve bu suçun faili yerine göre çok uzun süreli hapis, müebbet hapis veya ölüm cezasıyla cezalandırılır. Haksız tahrik altında işlendiği kabul edilen bir fiilde ise soğukkanlılık, belli bir amaç ve tasarlama söz konusu olmadığından, artık bu nitelikte bir öldürme basit adam öldürmeye(manslaughter) girer ve ayrıca tahrikten dolayı failin cezasında indirim yapılır. Bunun dışındaki suçlarda ise haksız tahrikin varlığı sadece temel cezanın tayininde takdiri indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur²⁴².

Anglo-Sakson hukuk sistemi hakkında fikir sahibi olabilmek adına en azından öne çıkan örnekler olarak İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve Güney Afrika'dan kısaca bahsetmemiz gerekir.

3.1.1.1. İngiltere

Tipik bir Common Law ülkesi olan İngiltere'de haksız tahrik, "Coroners and Justice Act" in 54. ve 55. maddelerinde "Kontrol Kaybı" başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre kişi öldürme fiilini işlediğinde kontrolünü kaybetmişse, bu kontrol kaybı nitelikli bir tetikleyiciden kaynaklanmışsa ve failin yaşı, cinsiyeti göz önüne alındığında bu makul kabul edilebilirse artık suç nitelik değiştirip "murder" olmaktan çıkar ve basit öldürmeye(manslaughter) dönüşür. Tepki fiilinin tetikleyici fiilin hemen ardından gerçekleşmesi şart değildir. Ancak tahrik edici hareket neticesinde vuku bulan suç bir intikam duygusuyla işlenmişse artık bu kurumdan yararlanmak mümkün olmayacaktır. İngiltere'deki haksız tahrik uygulamasındaki önemli bir farklılık, öngelen eylemin failde sadece öfkeyi değil aynı zamanda korkuyu da tetikleyebileceğidir. Yani kişi haksız fiil neticesinde kendisine veya başkasına

²⁴¹ Mitchell Berman, Ian Farrell, "Provocation as Partial Justification and Partial Excuse", Faculty Scholarship, Paper 1491, 2011, s.1.

²⁴² Bostancı Bozbayındır, a.g.e, s.51-53.

yönelik bir zarara uğrama korkusu duyarsa ve bu ruh hali içerisinde öldürme fiilini gerçekleştirirse basit öldürmeden yargılanır²⁴³.

Bu husus 1957 tarihli “Homicide Act” te yer almadığından uygulamada özellikle şiddet gören kadınların kocalarını ya da sevgililerini öldürmeleri neticesinde müebbet hapis cezası almalarına sebep olduğundan eleştirilmişti. Lenore Walker’ın “Örselenmiş Kadın Sendromu” (Battered Woman Syndrome) olarak adlandırdığı teorisine göre ve neticede öğrenilmiş çaresizliğe yol açan bu durumda uzun yıllar şiddete maruz kalan kadınların artık dayanamayıp bu acıya son vermek amacıyla eşlerini veya sevgililerini öldürmeleri halinde meşru müdafaaadan yararlanamaması haksızlık olarak görülmüş ve özellikle feminist hareketlerin baskılarıyla bugünkü duruma gelinmiştir²⁴⁴.

Son olarak Türk ceza hukukundaki uygulamaya benzer şekilde tetikleyici fiile failin kendi söz ve davranışlarıyla bilerek sebep olmuşsa bu düzenlemeden yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Burada bilinçli bir yarar sağlama amacının olduğu düşünülmüştür²⁴⁵.

3.1.1.2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri’nde her bir eyaletin kendi ceza kanunu vardır. Bunlar arasında benzerlikler olduğu gibi derin farklılıklar da mevcuttur. Bu ceza yasalarını derleyerek model bir ceza yasası oluşturma çabaları ilk defa Edward Livingston ve David Dudley Field tarafından başlatılmıştır. Field’in daha başarılı olan kodifikasyonu New York Ceza Kanunu adıyla kanunlaşmış ve 1967’ye kadar yürürlüğünü korumuştur. Buna rağmen diğer eyaletlerce esas alınma bakımından yeterli etkiye sahip olamamıştır. Beklenen düzenleme, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan ve 1962’de yürürlüğe konan “Model Ceza Kanunu” olmuştur. Bu kanun daha sonra hazırlanan birçok eyalet ceza yasasını etkilemiştir. Model

²⁴³ Coroners and Justice Act, section 54-55, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/55> E.T.: 30.8.2018.

²⁴⁴ Brenda Russell, Battered Women Syndrome As a Legal Defense. History Effectiveness and Implications, McFarland, USA, 2010, s.19.

²⁴⁵ Coroners and Justice Act, section 55.

kanunun çoğu hükmü eyalet yasalarına temel teşkil etse de Common Law'a muhalif içeriklerinin aynı yaygınlıkta benimsendiğini söylemek güçtür²⁴⁶.

Amerikan Hukukunda haksız tahrik kurumu genel olarak dört şartın varlığında uygulama alanı bulur²⁴⁷:

- Öncelikle failde şiddetli öfke uyandırmaya elverişli bir tahrik fiili olmalıdır.
- Bu fiil ile failin tepkisi arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.
- Suç, bu hiddetin etkisi altında işlenmelidir.
- Tahrik fiilinin üzerinden failin sakinleşmesi için yeterli olacak bir süre geçmemiş olmalıdır.

Bu son şartın uygulaması pek katı değildir zira bu süre herkes için belirli olmaktan uzaktır.

Model Ceza Kanunu ise haksız tahrik kurumu bakımından Anglo-Sakson hukuk sisteminden önemli bir yönüyle ayrılmaktadır. Kanunun “cinayet” başlıklı 210. maddesinde adam öldürmenin makul bir açıklama veya mazerete bağlı olarak aşkın bir duygusal veya zihinsel rahatsızlık neticesinde işlenmesi halinde bunun ‘murder’ değil, ikinci derecedeki ‘manslaughter’ kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir²⁴⁸.

Burada önemli olan failin zihinsel ve ruhsal durumudur. EMED (extreme mental or emotional disturbance) olarak ifade edilen bu psikolojik duruma sebebiyet verenin illa suç mağdurunun önceki bir haksız fiili olması gerekmediğidir. Eyalet ceza kanunların da kendine yer bulan bu düzenleme, yukarıda bahsettiğimiz haksız tahrik düzenlemesinin çift yönlü felsefi alt yapısından bir sapma niteliğindedir.

²⁴⁶ Paul Robinson, Marcus Dubber, “The American Model Code: A Brief Overview”, New Criminal Law Review, 10(3), 2007, s.319-322.

²⁴⁷ Bostancı Bozbayındır, a.g.e, s.81-82.

²⁴⁸ Model Penal Code Of United States of America art.210.3(1-h) Official Draft And Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>, E.T. 1.9.2018.

Amerikan kanun otoriteleri burada failin irade salahiyetine daha fazla önem vermiştir.

3.1.1.3. Kanada

Haksız tahrik uygulaması bakımından Kanada ceza hukuku, Anglo-Sakson hukuk sistemiyle genel olarak örtüşür mahiyettedir. 1985 tarihli Kanada Ceza Kanunu'nun 232. maddesinde haksız tahrik kurumu yine adam öldürme suçuna münhasır olarak düzenlenmiştir. Buna göre makul, orta zekalı bir insanı dahi kontrol kaybına uğratabilecek bir haksız fiil neticesinde derhal ve heyecanın etkisinde olarak bu suçun işlenmesi halinde fail; müebbet hapis cezasını gerektiren nitelikli adam öldürmeden değil, basit öldürmeden yargılanacaktır. Ancak maddenin tahrikten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ikinci fıkrasında mağdurun haksız fiili için 'beş yıl veya daha fazla cezayı gerektiren bir suç' olması kıstası getirilmiştir²⁴⁹.

Kanun koyucu böyle bir sınırlama koyup haksız tahrik kurumunun uygulanabilirliğini daraltmakla diğer sistemlerden ve Anglo-Sakson hukuk sistemi ülkelerinden önemli bir tutum farklılığı sergilemiştir.

3.1.1.4. Güney Afrika

Güney Afrika hukuk sistemi hem Anglo-Sakson hem de Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinden etkilenecek şekilde şekillendirilmiştir. 1886 tarihli Transkeian Ceza Kanunu'nun 141. maddesinde düzenlenişi itibariyle haksız tahrik kurumu Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ve Almanya-Hollanda özelinde Kıta Avrupası Hukuk Sistemiyle örtüşür mahiyettedir. Buna göre sıradan bir insanı ani öfkeye sürükleyebilecek haksız fiil neticesinde adam öldürülmesi halinde failin cezasında indirim uygulanacaktı. Güney Afrika ceza hukukunda ceza ehliyeti patolojik ve patolojik olmayan olmak üzere iki kategoride ele alınmıştır. Bu kapsamda akıl hastaları patolojik ehliyetsiz veya kısmi ehliyetsiz olarak değerlendirilirken;

²⁴⁹ Criminal Code of Canada (R.S.C., 1985, c. C-46), section 232, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-52.html#docCont>, E.T. 5.11.2018.

sarhoşluk, stres ve tahrik neticesinde oluşan kızgınlık, kıskançlık gibi duygu durumları patolojik olmayan ehliyet arızası olarak görülmüştür²⁵⁰.

3.1.1.5. Avustralya

Avustralya ceza hukukunda haksız tahrik kurumu ilginç özellikler arz etmektedir. Zira her eyaletin kendi düzenlemesi olup bunlar birbirinden oldukça farklı bir şekilde ele alınmıştır. Örneğin Queensland eyaleti ceza kanununa göre saldırı niteliğindeki bir tahrik neticesinde fail, kontrolünü kaybedip orantılı bir müessir fiille karşılık verirse kendisine ceza verilmez. Ancak bunun için yeterli bir soğuma zamanının geçmemesi ve failin hareketinin ölüm veya ağır bedensel zarara yol açmaması gerekir. Mağdurun saldırı niteliğindeki müessir fiili veya hakaretinin sıradan bir insanı tahrik edip edemeyeceği, karşılığın orantılı olup olmadığı, aradan geçen zaman ve failin özel durumu gibi meseleler her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir²⁵¹. Burada tahrik, sıradan bir kişiye veya bu kişinin bakım ve gözetimi altında bulunan şahsa karşı gerçekleştirilen haksız fiil ya da sözlü saldırılardır. Bunlar şu nitelikleri haiz olmalıdır:

- Karşıdaki kontrol yeteneğini kaybettiren ve karşı saldırıya teşvik etmeye yönelik davranışlar olmalı
- Bu davranışlar bir şahsa veya onun gözetimi altındaki kişiye yönelmeli
- Ortada hukuka uygunluk nedeni olmamalı
- Tahrik kurumundan yararlanmak amacıyla yapılan bir kışkırtma neticesinde meydana gelen bir saldırı olmamalıdır.
- Haksız tutuklama tahrik olarak değerlendirilmez ancak tutuklanan bunun kanuna aykırı olduğunu baştan biliyorsa bunu haksız tahrik için bir delil olarak kullanabilir²⁵².

Avustralya'nın Tasmania ve Victoria gibi diğer bazı eyaletlerinde ise haksız tahrik indirim sebebi olmaktan çıkarılmış, yalnızca cezanın belirlenmesinde göz

²⁵⁰ Jonathan Burchell, "South Africa". in: The Handbook of Comparative Criminal Law, Stanford University Press, California, 2011, s.462, Aktaran: Bostancı Bozbayındır, a.g.e, s.73-74.

²⁵¹ CRIMINAL CODE 1899 - SECT 269 Defence of Provocation, http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/qld/consol_act/cc189994/s269.html, E.T. 5.11.2018.

²⁵² CRIMINAL CODE 1899 - SECT 268.

önünde bulundurulacak bir husus olarak kalmıştır. İngiltere'deki düzenlemeye paralel hükümler içeren Victoria eyaletinde haksız tahrik kurumu uzun süren tartışmaların neticesinde 2005 yılında kanundan çıkarılmıştır. Büyük çoğunluk erkeklerin, kendilerini aldattıkları bahanesiyle eşlerini veya sevgililerini öldürmede haksız tahrik kurumunu suiistimal ettiği, zaten mutsuz bir yaşam süren kadınlara ölümün ödül olarak reva görüldüğünü ifade etmiştir. Victoria hukuk komisyonu da kızgınlık halinin insan öldürme konusunda mazur görülemeyeceği, insanın acizliğinin öldürmek için bahane olamayacağı, insanın iradesine hâkim olması gerektiğini raporunda vurgulamıştır. Rapora dayanak olan yaklaşık 150 cinayet söz konusudur. 23 yıllık evli Julie ve James Ramage olayı ise deyimi yerindeyse bardağı taşıran son damla olmuştur. Kocasından şiddet gören Julie, başkasıyla tanışmış ve kendisinden ayrılmak istediğini eşine söylemiştir. Bunun üzerini James onu kafası ezilip ölene kadar dövmüştür. Mahkemede de eşinin kendisine cinsel yönden yetersiz, yeni partnerinin ise ondan çok daha iyi olduğunu söyleyince öfkelenip kendisine hâkim olamadığını belirtmiş ve haksız tahrik indiriminden faydalanmıştır²⁵³.

Bu tartışmalar son dönemlerde Türkiye'de de seslendirilmeye başlamıştır. İkinci bölümde haksız fiili açıklarken belirttiğimiz üzere bunun felsefi-sosyolojik yönü göz ardı edilemez. Her ülke kendi dinamiklerine göre hukukuna yön vermektedir. Benzer şekilde Türk hukukunda töre saikiyle öldürmede olduğu gibi kanun koyucunun bir ceza siyaseti vardır ancak bunu yönlendiren yine halkın şikayet ve beklentileridir.

3.1.2. Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde Haksız Tahrik

Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi dendiğinde, Roma Hukuku etrafında gelişen ve Avrupa kıtasındaki devletlerin katkılarıyla bugünkü halini alan bir mevzuat hukuku aklımıza gelir. Almanya, Avusturya, İsviçre, Fransa, İtalya gibi ülkelerin yanı sıra Türkiye'nin de yer aldığı bu sistemde hâkimin hukuk yaratmasına nadiren izin verilir. Bu ülkelerde hayatın her alanına ilişkin kanunlar ve onlara dayanarak çıkarılan yönetmeliklerle ayrıntılı bir mevzuat birikimi oluşturulmuştur. Haksız tahrik müessesesi de bu sisteme dahil olan hemen her ülkenin ceza kanunlarında

²⁵³ Bostancı Bozbayındır, a.g.e, s.74-76.

düzenlenmekle beraber bazı farklılıklar öne çıkmaktadır. Kimi devletler haksız tahriki her suçla ilişkin genel bir indirim sebebi olarak kabul etmişken kimisi de bunu bazı suçlara indirgemıştır. Hatta ceza sınırları arasında hâkime, olayın gelişimine göre cezalandırma takdiri vermekle yetinip haksız tahriki artık gerekli görmeyen örnekler de vardır. Ülkemizdeki durumu yukarıda anlattığımızdan burada Almanya, İtalya, Fransa ve İsviçre gibi dört farklı örneğe değinmek yeterli olacaktır.

3.1.2.1. Almanya

Alman ceza hukukunda tüm suçlar için geçerli genel bir haksız tahrik hali düzenlenmemiştir. Ancak anayasal düzeyde itibar gören kusur ilkesi, cezanın belirlenmesinde en önemli rolü üstlenmektedir. Buna göre faili suça iten neden, saik ve kusuru etkileyen, haksız tahriki de kapsayıcı önemli sayılabilecek heyecan halleri ceza tayininde göz önünde bulundurulacak faktörlerdir. Burada geniş bir takdir alanı söz konusudur ve haksız tahrikten farklı olarak failin kusurluluğunu etkileyen sebepler mağdurun haksız hareketleriyle sınırlı değildir²⁵⁴. Alman hukuku bu noktada Amerikan uygulamasına yaklaşmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu, adam öldürme suçuna münhasır olarak 213. maddede düzenlenmiştir: “*Kasten öldüren kişi, kendi kusuru olmaksızın öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak ika edilen bir kötü muamele veya ağır hakaret üzerine kapıldığı öfke ile, öfkesine bağlı olarak aniden suça teşvik edilmiş olur (derhal fiile mağlup olmuşsa) veya sair hafif bir hal varsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*²⁵⁵.”

Hemen belirtmek gerekir ki derhal işlenmediğinden bahisle bu madde kapsamına sokulamayan durumlarda da Common Law'daki örselenmiş kadın sendromundan mülhem olarak kusurun azaldığı kanısına varılırsa indirim yeniden gündeme gelebilmektedir²⁵⁶. Özel haksız tahrik halleri olarak Alman Ceza

²⁵⁴ Duran, a.g.e, s.25-27.

²⁵⁵ Yenisey/Plagemann, a.g.e, s.321.

²⁵⁶ Friedhelm Fahner, Rottweil'da tanınmış bir aileye mensup bir doktordu. Ingrid ise eczacı bir ailenin lise mezunu garson kızıydı. İkisi, Fahner'in babasının 60. yaş gününde tanışıp kısa bir süre sonra evlendiler. Balayında Ingrid, onu hayatının sonuna dek bırakmayacağına dair Fahner'den söz almıştı. İlk zamanlar kendi hayat tarzını ve düzenini Fahner'e kabul ettirmeye çalışan Ingrid, zamanla ona hakaretler savurmaya, iftiralar atmaya başladı. En basit şeyden tartışma çıkaran Ingrid'e Fahner

Kanunu'ndaki düzenlemeler uyarınca hakarete derhal hakaretle karşılık verilmesi, hafif müessir fiillere yine hafif müessir fiille veya hakaretle mukabele durumlarında faillerin biri veya her ikisi için indirim uygulanabilir veya ceza vermekten vazgeçilebilirdi²⁵⁷. Ancak son değişikliklerle sadece hakarete karşı hakaret fiili bu kapsama sokulmuştur: “*Hakarete olay yerinde karşılık verildiği durumlarda, hâkim hakaret fiilini işleyen her iki kişinin veya bunlardan birinin cezasızlığına karar verebilir*²⁵⁸.”

3.1.2.2. İtalya

İtalyan ceza hukukunda haksız tahrik müessesesi Türk ceza hukukundakine benzer şekilde ele alınmıştır. Aslına bakılırsa Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin kaynağı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'dur. Kanunun 51. maddesine göre kişi haksız bir fiilin yol açtığı öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işlese cezası indirilir. Bu ifadeye bakılarak denebilir ki haksız tahrik, tüm suçları kapsayan genel bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 62/2. maddesinde de varlığını muhafaza etmiştir. Her ne kadar aynı kanunun 90. maddesinde heyecan ve ihtiras hallerinin ceza sorumluluğuna bir etkisinin olmadığı belirtilse de haksız tahrik kapsamındaki heyecan hallerinden hiddet ve şiddetli elem durumları bundan ayırık tutulmuştur. Özel haksız tahrik hali olarak da kanunda yalnızca haksız harekete karşı hakaret hali düzenlenmiştir. Bu ihtimalde faillerden birini veya her ikisini cezasız bırakmak hâkimin takdirindedir²⁵⁹.

sabrediyor, sözünden caymamak için ondan boşanmıyordu. Yaptığı en fazla ondan uzak durmaktı. Herkes onun aziz olduğunu düşünüyordu. Fahner artık 72 yaşına gelmiş ve muayenehanesini bırakıp bahçe işleriyle uğraşmaya başlamıştı. Bir gün Ingrid, pencereyi kapatmadığı için ona “geri zekâh!” diye bağırınca Fahner onu bahçe aletlerinin olduğu bodrum katına çağırdı ve baltayla parçalayıp polise teslim oldu. Tasarlama olmadığından bahisle savcı 8 yıl hapis talep etti. Psikiyatr duygusal tıkanma teşhisi koydu. Tüm etkenleri değerlendiren hâkim 3 yıla hükmedip tutukluluğu kaldırdı. Üstelik bir işte çalışması koşuluyla cezasını sadece gece yatma zorunluluğu olan, onun haricinde dışarıda serbest dolaşabileceği açık cezaevinde çekebilecekti. Ferdinand Von Schirach, Suç(Çev. I. Arda), İstanbul, NTV yayımları, 2011 s.187-199.

²⁵⁷ Timur Demirbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Özel Haksız Tahrik halleri, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1985, s.51-55.

²⁵⁸ Yenisey/Plagemann, a.g.e, m.199, s.305.

²⁵⁹ Necdet Yalkut, “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, 2, 1979, s.247.

Şeref nedeniyle kasten öldürme ve kasten müessir fiil suçlarına ilişkin özel haksız tahrik halleri ise 1981 yılında yürürlükten kaldırılmıştır²⁶⁰.

3.1.2.3. Fransa

1810 tarihli eski Fransız Ceza Kanunu'nda haksız tahrik indirimi sadece “kan suçları” denen adam öldürme ve müessir fiillere münhasır olarak kabul edilmiştir. Ayrıca mağdurun yakınlığı da bir başka sınırlama teşkil etmektedir. Buna göre fail; anne, baba ve eşe karşı işlediği müessir fiil ve öldürme suçlarında bu indirimden yararlanamayacaktır. Ancak ortak konutta zina yaparken yakaladığı karısını veya sevgilisini öldüren ya da yaralayan kimse bundan müstesna tutulmuştur²⁶¹. 1994 yılında yürürlüğe giren yeni ceza kanununda ise genel ya da özel bir haksız tahrik düzenlemesi mevcut değildir. Bunun yerine üst sınır belirtilip cezanın tayininde hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir²⁶².

3.1.2.4. İsviçre

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nda haksız tahrik genel hafifletici sebep olarak düzenlenmiştir. Buna göre haksız bir kışkırtma veya küçük düşürme neticesinde failde şiddetli bir öfke veya üzüntü hali hasıl olmuşsa ve bu etki altında fail suç işlemişse ceza indirilir. Diğer ülkelerden farklı olarak İsviçre ceza hukukunda öldürme suçu özel haksız tahrik halleri arasında düzenlenmiştir. Burada öldürme suçunun cezasından indirim yapılmasıyla ilgili geniş bir yorumlama alanı bulan “ruhi karışıklık” kavramı kullanılmıştır. Hakaret suçuna ilişkin özel haksız tahrik hali ise TCK'dakine yakın olarak; müessir fiile karşı hakaret, karşılıklı hakaret veya hakarete karşı hafif müessir fiil olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde somut olaya göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir²⁶³.

²⁶⁰ Demirbaş, a.g.e, s.71.

²⁶¹ Yalkut, a.g.m, s.248-249.

²⁶² Sulhi Dönmezer, Feridun Yenisey, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul, Alkım Kitabevi, 1998, s.464.

²⁶³ Demirbaş, a.g.e, s.61-65.

SONUÇ

Haksız tahrik, modern ceza hukukunun önemli bir kavramıdır. Bununla birlikte haksız tahrik kurumunun izlerini Antik Yunan'da, Roma'da ve muhtelif semavî dinlerde de görmek mümkündür. Farklı adlar altında, haksız bir tahrik sebebiyle suç işleyen kişi hakkında cezada indirim uygulanması veya cezanın kaldırılması uygulamaları yukarıda açıkladığımız üzere mevcuttur. Haksız tahrikin temelinde ise ilk olarak irade özgürlüğünün ön kabulü vardır. İkinci olarak haksız fiil işleyene bunun ödetilmesi düşüncesi de dikkate alınmaktadır. Taksir, hata ve zincirleme suç ile ilgili yaptığımız açıklamalar doğrultusunda irade özgürlüğünün, dolayısıyla kusurun zayıflamasının daha ağır basan bir sebep olduğunu söyleyebiliriz.

İrade özgürlüğünün var olup olmadığı doğrudan ya da dolaylı olarak uzun zamandır tartışılmalı bir meseledir. Bu konuda deterministler ve sinirbilimciler olumsuz görüşler ileri sürerken, Kant'ın da içinde bulunduğu karşıt görüşlü düşünürler, indeterministler ve semavi dinler sorumluluğu dayandırdıkları bir özgür iradenin varlığını kabul etmiştir.

Ceza hukukunda irade özgürlüğünün temelde kabul edilmesi Kant'ın özgürlük hakkındaki düşünceleriyle uyum içindedir. Buna göre özgürlüğün varlığı ya da yokluğu hakkında kesin bir şey söylenemez. İrade özgürlüğünün var olup olmadığı deneyle ispatlanamaz. Ancak deneyle ispatlanamaması yok olduğu anlamına gelmez. Sadece özgürlük hakkında deneysel bilginin olmadığını gösterir. Kant'a göre istemenin zorunlu sonucu özgürlüğün varlığıdır. Ayrıca pişmanlık ve kişinin sonradan geçmişe bakıp yaptığı bir fiili farklı şekilde yapabileceğini düşünmesi de irade özgürlüğünün göstergelerinden biridir. Kant'ın ahlak yasasına ilişkin koymuş olduğu ilke özgürlüğün varlığına inanmayı gerektirir. Bunun yanında ceza hukukunda irade özgürlüğünün kabul edilmemesi sorumluluğu da ortadan kaldıracaktır. Ceza kanunlarının varlığı da irade özgürlüğünü kabul etmek zorunluluğunu doğurur²⁶⁴.

²⁶⁴ Adugit, a.g.m, s.76-79.

İnsan akıl sahibi değerli, üstün bir varlıktır. Kuralları akli ile idrak ederek iradesi ile uygular. Ancak irade özgürlüğü bazı olay ve durumlardan etkilenir. İrade özgürlüğünün etkilenmesi sebebiyle kişi, normal zamanda sadık olduğu kuralları ihlal ederek suç işleyebilir. İrade özgürlüğünü kabul eden hukuk sistemleri kişinin suçtan doğan sorumluluğunu, kusurunu ve suç işlerken içinde bulunduğu ruhi durumu göz önünde bulundurmaktadır.

Haksız tahrikin indirim sebebi olarak düzenlenmesindeki felsefi düşünce irade özgürlüğünün etkilenmiş olmasıdır. Mağdurun haksız fiilini de ceza hukuku göz önünde tutmaktadır. İrade özgürlüğü mağdurun haksız fiili sebebiyle etkilenen kişi -İngiliz hukukunda da yer aldığı şekliyle- kontrolünü kaybetmekte, sükunetini koruyamayıp farklı bir psikolojik hale girmektedir. Modern ceza hukukunda salt netice sorumluluğu değil gai yorum esas alındığından hâkimin takdiriyle kişinin kusuruna bağlı olarak cezada indirime gidilir.

Haksız tahrikin mağdura bakan yönü haksız fiildir. Ceza hukuku anlamında haksız fiilin ne olduğu muğlaktır. Hukukun cevaz vermediği fiil olarak genelleştirilen bu husus uygulamada hâkimleri zorlamakta, kararlar toplumda infial yaratabilmektedir. Haksız fiil yukarıda açıklandığı üzere normlara, genel davranış kurallarına ve şahıs haklarına doğrudan veya dolaylı olarak ihlal teşkil eden hareketlerdir. Fiilin haksız olması, onu işleyen kusurundan bağımsız bir durumdur. Bu nedenle, failin bilip bilmemesine bakılmaksızın, kusur yeteneği olmayanların hukuka aykırı fiilleri de haksız tahrik kapsamında haksız fiil sayılmalıdır.

Haksız tahrikten yararlanabilmesi için failin haksız fiile bilerek sebebiyet vermemiş olması gerekir. Haksız fiilin yol açtığı hiddet ve şiddetli elemin tesiri altında suç işlenirse ceza indirilir. Bu fiiller hakarete karşı hakaret veya müessir fiile karşı hakaret olursa ceza verilmeyebilir. Tepki fiilin manevi unsurunda bir kısıtlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla öfke veya üzüntü halinde işlenen suç; kasten, olası kastla veya taksirle icra edilebilir. Öğretide şiddetli elemin gereksiz olduğu savunulmuşsa da bu halin tesiri daha uzun sürelidir ve suç işlenirken öfkeye dönüşme potansiyeli yüksektir. Bu durum tasarlayarak öldürme suçlarında daha belirgin olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel haksız tahrik halleri ise hakaret suçu etrafında kendine yer bulmuştur. Fiiller arasında dengenin ve insan tabiatının göz önünde bulundurulduğu bu durumlarda her iki tarafa ceza verilmemesine dek varan bir müsamaha söz konusu olabilmektedir.

Haksız tahrikin sorumluluğu etkileyen diğer hallerle birlikte uygulanabilirliği açısından bir düzenleme yoktur. Bu durumda her sebep için haksız tahrik şartlarına bakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda sorumluluğu kaldıran nedenlerle çakıştığında haksız tahrikin uygulamasına gerek kalmaz. Şartları varsa diğer indirim sebepleriyle birlikte uygulanmasında da bir duraksama yoktur. İşlendiği saik sebebiyle nitelikli hal arz eden durumlarda ise haksız tahrikin varlığı diğer saikleri dışlar.

Mukayeseli hukukta da haksız tahrik kurumuna yer verildiğini görmekteyiz. İtalya, İsviçre gibi bazı ülkelerin ceza hukukunda bu kurum genel bir indirim sebebi olarak düzenlenmişken, Anglo-Sakson hukuk sistemi ülkelerinde ve Almanya gibi kıta Avrupa'sı hukuk sistemine dahil olan bazı ülkelerde ise sadece öldürme suçuna indirgenmiştir. Fransa örneğinde olduğu gibi bazı ülkeler de kusur esasına göre alt ve üst sınırlar arasında ceza tayini imkânını yeterli görüp haksız tahrik kurumuna ayrıca yer vermemiştir.

İlk zamanlar yalnızca neticeyi önemseyen ceza hukukunda kusur, devletlerin geliştiği dönemlerde cezalandırmada dikkate alınmaya başlamış ve bu ilke zamanla gelişip yaygınlaşmış ve modern devletler için vazgeçilmez hale gelmiştir. Öyle ki bugün modern ceza hukukuna 'kusur ceza hukuku' demek yanlış olmayacaktır. Kusur temel ilke olunca kusurluluğu etkileyen sebepler tüm hukuk sistemlerinde bir şekilde cezada indirim sebebi olarak görülmüştür ki bunlardan biri ve belki de en tartışmalı olanı haksız tahriktir. Belki de bu sebeple birçok ülke haksız tahriki tüm suçları kapsayan genel kanuni hafifletici sebep olarak düzenlemekten kaçınmıştır.

Haksız tahrik kurumunun çok tartışılması; hiddet ve şiddetli elemin kişiye, yere ve zamana göre değişken etkiler olduğundan tespitinin zor ve haksız fiilin muğlak, konjonktüre göre karar verilen bir kavram olmasından ileri gelmektedir. Genel olarak özgür iradenin akamete uğraması ve haksız fiillerin denkleştirilmesi esaslarına dayandırdığımız haksız tahrik kurumuyla ilgili düzenlemelerde bazı

lkeler irade özgrlgne daha fazla önem vermiş ve faili suç işlemeye iten heyecan hallerini ceza indirimi için yeterli saymıştır. İnsanın her ne olursa olsun korku, öfke veya üzüntü gibi herhangi bir heyecan halinde iradesine hakim olması gerektiğini savunan birtakım ülkeler ise haksız tahriki kanuni indirim sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Bu kararlarda yanlış yargı uygulamaları neticesinde toplumda oluşan infialin büyük etkisi olmuştur.

Bir kanun hükmünün uygulanmasında yaşanan aksaklıklar ya da yetersizlikler o hükmün kötü olduğuna karine olamaz. Kurallar konurken hem fail hem de mağdur açısından düşünmek gerekir zira herkes potansiyel birer suçlu veya suç mağdurudur. Dolayısıyla fail açısından dşnldgnde kişinin iradesine ket vuran bir sebebin indirimine konu olması hem insan doğasına hem de adalete uygundur. Bunun herhangi bir sebep değil de mağdurdan kaynaklanan haksız bir fiil olması ve iradeyi etkileyen durumların hiddet ve şiddetli elemenden ibaret olması hem ceza siyaseti açısından sınırlandırıcı bir fonksiyon görmekte hem de mağdur kendi haksız fiilinin bedelini bu şekilde demiş olmaktadır ki mağdurun buna katlanması daha kolaydır. Bu yönüyle TCK'daki haksız tahrik düzenlemesi lafzi olarak yerinde bir düzenlemedir. Ancak uygulamadaki istikrarsızlık ve yanlış yorumlamalar önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Klasik tanımıyla toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar bütünü olan hukuk, toplumdan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla hukukun toplumun beklentilerine ve şikayetlerine sırtını dönme lüksü yoktur. Buna karşılık sadece toplumsal tartışmalarla şekillenen bir hukuk; algı yönetimine ve provokasyonlara açık, ayakları yere sağlam basmayan bir hukuktur. Birçok konuda yerellik arz etse de hukuk, tüm dünyada tanınmış temel ilkeleri olan evrensel bir bilimdir ve globalleşen dünyada iletişim arttıa hukuk uygulamaları git gide birbirine benzemektedir. Haksız tahrik konusunda lafzi olarak Türk ceza hukukundan daha eksik veya esnek görünen düzenlemelerin olduğu ülkelerde bu kurumun uygulamasının daha az tartışılması, yargının kuralları amacına ve hukukun temel ilkelerine uygun yorumlayıp lafız değişikliğine gerek duymadan canlı tutmasından ileri gelmektedir. Elbette bunda öğretinin payı büyüktür. Hukuk bilimi uzmanları -ki bunlar genelde akademisyenlerdir-, toplumun isteklerini süzgeçten geçirip hukuk kalıbına oturtma pozisyonundadırlar.

Modern hukukta referans olarak gördüğümüz ülkelerde dahi yanlış uygulamanın önüne geçilemediğinde kanun değişiklikleri olmuştur. Ancak bizim kanımız, TCK'daki haksız tahrik düzenlemesinin sorunlu olmadığı yönündedir. Yukarıda ele alarak katkı sağlamaya çalıştığımız haksız tahrik felsefesinin kavranması, uygulamanın sağlam bir raya oturtulmasını sağlayacaktır düşüncesindeyiz. Bu konuda irade özgürlüğünün varlığı artık genel kabul olsa da fiilin haksızlığı konusunda hukuk; hiddet ve şiddetli elem, iradenin ne derece etkilendiği gibi hususlarda ise psikoloji bilimiyle uğraşanların katkılarına hâkimler belki her zamankinden daha fazla muhtaçtır.



KAYNAKÇA

1. Kitaplar

Açıköz, Mehmet (2012). Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. Ankara: Adalet Yayınevi.

Addis, Laird (2008). Mind: Ontology and Explanation Collected Papers 1981-2005. Frankfurt: Ontos Verlag.

Alacakaptan, Uğur (1958). İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi. Ankara: AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Yayınları.

Aristoteles, (2014). Nikhomakhos'a Etik(Çev. Z. Özcan), Ankara: Sentez Yayıncılık.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Adalet Yayınevi.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, (2012). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Adalet Yayınevi.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, (2009). TCK Şerhi Genel Hükümler Cilt 1. Ankara: Turhan Kitabevi, m.29.

Avcı, Mustafa (2014). Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler. Konya: Mimoza Yayınları.

Bakıcı, Sedat (2008). 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi.

Balkış Baymur, Feriha (2012). Genel Psikoloji. İstanbul: İnkılap Yayınevi.

Beccaria, Cessare (2016). Suçlar ve Cezalar Hakkında(Çev. S. Selçuk). Ankara: İmge Kitabevi.

Bostancı Bozbayındır, Gülşah (2013). Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Burchell, Jonathan (2011). "South Africa". in: The Handbook of Comparative Criminal Law, Stanford University Press, California.

Centel Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut (2017). Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Demirbaş, Timur (1985). Türk Ceza Kanunu'nda Özel Haksız Tahrik halleri. İstanbul: Üçdal Neşriyat.

Demirbaş, Timur (2017). İnfaz Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Descartes, Rene (1962). Metafizik Düşünceler. Ankara: Milli Eğitim Basımevi.

Descartes, Rene (2018). Yöntem Üzerine Düşünceler(Çev. M. Erşen). İstanbul: Say Yayınları.

Doehring, Karl (2002). Genel Devlet Kuramı(Çev. A. Mumcu). Ankara: İnkılap Yayınevi.

Dönmezer Sulhi, Feridun Yenisey (1998). Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler. İstanbul: Alkım Kitabevi.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman (2016). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım. İstanbul: Der Yayınları.

Duran, Gökhan Yaşar (2010). Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Ekerbiçer, Dilaver (2015). Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. Ankara: Adalet Yayınevi.

Erem, Faruk, Ahmet Danışman, M. Emin Artuk (1997). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Fletcher, George (2007). Grammar of Criminal Law. U.K.: Oxford University Press.

Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi. (2012). Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gökberk, Macit (1985). Felsefe Tarihi. İstanbul: Remzi Kitabevi.

Gökcan, Hasan Tahsin (2010). Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gözübüyük, Abdullah Pulat (1988). Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi. Cilt 1, Beşinci Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Günay, Erhan (2009). Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gürelli, Nevzat (1951). "Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik". İstanbul Barosu Dergisi, 27(6).

Hakeri, Hakan (2011). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi.

Hegel, George Wilhelm (1995). Tarihte Akıl(Çev. Ö. Sözer) İstanbul: Kabalcı Yayınevi.

İçel, Kayıhan, Ali Hakan Evik (2013). İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayıncılık.

İçel, Kayıhan, Süheyl Donay (2006). Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım. İstanbul: Beta Yayınları.

İçel, Kayıhan (1967). Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Kaban, Mater, Halim Aşaner, Özcan Güven, Gürsel Yalvaç (2001). Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001). Ankara: Adalet Yayınevi.

Kant, Immanuel (2001). Pratik Usun Eleştirisi(Çev. İ. Z. Eyüboğlu). İstanbul: Say Yayınları.

Kant, Immanuel (2015). Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi(Çev. I. Kuçuradi). Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.

Kelime Mealli Kur'an-ı Kerim (Sadeleştirilmiş Elmalılı M. Hamdi Yazır Meali) (2012). İstanbul: Nuh Yayınları.

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez (2012). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kuçuradi, Ioanna (2003). İnsan ve Değerleri. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.

Kur'an-ı Kerim Meali. (2011). Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

Malkoç, İsmail (2008). Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178). Ankara: Malkoç Kitabevi.

Mannheim, Hermann (1965). Comparative Criminology. Mif in Company, Great Britain.

Meraklı, Serkan (2017). Ceza Hukukunda Kusur. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Müslim, Kasame, 33.

Öktem Niyazi, Ahmet Ulvi Türkbağ (2003). Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet. İstanbul: Der Yayınları.

Öner, Necati (2013). İnsan Hürriyeti. Ankara: Divan Yayınları.

Özgenç, İzzet (2006). Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Özgenç, İzzet (2018). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özgenç, İzzet, Cumhur Şahin (2001). Uygulamalı Ceza Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Öztürk Bahri, Mustafa Ruhan Erdem (2017). Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Platon, (2002). Devlet(Çev. H. Demirhan). İstanbul: Sosyal Yayınları.

Russell, Brenda (2010). Battered Women Syndrome As a Legal Defense. History Effectiveness and Implications, McFarland, USA.

Sartre, Jean Paul (2009). Varlık ve Hiçlik(Çev. I. Turhan). İstanbul: İthaki Yayınları.

Savaş, Vural, Sadık Mollamahmutoglu (1999). Türk Ceza Kanunu Yorumu. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Searle, John (2004).Mind: A Brief Introduction. Oxford University Press.

Singer, Wolf (2005). How Does the Brain Know When It is Right? Neurobiology of Human Values. Springer, Berlin, Heidelberg.

Spinoza, Benedict (2006). Etika. Çev. Hilmi Ziya Ülken, Ankara: Dost Kitabevi, 40.

Şahin Ünver, Fatma Süzgün (2018). Hukuk Felsefesinde İrade Serbestliği ve Sorumluluk. Ankara: Astana Yayınları.

Toroslu, Nevzat (2018). Ceza Hukuku Genel Kısım. Ankara: Savaş Yayınları.

Uslu, Cennet (2009). Doğal Hukuk ve Doğal Haklar İnsan Haklarının Felsefi Temelleri. Ankara: Liberte Yayınevi.

Von Schirach, Ferdinand (2011). Suç(Çev. I. Arda). İstanbul: NTV yayınları.

Von Schirach, Ferdinand (2012). Suç II(Çev. I. Arda). İstanbul: NTV Yayınları.

2. Makale, Tez, Bildiri ve Diğer Basılı Yayınlar

Adugit, Yavuz (2013). “Özgürlüğün Kısa Tarihi”. Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi.

Ağca, Fatma Nur (2014). Kant’ın Ontolojik Argümanı Eleştirisi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fen ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Akbulut, İlhan (2003). “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”. AÜHFD, 52(1).

Arslan, Ahmet (1992). “Aydınlanma”. Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1(2).

Aydın, Devrim (2005). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”. AÜHFD, 54(1).

Aydın, Devrim (2011). “Ceza Hukukunda Okullar”. Ceza Hukuku Dergisi, 15.

Aydın, Devrim (2003). Haksız Tahrik. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Başar, Nur (1980). “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”. Adalet Dergisi, 4.

Beller, Manfred (1984). "The Fire of Prometheus and the Theme of Progress in Goethe, Nietzsche, Kafka, and Canetti". *Colloquia Germanica*, 17(1-2).

Bennett, Maxwell (2011). "Criminal Law as It Pertains to Patients Suffering from Psychiatric Diseases". *Bioethical Inquiry*, 8.

Berman, Mitchell, Ian Farrell (2011). "Provocation as Partial Justification and Partial Excuse". Faculty Scholarship, Paper 1491.

Burchell, Jonathan (2011). "South Africa". in: *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, California.

Çağıl, Orhan Münir (1984). "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 50(1-4).

Çevik, Ayşe (2012). *Sartre ve Kant'ta Özgürlük ve Etik*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.

Değirmenci, Olgun (2014). "Ceza Hukukunda Yanılma kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma". *TBB dergisi*, Sayı 110.

Demren Dönmez, Burcu (2013). "Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik". *İÜHFMC.LXXI*, 1.

Develioğlu, Ferit (2007). *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*. Ankara: Aydın Kitabevi.

Dresser, Robert (2008). *Neuroscience's Uncertain Threat to Criminal Law*. *Hastings Center Report*, 38(6).

Dubber, Marcus (2005). "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment". *German Law Journal*, 6(7).

Erem, Faruk (1945). "Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(4).

Eşitli, Ezgi Aygün (2013). "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi". *TBB Dergisi*, 104.

Gökulu, Gökhan (2014). "Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi". *The Journal of Academic Social Science*, 5.

Gündoğan, Ali Osman (2004). *Eylemde Sorumluluk ve Özgürlük İlişkisi (Yayımlanmamış Bildiri)*. Kocaeli Üniversitesi, Sorumluluk Sempozyumu.

Gürelli, Nevzat (1951). "Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik". *İstanbul Barosu Dergisi*, 27(6).

Hassamer, John (1990). "German Legal Philosophy and The Criminal Law". *Tel Aviv University Studies in Law*.

İndirkaş, Zühre (2005). “Hesiodos’tan Goethe’ye Prometheus Mitologemi”, İstanbul Üniversitesi Tiyatro Eleştirmenliği ve Dramaturji Bölüm Dergisi, 7.

Kangal, Zeynel Temel (2010). “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(3-4).

Kant, Immanuel (1983). “Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt”. Şu Kitapta: Felsefe Yazıları 6. Kitap, İstanbul: Yazko Yayınları.

Karakehya Hakan, Asena Kamer Usluadam (2015). “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2).

Kaşıkkara, Mustafa Serhat (2010). “Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma”. TAAD, Yıl:1, Sayı:2.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat (1951). “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”. AÜHFD, 29(3).

Kurtulan, Gökçe (2017). “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1).

Küçüktaşdemir, Özgür (2014). “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”. TBB Dergisi, 113.

Marchi Francesco, Jesse Prinz (2013). “The Conscious Brain. How Attention Engenders Experience”. Rivista Internazionale di Filosofia e Psicologia, 4(1).

Martell, Daniel (1992). “Forensic Neuropsychology and the Criminal Law”. Law and Human Behavior” 16(3).

Moore, James (2016). “Criminal Responsibility and Causal Determinism”. Washington University Jurisprudence Review, 9(43).

Murphy, Mark (2011). “The Natural Law Tradition in Ethics”. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter.

Öktem, Niyazi (1974). “Stoisizm”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 40(1-4).

Öktem, Ülker (2007). “Kant Ahlakı”. Ankara Üniversitesi Dil, Tarih, Coğrafya ve Felsefe Bölümü Dergisi.

Özden Merhacı, Selin (2012). “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller”. Ankara Barosu Dergisi, 4.

Robinson Paul, Marcus Dubber (2007). “The American Model Code: A Brief Overview”. New Criminal Law Review, 10(3).

Rolnick, Joshua, Josef Parvizi (2011). “Automatisms: Bridging Clinical Neurology with Criminal Law”. Epilepsy and Behavior, 20(3).

Tappan, Paul (1952). "Medico-Legal Concepts of Criminal Insanity". The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, 43(3).

Tugwell, Simon (1983). "Language and Logos: Studies in Ancient Greek Philosophy". New Blackfriars, 64(754).

Turhan, Aydın (2013). "İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2).

Uçar, Bilal (2015). "İslam Ceza Hukukundaki Kıyasın İdamla Karşılaştırılması". Journal of Urban Academy, 8(4).

Ürek, Ogün (2007). "Kant'ta Etik Değerler Olarak Özgürlük ve Saygı". U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8.

Üzülmez, İlhan (2001). "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri". Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-4), 259-294.

Van Strien, Marij (2014). "On the Origins and Foundations of Laplacian Determinism". Studies in History and Philosophy of Science, 45(1).

Wilson, Elizabeth (2013). "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture". New England Journal on Criminal&Civil Connement, 39(1).

Yalkut, Necdet (1979). "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik". Yargıtay Dergisi, 2.

3. Elektronik Kaynaklar

Coroners and Justice Act, section 54-55, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/55>, E.T. 30.8.2018.

Criminal Code of Canada (R.S.C., 1985, c. C-46), section 232, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-52.html#docCont>, E.T. 5.11.2018.

CRIMINAL CODE 1899 - SECT 269 Defence of Provocation, http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/qld/consol_act/cc189994/s269.html, E.T. 5.11.2018.

CRIMINAL CODE 1899 - SECT 268 Provocation, http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/qld/consol_act/cc189994/s268.html, E.T. 6.11.2018.

<http://www.hukukihaber.net/kararlar/oldurmeye-tesebbus-sucu-haksiz-tahrik-h104784.html>, E.T. 8.9.2018.

<http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/3041/tasarlamanin-sartlari/>, E.T. 8.9.2018.

<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=35439>, E.T. 8.9.2018.

Lex Iulia de Adulteriis (18 B.C.), Chapter 2, <https://www.csun.edu/~hcfl1004/Adulteriis.html>, E.T. 15.11.2018.

Meixner, John (2014). Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues. Current Neurology and Neuroscience Reports, Springer, 15, E.T. 5.9.2018.

Model Penal Code Of United States of America art.210.3(1-h) Official Draft And Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>, E.T. 1.9.2018.

4. Mevzuat

765 sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01/03/1926, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 13/03/1926, Sayısı: 320.

Coroners and Justice Act of England.

Criminal Code of Canada (R.S.C., 1985, c. C-46).

Criminal Code of Queensland, Australia, 1899.

Lex Iulia de Adulteriis (18 B.C.).

Model Penal Code Of United States of America art.210.3(1-h) Official Draft And Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962.

Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 4/2/2011 Sayı: 27836, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 50.

Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 12/10/2004, Sayı: 25611, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 43.

Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 8/12/2001 Sayı: 24607 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 41.

Yenisey, Feridun, Gottfried Plagemann (2015). Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB). İstanbul: Beta Yayıncılık.

5. Yargı Kararları

AYM, 19.02.2009, 25.

Ebussuud, No: 44.

Yarg. 1. CD., 6.1.2012, 5284/49.

Yarg. 1. CD, 15.12.1988-4349/4512.

Yarg. 1. CD, 17.11.2003-2082/281.

Yarg. 1. CD, 24.9.2007, 4529/6751.

Yarg. 1. CD, 30.11.2006-2540/5341.

Yarg. 1. CD, E. 2016/148, K. 2017/2873, T. 26.9.2017.

Yarg. 1. CD, Esas No: 2014/2892, Karar No: 2014/5167, Karar Tarihi: 12.11.2014.

Yarg. 1. CD. 11.10.2006-1734/4284.

Yarg. 1. CD. 9.7.1981, 3551/3407.

Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485.

Yarg. 1. CD, 6.10.2009, 4921/5560.

Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485.

Yarg. 1. CD 16.5. 2007, 2703/3776.

Yarg. 4. CD, 12.12.2007, 6712/10744.

Yarg. 2. CD, 22.10.1985, 7645/8347

Yarg. 4. CD, 8.12.1945, 11546/11536.

YCGK, 15.5.1989, K. 186 muhalefet görüşü.

YCGK. 02.11.1999, 1-258/256. .

YCGK 11.6.1996-1-105/130.

YCGK 4.6.1973-1/332-458.

YCGK E. 2012/1-1049, K. 2012/1851.

YCGK. 19.11.1990, 1-254/277.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER: Abdulkadir ÇADAK, Şanlıurfa/Merkez 28.03.1992 doğumlu, evli ve bir çocuk babası

MESLEK : Araştırma Görevlisi(Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku)

ADRES : Sütluce Mahallesi Sakinler Sokak 17/4 Tepebaşı/Eskişehir

İLETİŞİM : 0507 077 29 16

chadaklaw@gmail.com

EĞİTİM : Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi(2010-2015) - Lisans

Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Bölümü(2012-2017) – Lisans

KTO Karatay Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Mütercim Tercümanlık Arapça Bölümü(2016-) - Lisans

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı(2015-)

Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı(2016-2019)

KURS : Mısır Nile Center Cairo’da 40 günlük Arapça kursu(uluslararası)-2013

Hızlı Okuma kursu-İstanbul, 2012

STAJ : İstanbul Barosu. Adli-idari mahkemeler ve icra dairelerini kapsayan altı aylık avukatlık stajı

SERTİFİKA : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cinsel Suçların Hukuki Boyutu Sempozyumu Katılım Sertifikası(Ulusal)-2016

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Sempozyumu Katılım Sertifikası(ulusal)-2016

Fatih Üniversitesi Meslek Seminerleri Katılım Sertifikası(ulusal)-2014

Fatih Üniversitesi Akademisyenlik Okulu Katılım Sertifikası(ulusal)-2013

BİLİMSEL ÇALIŞMALAR: Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26(3), 2018, s.185-238.

İrade Özgürlüğü Çerçevesinde Kusurluluğu Azaltan Bir Hal Olarak Haksız Tahrik(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

YABANCI DİLLER: İyi derecede İngilizce, Arapça, Kürtçe; orta seviyede Zazaca başlangıç seviyesinde Farsça.

İLGİ ALANLARI: Kaligrafi, ud, şiir, voleybol