

HAKSIZ TAHİRİKİN FELSEFİ TEMELLERİ*

Arş. Gör. Abdulkadir ÇADAK**

PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF UNJUST PROVOCATION

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Çadak, Abdulkadir, Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 185-238.

APA: ÇADAK, A. (2018). Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 185-238. DOI: 10.15337/suhfd.439882.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 02.07.2018

Kabul Edildiği Tarih: 28.11.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.439882](https://doi.org/10.15337/suhfd.439882)

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: chadaklaw@gmail.com

ORCID ID: [0000-0001-7621-9509](https://orcid.org/0000-0001-7621-9509)

ÖZ

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

ANAHTAR KELİMELER: *Haksız Tahrik, İrade Özgürlüğü, Kusurluluk, Hiddet, Elem.*

ABSTRACT

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

KEY WORDS: *Unjust Provocation, Freedom Of Will, Defect, Rage, Dolour.*

GİRİŞ

Kusurluluk, suç teşkil eden bir fiilin failine ceza verilebilmesi için faille işlediği fiil arasında bulunması gereken bir değerlendirmedir. Kişiye, kusuruna bağlı olarak ceza verilmesi insan medeniyetinin kaydettiği önemli bir ilerlemedir. Kusurluluk, kişinin fiili gerçekleştirirken bilinç ve irade ile hareket etmesini gerektirmektedir. Böylece, failin cezalandırılabilmesinde fiilin kendisi tarafından işlenmiş olmasının ve neticeyle fiili arasında nedensellik ilişkisinin yanı sıra, fiili bilerek ve isteyerek işlemiş olması koşulu gerçekleşmiş olacaktır. Çağdaş ceza kanunları da failin kusurluluğuna etki ederek onun kusurluluğunu, bir diğer deyişle kınanabilirliğini azaltan veya

tamamen ortadan kaldıran nedenleri dikkate almaktadır. Haksız tahrik de failin kusurluluğunu kaldırmayan fakat onu azaltan ve cezayı hafifleten nedenlerden biridir.

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

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

İrade özgürlüğü Antik Yunan’dan günümüze özellikle doğal hukukçu yaklaşımlar tarafından ele alınmıştır. İrade özgürlüğünün temelinde ise insanın diğer varlıklardan ayrı olarak akıllı bir varlık olması ve doğruyu yanlış bilebilmesi yatmaktadır. İrade özgürlüğü ile kişi doğru ve yanlış arasında tercihte bulunabilme yeteneğine kavuşmaktadır. Özellikle doğal hukukçu yaklaşımla benzer görüşlere sahip olan Kant’ın irade özgürlüğüne ilişkin fikirleri de modern ceza hukukunu etkilemiştir. Bu bakımdan Kant’ın irade özgürlüğüne ilişkin görüşleri çalışmamızda ağırlıklı olarak anlatılacaktır.

Çalışmamıza haksız tahrikin akıl ve irade yönünden incelenmesiyle başlanacaktır. Daha sonra Türk ceza hukuku temel alınarak haksız tahrik kurumu açıklanmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken, “haksız tahrikin şartları” sistematüğinden ayrılıp “mağdur ve fail yönüyle haksız tahrik” şeklinde bir sınıflandırmaya gidilecek ve alt başlıklarda önemli kavramlar irdelenip bu hususlarda kendi görüşlerimiz beyan edilecektir. Mağdur ve faile dönük: ‘haksız fiil’, ‘hiddet ve şiddetli elem’, ‘kusurluluk’ gibi temel kavramlar açıklandıktan sonra özel haksız tahrik halinden bahsedilecek, son olarak da haksız tahrik kurumunun felsefi alt yapısının diğer hukuk sistemlerinde nasıl

teşekkür ettiğini anlamak adına karşılaştırmalı hukuktaki duruma göz atılacaktır.

Bu çalışmayı hazırlama amacımız kamuoyunda sürekli tartışılmalan, ceza hukukumuz bakımından tüm suçlara uygulanma kabiliyetini haiz haksız tahrik müessesesinin tabiri yerindeyse altını deşmektir. Burada bizim savımız, bu müessesenin asıl düzenleniş amacının irade özgürlüğünün ve yeteneğinin zafiyete uğratılması olduğudur. İslam ve devamında Osmanlı hukuk sisteminden bize miras kalan ‘ödetme’ düşüncesi de bir başka sebep olsa da bu ikinci planda kalmaktadır. Mukayeseli hukuka da bakıldığında görülecektir ki insanın özgür iradesini akamete uğratan amiller bütün modern ceza hukuku sistemlerinde yaptırımın belirlenmesinde başrol oyuncularından biridir.

1. Kusur ve Sorumluluk

Modern ceza hukuku sistemlerinde kişilerin işledikleri fiillerin kendilerine isnat edilip cezalandırılabilmesi için “kusur” olgusu aranmaktadır. “Kusur olmadan ceza olmaz” (nulla poena sine culpa) genel ilkesine göre kişinin suç teşkil eden fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir.¹ Yani “kusur” ile bireyler işledikleri suçlardan sorumlu tutulabilmektedir. Sorumluluk, fiillerinin sonuçlarına ve eylemleriyle ilgili olarak kendisine yöneltilen sorulara cevap verebilme gücü ve yetkisinin bulunmasıdır. Ceza kanunlarında da kusur ve sorumluluk birbiriyle örtüşür şekillerde kullanılmaktadır. Alman hukukunda kusur: “eigenverantwortlichkeit des Menschen” yani bireyin kişisel sorumluluğu olarak geçmektedir. Kişiler davranışlarından ötürü sorumludur. Sorumluluğun ön şartı ise özgür iradedir. Özgür iradenin yokluğu halinde sorumluluktan söz edilemez.² Kişinin belirli bir şeyi yapma gücüne sahip olduğundan dolayı sorumlu kabul edilmesi kişi açısından zorlukların doğmasına da sebep olur. Zira sorumlu kimse, davranışlarının sonuçlarına da katlanmak mecburiyetindedir. Kişi sorumlu ise sonucu da hak etmiştir. Böylece kişi her adımında hesap vermek zorundadır. Başka bir kişiyi, koşulları, kaderi ya da yazgıyı, mistik bir varlığı ya da Tanrıyı suçlayamaz.³

¹ ÖZGENÇ, İzzet, (2006), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayınevi, 245-246.

² MERAKLI, Serkan, (2017), Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, Seçkin Yayınevi, 52.

³ ADUGİT, Yavuz, (2013), “Özgürlüğün Kısa Tarihi”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, 63-93.

Sorumluluğun özgür irade ile ilişkisi ve sonuçları insanlığın ilk dönemlerinden itibaren anlatılmış ve tartışılmıştır. Örneğin, Antik Çağ'da Hesiodos'un anlattığı efsaneye göre Zeus, Prometheus'u cezalandırmak için ölümlülerin yani insanların elinden ateşi alır. Prometheus ise Zeus'u aldatmayı başararak Olympos'a çıkar ve bir kamışın içindeki ateşi dünyaya getirir ve ölümlülere verir. Buna çok kızan Zeus, Prometheus'u kollarından ve bacaklarından bir sütuna zincirle bağlar. Her gün bir kartal gelip Prometheus'un ciğerini yer, ardından gece Prometheus'un ciğeri tekrar oluşur. Sonsuza dek sürmesi beklenen bu ceza otuz yıl sonra Herakles'in gelip Prometheus'u kurtarması ile son bulur.⁴ Prometheus'un ölümlülere götürdüğü ateşin bilgi ve özgürlük olduğu düşünülmektedir. Zeus, insanların kendisine karşı özgür kalıp ayaklanmasından korktuğu için yeryüzünde ateşin olmasını istememektedir. Prometheus'un ateşi alması ile de sorumluluk meydana gelmiş ve bunun sonucunu her gün çekmiştir. Özgürlük bu bakımdan sorumluluğu doğurmaktadır. Sorumluluk özgürlüğün beraberinde gelen bir yükür.⁵

Platon da özgürlük ve sorumluluk ilişkisine benzer şekilde dikkat çekmiştir. Platon doğrudan özgürlük ve sorumluluk hakkındaki düşüncelerinden bahsetmemiştir ancak Devlet adlı eserinde bir mit anlatır. Buna göre bir asker savaşta ölür ancak cesedi on gün boyunca çürümez ve on ikinci gün yakılmak üzere iken hayata döner. Diğer tarafta olup bitenleri insanlara anlatmakla görevli olduğu söylenir. Askerin anlattığına göre ruhlar, öte dünyada gerekli yerlere götürülüp gerekli işlemlere tabi tutulduktan sonra zorunluluğun kızı bakire Lakheze der ki: "Bir günlük ömrü olan ruhlar, yeniden ölümlü bir döneme girecek. Yeniden doğumundan ölüm saklayan bir hayata döneceksiniz. Hayat periniz [daimon] sizi seçmeyecek, siz hayat perinizi seçeceksiniz. Sıra ilk kime çıkmışsa seçmeye o başlayacak ve seçtiği hayat zorunlulukla ona bağlanacaktır. Erdemin bir efendisi yoktur. Hanginin onu yüceltir ya da küçümserse ona göre erdem sahibi olur ya da olmazsınız. Herkes seçtiğinden kendisi sorumludur. Tanrı sorumlu tutulamaz."⁶

⁴ BELLER, Manfred, (1984). The Fire of Prometheus and the Theme of Progress in Goethe, Nietzsche, Kafka, and Canetti. *Colloquia Germanica*, 17(1-2), 1-13.

⁵ İNDİRKAŞ, Zühre, (2005), "Hesiodos'tan Goethe'ye Prometheus Mitologemi", *İstanbul Üniversitesi Tiyatro Eleştirmenliği ve Dramaturji Bölüm Dergisi*, 7, 107-120.

⁶ Platon, (2002), *Devlet*, Çev. DEMİRHAN, Hüseyin, İstanbul, Sosyal Yayınları, 617.

Dolayısıyla sorumluluk kişilerin seçimleriyle onlara zorunlu olarak bağlanır. Kişiler seçim yapma haklarına sahip olduğundan özgür iradeleri vardır. Özgür iradeleri ile yaptıkları seçimlerden Tanrı değil kendileri sorumludur. Kişi yaptığı her davranışta sorumluluğunun ağırlığını hisseder.⁷

İnsan olmak ağır bir yük altına girmek anlamına gelir. Ancak her insan yaşamın ağır bir yük olduğunu düşünmez. Sorumlu olmak için bilmek gereklidir. Yeterince bilgi sahibi olmayanlar insan olmanın ne kadar büyük sorumluluk gerektirdiğinin farkında değildir. Kur'an-ı Kerim'de de "Şüphesiz biz emaneti göklere, yere ve dağlara sunduk fakat onlar korktular ve onu almak istemediler. Ancak insan onu yükledi. İnsan gerçekten çok cahil ve zalimdir." ayeti geçer.⁸ Emanetten kastın; insan olmanın, kulluğun gerektirdiği sorumluluk olduğu söylenebilir. İnsanın cahil olduğu için bu yükü yüklediği ifade edilmektedir. İnsanın sorumluluğu sadece manevi eksenli değildir. İnsan, davranışlarında esas olarak diğer insanlara ve devlete karşı da sorumludur ve bu sorumluluğun maddi sonuçları vardır. Bundan dolayı modern dünyada sorumluluğun yerine getirilmemesi durumunda kişinin karşı karşıya kalacağı yaptırımlar ceza hukuku bağlamında düzenlenmiştir.

Ceza hukukuna göre kusurun iki şartı vardır: Algılama(anlama) yeteneği ve irade(isteme) yeteneği. Algılama yeteneği bilme ile ilgili olup kişinin yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve davranışının toplum düzenini korumayı amaçlayan hukuk kuralı ile çatışma halinde olup olmadığını anlamasıdır.⁹ Bu çatışmaya dair kaçınılmaz bir bilgisizlik durumunda kişi işlediği fiilden sorumlu tutulamayacaktır. Benzer şekilde, kişinin akıl hastalığı gibi bir rahatsızlığı sebebiyle fiilinin sonuçlarını idrak edemeyecek ve bilemeyecek durumda olması durumunda da kusurdan söz edilemez. İrade yeteneği ise kişinin fiili işlediği sırada hareketlerini serbest olarak tayin edebilmesi, yönlendirebilmesidir. Bilmek, irade yeteneği için de şarttır. Descartes'ın bu konudaki görüşü de bilmenin irade hürriyeti için önemli olduğunu göstermektedir:

"Bende mevcut olan yetiler karşısında, kendisinden daha geniş ve daha yaygın bir yeti fikrini tasavvur edemeyeceğim derecede büyük olan yegâne

⁷ ADUGİT, (2013), 63-93.

⁸ Kur'an'ı Kerim Meali, (2017), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ahzab Suresi, 33(72).

⁹ ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 12. BASKI, İstanbul, Adalet Yayınevi, 512.

meleke irade yahut cüzi irade hürriyeti olduğunu tecrübeyle biliyorum. Böylece başlıca bu melekemdir ki, bana Tanrı'nın imaj ve benzerliğini taşıdığımı bildiriyor. Zira her ne kadar irade, gerek onu daha sağlam ve daha tesirli kılan bilgi ve güçten ötürü, gerekse sonsuz olarak daha çok şeylere yönelen ve yayılan konusu dolayısıyla Tanrı'da bende olduğundan ölçülmez derecede daha büyük olsa da onu tam ve formel olarak gözden geçirdiğimde bana daha büyük görünmüyor.”¹⁰

Bu bakımdan bilgi olmadan irade yeteneği kullanılamayacaktır. Bilgisizlik halinde kişi özgür de değildir. Kusurluluk halinde ise fail; fiilinin hukuken meşru olmadığını, haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen tercihini fiili işlemekten yana kullanmış, iradesi ile haksızlık yönünde davranışlar sergilemiştir.¹¹ Bir kimsenin hukuka aykırı olarak gerçekleştirdiği eyleme ilişkin sorumlu tutulabilmesi için eylemi iradi olarak gerçekleştirmesi gereklidir.

İrade, önümüzde bulunan olanaklardan birini tercih etmektedir. Tercih, isteyerek yapılan bir şey gibi görünse de daha kapsamlıdır. İnsan tek bir seçenek karşısında tercihte bulunamaz ancak isteyerek ya da istemeyerek yapabilir. Seçenekler arasında tercih ettiğini ise istiyordur. Bunun yanı sıra tercih; arzu, tutku, iştah değildir çünkü akıl sahibi olmayanlar tercih yapamaz ama arzu ve tutku ile isteyebilir. Ayrıca insan, yapmaya gücü yetmediği şeyleri isteyebilir ama böyle şeyleri tercih etmez. Ancak ve ancak yapabileceğini düşündüğü şeyleri tercih eder. Dahası tercih araca ilişkin iken isteme amaca ilişkindir.¹²

Aristoteles için özgür irade, en genel hali ile insanın tercihte bulunma olanağına sahip olmasıdır. Ancak zorla ya da bilgisizlik yüzünden değil, bilerek ve isteyerek seçimde bulunmak ve isteyerek eylemde bulunmaktır. İsteyerek yapmak, eylemin kontrolünün failde olmasıdır. Fail, eylemi yapma ya da yapmama imkânına sahiptir. Böylece irade özgürlüğünün koşulları zorla ya da bilgisizlikten değil; isteyerek eylemde bulunabilme, yaptıklarını bilgisinin kontrolüyle yapabilme ve fiilini akıl ile değerlendirebilmedir.¹³

¹⁰ DESCARTES, Rene, (1962) *Metafizik Düşünceler*, Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 178 vd.

¹¹ ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 512-513.

¹² Aristoteles, (2014), *Nikhomakhos'a Etik*, Çev. ÖZCAN, Zeki, Ankara, Sentez Yayıncılık, 131.

¹³ ADUGİT, (2013), 63-93.

Aristoteles'in buraya dek dile getirilen görüşlerinden hareket edilirse özgürlük, insanın davranışlarını kendi gücü ve imkânları dâhilinde yapabilmesidir.¹⁴

Modern ceza hukuku, kişinin kusurlu olabilmesi için iradi olarak gerçekleştirilmiş fiilin varlığını aramaktadır. İradenin etkilenmesi, kısıtlanması, ortadan kalkması gibi durumlar kusurluluğun değerlendirilmesi açısından önemlidir. Ceza kanunlarında da söz konusu durumlara göre ceza düzenlemesi yapılmaktadır. Suç failinin kusuruna bakılarak cezada indirim yapılabilen veya tamamen ceza vermekten vazgeçilebilmektedir. Örneğin ceza kanunumuzun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" üst başlıklı 31. maddesinde yaş küçüklüğü düzenlenmiştir. Buna göre on iki yaşından küçüklerin kusur ehliyetinin yokluğu kesin karinedir. On iki ila on beş yaş aralığındakiler ise algılama yeteneklerinin varlığına göre indirimli olarak ceza alacak veya hiç almayacaktır. On beş yaşını doldurup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlar ise indirimli olarak ceza alacaktır. İradenin etkilenmesi sebebiyle cezada indirim yapılabilen hallerden biri de haksız tahriktir.

Haksız tahrik halinde kişinin işlediği suçtan sorumluluğu azalmaktadır. Özgür iradenin etkilenmesi hali ceza kanunları tarafından dikkate alınmaktadır. Haksız tahrikin felsefi arka planında irade özgürlüğü yatmaktadır. Ancak kişinin irade özgürlüğünün olup olmadığı konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bugünkü modern ceza hukuku da irade özgürlüğünün varlığı konusunda ortak bir noktada fikir birliğine varmış değildir. Bundan dolayı haksız tahrikin felsefi temellerini açıklamak için irade özgürlüğünün varlığı felsefi ve bilimsel görüşler doğrultusunda incelenip ceza hukukunun irade özgürlüğünü değerlendirishi ve haksız tahrike olan etkisinin ortaya konulması gereklidir.

1.1. İrade Özgürlüğüne İlişkin Görüşler

İnsanlar, özgürlüğün varlığını ya da yokluğunu hayatı boyunca tecrübe ederler. İnsanların hayatta yapmak istedikleri ve yapmak istemedikleri vardır. Örneğin seyahat etmek isteyip bunu gerçekleştirebildiğinde kişi kendini özgür hisseder ancak yapamadığında özgür olmadığı hissine kapılır. Seyahat etmek için harekete geçtiğinde seyahat etme özgürlüğü hakkında tecrübesi olur. Bu bakımdan özgürlük, duygulara ve isteklere ilişkin olup özgürlüğün

¹⁴ Aristoteles, (2014), 123-143.

herkes için geçerli ve kapsayıcı bir tanımı yapılamaz. Bir başka deyişle özgürlük yaşama halidir ve tanımlanamaz.¹⁵

Ayrıca dikkat çekilmesi gereken nokta, insanın hürriyetin esas olarak yokluğunun bilincinde olmasıdır. İnsan özgür olmamanın verdiği rahatsızlığın farkındadır. Hürriyetin yokluğunun göstergesi hürriyetin mevcudiyeti için delil teşkil eder. Konuşmanın yasak olması konuşma özgürlüğünün varlığını gerçekleştirmek istemeyi sağlar. Bugün konuşma özgürlüğünün olma sebebi konuşmanın geçmişte belli zamanlarda bir şekilde yasaklanmış olmasıdır. Benzer şekilde, konuşma engelli olmak da konuşma özgürlüğünün varlığını hissetmeyi sağlar. Bu durumda özgürlük; sürekli peşinde koşulan, arzu edilendir. Ancak özgürlüğün hissedilebileceği, tecrübe edileceği düşüncesinin bir yanılmasından ibaret olabileceği de iddia edilmiştir. Zira 19. yüzyılın başında bilimin gelişmesi ile başta Laplace olmak üzere birçok bilim insanı tarafından evrende mutlak bir determinizmin olduğu ileri sürülmüştür.¹⁶

19. yüzyılda her şeyin belirli bir sebep sonuç ilişkisi içinde gerçekleştiği ve yukarıdan bakılırsa önceden bilinmeyecek bir sonucun olmayacağı düşüncesi pek çok taraftar bulmuştur. Buna göre insan iradesinin de doğadaki katı determinizm karşısında etkisi olamaz. Bu kapsamda insan ne kadar çaba gösterirse gösterebilir, nedenler değişmedikçe işlediği fiilin sonucu değişmeyecektir. Doğadaki döngü içerisinde insan davranışları da yer almaktadır.¹⁷

Koyu bir determinist olan Spinoza da özgürlüğün olmadığını, sebep ve sonuçlar arasında bir zorunluluk olduğunu savunmaktadır: *“Kendi tabiatının zorunluluğu ile var olan ve hareket eden her şeye “hür” ve belli bir tarzda başka bir faktör tarafından, varlığı ve aksiyonu tayin edilmiş şeye de “zorlama” diyorum. Tanrı kendini hür olarak bilir, tıpkı her şeyi hür olarak bildiği gibi. Çünkü kendi tabiatının zorunluluğu O’nu her şeyi bilmeye iter. Görüyorsunuz ki hürriyeti hür bir karara değil, bir zorunluluğa yerleştiriyorum.”*¹⁸ Dolayısıyla Spinoza, gerçek özgürlüğe sahip olanı Tanrı

¹⁵ ÖNER, Necati, (2013), İnsan Hürriyeti, Divan Yayınları, Ankara, 16-17.

¹⁶ VAN STRIEN, Pieter J., (2014), “On the Origins and foundations of Laplacian Determinism”, Studies in History and Philosophy of Science, 45(1), 24-31.

¹⁷ MOORE, James G., (2016) “Criminal Responsibility and Causal Determinism” Washington University Jurisprudence Review, 9(43), 43-79.

¹⁸ SPINOZA, Benedict, (2006), Etika, Çev. ÜLKEN, Hilmi Ziya, Ankara, Dost Kitabevi, 40.

olarak görüp insan hürriyetini zorunlulukla birleştirmektedir.¹⁹ Benzer şekilde İslam Kelam anlayışı da insanın hareketlerini cansız varlıkların hareketlerinden farklı görmediğinden insanın özgür olmadığını ileri sürer. Mutlak ilim sahibi olduğundan Allah, insanın tüm davranışlarını bilmektedir. Dolayısıyla insan Allah'ın iradesi dışında hareket edemez ve özgür değildir.²⁰

Ceza hukukunda determinizmin geçerli kabul edilmesi halinde, özgür iradesi olmadığı için faile işlediği eylem isnat edilemeyecektir. Zira failin eylemi doğada var olan nedensel bir serinin halkasıdır ve failin davranışı gerçekleştirmekten kaçınma imkânı yoktur. Determinist görüşe göre işlenen suçların temelinde kişinin karakteri ve dış dünyadaki nedensel zincir vardır. Suç, kişinin karakteri ve dış dünyadaki olayların bir araya gelmesi sebebiyle ortaya çıkan bir üründür. Kişilerin olaylar karşısındaki tepkileri de karakterleri değişmediğinden her zaman aynıdır. Dolayısıyla fiili gerçekleştiren kişinin farklı şekilde davranması mümkün değildir. Kişi karakterine uygun davranacaktır. Bu durumda kusurdan ve sorumluluktan da bahsedilemez. Suçun gerçekleşmesinin nedeni kişinin karakteridir.²¹ Doğada ve sosyal hayatta var olduğu iddia edilen katı determinizm anlayışı, Heisenberg belirsizlik ilkesi ve Kuantum teorisiyle kırılmıştır.

Heisenberg, elektronların durumu ve hızlarıyla ilgili önceden aynı anda kesin olarak bilgi elde edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Bu durum tamamen objenin karakteri ile ilgilidir ve dolayısıyla mikrofizikte indeterminizm geçerlidir. Ancak olasılıklardan bahsetmek mümkündür. Örneğin bir dalganın dalga mı ışık mı şeklinde davranacağı belirsizdir. Maddenin her zaman aynı şekilde tepki vermeyeceği ispatlanmıştır. Kişiler de sosyal hayatlarında ve kararlarında bütün şartlar aynı olsa da aynı sonuçlara ulaşmayabilirler. Dolayısıyla fen bilimlerinde bile sebep sonuç arasında kesin bir bağın zorunlu olduğu tartışma konusu iken, sosyal dünyada sebep sonuç ilişkisinin temellendirilmesi çok daha zordur. Seçimler ile onların sebepleri arasındaki bağın zorunlu olduğuna ilişkin kanıt yoktur. Aksine, memnuniyet ve pişmanlık gibi duygular insanın seçimlerinin sonuçlarıyla arasında zorunlu bir bağın olmadığını telkin etmektedir.²²

¹⁹ ÖNER, (2013), 40.

²⁰ ÖNER, (2013), 49.

²¹ MOORE, (2016), 43-79.

²² ÖNER, (2013), 29-31.

İndeterminist görüşe göre insan iradesi hiçbir şarta bağlı değildir. Kişinin içinde bulunduğu şartlar zorunlu olarak kişinin eylemlerini belirlememektedir. İnsanın özgür iradesi vardır ve bu irade nedensel yasalarla kısıtlanmamaktadır. İslam'da da Kaderiye, insanın hareketlerinde tamamen özgür olduğunu kabul etmekte, Allah tarafından insan davranışlarına hiç müdahale edilmediğine inanmaktadır. Yine Tanrı inancı olmayanlar da insanın hürriyeti seçme özgürlüğüne sahip olmadığını ve hürriyete mahkûm edildiğini savunur. İnsan özgür olduğundan bütün yaptıklarından sorumludur, davranışlarının esas faili kendisidir. Sartre: *“Ben özümün ötesinde, fiillerimin saik ve amillerinin ötesinde var olmaya mahkûm edilmişimdir. Bu şunu ifade eder: Benim hürriyetimin kendisinden başka limitleri bulunmaz. Yahut bir başka deyişle: Biz hür olmayı durdurmada hür değiliz. Biz seçen bir hürriyetiz fakat hür olmayı seçmiyoruz. Hürriyete mahkûm edilmişizdir, atılmışızdır yahut Heidegger'in dediği gibi terkedilmişizdir.”*²³ Sartre'a göre insan her hareketinde özgür olup davranışlarının herhangi bir mihenk noktası yoktur. Dolayısıyla ona kendisi dışında kimse yol gösteremez.²⁴ Ancak burada bir çelişki yatmaktadır. Zira insan özgürlüğe mahkumdur ancak var olmak ve özgür olmayı seçmemektedir. Özgürlüğün kendisi, başlangıcı ve sonucu hakkında sınır koymaktadır.²⁵

İndeterminizmde insanın davranışlarını bireyin akıl ve iradesi belirler. İndeterminist görüş doğal hukukçu anlayışa da yaklaşmaktadır. Doğal hukuka göre insan, tabiatın emirlerine göre yaşadığında hürriyeti elde edebilir.²⁶ Tabiatın emirleri ise aklın emirleri olarak da insanın karşısına çıkar. Yani akla uygun olan tabiata uygun olmalıdır. Bunun yanında gerçekçi indeterminizme göre bireyin iradesinin oluştuğu süreç dış faktörlerden tamamen ayrı olarak ele alınamaz. Bireyin iradesi hem failin ruhsal halinin hem de dış dünyaya ait etkilerin faili etki etmesinin bir sonucu olarak meydana gelmektedir.²⁷ Failin yaşı, cinsiyeti, yaşadığı toplum, geldiği kültür, dini inancı gibi unsurlar kararları ve tercihleri üzerinde etkilidir. Yine de insanın diğer varlıklardan

²³ SARTRE, Jean-Paul, (2009), Varlık ve Hiçlik, Çev. ILGAZ, Turhan, İstanbul, İthaki Yayınları, 639.

²⁴ SARTRE, (2009), 639. ÖNER, (2013), 47.

²⁵ ÖNER, (2013), 48.

²⁶ SPINOZA, (2006), 67.

²⁷ MERAKLI, (2017), 92.

ayrılan özelliği bu noktada unutulmamalıdır. İnsan ne kadar çevresel faktörlerin etkisi altında kalsa da mevcut koşullara karşı koyabilmektedir.²⁸ Örneğin tahrik edilmesine karşı tepkisiz kalabilmektedir. Seçim yaparken insanın önünde sebepler olduğu bir gerçektir. Ancak sebepler seçimde sadece rol oynamaktadır, bunların zorlayıcı bir özelliği yoktur.

Sinirbilim araştırmacıları, davranışların yalnızca limbik sistem tarafından kontrol edildiğini ve yönlendirildiğini savunmaktadır. Bu ifadenin sonrasında ise kusur ilkesi temel alınarak inşa edilen ceza hukukunun varlığı sorgulanmaktadır. Ceza hukukuna göre sorumlu olabilmek için kusurlu olmak gereklidir. Ancak sinirbilimcilerin iddiasına göre faile yöneltilen kusur yargısını, onun işlediği eylem bakımından başka şekilde davranabilme ve karar verebilme imkânının bulunuyor olmasına dayandıran ceza hukukunun şu anki uygulamasından vazgeçmesi gerekir.²⁹ Ancak sinirbilimcilere göre bu, kusur olmadığı için faile herhangi bir yaptırım uygulanmasından vazgeçileceği anlamına gelmemektedir. Kanunun suç olarak gördüğü fiili gerçekleştiren kişi hastadır ve iyileştirilmesi gerekir. Bunun yanında toplumun failden korunması için de yaptırıma ihtiyaç duyulmaktadır.³⁰

Ceza hukukunda kusur kavramından söz edilemeyecek olmasının neticesinde sinirbilimciler; faile ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanmasını, faile uygulanan yaptırımda ceza ölçüsü yerine “muhafaza altına alma” ya da “koruma” ölçüsü gerektiğini söylemektedir. Cezalarda göz önüne alınan failin kusuru yerine hukuk kuralı ihlalinin ağırlığının yaptırıma hükmedilirken esas alınması gereklidir. Ancak muhafaza altına alma ve koruma ölçülerinin kapsamı belirsizdir. Hukuk kuralının ihlalinin ağırlığı da ceza hukuku kapsamında hesaplanabilir değildir. Daha ziyade suçla korunan hukuki değer ihlalinden ve ağırlığından söz etmek mümkündür. Sinirbilimciler kendi önerileri esas alındığında ceza hukuku anlamında çok fazla değişiklik olmayacağını, sadece yaklaşım ve bakış açısı bakımından farklılık oluşturacağını iddia etmektedirler.³¹

²⁸ MERAKLI, (2017), 93.

²⁹ DRESSER, Robert, (2008), “Neuroscience's uncertain threat to criminal law”, Hastings Center Report, 38(6),9-10.

³⁰ MEIXNER, John B., (2014), “Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues”, Current Neurology and Neuroscience Reports, Springer, 15:513.

³¹ MEIXNER, (2014), 513.

Sonuç olarak determinist yaklaşım, insan karakterinin doğuştan geldiğini ve değiştirilemez olduğunu temel almaktadır. Ancak ceza hukuku; kişinin işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu bulunmasını, onun karakteri değil somut olaydaki iradesinin ortaya çıkışında bir sebebin var olup olmadığını göz önünde tutmaktadır. Dolayısıyla failin kişilik özellikleri ve hayata bakışı ile ilgilenmemektedir. Somut olaydaki kararlılığı, isteği ya da isteksizliğini nazara alarak değerlendirme yapmaktadır. Bu açıdan determinist görüş ceza hukukunda kabul edilebilir görünmemektedir.³²

Yukarıda anlattığımız determinist, indeterminist ve sinirbilimci iddiaların tümü kesin olarak ispatlanmış değildir. Deneysel olarak irade özgürlüğünün varlığı sorunu devam etmektedir. Modern ceza hukuku ise bugün iddialar sonucunda deneysel olarak irade özgürlüğünün varlığının ispatlanabilirliğinin sorgulanmaması gerektiğini benimsemiştir. Ne bireyin iradesinin özgür olduğunu ne de olmadığını doğrulamak kesin olarak mümkün değildir. Dolayısıyla bugün özgür irade hakkında bilinmezci düşünceyle hareket edilmektedir. Özgürlüğe dair bir bilgi mümkün değildir ama bu, özgürlük hakkında söz söyleme hakkının olmadığı anlamına da gelmemektedir. Yine de pratik bir dünyanın varlığı özgürlük hakkındaki arayışı durdurmamaktadır. Bundan dolayı ceza hukukçularının bireyin iradesinin özgür olduğunu bir postüla olarak kabul ettiğini ve kusur yargısını bunun üzerine bina ettiğini söyleyebiliriz.³³

Günlük yaşam tecrübeleri karşısında bireyin irade özgürlüğünün yokluğunu iddia etmenin mümkün olmadığı, irade özgürlüğünün sosyal hayatta bir gerçeklik sergilediği ve bireyin özgürlüğünün ve sorumluluğunun kabul edilmediği durumda toplum yapısının anlamını yitirmiş olacağı düşüncesi irade özgürlüğünün genel kabul görmesini sağlamıştır. Birey kendisini sosyal yaşamında özgür olarak hissederken hukukun bireyin kendi algısını göz önünde tutması zorunludur.³⁴ Bu düşüncenin temelinde günümüzde başvurduğumuz modern ceza kanunlarının Aydınlanmanın ürünü olmasının etkisi vardır. Aydınlanma ve modern ceza kanunlarının gelişimini bu çerçevede ele almak gereklidir.

³² MERAKLI, (2017), 96.

³³ MERAKLI, (2017), 97.

³⁴ MERAKLI, (2017), 99.

1.2. Aydınlanma ve Ceza Hukuku

Aydınlanma genel olarak tarihte gerçekleşmiş belli ve özel bir harekete, tarihsel bir olaya işaret etmesi ile bilinmektedir.³⁵ Farklı kültürlerde ve zamanlarda farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiştir. Avrupa'da kent yapısının değişimi ve burjuvanın yönetimde etkili olması ile modernizmin devletleri etkisi altına aldığı döneme Aydınlanma denebilir. Batı'daki kültür, ekonomi, zihniyet ve yaşam biçimlerindeki köklü değişimler Aydınlanma ile gerçekleşmiştir. Aydınlanma ile insana verilen önem artmış; insanın akli ile kendi potansiyelini ortaya koyabileceği, özgürlüğünün önünde engel olmadığı savunulmuştur.³⁶ Akıl öne çıkartılmış ve özgürlük için temel kabul edilmiştir. Bu anlamda Aydınlanma, insanın düşünme ve değerlendirmelerinde din ve geleneklere bağlı kalmaktan kurtulup kendi akli ile hayatını aydınlatmaya çalışması olarak görülmüştür.³⁷

Ceza hukuku bakımından ele aldığımızda, çağımız modern devletlerinin Aydınlanma Çağı'nın felsefesini kanunlarına yansıtmış olduğunu görürüz.³⁸ Ceza hukuku bugünkü anlamda bilimsel niteliğe ulaşmıştır ve cezalandırmanın meşruiyeti üzerinde durulmaya başlanmıştır.³⁹ Ceza sorumluluğunun faile mi fiile mi dayanacağı, devletin hangi şekillerde cezalandırma yapacağı hukuka ilişkin olmakla birlikte siyasi tercihlerdir. Aydınlanma felsefesinin siyasi ilkeleri; bugünkü anlamıyla insanın bir değer olarak kabulünü, eşitliği ve özgürlüğü, egemenliğin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle paylaşılmasını, genel iradeyi temsil eden parlamento eliyle çıkartılan kanunlarla ülkenin yönetilmesini, kişi hak ve özgürlüklerinin kanunlarla sınırlandırılabilmesini, suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesini, idarenin kanuniliği ilkesini, kanunlar önünde eşitliği, devlet erklerinin yargısal denetimini ve böylelikle insanların hak ve özgürlüklerine müdahalelerin

³⁵ ARSLAN, Ahmet, 1992, "Aydınlanma", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 1(2), 0-0.

³⁶ GÖKULU, Gökhan, (2014), "Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi", The Journal of Academic Social Science, 5, 629-650.

³⁷ GÖKBERK, Macit, (1985), Felsefe Tarihi, İstanbul, Remzi Kitabevi, 325.

³⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, (2014), "Aydınlanma ve Ceza Hukuku" TBB Dergisi, 113, 57-93.

³⁹ TOROSLU, Nevzat, (2018), Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınları, 367-368.

önlenmesini amaçlayan “*hukuk devleti*” kavramının ortaya çıkışında büyük rol sahibidir.⁴⁰

Aydınlanma felsefesi, devletlerin kanunlarını düzenlemesine ilişkin siyasi tercihlerini etkilemiştir. Örneğin Toplumsal Sözleşme Teorisi insanların, özgür ve sözleşme yapan tarafın, devlet karşısında eşit durumda olduğundan bahsediyordu. Locke, her insanın doğuştan gelen bazı temel hakları olduğunu savunuyordu. İnsan, Aydınlanma ile doğal hukukun ona verdiği haklarla özgür, eşit ve başlı başına bir değer olarak kabul görmeye başlamıştı. Bundan dolayı günümüzdeki anayasalarda, insan hakları belgelerinde ve ceza kanunlarında bu düşünceye göre düzenlemeler yapılmıştır. Benzer şekilde kanunilik ilkesinin teorik temellerini ilk ortaya çıkartan kişi Montesquieu olmuştur. Montesquieu, bireyin özgürlüklerine devlet gücünü elinde tutanlar tarafından yapılacak kısıtlamaların ancak kanunla gerçekleştirilebileceğini ve kuvvetler ayrılığının keyfiligi önlemek için zorunlu olduğunu savunmuştur. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi de bu iki görüşün doğal sonucu olarak dolaylı yoldan Montesquieu’nun eserlerinde görülebilir.⁴¹ Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini net bir şekilde ifade eden ilk isim ise modern ceza hukuku biliminin kurucu babası olarak nitelendirilen Beccaria’dır. 1764 yılında Suçlar ve Cezalar adlı eserinde Beccaria, hâkimlerin keyfi cezalar veremeyeceğini söylemiş, hükümdarın ise suç ve cezaları keyfi olarak belirlemesine karşı çıkmıştır.⁴²

Aydınlanma döneminde aynı zamanda ceza hukukunda manevi unsurun maddi unsurla eşit öneme gelmesiyle birlikte objektif sorumluluktan subjektif sorumluluğa geçilmiştir. Manevi sorumluluğun öneminin artmasının diğer bir sonucu ise şahsi sorumluluğun düzenlenmesidir. Zira Fransız İhtilali’ne kadar cezaların şahsiliği ilkesi hukuk düzenlerince bütünüyle kabul edilmemekteydi.⁴³ Sonuç olarak, Aydınlanma ile manevi unsurun ön plana çıkması hem suç teorisinin yeniden şekillenmesine yol açmış hem de suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

⁴⁰ DOEHRING, Karl, (2002), Genel Devlet Kuramı, Çev. MUMCU, Ahmet, Ankara, İnkılap Yayınları, 101.

⁴¹ ALACAKAPTAN, Uğur, (1958), İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 4.

⁴² BECCARIA, Cesare, (2016), Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. SELÇUK, Sami, Ankara, İmge Kitabevi, 119.

⁴³ ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 10.

Orta Çağ'da failin iradesi; lanetlenmiş irade, kötü niyet gibi dini ve ahlaki kavramlarla tanımlanmıştır. Aydınlanma ile suçun manevi unsuru da maddi unsuru gibi önemli hale gelmiş ve suçun kurucu unsurlarından biri olmuştur. İradi şekilde hareket eden kişi suçun faili kabul edilmiştir. Aydınlanma'nın bilimsel yaklaşımı ile manevi unsur dini ve ahlaki yönden değil, salt akli yönden değerlendirilmeye başlamıştır. İrade, failin hareketini önceleyen son zihinsel eylem olarak görülmüş ve bu çerçevede irade özgürlüğü bir kişinin davranışlarında özgürlüğe, yani başka şekilde davranabilmeye ilişkin seçeneklere ve bunları seçme özgürlüğüne sahip olması olarak değerlendirilmiştir. Böylece kişinin fiilinin nedensel kaynağı kendi özgür iradesi olacaktır.⁴⁴ Bundan dolayı da suçun varlığında insan iradesinin sorumlu olup olmadığı belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Sorumluluğun esası da manevi sorumluluktan doğan kusur olarak ele alınmış bir insanın kusurlu sayılabilmesi için anlama yeteneğine ve irade yeteneğine sahip olması gerektiği savunulmuştur.⁴⁵ Böylece psikolojik anlayışın temelleri atılmıştır.

Modern ceza hukukuna psikolojik anlayış bakımından önemli katkılar sağlayan filozofların başında Feuerbach gelmektedir. Alman ceza hukuku başta Kant ve Hegel'den etkilenmekle birlikte modern ceza hukuku gerçek anlamda Anselm Feuerbach'ın çalışmalarına dayanmaktadır.⁴⁶ Feuerbach'ın da Kant'ın etkisi altında kaldığını belirtmek gerekir. Feuerbach öncelikle cezanın genel önleme amacı ile toplumsal yararın gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Feuerbach tarafından tasarısı hazırlanan 1813 Bavyera Ceza Kanunu ilk modern Alman ceza kanunu olarak kabul edilmiştir. Feuerbach modern Alman ceza hukukunun kurucusu olarak değerlendirilmektedir. Roma hukukunda bulunmayan, Latince "*Nullum Crimen, nulla poena sine lege*" (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ifadesini kullanan ilk kişi de Feuerbach'dır.⁴⁷

⁴⁴ WILSON, Elizabeth, (2013), "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture", New England Journal on Criminal&Civil Connement, 39(1), 41.

⁴⁵ AYDIN, Devrim, (2011), "Ceza Hukukunda Okullar", Ceza Hukuku Dergisi, 15, 48-49

⁴⁶ DUBBER, Marcus, (2005), "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", German Law Journal, 6(7), 1063 vd.

⁴⁷ EŞİTLİ, Ezgi Aygün, (2013), "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi, 104, 204-210.

Feuerbach, psikolojik zorlama teorisinde cezalandırma tehdidinin insan psikolojisindeki etkisinin kanunlara ve hukuki değerlere saygı duyulmasını sağladığı; ancak failin kişiliği, saik, suç işleyiş şekli, suç sonrası durumu gibi failin psikolojik durumunu ortaya koyan hallerin ceza verilmesi sırasında göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemiştir. Böylece tahrik halinde failin suç işlemek için önüne gelen psikolojik engeller ortadan kalkacağından failin cezasının hafifletilmesi gereklidir. Feuerbach'ın görüşleri ceza kanunlarında "tahrik halinde adam öldürme hali" şeklinde düzenleme yapılmasını sağlamıştır. Feuerbach, Kant ve Hegel gibi Alman filozoflar sadece Alman ceza kanunlarını değil, günümüzde pek çok devletin modern ceza kanunlarını etkilemiştir. Alman filozofları özellikle kusur, özgür irade konularında etkili olmakla birlikte bunun en büyük payı Immanuel Kant'a aittir. Alman idealizmini oluşturan en büyük filozof Kant'tır. Ceza hukuku açısından Aydınlanma'nın Kant ile en yüksek noktasına ulaştığını söylemek yerinde olacaktır.⁴⁸

1.2.1. Kant'a Göre Özgür İrade

Immanuel Kant'ın idealist felsefesi ceza hukukunda ölçülülük ilkesi, ihmalî suçlar, hukuka aykırılık, kusurluluğu azaltan haller gibi kavram ve kuramlar üzerinde doğrudan etki doğurmuştur. Kıta Avrupa'sı ülkelerinin ceza kanunları, Kant'ın savunduğu düşüncelere dayanan Alman idealizminin bilgi felsefesinin ve Aydınlanma'nın siyaset felsefesinin eseridir.⁴⁹ Ayrıca Kant'ın idealist felsefesinde Descartes ve Hume'un etkilerini görmek kaçınılmazdır.⁵⁰

Kant, klasik suç genel teorisinde suçun unsurlarına "hukuka aykırılık" eklemiştir. Suç; hukuka aykırı, kusurlu bir hareket olarak üç unsurla tanımlanmıştır. Bu konuda iki denizcinin birbirini itmesi hakkında verdiği örnek ve ahlaka ilişkin yaptığı açıklamalar oldukça önemlidir. Kant'ın eserinde yer alan tartışma gemi kazası geçirmiş birinin kurtulmak için birlikte aynı tahtaya tutunan, hayatı eşit derecede tehlikede olan başka birini tahtadan itmesi durumu ile ilgilidir. Kant, herhangi bir ceza kanununun denizcinin itmesi sebebi ile denizciye idam cezası vermeyeceğini savunmaktadır. Bu durumda kanunun ceza tehdidi bu kişi için denizde

⁴⁸ HASSAMER, John, (1990), "German Legal Philosophy and The Criminal Law", Tel Aviv University Studies in Law, 187-194.

⁴⁹ HASSAMER, (1990), 187 vd.

⁵⁰ KÜÇÜKTAŞDEMİR, (2014), 57-93.

ölmekten daha büyük değildir. Bir ceza kanunu, birini öldürerek kendi hayatını kurtarmaya çalışanı etkilemez. Çünkü mahkemenin ölüm tehdidi kesin değildir ve gerçekleşmeyebilir. Ancak kişi diğer denizciyi iterek kendi hayatını kurtarmazsa denizde kesin boğularak ölecektir. Dolayısı ile bir kişinin kendi hayatını şiddet uygulayarak kurtarması halinde o kişi suçsuz olarak değerlendirilemez ama aynı zamanda cezalandırılmaz. Hukukçu bu şekilde bir kişisel nedenle cezadan muaf olma halini objektif olarak cezadan muafiyetten ayırt etmelidir. Zorunluluk kanun tanımayacaktır. Hiçbir zorunluluk da bir ihlali hukuka uygun hale getiremeyecektir.⁵¹

Hukuka aykırılığın kabulü öncesinde Alman klasik ceza hukuku yalnızca zorunluluk hallerini mazeret nedenleri olarak kabul etmekteydi. Kant'ın ahlak teorisinin etkisi ile zorunluluk hali ikiye ayrılmış ve hukuka aykırılık ile mazeret nedenleri arasında ayrıma gidilmiştir.⁵² Aydınlanma döneminde kanunilik ilkesinin gereği olarak bir haktan doğan ve objektif nitelikte olan hukuka uygunluk nedenleri ile fiilin sübjektif unsuruna vurgu yapan kusurluluğu kaldıran nedenler arasında ayırım yapılmıştır. Bu durum hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak ele almayı doğurmuştur.

Kant, mutlak adalet teorisini bütün savunmalarında temel almıştır. Buna göre kişiler her zaman her koşulda kategorik buyruğa uygun hareket etmelidir. "Öyle eyle ki, senin istemenin maksimi, her zaman genel bir yasamanın ilkesi olarak da geçerli olabilsin" ifadesi, Kant'ın ödev diye de adlandırdığı kategorik buyruğudur.⁵³ Başka bir ifadeyle "Gerek kendi şahsında gerek diğer insanların her birinin şahsında tecelli eden insanlığın şerefine her zaman hürmet edecek ve şahıslardan (insan şahsiyetinden) asla sırf vasıta olarak değil, bilakis daima aynı zamanda gaye olarak istifade edecek tarzda hareket et."⁵⁴ Kategorik buyruğa uygun yaşama ödevi ise irade özgürlüğü tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.

⁵¹ KANT, (2015), Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. KUÇURADİ, İonna, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 28.

⁵² FLETCHER, GEORGE P., (2007), Grammar of Criminal Law, U.K., Oxford University Press, 49.

⁵³ KUÇURADİ, İonna, (2003), İnsan ve Değerleri. Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 14.

⁵⁴ ÇAĞIL, Orhan Münir, (1984), "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 50(1-4), 69-115.

Kant' a göre fenomenal alan, bilinebilen ve nedensellik ilişkisine bağlı bir alandır.⁵⁵ Doğadaki neden-sonuç ilişkisi burada geçerlidir. Sonuçların determinizm çerçevesinde nedenlere bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur. Doğada zorunlu determinizm anlayışı geçerli olduğu için isteklere ve iradeye bağlı olarak değişiklik olmaz. Bundan dolayı fenomenal alanda irade özgürlüğünden bahsedilemez. Her şey doğa kanunları altında gerçekleşir. Örneğin yağmurun yağıp yağmaması konusunda insanın isteklerinin bir önemi yoktur. Yine insanın bedeninin işleyişi doğa kanunlarına tabidir. Yaşlanmasını engellemesi isteklerine göre mümkün değildir ve iradesi ile buna bir etkide bulunamaz. Diğer taraftan insan, bedeninden ibaret değildir. Pratik yaşamında insanın bundan daha fazlası olduğu görülebilir. İnsanın istekleri, arzuları, pişmanlıkları, memnuniyetleri vardır. İnsan, arzularına ulaşmak için aklını kullanarak eylemde bulunur. Öyle ise insanın istemesi irade özgürlüğünü hesaba katmayı zorunlu kılar. İnsanın pişmanlıkları, başka şekilde de davranabileceğini düşünmesi insanın tamamen doğa nedenselliği içinde yer almadığını gösterir. İnsanın doğa nedenselliği dışında hareket etmesi ise eylemlerinin nedensiz olduğu anlamına gelmez.⁵⁶

Kant'ın kategorik buyruğundan yola çıkarak insan eylemlerinin nedeni ahlak yasası olmalıdır diyebiliriz. Ahlak yasasına uygun yaşama bir özerklik ifadesidir ve özgürlüğü varsayım olarak kabul etmeyi gerektirir. İnsan akıl sahibidir ve kategorik buyruğa uygun yaşaması için irade özgürlüğünün varlığı deneyden bağımsız (apriori) olarak vardır. Özgürlük, ahlak yasasının varlık nedenidir. Ahlak yasası ise özgürlüğün sonucudur. Kant'ın ahlak yasası var olduğuna göre özgürlük de vardır.⁵⁷ Sonunda da ahlak yasası irade özgürlüğüne indirgenir. Özgürlük ile insan doğa kanunlarına bağlı hareket eden bir nesne olmaktan kurtularak anlam sahibi olur. İrade özgürlüğünün olması ile insan sadece fenomenal değil noumenal alanın da bir üyesi olur. Bir başka anlatımla akıl sahibi varlık olan insan, irade özgürlüğü ile

⁵⁵ ÖKTEM, Ümit, (2007), "Kant Ahlakı", Ankara Üniversitesi Dil, Tarih, coğrafya ve Felsefe Bölümü Dergisi, 18(0), 11-22.

⁵⁶ ÜREK, Ogün, (2007), "Kant'ta Etik Değerler Olarak Özgürlük ve Saygı", U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8, 189-197.

⁵⁷ ÜREK, (2007), 189-197.

nedensellik dünyasında bir neden meydana getirir. İstemesi ile kendi nedenlerini oluşturur.⁵⁸

İnsan, davranışlarının aynı zamanda fenomenal alanda sonuçlar doğurduğunun da farkındadır. İrade özgürlüğü ile eylemlerini bilinçli olarak gerçekleştirir. Davranışları ve arzuları bundan dolayı tam olarak doğa yasalarına da uygun olabilmektedir. Ayrıca söylemek gerekir ki insanın istemesi ve irade özgürlüğü onu doğal zorunluluk yasasının dışına çıkarmaya yetmemektedir. İnsan yine zorunlu sonuçlara engel olamamaktadır. Eğer böyle bir imkânı olsa idi insanın fenomenal alandaki varoluşu da olamazdı. Bu durum insanın irade özgürlüğünü gerçekleştirdiği alanın sınırlı olduğu ve insanın doğa yasalarını bozmadan tasarrufta bulanabileceği anlamına gelmektedir. Ancak sadece insan, irade özgürlüğü sayesinde fenomenal dünyada yer almasına rağmen seçim yapabilmektedir. İnsan kategorik buyruğa uygun yaşayabilir. İradesini kategorik buyruğa uygun kullandığında iyiyi seçmiş olur. İyiyi seçmesi etik olarak doğru olandır.⁵⁹ Ahlak yasasına uygun yaşaması onu değerli yapar, diğer varlıklardan üstün kılar. Pratik akıl sahibi insanın üstünlüğünün kaynağı kısacası irade özgürlüğüdür. Böylece insan, doğa yasalarına karşı da bir üstünlük kazanır.⁶⁰

Kant'a göre insanın özgürlüğü hiçbir kanuna bağlı olmayan başıboş bir özgürlük değildir. Bu nedenle insan canının her istediğini yapamaz. İnsan, aklın emirlerine ve kanunlarına uymakla yükümlüdür. Yasa, insana yapmalısın der ancak bir zorlamada bulunmaz. Kişi kararlarının sorumluluğunu kendisi taşır. Söz konusu kategorik buyruk ihlal edildiğinde ise insanın pratik aklı bunun bir cezayı gerektirdiğini hatırlatıp, ceza ile kategorik buyruğa uymadığından doğan kefareti ödemesini söyleyecektir.⁶¹

⁵⁸ AĞCA, Fatma Nur, (2014), Kant'ın Ontolojik Argümanı Eleştirisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fen ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 40-45.

⁵⁹ MANNHEIM, Hermann, (1965). Comparative Criminology, Mif in Company, Great Britain, 43.

⁶⁰ ÇEVİK, Ayşe, (2012), Sartre ve Kant'ta Özgürlük ve Etik, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 25-33.

⁶¹ ÖKTEM, (2007), 11-22.

Kişinin kategorik buyruğa aykırı davrandığında cezalandırılması mutlak bir zorunluluktur.⁶² Mutlak adalet teorisini savunan Kant'a göre cezalandırma kanununun mutlak emri olmalıdır. Cezanın kendisi bir amaç olduğundan dolayı cezada başka bir fayda aranmamalıdır. Her türlü faydacı görüşten uzak olunmalıdır. Cezanın gerçekleşmesi ile de mutlak adalet yerini bulacaktır.⁶³

Sonuç olarak ceza kanunları olanı değil olması gerekeni ifade eder. Ahlak ve siyaset bağlamında ceza kanunları bir değer hükmündedir. Bu bakımdan ceza hukuku bir toplumsal gerçeklik üzerine oturan değerler bütünü olarak görülebilir. Ceza kanunlarının siyasete bakan kısmını suç siyaseti oluşturur. Suç siyaseti, ceza kanunlarının uygulanmasını, suça ilişkin toplumsal tepkinin belirlenmesini kapsayan bilimsel bir disiplindir. Bunun yanında suçun ahlaka ilişkin kısmında Kant'ın ahlak felsefesinin etkisi açıktır. Aydınlanma, Batı'da suç siyasetinin belirlenmesinde etkili olmuştur. Kant'ın ahlak felsefesi ise siyasetin etik çerçevesini çizmekte ve aynı zamanda ceza adaletinin sağlanması için yol göstermektedir. Kant'ın ahlak felsefesinin, bu etik/siyasi değerlendirmenin ahlaki kısmı ve dolayısıyla ceza adaleti açısından en önemli unsurları; beraberinde getirdiği "insan onuru", "insan hayatının değeri" ve "irade özgürlüğü" kavramlarıdır.⁶⁴

Cezalandırma konusunda Kant'ı takip eden ve düşüncelerinin kökeni Aydınlanmaya dayanan Hegel de⁶⁵ insanın irade özgürlüğü ve bunun doğal sonucu olan eylemlerinden sorumluluk yönündeki düşünceleriyle ceza hukukuna önemli katkı sağlamıştır.⁶⁶ Bununla birlikte Hegel, Hobbes'un doğa durumuna uygun şekilde insanın doğal halinde dizginlenmemiş içgüdülerinin olduğunu ve şiddete meyilli olduğunu düşünür. Devletin insanların şiddete ilişkin eylemlerini kısıtlaması onları dizginlemesi gereklidir. Buna bağlı olarak

⁶² DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 58-59.

⁶³ ÜZÜLMEZ, İlhan, (2001), "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-4), 259-294.

⁶⁴ FLETCHER, (2007), 198 vd.

⁶⁵ DEMİRBAŞ, Timur, (2017), İnfaz Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 123.

⁶⁶ HEGEL, Georg Wilhelm F., (1995), Tarihte Akıl, İstanbul, Çev. SÖZER, Önay, Kabalıcı Yayınevi, 107.

özgürlük, insanın sahip olduğu dolaysız bir hak değildir ve kazanılması gereklidir.⁶⁷

Sonuç olarak, ahlak ve hukuk ilişkisinde ayrıma giderek irade özgürlüğünü varsayan ceza hukuku felsefesinin etkileri günümüze kadar sürmüştür. Bunda en büyük faydayı Kant sağlamıştır. Kant, ahlak ve hukuku ayrı değerlendirmiştir. Kant, kategorik buyruk ve ödev ahlakı ile insanın değerini ortaya koymuştur. Ceza hukukunda kusurluluk, hukuka aykırılık gibi kavramların gelişmesinde öncü olmuştur.⁶⁸ Bu bağlamda haksız tahrik de insanın özgür iradesini etkileyen bir durum olarak kusurlulukla bağlantılıdır. Haksız tahrikin cezada indirim sebebi olarak ele alınmasında ve kusurluğunun değerlendirilmesinde Kant, Feurbach gibi Alman filozoflarının felsefi görüşleri oldukça önemli rol oynamıştır.

2. Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik

Modern ceza hukuku sistemlerinde devlet; insan özelliklerini, davranış biçimlerini, bireyin toplumla olan ilişkilerini ve kişinin çizdiği suçlu psikolojisini, suçu işleyenin objektif ve sübjektif nedenlerini dikkate almaktadır. İnsanın dış dünyaya yansıyan davranışlarını değerlendiren ceza hukuku; kişinin davranışlarında iç dünyasının, o anki ruh halinin ve genel psikolojik özelliklerinin önemi bulunduğunu kabul etmektedir ve bu psikolojik durumlara, insan doğasına belli bir hukukî değer vermektedir. Modern ceza hukuku sadece işlenen suçu değil, suçun işlenmesine etki eden nedenleri, failin kişiliğini ve fiilin işleniş biçimini de göz önünde tutarak cezalandırma yoluna gitmektedir.⁶⁹ Türk Ceza Kanunu'nda da benzer şekilde failin suçu işlerken içinde bulunduğu ruh hali, fiili işlemedeki niyeti, kişiliği gibi durumlar dikkate alınarak kodifikasyon yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrik düzenlemesi bu bakımdan oldukça önemlidir.

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

• *Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır*

⁶⁷ HEGEL, (1995), 116.

⁶⁸ ÖKTEM, Niyazi, TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, (2003), Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, 167.

⁶⁹ AYDIN, Devrim, (2005), "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", AÜHFD, 54(1), 225-254.

hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.

- Tahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

- Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.⁷⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında haksız tahriki, şu şekilde tanımlamıştır: “Tahrik, ceza hukuku bakımından bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerine yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke ve elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karşılığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir.”⁷¹

Haksız tahrik, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 29. maddesinde esas olarak ve 129. maddede hakaret suçuna ilişkin özel bir hükümlerle düzenlenmiş ceza sorumluluğunu azaltan bir nedendir. Buna göre: “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”⁷² Ayrıca hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde ceza verilmeyecek, haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde veya hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde, olayın mahiyetine göre cezada indirim yapılacak veya ceza vermekten vazgeçilebilecektir.⁷³

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

⁷¹ YCGK. 19.11.1990, 1-254/277, (ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, (2012). Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Adalet Yayınevi, 673).

⁷² Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 12/10/2004, Sayı: 25611, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 43, m.29.

⁷³ GÜNAY, Erhan, (2009), Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 11-15.

Tüm suçları kapsayıcı olarak düzenlenen 29. maddenin gerekçesinde öncelikle hiddet ve şiddetli elem üzerinde durulmuştur. Şiddetli elemin, insanı aslında pasif bir hâle sokması daha muhtemel olsa da burada bahsedilen, öfkeye yönelen bir üzüntü halidir. Maddede sadece hiddetin yer alması yeterli olmasına rağmen uygulama kolaylığı açısından şiddetli elem de eklenmesi uygun görülmüştür. Öte yandan, failin hiddet ve şiddetli elem etkisi altında olması yetmemekte, bu etkiye yol açan bir haksız fiil de aranmaktadır. Bunun da özellikle töre ve kan gütme saikiyle öldürme suçlarında haksız tahrik kurumunun yanlış uygulanmasının önüne geçmek amacıyla metne dahil edildiği belirtilmiştir. Haksız fiil, hukuk düzenince tasvip edilmeyen davranış anlamına gelir ve bu fiili gerçekleştiren kişilere karşı işlenen suçlarda haksız tahrik indirim söz konusu olur. Bir suçun mağduru olmak haksız fiil değildir. Dolayısıyla suç mağduruna karşı işlenen suçlarda haksız tahrik indirim uygulanamaz. Bu durum ülkemizde çoğunlukla tecavüze maruz kalmış kadınların utanç unsuru olarak görülüp aile fertlerinden biri tarafından öldürülmesi şeklinde ortaya çıkar. Son olarak, yeni kanunda 765 sayılı TCK'daki hafif-ağır tahrik ayırımına yer verilmemiştir. Bunun yerine alt ve üst sınırlar belirlenip hâkime olayın özelliklerine göre indirim miktarını belirleme yetkisi tanınmıştır. Bununla beraber değerlendirmeye esas haksız fiilin failde hiddet ve şiddetli elem doğurmaya yetecek ağırlıkta olması aranmaktadır.⁷⁴

İnsan psikolojisinde hiddet ve şiddetli bir elem etkisiyle meydana gelen “buhran hali” sonucunda oluşan haksız tahrik kurumu, kışkırtmadan dolayı cezada indirim yapılmasını sağlamaktadır.⁷⁵ Tahrik kelimesi Arapça kökenli bir sözcük olup genel manada hareket ettirme, kımıldatma, yola çıkartma, harekete geçirme, etki yapma, kışkırtma, oynatma, bir kimseyi kötü iş yapması için ileri sürme gibi anlamlara karşılık olarak kullanılmaktadır.⁷⁶ Tahrik, kişinin iradesinin uyandırılması ya da belirli bir yöne hareket ettirilmesi ile gerçekleşebilir. Aslında kişi bu durumda suç işlemeye yönelik bir tutumu olmamasına rağmen olumsuz bir baskıyla elinde olmadan

⁷⁴ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 434, (Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2012). Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 164).

⁷⁵ EKERBİÇER, Dilaver, (2015), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. Ankara, Adalet Yayınevi, 5.

⁷⁶ DEVELİOĞLU, Ferit, (2007), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, Aydın Kitabevi, 1021.

iradesinin etkilenmesi sebebiyle suç işlemeye yönelmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki tahrik; bir kişiye yönelik olan, dış dünyadan kaynaklanan ve kişinin iç dünyasında psikolojik etkilere yol açan bir fiildir. Kişinin dış dünyasının etkisi olmaksızın kendi iç dünyasından gelen ve psikolojisinde değişimler yapan etkiler ceza hukuku anlamında tahrik olarak kabul görmemektedir.⁷⁷

Haksız tahrik hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu etkileyen bir durumdur. Bu nedenle, haksız tahrik altında işlenen hareketin hukuka aykırılık hali devam eder ve haksız tahrik failin hareketini hukuka uygun hale getirmez. Sadece failin kınanabilirliğini azaltan bir durum gerçekleşmektedir⁷⁸. Haksız tahrik kusuru tamamen ortadan kaldırmamaktadır.⁷⁹ Bundan dolayı cezada yalnızca indirim yapılmasını öngörür. Hiddetin etkisindeki kişinin kendisini suç işlemekten alıkoyma iradesini büsbütün kaybedebileceği kanunen kabul edilmemiştir.⁸⁰

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere ceza kanunu failin öfke, ruhsal çöküntü gibi psişik durumlarının suç işlemekte önemli bir neden olduğu gerçeğinden hareketle, onun bu psikolojik durumlarına belli bir hukuksal değer atfederek failin bu sıra dışı ruh halini “kusurluluğu etkileyen haller” arasında görmüştür. Kendisine yöneltilen haksız hareketler sonucunda sakinliğini koruması gerekirken bunu yapamayarak duygusal çöküntüye düşen, duyduğu öfke veya üzüntü nedeniyle suç işleyen failin bu etkilenmesine hukukî bir değer tanımak çağdaş ceza adaletinin gereğidir.⁸¹ Ancak tüm öfke ve üzüntü halleri Türk Ceza Kanunu tarafından cezada indirim için esas alınmamaktadır. Haksız tahrikin meydana gelebilmesi için haksız fiile maruz kalan failin hiddet veya şiddetli elemin etkisinde haksız fiili işleyene karşı suç işlemesi gerekir. Aşağıda haksız tahriki mağdur ve fail yönüyle inceleyeceğiz. Burada mağdur ilk haksız fiili gerçekleştirip suça maruz kalan, fail ise haksız fiilden etkilenip suç işleyen anlamındadır.

⁷⁷ EKERBİÇER, (2015), 4-6.

⁷⁸ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, (2017). Türk Ceza Hukukuna Giriş. 10. Baskı, İstanbul, 436-443.

⁷⁹ DEMREN DÖNMEZ, Burcu, (2013), “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1), 267-294.

⁸⁰ EKERBİÇER, (2015), 12.

⁸¹ AYDIN, (2005), 225-254.

2.1. Mağdur Yönüyle Haksız Tahrik

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

Son zamanlarda medyada da sıkça yer aldığı üzere cinsel taciz ve cinsel saldırı suçlarının arttığını görmekteyiz. Bazı yargılamalarda savunma tarafının talep ettiği haksız tahrik indirimi toplumda hararetli tartışmalara yol açmaktadır. "Ne gibi bir hareket tacizci veya tecavüzcüyü tahrik etmiş olabilir?" "Dekolte giyinmek hukukî anlamda tahrik sayılır mı?" gibi sorular farklı kesimler tarafından uzun süre tartışılmış ve tartışılmaya da devam etmektedir. Benzer şekilde bir spor kulübünün formasını giydiği için kişinin başka kulüp taraftarları tarafından darp edilmesi durumunda yine ceza hukuku bağlamında bir tahrikin olup olmadığı tartışması da güncel meselelere bir başka örnek teşkil etmektedir.

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

2.1.1. Haksız Fiil

Common Law ya da diğer adıyla Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde haksız fiil kavramı pratik olarak ele alınmıştır. Buna göre haksız fiiller, deyimi yerindeyse matbu olarak sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Savcılık makamı ya da haksız fiile maruz kalan kişi dava açmak istediğinde, öncelikle hareketin listede belirlenen fiillerden, örneğin kişiliğe tecavüz, mala tecavüz vs. olup olmadığına bakılacaktır. Bunların takdiri de yorum gerektirmekte ise de bir içtihatlar hukuku olan Common Law sisteminde bunların tespiti önemli ölçüde yerleşmiştir. Ülkemizin de dâhil olduğu Roma Hukuku temelli Kıta veya Kara Avrupa'sı Hukuk Sistemi'nde ise birtakım kriterler belirlenmiştir.

Bununla ilgili temel kıtas, fiilin bir hakkı veya hukukun koruduğu bir menfaati ihlal etmesidir.⁸²

Haksız fiil kavramı bir hukuk sistemi içerisinde de yeknesak değildir. Çakıştığı noktalar olsa da örneğin medeni hukuk ve ceza hukukunda farklı anlamda değerlendirilebilmektedir. Suç, unsurları itibarıyla haksız fiili kapsadığından ceza hukuku anlamında her suç haksız fiil teşkil eder diyebiliriz. Bunun tersi için ise bir genelleme söz konusu değildir. Yani haksız fiil ancak tipiklik, hukuka aykırılık, maddi ve manevi unsurları haiz ise suç teşkil eder.⁸³ Bununla beraber suç sayılan her fiil medeni hukukta haksız fiil sayılmayabilir. Çünkü medeni hukukta zarar ve tazmin esası vardır ve her suç tazmin edilecek bir zarar doğurmayabilir.⁸⁴ Aynı şekilde medeni hukukun haksız saydığı bir fiil, yukarıda sayılan unsurları içermediği müddetçe suç sayılmayacaktır.⁸⁵

Hukuka aykırı olan her hareket haksız fiildir.⁸⁶ Bu sebeple fiil suç sayılmasa veya borçlar hukukunun haksız fiil kriterlerine uymasa dahi ceza hukuku anlamında haksız fiil olabilir. Tazminat hukukunda fiilin haksız sayılması için genel olarak icrai veya ihmali bir hareketin hukuka aykırılık-kusur-zarar-nedensellik bağı unsurlarını taşıması gerekir.⁸⁷ Ceza hukukunda ise fiilin hukuk düzenince tasvip edilmemesi, toplumun genel davranış kurallarına aykırı olması haksız olarak değerlendirilmesi için yeterlidir. Bunun takdirinin hâkime bırakılması ise yukarıda değinildiği üzere haksız fiilin felsefi-sosyolojik yönünü ön plana çıkarmaktadır.⁸⁸

Hâkim, tahrik teşkil eden fiilin haksız olup olmadığına toplumun sosyal değerleri, genel ahlak, kamu menfaati gibi sosyal olguları göz önünde bulundurarak karar verecektir. Haksız tahrik kurumu her ne kadar failin

⁸² ÖZDEN MERHACI, Selin, (2012), "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", Ankara Barosu Dergisi, 4, 180-183.

⁸³ ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 198-200.

⁸⁴ Askeri bölgelere izinsiz girme gibi.

⁸⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M., (1951), "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHFD, 29(3), 185-187.

⁸⁶ Yarg. 1. CD. 9.7.1981, 3551/3407, (SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, (1999), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 1005).

⁸⁷ GÖKCAN, Hasan Tahsin, (2010), Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 32-49.

⁸⁸ ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 548.

iradesinin zaafa uğraması sebebiyle bir indirim sebebi olarak ihdas edilmişse de felsefesinde mağdurun haksızlık teşkil eden davranışının denkleştirilmesi de yatmaktadır.⁸⁹ Bu nedenle karar verilirken mağdurun fiilinin bir karşılığı hak edip etmediği de değerlendirilmelidir. Burada hemen belirtmek gerekir ki konumuz kapsamındaki haksız fiilin faile karşı işlenmesi şart değildir. Bir hakka yönelen, bir normu veya ahlak kuralını ihlal eden, hukukun cevaz vermediği icrai veya ihmali davranış; failin yakınlarına, tanımadığı birilerine, malına, hayvan veya cansız bir varlığa yönelik de olabilir. Yeter ki faili suç işlemeye sevk eden haksız bir hareket olsun.⁹⁰

Yargıtay kararlarına baktığımızda haksız fiilin toplumun dinamiklerine bağlı değişken bir kavram olduğunu görmekteyiz. Eşe karşı kasten öldürme ile ilgili bir kararında Yargıtay ceza dairesi, kadının eşiyle cinsel birleşmeden imtina etmesini haksız bir fiil olarak görmemiştir.⁹¹ Öğrenciye tokat atan müdür yardımcısı ile ilgili bir başka kararda ise; müdür yardımcısı sınıftan çıkarken öğrencinin arkadan gülmesinin disiplinsiz bir davranış olduğu, dolayısıyla tahrike konu haksız bir fiil olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹²

Şüphesiz ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler bu tür kararlar verirken toplumun beklentilerine, kamuoyundaki tartışmalara kayıtsız kalamamaktadır. Yukarıdaki kararlar yakın zamana aittir. Ataerkil toplum yapısına sahip ülkemizde erkek hâkimiyeti gün geçtikçe tartışılmakta ve zayıflamaktadır. Feminist hareketler, kadın hakları ile ilgili faaliyetler, batıdaki gelişmelere ayak uydurma çabası, iletişim ağlarının gelişmesi gibi olgular kadın ile erkeği aynı seviyeye yaklaştırmıştır. Bu da herhangi bir

⁸⁹ “Türk doktrininde de haksız tahrikin hukuki esası bu görüş çerçevesinde açıklanmaktadır. Buna göre, haksız tahrik altında fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu, failin saikinin normal olmayışı ile birlikte, suçun işlenmesine mağdurun da sebebiyet vermesini dikkate alarak cezada indirim yoluna gitmektedir.” Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485 (Günay, (2009), 258).

⁹⁰ GÜRELLİ, Nevzat, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Barosu Dergisi, 27(6), 342.

⁹¹ Yarg. 1. CD, 24.9.2007, 4529/6751, (ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, (2009), TCK Şerhi Genel Hükümler Cilt 1, Ankara, Turhan Kitabevi, m.29).

⁹² Yarg. 4. CD, 12.12.2007, 6712/10744, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2009), m29).

düzenlemeye gerek kalmaksızın yargı kararlarına, yargıçların yorumlarına yansımaktadır. Aynı şekilde öğretmen-öğrenci ilişkisinde “eti senin kemiği benim” anlayışının uzun yıllar hüküm sürdüğü ülkemizde dayak, öğretmenin tedip hakkı kapsamında değerlendirilirken; son yıllarda dünyanın tüm modern ülkelerinde olduğu gibi Türkiye’de de öğretmenlerin fiziki müdahalesi kabul edilebilir görülmemektedir. Bu sebeple öğrencilerin disiplinsiz davranışları ancak haksız tahrik bağlamında haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

Borçlar Kanunumuzun haksız fiillerden doğan borç ilişkileri ayırımında “kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”⁹³ hükmü yer almaktadır. Ceza hukukunda haksız fiilden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir düzenleme de ve açıkçası elle tutulur akademik bir çalışma da yoktur. Bu sebeple madde metninde belirtilen kusurluluk ve hukuka aykırılık kriterleri üzerinde durup bunların ceza hukukunda ve bilhassa konumuz itibarıyla ne derece geçerli olduğuna değinmek yerinde olacaktır.

2.1.1.1. Fiilin Hukuka Aykırılığı

Fiilin hukuka aykırılığı ile ilgili sübjektif ve objektif olmak üzere iki teori ortaya atılmıştır. Sübjektif teoriye göre ortada bir hukuka uygunluk sebebi yokken karşıdakine zarar veren her fiil hukuka aykırıdır. Bu teori uyarınca zararın türünün bir önemi yoktur. Söz konusu fiil bir mutlak hakka tecavüz teşkil edebileceği gibi, sadece mali bir zarara yol açmış da olabilir. Objektif teoride ise temelde bir norm ihlali yer alır. Yani fiilin hukuka aykırı sayılması için sadece zarara yol açması yeterli olmayıp herhangi bir hukuk kuralına aykırı olması gereklidir. Bu hukuk kuralının yazılı veya yazısız olması önemli değildir. Yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, özel yaşamın gizliliği gibi mutlak haklar konusunda yazılı düzenlemelerin olması şart değildir. Bu hakları ihlal etmemek, herkesçe bilinen ve uyulması gereken davranış normlarıdır. Mutlak hakları ihlal niteliğinde olmayan fiiller ise, mevzuatta var olan bir yazılı kuralı ihlal ediyorsa hukuka aykırıdır. Çünkü bu kuralların dolaylı olarak mutlak hakları veya bunlara bağlı ferî hakları koruduğu ön kabulü vardır. Türk

⁹³ Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, Resmî Gazete ile Neşir ve İlanı: 4 Şubat 2011, Sayı: 27836, m.49.

hukukunda da objektif teori ağır basmaktadır. Buna ek olarak BK m. 49 un ikinci fıkrasında ahlaka aykırı fiiller de haksız fiil olarak değerlendirilmiştir.⁹⁴

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

Ceza hukuku açısından haksız fiilin temel kıstası hukuka aykırılıktır. Bu bakımdan ortada bir hukuka uygunluk nedeni varsa artık fiili haksız olarak değerlendirme imkânı kalmaz. Ceza kanunumuzdan ve uygulamasından çıkarılan sonuçlara göre hukuka uygunluk sebepleri: meşru müdafaa, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve görevin ifasıdır.⁹⁵ Mağdurun faili tahrik eden hareketi, kendisine veya başkasına yönelen mevcut ya da kuvvetle muhtemel bir saldırıyı defetme⁹⁶ kapsamında ise bu fiil artık haksız olarak değerlendirilemeyeceğinden haksız tahrik kurumu uygulama alanı bulamaz. Benzer şekilde mağdur, ilgilinin rızası kapsamında hareket etmişse fiil yine hukuka uygundur. Meğerki ilgilinin rıza göstermeye ehliyeti bulunmasın ve rıza gösterdiği husus, üzerinde tasarruf edebileceği haklardan olmasın.⁹⁷

Failde hiddet ve şiddetli eleme sebebiyet veren bir fiil toplum tarafından hoş karşılanmasa dahi mağdurun hukuk düzenince kendisine tanınan bir hakkı veya yetkiyi kullanması da fiilin haksız olarak ele alınmasına mâni olur. Eşlerden birinin diğerine boşanma davası açması, polisin kaçan zanlıyı durdurmak için ayağına ateş etmesi, kadının dekolteli giyinmesi, bir kimsenin taraftarı veya mensubu olduğu bir kulübün ya da siyasi partinin amblemini taşıması ve benzeri davranışlar haksız fiil olarak değerlendirilemez.⁹⁸ Bununla beraber "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir*

⁹⁴ KURTULAN, Gökçe, (2017) "Haksız Fiilde Hukuka aykırılık Unsuru", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1), 466-480.

⁹⁵ ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 427.

⁹⁶ TCK, m.25/1.

⁹⁷ ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 489-491.

⁹⁸ ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 548-549.

*hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*⁹⁹ İfadesinden de anlaşılacağı üzere fiil, kişiye tanınmış bir hakkın kullanımı olsa da bunun kötüniet taşıması davranışı haksız fiil kapsamına sokabilir. Örneğin biri Fenerbahçe diğeri Galatasaray taraftarı iki arkadaştan birinin, Fenerbahçe'nin derbi galibiyeti sonrası sırf arkadaşını kızdırmak için etrafında Fenerbahçe formasıyla dolaşması haksız fiil olarak görülebilir. Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması da hukuk düzeninin tasvip etmediği bir durumdur.¹⁰⁰ Bu sebeple meşru müdafaa ile ilgili şerh hariç olmak üzere,¹⁰¹ tabiri yerindeyse hukuka uygunluk sebeplerinin çizdiği çemberin dışına taşan davranışların haksızlığı tekrar gündeme gelecektir.

Mağdurun haksız fiilinin, failin daha önceki haksız bir davranışından kaynaklanması ihtimali de özellik arz eder. Bu durumda mağdurun tepkisi orantılı ise artık bu fiil haksız tahrik müessesesi anlamında haksızlık teşkil etmez.¹⁰² Ancak söz konusu karşı hareket makul bir ölçüyü aşarsa fiilin haksızlık durumu yeniden gündeme gelir. Yargıtay da bir kararında: *"Sanığın, maktule söverek ilk haksız hareketi gerçekleştirdiği olayda; maktulün de aynı şekilde karşılık verdiği, sonra da maktule tokat attığı, etki-tepki arasındaki dengenin sanık yararına bozulduğu anlaşılmalı, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin asgari oranda uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi..."*¹⁰³ demek suretiyle haksız hareketler arasındaki dengeye dikkat çekmiştir.

2.1.1.2. Mağdurun Kusurluluğu

Suçun yapısını incelediğimizde temel olarak maddi ve manevi unsurlar karşımıza çıkar. Bazı müellifler bunlara tipiklik ve hukuka aykırılığın da

⁹⁹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 41, m.2.

¹⁰⁰ Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur. (TCK m.27/1).

¹⁰¹ Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez. (TCK m.27/2).

¹⁰² "Kendi kusurlu hareketleriyle olaya neden olan sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanması olanaksızdır" Yarg. CGK. 02.11.1999, 1-258/256, (KABAN, Mater, AŞANER, Halim, GÜVEN, Özcan, YALVAÇ, Gürsel, (2001), Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara, Adalet Yayınevi, 109.

¹⁰³ Yarg. 1. CD., 6.1.2012, 5284/49 (ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 549.)

eklenmesi gerektiğini savunurken, aksini düşünenler hukuka aykırılık ve tipikliğin suçun unsuru değil, bizatihi niteliği olduğunu belirtmişlerdir. Maddi unsurlar; fiil, netice, fail, mağdur, konu gibi dışarıdan gözlenebilen kavramları kapsar. Manevi unsurlar ise failin iç dünyasına ait durumlardır ki bunlar kast ve taksirdir. Her suça ilişkin ortak noktalardan olmasa da bazı suçlar için aranan hususlardan olan saik de manevi unsurlara dâhil edilebilir. Common Law'dan etkilenen birtakım yazarlar kusurlulukla manevi unsuru ayırmamışlardır. Bunlara göre kast ve taksir kusurun çeşitleridir. Diğer bazı yazarlar ise kusurluluğu manevi unsurlardan ayırmış ve suçun ayrı bir unsuru olarak görmüşlerdir. Nihayet yeni TCK döneminde kusurluluk hem manevi unsurlardan hem de suçun unsurlarından ayrılmıştır. Günümüz baskın görüşüne göre kusur suçun oluşmasında değil, cezanın belirlenmesinde etkilidir. Bu sebeptendir ki kusurluluğu etkileyen haller cezadan muafiyet ya da indirim sebebidir.¹⁰⁴

Kusur kabiliyeti bulunmayan kimsenin fiillerinin haksızlık teşkil edip etmediği de doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kusur yeteneği olmayan kimsenin hareketi neticesinde tahrike kapılıp suç işleyen failin haksız tahrik indiriminden faydalanabilmesi, durumdan haberdar olup olmamasına bağlıdır. Bu bağlamda örneğin mağdurun akıl hastası olduğunu biliyorsa fail indirimden yararlanamaz.¹⁰⁵ Bir diğer görüş ise failin mağdurun durumunu bilip bilmemesine bakılmaksızın kusurluluğun haksız tahrikin uygulanmasında bir öneminin olmadığını savunmaktadır.¹⁰⁶

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

Kusurlu olmayan mağdurun haksız hareketiyle iradesi suç işlemeye meyleden kişi, haksız tahrik indiriminden faydalanmalıdır. Aksi düşüncenin hukuki altyapısı olmadığı gibi hakkaniyete aykırı, adaleti sarsıcı durumların

¹⁰⁴ KARAKEHYA, Hakan, USLUADAM, Asena Kamer, (2015), "Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2), 1-24.

¹⁰⁵ BAŞAR, Nur, (1980) "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik" Adalet Dergisi, Sayı 4, 260.

¹⁰⁶ GÜRELLİ, (1951), 335.

oluşması da kuvvetle muhtemeldir. Söz gelimi arabasının lastiğini patlatan küçük çocuğa hiddetlenip tokat atan kişinin hareketini haksız tahrik kapsamına sokmamak adil değildir. Bu durum yukarıda değindiğimiz mağdurun haksız hareketiyle failin suç teşkil eden hareketinin denkleştirilmesi düşüncesine de aykırılık oluşturmaz. Zira kusurlu olmayan kişiye ceza verilmemesi hareketinin haksız olmamasından değil, ceza vermenin, Beccaria'nın da ifade ettiği önleme ve ıslah amacı¹⁰⁷ açısından bir yararı bulunmamasındandır. Bu kişilerin toplum için tehlike arz ettiği durumlarda onlar için daha uygun olan güvenlik tedbirlerine başvurulduğu unutulmamalıdır. Kusuru haksızlığın unsuru sayan Borçlar Hukukunda dahi kusur ehliyeti olmayanların icrai veya ihmali hareketleriyle neden olduğu zararların hakkaniyet gerekçesiyle tazmin edilebilmesi,¹⁰⁸ savımızı destekler niteliktedir.

2.2. Suçun Faili Açısından Haksız Tahrik

Haksız tahrik kurumunun suç mağduruna dönük kısmı olan haksız fiili anlatmaya çalıştık. Haksız tahrikin düzenlendiği TCK'nın 29. maddesinde yer alan "haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suç işleyen..." ibaresinde faile bakan kısım ise hiddet ve şiddetli elemdir. Bu iki durum failin iradesine hâkim olmasını güçleştirdiğinden kusurluluğu azaltan sebepler olarak görülmüş ve kanun koyucu da buna önem atfedip öfkeli veya üzüntülü bir ruh haleti içerisinde işlenen suçlarda ceza sorumluluğunu azaltma yoluna gitmiştir. Biz de burada bu iki kavramı açıklamaya çalışacağız. Failin kusurluluğu da bu başlık altında ele alınması gereken bir husustur. Ancak ilk kısımda ele aldığımız kusur konusu esasen failin kusurluluğunu açıkladığından tekrar değinmeye gerek olmadığı düşüncesindeyiz.

¹⁰⁷ "Cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar." (BECCARIA, (2016), 69-70).

¹⁰⁸ Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. (BK m.65)

2.2.1. Hiddet ve Şiddetli Elem

Haksız tahrikin kusurluluğu azaltan ve dolayısıyla cezada indirim gerektiren bir hal olması, kusur açısından hiç şüphesiz iradeyi zayıflatıcı ve onu suça yönlendirici etkisinden ileri gelmektedir.¹⁰⁹ Ne var ki kanun koyucunun madde metninde ‘hiddet ve şiddetli elem’ ifadelerini kullanması burada hem insan tabiatını göz önünde bulundurduğunu hem de ceza siyaseti açısından sınırlandırıcı bir durum yaratmaya çalıştığını gösterir. Buna göre failin cezasında indirim yapmak için sadece mağdurun haksız davranışı yetmez. Söz konusu davranışın failde insani duygular olan öfke veya ileri derecede bir üzüntü yaratması ve suçun bu duyguların tesiri altında işlenmesi gerekir. Bu bakımdan failin zaten amacı dâhilinde olan bir suça mağdurun haksız fiilini bahane yapması korunmaya değer değildir. Aksi kanaat ‘tahrik’ yani harekete geçirme, suça teşvik etme olgusunu devre dışı bırakacaktır. Bu sebeple suça maruz kalan mağdurun haksız fiilinin olduğu her durumda haksız tahrik kurumuna başvurulmayacak, failin haksız hareketten etkilenme durumu ‘hiddet ve şiddetli elem’ ile sınırlı olmak üzere incelenecektir.

2.2.1.1. Hiddet

Failin haksız fiilin etkisi ile kızma duygusu içerisine girmesi hiddet, bir diğer deyişle öfkedir. Failin yaşadığı şiddetli öfke onu suç işlemeye yönlendirmektedir.¹¹⁰ Hiddet kavramını psikolojik olarak inceleyecek olursak: Öncelikle hiddet, iradeye şiddetle ve süratle tesir etmektedir. İnsan, davranışlarının kontrolünü akıl ile sağlayabilir ancak aklın tesiri yavaş olur. Bu sebeple ani meydana gelen her şey, iyi düşünmek için gereken zaman ve sükûnet imkânını ortadan kaldırır. O halde tahrik; fiziksel-psikolojik bir olayın veya durumun, insan ruhunun şiddetli bir safhasına belirli hukuki sonuçlar yüklemek suretiyle hukuken tanınmasıdır.¹¹¹

Hiddet; ruhi fonksiyonların karışması, dıştan gelen tahriklere karşı bilinç reaksiyonunun anormal bir durumudur ve genellikle aklın iyi tekâmül etmemiş olması yahut sinir sisteminin genetik bir sebep yüzünden aşırı bir zafiyete uğramış bulunması şeklindeki bir bozulmuş durumu da kapsar.

¹⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt 1, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, 573.

¹¹⁰ DEMREN DÖNMEZ, (2013), 267-294.

¹¹¹ EREM, Faruk, (1945), “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4), 50-80.

Hiddet, karakteri tabiri caizse şişirir. Hiddet, diğerkâm duygudan gelen ahlak mukavemeti kuvvetine sahip olmayan kimselerde suçun müessir sebebidir. Gazap ise hiddetin şiddetli halidir.¹¹²

Hiddet halinde kişide bir enerji artışı meydana gelir. Fizyolojik olarak hiddetin etkilerini görmek mümkündür. Damarlarda şişme, seste çatlaklık gibi fizyolojik değişiklikler hiddetin göstergesidir. İnsanlar arasında hiddeti yenme hususunda farklılıklar vardır. Örneğin aydın biri için basit bir kızgınlık doğuran olay ilkel insanlar için gazap haline sebep olabilir. Bundan dolayı gayet ufak sebeplerden çok büyük suçların işlendiğini görebiliriz.¹¹³

Eskiden psikologlar tarafından hiddet için kısa süren delilik denmekteydi. Ancak hiddeti akıl maluliyeti grubunda değerlendirmek ceza hukukuna uygun bir yaklaşım değildir. Hiddet durumunda kişinin iradesi ortadan kalkmamakta veya kalıcı olarak kısıtlanmamaktadır. Bununla birlikte bazı akıl hastalılarında hiddet çok şiddetli görülebilmektedir.¹¹⁴

2.2.1.2. Şiddetli Elem

Psikolojide elem; keder, ümitsizlik manalarında kullanılmaktadır. Elem hali kişide dinamik neticeler meydana getirmeye müsait bir hal değildir. Sakin ve ruhi güçlerde bir çöküntüyü psikolojik olarak ifade eder. Bundan dolayı elem için “ıstırabın dili sükûttur” da denmiştir. Elem genellikle suçlunun sevdiği kimselere veya şeylere karşı meydana gelen taarruzlardan doğar. Böyle hallerde tahrik doğuştan gelen duygulara değil, kazanılmış duygulara dayanır.¹¹⁵

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

¹¹² EREM, (1945), 50-80.

¹¹³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, (2013), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Beta Yayıncılık, 11.

¹¹⁴ EREM, (1945), 50-80.

¹¹⁵ EREM, (1945), 50-80.

üzüntünün hâsıl ettiği pasif durumdan kurtulduktan sonra ruh hali gazaba inkılâp edebilecektir.¹¹⁶

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

2.2.2. Tepki Fiilinin Manevi Unsuru

Haksız tahrik kurumunun düzenlendiği TCK'nın 29. maddesinde haksız fiil neticesinde işlenen suçun niteliği belirtilmemiştir. Madde metninin lafzına bakılırsa bu suç teşkil eden tepki fiilinin kasten ya da taksirle işlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Ayrıca saik ile ilgili de üzerinde durulması gereken bir husus söz konusu değildir. Haksız tahrik genel hafifletici sebep olduğundan suçun niteliği önemli değildir.¹¹⁷

Kanunun lafzı böyle olmasına rağmen, amaçsal yorum yapan bazı yazarlar tepki fiilinin kasten işlenmesi gerektiğini, aksi halde tahrik unsurunun hayat bulmadığını belirtmiştir. Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediğini söyleyebiliriz.¹¹⁸

Öncelikle suçlar kast dışında; olası kast, bilinçli veya bilinçsiz taksirle işlenebilir. Olası kast, failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen işlemesi, bir başka deyişle sonucu kabullenmesidir. Bilinçli taksirde ise yine bir öngörme söz konusu olduğu halde neticenin istenmemesi durumu vardır. Bu, genellikle kişinin kendine

¹¹⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, (2013), 208-209.

¹¹⁷ DURAN, Gökhan Yaşar, (2010), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Legal Yayıncılık, 154.

¹¹⁸ "Maktuldeki yaraların TCK 86/2. maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2 maddesi aracılığı ile 85. maddesi uygulandığına göre taksirle adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar vermek suretiyle sanığa eksik ceza tayinini öngören yerel mahkeme kararı bozulmuştur." Yargıtay 1. CD 16.5. 2007, 2703/3776, (MALKOÇ, İsmail, (2008), Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178), Ankara, Malkoç Kitabevi, 207).

veya şartlara olan güveninden ötürü suç teşkil eden durumun gerçekleşmeyeceği düşüncesinden ileri gelir. Bilinçsiz ya da genel anlamda taksirde önemli olan da gereken dikkat ve özeni göstermemektir. Taksirle işlenen suçlar kanunda belirtilmiş olma şartıyla cezalandırılır. Suçun kanuni tanımındaki unsurlar öngörülemediği olsa da hareket iradidir. Kanun koyucu burada objektif özen yükümlülüğünün ihlalini yaptırıma bağlamıştır.¹¹⁹

Tüm bu bilgiler ışığında bir değerlendirme yaparsak, haksız fiile tepki olarak işlenen suçun yalnızca kasten işlenmesinin zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira haksız hareket neticesinde öfkelenen birinin bu durumu, dikkat ve özen yükümünün ihlaline veya neticeyi önleme iradesinin zaafa uğramasına sebebiyet verebilir. Örneğin A ve B birer otomobil sürücüsü olsun. Kendisini tehlikeye atacak şekilde sollayıp önüne geçen B'ye öfkelenerek hızını artıran A'nın kontrolünü kaybedip ona arkadan çarpması sonucu aracı uçuruma yuvarlanan B'nin ölmesi olayında taksirle adam öldürme suçu işlenmiştir. Ancak A'nın bir sürücüden beklenen dikkati göstermemesine B'nin haksız hareketi neden olmuştur. Burada haksız tahrik indiriminin uygulanmasına engel bir durum yoktur.

2.3. Özel Haksız Tahrik Hali

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

- *Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*

- *Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*

- *Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*

Bu madde haksız tahrik konusunda özel hüküm niteliği taşıdığından, bu kapsama giren hallerde artık 29. maddenin uygulanma imkânı kalmaz. 765

¹¹⁹ ÖZGENÇ, İzzet, (2018), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 248-296.

sayılı TCK'de özel haksız tahrikle ilgili birkaç madde¹²⁰ yer alırken, yeni ceza kanunumuzdaki düzenlemeler 129. maddeden ibarettir.

Haksız tahrik, haksız bir fiile karşı oluşan öfke veya üzüntü neticesinde gösterilen ve suç teşkil eden tepki durumunda uygulanır. Yukarıdaki maddenin ilk fıkrasında da bundan ayrı bir durum yoktur. Sadece gösterilen tepkinin hakaret seviyesinde kalması durumunu kanun koyucu diğer suçlara nispeten daha çok mazur görmüş ve hâkime, duruma göre cezasızlığa varabilen bir mûsamaha imkânı tanımıştır. İkinci fıkrada ise haksız fiil özelleştirilmiştir. Buna göre hakaret mağdurunun haksız fiili kasten yaralama şeklindeyse hakarete ceza verilmeyecektir. Burada insan tabiatı göz ardı edilmemiştir. Kendisini yaralayan kişiye hakaret etmek, kınanabilirlik sınırlarını aşabilen doğal bir tepkidir. Yaralananın sakin kalıp yetkili makamlara şikâyet etmesi ideal durum olsa da kanun koyucu realiteyi de göz önünde bulundurmuştur. Karşılıklı hakarete ise çoğunlukla ilk hakareti kimin yaptığının tespiti zordur. Böyle durumlarda hakaretlerin birbirini izlediği ve gitgide dozunun yükseldiği de bir gerçektir. Mahkemelerin yükünü epeyce artıracak bu durumda kanun koyucunun ceza siyaseti açısından böyle bir yol benimsediğini söyleyebiliriz.

3. Mukayeseli Hukukta Haksız Tahrik

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

3.1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Haksız Tahrik

Anglo-Sakson hukuk sistemi denince akla ilk olarak İngiltere ve Amerika gelir. Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve İrlanda'yı da buna eklemek mümkündür. Bu sistemde kazuistik düzenlemelerden

¹²⁰ m.258/4, m.272, m.462, m.485.

ziyade içtihatlar hukuku gelişmiştir ve ceza hukuku açısından toplumsal tatmin ön plandadır. Bu sebeple kişinin haksız hareket karşısında sessiz kalması toplumda korkaklık olarak nitelendirileceğinden hukuk düzeni burada haksız fiile maruz kalana karşılık verme imkânı tanımıştır denebilir. Yani özellikle haksız tahrik kurumunun ilk ortaya çıktığı zamanlarda iradenin zaafa uğramasından ziyade haksız fiili ika edenin bir karşılığı hak ettiği düşünceyi ağır basmıştır.

Common Law da denen Anglo-Sakson hukuk sisteminde günümüzde tüm suçları kapsayıcı bir haksız tahrik kurumu kabul edilmemektedir. Suçun öfke ve üzüntünün tesiri altında işlenmesi, yalnızca adam öldürmenin nitelikli mi basit mi olduğunun belirlenmesinde doğrudan dikkate alınır.¹²¹ Adam öldürmenin niteliği hakkındaki bu ayırım bile ceza miktarını çok değiştirir. Nitelikli adam öldürme(murder) genel olarak belirli bir saikle veya tasarlayarak öldürmeyi kapsar ve bu suçun faili yerine göre müebbet hapis, çok uzun süreli hapis veya ölüm cezasıyla cezalandırılır. Haksız tahrik altında işlendiği kabul edilen bir fiilde ise soğukkanlılık, belli bir amaç ve tasarlama söz konusu olmadığından artık bu nitelikte bir öldürme basit adam öldürmeye(manslaughter) girer ve ayrıca tahrikten dolayı failin cezasında indirim yapılır. Bunun dışındaki suçlarda ise haksız tahrikin varlığı sadece temel cezanın tayininde takdiri indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur.¹²² Anglo-Sakson hukuk sistemi hakkında fikir sahibi olabilmek adına en azından öne çıkan iki farklı örnek olarak İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nden kısaca bahsetmemiz gerekir.

3.1.1. İngiltere

Tipik bir Common Law ülkesi olan İngiltere'de haksız tahrik, "Coroners and Justice Act" in 54. ve 55. maddelerinde "Kontrol Kaybı" başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre kişi öldürme fiilini işlediğinde kontrolünü kaybetmişse, bu kontrol kaybı nitelikli bir tetikleyiciden kaynaklanmışsa ve yaşı, cinsiyeti göz önüne alındığında bu makul kabul edilebilirse artık suç nitelik değiştirip "murder" olmaktan çıkar ve basit öldürmeye(manslaughter) dönüşür. Tepki fiilinin tetikleyici fiilin hemen ardından gerçekleşmesi şart değildir. Ancak tahrik edici hareket neticesinde vuku bulan suç bir intikam duygusuyla işlenmişse artık bu kurumdan yararlanmak mümkün

¹²¹ BERMAN, Mitchell N, FARRELL, Ian P., (2011), "Provocation as Partial Justification and Partial Excuse", Faculty Scholarship, Paper 1491, 1.

¹²² BOSTANCI BOZBAYINDIR, (2013), 51-53.

olmayacaktır. İngiltere'deki haksız tahrik uygulamasındaki önemli bir ayrım, öngelen eylemin failde sadece öfkeyi değil aynı zamanda korkuyu da tetikleyebileceğidir. Yani kişi haksız fiil neticesinde kendisine veya başkasına yönelik bir zarara uğrama korkusu duyarsa ve bu ruh hali içerisinde öldürme fiilini gerçekleştirirse basit öldürmeden yargılanır. 1957 tarihli "Homicide Act" te yer almayan bu husus uygulamada özellikle şiddet gören kadınların kocalarını öldürmeleri neticesinde müebbet hapis cezası almalarına sebep olduğundan eleştirilmiştir. Son olarak bizdeki uygulamaya benzer şekilde tetikleyici fiile fail kendi söz ve davranışlarıyla bilerek sebep olmuşsa bu kurumdan yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Burada bilinçli bir yarar sağlama amacı söz konusudur.¹²³

3.1.2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde her bir eyaletin kendi ceza kanunu vardır. Bunlar arasında benzerlikler olduğu gibi derin farklılıklar da mevcuttur. Bu ceza yasalarını derleyerek model bir ceza yasası oluşturma çabaları ilk defa Edward Livingston ve David Dudley Field tarafından başlatılmıştır. Field'in daha başarılı olan kodifikasyonu New York Ceza Kanunu adıyla kanunlaşmış ve 1967'ye kadar yürürlüğünü korumuştur. Buna rağmen diğer eyaletlerce esas alınma bakımından yeterli etkiye sahip olamamıştır. Beklenen düzenleme, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan ve 1962'de yürürlüğe konan "Model Ceza Kanunu" olmuştur. Bu kanun daha sonra hazırlanan birçok eyalet ceza yasasını etkilemiştir. Model kanunun çoğu hükmü eyalet yasalarına temel teşkil etse de Common Law'a muhalif içeriklerinin aynı yaygınlıkta benimsendiğini söylemek güçtür.¹²⁴

Amerikan Hukukunda haksız tahrik kurumu genel olarak dört şartın varlığında uygulama alanı bulur: Öncelikle failde şiddetli öfke uyandırmaya elverişli bir tahrik fiili olmalıdır. Bu fiil ile failin tepkisi arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Suç, bu hiddetin etkisi altında işlenmelidir ve tahrik fiilinin üzerinden failin sakinleşmesi için yeterli olacak bir süre geçmemiş olmalıdır. Bu son şartın uygulaması pek katı değildir zira bu süre herkes için belirlenebilir olmaktan uzaktır.¹²⁵

¹²³ Coroners and Justice Act, section 54-55, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/55> E. T. 30.8.2018.

¹²⁴ ROBINSON, Paul H., DUBBER, Marcus D., (2007), The American Model Code: A Brief Overview. *New Criminal Law Review*, 10(3), 319-322.

¹²⁵ BOSTANCI BOZBAYINDIR, (2013), 81-82.

Model Ceza Kanunu ise haksız tahrik kurumu bakımından Anglo-Sakson hukuk sisteminden önemli bir biçimde ayrılmaktadır. Kanunun “cinayet” başlıklı 210. maddesinde adam öldürmenin makul bir açıklama veya mazerete bağlı olarak aşkın bir duygusal veya zihinsel rahatsızlık neticesinde işlenmesi halinde bunun ‘murder’ değil, ikinci derecedeki ‘manslaughter’ kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir.¹²⁶ Burada önemli olan failin zihinsel ve ruhsal durumudur. EMED (extreme mental or emotional disturbance) olarak ifade edilen bu psikolojik duruma sebebiyet verenin illa suç mağdurunun önceki bir haksız fiili olması gerekmediğidir. Eyalet ceza kanunların da kendine yer bulan bu düzenleme, yukarıda bahsettiğimiz haksız tahrik düzenlemesinin çift yönlü felsefi alt yapısından bir sapma niteliğindedir. Amerikan kanun otoriteleri burada failin irade salahiyetine daha fazla önem vermiştir.

3.2. Kıta Avrupa’sı Hukuk Siteminde Haksız Tahrik

Kıta Avrupa’sı hukuk sistemi dendiğinde, Roma Hukuku etrafında gelişen ve Avrupa kıtasındaki devletlerin katkılarıyla bugünkü halini alan bir mevzuat hukuku aklımıza gelir. Almanya, Avusturya, İsviçre, Fransa, İtalya gibi ülkelerin yanı sıra Türkiye’nin de yer aldığı bu sistemde hâkimin hukuk yaratmasına nadiren izin verilir. Bu ülkelerde hayatın her alanına ilişkin kanunlar ve onlara dayanarak çıkarılan yönetmeliklerle ayrıntılı bir mevzuat birikimi oluşturulmuştur. Haksız tahrik müessesesi de bu sisteme dahil olan hemen her ülkenin ceza kanunlarında düzenlenmekle beraber bazı farklılıklar öne çıkmaktadır. Kimi devletler haksız tahriki her suça ilişkin genel bir indirim sebebi olarak kabul etmişken kimisi de bunu bazı suçlara indirgemıştır. Hatta ceza sınırları arasında hâkime, olayın gelişimine göre cezalandırma takdiri vermekle yetinip haksız tahriki artık gerekli görmeyen örnekler de vardır. Ülkemizdeki durumu yukarıda anlattığımızdan burada Almanya, İtalya ve Fransa gibi üç farklı örneğe değinmek yeterli olacaktır.

¹²⁶ Model Penal Code Of United States of America art.210.3(1-h) Official Draft And Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>.

3.2.1. Almanya

Alman ceza hukukunda tüm suçlar için geçerli genel bir haksız tahrik hali düzenlenmemiştir. Ancak anayasal düzeyde itibar gören kusur ilkesi, cezanın belirlenmesinde en önemli rolü üstlenmektedir. Buna göre faili suça iten neden, saik ve kusuru etkileyen, haksız tahriki de kapsayıcı önemli sayılabilecek heyecan halleri ceza tayininde göz önünde bulundurulmuş faktörlerdir. Burada geniş bir takdir alanı söz konusudur ve haksız tahrikten farklı olarak failin kusurluluğunu etkileyen sebepler mağdurun haksız hareketleriyle sınırlı değildir.¹²⁷ Alman hukuku bu noktada Amerikan uygulamasına yaklaşmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu, adam öldürme suçuna münhasır olarak düzenlenmiştir. 213. madde gereğince adam öldürme suçu mağdurun kötü bir fiili veya ağır hakareti neticesinde derhal işlenmişse ya da başka bir hafifletici sebep varsa failin cezasında indirimde gidilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki derhal işlenmediğinden bahisle bu madde kapsamına sokulamayan durumlarda da Common Law'daki örselenmiş kadın sendromundan mülhem olarak kusurun azaldığı kanısına varılırsa indirim yeniden gündeme gelebilmektedir.¹²⁸

Özel haksız tahrik halleri olarak Alman CK'daki düzenlemeler uyarınca hakarete derhal hakaretle karşılık verilmesi, hafif müessir fiillere yine hafif

¹²⁷ DURAN, (2010), 25-27.

¹²⁸ Friedhelm Fahner, Rottweil'da tanınmış bir aileye mensup bir doktordur. Ingrid ise eczacı bir ailenin lise mezunu garson kızıdır. İkisi, Fahner'in babasının 60. yaş gününde tanışıp kısa bir süre sonra evlendiler. Balayında Ingrid, onu hayatının sonuna dek bırakmayacağına dair Fahner'den söz almıştı. İlk zamanlar kendi hayat tarzını ve düzenini Fahner'e kabul ettirmeye çalışan Ingrid, zamanla ona hakaretler savurmaya, iftiralara atmaya başladı. En basit şeyden tartışma çıkaran Ingrid'e Fahner sabrediyor, sözünden caymamak için ondan boşanmıyordu. Yaptığı en fazla ondan uzak durmaktı. Herkes onun aziz olduğunu düşünüyordu. Fahner artık 72 yaşına gelmiş ve muayenehanesini bırakıp bahçe işleriyle uğraşmaya başlamıştı. Bir gün Ingrid, pencereyi kapatmadığı için ona "geri zekâlı!" diye bağırınca Fahner onu bahçe aletlerinin olduğu bodrum katına çağırdı ve baltayla parçalayıp polise teslim oldu. Tasarlama olmadığından bahisle savcı 8 yıl hapis talep etti. Psikiyatrist duygusal tıkanma teşhisi koydu. Tüm etkenleri değerlendiren hâkim 3 yıla hükmedip tutukluluğu kaldırdı. Üstelik bir işte çalışması koşuluyla cezasını sadece gece yatma zorunluluğu olan, onun haricinde dışarıda serbest dolaşabileceği açık cezaevinde çekebilecekti. (VON SCHIRACH, Francis, (2011), Suç, Çev. ARDA, İtir, İstanbul, NTV yayınları, 187-199).

müessir fiille veya hakaretle mukabele durumlarında faillerin biri veya her ikisi için indirim veya cezasızlık verilebilir.¹²⁹

3.2.2. İtalya

İtalyan ceza hukukunda haksız tahrik müessesesi bizdekine benzer şekilde ele alınmıştır. Aslına bakılırsa Türk ceza hukukundaki düzenlemenin kaynağı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'dur. Kanunun 51. maddesine göre kişi haksız bir fiilin yol açtığı öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işlerse cezası indirilir. Bu ifadeye bakarak denebilir ki haksız tahrik, tüm suçları kapsayan genel bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 62/2. maddesinde de varlığını muhafaza etmiştir. Her ne kadar aynı kanunun 90. maddesinde heyecan ve ihtiras hallerinin ceza sorumluluğuna bir etkisinin olmadığı belirtilse de haksız tahrik kapsamındaki heyecan hallerinden hiddet ve şiddetli elem durumları bundan ayırık tutulmuştur. Özel haksız tahrik hali olarak da kanunda yalnızca haksız harekete karşı hakaret hali düzenlenmiştir. Bu ihtimalde faillerden birini veya her ikisini cezasız bırakmak hâkimin takdirindedir.¹³⁰ Şeref nedeniyle kasten öldürme ve kasten müessir fiil suçlarına ilişkin özel haksız tahrik halleri ise 1981 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.¹³¹

3.2.3. Fransa

1810 tarihli eski Fransız Ceza Kanunu'nda haksız tahrik indirimi sadece "kan suçları" denen adam öldürme ve müessir fiillere münhasır olarak kabul edilmiştir. Ayrıca mağdurun yakınlığı da başka bir sınırlama teşkil etmektedir. Buna göre fail; anne, baba ve eşe karşı işlediği müessir fiil ve öldürme suçlarında bu indirimden yararlanamayacaktır. Ancak ortak konutta zina yaparken yakaladığı karısını veya sevgilisini öldüren ya da yaralayan kimse bundan müstesna tutulmuştur.¹³² 1994 yılında yürürlüğe giren yeni ceza kanununda ise genel ya da özel bir haksız tahrik düzenlemesi mevcut

¹²⁹ DEMİRBAŞ, Timur, (1985), Türk Ceza Kanunu'nda özel (haksız tahrik) halleri, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 51-55.

¹³⁰ YALKUT, Necdet, (1979), "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik", Yargıtay Dergisi, Cilt II, 247.

¹³¹ DEMİRBAŞ, (1985), 71.

¹³² YALKUT, (1979), 248-249.

değildir. Bunun yerine üst sınır belirtilip cezanın tayininde hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir.¹³³

3.3. İslam-Osmanlı Hukuku

İslâm hukuku dendiğinde birincil kaynak olarak öncelikle Kur'an ve sünnet akla gelir. Sünnet sözle veya davranışla olabilir. Sözlü olan sünnete hadis de denir. Bu kaynaklarda bulunmayan ya da anlamı kapalı olan hususlarda ise içtihatlar geliştirilmiştir. Bu, günümüz hukuk sistematığına benzemektedir. Ukûbat denen İslam ceza hukukunda suçlar genel olarak üçe ayrılır. Bunlar: Şahsa karşı işlenen suçlar, Allah'a karşı işlenen suçlar ve ta'ziren cezalandırılan suçlardır. Şahsa karşı işlenen suçlarda cezalar kısas ve diyettir. Allah'a karşı işlenen suçlarda ise had cezaları belirlenmiştir. Hakkında hüküm bulunmayan ancak toplumsal düzeni bozan davranışların cezalandırılması ise devlet başkanına bırakılmıştır. Bunlara ta'zir cezaları denir¹³⁴

Türk hukukunda ödetme ve iradenin zaafa uğratılması temelleri üzerine bina ettiğimiz haksız tahrik kurumunun İslam hukukunda da yansımalarını görmek mümkündür. Öncelikle şahıs aleyhine işlenen suçlarda bu ödetme düşüncesi kısas ve diyet cezalarında açıkça ortaya çıkmaktadır. *"Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ancak her kim, ölenin kardeşi tarafından bir şey karşılığı bağışlanırsa o zaman örfe uyması ve diyeti ona güzellikle ödemesi gerekir."* ve *"Kisasta sizin için hayat vardır ey temiz akıl sahipleri! Ümit edilir ki sakınırsınız."*¹³⁵ gibi ayetlerde misliyle mukabele emredilmiş ve bağışlanma durumunda dahi bu bedel mala çevrilmiştir.

İslam hukuku da fiili gerçekleştirirken irade özgürlüğüne önem vermektedir. *"Biz ona doğru yolu gösterdik. Artık ister teşekkür eder ister nankörlük..."*¹³⁶ ayetiyle irade özgürlüğüne dikkat çekilmiştir. Kişiler özgür iradeleriyle gerçekleştirdikleri fiillerden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Kişinin, iradesini etkileyen durumların varlığında sorumluluğu da değişebilmektedir.

¹³³ DÖNMEZER, Sulhi, YENİSEY, Feridun, (1998), Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı Gerekçeleri, İstanbul, Alkım Kitabevi, 464.

¹³⁴ AKBULUT, İlhan, (2003), İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, AÜHFD, 52(1), 167-174.

¹³⁵ Kelime Mealli Kur'an-ı Kerim (Sadelerştirilmiş Elmalılı M. Hamdi Yazır Meali), (2012), İstanbul, Nuh Yayınları, Bakara Suresi, 2(178-179).

¹³⁶ Kur'an-ı Kerim Meali. (2017), İnsan Suresi, 76(3).

İnsanın fiillerini gerçekleştirirken içinde bulunduğu ruh haleti özgür iradesini kısıtlayabilmektedir. Dolayısıyla İslam hukukunda faili suç işlemeye götüren sebepler göz önüne alınmaktadır. İbn Kayyim ehliyet arızalarını unutma, korku, hata, cinnet, hüzün, öfke durumları olarak zikretmiş ve bu durumlarda kişinin suç işleme ehliyetinin tam olmayacağını belirtmiştir.¹³⁷ Aynı şekilde İbn Âbidin de “öfke halinde sorumluluk olmaz”¹³⁸ diyerek öfkeyi sorumluluğu kaldıran veya azaltan bir sebep olarak görmüştür. Hanefiler ve Hanbelîlerin büyük bir kısmı da cinnet haline dönmüş öfke halinde gerçekleşen talakın geçersiz olacağını belirtmişlerdir.¹³⁹

İrade zafiyeti hususunda üzüntü ve bilhassa öfke haline önem atfedilmiştir. “Allah, zulme uğrayanların dışında, çirkin sözün açıkça söylenmesinden hoşlanmaz.”¹⁴⁰ ayeti bizim hukukumuzdaki hakaretle ilgili özel haksız tahrik haline benzemektedir. Konuyla ilgili olarak Hz. Peygamber’in şu uygulaması da dikkate değerdir: Bir adam kardeşinin katilini Hz. Peygamber’in huzuruna getirir. Hz. Peygamber ona neden öldürdüğünü sorunca adam, maktulün kendisine sövmesine sinirlenip baltayla başına vurduğunu söyler. Bunun üzerine Hz. Peygamber, ölenin kardeşine kısas hakkından vazgeçip geçmediğini sormadan diyet üzerine bir muamele yapar.¹⁴¹ Ayrıca “Sövüşen iki kişinin söyledikleri başlayana aittir. Mağdur haddi aşmadıkça.” hadisinde de karşılıklı hakaret özelinde haksız fiile sebebiyet verenin mazur görülemeyeceği, mağdurun sınırı aşması durumunda ise deyimî yerindeyse avantajın el değiştireceği belirtilmiştir ki bu ceza hukukumuz bakımından da böyledir.¹⁴² Sad Suresi 44. ayette geçen: “Eline bir demet bitki sapı alıp onunla vur ve böylece yeminini yerine getirmiş ol” beyanı Eyyûb peygamberin hanımı için verdiği söz üzerine inmiştir. Rivayete göre Hz. Eyyûb’un hastalığının uzun sürmesine üzülen hanımının bir

¹³⁷ EL CEVZİYYE, İbn Kayyim, (2007), İğasetü'l-Lefhan fi Hükmi Talaki'l-Gadban (Öfkeli Şahsın Talakının Geçersizliğine Dair), (DANIŞMAN, Mehmet Ali, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9, 247-282).

¹³⁸ İBN ABİDİN, M. Emin, (1985), Reddul Muhtar. Çev. SAVAŞ, Mehmet, İstanbul, Şamil Yayıncılık, I V, 95.

¹³⁹ ERTURHAN, Sabri, (2002), “İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 6(2), 209.

¹⁴⁰ Kelime Mealli Kur’an-ı Kerim, Nisa Suresi, 4(148).

¹⁴¹ Müslim, Kasame, 33, (AVCI, Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları, 132.

¹⁴² AVCI, (2014), 132.

an onu isyana teşvik eden sözler söylemesi üzerine peygamber, iyileştiği zaman ona yüz sopa vuracağına dair yemin etmişti. Kadının hizmette kusur etmemesi, niyetinin kötü olmayıp o anki ruh hali sebebiyle böyle bir yanlışlığa düşmesinden ötürü Allah cezayı hafifletip sembolik bir şekilde dönüştürmüştür. Suçlunun yoğun üzüntüsü kusurunu ve dolayısıyla cezasını hafifletmiştir.¹⁴³

Ta'zir cezalarında ise failin durumu, çevre ve zamanın gerekleri esas alınmış, bu cezaların takdiri dönemin siyasi otoritesine ve yargıya bırakılmıştır. Ta'zir cezalarının kapsamı –nitelik ve nicelik olarak- tamamen çağın gelişim ve değişim sürecine göre belirlendiğinden bu cezalar sınırlı değildir. Ancak ta'zir suçlarının cezalandırılmasında kanunilik ilkesinin yine geçerli olduğu unutulmamalıdır.¹⁴⁴

Haksız tahrik müessesesi Osmanlı ceza hukukunda da kendine yer bulmuştur. Yukarıda had ve kısas cezaları için bahsettiğimiz durumlar, şer'i ve örfi olmak üzere iki yönlü bir hukuk sistemini benimseyen Osmanlı Devleti'nde de şer'i hukuk kapsamında geçerliydi. Bunun yanında örfi hukuk dahilinde çıkarılan kanunnamelerde ve mevzuata dayalı olarak çıkarılan fetvalarda da özellikle öfkenin bir indirim veya cezasızlık sebebi olduğunu görmek mümkündür. Örneğin meşhur şeyhülislam Ebussuud Efendi bir fetvasında evli çocuğu olan bir koca kadının genç bir erkekle evlenmesine sinirlenen oğlunun, düğün gecesini annesinin evini taşlamasına ceza verilmemesine hükmetmiştir.¹⁴⁵ Bozok sancağı kanunnamesinde de idaresi altındaki halkı inciten ya da keyfî davranan sipahinin halk tarafından dövülmesi durumunda cezasızlık öngörülmüştür. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unun 188. maddesi uyarınca karısını ya da diğer mahrem akrabasından birini zina halinde yakalayan kimse, zina edenlerden birini veya her ikisini döver, yaralar veya öldürürse affedilir. Sadece aynı yatakta görüp de bu fiillerden birini gerçekleştirirse mazur sayılır ve on beş yıl kürek cezası

¹⁴³ Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsiri, Sad Suresi 41-44. ayet tefsiri, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/S%C3%A2d-suresi/4011/41-44-ayet-tefsiri>.

¹⁴⁴ YAKUT, Esra, (2015), Osmanlı Hukuku'nda Ta'zir Cezaları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 23.

¹⁴⁵ Ebussuud, No: 44, (AVCI, (2014), 133).

yerine üç aydan üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılmak suretiyle cezası indirilir.¹⁴⁶

SONUÇ

Haksız tahrik, modern ceza hukukunun önemli bir kavramıdır. Farklı adlar altında, haksız bir tahrik sebebiyle suç işleyen kişi hakkında cezada indirim uygulanması veya cezanın kaldırılması uygulamaları yukarıda açıkladığımız üzere mevcuttur. Haksız tahrikin temelinde ise irade özgürlüğünün ön kabulü vardır. Ceza hukukundaki irade özgürlüğünün temelde kabul edilmesi Kant'ın özgürlük hakkındaki düşünceleriyle uyum içindedir. Buna göre özgürlüğün varlığı ya da yokluğu hakkında kesin bir şey söylenemez. İrade özgürlüğünün var olup olmadığı deneyle ispatlanamaz. Ancak deneyle ispatlanamaması yok olduğu anlamına gelmez. Sadece özgürlük hakkında deneysel bilginin olmadığını gösterir. Kant'a göre istemenin zorunlu sonucu özgürlüğün varlığıdır. Ayrıca pişmanlık ve kişinin sonradan geçmişe bakıp yaptığı bir fiili farklı şekilde yapabileceğini düşünmesi de irade özgürlüğünün göstergelerinden biridir. Ayrıca Kant'ın ahlak yasasına ilişkin koymuş olduğu ilke, özgürlüğün varlığına inanmayı gerektirir. Benzer şekilde ceza hukukunda irade özgürlüğünün kabul edilmemesi, sorumluluğu da ortadan kaldırır. Ceza kanunlarının varlığı da irade özgürlüğünü kabul etmek zorunluluğunu doğurur.¹⁴⁷

İnsan akıl sahibi, değerli, üstün bir varlıktır. Kuralları akli ile idrak ederek iradesi ile uygular. Ancak irade özgürlüğü bazı olay ve durumlardan etkilenir. İrade özgürlüğünün etkilenmesi sebebiyle kişi, normal zamanda sadık olduğu kuralları ihlal ederek suç işleyebilir. İrade özgürlüğünü kabul eden hukuk sistemleri kişinin suçtan doğan sorumluluğunu, kusurunu ve suç işlerken içinde bulunduğu ruhi durumu göz önünde bulundurmaktadır. Haksız tahrikin indirim sebebi olarak düzenlenmesindeki felsefi düşünce irade özgürlüğünün etkilenmiş olması ve ikincil olarak da mağdura haksız fiilini ödetme düşüncesidir. İrade özgürlüğü mağdurun haksız fiili sebebiyle etkilenen kişi -İngiliz hukukunda yer aldığı şekliyle- kontrolünü kaybetmekte, sükunetini koruyamayıp farklı bir psikolojik hale girmektedir. Modern ceza hukukunda salt netice sorumluluğu esas alınmadığından hâkimin takdiriyle kişinin kusuruna bağlı olarak cezada indirime gidilir.

¹⁴⁶ AVCI, (2014), 133-134.

¹⁴⁷ ADUGİT, (2013), 63-94.

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

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

Mukayeseli hukukta haksız tahrik, çoğunlukla genel indirim sebebi olmasa da bir şekilde kendine yer bulmuştur. Bizdeki düzenleme ise hem İslam hukuku geçmişinden hem de modern eğilimlerden harmanlanan, kusurluluğu azaltan, tüm suçları kapsayıcı genel bir indirim sebebidir.

KAYNAKLAR

- 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01/03/1926, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 13/03/1926, Sayısı: 320.
- ADUGİT, Yavuz, (2013), "Özgürlüğün Kısa Tarihi", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi.
- AĞCA, Fatma Nur, (2014), Kant'ın Ontolojik Argümanı Eleştirisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fen ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- AKBULUT, İlhan, (2003), İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, AÜHFD, 52(1).
- ALACAKAPTAN, Uğur, (1958), İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Yayınları.
- Aristoteles, (2014), Nikhomakhos'a Etik, Çev. ÖZCAN, Zeki, Ankara, Sentez Yayıncılık.
- ARSLAN, Ahmet, 1992, "Aydınlanma", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 1(2).
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, (2009), TCK Şerhi Genel Hükümler Cilt 1, Ankara, Turhan Kitabevi.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 12. Baskı, İstanbul, Adalet Yayınevi.
- AYDIN, Devrim, (2005), "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", AÜHFD, 54(1).
- AYDIN, Devrim, (2011), "Ceza Hukukunda Okullar", Ceza Hukuku Dergisi, 15.
- BAŞAR, Nur, (1980) "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik" Adalet Dergisi, Sayı 4.
- BECCARIA, Cesare, (2016). Suçlar ve Cezalar Hakkında. Çev. Sami Selçuk, Ankara: İmge Kitabevi.
- BELLER, Manfred, (1984). The Fire of Prometheus and the Theme of Progress in Goethe, Nietzsche, Kafka, and Canetti. Colloquia Germanica, 17(1-2).
- BERMAN, Mitchell N, FARRELL, Ian P., (2011), "Provocation as Partial Justification and Partial Excuse", Faculty Scholarship, Paper 1491.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, (2013), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Beta Yayıncılık.

- CENDEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, (2017). Türk Ceza Hukukuna Giriş. 10. Baskı, İstanbul.
- Coroners and Justice Act, section 54-55, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/55> E. T. 30.8.2018.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, (1984), "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 50(1-4).
- ÇEVİK, Ayşe, (2012), Sartre ve Kant'ta Özgürlük ve Etik, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
- DEMİRBAŞ, Timur, (1985), Türk Ceza Kanunu'nda özel (haksız tahrik) halleri, İstanbul, Üçdal Neşriyat.
- DEMİRBAŞ, Timur, (2017), İnfaz Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu, (2013), "Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1).
- DESCARTES, Rene, (1962) Metafizik Düşünceler, Ankara, Milli Eğitim Basımevi.
- DEVELİOĞLU, Ferit, (2007), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, Aydın Kitabevi.
- DOEHRING, Karl, (2002), Genel Devlet Kuramı, Çev. MUMCU, Ahmet, Ankara, İnkılap Yayınları.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi.
- DÖNMEZER, Sulhi, YENİSEY, Feridun, (1998), Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı Gerekçeleri, İstanbul, Alkım Kitabevi.
- DRESSER, Robert, (2008), "Neuroscience's uncertain threat to criminal law", Hastings Center Report, 38(6).
- DUBBER, Marcus, (2005), "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", German Law Journal, 6(7).
- DURAN, Gökhan Yaşar, (2010), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Legal Yayıncılık, 154.
- Ebussuud, No: 44, (AVCI, (2014).

- EKERBİÇER, Dilaver, (2015), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. Ankara, Adalet Yayınevi.
- EL CEVZİYYE, İbn Kayyim, (2007), İğasetü'l-Lefhan fi Hükmi Talaki'l-Gadban (Öfkeli Şahsın Talakının Geçersizliğine Dair), (DANIŞMAN, Mehmet Ali, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9).
- EREM, Faruk, (1945), "Adalet Psikolojisi Bakımın dan Heyecanlar ve İhtiraslar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4).
- ERTURHAN, Sabri, (2002), "İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 6(2).
- EŞİTLİ, Ezgi Aygün, (2013), "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi, 104.
- FLETCHER, GEORGE P., (2007), Grammar of Criminal Law, U.K., Oxford University Press.
- Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2012). Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÖKBERK, Macit, (1985), Felsefe Tarihi, İstanbul, Remzi Kitabevi.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, (2010), Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- GÖKULU, Gökhan, (2014), "Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi", The Journal of Academic Social Science, 5.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt 1, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988.
- GÜNAY, Erhan, (2009), Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- GÜRELLİ, Nevzat, (1951), "Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik", İstanbul Barosu Dergisi, 27(6).
- HASSAMER, John, (1990), "German Legal Philosophy and The Criminal Law", Tel Aviv University Studies in Law.
- HEGEL, Georg Wilhelm F., (1995), Tarihte Akıl, İstanbul, Çev. SÖZER, Önay, Kabalcı Yayınevi.
- İBN ABİDİN, M. Emin, (1985), Reddul Muhtar. Çev. SAVAŞ, Mehmet, İstanbul, Şamil Yayıncılık.

- İNDİRKAŞ, Zühre, (2005), “Hesiodos’tan Goethe’ye Prometheus Mitologemi”, İstanbul Üniversitesi Tiyatro Eleştirmenliği ve Dramaturji Bölüm Dergisi, 7.
- KABAN, Mater, AŞANER, Halim, GÜVEN, Özcan, YALVAÇ, Gürsel, (2001), Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara, Adalet Yayınevi.
- KANT, (2015), Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. KUÇURADİ, İonna, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- KARAKEHYA, Hakan, USLUADAM, Asena Kamer, (2015), “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2).
- Kelime Mealli Kur’an-ı Kerim (Sadeleştirilmiş Elmalılı M. Hamdi Yazır Meali), (2012), İstanbul, Nuh Yayınları.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., (1951), “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, AÜHFD, 29(3).
- KUÇURADİ, İonna, (2003), İnsan ve Değerleri. Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsiri, Sad Suresi 41-44. ayet tefsiri, <https://kuran.diyamet.gov.tr/tefsir/S%C3%A2d-suresi/4011/41-44-ayet-tefsiri>.
- Kur’an-ı Kerim Meali, (2017), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- KURTULAN, Gökçe, (2017) “Haksız Fiilde Hukuka aykırılık Unsuru”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1).
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, (2014), “Aydınlanma ve Ceza Hukuku” TBB Dergisi, 113.
- MALKOÇ, İsmail, (2008), Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178), Ankara, Malkoç Kitabevi.
- MANNHEIM, Hermann, (1965). Comparative Criminology, Mif in Company, Great Britain.
- MEIXNER, John B., (2014), “Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues”, [Current Neurology and Neuroscience Reports](#), Springer, 15:513.
- MERAKLI, Serkan, (2017), Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, Seçkin Yayınevi.

- Model Penal Code Of United States of America art.210.3(1-h) Official Draft And Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>.
- MOORE, James G., (2016) "Criminal Responsibility and Causal Determinism" Washington University Jurisprudence Review, 9(43).
- Müslim, Kasame, 33, (AVCI, Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları).
- ÖKTEM, Niyazi, TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, (2003), Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul.
- ÖKTEM, Ümit, (2007), "Kant Ahlakı", Ankara Üniversitesi Dil, Tarih, coğrafya ve Felsefe Bölümü Dergisi, 18(0).
- ÖNER, Necati, (2013), İnsan Hürriyeti, Divan Yayınları, Ankara.
- ÖZDEN MERHACI, Selin, (2012), "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", Ankara Barosu Dergisi, 4.
- ÖZGENÇ, İzzet, (2006), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayınevi.
- ÖZGENÇ, İzzet, (2018), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 241-270.
- Platon, (2002), Devlet, Çev. DEMİRHAN, Hüseyin, İstanbul, Sosyal Yayınları.
- ROBINSON, Paul H., DUBBER, Marcus D., (2007), The American Model Code: A Brief Overview. New Criminal Law Review, 10(3).
- SARTRE, Jean-Paul, (2009), Varlık ve Hiçlik, Çev. ILGAZ, Turhan, İstanbul, İthaki Yayınları.
- SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, (1999), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı.
- SPINOZA, Benedict, (2006), Etika, Çev. ÜLKEN, Hilmi Ziya, Ankara, Dost Kitabevi.
- TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 434, (Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2012). Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık).

- TOROSLU, Nevzat, (2018), Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınları.
- Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, Resmî Gazete ile Neşir ve İlânı: 4 Şubat 2011, Sayı: 27836.
- Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 12/10/2004, Sayı: 25611, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 43.
- Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 41.
- ÜREK, Ogün, (2007), “Kant’ta Etik Değerler Olarak Özgürlük ve Saygı”, U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, (2001), “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-4).
- VAN STRIEN, Pieter J., (2014), “On the Origins and foundations of Laplacian Determinism”, Studies in History and Philosophy of Science, 45(1).
- VON SCHIRACH, Francis, (2011), Suç, Çev. ARDA, İtir, İstanbul, NTV yayınları).
- WILSON, Elizabeth, (2013), “Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture”, New England Journal on Criminal&Civil Connement, 39(1).
- YAKUT, Esra, (2015), Osmanlı Hukuku’nda Ta’zir Cezaları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- YALKUT, Necdet, (1979), “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, Cilt II.
- Yarg. 1. CD, 24.9.2007, 4529/6751, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2009))
- Yarg. 1. CD. 9.7.1981, 3551/3407, (SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, (1999))
- Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485 (Günay, (2009)).
- Yarg. 4. CD, 12.12.2007, 6712/10744, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2009)).
- Yarg. CGK. 02.11.1999, 1-258/256, (KABAN, AŞANER, GÜVEN, YALVAÇ, (2001))
- Yargıtay 1. CD 16.5. 2007, 2703/3776, (MALKOÇ, İsmail, (2008))
- YCGK. 19.11.1990, 1-254/277, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2012)).