

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASINDA
EŞİTSİZLİK ALGISI*

PERCEPTION OF INEQUALITY IN THE APPLICATION OF UNJUST
PROVOCATION IN TURKISH LAW

Recep KAHRAMAN** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1274317](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1274317) 

Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Haksız fiilin neden olduğu hiddet veya şiddetli elem, kusur yeteneğini etkilemekte ve davranışlarını kontrol etme yeteneği zayıflayan fail de mağdura karşı suç işlemektedir. Kadına karşı işlenen özellikle kasten öldürme suçlarının hemen hemen tamamında, suçun haksız tahrikin etkisiyle işlendiği savunması ileri sürülmekte; haksız tahrikin unsurlarının hatalı değerlendirilmesiyle birlikte de erkek fail lehine ayrımcılık yapıldığına dair bir algı oluşmaktadır. Hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek hangi davranışların haksız fiil olarak kabul edileceği, haksız fiil sonucunda ortaya çıkması gereken hiddet veya şiddetli elem ne olduğu; haksız fiil ve hiddet veya şiddetli elemnin somut olayda belirlenmesi için hangi ölçüt ya da ölçütlerin dikkate alınması gerektiği; haksız fiil ile tepki arasında açık orantısızlık mevcut olduğunda haksız tahrik kurumunun hangi ölçüde ceza sorumluluğunu etkileyeceği gibi hususlara dair yorum farklılıkları, erkek fail lehine hukuki açıdan tatmin edici olmayan kararların verilebilmesine neden olabilmektedir. Bu durum, haksız tahrik kurumunun erkeklik indirimi olarak algılanmasına ve böylece kadına yönelik işlenen suçlarda ceza hukukunun etkinliğinin azalmasına neden olmaktadır.

* Bu makale, 12. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali'nde (Eşitiz) (18-24 Kasım 2022), çevrimiçi sunulan özet tebliğin, genişletilerek ve gözden geçirilerek makale haline dönüştürülmüş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, e-posta: recepkehrman@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0991-9692, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1274317.

- Atıf Şekli/ *Cite As*: Kahraman R, "Türk Hukukunda Haksız Tahrikin Uygulanmasında Eşitsizlik Algısı", AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(1), 2024, s.349-392
- İntihal / *Plagiarism*: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



Anahtar Kelimeler: Kusur, Kusuru azaltan haller, Haksız tahrik, Hiddet veya şiddetli elem, Eşitsizlik.

ABSTRACT

In the Turkish Penal Code, unjust provocation is regulated as a reason that reduces criminal responsibility. The rage or severe pain arising from the tort affects the offender's ability to culpa. The offender, whose ability to control her behavior is weakened, also reacts to against the victim. It is argued that in almost all of the committed against women, especially wilful murder, is committed with the effect of unjust provocation. With the erroneous evaluation of the elements of unjust provocation, there is a perception that discrimination is made in favor of the male offender. What acts that may cause rage or severe pain will be considered tort; what rage or severe pain should have resulted from the tort; what criteria should be taken into account in order to determine the tort and rage or severe pain in the concrete case; When there is a clear disproportion between the tort and the reaction, the differences in interpretation on the extent to which the unjust provocation institution will affect the criminal responsibility may lead to legally unsatisfactory decisions in favor of the male offender. This situation causes the institution of unjust provocation to be perceived as a reduction in masculinity, thus reducing the effectiveness of the criminal law in crimes against women.

Keywords: Culpa, The Causes that reduce culpa, Unjust provocation, Rage or Severe Pain, Inequality.

EXTENDED ABSTRACT

In criminal law, it is not considered excusable for an individual to commit a crime by being unable to control his/her behaviour. However, the main reason for the importance attached to unjust provocation by the legal order is the following: in certain situations, the ability to control is lost or the ability to control is reduced.

Unjust provocation is regulated in article 29 of the Turkish Penal Code Numbered 5237. According to the regulation, the penalty of the person who commits an offence under the influence of rage or severe pain caused by an unjust act is reduced. According to the principle of fault, criminal liability is reduced in the event of committing an offence under the influence of rage or severe pain. Unjust provocation is a state of depression in the psychology of the offender. The basis for the reduction of the criminal responsibility of the offender for the crime of reaction as a result of being provoked by an unlawful behaviour is the idea of fairness.

In practice, there is a perception that unjust provocation is discriminated in terms of gender. The main reason for this situation is not that the offender is discriminated against because he is a man, but that some of the elements of unjust provocation are incorrectly evaluated. It should be determined why the discrimination in favour of

the male offender arises and which elements of unjust provocation are incorrectly evaluated.

In cases of intentional homicide against women, erroneous assessments may be made regarding the existence of the elements of unjust provocation in the concrete case. This leads to the idea that the offender is protected and that the institution of provocation is actually an institution of masculinity. Gender-cultural based defences may be attributed to a certain gender stereotype due to psychological, sociological or cultural reasons. From this point of view, the institution of unjust provocation is perceived as a male-based defence argument in the society, and this situation may also affect the judicial authority. For example, the defence of unjust provocation made by the husband in the case of the murder of his wife may be successful due to the gender stereotypes applied to the provocative behaviour of the wife, rather than the husband's reaction to it.

The most important problem in the application of unjust provocation is the determination of the nature of the victim's behaviour which is the cause of unjust provocation. The scope of the unjust act, which is one of the elements of unjust provocation, is determined in practice rather than in legal regulations. With the ambiguous, very broad and arbitrary interpretation of the concept of unjust act, the institution of unjust provocation may essentially be tried to be applied as a discretionary discount. In order to make an objective assessment in determining the nature of the unjust act that causes rage or severe pain, it is necessary to determine the scope within the framework of the rules of law. Behaviours of the victim that are in conflict with customs and traditions, moral rules or similar social value judgements should not be accepted as unjust act.

The judicial authority should evaluate the unjust act rationally and in accordance with the legal order in the context of the concrete event. In practice, the behaviour is accepted as a unjust act without evaluating the behaviour on an individual basis, and it is argued that this determination is objective and therefore consistent. Although this is an acceptable approach, it should be considered as an erroneous practice to put forward a standard unjust provocation result on the grounds that the determined unjust act will have the same effect on every person. Instead, in continuation of the approach that every act is a unjust act for everyone, the thesis that every unjust act causes the same rage or severe pain in everyone should be abandoned.

Accepting behaviours that are not capable of affecting the ability of fault as unjust provocation is not in accordance with the purpose of regulating unjust provocation in the penal code. For this reason, the unjust act must be capable of causing rage or severe pain. In order for a causal link to be established between the unjust act of the victim and the reaction of the offender, the unjust act must be capable of causing rage or severe pain.

If the unlawful behaviour causing rage or severe pain cannot be proved conclusively,

the principle of the accused's benefiting from suspicion should not be applied. Especially in cases where the statement of the male offender is not supported by other concrete evidence, it should not be accepted that the victim committed the act subject to provocation.

GİRİŞ

Modern ceza hukuku anlayışına göre failin sorumluluğunun belirlenmesinde, suçun işlenmesine neden olan her türlü etken dikkate alınmaktadır.¹ Mağdurun davranışı karşısında, failin makul hareket etmesini önleyen hiddet veya şiddetli elem de haksız tahrik başlığı altında sorumluluğun tespitinde önem taşımaktadır.²

Ceza hukukunda kural olan kişinin her durumda kendisini kontrol edebilmesi, suç işlemekten sakınmasıdır. Bireyin davranışlarını kontrol edemeyerek suç işlemesi hali bu nedenle mazur görülmemektedir.³ Haksız tahrike hukuk düzeni tarafından önem atfedilmesinin temel nedeni de belli durumlarda failin kontrol yeteneğini kaybetmesi veya kontrol yeteneğinin azalmasıdır.⁴

Haksız tahrikte faile ayrıcalık tanınmasının nedeninin, ceza hukuku açısından makul gerekçelendirilebilir olmasının yanında, uygulamada cinsiyet açısından ayrıcalığın gerçekleştirildiğine dair bir algı bulunmaktadır.⁵ Bu durumun esas nedeni, failin erkek olduğu için ayrımcılığa tabi tutulması olmayıp, haksız tahrik kurumunun bazı unsurlarının hatalı değerlendirilmesidir.⁶ Çalışmada, erkek failer lehine ayrımcılığın neden ortaya çıktığına, haksız tahrikin hangi unsurlarında hatalı değerlendirmeler yapıldığına dair tespitlerimizi yaptıktan sonra, mevzuat ya da uygulamadan kaynaklanan sorunların neler olduğunu ve çözüm önerilerimizi ortaya koymayı amaçlamaktayız. Çalışmada ilgili konularda Türk, Alman ve İtalyan

¹ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte generale*, 11. Baskı, Cedam, 2020, s. 452.

² Timur Demirbaş, *Haksız tahrik*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 38.

³ Luigi Delpino/Rocco Pezzano, *Manuale di Diritto penale Parte generale*, 33. Baskı, Simone, 2023, s. 295.

⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 466.

⁵ Aya Gruber, "A Provocative Defense", *California Law Review*, (103) 2015, s. 297.

⁶ Devrim Aydın, "Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar", *Terazi Hukuk Dergisi*, (15) 2020, s. 239.

yargı kararları da karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

I. KUSURU AZALTAN BİR SEBEP OLARAK HAKSIZ TAHRİK

Evrensel bir ceza hukuku kurumu olan haksız tahrik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29'uncu maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem etkisi altında suç işleyen kimsenin cezası indirilmektedir. Haksız tahrikin ceza sorumluluğunu azaltan bir hal olarak dikkate alınabilmesi için objektif (haksız fiil) ve subjektif (hiddet veya şiddetli elem) koşulların birlikte bulunması ve failin subjektif koşulun etkisi altında tepki suçunu işlemesi gerekmektedir.

Çalışmada, Türk yargı kararlarıyla birlikte karşılaştırmalı olarak İtalyan ve Alman yargı kararlarına da yer verildiği için İtalyan ve Alman hukukunda haksız tahrik kurumunun açıklanmasının yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Haksız tahrik, Türk Ceza Kanunu'na benzer şekilde İtalyan Ceza Kanunu'nun genel hafifletici haller başlığı altında 62'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre haksız fiilin neden olduğu hiddetin etkisi altında suç işlenmesi halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır.⁷ Kanuni düzenlemede haksız tahrikin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar; bir başkasının neden olduğu haksız fiil, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltan hiddet hali ve haksız fiil ile buna karşı gösterilen tepki arasındaki psikolojik nedensellik bağıdır.⁸ Başkasının haksız fiilinin faildeki karşılığının, önlenemez bir duygusal dürtünün tetiklediği psikolojik bir durumdan kaynaklanan öfke hali olması aranmaktadır.⁹ Herhangi bir heyecan hali, duygusal açıdan failde etkileri olabilecek bir ruhsal durum olarak kabul edilebilirse de failin kusurunun azalmasının nedeni olarak öfke hali aranmaktadır. Bunun nedeni olarak da failin kendisini kontrol edebilmesinin diğer heyecan türlerinde mümkün olduğu ancak öfke halinde psikolojik olarak failden bunu yerine getirmesinin beklenemeyeceği gösterilmektedir.¹⁰ Ceza kanununda yer alan düzenlemeye göre failin hiddet duyarak tepki vermesinin nedeni, doğrudan doğruya başkasının fiili olmalıdır. Bu durum, haksız fiil ile tepki arasındaki uygun nedensellik bağına karşılık gelmektedir. Haksız fiil dışında,

⁷ Haksız tahrik, İtalyan Ceza Kanunu'nun 599'uncu maddesinde, şerefe karşı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran özel bir hal olarak da düzenlenmiştir.

⁸ Mantovani, s. 453.

⁹ Delpino/Pezzano, s. 296.

¹⁰ Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, *Diritto penale Parte generale*, 8. Baskı, Zanichelli, 2019, s. 467.

işsel veya dışsal nedenlerden kaynaklanan hiddetin sonucu olarak gösterilen tepki, mazeret olarak kabul edilmemektedir.¹¹ Türk ve İtalyan hukukunun aksine Alman hukukunda haksız tahrik, tüm suçlar için uygulanabilen genel bir hüküm olarak düzenlenmemiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinde yer alan basit öldürme suçu¹² ile 199'uncu maddesinde yer alan hakaret suçunda uygulanmaktadır. 213'üncü maddede yer alan düzenlemeye göre kendisine veya aile üyesine yönelik kötü muamele ya da ağır hakarete bağlı olarak oluşan öfke ile kasten öldürme suçunun derhal işlenmesi halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır.¹³ Düzenleme, sadece 212'nci maddede yer alan kasten öldürme suçu için uygulanmakta olup 211'inci maddeyi (nitelikli öldürme) kapsamamaktadır. Kötü muamele ya da ağır hakaret dolayısıyla oluşan öfkeye bağlı olarak failin isnat, algılama yeteneği bu durumdan etkilenmemekte, sadece irade yeteneği ve dolayısıyla kusuru zayıflamaktadır.¹⁴ Failin, mağdur tarafından haksız şekilde tahrik edilerek öfke durumuna

¹¹ Mantovani, s. 453.

¹² Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinin başlık ve metin kısmında açıkça yer alması da düzenleme esasen tahrik altında öldürme suçunu oluşturmaktadır. Albin Eser, "Renaissance des § 213 StGB: Der "minder schwere Fall des Totschlags" im Lichte der Rechtsprechung", in: *FS Middendorff*, 1986, s. 69.

¹³ Rolf Schmidt, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 21. Baskı, Verlag, 2019, s. 18. Alman hukukunda haksız tahrik kurumunun daha iyi anlaşılması için azaltılmış kusur yeteneği başlığı altında 21'inci maddede yer alan esaslı şuur bozukluğunun da açıklanması gerekmektedir. Alman hukukunda öfke, bir heyecan türü olarak 213'üncü maddede yer alan kasten öldürme suçundan dolayı ceza sorumluluğunu azaltmaktadır. Öfke hali aynı zamanda "azaltılmış kusur yeteneği" başlıklı 21'inci maddede yer alan esaslı şuur bozukluğunun nedeni olarak da kabul edilebilmektedir. Bu halde bir heyecan türü olarak öfkenin, Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için söz konusu öfke hali, esaslı bir şuur bozukluğu düzeyine ulaşmamalıdır. Aksi halde öfke hali dolayısıyla kasten öldürme suçunda, 213'üncü madde yerine 21'nci madde hükmü uygulanmaktadır. (Karl Lackner/Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29. Baskı, CH. Beck, 2018, s. 1175). Esaslı şuur bozukluğu, fiilin haksızlığını anlama veya hareket etme yeteneğinin önemli derecede azalmasına neden olduğunda, 21'nci madde gereğince ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Bir şuur bozukluğu, dış dünyanın farkındalığının bulanıklaşmasını içeren bilinçli olma yeteneğinin bozulmasıdır. Esaslı olma hali ise patolojik olmayıp, zihinsel bozukluğa karşılık gelen bir yoğunluğa ulaşılmasıdır. Aşırı yorgunluk, uyku sarhoşluğu veya hipnoz gibi patolojik durum bir bozukluk oluşturmayan, bilinçteki değişiklikleri veya daralmayı temsil eden görünüm-ler, esaslı şuur bozuklukları olarak kabul edilmektedir. (Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 67. Baskı, CH. Beck, 2020, s. 196). Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre her ne kadar esaslı şuur bozukluğunda patolojik bir durumun varlığı gerekli olmasa da genel olarak bilinç bulanıklığına veya daralmasına neden olan etkenlerin, patolojik bir yoğunluk düzeyinde olması aranmaktadır. Öfke halinde ise genel olarak bir tür psikolojik durum bozukluğu kabul edilebilmesine karşın patolojik bir yoğunluğun bulunmaması nedeniyle 21'nci madde hükümlerinin uygulanması tercih edilmemektedir. BGH, 13.12.1989 -3 StR 370/89.

¹⁴ Lackner/Kühl, s. 1172.

sürüklenmesi ve failin bu ruhsal durumun etkisi altında kalarak kasten öldürme suçunu işlemede kusurunun azaldığı açıktır; işte bu gerçeği göz önüne alan kanun koyucu, öfke halinde failin daha hafif cezalandırılmasını kabul etmektedir.¹⁵ 213'üncü maddede tahrikin konusu olarak kendisine veya yakınlarına yönelik haksızlık teşkil eden iki hal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki kötü muamele, diğeri ise ağır hakarettir. Kötü muamele, fiziksel ya da zihinsel olarak mağdurun yaralanması hali; ağır hakaret ise özünde mağdurun onuruna yönelik saldırıyı içermektedir.¹⁶ Kötü muamele ya da ağır hakarete bağlı olarak oluşan öfke sebebiyle suçun aniden, derhal işlenmesi aranmaktadır.¹⁷

Haksız fiilin, hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek etkileri her durumda karşılaşılabilecek heyecan türüleri olduğundan ceza hukuku bu etkilerin normalligine kayıtsız kalmamaktadır.¹⁸ Yargıtay'a göre de haksız fiilin etkisiyle suç işleyen kişi ile haklı nedeni olmadığı halde suç işleyen kişiyi ayırmak, cezalandırmada adalet duygusuna hizmet etmektedir.¹⁹

Haksız tahrik, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisiyle hareket ederek suçun işlenmesi hali olup sadece kusuru azaltmaktadır.²⁰ Fail, içinde bulunduğu ruh halinden dolayı davranışına hakim

¹⁵ Schmidt, s. 19.

¹⁶ Fischer, s. 1513.

¹⁷ Kanun metninde, failin tahrik nedeniyle öfkeye kapılmış ve bu nedenle fiili derhal işlemeye sürüklenmiş olması yer alsın da burada, suçun "spontane bir eylem" olup olmadığı belirleyici değildir. Tahrikin yarattığı öfkenin mevcut ve suçun işlenmesine neden olup olmadığı (psikolojik bağlam) çok daha önemlidir. Schmidt, s. 20.

¹⁸ Klaus Bernsmann, "Affekt und Opferverhalten", *NSTZ*, (4), 1989, s. 160; Hiddet veya şiddetli elem gibi insani duygular, anlık da olsa belli bir düşünceye odaklanılmasına neden olmaktadır. (Lackner/Kühl, s. 1173). Klasik ceza hukukunun fiili esas alan yaklaşımının yerine, deney ve gözlemin kullanılarak suçluluğun azaltılmasını hedefleyen pozitivist yaklaşımda, suçtan çok suçlu incelenmektedir. Deney ve gözlem yöntemleriyle gelişen psikoloji ve sosyolojinin insana dair yaptığı çalışmaların çıktıları, ceza hukukuna aktarılmakta ve bireyin suç işlemesinin nedenleri bu paradigma sayesinde araştırılmaya başlanmaktadır. Bu yaklaşımda faili çevreleyen psikolojik ve sosyolojik etkenler dışlanmadığından, haksız tahrikin psikolojik esası olan hiddet, elem gibi kavramlar da bu kuramsal çerçeveden kaynaklanmaktadır. Amanda Clough, "Loss of Self-Control as a defence: The Key to Replacing Provocation", *The Journal of Criminal Law*, (74), 2010, s. 119.

¹⁹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.05.2017 tarih, 2016/14-1123 Esas, 2017/270 Karar.

²⁰ Özgenç, s. 466; Haksız tahrik, başka bir kişinin haksız fiiliyle ortaya çıkan öfkenin temsil ettiği duygusal durumu ön plana çıkararak, cezalandırmanın hafifletilmesini haklı çıkaracak şekilde kusurun yoğunluğunu azaltmaktadır. (Mantovani, s. 452). İtalyan Yargıtayı'na göre haksız tahrik indirimi sosyal, moral ve psikolojik temellidir. Ortalama bir insanın gerçekte ne olduğu, ne yapacağı, nasıl davranacağı veya nasıl tepki vereceği tahmin edilebilmesine karşın haksız tahrikte kusurun azaltılmasının nedeni, ortalama bir insandan sahip olduğundan

olamamakta, davranışı faile hâkim olmaktadır.²¹ Federal Yüksek Mahkeme'ye göre haksız fiilden dolayı ortaya çıkan heyecan hali, faili tepki vermeye zorlamaktadır.²² Bu özelliği dolayısıyla haksız tahrik suç teorisinde, haksızlık yerine kusurluluk kapsamında ele alınmaktadır.²³ Haksız tahrikin etkisi altında olan failin tepkisinin haksızlık içeriği bu durumdan etkilenmemekte²⁴ ama ceza sorumluluğu etkilenmektedir.²⁵

fazlasının beklenemeyeceği düşüncesidir. Failin ceza sorumluluğunun azaltılmasının meşru kabul edilmesinin nedenlerinden birisi de kamuoyunun tepki suçunu işleyen faile göstermiş olduğu hoşgörüdür. Failin normal insan gibi cezalandırılması, adalet duygusunu tatmin etmediğinden toplum vicdanında kabul görmemektedir. Cassazione, 08.04.2008, n. 16790.

²¹ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, 2016, s. 482.

²² Bkz. "Somut olayda mağdurun kendisine hakaret etmesi ve yaralamasına bağlı olarak ortaya çıkan öfke içerikli heyecan hali, kesintiye uğramayan bir duygu dalgası olarak etkisini sürdürdüğünden, faili tepki vermeye zorlamaktadır." (BGH, 16.04.2007 – 5 StR 134/07). Haksızlığa uğramak, kişinin adalet duygusuna zarar vererek, psikolojisini bozmakta ve bu ruhsal durum kişiyi belli süre etkisi altına alabilmektedir. Kendisine karşı haksızlık yapıldığı düşüncesi, bazı kişilerde intikam alma duygusunu oluşturabileceği gibi bu haksızlığı, karşı bir tepki ile telafi edebileceği, iradeyi etkisi altında bırakan içsel bir dürtüye de neden olabilmektedir. Mitchell Berman/Ian Farrell, "Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse", *William and Mary Law Review*, (52), 2011, s. 1051.

²³ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, s. 442. Suç teorisinde haksızlık, failin davranışının norma uygun olması diğer bir deyişle suç teşkil etmesidir. Haksızlık, failin özelliklerinin dışında değerlendirildiği için haksız tahrikin etkisi altındaki failin davranışı da suç olarak kabul edilmektedir. Bu halde haksız tahrik suça, haksızlığa etki etmemektedir. (Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 527). Kasıtlı ya da taksirli gerçekleştirilen davranışlar birer haksızlık olarak değerlendirilirken, haksızlığın faile yüklenebilmesi hali ise kusurluluk olarak ifade edilmektedir. Davranışın haksızlık teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi, failin özellikleri dikkate alınmaksızın yapılmaktadır. Haksızlığın belirlenmesinde sonra ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ise failin dikkate alınması gerekir ki bu durum kusurluluk incelemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa hangi oranda cezalandırılacağı kusurluluk incelemesinin ardından somutlaştırılmaktadır. Özgenç, s. 402.

²⁴ Mantovani, s. 452. Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta haksız tahrik suça etki eden bir neden olmayıp sadece failin ceza sorumluluğunu azaltmaktadır. İngiliz hukukunda ise "kontrol kaybı" olarak ifade edilen haksız tahrik, suç tipinin değişmesine bağlı olarak ceza sorumluluğunu etkilemektedir. Şöyle ki somut olayda "kontrol kaybı" var olduğunda fail, kasten öldürmenin nitelikli halinden (murder) değil kasten öldürmenin basit halinden (manslaughter) sorumlu olmaktadır. (Coroners and Justice Act md. 54) Clough, s. 122.

²⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Aşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 587. Kusur sorumluluğunda bulunması gereken kusur yeteneği, algılama ve irade yeteneği olarak ifade edilebilmektedir. Algılama yeteneği, failin davranışının haksız olduğunun farkında olması iken irade yeteneği ise davranışlarını kontrol edebilme kudretidir. Haksız tahrik, kusurun algılama yeteneği üzerinde etkili olmayıp doğrudan "irade" (isteme) unsurunu etkileyen bir faktördür. (Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 367). Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay'a göre

Haksız tahrikte, haksız fiile muhatap olan failin içinde bulunduğu psikolojik durum öne çıkmaktadır.²⁶ Şöyle ki haksız fiilden dolayı failin iradesi zayıfladığından, suç işleme isteği daha kolay oluşmaktadır.²⁷ Hiddet veya şiddetli elemin etkisinden kaynaklı olarak failin, suçu işlememe, kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmaktadır.²⁸ Bu zayıf irade ile ceza normunun kendisine sunmuş olduğu alternatif davranış modeline uymayarak mağdura tepki vermektedir.²⁹

II. YARGITAY KARARLARINDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASINDA EŞİTSİZLİK ALGISI

Kişilerin güven içinde yaşadığı, adalete yönelmiş olan bir toplumda, hukuk kurallarının uygulanmasında eşitsizlik asla kabul edilemez. Eşitlikçi bir karaktere sahip olan modern ceza kanununun uygulanmasında da cinsiyet ayrımı yapılamaz ve kimseye ayrıcalık tanınmaz.³⁰

haksız tahrikte failin iradesi kendi kontrolünde olmamaktadır. "Fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeden, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısı üzerinde meydana getirdiği karışıklığın neticesi olarak bir suç işlemeye yönelmektedir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.06.2018 tarih, 2015/4-1152 Esas, 2018/301 Karar.

²⁶ Fiandaca/Musco, s. 466.

²⁷ Behiye Eker Kazancı, "Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik", *DEÜHFD*, Özel Sayı (15) 2013, s. 1311.

²⁸ Roni Rosenberg, "Human Dignity and the Doctrine of Provocation: A New Approach", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* (34) 2020, s. 289. Tahrik nedeniyle oluşan öfke, uygun seçimler yapma yeteneğini baltalar ve faili, yasal ve ahlaki açıdan uygun bir şekilde tepki verme konusunda daha az yetenekli hale getirir. Bu nedenle öfkeden etkilenen kişi, daha sakin duygusal durumundaki bir kişiye göre öz kontrolünü sağlama konusunda yeterli beceriye sahip olamamaktadır. Berman/Farrell, s. 1047.

²⁹ Clough, s. 121. Haksız tahrikin hukuki esasını açıklayan teoriler, mağdur ve fail kaynaklı olmasına göre objektif ve subjektif teoriler olmak üzere ayrılmaktadır. Objektif teoriye göre suçun oluşmasında failin davranışının yanında mağdurun haksız fiili de etkili olmuştur. Bu nedenle mağdur da fail gibi kusurludur ve failin cezasında indirim yapılmalıdır. Subjektif teoriye göre haksız fiilden dolayı etkilenen ve tepki veren kişinin psikolojik durumu esas alınmalıdır. Buna göre haksız fiile muhatap olan kişinin davranışını yönlendirme yeteneği, iradesi zayıfladığından suç işleme kararını daha kolay verebilmektedir. Bu nedenle cezası indirilmelidir. (Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 412). Haksız tahrikte, haksız fiile bağlı olarak ortaya çıkan hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle tepki suçu işlenmektedir. Objektif teori sadece mağdurun fiilini, subjektif teori ise salt failin psikolojisini dikkate alan bir yaklaşım içerdiğinden, her iki teoride tek başına haksız tahrikin hukuki niteliğini belirlemede yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle mağdurun haksız fiili ile failin psikolojisinin birlikte ele alındığı karma teori daha tutarlıdır.

³⁰ Antonella Merli, *Violenza di Genere e Femminicidio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, s. 17.

Kusuru azaltan bir ceza hukuku kurumu olarak haksız tahrik, kadına karşı işlenen suçlara izin veren cinsiyetçi bir mazeret nedeni olarak değerlendirilmektedir.³¹ Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçlarında ciddi artış olması, bu konunun günümüz toplumunda benzeri görülmemiş bir alaka düzeyine sahip olduğunu ve bir sosyal sorun haline geldiğini ortaya koymaktadır.³² Bu suçların önlenmesinde bir eksikliğin veya etkisizliğin olduğu rahatlıkla görülebildiğinden, kadının korunması için ceza hukuku etkin şekilde araç olmalı ve failin sorumluluğu doğru şekilde tayin edilmelidir.³³

Kadına yönelik kasten öldürme vakıalarında, haksız tahrikin unsurlarının somut olaydaki mevcudiyeti konusunda yapılan hatalı değerlendirme, failin korunduğu ve tahrik kurumunun aslında erkeklik indirimi olduğu düşüncesinin oluşmasına neden olmaktadır.³⁴ Benzer içeriklere haiz farklı davalarda fail, haksız tahrikin kendi lehine değerlendirileceğinden emin olarak, haksız fiil kurgusunu iyi aktarmak suretiyle yargılama makamını etkileyebilmektedir. Bu halde görülmektedir ki haksız tahrikten yararlanma konusunda profesyonel fail kavramı oluşmaya başlamaktadır.³⁵ Sonuçta, kadının herhangi bir davranışı

³¹ Gruber, s. 276.

³² Ursula Schneider, "Genderaspekte in Straf- und Strafprozessrecht", Gender & Crime: Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft, *Nomos*, 2022, s. 14.

³³ Ozan Ercan Taşkın, *Kadın Cinayeti Suçu*, Onikilevha Yayınevi, 2022, s. 51.

³⁴ Merli, s. 25. Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçu ve toplumsal cinsiyet ilişkisi, bu suçları adli birer olay olmanın ötesine taşımaktadır. Sadece kadın olmaları yani belli bir kimliği taşıdıkları, ataerkil yapının kurumsal ve kültürel kodlarına uymadığı için bu suçların işlendiği anlayışı oluşmaktadır. Söz konusu cinsiyet kodlarının mahkeme kararına yansımaları nedeniyle esasen adi bir vakıa, kadın davası olarak adlandırılabilir. Ursula Schneider, s. 14.

³⁵ Christoph Leander Roth, "Die Auslegung der Mordmerkmale Heimtücke und Niedrige Beweggründe in Den Sog. Ehrenmord-Fällen", Krisztina Karsai (Hrsg.) *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und Deutschland. Szeged: Polay Elemer Alapítvány*, 2008, s. 146. Kadın ve erkek tarafından işlenen kasten öldürme suçları incelendiğinde, öfkeye bağlı olarak kontrolden çıkmış fail figürü çoğunlukla erkek profilinde kendisine yer bulmaktadır. Haksız tahrikin etkisi altında suçun işlenmesi, failin kısmen de olsa haklı olduğu fikrine dayanmasına karşın kadına karşı işlenen suçlarda failin davranışı neredeyse meşru kabul edilebilmektedir. Hatalı uygulama nedeniyle toplum nezdinde haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olmaktan öte hukuka uygunluk nedeni gibi algılanmaya başlamaktadır. Bu durumun sonucu olan cezazırlık algısına bağlı olarak da hedef suçların işlenmesinin engellenebilmesi mümkün olmamaktadır. (Gruber, s. 299). Kadına karşı suçu işleyen belirli bir erkek profili olduğunda örneğin boşanmış erkeklerin çoğunlukla bu suçu işlediği kabul edildiğinde, bu durumun engellenebilmesi mümkün olabilmektedir. Profilin genele yayılması halinde ise içinde yaşadığımız toplumda kadın cinsinin korunabilmesi amacıyla ceza hukuku etkin şekilde uygulanabilmelidir. Haksız tahrik hükümlerinin hatalı uygulanması ise ceza hukukunu etkisizleştirmekte, kadına karşı işlenen suçların işleme ihtimalini artırmaktadır.

erkeklerde hiddet ya da eleme neden olabilir tabusu yerleşmeye başlamakta ve haksız tahrikin ceza kanunundan tamamen çıkartılması önerilmektedir.

Mülga 765 sayılı Kanun döneminde haksız tahrikin koşulları kültürel – ahlaki düzlemde değerlendirilebilmekteydi. Haksız tahrik oldukça kötü bir uygulamasının olduğu mülga Kanun dönemi yargı kararlarında, kadının ahlaka, toplumsal değer hükümlerine veya örf âdete aykırı davranışı, bir hukuk kuralının ihlali olmasa da haksız tahrikin nedeni olarak kabul edilmekteydi. Resmi bir evlilik bulunmasa da birlikte yaşadığı kadını eşi olarak görmesi ve içinde yaşanılan toplumun da buna destek ve kıymet vermesi dolayısıyla, kadının bir başka erkekle duygusal manada yakınlaşması³⁶; İşyerinde ve çevresinde "boyunca kızı var" şeklinde sözlerle ahlaki yaşantısı hakkında söylentiler çıkan kadının, iffet ve sadakatiyle bağdaşmaz tutum ve davranışlar içerisinde olarak kocasıyla geçimsiz olması, sürekli tartışması, erkeklerle gezip, muhabbet etmesi³⁷; Evli bir kadının başkasıyla ilişkisinin olmasının, eş dışında kalan akrabalar bakımından hukuki olmasa da toplumsal değerlere aykırılık oluşturması³⁸; Reşit bir kadının cinsel ilişki yaşayıp hamile kalmasının, ağabey bakımından ahlaka aykırılık oluşturması³⁹; Evlilik kurumunu ciddiye almayıp, başına buyruk bir yaşam özlemi içinde olan ve bu özlemine kendisini çok seven kırk günlük eşiyle paylaşan sanığın hal ve hareketleri⁴⁰; Evli bir kadının başka erkeklerle muhabbet ederken görülmesi ve onların arabasına binerek gezmesi, eve geç gelmesi, eşi ile sürekli geçimsiz olması ve cinsel ilişkiden kaçınmasının örf ve adet ile ahlaka aykırı kadın davranışı olarak kabul edilmesi⁴¹; Reşit olan birisi evlenmek için ailesinin rızasını almak zorunda olmasa da toplumda mevcut olan aile reisi rolü, önemli bir değer içermekle birlikte, bu geleneklere uyulması da aile reisinin beklediği olağan bir davranış olup, bu durumun ihlali olarak reşit olan kızın, evlenmek

Yeteri kadar cezalandırılmama olgusu, cezalandırmanın genel ve özel önleme amacına zarar vermektedir. Tahrik hükümlerinin erkek fail lehine uygulandığına dair bir algının yerleşmeye başlamasının sonucu olarak da potansiyel fail olan kişiler, bu suçlardan dolayı yeteri kadar cezalandırılmayacaklarına dair bir güvene sahip olmaktadır.

³⁶ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.08.1985 tarih, 1-494/438 Esas ve Karar.

³⁷ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.05.1985 tarih, 608/268 Esas ve Karar.

³⁸ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.02.1979 tarih, 484/58 Esas ve Karar.

³⁹ Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 13.06.1978 tarih, 2204/2557 Esas ve Karar.

⁴⁰ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.09.1991 tarih, 1-220/246 Esas ve Karar.

⁴¹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.11.1990 tarih, 1-252/273 Esas ve Karar.

amacıyla başkasıyla birlikte kaçması⁴² örneklerinde, haksız tahrik nedeniyle failin ceza sorumluluğu azaltılmıştır.

5237 sayılı Kanun ile birlikte kadına karşı işlenen suçlarda haksız tahrikin kötü uygulamasının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak için 5237 sayılı Kanun dönemine ait eşitsizlik algısına neden olabilecek kararların tamamı aşağıda görüleceği üzere çalışmada incelenmiştir.

Cinsiyet-kültürel temelli savunmalar, psikolojik, sosyolojik veya kültürel sebeplerden ötürü belli bir cinsiyet kalıbına yakıştırılabilmektedir. Örneğin erkekler hırpalanmış eş sendromunu kullanmış olsalar da bu genellikle kadın cinsine yakıştırıldığından, erkek fail lehine etkili bir savunma aracı olmamaktadır. Haksız tahrik kurumu da bu açıdan bakıldığında toplumda erkek temelli bir savunma argümanymış gibi algılanmakla birlikte bu durum yargılama makamını da etkileyebilmektedir.⁴³ Örneğin kocanın kadını öldürmesi halinde yapmış olduğu haksız tahrik savunması, genellikle kocanın buna tepkisinden çok, kadının kışkırtıcı davranışına uygulanan toplumsal cinsiyet klişeleri nedeniyle başarılı olabilmektedir.

Yargıtay, haksız tahrik kurumunun psikolojik koşulunda, “Türk erkeği” özelinde oldukça ilginç bir değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme’ye göre dava konusu olayda “Fail, olay sırasında o denli öfkelenmiş ya da birtakım düşünce veya kanaatlere kapılmıştır ki bir anda gözünü kan bürüyerek öldürmekten kaçınmamıştır. Nişanlı olan çiftlerin kafede yemek yerken birbirleriyle tartıştıkları, nişanlının “erkek olması nedeniyle” sinirlendiği, gerildiği açıkça ortadadır. Kendisine güvenen hangi Türk erkeği olursa olsun erkekliğine edilen sözün altında kalmak istemez. İnsanların özellikle bu tür suçları işlemelerinde ulusal, töresel ve ahlaki ön yargıların ve alışkanlıkların büyük rolü vardır. Değer yargıları itibariyle Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez. Bu durumun böyle olduğu, Türk erkeğinin bazı ifadeleri sindiremediği binlerce dosya vardır ve Türk erkeğinin

⁴² Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09.07.1973 tarih, 1/324-537 Esas ve Karar.

⁴³ Gruber, s. 295. Haksız tahrik gibi ceza sorumluluğunu etkileyen kurumlardan kadın faillerin yararlanabilmesinin oldukça zor olmasının nedeni, kadının davranışının kapasitesinin farkına varılmaması ve haksız tahrik gibi kurumların unsurlarının tamamen erkek davranışına göre inşa edilmiş olmasıdır. Alexandra Molitorisova/Burke Ciarán, “The Istanbul Convention’s Evidentiary Requirements in the light of Laws on Self-Defence and Mitigating Criminal Responsibility”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, 28(2), 2021, s. 221.

*bu durumu hakim ve savcılar tarafından da pekala bilinmektedir.*⁴⁴ Kararda görüldüğü üzere Mahkeme, erkeğin psikolojik açıdan bir analizini yapmakta; kültürel olarak farklılıklar olsa da cinsiyet ayrımı açısından toplumsal ön kabulün, bir norm gibi kararlarda etkili olabildiği görülebilmektedir. Mahkeme kararında erkeklik performansı denilen, toplumun erkek cinsine yakıştırdığı model, erkek cinsinden beklenen bir durum olup, gerçekleştirildiğinde normal kabul edilmekte, aslında saldırganlık ve şiddet içeren davranış makul karşılanmaktadır. Kararda, erkek cinsinin davranışına hak verilmekte ve hatta empati kurulmasında son derece başarılı olduğu anlaşılmaktadır. Şiddete başvurma konusundaki yetkilendirmenin Türk erkeğine, “Ahlaki, ulusal, töresel ve bölgesel alışkanlıkların ve ön yargıların” verildiğinin belirtildiği yukarıda yer alan kararda, “Değer yargıları itibariyle Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez.” şeklinde ifade kullanılmak suretiyle, erkeğin kadına yönelik şiddete başvurmadan geri durmasının beklenemeyeceği ifade edilmektedir.

Başka bir Yargıtay kararında haksız tahrik indirimi yapılmamasına karşın somut olayda “tasarlamanın” bulunmadığına dair gerekçe, cinsiyet kavramı ön plana çıkartılmış gibi hazırlanmıştır. Mahkeme’ye göre “Sanık, maktulden ayrılmayı aklından geçirmemekte, aksine bir an önce evlenmeyi arzulamaktadır. Maktul ise sanıkla evlenmeyi istememekte ve bu düşüncesini sanığa her fırsatta hissettirmektedir. Sanık da maktule duyduğu hiddetle yanına tedbiren bıçak almış ve gizlemek için sağ bileğine bağlamıştır. Sanık, maktul ile konuşmasının olumlu geçmesi hâlinde bıçağı kullanmayı düşünmemektedir. Maktulün kendisinden ayrılma konusunda ısrarcı olması üzerine kapıldığı hiddet duygusunun etkisiyle maktule vurduğu birden fazla defa bıçak darbesi ile ölümüne sebep olmuştur. Sanık, isteğinin kabul edilmemesinden kaynaklanan duygusal çöküntü ve hiddetin etkisi altındadır. Soğukkanlı düşünmesini engelleyecek şekilde hiddetine engel olamamıştır.”⁴⁵ Kararda, erkek cinsiyetinin lehine olabilecek her ayrıntı Mahkeme’nin kendi yorumuyla öne çıkartılmakta ve kararda cinsiyetçi bir dil kullanılmaktadır. Türk erkeği özelinde verilen kararda, Türk erkeği kavramının samimi şekilde sahiplenildiği vurgulanmaktadır.

Aşağıda yer alan Yargıtay kararında evli olan kadının eşini aldatmasının fail koca, çocuklar ve aile üyeleri üzerindeki etkisi yine cinsiyetçi-kültürel

⁴⁴ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.06.2011 tarih, 2011/1-114 Esas, 2011/150 Karar.

⁴⁵ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.09.2021 tarih, 2018/1-274 Esas, 2021/424 Karar.

bir dil kullanılmak suretiyle değerlendirilmektedir. Mahkeme'ye göre evli ve çocuklu bir kadının kocasını aldatması ve bunun çevreden duyulması fail koca için ölçülemez travma etkisi doğurmaktadır. Evli kadının kocasını aldatması, toplumun bilinen değer yargılarına göre akrabaların tüm yaşamında hissedilmekte ve hissettirilmektedir. Toplumun değer yargılarına göre çocukların ileriye dönük sosyal çevrelerinin oluşmasında, iş bulmalarında ve evlenmelerinde, annenin aldatmasının olumsuz etkilerinin olacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre sanık koca için aldatılmaktan daha vahim hangi vaka olabilirdi diye değerlendirmek ve empati yapmak gerekir.⁴⁶ Karara konu edilen olayda, sadakatsizlik olarak değerlendirilen bir haksız fiile karşı koca tepki göstererek karısını öldürmüştür. Kadının davranışının haksız fiil olarak kabulünün gerekçesi ise abartılı olmakla birlikte, bu durum koca lehine ceza sorumluluğunu azaltan bir hal olmanın ötesine taşınarak, kocanın davranışı tamamen meşrulaştırılmaya çabalanıyor gibi hissedilmektedir.

Hakaret, bir haksız fiil olup haksız tahrik nedeni olarak kabul edilebilmektedir. İç hukuk kültürü ise hakareti tanımlarken kadına karşı gerçekleştirilen davranış ile erkeğe yönelik davranış aynı ölçüde değerlendirmemektedir. Kadının, basit, hukuken haksız sayılamayacak hareketleri kolayca haksız tahrike konu edilebilmektedir.⁴⁷ Yargıtay'a göre kadının erkeğe yönelik olarak "Sen nasıl bir erkeksin sen de hiç gurur yok mu"⁴⁸; "Erkek ol biraz"⁴⁹; "Sen adam mısın"⁵⁰ şeklindeki sözleri, eleştiri ve sitem sınırlarını aşarak kocanın saygınlığına, şerefine ve onuruna zarar verebilecek nitelikte haksız fiil olarak kabul edilmelidir. Erkeğin kadına yönelik olarak "Nasıl bir kadınsın öle, yeter artık kadınlığını bil" sözü ise haksız tahrikin kapsamında değerlendirilmemiş olup kadının saygınlığına, şerefine ve onuruna zarar verebilecek nitelikte olmayan kaba, nezaketsiz bir davranış tarzı olarak kabul edilmektedir.⁵¹

Cinsiyet ayrımcılığı yapılmak suretiyle haksız tahrikin uygulandığı kararlarda, cezaların şahsileştirilmesi amacı ötelenerek, erkek fail lehine

⁴⁶ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.02.2014 tarih, 2013/1-665 Esas, 2014/66 Karar.

⁴⁷ Türkan Yalçın, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, 2019, s. 232.

⁴⁸ Bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 30.03.2015 tarih, 2014/34747 Esas, 2015/11228 Karar.

⁴⁹ Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 04.12.2012 tarih, 2011/15602 Esas, 2012/47398 Karar.

⁵⁰ Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 28.04.2015 tarih, 2014/3299 Esas, 2015/2704 Karar.

⁵¹ Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 04.11.2014 tarih, 2014/5879 Esas, 2014/31687 Karar.

uygulanan haksız tahrik indirimi gelenekçi, ahlakçı ve cinsiyetçi olmasının yanı sıra kadına karşı şiddeti bir sarmal haline getirmek suretiyle toplumsal kötüyü de beslemektedir.⁵² Yukarıda yer alan kararlarda görüldüğü üzere cinsiyetlendirilmemiş bir indirim sebebi olmasına karşın haksız tahrikin, yargı kararlarına kötü yansıdığı kabulü gerekir. Kurumun, uygulayıcılar elindeki sonucu ise eşitlik ilkesinin ihlaline neden olabilecek niteliktedir. Yargı kararlarına bakılarak haksız tahrik indiriminin, kurumun düzenlendiği normun lafzındaki eşitlikçi görünümü ile örtüşüp örtüşmediğinin değerlendirilmesi ve bunun sonucu olarak da uygulamada eşitlik ilkesinin zedelendiği anlayışının ortadan kaldırılması gerekir.

III. HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASINDA EŞİTSİZLİK ALGISININ NEDENLERİ

A. Davranışın Haksızlığı Ölçütünün Belirsizliği

Haksız tahrik, mağdurun, suçun işlenmesine neden olduğu bir ceza hukuku kurumu olup failin tepkisinden ziyade haksız fiil özelinde oluşturulduğundan, tahrik kurumunun en önemli unsuru kuşkusuz ki mağdurun gerçekleştirdiği haksız fiildir.⁵³ Haksız fiilin nitelendirilmesinde hata yapılması halinde zincirleme şekilde somut olaydaki değerlendirmenin tamamı hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle haksız tahrikin uygulanmasında eşitsizlik algısına sebep olan en önemli sorun, mağdur davranışının haksız fiil olup olmadığının belirlenmesidir.⁵⁴

Haksız tahrik kurumunun düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinde, tahrikin sebebi olarak gösterilen mağdur davranışının "haksız fiil"

⁵² Merli, s. 27.

⁵³ Mantovani, s.453. Kanun koyucu, haksız tahrikte tepkinin kaynağı olan ve failin tepkisinden kronolojik olarak önce gerçekleşen olaylara önem atfetmektedir. (Delpino/Pezzano, s. 296). İtalyan Ceza Kanunu'nun 62'nci maddesinde "başkasının haksız fiili", Avusturya Ceza Kanunu'nun 115'inci maddesinde "başkasının haksız davranışı", Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinde "başkasının kötü muamelesi veya ağır hakareti" düzenlemelerinde görüldüğü üzere tahrike neden olan davranışın haksızlık niteliği evrensel olarak da kabul edilebilmektedir.

⁵⁴ Fiandaca/Musco, s. 467. Yaşanan sorun; haksızlık değerlendirmesi yapılırken, yargılama makamının toplumdaki beklentiden, genel anlayıştan; toplumsal cinsiyet bakış tarzından uzaklaşmamasından ve erkek egemen sistemin kadın cinsini belli bir konuma sabitlemesinden kaynaklanmaktadır. (Yalçın, s. 234). İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi), yargılama sürecinde Devlet'e ikincil mağduriyet oluşmamasını sağlama yükümlülüğü getirerek, haksız fiilin belirlenmesinde cinsiyetçi ayrımcılık vakıalarında sıklıkla karşılaşılan bu çok ciddi sorunu ortadan kaldırma amacını içermektedir. Molitorisova/Burke, s. 215.

olması gerektiği ifade edilmesine karşın haksız fiilin ne olduğu açıklanmamış; davranışın haksız fiil olup olmadığının belirlenmesi yargılama makamının takdir yetkisine bırakılmıştır.⁵⁵

Haksız tahrike neden olan fiilin haksızlığının ne olduğu hususu öğretiler ve yargı kararlarında tartışılmaktadır. Mağdur davranışının haksız fiil olup olmadığının belirlenmesinde hangi esaslara uyulacağı konusu, öğretilerde farklı görüşlerle izah edilmeye çalışılmaktadır. İlk görüşe göre hangi hallerin haksız tahrike neden olduğu normda sınırlandırılmadığından, haksız fiilin tespitinde toplumsal değer yargıları da dahil olmak üzere tüm hukuk kurallarıyla birlikte örf ve adet kuralları da göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁶ Diğer görüşe göre haksız fiilin tespitinde objektif değerlendirme ölçütü uygulanmalı ve sadece hukuk kuralları kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır.⁵⁷

Haksız tahrikin düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin gerekçesinde; "bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmemesine" yer verilmek suretiyle, haksız fiilin hukuk normları özelinde şekillendirilmesi gerektiği niyeti açıkça ifade edilmektedir.

Tahrike neden olan davranışın "haksız" olarak nitelendirilmesinin sebebi hukuk düzenini koruma amacını taşımaktadır. Bu nedenle haksız fiil, hukuka aykırı fiil olarak kabul edilmelidir.⁵⁸ Hukuka aykırılık, bir hukuk normuna aykırılık, hukuk düzeniyle çatışma halinin olmasıdır. Fiilin haksızlığının belirleyicisi hukuk düzeni olup, hukukla çatışmayan bazı değer yargılarının ihlali haksız fiil olarak değerlendirilemez. Hukukun değer verdiği, anlam

⁵⁵ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 362.

⁵⁶ İçel, s. 484. Çağdaş olan örf ve adet kurallarının haksız fiilin değerlendirilmesinde ölçüt olabileceğine dair görüş için bkz. (Rezan, Epözdemir, *Haksız Tahrik*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 199). Haksız fiilin kapsamını biraz daha genişleten bir başka görüşe göre medeni şekilde bir arada yaşayabilmeyi içeren ahlaki ve sosyal normlarla çatışma hali de haksız tahrikin nedeni olabilmektedir. Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019, s. 286.

⁵⁷ Demirbaş, s. 81. Mantovani, s. 453. Schmidt, s. 19. Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt III*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 834. Fischer, s. 1513. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 413. Akbulut, s. 530. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 399. Centel/Zafer/Çakmut, s. 445. Fiandaca/Musco, s. 467. Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, s. 593. Ersan Şen/Mehmet Can Şenyurt, "Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik", *Ceza Hukuku Dergisi*, (22), 2013, s. 9. Kazancı, s. 1332. Burcu Demren Dönmez, "Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik", *İÜHF*, 71(1), 2013, s. 280.

⁵⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 445.

yüklediği ve sonuç bağladığı davranışların haksız fiil olarak kabulü gerekir. Toplumun veya kişinin değer yargıları, sosyal kurallar, gelenekler, örf ve adetler hukuk kurallarıyla örtüşmeyebilir. Bu nedenle hukuk kurallarının kapsamadığı değerler haksız fiil içinde kabul edilmemelidir.⁵⁹

Haksız davranışın kapsamının hukuk kurallarının dışına çıkartılarak genişletilmesiyle birlikte kadın, ceza hukuku araçlarıyla korunamamakta; gelenek, görenek, ahlak, toplumsal kurallar gibi kalıpların arkasına saklanılmak suretiyle aslında cezalandırılmaktadır.⁶⁰

Hukuk kurallarıyla düzenlenmemiş davranışların haksız fiil olarak kabulü halinde, haksız fiil kavramı sınırı olmayacak şekilde genişletilmiş olmaktadır. Bu durum gerçekte bir hak kullanımı olan kadın davranışlarının, doğrudan tahrik nedeni olarak kabul edilebilmesine neden olabilmektedir. Mağdur kadının yaşamı, söylemi, tercihi, giyimi veya görüşü, hukuka aykırı şekilde fail lehine değerlendiriliyor gibi bir algı oluşabilmektedir.⁶¹

İtalyan Yargıtayı'na göre suç ve kabahatler ile özel hukuka tabi olan herhangi bir hakkın ihlali gibi davranışlara hukuken sonuç bağlanabildiği için bu davranışların haksız fiil olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Duruma, failin algılama biçimine ve bölgeye göre değişebilen ahlaki, kültürel ve sosyal kuralların nesneliliğinin yetersizliği nedeniyle haksız fiil olarak kabul edilmemesi gerekir.⁶² Benzer şekilde Federal Yüksek Mahkeme'ye göre haksız tahrikin nedeni olan kötü muamele ya da ağır hakaret, nesnel olarak herkes

⁵⁹ Helmut Schneider, "Überlegungen zur restriktiven Auslegung von § 213 StGB", *NSZ*, 2001, s. 456.

⁶⁰ Roth, s. 151. Haksız tahrike neden olabilecek fiilin kapsamının geniş tutulmaması, haksız tahrikin konuluş amacına da uygundur. Aksi halde hukuka aykırı hareket etmeyen mağdura karşı işlenen suçlarda haksız tahrik kurumunun işletilmesi söz konusu olur ki bu durum ceza hukuku açısından önemli bir çelişki olarak kabul edilirdi. (Şen/Şenyurt, s. 9). İstanbul Sözleşmesi'nin 42'nci maddesinde kültürel, dini, toplumsal, geleneksel kural ve adetlere uygun davranılmaması şiddet için gerekçe oluşturamaz düzenlemesiyle birlikte, hukuk kuralları dışındaki bir ihlalin haksız fiil sayılamayacağı açıkça ifade edilmektedir. Bu nedenle örf ve âdetin, toplumsal değerlerin kadını korumadığı, erkeğin haksızlığını cesaretlendirerek artırdığı açıkça ortada durmakta iken bu kavramların haksız tahrik kurumuyla birlikte ne öğretiler ne de yargı kararlarında kesinlikle yer almaması gerekir. Molitorisova/Burke, s. 215.

⁶¹ Taşkın, s. 363.

⁶² Bkz. "Sanık, aynı evde birlikte yaşadığı partnerinin bir başkasıyla evlenmesini kabullene-meyerek, partnerini öldürmüştür. Faslı olan sanık, mahremiyeti birlikte paylaştığı partnerinin, kendi ahlaki değerine göre artık eşi olduğunu, kendi kültüründe başkasıyla evlenmenin mahremiyete ihanet olup affedilemez olarak değerlendirildiğini, bu nedenle suçu haksız tahrik altında işlediğini ileri sürmesine karşın mahkeme, mağdur tarafından bir haksızlığın gerçekleştirilmediğine karar vermiştir." Cassazione, 27.11.2014, n. 49569.

tarafından kabul edilebilecek bir haksızlığı ihtiva etmelidir. Haksızlığın, failin ruhsal durumu, kişisel veya toplumsal değerlerden arındırılmış olması beklenmektedir.⁶³

Haksız fiil, failin öznel bakış açısından değil, nesnel değerlendirme altında tüm ilgili koşullar temelinde tahrik edici olarak değerlendirilmelidir.⁶⁴ Örf ve adet, gelenek, ahlak gibi değerlerin dikkate alınmasıyla birlikte, haksız tahrikte objektif bir uygulama pratiği elde edilememektedir.⁶⁵ Sosyal eğilim, ahlak, örf ve adet gibi değer hükümleri zaman içerisinde değişebilmekte; kişiler de bunlara aykırı davranışlara zaman içerisinde farklı tepkiler verebilmektedir.⁶⁶ Bu nedenle salt örf ve adet, ahlak veya toplumsal değer hükümleriyle uyumlu olmayan davranışların haksız fiil olarak kabul edilmemesi gerekir.⁶⁷

⁶³ Bkz. “Sanık ve kişilik bozukluğu olan mağdur kadın, duygusal birliktelik yaşamaktadırlar. Agresif ve şiddet yanlısı olmayan sanık, çevresine olduğu gibi mağdura karşı da elinden geldiği kadar uyumlu olmaya çalışmaktadır. Çiftin arasında yaşanan tartışmalarda dahi dengersiz hareketleri bulunan mağdura karşı sanık, şiddet uygulamamıştır. Sanık ile duygusal birlikteliği olan ve aynı evde yaşayan mağdur, bu ilişkinin devamı sürecinde birden fazla erkekle daha ilişki yaşamıştır. Mağdurun başkalarıyla ilişkisini öğrenen sanık, mağduru sürekli uyarılmış ama mağdur, bıçak ve copla sanığı her defasında tehdit etmiştir. Olay günü, yine dengesiz davranışları olan mağdur, başka erkeklerle ilişkisinden bahsetmiş, yumruk ve tekme ile sanığa saldırmıştır. Mağdur kapıyı kilitletiği için sanık evden kaçamamıştır. Bunun üzerine daha da öfkelenen mağdur, sanığa bıçak savurmuş, süpürge sopası ve anten kablosu ile sanığa vurmuştur. Son ana kadar tepki vermeyen sanık, mağdurun elindeki kabloyu kopartarak almış ve kablo ile mağduru boğarak öldürmüştür.” Mahkeme’ye göre olay günü dahil ilişkinin en başından itibaren mağdurun hukuka aykırı davranışları, sanığı tahrik edici fiziksel ve zihinsel şiddet içeren kötü muamele örneğidir. BGH, 21.12.2010 - 3 StR 454/10.

⁶⁴ Fischer, s. 1513.

⁶⁵ Dönmez, s. 280; Haksız tahrik konusunun çalışıldığı monografilerde genellikle şöyle bir ifade bulunmaktadır: “Örf ve adete, toplumsal değerlere aykırı olan davranışların haksız sayılması için bir hukuk kuralına da aykırı olması gerekir” ya da “bir hukuk kuralı olması koşuluyla örf ve adete, toplumsal değerlere aykırı olan davranışlar da haksız fiil olarak kabul edilebilir.” Ataerkil toplumda anılan kuralların erkeğin davranışını çoğunlukla kabul edilebilir gördüğü, kadının davranışının ise reddedildiği gerçeği bulunmaktadır. Örf ve adetin, toplumsal değerlerin erkek egemenliğini öne aldığı gerçeğini kabul ettiğimizde, hukuk kuralı haline gelmiş olmasına karşın haksız fiili “bir hukuk kuralına aykırılıktır” şeklinde ifade etmekle yetinmeyerek ifadenin önüne, arkasına veya ortasına örf ve adet, toplumsal değerler gibi eklemeler yapılmasının haksız fiil kavramının sadece “hukuk kuralına aykırılıktır” şeklinde anlaşılmasına katkı sağlamadığı görülebilmektedir.

⁶⁶ Mantovani, s. 453.

⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 445. Bölgeye, kişiye veya zamana göre mahiyeti değişebilen subjektif veya toplumsal değer yargılarının haksız fiil olarak kabulü isabetli olmamaktadır. Değişken kavramların haksız fiil olarak kabulü, haksız tahrik kurumunu kapsamı belirsiz olacak şekilde genişletmektedir. Bu durum haksız tahrik kurumunun var olma amacı ile hukuk sisteminin bütünlüğüne zarar verebilecektir. (Şen/Şenyurt, s. 9). Faillerin suç işleme tarzları değişkenlik gösterirse de o suçu işleme sebepleri oldukça dinamik olup sürekli değişkenlik

5237 sayılı Kanun’un 29’uncu maddesinin gerekçesinde; haksız tahrik kurumunun uygulanmasında hata yapılmaması, özellikle namus ve töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında haksız tahrikin dikkate alınmaması için Mülga Kanun’da yer alan “haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit elem” ifadesinin, “haksız bir fiilin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elem” olarak değiştirildiği ifade edilmektedir. Mülga Kanun’da yer alan gazap ifadesinin yerine hiddet kavramının seçilmesinin kavramın psikolojik esası bakımından her hangi bir anlam farklılığı bulunmamaktadır. Fakat değişiklikte haksız tahrik yerine haksız fiil ifadesinin tercih edilmesi, failin subjektif halini etkileyen faktörler konusunda somutlaştırma ve doğal olarak daraltma amacının bulunduğunu göstermektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde örneklerine de yer verildiği üzere Mülga Kanun dönemi yargı kararlarında, haksız tahrike neden olan mağdur davranışı geniş yorumlamaktaydı. Örf ve âdet, ahlak, toplumsal değer hükümleriyle uyumlu olmayan davranışlar da haksız tahrikin nedeni olarak dikkate almaktaydı. 5237 sayılı Kanun döneminde ise kapsam daraltılarak, haksız tahrikin nedeni olan davranışın hukuka aykırı olmasının gerekliliğine dair bir anlayış şekillenmektedir.⁶⁸

5237 sayılı Kanun’un anlayışının değişmesine karşın hiddet veya şiddetli elemnin nedeni olan mağdur davranışının ne olduğu, mağdur davranışı belirlenmiş olsa da bu durumun hiddet veya şiddetli eleme neden olup olmadığı yine yargılama makamının bakış açısıyla şekillenebilmektedir. Subjektif değerlendirmenin sonucu olarak benzer başka davalarda yorum değişebilmekte, haksız tahrik indirimi baştan bilinen ve beklenen bir karar olarak algılanmaktadır. Aşağıda yer alan kararlarda da görüleceği üzere haksız fiil kavramı, oluşmaya başlayan “haksız fiilin kapsamının hukuk kurallarıyla belirlenmesi” anlayışının dışında yorumlanmaya devam etmektedir.

Yargıtay kararına konu edilen olayda annesinin başkasıyla duygusal ilişki yaşadığından şüphelenen on yedi yaşındaki erkek çocuk, annesi ile evin salonunda oturan erkeği öldürmüştür. Mahkeme’ye göre bir annenin, gündüz bir erkekle evinde konuşması kabul edilebilir bir davranış değildir. Olayda cinsel ilişki yaşandığına dair bir delil bulunmamasına karşın erkek çocuğun, cinsel ilişki yaşandığına dair şüphe duyması doğal olduğundan,

gösterebilmektedir. Özellikle toplumsal modernliğe ulaşılmasıyla birlikte örf ve adet, ahlak veya toplumsal değer hükümleri de suç işlenmesinin bir nedeni olmaktan uzaklaşmaktadır.

⁶⁸ Bkz. Yargıtay. 1. Ceza Dairesi, 27.04.2010 tarih, 2009/6525 Esas, 2010/3023 Karar.

haksız tahrikin uygulanmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.⁶⁹ Kararda görüldüğü üzere sadakatsizlik ihtimalinin mevcudiyeti, kendisine karşı hukuken haksız fiil oluşturmayan kişi açısından dahi haksız tahrik olarak kabul edilmektedir. Örf ve adet ile ahlak kuralları ön plana çıkartılarak haksız fiilin kapsamı ve haksız tahrik kurumunun koruma alanı erkek fail lehine genişletilmektedir. Bir başka olayda, erkek arkadaşı ile duygusal birliktelik ve cinsel ilişki yaşayan kadının öldürülmesinde, sanıkların vermiş olduğu tepkinin haksız tahrik sayılamayacağına gerekçesi olarak “*sanıkların kadın ile akrabalık bağının bulunmaması*” gösterilmektedir.⁷⁰ Kararda her ne kadar haksız tahrik indirimi uygulanmamış olsa da cinsel ilişki yaşayan kadının konumu, davranışı, kadının kocasının yerine akrabalar açısından haksız tahrik nedeni olabilir şeklinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Aynı görüş doğrultusunda karar verilen başka bir olayda, maktul ile duygusal birlikteliği olan evli erkek, sosyal paylaşım sitesi üzerinden bir başka erkek ile görüştüğü gerekçesiyle benzin dolu şişeyi maktulün üzerine dökmüş ve yakarak öldürmüştür. Ceza dairesi, canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçunun oluştuğuna karar vermiştir.⁷¹ Kararda her ne kadar haksız tahrik dikkate alınmamış olsa da hatalı kararların verilmesini önlemek ve hukukta istikrarlı kararlarının verilmesini sağlamak amacıyla görevli bulunan Başsavcılık makamı, haksız tahrikin uygulanmaması kararına itiraz etmektedir. Başsavcılık, sanığın fiili aniden gerçekleştirdiğini, bu durumun sebebinin ise kadının yazışmaları olduğunu, canavarca hisle hareket etmediğini, sadece tahrikin sonucu olarak kadını yaktığını ileri sürmektedir. Kararda görüldüğü

⁶⁹ Bkz. “*Maktul ile sanığın annesi arasındaki ilişkinin cinsel ilişki boyutuna ulaştığına dair delil bulunmamakta ise de maktulün, evliliği devam eden, eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşayan bir bayanın evine gündüzleyin gelmesi, sanığın daha önce maktulü birkaç kez evlerinin önünde görmesi nedeniyle annesiyle maktul arasında ilişki olduğundan şüphelenmesi ve olay günü de maktulü ailece birlikte yaşadıkları evin içinde annesinin yanında görmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, haksız tahrikin ulaştığı boyuta göre tahrik indiriminin adil ve yerinde olduğunun kabulü gerekmektedir.*” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.05.2014 tarih, 2013/1-528 Esas, 2014/269 Karar). Benzer başka kararlarda da aynı anlayışın devam ettirildiği görülmektedir. “*Evli olan kadın, gece vakti kendi evinde bir başka erkekle buluşması nedeniyle babası tarafından öldürülmüştür.*” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 06.05.2019 tarih, 2019/1240 Esas, 2019/2549 Karar). “*Boşanmış olan kadın, bir başka erkekle cinsel birliktelik yaşadığı için babası ve erkek kardeşleri tarafından öldürülmüştür.*” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 25.04.2008 tarih, 2007/8437 Esas, 2008/3340 Karar). Mahkeme’ye göre bu iki olayda kültürel yapı, toplum yapısı ve toplum tepkisi gözetildiğinde, kadının davranışı haksız fiil olarak nitelendirilmeli; maktulün sebep olduğu ve haksız tahrike neden olan davranışların faile etkisi dikkate alındığında, haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

⁷⁰ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.11.2011 tarih, 2011/1-123 Esas, 2011/229 Karar.

⁷¹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.03.2019 tarih, 2017/1-905 Esas, 2019/146 Karar.

üzere Başsavcılık, somut olayda haksız tahrikin mevcut olduğu konusunda ısrar etmektedir. Sosyal paylaşım sitesindeki yazışmalar yüzünden Başsavcılık tarafından tahrik tezinin ortaya atılması kadın aleyhine oldukça önemli bir anlayış sorununa işaret etmektedir.

5237 sayılı Kanun döneminde oluşan beklentinin aksine, kadın davranışının haksız fiil olup olmadığı değerlendirilirken kararlarda, sosyal, toplumsal ve kişisel değerler dikkate alınmaya devam etmektedir. Hatta bazı kararlarda, erkeğin haksız tahrikten yararlanabilmesi için haksız fiilin mevcut olup olmadığının belirlenmesine yönelik aşırı çabanın bulunduğu da görülmektedir. Karara konu edilen bir olayda evli bir kadın ile ilişki yaşadığına dair dedikodular olan erkek, koca tarafından öldürülmüştür. Kararda, dedikoduların bulunup bulunmadığının araştırılması istenmektedir.⁷² Erkek profilinin benimsenmesinin sonucu olarak verilen kararda, dikkat edilirse dedikoduların gerçek bir duruma işaret edip etmediği vs. değil sadece dedikoduların bulunup bulunmadığının araştırılması istenmektedir. Olayda bir kadın öldürülmemiş olsa da aynı saikle kadının öldürülmesi olayında da muhtemelen benzer gerekçe kullanılacaktır. Bu hal göstermektedir ki kadın hakkında dedikoduların mevcudiyeti, koca nazarında hiddet veya şiddetli elemi yeterli nedeni olarak değerlendirilebilmektedir.

Uygulamadaki örnekler açısından özellikle haksız tahrikin neden uygulandığına dair gerekçe ve gerekçede kullanılan dil, kurumun ceza sorumluluğunu neden etkilediğini açıklamaktan uzaktır.⁷³ Örneğin kadının sadakatsizliği halinde, bu durumun bir namus sorunu olarak ifade edilmesi, cinsiyetçi bir dilin tercih edildiğini göstermektedir.⁷⁴ Oysa namus kavramının

⁷² Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 13.11.2018 tarih, 2018/4014 Esas, 2018/4649 Karar.

⁷³ Roth, s. 138.

⁷⁴ Yargıtay’a göre toplumun ortak vicdanında kabul gören bir namus anlayışı, hukuki korumadan yoksun bırakılmamalı ve namus saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanabilmelidir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.05.2010 tarih, 2010/1-56 Esas, 2010/111 Karar). Karşılaştırma için bkz. İtalyan Yargıtayı. İtalyan Yargıtayı’na göre namus, kınanması ve dışlanması gereken öfkeli bir erkek üstünlük duygusunun dışı vurumu olup bu tutku hali erkek lehine kesinlikle değerlendirilmemelidir. Karara konu edilen olayda, “*Sanık koca, karısının kendisini aldattığına dair aile içinde çıkan ve gerçek olmayan yakıştırmalardan dolayı, yoğun kıskançlık duygusuyla çocuğun gözü önünde sopayla vurarak karısını öldürmüştür. Sanık, savunmasında ailesinin namusunu temizlediğini ifade etmektedir.*” Mahkeme’ye göre namus kavramı, toplumda artık kazanılmış olan ve Anayasal düzeyde tanınan ve korunan, yaşama saygı, kişinin onuru, cinsiyete dayalı ayrımcılık olmaksızın tüm vatandaşların eşitliği, evlilik üzerine kurulu doğal bir toplum olarak aile içinde eşlerin ahlaki ve yasal eşitliği gibi değerlerle açıkça çelişmektedir. Bu nedenle, kocanın, karısının sözde duygusal ilişkisi nedeniyle rencide olduğu iddia edilen onurunu korumak için işlediği ve yanlış anlaşılması

kullanılmasıyla birlikte kadın, esasen hukuk kurallarının koruması altından çıkartılmaktadır.⁷⁵ Bu noktada hukukileştirmek istenilmeyen namus kavramı ile bütünleşen ve erkek egemen bir yapıyı yansıtan ifadelerin de haksız tahrikin gerekçesinde baskın olması, toplumsal eşitlik temeline aykırı düşmektedir.⁷⁶

Türk hukukunda evlilikte sadakatsizliğin haksız fiil olarak değerlendirilmesinde herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Sadakatsizliğe sebep olan eş davranışının haksız tahrike neden olup olmayacağını belirlemede ise Türk yargısına nazaran, İtalyan ve Alman yargı kararlarında kadın lehine daha katı bir anlayışın bulunduğu ve kadının korunduğu kabul edilebilmektedir. Sadakatsizlik İtalyan hukukunda haksız fiil kabul edilmesine karşın her sadakatsizlik hali haksız tahrik olarak kabul edilmemektedir. Konuyla ilgili olarak İtalyan Yargıtay'ı son derece önemli bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre kadının sadakatsizliği, kendisine karşı hâlihazırda sürmekte olan bir kötü muameleden kaynaklanmakta, kocanın sert ve tehditkar muhalefeti göz önüne alındığında, kadının boşanabilmesi pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle sanığın durumu, tamamen kendine özgü bir ortamda ortaya çıkmış, haksız tahrikin özünü karakterize eden başkasının haksız davranışı işlenen suça neden olmamıştır. Kocanın zorba davranışının göz ardı edilmesi halinde adaletin tesis edilebilmesi mümkün olmadığından, kötü niyetli olan koca bu nedenle haksız tahrik kurumundan yararlandırılmamalıdır.⁷⁷ Benzer şekilde Federal Yüksek Mahkeme'ye göre sadakatsizlik haksız fiil kabul edilmesine karşın, sadece sadakatsizlik haksız tahrik nedeni olacak şekilde eşe karşı ağır hakaret olarak kabul edilmemekte, sadakatsizlikle birleşen kadının kocasına yönelik aşağılayıcı, onur kırıcı ifadeleri tahrik olarak kabul edilmektedir.⁷⁸ Özellikle cinsel başarısızlık suçlaması, bir başka erkeğin cinsel performansına yönelik karşılaştırma

bir erkeklik gururu tarafından dikte edilen kasten öldürme suçu, ortak etik vicdan tarafından bir tutku durumunun ve öfkeli bir erkek üstünlüğü duygusunun tezahürüdür. Cassazione, 10.10.2007, n. 37352.

⁷⁵ Roth, s. 145.

⁷⁶ Merli, s. 27. Namus, birtakım sınırlamalar ve kısıtlamalar bütünü olup, kadın cinsini kontrol etmek gayesiyle, erkek egemen toplum tarafından oluşturulmuştur. Molitorisova/Burke, s. 251.

⁷⁷ Bkz. "Sanık koca, eşine ve çocuklarına karşı hiç ilgi göstermeyerek eşine karşı sürekli şiddet uygulamaktadır. Mağdur kadın, sanık kocaya bir başka adama ilgi duyduğunu ve onunla birlikte olduğunu söylediğinde ise sanık, bıçakla ölümcül olacak şekilde kadını yaralamıştır." Cassazione, 03.01.2020, n. 4373.

⁷⁸ Fischer, s. 1514.

aşağılayıcı şekilde ağır hakaret sayılmaktadır. Kendisini aşağılanmış ve değersizleştirilmiş hisseden sanığın psikolojisinde hatırı sayılır bir öfke uyandıran hukuka aykırılığa itibar edilmektedir. Maktulün beyanı, özellikle sanığın cinsel performansı ile ilgili olarak ciddi bir hakaret oluşturmaktadır.⁷⁹

B. Davranışın Haksızlığının Kanıtlanamaması

Haksız tahrike neden olduğu ileri sürülen haksız fiilin gerçekleştiği ispat edilmelidir. Özellikle tanık bulunmayan vakılarda failin, tahrik edildiğine dair savunmasında haksız fiil kurgusu yaptığı, delilleri uydurduğu görülebilmektedir. Kadının kendisine yönelik haksız fiilini ileri süren failin bu iddiası çoğu zaman kanıtlanamasa da – hatalı olarak - şüpheden sanık yararlanır ilkesi doğrultusunda haksız fiilin varlığı dikkate alınabilmektedir.

Tahrike neden olan davranışın, failin beyanı dışında bir başka delille desteklenmediği bir vakiada Yargıtay, "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince haksız tahrikin mevcut olduğuna karar vermektedir. Karara konu edilen olayda sanık, 23.00 sıralarında eve gelmiş, zile basmış ancak uyuyan eşi 30-40 dakika sonra kapıyı açmıştır. Mahkeme'ye göre "Her ne kadar eş uyuyakaldığı için zil sesini duymadığını beyan etmiş ise de sanık ile eşi arasında geçimsizlik bulunmaktadır. Bu nedenle eşin, sanığı isteyerek kapıda bekletme ihtimali bulunmakta ve sanık lehine yorumla haksız tahrik indirimi yapılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır."⁸⁰ Kararda görüldüğü üzere varsayıma dayalı olarak hareket edilmiş ve belirsizlik sanık lehine yorumlanarak, haksız tahrik indirimi uygulanmıştır.

Uygulamada, kocanın, eşine yönelik genellikle sadakatsizlik suçlaması bulunmaktadır.⁸¹ Bu durumda yargılama makamı, koca tarafından verilen ifadeyi eleştirel bir şekilde incelemeli, somut delillerle desteklenmeyen ifadeyi

⁷⁹ Karara konu edilen olayda Mahkeme, kendisinden 17 yaş küçük olan kadının kocasına yönelik olarak, seni artık gördüğüm için gözlerim acıyor, aşırı derecede beni rahatsız ediyorsun, artık erkek bile değilsin çok yaşlandın, yatakta senden daha iyi bir erkek buldum, şimdi yine geliyor ifadesini, kadının uzun süre gülümsemesi ve daha sonra şiddetli şekilde kahkaha atmasını, kocanın cinsel performansının yetersiz olduğunu söylemesini, ağır hakaret kabul ederek haksız tahrik indirimini uygun görmektedir. BGH, 22.04.2004 - 4 StR 48/04.

⁸⁰ Bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 01.10.2013 tarih, 2012/28544 Esas, 2013/33263 Karar.

⁸¹ Erkek fail, savunmasını ikna edici kılmak için sadakatsizlik, hakaret gibi klişeler kullansa da bunlar genellikle somut olayla ilgisiz olup gerçeklere dayanan bir temeli bulunmamaktadır. Erkek failin biyolojik ve kültürel temelli savunması, toplumsal cinsiyet klişelerinin tezahürleri olarak görülmelidir. Toplumsal cinsiyet klişeleştirmesi, ceza adaleti sisteminin toplumsal cinsiyet tarafsızlığı hedefini bastırır. Bu nedenle kadının kendisine yönelik davranışının haksız fiil olduğuna dair erkeğin beyanı, varsayıma değil somut delile dayalı olmalıdır.

koca lehine değerlendirmemelidir.⁸² Mağdur kadının haksız fiilinin mevcut olduğuna dair sadece failin beyanının bulunduğu durumda, taraf beyanı yeterli görülmemeli mutlaka somut delil ile ispatlanmalıdır. Somut olayda sadece mağdurun söz ve davranışlarının dava dosyasına konulması ve akabinde elverişlilik denetimi yapılmadan ne surette haksız tahrike neden olduğunun inandırıcı gerekçelerle açıklanmadan tahrik indiriminin uygulanması, hukuka aykırı kabul edilmelidir. Tepki suçunun işlenmesinin öncesinde veya sırasında, haksız tahrike neden olduğu ileri sürülen mağdur davranışının ne olduğu denetime olanak sağlayacak şekilde açıklanmalıdır.

Ceza muhakemesi hukukunda kararın gerekçesinde sanık beyanlarına yer verilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamasına karşın beyanların değerlendirilerek gerekçenin oluşturulması beklenmektedir. Erkek lehine haksız tahrik indiriminin uygulandığı Yargıtay kararında ise tahrik indiriminden yararlanabilme çabası ve telaşıyla verilen sanık ifadesinin, haksız tahrikin gerekçesinde bire bir nasıl da yer aldığı; soyut beyanın bir değerlendirme yapılmaksızın olduğu gibi gerekçede kabul edildiği görülmektedir.⁸³

⁸² Fischer, s. 1515. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre tahrikin sebebi olarak iddia olunan kötü muamele veya ağır hakaretin somut olayda gerçekleştiğinin kanıtlanamaması, tepki veren lehine yorumlanmamalıdır. "Sanık, aralarında hem ticari hem de duygusal ilişki olan mağdurun kendisi yerine başkalarını finansal olarak desteklenmesinden dolayı mağdura oldukça kızgın olup ayrılmışlardır. İlişkileri bitmesine karşın sanık, mağdurun, başka bir erkekle duygusal ilişki yaşadığından kuvvetli şekilde şüphelenmekteydi. Kadının evine gitti ve bağırarak başka bir erkekle ilişki yaşayıp yaşamadığını sordu. Mağdur kadının inkar etmesi üzerine sanık, mağdur kadını bıçaklamış ve öfkesini kontrol edemeyerek metal bir iple mağduru boğarak öldürmüştür." Mahkeme'ye göre sanık, kasten öldürme suçunu, mağdurun kötü muamelesi dolayısıyla kapıldığı öfke nedeniyle işlediğini ifade etmiştir. Sanığın beyanına göre kendisini aldatıp aldatmadığını mağdura sorduğunda, mağdur bağırarak inkar etmiş, duyduğu soruya sinirlenerek olayda kullanılan bıçağı sanığa savurmuş, sanık da bu bıçağı mağdur kadının elinden alarak onu öldürmüştür. Somut olayda sanığın savunması, herhangi bir yara izinin bulunmaması ve sanığın önceki davranışları nedeniyle tutarlı görülmemiş, haksız tahrik altında kasten öldürme suçunu işlediği iddiası ispatlanamadığı için reddedilmiştir. BGH, 16.01.2019, 4 StR 580/18.

⁸³ Bkz. "Maktulün kendisinden para istediğini, mali durumunun müsait olmaması nedeniyle eşine para veremeyeceğini ifade ettiğini, bunun üzerine maktulün sinirlenerek kendisine hitaben "sen erkek değilsin, orospuluk mu yapayım da para kazanayım dediğini", bunun üzerine yatak odasına gittiğini, uyumak üzere iken maktulün gelip üzerinde bulunan yorganı ve battaniyeyi kaldırıp kalk ulan orospu çocuğu, son akşam benimle birlikte olacak gücün bile kalmamış diye üzerine saldırdığını, yüzünü, kulaklarını tırmaladığını ve erkeksen erkekliğini göster, yoksa mahalleden sana da kendime de erkek çağıracağım dediğini, kendisine para vermemesi durumunda başka erkeklerle beraber olacağını söylemesi üzerine nasıl istiyorsan öyle yap diyerek tekrar yatak odasına döndüğünü, bir süre uyuduktan sonra maktulün bağırma sesiyle uyandığını, maktulün kendisine saldırdığını, erkekliğini göreceğim, yarın da bana para vereceksin dediğini, bunun üzerine maktulü korkutmak için dolaptan silahını aldığını, silahı masaya koyması üzerine maktulün beni bununla mı korkutacaksın, o silahı

Somut olayda haksız tahrikin uygulanmasının hukuki denetimimin yapılabilmesi için haksız tahrikin neden uygulandığının, fiilin ne olduğunun, hiddet veya şiddetli eleme ne şekilde sebep olduğunun gerekçeli olarak açıklanması gerekir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi, haksız fiilin tespitinde takdir yetkisini kullanırken fiilin niteliğini, elverişliliğini, faile etkisini değerlendirmek suretiyle adalet ve hakkaniyet ilkelerini gözetmelidir.

C. Nedensellik Bağının Kurulamaması

Haksız tahrikin kurucu bir unsuru olarak, mağdurun haksız davranışı ile hiddet veya şiddetli elem olarak ifade edilen failin psikolojisi arasında ve failin psikolojisi ile de tepki suçu arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir.⁸⁴

Haksız tahrikin, ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak kabulü için mağdurun haksız davranışı, fail tarafından gerçekleştirilen tepki suçunun doğrudan sebebi olmalı⁸⁵, haksız fiil olmasaydı tepki suçu da işlenmeyecekti düşüncesi oluşmalıdır.⁸⁶ Bu nedenle haksız tahrikte, mağdurun haksız davranışı ile failin tepkisi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.⁸⁷

İtalyan Yargıtayı'na göre başkasının haksız davranışı ile öfke hali arasında, zayıf olmayan psikolojik nedensellik ilişkisi kurulabilmelidir.⁸⁸

senin kaçına sokarım, erkeklik ne öğrenirsin diyerek hakaretlerine devam ettiğini, silahın şarjörünü çıkardığını, bu şekilde tartışmaya devam ederken maktulün korkması ve susması için silahı doğrulttuğunu, farkında olmadan tetiğe basıyordu ve istemediği halde silahın patladığını ve maktulün başından vurulduğunu ifade eden sanığın kasten öldürme suçunu haksız tahrik altında işlediğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.03.2013 tarih, 2012/1-1573 Esas, 2013/104 Karar.

⁸⁴ Mantovani, s. 454.

⁸⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınevi, 2019, s. 616.

⁸⁶ Fischer, s. 1515.

⁸⁷ Özgenç, s. 469. Haksız fiile bağlı olarak hiddet veya elemnin etkisi altındaki kişi, kendisine haksızlık yapıldığına inanmakta, içindeki duyguyu bastırmak amacıyla kendisini suç işlemeye motive etmektedir. (Berman/Farrell, s. 1104). Haksız tahrikte, haksız fiilden kaynaklanan saldırgan dürtüyü engelleyemeyen fail, suç işleyerek başkasının haksız davranışına tepki vermektedir. Bu kusursuz psikik nedensellik bağı, tahrik edilen öznenin bir başkasının haksız davranışını algılamış olduğunu ve bu bastırılmaz dürtüyü tetikleyen de tam olarak bu adaletsizlik algısı olduğunu göstermektedir. Aksi takdirde, tahrikin altında yatan adaletsizlik algısının yokluğunda, hafifletici nedenin uygulanma olasılığı kabul edilirse, genellikle orantısız tepki verme eğiliminde olan kişiler için daha hafif bir yaptırım uygulanmasının önü açılmış olmaktadır. Fiandaca/Musco, s. 467.

⁸⁸ Bkz. "On yılı aşkın süredir sanık birlikte yaşayan kadın, kendisini uzun süredir sistematik

Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'ye göre hiddetin ceza hukukunun konusunu oluşturabilmesi için mutlaka mağdurdan kaynaklanan bir haksız davranışın bu heyecan haline sebep olması aranmaktadır.⁸⁹

Haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan hiddet veya şiddetli eleme bağlı olarak failin iradesinin zayıflaması kabul edilmekle birlikte, bu zayıf iradenin failin davranışına etkisi incelenmelidir.⁹⁰ İrade zayıflığının, failin kendisini kontrol edebilme yeteneğinde önemli ölçüde kayıp olarak ortaya çıkması gerekir.⁹¹ Bu

olarak fiziksel ve manevi istismara maruz bırakan ve evinin geçimini sağlamak için kendisini fahişe olarak çalışmaya zorlayan sanıktan ayrılmaya karar vermiştir. Mağdur, eski kocasının yanında geçici olarak barınmaya başlamıştır. Sanık, mağdurun yaşadığı eve giderek, kapıyı açmaması halinde kapıyı kırmakla tehdit ettikten sonra, hem şiddet eylemleri yoluyla hem de mağdurun bunu yapmaması halinde yaşamı açısından ciddi sonuçlar doğuracağı tehdidinde bulunarak mağdur kendisiyle birlikte dönmeye ikna etmeye çalışmıştır. Mağdurun kesin karşı çıkışının ardından sanık, oradan ayrılır gibi yaparak ve gerçekte, kendisinin mali olarak gördüğü mağdur kadının reddetmesine tahammül edemeyerek, mağdurun yaşadığı eve hileli bir şekilde girmeye karar vermiştir. Binanın arka tarafındaki araba yolu kapısından tırmanarak avluya girmiş ve daireye girmek için en uygun anı beklerken kendisini engellemeye çalışan mağduru bıçaklayarak öldürmüştür.” Mahkeme, mağdurun davranışıyla sanığın heyecanı arasında, psikolojik nedensellik bağının bulunmadığını gerekçe göstererek haksız tahrik iddiasını reddetmiştir. Cassazione, 26.04.2016, n. 17121.

⁸⁹ Bkz. “Sanık, kendisinden 21 yaş büyük olan mağdur ile tanışmış ve onunla romantik bir ilişkiye başlamıştır. Başlangıçta çok uyumlu bir ilişkinin ardından, duygusal zayıflığa bağlı olarak mağdur ihmâl edilmiş hissetmiş, defalarca sanığa sitem etmiş ve her seferinde boynuna bir bıçak dayayarak intihar etmekle tehdit etmiştir. Mağdur, kendi canına kıyma niyetinde değildi, sadece sanığı baskı altına almaya çalışıyordu. Yaşanan hararetili bir tartışmanın ardından mağdur, sanığa ilk kez tokat atmış, sanık da buna tokat atarak ve onu dairesinden kovarak karşılık vermiştir. Sanık, annesiyle birlikte seyahate çıktığında sebepsiz yere kiskançlık duyan mağdur, sanığı “WhatsApp” mesajları aracılığıyla, ilişkilerinin bu durumda olmasından sanığı suçlayarak adeta “bombardmana” tutmuştur. Sanık büyük bir duygusal baskı altındaydı. Olay akşamı sanık ve mağdur, sanığın dairesindeydiler ve ilişkileri oldukça gergindi. Mağdur, sanığın akıllı telefon aracılığıyla başkalarıyla sosyalleştiği izlenimini edinmiş ve kiskançlığı daha da artmıştır. Mağdur, ani bir şekilde ve tek kelime etmeden sanığın yüzüne sert bir tokat atmış, onu tekmelemeye çalışmıştır ve sanık da mağdura tokat atarak onu yine dairesinden kovmuştur. Sanık, başlangıçta mutfakta kalarak mağdurun evden gitmesini beklemiştir. Daireyi terk etmesi için defalarca yaptığı ricalara uymadığı için mağdura duyduğu öfke daha da artmıştır. Mutfaktaki plastik bir kutudan 32,5 cm uzunluğunda bir mutfak bıçağı almış ve öfkeyle dairesinden gitmeyen mağdura saplayarak onu öldürmüştür.” Mahkeme, mağdurun, sanığa karşı daha önceki davranışlarının, olay anında öfkenin oluşmasında değerlendirilemeyeceğini ve olay akşamı mağdurun sanığa tokat atması ile de sanığın mağdura tepki vermesi arasında nedensellik bağının kurulamayacağını, çünkü karşılığında zaten mağdura kendisinin tokat vurduğunu; mağdurun öldürülmesinin nedeninin, sanığın kendi ruhsal zayıflığından kaynaklanan içgüdüsel öfke hali olduğunu ve dolayısıyla tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir. BGH, 19.09.2017 - 1 StR 436/17.

⁹⁰ Mantovani, s. 454.

⁹¹ Delpino/Pezzano, s. 296.

nedenle mağdur davranışının haksız olmasının yanında hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişliliğinin de mevcut olması gerekir.⁹²

Hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek nitelikte olmayan, bu bakımdan nedensellik değeri taşımayan hukuka aykırı davranış da bir kimseyi öfkelenendirilebilir. Bu halde failin psikolojik durumunun nedenini, mağdurdan kaynaklanan ve elverişliliği bulunmayan haksız fiilde değil, failin karakterinde aramak daha doğru olur.⁹³ Bu gibi hallerde, tepki suçuna neden olduğu iddia olunan haksız davranış, hiddet ve şiddetli elemin nedeni olmayıp öfkeli, esasen saldırgan karakterli failin bu özelliğinin dışı vurumu olarak

⁹² Helmut Schneider, s. 455. İtalyan Yargıtayı'na göre kurum için “tahrik” kavramının kullanılmasının özel bir anlamı vardır; haksız tahrikte fail kışkırtılmaktadır. Bu kışkırtmanın da faili harekete geçirebilecek düzeyi, yoğunluğu ve niteliği olmalıdır. Mahkeme'ye göre haksız tahrikin subjektif bir unsuru olan öfke durumu, normal engellemelerle kontrol altına alınmayan saldırgan dürtüler üreten bir duyguyla ya da kontrolü kaybetmeye neden olacak bir duygusal çalkantıyla bütünleşir. Bu nedenle, genel bir duygu olan öfkeye neden olabilecek sıradan kışkırtma hali, failin kontrolünü kaybetmesinin kaynağı olamayacağından, haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır. (Cassazione, 16.01.2019, n. 1946/19). Alman hukukunda failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesinin zorlaştırılmasına dair bir anlayış bulunmaktadır. Bu durum hem mevzuatta hem de yargı kararlarında yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin basit halinin düzenlendiği 213'üncü maddede, her haksız fiilin tahrik indirimine neden olmayabileceği, ağır hakaret gibi failin kontrolünü kaybetmesine neden olabilecek davranışların ceza sorumluluğu açısından belirleyici olduğu açıkça düzenlenmiştir. (Lackner/Kühl, s. 1173). Yargı kararlarında da kötü muamele ve ağır hakaretin elverişliliği bakımından, “bardağı taşıran son damla” seviyesine ulaşması aranmaktadır. (Eser, s. 70). Federal Yüksek Mahkeme'ye göre her kötü muamele ya da hakaret tahrik nedeni olarak kabul edilmemeli, davranış tahrik etmeye elverişli olmalıdır. Karara konu edilen olayda; “Uzunca bir süre tartışmaların süregeldiği evlilik birliği içinde, çiftler arasında tartışmaların çoğaldığı bir anda, kadın kocasına tekme atar ve boynunu tutarak onu çekmeye çalışır. Atmış olduğu tekmeden dolayı kadının birkaç ayak parmağı kırılır. O güne kadar yaşanan benzer durumlarda, karısını iterek bu müdahaleleri kolayca savuşturan koca, olay günü bunu deneme gereği duymaz, karısının boynunu kırarak onu öldürür.” Mahkeme'ye göre mağdur davranışının basitliği, insan yaşamının yok edilmesini de aynı hafiflikte değerlendirmeye ve öldürme suçuyla korunan hukuki menfaatin yüksek önceliğinin ötelenmesine neden olmamalıdır. Bu nedenle kasten öldürme suçunun, kötü muameleye karşı “anlaşılabilir bir tepki” olduğunun kanıtlanması gerektiğinden, failin fiziksel veya zihinsel bütünlüğünde meydana gelen küçük müdahaleler, genellikle, kötü muamele kapsamında olmayıp mazur görülmemektedir. (BGH, 26.02.2015 - 1 StR 574/14). Bir başka kararda Mahkeme, sürekli alkol kullandığını ve iş konusunda beceriksiz olduğunu söyleyen kız arkadaşın bıçaklanarak öldürülmesi vakasında, kötü muamele veya ağır hakaretin elverişliliği bulunmadığından bahisle, tahrikin uygulanmamasına karar vermiştir. BGH, 21.12.2020 - 1 StR 445/20.

⁹³ Mantovani, s. 454. Haksız tahrik altında failin cezasının azaltılmasının nedeni, mağdurun da tepki suçunda müşterek sorumluluğunun mevcut olmasıdır. Bu nedenle hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek haksız fiilin elverişliliği açısından katı bir anlayışın bulunması ve mağdurun gerçek anlamda bir provokatör olarak adlandırılması gerekir. Berman/Farrell, s. 1100-1101.

kabul edilmelidir.⁹⁴

İtalyan Yargıtayı'na göre öfke hali, zaman içinde de sürebilen, kontrol edilemeyen saldırgan dürtülerin ortaya çıkmasıyla karakterize edilen duygusal bir değişiktir. Bu duygusal değişim hissi, kin veya nefrete dönüşse bile her halükarda tepkiye neden olan olayla bağlantılı kalmalıdır.⁹⁵ Mahkeme'ye göre mağdurun haksız fiilinin, failde ruhsal dalgalanmaya sebep olup olmadığının anlaşılabilmesi için tepkinin gösterildiği andaki failin sübjektif durumu dikkatle incelenmelidir. Bu nedenle her somut olayda, olayın özelliği, fiilin işleniş biçimi, fail ve mağdurun olaydaki konumları, hal ve hareketleri dikkate alınmalıdır.⁹⁶ Failin genel olarak ruhsal durumunun, vermiş olduğu tepkinin esas nedeni olup olmadığını anlamak için de failin kişiliği ve yaşam döngüsü, fail ile mağdur arasındaki özel ilişki de incelenmelidir.⁹⁷

İtalyan Yargıtayı'na göre tahrikten ziyade hırs, bencillik, tahakküm gibi nedenlerle işlenen suçlarda, erkek fail lehine mazeret nedeni olabilecek kararların verilmesinden kaçınılmalıdır. Kadının hukuka uygun davranışı, özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edilmeli ve evli dahi olsa koca lehine haksız tahrik olarak değerlendirilmemelidir.⁹⁸ Özellikle boşanma isteğini

⁹⁴ Bernsmann, s. 160. Haksız tahrikte failin karakteri, kişisel özellikleri ayrı tutulmak suretiyle haksız fiilin olağandışılığından dolayı fail suç işlemektedir. (Delpino/Pezzano, s. 296). Ortalama bir insanın hiddet veya şiddetli elem duymasına neden olmayabilecek davranışlar, failin kişisel birtakım özel durumlarından dolayı hiddet veya elem duymasına neden olabilir. Fail, ruhsal yapısı gereği aşırı duygusal, alıngan veya sinirli olabilmektedir. Bu halde failin vermiş olduğu tepki de hiddet veya şiddetli elemden dolayı değil failin ruhsal durumundan kaynaklanmaktadır. Zeynel T. Kangal, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", *EÜHFD* 14 (3-4) 2010, s. 46.

⁹⁵ Bkz. Cassazione, 14.04.2015, n. 24391.

⁹⁶ Bkz. Cassazione, 29.05.2018, n. 26057.

⁹⁷ Schmidt, s. 18.

⁹⁸ Bkz. "Sanık koca Caio ile mağdur karısı arasında, evliliğin ilk yıllarında herhangi bir şiddet bulunmamaktadır. Ancak ilerleyen zamanlarda sanık, karısının iş ve sosyal hayatını aşırı şekilde kısıtlamaya çalışmış ve buna karşı gelen karısına karşı yoğun fiziksel şiddet uygulamıştır. Mağdur kadına duyduğu kıskançlık dolayısıyla öfkelenen koca, sahip olmanın heyecanını, kaybetmenin korkusunu bir arada yaşamaya dayanamayarak mağduru öldürmüştür." Mahkeme'ye göre kıskançlık dolayısıyla suç işlenmesi, saldırgan davranışını kesinlikle haklı göstermemeli ve dolayısıyla ceza hukuku araçlarının şiddetin meşrulaştırılmasında kullanılmasına izin verilmemelidir. (Cassazione, 21.02.2023, n. 22374). Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'ye göre somut olayda gerçekten öfke, üzüntü bulunmasıyla birlikte fail, öç alma, nefret duyma ya da duygusal çöküntü nedeniyle de hareket ederek tepki suçunu işlemiş olabilmektedir. Karara konu edilen olayda, "74 yaşındaki sanık, kendisinden oldukça genç olan bir kadınla evlidir. Evlenmelerinden kısa bir süre sonra genç kadın ayrılma niyetinin kocasına bildirir. Sebebini soran kocaya yaşlı olmasını gerekçe gösterir. Duygu-

kocasına açıkladıktan sonraki süreçte kadının öldürüldüğü vakialarda sanık, yoğun şekilde haksız tahrikin etkisi altında suçu işlediğine dair savunma yapmaktadır. Ayrılık veya boşanma sürecinde bu durumu kabullenemeyen erkeğin partnerine karşı suç işlemesi kötü muamele ya da ağır hakaret olarak kabul edilmemektedir.⁹⁹ Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'ye göre ayrılma sürecinde bu durumu kabullenemeyen kocanın suç işlemesinde, haksız tahrikin mevcut olup olmadığının çok iyi incelenmesi gerekir. Ayrılık sürecinde zihni bulanık olan çoğunlukla erkek fail olup kadına karşı genellikle bilinçli bir iradeyle suç işlemektedir. Kıskançlık, hayal kırıklığı, büyük çaresizlik, narsisistik ve aynı zamanda duygusal olarak sözde yıkım olarak değerlendirilen kaybetme korkusu, genellikle haksız tahrik savunmasıyla gizlenmeye çalışılmaktadır.¹⁰⁰

sal çöküntü yaşayan koca, bu durumun ruhsal ağırlığını kaldıramaz ve ayrılma niyetini her fırsatta ifade eden karısını öldürmeye karar verir. Kararını uygulamak için ortak konutlarının kiler merdivenlerinde karısına saldırır ve başına bir cisimle vurarak düşmesine ve merdivenlerden yuvarlanmasına neden olur. Sanık daha sonra yaklaşık 2,8 kilogram ağırlığında bir yangın söndürme tüpü alır ve yerde yatan karısının kafasına öldürmek amacıyla en az beş kere vurur. Bu çoklu ve büyük şiddetli darbeler sonucunda karısı ölür." Mahkeme'ye göre kasten öldürme suçunun işlenmesine neden olan haksız fiilin mevcut ruhsal duruma ilave olarak bardağı taşıran son damla olup olmadığının anlaşılması gerekir. Haksız davranış mevcut ruhsal duruma neden olabilecek failin diğer duygularının içinde kaybolmamalı, diğer tüm sebeplerin önünde, mağdura tepki verilmesinde öne geçen bir rolü bulunmalıdır. Aksi halde kasten öldürmenin hafifletici unsuru olarak dikkate alınmamalıdır. Somut olayda da mağdurun doğrudan neden olmadığı sanığın ruhsal durumundan kaynaklanan bir öldürme vakası söz konusu olup, ceza sorumluluğu azaltılmamalıdır. BGH, 10.01.2018 - 2 StR 150/15.

⁹⁹ Fischer, s. 1514.

¹⁰⁰ Bkz. "Maktul kadın, kocasıyla yaşadığı şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma kararı almış ve müşterek kızlarını yanına alarak evini ayırmıştır. Kocasını bu durumu kabullenmemiş, her fırsatta karısının karşısına çıkarak onu yoğun şekilde rahatsız etmiştir. Karısı, boşanma kararı verilene kadar yanına yaklaşmamasını kocasına söylemiş ve kocası da bu durumu kabul etmesine rağmen yine gizlice karısının yaşadığı evin karşısına onu takip etmeye devam etmiştir. Maktul ve müşterek kızlarının yaşadığı eve, maktulün iş arkadaşı yemeğe gitmiş ve o gece orada kalmıştır. Ertesi gün sanık, yanına bıçak alarak eşinin evden ayrılıp arabasına binmesini beklemiş, maktul arabaya binince sanık da aniden aynı arabaya binmiş ve aralarında yine tartışma yaşanmıştır. Sanığın tekrar karşısına çıkmasına sinirlenen maktul sanığa bağırıştır. Mağdur kadının, hayatından çık git, sen beni hak etmiyorsun! Dün yanımda gördüğün iş arkadaşım senden bin kat daha iyi, demesi üzerine sanık önce maktulü defalarca yumruklamış, daha sonra da bıçaklayarak öldürmüştür." Mahkeme'ye göre sanığın, eşinin kendisiyle görüşme yasağını dikkate almayarak onu tekrar ziyaret etmesi ve böylece durumun ağırlaşmasına katkıda bulunması nedeniyle sanık kusurludur. Sanık, karısının söylediği şeylerden dolayı tahrike kapılarak onu öldürmedi, aksine yanına bıçak alarak en başından olası bir yüzleşmeye hazır, konuşma istediği gibi gitmezse onu öldürmek için kararlıydı. Bu durumda, haksız davranış ile öldürme eylemi arasındaki gerekli "motivasyonel psikolojik bağlantı" eksiktir. Maktulün, sanığın yarattığı ve zorlamaya çalıştığı bu duruma kızması, sanığa bağırması, hakaret etmesi büyük ölçüde sanığın insafsız davranışından kaynaklan-

5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinde, haksız fiilin hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişlilikte olması açıkça düzenlenmemiştir. Maddenin gerekçesinde ise haksız fiilin, hiddet veya şiddetli elemin nedeni olarak kabul edilebilecek elverişlilikte olması gerektiği, fail üzerinde böyle bir etkisi olmayan haksız fiiller bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Gerekçe doğru yorumlandığında görülmektedir ki hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek ağırlıkta haksız fiil mevcut olmasına karşın faildeki etkisine göre haksız tahrik indirim miktarı değişebilmektedir. Failde etkisi olmayacak düzeyde haksız fiilin varlığı halinde ise haksız tahrik yargılama makamı tarafından dikkate alınmayacaktır. Uygulamada ise elverişli olmayan haksız fiil hallerinde dahi haksız tahrik indirimi yapılmaktadır. Bu durum kanuni düzenleme ve gerekçe ile örtüşmemektedir.

D. Failin Psikolojisinin Belirlenmemesi

Haksız tahrikin suçu değil kusurluluğu etkilemesi, failin ve psikolojisinin odağa alınmasını gerektirdiğinden¹⁰¹, failin tepkisinin maddi olarak mevcut olması yeterli olmamakta tepkinin mutlaka hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında verilmesi gerekmektedir.¹⁰²

Her haksız fiilde kişide hiddet veya şiddetli elem duygusunun oluşacağına dair bir kabul bulunmamaktadır. Haksız fiile bakılarak failin psikolojik değerlendirmesi yapılmamalıdır.¹⁰³ Her bireyin ruhsal durumu birbirinden farklılık gösterebileceği için failin psikolojisinin her somut olayda ayrıca

maktadır ve anlaşılır bir durum teşkil etmektedir. Bu nedenle maktülün davranışı, sanığın kusuru olmaksızın gerçekleşmiş olabilecek bir tahrik gibi görünmemektedir. Bu nedenle sanığın suçu, tahrikin etkisi altında işlediği kabul edilemez. BGH, 3 StR 425/11 – 01.03.2012.

¹⁰¹ Lackner/Kühl, s. 1174. Haksız tahrikten dolayı failin psikolojisinin etkilenmesi, doğal insani bir özellik olup Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme de bu özellik kapsamında şekillendirilmiştir. (Dönmez, s. 272). Haksız tahrikin düzenlendiği 29'uncu maddenin gerekçesinde yer aldığı üzere hiddet ve şiddetli elemin neden olduğu psikolojik halin faile etkisi dikkate alınmak suretiyle düzenleme yapılmıştır. Düzenlemede, haksız fiilin failde neden olabileceği psikolojik haller özellikle vurgulanmaktadır. Bu hallerin vurgulanmasının ana nedeni, haksız tahrikin neden mazeret nedeni olduğunu ayrıntılı şekilde izah etme gayretidir.

¹⁰² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 415. Haksız tahrikte psikolojik unsurun (heyecan) ceza normunda ifade ediliş biçimi ülkeler arasında farklılık gösterebilmektedir. Türk hukukunda, hiddet veya şiddetli elem; İngiliz hukukunda kızgınlık (Coroners and Justice Act md. 54); İtalyan hukukunda hiddet (İtalyan Ceza Kanunu md. 62); Alman hukukunda ise öfke (Alman Ceza Kanunu md. 213) halinde haksız tahrik indirimi uygulanabilmektedir.

¹⁰³ Schmidt, s. 18.

incelenmesi gerekir.¹⁰⁴

Yargı kararlarında genel olarak failin psikolojisinden ziyade haksız tahrike neden olan mağdurun hareketinin haksızlığına itibar edilmekte olup hiddet veya şiddetli elem koşulu ise sadece öğretici bazında değerlendirilmekte, olay açısından mevcut olup olmadığı incelenmemektedir. Oysa haksız fiilin varlığı, hiddet veya şiddetli elemin de olduğu yönünde karine teşkil etmemeli, hiddet veya şiddetli elemin somut olayda mevcut olduğu ayrıca kanıtlanmalıdır.¹⁰⁵

Mağdur davranışının failde hiddet veya şiddetli eleme neden olup olmadığının nasıl belirleneceği önemlidir. Hiddet veya şiddetli elemin failin iradesini etkileyebilecek yoğunlukta olup olmadığının değerlendirilmesinde makul, ortalama bir insanın verebileceği tepki ölçütü olarak dikkate alınmalıdır.¹⁰⁶ Failin sosyal çevresi, tahammül sınırı, ruhsal yapısının özellikleri olabilecek alıngan, soğukkanlı, aşırı sinirli, sakin, saldırgan, kolay heyecanlanabilen psikolojik yapısı gibi hususların tepkinin ölçülmesinde dikkate alınması yerinde olmamaktadır.¹⁰⁷

Hiddet veya şiddetli elemin objektif olarak değerlendirilmesi amacıyla İngiliz hukukunda "makul davranış testi" uygulanmaktadır. Şöyle ki fail ile yaşı ve cinsiyeti benzer, ortalama hoşgörü ve kendisini kontrol edebilme yetisi olan bir başka kişi dahi failin içinde bulunduğu hal ve şartlarda kendisinden beklenen hoşgörü ve kontrol yetisini kullanamayıp tepki gösterdiğinde haksız tahrikin mevcut olduğu kabul edilebilmektedir.¹⁰⁸ İtalyan hukukunda ise somut olayda failin kusurlu olup olmadığının değerlendirilmesinde, davranışlarını ne ölçüde kontrol edebildiği, başka türlü hareket edebilme imkanının olup

¹⁰⁴ Merli, s. 26.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 596. Hiddet veya şiddetli elem durumunun değerlendirilmesine katkısı olacak failin psikolojik durumuna ilişkin varsa tanık beyanları, psikolojik durumu gösterir rapor, faildeki fiziksel bulgular gibi deliller de toplamalıdır. Epözdemir, s. 229.

¹⁰⁶ Dönmezer/Erman, s. 616. Gökcan/Artaç, s. 836. Schmidt, s. 19. Hakeri, s. 401. Koca/Üzülmez, s. 364. Helmut Schneider, s. 456.

¹⁰⁷ Akbulut, s. 533.

¹⁰⁸ Berman/Farrell, s. 1051. Makul davranış testinde bir kişinin öfkeli olmayı seçip seçmemesi, ilgili koşullar altında sıradan veya makul bir kişinin öfkeli olup olmayacağına göre belirlenir. Sıradan bir insan öfkelenmiş olsaydı, yani makul bir provokasyon varsa o zaman fail öfkeden sorumlu değilmiş gibi davranılır ve cezası azaltılır. Fakat eğer sıradan bir insan öfkelenmeseydi, o zaman failin gönüllü olarak öfkelenmediği kabul edilir ve ceza sorumluluğu etkilenmez. Rosenberg, s. 302.

olmadığına bakılmaktadır. Kusur değerlendirmesinde “ortalama davranış kabiliyeti” ölçütü dikkate alınmaktadır. Failin yerine bir başka kişi konularak, bu başka kişinin somut olayda davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmayacağı ve ne ölçüde sahip olacağı değerlendirilerek failin kusuru somut olay açısından belirlenebilmektedir.¹⁰⁹

Makul, ortalama bir insanda oluşabilecek hiddet ya da şiddetli elemin elverişliliğinin belirlenmesinde, mağdurun haksız davranışının niteliği ve ağırlığı dikkate alınmalıdır.¹¹⁰ Mağdurun haksız davranışının, failin kontrol kaybı yaşamasında kuvvetli bir etki alanı bulunmaktadır; bu nedenle haksız fiil ile failin psikolojisi birlikte incelenmelidir. Mağdurun haksız davranışı dikkate alınmaksızın hiddet ya da şiddetli elemin yoğunluğunun belirlenmeye çalışılması halinde, fail özelinde bir yargıya varılmış olur ki bu halde hatalı şekilde failin kişisel özellikleri değerlendirilmeye dahil edilmiş olmaktadır.¹¹¹

IV. HAKSIZ TAHRİKİN GENEL HÜKÜM OLMASININ EŞİTSİZLİK ALGISINA ETKİSİ

5237 sayılı Kanun’un genel hükümler kısmında 29’uncu maddede düzenlenen haksız tahrik kurumu, genel bir hüküm olup koşullar oluştuğu takdirde sınırlamayılmaksızın tüm suçlar bakımından uygulanabilmektedir.¹¹²

¹⁰⁹ Mantovani, s. 454.

¹¹⁰ Eser, s. 69.

¹¹¹ Helmut Schneider, s. 458. Failin sadece ruhsal yapısından kaynaklı bir haksız tahrik değerlendirmesi son derece sakıncalıdır. Ceza hukuku failin ruhsal yapısını mazur görmemekte, haksız fiilin etkisiyle oluşan hiddet veya şiddetli eleme önem atfetmektedir. Bu nedenle hiddet veya şiddetli elemin tespitinde, failden ziyade haksız fiil özelinde bir değerlendirmenin daha makul olabileceği kabul edilmelidir. Berman/Farrell, s. 1050.

¹¹² Haksız tahrike dair karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler tek düze olmayıp her ülkenin farklı bir anlayışı kabul ettiği görülmektedir. Bazı ülke ceza kanunlarında haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan genel bir neden olarak düzenlenmesinin yanında ayrıca bazı suç tiplerinde de özel olarak düzenlenmiştir. Bazılarında ise genel hüküm olarak düzenlenmemiş sadece belli suç tipleri açısından dikkate alınmıştır. Haksız tahrik, İtalyan Ceza Kanunu’nun genel hafifletici haller başlığı altında 62’nci maddenin 2’nci fıkrasında yer almaktadır. Haksız tahrike dair genel düzenlemenin yanında 599’uncu maddede şeref karşı suçlarda da haksız tahrik cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir. Avusturya Ceza Kanunu’nun 34’ncü maddesinin 8’inci fıkrasına göre mazur görülebilir şiddetli bir ruhsal karışıklığa bağlı olarak suça sürüklenen failin cezası indirilmektedir. Kanun’un 76’ncı (kasten öldürme) ve 115’inci maddelerinde (sövme, tehdit veya kötü davranmak), failin kabul edilebilir etkili bir psikolojik karmaşanın etkisiyle suç işleme halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. İsviçre Ceza Kanunu’nun genel hükümler kısmında, haksız fiilin neden olduğu heyecan ya da ruhsal bunalım hali ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Kanun’un 48’nci (hakaret) ve 113’üncü (kasten öldürme) maddelerine göre haksız fiilin, heyecana neden olması, failin öfkelenmesi ve ke-dere sürüklenmesi, kendisini derinden etkileyen bu iki durumun sonucunda da ani tepki ver-

Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçundaki artış nedeniyle ceza hukukunun caydırıcı etkisinin gösterilebilmesi için 12.05.2022 tarihli 7406 sayılı Kanun’la birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 82’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (f) bendinde, kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesi hali nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. İlgili yasal düzenlemeyle aynı doğrultuda olacak şekilde, ceza kanununda kadın lehine pozitif ayırımcılığın yapılması ve kadına karşı işlenen suçlardan özellikle nitelikli öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmamasına yönelik bir cezalandırma politikası kabul edilebilmeli şeklinde bir beklenti oluşmaya başlamaktadır.

Haksız tahrikin genel hükümlerde yer almasının sonucu olarak kadına karşı işlenen suçlarda kurumun ceza adaletinin sağlanmasına hizmet etmediği, tahrik kurumunun tatminkar uygulanmamasının sonucu olarak her faile ve her suç tipine uygulanabilecek genel bir düzenleme olmaktan çıkartılması gerektiği savunulmaktadır.¹¹³

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 82’nci maddesinin gerekçesinde ve yargı kararlarında töre veya kan gütme saikiyle kasten öldürme suçunun işlenmesi halinde haksız tahrikin uygulanmayacağı ifade edilmektedir.¹¹⁴ Bu durum bir cezalandırma politikası olarak değerlendirilse de töre ve kan gütme saikinde haksız tahrikin reddinin ana sebebi bu kavramların unsurlarının somut olayda örtüşmeyecek olmasından ileri gelmektedir. Hukuk kurallarının düzenlemediği davranışların haksız tahrike neden olmayacağı düşüncesi ile kan gütme ve töre saikinde hiddet veya şiddetli elemin bulunmaması düşüncesi makul hukuki gerekçeler olarak değerlendirilebilmektedir. Kan gütme ve töre saiki örnek gösterilmek suretiyle kadına karşı işlenen kasten öldürme suçunda yer alan diğer nitelikli hallerde de haksız tahrikin uygulanmamasına

mesi halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nda haksız tahrike dair genel hükümlerde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Haksız tahrik, özel hükümlerde basit öldürme ve hakaret suçunda dikkate alınmaktadır. İngiliz hukukunda, ceza hukuku genel hükümler ile ceza muhakemesi hukukuna dair 2009 yılında “Coroners and Justice Bill” kabul edilmiştir. Coroners and Justice Act ile birlikte haksız tahrik kurumu için azaltılmış sorumluluk hali kavramı kullanılmaktadır. Kanun’un 54’üncü maddesine göre “kontrol kaybı” tahrik anlamında kullanılmıştır. İngiliz hukukunda “kontrol kaybı” sadece kasten öldürme suçunda savunma aracı olarak kabul edilmekte, diğer suçlarda ise tahrik, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilmektedir.

¹¹³ Meraklı, s. 416.

¹¹⁴ Töre saikinde haksız tahrikin uygulanmayacağına dair karar için bkz. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.05.2010 tarih, 2010/1-56 Esas, 2011/11 Karar). Kan gütme saikinde haksız tahrikin uygulanmayacağına dair karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/180 Esas, 2007/6618 Karar.

dair beklentinin oluşmasının temel sebebi ise özellikle haksız davranışın belirlenmesi konusunda hata yapılması veya hata yapılmamasına karşın gerekçenin tatmin edici olmamasıdır.

Cezalandırma politikası olarak kabul edilebilmekle birlikte haksız tahrikin genel hükümler yerine sadece özel hükümlerde düzenlenmesi, kurumun hukuki ve psikolojik esasıyla bağdaşmamaktadır. Psikolojik açıdan haksız tahrikin etkisi altında failin, herhangi bir suçu işleyebilmesi olağan karşılanmalı ve sınırlandırma yoluna gidilmemelidir. Failin subjektif halinin ön plana çıkartılarak cezalandırmanın tercih edildiği bir sistemde, belli suçlar yönünden bu subjektif halin dikkate alınması diğer suçlar açısından alınmaması hukuki açıdan da izah edilememektedir.

Haksız tahrikin uygulanması noktasında, fail ve mağdur arasındaki münasebet kanun koyucu tarafından dikkate alınmadığından sadece kadınların ön plana çıkartılması yerinde değildir. Tahrike neden olabilecek haksız fiil kadın partner veya diğer aile fertleri tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Bu haliyle haksız davranışın sonucunda failin, hiddet veya şiddetli elem duyacağı kişiler konusunda psikolojik olarak kendisini sınırlandırılabilmesi rasyonel değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenen haksız tahrik, sınırlandırma olmaksızın koşulları olduğu takdirde her suç için uygulanabilmektedir. Kanun koyucu haksız tahrik tahriki genel hükümler kısmında düzenleyerek failin psikolojisinin her suçta dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu açıdan bakıldığında genel norm niteliğinde olan haksız tahrik düzenlenmesinin, her somut vaktada ayrıca dikkate alınması normun amacına uygun olmaktadır.¹¹⁵

Haksız tahrikin belli suçlar açısından uygulanabilmesine yönelik bir sınırlandırma subjektif cezalandırma anlayışına da uygun düşmemektedir. Subjektif cezalandırma anlayışına kanun koyucunun iradesiyle sınırlandırma getirilmesi halinde, bu durum engizisyon dönemi cezalandırma anlayışını ortaya koyan sadece davranışa ve neticeye bakılan, kusurluluğu öteleyen anlayışın tekrar canlandırılması amacına hizmet etmektedir. Sınırlandırma yerine, her somut vaktanın özellikleri kendi içinde değerlendirilerek, haksız tahrikin koşullarının oluşup oluşmadığı dikkatlice belirlenmelidir.

¹¹⁵ Dönmez, s. 273

V. TEPKİNİN AŞIRILIĞININ EŞİTSİZLİK ALGISINA ETKİSİ

Haksız fiil ile tepki suçu arasında orantının gerekli olmasının, kadına karşı işlenen suçlarda haksız tahrik kurumunun suiistimal edilmesini önleyeceği ileri sürülmektedirler. Özellikle kadının yakılmasında, bileklerinin veya boğazının kesilmesi örneklerinde, failin vermiş olduğu tepkinin aşırılığı normal karşılanıyor gibi bir algı oluşmakta ve dolayısıyla mağduru kadın olan vakialarda bu orantısızlığın kabullenilmesi reddedilmektedir. Çözüm olarak da haksız davranış ile tepki suçu arasında açık orantısızlık halinde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması önerilmektedir.¹¹⁶

Öğretide, orantının varlığını haksız tahrikin unsuru olarak kabul eden görüşe göre haksız fiile karşı makul bir tepki kabul edilebilirken, tepki suçunun aşırılık içermesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.¹¹⁷ Tahrik kurumunun düzenlendiği kanun metinlerinde orantılılık kavramına atıfta bulunulmamasına rağmen, orantılılık yine de tahrik kavramının doğasında var olarak düşünülmeli ve uygulamada dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde, failin suç işleme dürtüsünü kontrol etmedeki temel yetersizliğinin sonucu olan tepkisi meşru kabul edilmektedir. Böyle bir durumda suçun faili, tam tersi bir durumu öngören hafifletici nedenlerin uygulanmasıyla tamamen uyumsuz olan daha büyük bir sosyal tehlikelilik gösterecektir.¹¹⁸

Haksız tahrikte failin ruhsal durumu ile haksız fiil arasındaki nedensellik bağı bir ölçüye kadar orantısızlığa izin verebilirken, açık ve ağır bir orantısızlık ise haksız tahrik kurumunda açıklanamamaktadır.¹¹⁹ Bu durumda orantının gerekliliği, haksız fiil ile tepki suçu arasındaki nedensellik bağına dayandırabilmektedir.¹²⁰ Şöyle ki tepki suçu, haksız fiilden ileri geldiğine ve böyle bir durum etki-tepki açısından belli bir oranı gerektirdiğine göre

¹¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 448.

¹¹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 416.

¹¹⁸ Fiandaca/Musco, s. 467.

¹¹⁹ Dönmezer/Erman, s. 620. Mantovani, s. 454. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 416. Hakeri, s. 401. İçel, s. 486. Fiandaca/Musco, s.467. Centel/Zafer/Çakmut, s. 448. Delpino/Pezzano, s. 297. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 598. Kazancı, s. 1337. Meraklı, s. 417.

¹²⁰ Mantovani, s. 454. Haksız tahrikte nedensellik bağı, haksız fiil ile tepki suçu arasındaki yalnızca neden sonuç ilişkisi şeklinde soyut olarak değerlendirilemez. Fiil ile tepki arasında uygun nedenselliği oluşturan bir bağ bulunmakta ve bu bağ orantılılığı da ortaya çıkartmaktadır. Somut olayda orantılılık bulunmadığında, uygun bağın da bulunmadığı kabul edilir. Böylece, failin psikolojisi ile tepki suçu arasındaki bağlantı da dışlanmış olmaktadır. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 598.

tepki suçu, daha ağır olduğunda tepkinin haksız fiilden kaynaklandığı kabul edilemez. Bu halde haksız fiil, orantısız tepkiye sadece bahane edilmiş olmaktadır.¹²¹ Mağdurun haksız fiili ile tepki suçu arasında açık orantısızlık halinde nedensellik bağının dışlanması nedeni, tepki suçu failin kişisel duygularının eklenmiş olmasının sonucunda bir duygu patlamasının gerçekleşmiş olmasıdır. Bu nedenle haksız fiil ile tepki suçu arasındaki makul orantı, bir yeterlilik ölçütü olarak, suçlunun ruh halini ve niyetini değerlendirmek için yararlı bir parametredir.¹²²

Alman hukukunda tahrik indiriminin kötü muamele veya ağır hakaret kaynaklı olarak öldürme suçu için düzenlendiği göz önüne alındığında, haksız davranış ile tepki suçu arasında bir orantının aranması mümkün olmamaktadır. Ancak öğretilerde, haksız davranış ile tepki suçu arasında olmasa da failin psikolojisi ile işlenen suç arasında bir orantının olması gerektiği yönünde bir ön kabul bulunmaktadır. Buna göre haksız davranışın faile etkisi ile tepki arasında, failin tepki suçu işlemeyle birlikte dışa vurduğu duygusunun anlaşılabilirliği anlamında belirli bir orantı bulunmalıdır.¹²³

Alman öğretisinde yer alan görüşe benzer şekilde Yargıtay haksız fiil ile verilen tepki arasında bir orantının varlığını aramasa da haksız fiilin etkisi ile tepki arasında bir dengenin gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Haksız tahrikte tepki suçunun işlenmesinin amacı, failin duyduğu hiddet veya şiddetli elemi bastırmak yok etmek olduğuna göre hissedilen hiddet veya şiddetli elem ile verilen tepki de buna uygun olmalıdır. Hiddet veya şiddetli elemi bastırmak dışında farklı bir duyguyla tepki suçunun işlenmesi halinde ise haksız tahrik uygulanmamalıdır. Mağdurun haksız fiili karşısında, hiddet veya şiddetli

¹²¹ İçel, s. 487. Açık bir orantısızlık halinde haksız tahrikin reddi, tahrik edilen tarafından işlenen fiil ile tahrik eden tarafından işlenen fiil arasında doğrudan türevsel bir ilişki bulunmamasıyla açıklanabilecektir. Çünkü birincinin tepkisinin aşırılığı, kendi içinde, tepkinin kaynağının, nedeninin gerçekte başka bir yerde bulunması gerektiğini göstermektedir. (Fiandaca/Musco, s. 467). Haksız tahrikte tepkinin orantılı olmasının gerekliliğini, suçla korunan hukuki yarara dayandıran görüş de bulunmaktadır. Şöyle ki mütevazı düzeyde zararlı bir davranış karşısında, hiyerarşik açıdan risk altında olandan çok daha üstün bir hukuki yararı feda ederek tepki veren bir kişi korunmamalıdır. Bu durum, tahrik edilen fail tarafından işlenen suçun ciddiyetinin, tahrik edenin maruz kaldığı suçun ciddiyetinin ötesine geçmediğinin somut olarak doğrulanmasının önemini ortaya koymaktadır. Mantovani, s. 454.

¹²² Kazancı, s. 1337. Aşırı orantısızlığın hiddet veya şiddetli elemden kaynaklanmadığı, failin ruhsal durumunun eklenmesiyle oluşacağına dair öğretilerde yer alan görüş eleştirilmektedir. Tepkinin aşırı orantısız olması halinde dahi haksız tahrikin hemen reddi yerinde olmayıp, bu halde tahrik fiili ile hiddet veya şiddetli elem arasında bir nedensellik ilişkisi mi yoksa basit bir rastlantı mı söz konusu olduğu hususu dikkate alınmalıdır. Toroslu/Toroslu, s. 287.

¹²³ Lackner/Kühl, s. 1174. Fischer, s. 1515. Schmidt, s. 19.

elemeye kapılan failin buna tepki vermesi kabul edilebilir olmasına karşın, tepki olsun diye örneğin cinsel saldırı suçunu işleme halinde, duyduğu hiddet veya şiddetli elem ile cinsel saldırı arasında orantı bulunmamaktadır.¹²⁴

İtalyan Yargıtayı'na göre mağdurun haksız davranışı ile failin tepkisi arasında eşit bir orantı bulunması gerekli olmasa da tepki suçu, mağdurun haksız davranışının elverişliliğiyle örtüşmelidir. Haksız fiil ile tepki arasındaki ciddi boyuttaki orantısızlık hali, haksız fiil ile failin buna tepkisi arasındaki nedenselliği kesebilmektedir. Aşırı orantısızlık halinde, failin ruh halinin öfke dışında duygu ve psikolojik haller barındırdığı kabul edilmelidir.¹²⁵

Hiddet veya şiddetli elemeye elverişli olabilecek hukuka aykırılık halinde, failin verdiği tepkinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Elverişli haksız fiil ile tepki suçu arasında illiyet bağı kurulabildiği sürece tepkiye bakılmaksızın haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.¹²⁶ Haksız fiil ile tepki suçu arasında orantının gerekli olduğunun savunulmasına neden olan vakılarda görülmektedir ki haksız tahrike neden olduğu ileri sürülen davranış zaten ya haksız fiil değildir ya da haksız tahrike neden olabilecek elverişliliğe sahip değildir.¹²⁷ Diğer bir deyişle, haksız tahrikte uygulamadan kaynaklanan yegâne sorun orantısızlık olmayıp haksız fiilin objektif olarak hiddet veya şiddetli elemeye neden olup olmayacağının belirlenmesidir. Bu halde tepkinin orantılı olmadığını savunmak yerine, zaten olayda mağdurun haksız fiilinin hiç olmadığını ya da haksız fiilin elverişli olmamasına bağlı olarak haksız tahrikin uygulanmaması gerektiğini savunmak daha tutarlı olacaktır.

Haksız tahrik kurumunda mağdur ve failin fiili arasında denge kurulması gibi bir amaç olmayıp, sadece failin psikolojik durumuna hukuki değer atfetmek suretiyle cezasında indirim yapılmasına olanak sağlanmaktadır.¹²⁸

¹²⁴ Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi. 17.05.2021 tarih, 2021/6129 Esas, 2021/8058 Karar. Benzer görüş için ayrıca bkz. Kangal, s. 50.

¹²⁵ Bkz. Cassazione, 08.07.2021, n. 30770. Mahkeme'ye göre tahrik olarak adlandırılan hafifletici sebep, esasen gerçek bir orantılılık şartı gerektirmemekte ancak yine de haksız fiilin ciddiyet derecesi ile ilgili olarak tahrik edilen tarafın tepkisinin uygunluğu arasında bir ilişki olmalıdır. Bu nedenle, öfke durumu ile suçun işlenmesi arasındaki nedensellik bağının varlığının teyidi olarak anlaşılmalı, ilgili iki öznenin davranışları arasında bir uygunluk yerinde olacaktır. İki tür davranış arasında önemli bir orantısızlık olması halinde, failin tepkisinin tahrik edici eylemin yarattığı öfke halinden değil, intikam veya baskı gibi başka duygulardan kaynaklandığı sonucuna varılabilmektedir. Mantovani, s. 454.

¹²⁶ Özgenç, s. 472.

¹²⁷ Akbulut, s. 534.

¹²⁸ Demirbaş, s. 89.

Mağdurun haksız davranışının failin tepkisine katkı yaptığı durumda, hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındayken verilen tepki bakımından, failin subjektif halinin daha etkili olacağı öngörülebilmelidir.¹²⁹ Saldırının bertaraf edilmesi amacı bulunduğu failden dengeli davranması beklenmeliyken, hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunan failden kontrollü olması beklenmemelidir ki zaten böyle bir beklenti olmadığından cezası ortadan kalkmamakta sadece azaltılmaktadır.¹³⁰

Haksız fiilin etkisiyle özdenetimini kaybetmiş olan failin makul, orantılı davranmaya zorlanması failin psikolojisine önem verilmediği şeklinde yorumlanmalıdır.¹³¹ Tahrike neden olan davranış belirlenebilir olmasına karşın verilebilecek tepkinin önceden hesap edilmesi, hangi suçun nasıl işleneceğinin önceden belirlenmesi ve failin psikolojisinin tahmin edilebilmesi mümkün olmamaktadır. Haksız tahrikin düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin gerekçesinde de; *"Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde kaleme alınmıştır."* İfadesi, orantılılığın aranmayacağına kanıtı olarak kabul edilmelidir. Fail psikolojisine önem atfedilen bir durumda, failin kendisini makul düzeyde tutması beklenmemelidir.

SONUÇ

Haksız fiil kaynaklı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi halinde ceza sorumluluğunun azaltılması, kusur ilkesinin doğasında mevcut olan zorunlu bir sonuçtur. Haksız tahrik, failin psikolojisinde oluşan bir buhran halidir. Hukuka aykırı bir davranışla kışkırtılmanın sonucunda işlenen tepki suçu nedeniyle failin ceza sorumluluğunun azaltılmasının temelinde *"hakkaniyet"* düşüncesi yer almaktadır.

Ceza hukukunun caydırıcı etkisinin tam olarak gösterilebilmesi için ceza sorumluluğuna etki eden nedenlerin uygulanması konusunda hata yapılmamalıdır.

Haksız tahrik kurumunun uygulanması noktasında en önemli sorun, haksız tahrikin nedeni olan mağdur davranışının niteliğinin belirlenmesidir.

¹²⁹ Bernsmann, s. 166.

¹³⁰ Eser, s. 71.

¹³¹ Clough, s. 120.

Haksız tahrikin unsurlarından olan haksız fiilin kapsamı, kanuni düzenlemeden ziyade uygulamada belirlenmektedir. Haksız fiil kavramının muğlak, çok geniş ve keyfi yorumlanmasıyla birlikte, haksız tahrik kurumu esasen takdiri indirim nedeni olarak uygulanmaya çalışılabilmektedir. Hiddet veya şiddetli eleme neden olan haksız fiilin niteliğinin belirlenmesinde objektif bir değerlendirme yapılabilmesi, kapsamın hukuk kuralları çerçevesinde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Örf ve adet, ahlak kuralları veya benzer toplumsal değer yargılarıyla çatışma halinde olan mağdur davranışları, bölgeye, zamana göre değişebildiğinden, bunların haksız fiil olarak kabulü eşitlik ilkesine aykırıdır.

Haksız tahrikin nedeni olan mağdurun davranışı "haksız fiil" olarak normda yer aldığı, bir hukuk kuralına aykırılıkla birlikte örf ve adet, toplumsal değer gibi hususlara aykırılık halleri de haksız fiil olarak değerlendirilebilmektedir. 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin gerekçesinde de yer aldığı üzere haksız fiil, "hukuka aykırı fiil" olarak diğer bir ifadeyle bir hukuk kuralına aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle 29'uncu maddede yer alan ifadenin haksız fiil yerine açıkça "hukuka aykırı fiil" şeklinde düzenlenmesi, kavramın anlaşılabilir olmasına katkı sağlayabilecektir.

Yargılama makamı, haksız fiili, somut olay bağlamında rasyonel ve hukuk düzenine uygun şekilde değerlendirmelidir. Uygulamada gerçekleşen davranışlar kişi özelinde değerlendirilmeksizin, davranış haksız fiil olarak kabul edilmekte ve bu belirlemenin objektif olmasından dolayı da tutarlı olduğu tezi savunulmaktadır. Bu kabul edilebilir bir yaklaşım olmasına karşın belirlenen haksız fiilin, her kişide aynı etkiyi doğuracağından bahisle standart bir haksız tahrik sonucunun ortaya konulması, hatalı bir uygulama olarak değerlendirilmelidir. Bunun yerine her fiil herkes için haksız fiildir yaklaşımının devamında, her haksız fiil herkes de aynı hiddet veya şiddetli eleme neden olur tezi terkedilmelidir. Hiddet veya şiddetli elemin her somut olayda faildeki etkisi ve ağırlığı ile fiil ile tepki suçu arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir.

Haksız tahrikte failin kusur yeteneğinin azalmasına hukuki sonuç bağlanmakta ve ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Kusur yeteneğini etkilemeye elverişli olmayan davranışların haksız tahrik olarak kabulü, haksız tahrikin ceza kanununda düzenlenme amacına uygun olmamaktadır. 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin gerekçesinde, dolaylı olarak haksız fiilin hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişliliğe sahip olması da aranmaktadır. Mağdurun haksız fiili ile failin tepkisi arasında

nedensellik bağının kurulabilmesi için haksız fiil, hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişliliği içermelidir. Bu durum Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinde yer alan düzenlemeyle de benzer anlayışa sahip olmaktadır. Düzenlemeye göre mağdurun her kötü muamelesi veya hakareti, hukuk aykırı kabul edilmesine karşın haksız tahrik kapsamında değerlendirilmemektedir.

Haksız tahrikte failin kişisel özellikleri mazeret olarak kabul edilmemektedir. Somut olayda mağdurun herhangi bir davranışının bulunmadığı ya da haksız bir davranışı bulunmakla birlikte tahrik etmeye elverişli niteliğe sahip olmadığına, failin ruhsal yapısına bağlı olarak hiddet veya şiddetli elem duygusunu taşıması halinde bu durum haksız tahrikten yararlanmasına engel olmalıdır.

Hiddet veya şiddetli eleme neden olan hukuka aykırı davranış kesin olarak kanıtlanamazsa, gerçekleştiği varsayılsa dahi bu halde şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmamalı, özellikle sanık beyanının başkaca somut delille desteklenmediği hallerde, mağdurun tahrik konusu fiili gerçekleştirdiği kabul edilmemelidir.

Haksız tahrikte, haksız fiile bağlı olarak hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmektedir. Mağdurun haksız fiili ile hiddet veya şiddetli elem olarak ifade edilen failin psikolojisi, failin psikolojisi ile tepki suçu arasında nedensellik bağı kurulabildiği sürece tepki suçunun daha ağır nitelikte olması haksız tahrikin uygulanmasına engel olmamalıdır. Haksız fiilin veya failin özelliği gereği tepki suçu değişiklik gösterebilir. Haksız fiil sonucunda bu duruma tepki olarak suç işleyen failin davranışının ne olacağı önceden belirlenebilir olmaktan uzak olduğu için fail davranışının ceza normu ile kısıtlanması, haksız tahrik kurumunun hukuki ve psikolojik esası ile örtüşmemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu, genel bir kural olarak her suç ve her fail yönünden uygulanabilmektedir. Yargılama makamı, önüne gelen somut olayı, mevcut delillerin ışığında usul kaidelerine uymak kaydıyla serbestçe değerlendirebildiği için haksız tahrikte suç ve fail daraltmasına gidilmemiştir. Haksız tahrik kurumunun belli suçlarda uygulanması, özellikle kadına karşı işlenen kasten öldürme suçunda haksız tahrik kurumunun uygulanmaması gerektiği yönünde bir beklenti bulunmaktadır. Bu beklentinin karşılanabilmesi için haksız tahrik kurumunun belli suçlarla sınırlandırılmasının yerine, somut olaydaki koşullarının doğru

değerlendirilmesi suretiyle ceza normuna uygun kararların verilmesi yeterli olacaktır.

Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçunda, haksız tahrikin tüm koşulları bulunsa dahi tahrikin neden uygulandığına dair gerekçe tatmin edici olmalıdır. Somut olayda haksız tahrik hükmünün uygulanmasının gerekçesinde kullanılan ifadeler, işlenen tepki suçunun ağırlığını azaltıcı nitelikte olmamalı, tahrik kurumunun fiilin haksızlığını etkilemediği sadece ceza sorumluluğunu etkilediği özellikle gerekçede yer almalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Artuk ME/Gökçen A/Alşahin ME/Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydın D, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (15), 2020, s. 236-247.
- Berman M/Farrell I, “Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse”, *William and Mary Law Review* (52) 2011, s. 1027-1109.
- Bernsmann K, “Affekt und Opferverhalten”, *NSTZ*, (4), 1989, s. 160-166.
- Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- Clough A, “Loss of Self-Conrtol as a defence: The Key to Replacing Provocation”, *The Journal of Criminal Law*, (74), 2010, s. 118-126.
- Delpino L/Pezzano R, *Manuale di Diritto penale Parte generale*, 33. Baskı, Simone, 2023.
- Demirbaş T, *Haksız tahrik*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Dönmez BD, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, *İÜHFMD*, 71 (1) 2013, s. 267-294.
- Dönmezer S/Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınevi, 2019.
- Epözdemir R, *Haksız Tahrik*, Adalet Yayınevi, 2021.
- Eser A, “Renaissance des § 213 StGB: Der “minder scchwere Fall des Totschlags” im Lichte der Rechtsprechung”, in: *FS Middendorff*, 1986, s. 65-79.
- Fiandaca G/Musco E, *Diritto penale Parte generale*, 8. Baskı, Zanichelli, 2019.
- Fischer T, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 67. Baskı, CH. Beck, 2020.
- Gökcan HT/Artuç M, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt III*, Adalet Yayınevi, 2021.

- Gruber A, “A Provocative Defense”, *California Law Review*, (103), 2015, s. 273-334.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Kangal ZT, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, *EÜHFMD*, 14 (3-4), 2010, s. 19-66.
- Kazancı BE, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik”, *DEÜHFMD*, Özel Sayı, (15), 2013, s. 1309-1358.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Lackner K/Kühl K, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29. Baskı, CH. Beck, 2018.
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Merli A, *Violenza di Genere e Femminicidio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- Molitorisova A/Burke C, “The Istanbul Convention’s Evidentiary Requirements in the light of Laws on Self-Defence and Mitigating Criminal Responsibility”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, 28 (2), 2021, s. 209-266.
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale Parte generale*, 11. Baskı, Cedam, 2020.
- Özbek VÖ/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Roth CL, “Die Auslegung der Mordmerkmale Heimtücke und Niedrige Beweggründe in Den Sog. Ehrenmord-Fällen”, Krisztina Karsai (Hrsg.) *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und Deutschland. Szeged: Polay Elemer Alapitvany*, 2008, s. 137-157.
- Rosenberg R, “Human Dignity and the Doctrine of Provocation: A New Approach”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, (34), 2020, s. 281-306.

Schmidt R, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 21. Baskı, Verlag, 2019.

Schneider H, “Überlegungen zur restriktiven Auslegung von § 213 StGB”, *NStZ*, 2001, s. 455-460.

Schneider U, “Genderaspekte in Straf- und Strafprozessrecht”, *Gender & Crime: Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft*, *Nomos*, 2022, s. 11-31.

Şen E/Şenyurt MC, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (22), 2013, s. 7-17.

Taşkın OE, *Kadın Cinayeti Suçu*, Onikilevha Yayınevi, 2022.

Toroslu N/Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.

Yalçın T, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, 2019.