

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

CEZA HUKUKUNDA KADIN VE HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ceren MERMUTLUOĞLU

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK

AĞUSTOS 2017

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

CEZA HUKUKUNDA KADIN VE HAKSIZ TAHRİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ceren MERMUTLUOĞLU

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK

AĞUSTOS 2017

ÖNSÖZ

Öncelikle bu çalışmanın hazırlanması süresince, bana her şekilde destek olan ve benden umudunu kesmeyen tez danışmanım Doç. Dr. Vesile Sonay Evik'e; bu süreçte bana her konuda kolaylık sağlayan, yardımlarını esirgemeyen Hocam Prof. Dr. Ali Rıza Çınar'a; erişilebilirliği, sabrı ve özeni ile sürecin her aşamasında gerek akademik gerekse manevi anlamda bana her konuda destek olan, tezin yazılmasını mümkün kılan Hocam Doç. Dr. Güçlü Akyürek'e çok teşekkür ederim.

Tüm yoğunlukları içerisinde araştırma görevlilerinin tez yazım sürecini kolaylaştırmak adına ellerinden gelen tüm desteği veren MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Havva Karagöz ve Dekan Yardımcısı Yrd. Doç. Dr. Emine Karacaoğlu'na; konunun seçimi aşamasında bana güven aşılayan ve uzaklardan da olsa, varlıkları ile yol gösteren Yrd. Doç. Dr. Gülşah Kurt ve Yrd. Doç. Dr. Reyda Ergün'e; tezin bir bölümüne ilişkin bana fikir veren, fikri geliştirmemde yardımcı olan Yrd. Doç. Dr. Kadir Berk Kapancı'ya çok teşekkür ederim.

Gerek tezin farklı kısımlarını okuyarak ve benimle görüşlerini paylaşarak gerekse yalnızca yanımda olarak desteklerini her daim hissettiren sevgili arkadaşlarım Nesli Şen Özçelik'e, Remzi Orkun Güner'e, Duru Yavan'a, Canan Aktaş'a, Erinç Kırmızıer'e, Ülviye Simge Aydın'a, Beril Önder'e ve Gökçe Serez'e; tezi büyük bir titizlikle okuyarak imla hatalarımı düzelten teyzem Süreyya Ortal'a ve tezin küçük bir bölümü ile ilgili kendisi ile tartışmak istediğim için yardımını rica ettiğim, bunun üzerine kısa bir zaman içerisinde tezin tamamını okuyarak her bölüme ilişkin yorumlarını benimle paylaşan çok sevgili arkadaşım Başak Erdoğan'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Çalışma sürecinde kaynakların temin edilmesi bakımından bana yardımcı olan başta Ramazan Çelik ve İpek Yarar olmak üzere, MEF Üniversitesi Kütüphanesi personeline ve kahve ile moral veren Sena Karaman'a teşekkür borçluyum.

Önsözde bir teşekkürden çok daha fazla şey borçlu olduğum, birlikte çalıştığım ve adeta birlikte yaşadığım, benimle birlikte aynı aşamalardan geçen sevgili arkadaşlarım Atagün Mert Kejanlıoğlu ve Seda Palanduz, iyi ki varlar. Onlar, bu zorlu süreci benim için yaşanılabilir kıldılar.

Son olarak, her zaman olduğu gibi ihtiyacım olan her anda yanı başımda olan, ihmalkarlıklarımı hoşgörü ile karşılayan sevgili annem Süheyla, babam Mustafa ve kardeşim İnci Mermutluoğlu'na çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	iv
RÉSUMÉ.....	v
ABSTRACT	ix
ÖZET.....	xiii
GİRİŞ	1
I. HAKSIZ TAHRİKİN GENEL ÖZELLİKLERİ.....	7
A. Haksız Tahrik Kavramı	7
B. Haksız Tahrikin Hukuki Esası	10
1. Sübjektif Teori	11
2. Objektif Teori	14
3. Karma Teori.....	16
C. Haksız Tahrikin Hukuki Niteliği.....	19
1. Öğretideki Görüşler	19
2. TCK Bakımından Değerlendirme: Kusurluluğu Azaltan Bir Neden Olarak Ele Alan Görüş.....	23
a. Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğa Genel Bir Bakış	23
b. Kusurluluğu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik.....	25
D. Haksız Tahrik Çeşitleri Ve Sonuçları	28
1. Genel – Özel Haksız Tahrik.....	28
2. Haksız Tahrikin Derecesi Ve Sonuçları.....	33
II. HAKSIZ TAHRİKİN KOŞULLARI.....	37
A. Mağdurun Fiili	37
1. Tahrik Edici Bir Fiilin Varlığı	37
2. Fiilin Haksızlığı	44
a. Haksız Fiil Kavramı.....	45
b. Haksızlık Türü Olarak Ahlaka Aykırılık	50
c. Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Nedenlerin Varlığı.....	58

3. Varsayılan Tahrik	62
B. Failde Meydana Gelen Hiddet Veya Şiddetli Elem	65
1. Failde Hiddet Veya Şiddetli Elem Duygularının Bulunması.....	66
2. Mağdurun Fiili İle Hiddet Veya Şiddetli Elem Arasındaki Nedensellik Bağı.....	68
C. Tepki Suçu	72
1. Failin Hiddet Veya Şiddetli Elemin Etkisi Altındayken Suç İşlemesi .	72
a. Mağdurun Fiilinden Kaynaklanan Hiddet Veya Şiddetli Elem İle Failin İşlediği Suç Arasındaki Nedensellik Bağı.....	72
b. Tepki Suçunun Zamanı.....	75
2. Suçun Haksız Fiili Gerçekleştiren Kişiyne Yönelmiş Olması.....	78
3. Haksız Fiil İle Tepki Suçu Arasındaki Orantı	84
III. KADIN BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE HAKSIZ TAHRİK ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	88
A. Meşru Savunma	88
1. Meşru Savunma İle Haksız Tahrik Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış.....	89
2. Şiddete Maruz Kalmış Kadın Ve Gerçekleşmesi Veya Tekrarı Muhakkak Saldırı.....	97
a. Şiddete Maruz Kalmış Kadın Sendromu Ve Bunun Anglo- Amerikan Hukukunda Ceza Sorumluluğuna Etkisi.....	98
b. Gerçekleşmesi Veya Tekrarı Muhakkak Saldırı.....	104
c. Değerlendirme	106
B. Töre Saiki.....	115
C. Tasarlama	121
D. Takdiri İndirim Nedenleri	124
SONUÇ.....	127
KAYNAKÇA	130
ÖZGEÇMİŞ.....	138

KISALTMALAR

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AY: Anayasa

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz.: Bakınız

CD: Ceza Dairesi

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.: Esas no

Ed.: Editör

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İKÜHFD: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K.: Karar no

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TCK: Türk Ceza Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

S.: Sayfa

T.: Tarih

Vd.: Ve devamı

RÉSUMÉ

Le sujet de cette dissertation est la provocation injuste, qui est une raison populaire pour atténuer la responsabilité pénale pour les crimes commis contre les femmes. Ce sujet sera évalué en tenant compte de la pratique juridique discriminatoire du patriarcat contre les femmes.

Une personne qui commet un crime en raison d'une provocation injuste a des émotions intenses en raison d'un motif extérieur et commet un acte criminel sous l'influence de ces émotions, sans aucune décision préalable. En fait, la volonté de l'auteur, qui a agi sous une telle influence, et sa capacité à se conserver de la conduite d'un acte criminel, s'est affaiblie. En conséquence, il convient d'admettre que le degré de culpabilité de l'auteur ne peut pas être identique à celui d'une personne ordinaire qui n'a pas subi de provocation. L'article 29 du Code pénal turc reconnaît que la responsabilité pénale de l'auteur est atténuée pour les crimes commis contre la victime, qui ont mené un acte provocateur et illégal, à condition que l'auteur ait agi sous la colère ou une grave détresse découlant de l'acte illégal.

Il existe trois théories expliquant pourquoi la provocation injuste considérée comme une raison qui affecte la responsabilité pénale de l'auteur dans les systèmes juridiques. Selon la théorie subjective, la responsabilité pénale de l'auteur est atténuée par rapport à une personne non provoquée, parce que l'auteur a agi sous la colère ou une grave détresse. Cette théorie reconnaît que la volonté de l'auteur s'est affaiblie par son état psychologique. Par conséquent, la capacité de contrôler ses actes est moins puissante et elle / il peut décider de commettre un acte criminel plus facile. Selon la théorie objective, la raison pour laquelle la responsabilité pénale de l'auteur est atténuée pour l'acte criminel commis contre la victime est que le crime réactif provient du fait illicite de la victime elle-même. Conformément à la théorie mixte qui est également adoptée à l'article 29 du Code pénal turc, le motif juridique de la provocation injuste s'explique par la combinaison de ces deux théories. Selon la théorie mixte, la raison pour laquelle la responsabilité pénale de l'auteur est atténuée est que l'auteur éprouve des émotions intenses issues de l'acte illégal de la victime et commet un crime sous cette influence.

L'opinion majoritaire de la doctrine du droit pénal turc a accepté que la provocation injuste soit un motif d'atténuation de la culpabilité. En conséquence, l'infraction pénale est constituée par tous ses éléments ; mais la capacité de l'auteur à réfléchir et à agir rationnellement a été affaiblie, lorsque le crime a été commis. Il est affirmé que la culpabilité de l'auteur a été atténuée en raison de la faiblesse de sa volonté s'est produite par une raison extérieure. La culpabilité du délinquant est donc moins sévère que la culpabilité d'une personne raisonnable dans des circonstances similaires qui entraînent l'atténuation de sa responsabilité pénale.

La provocation injuste est prévue dans les dispositions générales du Code pénal turc. Comme il ne se limite pas à certains types de crimes et / ou d'auteurs, il s'applique à tous. En droit comparé, certains systèmes juridiques prévoient une provocation injuste en tant que disposition générale. Certains d'entre eux ont cette institution comme une disposition spéciale en rapport avec des crimes spécifiques. En outre, dans certains systèmes juridiques, il est prescrit en tant que dispositions générales et spéciales et il existe un certain nombre de systèmes qui ne le stipulent pas du tout comme un moyen légal d'atténuer la responsabilité pénale.

Parallèlement à l'abrogation de la distinction entre une provocation grave et mineure au titre de l'article 51 du Code pénal turc n ° 765, le juge fait une évaluation selon les circonstances de l'affaire afin de déterminer la présence et le degré de provocation injuste. En raison de cette évaluation, compte tenu de l'effet de l'acte illégal causant la provocation à la volonté de l'auteur, une réduction de la peine est déterminée en conséquence, dans les limites prévues à l'article 29 du Code pénal turc.

L'auteur peut être considéré comme il a agi dans le cadre d'une provocation injuste, lorsque des exigences spécifiques sont remplies. Tout d'abord, un acte objectivement provocateur et illégal, commis par la victime du crime réactif contre l'auteur, est requis. Tant que l'auteur est provoqué par l'acte illégal de la victime, l'acte peut être commis contre une personne autre que l'auteur lui-même. En outre, des actes provocateurs peuvent affecter progressivement l'agresseur, comme dans le cas des femmes délinquantes qui commettent des crimes contre les hommes, qui les ont maltraités.

Afin d'atténuer la culpabilité et, par conséquent, la responsabilité pénale de l'auteur, l'acte provocateur doit être illégal. Le terme « illégal » signifie une infraction au système juridique en général. Pourtant, le législateur respecte les normes du système juridique tout en identifiant l'acte illégal de la victime en tant que circonstance de la provocation injuste. Dans le cas où l'acte de la victime est uniquement lié à la « moralité publique » ou aux valeurs sociales, aux coutumes et aux traditions d'une région donnée, la violation de ces valeurs peut ne pas être considérée comme un motif de provocation injuste tant que l'acte ne s'oppose pas la loi.

Cette règle peut avoir une exception : le mariage. La violation des obligations fiduciaires dans le cadre d'un mariage peut constituer un acte illégal en droit pénal. Cependant, il convient de souligner que les relations à côté du mariage devraient être exclues à cet égard. En outre, bien qu'il puisse être supposé que, en raison du droit fiduciaire, les conjoints peuvent avoir une attente relative de fidélité entre eux, on ne peut pas supposer qu'il peut avoir un effet absolu sur les tiers.

La provocation injuste n'inciterait pas qui a agi sous la colère ou une grave détresse en l'absence d'un acte objectivement provocateur et illégal. De même, on ne peut affirmer que la responsabilité pénale de l'auteur, qui n'a pas de tels sentiments en raison de l'acte de la victime et qui a commis un crime à sang froid, a été atténuée. En conséquence, lorsqu'une victime féminine n'a aucune action ou dans le cas de son acte illégal n'est pas objectivement provocatrice, les caractéristiques personnelles de l'agresseur masculin agissant en colère en raison de son état mental ne réduiront pas sa culpabilité.

En ce qui concerne l'acte de la victime, il convient d'évaluer séparément si les autres motifs affectant la responsabilité pénale et la provocation injuste coexistent. Tout d'abord, s'il existe un motif de justification en l'espèce, l'acte de la victime devient licite et ne peut donc pas provoquer une provocation injuste. Toutefois, les motifs qui influent sur la capacité ou la culpabilité n'ont aucun effet sur la formation de l'infraction ni sur l'illégalité de l'acte de la victime.

La provocation fictive survient lorsque l'auteur commet un crime, car il croit que la victime a commis un acte illégal et agit sous la colère ou une grave détresse, mais la victime n'a pas un tel acte. Selon cela, si l'erreur de l'auteur est inévitable, elle sera bénéficiée de cette erreur et elle sera considérée comme ayant agi sous une provocation injuste.

Deuxièmement, afin d'accepter que l'auteur a commis une infraction à une provocation injuste, l'acte provocateur et illégal doit provoquer une colère ou une grave détresse et l'auteur doit agir sous l'influence de ces sentiments. Pourtant, l'auteur qui n'agit pas sous une telle influence, est une personne qui a agi avec son libre arbitre. L'existence d'une provocation illégale est déterminée par une causalité à deux niveaux. Tout d'abord, la colère ou la grave détresse subie par le délinquant doit provenir d'un acte provocateur illégal de la victime. Cette relation de causalité suggère que l'état d'esprit du délinquant ne peut être influencé par rien que par l'acte de la victime.

La raison pour laquelle le délinquant a commis un acte criminel contre la victime doit être son état d'esprit, qui a la première relation de causalité. En conséquence, le crime réactif doit être commis sous l'influence de cette psychologie. Puisque, si l'auteur commet un crime à sang froid, sa peine ne devrait pas être atténuée. En ce qui concerne le moment du crime réactif, il n'est pas clairement prescrit dans la loi. Cependant, s'il y a eu un certain temps depuis le moment de l'acte provocateur et illégal, ce n'est pas une raison en soi de briser la causalité. Il faut reconnaître que l'agresseur peut commettre un crime en cas de provocation injuste tant que la détresse se poursuit.

Le crime réactif doit être commis contre la personne qui a exécuté l'acte provocateur illégal. Le délinquant ne bénéficie pas de l'atténuation de sa peine, si le crime est commis contre un tiers. Étant donné que l'article 29 ne présente aucune condition de proportionnalité entre l'acte provocateur et le crime réactif, l'existence d'un crime réactif de caractère plus sévère par rapport à l'acte provocateur n'empêche pas l'atténuation. Néanmoins, on pourrait affirmer qu'un crime réactif à un degré extrême n'aurait pas de relation de cause à effet avec l'état d'esprit psychologique du délinquant.

Dans cette dissertation, la provocation illégale est analysée dans sa relation avec la légitime défense, les crimes d'honneur, la préméditation et les motifs d'atténuation discrétionnaire, étant donné que ce sont les problèmes critiques concernant la pratique de la provocation injuste en ce qui concerne les cas concernant les femmes. Tout d'abord, en cas de légitime défense, qui est un motif de justification, puisqu'il ne peut pas être suggéré que l'acte de la victime a un caractère illicite, l'auteur ne peut pas agir en cas de provocation illégale. S'il n'y a pas une attaque existante au sens large, car il n'y aura pas l'obligation d'éviter l'attaque,

l'auteur peut ne pas être réputé avoir agi en légitime défense. Cependant, après l'acte illégal, tant que la détresse du délinquant survient à partir de cette loi se poursuit, on peut admettre que le délinquant commet un crime réactif contre la victime en cas de provocation illégale. En outre, contrairement à la légitime défense où la personne agit dans le but de se protéger de l'attaque, l'agresseur agissant dans le cadre d'une provocation illégale, réagit à l'acte de provocation lorsqu'il subit une colère ou une grave détresse.

Dans la section suivante, on évalue si la femme battue a agi en légitime défense ou si des circonstances affectant la responsabilité pénale peuvent être invoquées dans un tel cas concernant le délinquant. Dans ce contexte, il convient de préciser que dans une relation abusive, la femme connaît un cycle de violence. Étant donné que les femmes qui ont commis un homicide sont généralement des femmes maltraitées, il faut prendre en considération si leurs actions peuvent être considérées comme contre une attaque imminente. En ce qui concerne un tel scénario, la femme qui a souffert d'une violence de longue durée et en souffrira à moins d'éviter le risque d'attaque, prend une action lorsqu'elle aura la première occasion de se défendre.

En vertu du droit pénal turc, l'acte défensif d'une femme battue qui a tué son agresseur alors qu'il était dans une condition passive et qui n'utilise pas actuellement la violence, peut être considéré comme une attaque imminente ou une attaque dont la récurrence est très attendue et donc Alors qu'elle agissait sous la légitime défense. Compte tenu des circonstances de l'affaire, pour une femme qui vit dans un cycle de violence, l'attaque peut ne pas être considérée comme potentielle mais elle comporte un certain niveau de certitude. Par conséquent, il convient d'abord d'évaluer si l'acte de femme est commis en légitime défense ou si l'article 27/2 du Code pénal turc peut s'appliquer en l'espèce, si la défense était disproportionnée.

Le législateur stipule que le meurtre en raison des conventions et des mœurs régionales est une circonstance aggravante pour le meurtre et prévoit que le motif de la provocation injuste ne s'applique pas à de tels actes, mais il ne prescrit pas une raison aggravante similaire pour tous les types d'homicides d'honneur. En ce qui concerne la préméditation, l'auteur ne peut être considéré comme s'il a agi sous une provocation injuste si l'influence psychologique de la colère ou de la détresse grave se poursuit pendant le processus de préméditation. Enfin, comme pour la raison pour l'atténuation discrétionnaire, qui est un outil de personnalisation de la peine, il peut coexister avec la provocation injuste. Cependant, il est essentiel d'appliquer la règle conformément à la loi et ne permettent pas une atténuation arbitraire favorisant les délinquants.

ABSTRACT

The subject of this dissertation is the unjust provocation, which is a popular ground for mitigating criminal liability for the crimes committed against women. This subject will be evaluated by taking into consideration the discriminatory legal practice of the patriarchy against women.

A person who commits a crime under unjust provocation, has intense emotions due to an external ground and commits a criminal act under the influence of these emotions, without having a prior decision to commit such an act. As a matter of fact, the will of the perpetrator, who has been acting under such an influence, and her/his ability of retaining herself/himself from conducting a criminal act, has been weakened. Accordingly, it should be accepted that the degree of culpability of the perpetrator cannot be the same as an ordinary person who has not been under provocation. Article 29 of the Turkish Penal Code acknowledges that the perpetrator's criminal liability is mitigated for the crimes committed against the victim, who conducted a provocative and unlawful act, provided that the perpetrator has been acting under anger or severe distress arising from the unlawful act.

There are three theories explaining why the unjust provocation deemed as a reason affecting perpetrator's criminal liability in legal systems. According to the subjective theory, the criminal liability of the perpetrator is mitigated comparing to an unprovoked person, because the perpetrator has been acting under anger or severe distress. This theory acknowledges that the will of the perpetrator has been weakened by her/his psychological condition. Therefore, the ability to control her/his acts is less powerful and she/he can decide upon to commit a criminal act way easier. According to the objective theory, the reason why the perpetrator's criminal liability is mitigated for the criminal act committed against the victim is that the reactive crime is originated from the wrongful act of the victim herself/himself. Pursuant to the mixed theory which is also adopted in Article 29 of the Turkish Penal Code, the legal ground of unjust provocation could be explained by combining these two theories. According to the mixed theory, the reason why the perpetrator's criminal liability is mitigated is that the perpetrator experiences intense emotions originated from the victim's unlawful act and commits a crime under this influence.

The majority opinion of the Turkish criminal law doctrine accepted that unjust provocation is a ground for mitigating culpability. Accordingly, the criminal offence is constituted by its all elements; but the perpetrator's capacity to think and act rationally has been weakened, when the crime is committed. It is asserted that the perpetrator's culpability has been mitigated due to the weakness of her/his will caused by an external ground. The culpability of the offender is therefore less severe than the culpability of a reasonable person under similar circumstances which leads to the mitigation of her/his criminal liability.

Unjust provocation is provided in the general provisions of the Turkish Penal Code. As it is not limited to certain types of crimes and/or perpetrators, it is applicable to all. In comparative law, some legal systems set forth unjust provocation as a general provision. Some of them have this institution as a special provision in relation to specific crimes. In addition, under certain legal systems, it is prescribed as both general and special provisions and there are a few number of systems, which do not stipulate it at all as a legal ground for mitigating criminal liability.

Along with the repeal of distinction between severe and minor provocation under Article 51 of the Turkish Penal Code No. 765, the judge makes an evaluation according to the circumstances of the given case in order to determine the presence and the degree of unjust provocation. Due to this evaluation, considering the effect of the unlawful act causing the provocation to the perpetrator's will, a mitigation to the penalty is determined accordingly, within the limits under Article of 29 of the Turkish Penal Code.

The perpetrator may be considered as she/he acted under unjust provocation, when specific requirements are fulfilled. First of all, an objectively provocative and unlawful act, which is committed by the victim of the reactive crime against the perpetrator, is required. As long as the perpetrator is provoked by the victim's unlawful act, the act may be committed against a person other than the perpetrator herself/himself. Furthermore, provocative acts may affect the perpetrator gradually, as in the case of the women offenders committing crimes against the men, who have been abused them.

In order to mitigate the culpability, and therefore, the criminal liability of the perpetrator, the act causing provocation has to be unlawful. The term "unlawful" signifies an infringement to the legal system generally. Yet the legislator pays regard to the norms of the legal system while identifying the victim's unlawful act as a circumstance of the unjust provocation. In case of the victim's act is solely against to the "public morality" or social values, customs and traditions of a particular region, violation of these values may not be regarded as a ground for unjust provocation, as long as the act does not oppose the law.

This rule may have an exception: the marriage. The breach of fiduciary duties within a marriage may constitute an unlawful act in terms of criminal law. However, it should be underlined that relationships beside marriage should be excluded in this regard. Moreover, although it can be assumed that as a result of the fiduciary duty, the spouses may have a relative expectation of loyalty to each other, this cannot be assumed that it may have absolute effect towards third parties.

Unjust provocation does not encourage who has been acting under anger or severe distress in the absence of an objectively provocative and unlawful act. Similarly, it cannot be asserted that the criminal liability of the perpetrator, who does not have such feelings due to the victim's act, and committed a crime in cold blood, has been mitigated. Accordingly, where a female victim does not have any action at all or in the case of her unlawful act is not objectively provocative, personal characteristics of the male perpetrator acting under anger due to his mental state will not mitigate his culpability.

In terms of the victim's act, it should be evaluated separately whether the other grounds affecting criminal liability and unjust provocation coexist. First of all, if there is a ground for justification *in casu*, the victim's act becomes lawful and therefore may not cause unjust provocation. However, the grounds affecting capacity or culpability do not have any effect on the formation of the offense, nor on the unlawfulness of the victim's act.

The fictitious provocation comes up where the perpetrator commits a crime as she/he thinks the victim committed an unlawful act and acts under anger or severe distress, however, the victim has no such act. According to this, if the mistake of the perpetrator is an inevitable one, she/he will be benefited from this mistake and she/he will be considered as she/he has acted under unjust provocation.

Secondly, in order to accept that the perpetrator has committed an offense under unjust provocation, the provocative and unlawful act must cause anger or severe distress and the perpetrator must be acting under the influence of these feelings. Yet, the perpetrator who does not act under such influence, is a person who has been acting with her/his free will. The existence of unlawful provocation is determined by a two-level causality. Firstly, the anger or severe distress experienced by the offender must be arising from a provocative unlawful act of the victim. This relation of causality suggests that the offender's state of mind cannot be influenced by anything but the victim's act.

The reason why the offender committed a criminal act against the victim must be her/his state of mind, which has the first relation of causality. Accordingly, the reactive crime must be committed under the influence of this psychology. Since, if the perpetrator commits a crime in cold blood, her/his penalty should not be mitigated. As to the time of the reactive crime, it is not clearly prescribed in the legislation. However, if there has been some time passed since the moment of the provocative unlawful act, it is not a reason in itself to break the causality. It should be acknowledged that the perpetrator may commit a crime under unjust provocation, as long as the distress continues.

The reactive crime must be committed against the person who carried out the provocative unlawful act. The offender would not be benefitted from the mitigation of her/his penalty, if the crime is committed against a third person. Since Article 29, does not set forth any condition of proportionality between the provocative act and the reactive crime, the existence of a reactive crime of a more severe character in comparison with the provocative act does not prevent the mitigation. Nevertheless, it could be argued that a reactive crime at an extreme degree would not have a cause and effect relation with the offender's psychological state of mind.

In this dissertation, the unlawful provocation is analysed in its relation with self-defence, honour crimes, premeditation and discretionary mitigating grounds, considering that these are the critical issues concerning the practice of unjust provocation with respect to cases concerning women. First of all, in the event of self-defence, which is a ground for justification, since it cannot be suggested that the victim's act has a wrongful nature, the perpetrator cannot act under unlawful provocation. If there is not an existing attack in the broad sense, since there will not be an obligation to avert the attack, the perpetrator may not be deemed to have acted under self-defence. However, after the unlawful act, as long as the distress of the

offender arisen from this act continues, it may be accepted that the offender commits a reactive crime against the victim under unlawful provocation. Moreover, unlike in the case of self-defence where the person acts with the aim to protect herself/himself from the attack, the perpetrator acting under unlawful provocation, reacts to the provocative act while experiencing anger or severe distress.

In the following section, it is evaluated whether the battered woman has acted under self-defence or circumstances affecting criminal liability may be resorted to in such a case regarding the female offender. In this context, it should be stated that in an abusive relationship, the woman has been experiencing a cycle of violence. Considering that the women who have committed homicide are usually the abused women, it should be taken into consideration whether their actions may be considered as against an imminent attack. As for in such a scenario, the woman who has been suffered from long lasting violence and will be suffering from it unless she averts the risk of attack, takes an action when she has the first opportunity to defend herself.

Under Turkish criminal law, the defensive act of a battered woman killing her abuser while he was in a passive condition and not currently using violence, may be considered as she was under an imminent attack or an attack of which the recurrence is highly expected and therefore as she acted under self-defence. Considering the circumstances of the case, for a woman who has been living in a cycle of violence, the attack may not be deemed solely as potential but it carries a level of certainty. Therefore, it should first be evaluated whether the act of woman is committed under self-defence or whether Article 27/2 of the Turkish Penal Code may be applicable *in casu*, if the defence was disproportionate.

The legislator stipulates murder due to regional conventions and morals as an aggravating circumstance for murder and provides that the ground for unjust provocation is not applicable to such acts, however, it does not prescribe a similar aggravating reason for all types of honour killings. With respect to premeditation, the perpetrator may only be considered as she/he acted under unjust provocation if the psychological influence of the anger or severe distress continues during the premeditation process. Finally, as for the ground for discretionary mitigation, which is a tool for personalisation of penalty, it may coexist with the unjust provocation. However, it is critical to apply the rule in conformity with the law and do not allow an arbitrary mitigation favouring male offenders.

ÖZET

Bu çalışmanın konusu, kadına karşı işlenen suçlar bakımından sıkça gündeme gelen haksız tahrik indirimidir ve bu konu, ataerkil yapının, kurumun uygulamasında izlediği ayrımcı tutum göz önüne alınarak değerlendirilmektedir.

Haksız tahrik altında suç işleyen bir kişi, önceden verilmiş bir kararı olmaksızın, harici bir nedenden ötürü belli bir duygu yoğunluğuna kapılmakta ve bu duyguların etkisi altındayken suç teşkil eden bir davranışta bulunmaktadır. Zira, böyle bir etki altında hareket eden failin iradesi ve dolayısıyla suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği zayıflamıştır. Buna göre failin kusurluluk derecesinin, tahrike maruz kalmamış, sıradan bir kişi ile aynı olamayacağı kabul edilmektedir. TCK md. 29, bu teoriye paralel olarak, faile yönelik tahrik edici ve haksız bir fiil gerçekleştiren kişiye karşı işlenen suçlar bakımından, bu fiilden kaynaklanan öfke veya şiddetli üzüntü halinde hareket edildiği sürece, failin ceza sorumluluğunun azaldığını kabul etmektedir.

Haksız tahrikin, hukuk sistemlerinde failin ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak kabul edilmesinin kaynağını açıklayan üç teori bulunmaktadır. Kurumun hukuki esasını sübjektif teori ile açıklayan görüşe göre, failin cezasının tahrik altında olmayan bir kişiye nazaran daha hafif olmasının nedeni, failin öfke veya şiddetli üzüntü halinde hareket ediyor olmasıdır. Bu görüş, failin iradesinin, psikolojik durumu nedeniyle zayıfladığını ve bu nedenle davranışlarını kontrol edebilme yeteneğinin azalıp suç işleme yönünde karar vermesinin kolaylaştığını kabul etmektedir. Buna karşılık objektif teoriye göre, failin mağdura karşı gerçekleştirdiği fiilden ötürü ceza sorumluluğunun azalmasının nedeni, tepki suçunun, mağdurun haksız davranışı sebebiyle gerçekleşmiş olmasıdır. Son olarak, TCK md. 29'un da benimsediği karma teoriye göre ise, haksız tahrikin hukuki esası, iki teorinin bir araya gelmesi ile açıklanabilir. Buna göre failin ceza sorumluluğunun azalmasının nedeni, mağdurun haksız eyleminden kaynaklanan bir duygu yoğunluğuna kapılmış ve bunun etkisi altında suç işlemiş olmasıdır.

Türk ceza hukukunda çoğunluk görüşü, haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir neden olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, failin suç teşkil eden eylemi tüm unsurlarıyla oluşmuştur, bununla birlikte, suçun işlendiği sırada failin rasyonel bir şekilde düşünme ve hareket etme yeteneği zayıflamıştır. Harici bir sebepten kaynaklanan, iradesindeki bu zayıflama nedeniyle, failin kusurluluğunun azaldığı kabul edilmektedir. Kusurluluğu aynı koşullardaki makul bir kişiye göre daha az olan failin, ceza sorumluluğu da bu doğrultuda azalmaktadır.

Haksız tahrik, TCK'nin genel hükümler bölümünde yer almaktadır. Maddede kişi veya suç tipi bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olmadığından, haksız tahrikin her suç tipi için uygulanabileceği kabul edilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta da haksız tahriki hem genel hüküm olarak düzenleyen hem yalnızca bazı suçlara ilişkin özel hüküm olarak ele alan sistemler olduğu gibi; her iki türde

norma da yer veren kanunlar veya haksız tahriki hiçbir şekilde ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak öngörmeyen sistemler bulunmaktadır.

765 sayılı TCK md. 51'deki ağır-hafif tahrik ayrımının kaldırılması üzerine, haksız tahrikin derecesi belirlenirken, hakim somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre tahrike neden olan haksız fiilin, failin iradesine olan etkisi dikkate alınarak, TCK md. 29'da gösterilen sınırlar içinde kalan bir oranda, cezada indirim yapılmaktadır.

Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilmesi, belirli koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Buna göre öncelikle, tepki suçunun mağduru olan kişinin, faile yönelik olarak gerçekleştirdiği objektif anlamda tahrik edici ve haksız bir fiilin varlığı gerekir. Tahrik edici fiilin, fail dışında bir kişiye karşı gerçekleştirilmesi, fiil objektif olarak fail bakımından tahrik edicilik kriterini sağladığı müddetçe şart değildir. Ayrıca, kadın faillerin kendilerine şiddet uygulayan erkeklere karşı işlediği suç örneklerinde de olduğu gibi, eylemlerin süreç içerisinde yavaş yavaş tahrik edici bir etki göstermesi de mümkündür.

Failin kusurunun ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun azalması için tahrike neden olan fiilin haksız olması gerekir. Haksızlık ifadesi, genel anlamda hukuk düzenine aykırılığı ifade eder. Zira, kanun koyucu, mağdurun haksız fiilinin varlığını bir koşul olarak arayarak, hukuk düzenini korumaktadır. Mağdurun eyleminin yalnızca ahlaka veya belli bir yöredeki toplumsal değerlere, gelenek ve göreneklere aykırı olduğu durumda; bu değerlere aykırılık, hukuka aykırılık teşkil etmediği müddetçe, eylem haksız tahrike sebebiyet vermeyecektir.

Bu kuralın evlilik içerisinde bir istisnası olduğu kabul edilmektedir. Sadakat yükümlülüğünün ihlalinin ceza hukuku anlamında haksız fiil teşkil ettiği kabul edilebilir. Bununla birlikte bu kabulün, evlilik bağı ile bağlı olmayan kişilerin ilişkileri bakımından herhangi bir sonuç doğurmayacağını açıktır. Ayrıca, sadakat yükümlülüğünün sonucu olarak evlilik birliği içerisindeki eşlerin, birbirlerine karşı nispi bir sadakat beklentisi olduğu kabul edilebilmekle birlikte; bunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek mutlak bir hak olduğu söylenemez.

Haksız tahrik kurumu, objektif olarak tahrik edici ve haksız bir fiilin yokluğu halinde, öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olan faili korumaz. Aynı şekilde, bu özellikleri haiz bir fiil sonucunda, söz konusu duygulara kapılmamış olan ve soğukkanlılıkla suç işleyen failin, ceza sorumluluğunun azaldığından söz edilemez. Buna göre, mağdur kadının herhangi bir fiilinin bulunmadığı veya haksız bir fiili bulunmakla birlikte fiilin objektif anlamda tahrik edicilik niteliğini taşımadığı bir senaryoda; erkek failin kişisel özellikleri, psikolojik yapısı nedeniyle öfkeye kapılması, haksız tahrik indiriminden yararlanmasına sebep olmayacaktır.

Mağdurun eylemi bakımından, ceza sorumluluğunu etkileyen diğer haller ile haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağı, her kurum bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Öncelikle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenin varlığı halinde, fiilin hukuka uygun hale geldiğini ve dolayısıyla haksız tahrike neden olamayacağı ifade edilmelidir. Oysa, kusur yeteneğini ya da kusurluluğu etkileyen nedenlerin, suçun oluşumuna herhangi bir etkisi olmadığından, mağdurun eyleminin hukuka aykırılığına da etki göstermediği kabul edilmelidir.

Mağdurun haksız ve tahrik edici bir eylemi bulunmamakla birlikte, failin, böyle bir fiilin var olduğunu düşünerek öfke veya şiddetli üzüntüye kapılması ve bu duygunun etkisi altındayken suç işlemesi halinde varsayılan tahrik kavramı gündeme gelmektedir. Buna göre failin hatası, somut olayın özelliklerine göre kaçınılmaz bir hata ise, fail bu hatasından yararlanacak ve haksız tahrik altında hareket etmiş kabul edilecektir.

İkinci olarak, failin haksız tahrik altında suç işlediğinin kabul edilebilmesi için, tahrik edici haksız fiilin, failde öfke veya şiddetli üzüntüye neden olması ve failin bu duyguların etkisi altında hareket ediyor olması gerekir. Zira, böyle bir duygunun etkisi altında hareket etmeyen fail, özgür iradesi ile suç işleme kararı alan bir kişi konumundadır. Öte yandan haksız tahrikin varlığı, iki dereceli bir nedensellik ilişkisine bağlıdır. Öncelikle failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü hali, mağdurun tahrik edici ve haksız eyleminden kaynaklanmalıdır. Bu nedensellik ilişkisi, failin duygu durumunun, mağdurun fiili dışındaki bir nedenden kaynaklanamayacağı anlamına gelmektedir.

Bunun yanı sıra failin, mağdura karşı suç teşkil eden davranışını gerçekleştirmesinin sebebi, ilk nedensellik ilişkisine sahip olan duygu durumu olmalıdır. Buna göre tepki suçu, failde meydana gelen bu psikolojinin etkisi altında işlenmiş olmalıdır. Tepki suçunun zamanına ilişkin kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tahrik fiilinin gerçekleşme anından itibaren belli bir sürenin geçmiş olması, başlı başına nedenselliği koparan bir sebep değildir. Buhranın etkisi devam ettiği sürece, failin haksız tahrik altında suç işleyebileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Tepki suçunun, tahrik edici haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olarak işlenmesi gerekir. Fail, üçüncü kişiye karşı işlenen suç bakımından, ceza indiriminden yararlanamayacaktır. Md. 29, tahrik eylemi ile tepki suçu arasında herhangi bir orantı koşulu öngörmediğinden; tepki suçunun tahrik eylemine göre daha ağır bir niteliğe sahip olması, fail hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmasını engellemektedir. Bununla birlikte, aşırı dereceye varmış bir tepki suçunun, failin psikolojik durumu ile arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmadığı ileri sürülebilir.

Bu çalışma kapsamında haksız tahrikin, kadına ilişkin uygulama bakımından önem arz eden konular olduğu düşünüldükçe, meşru savunma, töre saiki, tasarlama ve takdiri indirim nedenleri ile ilişkisi ele alınmıştır. Öncelikle, bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın varlığı halinde, mağdurun eyleminin haksızlık niteliği taşıdığından söz edilemediğinden, failin haksız tahrik altında hareket ettiği ileri sürülemez. Buna paralel olarak, geniş anlamda mevcut bir saldırı bulunmadığı takdirde de saldırıyı defetme mecburiyetinden bahsedilemeyeceği için, meşru savunma söz konusu olmayacaktır. Oysa, haksız eylem sona erdikten sonra, eylemin failde yarattığı öfke veya şiddetli üzüntü hali devam ettiği sürece, failin haksız eylemde bulunan kişiye karşı, haksız tahrik altında tepki suçu işlediği kabul edilebilir. Ayrıca, haksız tahrik altında hareket eden fail, meşru savunma halinden farklı olarak, kendisini koruma amaçlı bir davranış değil; tahrik eylemine karşı öfke veya şiddetli üzüntü içerisinde bir reaksiyon göstermektedir.

Bir sonraki bölümde, süregelen bir şekilde şiddete maruz kalmış olan kadının eyleminin meşru savunma kapsamında kalıp kalmadığı; kalmıyorsa, kadın

bakımından ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerin, böyle bir durumda uygulama alanı bulup bulmayacağı değerlendirilmektedir. Bu bağlamda öncelikle, erkeğin kadını istismar ettiği bir ilişki içerisinde, şiddete maruz kalmış olan kadının bir şiddet döngüsünde yaşadığını ifade etmek gerekir. Partnerlerine karşı kasten öldürme suçunu işleyen kadınların çoğunlukla istismar edilmekte olduğu dikkate alındığında, bu kadınların eylemlerinin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi için, mevcut bir saldırının bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır. Zira böyle bir durumda, uzun süre şiddete maruz kalmış ve saldırı tehlikesini ortadan kaldırmadığı müddetçe kendisine karşı şiddet uygulanmaya devam edilecek olan kadın, kendisini savunma imkanı bulduğu ilk fırsatta, şiddet döngüsünden çıkmak maksadıyla harekete geçmektedir.

Türk ceza hukukuna göre, şiddete maruz kalmış kadının, kendisine karşı sürekli olarak şiddet uygulayan erkeği, şiddet tehlikesi göstermediği ve pasif konumda olduğu bir anda öldürmesi durumunda; eyleminin meşru savunma kapsamında kalıp kalmayacağı, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırı ekseninde ele alınması gereken bir konudur. Somut olay koşullarının göz önüne alınması gerekmekle birlikte, şiddet döngüsü içerisinde yaşayan kadın bakımından, saldırının basit bir ihtimalin ötesinde, bir kesinlik değeri taşıyabileceğini kabul etmek gerekir. Bu durumda, kadının eyleminin öncelikle meşru savunma kapsamında kalması gerektiği; savunma eyleminin orantısız olduğu durumda ise TCK md. 27/2'nin devreye gireceği düşünülebilir.

Kanun koyucu, töre saiki ile kasten öldürme suçunu, kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlemiş ve töre saikinin mevcut olduğu bir durumda, failin haksız tahrik altında hareket edemeyeceğini kabul etmekle birlikte; namus kavramına ağırlaştırıcı bir neden olarak yer vermemiştir. Tasarlayarak kasten öldürme suçu bakımından da failde mağdurun eylemi nedeniyle meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü halinin etkisi, tasarlama süresince devam ettiği müddetçe, failin haksız tahrik indiriminden yararlanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Son olarak, cezanın bireyselleştirilmesinin araçlarından biri olan takdiri indirim nedenleri ile haksız tahrik aynı olayda söz konusu olabilir. Bu konuda önemli olan, takdiri indirim nedenlerinin kanuna ve hukuka uygun olarak uygulanması, kadına karşı işlenen suçlar bakımından keyfi bir uygulamaya izin verilmemesidir.

GİRİŞ

“Devlet, feminist anlamda eril bir niteliğe sahiptir: Hukuk, kadını, erkeğin kadını gördüğü gibi görür ve kadına ona göre muamele eder.”¹

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçlar ile ilgili açılan davaların sanıklara göre dağılımına ilişkin 2016 yılı istatistiklerine göre, erkekler hakkında tüm suçlara ilişkin açılan dava sayısı, kadınlarınkinin on katı kadardır. Bu fark, farklı yaş gruplarına dair sayıların toplamı dikkate alınacak şekilde, yaklaşık olarak, basit ve nitelikli kasten öldürme suçları bakımından otuz kat, cinsel suçlar bakımından ise yirmi altı kat olmaktadır². Hukukun ve uygulamasının ataerkil yapısı içerisinde dahi, kadınlar, erkeklere göre objektif olarak çok daha az oranda suç işlemektedir. Şiddet içeriğinin en yoğun olduğu suçlar bakımından ise bu oran daha da çarpıcı bir şekilde düşmektedir. Erkeklerin işledikleri suçların önemli bir bölümü ise kadınlara karşı işlenmektedir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Hacettepe Üniversitesi’nin 2014 yılında ikincisini gerçekleştirdikleri Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması kapsamında, 6287 kadın ile yapılan görüşmeler sonucunda elde edilen veriler; kadınların, yaşamlarının herhangi bir döneminde, eşi veya birlikte oldukları erkeklerin şiddetine maruz kalma oranını ortaya koymuştur. Buna göre, kadınların %35,5’inin fiziksel şiddete, %12’sinin cinsel şiddete, %37,5’inin ise fiziksel ve/v

¹ Catharine A. MacKinnon, **Toward A Feminist Theory Of The State**, Cambridge: Harvard University Press, 1989, s. 161-162.

² Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2016 Yılı Ceza Mahkemelerine TCK ile İlgili Açılan Davaların Suç Türü ve Sayısı ile Sanıkların Yaş Grubuna Göre Dağılımı, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016acilantck.pdf>; Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2016 Yılı 5237 Sayılı TCK Uyarınca Yıllar İtibariyle İllere Göre Ceza Mahkemelerinde Yıl İçinde Açılan Davalar ve Sanık Sayıları, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/acilandetayli/2016ceza/acilan/2016-5237-İLLER.pdf> (Erişim Tarihi: 30.07.2017).

ve/veya cinsel şiddete maruz kaldığı öğrenilmektedir³. Hal böyle iken kadının erkek şiddetinden korunması gereği ortaya çıkmaktadır.

Kadına karşı işlenen suçlar bakımından, ceza hukuku uygulamasının en tartışmalı konularından biri haksız tahrik kurumudur. Türk ceza hukukunda haksız tahrik, büyük ölçüde, kusurluluğu azaltan genel bir neden olarak kabul edilmektedir. Haksız tahrikin varlığından söz edilebilmesi için, somut olay öncesinde, mağdurun faile yönelik objektif olarak haksız ve tahrik edici bir eylemi olması gerekir. Zira haksız tahrik kurumu, failin, bu nitelikleri haiz bir eylemin, kendisinde yarattığı öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında bir tepki suçu işlemesini konu alır. Buna göre, haksız tahrik altında hareket eden failin iradesinin, sıradan bir kişiye göre zayıfladığı; suç işleme yönünde karar almasının, kusurluluğu etki altında olmayan bir kişiye göre, kolaylaştığı kabul edilmektedir⁴. Bu şekilde suç işleyen failin, herhangi bir etki altında kalmayan kişiye nazaran daha az kınanabilir olduğundan hareketle, cezasında belli bir oranda indirim öngörülmektedir.

Haksız tahrik kurumunun, kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul edilmesi, mağdurun sebep olduğu öfke veya şiddetli üzüntü haline hukuken bir sonuç bağlanması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte bu duygu hallerinin, kişinin davranışlarına etki gösterme potansiyeli olan diğer duygulardan ayırık tutulmasının nedeni belirsizdir. Kurum ile korunmak istenen yarar, mağdurun haksız hareketi sonucu duygusal bir yoğunluk yaşayan ve bu yoğunluğun etkisi altında, haksız hareketi gerçekleştiren kişiye karşı bir suç işleyen failin, kusurluluğunun azalmış olmasıdır. Ancak, kusurluluğun azalmasına neden olan duyguların neden öfke ve şiddetli üzüntü hali ile sınırlandırıldığı tartışılabilir. Zira, tepki suçu ile arasında nedensellik ilişkisi olduğu müddetçe, başka herhangi bir duygu halinin de ceza sorumluluğuna farklı oranlarda da olsa etkisi olabileceği düşünülebilir.

³ Bkz. Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, “Temel Sosyal Ve Demografik Özelliklere Göre Eşinin Veya Birlikte Olduğu Erkeklerin Fiziksel Veya Cinsel Şiddetine Maruz Kalmış Kadınların Yüzdesi” başlıklı tablo sonuçları [Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı/Hacettepe Üniversitesi, **Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması**, Ankara, 2015, <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/KKSA-TRAnaRaporKitap26Mart.pdf> (Erişim Tarihi: 30.07.2017), s. 84].

⁴ Timur Demirbaş, **Haksız Tahrik**, Ankara: Seçkin, 2016, s. 38.

Haksız tahrikin, öfke duygusunun eril standardını referans alarak ortaya çıktığı ve uygulandığı ileri sürülmektedir⁵. Oysa kadın failler bakımından öfkenin deneyimlenişi, nitelik itibariyle erkeklere göre değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin, tepki suçunun zamanı bakımından yapılan tartışma kapsamında; öfkenin erkek failde, kadına göre, daha ani bir kontrol kaybı şeklinde gerçekleştiği anlaşılmaktadır⁶. Normun, erkek fail referans alınarak belirleniyor olması, onun lehine olacak şekilde uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Buna göre, erkek faillerin suç işledikleri birçok durumda haksız tahrik indirimi kolaylıkla gündeme gelirken; kadınların, özellikle de şiddete maruz kalmış olan kadınların, kendilerini istismar eden kişilere karşı işledikleri suçlarla ilgili dahi ceza sorumluluklarının etkilendiği yönünde karar verilmesi güçleşmektedir⁷. Oysa, kadın ve erkek arasındaki farklılıkların, hak ve özgürlük alanına, toplumsal ve siyasal yapıya bir ayrımcılık olarak yansması kabul edilebilir nitelikte değildir⁸. Bu bağlamda, kadınların genel ve ortak özellik taşıyan duygusal tepkilerinin, ceza hukuku bakımından dikkate alınması, hukukun toplumsal cinsiyet yanlılığının azaltılması bakımından önem taşımaktadır⁹.

Normatif anlamda haksız tahrik kurumunun feminist eleştirisi şüphesiz ki mümkündür. Bununla birlikte, bu çalışmanın merkezinde olan, TCK md. 29'da düzenlenen, ceza hukukunda haksız tahrik müessesesidir. Bu çalışmada, kadının mağdur veya fail olduğu durumlar bakımından, haksız tahrikin ve haksız tahrik ile ilişkili olduğu tespit edilen diğer bazı kurumların, hukuka aykırı uygulamalara yol açabildiği göz önüne alınarak; haksız tahrik müessesesinin ele alınış biçimine bir yön verilmiştir. Kişinin haksız tahrik altında hareket ettiğinden söz edilebilmesi için gerekli olan koşullar, normatif olarak, ayrımcı olmayan bir pratiğe elverişlidir. Ancak pozitif hukuk kurallarının eşitlik ilkesine uygun bir standardı benimsediği koşulda dahi, toplumun ataerkil yapısı ve ayrımcı bakış açısının; gerek hukuk kurallarını birinci elden ihlal edenler gerekse bu ihlallerin yaptırımla karşı karşıya kalması önünde engel teşkil ederek ihlali sürdüren mahkemeler nezdinde, yasal

⁵ Jonathan Herring, **Criminal Law – Text, Cases, and Materials**, 5. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 308.

⁶ Catherine Elliott/Frances Quinn, **Criminal Law**, 10. Baskı, Harlow: Pearson, 2014, s. 82-83.

⁷ Herring, **Criminal Law**, s. 308.

⁸ Türkan Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara: Seçkin, 2013, s. 52.

⁹ Katharine K. Baker, "Gender and Emotion in Criminal Law", **Harvard Journal of Law & Gender**, Cilt: 28, 2005, s. 449.

düzenlemelere paralel bir şekilde değişim ve gelişim göstermediği anlaşılmaktadır¹⁰. Bunun sonucu olarak da mahkemelerin hukuki değer yerine, değer yargılarını kriter olarak almaları ve kendi toplumsal cinsiyet algılarıyla bir sonuca ulaşmaları kaçınılmaz hale gelmektedir¹¹.

Kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet yasağının bir uluslararası teamül kuralı olarak kabul edildiği de göz önüne alındığında¹², ceza hukukunda haksız tahrik kurumu ile ilgili yapılması gerekenin, normun, toplumsal cinsiyet duyarlı bir yorumu olduğu düşünülebilir. Haksız tahrik kurumunun; kadın haklarını ve toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetten bir yorumla ele alınması ile, hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen uygulamanın önüne geçilebilir. Zira, ayrımcılık ve cinsiyetçilik, eril şiddeti besleyen olgulardır¹³. Bu bağlamda, bu çalışma ile amaçlanan, haksız tahrik kurumunun halihazırdaki koşullarının eşitlik ilkesine uygun bir şekilde değerlendirilmesidir. Çalışma kapsamında, kurumun teorisi ile birlikte gerek 765 sayılı TCK gerekse 5237 sayılı TCK dönemlerindeki uygulamaya ilişkin bilgi verilmekte; bu sırada, ilgili olduğu ölçüde karşılaştırmalı hukuktan – özellikle şiddete maruz kalmış kadın sendromu teorisinin kaynağı olan ve bu sendromdan muzdarip olan kadının ceza sorumluluğu, öğretisi ve mahkeme kararlarında çokça tartışılmış olan Anglosakson ve Amerikan ceza hukukundan – yararlanılmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde haksız tahrik kurumuna ilişkin genel özellikler ortaya konulmaktadır. Bu bölümde yer alan kurumun hukuki esası ve hukuki niteliği konuları, öğretide, yer yer farklı başlıklar altında, bazen de birbiri ile iç içe geçmiş şekilde incelenen konulardır. Bu çalışma kapsamında, haksız tahrikin hukuki esası bahsinde, kurumun hukuk sistemlerinde, failin ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak kabul edilmesinin gerekçesi ele alınmaktadır. Hukuki nitelik

¹⁰ Nur Centel, “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?”, Ed.: Nur Centel, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 1; Özlem Yenerer Çakmut, “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2016, s. 19.

¹¹ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 282.

¹² Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW), “19 Numaralı Tavsiye Kararını Güncelleyen 35 numaralı Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin Tavsiye Kararı”, CEDAW/C/GC/35, 2017, s. 2.

¹³ Ali Rıza Çınar, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine İlişkin İstanbul Sözleşmesinin Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Yükümlülükler”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 106, Haziran 2015, s. 78.

çerçevesinde değerlendirilen ise, haksız tahrikin, ceza hukukunun hangi temel kurumu kapsamında yer alması gerektiğidir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, failin somut olayda haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullar ele alınmaktadır. Koşullar, ortak özellikleri göz önüne alınarak, üç ana grup altında incelenmektedir. Bunlar sırayla, mağdurun fiili, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem ve tepki suçu olarak sayılabilir. İlk olarak, failin suç teşkil eden davranışı gerçekleştirmesinden önce, onun bu şekilde hareket etmesine neden olan, mağdurdan kaynaklanan tahrik edici ve haksız bir fiilin varlığı gerekir. Haksız fiil koşulu, çalışma konusu bakımından özel bir önem arz etmektedir. Uygulamada, kadına karşı işlenen suçlar bakımından, erkek failer lehine haksız tahrik indirimine başvurulması konusunda, yorumu en kötüye kullanmaya açık olan kavramın haksız fiil kavramı olduğu ileri sürülebilir. Zira, haksızlık kavramının kapsamı tartışmalıdır. Ahlakın bir hukuk kuralı olarak değeri, gerek geniş anlamda namus cinayetleri gerekse kadına karşı işlenen diğer suçlar bakımından, sık sık gündeme gelmektedir.

Mağdurun haksız ve tahrik edici fiili ile failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem duyguları ve bu duygular ile failin mağdura karşı işlemiş olduğu tepki suçu arasında nedensellik bağı olması, yine bu anlamda kritik öneme sahiptir. Kadına karşı işlenen suçlar bakımından, kadının objektif anlamda tahrik edici niteliği olmayan, hukuka uygun fiilleri sonucunda failde öfke veya şiddetli üzüntü duygularının oluşmasının, haksız tahrik bakımından herhangi bir değeri bulunmamaktadır. Zira, ceza hukukunun haksız tahrik bağlamında sonuç bağladığı nedensellik, haksız eylem ile tepki suçu arasındaki nedensellik ilişkisidir. Bu konuda ayrıca tepki suçunun, haksız ve tahrik edici eylemi gerçekleştiren kişiye yönelik olması kriteri de kadına karşı işlenen suçlarda, hukuka aykırı haksız tahrik uygulamasına neden olması bakımından önem taşımaktadır.

Haksız tahrike ilişkin düzenlemenin genel hüküm olmasından ötürü, öğretilde kurumun birçok farklı ceza hukuku müessesesiyle ilişkisi incelenmekte; haksız tahrikin bunlarla bir arada bulunup bulunamayacağı meselesi ele alınmaktadır. Üçüncü ve son bölümde, haksız tahrik ile geleneksel olarak ilişkisi kurulan kurumlara bir sınırlama getirilmekte, kadına ilişkin önem arz eden konulara öncelik

verilmektedir. Buna göre, çalışmanın çıkış noktasının, ceza hukuku sistemi içerisinde, kadının mağdur ve fail olduğu durumlarda farklılık gösteren standartlar ile buna bağlı olarak değişen yorum ve yargı pratiği olduğu dikkate alındığında; şiddete maruz kalmış kadın sendromuna bu çerçevede değinilmekte fayda görülmektedir. Karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak, bu sendromun etkisi altında suç teşkil eden davranışta bulunan kadının eylemi, meşru savunma ve haksız tahrik çerçevesinde değerlendirilmektedir. Son olarak bu bölümde, kadına karşı işlenen suçlar bakımından ön plana çıkan, kasten öldürme suçunun nitelikli halleri olan töre saiki ve tasarlama konuları ile birlikte takdiri indirim nedenlerine yer verilmekte, bu konuların haksız tahrik ile olan ilişkisi ele alınmaktadır.



I. HAKSIZ TAHRİKİN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Haksız Tahrik Kavramı

Kriminolojik çalışmalar, kişiyi suç işlemeye iten nedenlerin biyolojik, psikolojik, sosyolojik, ekonomik birçok farklı değişkene bağlı olduğunu göstermektedir¹⁴. Kişinin iradesine etki eden, onu suç işlemeye iten nedenlerin önemli bir kısmı dış nedenlerdir. Failin dış nedenlerin mevcut bulunmadığı birçok durumda, suç teşkil eden davranışı gerçekleştirmeyecek olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, kişiyi harekete geçiren böyle bir sebebin varlığı da, her senaryoda, onun iradesi ve davranışları üzerindeki hakimiyetinin tamamen ortadan kalkması sonucunu yaratmamaktadır. Dolayısıyla, kişinin suç işleme kararına etki eden dış bir faktörün mevcut olduğu her ihtimalde, işlemiş olduğu fiilden ötürü failin ceza sorumluluğunun ortadan kalkması sonucu doğmamaktadır¹⁵.

Tahrik altında suç işlenmesi halinde, kişinin kendisinden kaynaklanmayan, dış bir nedenden ötürü belli bir duygu yoğunluğuna kapılması ve bu psikoloji içerisinde kendini kontrol etme yeteneğinin zayıflaması sonucunda, suç teşkil eden bir davranışta bulunması söz konusudur¹⁶. Kişi, psikolojik anlamda bir denge içerisinde olduğu ve hayatını normal akışında sürdürdüğü sırada, dışarıdan gelen tahrik ile birlikte bu dengeyi kaybeder¹⁷. Böyle bir durumda, kişinin ceza sorumluluğunun olmayacağı söylenememekle birlikte, iradesinin etkilenmiş olduğunu kabul etmek gerekmekte ve bu sebeple sorumluluğunun tahrike maruz kalmamış biri ile aynı olamayacağından hareket edilerek, kişinin cezasının indirilmesi yoluna

¹⁴ Füsün Sokullu-Akinci, **Kriminoloji**, 11. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 151 vd.; Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 99 vd..

¹⁵ İsmail Hakkı Ayık, "Tahrik", **Adalet Dergisi**, Yıl: 43, Sayı: 1, Ocak 1952, s. 84.

¹⁶ Zeynel T. Kargal, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", **EÜHFD**, Cilt: XIV, Sayı: 3-4, 2010, s. 19; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 16. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 317.

¹⁷ Gökhan Yaşar Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul: Legal, 2010, s. 54.

gidilmektedir¹⁸. Tahrik sözcüğü Arapça kökenli bir sözcük olup “*bir kimseyi, kötü bir iş yapması için harekete geçirme, kışkırtma; yola çıkartma, hareket ettirme, kımıldatma; ajitasyon, provokasyon*” gibi anlamlara sahiptir¹⁹. Ceza hukuku anlamında ise bu kavram; kişinin belli bir şekilde davranmaya özendirilmesi veya itilmesi, kişinin iradesi üzerinde belli bir doğrultuda etki yaratarak, onun suç işleme yönünde harekete geçirilmesi, kişiyi suç işlemeye yönlendirme, teşvik etme anlamlarına gelir ve Türk Ceza Kanunu bakımından iki farklı kullanımı ifade eder²⁰. Bunlardan ilki md. 214, 216, 217, 219, 304, 313 ve 319 kapsamında tahrik fiilini farklı suçların maddi unsuru olarak ele alan özel düzenlemelerdir. Bunlara tahrik suçları denmektedir²¹. Tahrik suçlarında bir kişiyi ilgili maddedeki şekilde davranmaya sevk ve teşvik söz konusudur²². İkincisi ise bu çalışmanın konusu olan, TCK’nin genel hükümlerinde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” arasında sayılan, “haksız tahrik” düzenlemesidir.

TCK md. 29 hükmü uyarınca, failin haksız tahrik altında hareket etmesi, haksız bir fiilin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bir suç işlemesi durumunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, gerek öğretide gerekse uygulamada, haksız tahrikin koşul ve esaslarına değişik ölçülerde vurgu yapan çeşitli tanımları mevcuttur. Bir grup, haksız tahrik kurumunu failin psikolojisine dayandırarak açıklarken²³; diğer grup haksız tahrik tanımında failin tahrike kapılmasına neden olan haksız fiilin varlığını ön plana çıkarmıştır. Üçüncü bir grup ise Kanunun ifadesinden de hareketle, her iki unsura eşit ölçüde yer vermiş ve kurumun hukuki esasının yalnızca failin irade serbestisinin azalması ile açıklanamayacağını ve bu azalmaya

¹⁸ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 3.

¹⁹ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 30.04.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 30.04.2017).

²⁰ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 21; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 3; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler - TCK m.1-75**, 6. Baskı, İstanbul: Beta, 2016, s. 393-394.

²¹ Burcu Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, **İÜHFİM**, Cilt: LXXI, 2013, s. 267.

²² Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Adalet, 2016, s. 504.

²³ Faruk Erem, “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 37, Sayı: 7, Temmuz 1946, s. 637; Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumî Kısım**, 3. Baskı, İstanbul: İsmail Akgün, 1953, s. 443-444; Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik – Genel ve Özel Hükümler**, Ankara: Adil, 1999, s. 15-16.

neden olan fiilin haksızlık içeriğinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir²⁴.

Yargıtay içtihatlarında da failin psikolojisine öncelik verilmekle birlikte her iki unsurun da kurumun açıklanmasında önem taşıdığı kabul edilmiştir. Yakın tarihli birçok YCGK kararına göre:

*“Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, failin haksız bir tahrikin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder. Bu halde fail, haksız tahrikin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Öğretide yer alan görüşlere göre de; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında bir suç işlemesi halinde kusur yeteneğindeki azalmayı ifade eden haksız tahrik, bu yönüyle, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan olumsuz bir nedendir. Başka bir deyişle, bu halde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte ve böylece, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde zayıflamış bulunmaktadır.”*²⁵

Çalışmanın esasını haksız tahrik oluşturmakla birlikte, kurumun, yukarıda sayılan tahrik suçları ile karışmaması için kısaca aralarındaki ayırmadan söz etmekte fayda bulunmaktadır. Öncelikle tahrik suçlarında, tahrik eden kişi ile tahrik edilen ve bunun üzerine belirli bir şekilde hareket eden kişinin iradeleri uyusmaktadır. Haksız tahrikte ise tahrik eden ile tahrik edilen kişiler birbirine karşıt konumda

²⁴ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2016, s. 436; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 22; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku – Genel Kısım Cilt: II**, 11. Baskı, İstanbul: Beta, 1997, s. 346; Nevzat Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 6, 1951, s. 332-333; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 440; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 430.

²⁵ Örnek olarak bkz. YCGK, E. 2013/4-791 K. 2016/435 T. 22.11.2016; YCGK, E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016; YCGK, E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

bulunmaktadır; zira tahrik edilen kişi, tahrik sonucu kapıldığı hiddet veya şiddetli elem sonucunda, tahrikin kaynağına yönelik bir suç işlemektedir²⁶. Tahrik suçlarında tahrik edenin kastı, tahrik edilenin belirli bir şekilde hareket etmesine yöneliktir; haksız tahrikte, tahrik edenin tahrik edilenle aynı yönde bir kastı bulunmamaktadır. Bu durumda tahrik eden, tahrik teşkil eden fiili, failin suç işlemesi maksadıyla gerçekleştirmemektedir²⁷.

Aynı şekilde, haksız tahrik ile suça iştirak biçimleri olan azmettirme ve TCK md. 39/2-a'da düzenlenen yardım etme arasında da benzer farklar mevcuttur. Azmettirme, henüz suç işlemek konusunda hiçbir düşüncesi veya kararı olmayan kişiyi ikna etmek suretiyle, ona bu kararın verdirilmesidir²⁸. Yardım etmenin teşvik suretiyle gerçekleşmesi durumunda ise, failde suçu işleme yönünde bir düşünce/niyet mevcuttur; ancak henüz bu düşünce, karara dönüşmemiştir. Teşvik eden kişi, bu durumdaki failin suç işleme yönünde karar almasını sağlayacak telkinlerde bulunur²⁹. Her ikisinde de azmettiren/teşvik eden ile azmettirilenin/teşvik edilenin iradesi aynı yöndedir ve somut olayda belli bir suçun işlenmesine yöneliktir³⁰. Haksız tahrikte ise tahrik eden kişi, bizzat tahrik edilenin işlediği suçun mağdurudur.

B. Haksız Tahrikin Hukuki Esası

Haksız tahrik kurumunun hukuki dayanağını, yani ceza kanunlarının neden haksız tahrike ceza sorumluluğunu azaltan bir etki tanıdığını, açıklayan üç teori bulunmaktadır. Bunlar, failin öfke veya şiddetli elem altında kalarak iradesinin etkilenmiş olmasına öncelik veren sübjektif teori; failin suç teşkil eden eylemi ile mağdurun buna yol açan haksız eyleminin her ikisinin de kusurlu davranış olduğunu ve kusurların takası suretiyle faile verilecek cezanın azaltılması gerektiğini ileri süren objektif teori ve son olarak bu ikisini bir araya getiren karma teoridir.

²⁶ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 436.

²⁷ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 5-6.

²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 496-497.

²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 672-673.

³⁰ Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 20.

1. Sübjektif Teori

Sübjektif teori, haksız tahrikin esasını failin psikolojik durumuna, heyecan haline dayandırır. Buna göre haksız tahrik altında fail, yoğun bir öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış, davranışlarını denetleyebilme yeteneği azalmış ve bu duyguların etkisi altında sakinliğini kaybederek tepki göstermiştir³¹. Tahrik altındaki failin heyecanı arttıkça; iradesini kontrol etme imkanı da o oranda azalmakta, suç işlemeye yönelik karar vermesi o oranda kolaylaşmaktadır³². Haksız tahrik altında suç işleyen kişinin cezasının indirilmesinin sebebi, failin suç işlerken, iradesini ortadan kaldıran şiddetli bir buhranın yarattığı manevi baskı altında, düşünmeden hareket etmiş olması ve bu şekilde hareket eden bir kişinin tehlikeliliğinin, tahrik altında olmayan, soğukkanlılık ve tedbirle hareket eden birine göre daha az olmasıdır³³. Ayrıca, bu şekilde hareket eden bir kişinin cezasının azaltılmasının gereği, suç işlendiği sırada kişinin iradesinin zayıflamış olmasından ötürü kendisini alıkoyma yeteneğinin ve dolayısıyla kusurunun azalmış olması ile açıklanır³⁴. Zira, ceza sorumluluğunun tam olabilmesi, öncelikle özgür ve kusurlu bir iradeye bağlıdır³⁵.

Heyecan, Erem'in ifadesi ile *“normal seyrinde akıp giden teessür hayatı içinde bariz bir sarsıntı halinde ve bazı fizyolojik gösterilerle birlikte husule gelen geçici psikolojik bir olaydır”*³⁶. Kavram; sevinç, korku, kızgınlık, üzüntü, kıskançlık, sevgi gibi birçok güçlü ve geçici duygu durumunu kapsar, *“bir uyarıcı karşısında, aşırı derecede duygulanış nedeniyle fizyolojik değişmelere yol açan tepki; organizmanın durgun ve olağan durumundan herhangi bir biçimde uzaklaşması hali”*³⁷ ve *“duygusal hareketlenme, bir şey karşısında reaksiyon gösterme”*³⁸ olarak da ifade

³¹ Devrim Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’da Haksız Tahrik”, **AÜHFD**, Cilt: 54, Sayı: 1, 2005, s. 228; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 65-66.

³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 505; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 38.

³³ Ayık, “Tahrik”, s. 85-86; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 436; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 41; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 66-67; Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 216.

³⁴ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 228.

³⁵ Ayık, “Tahrik”, s. 86.

³⁶ Faruk Erem, “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, **AÜHFD**, Cilt: 2, Sayı:4, 1945, s. 51.

³⁷ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 22.05.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dildernegei.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 22.05.2017).

³⁸ Gülşah Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul: Beta, 2013, s. 8.

edilir³⁹. Kişiyi suç işlemeye iten birçok duygu söz konusu olabilmekle birlikte; gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk hukukunda, yalnızca bazı heyecan halleri altında hareket etmek, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak öngörülmüştür⁴⁰.

TCK bakımından bütün duygu durumlarını içeren ve üst bir kavram olan heyecanın yalnızca hiddet ve şiddetli elem halleri, haksız tahrikin psikolojik esası olarak kabul edilmektedir. Hiddet kavramı öfke, kızgınlık⁴¹; elem kavramı ise acı, üzüntü, ıstırap, dert, keder anlamlarını ifade eder⁴². Bununla birlikte faili tepki olarak suç işlemeye sevk eden duygu ne olursa olsun, duygu yoğunluğunun azalmasına sebep olacak bir düşünme ve karar verme süreci sonucunda hareket etme halinde, olayda haksız tahrikin psikolojik unsurunun mevcut olduğu kabul edilemez⁴³. Anglosakson hukukunda “tahrik (*provocation*)” kavramının yerini “kontrol kaybına (*loss of control*)” bırakması da bu kriter ile örtüşür niteliktedir. Bu konuya aşağıda haksız tahrikin şartları arasında sayılan “failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem” bahsinde yer verilecektir⁴⁴.

Türk ceza hukukunda haksız tahrik kurumunun ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul edilmesi ile, insan psikolojisinde yaratılan hiddet veya şiddetli elem gibi bir buhran haline hukuki sonuç bağlanmaktadır⁴⁵. Tahrik sonucunda failde meydana gelen ve onun suç işlemesine sebep olan bu ruh halinin, kurumun psikolojik esasını oluşturduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Psikolojik esası temel alan subjektif teoriye göre, haksız tahrike maruz kalan ve bunun sonucunda öfke veya şiddetli üzüntüye kapılan failin iradesi, iradesi herhangi bir şekilde zarar görmemiş

³⁹ Haksız tahrikin psikolojik esasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 6 vd.; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 33 vd.; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 45 vd..

⁴⁰ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 13.

⁴¹ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 22.05.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dilderneği.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 22.05.2017).

⁴² Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 22.05.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dilderneği.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 22.05.2017).

⁴³ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 13.

⁴⁴ Bkz. II-B.

⁴⁵ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 394.

⁴⁶ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 229-230; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 33-35; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 46; Behiye Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi – Haksız Tahrik”, **DEÜHFD**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1318-1320.

ortalama bir kişiye oranla daha zayıftır. Bu şekilde iradesi zayıflamış ve kendisini suç işlemekten alıkoyması zorlaşmış olan failin kusurluluğu daha azdır ve bunun sonucu olarak ceza sorumluluğu da daha az olmalıdır⁴⁷.

Öğretide bazı yazarlar heyecan durumunun failin ceza sorumluluğunu kaldırdığından veya azalttığından bahsedilebilmesi için, bunun patolojik bir temele dayanması gerektiğini; bu dereceye ulaşmamış bir heyecan halinin, kural olarak failin iradesine etki göstermeyeceğini ileri sürer⁴⁸. Ceza hukuku bakımından dikkate alınacak bir heyecan halinin, iradeyi etkileyecek düzeyde, belli bir yoğunluğa ulaşması gerektiği açıktır. Kişinin ceza sorumluluğunun azaltılması sonucunun doğması için failin duruma değil, durumun faile egemen olması gerekir⁴⁹. Kişide tahrik sonucu böyle bir duygu yoğunluğunun meydana geldiği bir durumda, heyecan hali, failin kast ile hareket etmesine engel olmaz veya kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına neden olmaz⁵⁰. Bu durumda yalnızca failin kusurluluğunun azaldığından bahsedilir.

Bununla birlikte, heyecan halinin kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalkmasına yol açacak şiddette olması durumunda, somut olayın özellikleri itibarıyla akıl hastalığı veya ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran geçici bir nedenin varlığından söz edilebilir. Alman Ceza Kanunu'nun "ruhsal bozukluklardan doğan kusur ehliyetsizliği" ve "azalmış kusur ehliyeti"⁵¹ başlıklı 20 ve 21. maddeleri de bu şekilde bir uygulamaya izin veren, paralel düzenlemelerdir. Zira böyle bir durumda heyecan hali, failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamamasına veya davranışlarını hukuk normlarının gereklerine uygun bir şekilde yönlendirme

⁴⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 505.

⁴⁸ Eker Kazancı, "Mağdurun Davranışları...", s. 1310-1311.

⁴⁹ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 35.

⁵⁰ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 33-34; Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 226.

⁵¹ Alman Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen "ruhsal bozukluklardan doğan kusur ehliyetsizliği" düzenlemesi, failin; hastalık teşkil eden ruhi bir bozukluk, esaslı bir şuur bozukluğu, akıl zayıflığı veya aşka bir anormal ağır ruhi durumdan dolayı, işlendiği sırada fiilin hukuka aykırılığını anlama ve bu anlayışa göre hareket etme kabiliyetine sahip bulunmaması durumunda, kişinin kusursuz hareket etmiş olduğunu kabul eder. "Azalmış kusur ehliyeti" başlıklı 21. maddeye göre ise, fiilin haksızlığını anlama ve bu anlayışa göre hareket etme ehliyeti, 20. maddede gösterilen nedenlerden ötürü önemli derecede azalmış olan failin, cezasının indirilebileceği öngörülür. [Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch** (StGB), İstanbul: Beta, 2015].

yeteneğini kısmen veya tamamen kaybetmesine neden olur⁵². Bu aşamaya ulaşmamış; ancak failin sükunetini kaybetmesine sebep olmuş bir heyecan halinin ortaya çıktığı ve henüz bu etki ortadan kalkmadan failin tepki olarak bir suç işlediği durumda, kusur yeteneğinin mevcut olduğu, bununla birlikte kusurluluğun azaldığı kabul edilir⁵³.

Sübjektif teoriye yapılan eleştiriler, failin psikolojisi ve suçun işlendiği sırada bu psikolojinin iradeye etkisinin önemli olduğunu kabul etmekle birlikte; psikolojik unsurun haksız tahrikin hukuki esasını tek başına açıklamaya yeterli olmadığını ileri sürer. Bu eleştirinin kaynağında, ceza hukukunun, failin meşru bir temeli olmayan psikolojisine sonuç bağlamaması yatar. Haksız tahrik altında failin ceza sorumluluğunun azaldığının kabul edilmesinin tek sebebi, faili suç işlediği sırada etkisi altına alan öfke veya şiddetli üzüntü değil; bu yoğun duygu halinin mağdurun haksız fiili tarafından meydana getirilmiş olmasıdır⁵⁴.

Bununla birlikte ceza kanunları, kural olarak failin insani ihtiraslarla mücadele etmesini ve bunları belli bir şekilde frenlemesini öngördüğünden, failin bu duygulara kapıldığı her durumu, cezayı azaltan bir neden olarak kabul etmemektedir⁵⁵. Fail herhangi bir nedenden ötürü ve hatta herhangi bir neden olmaksızın, haksız olmayan bir tahrik sonucunda da öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış ve zayıflamış olan iradesi altında suç işlemiş olabilir; ancak böyle bir durumda ceza sorumluluğunda bir azalma olması gerektiğinden söz edilemez⁵⁶.

2. Objektif Teori

Objektif teoriye göre kurumun merkezinde, tepki suçunun mağduru olan kişinin gerçekleştirmiş olduğu haksız davranış vardır⁵⁷. Öğretide takas teorisi olarak da adlandırılan bu teoriye göre, tepki suçunun işlenmesi konusunda, failin yanı sıra

⁵² Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 35.

⁵³ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 14; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 35.

⁵⁴ Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 332.

⁵⁵ Ayık, “Tahrik”, s. 87.

⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 505; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 66.

⁵⁷ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 227.

mağdur da kusurludur ve bu karşılıklı olan kusurların denkleştirilmesi gerekir⁵⁸. İlk kusurlu davranışı gerçekleştirip faili suç işlemeye tahrik eden mağdurdur⁵⁹. Mağdurun haksız davranışı, failin suç teşkil eden fiili ile karşılık bulmuş ve mağdura karşı işlenen suç, bir anlamda cezalandırılmış olur⁶⁰. Failin ceza sorumluluğunun kısmen azalması ise, tepki suçunun gerçekleşmesine mağdurun yol açmış olması ile açıklanır⁶¹.

Öğretide haksız tahrikin hukuki esasını açıklamada, tamamlanmamış meşru savunma görüşü de objektif teori içerisinde değerlendirilir. Buna göre fail, yakın ve muhakkak bir saldırıya karşı erken davranarak o ana kadar gerçekleşen haksız fiile karşılık bir suç işlemiştir⁶². Bu görüşün kabul edilebilmesi mümkün değildir; çünkü meşru savunmanın varlığından söz edilebilmesi için ortada mevcut veya gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak bir saldırı söz konusu olmalı ve kişi bu saldırıyı sonlandırmak maksadıyla savunma eylemini gerçekleştirmelidir. Oysa haksız tahrik altında failin gerçekleştirdiği suç teşkil eden eylem herhangi bir saldırıyı sonlandırma maksadı taşımayıp böyle bir durumda failin öfke veya şiddetli üzüntü üzerine harekete geçmesi söz konusudur⁶³.

Tepki suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik ve onun zararına olması gereği, objektif teoriyi destekler niteliktedir. Failin tepki olarak işlediği suçtan ötürü sorumluluğunun daha az olmasının sebebi, suç teşkil eden fiilin, tepkinin kaynağı olan kişiye yönelik olarak işlenmiş olmasıdır. Tepkinin kaynağı da haksız fiili gerçekleştirmiş olmasından ötürü, suçun işlenmesine sebep olan mağdurdur. Mağdurun haksız fiilinin mevcut olmadığı bir durumda, fail ne kadar yoğun bir psikoloji içerisinde olursa olsun ve iradesi ne denli etkilenirse etkilensin, haksız tahrikin varlığından söz edilemeyecek; hukuka aykırı davranışta bulunmayan üçüncü kişiye karşı işlenen suçun cezasında herhangi bir indirim yapılmayacaktır.

⁵⁸ Ayık, “Tahrik”, s. 87; Nur Başar, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, (I), **Adalet Dergisi**, Yıl: 71, Sayı: 3, 1980, s. 254.

⁵⁹ Erem, “Adalet Psikolojisi...”, s. 58.

⁶⁰ Ayık, “Tahrik”, s. 86; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 39.

⁶¹ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 29.

⁶² Ayık, “Tahrik”, s. 85; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 69.

⁶³ Ayık, “Tahrik”, s. 85.

Mağdurun haksız fiilinin varlığı, haksız tahrikin şartlarından biri olmakla birlikte; objektif teori de sübjektif teori gibi haksız tahrik kurumunun hukuki esasını tek başına açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Kanunun, haksız tahrike ceza sorumluluğunu azaltıcı bir etki tanınmasının nedeni, yalnızca mağdurun önceki haksız fiili değil; bu fiilin sonucu olarak failin, suç işlediği sırada iradesinin zayıflamış olmasıdır. Buna ek olarak takas teorisi, ceza hukukunun temel ilkeleriyle de uyumsuzluk göstermektedir. Ceza sorumluluğunun belirlenmesinde öncelikle korunan, bireylerin zararlarının denkleştirilmesi değil; fiilin suç olarak düzenlenmesinde gözetilen kamusal hukuki yarardır⁶⁴. Ayrıca objektif teori uyarınca, mağdurun haksız fiilinin ağırlığı ve dolayısıyla kusurunun derecesi dikkate alınarak, fail ve mağdurun kusurları karşılıklı mahsup edildiğinde, faile ceza verilmemesi sonucu dahi doğabilir. Bu durum da irade kabiliyeti zayıflamış olsa dahi davranışlarını kontrol etme yükümlülüğü bulunan; ancak bu yükümlülüğü yerine getiremeyip suç işleyen failin, “kusurlu” kabul edilmediği sonucunun çıkarılmasına sebep olacaktır⁶⁵.

Son olarak, takas teorisi ile ifade edilen “mağdurun kusuru” kavramı, haksız tahrikin söz konusu olabileceği bütün durumları kapsar nitelikte değildir. Mağdurun kusurlu bir davranışı olmamakla birlikte, tahrik edici fiil bakımından haksızlık kriteri sağlandığı durumda, failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Örneğin tahrike sebep olan haksız fiili gerçekleştiren mağdur, çocuk veya akıl hastası ise, kusur yeteneği olmadığından kusurlu kabul edilemeyecektir; ancak bu durum fiilin haksızlığına etki eder nitelikte değildir. O halde, mağdur ile failin kusurlarının denkleştirilmesi mantığının, haksız tahrikin hukuki esasını açıklamada yetersiz kaldığı ifade edilebilir.

3. Karma Teori

Haksız tahrikin hukuki esası, iki temel unsurun bir araya gelmesi ile açıklanabilir. Bunlardan ilki, sübjektif teorinin öncelik verdiği failin içinde bulunduğu psikoloji sonucu zayıflamış olan iradesidir ve bu haksız tahrikin

⁶⁴ Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 332.

⁶⁵ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 33.

psikolojik unsurunu oluşturur. İkincisi ise objektif teorinin ön plana çıkardığı, mağdurun önceki haksız eylemidir ve bu da haksız tahrikin hukuki unsurunu teşkil eder. Ceza hukuku sistemlerinin haksız tahrike cezayı azaltıcı bir etki tanınmasının nedeni, bu iki unsurun birlikte var olmasıdır⁶⁶. Tahrik altında tepki gösteren failin kusuru; tahrik altında olmayan, soğukkanlı bir şekilde suç işleyen kişinin kusuruna denk değildir⁶⁷. Tahrik altında hareket eden failin kusurunun daha az olması sebebiyle, tehlikeliliği daha azdır ve bu nedenle daha hafif bir şekilde cezalandırılması gerekir⁶⁸. Bununla birlikte bu durum, failin cezasının indirilmesi sonucunu tek başına doğurmaz. Bu sonucun meydana gelmesi için, failin kendisine karşı haksız bir davranış gerçekleştiren mağdura tepki göstermesi, suç işlenmesine mağdurun haksız davranışının sebep olması gerekir.

Karma teori, objektif ve sübjektif teorilerin tek başına haksız tahrikin hukuki esasını açıklamada yetersiz kalmasından hareket ederek bu iki teoriyi bir araya getirmektedir. Haksız tahrik biri psikolojik biri hukuki olmak üzere iki unsuru içerdiğinden; kurumun hukuki esası yalnızca failin irade özgürlüğünün zayıflaması veya mağdurun haksız davranışı ile açıklanabilir nitelikte değildir⁶⁹. Karma teoriye göre haksız tahrik kurumunun hukuki esası izah edilirken, öfke veya şiddetli üzüntü sonucu failin iradesinin ve kusurluluğunun etkilenmesi ve mağdurun da haksız davranışı ile failde bu duyguların meydana gelmesine sebep olması birlikte dikkate alınır⁷⁰.

Haksız tahrik ile kanun koyucu tarafından, psikolojik bir olguya, hukuki bir sonuç yüklenmiş; ancak bu sonuç belli bir şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır⁷¹. Bu şart da mağdurun tahrik edici haksız fiilinin varlığıdır. Tahrik teşkil eden davranışın hukuka uygun bir fiil olduğu durumda ise failin ceza sorumluluğunda bir azalma olmamaktadır. Buradan Kanunun, ne kadar ağır ve tahrik edici olursa olsun hukuka uygun olan fiillere herkesin tahammül etmesini aradığı anlaşılmaktadır. Mağdurun, faili suç işlemeye sevk eden hareketi haksız olmadığı müddetçe, kanun koyucu,

⁶⁶ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 436.

⁶⁷ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 71.

⁶⁸ Ayık, “Tahrik”, s. 85-86; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 41; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 66; Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 216.

⁶⁹ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 230; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 332.

⁷⁰ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 346-347; Erem, “Adalet Psikolojisi...”, s. 57-58.

⁷¹ Erem, “Haksız Tahrik”, s. 638.

hukuk düzenini korumayı amaçlar ve hukuka uygun bir fiil ile tahrik edilmiş olan failin iradesinin sarsılmış olmasını, cezayı azaltıcı bir neden olarak dikkate almamayı seçer⁷². Failin hukuka aykırı olmayan bir fiilden ötürü tahrike kapılması ve iradesinin zayıflaması, hukuk düzeni tarafından meşru bir sebep olarak görülmeyip failin kusurluluğunda bir azalmaya neden olmamaktadır.

Mülga 765 sayılı TCK'nin 51. maddesi, *“haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında”* suç işleyen failden bahsetmekteydi. Buna göre, 765 sayılı Kanun döneminde, failin cezasının indirilmesinde mağdurun haksız davranışının göz önüne alınması gerektiği hususuna öncelik verilmediği ve kurumun hukuki esasının, subjektif teoriye uygun olarak, failin öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında hareket etmiş olması ile açıklandığı düşünülebilir⁷³. 5237 sayılı TCK'nin 29. maddesi ise, *“haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen”* kişinin cezasında indirim öngörerek, karma teoriyi benimsediğini ortaya koymuştur. Bugün failin haksız tahrik altında suç işlediğinin kabul edilebilmesi için hem psikolojik hem de hukuki unsurun gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Yargıtay kararları da buna paralel olarak, failin haksız tahrik sonucu öfke veya şiddetli eleme kapılmış olmasına ek olarak; tahrike mağdurun haksız hareketinin sebep olmasını aramıştır⁷⁴.

Kadına karşı işlenen suçlar bakımından da uygulamanın hangi teoriyi benimsediği önem taşımaktadır. TCK md. 29 metni, haksız tahrikin hukuki esasını karma teorinin açıkladığını açıkça ortaya koymaktadır. Subjektif teoriye öncelik verilmesi varsayımında, haksız tahrikin hukuki esasının yalnızca failin psikolojisi ile açıklanabileceği kabul edilmiş olup failde bu psikolojiye neden olan hareketlerin hukuka uygunluğu veya aykırılığı bir unsur olarak dikkate alınmamış olacaktır. Mağdurun fiilinin haksız olup olmadığının analizi yapılmaksızın, öfke veya şiddetli üzüntü altında hareket eden tüm faillerin ceza sorumluluğunun azaltılması; kadına karşı işlenen suçlar bakımından sakıncalı sonuçlara sebep olabilecek niteliktedir.

⁷² Güreli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 332.

⁷³ Mehmet Açıkgöz, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara: Adalet, 2012, s. 27; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 505.

⁷⁴ Örnek olarak bkz. YCGK, E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016; YCGK, E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK E. 2015/34 K. 2015/289 T. 29.09.2015; YCGK E. 2012/1-1416 K. 2013/41 T. 05.02.2013; Yargıtay 4. CD E. 2015/27956 K. 2016/955 T. 21.01.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

Failin cezasının, yalnızca belli duyguların etkisi altında hareket etmiş olması sebebiyle azaltılacak olması, özellikle erkek failer bakımından öfkeye kapılmayı ve öfke altında suç işlemeyi meşrulaştırır yapıdadır⁷⁵.

C. Haksız Tahrikin Hukuki Niteliği

1. Öğretideki Görüşler

Haksız tahrikin hukuki niteliği, ona bağlanacak sonuçlar bakımından önem arz eder. Bununla birlikte, kurumun hukuki esasını açıklayan farklı teoriler olduğu gibi, hukuki niteliği de öğretide tartışmalı bir konudur ve buna ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, haksız tahrik suç teşkil eden fiile dair bir özellik olmayıp failin cezası bakımından hafifletici bir mazeret nedenidir⁷⁶. Bu görüşe yapılan eleştiri, kanun koyucunun mazeret nedenlerinin varlığı halinde, cezanın önleme amacının ortadan kalktığını kabul ederek, faile bir kusur kınamasında bulunmaktan vazgeçtiğini ifade eder⁷⁷. Haksız tahrik halinde ise azalmış olmakla birlikte, failin hala önlenmek istenen bir kusuru vardır. *Kangal*, mazeret nedenlerinde, azalmış olan kusurun, kusur yargısında bulunmak için gerekli olan oranın altında kaldığını kabul ederken; haksız tahrik halinde kusurun, bu oranın üzerinde olduğunu, dolayısıyla haksız tahriki mazeret nedeni olarak ele alan görüşün, isabetli olmadığını ileri sürer⁷⁸.

Diğer bir görüşe göre, haksız tahrik hem failin kusurluluğunu hem de fiilin hukuka aykırılığını azaltan bir nedendir⁷⁹. Fiilin hukuka aykırılığının azalması düşüncesinin, haksız tahrikin hukuki esasını açıklayan teorilerden objektif teoriye dayandığı düşünülebilir. Bu görüşe göre, tepki suçunun işlenmesine mağdur, haksız

⁷⁵ Genel anlamda failin iç dünyasından kaynaklanan bir buhrana, ceza hukuku bakımından değer vermenin, suçta hoşgörü ile bakma sonucunu yaratacağı yönünde bkz. Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 238.

⁷⁶ Ayık, “Tahrik”, s. 84; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 338; Taner, **Ceza Hukuku...**, s. 443; Tutumlu, **Türk Ceza Hukukunda...**, s. 23.

⁷⁷ Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin, 2010, s. 432-433.

⁷⁸ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 31-32.

⁷⁹ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 43-44; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 29.

fiiliyle neden olmuştur ve bu nedenle ceza hukukunun korumasına daha az layıktır⁸⁰. Kanunun yalnızca mağdurun haksız fiili sonucu bir duygu yoğunluğuna kapılan ve zayıflamış iradesi altında suç işleyen failin haksız tahrik altında hareket ettiğini kabul ettiği göz önüne alındığında, mağdurun haksız fiilinin kurumun hukuki esasının önemli bir bölümünü oluşturduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte mağdurun haksız fiilinin, tepki suçunun hukuka aykırılığını azaltan bir etkisi olduğu görüşü, öğretide çoğunluğun kabul ettiği bir görüş değildir. Kurumun hukuki niteliği, büyük ölçüde, haksız fiil sonucu failin belli duygulara kapılarak iradesinin zayıflaması ve dolayısıyla kusurluluğunun azalmasından hareketle, kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul edilmektedir.

Bir başka görüş ise haksız tahrikin bir hafifletici neden olduğunu ileri sürer ve bunun cezayı azaltıcı bir etkisi olmasını iki nedene dayandırır: bunlar psikolojik ve hukuki nedenlerdir⁸¹. Bu görüş de haksız tahrikin, suç teşkil eden fiile (failin haksızlık içeriğine) herhangi bir etkisinin olmaması, yalnızca failin kusurluluğunu azaltan bir etkisi olması gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸².

Öğretide çoğunluğun benimsediği görüşe göre ise, haksız tahrik, failin irade serbestisini zaafa uğratar. Suçun işlediği sırada zayıflamış irade altında hareket eden failin kusurluluğu daha azdır. Bu nedenle haksız tahrikin, kusurluluğu etkileyen/azaltan bir neden olduğu kabul edilmelidir⁸³. Son olarak kurumun kusurluluğu etkileyen bir neden olduğu görüşü ile örtüşen bir şekilde, failin iradesinde meydana gelen zayıflama ve hareketlerini yönlendirme yeteneğindeki azalmanın, haksız tahrikin kusur yeteneğini azaltan bir neden olduğuna işaret ettiğini

⁸⁰ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 29.

⁸¹ Başar, “Türk Ceza Hukukunda...”, (I), s. 253; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 347.

⁸² Ali Hakan Evik, “Türk Ceza Yasasının 462. Maddesi: Zina veya Gayrimeşru Cinsi Münasebet Esnasında Adam Öldürme veya Müessir Fiil”, **Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul: Beta, 2001, s. 102; Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akinci/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoglu/Yener Ünver, **İçel - Suç Teorisi 2. Kitap**, 3. Baskı, İstanbul: Beta, 2004, s. 282.

⁸³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 505; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 436; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 44-45; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1316-1317; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 440; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 394.

ileri süren bir görüş de mevcuttur⁸⁴. YCGK'nin de haksız tahriki, kusur yeteneğini etkileyen bir neden olarak kabul eden yakın tarihli kararları bulunmaktadır⁸⁵.

Haksız tahrikin hukuki niteliği karşılaştırmalı hukukta da tartışmalı bir konudur. Anglosakson ve Amerikan hukuk sistemlerinde tahrikin hukuki niteliği hakkında, hukuki esasına bağlı olarak iki temel görüş ileri sürülmüştür⁸⁶. Bunlar tahrikin, ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayıp yalnızca kısmen azaltması sebebiyle, “kısmi mazeret” ve “hukuka uygunluğu kısmen ortadan kaldıran/hukuka aykırılığı azaltan neden” olduğu yönündeki görüşlerdir⁸⁷. Austin kurumun hukuki niteliğine ilişkin ihtilafı şu şekilde ifade eder:

“Tahrik savını kullandığımız zaman, bununla ne kastettiğimiz konusunda gerçek bir belirsizlik ve muğlaklık söz konusu olur. Böyle bir durumda, [mağdur], benim gerçek anlamda ve yalnızca kendi irademle hareket etmiyor oluşumdan hareketle, bende şiddetli bir dürtüyü veya tutkuyu uyandırmış olmaktan ötürü kısmen sorumlu mudur (mazeret/excuse)? Yoksa daha ziyade, bana bu şekilde zarar vermiş olması sebebiyle, benim de ona karşı misillemede bulunmaya hakkım mı vardır (hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden/justification)?”⁸⁸

Tahrikin/failin kontrol kaybının, ceza sorumluluğunu azaltan kısmi bir mazeret olduğunu kabul eden görüşe göre, tahrik indiriminin varlık gerekçesi, rasyonel düşünme ve kendini kontrol edebilme yeteneği etki altına alınan failin, kendisine karşı mağdurun ciddi bir haksızlıkta bulunduğu dair inanç duyması ve bundan

⁸⁴ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 345; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 430.

⁸⁵ Örnek olarak bkz. YCGK, E. 2013/4-791 K. 2016/435 T. 22.11.2016; YCGK, E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016; YCGK, E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK, E. 2014/3-436 K. 2016/134 T. 15.03.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

⁸⁶ Joshua Dressler, “Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?”, **The Modern Law Review**, Cilt: 51, Sayı: 4, Temmuz 1988; Aya Gruber, “A Provocative Defense”, **California Law Review**, Cilt: 103, 2015, s. 281-282.

⁸⁷ Anglosakson hukukunda “*partial excuse*” ve “*partial justification*” olarak ifade edilen kavramlar, Türk ceza hukukunda karşılığı “ceza sorumluluğunu azaltan neden” olarak kabul edilebilecek “*partial defence*” çeşitleridir. “*Excuse*” kavramı failin işlediği suçtan tamamen veya kısmen mazur görülmesini sağlayan ve kusurluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlere işaret ederken; “*justification*” kavramı failin özellikleri ile ilişkili olmayıp suçun oluşumuna etki gösteren, failin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerdir.

⁸⁸ John L. Austin, “A Plea for Excuses” (1956), Ed.: Jamie O. Urmson/Geoffrey J. Warnock, **Philosophical Papers**, Oxford: Clarendon Press, 2. Baskı, 1970, s. 177.

kaynaklanan duygusal rahatsızlıktan ileri gelmektedir⁸⁹. Bu durumda, failin cezasının indirilmesinin altında yatan sebep, mağdurun hukuka aykırı davranışından ziyade, failin tahrike kapılmış ve kontrolünü kaybetmiş olmasıdır⁹⁰. Tahrike neden olan haksız fiilin, tepki suçunun mağdurundan kaynaklanmasının koşul olarak aranmaması da bu görüşü destekler niteliktedir. Örneğin, İngiltere ve Galler’de geçerli olan 2009 tarihli *Coroners and Justice Act* md. 55/4, failin kontrol kaybına neden olan tetikleyici nedenin, mağdur dışında bir kaynağının olabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca öğretilerde, tahrikin hukuki esasının mağdurun haksız fiili olduğu kabul edilecek olsaydı, gerçekte tahrik edici eylemin koşulları oluşmamış olmakla birlikte, failin oluştuğunu düşündüğü durumlarda, tahrik indiriminden yararlanılamayacağını kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹¹. Tahrikin bir hukuka aykırılığı azaltan neden olduğunu kabul eden görüş ise, failin yalnızca kontrolünü kaybetmiş olmasının tahrik için yeterli olmadığını, örneğin kötü bir haber aldığı için sinirlenip kasten öldürme suçunu işleyen failin, tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁹².

Son olarak, bazı yazarlar, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran mazeretler ile hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerin birbirini dışlayan kavramlar olduğunu ifade etmekle birlikte; ceza sorumluluğunu azaltan mazeretler ile hukuka aykırılığı azaltan nedenler bakımından böyle bir durumun söz konusu olmaması görüşünden hareket etmektedir. Bu görüş, tahrik halinde failin aynı anda hem eyleminin hukuka uygunluğunun azaldığını hem de failin kısmen mazur görülmesini sağlayan bir mazeretin var olduğunu kabul etmektedir⁹³. Buna göre, örneğin, meşru savunmada sınırın aşılması halinde failin hem eyleminin hukuka aykırılığında bir azalma meydana geldiği hem de hukuk düzeni tarafından kısmen mazur görüldüğü ileri sürülebilir⁹⁴.

⁸⁹ Reid Griffith Fontaine, “Adequate (Non)Provocation and Heat of Passion As Excuse Not Justification”, **University of Michigan Journal of Law Reform**, Cilt: 43, 2009, s. 50.

⁹⁰ Joshua Dressler, “Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?”, s. 480.

⁹¹ George P. Fletcher, **Rethinking Criminal Law**, New York: Oxford University Press, 2000, s. 246.

⁹² Dressler, “Provocation: Partial...”, s. 472-473.

⁹³ Mitchell N. Berman/Ian P. Farrell, “Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse”, **William and Mary Law Review**, Cilt: 52, Sayı: 4, 2011, s. 1079-1082.

⁹⁴ Berman/Farrell, “Provocation Manslaughter...”, s. 1082.

Alman Ceza Kanunu md. 213'te düzenlenen "*kasten öldürmenin hafif hali*"nde, heyecan altında insan öldürme fiilini gerçekleştiren failin, kusurluluğu ile birlikte fiilin hukuka aykırılığının da azaldığı kabul edilir⁹⁵. Böyle bir durumda meşru savunma koşulları oluşmamıştır; ancak failin "*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 sevk*" edilmesi söz konusudur⁹⁶.

2. TCK Bakımından Değerlendirme: Kusurluluğu Azaltan Bir Neden Olarak Ele Alan Görüş

a. Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğa Genel Bir Bakış

Kişinin, hukuka aykırı eyleminden ceza hukuku anlamında sorumlu tutulabilmesi, onun hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde, özgür iradesi ile hukuka aykırı şekilde hareket etmeyi seçmesine bağlıdır⁹⁷. Ceza hukukunda kusur kavramı, norma uygun davranma imkanı olan; buna rağmen aykırı davranmayı tercih eden fail hakkında yapılan kişisel kınama yargısını ifade eder⁹⁸. Hukuka aykırı olan ile olmayanı birbirinden ayırt etme ve hukuka aykırı olmayanı seçme yeteneği bulunmayan bir kişi ise, kusurlu kabul edilip davranışlarından ötürü cezalandırılmaz⁹⁹. Buna göre, failin kusurundan bahsedebilmek için öncelikle kusur yeteneğinin olması gerekir. Kişiyi suç işlemeye iten, çoğu zaman dış dünyadan kaynaklanan bir neden olmakla birlikte, hukuk düzeni, kusur yeteneği olan bir kişiden, onu suça yönlendiren nedenler ile mücadele etmesini, bu nedenlere karşı direnmesini ve nihai olarak suç işlememe yönünde karar almasını bekler.¹⁰⁰

⁹⁵ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 44.

⁹⁶ Çeviri için bkz. Yenisey/Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**.

⁹⁷ Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 481-482; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara: Seçkin, 2005, s. 262; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 51.

⁹⁸ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 430; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 299.

⁹⁹ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 51.

¹⁰⁰ Ayık, "Tahrik", s. 84; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 29; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 1.

Türk ceza hukukunda kusurun içeriği ve suçun unsurları içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği meselesi, öğretide görüş birliği olmayan bir konudur¹⁰¹. Klasik ceza hukuku öğretisi kusurluluk kavramını açıklarken psikolojik teoriyi benimser ve kusurun, fail ile fiil arasındaki psişik ve sübjektif bağ olduğunu ve suçun manevi unsuru ile aynı kavramı ifade ettiğini kabul eder¹⁰². Klasik öğretiyeye göre kusur, failin cezalandırılma nedeni; kast ve taksir ise kusur çeşitleridir¹⁰³. Kusur yeteneği olmayan failin ise kast veya taksirle hareket edemeyeceği ve sonuç olarak kusurlu sayılamayacağı kabul edilir. 5237 sayılı TCK sonrası dönemde ise kusurluluk, failin haksızlık olarak ifade edilen fiilinden ötürü kınanabilirliğine/cezalandırılabilirliğine ilişkin normatif değer yargısı olarak ele alınıp suçun unsurları dışında ayrı bir başlık altında incelenmeye başlanmıştır¹⁰⁴. Failin kusurlu olup olmadığı analizi, kanunda belirli bir suç tanımına uyan fiilin, fail tarafından gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Buna göre suç tanımına uygun olan fiil, manevi unsurun çeşitleri olan kast veya taksir ile işlenmiştir ve bunlar fiilin gerçekleştirilme şekilleri olup kusurluluk şekli değildir¹⁰⁵. Failin tüm unsurlarıyla oluşmuş olan suçtan ötürü ceza alıp almayacağı ise sonraki bir inceleme olan kusurluluk analizi üzerine belirlenir.

Normatif teoriye göre bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin saptanması için yalnızca fiil hakkında değerlendirmede bulunulur; fiili gerçekleştiren kişinin özellikleri dikkate alınmaz¹⁰⁶. Buna göre, klasik teorinin açıklamakta zorlandığı birtakım hususlar netlik kazanmaktadır. Örneğin, kusur yeteneği olmayan veya zorunluluk hali ya da cebir/tehdit altında hareket eden failin davranışı, klasik teoriye göre kusur yeteneği manevi unsurun ön şartı olduğundan suç teşkil etmeyecek; bununla birlikte, normatif teoriye göre bu tür bir fiil kasten işlenebileceğinden bahisle suç teşkil etmekle birlikte, bunun faile yüklenebilirliği, failin bu davranıştan

¹⁰¹ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 404; Hamide Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı – Normatif Teorinin Öne Çıkışı – Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2009, s. 152.

¹⁰² Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara: Sevinç, 1975, s. 150; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 350 vd.; Demirbaş, **Ceza Hukuku...**, s. 364; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 197 vd..

¹⁰³ Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur...”, s. 160.

¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 470 vd.; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 298 vd.; Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 252 vd.; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 363 vd..

¹⁰⁵ Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur...”, s. 181.

¹⁰⁶ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrir**, s. 27.

ötürü kınanabilirliği mümkün olmayacaktır. Kanun koyucu, kusur yeteneğini ve kusurluluğu azaltan veya kaldıran nedenleri açıkça düzenleyerek kusuru normatif bir yapı haline getirmiş ve bu nedenlerden birinin yokluğu halinde eylemin kusurlu olduğunu ve dolayısıyla failin bu eylemden ötürü cezalandırılması gerektiğini kabul etmiştir¹⁰⁷.

b. Kusurluluğu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik

Haksız tahriki kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul eden görüşe göre, tahrikin suçun haksızlık niteliğini oluşturan unsurlar bakımından bir etkisi yoktur¹⁰⁸. Haksız tahrik altında işlenen suç, tüm unsurlarıyla oluşmuştur; ancak suçun işlendiği sırada tahrikin, failin “*makul ve mantıklı düşünerek hareket etme yeteneği (iradesi)*”¹⁰⁹ üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olması sebebiyle, bu suç bakımından kınanabilirliğinde azalma söz konusudur. Failin bu şekilde gerçekleştirdiği bir fiilden ötürü cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, daha doğrusu cezasının ne şekilde etkileneceği meselesi de kusurluluk değerlendirmesi gerektirmektedir.¹¹⁰

Klasik teoriyi kabul eden yazarlardan *Demirbaş* ise haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir neden olduğunu kabul ederken; tahrik halinde bilme ve isteme unsurlarının, fail nezdinde, tahrik altında olmayan birine göre aynı açıklıkta olmadığını ileri sürer. Buna göre, kusur yeteneğini ortadan kaldıracak derecede etkili olmayan bir heyecan halinin varlığı durumunda failin kastı ortadan kalkmaz; ancak suç işleme yönünde karar vermesi kolaylaşır¹¹¹.

Haksız tahrik haline ceza hukukunun sonuç bağlamasının altında yatan sebep, bugün geçerli olan kusur öğretisidir. Kusur öğretisine göre, failin fiili gerçekleştirdiği sırada nasıl bir ruh halinde olduğu, onu fiili gerçekleştirmeye yönelten sebepler;

¹⁰⁷ Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur...”, s. 183.

¹⁰⁸ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 226; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt Md. 1-44**, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014, s. 845.

¹⁰⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı...**, s. 845.

¹¹⁰ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 28; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 45; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 301.

¹¹¹ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 38.

failin kusurunu etkiler¹¹². Kusurluluğu etkilenen failin ceza sorumluluğu da tahrike maruz kalmamış ortalama bir kişinin ceza sorumluluğuna denk değildir. Haksız tahrik, TCK'nin "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı İkinci Kısımının "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölümünde, 29. maddede düzenlenmiş olup madde metnine göre, "*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse*"nin cezası belli oranlarda indirilir. Dolayısıyla, haksız tahrikin yarattığı öfke veya şiddetli üzüntü altında suç işlemiş olan failin irade serbestisinin olmadığı, suçun işlendiği sırada kusurunun etki altında olduğu ve ceza sorumluluğunun tam olmadığı kabul edilir¹¹³.

Haksız tahriki kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul eden görüş, kurumun hukuki esasını sübjektif teori veya karma teori ile açıklamaya yatkındır. Zira kusur, irade ile doğrudan ilişkilidir. Failin iradesi, haksız tahrik altında zayıflamış olduğundan ve sağlam olmayan bu irade altında failin suç işleme yönünde karar alması kolaylaştığından; failin kusurunun daha az olduğu ve sonuç olarak da cezasının azaltılması gerektiği ifade edilmektedir. Failin kusurunun tahrik altında olmayan birine göre daha az olup olmadığının tespiti için benzer durumda olan makul bir kişinin tepkisi incelenmektedir. Böyle bir kişinin iradesi, söz konusu haksız tahrik sonucu etkileniyorsa, failin kusurunda da azalma olduğu kabul edilmektedir¹¹⁴.

İngiltere ve Galler'de geçerli olan 1957 tarihli *Homicide Act*'e göre, haksız fiilin objektif anlamda kusurluluğu azaltacak derecede tahrik edici olup olmadığını değerlendirirken referans alınan kriter, "makul erkek" (*reasonable man*) standardıdır. Bu kriterin kadın faillerin eylemlerinin hukuka uygunluğunun saptanmasında veya bunlardan dolayı failin kınanabilirliğinin tespiti konusunda yetersiz kaldığına yönelik eleştirilerin¹¹⁵ ardından; 2009 tarihli, yine İngiltere ve Galler'de geçerli olan *Coroners and Justice Act*'in 54. maddesi, bu konuda bir değişiklik öngörmüştür.

¹¹² Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 38.

¹¹³ Ayık, "Tahrik", s. 86.

¹¹⁴ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 29-30; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 38.

¹¹⁵ Aileen McColgan, "General Defences", Ed.: Donald Nicolson/Lois Bibbings, **Feminist Perspectives on Criminal Law**, Londra: Cavendish, 2000, s. 145; Laurie J. Taylor, "Comments – Provoked Reason in Men and Women: Heat-of-Passion Manslaughter and Imperfect Self-Defense", **UCLA Law Review**, Cilt: 33, 1985-1986, s. 1689-1692.

Buna göre, failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, sübjektif anlamda failin kendini alıkoyma yeteneğini kaybetmiş olmasına ek olarak; failin cinsiyeti ve yaşında, ortalama derecede hoşgörü ve kendisini alıkoyma yeteneğine sahip, fail ile aynı koşullardaki bir kişinin de aynı veya benzer şekilde hareket edeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, “makul erkek” standardının terk edilip yerini “makul insan” kriterine bıraktığı ifade edilebilir.

Son olarak, kusur yeteneğinin azalması görüşüne de bu bölümde yer vermek gerekir; zira, kusur yeteneğinin azalması, kusurluluğun azalması sonucunu doğurmaktadır. Yakın tarihli Yargıtay kararları ve öğretideki bazı yazarlar, haksız tahrikin kusur yeteneğini azaltan bir neden olduğunu ifade etmektedir¹¹⁶. *Dönmezer/Erman*, kusur yeteneğinin “bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin bütünü” olduğunu kabul etmektedir¹¹⁷. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi kusur yeteneğini etkileyen nedenler söz konusu olduğu zaman, “failin psişik durumu, normun kendisine hitap etmesini engellemekte veya azaltmaktadır”¹¹⁸. Kusur yeteneğini etkileyen hallerin, failin psikolojik veya fiziksel özelliklerinden kaynaklanan, faile objektif anlamda başka şekilde hareket etme imkanı tanımayan haller oldukları gözlemlenmektedir. Kusurluluğu etkileyen hallerde ise; suç teşkil eden fiilin, faile kişisel olarak yüklenmesine engel olan harici bir nedenin varlığı söz konusudur¹¹⁹. Haksız tahrik altındaki failin, mağdurun haksız fiili sonucu psikolojisi etkilenmiştir¹²⁰. Dolayısıyla her ne kadar failin ceza sorumluluğunun azalması, irade serbestisinin zaafa uğraması ile açıklansa da; failin kendini alıkoyma yeteneğinin zayıflamasına neden olan, failin şahsi özellikleri olmayıp mağdurun harici haksız fiilidir.

¹¹⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku**, s. 430. Örnek olarak bkz. YCGK, E. 2013/4-791 K. 2016/435 T. 22.11.2016; YCGK, E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016; YCGK, E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK, E. 2014/3-436 K. 2016/134 T. 15.03.2016 (www.kazanci.com) Erişim tarihi: 11.07.2017).

¹¹⁷ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 145.

¹¹⁸ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 31.

¹¹⁹ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 304.

¹²⁰ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 31.

D. Haksız Tahrik Çeşitleri Ve Sonuçları

1. Genel – Özel Haksız Tahrik

Haksız tahrik, TCK'nin genel hükümler bölümünde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” arasında sayılmıştır. Maddede gerek kişi bakımından gerekse suç tipi bakımından herhangi bir sınırlama getirilmiş değildir. Dolayısıyla koşulları gerçekleştiği takdirde, bu indirim sebebi tüm suç tipleri ve failer için uygulanabilir¹²¹.

Haksız tahrik, bazı ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde, TCK'de olduğu gibi, ceza kanunlarının genel hükümler kısmında düzenlenmiştir¹²². Buna örnek olarak, haksız tahriki genel hafifletici nedenler başlığı altında md. 62/2'de düzenleyen İtalyan Ceza Kanunu gösterilebilir¹²³. Söz konusu maddede düzenlenen, tüm suç tipleri bakımından uygulanabilen genel bir indirim nedenidir. Anglosakson ceza hukuku sistemleri başta olmak üzere birçok ülkede de kurumun yalnızca belli bir veya birkaç suç bakımından uygulanabileceği kabul edilmiştir. Örneğin *Coroners and Justice Act*'e göre, “failin kontrol kaybı” olarak adlandırılan tahrik indirimi, suçun niteliğini değiştirmektedir. Nitelikli insan öldürme fiilini gerçekleştiren failin, suçun işlendiği sırada md. 54-55'e göre kontrolünü kaybettiği kabul edilebiliyorsa, kişi basit insan öldürme suçundan mahkum olmaktadır. Alman Ceza Kanunu bu anlamda karma bir niteliğe sahiptir. Kanun, öldürme ve hakaret suçları bakımından sırasıyla 213 ve 199. maddelerinde özel tahrik düzenlemelerine yer vermiştir. Bunun yanı sıra, bu suçların dışında, genel hüküm olan Kanunun 21. maddesi de somut olay koşullarına göre uygun olduğu ölçüde, tüm suçlar hakkında uygulanabilmektedir¹²⁴. İsviçre Ceza Kanunu bakımından da aynı durum geçerlidir. Failin, koşulların mazur göstereceği şiddetli bir duygunun etkisi altında olması veya derin bir ruhsal karışıklık halinde hareket etmesi durumunda, Kanunun 48/b. maddesi cezanın indirilmesini öngörür. Bu indirim nedeni, “Cezanın Azaltılması/Hafifletici Nedenler” başlığı

¹²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 503-504; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 436; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 346; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 394.

¹²² Karşılaştırmalı hukukta haksız tahrike ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**; ayrıca bkz. Demirbaş, **Haksız Tahrik**.

¹²³ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...” , s. 22-24.

¹²⁴ I-B-1 s. 13-14.

altında genel hüküm olarak düzenlenmiştir. Md. 113'te ise özel olarak haksız tahrik altında işlenen öldürme suçu düzenlenmiştir.

Son olarak, haksız tahrik indirimi, bazı ülkelerin ceza kanunlarında düzenlenmemiştir. Örneğin, 1810 tarihli eski Fransız Ceza Kanunu, haksız tahriki öldürme, yaralama, hadım etme suçları ile ilgili cezanın indirilmesinin yasal nedenlerinden biri olarak düzenlemişken (sırayla md. 321, 325, 326)¹²⁵; 1994 yılında yürürlüğe giren Ceza Kanununda haksız tahrik kurumuna ne genel ne de özel hükümlerde yer verilmiştir. Buna göre, ceza hakimi haksız tahriki yasal bir indirim nedeni olarak uygulayamamakla birlikte; Kanunda suçlara ait cezaların yalnızca üst sınırları belirtilmiş olduğundan, kişinin suçu tahrik altında işlemiş olması, hakimnin takdir yetkisi kapsamında, cezanın indirilmesinde dikkate alınmaktadır¹²⁶.

TCK'de haksız tahrikin genel bir indirim nedeni olarak öngörülmüş olmasının tek istisnası hakaret suçuna ilişkin md. 129 düzenlemesidir. Kanunun 129. maddesine göre, hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde failin cezası üçte birine kadar indirilebileceği gibi, faile ceza vermekten vazgeçilebilir. Kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde ise faile ceza verilmez. Maddenin son fıkrasına göre, hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi durumunda, olayın koşullarına göre, her iki tarafın veya yalnızca taraflardan birinin cezası üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten kaçınılabilir. Bu şekilde özel bir düzenlemenin varlığı halinde, özel hükmün genel hükme göre önceliği ilkesi gereğince, 29. maddedeki genel düzenleme yerine öncelikle özel düzenlemenin uygulanması gerekir¹²⁷.

5237 sayılı TCK'nin öngördüğü bu özel haksız tahrik düzenlemesi, odak noktası kadın ve haksız tahrik uygulaması olan bu çalışma bakımından özel bir önem taşımamaktadır. 765 sayılı TCK ise, genel hüküm olan 51. maddesine ek olarak, birtakım özel haksız tahrik halleri düzenlemiştir ve bunlar arasında md. 462

¹²⁵ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 347.

¹²⁶ Jean Pradel, **Manuel de Droit Pénal Général**, 16. Baskı, 2006, s. 316.

¹²⁷ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 394.

hükümünün özel bir önemi bulunmaktadır¹²⁸. Bu çalışmayla ilgili olması sebebiyle, Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde 15.02.2003 tarihli 4928 sayılı Kanunun 19. maddesi ile ilga edilen bu madde üzerinde, özellikle durulması gerekir¹²⁹. Yürürlükte olduğu dönemde, bu maddenin kapsamına girmeyen ve fakat namus gerekçeleri ile işlenen diğer suçlar bakımından genel hüküm olan md. 51'in uygulama alanı bulduğu ifade edilebilir¹³⁰.

765 sayılı Kanunun 462. maddesi, zina veya gayrimeşru cinsel ilişki sırasında yakalanan ya da zinayı gerçekleştirmek üzere veya henüz gerçekleştirmiş olduğu yönünde şüphe olmayan bazı kişilere karşı, maddede öngörülen kişiler tarafından, öldürme veya müessir fiil suçları işlendiği durumda, bu kişiler hakkında özel bir haksız tahrik indirimi öngörmekteydi¹³¹. Bu hükme göre, öldürme veya yaralama eylemleri,

“zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veyahut zina yapmak veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya fürudan biri yahut bunların müsterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa”

failin cezası maddede öngörülen oranlarda indirilmekteydi. Maddenin varlığı, hem zina teşkil eden cinsel eylemlerde bulunan kişilerin öldürülmeyi hak ettikleri yönünde bir algı uyandırmakta hem de kadınlar bakımından ayrımcılık teşkil

¹²⁸ Md. 462'nin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, maddenin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte; çoğunluk görüşü hükmün, özel bir haksız tahrik hali öngördüğünü ifade etmektedir. (Evik, “Türk Ceza Yasasının 462. Maddesi...”, s. 106-107).

¹²⁹ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 168-170.

¹³⁰ Ece Göztepe, “‘Namus Cinayetlerinin’ Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 59, Temmuz-Ağustos 2005, s. 35-36.

¹³¹ Benzer bir hüküm olan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu md. 324/2 de, evli erkeğin eşini ve üçüncü kişiyi zina halinde yakalaması üzerine, bu kişilere karşı gerçekleştirdiği öldürme eylemleri bakımından özel bir haksız tahrik hali öngörmüştü. Bu tahrik hali, yalnızca erkek olan eşin, fail olduğu durumda başvurulabilen bir hükümdü.

etmekteydi¹³². Zira örneğin maddeye göre, kız kardeşini zina halinde yakalayan erkek, ceza indiriminden yararlanıyor; oysa tam tersi durumda, yani kadın, erkek kardeşini zina halinde yakaladığında, aynı indirimden yararlanamıyordu. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK’de öngörülen haksız tahrik koşullarına aykırı olarak, bu düzenlemeden, evliliğin tarafı olmayıp öldürme veya yaralama eylemleri gerçekleştiren kişiler de yararlanmaktaydı ve hüküm yalnızca evlilik bağı ile bağlı olan ve sadakat yükümlülüğü altında olan kişiye değil, üçüncü kişiye karşı işlenen suçlar bakımından da geçerliydi.

Öğretide zinanın halihazırda bir boşanma nedeni olarak kabul edildiği ve Kanunun 51. maddesinde haksız tahrikin ayrıca genel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiş olduğu vurgulanmış; cezanın önemli ölçüde indirilmesine sebep olan md. 462 hükmünün, kişinin cinsel hak ve özgürlüklerine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür¹³³. Söz konusu maddenin öngördüğü ceza indirimi oranlarının, genel hüküm olan md. 51’e göre dikkat çekici derecede daha fazla olması göz önüne alındığında, maddenin yalnızca eşler bakımından uygulanmasının dahi cinsel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen ve bunu engellerken, yaşam hakkına yönelik müdahalelerin hoş görülmesi sonucunu yaratan bir niteliğe sahip olduğu ifade edilmelidir. Normatif olarak dahi eşitlik ilkesine (AY md. 10) aykırılığı sabit olan bu düzenlemenin¹³⁴, toplumun erkek egemen yapısı dikkate alındığında, uygulamada “*erkek faillerin lehine olacak şekilde işle(diği) ve kadınların yaşam haklarına yönelen bir tehdit niteliğine bürün(düğü)*” ifade edilmiştir¹³⁵.

Türk ceza hukukundaki özel tahrik düzenlemelerine örnek verildikten sonra, kurumun genel niteliğine ilişkin iki hususa daha değinilecektir. Öncelikle haksız tahrik, yukarıda açıklandığı şekilde genel bir hüküm olmakla birlikte, öğretide failin gerçekleştirdiği bazı suçların, nitelik itibarıyla haksız tahrik altında işlenmeye elverişli olmadığı ve bu sebeple bu suçlarla ilgili olarak, haksız tahrik indiriminin

¹³² Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası Ve Kadın”, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf> (Erişim tarihi: 15.07.2017) (Yazar notu: İstanbul Barosu 127. Kuruluş Yılı ve Avukatlar Günü Kutlama Etkinlikleri çerçevesinde 06.04.2005 tarihinde yapılan “AB’ne Uyum Yasalarında Kadın Erkek Eşitliği ve Eşitlik Kurumları” konulu panelde sunulan tebliğin güncellenmiş metnidir. Polis Dergisi 44, 2005’te yayınlanmıştır.) s. 11.

¹³³ Tutumlu, *Türk Ceza Hukukunda...*, s. 81.

¹³⁴ Evik, “Türk Ceza Yasasının 462. Maddesi...”, s. 120.

¹³⁵ Duran, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, s. 267; Tutumlu, *Türk Ceza Hukukunda...*, s. 81.

uygulanamayacağı ileri sürülmektedir¹³⁶. Bunlara örnek olarak, “ırza geçme, yağma, korku, kaygı ve panik yaratabilecek şekilde silahla ateş etme suçları”¹³⁷, hırsızlık, dolandırıcılık, hileli iflas gibi malvarlığına karşı suçlar¹³⁸ verilmektedir. Yargıtay özellikle cinsel suçların, cinsel bir amaçla, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla gerçekleştirildiğini ve bu amaçlar üzerine hareket eden bir kişinin iradesinin, mağdurun haksız fiili sonucu zayıfladığının ve kişinin öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında hareket ettiğinin kabul edilmesinin güçleştiğini ifade etmektedir¹³⁹. Failin kan gütme saiki veya töre saiki ile öldürme suçunu işlediği durumlar bakımından da aynı sonuç geçerlidir¹⁴⁰.

Son olarak, taksirli suçların haksız tahrik altında işlenmesinin mümkün olup olmadığı da bu kapsamda tartışılan konular arasındadır. Haksız tahrik altında taksirli suç işlenebileceği görüşünde olanlar; Kanun metninin haksız tahrikin yalnızca kasten işlenen suçlar bakımından uygulanabileceğine ilişkin bir sınırlama içermediğini, bunun genel hükümler arasında yer alan bir kurum olduğunu ifade etmektedir¹⁴¹. Buna göre, tahrikin failin psikolojisinde yarattığı etki sonucunda kişinin dikkatsizlik ve tedbirsizlik ile bir suçun oluşumuna sebebiyet vermesi mümkündür¹⁴². Hareketin bilerek işlenmiş olması, suçun tahrik altında işlendiğinin kabulü için yeterlidir. Zira, haksız bir fiilin meydana getirdiği öfke veya şiddetli elem altında suç işleyen failin; bu psikoloji içinde gerçekleştirdiği hareketin neticesini ayrıca bilmesi ve istemesini beklemek, haksız tahrik indiriminin uygulama alanını daraltmaktadır¹⁴³. Aksi görüşte olanlar ise, haksız tahrikin failde, mağdura yönelik bir tepkiye sebep olduğunu ve tepki suçu işleyen failin gerçekleştirdiği hareketi ve bunun yaratacağı neticeyi bilmesi ve istemesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁴. Buna göre, haksız tahrik yalnızca

¹³⁶ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 171.

¹³⁷ Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 292.

¹³⁸ Tutumlu, **Türk Ceza Hukukunda...**, s. 40-41.

¹³⁹ Yargıtay 5. CD E. 2006/402 K. 2006/2577 T. 29.03.2006, Aktaran: Fahri Gökçen Taner, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2013, s. 217; Yargıtay 5. CD E. 1979/51 K. 1979/84 T. 24.01.1979. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017), Yargıtay 5. CD E. 1978/51 K. 1978/84 T. 24.01.1978, Aktaran: Erhan Günay, **Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik**, Ankara: Seçkin, 2009, s. 136.

¹⁴⁰ Töre saiki ile kasten öldürme suçu için bkz. III-B.

¹⁴¹ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 210; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 61.

¹⁴² Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 401-402.

¹⁴³ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 349-350.

¹⁴⁴ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 211; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 441; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 339. Bu yönde: Yargıtay

taksirin derecesini belirlemede dikkate alınabilir¹⁴⁵. Kanaatimizce de taksirli suçların haksız tahrik altında işlenebileceğini kabul etmek güçtür. Zira taksirli suçların önemli bir bölümünde, tepki suçunun, tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye karşı işlenmediği gözlemlenmektedir. Failin, tahrik fiili sonucunda kapıldığı öfke veya şiddetli üzüntü sebebiyle, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek, tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye karşı bir suç işlemesi halinde ise; tahrik fiili ile tepki suçu arasında nedensellik ilişkisi kurulabildiği ölçüde, haksız tahrik indirimine başvurulabileceği düşünülebilir¹⁴⁶.

2. Haksız Tahrikin Derecesi Ve Sonuçları

Haksız tahrike neden olan fiilin haksızlık içeriği ve bunun failin psikolojisi üzerinde yaratacağı etkinin derecesi, her somut olayda, gerek fiilin gerekse failin özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. Tahrike neden olan haksız fiil, şiddetli veya daha az şiddetli olabilmekte, yani somut olayda mağdurun kusurunun ağırlığı farklılaşabilmektedir. Bununla birlikte, faili etkisi altına alan öfke veya şiddetli üzüntü, her failin iradesi üzerinde, her zaman aynı derecede etkiye neden olmamaktadır¹⁴⁷. Haksız tahrikin, kusurluluğu etkileyen bir neden olduğu göz önüne alındığında, somut olaydaki tahrik derecesinin, failin sorumluluğunu belirlemede önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Zira, fail yalnızca kusurlu davranışından, kusuru derecesinde sorumludur. Tahrikin derecesinin ağırlaşması, failin iradesi üzerinde daha derin ve sonuçları itibariyle daha ciddi bir etki yaratır. Failin ağır tahrik karşısında kendisini suç işlemekten alıkoyması daha da güçleşir¹⁴⁸.

765 sayılı Kanunun 51. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmüne göre, failin cezası, tahrikin, psikolojisinde meydana getirdiği hiddet veya elemin derecesine uygun olarak indirilir. Md. 51 kural olarak, haksız tahrikin varlığı halinde belli bir oranda indirim öngörüyorken; tahrikin ağır ve şiddetli olarak nitelendirilmesi durumunda indirim oranı artmaktadır. Haksız tahrikin ne zaman

12. CD E. 2014/2503 K. 2014/25903 T. 17.12.2014. Yargıtay 1. CD E. 2008/5346 K. 2008/7646 T. 01.12.2008 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017); Yargıtay 1. CD E. 2007/2703 K. 2007/3776 T. 16.05.2007, Aktaran: Günay, **Öğreti ve Yargısal Kararlar...**, s. 65.

¹⁴⁵ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 441.

¹⁴⁶ Bu yönde bkz. Öztürk/Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku...**, s. 321.

¹⁴⁷ Ayık, "Tahrik", s. 96; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 174.

¹⁴⁸ Taner, **Ceza Hukuku...**, s. 447.

hafif ne zaman ağır olduğunun tespitine ilişkin ise Kanunda bir ölçüt getirilmemiş; yalnızca “*tahrik ağır ve şiddetli olursa*” şeklinde genel ve soyut bir ifade kullanılmıştır. Bununla birlikte, tahrikin derecesinin değerlendirmesi hakim in takdirine bırakılmış; bunun “*belirlenmesinde kullanılacak kıstasların uygulama ile ortaya konulması, benimsenmesi ve istikrar kazanması amaçlanmıştır*”¹⁴⁹.

765 sayılı TCK md. 51’de, ağır ve hafif tahrike neden olan eylem türleri açıkça sayılmamıştır¹⁵⁰. Ayrıca, farklı yoğunluktaki haksız fiiller karşısında, farklı faillerin, farklı zaman ve şekillerde tepki gösterebileceği göz önüne alındığında; tepkinin niteliği konusunda bir ön saptamada bulunmanın ve tahrikin derecesini belirlemede ikili, genel bir ayırım getirmenin yerindeliği tartışılmıştır¹⁵¹. Bu nedenle, böyle bir ayırımın faydasız olduğunu yönünde eleştiriler bulunmakla birlikte¹⁵²; ayırımın varlığının, hakimi, “*tahrik teşkil eden fiilin haksızlık derecesini ve failde meydana getirdiği kızgınlık veya elemin yoğunluğunu ölçmeye davet edecek nitelikte*”¹⁵³ olduğu da ileri sürülmüştür. Sonuç olarak 765 sayılı Kanun döneminde hakim, tahrikin ağır veya hafif olduğunun tespitinde, fiilin işlendiği zaman, yer ve somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmıştır¹⁵⁴.

5237 sayılı Kanunda ise bu ayırma son verilmiş ve haksız tahrikin varlığı halinde verilecek ceza bakımından, alt ve üst sınırlar belirlenmiştir. Buna göre, Kanunun madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, somut olayın özelliklerine göre tahrike neden olan haksız fiil, hakim tarafından incelenecek ve fiilin, failin iradesine olan etkisi değerlendirilerek, TCK md. 29’da gösterilen sınırlar içinde kalan bir

¹⁴⁹ YCGK, E. 2002/1-322 K. 2003/27 T. 11.03.2003 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

¹⁵⁰ Bununla birlikte Yargıtay’ın bu konuda verdiği kararlar incelendiğinde, genel anlamda, hakaret içerikli söz veya davranışlar, önemli boyuta ulaşmayan yaralama eylemleri, haksız fiilin üzerinden zaman geçmiş olması hali, ahlaka ve toplumsal değerlere aykırı davranışlar (!) gibi davranışların hafif tahrik; ağır yaralamalar, yaşamı tehlikeye düşürecek nitelikte eylemler, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gibi fiillerin ise ağır tahrik olarak nitelendirildiği gözlemlenmiştir (Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 178-188; Tutumlu, **Türk Ceza Hukukunda...**, s. 48-56).

¹⁵¹ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 247.

¹⁵² Ayık, “Tahrik”, s. 97.

¹⁵³ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 348.

¹⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 506.

oranda cezada indirim yapılacaktır¹⁵⁵. Yargıtay içtihatlarına göre de haksız tahrik gerekçesiyle yapılacak indirim oranı belirlenirken,

“... haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, yeri, zamanı, yöresel şartlar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmeli, eğer haksız hareket bu özellikleri itibariyle yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa ancak bu takdirde haksız tahrikin ağır ve şiddetli olduğu kabul edilmelidir.”¹⁵⁶

YCGK 2014 tarihli bir kararında örneğin, evli bir kadının evlilik dışı ilişki yaşamasını tahrik nedeni olarak kabul etmekle birlikte, bu ilişkinin cinsel bir boyuta ulaşip ulaşmadığının somut olayda tespit edilememiş olmasının, tahrikin derecesi bakımından dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, ceza indiriminin *“maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturduğu kabul edilen eylemin ulaştığı boyuta göre”* yapılması gerektiğini ifade eden YCGK; evli kadının eşinin, akrabaları ile birlikte, üçüncü kişiyi öldürmesi olayında, sanıklar hakkında en üst ve en üste yakın oranlarda ceza indirimi yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. 765 sayılı TCK md. 462’nin ilga edilmiş olması ve benzer bir hükme 5237 sayılı TCK’de yer verilmemiş olması da bu karara ayrıca dayanak olarak gösterilmiştir¹⁵⁷.

Haksız tahrikin derecesine ilişkin yapılan değerlendirmenin sonucunda, failin kusurunun ne ölçüde etkilendiği tespit edilir ve faile, 29. maddede öngörüldüğü şekilde, *“...ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla*

¹⁵⁵ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 62; Fahrettin Kaya, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 40, Mayıs 2011, s. 102-103; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 353; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 445-446.

¹⁵⁶ YCGK E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016. Aynı ifadenin geçtiği kararlar için örnek olarak bkz. YCGK E. 2002/1-322 K. 2003/27 T. 11.03.2003; YCGK E. 2000/1-189 K. 2000/211 T. 24.10.2000 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

¹⁵⁷ YCGK E. 2013/1-665 K. 2014/66 T. 11.02.2014 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017). Evlilik içerisindeki sadakat yükümlülüğünü, adeta yalnızca kadına getirilen bir yükümlülükmüş gibi ele almayı ve kadının fiilinin haksızlığını ortaya koyarken, toplumsal kadın/anne rolünü vurgulamayı tercih eden Genel Kurul Üyesi M. M. Kaya’nın muhalefet şerhi şu yöndedir: *“...evlenip barklanan, çoluk çocuk sahibi olan, aile kuran, sorumluluk üstlenen bir kadının eşini, çocuğunu ve aile sorumluluğunu hiçe sayarak başka biri ile ilişkiye girmesinin, kocası olan sanığın iradesi üzerinde yarattığı büyük sarsıntı ve ailesinin geleceğini düşünerek o anın yarattığı hiddet ve şiddetli elemin etkisinin ne derece etkili olduğu ortadadır. Bu davranışı hafife alarak, tahriki üst düzeyden aşağıya çekmemiz. Ceza Kanununun amacına aykırıdır. Bu tip olayların, sanık üzerinde yarattığı etkiden, daha ağır daha şiddetli başka bir tahrik edici olayın mevcut bulunduğunu kabul etmemiz mümkün değildir.”*

ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir". Tahrikin derecesine bağlı olarak failin cezasının indirilme oranı da somut olayda tahrik koşullarının sağlanmış olup olmamasının yanı sıra denetime tabi bir konudur¹⁵⁸. Yargıtay, mahkemelerin takdir yetkisine bırakılan tahrik derecesinin tayininin denetime açık olduğunu şu şekilde ifade etmiştir:

*"Tahrikin derecesinin tespiti mahkemeye ait ise de, mahkemeler bu yetkiyi hukukun genel ilkelerine, haksız hareketin niteliğine ve ağırlığına göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde kullanmalıdırlar. Mahkemelerce kullanılan bu yetkinin yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi üst mahkemelerin görevi içindedir."*¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 247.

¹⁵⁹ YCGK E. 1996/1-121 K. 1996/134 T. 11.06.1996, Aktaran: Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 198.

II. HAKSIZ TAHRİKİN KOŞULLARI

Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilmesi, belirli koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Buna göre öncelikle, mağdurun tahrik edici ve haksız bir fiilinin bulunması gerekir. Fail, söz konusu fiil sonucunda öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmalı ve suç teşkil eden davranışı bu duygulardan birinin etkisi altındayken gerçekleştirmelidir. Buna ek olarak, failin işlediği tepki niteliği taşıyan suç, haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olmalıdır. Tepki suçu ile mağdurun haksız fiili arasında bir oran bulunması gerekip gerekmediği, dolayısıyla bu oranın haksız tahrikin şartlarından biri olup olmadığı ise son alt başlıkta değerlendirilecek olan tartışmalı bir konudur.

A. Mağdurun Fiili

Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, failde hiddet veya şiddetli elem duygularına sebebiyet veren eylemin, tahrik edici ve haksız bir eylem olması gerekmektedir. Bu bölümde öncelikle mağdurun fiilinin bu özellikleri ele alındıktan sonra; varsayılan tahrik başlığı altında, mağdurun tahrik edici ve haksız bir eyleminin mevcut bulunduğu konusunda failin hataya düşmesi ve bunun sonucunda hiddet veya şiddetli eleme kapılarak suç işlemesi bahsi incelenecektir.

1. Tahrik Edici Bir Fiilin Varlığı

Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, mağdurun objektif olarak tahrik edicilik niteliğini haiz olan, dış dünyaya yansıyan, bir fiilinin bulunması gerekir¹⁶⁰. Kanunun madde gerekçesinde, “*haksız fiilin bir hiddet veya*

¹⁶⁰ Erem, “Haksız Tahrik”, s. 640; Tutumlu, **Türk Ceza Hukukunda...**, s. 22.

şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerektiği” ifade edilmiştir. Haksız fiilin failde bu duyguları meydana getirecek ağırlıkta olması, fiilin tahrik edicilik özelliğine işaret eder. Buna göre, failin iradesinin zayıflamasına neden olan duygu durumu, onun kişisel ihtiraslarından veya bunalımından değil; mağdurdan kaynaklanan harici ve tahrik edicilik niteliğine sahip bir fiilin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶¹.

Kanun hangi fiillerin tahrik edici niteliği olduğunu açıkça göstermiş değildir, herhangi bir fiilin bu özelliğe sahip olabileceğini kabul etmek gerekir¹⁶². Bununla birlikte fiil, insan kaynaklı ve iradi olmalıdır¹⁶³. Ceza hukuku bakımından hareket olma özelliği taşımayan davranışların, bu anlamda tahrik edici bir fiil olarak kabul edilmesi mümkün değildir; dolayısıyla ceza hukukunun hareket olarak kabul etmediği davranışlar karşısında işlenen suçlar hakkında haksız tahrik indiriminden söz edilemez¹⁶⁴. Hangi fiillerin bu niteliği taşıdığının tespiti ise hakimın takdirine bırakılmıştır¹⁶⁵. Hakim somut olayın gerçekleştiği yer ve zamana, tahrik altında hareket ettiğini ileri süren failin kişisel özelliklerine, tahrik fiilini gerçekleştiren mağdurun kişisel durumuna ve bu kişiler arasındaki ilişkiye göre bir belirleme yapacaktır¹⁶⁶. Fiilin olumlu ya da olumsuz hareketle işlenmesi konusunda da kanun koyucu bir ayırım öngörmüş değildir¹⁶⁷. Yargıtay içtihatlarında da hem icrai hem de ihmali davranışların tahrike neden olabileceği ifade edilmiştir¹⁶⁸.

Tahrik edici fiilin doğrudan doğruya faile karşı ve onun huzurunda gerçekleştirilmesi bir koşul olarak aranmamaktadır¹⁶⁹. Önemli olan, mağdurun

¹⁶¹ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 231.

¹⁶² Erem, “Haksız Tahrik”, s. 640; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 352.

¹⁶³ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 178-179; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 69; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 103.

¹⁶⁴ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1327; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 34.

¹⁶⁵ Ayık, “Tahrik”, s. 89; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 333.

¹⁶⁶ Başar, “Türk Ceza Hukukunda...”, (I), s. 256-257; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 347; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi – Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gereğeli-İçtihatı)**, Cilt I Genel Hükümler (Madde 1-75), 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010, s. 510-511; Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 217.

¹⁶⁷ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 69; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 352; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 105.

¹⁶⁸ Örnek olarak bkz. YCGK E. 2009/1-141 K. 2009/229 T. 13.10.2009; YCGK E. 1991/1-281 K. 1991/324 T. 25.11.1991; Yargıtay 12. CD E. 2013/27926 E. 2014/16600 T. 07.07.2014 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 05.08.2017).

¹⁶⁹ Ayık, “Tahrik”, s. 90; Erem, “Haksız Tahrik”, s. 640; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 333. Ayrıca bkz. Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 200-206.

gerçekleştirdiği fiil sonucunda, failde öfke veya şiddetli üzüntü duygularının uyanması ve failin bu duyguların etkisi altında hareket ederek haksız fiilin kaynağına yönelik bir suç işlemesidir. Bu nedenle, fiilin tahrik edici niteliği olmakla birlikte, üçüncü kişiye karşı işlenen fiillerde, failin de söz konusu davranıştan ötürü aynı şekilde etkilendiğinin ve dolayısıyla nedensellik bağının tespiti son derece önemlidir¹⁷⁰. Örneğin, çocuğunu parkta dövmüş olan komşusunun evine gidip ona karşı kasten yaralama suçunu işleyen kadının, eylemini haksız tahrik altında gerçekleştirmiş olduğu kabul edilebilir. Komşunun suç teşkil eden eyleminin anne bakımından objektif olarak tahrik edicilik niteliği vardır. Aksi yönde bir yorum, kişinin yalnızca kendisine karşı gerçekleştirilmiş olan haksız ve tahrik edici fiillerden ötürü haksız tahrik indiriminden yararlanabileceği sonucunu doğurur. Oysa, haksız tahrik kurumunun hukuki esası, yukarıda da açıklandığı gibi, failin haksız ve tahrik edici bir fiil sonucu öfke veya şiddetli üzüntüye kapılması ve bu duyguların, iradesini zayıflatıcı şekilde etki göstermesidir. Failin ceza sorumluluğunun azaldığının kabul edilmesinin sebebi, onun suç işleme kararını aldığı sırada iradesinin zayıflamış olmasıdır. Dolayısıyla, objektif anlamda tahrik edici bir fiilin yöneldiği kişinin fail dışında biri olması; failin bu fiil sonucunda iradesinde bir zayıflama söz konusu olduğu müddetçe önemsizdir¹⁷¹. Öğretide de failce sevilen, sayılan, ona yakın olan kişilere ve hatta yabancılara veya eşyaya karşı gerçekleştirilen fiillerin dahi failde öfke veya şiddetli üzüntü meydana getirdiği müddetçe, tahrik edici niteliği olduğu kabul edilmektedir¹⁷².

Tahrike sebep olan davranış, tek bir fiil olabileceği gibi birden fazla kere işlenmiş fiillerden de oluşabilir¹⁷³. Birden fazla kere gerçekleştirilmiş fiiller bakımından öğreti, hareketlerin farklı niteliklerde süregelmesinden, birbiri ardına

¹⁷⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 518.

¹⁷¹ Bostancı Bozbayındır, Yargıtay tarafından failin, mağdurun fiilinin doğrudan muhatabı olması aranmamakla birlikte; haksız fiilin niteliği hakkında ve somut olay incelemesinde farklı yönde kararlar verildiğini ifade etmiştir. Buna göre yazar, reşit olan evli bir kişinin, üçüncü bir kişi ile cinsel ilişki kurması örneğini ele almış ve kişinin yeğenleri bakımından bu fiilin tahrike neden olamayacağı yönünde görüş bildirmiştir (Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 204). Örnek olayda evli olan kişinin eyleminin objektif olarak tahrik edici olduğu kabul edilse dahi; suç işleyen kişiler bakımından fiilin haksızlık niteliğinin olmaması, haksız tahrik indiriminden yararlanılmasını engeller. Sadakat yükümlülüğünün ihlali, evli olan kişinin eşi bakımından bir haksız fiil olarak kabul edilebilecekse de, yeğenler bakımından böyle bir durumun söz konusu olamayacağı açıktır.

¹⁷² Ayık, "Tahrik", s. 90; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 352; Gürelli, "Ceza Hukukunda Mazeret...", s. 333.

¹⁷³ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 353.

gelmesinden (tevali etmesinden) bahseder¹⁷⁴. Örneğin, Yargıtay kararlarında mağdurun “sürekli şaka yapılması, sanığın bu tür şakayı kabul etmediğini ve kızdığını belirttiği halde sanığa karşı bu tutum ve davranışlarını sürdürmesi”¹⁷⁵, yine “ağır bir teklif ve haysiyet kırıcı sözlerini sık sık tekrarlaması”¹⁷⁶ gibi durumlarda, birbirini takip eden davranışların tahrik edici niteliği olduğu kabul edilmiştir. Farklı zamanlarda gerçekleştirildiğinde ve tek başlarına tahrik edici niteliğe sahip olmayan eylemler de bir araya geldiklerinde bu niteliği kazanabilirler¹⁷⁷. Ayrıca, tekil tahrik fiili, hakim tarafından azami oranda indirim yapılmasına neden olacak derecede bir tahrik nedeni olarak değerlendirilebilecekken; belli zaman aralıklarıyla birbirini takip eden, devam eden aynı tür hareketlerin, failde daha şiddetli bir öfke veya üzüntü yaratması sebebiyle, failin cezasının daha az indirilmesi söz konusu olabilir¹⁷⁸. Bu konuda, somut olayda fail ile mağdurun önceki ilişkilerinin dikkate alınması gerekir¹⁷⁹.

Buna paralel olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da özellikle Anglosakson hukukuna ilişkin feminist eleştirinin gündeme getirdiği, failin duygularına süreç içinde yavaş yavaş etki eden hareketlerdir (*slow burn reaction*). Buna göre, failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü ve bunun sonucu olarak işlenen tepki suçu; tek bir tahrik edici fiilden kaynaklanmayıp süreç içinde gerçekleşen fiillerin bir araya gelmesi sonucu ortaya çıkabilir. Feminist eleştiri, tahrik kurumunun eril bir karaktere sahip olduğunu, Anglosakson ceza hukukunda aranan “ani ve geçici kontrol kaybının (*sudden and temporary loss of control*)” erkeklige özgü bir nitelik taşıdığını, kadınlarda öfkenin ve dolayısıyla faili suç işlemeye sevk eden duyguların, süreç içinde oluştuğunu ve tepki suçunun bu şekilde ortaya çıktığını ileri sürmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Dilaver Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara: Adalet, 2015, s. 85; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 105; Tutumlu, **Türk Ceza Hukukunda...**, s. 24.

¹⁷⁵ YCGK E. 1982/38 K. 1982/117 T. 20.03.1982, Aktaran: Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 107.

¹⁷⁶ YCGK E. 1973/75 K. 1973/44 T. 29.01.1973, Aktaran: Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 107.

¹⁷⁷ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 397.

¹⁷⁸ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 179.

¹⁷⁹ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 84; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...” , s. 37.

¹⁸⁰ Herring, **Criminal Law**, s. 309-311; McColgan, “General Defences”, s. 144-145.

Bu konu, öncelikli olarak, mağdurun haksız fiili ile tepki suçu arasındaki nedensellik bağının tespiti bakımından incelenen bir husustur. Zira, failin suç teşkil eden eylemini ani olmayan bir şekilde gerçekleştirmesi, yani tahrik eden fiilin işlendiği zaman ile tepki suçunun gerçekleştiği zaman arasında belli bir sürenin geçmiş olması, iki eylem arasında nedensellik bağı olmadığına işaret edebilir. Bununla birlikte, fail olan şiddete maruz kalmış kadına (*battered woman*) karşı gerçekleştirilen haksız fiiller ile bu fiilleri gerçekleştiren erkeğe karşı işlenen tepki suçu arasında nedensellik ilişkisi olmadığından söz edilemez. Yani, kadının tepki olarak işlediği suça, mağdurun süreç içinde gerçekleştirmiş olduğu şiddet içeren haksız fiillerin neden olmadığı düşünülemez. Yalnızca, böyle bir durumdaki kadın fail, tahrike kapılıp kontrolünü ani bir şekilde kaybetmemiş; iradesi süreç içerisinde birbirini izleyen fiiller sebebiyle zayıflamıştır. Kadın failer bakımından kontrol kaybının ani bir şekilde gerçekleşmediği kabul edilmekle birlikte, “anilik” kriteri, 2009 tarihli *Coroners and Justice Act* öncesinde kadın failer hakkında uygulanmış ve İstinaf Mahkemesi *Ahluwalia*, *Thorton* ve *Humphreys* gibi birçok kararında faillerin tahrik altında suç işlediğini kabul etmemiştir¹⁸¹. Türk hukukunda tepki suçu bakımından anilik kriteri aranmamaktadır; nedensellik ilişkisi mevcut olduğu müddetçe tepki suçunun gerçekleştiği zaman önemli değildir. Bu şekilde tepkiye neden olan tahrik edici eylem, tek bir fiil veya birden fazla fiilin bir araya gelmesi sonucu ortaya çıkan durum olabilir.

Fiilin tahrik edici olup olmadığının tespiti somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapılıyor olmakla birlikte; fiilin objektif olarak bu niteliğe sahip olması gerektiği de ifade edilmelidir¹⁸². Haksızlık kriterinden bağımsız olarak tahrik edicilik, fiilin ortalama zekaya sahip bir kişi bakımından öfke veya şiddetli üzüntü yaratmaya elverişli olmasına işaret eder. Buna göre, failin sübjektif olarak öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olması ayrı bir unsurken¹⁸³; mağdurun fiilinin objektif olarak failde öfke veya üzüntüye sebep olacak niteliği taşıması, fiile ait öncelikli bir unsurdur ve “fiilin tahrik edici özelliği” olarak değerlendirilir. Mağdurun fiilinin

¹⁸¹ McColgan, “General Defences”, s. 145.

¹⁸² Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1326; Mağdurun fiilinin makul, ortalama özelliklere sahip üçüncü bir kişide öfke veya şiddetli üzüntü yaratmaya elverişli olup olmadığı analizini, *ex ante* bir değerlendirme ile haksız fiilin failde hiddet veya şiddetli eleme yol açmış olması kriteri içinde ele alan görüş için bkz. Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 84; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 46; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 400.

¹⁸³ III-B bölümünde incelenecektir.

objektif olarak tahrik edicilik niteliğini taşıyıp taşımadığı, somut olayın koşulları altında, ortalama insan davranışının ne şekilde olacağı düşünülerek tespit edilebilir. İngiliz hukukuna göre de 2009 yılından itibaren “kontrol kaybı” olarak adlandırılan tahrik, sübjektif ve objektif olmak üzere iki unsura sahip olmalıdır. Sübjektif unsur, failin somut olayın özellikleri sonucunda kontrolünü kaybetmiş olması ve kontrolü yeniden kazanmadan önce, bu ruh halinin etkisi altında suç işlemiş olmasıdır. Objektif unsurun tespiti için ise, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, makul insan (*reasonable woman/man*) davranışı analizi yapılır¹⁸⁴. Buna göre, hayatın olağan akışında, failin özelliklerine sahip ve onunla aynı durumda olan makul herhangi bir kişi; kendisini kontrol etme yeteneğini kaybederek fail gibi hareket ederdi denilebiliyorsa, yani failin davranışı ile makul bir insanın davranışı örtüşüyorsa, failin bu indirimden yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁵.

Türk hukukunda da bu iki hususun birbirinden ayrılması ve failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için ayrı ayrı iki unsur olarak aranması son derece önemlidir. Zira normatif anlamda haksız tahrik kurumu, objektif olarak tahrik edicilik niteliği olan bir fiilin yokluğu halinde, öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olan faili korumaz. Aynı şekilde, objektif olarak tahrik edici niteliği haiz bir fiil sonucunda bu duygulara kapılmamış olan ve soğukkanlılıkla suç işleyen failin, ceza sorumluluğunun azaldığından söz edilemez.

Bu husus bizi kadına karşı işlenen öldürme ve yaralama eylemleriyle ilgili özel olarak düşündürmelidir. Tahrik ediciliğin objektif ve sübjektif boyutlarının birlikte varlığının koşul olarak aranması; şahsi ihtirasları, bunalımları, kıskançlıkları, alınganlıkları, agresif yapısı nedeniyle suç teşkil eden bir davranış sergileyen failin

¹⁸⁴ Tahrik indiriminin cinsiyetçi bir yapıya sahip olduğu konusunda yapılan eleştirilerin bir kısmı makul insan davranışının tespitinde “makul erkeğin” ölçüt olarak alınması hususundadır. Bununla ilgili, tüm failler hakkında değerlendirmede bulunurken “makul insan” veya kadın failler bakımından “makul kadın” ölçütünün benimsenmesi yönünde görüşler ileri sürülmüştür. (Bkz. Naomi R. Cahn, “Looseness of Legal Language: The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice”, **Cornell Law Review**, Cilt: 77, Sayı: 7, Eylül 1992, s. 1406-1411; Reyda Ergün, “Eril Devlet Ve Tecavüz”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan – 1**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 276-277; Gruber, “A Provocative Defense”, s. 282-285; Herring, **Criminal Law**, s. 58-60; Taylor, “Comments – Provoked Reason...”, s. 1686-1687).

¹⁸⁵ Andrew John Ashworth, “The Doctrine of Provocation”, **The Cambridge Law Journal**, Cilt: 35, Sayı: 2, Kasım 1976, s. 297.

cezasının indirilmesine izin verilmemesi sonucunu yaratmaktadır¹⁸⁶. Bu noktada kurumun hukuki esasında yapılan sübjektif ve objektif unsurların varlığını birlikte arayan karma teoriye atıf yapmakta yarar bulunmaktadır. Kanun koyucu, haksız tahrik indirimi ile failin yalnızca iradesinin zayıflamasına neden olan duygulara kapılmış olmasına hukuki bir sonuç bağlıyor değildir. İndirime konu olan suçlu davranışı, mağdurun belli nitelikleri haiz fiilinin meydana getirdiği öfke veya şiddetli üzüntü altında gerçekleştirilen davranıştır. Kanun koyucu, ancak bu şekilde işlenen bir fiille ilgili olarak, failin kusurluluğunun azaldığını kabul etmiştir¹⁸⁷. Dolayısıyla, mağdur kadının herhangi bir fiilinin bulunmadığı¹⁸⁸ veya haksız bir fiili bulunmakla birlikte fiilin objektif anlamda tahrik edicilik niteliğini taşımadığı bir senaryoda; erkek failin kıskançlık, sinirli karakter özelliği ve benzeri gerekçelerle öfkeye kapılması, haksız tahrik indiriminden yararlanmasına sebep olmayacaktır¹⁸⁹.

Uygulamanın (özellikle de ilk derece mahkemelerinin), kadının mağdur olduğu suçlarda, tahrik edici ve haksız bir hareketin mevcut olup olmadığına ilişkin değerlendirmede bulunurken ataerkil ve cinsiyetçi bir algıya sahip olduğu ve haksız tahrik incelemesini erkek failin lehine olacak şekilde yaptığı gözlemlenmektedir¹⁹⁰. Örneğin, 765 sayılı TCK döneminde verilmiş olmakla birlikte, failin haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi için, öncelikle mağdurun tahrik edici bir fiilinin varlığının arandığına ilişkin YCGK'nin 1999 tarihli bir kararının üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır. Karara konu olayda sanığın, Adli Tıp raporuyla da tespit edildiği üzere, ileri derecede alkol almış olduğu ve bunun da etkisiyle eşi ile tartıştığı ve otopsi raporuna göre, önce maktuleye karşı yaralama teşkil eden eylemlerde bulunduğu ve sonrasında tüfekle ateş ederek ölümüne sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme, *“maktule ile sanık arasında tartışma meydana gelmiş olması, olayın saptanamayan bir nedeni bulunması, sanığın ancak maktulenin tahrik edici bir hareketi ile saldırgan duruma geçeceğinin düşünülmesi”* gerekçesiyle ve ayrıca *“bir aile faciasının sergilendiği bu olayda sanık yararına yasal indirim uygulanmasında da sayılamayacak kadar fayda”* olduğunu ileri

¹⁸⁶ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 86; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1326; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 80.

¹⁸⁷ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...”, s. 238.

¹⁸⁸ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 180.

¹⁸⁹ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 220.

¹⁹⁰ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 217.

sürerek, sanığı haksız tahrik indiriminden yararlandırmış; ancak YCGK, Özel Daire'nin bozma kararına rağmen direnen yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁹¹.

Son olarak, Kanunun madde gerekçesinde ele alınan bir örneğe değinmek gerekir. Gerekçeye göre, “*cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır*”. Metinde bu konu, failin tepki suçunu, tahrik edici ve haksız fiilin kaynağı olan kişiye karşı gerçekleştirmesi unsuru ile ilişkilendirilerek ele alınmıştır. Cinsel saldırıyı gerçekleştiren failin eyleminin suç teşkil ettiği ve ona karşı işlenen suçlar bakımından tahrik edici ve haksız niteliği olduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte, böyle bir durumda kadına karşı işlenen suçtan ötürü, failin haksız tahrik indiriminden yararlanamayacak olmasının, gerekçede ayrıca ve özel olarak ifade edilmiş olması gereksizdir. Cinsel saldırı suçunun mağduru olduğu bir senaryoda tahrik ediciliği ya da haksızlığı tartışma konusu olmaksızın, kadının herhangi bir fiilinin varlığından söz edilemez. Bu durumda da kadına karşı işlenen öldürme veya yaralama fiilleri hakkında, fail bakımından haksız tahrik incelemesinin yapılması mümkün değildir¹⁹².

2. Fiilin Haksızlığı

Mağdurun fiilinin haksızlığı bahsinde öncelikle haksız fiil kavramının ceza hukukunda haksız tahrik bakımından ne anlama geldiği üzerinde durulacak, bu çerçevede kavramın kapsamı belirlenecektir. Kadına karşı işlenen suçlarda, uygulamada fail lehine sıkça haksız tahrik indirimine başvurulması sonucunu yaratan en önemli sebeplerden biri, mağdurun fiilinin haksızlığı konusunda yapılan yanlış değerlendirmelerdir. Bu nedenle, hukuka aykırı niteliği olmayıp ahlaka, geleneklere, toplumsal değer yargılarına vs. aykırı olan eylemlerin haksızlık niteliği taşıyıp taşımadığı ve bu tür eylemlerin ne ölçüde haksız tahrike neden olabileceği konusu, ikinci bölümde ele alınacaktır. Son olarak, ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenlerin varlığının, fiilin haksızlığına nasıl bir etkisi olduğu meselesi de üçüncü bölümde incelenecektir.

¹⁹¹ YCGK E. 1999/1-258 K.1999/256 T. 02.11.1999 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

¹⁹² Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 88.

a. Haksız Fiil Kavramı

Failin kusurunun ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun azaldığından söz edilebilmesi için tahrike neden olan fiilin haksız olması gerekir. TCK'nin 29. maddesinde ifade edilen haksız fiil terimi, madde gerekçesine göre *“bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir”*. Hukuka aykırı her türlü davranış, ceza hukukunda haksız tahrik bakımından haksız fiil niteliğini taşımaktadır¹⁹³. Buna göre, haksızlık unsurunun karşılanmış olması için *“yükümlülük getiren veya yetki veren herhangi bir normun dışına çıkılmış olması yeterlidir”*¹⁹⁴. Madde gerekçesinde fiilin haksızlık derecesi ile ilgili, *“hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olma”* kriteri aranmıştır. Bununla birlikte, tahrik teşkil eden eylem ne kadar ağır olursa olsun, hukuka uygun olduğu müddetçe, failin ceza sorumluluğunda herhangi bir azalma olduğu kabul edilmeyecektir¹⁹⁵. Zira, kanun koyucunun, mağdurun haksız fiilinin varlığını haksız tahrikin bir unsuru olarak araması ile korunmak istenen, hukuk düzenidir. Buna göre, failin ceza sorumluluğunu azaltan haksız tahrike neden olan aykırılıklar ise, yalnızca hukuk düzeninin normlarına aykırılıklardır¹⁹⁶.

Tahrik indiriminden söz edilebilmesi için tahrike yol açan mağdurun fiilinin haksız olması, karşılaştırmalı hukukta da aranan bir kriterdir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu'nun 213. maddesi, insan öldürme suçu ile ilgili olarak, failin cezasının azaltılması için, mağdurun faile veya bir yakınına karşı kötü muamelede bulunması ya da ciddi bir şekilde hakaret etmesi ve failin bu haksız hareketlerin sonucunda öfkeye kapılarak kontrolünü kaybetmesi aranmaktadır. *Coroners and Justice Act*'in 55. maddesinde de tahrike neden olan fiilin özellikleri, *“Tetikleyici Nedenin Anlamı”* başlığı altında düzenlemiştir. Buna göre tetikleyici nedenlerin, aşırı derecede ağır bir karakterdeki durumlara neden olan ve failde ciddi bir şekilde haksızlığa uğradığı yönünde meşru bir algı oluşmasına yol açan sözler veya eylemler olabileceği kabul edilmiştir. Çalışmanın konusu ile ilgili olması sebebiyle ifade

¹⁹³ Bkz. YCGK E. 2014/3-436 K. 2016/134 T. 15.03.2016; Yargıtay 1. CD E. 1995/248 K. 1995/544 T. 01.03.1995; Yargıtay 5. CD E. 1981/3551 K. 1981/3407 T. 09.07.1981 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017); Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 395.

¹⁹⁴ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 186.

¹⁹⁵ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 353; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 332.

¹⁹⁶ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...”, s. 235; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 333.

etmek gerekir ki md. 55/6-c'ye göre cinsel anlamda sadakatsizlik, bir tetikleyici neden olarak kabul edilmemektedir.¹⁹⁷

Haksızlık ifadesi, genel anlamda hukuk düzenine aykırılığı ifade eder. Buna göre, haksız tahrike konu eylemlerin ceza kanunlarında öngörülen bir suç kalıbına uyması yani suç teşkil etmesi gerekli değildir¹⁹⁸. Aynı şekilde, borçlar hukuku anlamında “haksız fiil” teşkil etmeyen herhangi bir eylem de tahrike neden olabilir¹⁹⁹. Hakkın kullanılması durumu söz konusu iken, bu şekilde gerçekleştirilen bir eylemin, gerek objektif gerekse subjektif anlamda tahrik ediciliği bulursa dahi haksız kabul edilmesi mümkün değildir²⁰⁰. Öte yandan, mağdurun hakkını kötüye kullanması durumunda haksız tahrik indirim söz konusu olabilir²⁰¹. YCGK de haksız fiilin kapsamına ilişkin ayrıca, *“ taraflar arasında önceden gerçekleşmiş bulunan olayın yargılamaya konu edilmesi ve hatta mahkumiyetle sonuçlanıp cezanın infaz edilmesi ya da fiilin suç oluşturmaması sebebiyle kişinin beraat etmesi, dava veya cezanın ayla ortadan kalkması gibi durumların, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği ”*²⁰² yönünde karar vermiştir²⁰³.

Fiilin haksız olması için iradi olması önemlidir. İradi oluşundan anlaşılması gereken, mağdurun faili tahrik etme özel kastına sahip olması değildir²⁰⁴. Bu anlamda, taksirli hareketlerin iradilik kriterini sağlıyor olmaları nedeniyle haksızlık unsurunu taşıdığı kabul edilmektedir²⁰⁵. Bununla birlikte, hukuk normlarıyla

¹⁹⁷ Elliott/Quinn, *Criminal Law*, s. 94.

¹⁹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 438; Duran, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, s. 119; Zafer, *Ceza Hukuku...*, s. 396.

¹⁹⁹ Tutumlu, *Türk Ceza Hukukunda...*, s. 24; Zafer, *Ceza Hukuku...*, s. 396-397.

²⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 519.

²⁰¹ Başar, “Türk Ceza Hukukunda...”, (I), s. 257; Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 439; Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbiki... (II)*, s. 353; Duran, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, s. 127; Zafer, *Ceza Hukuku...*, s. 398.

²⁰² YCGK E. 2015/1-848 K. 2016/105 T. 01.03.2016. Aynı ifadenin geçtiği kararlar için örnek olarak bkz. YCGK E. 2004/1-74 K. 2004/118 T. 11.05.2004; YCGK E. 2003/143 K. 2003/183 T. 10.06.2003 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²⁰³ Detaylı açıklama için bkz. Bostancı Bozbayındır, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, s. 195-197; Duran, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, s. 138-140.

²⁰⁴ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 439.

²⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 519; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 233; Öztürk/Erden, *Uygulamalı Ceza Hukuku...*, s. 322; Zafer, *Ceza Hukuku...*, s. 399. Bu yönde bkz. YCGK E. 2014/3-436 K. 2016/134 T. 15.03.2016, Yargıtay 3. CD E. 2015/11706 K. 2015/27657 T. 07.10.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017). Taksirli fiillerin haksızlığı konusunda farklı görüşler için bkz. Demirbaş, *Haksız Tahrik*, s. 75; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 40.

herhangi bir çatışması olmayan icrai veya ihmali bir hareketin, haksızlık niteliği taşımadığı ve dolayısıyla haksız tahrike neden olamayacağı ifade edilmelidir. Örneğin Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2015 tarihli bir kararına konu olayda, uyuşturucu madde kullanan ve işsiz olan sanığı, anne ve babası uyarmış ve sanık, ebeveynlerinin *“kendisine bir iş bulması ve evlenerek düzenli bir hayata başlaması konusunda nasihatte bulunmaları”*²⁰⁶ üzerine sinirlenerek, annesine karşı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu işlemiştir. Yerel mahkeme, sanığı haksız tahrik indiriminden yararlandırmıştır. Bununla birlikte Özel Daire, olayda sanığa yönelik *“haksız tahrik teşkil eden herhangi bir söz veya davranışın mevcut bulunmadığı”* gerekçesiyle sanık hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmasını hukuka aykırı bulmuş ve bu yöndeki yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bu ifadelerin herhangi bir hukuk normunu ihlal edecek nitelikte olduğu söylenemeyeceğinden, haksızlık değeri olmadığı açıktır; ancak buna ek olarak, mağdurenin tahrike konu olduğu ileri sürülen söz konusu ifadelerinin, öncelikle objektif anlamda tahrik edicilik niteliği taşıyan bir eylem olmadığı da ileri sürülebilir.

Kural olarak, haksız tahrik ile mağdurda bir reaksiyona sebep olan kişi; bu reaksiyonu, kendisine karşı tahrik edici ve haksız bir fiil olarak kabul edip ikinci eylemini haksız tahrik altında gerçekleştirdiğini ileri süremeyecektir²⁰⁷. Bu kuralın tek istisnası, iki eylem arasındaki açık oransızlık halidir²⁰⁸. İkinci defa harekete geçen failin maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği ilk eyleme göre aşırı bir hal aldıysa, yani bu iki eylem arasında açıkça bir oransızlık söz konusuysa; mağdurun tepkisinin başlı başına haksız bir nitelik kazandığı kabul edilmektedir²⁰⁹. Buna göre,

²⁰⁶ Yargıtay 1. CD E. 2015/1539 K. 2015/5030 T. 22.10.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²⁰⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 520; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 439; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 131-133; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 335. Meşru savunma koşullarının oluşmadığı durumda, savunma teşkil eden davranışın hukuka aykırılığını sürdürdüğünden bahisle, tahrike elverişli olduğu görüşü için bkz. Ayık, “Tahrik”, s. 92.

²⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 520-521; Erem, “Haksız Tahrik”, s. 641-642; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 44; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 348; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 443-444; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 399.

²⁰⁹ Örnek olarak bkz. YCGK E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK E. 2015/1-532 K. 2016/172 T. 05.04.2016; YCGK E. 2013/4-791 K. 2016/435 T. 22.11.2016; YCGK E. 2014/1-271 K. 2014/350 T. 02.07. 2014; YCGK E. 2012/1-1577 K. 2013/145 T. 16.04.2013; YCGK E. 2000/1-189 K. 2000/211 T. 24.10.2000 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

mağdurun oransız tepkisi niteliğindeki eylem nedeniyle suç işleyen failin, haksız tahrik indiriminden yararlanabileceği ifade edilmektedir.

Failin ilk eylemi karşısında bir tepkide bulunan mağdurun davranışı, mevcut bir saldırının varlığı halinde gerçekleştiriliyorsa ve savunma niteliği taşıyorsa, öncelikle mağdurun meşru savunma halinde hareket etmiş olabileceği düşünülmelidir. Bu durumda, mağdurun eylemi hukuka uygun olduğu takdirde, failin ikinci eyleminin haksız tahrik altında işlendiğinden söz edilemez. Mağdurun eyleminin haksız tahrik altında gerçekleştirildiği durumda ise; bu eylem, failin ilk eylemi ile orantılı olsa dahi, haksızlık niteliğini sürdürdüğünden, buna karşı failin tepki suçu işleyebileceği düşünülebilirdi. Bununla birlikte Yargıtay, böyle bir durumda, yalnızca açık bir oransızlık saptanması söz konusu ise, failin haksız tahrik indiriminden yararlanabileceğini kabul etmiştir:

“... fail ve mağdurun yekdiğeri yönünden tahrik oluşturan bu haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmediği göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.”²¹⁰

Açık bir oransızlığın olmadığı durumda, ilk haksız hareketi gerçekleştiren failin haksız tahrik indiriminden yararlanması mümkün olmayacaktır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi de 2015 yılında verdiği bir kararla faili haksız tahrik indiriminden yararlandırmamıştır. Olayda sanık, daha önceden tanımadığı mağdureye karşı cinsel taciz teşkil eden söylemlerde bulunmuş; mağdure, sanığın sözleri karşısında “*git başımdan*” diyerek olay yerinden uzaklaşmaya çalışınca da sanık onu tehdit etmiştir.

²¹⁰ YCGK E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016. Aynı ifadenin geçtiği kararlar için örnek olarak bkz. YCGK E. 2015/1-532 K. 2016/172 T. 05.04.2016; YCGK E. 2014/1-271 K. 2014/350 T. 02.07.2014; YCGK E. 2012/1-1577 K. 2013/145 T. 16.04.2013; YCGK E. 2000/1-189 K. 2000/211 T. 24.10.2000 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

Mağdurenin olay yerinde bulunan ablasının duruma müdahale ederek tepki göstermesi üzerine sanık, arabasından inerek mağdureyi kolundan tutup cebir kullanmak suretiyle arabaya sokmaya çalışmış; ancak mağdurenin ablasının müdahalesi nedeniyle eylemini tamamlayamamıştır. Yargıtay, bu durumda, “*ilk haksız hareketin sanık tarafından gerçekleştirildiği ve haksız tahrikte dengeyin sanık lehine bozulmadığı tüm dosya kapsamından anlaşıldığı halde, sanığa verilen cezadan TCK'nın 29. maddesi uyarınca indirim yapılarak eksik ceza tayini*”²¹¹ kanuna aykırı bulmuş ve yerel mahkemenin sanığı haksız tahrik indiriminden yararlandırarak kasten yaralama suçundan kurduğu mahkumiyet hükmünü bozmuştur.

Her iki tarafın da saldırı halinde bulunduğu ve ilk haksız davranışta bulunanın kim olduğunun tespit edilemediği bir durumda ise Yargıtay, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi uyarınca, “*silahların eşit ve birbirine denk olduğu*” kabul edilebildiği müddetçe, her iki sanık lehine de haksız tahrik indirimine başvurulabileceğini ifade etmiştir²¹². Bununla birlikte, haksız tahrike sebep olan eylemin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirildiği ihtimalde, fail lehine haksız tahrikin varlığından söz edilebilir; ancak bu kişilerden her birine karşı işlenen suçlarda ceza indirimi, söz konusu kişilerin haksız fiile katkıları oranında belirlenmelidir²¹³.

Son olarak, altını çizmek gerekir ki mağdurun fiili objektif olarak tahrik edici nitelikte ve sübjektif anlamda failde hiddet veya şiddetli eleme sebebiyet vermiş olsa dahi haksız bir fiilin yokluğu halinde, failin haksız tahrik altında hareket ettiğinden söz edilemeyecektir²¹⁴. Yakın tarihli Yargıtay kararlarında haksız fiile ilişkin değerlendirme çoğunlukla bu yönde olmakla birlikte; bazı üyelerin, “*sanıkta elem ve*

²¹¹ Yargıtay 14. CD E. 2015/6910 K. 2015/12007 T. 23.12.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 521; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 79; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 136-138; YCGK E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK E. 2002/4-238 K. 2002/367 T. 22.10.2002; Yargıtay 3. CD E. 2016/11525 K. 2917/2915 T. 16.03.2017; Yargıtay 3. CD E. 2015/32780 K. 2016/16550 T. 28.09.2016; Yargıtay 3. CD E. 2015/9912 K. 2015/26411 T. 29.09.2015; Yargıtay 1. CD E. 2014/6417 K. 2015/4537 T. 15.09.2015; Yargıtay 1. CD E. 2015/354 K. 2015/4000 T. 22.06.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²¹³ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 395.

²¹⁴ Bu yönde Amerikan hukukuna ilişkin açıklama için bkz. Fletcher, **Rethinking Criminal Law**, s. 243.

üzüntü yaratan tüm davranışlar ceza hukuku açısından birer haksız fiildir”, “*ahlaka aykırı olan o davranış başka bir kişide bir elem ve üzüntü yaratmışsa bu davranış hukuk açısından haksız bir fiildir*” şeklinde karşı oy yazısı kaleme aldıkları gözlemlenmektedir²¹⁵. Fiilin haksızlık değerinin, failde öfke veya şiddetli üzüntü yaratıp yaratmamasına bağlı olarak belirlenmesi; şüphesiz ki uygulamada özellikle kadına karşı işlenen suçlar bakımından haksız tahrik indirimini suiistimale açık bir hale getirmektedir. Böyle bir yorum, yalnızca haksız fiil kriterini devre dışı bırakmakla sınırlı kalmayıp tahrik edici fiil unsurunu da işlevsiz hale getirmektedir. Zira bu halde, objektif anlamda mağdurun herhangi bir fiilinin bulunmadığı ve fakat failin öfke veya şiddetli üzüntüye kapıldığı her durumda, failin haksız tahrik indiriminden yararlanması ihtimali söz konusu olacaktır. Bu tür bir yorum ile hükmün suiistimali özellikle, ahlaka aykırılık teşkil eden davranışların, haksız fiil olarak kabul edilmesine neden olacaktır.

b. Haksızlık Türü Olarak Ahlaka Aykırılık

Mağdurun haksız fiilinden anlaşılması gerekenin hukuk normlarına aykırılıktır. Ahlak kuralları ise en geniş haliyle, “*hukuk kurallarından farklı olarak, topluluklara, kişiler arasındaki bireysel etkileşimlere, zamana veya yere göre farklılık gösterebilen, yazılı olmayan kurallar*”²¹⁶ olarak ifade edilebilir. Buna göre, mağdurun eyleminin yalnızca soyut anlamda ahlaka veya belli bir yöredeki toplumsal değerlere aykırı olduğu durumda; eylem, belli değer yargılarını ihlal etse dahi, hukuka aykırı olmadığından, kural olarak haksız tahrike sebebiyet vermeyecektir²¹⁷. Haksız tahrike neden olabilecek eylemler, içeriği itibarıyla izafi ve nispi bir karaktere sahip olan ahlaka aykırı olan eylemler değildir; çünkü haksız tahrikin oluşumu için haksız fiilin varlığının bir unsur olarak aranması ile korunmak istenen değer, hukuk düzenidir²¹⁸. Zira, toplumun farklı kesimlerinin benimsediği değer yargılarının değişiklik gösterebileceği de göz önüne alındığında, bunun sonucu

²¹⁵ YCGK E. 2014/3-436 K. 2016/134 T. 15.03.2016 (Karşı Oy) (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017); Bu görüş ile örtüşür nitelikte haksızlığın objektif olarak değil, faile göre belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Erem, “Adalet Psikolojisi...”, s. 59.

²¹⁶ Kadir Berk Kapancı, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, İstanbul: Vedat, 2016, s. 14.

²¹⁷ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 217 ve 222.

²¹⁸ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 235; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1332; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 333-334.

olarak her topluluğa göre ayrı bir standardın belirlenmesi, “hukuki eşitlik ilkesine” zarar verebilecektir²¹⁹.

Öğretide fiilin haksız olup olmadığı değerlendirilirken yalnızca yazılı hukuk kurallarının değil; toplumsal düzene hakim olan değer yargılarının, ahlakın, örf ve adet kurallarının da hukuk düzeninin bir parçası olarak dikkate alındığı ifade edilmektedir²²⁰. Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır²²¹. Buna göre bazı yazarlar, salt ahlaka aykırı bir fiilin de haksız fiil olarak tahrike neden olabileceğini, bu konuda kesin bir yasak bulunamayacağını ve bunun takdirinin hakime bırakılması gerektiğini ileri sürmektedir²²². Oysa gelenekler, toplumsal kurallar, değer yargılarına aykırılık taşıyan hareketler, tahrik edici bir niteliğe sahip olabilmekle birlikte; bu kurallar hukuk düzenince korunmadıkları, hukuk ile çatıştıkları müddetçe; bunlara aykırılık, haksız fiil olarak değerlendirilmemelidir^{223 224}. Bir davranış, hukuka aykırı olmayıp yalnızca örf ve adet kurallarına aykırı olduğu takdirde, bu kuralların niteliği TMK md. 1’e göre kanunda açık hüküm bulunmadığı takdirde başvurulacak ikincil nitelikli hukuk kaynağı olmakla sınırlı olduğundan²²⁵; başlı başına ve yalnızca bu kurallara aykırılık teşkil eden bir davranışın, haksız fiil olarak kabul edilmemesi gerekir²²⁶.

Ayrıca, örf ve adet kurallarının geniş anlamda hukuk düzeninin bir parçası olduğunun kabul edildiği durumda dahi çağdaş olmayan bu tür kuralların, fiilin

²¹⁹ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 192; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 397.

²²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 519; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 191; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 439; Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 347; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 396.

²²¹ Yargıtay 1. CD E. 1980/41 K. 1980/1453 T. 01.04.1980; Yargıtay 8. CD E. 1983/2528 K. 1984/54 T. 18.01.1984 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²²² Ayık, “Tahrik”, s. 91; Başar, “Türk Ceza Hukukunda...”, (I), s. 258; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 353.

²²³ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 235; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 438; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 81; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1332; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 41-42; Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 99-100 ve 222.

²²⁴ Ahlakın hukuken dayatılmasının meşruiyeti üzerine bkz. H. L. A. Hart, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Çeviren: Erol Öz, Ankara: Dost, 2011, s. 28-29.

²²⁵ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 22. Baskı, İstanbul: Vedat, 2016, s. 111-113; Rona Serozan, **Medeni Hukuk – Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul: Vedat, 2015, s. 104-105.

²²⁶ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 190; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 439.

haksızlığını değerlendirmede dikkate alınmaması gerektiği düşünülmelidir²²⁷. Buna göre hakim, bir fiilin haksız tahrike neden olup olamayacağını tespit ederken, “sosyal eğilimlerdeki, örf ve adetteki ya da ahlaki değerlerdeki değişiklikleri takip etmesi; özellikle açık ya da dolaylı bir şekilde hukuken kabul görmeyenleri” haksız fiil olarak nitelendirmemesi gerekir²²⁸. Amerikan hukukunda da toplumsal özelliklerin fiilin haksızlık niteliğini belirlerken dikkate alındığı kabul edilmekle birlikte; örneğin erkekler bakımından kız kardeşlerinin dilediği kişi ile cinsel ilişki yaşaması veya eşler arasında sadakat yükümlülüğünün ihlali gibi durumların, “Batı toplumlarında” failin kendisini kontrol etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı ve dolayısıyla bu tür davranışların haksız tahrik nedeni olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir²²⁹.

Ahlaka, geleneklere, toplumsal değerlere aykırılık, namusun korunması gibi gerekçeler ile faillerin daha az ceza almasını gündeme getiren senaryolar; genellikle erkek faillerin, kadın mağdurlara yönelik şiddet içeren eylemlerde bulundukları ve ceza hukukunun ve uygulayıcılarının erkek egemen yapısına sığındıkları durumlardır. Uygulamada, “kadının nasıl konuşması, nasıl davranması, nasıl yaşaması gerektiğine ilişkin ataerkil ve cinsiyetçi algılar” ile erkek fail lehine sık sık haksız tahrik indiriminin gündeme geldiği kabul edilebilir²³⁰. Bu konuda sık karşılaşılan örnekler; erkek failin aldatıldığı şüphesi ile hareket ederek kadına yönelik öldürme veya yaralama eylemleri gerçekleştirmesi; kadınların, töre veya namus saiki ile cinsel yaşamlarının akrabaları tarafından denetim altında tutulmaya çalışılarak “uygunsuz” kabul edilen yaşam biçimlerinden ötürü “cezalandırılmaları” durumlarıdır²³¹. Erkekler gerçekleştirdiği takdirde hukuka aykırılığının tartışılması absürt sayılacak “kendi seçtikleri kişilerle kaçmaları veya cinsel ilişkide bulunmaları”, “erkeklerle gezmek, ailenin tasvip etmediği bir evlilik yapmak ya da cinsel ilişkiye girmek” gibi eylemler; kadınlar bu eylemleri gerçekleştirdiği zaman kendiliğinden haksız bulunmaktadır²³². “Mağdurun sevgilisi olması, arkadaşı ile

²²⁷ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 81; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 396.

²²⁸ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 396.

²²⁹ Fletcher, **Rethinking Criminal Law**, s. 243.

²³⁰ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 217.

²³¹ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 225.

²³² Ceren Belge, “Kadına Yönelik Şiddetin Cezalandırılmasında Kültürel Değerlerin ve Yöresel Geleneklerin Ağırlığı: Şanlıurfa 2. Ağır Ceza Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme”, **Şanlıurfa Barosu Dergisi**, Sayı: 13, 2006, s. 52; Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 227.

dolaşması, bakire olmaması, kısa etek giyinmesi, eşinden boşanmak istemesi vs.”²³³ örneklerinde hukuk düzeni ile çatışan bir hareket mevcut bulunmamasına rağmen, bu eylemler sonucu tahrike kapılıp suç işleyen failin cezasının indirilmesi söz konusu olmaktadır²³⁴.

Fiilin tahrik edicilik niteliği bahsinde, mağdurun objektif anlamda tahrik edici ve haksız olan fiilinin, bizzat faile karşı işlenmediği durumlarda da bu fiil failde öfke veya şiddetli üzüntüye sebep olduğu müddetçe, failin haksız tahrik indiriminden yararlanabileceği ifade edilmiştir. Şüphesiz ki failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için mağdurun fiilinin bu iki niteliği haiz olması gerekir. YCGK’nin 2016 tarihli bir kararına konu olayda sanık, reşit ve eşinden boşanmış olan ablası ile maktulün evlilik dışı cinsel ilişki yaşadığını öğrenmiş ve maktulü ablasının evinde gördüğünde, ona karşı tüfekle iki el ateş etmiştir. Konya 1. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2015/236 K. 2015/222 sayılı ve 25.06.2015 tarihli direnme kararında sanığın, *“toplumdaki değer yargıları da dikkate alındığında evli olan maktulün, küçük bir kız çocuğunun da bulunduğu eve gelerek sanığın ablası ile ilişkiye girmesinin sanık üzerinde haksız tahrik meydana getirdiğini”*²³⁵ kabul etmiş ve sanığın cezasında indirim yapmıştır.

Öncelikle altını çizmek gerekir ki “toplumun değer yargıları”nın normlar hiyerarşisinde bir yeri bulunmamaktadır. Burada tekrar haksız tahrik kurumunun hukuki esasının objektif boyutunu hatırlatmakta fayda görülmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu bir devletin ceza kanununda bu kuruma yer verilmesinin nedeni, alelade bir nedenle veya herhangi bir nedenin yokluğu halinde öfkeye veya şiddetli üzüntüye kapılmış olan failin eylemini hoş görmek değildir. Kanun koyucunun, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlerken korumak istediği değer; mağdurun suçun oluşmasına haksız fiiliyle katkıda bulunduğu durumda, failin kusurluluğunun, böyle bir etkiye maruz kalmamış kişiye nazaran daha az olmasının meşru olmasıdır. Buna göre geleneklere, örf ve adete, toplumsal değer yargılarına veya ahlaka aykırılığın haksız tahrike temel

²³³ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 246.

²³⁴ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 227. Örnekler için ayrıca bkz. Belge, “Kadına Yönelik Şiddetin...”, s. 44-52.

²³⁵ YCGK E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

olamayacağını; bunun hukuk devleti ilkesi ile örtüşmeyeceğini kabul etmek gerekir. YCGK da söz konusu karara karşı,

“Sanık, maktulün küfür ederek üzerine yürüdüğünü iddia etmiş ise de, mağdur ... ile tanık...’nın olaydan hemen sonra alınan soruşturma evresindeki beyanlarında, maktulden kaynaklanan haksız bir hareketten bahsetmedikleri gibi maktulün sanıktan kaçarak ve saklanarak kurtulmaya çalıştığı yönündeki samimi anlatımları karşısında, salt maktulün ablası ile resmi nikah olmaksızın birlikte yaşamasından doğan kızgınlıkla hareket ettiği anlaşılan sanık hakkında haksız tahrik şartlarının oluştuğunun kabulü mümkün değildir.”²³⁶

şeklinde karar vermiş; yerel mahkemenin faili haksız tahrikten yararlandıran kararını, ablası ile mağdurun rızaya dayalı evlilik dışı cinsel ilişki yaşamasının, sanık açısından haksız bir fiil olmadığını kabul ederek bozmuştur.

Toplumsal değerlere aykırılık genel anlamıyla hukuka aykırılık olarak kabul edilememekle birlikte, bunun evlilik içerisinde bir istisnası olduğu düşünülebilir. Zira, TMK’nin 185/3. maddesi, evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü olduğunu düzenlemekte ve md. 161 de zinanın bir boşanma nedeni olduğunu öngörmektedir. Sadakat yükümlülüğünden anlaşılması gereken eşlerin birbirlerine karşı duydukları *“tam ve sınırsız bağlılığı”* ifade edip yalnızca cinsel anlamda sadakat ile sınırlı olmayarak *“duygusal, tinsel-düşünsel ve ekonomik sadakat”*i de kapsamaktadır²³⁷. Öğretide, burada taraflar bakımından gerçek anlamda bir yükümlülükten bahsedilemeyeceği, md. 185/3’ün ihlali halinde eşlerin herhangi bir tazminat yükümlülüğünün doğmadığı; bu durumun ancak zina boyutuna ulaşması halinde boşanma nedeni olarak ileri sürülebileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır²³⁸. Burada bahsedilen yükümlülüklerin yalnızca evli çiftler bakımından geçerli olduğu, dolayısıyla bu yükümlülüklerin ihlalinin ceza hukuku

²³⁶ YCGK E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²³⁷ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku – Cilt III – Aile Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul: Filiz, 2016, s. 157.

²³⁸ Kapancı, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille...**, s. 104; Rona Serozan, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir Mi?”, **İKÜHFD (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt II)**, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 452-453.

anlamında haksız fiil teşkil ettiği kabul edilecek olsa dahi, bunun evlilik bağı ile bağlı olmayan kişilerin ilişkileri bakımından herhangi bir sonuç doğurmayacağını açıkça belirtmek gerekir²³⁹.

Bir boşanma nedeni olarak zinanın varlığından söz edilebilmesi için ise, eşlerden birinin en az bir defa evlilik dışı cinsel ilişkide bulunmuş olması gerekir²⁴⁰. Cinsel ilişki derecesine ulaşmamış fiziksel veya başka türlü yakınlıklar bu anlamda zina teşkil etmeyecektir²⁴¹. Kuşkusuz ki eşlerden birine karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı eylemi, bu anlamda bir boşanma nedeni olarak kabul edilmeyecektir²⁴². Bu yorum, cinsel saldırı mağduru olan kadının, haksız bir fiili bulunmaması nedeniyle, ona karşı işlenen suçlarda haksız tahrik indirimine başvurulamayacağı görüşü ile de örtüşür niteliktedir. Bununla birlikte, eşlerden birinin rızaen üçüncü bir kişi ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda, TMK hükümlerine aykırılık söz konusu olduğundan; aldatılan kişi bakımından aldatan eşin bir haksız fiilinin olduğu ve aldatılanın haksız tahrik altında eşine karşı suç işleyebileceği düşünülebilir²⁴³. Zira, TMK'nin öngördüğü yükümlülöklere aykırılığın, genel anlamda hukuk ile çatışma koşulunu sağlamak konusunda yeterli olduğu kabul edilebilir.

Bunun yanı sıra, ahlaka aykırı bir fiilin haksız fiil sayılabileceği duruma örnek olarak TBK'nin 49/2. maddesi düşünülebilir. Öncelikle burada bahsi geçen kavram, haksız tahrike neden olan hukuka aykırı eylem değil; borçlar hukuku anlamında haksız fiili ifade eder. İlgili maddenin ilk fıkrasına göre, yalnızca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı halinde haksız fiilden söz edilebilir ve ancak böyle bir fiilden kaynaklanan zarar sebebiyle, haksız fiili gerçekleştiren kişinin sorumluluğundan bahsedilir. Bununla birlikte 2. fıkraya göre, zarar verici fiili

²³⁹ Reşit bir genç kadının babası, boşanmış bir kadının eski eşi tarafından, erkek arkadaşları ile cinsel ilişkiye girmeleri nedeniyle öldürölmeleri örneklerinde, cinsel ilişkinin hukuka aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...”, s. 246. Türk mevzuatında evlilik dışı cinsel ilişkiyi yasaklayan herhangi bir kural olmadığı, bu konuya ilişkin tek yükümlölüğün TMK'den doğan eşler arasındaki sadakat yükümlölüğü olduğu görüşü için bkz. Ayşe Nuhoğlu, “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi (Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan)**, Sayı: 1/2, 2004, s. 209.

²⁴⁰ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Türk Medenî Hukuku – Aile Hukuku – İkinci Cilt**, 19. Baskı, İstanbul: Beta, 2016, s. 245; Dural/Öğüz/Gümüş, **Türk Özel Hukuku...**, s. 104.

²⁴¹ Akıntürk/Ateş, **Türk Medenî Hukuku...**, s. 245.

²⁴² Dural/Öğüz/Gümüş, **Türk Özel Hukuku...**, s. 104.

²⁴³ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 59-60.

yasaklayan bir hukuk kuralı olmasa dahi, başkasına zarar verme kastı²⁴⁴ ile ahlaka aykırı bir fiil gerçekleştiren kişinin eylemi de, haksız fiil sorumluluğunun doğmasına sebebiyet vermektedir. Böyle bir durumda, kanun hükmünün doğrudan atfı ile ahlaka aykırı bir eylem, zarar verme kastı ile gerçekleştirildiği takdirde, bu eylemin haksız fiil olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Bu halde dahi atıf yapılan ahlak “*genel objektif ahlak*”tır; zira, manevi ve vicdani yapıya, yere ve zamana göre değişiklik gösterebilen, bireylerin sübjektif ahlak anlayışına aykırılık teşkil eden bir fiilin, hukuk güvenliği ilkesi gereği haksız fiil olarak kabul edilmesi söz konusu olmayacaktır²⁴⁵. Buna göre mağdurun TBK md. 49/2 anlamında haksız fiil olduğu kabul edilen bir eyleminin varlığı halinde de failin haksız tahrik altında suç işleyebileceği kabul edilmelidir. Örneğin, birine maddi veya manevi bir zarar verme kastıyla hareket eden ve bu nedenle onun evli olduğu kişi ile cinsel ilişki yaşayan üçüncü kişinin eyleminin, bu anlamda kendisine karşı işlenen suçlar bakımından, haksız fiil niteliği taşıdığı kabul edilebilir.

Burada haksız tahrike neden olan bir eylemin haksızlığından anlaşılması gerekenin, borçlar hukukunun haksız fiil tanımı ile sınırlı olmayıp geniş anlamda hukuk sistemi ile çatışma olduğunu hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Bununla ilgili, evlilik birliği içerisindeki eşlerden birinin üçüncü kişi ile rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması örneği ele alınabilir. Böyle bir durumda, aldatan eşin eylemi, sadakat yükümlülüğünün ihlali ve hatta zina teşkil etmesi sebebiyle bir boşanma nedeni olsa dahi borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil niteliğine sahip olmayabilir²⁴⁶. Bununla birlikte, eylemin medeni hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal ediyor olması sebebiyle, ceza hukuku anlamında haksız tahrike

²⁴⁴ Bu paragrafta yer alan kast ifadesi, borçlar hukuku anlamında kişinin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işlemesi anlamında kullanılmıştır. Buna göre kast, haksız fiilin unsurlarından biri olan kusurun bir çeşididir. (Fikret Eren, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Yetkin, 2014, s. 574-575; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt 2**, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul: Vedat, 2016, s. 67-68; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz, 1993, s. 493) TBK md. 74, hukuk mahkemesinde görülen tazminat davasında hakim, zarar veren kişinin kusurunu belirlerken; ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleri, ceza hakiminin bu konuyla ilgili değerlendirmesi ve verdiği beraat kararı ile bağlı olmadığını açıkça ifade etmektedir. Bu nedenle iki alandaki kast kavramını birbirinden ayırmada fayda görülmektedir.

²⁴⁵ Kapancı, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille...**, s. 14-15.

²⁴⁶ Serozan, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlüğüne...”, s. 453.

neden olabileceği düşünülebilir^{247,248}. Bu senaryodaki üçüncü kişiye karşı işlenen suçlar bakımından ise bu kişinin bir haksız fiili olup olmadığı yönündeki değerlendirme ayrıca yapılmalıdır. Zira, evli bir kişi ile birlikte olan üçüncü kişinin eylemi, kural olarak hukuka aykırı değildir²⁴⁹. Eşler arasındaki hak ve yükümlülükler, üçüncü kişi tarafından tek başına ihlal edilemeyeceği gibi; üçüncü kişinin eşlerden biri ile iştirak halinde olduğu senaryoda da örneğin üçüncü kişinin, diğer eşe karşı tazminat yükümlülüğü olup olmadığı öğretide tartışmalıdır²⁵⁰.

Son olarak ifade etmek gerekir ki sadakat yükümlülüğünün sonucu olarak evlilik birliği içerisindeki eşler, birbirlerine karşı nispi bir sadakat beklentisine sahip olabilirler; ancak bunun “*üçüncü kişilere karşı etkin olabilecek egemenlik haklarına özgü bir mutlak hak*” olduğunun kabul edilmemesi gerekir²⁵¹. 5237 sayılı TCK ile birlikte zinanın suç olmaktan çıkarılması da göz önüne alındığında, üçüncü kişiye karşı işlenen suçlar bakımından, failin haksız tahrik indiriminden yararlanması mümkün görünmemektedir. Zira, evli bir kişi ile cinsel ilişki kurmak “toplumsal değerlere” veya “ahlaka” aykırılık teşkil ediyor olabilir; ancak hukuk düzenince yasaklanmış bir davranış değildir²⁵². Bunun tek istisnasının, üçüncü kişinin eyleminin TBK md. 49/2 kapsamına girdiği, yani ahlaka aykırı eylemin faile zarar verme kastı ile gerçekleştirildiği durum olduğu düşünülebilir. Bu durumda üçüncü kişinin eylemi, borçlar hukuku nezdinde haksız fiil teşkil ettiği ölçüde, ceza hukuku anlamında da hukuk ile çelişir kabul edilebilecek ve haksız tahrike neden olabilecektir.

²⁴⁷ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 234-235; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1332; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 59-60.

²⁴⁸ Boşanma davası sürerken dahi eşlerin birbirine karşı sadakat yükümlülükleri olduğu ve bu yükümlülüklerin ihlalinin haksız tahrike neden olabileceği yönünde bkz. YCGK E. 2015/1-610 K. 2016/43 T. 09.02.2016; YCGK E. 2014/1-809 K. 2015/205 T. 09.06.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 15.07.2017).

²⁴⁹ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 59; Kapancı, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille...**, s. 104.

²⁵⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, **Türk Özel Hukuku...**, s. 156. Aldatılan eşin, aldatan eş ile birlikte olan üçüncü kişiden tazminat talebinin dayanağının TBK md. 49 olabileceği yönünde ve konunun kişilik hakkının ihlali meselesi ile ilişkisi için bkz. Bilgehan Çetiner, “Aldatılan Eş Manevî Tazminat Talep Edebilir Mi?”, **İKÜHFD (Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan Cilt I)**, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 517-527; Dural/Öğüz/Gümüş, **Türk Özel Hukuku...**, s. 156; Kapancı, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille...**, s. 103-109.

²⁵¹ Serozan, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne...”, s. 452.

²⁵² Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 60.

Aynı şekilde, sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eşe karşı işlenen suç bakımından, haksız tahrik indiriminden söz edilebilmesi için, bu suçun failinin diğer eş olması gerekir. Sadakat yükümlülüğünün ihlali, yalnızca aldatılan eş açısından hukuka aykırılık teşkil eder. Evlilik dışı ilişkinin, eşler dışında üçüncü kişiler – örneğin akrabalar, yakınlar – bakımından haksız fiil olduğu kabul edilemez²⁵³. Zira, kural olan kişinin cinsel özgürlüğüdür. Cinsel özgürlük, AY md. 17’de öngörülen “*kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” kapsamında değerlendirilir²⁵⁴ ve kanunen bunu sınırlandıran bir normun bulunmaması halinde, şüphesiz ki hakkını kullanan kişinin eylemi hukuka uygundur. Bu şekilde, dilediği kişi ile cinsel ilişki yaşayan kadın veya erkeğin, ihlal ettiği herhangi bir düzenleme yoktur. Aksine, bu özgürlüğü sınırlandırıcı eylemlerin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek gerekir. Cinsel ilişkiyi hukuka aykırı hale getiren bir normun yokluğu halinde, mağdurun haksız bir eylemi olduğundan söz edilemez²⁵⁵. Dolayısıyla üçüncü kişilerin, evlilik dışı cinsel ilişkide bulunan kişilere karşı işlediği suçların, haksız tahrik altında işlendiğini kabul etmek mümkün değildir.

c. Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Nedenlerin Varlığı

Kanunun sistematğine göre failin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler olarak adlandırılan kurumlar; öğretide hukuka uygunluk nedenleri, kusur yeteneğini etkileyen nedenler ve kusurluluğu etkileyen nedenler başlıklarıyla ele alınmıştır. Bu nedenlerin varlığının haksız tahrikin oluşumuna etkisi bakımından, ikili bir ayrıma gitmekte fayda bulunmaktadır. Fiilin haksızlık kriterinden anlaşılması gerekenin hukuka aykırılık, genel anlamıyla hukuk sistemi ile çatışma olduğunu kabul ettikten sonra; bu aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, fiilin hukuka uygun hale geldiğini, dolayısıyla haksız tahrike neden olamayacağını kabul etmek gerekir²⁵⁶. Bununla birlikte, kusurluluğu manevi unsurdan farklı bir husus olarak ele alan ve bunun, suçun oluşumuna etkisi olmayıp yalnızca failin tüm unsurları ile suç teşkil eden eyleminden ötürü kınanabilirliği

²⁵³ Artuk/Gökce/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 512-513; Nuhoglu, “Namus İçin Adam Öldürme...”, s. 210.

²⁵⁴ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 100.

²⁵⁵ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 246.

²⁵⁶ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 38. Hakkın kullanılması ve yetki ya da görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenleri için ayrıca bkz. Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 127-130.

olduğunu kabul eden normatif teoriye göre; kusur yeteneğini ya da kusurluluğu etkileyen nedenlerin, suçun oluşumuna, dolayısıyla eylemin hukuka aykırılığına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır²⁵⁷. Sonuç olarak, kusur yeteneğini ya da kusurluluğu etkileyen bir nedenin varlığı halinde eylem haksızlık niteliğini taşımaya devam etmekte ve bu durum failin haksız tahrik indiriminden yararlanmasına engel olmamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin, haksız tahrike neden olan fiilin haksızlığına etkisi ile ilgili başlamak gerekirse: öncelikle bu nedenlerin varlığı halinde; mağdurun yalnızca – varsa – ceza sorumluluğunun ortadan kalkmasından değil, eyleminin başlı başına hukuka aykırılığının ortadan kalkmasından söz edilmektedir²⁵⁸. Böyle bir nedenin varlığı halinde, eylemin hukuk düzeni ile çelişki içinde olduğu ileri sürülememektedir. Bu durumda eylem, gerçekleştiği andan itibaren hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkmış sayılmaktadır²⁵⁹. Yani, mağdurun eylemi, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde gerçekleştiriliyorsa; bu eylemin hukuka uygun olduğunu ve dolayısıyla haksız tahrike yol açamayacağını kabul etmek gerekir.

Örneğin, kendisine karşı yaralama suçu işlenen veya cinsel saldırıda bulunulan kadının, faile karşı kasten yaralama niteliği taşıyan bir eylem gerçekleştirmesi ve bunun sonucunda, failin mağdur kadını öldürmesi senaryosunda; failin haksız tahrik altında hareket ettiğinden söz edilemeyeceği düşünülmelidir. Böyle bir durumda, kadının eylemi TCK md. 25/1'deki koşulları sağladığı ölçüde, öncelikle meşru savunma kapsamında kalmaktadır. Meşru savunmanın hukuki temelini, kişinin kendisini koruma iç güdüsü olduğu dikkate alındığında ve bunun hukuk kuralları ile yasaklanmasının mümkün olmayacağından bahisle, eylemin hukuka uygun olduğunun tespit edilmesi gerekir. Böyle bir durumda mağdurun eylemi haksız olmadığından, başka bir inceleme yapma gereği olmaksızın, eylemin haksız tahrike neden olamayacağı kabul edilmelidir²⁶⁰.

²⁵⁷ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 299-300.

²⁵⁸ Demirbaş, **Ceza Hukuku...**, s. 268.

²⁵⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 383; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 298-299; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 18.

²⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 393-394; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 306; Demirbaş, **Ceza Hukuku...**, s. 284-285; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 104-105. Ayrıca bkz. III-A-1.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde de haksız tahrik indirimi gündeme gelemeyecektir. Bir hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması durumunda, başkalarının öfke veya şiddetli üzüntüye kapılması neticesi gerçekleşmiş olsa dahi; hukuk düzeninin, hakkını kullanan kişinin yararını üstün tuttuğu kabul edilmektedir²⁶¹. Buna göre hukuk sistemi belli bir şekilde davranışa izin veriyorsa, sistemin bu davranışı aynı zamanda yasaklıyor olamayacağı açıktır²⁶². Bunun sonucu olarak da hakkını kullanan kişinin eyleminin haksız olarak kabul edilmesi söz konusu değildir²⁶³.

Bununla ilgili olarak öğretide bazı durumların hakkın kullanılması kapsamında kalması sebebiyle haksız tahrike neden olamayacağı ifade edilmiştir. Örneğin, boşanma davası açma hakkı, TMK'nin eşlere tanıdığı bir haktır. Dolayısıyla, tek hareketi bu hakkını kullanmak istediğini beyan etmek ve evden ayrılmak olan bir kadının eyleminin hukuka aykırılığını ileri sürerek, bu eylemi fail bakımından haksız kabul etmek, hukuka aykırı olacaktır²⁶⁴. Aynı şekilde, reşit bir kadının dilediği kişi ile rızası çerçevesinde cinsel ilişkiye girmesi, hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygundur; bu eylem sonucunda aile üyelerinin, sevgilisinin, eşinin vs. işlemiş olduğu suçlar bakımından, bu kişiler öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olsalar dahi haksız tahrik indiriminden yararlanılması mümkün değildir²⁶⁵. Kanaatimizce bu hallerin geniş anlamda kişilerin haklarını kullandıkları, dolayısıyla hukuka uygun durum örnekleri olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması halinde, ilgili nedenin yokluğu, fiilin suç teşkil etmesine sebep olmaktadır. Bahsedilen örnekler bakımından suç teşkil edebilecek nitelikte bir fiilin varlığından söz edilemez.

Kusur yeteneğini etkileyen nedenlerin fiilin haksızlığına etkisi olup olmaması; buna bağlı olarak da örneğin akıl hastası veya küçük olan mağdurun, fiilinin, haksız

²⁶¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 334; Demirbaş, **Ceza Hukuku...**, s. 309.

²⁶² Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 334; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 29.

²⁶³ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 75.

²⁶⁴ Yargıtay 1. CD E. 2008/7859 K. 2008/6293 T. 25.07.2008, Aktaran: Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 520.

²⁶⁵ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 76.

fiil olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi, öğretide tartışmalıdır²⁶⁶. Bu nedenlerin, fiilin suç niteliği taşımasına etkisi olmaması, kusurluluğu normatif teori ile açıklayan görüşün temel dayanaklarından biridir²⁶⁷. Klasik teoriye göre ise kusurluluk, suçun manevi unsuru ile aynı anlama gelir ve kusur yeteneği de bunun ön şartı olarak kabul edilir²⁶⁸. Buna göre, bir akıl hastası veya küçüğün suç teşkil eden bir davranışta bulunması halinde, kusur yeteneğinin yokluğu nedeniyle eylemin kasten veya taksirle gerçekleştirilemeyeceği ve dolayısıyla unsur eksikliğinden ötürü suç oluşturmayaacağı ifade edilir. Oysa, kusur yeteneğini haiz olmayan kişilerin de eylemlerini kasten veya taksirle gerçekleştirme imkanı bulunmaktadır²⁶⁹. Kanun koyucu yalnızca, kusur yeteneği olmayan veya azalmış olan kişilerin gerçekleştirdikleri fiillerden ötürü, kınanabilirliklerine bağlı olarak, cezalandırılmamaları veya daha az cezalandırılmalarından yana irade göstermiştir²⁷⁰. Bu nedenle, kusur yeteneği olmayan veya azalmış olan mağdurun eyleminin de haksız tahrike neden olabilecek haksız bir fiil olduğunu kabul etmek gerekir²⁷¹.

Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı durumunda da kusur yeteneğindeki açıklamalar geçerliliğini sürdürmektedir. Örneğin, cebir veya tehdit altında gerçekleştirilen bir eyleme ilişkin kanun koyucunun düzenlemesi, yalnızca bu şekilde suç işleyen bir kişinin cezalandırılmayacağına yöneliktir. Oysa eylem, hukuka aykırılığını sürdürmektedir. Dolayısıyla, mağdurun cebir veya tehdit altında gerçekleştirdiği eylemin, fail açısından haksız tahrike neden olabileceği kabul edilmelidir. Buna ek olarak, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin mevcut olması halinde, mağdurun eyleminin haksızlığından söz edilemeyecekken; bu nedenlerde sınırın aşılması durumunda, eylem hukuka uygunluk sınırı içerisinde kalmadığından,

²⁶⁶ Failin, haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi için, fiilin işlendiği sırada mağdurun kusur yeteneği olmadığını bilip bilmemesine göre değerlendirilmesi gerektiği görüşü hakkında detaylı açıklama için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, **CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLER**, s. 521-522.

²⁶⁷ Bkz. I-B-2-a.

²⁶⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 350-352.

²⁶⁹ Güreli, "Ceza Hukukunda Mazeret...", s. 335; Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 403; Zafer, "Türk Ceza Hukukunda Kusur...", s. 178-179.

²⁷⁰ Zafer, "Türk Ceza Hukukunda Kusur...", s. 179.

²⁷¹ Açıkgöz, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 86-87; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 522; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 80-81; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 355; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 42; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 348. Kusur yeteneği olmayan mağdurların fiillerinin tahrike neden olabilecek haksız fiil sayılmaması gerektiği, failin yalnızca mağdurun kusur yeteneği olmadığını bilmemesi durumunda hata hükümleri gereğince haksız tahrik indiriminden yararlanabileceği yönünde bkz. Başar, "Türk Ceza Hukukunda...", (I), s. 260; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 142-144; Erem, "Haksız Tahrik", s. 641.

haksız tahrikin söz konusu olabileceği kabul edilmelidir²⁷². Zira, TCK md. 27'ye göre, sınırın aşılması halinde, failin yalnızca eyleminin kınanabilirliği azalmakta veya ortadan kalkmaktadır. Buna göre failin cezası azaltılır veya kaldırılır; ancak eylem hukuka aykırılığını sürdürür.

Son olarak, şahsi nedenlerden ötürü ceza sorumluluğu olmayan kişilerin eylemleri de bu nedenlerin suçun oluşumuna herhangi bir etkisi olmaması sebebiyle failin haksızlık niteliğini ortadan kaldırmayacaktır²⁷³. Örneğin, basit taksirle çocuğunun ölümüne sebebiyet veren babanın eylemi bu kapsamda ele alınabilir. TCK md. 22/6 uyarınca, kişinin taksirli hareketi sonucunda meydana gelen netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına neden olursa, kişiye ceza verilmemektedir. Örnek olayda babanın taksirle çocuğunun ölümüne sebebiyet vermesi eyleminde, md. 22/6 dikkate alındığında, baba bakımından cezalandırılmayı önleyen kişisel bir neden mevcuttur. Bu nedenin varlığı, suçun unsurlarına herhangi bir etkide bulunmaz; dolayısıyla babanın eylemi suç teşkil eder²⁷⁴. Eylem hukuka aykırı niteliğini sürdürdüğünden, örneğin annenin bu eylem nedeniyle öfke veya şiddetli üzüntüye kapılıp babaya karşı tepki suçu işlemesi halinde, haksız tahrik indiriminden yararlanması gerektiği kabul edilebilir²⁷⁵.

3. Varsayılan Tahrik

Failin haksız tahrik altında suç işleyebilmesi, mağdurun objektif anlamda tahrik edici ve haksız bir eyleminin mevcut olmasına bağlıdır²⁷⁶. Mağdurun böyle bir fiili bulunmamakla birlikte; failin, fiilin var olduğunu düşünerek öfke veya şiddetli üzüntüye kapılması ve bu duygu yoğunluğunun etkisi altındayken suç işlemesi halinde, varsayılan (*mefruz*) tahrik kavramı gündeme gelmektedir. 765 sayılı TCK döneminde daha kolay ileri sürülebilecek bir görüşe göre, varsayılan tahrik halinde, gerçekte failin öfke veya şiddetli eleme kapılmasına sebep olacak herhangi bir fiil

²⁷² Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 187; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 76; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 38.

²⁷³ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 81

²⁷⁴ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 414.

²⁷⁵ Bu yönde bkz. Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 81; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 43; Öztürk/Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku...**, s. 324.

²⁷⁶ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 113.

mevcut değildir. Failin bu duygulara kapılmış olması ile arasında nedensellik bağı bulunan herhangi bir eylemin varlığından söz edilemediğinden, koşul eksikliği nedeniyle, failin haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı kabul edilmektedir²⁷⁷. Zira, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hata, 5237 sayılı Kanun ile Ceza Kanununa girmiş bir kavramdır²⁷⁸.

Bununla birlikte ikinci bir görüş ise, haksız tahrikin hukuki esasına ilişkin psikolojik unsura dikkat çekerek, haksız tahrik kurumu bakımından önemli olanın, failin hiddet veya şiddetli elem altında hareket etmiş olması olduğunu ifade eder. Buna göre, failin, mağdurun fiili konusunda hataya düşmüş olması sonucunda, haksız tahrik indiriminden yararlanamaması adaletsiz bir sonuç olur²⁷⁹. *Dönmezer/Erman* da haksız tahrikin hukuki esasının psikolojik unsura dayalı olduğunu ve bu unsurun varsayılan tahrik halinde de mevcut olduğunu kabul eder²⁸⁰. Yargıtay'ın da 2005 öncesinde, varsayılan tahrik halinde, kişinin haksız tahrik indiriminden yararlanması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır²⁸¹.

5237 sayılı TCK ile birlikte, haksız tahrikin TCK sistematğinde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” arasında düzenlendiği göz önüne alındığında, haksız tahrikin koşullarının gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen failin, md. 30/3 hükmünden yararlanabileceği düşünülmelidir²⁸². Buna göre failin hatası somut olayın özelliklerine göre kaçınılmaz bir hata ise, fail bu hatasından yararlanacak ve haksız tahrik altında hareket etmiş kabul edilecektir²⁸³.

²⁷⁷ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 180; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 91; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 358; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 1113-1114.

²⁷⁸ 765 sayılı TCK döneminde varsayılan tahrik halinde sanığın tahrik indiriminden yararlanmasının dayanağının, 765 sayılı Kanunun 52. maddesindeki genel hata düzenlemesi olduğu yönünde bkz. Yargıtay 3. CD E. 2015/4295 K. 2015/21622 T. 22.06.2015 (Muhalefet Şerhi) (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²⁷⁹ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 92; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 358; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 115.

²⁸⁰ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 359.

²⁸¹ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 230-231; Yargıtay 4. CD E. 1997/2473 K. 1997/3592 T. 07.05.1997; Yargıtay 4. CD E. 1996/1885 K. 1996/3547 T. 17.04.1996 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²⁸² Yargıtay 1. CD E. 2016/2128 K. 2016/1754 T. 05.04.2016; Yargıtay 3. CD E. 2010/8176 K. 2012/34575 T. 16.10.2012; Yargıtay 4. CD E. 2011/2234 K. 2012/19945 T. 08.10.2012 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²⁸³ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 180; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 440; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka

Failin hatasının kaçınılmaz olup olmadığının tespiti, daha dikkatli ve özenli olduğu bir senaryoda, hataya düşmekten kurtulma ve haksız tahrik koşullarının oluşmadığını bilme olasılığının bulunup bulunmamasına göre yapılır²⁸⁴. Failin bu hataya kendi dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucunda düşmüş olması durumunda, hatanın kaçınılabilir olduğu kabul edilir ve fail bu hatasından yararlanamaz²⁸⁵. Bu takdirde failin içinde bulunduğu durumun TCK md. 61 kapsamında dikkate alınabileceği kabul edilmektedir²⁸⁶.

Bu açıklamalar, mağdurun tahrik edici ve haksız herhangi bir eyleminin mevcut olmaması durumuna yöneliktir²⁸⁷. Zira, fiilin tahrik edici niteliği olmamakla birlikte, tahrik edici niteliği olduğu konusunda veya hukuka uygun olmakla birlikte haksız olduğu konusunda, failin hataya düşmesi, düşük bir ihtimaldir. Öncelikle failin, fiilin tahrik edici niteliği olduğunu bilmediği senaryoda, sübjektif olarak kendisinde öfke veya şiddetli üzüntünün meydana geldiğini kabul etmek güçtür. Haksızlık konusunda ise, fiilin objektif olarak ilgili özelliklere sahip olması, failde öfke veya şiddetli üzüntüye kapılma neticesi meydana geldiği sürece, yeterli olmalıdır. Kanaatimizce, failin, mağdurdan kaynaklanan fiilin hukuka uygunluğu konusunda ek bir değerlendirme yapması ve fiilin hukuka aykırı olduğunu bilerek mağdura karşı suç işlemesi, bir kriter olmamalıdır.

Fail haksız tahrik altında hareket ederken şüphesiz ki mağdurdan kaynaklanan bir fiilin var olduğunu bilmelidir²⁸⁸. Aksi halde, onun tahrikin sübjektif koşulunu sağladığı düşünülemez. Bununla birlikte kanaatimizce, fiilin haksız veya tahrik edici olduğunu bilmesi bir unsur olarak aranmamalıdır. Zira bu yorum, failin kastının kapsamını fazlaca genişletmekte, buna bağlı olarak da haksız tahrikin uygulama

Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 110, Ocak-Şubat 2014; s. 163; Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 430.

²⁸⁴ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 433; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1342; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 53; Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Hukukunda Hata (m.30)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008, s. 97. Ayrıca örnek olarak bkz. YCGK E. 2013/1-664 K. 2013/622 T. 24.12.2013; YCGK E. 2011/1-52 K. 2011/180 T. 20.09.2011 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

²⁸⁵ Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur...”, s. 407-408.

²⁸⁶ Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 277; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 52.

²⁸⁷ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 180; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 113.

²⁸⁸ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 52.

alanını daraltmaktadır. Ayrıca böyle bir yorumun, haksız tahrik kurumunun *ratio legis*'i ile örtüşür nitelikte olup olmadığı da tartışılabilir. Haksız tahrik altında hareket eden fail, objektif olarak bu özelliklere sahip bir fiil, kendisinde subjektif anlamda öfke veya şiddetli bir üzüntüye neden olduğu ve buna bağlı olarak kusurluluğu azaldığı için ceza indiriminden yararlanmaktadır²⁸⁹. Dolayısıyla fail, fiilin özelliklerini bilmiyor olsa dahi bu özellikleri haiz bir fiilden ötürü buhrana kapılıyorsa, onun tahrik altında hareket ettiği kabul edilebilir.

Varsayılan tahrik kavramı, aldatıldığını düşünen erkeğin kadına karşı işlediği suçlar bakımından gündeme gelebilmektedir. Buna göre, kadının herhangi bir eyleminin bulunmadığı ve erkeğin aldatılma şüphesi ile öfkeye kapıldığı bir senaryoda; fail, kadının tahrik edici ve haksız bir fiili olduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüyse, bu hatasından yararlanacağı ve sonuç olarak lehine haksız tahrik indirimine başvurulacağı kabul edilmelidir. Burada kritik öneme sahip olan husus, erkeğin bu hatasının kaçınılmaz olup olmadığı konusunda yapılacak olan, toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetken bir değerlendirmedir.

B. Failde Meydana Gelen Hiddet Veya Şiddetli Elem

Haksız tahrikin koşulları arasında üçlü bir grupta yapılarak; mağdurun fiiline ilişkin özellikler, failin bu fiil sebebiyle hiddet veya şiddetli eleme kapılması ve bu duyguların etkisinin altında kalarak tepki suçu işlemesi birbirinden ayrılmak istenmiştir. Birinci bölümde ele alınan özellikler, failin iradesine bağlı olmayan, fiilin objektif niteliklerinden ibarettir. Bu bölümde incelenecek olan koşul ise, mağdurun tahrik edici ve haksız niteliği olan fiilinin, failde subjektif olarak hiddet veya şiddetli elem duygularına neden olmasıdır²⁹⁰. Buna ilişkin öncelikle failde söz konusu duyguların oluşması, ikinci olarak da mağdurun eylemi ile failde oluşan bu duygular arasındaki nedensellik bağı ele alınacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise failin tepki suçuyla ilişkin özellikler değerlendirilecektir.

²⁸⁹ Bkz. I-A-2-c.

²⁹⁰ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236.

1. Failde Hiddet Veya Şiddetli Elem Duygularının Bulunması

TCK md. 29'daki ifadeye göre, failin haksız tahrik altında suç işlediğinin kabul edilebilmesi için, tahrik edici haksız fiilin failde “hiddet veya şiddetli elem”e neden olması gerekir. Madde gerekçesinde 765 sayılı Kanundaki ifadelerle yer verilmiş olmakla birlikte; “gazap” sözcüğünün “hiddetlenmeyi” ifade ettiği dile getirilmiştir. “Şedit bir elem” ifadesi için de “*psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hali ise de, burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir*” denilmiştir²⁹¹. Kanun metninde her iki ruh haline de yer vermek yerine, yalnızca “hiddet” ifadesinin kullanılmasının yeterli olacağı; hiddetin, şiddetli elemin de kapsayıcı nitelikte olduğu ileri sürülmüştür²⁹². Bununla birlikte, gerekçede de ifade edildiği üzere, kanun koyucu uygulamada tereddüt yaratmamak adına her iki duygu durumunu da seçimlik olarak haksız tahrikin koşullarından biri olacak şekilde düzenlemiştir²⁹³. Buna göre, öfke veya şiddetli üzüntü dışında kalan “*kompleksler, kıskançlıklar, failin kişilik bozuklukları, intikam duyguları, stresli olması vs.*” gibi duygular, haksız tahrike neden olabilecek nitelikte değildir²⁹⁴.

Hiddet kavramı öfke, kızgınlık²⁹⁵; elem kavramı ise acı, üzüntü, ıstırap, dert, keder anlamlarını ifade eder²⁹⁶. Öfkenin insanı harekete geçiren bir ruh hali olduğu kabul edilmekle birlikte; üzüntünün kişiyi bitkinlik, iktidarsızlık ve hareketsizliğe sevk ettiği ve dolayısıyla tahrik altında suç işlemeye itemeyeceği düşünülebilir²⁹⁷. Kanunda elem sonucu işlenen suçun haksız tahrik altında işlendiğinin kabul edilebilmesi için, elemin şiddetli olması aranmıştır. Buna göre, alelade bir üzüntü

²⁹¹ Madde gerekçesi.

²⁹² Şiddetli elem ifadesinin kanunda yer almasının gerekli olup olmadığı konusunda detaylı açıklama için bkz. Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 147-149.

²⁹³ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 440.

²⁹⁴ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 150.

²⁹⁵ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 22.05.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dilderneği.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 22.05.2017).

²⁹⁶ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 22.05.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dilderneği.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 22.05.2017).

²⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 522; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 208-209; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbiki... (II)**, s. 356. Elemin de faili tahrik edecek nitelikte bir heyecan türü olduğu yönünde bkz. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 45-46.

halinin failin kusurluluğunu azaltmayacağı kabul edilmelidir²⁹⁸. Netice itibariyle her iki heyecan türünün de buhran yaratmak suretiyle kişiyi suç işlemeye itecek nitelikte olması gerekir²⁹⁹. Anglosakson hukukunda ise buhran haline neden olacak belli duygu halleri sınırlı olarak sayılmayıp failin kontrol kaybına uğramış olması aranmaktadır. Bu kontrol kaybindan anlaşılması gereken, psikolojik olarak ani ve yoğun bir saldırıda bulunacak aşamaya gelmek değildir³⁰⁰. Tahrik edici eylem, failde misillemede bulunma arzusu uyandırmalıdır³⁰¹.

Haksız tahrikin bu koşulu, kurumun hukuki esasının sübjektif boyutu ile doğrudan ilişkilidir. Buna göre haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir neden olarak kabul edildiği dikkate alındığında, failin haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi için, şüphesiz ki bu duygulara kapılmış ve bunların etkisi altında hareket ediyor olması gerekir³⁰². Objektif olarak haksız ve tahrik edici bir eylemin failde öfke veya şiddetli üzüntü meydana getirdiği karine olarak kabul edilmemeli; hakim, somut olayda failde sübjektif anlamda bu neticenin meydana geldiğini ayrıca tespit etmelidir³⁰³. Mağdurun bu nitelikleri taşıyan bir fiilinin mevcut olduğu ve fakat failin öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmadığı bir durumda, fail suç işlediği takdirde, bu suçun haksız tahrik altında gerçekleştiği kabul edilmeyecektir³⁰⁴. Zira, öfke veya şiddetli üzüntünün yokluğu halinde, failde bir buhran hali oluşmayacak, failin irade özgürlüğü etkilenmeyecektir³⁰⁵. Bu nedenle de kusurluluğunun azaldığından ve cezasının indirilmesi gereğinden söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda suç işleyen fail, herhangi bir etki altında olmayan, özgür iradesi ile suç işleme kararı alan bir kişi konumundadır. Özgür iradesi ile suç teşkil eden davranışta bulunmayı tercih eden kişinin ise kusurluluğunun azaldığından söz edilemez.

²⁹⁸ Erem, “Adalet Psikolojisi...”, s. 63.

²⁹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 523.

³⁰⁰ Jeremy Horder, **Provocation and Responsibility**, Oxford: Clarendon Press, 1992, s. 101.

³⁰¹ Horder, **Provocation and Responsibility**, s. 101.

³⁰² Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 238; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 45; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 349.

³⁰³ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 150; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1334; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 350; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 443.

³⁰⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 523; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 84; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 46.

³⁰⁵ Kişinin bu psikolojik durumun etkisi altında hareket edip etmediğinin tıbbi anlamda tespitine ilişkin bkz. Kriton Dinçmen, “Tahrik Kavramının Adli Psikiyatri Yönünden İrdelenmesi”, **Adli Tıp Dergisi**, Sayı: 1, 1985, s. 92-93.

Mağdurun tahrik edici haksız eylemi sonucunda failde bir öfke veya şiddetli elem uyanmıyorsa ya da uyanmakla birlikte fail, bu duyguların etkisi sona erdikten sonra suç teşkil eden davranışı gerçekleştiriyorsa; burada failin kin veya intikam duygusu ile hareket ettiği düşünülebilir³⁰⁶. İntikam güdüsü haksız tahrik ile örtüşür nitelikte değildir³⁰⁷³⁰⁸. Anglosakson hukukunda da buna paralel olarak intikam arzusunun varlığı halinde failin kontrolünü kaybettiği ileri sürülemeyeceğinden, tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir³⁰⁹.

Haksız tahrik üzerine gerçekleştirilen suç, iştirak halinde işlenmiş olabilir. Bu durumda haksız tahrik indirimi, yalnızca mağdurun eyleminden ötürü öfke veya şiddetli üzüntüye kapılan fail hakkında uygulanacaktır³¹⁰. Kendisinde böyle bir duygu meydana gelmeyen şerikin, haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilemeyecektir³¹¹. Zira, haksız tahrik kusurluluğu azaltan kişisel bir nedendir ve yalnızca koşullarının gerçekleştiği kişi bakımından cezayı indirici bir etki göstermektedir³¹².

2. Mağdurun Fiili İle Hiddet Veya Şiddetli Elem Arasındaki Nedensellik Bağı

Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için iki dereceli bir nedensellik ilişkisi aranır. Öncelikle failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü hali, mağdurun tahrik edici ve haksız eyleminden kaynaklanmalıdır. İkinci olarak ise failin, mağdura karşı suç teşkil eden davranışını gerçekleştirmesinin sebebi, ilk nedensellik ilişkisini haiz duygu durumu olmalıdır³¹³.

³⁰⁶ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 399.

³⁰⁷ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 57.

³⁰⁸ Faili harekete geçiren duygu, nefret, intikam alma, hayal kırıklığı vs. olduğunda da tahrikin mümkün olduğu ve fakat böyle bir durumda öfke duygusunun diğer nedenlere göre ön plana çıkması gerektiği yönünde bkz. Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1335.

³⁰⁹ İngiltere ve Galler için bkz. *Coroners and Justice Act 2009* md. 54/4; Elliott/Quinn, **Criminal Law**, s. 83.

³¹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 443; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 47.

³¹¹ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1334.

³¹² Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 249.

³¹³ Bkz. II-C-1.

Mağdurun tahrik edici ve haksız hareketi ile failin sübjektif durumu arasındaki nedensellik bağı kriteri; failin duygu durumunun yalnızca mağdurun fiilinden kaynaklanabileceğine, başka bir sebepten ötürü meydana gelemeyeceğine işaret eder³¹⁴. Somut olayda, mağdurun objektif anlamda tahrik edici niteliği haiz olan haksız bir fiili yoksa, failin “kolay heyecanlanabilirliği, saldırganlığı veya alınganlığı” nedeniyle suç işlemiş olduğu düşünülebilir³¹⁵. Fail, kendi duygusal (alıngan, agresif vs.) yapısı nedeniyle bu duygulara kapıldıysa, ilk nedensellik ilişkisi mevcut olmadığından, failin haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilemez³¹⁶. Böyle bir durumda ikinci nedensellik ilişkisinin varlığının araştırılması gerekmez. Aksi bir yorum, failin karakter yapısından kaynaklanan bir öfkeyi açığa vurmasına ceza hukuku anlamında değer tanımak ve ceza indirimini sonucu göz önüne alındığında, “suça hoşgörü ile bakmak” anlamına gelir³¹⁷. Zira böyle bir durumda mağdurun, failin tepki suçu işlemesini meşrulaştırır bir fiili bulunmamaktadır. Aynı şekilde, fail bu duygulara üçüncü bir kişinin ilgili özellikleri haiz bir fiili nedeniyle kapılırsa da mağdura karşı gerçekleştirdiği tepki suçunun haksız tahrik altında işlendiği kabul edilemeyecektir. Bu durumda da failin yalnızca üçüncü kişiye karşı işlediği suç bakımından kusurluluğunun azaldığından söz edilebilecektir³¹⁸.

Somut olayda hangi eylemin ne derecede öfke veya şiddetli üzüntüye neden olacağı, failin kişisel özelliklerine göre değişiklik gösterebilecek bir konudur. Bu anlamda farklı kişilik yapıları, kültürel değerler vs., failerin maruz kaldıkları tahrik edici ve haksız eylem karşısında verdikleri tepkilerin farklılaşmasına neden olmaktadır³¹⁹. Öğretide bu konuda hakimnin faile ilişkin özel bilgiyi dikkate alması ve somut olayda fail bakımından tahrikin gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, hakimnin bu değerlendirmeyi yaparken makul bir insanın, böyle bir fiil karşısında göstereceği tepkiyi de ölçü olarak göz

³¹⁴ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 149-150; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 350.

³¹⁵ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 86.

³¹⁶ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 357; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 45-47.

³¹⁷ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 238.

³¹⁸ Bu konu, tepki suçunun tahriki gerçekleştiren kişiye yönelik olması gereği bahsinde II-C-2 bölümünde ele alınacaktır.

³¹⁹ Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 281.

önünde bulundurması gereğinden söz edilmektedir³²⁰. Örneğin *Dönmezer/Erman*, “normal” olarak failde öfke veya şiddetli üzüntü meydana getirmeye elverişli olmayan bir fiilin, kişisel özellikleri sebebiyle failde bu duygulara sebebiyet vermesi halinde haksız tahrikten söz edilemeyeceğini, nedensellik bağı bahsinde ifade eder³²¹. Buna göre, kanunun haksız tahrike neden olabileceğini kabul ettiği eylem, “normal” bir kişiyi öfke veya şiddetli üzüntüye sevk edecek niteliğe sahip olan eylemdir. Kanaatimizce bu, nedensellik unsuru içerisinde değil; mağdurun tahrik edici fiili bahsinde değerlendirilmesi gereken bir husustur³²². Zira, “*normal bir kişiyi öfke veya şiddetli üzüntüye sevk edebilecek nitelikte olma*”; mağdurun fiili ile ilgili, failin sübjektif durumundan bağımsız, objektif bir özelliktir³²³. Bunun üzerine hakimın yapacağı sübjektif değerlendirme ise, failin somut olayda objektif olarak tahrik edici olan fiilden ötürü, öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olup olmadığı ile ilgili bir değerlendirmedir³²⁴. Fiil ile failin psikolojik durumu arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için, öncelikle mağdurun objektif anlamda belli özellikleri haiz bir fiilin varlığı gerekir. Böyle bir fiil mevcut olmadığı takdirde, fiil ile failin ruh durumu arasında herhangi bir ilişki kurulabileceğinden söz edilemez.

Objektif olarak tahrik edici niteliği olan, yani makul bir insanda öfke veya şiddetli üzüntü duygularının meydana gelmesine neden olabilecek bir davranıştan ötürü, failin gerçekten de somut olayda bu duygulara kapılması halinde, ilk nedensellik ilişkisi kurulmuş demektir³²⁵. Mağdurun fiili bu anlamda tahrik edici olmamakla birlikte, fail kişisel psikolojik özellikleri nedeniyle söz konusu duygulara kapıldıysa; failde öfke veya şiddetli üzüntü meydana gelmiş ve fakat nedensellik ilişkisi kurulamamış olur³²⁶. Kanun koyucu, mağdurun haksız ve tahrik edici eyleminden kaynaklanan öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işleyen failin ceza sorumluluğunun azaldığını kabul etmiştir. Oysa psikolojik özellikleri nedeniyle

³²⁰ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 84; Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 281; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 46; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 400.

³²¹ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 357.

³²² Bkz. II-A-1.

³²³ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 350.

³²⁴ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1334.

³²⁵ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 350.

³²⁶ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 216; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 358; Eker Kazancı, s. 1314.

suç işleyen bir kişinin, iradesinin zayıflamış olmasını meşrulaştıran bir neden mevcut değildir³²⁷.

Benzer şekilde failin, kişisel yapısından kaynaklanmamakla birlikte, üçüncü bir kişinin objektif anlamda tahrik edici ve haksız olan bir eylemi nedeniyle, öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olması halinde de gerekli nedensellik ilişkisi kurulmamış demektir. Failin mağdura karşı işlediği suçun haksız tahrik altında işlendiğinin kabul edilebilmesi için, failin duygu durumunun mağdurun eyleminden kaynaklanması gerekir. Üçüncü bir kişinin eyleminden kaynaklanan öfke veya şiddetli üzüntü halinde, diğer koşullar sağlandığı müddetçe, üçüncü kişiye karşı işlenen suçun haksız tahrik altında işlendiği kabul edilebilir. Ancak böyle bir durumda, mağdura karşı işlenen suçtan ötürü failin cezasının indirilmesi söz konusu olmamaktadır³²⁸.

Tekrarlamak gerekirse, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem koşulu iki kriterin gerçekleşmesine bağlıdır. Öncelikle failde söz konusu duyguların meydana gelmiş olması gerekir. Failde bu duygular oluşmadığı müddetçe, failin iradesinin zayıflamamış olduğu ve suç teşkil eden davranışı soğukkanlı bir şekilde gerçekleştirdiği kabul edilir. Failin iradesi zayıflamadıysa, kusurluluğunun azalmış olmasından da söz edilemez. Dolayısıyla, öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmamış olan failin, haksız tahrik indiriminden yararlanması mümkün olmayacaktır. İkinci olarak ise, kendisinde öfke veya şiddetli üzüntü meydana gelmiş olan failin duygularının nedeni, mağdurun eylemi olmalıdır. Mağdurun objektif olarak tahrik edici ve haksız olan fiilinden kaynaklanmayan bir buhrandan ötürü, mağdura karşı işlediği suç bakımından, failin ceza sorumluluğunun azalması söz konusu değildir. Buna göre, faildeki buhrana neden olan herhangi bir fiilin yokluğu halinde veya üçüncü bir kişinin tahrik eyleminin varlığı nedeniyle, öfke veya şiddetli üzüntüye kapılan failin, mağdura karşı haksız tahrik altında suç işlediği kabul edilemeyecektir.

³²⁷ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 358.

³²⁸ Ayrıca bkz. II-C-2.

C. Tepki Suçu

Bu aşamaya kadar haksız tahrikin objektif ve sübjektif unsurları olarak nitelendirilebilecek, mağdurun tahrik edici haksız fiili ve failde öfke veya şiddetli üzüntü halinin oluşması koşullarından söz edilmiştir. Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, son olarak, bir tepki suçunun varlığı gerekir. Tepki suçu bahsinde öncelikle, failin işlediği suçu, öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altındayken gerçekleştirmesi gereğinden söz edilecektir. Fail yalnızca kendisinde bu buhran hali sürerken, bir tepki suçu işlediği takdirde, haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir. İkinci olarak failin suç teşkil eden eylemi, haksız ve tahrik edici fiilin kaynağına yönelik ve onun zararına olmalıdır. Son olarak da bir koşul olarak varlığı tartışılan mağdurun eylemi ile tepki suçu arasındaki orantı konusuna değinilecektir.

1. Failin Hiddet Veya Şiddetli Elemin Etkisi Altındayken Suç İşlemesi

İkinci aşamada aranan nedensellik ilişkisi, failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü hali ile tepki suçu arasındaki ilişkidir. TCK md. 29'un gerekçesine göre, mağdurun tahrik edici haksız fiilinden kaynaklanan bir öfke veya şiddetli üzüntü içerisinde olan – sübjektif anlamda tahrik olmuş olan – failin, mağdura karşı bu buhranın etkisi altındayken bir tepki suçu işlemiş olması gerekir. Failin bu etki altında suç işlediğinin kabul edilebilmesi ise öncelikle failin psikolojik durumu ile tepki suçu arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmasına ve ikinci olarak da tepki suçunun mağdurun tahrik edici ve haksız eyleminden belli bir süre sonra gerçekleşmesi halinde, suçun işlendiği sırada bu nedensellik ilişkisinin sürmesine bağlıdır.

a. Mağdurun Fiilinden Kaynaklanan Hiddet Veya Şiddetli Elem İle Failin İşlediği Suç Arasındaki Nedensellik Bağı

Bu aşamada varlığı araştırılacak olan nedensellik bağı unsuru, mağdurun tahrik edici haksız eyleminin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elem hali ile failin tepki suçu arasında bulunması gereken ilişkidir. Nedensellik değerlendirmesi yapabilmek

için öncelikle failin suç teşkil eden bir eylemi gerçekleştirmiş olması gerekir; tahrikin varlığı tek başına yeterli değildir³²⁹. Buna ek olarak eylem; mağdurun tahrikinin sonucunda, ona bir tepki olarak ortaya çıkmış olmalıdır³³⁰. Bu anlamda, failin psikolojik durumu ile failin gerçekleştirdiği tepki suçu arasında sebep-sonuç ilişkisi olması gerekmektedir³³¹.

Tepki suçu, mağdurun eylemi sonucu failde meydana gelen duyguların yarattığı buhran içinde ve bu buhranın sonucu olarak işlenmiş olmalıdır³³². Haksız tahrikin failin ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul edilmesinin nedeni, failin, tahrikin meydana getirdiği psikolojik durumun bir tepkisi olarak suç işlemesidir³³³. Böyle bir buhranın etkisi altında olan fail, suça daha kolay bir şekilde sürüklenir³³⁴. Yargıtay da söz konusu nedensellik bağı ile ilgili olarak, suçun, “suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak”³³⁵ gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Suç, daha önceden verilmiş bir kararın icrası kapsamında işleniyorsa, failin tahrik altında hareket ettiği kabul edilemez³³⁶. Böyle bir durumda, failin öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olması ile tepki suçu arasında, nedensellik bağı bulunmamaktadır³³⁷. Buna göre, örneğin özel kast ile işlenen suçlar bakımından, failin haksız tahrik altında hareket etmesinin mümkün olamayacağı düşünülebilir. Zira, failin tepki suçunu işlediği sırada belli bir saikin var olması halinde, öfke veya şiddetli üzüntünün yarattığı buhranın etkisi altında hareket ettiğini kabul etmek güçtür³³⁸.

³²⁹ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236.

³³⁰ Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 284.

³³¹ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 216; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 113.

³³² Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 238; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 84-85; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 113.

³³³ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 86; Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 284; Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 350; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 400.

³³⁴ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 144.

³³⁵ Örnek olarak bkz. YCGK, E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016; YCGK, E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016 (www.kazanci.com) Erişim tarihi: 11.07.2017).

³³⁶ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 216; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1335.

³³⁷ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 86.

³³⁸ Örnek olarak cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçlarının haksız tahrik altında işlenemeyeceğine ilişkin bkz. Taner, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel...**, s. 217 ve 314-315.

Mağdurun fiilinin tahrik ediciliğine ilişkin bölümde, failin üçüncü kişiye karşı gerçekleştirilen haksız fiil nedeniyle tahrike kapılması konusu ele alınmıştır³³⁹. Failin kendisinden başka kişi ve hatta eşyaya karşı gerçekleştirilen, haksız ve tahrik edici eyleminden ötürü öfke veya şiddetli üzüntüye kapılması halinde, failin haksız tahrik indiriminden yararlanabiliyor olmasının sebebi, nedensellik ilişkisidir³⁴⁰. Ancak mağdurun eyleminin neden olduğu buhran hali ile mağdura karşı işlenen suç arasında nedensellik ilişkisi bulunduğu takdirde, failin haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilebilir³⁴¹. Bu halde failin tepki suçunun nedeni, mağdurun eylemidir. Zira, tepki suçunun nedeni, failin psikolojik durumu; failin psikolojik durumunun nedeni ise, mağdurun eylemidir. Eylemin failden başkasına karşı işlenmiş olması bu anlamda önem taşımaz; önemli olan failin, eylem sonucu kendisinde meydana gelen buhranın etkisi altındayken mağdura karşı suç işlemiş olmasıdır³⁴².

Failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü halinin tepki suçunun işlendiği sırada mevcut olması, nedensellik ilişkisinin incelenmesi bakımından öncül değerdedir. Buna göre mağdurun tahrike neden olan haksız eylemini gerçekleştirmesi üzerine öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olan failin, belli bir süre geçtikten sonra mağduru bağışlaması halinde, suçun işlendiği anda mevcut bir öfke veya şiddetli üzüntü halinden söz edilemiyorsa; suçun haksız tahrik altında işlendiği kabul edilemez³⁴³. Zira, failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, suçun işlendiği anda, buhran halinin devam ediyor olması gerekir. Buhran hali devam etmiyorsa, nedensellik bağının varlığından söz edilemez. Bununla birlikte, failin öfke veya şiddetli üzüntü hali ortaya çıktıktan bir süre sonra sakinleşmesi ve akabinde yeniden aynı duygulara kapılması da mümkündür³⁴⁴. Böyle bir durumda da nedensellik ilişkisinin varlığı kabul edilebildiği ölçüde, fail haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir.

³³⁹ Bkz. II-A-1.

³⁴⁰ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236-237.

³⁴¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 516-517; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1335.

³⁴² Faile karşı gerçekleştirilmemekle birlikte objektif anlamda failde öfke veya şiddetli üzüntü yaratmaya elverişli bir haksız fiilin, haksız tahrike neden olabileceği yönünde bkz. YCGK E. 2015/1-848 K. 2016/105 T. 01.03.2016; YCGK E. 2009/141 K. 2009/229 T. 13.10.2009 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

³⁴³ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 83; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 140-141.

³⁴⁴ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 238.

b. Tepki Suçunun Zamanı

TCK md. 29 metni, tepki suçunun haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındayken işlenmesinden söz eder. Tepkinin zamanına ilişkin ise hükümde herhangi bir ifade (açıklık veya sınırlama) bulunmamaktadır³⁴⁵. Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, suçun işlendiği sırada buhran halinin devam ediyor olması gerekir³⁴⁶. Zira, failin yalnızca söz konusu duygu yoğunluğunun etkisi altında iken – ve bu yoğunluktan ötürü – iradesinin zayıflamış olduğu kabul edilebilir.

Öfke veya şiddetli üzüntü halinin etkisinin sürüp sürmediğini tespit bakımından kesin ölçüler getirmek mümkün görünmemektedir³⁴⁷. Bu halin ne kadar süreceği kişiden kişiye değişiklik gösterebilecek bir konu olup önceden tahmin edilebilir nitelikte değildir³⁴⁸. Bununla birlikte hukukumuzda tepki suçunun, tahrik teşkil eden fiilden hemen sonra gerçekleştirilmesi gibi kriter bulunmamaktadır³⁴⁹. Öfke veya şiddetli üzüntünün meydana geldiği ilk andaki yoğunluk azalmış olsa dahi bu duyguların etkisi devam ettiği müddetçe, tepki suçundan söz etmek mümkündür³⁵⁰. Hakimin, her somut olayda fail bakımından bu etkinin devam edip etmediğini ortaya koyması gerekir.³⁵¹ Öğretide hakimin bu değerlendirme sırasında, mağdurun fiilinin niteliğini de dikkate alması ve fiilin makul bir kişide meydana getireceği öfke veya şiddetli üzüntünün ne kadar süreceğini hesaplaması gerektiği ifade edilir³⁵². Bununla birlikte, tepki suçunda bir zaman sınırlamasının olmaması,

³⁴⁵ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 155.

³⁴⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 525; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 237; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 212-213; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 87; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 444; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 400.

³⁴⁷ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 357.

³⁴⁸ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 87.

³⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 525; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 440; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 85; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 356.

³⁵⁰ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 357; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 350. Bu yönde bkz. Yargıtay 3. CD E. 2006/9078 K. 2006/9492 T. 20.12.2006; Yargıtay 4. CD E. 2004/1626 K. 2004/6257 T. 17.05.2004, Aktaran: Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı...**, s. 850-851.

³⁵¹ Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 283.

³⁵² Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 85; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 357; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 350-351.

failin daha önceden mağdur ile aralarında geçen bir uyuşmazlığın bahane olarak gösterilmesine ve haksız tahrik indiriminin suiistimaline sebebiyet vermemelidir³⁵³.

Yargıtay da yerleşik uygulamasında tepki suçunun, mağdurun tahrik edici haksız fiilinin gerçekleşmesinden hemen sonra veya uzun bir süre sonra gerçekleşmesi arasında herhangi bir ayrım olmadığını ifade etmiştir³⁵⁴. Üzerinden uzun zaman geçmiş olsa dahi haksız eylemin faildeki psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulü zorunlu ise, fail haksız tahrik altında hareket etmiş demektir³⁵⁵. Nedensellik ilişkisinin tespiti bakımından önemli olan, tepki suçunun buhran hali sona ermeden işlenmiş olmasıdır³⁵⁶. Bununla birlikte, geçen sürenin tahrikin derecesine etkisi olduğu ileri sürülebilir. Mağdurun tahrik teşkil eden eyleminin gerçekleşmesinin ardından uzun bir sürenin geçmesi halinde, failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü hali devam ediyor olabilir; ancak bunun, failin cezasının asgari derecede indirilmesine yol açacak ağırlıkta olma ihtimali azalmaktadır³⁵⁷. Hakim bu gibi durumlarda tahrikin derecesini dikkatli bir şekilde değerlendirmelidir³⁵⁸. Zira, tepki suçunun fazla gecikmesi halinde, tahrikin failde yarattığı psikolojik etkinin sona ermesi ve “*failin ruhsal durumunun normalde dönme*”si olasılığı artar³⁵⁹.

Karşılaştırmalı hukuktan örnek vermek gerekirse, Alman Ceza Kanunu’nun 213. maddesinde düzenlenen “*kasten öldürmenin hafif hali*” suçunda, failin “*kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak ika edilen bir kötü muamele veya ağır hakaret üzerine kapıldığı öfke ile, öfkesine bağlı olarak aniden suça sevk*” edilmesi söz konusudur³⁶⁰. Kanun koyucu, failin kontrol kaybının ve bunun sonucunda işlenen tepki suçunun derhal gerçekleşmesini aramıştır. Buna göre, belli

³⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526.

³⁵⁴ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 440.

³⁵⁵ Örnek olarak bkz. YCGK E. 2015/1-848 K. 2016/105 T. 01.03.2016; YCGK E. 2014/571 K. 2015/437 T. 01.12.2015; YCGK E. 2014/1-809 K. 2015/205 T. 09.06.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

³⁵⁶ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 214; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 85.

³⁵⁷ Bu yönde bkz. YCGK E. 1998/4-233 K. 1998/281 T. 29.09.1998, Aktaran: Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 88.

³⁵⁸ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 214-215.

³⁵⁹ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 400-401.

³⁶⁰ Çeviri için bkz. Yenisey/Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**.

bir süre geçtikten sonra gerçekleştirilen öldürme suçunun, tahrik altında işlendiği kabul edilmeyecektir.

Anglosakson hukukunda ise öldürme suçunda tahrik indirimi, 2009 tarihli *Coroners and Justice Act* öncesinde, 1957 tarihli *Homicide Act*'te düzenlenmiştir. Buna göre de failin tahrik altında öldürme suçunu işlediğinin kabul edilebilmesi için, kontrolünü kaybetmiş olması gerekmektedir. *Homicide Act*, tepki suçunun gerçekleşmesi gereken zamana ilişkin bir kısıtlama getirmemiştir. Bununla birlikte 1949 tarihli *Duffy* kararı ile başlayan süreçte, tahrik indiriminin yalnızca “*ani ve geçici bir kontrol kaybı*” halinde işlenen tepki suçları bakımından geçerli olabileceği yönünde bir içtihat geliştirilmiştir³⁶¹. 1990’lı yıllarda şiddete maruz kalmış kadın sendromunun (*battered woman syndrome*) ceza yargılamalarında yoğun bir şekilde tartışılmaya başlandığı dönemde, *Ahluwalia* ve *Thornton* kararları ile bu içtihadı esnetme yoluna gidilmiş; son tahrik edici eylem ile tepki suçu arasında belli bir zamanın geçmiş olmasının, kendiliğinden tahrik indirimi ihtimalini ortadan kaldırmadığı kabul edilmeye başlanmıştır³⁶². *Coroners and Justice Act*’in yürürlüğe girmesi ile de tepki suçunun zamanına ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmıştır. Md. 54/2, kontrol kaybının ani olup olmamasının ceza indirimi bakımından bir kriter olmadığını ifade etmektedir. Önemli olan, failin tepki suçunu, kontrolünü kaybettiği sırada işlemiş olmasıdır. Bununla birlikte, Kanunun açıklayıcı notlarında, tepkinin ani olup olmamasının, kontrol kaybının devam edip etmediği konusunda bir gösterge olduğu da kabul edilmektedir³⁶³.

2009’da yapılan bu değişiklikte feminist eleştirilerin etkili olduğu düşünülmektedir³⁶⁴. Değişiklik ile birlikte, uzun süre şiddete maruz kalmış olan kadının, şiddet içeren ilk hareketin üzerinden belli bir süre geçtikten sonra şiddetin kaynağına yönelik suç işlemesi halinde ceza indirimi söz konusu olabilecektir. “*Ani ve geçici kontrol kaybı*” kriterinin “*yatışma süreci (cooling-off period)*”ne izin

³⁶¹ Amanda Clough, “Comment – Loss of Self-Control as A Defence: The Key to Replacing Provocation”, *Journal of Criminal Law*, Cilt: 74, Sayı: 2, 2010, s. 123.

³⁶² Elliott/Quinn, *Criminal Law*, s. 95; Kate Fitz-Gibbon, “Replacing Provocation in England Wales: Examining The Partial Defence Of Loss Of Control”, *Journal of Law and Society*, Cilt: 40, Sayı: 2, Haziran 2013, s. 291.

³⁶³ *Coroners and Justice Act, Explanatory Notes*, para. 337 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/notes/division/5/1/2/1/3> (Erişim tarihi: 14.07.2017).

³⁶⁴ Clough, “Comment – Loss of Self-Control...”, s. 123-124; Elliott/Quinn, *Criminal Law*, s. 94.

vermediği; oysa şiddete maruz kalmış kadının belli yatışma dönemleri olabilmekle birlikte, yeniden kontrolünü kaybetmesine neden olacak bir psikoloji içerisinde olduğu ileri sürülmektedir³⁶⁵. Bununla birlikte, şiddete maruz kalmış kadın sendromu ve kadının şiddet kaynağına yönelik gerçekleştirdiği eylemin hangi ölçüde meşru savunma veya haksız tahrik kapsamında kaldığı konusu, aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir³⁶⁶.

Sonuç olarak, tahrik fiilinin gerçekleşme anından itibaren belli bir sürenin geçmiş olması başlı başına nedenselliği koparan bir sebep değildir³⁶⁷. Failde mağdurun eylemi nedeniyle meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü halinin etkisi devam ettiği müddetçe, failin haksız tahrik altında suç işlemesi de mümkündür³⁶⁸. Bununla birlikte, faildeki öfke veya şiddetli üzüntünün sona ermiş olması ve failin bunun üzerine suç işlemesi halinde, suç işleme kararı failin özgür iradesi ile alınmış demektir. Böyle bir durumda fail, rasyonel bir suç işleme kararı veya intikam gibi bir neden üzerine harekete geçiyor olabilir. Bu halde, failin duygu durumu ile tepki suçu arasındaki nedensellik ilişkisi sona ermiş kabul edilebileceğinden; failin haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Bununla ilişkili olarak tasarlama ile haksız tahrikin birlikte yer alıp almayacağı hususu da öğretide tartışmalıdır. Bu konuya haksız tahrik ile tasarlama arasındaki ilişki bahsinde değinilecektir³⁶⁹.

2. Suçun Haksız Fiili Gerçekleştiren Kişiye Yönelmiş Olması

Haksız tahrik altında hareket eden fail, tepki suçunu, tahrik edici haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olarak işlemelidir. Tahrik eylemini gerçekleştiren kişi ile tepki suçunun mağdurunun farklı kişiler olması durumunda, haksız tahrik indiriminden söz edilemez³⁷⁰. Yargıtay'ın yerleşik içtihadında da bu konu "*haksız*

³⁶⁵ Elliott/Quinn, **Criminal Law**, s. 82-83; Herring, **Criminal Law** s. 251-252.

³⁶⁶ Bkz. III-A-2.

³⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 443.

³⁶⁸ Tepki suçu konusunda kanunda herhangi bir zaman sınırlamasının bulunmadığı ve aradan uzun bir süre geçse dahi mağdurun önceki fiilinin etkisiyle işlenen suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi yönünde bkz. YCGK E. 2015/14-203 K. 2016/2 T. 19.01.2016; YCGK E. 2014/1-146 K. 2014/494 T. 18.11.2014; Yargıtay 4. CD E. 2015/27956 K. 2016/955 T. 21.01.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 05.08.2017).

³⁶⁹ Bkz. III-C.

³⁷⁰ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 351.

tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır” şeklinde ifade edilmiş ve haksız fiilin koşulları arasında sayılmıştır³⁷¹. Zira, failin tepki olarak işlediği suçtan ötürü ceza sorumluluğunun daha az olmasının sebebi, bu suça mağdurun eyleminin neden olmuş olmasıdır³⁷². Kurumun hukuki esasını objektif teoriyle açıklayan görüş de haksız tahrikin bu koşulunu destekler niteliktedir. Objektif teorinin ön plana çıkardığı haksız tahrikin hukuki unsuru, mağdurun tahrik edici ve haksız fiilidir. Fail, mağdurun bu kusurlu davranışına tepki olarak, ona karşı bir suç işlediği takdirde, karşılıklı kusurlarda bir denkleştirme söz konusu olmaktadır³⁷³. TCK bakımından geçerli olan karma teoriye göre ise, failin ceza sorumluluğunun azaltılmasının nedeni; onun öfke veya şiddetli üzüntü halinde iradesinin zayıflaması ve kusurluluğunun azalması olmakla birlikte; bu hale mağdurun eyleminin yol açmış olmasıdır³⁷⁴.

Haksız tahrik altında işlenen fiilin, yalnızca tahrike neden olan fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olabileceği koşulu, aslında tepki suçunun nedenselliği ile ilişkili bir kavramdır. Kanunda tepki suçunun tahrik eylemini gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerektiği açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, nedensellik bağı koşulunun, bu yorumu gerektirdiği düşünülebilir³⁷⁵. Tepki suçu ile arasında nedensellik bağı olan eylem, mağdurun haksız ve tahrik edici eylemidir. Bu eylem dışında herhangi bir nedenden kaynaklanan öfke veya şiddetli üzüntü halinde, suç işleyen kişinin eyleminin, haksız tahrik altında işlendiği kabul edilemeyecektir. Bu anlamda, üçüncü kişiden kaynaklanan bir eylemin varlığı halinde; tepki suçu ile nedensellik ilişkisi içerisinde bulunan eylem, üçüncü kişinin eylemidir. Üçüncü kişiye karşı bir suç işlenmesi durumunda, bunun haksız tahrik altında olduğu kabul edilebilir. Oysa böyle bir durumda, mağdura karşı işlenen suç bakımından haksız tahrik indirimi gündeme gelemeyecektir. Haksız fiili birden fazla kişinin birlikte gerçekleştirdiği durumda ise, birden fazla kişiye karşı tepki suçu işlendiğinden söz edilebilir; ancak burada kişilerin haksız fiile olan katkılarının dereceleri, failin her bir

³⁷¹ Örnek olarak bkz. YCGK, E. 2013/4-791 K. 2016/435 T. 22.11.2016; YCGK, E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016; YCGK, E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK, E. 2015/1-532 K. 2016/172 T. 05.04.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 15.07.2017).

³⁷² Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 216.

³⁷³ Bkz. I-A-2-b.

³⁷⁴ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 346-347; Erem, “Adalet Psikolojisi...”, s. 57-58.

³⁷⁵ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 237; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 89-90.

suç ile ilgili ceza indirimi oranı bakımından dikkate alınacaktır³⁷⁶. Bununla birlikte öğretide, tepki suçunun yalnızca tahrikçilerden birine yöneltilmesi durumunda, mağdurun tahrik eylemine sağladığı katkı derecesine bakılmayacağı ifade edilmektedir³⁷⁷. Zira, failin buhran halinde, tahrik fiiline her bir kişinin katkısını değerlendirmesi ve davranışını buna göre yönlendirmesinin, kurumun doğası ile örtüşmez nitelikte olduğu kabul edilmektedir³⁷⁸.

Buna göre öncelikle tepki suçuna neden olanın, tahrik eylemi olup olmadığı tespit edilmelidir. Fail, mağdurun gerçekleştirdiği eylem sonucunda ortaya çıkan psikolojik durumun etkisi altında suç işliyorsa, nedensellik ilişkisi var demektir³⁷⁹. Tahrik fiili ile bir ilgisi olmayan, üçüncü bir kişiye karşı işlenen suçun; tahrik fiili ile arasında nedensellik bağı olduğu ve dolayısıyla haksız tahrik altında işlendiği kabul edilemeyecektir³⁸⁰. Aynı yorum, bir kişinin eylemi sonucu tahrike kapılıp topluma karşı suç işlenmesi halinde de geçerlidir³⁸¹. Failde söz konusu buhran haline neden olan fiili gerçekleştiren her kimse, suç teşkil eden eylem ancak ona yönelik olduğu takdirde, neden-sonuç ilişkisinin varlığından söz edilebilir. Aksi halde, kanun koyucunun; failin, tahrik fiili ile ilişkisi olmayan üçüncü bir kişiye zarar verme eylemini hoş gördüğü sonucu çıkar ki bu tür bir yorum *argumentum ad absurdum* teşkil eder³⁸².

Yargıtay, tahrik edici haksız fiilin üçüncü bir kişiye karşı işlenmesi halinde, failin tahrik olabileceğini ve tahrik eden kişiye karşı suç işlediği takdirde ceza indiriminden yararlanacağını kabul etmekle birlikte; tepki suçunun tahrik eylemini gerçekleştiren kişi dışında herhangi birine karşı işlenemeyeceğini ifade etmiştir³⁸³. Fail, tepki fiilini, tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin kişilik değerlerine, yaşamına, vücut bütünlüğüne karşı işleyebileceği gibi; bu fiil, tahrikçinin malvarlığına yönelik

³⁷⁶ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 91; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...” , s. 51-52.

³⁷⁷ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 163.

³⁷⁸ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 163.

³⁷⁹ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 216; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 113.

³⁸⁰ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...” , s. 237.

³⁸¹ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 90; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...” , s. 51.

³⁸² Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...” , s. 237; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 360.

³⁸³ YCGK E. 2013/1-441 K. 2014/123 T. 11.01.2014 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 15.07.2017).

de olabilir³⁸⁴. Zira mağdurun zararına olacak şekilde işlenen bir tepki suçunun, bu anlamda nedensellik bağı kriterini sağladığı düşünülebilir³⁸⁵. Bununla birlikte fail, üçüncü kişiye, örneğin haksız fiili gerçekleştiren kişinin yakınına, karşı işlenen suç bakımından, ceza indiriminden yararlanamayacaktır³⁸⁶. YCGK 2014 tarihli bir kararında, tepki suçunun *“haksız fiili gerçekleştiren kişinin zararına işlenmiş olması gerekmekte olup, mağdurun yakını dahi olsa 3. bir kişi tarafından gerçekleştirilen haksız fiil(in), mağdura yönelik işlenen suç bakımından haksız tahrik oluşturmaya(ğın)”*³⁸⁷ ifade etmiştir. Taksirli suçların, haksız tahrik altında işlenebileceğini kabul eden görüşe göre³⁸⁸, taksirli suçların bu kuralın istisnası olduğu, yalnızca bu halde tepki suçunun üçüncü bir kişiye karşı da işlenebileceği düşünülebilir³⁸⁹³⁹⁰.

Bu durum töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında sık sık gündeme gelmektedir. Madde gerekçesinde durum *“bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır”* ifadesi ile ortaya konmuş; cinsel saldırı suçunun mağduru kadına karşı, babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme suçu, örnek olarak gösterilmiştir. Buna göre, bu koşullarda öldürme eylemini gerçekleştiren fail, haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır, meğerki öldürme suçunun mağduru, cinsel saldırı eylemini gerçekleştiren kişi olsun. Fiilin tahrik edici özelliği bahsinde de ele alındığı üzere, böyle bir örnekte öncelikle tespit edilmesi gereken, kadının objektif anlamda bir fiilinin mevcut olmamasıdır³⁹¹. Dolayısıyla, kadına karşı işlenen herhangi bir suçun tahrik altında gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Bununla birlikte, kadının herhangi

³⁸⁴ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 236; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 118.

³⁸⁵ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 402. Tepki suçunun tahrik edenin haklarına veya menfaatine yönelik olarak işlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 237.

³⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 523; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 441; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 90; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 360; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 161-162; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 50; Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 351; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 402.

³⁸⁷ YCGK E. 2013/1-441 K. 2014/123 T. 11.01.2014 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 15.07.2017).

³⁸⁸ I-D-1, s. 32-33.

³⁸⁹ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 161; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 118; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 402.

³⁹⁰ Taksirli suçlarda, haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olma koşulu sağlanamadığından, haksız tahrik indiriminin mümkün olmadığı yönünde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 514-515.

³⁹¹ Bkz. II-A-1.

bir eylemi mevcut olsaydı dahi failde buhran haline sebep olup onu harekete geçiren eylem, cinsel saldırı suçu failinin haksız ve tahrik edici fiili olduğundan; yalnızca bu suçun failine karşı gerçekleştiren öldürme eyleminin haksız tahrik altında işlendiği kabul edilebilir³⁹².

Aynı şekilde tepki suçunun üçüncü kişiye yönelmesi durumu, aldatmanın söz konusu olduğu örneklerde ortaya çıkmaktadır. Bu konuda 15.07.2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun ile ilga edilen 765 sayılı TCK'nin 462. maddesini hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi ilgili madde; kadın eş, erkek eş, üstsoydan biri ya da erkek veya kız kardeşin; erkek eş, kadın eş, kız kardeş ya da altsoydan biri ve/veya bunların müşterek failini, zina veya gayrimeşru cinsel münasebet halinde (maddede açıklanan şekilde) yakalaması ve bu kişilere karşı öldürme veya yaralama suçunu işlemesi halinde, cezası önemli ölçüde azaltılmaktadır. AYM'nin iptal kararları öncesi yürürlükte olan, md. 440-441'de düzenlenen, zina suçuna ilişkin hükümler de göz önüne alındığında; aldatmanın yalnızca evli eşler bakımından sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu failin, bizzat üçüncü kişiye karşı gerçekleştirilen öldürme ve yaralama eylemlerinden dolayı, haksız tahrik indiriminden yararlanabileceğini düzenlemiş durumdadır. Burada halihazırda üçüncü kişinin eyleminin hukuka aykırı olması sebebiyle, tahrike neden olabileceği düşünülebilir. Yargıtay da 462. maddenin yürürlükte olduğu dönemde, üçüncü kişiye karşı işlenen öldürme eyleminin haksız tahrik altında gerçekleştirildiği yönünde karar vermiştir³⁹³. Bununla birlikte, yürürlükteki TCK'ye göre, kural olarak üçüncü kişinin eylemini hukuka aykırı kılan bir düzenleme bulunmamaktadır³⁹⁴³⁹⁵. Eşlerin

³⁹² Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 88.

³⁹³ “Sanık ablası ile maktulü gündüz evde birlikte otururlarken yakalamıştır. Sanığın yetiştiği ortam, içinde yaşadıkları sosyal çevrenin durumu ve olağan yaşam koşulları nazara alındığında, evli bir kadının gündüz vakti evde bir erkekle birlikte bulunmasının ve erkeğin kuşku uyandıracak şekilde bir odada kapıyı kilitleyip oturmasının doğal karşılanmayacağı açıktır. Bu koşullar altında, ablası ile maktul arasında ahlak dışı bir ilişki bulunduğu kanaatine varan sanığın, yaşadığı bu olayın yarattığı şiddetli öfke ve elemnin etkisiyle mağdureye etkili eylemde bulunup, maktulü öldürdüğü gözetilerek haksız tahrik hükümlerinin uygulanması zorunluluğu bulunmaktadır.” (YCGK E. 2003/1-173 K. 2003/198 T. 24.06.2003) (www.kazanci.com Erişim tarihi: 17.07.2017).

³⁹⁴ Üçüncü kişinin eyleminin hangi şartlar altında hukuka aykırı kabul edilebileceği hakkında açıklama için bkz. II-A-2-b.

³⁹⁵ “Sanık, maktulün küfür ederek üzerine yürüdüğünü iddia etmiş ise de, mağdur ... ile tanık...’nın olaydan hemen sonra alınan soruşturma evresindeki beyanlarında, maktulden kaynaklanan haksız bir hareketten bahsetmedikleri gibi maktulün sanıktan kaçarak ve saklanarak kurtulmaya çalıştığı yönündeki samimi anlatımları karşısında, salt maktulün ablası ile resmi nikah olmaksızın birlikte

birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüklerinin ihlali, yalnızca onlar bakımından haksız fiil olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla failin, eşinin birlikte olduğu üçüncü kişiye karşı işlediği suçlar bakımından, tepki suçuna nedensellik bağı ile bağlı olabilecek tek fiil, eşin haksız ve tahrik edici eylemidir. Bu durumda üçüncü kişinin haksız fiilinden söz edilemeyeceğinden, failin suç teşkil eden eylemini haksız tahrik altında işlediği kabul edilemez³⁹⁶.

Son olarak, failin tahrik edenin kimliğinde yanılarak, tahriki oluşturan eylemle ilişkisi olmayan, üçüncü kişiye karşı tepki suçu işlemesi halinde, TCK md. 30/3 hükümlerine başvurulabilir³⁹⁷. Buna göre, failin somut olayda tahrik fiilini gerçekleştiren kişinin üçüncü kişi olduğunu düşünmesi, kaçınılmaz bir hatadan kaynaklanmalıdır. Zira, md. 30/3'den söz edilebilmesi için failin, haksız tahrikin koşullarının gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olması gerekir. Suçun, haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması koşulunun gerçekleştiği yönünde böyle bir hataya düşen fail, bu hatasından yararlanır. Fail, daha dikkatli ve özenli olduğu durumda, fiilin kaynağını doğru bir şekilde tespit edebiliyorsa; hatanın kaçınılmaz olmadığı ve dolayısıyla failin haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı kabul edilmelidir³⁹⁸.

Çok neticeli sapma halinde ise, yani failin tahrik halinde gerçekleştirdiği hareket, mağdurun yanı sıra üçüncü bir kişinin üzerinde de netice meydana getiriyorsa; failin haksız tahrik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda

yaşamamasından doğan kızgınlıkla hareket ettiği anlaşılan sanık hakkında haksız tahrik şartlarının oluştuğunun kabulü mümkün değildir.” (YCGK E. 2015/1-830 K. 2016/360 T. 11.10.2016). Aksi yönde: “Oluşa, tüm dosya kapsamına göre, maktulün 2007 yılında ayrıldığı ancak birlikte yaşamaya devam ettiği eşi katılanın tüm aşamalardan beri değişmeyen ve istikrar arz eden beyanlarına göre, sanığın eşi ile gönül ilişkisi içerisinde bulunan maktulün bu sebeple gece vakti sanık tarafından evinin etrafında görülmesi üzerine vurularak öldürüldüğünün anlaşıldığı olayda, maktulden kaynaklanan haksız tahrik oluşturan davranışın ulaştığı boyut nazara alınarak sanık hakkında TCK.nun 29. maddesinde yer alan haksız tahrik hükmünün uygulanmaması suretiyle fazla ceza tayini” (Yargıtay 1. CD E. 2016/196 K. 2017/528 T. 22.02.2017) (www.kazanci.com Erişim tarihi: 17.07.2017).

³⁹⁶ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 59-60; Nuhoglu, “Namus İçin Adam Öldürme...”, s. 210.

³⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 524; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 51. Örnek olarak bkz. YCGK E. 2013/1-664 K. 2013/622 T. 24.12.2013; Yargıtay 1. CD E. 2015/3373 K. 2015/4357 T. 07.07.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 17.07.2017).

³⁹⁸ Aynı yönde, hatanın taksirli şekilde işlenmesi durumunda failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacağı görüşü için bkz. Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 121. Failin hedef aldığı kişi yerine (tahrik edici eylemi gerçekleştiren kişi), üçüncü bir kişiye karşı öldürme eylemi gerçekleştirdiği senaryoda; öldürme eylemini olası kast ile gerçekleştirdiği takdirde haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı ve fakat üçüncü kişinin ölümüne taksirle sebebiyet verdiği durumda yararlanabileceği görüşü için bkz. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 54.

öğretide fikir ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş, failin mağdura karşı işlediği suçun haksız tahrik altında işlendiğini kabul etmekle birlikte, üçüncü kişiye karşı işlenen suç bakımından haksız tahrik indiriminin söz konusu olamayacağını ileri sürer³⁹⁹. Diğer bir görüşe göre ise, haksız tahrik indirimi yalnızca tahrik fiilini gerçekleştiren kişiye karşı işlenen suç ile sınırlı olmayıp hareketin sebebiyet verdiği bütün neticeler bakımından uygulanmalıdır⁴⁰⁰. Kanaatimizce, taksirli suçlar bakımından, failin haksız tahrik indiriminden yararlanabiliyor olması durumunda, çok neticeli sapmada üçüncü kişiye karşı gerçekleştirilen eylemin de haksız tahrik altında işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Zira, bu durumda üçüncü kişiye karşı gerçekleştirilen eylem de büyük ölçüde taksirle işlenen bir fiil olmaktadır. Buna ek olarak, failin hareketinin, haksız fiili gerçekleştiren kişi dışında, başka kişiler üzerinde netice meydana getireceğini öngörmesi ve fakat hareketine devam etmesi halinde; failin olası kast ile hareket ettiği ve dolayısıyla üçüncü kişiler bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı düşünülebilir⁴⁰¹.

3. Haksız Fiil İle Tepki Suçu Arasındaki Orantı

Kanunda mağdurun tahrik teşkil eden fiili ile tepki suçu arasında bir oran bulunması gerekip gerekmediği konusunda bir ifade bulunmamaktadır. Öğretide de bu konu tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, bu iki fiil arasında bir orantı bulunması, nedensellik koşulunun gereğidir⁴⁰². Buna göre, tepki fiili, tahrik fiiline göre ölçüsüz olduğu müddetçe, bu iki fiil arasında bir neden-sonuç ilişkisi bulunduğundan söz edilemez⁴⁰³. Tepki suçunun, haksız tahrikin failde meydana getirdiği öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında işleniyor olmasının sonucu olarak, tahrik fiil ile orantılı olması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁰⁴. *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, tepki fiilinin tahrik teşkil eden fiile göre açıkça daha ağır

³⁹⁹ Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 55.

⁴⁰⁰ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1343; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 55; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 351.

⁴⁰¹ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1343.

⁴⁰² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 217; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 359; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 170.

⁴⁰³ Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 337-338.

⁴⁰⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 444-445.

olduğu senaryoda, failin haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağını kabul etmektedir⁴⁰⁵.

Bununla birlikte *Dönmezer-Erman*, orantılılık koşulunun, haksız tahrikin etkisi altında işlenen suçun, tahrik eyleminden daha ağır olamayacağı anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Orantıdan anlaşılması gereken, her iki eylem arasında “*kesin ve açık bir ölçüsüzlük bulunmaması*”dır⁴⁰⁶. Bu gibi bir durumda fail, ölçülü bir tepkiyi gerektiren mağdurun eylemi karşısında; karakter özellikleri, örneğin alıngan veya agresif yapısı gibi nedenlerle, bu şekilde ölçsüz bir tepki göstermiş olur. Böyle bir tepki eylemi ile tahrike neden olan eylem arasında nedensellik ilişkisi olduğundan söz edilemez⁴⁰⁷. Zira, tepki suçunu meydana getiren neden, mağdurun eylemi ile sınırlı olmaktan çıkmış, failin kişisel özellikleri haline gelmiştir.

Diğer bir görüşe göre ise TCK md. 29, tahrik eylemi ile tepki suçu arasında herhangi bir oranın varlığını zorunlu kılmamıştır. Tepki suçu, tahrik fiilinden daha büyük bir değeri ihlal ediyor olabilir⁴⁰⁸. Önemli olan tepki suçunun, tahrikin failde yarattığı etki altında işlenmiş olmasıdır⁴⁰⁹. Mağdurdan kaynaklanan, objektif olarak tahrik edici ve haksız bir fiilin mevcut olduğu ve bu fiil sonucunda failin öfke veya şiddetli üzüntüye kapıldığı kabul edilebiliyorsa; tepkinin aşırı olmasının, haksız tahrik indirimi bakımından bir önemi yoktur⁴¹⁰. Buna ek olarak *Zafer*, tahrik eylemi ile tepki suçu arasında “*nitelik bakımından uygunluk*” bulunması gerektiğini söyleyerek, bununla ilgili, bahçeden elma çalan kişiye karşı haksız tahrik altında cinsel saldırı eyleminin gerçekleştirilemeyeceği örneğini verir⁴¹¹. Bu anlamda failin, basit hırsızlık eyleminden kaynaklanan bir öfke veya şiddetli üzüntü halinde verebileceği tepki, belli bir ölçüde olabilir. Oysa, cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren bir kişinin, cinsel arzularını tatmin etme amacı bulunmaktadır⁴¹². Buna göre, tepki suçunun tahrik fiili ile nitelik itibarıyla örtüşmediği kabul edilebilir.

⁴⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 526-527.

⁴⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 442; Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî... (II)*, s. 359.

⁴⁰⁷ Bostancı Bozbayındır, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, s. 219; Duran, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, s. 170.

⁴⁰⁸ Zafer, *Ceza Hukuku...*, s. 401.

⁴⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 526.

⁴¹⁰ Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan...”, s. 284.

⁴¹¹ Zafer, *Ceza Hukuku...*, s. 401.

⁴¹² Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1337.

Bu görüşü savunanlara göre, haksız tahrik kurumunun amacı, tahrik fiili ile tepki fiili arasında bir denge kurmak değildir⁴¹³. Amaç, haksız ve tahrik edici eylem sonucunda, öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olan failin kusurluluğunun azaldığının kabul edilmesi; failin belli bir koşulda meydana gelen psikolojik durumuna hukuki bir değer yüklenmesidir⁴¹⁴. Haksız tahriki, meşru savunmadan ayıran özelliklerden biri de budur⁴¹⁵. Zira, TCK md. 25/1'e göre, meşru savunma altında hareket eden kişinin savunma eylemi, saldırı eylemine göre orantılı olmalıdır. Bununla birlikte bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, tahrik fiili ile bu eylemin sonucunda failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü hali arasında⁴¹⁶; bazıları ise failde meydana gelen bu psikolojik durum ile tepki suçu arasında bir oran bulunması gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹⁷. Bu ifadeler de aslında mağdurun fiili ile failde meydana gelen duygular ve buhran hali, ve buhran hali ile tepki suçu arasında, bir nedensellik ilişkisinin olması gerektiğine işaret eder. Buna göre, failin psikolojik durumu ile tahrik eylemi arasında böyle bir ilişki olduğu müddetçe, tepki suçunun derecesi önemli olmayacaktır⁴¹⁸.

Kanaatimizce, kanun metni herhangi bir orantı koşulu öngörmediğinden, tepki suçunun tahrik eylemine göre daha ağır niteliğe sahip olması, tek başına fail hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanmasını engellemez. Kanunda bu yönde bir orantı koşulunun bulunması da haksız tahrik kurumunun yapısı ile örtüşmez niteliktedir. Zira, tahrik sonucunda tepki olarak bir suç işleyen failin, bu tepkisinin ne şekilde tezahür edeceği, kurumun yapısı itibariyle önceden tespit edilebilir değildir⁴¹⁹. Gerek tahrik edici fiilin gerekse failin özellikleri itibariyle, tepki suçunun

⁴¹³ Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 239; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 219; Eker Kazancı, "Mağdurun Davranışları...", s. 1337; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 115; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 49.

⁴¹⁴ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 171-172; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 49.

⁴¹⁵ Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 239; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 170. Haksız tahrik ile meşru savunma arasındaki ayrıma ilişkin bkz. III-A-1.

⁴¹⁶ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 89.

⁴¹⁷ Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 239-240; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 49-50.

⁴¹⁸ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 89; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 171.

⁴¹⁹ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 218, Kaya, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 101.

niteliği değişiklik gösterebilir⁴²⁰. Bununla birlikte, aşırı dereceye varmış bir tepki suçunun, mağdurun eylemi sonucu failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü hali ile arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmadığı ileri sürülebilir⁴²¹. Somut olayda nedensellik bağının yokluğu halinde, failin haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilemeyecektir. Ancak, tepki aşırı olsa dahi, failin karakter özelliklerinden ari bir şekilde, tek nedeni mağdurun haksız ve tahrik edici eylemi olan bir tepki suçunun, haksız tahrik altında işlendiği kabul edilmelidir. Zira, kurumun ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul edilmesinin nedeni, failin mağdurdan kaynaklanan haksız bir nedenden ötürü iradesinin zayıflamış ve kusurunun azalmış olması ve bu halde tahrikin kaynağına yönelik bir tepki suçu işlemesidir⁴²².

⁴²⁰ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 239; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 172.

⁴²¹ Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 115.

⁴²² Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1337; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 115.

III. KADIN BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE HAKSIZ TAHRİK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Haksız tahrikin temel özellikleri ve koşulları ele alındıktan sonra; bunun farklı ceza hukuku kurumları ile ilişkisi ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Geleneksel olarak haksız tahrikin bazı kurumlar ile örtüşür niteliğe sahip olup olmadığı tartışılmıştır. Bu çalışma, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak haksız tahrik üzerine olmakla birlikte; çalışmanın odağı kadına ilişkin uygulamadır. Bu nedenle bu bölümde, haksız tahrik ile ilişki kurulabilecek tüm konuların ele alınması yerine; yalnızca kadına ilişkin haksız tahrik uygulamasında ön plana çıkan, kadın pratiği bakımından önem arz eden dört konuya değinilmesi tercih edilmiştir. Bu çerçevede meşru savunma, töre saiki, tasarlama ve takdiri indirim nedenleri konularına ilişkin genel bilgi verildikten sonra, kavramların haksız tahrik ile ilişkileri ele alınacak; bunu yaparken de bu konuların, kadının fail veya mağdur olduğu durumlarda, uygulama bakımından farklılık gösteren noktaları vurgulanacaktır.

A. Meşru Savunma

Bu bölümde öncelikle meşru savunmanın genel özellikleri kısaca açıklandıktan sonra, haksız tahrik ile aralarındaki ilişki ele alınacaktır. Meşru savunmanın bu çalışma kapsamında özel olarak inceleniyor olmasının nedeni; uzun süre eşinden, ailesinden, sevgilisinden vs. kaynaklanan şiddete maruz kalmış kadının, şiddetin kaynağına karşı gerçekleştirdiği öldürme eylemlerinin hukuka uygunluğu tartışmasıdır. Bu nedenle, ilk başlıkta genel olarak haksız tahrik kurumu ile meşru savunmanın bir arada bulunup bulunamayacağı; ikinci başlıkta ise öncelikle şiddete maruz kalmış kadın sendromunun ve gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırının genel özellikleri; akabinde de bu şekilde hareket eden kadına karşı gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırının mevcut olup olmadığı, bu kadının eyleminin meşru savunma kapsamında değerlendirilip

değerlendirilemeyeceği ve değerlendirilemeyeceğinin kabulü halinde ise haksız tahrikin söz konusu olup olmadığı hususları ele alınacaktır.

1. Meşru Savunma İle Haksız Tahrik Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış

Meşru savunma, TCK md. 25/1'e göre, kişinin *“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”* hareket etmesi halinde, kişinin eyleminin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir nedendir. Meşru savunma halinden bahsedilebilmesi için saldırı ve savunma eylemlerine ilişkin bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu koşullar öncelikle bir saldırının varlığı, bu saldırının haksız olması ve saldırının meşru savunmada bulunan kişinin veya üçüncü bir kişinin hakkına yönelik olarak gerçekleştirilmesi; buna karşılık savunma eyleminin zorunlu olması, saldırıyı gerçekleştiren kişiye yönelik yapılması, saldırı eylemi ile orantılı ve eş zamanlı olmasıdır⁴²³.

Savunma eyleminin, meşru savunmanın tüm koşullarının mevcut olduğu sırada başladığı ve fakat orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi sebebiyle, failin meşru savunma halinde hareket ettiğinin kabul edilemediği durumlarda, Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere, meşru savunmada sınırın aşılması gündeme gelir⁴²⁴. TCK md. 27/1'e göre, meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için verilecek ceza maddede öngörüldüğü oranda indirilir. TCK md. 27/2'ye göre ise, meşru savunmada sınırın aşılması, mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri geldiyse, faile ceza verilmez. Öğretide bazı yazarlar meşru savunmada sınırın aşılmasının

⁴²³ Meşru savunmanın koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 393-414; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 307-317; Demirbaş, **Ceza Hukuku...**, s. 283-293; Aykut Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 50-53; Ali Parlar, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik**, Ankara: Bilge, 2015, s. 15-27; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 326-331.

⁴²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 467. Bu yönde örnek olarak bkz. YCGK E. 2015/1-1160 K. 2016/141 T. 22.03.2016; YCGK E. 2015/1-1039 K. 2016/96 T. 01.03.2016; YCGK E. 2013/808 K. 2015/314 T. 13.10.2015; Yargıtay 4. CD E. 2016/13735 K. 2016/12928 K. 29.09.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 20.07.2017).

oran/araç/nitelik bakımından veya zaman bakımından sınırın aşılması şeklinde gerçekleşebileceğini ileri sürerken⁴²⁵; bazıları bu ikili ayrıma savunma fiilinin üçüncü kişilere etki etmesi yönünden sınırın aşılması durumunu eklemişlerdir⁴²⁶.

Öğretide bazı yazarlar, haksız tahrikin, meşru savunma haline dahil olduğunu, bu iki kurum arasında yalnızca bir yoğunluk farkı bulunduğunu kabul etmektedir⁴²⁷. Diğer görüş ise, bu iki kurumun öz itibarıyla ayrıştıklarını, hukuki niteliklerinin farklı olduğunu ileri sürmektedir⁴²⁸. İlk görüşe göre, meşru savunma halinde kanun koyucu, en üst düzeyde tahrikin mevcut olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, bu yoğunluğa ulaşmış bir eylemin, aynı zamanda haksız tahrik altında işlendiği kabul edilemez. İkinci görüşe göre ise, aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere, bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın koşullarının gerçekleştiği durumda, kusurluluğu azaltan bir neden olarak haksız tahrikin uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmiştir⁴²⁹. Netice itibarıyla, her iki görüş bakımından da haksız tahrik ile meşru savunma kurumlarının birlikte uygulanamayacağı kabul edilmelidir.

Meşru savunmanın, haksız tahrik ile ilişkisini incelerken, ilk olarak, her iki kurum için de haksız bir eylemin varlığının arandığını ifade etmek gerekir⁴³⁰. Meşru savunmada bu eylem bir hakka yönelen, mevcut⁴³¹, haksız bir saldırıyı ifade ederken; haksız tahrikte bu, tahrik edici ve haksız niteliği olan her türlü davranıştır. Haksız fiil kriterine ilişkin bu kurumların ayrıştıkları noktanın, fiilin mevcut olup olmaması olduğu düşünülebilir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, mevcut bir saldırının yokluğu

⁴²⁵ Ali Emrah Bozbayındır, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 18, Nisan 2012, s. 121-126; Demirbaş, **Ceza Hukuku...**, s. 334-336; Fahri Gökçen Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, s. 237.

⁴²⁶ Cengiz Apaydın, **Meşru Savunma**, İstanbul: Acar, 2016, s. 299-320; Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 76-111 ve 146-169.

⁴²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 515; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 241; Nur Başar, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, (II), **Adalet Dergisi**, Yıl: 71, Sayı: 4, 1980, s. 358; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 443; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 149; Erem, “Haksız Tahrik”, s. 647. Ayrıca bu yönde bkz. YCGK E. 2015/1-1039 K. 2016/96 T. 01.03.2016 (www.kazanci.com) Erişim tarihi: 20.07.2017).

⁴²⁸ Ayık, “Tahrik”, s. 99-100; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 98; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 348; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1337-1338; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 341.

⁴²⁹ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 204-207.

⁴³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 515; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 402.

⁴³¹ Burada fiilin mevcut olması, geniş anlamda kullanılıp gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırıyı da kapsamaktadır.

veya sona ermesi halinde, tekrarı muhakkak bir saldırı da yoksa, saldırıyı defetme mecburiyetinden bahsedilemeyeceği için, meşru savunma söz konusu olmayacaktır⁴³². Bununla birlikte, haksız eylem sona erdikten sonra, eylemin failde yarattığı öfke veya şiddetli üzüntü hali devam ettiği sürece, failin haksız eylemde bulunan kişiye karşı, haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilebilir⁴³³. Meşru savunmanın aksine, haksız tahrik halinde, haksız eylemin, tepki suçunun işlendiği sırada mevcut olması aranmamaktadır⁴³⁴. Buna göre meşru savunma ile haksız tahrikin aynı olayda bir arada bulunamayacağını kabul etmek gerekir.

Meşru savunmada sınırın aşılması halinde de aynı durum geçerlidir. Öncelikle TCK md. 27'nin her iki fıkrası bakımından da bir meşru savunma halinin varlığı gerekir⁴³⁵. Meşru savunma koşullarının oluşmadığı bir durumda, aşılması gündeme gelebilecek bir sınırın varlığından da söz edilemez⁴³⁶. Buna göre, meşru savunma ile haksız tahrikin örtüşmediği kabul edildiği takdirde, meşru savunmada sınırın aşılması halinde de haksız tahrik indirimi gündeme gelemeyecektir. Sınırın aşılması heyecan, korku veya telaştan ileri gelmeyip öfke veya şiddetli üzüntü duyguları sebebiyle gerçekleştiyse, bu durumda meşru savunmada sınırın aşılması yerine, failin haksız tahrik altında hareket ettiğini kabul etmek gerekir⁴³⁷. Zira, kanun koyucunun TCK md. 27/2'nin kapsamına aldığı durum, meşru savunmada sınırın aşılmasının yalnızca heyecan, korku veya telaştan ileri geldiği senaryodur. Sınır, öfke veya şiddetli üzüntü duyguları sebebiyle aşıyorsa, burada TCK md. 27/2 uygulama alanı bulamayacak olup fail bakımından haksız tahrikin varlığı düşünülebilir.

⁴³² Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 348-349; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 60; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 402-403.

⁴³³ Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 241; Ayık, "Tahrik", s. 100; Eker Kazancı, "Mağdurun Davranışları...", s. 1338; Öztürk/Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku...**, s. 317. Ayrıca bu yönde bkz. YCGK E. 2015/1039 K. 2016/96 T. 01.03.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 20.07.2017).

⁴³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 515; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 229.

⁴³⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 516; Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 241; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 443; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 350; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 208; Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 352.

⁴³⁶ Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 71-72 ve 137.

⁴³⁷ YCGK E. 2013/808 K. 2015/314 T. 13.10.2015. Aynı ifadenin geçtiği kararlar için örnek olarak bkz. YCGK E. 2012/1-1557 K. 2014/233 T. 06.05.2014; YCGK E. 2013/1-60 K. 2013/603 T. 10.12.2013; YCGK E. 2013/1-26 K. 2013/150 K. 16.04.2013; YCGK E. 2011/1-436 K. 2012/190 T. 08.05.2012; YCGK E. 2010/1-170 K. 2010/182 T. 05.10.2010; YCGK E. 2007/1-281 K. 2008/37 T. 26.02.2008. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 20.07.2017).

Saldırının mevcut olduğu durumda ise üç ihtimal söz konusudur. Meşru savunmanın tüm koşullarının sağlandığı bir durumda, bir hakka yönelik mevcut bir saldırıyı sonlandırmak için zorunlu ve saldırı ile orantılı bir savunma eyleminin varlığı halinde, kişinin meşru savunma altında hareket ettiğini ve eyleminin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Meşru savunmanın orantılılık dışında tüm koşullarının sağlandığı ve fakat savunma eyleminin orantılılık ilkesini ihlal ettiği bir durumda; eylemin meşru savunma olarak başladığı, ancak meşru savunmada sınırın aşıldığı anlaşılır. Bu durumda, eylem suç niteliğini haiz olacak; ancak failin bu eylemden ötürü cezası azaltılacak ya da ona ceza verilmeyecektir. Son olarak, meşru savunma koşullarının oluşmadığı, örneğin saldırının muhatabı olan kişinin eyleminin zorunlu olmadığı bir senaryoda, haksız tahrikin varlığı düşünülebilir⁴³⁸. Somut olayda kişinin haksız ve tahrik edici bir eylemden ötürü, öfke veya şiddetli üzüntüye kapıldığı ve bu duyguların etkisi altında tepki suçu işlediği kabul edilebiliyorsa, failin haksız tahrik indiriminden yararlanması söz konusu olacaktır.

Mevcut bir saldırının olduğu durumda, buna karşı gerçekleştirilen eylemin, öncelikle meşru savunma niteliği taşıyıp taşımadığı incelenecektir. Zira, meşru savunma bir hukuka uygunluk nedenidir ve tipe uygun bir eylemin hukuka aykırılık unsurunu haiz olup olmadığı değerlendirmesi, failin o eyleme ilişkin kusur değerlendirmesinden önce yapılmaktadır⁴³⁹. Somut olayda meşru savunma koşulları sağlandığı takdirde, kişinin saldırıya karşı gerçekleştirdiği eylemin hukuka aykırılığı objektif olarak ortadan kalkacak; failin irade özgürlüğünü zayıflatan, sübjektif ve kişisel bir neden olan haksız tahrikin gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır⁴⁴⁰. Zira, böyle bir durumda, failin kusur değerlendirmesinin yapılması gerekmemektedir. Meşru savunma halinde gerçekleştirilen eylem suç teşkil etmediğinden, kişinin bu eylemden doğan herhangi bir ceza sorumluluğundan söz edilemez. Buna göre, eylemin faili bakımından, ceza sorumluluğunu azaltan bir

⁴³⁸ YCGK E. 2015/1-1160 K. 2016/141 T. 22.03.2016; YCGK E. 2014/3-815 K. 2015/71 T. 24.03.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 21.07.2017). Benzer şekilde, haksız saldırı boyutuna ulaşmamış olan mevcut bir haksız fiil karşısında, meşru savunma yerine, failin haksız tahrik altında hareket etmiş olabileceği yönünde bkz. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 60.

⁴³⁹ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1339; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 61.

⁴⁴⁰ Açıkgöz, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 122; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 240; Ayık, “Tahrik”, s. 100, Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 98; Taner, **Ceza Hukuku...**, s. 444.

nedenin varlığından bahsetmek, abesle iştigal etmek olur⁴⁴¹. Buna göre, meşru savunma ile haksız tahrikin aynı olayda mevcut olamayacağını kabul etmek gerekir.

İkinci olarak, hem meşru savunma halinde hareket eden kişinin hem de haksız tahrik altında suç işleyen failin, haksız eylemi gerçekleştiren kişiye karşı bir eylemi bulunmaktadır. Meşru savunmadaki, mevcut, gerçekleşmesi muhakkak veya tekrarı muhakkak bir saldırı eylemini defetmek amacıyla yapılan savunma eylemiyken; haksız tahrik altındaki, mağdurun tahrik edici ve haksız eylemi neticesinde, failde meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında gerçekleştirilen tepki fiilidir. Meşru savunma halinde hareket eden kişinin, savunma eylemi zorunludur. Kişi ancak bir hakka yönelik mevcut saldırıyı başka türlü bertaraf etme imkanına sahip olmadığı takdirde, meşru savunma halinde hareket ediyor demektir⁴⁴². Oysa, haksız tahrik altında hareket eden kişinin, haksız eylem karşısında bir tepki gösterme mecburiyeti yoktur⁴⁴³. Hatta haksız tahrikin bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı göz önüne alındığında, kanun koyucunun, tahrike maruz kalan kişinin, kural olarak buna “*sabır ve tahammül*” göstermesi gerektiğini öngördüğü düşünülebilir⁴⁴⁴. Haksız tahrik altında hareket eden fail yalnızca, mağdurun eylemi sonucunda kendisinde meydana gelen buhran halinin etkisi altında bir tepki göstermektedir.

Bu iki kurum arasındaki bir başka ayrım, meşru savunma halinde hareket eden kişinin iradesinin, kendisine karşı gerçekleştirilen saldırı eylemini defetmeye yönelik olmasıyken; haksız tahrik bakımından böyle bir iradeden söz edilememesidir. Haksız tahrik altındaki kişinin iradesi, psikolojik durumunun etkisiyle zayıflamıştır. Fail, kendisini koruma amaçlı bir davranış değil; tahrik eylemine karşı öfke veya şiddetli üzüntü içerisinde bir reaksiyon göstermektedir⁴⁴⁵. Yargıtay da somut olayda failin meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması halinde mi yoksa haksız tahrik altında mı hareket ettiğini tespit ederken; failin iradesinin savunmaya mı

⁴⁴¹ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 241; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1338; Ekerbiçer, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 151; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 206; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 341.

⁴⁴² Taner, **Ceza Hukuku...**, s. 444.

⁴⁴³ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 228; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 98; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 341.

⁴⁴⁴ Taner, **Ceza Hukuku...**, s. 444. Ayrıca bu yönde bkz. Ayık, “Tahrik”, s. 100.

⁴⁴⁵ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1338; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 341.

yönelik olduğu, yoksa öfke veya şiddetli üzüntü nedeniyle zayıflayan bir irade ile mi hareket ettiğine göre bir ayırım yapmıştır. Bu konuya ilişkin Yargıtay,

“...belirleyici olan maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira, kişi sırf maruz kaldığı saldırının tesiriyle, heyecan, korku ve paniğe kapılarak meşru müdafaa sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşılık; sırf saldırının etkisiyle değil de, (velev ki saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi) öfke ve gazap gibi nedenlerle sınırı aştığında ise aynı korumadan faydalanamayacaktır. Başka bir deyişle, sınırın aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh halini adil bir tarzda göz önünde tutmak lazımdır. Yani, failin niyeti, fiilin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir saldırının definden ziyade, kin duygusunu tatmine yönelik ise meşru savunmanın sınırlarını aşma değil, ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir.”⁴⁴⁶

şeklinde karar vermiştir.

Meşru savunmayı haksız tahrikten ayıran nedenler, meşru savunmada sınırın aşılması bakımından da geçerlidir. Zira, yukarıda ifade edildiği gibi, meşru savunmada sınırın aşılmasından söz edilebilmesi için, meşru savunma koşullarının başlangıçta oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bunlara ek olarak, sınırın kast olmaksızın aşılması halini (TCK md. 27/1), haksız tahrik halinden ayıran özel bir nedenin de kast unsuru olduğu düşünülebilir. Haksız tahrik halinde fail, fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirir; ancak, suçu işlediği sırada, iradesinde mağdurun tahrik edici haksız eyleminden kaynaklanan bir zayıflama söz konusudur⁴⁴⁷. Sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda ise, kanun koyucu açıkça kasten gerçekleştirilen eylemleri bu maddenin kapsamının dışında bırakmıştır. Buna göre, meşru savunmada sınırı aşan bir eylem kasten gerçekleştiriliyorsa, failin kastı, hali hazırda meydana

⁴⁴⁶ YCGK E. 2013/808 K. 2015/314 T. 13.10.2015. Aynı ifadenin geçtiği kararlar için örnek olarak bkz. YCGK E. 2012/1-1557 K. 2014/233 T. 06.05.2014; YCGK E. 2013/1-60 K. 2013/603 T. 10.12.2013; YCGK E. 2013/1-26 K. 2013/150 K. 16.04.2013; YCGK E. 2011/1-436 K. 2012/190 T. 08.05.2012; YCGK E. 2010/1-170 K. 2010/182 T. 05.10.2010; YCGK E. 2007/1-281 K. 2008/37 T. 26.02.2008. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 20.07.2017).

⁴⁴⁷ Bkz. I-B-2.

gelen hukuka aykırı neticeyi gerçekleştirmeye yöneliktir ve bu nedenle ceza sorumluluğunda bir değişiklik olmaz⁴⁴⁸. Dolayısıyla failin, mevcut bir saldırı karşısında, sınırı aşan bir eylemi kasten gerçekleştirildiği durumda, TCK md. 27/1 uygulama alanı bulamayacaktır. Böyle bir durumda, haksız tahrikin varlığı düşünülebilir. Yargıtay da bu konuda, “... somut olayda hukuka uygunluk nedeninin sınırının kast olmaksızın aşılmasından söz edilemeyeceği, oluşa göre meydana gelen netice açısından sanıkların kasten hareket ettiklerinin kabulüyle haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmaları gerektiği” yönünde karar vermiştir⁴⁴⁹.

Bununla birlikte bu durumda, TCK md. 27/2 de uygulama alanı bulabilir. Bunun için, failin kasten gerçekleştirdiği savunma eylemi orantılılık ilkesini ihlal etmiş olup bu, mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmelidir⁴⁵⁰. Failin TCK md. 27/2 kapsamında mı yoksa haksız tahrik altında mı hareket ettiğinin tespit edilebilmesi ise, faili harekete geçiren duygu halinin değerlendirilmesine bağlıdır. Failin sınırı aşan eylemi; mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri geliyorsa TCK md. 27/2, mağdurun eyleminden kaynaklanan bir öfke veya şiddetli üzüntü halinde gerçekleştiriliyorsa TCK md. 29 uygulama alanı bulacaktır⁴⁵¹.

Haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir neden olduğu göz önüne alındığında, tahrikin varlığının tepki eylemini hukuka uygun hale getirmediği; yalnızca failin iradesindeki zayıflama dikkate alınarak, tepki eyleminden ötürü failin daha az kınanabilir kabul edildiği anlaşılmaktadır⁴⁵². Buna göre, tepki eyleminin hukuka aykırılığı sabittir. Dolayısıyla tepki eylemi, haksız bir saldırı olarak kabul edilebildiği ölçüde, bu eyleme karşı meşru savunma halinde karşılık vermek mümkündür⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 112.

⁴⁴⁹ Yargıtay 1. CD E. 2017/219 K. 2017/564 T. 27.02.2017 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 20.07.2017).

⁴⁵⁰ Bu yönde bkz. YCGK E. 2013/808 K. 2015/314 T. 13.10.2015; YCGK E. 2012/1-1557 K. 2014/233 T. 06.05.2014; YCGK E. 2010/1-170 K. 2010/182 T. 05.10.2010; YCGK E. 2007/1-281 K. 2008/37 T. 26.02.2008 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 20.07.2017).

⁴⁵¹ Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 208.

⁴⁵² Bkz. I-B-2-b.

⁴⁵³ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 98-99; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 350.

Son olarak, karşılıklı saldırının söz konusu olduğu ve saldırıyı başlatan tarafın tespit edilemediği bir durumda, tarafların eylemlerinin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Bir görüş, bu durumda her iki tarafın meşru savunmadan yararlanmasının mümkün olmadığını, zira iki tarafın da saldırı niteliği taşıyan bir eyleminin bulunduğunu ileri sürer⁴⁵⁴. Yargıtay'ın da bu görüşü kabul ettiği ifade edilebilir, zira Yargıtay içtihatları sanığın böyle bir durumda sadece haksız tahrik indiriminden yararlanabileceği yönündedir. Diğer bir görüş ise, her iki tarafın da haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilmesinin, ilk saldırı eylemini gerçekleştirmeyen kişi bakımından adaletsiz bir sonuç yaratacağını ifade eder. Buna göre hakim, ilk saldırıya geçeni belirlemek için gerekli tüm araştırmayı yapmalı; onun kim olduğunu tespit edemediği takdirde, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi uyarınca, sanık hakkında meşru savunma hükümlerini uygulamalıdır⁴⁵⁵.

Bu yorum, sanığın eyleminin hukuka uygun olması ihtimaline karşı, aleyhine bir neticeden onu korumaktadır. Oysa, sanığın ilk haksız saldırıyı gerçekleştiren kişi olması ve onun hakkında meşru savunma halinde hareket ettiği yönünde karar verilmesi durumunda, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi, gerçekte hukuka aykırı olan bir fiilden ötürü, fail hakkında beraat kararı verilmesine neden olacaktır. İlk görüşü benimseyen Yargıtay da bu durumda sanığın haksız tahrik indiriminden yararlanması yönünde verdiği kararlarını, aynı ilke ile gerekçelendirmiştir⁴⁵⁶. Zira bu ilkenin uygulanması ile en az bir tarafın eylemi kesin olarak hukuka aykırı olmakla birlikte, sanığın ceza sorumluluğunun azaltılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre Yargıtay tarafından, hem her iki tarafın eyleminin hukuka uygun bulunması yönünde verilen hem de her iki tarafın ceza sorumluluğunun etkilenmemesi gerektiğine ilişkin kararların, adaletsiz bir sonuca yol açacağı düşünüldükçe ve bu bağlamda pratik sakıncalar göz önüne alınarak, sanık yararına asgari düzeyde indirim

⁴⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 521; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 241; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 79; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 136-138; Muhtarrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, Ankara: Seçkin, 1995, s. 92.

⁴⁵⁵ Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1340.

⁴⁵⁶ YCGK E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK E. 2002/4-238 K. 2002/367 T. 22.10.2002 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

yapılmak suretiyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yönünde karar verilmektedir⁴⁵⁷.

2. Şiddete Maruz Kalmış Kadın Ve Gerçekleşmesi Veya Tekrarı Muhakkak Saldırı

Bu bölümde uzun yıllar boyunca eşi, sevgilisi, babası, erkek kardeşi gibi duygusal anlamda yakın olduğu bir erkek tarafından gerçekleştirilen şiddete maruz kalmış kadının; olay anında güncel bir saldırı olmamakla birlikte, kendisine şiddet uygulayan erkeğe karşı işlediği öldürme eylemi, ceza hukuku bakımından değerlendirilecektir. Bununla ilgili, öncelikle Amerikalı psikolog Lenore E. A. Walker'ın 1979 yılında yayınlanan *The Battered Woman Syndrome*⁴⁵⁹ adlı çalışması ile gündeme gelen, bundan sonra da pek çok mahkeme kararında ele alınan ve hukuki niteliği sıkça tartışılan “şiddete maruz kalmış kadın sendromu”⁴⁶⁰ (*battered woman syndrome*) ve bu sendromun failin ceza sorumluluğuna etkisi ele alınacaktır. Bu sendromun etkisi altında suç teşkil eden bir davranışta bulunan kadının eylemi, ceza sorumluluğuna etki eden nedenler çerçevesinde değerlendirilecektir. İkinci olarak, TCK bakımından meşru savunmaya sebebiyet veren bir saldırı çeşidi olarak gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırının özellikleri incelenecektir. Bu iki bölümdeki açıklamalar göz önüne alınarak, son bölümde, şiddete maruz kalmış kadının eylemi, Türk ceza hukuku bakımından değerlendirilecek; eylemin hukuka

⁴⁵⁷ Örnek olarak bkz. YCGK E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK E. 2002/4-238 K. 2002/367 T. 22.10.2002; Yargıtay 3. CD E. 2016/11525 K. 2917/2915 T. 16.03.2017; Yargıtay 3. CD E. 2015/32780 K. 2016/16550 T. 28.09.2016; Yargıtay 3. CD E. 2015/9912 K. 2015/26411 T. 29.09.2015; Yargıtay 1. CD E. 2014/6417 K. 2015/4537 T. 15.09.2015; Yargıtay 1. CD E. 2015/354 K. 2015/4000 T. 22.06.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

⁴⁵⁸ 765 sayılı TCK md. 463'te de benzer bir pratik sakınca göz önüne alınarak, birden fazla kişinin birlikte gerçekleştirdiği öldürme ve yaralama eylemlerinde, neticeye yol açan hareketi gerçekleştiren failin kim olduğu tespit edilemiyorsa, her fail hakkında ceza indirimi öngörülmüştür.

⁴⁵⁹ Bkz. Lenore E. A. Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 3. Baskı, New York: Springer, 2009.

⁴⁶⁰ Öğretide “şiddete maruz kalmış kadın sendromu” yerine alternatif olarak örselenmiş kadın sendromu, hırpalanmış kadın sendromu, kötü muameleye maruz kalmış kadın sendromu gibi farklı birçok ifade de kullanılmaktadır. “*Battery*” kavramı kasten yaralama suçuna yakın olup fiziksel şiddet teşkil eden davranışları ifade etmektedir. Bununla birlikte, uzun süre fiziksel şiddete maruz kalmış kadının; cinsel, duygusal ve başka biçimlerde şiddet ile de karşı karşıya gelebildiği göz önüne alındığında, “şiddete maruz kalmış kadın sendromu” ifadesi, muadilleri arasında en kapsayıcı olduğu düşünülmektedir (Özgür Küçüktaşdemir, “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2015, s. 547-586; Ozan Ercan Taşkın, “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 20, Aralık 2012, s. 43-58).

uygunluğu veya kadının sübjektif koşullarının, ceza sorumluluğuna etkisi konuları ele alınacaktır.

a. Şiddete Maruz Kalmış Kadın Sendromu Ve Bunun Anglo-Amerikan Hukukunda Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Şiddete maruz kalmış kadın sendromunu kavramlaştıran *Walker*, erkeğin kadını istismar ettiği bir ilişki (*abusive relationship*) içerisinde, bir “şiddet döngüsü (*cycle of violence*)” olduğunu ileri sürmektedir. Bu döngünün üç aşaması bulunmaktadır. İlk aşama, artan bir tehlike hissi ile birlikte gerilimin yükselmesi aşamasıdır. Erkek, bu aşamada, kadına karşı patlama noktasına gelmeyecek şekilde hoşnutsuzluğunu ve düşmanca hislerini ifade ederek lakap takmak, kötü muamelede bulunmak ve/veya fiziksel şiddet uygulamak gibi yöntemler benimser ve kademeli bir şekilde gerilimi yükseltir. Bu aynı zamanda kadının, kendisine şiddet uygulayan erkeği yatıştırmaya, memnun etmeye, sakinleştirmeye çalıştığı ve kadında öğrenilmiş çaresizlik halinin yaratılmasına sebebiyet veren evredir. Kadın bu evrede, erkeği kontrol edebileceğine inanır. İkinci aşamada gerginlik yükselmeye devam eder, kadın yaklaşan tehlike karşısında gittikçe daha tedirgin bir hale gelir ve sonunda da erkeğin sinirli tepkisini kontrol edemediği noktaya ulaşılır. İkinci aşama, birincide yükselen gerginliğin boşalması aşamasıdır. Erkek, partnerine karşı gerek sözle gerekse fiziksel şekilde şiddet içerikli eylemlerde bulunur. Bu evre, erkeğin şiddet uygulamasına son vermesi ve gerilimin bir anda düşmesi ile sona erer. Son olarak, sevgi-pişmanlık evresine gelinir. Burada erkek sıkça özür dileyerek, kadına hediyeler alarak vs. “hatasını” telafi etmeye çalışır. Kadın, erkeğin pişman olduğunu ve değişebileceğini düşünür, kadının ilişkiyi sürdürebileceği yönünde umutları yükselir. Bu aşamada, erkeğin de bir daha şiddet uygulamayacağına samimi bir şekilde inanması söz konusu olabilir. Pişmanlık aşamasından sonra yeniden gerilimin yükselmeye başlaması ile birlikte döngü kendisini tekrar eder⁴⁶¹⁴⁶².

⁴⁶¹ Walker, *The Battered Woman Syndrome*, s. 91-95.

⁴⁶² Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, “Temel Sosyal Ve Demografik Özelliklere Göre Eşinin Veya Birlikte Olduğu Erkeklerin Fiziksel Veya Cinsel Şiddetine Maruz Kalmış Kadınların Yüzdesi” başlıklı tablo sonuçlarına göre, yaşamının herhangi bir döneminde, 6287 kadından %35,5’inin fiziksel şiddete, %12’sinin cinsel şiddete, %37,5’inin ise fiziksel ve/veya cinsel şiddete maruz kaldığı öğrenilmektedir (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı/Hacettepe Üniversitesi, *Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması*, s. 84).

Partnerlerine karşı kasten öldürme suçunu işleyen kadınlar, çoğunlukla onlar tarafından şiddete maruz kalmış kadınlardır⁴⁶³. Şiddete maruz kalmış kadının, kendisine rutin olarak şiddet uygulayan erkeği, somut olay anında, şiddet uygulama tehlikesi taşıyırken – örneğin uyurken veya televizyon seyredirken ya da herhangi bir şekilde tehlike arz etmeyen, pasif bir konumdayken – öldürmesi durumunda; eyleminin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka aykırı ise ceza sorumluluğunun ne olması gerektiği konusu, bu bölümün temel tartışma konusudur. Öğretide, bu koşullar altında hareket eden kadının eylemi meşru savunma, haksız tahrik veya geçici akıl hastalığı gibi nedenler altında incelenmiştir⁴⁶⁴.

Amerikan hukukunda meşru savunma genel anlamda, masum bir kişinin, yakın (*imminence*) ve haksız ölümcül bir saldırıyı defetmek için öldürücü kuvvet kullanımının zorunlu olduğuna inanması halinde, saldırıda bulunan kişiye karşı, böyle bir kuvvet kullanmasına izin verilmesi şeklinde ifade edilmektedir⁴⁶⁵. Anglosakson hukukunda da meşru savunma bir *common law* ilkesidir⁴⁶⁶. Buna göre kişi, haksız bir saldırı tehlikesi ile karşı karşıya olmalı veya böyle olduğunu düşünmelidir ve bu tehlikeye karşı somut olayın özelliklerine göre makul kabul edilebilecek ölçüde bir kuvvet kullanmalıdır. Bu koşullar sağlandığı takdirde, kişinin eylemini meşru savunma halinde gerçekleştirdiği kabul edilmektedir⁴⁶⁷.

Amerikan hukukunda bu sendrom ile özdeşleştirilen bir vaka olan *Norman* vakasında Judy Norman, kendisine karşı yıllarca şiddet uygulayan ve ona fuhuş yaptıran eşi J.T. hakkında polise pek çok defa şikayette bulunmuş, herhangi bir sonuç alamayınca da bir gün onu uykusunda öldürmüştür. Yargılama aşamasında Norman, meşru savunma halinde hareket ettiğini ileri sürmüştür; ancak J.T.’nin uykusunda öldürülmüş olması sebebiyle, Norman bakımından saldırı tehlikesinin yakınlığı kriterinin sağlanmamış olduğu kabul edilmiştir⁴⁶⁸. Bu kararın ardından

⁴⁶³ Herring, **Criminal Law**, s. 309.

⁴⁶⁴ McColgan, “General Defences”, s. 152.

⁴⁶⁵ Joshua Dressler, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform of Self-Defense Law: Some Critical Reflections”, **Marquette Law Review**, Cilt: 93, 2010, s. 1478.

⁴⁶⁶ Suçun önlenmesi ve yakalama tedbiri ile ilgili olarak özel meşru savunma düzenlemesi için bkz. *Criminal Law Act 1967*, 3. Bölüm.

⁴⁶⁷ Elliott/Quinn, **Criminal Law**, s. 368-369, 371; Herring, **Criminal Law**, s. 642.

⁴⁶⁸ Karar hakkında detaylı bir analiz için bkz. Joshua Dressler, “Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, Cilt: 3, 2006, s. 459-461.

feminist eleştiriler bu tür vakalarda öncelikle kadının, şiddete maruz kalmış kadın sendromu içerisinde olup olmadığının tespit edilmesi; tespit edildiği takdirde, kadının meşru savunma halinde hareket etmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Kadının bu sendromdan muzdarip olduğu bir kere tespit edildikten sonra, jürinin; kadının ilişkiyi sonlandırmak, saldırı tehlikesinden önceki bir aşamada saldırganı terk etmek gibi bir yolu neden tercih etmediği noktasına odaklanmak yerine, meşru savunma halinde hareket ettiğine daha kolay ikna olabileceği düşünülmüştür. Zira, şiddete maruz kalmış kadın, bu koşullar altında savunma eylemini gerçekleştiriyorken, saldırı tehlikesinin “yakın olduğuna inanarak” savunma eyleminde bulunmaktadır⁴⁶⁹.

Öğretide de bu görüşe paralel olarak, saldırı tehlikesinin yakınlığı konusunda, şiddete maruz kalmış kadın bakımından sübjektif kriterin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Zira, kadını savunma eylemine iten, onun tehlikenin yakınlığına ilişkin bakış açısı, yani kendi deneyimi nedeniyle şiddet göstergelerine karşı daha duyarlı hale gelmiş olmasıdır⁴⁷⁰. Buna göre, şiddete maruz kalmış olan kadın, onu istismar eden partneri somut olayda pasif bir pozisyonda bulunuyor olsa dahi sübjektif olarak yaşamının tehlikede olduğuna inanarak savunma eylemini gerçekleştiriyorsa ve aynı koşullar altındaki makul bir insanın – ki bu yine şiddete maruz kalmış kadın sendromundan muzdarip makul bir kadın olmalıdır – da somut olaydaki kadınla aynı inanca sahip olacağı ve tehlikeyi bertaraf etmek için savunma eyleminde bulunacağı kabul edilebiliyorsa, somut olaydaki kadın, meşru savunma halinde hareket etmiş demektir⁴⁷¹.

Şiddete maruz kalmış kadının davranışının meşru savunma kapsamında kalıp kalmayacağı meselesi, ayrıca, yakın saldırı tehlikesinin varlığı halinde, kadının saldırıdan kaçma/geri çekilme yükümlülüğü (*duty to retreat*) olup olmadığı problematiği çerçevesinde tartışılan bir konudur⁴⁷². Buna göre, kadının yakın ölüm tehlikesi karşısında ve hatta bu tehlike meydana gelmeden önce kaçmamış olması ve onun yerine içinde bulunduğu tehlikeli pozisyona girmeyi beklemesinin, meşru

⁴⁶⁹ Dressler, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform...”, s. 1485-1487.

⁴⁷⁰ Nourse, “Self-Defense and Subjectivity”, s. 1278.

⁴⁷¹ Dressler, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform...”, s. 1487; McColgan, “General Defences”, s. 153.

⁴⁷² Victoria F. Nourse, “Self-Defense and Subjectivity”, **University of Chicago Law Review**, Cilt: 68, 2001, s. 1280.

savunma altında hareket ettiğinin kabul edilmesi yönünde bir engel olduğu ileri sürülmüştür⁴⁷³. Amerikan eyaletlerinin çoğu, genel olarak kişiye böyle bir yükümlülük yüklenemeyeceğini kabul etmektedir⁴⁷⁴. Kişinin meşru savunmadan yararlanabilmek için, güvenli olduğu takdirde kaçma yükümlülüğünü yerine getirmesini arayan eyaletlerin çoğunda da bu yükümlülüğün kamusal alanlara hasredildiği, kişinin evinin, bunun istisnası olduğu kabul görmektedir⁴⁷⁵. Buna göre, şiddete maruz kalmış kadınlara, şiddetin çoğunlukla evlerinde uygulanması ve kadınların saldırganları öldürme eylemlerinin de çoğunlukla evde gerçekleşmesi göz önüne alındığında; kadının yakın tehlike altında bulunduğu kabul edilmesi için yerine getirmesi gereken bir kaçma yükümlülüğü bulunmadığı ifade edilebilir⁴⁷⁶.

Kadına kaçma yükümlülüğü yükleyen bir normun, şiddete maruz kalmış bir kadının yaşadığı durumun duygusal gerçekliğini dikkate almadığı da ifade edilmektedir⁴⁷⁷. Şiddet döngüsü içerisinde yer alan kadının psikolojisini, bir rehine veya savaş esirinin psikolojisi ile paralellik kurarak anlamak mümkündür⁴⁷⁸. Zira, *Walker* “şiddete maruz kalmış kadın sendromu”nu açıklarken, bundan muzdarip olan kadının, istismar edildiği ilişkide öğrenilmiş çaresizlik içerisinde olduğunu, şiddet döngüsünden kendisini çıkaramadığını; hem partnerini terk etmek istemediğini hem de döngüden çıkmak konusunda, kendisini istismar eden erkekten korkması sebebiyle, duygusal bir felç içerisinde kaldığını ileri sürmektedir⁴⁷⁹⁴⁸⁰.

⁴⁷³ Baker, “Gender And Emotion In Criminal Law”, s. 457.

⁴⁷⁴ Dressler, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform...”, s. 1482-1483; Nourse, “Self-Defense and Subjectivity”, s. 1267.

⁴⁷⁵ Nourse, “Self-Defense and Subjectivity”, s. 1267.

⁴⁷⁶ Nourse, “Self-Defense and Subjectivity”, s. 1280-1281.

⁴⁷⁷ Baker, “Gender and Emotion in Criminal Law”, s. 457.

⁴⁷⁸ McColgan, “General Defences”, s. 154-155.

⁴⁷⁹ Taşkın, “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın...”, s. 47-48; Walker, **The Battered Woman Syndrome**, s. 73, 91.

⁴⁸⁰ Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, “Temel Sosyal Ve Demografik Özelliklerine Göre Şiddete Gerekçe Gösterilen Seçilmiş Durumlarda Fiziksel Şiddeti Kabul Edilir Bulan Kadınların Yüzdesi” başlıklı tablo sonuçlarına göre, 6287 kadından %57,8’si hiçbir gerekçe ile şiddeti kabul edilemez buluyorken; %36,4’ü erkeğin kendisinin aldatıldığını öğrenmesi, %17,7’si erkeğin kendisinin aldatıldığından şüphelenmesi, %13,4’ü kadının eşine karşı çıkması, %7,9’u kadının ev işlerini ihmal etmesi, %7,3’ü kadının cinsel ilişkiyi reddetmesi ve %5,2’si ise eşine başka kadınlarla ilişkisi olup olmadığını sorması durumlarında fiziksel şiddetin kabul edilebilir olduğunu düşünmektedir (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı/Hacettepe Üniversitesi, **Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması**, s. 109).

Bununla birlikte, kaçma yükümlülüğünün kabul edilmediği hukuk sistemlerinde dahi saldırının yakınlığı veya savunma eyleminin zorunluluğu gibi kriterlerin, “zımni kaçma yükümlülüğü” getirdiği; şiddete maruz kalmış kadının eyleminin, meşru savunma kapsamında değerlendirilmesini engellediği ifade edilmektedir⁴⁸¹. Ceza hukuku, kadının, istismar edildiği ilişkiyi sonlandıracağını varsayar. Oysa, partnerinden ayrılmak birçok kadını fiziksel tehlike ile karşı karşıya getirebileceği gibi, kadının maddi veya duygusal anlamda zorluk yaşamasına sebep olabilir. Şiddet döngüsünün uzun süreli yapısı da kadının bu tür bir ilişkiyi sonlandırmasını iyice zorlaştırır. Zira süreç içerisinde kadın açısından barışma, umutlanma, karşılıklı duygusal yoğunluk dönemleri şiddet ile iç içe geçmiş durumdadır⁴⁸².

Öte yandan, saldırı tehlikesinin yakınlığı kriterinin, meşru savunma bakımından gerekli olmadığı ve kaldırılması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Zira, savunma eyleminde zorunluluk unsuru, saldırı tehlikesinin yakınlığı ile sağlanmak istenen menfaati korumaktadır. Bazı Amerikan eyaletlerinde uygulanmakta olan *Model Ceza Kanunu* § 3.04(1), buna paralel olarak meşru savunmada yakınlık unsuruna yer vermeyip savunmanın o an zorunlu olmasını aramakla yetinmiştir. Örneğin bu hüküm, Judy Norman’ın yargılanması sırasında uygulanıyor olsaydı, J.T.’nin kuvvet kullanımı yakın olmamakla birlikte, o an bu tehlikeyi bertaraf etme zorunluluğunun olduğu kabul edilebilirdi. Bu yönde yapılacak bir değişikliğin, kadınların kendilerini istismar eden erkeklere karşı ellerine geçen ilk fırsatta saldırıyı sonlandırmak amacıyla gerçekleştirdikleri öldürme eylemlerinin, meşru savunma kapsamında değerlendirilmesini kolaylaştıracağı düşünülebilir⁴⁸³. Anglosakson hukukunda yakınlık kriterinin arandığı senaryoda dahi bunun derhal gerçekleşecek bir saldırı tehlikesi olarak anlaşılmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, fiziksel şiddet tehlikesi bulunmasa da kadının, gelecekte gerçekleşme tehlikesi bulunan saldırıdan kaçma olasılığı olmayan bir pozisyonda bırakılması, başlı başına bu yakınlık kriterini sağlamaya yeterlidir⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Nourse, “Self-Defense and Subjectivity”, s. 1281-1282.

⁴⁸² Baker, “Gender and Emotion in Criminal Law”, s. 459.

⁴⁸³ Dressler, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform...”, s. 1489.

⁴⁸⁴ McColgan, “General Defences”, s. 152.

Şiddete maruz kalmış kadın sendromu teorisinin; yaşamını sürdürmek için çabalayan, mücadele eden bir kadın yerine, çaresiz ve dengesiz bir kadın profili yarattığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır⁴⁸⁵. Bu nedenle, mahkemelerde bu sendromun mağduru olan kadın profiline uymayan, fiziksel anlamda olmasa bile duygusal anlamda mücadele eden bir kadın hakkında, bu sendrom çerçevesinde ceza indirimi öngörülmesi güçleşmektedir⁴⁸⁶. Ayrıca sendromun kadını patolojik bir vaka olarak yansıttığı; yargılama sırasında jüride, sendrom teşhisi konan bir kadının düşünce şeklinin değiştiği, sağduyulu karar alma yeteneğinin azaldığı yönünde bir izlenim yaratılmasına neden olduğu ileri sürülmektedir. Bu da feminist çevrelerce çokça eleştirilen bir sonuçtur. Zira bu tür bir değerlendirme, kadının savunma eylemini gerçekleştirdiği sırada, akıl sağlığının yerinde olmadığı sonucunun çıkarılmasına sebep olmaktadır. Kadının eyleminin geçici akıl hastalığı ya da kusur yeteneğini azaltan başka bir nedenin etkisi altında işlendiğinin ileri sürülmesi, kadının savunma eylemini gerçekleştirme biçimi ile örtüşmez niteliktedir⁴⁸⁷. Uzun süre şiddete maruz kalmış ve saldırı tehlikesini ortadan kaldırmadığı müddetçe kendisine karşı şiddet uygulanmaya devam edilecek olan kadın, kendisini savunma imkanı bulduğu ilk fırsatta, şiddet döngüsünden çıkmak maksadıyla harekete geçmiştir. Kadının, hareketinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinde herhangi bir azalma meydana gelmiş değildir. Bu nedenle, bu şekilde gerçekleştirilen bir öldürme eyleminde, kadın fail hakkında bir mazeret nedeninin değil, bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın söz konusu olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁸⁸.

Meşru savunma koşullarının sağlanamadığı durumda, ilgili koşullar altında hareket eden kadının eyleminin haksız tahrik altında işlenip işlenmediği de değerlendirilmektedir. Bununla ilgili Anglosakson hukuku bakımından, fiziksel şiddete maruz kalmış olan kadının, kendisine uygulanan şiddeti bir tetikleyici neden olarak kabul edip gelecekteki saldırılardan korkması nedeniyle partnerini öldürmesi halinde kontrol kaybının gerçekleştiği ifade edilebilir. Ancak, kadının yalnızca

⁴⁸⁵ Dressler, “Battered Women and Sleeping Abusers...”, s. 462; Küçüktaşdemir, “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, s. 562.

⁴⁸⁶ Baker, “Gender and Emotion in Criminal Law”, s. 459-460.

⁴⁸⁷ Dressler, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform...”, s. 1488.

⁴⁸⁸ Dressler, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform...”, s. 1488-1489; McColgan, “General Defences”, s. 152.

duygusal anlamda istismar edildiği bir durumda, gelecekteki saldırı korkusundan bahsedilmesinin güçleştiği düşünülmektedir⁴⁸⁹. Kadının eyleminin “kontrol kaybı” altında işlenip işlenmediği meselesi yukarıda tepki suçunun zamanına ilişkin açıklamalarda detaylı bir şekilde ele alınmıştır⁴⁹⁰.

b. Gerçekleşmesi Veya Tekrarı Muhakkak Saldırı

TCK md. 25/1’e göre kişinin meşru savunma halinde hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle bir saldırının varlığı gerekir. Bu saldırı o an gerçekleşmekte olan, dar anlamda mevcut bir saldırı olabileceği gibi; gerçekleşmesi muhakkak bir saldırı veya daha önce gerçekleşmiş olup tekrarı muhakkak bir saldırı olabilir. Buna göre gelecekte gerçekleşmesi kesin olmamakla birlikte, muhtemel bir saldırının varlığı halinde, buna karşı meşru savunmanın mümkün olmayacağını kabul etmek gerekir⁴⁹¹.

Kural olarak başlamamış veya tamamlanmış olan bir saldırıya karşı meşru savunmada bulunulması söz konusu değildir⁴⁹². Böyle bir durumda, koşulları sağlandığı ölçüde, örneğin failde önceden gerçekleştirilen saldırı nedeniyle öfke veya şiddetli üzüntü hali devam ediyorsa, haksız tahrikin gündeme gelebileceği söylenebilir.⁴⁹³ Oysa, henüz başlamamış olmakla birlikte, başlaması muhakkak olan veya sona ermiş olmakla birlikte, tekrarı muhakkak olan saldırılara karşı gerçekleştirilen zorunlu ve orantılı savunma eylemlerinin, meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira, hukuksal bir değeri o anda ihlal eden bir saldırı mevcut olmamakla birlikte, ihlale kesin gözüyle bakılmaktadır. Böyle bir değer ihlal edilmesi tehlikesi var olduğu sürece de saldırı güncel demektir⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ Herring, *Criminal Law*, s. 308.

⁴⁹⁰ Bkz. II-C-1-b.

⁴⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 404; Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma...*, s. 33.

⁴⁹² Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel...*, s. 272; Parlar, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma...*, s. 18-20.

⁴⁹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 405-406; Demirbaş, *Ceza Hukuku...*, s. 290; Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî... (II)*, s. 114.

⁴⁹⁴ Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma...*, s. 31.

Gerçekleşmesi muhakkak bir saldırı ile tehlikeye düşürülen hukuksal değer göz önüne alındığında, savunma eyleminin yapılması için saldırı eyleminin gerçekleştirilmesinin beklenmesi, savunmayı “*etkisiz ve anlamsız*” hale getirmektedir⁴⁹⁵. Yargıtay da bu şekilde bir saldırıya karşı meşru savunmanın mümkün olabilmesi için, saldırının “*başlamasının muhakkak ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız hale getirece(k)*” nitelikte olmasını aramıştır⁴⁹⁶. Bu düzenleme ile savunmanın imkansız ya da çok güç hale gelmesinden önce, kişiye muhakkak olan saldırıya karşı koyma imkanı tanınmıştır⁴⁹⁷. Örneğin Yargıtay, somut olayda dar anlamda mevcut bir saldırı olmamasına rağmen, maktulün elindeki av tüfeğini sanığa karşı doğrultması durumunda⁴⁹⁸ veya maktul ile kendi aileleri arasında husumetten kaynaklanan ölüm olaylarının varlığı halinde, kendi yaşam hakkına karşı saldırı henüz tam olarak başlamamış olmakla birlikte, sanığın savunma eyleminde bulunması halinde⁴⁹⁹ meşru savunma koşullarının değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Tekrarı muhakkak bir saldırıya karşı gerçekleştirilen savunma eyleminin hukuka uygunluğu ise, kişinin devam eden bir saldırı karşısındaki savunma eylemi referans alınarak tespit edilebilir⁵⁰⁰. Yargıtay’ın, 765 sayılı kanun döneminde, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırıya karşı meşru savunmanın mümkün olduğu açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, içtihatları da bu yöndedir:

“...saldırının halen varlığını geniş manada anlamak ve başlayacağı artık muhakkak olan bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur. Örneğin elindeki bıçağı uyarıya rağmen bırakmayan bir kimse saldırıya başlamış sayılacağı gibi hasmını yere yıkan kişinin

⁴⁹⁵ Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 31. Bu yönde ayrıca bkz. Mehmet Şahin, “Yasal (Meşru) Savunma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 75, Mart-Nisan 2008, s. 313-314.

⁴⁹⁶ YCGK E. 1998/1-176 K. 1998/276 T. 29.09.1998, Aktaran: Parlar, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 19.

⁴⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 404-405; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe; **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 317; Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, s. 79.

⁴⁹⁸ Yargıtay 1. CD E. 2014/2272 K. 2014/3418 T. 09.06.2014 (www.kazanci.com) Erişim tarihi: 25.07.2017).

⁴⁹⁹ Yargıtay 1. CD E. 2013/5748 K. 2014/1365 T. 06.03.2014 (www.kazanci.com) Erişim tarihi: 25.07.2017).

⁵⁰⁰ Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 32.

saldırıyı daha ileri derecelere götüreceği anlaşılıyorsa saldırı sona ermiş sayılamaz. Henüz başlamamış saldırı tehlike teşkil edebilir ve sona eren bir saldırının tekrar edilmesi tehlikesi de bulunabilir.”⁵⁰¹

Ersan, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırı ile hukuki bir değeri ihlal edecek olan saldırı eylemi arasında “sıkı bir zamansal yakınlık” olması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, söz konusu tehlike hali ile saldırı arasına ara bir hareket süreci girmemeli, saldırı eylemi, içinde bulunulan tehlike halinin hemen ardından gerçekleşecek nitelikte olmalıdır⁵⁰². Gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırı bu şekilde anlaşıldığı takdirde, saldırının gerçekleşmesine etki edecek başkaca hareketlerin söz konusu olabileceği bir durumda, saldırının kesin olduğu kabul edilemeyecek ve kişinin savunma niteliğindeki eylemi hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda, bu eylemin meşru savunma halinde karşılık verilebilecek bir haksız saldırı teşkil ettiği düşünülebilir.

Gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırının mevcut olup olmadığı, hakim tarafından somut olayın özelliklerine göre ve fakat objektif olarak değerlendirilmesi gereken bir konudur⁵⁰³. Bu değerlendirme sonucu saldırının varlığı konusunda yapılacak olan tespit, saldırının yöneldiği hukuksal değere göre değişiklik gösterebilir⁵⁰⁴. Buna göre yaşama, vücut bütünlüğüne veya cinsel özgürlüğe yönelik geniş anlamda mevcut bir saldırı olup olmadığına ilişkin değerlendirme ile örneğin malvarlığına yönelik böyle bir eylemin tespitinde, farklı kriterlerin dikkate alınabileceği düşünülebilir.

c. Değerlendirme

Bu bölümde, yukarıdaki iki bölümde yapılan açıklamalar göz önüne alınarak, Türk ceza hukukuna göre, şiddete maruz kalmış kadının, kendisine sürekli olarak şiddet uygulayan erkeği, şiddet tehlikesi göstermediği ve pasif konumda olduğu bir

⁵⁰¹ YCGK E. 1991/1-145 K. 1991/172 T. 27.05.1991, Aktaran: Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 370. Aynı yönde yakın tarihli bir karar için bkz. YCGK E. 2015/1-1039 K. 2016/96 T. 01.03.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 20.07.2017).

⁵⁰² Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 32.

⁵⁰³ Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, s. 229.

⁵⁰⁴ Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 35.

anda öldürmesi durumunda; eyleminin meşru savunma kapsamında kalıp kalmayacağı değerlendirilecektir. Kadına karşı gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırının varlığı kabul edildiği müddetçe, kadının meşru savunma halinde hareket ettiğinden söz edilebilir. Şüphesiz ki bu durumda da meşru savunmanın diğer koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olması aranacaktır. Örneğin, bir hakka yönelik gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırı mevcut olmakla birlikte, bu saldırıya karşı zorunlu olarak gerçekleştirilen savunma eylemi orantısız olduğu takdirde, failin eyleminin, meşru savunma yerine meşru savunmada sınırın aşılması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmelidir. Bununla birlikte, geniş anlamda mevcut bir saldırı kriteri sağlanmadığı durumda, erkeğin süregelen şiddet eylemlerinin aynı zamanda, haksız ve tahrik edici eylem niteliği taşıdığı göz önüne alınmalıdır. Kadın bakımından meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması koşulları oluşmuyorsa, tahrik sonucunda kadının öfke veya şiddetli üzüntüye kapılmış olduğu ve bunun sebep olduğu buhranın etkisi altında tepki suçunu işlediği kabul edilebildiği ölçüde, haksız tahrik indirimi gündeme gelecektir.

Öncelikle, şiddete maruz kalmış kadın sendromunun yukarıda açıklanan özellikleri dikkate alındığında, kadının içerisinde bulunduğu şiddet döngüsünün, onu kendiliğinden tekrarı muhakkak bir saldırı tehlikesi ile yaşamak durumunda bıraktığı düşünülebilir. Zira, şiddet döngüsü yapısı itibariyle kendisini tekrar etmektedir. Kadın, her yeni döngünün ikinci aşamasında, erkeğin fiziksel şiddetine maruz kalmaktadır. Bu evreyi takip eden üçüncü evrede erkek sevgi ve pişmanlık hislerine kapılmakta; akabinde birinci evrede yeniden gerilimin yükselmeye başlaması ile birlikte, kadını istismar eden erkek, tekrar fiziksel şiddete başvuracağı, döngünün ikinci evresine ulaşmaktadır. Buna göre şiddete maruz kalmış kadının, özellikle döngünün birinci aşamasındayken, tekrarı muhakkak bir saldırı tehlikesi ile karşı karşıya olduğu kabul edilebilir. Gerilimin yükselişini gören kadın; kendisine süregelen şekilde şiddet uygulayan erkeğin, somut olay anında pasif durumda olması halinde, potansiyel saldırıyı defetme zorunluluğu olduğunu düşünerek, tehlikeyi ortadan kaldırma yolunu izleyebilir. Zira bu döngü içerisinde yaşayan kadın, kendisini somut olay anında savunmak amacıyla söz konusu eylemi

gerçekleştirmedeği takdirde, saldırı gerçekleştiği anda savunmanın imkansız hale geleceğini bilmektedir⁵⁰⁵.

Yukarıda, muhtemel saldırıların, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırı olarak kabul edilemeyeceği ve meşru savunmaya konu olamayacağı ifade edilmiştir. Şiddete maruz kalmış olan kadının gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırı karşısında olmadığı, dolayısıyla meşru savunmada bulunduğu kabul edilemeyeceği görüşü de ileri sürülebilir. Buna göre kadının, gelecekte kendisine karşı şiddet uygulanması tehlikesi bulunmaktadır; ancak bu, olay anında muhtemel bir saldırıdan ibarettir. Kadının pasif durumdaki erkeğe karşı gerçekleştirdiği savunma eylemi, saldırı ile savunma arasında sıkı bir zamansal yakınlık bulunması kriterini sağlamamaktadır. Zira, bu durumda saldırının gerçekleşmesine başkaca hareketlerin etki edebileceği düşünülebilir. Saldırının, savunma eylemine göre yakın bir zamanda gerçekleşmeme ve hatta hiçbir zaman gerçekleşmeme ihtimali bulunmaktadır⁵⁰⁶.

Kanaatimizce, her somut olayda koşulların değerlendirilmesi gerekmele birlikte, şiddet döngüsü içerisinde yaşayan kadın bakımından, saldırının basit bir ihtimalin ötesinde, bir kesinlik değeri taşıyabileceğini kabul etmek gerekir. Zira, tehlikenin sona ermesi sonucunu yaratacak olan savunma eylemi gerçekleştirilmediği takdirde, döngü kendisini tekrar edecek ve erkek, önceki aşamada yükselen gerilimin boşalması sonucunu yaratacak şekilde, kadına karşı fiziksel ve/veya cinsel şiddet uygulayacaktır. Bu şekilde bir saldırı tehlikesine karşı kadının zorunlu ve orantılı savunma eylemi, meşru savunma kapsamında kalacaktır. Bununla birlikte, yakın zamanda meydana geleceğini düşündüğü, tekrarı muhakkak bir saldırı tehlikesi ile karşı karşıya olan kadının, saldırıyı bertaraf etmek maksadıyla gerçekleştirdiği savunma eyleminin orantısız olması durumunda, meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olacaktır. Ancak bu durumda, saldırının geniş anlamda mevcut olması kriterinin sağlanmış olması gerekir. Zira, sınırın aşılmasından söz edilebilmesi için, savunma eyleminin saldırıya göre orantılı olması dışında, meşru savunmanın bütün koşulları olayda gerçekleşmiş olmalıdır.

⁵⁰⁵ Şiddete maruz kalmış kadının içinde yaşadığı şiddet döngüsü hakkında detaylı açıklama için bkz. III-A-2-a.

⁵⁰⁶ Küçüktaşdemir, “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, s. 567-569.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2011 tarihli bir kararında, babası tarafından senelerce pek çok defa cinsel saldırı ve silahla tehdit eylemlerine maruz kalan bir kadının, babası uyurken, onu sırtına üç el ateş ederek öldürmesi eyleminin, meşru savunmada sınırın aşılması halinde gerçekleştiğini kabul etmiştir. Kadın süreç içerisinde evlenerek evden ayrılmış ve fakat babası, kadının eşine karşı yaralama, sövme ve tehdit suçlarından hakkında dava açılmasına sebep olacak eylemlerde bulunmuştur. Baba, kadının evliliği boyunca onu eşinden ayırmak konusunda çaba göstermiş ve sürecin sonunda kadın eşinden boşanmak ve ailesinin evine dönmek zorunda kalmıştır. Eve döndükten 2 yıl sonra kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı eylemleri neticesinde hamile kalmış ve kürtaj yaptırmıştır. Yargıtay’a konu olan olay, kürtajdan 2 ay sonra gerçekleşmiştir. Buna göre,

“...televizyon izlemekte olan maktulün, eşinin uyumasından sonra arada mutfığa girip çıkmak sureti ile kızlarının odasını gözetleyerek küçük Bahar’ın uyumasını kolladığı, Bahar’ın ve sanığın uyumasından sonra saat 24.00 sıralarında kızı Banu’nun yanına gidip eli ile kalçasına ve göğüslerine dokunmak sureti ile tacizde bulunduğu ve uyanan sanığa ‘salona gel’ dediği, sanığın ‘Ben senin kanındanım canındanım’ demesi üzerine ‘seni istiyorum, kaçışın yok, sen benim olacaksın, tersten bir kere birlikte olalım’ diyerek eli ile gerçekleştirdiği tacizlerini devam ettirdiği, sanığın bağıracağını ve annesini çağıracağını söylemesi üzerine ‘Tamam ben sabrederim, bugün olmazsa yarın seni mutlaka elde edeceğim ve seninle birlikte olacağım’ diyerek odadan çıktığı; maktulün, her zaman yaptığı gibi, gece tekrar taciz ve tecavüz için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kız kardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın, maktule ait silahı yerinden alıp yastığının altına koyduğu, sabah saat 07.30 sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip, çaresizlikten kaynaklanan korku ve panikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt bölgesine olmak üzere 3 el ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda; açıklanan olaylar zinciri içinde ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak,

meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü öldüren sanık hakkında TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar veril(miştir) ”⁵⁰⁷.

Yargıtay, maktulün eylemlerinin niteliğini, yoğunluğunu ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak, sanık kadına karşı tekrarı muhakkak bir saldırının mevcut olduğunu kabul etmiştir. Kadının savunma eyleminin zorunlu olduğu konusunda da bir ihtilaf bulunmamaktadır. Zira, kadının evlenerek evden ayrılmasına rağmen, babanın kendisine karşı uyguladığı şiddetten temelli olarak kurtulamadığı anlaşılmaktadır. Kadının eşinden boşandıktan sonra gidebileceği başka bir yerin bulunması ihtimalinde, daha önceden cinsel saldırıya ve tehdide maruz kaldığı aile evine dönmek yerine, alternatif herhangi bir yolu tercih edeceğini düşünmek gerekir. Buna göre kadının, savunma eylemini, kendisini saldırıdan başka türlü koruma imkanı olmadığını düşünerek gerçekleştirdiği kabul edilebilir. Ayrıca, babanın, kadına karşı sarf ettiği son sözler de dikkate alındığında, kadının savunma eylemini olay anında gerçekleştirmediği halde, savunmanın imkansız hale geleceği de açıktır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, kadının babayı öldürme eylemini “mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş” ile gerçekleştirdiğini kabul edip kadın hakkında TCK md. 27/2 uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Sonuç itibarıyla süregelen fiziksel ve cinsel şiddete maruz kalmış olan kadın, kendisini istismar eden babasına karşı işlediği öldürme eyleminden ötürü ceza almamıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce, meşru savunmanın diğer tüm koşullarının somut olayda gerçekleştiği kabul edildikten sonra, savunma eyleminin de saldırıya göre orantılı olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, “saldırı ile savunmanın orantılı olması, saldırıya uğrayan hukuki değer ile zarar verilen hukuki değer in aynı nitelikte olmasını gerektirmez”⁵⁰⁸. Buna göre, cinsel bütünlüğe yönelik saldırıların karşısında vücut bütünlüğünü veya yaşam hakkını ihlal eden savunma eylemlerinin

⁵⁰⁷ Yargıtay 1. CD E. 2011/1267 K. 2011/4491 T. 13.07.2011 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017).

⁵⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 315. Ayrıca bu yönde bkz. Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbiki... (II)**, s. 119; Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, s. 223.

kendiliğinden orantısız kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir⁵⁰⁹. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir⁵¹⁰. Bu nedenle kanaatimizce, babanın süregelen hareketleri ve tekrarı muhakkak olan saldırının yöneldiği hukuksal değer göz önüne alındığında, kadının eyleminin orantılı olduğu ve dolayısıyla meşru savunma halinde hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekir⁵¹¹.

Benzer bir olayda Sakarya 1. Ağır Ceza Mahkemesi, şiddete maruz kalmış kadının eyleminin meşru savunma kapsamında mı yoksa haksız tahrik altında mı işlendiğini tartışmış; kadının eyleminin TCK md. 25/1 uyarınca meşru savunma teşkil ettiğini kabul etmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin onadığı yerel mahkeme kararına göre,

“...hiçbir sebep olmadığı halde maktul uzun süreden beri sanığa fiziki saldırılarda ve hakaretlerde bulunmaktadır. Olay anında da yine maktulün sebepsiz yere sanığa şiddet uyguladığı ve eylemlerine devam edeceği bellidir. Yaşanan tüm olayların etkisiyle sigarasını bitirdikten sonra yine kendisini döveceğini düşünen sanığın bir anlık kararla eline geçirdiği kabloyu maktulün boğazına dolayarak sıkıdığı, maktul yere düşünce eylemine son verdiği ancak yerde yatmakta olan maktulün ‘beni boğ, yoksa çok kötü olacak’ şeklindeki sözü üzerine artık o ana kadar ki eyleminden sonra bu kez maktulün kendisine çok daha ağır şiddet uygulayabileceğini, hatta öldürebileceğini düşünerek yeniden maktulün boğazını sıkıp öldürmesi şeklinde sonuçlanan olayda sanığın meşru müdafaa şartları içerisinde maktulü öldürdüğü kabul edilmelidir.”⁵¹²

Yerel mahkeme, kararda, kadının eyleminin doğrudan onu istismar eden erkeği öldürmeye yönelik olduğunu ifade etmiş; bu nedenle eylemin meşru savunmada

⁵⁰⁹ Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 332.

⁵¹⁰ YCGK E. 2014/1-572 K. 2015/2 T. 17.02.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017); Yargıtay 1. CD E. 2006/2123 K. 2007/4388 T. 01.06.2007, Aktaran: Şahin, “Yasal (Meşru) Savunma”, s. 320.

⁵¹¹ Sanığın eyleminin saldırıya göre orantısız olduğu ve Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin kararının yerinde olduğu yönünde bkz. Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 238.

⁵¹² Yargıtay 1. CD E. 2013/2895 K. 2014/6572 T. 24.12.2014 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017) kararında alıntılanan Sakarya 1. Ağır Ceza Mahkemesi E. 2011/326 K. 2012/107 T. 17.05.2012.

sınırın aşılması halinde gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceğini, ancak olayda meşru savunma koşullarının sağlandığını kabul etmiştir. Mahkeme bu kararı verirken, olay örgüsü büyük ölçüde örtüşen, 1991 tarihli bir YCGK kararına da atıf yapmıştır. Buna göre YCGK da aynı şekilde,

“Dosya içeriğine göre, sanık tarafından yapılmış hiçbir haksız hareket olmadığı halde, geceyarısı sarhoş olarak eve gelen maktul; sanığa karşı müessir fiilde bulunmuş, zorla livata yapmıştır. Çırılçıplak dışarı atılan sanığın pencereden içeri girmesi üzerine fiilini tekrarlamak istemiştir. Sanık, nefesine vaki saldırı üzerine sanığın yüzüne kızgın yağı dökmüş ve peşinden odaya giderek boğazını sıkıştır. Ortada hiç bir şey yokken saldıran maktulün, yandıktan sonra yeniden ve daha şiddetli biçimde saldırması kuvvetle muhtemeldir. Tekrarından korkulan bir saldırı sözkonusudur. Nefse yönelik saldırının tekrar edilme tehlikesi bulunduğundan, tecavüz önlenememiştir. Sanık ‘Yandım’ diyerek odaya giden maktulün, gelerek kendisini öldüreceği korkusuyla hemen peşinden odaya gitmiş ve onu öldürmüştür. Bu nedenle olayda yasal savunma sınırları aşılmamış ve fiil, yasal savunma koşulları içerisinde işlenmiştir.”⁵¹³

şeklinde karar vermiştir.

Meşru savunmanın diğer tüm koşulları sağlanmakla birlikte, savunma eyleminin orantısız olduğu bir durumda, meşru savunmada sınırın aşılması gündeme gelebilir. TCK md. 27/2’ye göre meşru savunmada sınırın aşılması, mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri geldiği ölçüde, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Yargıtay, şiddete maruz kalmış kadınların eylemlerini bu kapsamda da değerlendirmiştir⁵¹⁴. Bununla birlikte, meşru

⁵¹³ YCGK E. 1991/1-4 K. 1991/39 T. 18.02.1991, Aktaran: Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 309.

⁵¹⁴ “Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın eşi olan mağdurla olaydan 10 gün kadar önce evlendiği, .., eşi olan .. hasta olmasına rağmen cinsel ilişkiye zorladığı ve acı verdiği, daha sonraki günlerde anal yoldan cinsel saldırıda bulunduğu, olay günü de ters ilişki teklifinin kabul edilmemesi üzerine "burayı genişletmemiz gerekir" diyerek fiziki kuvvet uygulayarak eşinin anal bölgesine rakı şişesini 5 dakika boyunca soktuğu, daha sonra elindeki gömleği bıçakla keserek "sözümü dinlemezsen seni de böyle dilim dilim doğrarım" diyerek tehdit ettiği, uyuduğu sırada evden kaçmak isteyen ..

savunmanın koşullarının oluşmadığı, örneğin geniş anlamda mevcut bir saldırının olmadığı durumda, meşru savunmadan da meşru savunmada sınırın aşılmasından da söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda veya meşru savunmada sınırın TCK md. 27'deki koşullara aykırı olacak şekilde aşılması ihtimalinde; mağdurdan kaynaklanan tahrik edici ve haksız eylemin, failde öfke veya şiddetli üzüntü yarattığı ve failin bu psikoloji içerisinde mağdura karşı tepki suçu işlediği kabul edilebiliyorsa, kadın failin eyleminin TCK md. 29 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Şiddete maruz kalmış kadın sendromunun etkisi altında olan kadının, başlangıçta kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerden ötürü, öfke veya şiddetli üzüntü duygularına kapılmış olabileceği; ancak süreç içerisinde bu duyguların yerini, korku ve çaresizliğe bırakabileceği de düşünülebilir⁵¹⁵. Böyle bir durumda, yürürlükteki haksız tahrik düzenlemesine göre, kadının haksız tahrik altında hareket ettiğini kabul etmek mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, tepki suçunun gerçekleştiği zaman dikkate alındığında, ilk tahrik eyleminin üzerinden uzun süre geçmesi, yalnız başına haksız tahriki devre dışı bırakacak bir sebep değildir. Faildeki buhran hali devam ettiği müddetçe – ki öfke devam etmiyor olsa dahi şiddetli üzüntünün devam ettiği ileri sürülebilir – kadının eyleminin haksız tahrik altında gerçekleştirilmiş olabileceği dikkate alınmalıdır⁵¹⁶.

Uygulamada, kadının eyleminin gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırı karşısında, savunma teşkil edecek şekilde işlendiği ve fakat mahkemelerin somut olayda mevcut bir fiilin olmadığı gerekçesiyle, kadın hakkında en fazla haksız tahrik indirimine hükmettiği kararlar bulunmaktadır. Buna örnek olarak, henüz kesinleşmemiş olmakla birlikte, Adana 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Çilem Doğan hakkında vermiş olduğu karar düşünülebilir. Kendisini fuhşa zorlayan ve ona karşı

kapıyı açarken çıkarttığı ses üzerine uyanan ..., evden çıkmasına engel olmak için tekrar saldırması üzerine, ..., bıçakla 2 tanesi öldürücü olmak üzere 4 kez vurmak sureti ile karaciğer yaralanmasına ve batin içi kanamaya, yaşamsal tehlike geçirmesine neden olacak şekilde yaraladığı, ..., ... boynuna basarak aldığı bıçak ile evden kaçarak yardım isteyerek kurtulduğu anlaşılan olayda;

a- Açıklanan olaylar zinciri içinde ırzına ve vücut bütünlüğüne yönelik ısrarlı saldırılardan eşinin vazgeçmeyeceği ve o an yaşanan fiili saldırının yanında cinsel saldırıların da tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak eşini öldürmeye teşebbüs eden sanık ... hakkında TCK.nun 27/2 ve CMK.nun 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek mahkumiyet hükmü kurulması... bozmayı gerektirmiştir...” [Yargıtay 1. CD E. 2014/5394 K. 2015/3383 T. 27.05.2015 (www.kazanci.com) Erişim tarihi: 25.07.2017].

⁵¹⁵ Küçüktaşdemir, “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, s. 573.

⁵¹⁶ Bkz. III-C-1-b.

süregelen bir şekilde şiddet uygulayan eşi hakkında Çilem Doğan tarafından, süreç içerisinde çok defa ihbarda bulunulmuş, uzaklaştırma kararı alınmış, ancak bunların Doğan'ın yaşam koşullarına herhangi bir etkisi olmamıştır. Olay günü eşi, Doğan'ı yeniden fuhşa zorladıktan sonra, onu saçından sürüklemeye başlamış ve bu sırada Doğan, eşinin yastığının altındaki silah ile ateş ederek onun ölümüne sebebiyet vermiştir. Olayda dar anlamda dahi mevcut bir saldırının varlığından söz edilebilecekken Mahkeme, Doğan hakkında kasten öldürme suçundan hüküm kurmuş, Doğan lehine yalnızca haksız tahrik indirimine hükmetmiştir⁵¹⁷. Mahkemenin gerekçeli kararında, somut olayda meşru savunmanın şartlarından mevcut bir saldırının varlığının gerçekleşmemiş olduğu; saldırı var kabul edilse dahi bu saldırının Doğan'ın yaşamına yönelik olmaması göz önüne alındığında, savunma eyleminin orantısız olduğu ileri sürülerek, meşru savunmanın söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir⁵¹⁸.

Son olarak, somut olayda, objektif anlamda gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırının mevcut olmadığı veya savunma eyleminin zorunlu olmadığı bir durumda; şiddete maruz kalmış olan kadının, böyle bir saldırının mevcut veya savunmanın zorunlu olduğunu düşünmesinin, kaçınılmaz bir hatadan kaynaklanıp kaynaklanmadığı değerlendirilmelidir. Amerikan hukukunda kadının, onu istismar eden erkek, somut olayda kendisine karşı dar anlamda bir saldırı gerçekleştiriyor olmasa dahi sübjektif olarak yaşamının yakın tehlike altında olduğuna inanması halinde ve objektif olarak kadının bu inanca sahip olması konusunda yeterli gerekçe olduğu durumda, meşru savunma halinde hareket ettiği kabul edilebilmektedir⁵¹⁹. Buna paralel olarak Türk hukukunda da şiddete maruz kalmış kadın sendromu içerisindeki kadının, bu psikoloji içerisinde, meşru savunmanın koşullarının gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olması mümkündür. Böyle bir durumda, kadının kusurundan kaynaklanmayan, dikkatli ve özenli davranması

⁵¹⁷ http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/554418/Cilem_Dogan_cezavinden_cikti.html (Erişim Tarihi: 04.08.2017).

⁵¹⁸ <https://www.cnnturk.com/turkiye/cilem-dogan-davasinda-gerekceli-karar-aciklandi> (Erişim Tarihi: 04.08.2017).

⁵¹⁹ Dressler, "Feminist (or 'Feminist') Reform...", s. 1487; McColgan, "General Defences", s. 153.

halinde dahi kaçınamayacağı bir hatanın varlığı halinde, TCK md. 30/3 uyarınca bu hatasından yararlanması gerektiği ifade edilmelidir⁵²⁰.

B. Töre Saiki

Kasten öldürmenin töre saikiyle işlenmesi, TCK md. 82/1-k'ye göre kasten öldürme suçunun nitelikli hallerindendir. Töre saikinın ne anlama geldiği madde metni veya gerekçesinde açıklanmamış, bu nitelikli halin kapsamı öğreti ve Yargıtay içtihatları ile şekillenmiştir⁵²¹. Töre sözcüğü, *“bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet; bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleri, adap”*⁵²² olarak tanımlanmıştır.

Namus kavramı, töreden farklı olarak, bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere duyulan bağlılık, dürüstlük, doğruluk anlamlarına gelmektedir⁵²³. Madde gerekçesinde “töre veya namus cinayeti” ifadesi kullanılarak bu kavram arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Türk Dil Kurumu’nun Büyük Türkçe Sözlüğü de töre cinayetinin namus cinayeti ile aynı anlama geldiğini kabul etmiş ve kavramı, *“bazı bölgelerde geleneksel anlayışlara uymama sebebiyle genellikle genç kız veya kadınların ailesinin kararıyla yine aileden biri tarafından öldürülmesi”*⁵²⁴, olarak tanımlamıştır. Bunun dışında töre cinayetinin *“çağdışı kalmış geleneklere uyararak birini suçlu sayma ve yasalara karşı gelerek onu öldürme”*⁵²⁵ olarak ifade edilmesi de mümkündür.

⁵²⁰ Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma...**, s. 61; Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, s. 242.

⁵²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 511.

⁵²² Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 26.07.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 26.07.2017).

⁵²³ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 26.07.2017); Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 26.07.2017).

⁵²⁴ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim tarihi 26.07.2017).

⁵²⁵ Türkçe Sözlük, Dil Derneği, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html> (Erişim tarihi 26.07.2017).

Geniş anlamda töre ve namus cinayetleri, cinsiyetçi şiddet kullanımının en aşırı örneklerindendir. Töre kavramının ve töre cinayetlerinin kökeni, toplumda egemen olan ataerkil kültürdür ve töreye uygun olan ile olmayanı ayıran kriter de cinsiyettir⁵²⁶. Bu şekilde gerçekleştirilen öldürme eylemleri çoğunlukla, yakınları olan bir erkek tarafından, bu erkeklerin eşleri, anneleri, kız kardeşleri olan kadınlara karşı söz konusu olmaktadır⁵²⁷. Bununla birlikte, namus cinayetinin; evli erkek tarafından, eşe karşı veya genel olarak erkeklere ya da aile dışından olan kişilere karşı işlenmesi de mümkündür. Bu tür vakalarda gözetilen başlıca saikin, mağdurun cinsiyetinden bağımsız bir şekilde, kadının cezalandırılması veya zorlanması olduğu ifade edilmektedir⁵²⁸. Bununla birlikte, daha dar bir anlama sahip olan töre cinayetlerinde de gerçekleştirilen, namusun korunması, temizlenmesi gibi gerekçelerle kadınlara yönelik öldürme eylemleridir⁵²⁹.

Kanun koyucu, töre saiki ile kasten öldürme suçunu, kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlerken; namus kavramına ağırlaştırıcı bir neden olarak yer vermemiştir. Bununla ilişkili olarak Yargıtay, töre ile namus arasındaki ayrımı şu şekilde ortaya koymuştur:

“...töre ile namusun benzer ancak farklı kavramlar oldukları, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin ‘töre saikiyle öldürme’ olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi’ biçiminde gerçekleştirilen her

⁵²⁶ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 140-141.

⁵²⁷ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2015, s. 75.

⁵²⁸ Dietrich Oberwittler/Julia Kasselt, “Honor Killings”, Ed.: Rosemary Gartner/Bill McCarthy, **The Oxford Handbook of Gender, Sex, and Crime**, New York: Oxford University Press, 2014, s. 652. Bu yönde bkz. Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 273.

⁵²⁹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I**, 3. Baskı, İstanbul: Beta, 2016, s. 62.

fülin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan', sırf bu nedenle 'töre saikiyle öldürme' olarak değerdendirilemeyeceğı, buna göre, 'töre cinayeti ile namus cinayetinin' aynı kavramlar olduğıunun söylenemeyeceğı, zira, suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasağıının, 'töre saikiyle öldürme' suçunun uygulanma alanını bu şekilde genişletmeye izin vermeyeceğı...'»⁵³⁰

Öncelikle, töre saiki ile işlenen kasten öldürme suçundan bahsedilebilmesi için failin, görev bilinci ile hareket etmesi gerektiğı ifade edilmelidir⁵³¹. Bireysel namus anlayışının sonucunda kasten öldürme suçunu işleyen failden farklı olarak, töre saiki ile hareket eden fail, *“hukuk düzenince uygun görülmeyerek cezalandırılan bu davranışı sebebiyle ait olduğı toplulukta saygınlık ve itibar kazanmakta, hoş görülmekte ve korunmaktadır”*.⁵³² Ayrıca Yargıtay kararlarında, töre saikinin tespitinde, mağdurun öldürölmesi yönünde aile meclisinin aldığı bir kararın kriter olarak aranmadığı; böyle bir kararın yokluğu halinde de kişinin bu saik ile hareket ettiğinin kabul edilebileceğı ifade edilmiştir⁵³³⁵³⁴. Aksi bir yorumun, töre saiki ile kasten öldürme suçunun *“yalnızca belirli bölgede yaşayan kişiler bakımından*

⁵³⁰ Yargıtay 1. CD E. 2015/1374 K. 2015/5380 T. 10.11.2015; Yargıtay 1. CD E. 2015/2328 K. 2015/4272 T. 02.07.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 26.07.2017).

⁵³¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 511; Demirbaş, **Haksız Tahrir**, s. 107; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel...**, s. 142. Bu yönde bkz. YCGK E. 2013/1-355 K. 2013/456 T. 19.11.2013; YCGK E. 2012/1-76 K. 2012/258 T. 03.07.2012; YCGK E. 2011/1-52 K. 2011/180 T. 20.09.2011; YCGK E. 2010/1-56 K. 2010/111 T. 11.05.2010 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017).

⁵³² YCGK E. 2013/1-355 K. 2013/456 T. 19.11.2013; YCGK E. 2012/1-76 K. 2012/258 T. 03.07.2012; YCGK E. 2011/1-52 K. 2011/180 T. 20.09.2011 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017).

⁵³³ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet, 2015, s. 196; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016, s. 164; Koca/Üzölmez, **Türk Ceza Hukuku Özel...**, s. 76.

⁵³⁴ “Diğer yönden, yerel mahkemenin direnme gerekçesinde belirttiğı ve öğretide de bir kısım yazarlarca kabul edilen, töre saikiyle suçun işlendiğinin kabulü için, aile meclisi kararı alınması ve bunun ailenin fertleri tarafından uygulamaya konulması gerekliliğinin, 765 sayılı TCY dönemindeki yargısal uygulamalardan kaynaklandığı, yasal dayanağı bulunmayan bu görüşe, hükmün konuluş amacı da nazara alındığında katılmanın olanaksız olduğı, belli bir yöreye özgülennmiş bir kavram olan, aile meclisi kararı aranmasının, Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve bu suçun ancak belirli bir bölgede veya belirli bir kültürel yapıya sahip kişilerce işlenebileceğı sonucunu doğuracağı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak bu kabulün, suçun yasallık ilkesine de aykırılık oluşturacağı ve hukuki dayanağı bulunmayan bir kuruma hukuk düzenince geçerlilik tanıyacağı açıktır.

Kaldı ki, bir saikin etkisiyle işlenen, töre saikiyle insan öldürme suçunun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi olanaklı olup, aile meclisi kararının aranması ve bu hususun suçun ön koşulu olarak görülmesi halinde, adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına da yol açılacaktır.” [YCGK E. 2010/1-56 K. 2010/111 T. 11.05.2010 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017)].

gerçekleştirilebileceği sonucunu doğuracağı gibi, bu hususun ispatının son derece güç olması dolayısıyla hükmün uygulama kabiliyetini de büyük ölçüde ortadan kaldıracak(ğı)” ileri sürülmüştür⁵³⁵.

Yukarıda haksız tahrikin, tahrik edici fiil ve tepki suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelmiş olması koşulları çerçevesinde ele alındığı üzere, TCK md. 29’un gerekçesinde töre saiki ile kasten öldürme suçuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir⁵³⁶. Buna göre,

“Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle ‘töre veya namus cinayeti’ olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.

Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır.”

Öğretide bazı yazarlar, namus cinayeti olarak kabul edilen kasten öldürme eylemlerinde haksız tahrik indiriminin uygulanmaması, “*gerekçesi namus olan hiçbir suçta ceza(nın) indirilmeme(si)*” gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁷. Kanaatimizce TCK md. 29 metni veya gerekçesi böyle bir sınırlama getirmiş olmamakla birlikte, haksız tahrik koşullarının kanunun lafzına ve ruhuna uygun olarak yorumlanması, pratikten kaynaklanan pek çok sorunu çözecek niteliktedir. Zira, normatif olarak haksız tahrikin feminist çerçevede eleştirisi mümkün olmakla birlikte; normun hukuka uygun olarak yorumlanması ile uygulamada ortaya çıkan sorunlar büyük ölçüde ortadan kaldırılabilir.

⁵³⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 512.

⁵³⁶ Bkz. II-A-1 ve II-C-2.

⁵³⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 438.

Örneğin, namus cinayetleri bakımından haksız tahrik indiriminin uygulanmaması gerektiğini ileri süren görüşün korumak istediği yarar, bir ölçüde, tahrik edici eylemin haksız olması ve tepki suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi koşulları ile sağlanabilecek niteliktedir. Zira kanun koyucu, failin psikolojisine, bu psikoloji yalnızca mağdurun tahrik edici haksız eyleminden kaynaklandığı ölçüde sonuç bağlamıştır. Mağdurun davranışı belli bir bölgedeki örf-adet kurallarına, değer yargılarına aykırılık teşkil etse dahi hukuka aykırı olmadığı müddetçe, failin haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilmeyecektir⁵³⁸. Buna ek olarak tepki suçu, yalnızca haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olduğu takdirde, nedensellik ilişkisinin var olduğu ve kişinin haksız tahrik indiriminden yararlanabileceği kabul edilir. Bu koşullar sağlanmadığı durumda, fail hakkında haksız tahrik indiriminin uygulanması hukuka aykırıdır⁵³⁹. Buna göre, kadının objektif olarak tahrik edici ve haksız bir eyleminin bulunmadığı bir durumda, töre veya namus gerekçeleri ile cinsel olgunluk yaşına ulaşmış ve cinsel özgürlüğünü kullanan bir kadına karşı işlenen suçlar bakımından, haksız tahrik indirimi gündeme gelemeyecektir⁵⁴⁰. Örnek olarak, reşit olan iki kişi arasındaki evlilik dışı rızaya dayalı cinsel ilişki, kural olarak haksız fiil kabul edilemeyeceğinden; bu kişilerden herhangi birine yönelik öldürme eyleminin, haksız tahrik altında işlendiğinin kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁴¹.

Töre saikine dönülecek olursa, TCK md. 82'nin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, töre saiki ile kasten öldürme suçunu işleyen failin, haksız tahrik altında hareket ettiğini kabul etmek mümkün değildir⁵⁴². Yargıtay içtihatlarında da fail hakkında töre saiki ile kasten öldürmenin mi yoksa haksız tahrikin mi söz konusu olduğu tespit edilirken; failin görev bilinciyle mi hareket ettiği, yoksa öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında mı kaldığı değerlendirilmektedir⁵⁴³. Mağdurun

⁵³⁸ Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 246.

⁵³⁹ Bu yönde bkz. Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 281-282.

⁵⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 165-166.

⁵⁴¹ Nuhoglu, "Namus İçin Adam Öldürme...", s. 209-210. Bu yönde bkz. YCGK E. 2010/1-56 K. 2010/111 T. 11.05.2010 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017).

⁵⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 196; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 260-263; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 59; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel...**, s. 82-83. Bu yönde bkz. YCGK E. 2012/1-76 K. 2012/258 T. 03.07.2012; YCGK E. 2011/1-138 K. 2011/130 T. 14.06.2011 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017). Benzer bir ayırım için bkz. Oberwittler/Kasselt, "Honor Killings", s. 654.

⁵⁴³ YCGK E. 2013/1-355 K. 2013/456 T. 19.11.2013 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 25.07.2017).

eyleminin hukuka aykırı olmayıp toplumsal değer yargılarına, belli bir yöredeki insanların sübjektif inançlarına aykırılık teşkil etmesi halinde, bu kişinin öldürülmesine karar verilmesi, töre saiki ile kasten öldürme suçuna sebebiyet vermektedir. Aydın'a göre, "... kanun koyucu, belli bir yörede ya da ailede varolan ve hukuk kurallarıyla çatışan değer yargılarına, geleneklere hukuki değer tanımamakta ve hukuka meydan okuyan bu değer yargıları nedeniyle işlenen suçta daha ağır bir ceza öngörmektedir"⁵⁴⁴. Bu şekilde töre saiki ile kasten öldürmenin koşullarının bulunduğu bir durumda, failin daha az ceza almasına imkan sağlayacak haksız tahrik indirimine başvurulmasının, kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir⁵⁴⁵.

Son olarak, namus saiki yerine töre saikini kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenleyen kanun koyucu, namus adına işlenen öldürme eylemlerinde, failerin haksız tahrik indiriminden yararlanabiliyor olmalarını dikkate almıştır⁵⁴⁶. Oysa yukarıda açıklandığı gibi, namus gerekçesiyle işlenen suçların çoğunda, ya herhangi bir haksız bir eylemin varlığından söz edilememekte ya da tepki suçu haksız eylemi gerçekleştiren kişi dışında, halihazırda başka bir suçun mağduru olan kadına karşı işlenmektedir. Kadına karşı işlenen suçlarda, erkek fail lehine verilen ceza indirimleri göz önüne alındığında, namus saikinin de töre saiki gibi kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmelidir⁵⁴⁷. Namusun kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak ele alınması, kadınların kendi bedenleri üzerinde söz ve hak sahibi bireyler olarak algılanmaları bakımından önemli bir etki gösterecektir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda...", s. 245-246. Bu yönde bkz. Kangal, "Türk Ceza Hukukunda...", s. 58.

⁵⁴⁵ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 165.

⁵⁴⁶ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, s. 255-256.

⁵⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I**, s. 61; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 108; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel...**, s. 141; TCK Kadın Çalışma Grubu, Kadın Bakış Açısından Türk Ceza Kanunu – TCK Tasarısı Değişiklik Talepleri, 2003, <http://www.kadinininsanhaklari.org/kadin-bakis-acisindan-turk-ceza-kanunu-tck-tasarisi-degisiklik-talepleri-2003-ingilizce-turkce/> (Erişim Tarihi: 28.07.2017), s. 5-6 ve 16-19; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 162.

⁵⁴⁸ Göztepe, "“Namus Cinayetlerinin” Hukuki Boyutu...", s. 45; Yakın Ertürk ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, "Kadına Yönelik Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları Özel Raportörlüğü: Türkiye Raporu", Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/HRC/4/34/Add.2, 2007, s. 16-17.

C. Tasarlama

Tasarlama, failin suç işleme kararını verdikten sonra belli bir sürenin geçmesi ile birlikte bu karardan vazgeçmeyerek suç işleme yönündeki düşüncesini uygulamaya koyması durumunda ortaya çıkan kastın yoğunlaşmış halidir⁵⁴⁹. TCK md. 82/1-a'da kasten öldürme suçunun nitelikli halleri arasında yer almaktadır. Tasarlayarak gerçekleştirilen suçun daha ağır bir yaptırıma tabi olmasının nedeni, suçun ne şekilde işleneceği üzerine düşünülmüş, bunun planlanmış olması ve mağdurun kendisini savunma olasılığının azalmasıdır⁵⁵⁰.

Öğretide tasarlama ile haksız tahrikin birlikte uygulamasının mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Buna verilecek yanıt, tasarlamanın hukuki esasını açıklayan teorilerden hangisinin kabul edildiğine göre değişiklik göstermektedir. Soğukkanlılık teorisini kabul eden yazarlara göre, suç işleme kararının alındığı andan, suçun işlendiği ana kadar belli bir sürenin geçmesi ve bu süreç içerisinde failin karardan dönmeyerek, sebat göstererek, soğukkanlı ve sakin bir şekilde fiilin gerçekleştirmesi halinde tasarlamanın varlığından söz edilir⁵⁵¹. Plan kurma teorisine göre ise, suç işleme kararının alındığı an ile suçun icrasına başlandığı an arasında failin; suçun işleneceği yer, zaman ve işleniş şekli ile ilgili düşünmesi, hazırlık yapması, araçlarını seçip düzenleyerek suçun icrasına ilişkin plan yapması gerekmektedir⁵⁵². Yakın tarihli Yargıtay kararlarında, her iki teorisinin unsurlarına da yer verilerek failin,

“sebatla ve koşulsuz bir şekilde karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu karardan vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya

⁵⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 319; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 371.

⁵⁵⁰ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 242.

⁵⁵¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 322; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 56; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel...**, s. 54.

⁵⁵² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 322; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 237; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel...**, s. 54.

başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dahilinde icra etmesi”⁵⁵³

aranmaktadır⁵⁵⁴.

Tasarlamayı yalnızca soğukkanlılık kriteri ile açıklayan görüşe göre, faildeki öfke veya şiddetli üzüntü hali ile soğukkanlılığın birbiri ile örtüşmez nitelikteki psikolojik durumlar oldukları söylenebilir⁵⁵⁵. Buna göre, fail aynı anda hem öfke veya şiddetli üzüntü halinde hem de soğukkanlı olamayacağından, haksız tahrik altında tasarlayarak suç işlemek mümkün değildir⁵⁵⁶. Plan kurma teorisine göre ise, tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunabilir, zira fail öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altındayken de belli bir süre boyunca suçun işleniş şekline ilişkin düşünüp plan kurmuş olabilir⁵⁵⁷. Burada önemli olan kriter, failin, mağdurun eyleminden önce suç işleme yönünde herhangi bir karar vermemiş ve dışarıdan gelen etki sonucu ruhsal yapısında meydana gelen karışıklık ile suç işlemeye yönelmiş olmasıdır⁵⁵⁸. Yakın tarihli Yargıtay içtihatları da tasarlama ile kasten öldürme suçunun haksız tahrik halinde işlenebileceği yönündedir⁵⁵⁹.

Tepki suçunun zamanına ilişkin bölümde de açıklandığı gibi, tahrik fiilinin gerçekleşme anından itibaren belli bir sürenin geçmiş olması, kendiliğinden nedensellik ilişkisini sona erdirir bir sebep değildir⁵⁶⁰. Fail, bu süreç içinde, suçu gerçekleştirme biçimi üzerinde düşünüp proje tasarlayabilir. Failde mağdurun eylemi nedeniyle meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü halinin etkisi, tasarlama

⁵⁵³ YCGK E. 2015/1-1222 K. 2016/189 T. 12.04.2016. Aynı ifadenin geçtiği kararlar için örnek olarak bkz. YCGK E. 2013/1-453 K. 2015/63 T. 24.03.2015; YCGK E. 2013/1-14 K. 2014/503 T. 18.11.2014; YCGK E. 2013/1-838 K. 2014/438 T. 21.10.2014; Yargıtay 1. CD E. 2016/2058 K. 2016/2892 T. 06.06.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

⁵⁵⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel...**, s. 54-55.

⁵⁵⁵ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 251; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda...”, s. 56.

⁵⁵⁶ Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 341; Taner, **Ceza Hukuku...**, s. 447.

⁵⁵⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 509; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 442; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî... (II)**, s. 240.

⁵⁵⁸ Örnek olarak bkz. YCGK, E. 2016/1-164 K. 2016/261 T. 24.05.2016; YCGK E. 2014/1-358 K. 2016/268 T. 24.05.2016; YCGK E. 2015/1-848 K. 2016/105 T. 01.03.2016; YCGK E. 2015/1-610 K. 2016/43 T. 09.02.2016; YCGK E. 2015/1-1077 K. 2016/27 T. 26.01.2016 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

⁵⁵⁹ YCGK E. 2013/1-304 K. 2014/454 T. 30.10.2014; YCGK E. 2012/1-76 K. 2012/258 T. 03.07.2012 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 11.07.2017).

⁵⁶⁰ Bkz. II-C-1-b.

süresince devam ettiği müddetçe, failin tasarlayarak işlediği suç bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Buna göre, tasarlama ile haksız tahrikin kural olarak birbirini dışlamadığı ve bir arada bulunabileceği ifade edilmelidir⁵⁶¹. Yargıtay da bu konuda aynı yönde karar vermiştir:

“Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı konusu öğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem sebebiyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, bir başka anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması halinde tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.”⁵⁶²

Son olarak, şiddete maruz kalan kadın sendromundan muzdarip olan kadının, kendisini istismar eden erkeğe yönelik öldürme eylemini, tasarlama ile gerçekleştirmesi mümkündür. Yukarıda kadının eyleminin, öncelikle, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırının varlığı nedeniyle, meşru savunma kapsamında kalacağı ileri sürülmüştür. Tasarlama, kural olarak savunma anında mevcut bir saldırının varlığı kriteri sağlandığı müddetçe, meşru savunma ile örtüşmez nitelikte değildir. Bununla birlikte, kadının eyleminin meşru savunma halinde gerçekleştirildiği durumda, eylem hukuka uygun hale gelmektedir. Dolayısıyla, bu anlamda haksız tahrik indiriminden söz edilmesi yerinde olmayacaktır. Meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması koşullarının oluşmadığı takdirde ise, kadın bakımından haksız tahrik indiriminin gündeme gelebileceği ifade edilmiştir. Böyle bir durumda da istismar eden erkeğin eylemi nedeniyle meydana gelen öfke veya şiddetli üzüntü halinin etkisi, tasarlama süresince devam ettiği

⁵⁶¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 157; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 243; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 253; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I**, s. 46; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel...**, s. 352; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel**, s. 122; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 145-146.

⁵⁶² YCGK E. 2012/1-1049 K. 2012/1851 T. 18.12.2012; YCGK E. 2012/1-76 K. 2012/258 T. 03.07.2012 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 26.07.2017).

müddetçe, kadının tasarlayarak gerçekleştirdiği kasten öldürme fiili hakkında haksız tahrik indiriminden yararlanabileceği kabul edilmelidir.

D. Takdiri İndirim Nedenleri

TCK md. 62'ye göre, takdiri indirim nedenlerinin varlığı halinde, işlediği suçtan ötürü fail hakkında belirlenen ceza, maddede öngörülen ölçüde indirilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*” takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilir. Kanun metninde yer alan “*gibi hususlar*” ifadesi göz önüne alındığında, takdiri indirim nedenlerinin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı, sayılan nedenlerin örnek olarak verildiği anlaşılmaktadır⁵⁶³.

Yargıtay’ın, kurumun amacına ilişkin içtihatları şu yöndedir:

*“Serbest takdir sisteminin bir gereği olarak, olayda takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu belirleme yetkisi yargılamayı yapan kişiye yani hakime ait olacaktır. Zira yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti temin etme yolunda çaba harcayan hakim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığını yada yokluğunu en iyi tespit edebilecek konumdaki kişidir. Hakim, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin yanında her somut olaya göre değişebilecek ve önceden öngörülemeyecek nedenleri de birlikte değerlendirerek bu hususta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapacaktır.”*⁵⁶⁴

⁵⁶³ Açıkgöz, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 138; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 589. Bu yönde bkz. YCGK E. 2013/12-784 K. 2015/366 T. 03.11.2015 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 27.07.2017).

⁵⁶⁴ YCGK E. 2013/12-784 K. 2015/366 T. 03.11.2015; YCGK E. 2015/27 K. 2015/345 T. 27.10.2015; YCGK E. 2012/8-1000 K. 2012/268 T. 03.07.2012; YCGK E. 2008/9-13 K. 2008/41 T. 04.03.2008 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 27.07.2017).

Kanun koyucu TCK md. 62 düzenlemesi ile “uygulamada çıkabilecek olan ve önceden öngörülme olanağı bulunmayan çeşitli halleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında hakim bu yetkisini kısıtlamaktan özenle kaçın(arak)”⁵⁶⁵, hakime cezanın indirilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bununla birlikte, hakim bu yetkisinin sınırsız olmadığını kabul etmek gerekir. Yargıtay, somut olayda hakim takdirini indirim nedeni uygulamasına ilişkin verdiği kararın gerekçeli olması gerektiğini ve bu kararın, denetime tabi olduğunu ifade etmiştir⁵⁶⁶.

Haksız tahrikin, kanuni bir indirim nedeni olarak düzenlenmiş olması göz önüne alındığında, somut olayda koşulları sağlandığı durumda, hakim takdirine bağlı olmaksızın fail hakkında uygulanması gerektiği ifade edilmelidir. Bununla birlikte, takdir indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağına, hakim, somut olayın ve failin kişisel özelliklerine bağlı olarak karar verir⁵⁶⁷. Aynı nedene dayanarak, fail hakkında, hem haksız tahrik indirimi hem de takdir indirim nedenleri maddesi uyarınca ceza indirimi yapılması mümkün değildir⁵⁶⁸. Buna göre, haksız tahrik indiriminin söz konusu olduğu bir olayda, hakim TCK md. 62’ye göre ayrıca ceza indirimine hükmedebilmesi için, failin tahrik altında suç işlemiş olması dışında, ikinci bir nedenin varlığı gerekir. Failin gerçekleştirdiği eylemden ötürü pişman olması, eylemden kaynaklanan zararı tazmin etmeye çalışması bu tür bir nedene örnek olarak gösterilebilir. Haksız tahrik koşullarının sağlanamadığı bir durumda ise mağdurun eyleminin, takdir indirim nedeni olarak dikkate alınabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, aynı olay içerisinde, farklı nedenlere dayanarak, haksız tahrik ile takdir indirim nedenlerinin birlikte uygulanması mümkündür.⁵⁶⁹ TCK md. 61/5’e göre, somut cezanın belirlenmesi sırasında, önce haksız tahrik indirimi, sonra takdir indirim nedenleri dikkate alınır. Buna göre TCK md. 29’da

⁵⁶⁵ YCGK E. 2013/12-784 K. 2015/366 T. 03.11.2015; YCGK E. 2015/27 K. 2015/345 T. 27.10.2015; YCGK E. 2008/9-13 K. 2008/41 T. 04.03.2008 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 27.07.2017).

⁵⁶⁶ YCGK E. 2013/12-784 K. 2015/366 T. 03.11.2015; YCGK E. 2015/27 K. 2015/345 T. 27.10.2015; YCGK E. 2008/9-13 K. 2008/41 T. 04.03.2008 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 27.07.2017).

⁵⁶⁷ Açıkgöz, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 140; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 242; Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 246.

⁵⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 517; Ayık, “Tahrik”, s. 104; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 103; Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbiki... (II)**, s. 351; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 342; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 403.

⁵⁶⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 517; Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 242; Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 103; Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret...”, s. 342; Zafer, **Ceza Hukuku...**, s. 403.

öngörülen indirim oranında ceza indirimi yapıldıktan sonra, belirlenen miktar üzerinden ayrıca TCK md. 62'ye göre indirim uygulanır⁵⁷⁰.

Kanun hükümlerinin soyut ve genel niteliği göz önüne alındığında, cezaların gerek somut olayın koşullarına gerekse de failin kişisel özelliklerine uygun olacak şekilde bireyselleştirilmesi için hakime böyle bir takdir yetkisi bırakılmasının gerekli olduğu kabul edilebilir⁵⁷¹. Takdiri indirim nedenleri kurumunun hukuki esası da buna paralel olarak, soyut cezayı somut olayın koşullarına uydurarak, daha adil bir cezaya hükmedilmesini sağlamak adına hakime bir özgürlük tanımaktır⁵⁷². Bununla beraber, ceza indirimine başvurulmasını gerektiren herhangi bir sebebin olmadığı durumda, gerekçesiz bir şekilde failin cezasının TCK md. 62'ye göre indirilmesi, kurumun kötüye kullanılması sonucunu yaratabilmektedir. Buna göre, hakimin cezanın indirilmesi yönünde verdiği kararların, *“makul olması, hukuk kurallarını ihlal etmeyecek, yasanın amacına aykırı düşmeyecek ve kamu vicdanını incitmeyecek bir nitelik taşıması”*⁵⁷³ gerektiği ifade edilmelidir.

Örneğin, failin yargılama aşamasında iyi halli davranmış olması, TCK md. 62/2'ye göre bir takdiri indirim nedeni olabilir. Maddede, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları bir takdiri indirim nedeni olarak düzenlenmiş olmakla birlikte; görünüşün, giyimin vs. değiştirilmesinin, tek başına, failin gelecekteki davranışları bakımından olumlu bir gösterge olduğunu kabul etmek kanaatimizce kurumun amacına uygun değildir. Bu kurum vasıtasıyla hakime tanınan takdir yetkisinin amacı, cezanın adalete uygun bir şekilde bireyselleştirilebilmesidir. Hakimin bu geniş yetkiyi kullanırken keyfi davranmayıp ceza indirimine ilişkin kararını hukuka ve kanunun amacına uygun şekilde vermesi gerektiği ifade edilmelidir⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 242; Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları...”, s. 1341. Bu yönde bkz. YCGK E. 2013/14-577 K. 2014/381 T. 16.09.2014; YCGK E. 2012/1-1549 K. 2013/410 T. 08.10.2013; Yargıtay 3. CD E. 2011/13296 K. 2011/15278 T. 27.10.2011 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 27.07.2017).

⁵⁷¹ Açıkgöz, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 139; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 588-589.

⁵⁷² Mustafa Artuç/Tahir Hırsılı, **Hüküm Kurma Sanatı**, Ankara: Adalet, 2013, s. 242.

⁵⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 589.

⁵⁷⁴ Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 246.

SONUÇ

Failin haksız tahrik altında hareket ettiğinin kabul edilebilmesi, temelde birtakım objektif ve sübjektif koşulların ve bu koşulların arasındaki nedensellik ilişkisinin varlığına bağlıdır. Kurumun normatif olarak eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder nitelikte olmadığı kabul edilebilir. O halde, koşulları bu denli açık ve belirli olan haksız tahrikin, kadına karşı işlenen suçlar bakımından neden bu denli tartışılan bir uygulama izlediği sorusu gündeme gelmektedir. Bu bağlamda esas mesele, ahlak ve namus meselesidir.

Haksız tahrikin koşulları arasında, kadına ilişkin ayrımcı bir uygulama izlenmesine yol açan, büyük ölçüde mağdurun eylemine ilişkin özelliklerdir. Kadına karşı haksız tahrik altında işlendiği kabul edilen birçok suç bakımından, kadının ya herhangi bir eyleminin mevcut olmadığı ya bu eylemin objektif anlamda tahrik edici niteliği olmadığı ya da eylemin hukuka aykırılık teşkil etmediği gözlemlenmektedir. Tahrik suçunun, haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenme koşulu da aslında mağdurun objektif olarak bir fiilin olması unsuru ile paraleldir. Zira, tepki suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişi dışında birine karşı işleniyor olması, suçun mağdurunun haksız ve tahrik edici bir fiili olmadığına işaret etmektedir.

Mağdurun objektif anlamda bu özelliklere sahip bir fiilin yokluğu halinde, haksız tahrik indiriminden söz edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, ilk olarak, kadından kaynaklanan herhangi bir fiilin bulunmadığı, örneğin kadına karşı cinsel saldırı suçunun işlendiği, bir durumda veya erkeğin yalnızca kendi agresif yapısı nedeniyle suç teşkil eden davranışlarda bulunduğu hallerde; haksız tahrik indiriminden söz edilemeyecektir. Kadının mevcut bir fiilin bulunduğu ve fakat bu fiilin, objektif olarak tahrik edici niteliği bulunmadığı, yani erkeğin aynı şekilde kişisel özellikleri nedeniyle öfke veya şiddetli üzüntüye kapıldığı durumda, yine failin haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilemeyecektir. Son olarak, kadının fiilin objektif olarak tahrik edici niteliği olsa dahi eylem hukuka uygun olduğu halde, haksız tahrikin uygulanması aynı şekilde mümkün değildir.

Oysa, “namusu kirlenen” bir erkeğin, onu temizlemek için kadına karşı suç işlediği bir durumda, çoğu zaman mağdurun eylemine ilişkin bu koşulların bulunmadığı ve fakat erkek faillerin haksız tahrik indiriminden yararlandırıldığı gözlenmektedir. Bunun için kullanılan en büyük gerekçe de kadınların ahlaka, gelenek göreneklere, toplumsal değer yargılarına aykırılık teşkil eden davranışları olarak gösterilmektedir. Bu çalışma kapsamında ortaya konulması hedeflenen temel nokta, bu tür değerlere aykırılığın, hukuk ile çatışmadığı müddetçe haksız tahrike neden olamayacağıdır.

Kurumun hukuki esası göz önüne alındığında, objektif anlamda tahrik edici ve haksız bir fiilin varlığı kriterinin yerinde olduğu ifade edilmelidir. Zira, haksız tahrik kurumu ile gözetilen değer, yalnızca failin iradesinin zayıflamış olması olsaydı; failin şahsi ihtirasları, bunalımları, kıskançlıkları, alınganlıkları, agresif yapısı veya herhangi bir nedenden ötürü öfke veya şiddetli üzüntüye kapılması ve bu duyguların sebep olduğu buhran hali içinde suç işlemesi durumunda da failin ceza sorumluluğunun azaldığı ileri sürülebilirdi. Oysa ceza hukuku, bu buhran haline, yalnızca mağdurun haksız ve tahrik edici fiili ile sebep olması durumunda bir sonuç bağlamıştır. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen bir fiilden ötürü, failin kusurluluğunun azaldığını kabul edilmiştir.

Mağdurun fiiline ilişkin koşulların sağlanamadığı bir durumda, objektif temeli olmayan sübjektif bir ruh halinden ötürü, failin cezasının indirilmesi gerektiği ifade edilmiş olmaktadır. Bunun da hukuk düzeni tarafından korunacağını kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir durumda hukuk, namus gerekçelerini korunması gereken bir menfaat olarak belirlemiş demektir. Buna göre sorun, haksız tahrik kurumunun normatif yapısı değil; uygulamanın, kurumun koşullarını değerlendirirken toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetken bir perspektife sahip olmamasıdır. Kadına karşı işlenen suçlar bakımından, kadının söz konusu niteliklere sahip bir eylemi bulunmadığı halde; suçun işlenmesi sürecine onun katkısını ön plana çıkarmaya çalışan, kadının kusurlu olduğunu özellikle vurgulayan zihniyetin, bu uygulamanın kökeni olduğu ifade edilmelidir.

Erkeğin kadına karşı işlediği suçlar bakımından, kadının haksız eyleminin varlığı konusunda kolay ikna olabilen mahkemeler; yakını olan erkekler tarafından, uzun yıllar boyunca gerek fiziksel/cinsel gerekse duygusal şiddete maruz kalmış olan kadının, kendisini istismar eden erkeğe karşı işlediği öldürme eyleminin hukuka uygunluğu konusunda tereddüt gösterebilmektedir. Kadının yaşama biçimi, cinsel davranışları failde ceza indirimine yol açacak bir neden olarak kabul edilebilirken; şiddet gören kadının eylemi, dar anlamda mevcut bir saldırının var kabul edilememesi nedeniyle suç teşkil edebilmektedir.

O halde haksız tahrike ilişkin mevcut normun hukuka ve adalete uygun bir uygulamaya yol açma konusunda yeterli olmadığı göz önüne alındığında, namus ve ahlaka aykırılık gibi gerekçelerle işlenen suçlar bakımından başka bir çözüm önerisi üzerinde düşünmek gerekir. Bu anlamda, töre saiki ile kasten öldürme suçunun, kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmesi bir örnek olarak dikkate alınabilir. Nasıl ki töre saikinin varlığı halinde haksız tahrikin mümkün olmadığı kabul ediliyorsa – zira bu halde mağdurun davranışı haksız olmayıp toplumun bir bölümünün benimsediği kurallara, değerlere aykırılık teşkil eder – namus gerekçeleriyle işlenen kasten öldürme, yaralama gibi suçlar bakımından da benzer bir düzenleme getirilebileceği düşünülebilir.

Namus gerekçesi ile işlenen suçlarda mağdurun hukuka aykırı eyleminin bulunmaması, bu eylemleri olağan haksız tahrik durumlarından ayırt eden noktadır. Tekrar vurgulamak gerekir ki yürürlükte olan norm, zaten bu tür durumlarda haksız tahrik indiriminin uygulanmasına izin vermemektedir. Bununla birlikte, uygulamadaki hatalı değerlendirmelerin, yürürlükteki haksız tahrik düzenlemesine ek olarak, böyle bir normun varlığı ile aşılması mümkündür. Buna göre, namus gerekçesi ile işlenen bir suçun varlığı halinde, kural olarak haksız tahrikin söz konusu olamayacağı kabul edilmiş olur. Somut olayda mağdurun haksız bir davranışı mevcut olduğu takdirde ise, hukuka aykırılık kriteri halihazırda gerçekleşmiş olduğundan, artık buna karşı işlenen tepki suçunun namus gerekçesi ile işlendiği ifade edilemeyip bu durumda haksız tahrik indirimi gündeme gelebilecektir.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ Mehmet, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara: Adalet, 2012

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2016 Yılı 5237 Sayılı TCK Uyarınca Yıllar İtibariyle İllere Göre Ceza Mahkemelerinde Yıl İçinde Açılan Davalar ve Sanık Sayıları, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/acilandetayli/2016ceza/acilan/2016-5237-İLLER.pdf> (Erişim Tarihi: 30.07.2017)

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2016 Yılı Ceza Mahkemelerine TCK ile İlgili Açılan Davaların Suç Türü ve Sayısı ile Sanıkların Yaş Grubuna Göre Dağılımı, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016acilantck.pdf> (Erişim Tarihi: 30.07.2017)

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı/Hacettepe Üniversitesi, **Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması**, Ankara, 2015, <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/KKSA-TRAnaRaporKitap26Mart.pdf> (Erişim Tarihi: 30.07.2017)

AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, **Türk Medenî Hukuku – Aile Hukuku – İkinci Cilt**, 19. Baskı, İstanbul: Beta, 2016

ALACAKAPTAN Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara: Sevinç, 1975

APAYDIN Cengiz, **Meşru Savunma**, İstanbul: Acar, 2016

ARTUÇ Mustafa/HIRSLI Tahir, **Hüküm Kurma Sanatı**, Ankara: Adalet, 2013

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Adalet, 2016

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet, 2015

ASHWORTH Andrew John, “The Doctrine of Provocation”, **The Cambridge Law Journal**, Cilt: 35, Sayı: 2, Kasım 1976, s. 292-320

AUSTIN John L., “A Plea for Excuses” (1956), Ed.: URMSON Jamie O./WARNOCK Geoffrey J., **Philosophical Papers**, Oxford: Clarendon Press, 2. Baskı, 1970 s. 175-204

AYDIN Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanunu’da Haksız Tahrik”, **AÜHFD**, Cilt: 54, Sayı: 1, 2005, s. 225-254

AYIK İsmail Hakkı, “Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 43, Sayı: 1, Ocak 1952, s. 83-107

BAKER Katharine K., “Gender and Emotion in Criminal Law”, **Harvard Journal of Law & Gender**, Cilt: 28, 2005, s. 447-466

BAŞAR Nur, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, (I), **Adalet Dergisi**, Yıl: 71, Sayı: 3, 1980, s. 253-263

BAŞAR Nur, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, (II), **Adalet Dergisi**, Yıl: 71, Sayı: 4, 1980, s. 351-365

BELGE Ceren, “Kadına Yönelik Şiddetin Cezalandırılmasında Kültürel Değerlerin ve Yöresel Geleneklerin Ağırlığı: Şanlıurfa 2. Ağır Ceza Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme”, **Şanlıurfa Barosu Dergisi**, Sayı: 13, 2006, s. 39-54

BERMAN Mitchell N./FARRELL Ian P., “Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse”, **William and Mary Law Review**, Cilt: 52, Sayı: 4, 2011, s. 1027-1109

Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW), “19 Numaralı Tavsiye Kararını Güncelleyen 35 numaralı Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin Tavsiye Kararı”, CEDAW/C/GC/35, 2017

BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul: Beta, 2013

BOZBAYINDIR Ali Emrah, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 18, Nisan 2012, s. 113-135

CAHN Naomi R., “Looseness of Legal Language: The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice”, **Cornell Law Review**, Cilt: 77, Sayı: 7, Eylül 1992, s. 1398-1446

CENTEL Nur, “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?”, Ed.: CENTEL Nur, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 1-12

CENTEL Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası Ve Kadın”, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf> (Erişim tarihi: 15.07.2017) s. 1-16

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I**, 3. Baskı, İstanbul: Beta, 2016

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2016

CLOUGH Amanda, “Comment – Loss of Self-Control as A Defence: The Key to Replacing Provocation”, **Journal of Criminal Law**, Cilt: 74, Sayı: 2, 2010, s. 118-126

Coroners and Justice Act, Explanatory Notes, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/notes/division/5/1/2/1/3> (Erişim tarihi: 14.07.2017)

ÇETİNER Bilgehan, “Aldatılan Eř Manevi Tazminat Talep Edebilir Mi?”, **İKÜHFD (Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan Cilt I)**, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 517-527

ÇINAR Ali Rıza, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine İlişkin İstanbul Sözleşmesinin Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Yükümlölükler”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 106, Haziran 2015, s. 55-79

DEĞİRMENCİ Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 110, Ocak-Şubat 2014; s. 129-188

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

DEMİRBAŞ Timur, **Haksız Tahrik**, Ankara: Seçkin, 2016

DEMİRBAŞ Timur, **Kriminoloji**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

DEMREN DÖNMEZ Burcu, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, **İÜHFM**, Cilt: LXXI, 2013, s. 267-294

DİNÇMEN Kriton, “Tahrik Kavramının Adli Psikiyatri Yönünden İrdelenmesi”, **Adli Tıp Dergisi**, Sayı: 1, 1985, s. 91-94

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku – Genel Kısım Cilt: II**, 11. Baskı, İstanbul: Beta, 1997

DRESSLER Joshua, “Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, Cilt: 3, 2006, s. 457-471

DRESSLER Joshua, “Feminist (or ‘Feminist’) Reform of Self-Defense Law: Some Critical Reflections”, **Marquette Law Review**, Cilt: 93, 2010, s. 1475-1493

DRESSLER Joshua, “Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?”, **The Modern Law Review**, Cilt: 51, Sayı: 4, Temmuz 1988, s. 467-480

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku – Cilt III – Aile Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul: Filiz, 2016

DURAN Gökhan Yaşar, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul: Legal, 2010

EKER KAZANCI Behiye, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi – Haksız Tahrik”, **DEÜHFD**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1309-1357

EKERBİÇER Dilaver, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara: Adalet, 2015

ELLIOTT Catherine/QUINN Frances, **Criminal Law**, 10. Baskı, Harlow: Pearson, 2014

EREN Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Yetkin, 2014

EREM Faruk, “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, **AÜHFD**, Cilt: 2, Sayı:4, 1945, s. 50-79

EREM Faruk, “Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 37, Sayı: 7, Temmuz 1946, s. 637-654

ERGÜN Reyda, “Eril Devlet Ve Tecavüz”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan – 1**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 263-290

ERSAN Aykut, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, İstanbul: On İki Levha, 2013

ERTÜRK Yakın ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, “Kadına Yönelik Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları Özel Raportörlüğü: Türkiye Raporu”, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/HRC/4/34/Add.2, 2007

EVİK Ali Hakan, “Türk Ceza Yasasının 462. Maddesi: Zina veya Gayrimeşru Cinsi Münasebet Esnasında Adam Öldürme veya Müessir Fiil”, **Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul: Beta, 2001, s. 99-121

FITZ-GIBBON Kate, “Replacing Provocation in England Wales: Examining The Partial Defence Of Loss Of Control”, **Journal of Law and Society**, Cilt: 40, Sayı: 2, Haziran 2013, s. 280-305

FLETCHER George P., **Rethinking Criminal Law**, New York: Oxford University Press, 2000

FONTAINE Reid Griffith, “Adequate (Non)Provocation and Heat of Passion As Excuse Not Justification”, **University of Michigan Journal of Law Reform**, Cilt: 43, 2009, s. 27-51

GÖZTEPE Ece, “‘Namus Cinayetlerinin’ Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 59, Temmuz-Ağustos 2005, s. 29-48

GRUBER Aya, “A Provocative Defense”, **California Law Review**, Cilt: 103, 2015, s. 273-333

GÜNAY Erhan, **Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik**, Ankara: Seçkin, 2009

GÜRELLİ Nevzat, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 6, 1951, s. 331-344

HART H. L. A., **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Çeviren: Erol Öz, Ankara: Dost, 2011

HERRING Jonathan, **Criminal Law – Text, Cases, and Materials**, 5. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2012

HORDER Jeremy, **Provocation and Responsibility**, Oxford: Clarendon Press, 1992

İÇEL Kayıhan/SOKULLU-AKINCI Füsün/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih S./ÜNVER Yener, **İçel - Suç Teorisi 2. Kitap**, 3. Baskı, İstanbul: Beta, 2004

KANGAL Zeynel T., **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin, 2010

KANGAL Zeynel T., “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **EÜHFD**, Cilt: XIV, Sayı: 3-4, 2010, s. 19-68

KAPANCI Kadir Berk, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, İstanbul: Vedat, 2016

KAYA Fahrettin, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 40, Mayıs 2011, s. 91-107.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2015

KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2015, s. 547-586

MACKINNON Catharine A., **Toward A Feminist Theory Of The State**, Cambridge: Harvard University Press, 1989

MCCOLGAN Aileen, “General Defences”, Ed.: NICOLSON Donald/BIBBINGS Lois, **Feminist Perspectives on Criminal Law**, Londra: Cavendish, 2000, s. 137-158

NOURSE Victoria F., “Self-Defense and Subjectivity”, **University of Chicago Law Review**, Cilt: 68, 2001, s. 1235-1308

NUHOĞLU Ayşe, “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan)**, Sayı: 1/2, 2004, s. 205-213

OBERWITTLER Dietrich/KASSEL Julia, “Honor Killings”, Ed.: GARTNER Rosemary/MCCARTHY Bill, **The Oxford Handbook of Gender, Sex, and Crime**, New York: Oxford University Press, 2014, s. 652-670

OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, **Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 22. Baskı, İstanbul: Vedat, 2016

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt 2**, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul: Vedat, 2016

ÖZBEK Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi – Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, Cilt I Genel Hükümler (Madde 1-75), 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010

ÖZBEK Veli Özer, “Türk Ceza Hukukunda Hata (m.30)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008, s. 83-99

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, Ankara: Seçkin, 1995

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara: Seçkin, 2005

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 16. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

PARLAR Ali, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik**, Ankara: Bilge, 2015

PRADEL Jean, **Manuel de Droit Pénal Général**, 16. Baskı, 2006

SEROZAN Rona, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir Mi?”, **İKÜHFD (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt II)**, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 451-458

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk – Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul: Vedat, 2015

SOKULLU-AKINCI Füsün, **Kriminoloji**, 11. Baskı, İstanbul: Beta, 2014

ŞAHİN Mehmet, “Yasal (Meşru) Savunma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 75, Mart-Nisan 2008, s. 284-332

TANER Fahri Gökçen, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Ankara: Seçkin, 2013

TANER Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, s. 219-251

TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumî Kısım**, 3. Baskı, İstanbul: İsmail Akgün, 1953

YALÇIN SANCAR Türkan, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara: Seçkin, 2013

TAŞKIN Ozan Ercan, “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 20, Aralık 2012, s. 43-58

TAYLOR Laurie J., “Comments – Provoked Reason in Men and Women: Heat-of-Passion Manslaughter and Imperfect Self-Defense”, **UCLA Law Review**, Cilt: 33, 1985-1986, s. 1679-1735

TCK Kadın Çalışma Grubu, Kadın Bakış Açısından Türk Ceza Kanunu – TCK Tasarısı Değişiklik Talepleri, 2003, <http://www.kadinininsanhaklari.org/kadin-bakis-acisindan-turk-ceza-kanunu-tck-tasarisi-degisiklik-talepleri-2003-ingilizce-turkce/> (Erişim Tarihi: 28.07.2017)

TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz, 1993

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara: Seçkin, 2016

TUTUMLU Mehmet Akif, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik – Genel ve Özel Hükümler**, Ankara: Adil, 1999

WALKER Lenore E. A., **The Battered Woman Syndrome**, 3. Baskı, New York: Springer, 2009

<https://www.cnnturk.com/turkiye/cilem-dogan-davasinda-gerekceli-karar-aciklandi> (Erişim Tarihi: 04.08.2017)

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/554418/Cilem_Dogan_cezaevinden_cikti.html (Erişim Tarihi: 04.08.2017)

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt Md. 1-44**, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014

YENERER ÇAKMUT Özlem, “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2016, s. 3-21

YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul: Beta, 2015

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler - TCK m.1-75**, 6. Baskı, İstanbul: Beta, 2016

ZAFER Hamide, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı – Normatif Teorinin Öne Çıkışı – Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2009, s. 151-194



ÖZGEÇMİŞ

Ceren Mermutluoğlu, 16 Ekim 1989 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. 2008 yılında Galatasaray Lisesi'nden, 2013 yılında ise Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Jean Monnet bursiyeri olan Mermutluoğlu, 2015 yılında, University of Edinburgh'da, "*Effectiveness of European Human Rights Standards in Policing: The Case of Turkey*" konulu tezi ile yüksek lisans eğitimini tamamlamıştır. 2015-2016 akademik yılında Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. Eylül 2016 tarihinden bu yana MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalında araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Ceren MERMUTLUOĞLU
Tez Başlığı	Ceza Hukukunda Kadın ve Haksız Tahrik
Savunma Tarihi	21.08.2017
Danışmanı	Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK



Prof. Dr. Ali Rıza ÇINAR



Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

