

CEZA HUKUKUNDA "Hakkın Kullanılması"

Prof. Dr. Faruk EREM

I. GİRİŞ: 1. Konu, 2. Hakkın Kaynağı, 3. Kanunun Öngördüğü Hüküm, II. Kuralın Analizi: 1. Hak Kavramı, (a. Hakkın Kökeni, b. Subjektif hak, c. Hakkın Sahibi), 2. Mesleğin İcrası 3. Cezası Kalkacak Suçlar, 4. Hakkın Kötüye Kullanılması, III. Rıza: 1. Geçerli Rıza, 2. Rızanın Niteliği, 3. Sakatlanmamış Rıza, IV. Sınırların Aşılması: 1. Taksirli Sorumluluk, 2. Taksirin Çeşitleri, 3. Heyecan, Korku, Telaş.

I. GİRİŞ

1- Konu

Adalet Bakanlığınca hazırlanan yeni Ceza Kanunu Taslağında bölüm başlığı olarak benimsenen "Hukuka uygunluk sebepleri" adı altında "Kanunun hükmünü ve amirin emrini icra", "Meşru müdafaa", "Mecburiyet (zaruret) hali", "Hakkın icrası", "Mağdurun rızası" müesseseleri toplanmış ve hepsini kapsamak üzere "sınırın kast olmaksızın aşılması" haline yer verilmiştir (Tasarı m. 28-31). Biz bu yazımızda özellikle "Hakkın kullanılması"nı inceleyeceğiz. Yazımızda hukuka uygunluk sebeplerinden "amirin emri", "meşru müdafaa", "zaruret hali" üzerinde durmayacağız. Tasarıda kabul edilen ve ceza kanununda henüz yer almayan iki halden "hakkın kullanılması", "rıza" müessesesinden söz edeceğiz.

Hukuka aykırılığın varlığını kaldıran sebeplerin başında "sosyal zarar"ın bulunmaması gelir (1).

Sayılan hallerin, bu arada "Hakkın Kullanılması ve rıza'nın fiili suç olmaktan çıkarması", cezasızlık sebebi sayılması önemlidir. Kanun hem "hak"ı kabul hem de diğer yandan hakkın yerine getirilmiş olmasını suç sayamazdı.

(1) Antolisei (Elementi...), s. 49.

Bir hakkın kullanılması ve fiilin suç sayılması aynı mevzuat içinde çelişkili olurdu. Hakkın kullanılmasının cezayı kaldırması sebeplerinden biri de budur (2).

Kısaca bir hakkın icrası cezayı kaldırır (3).

Tasarımın 30. maddesinde başlık "Hakkın icrası"ndan, Metin'de ise "Hakkın Kullanılması"ndan söz edilmektedir.

Bir ceza kuralına karşı fiilin suç olması nedeniyle hukuk ile fiil arası çatışma "hukuka aykırılık" diye anılan bir durum ceza hukukunda ilke sayılabilir. Bir çok yazarın kabul ettiği gibi hukuka aykırılık "suçun unsuru" değildir (4). Hukuka aykırılık "suçun karakteri", hem de "esası karakteridir." (5).

Her halde hukuka aykırılık konusunda "tipiklik" in açıkça gösterilmesi gerektir. Yasak olanla serbest olan açıkça anlaşılmalıdır (6). "Fiil evvela suç tipine uygun olacaktır. Sonra da hiç bir hukuk kolu tarafından müsaade edilmemiş olacaktır. Aksi takdirde fiilin hukuka aykırılığında bahsolunamaz. Fiil hukuka uygun olursa, suçun hukuka aykırılık unsuru eksik olduğundan, suç meydana gelmez" (7).

2- Hakkın kaynağı

Kullanılan ve kullanılması suç sayılmayan hakkın kaynağı nelerdir? Tasarımın 30. maddesinde "Kanun ve nizamlar"dan, "bir mesleğin icrası"ndan doğan "Hak"dan söz edilmektedir. Yürürlükteki Kanunda ise (TCK 49) sadece "kanun"dan söz ediliyor.

"Kanun ve nizamdan doğan hak" formülü konuyu geniş tutmak eğilimini gösterirse de "nizam"dan doğan hak deyimi yine de düşündürücüdür. Eğer bu ibareler "bir hukuk kuralı"ndan doğan hakkı kastediyor ise maksat daha iyi açıklanmış olurdu. Hukuk kuralı her daldan (Cezai, medeni, ticari, idari, vs.) olabilir.

Hukukun genel prensipleri, suçun cezasını kaldıran hukuk kuralı değil, yorum aracıdır (8).

- (2) Sabatini (G.), Istituzioni di dirittopenale (Cantania, 1945) s. 58.
- (3) Antolisei (F.), Manuale di diritto penale (4. Bast Milano, 1960) n. 110 s. 201
- (4) Antolisei (F.) Elementi di diritto penale (Parts generale, Torino, 1944) s. 55
- (5) Antolisei (Elementi...), s. 55
- (6) Manfredini (M.), Manuale di diritto penale (Milano, 1931) n. 51 s. 54
- (7) Kunter (Suçun unsurları...), s. 41
- (8) Cavallo, s. 82, n. 10

Ceza Kanunu hükmü ile hakkı kabul eden ceza yargılama hukuku karşılaşabilir. Kişi hürriyeti aleyhine suç ile (TCK 179) meşhut suç failinin yakalanması gibi (CMUK 127); Usul Yasası hükmü "Hak" doğurmuş sayılır. Durum Medeni Kanun ile Ceza Kanunu arasında da meydana gelebilir. Başkasının mülküne zaruri tecavüz (MK 677), zilyedin "müdafaa hakkı" (MK 894) gibi (9).

Karşılaşma hukukun her dalı arasında olabilir. Böylece "kuralların içtimalı" bahis konusu ise de "kurallar arası çatışma"dan söz edilemez.

Hakkın "kanun"dan, "nizam"dan, "mesleğin icrası"ndan doğmuş olması gereklidir. Tasarı böyle demektedir. Bazı yabancı kanunlar tahdidi bir usul seçmemişler, "bir hakkın veya bir hukuk kuralının yüklediği bir görevin icrası" formülünü kullanmışlardır (Örneğin İtalyan CK. 51).

Hakkını kullananın suç işlemiş olamayacağı kuralı oldukça uzun bir gelişmeden sonra doktrinde şekil kazanmıştır (10). Bu itibarla Türk Ceza Kanununda böylesine bir hüküm yoktu. Adalet Bakanlığı Tasarısında bu boşluk doldurulmuştur.

Hakkın kullanılması (icrası) cezayı kaldırır. Kanun hukuksal gelenekte kısmen kabul edilmiş bir prensibi yasal kural haline getirmiştir (11).

3- Tasarının öngördüğü hüküm

Tasarıda (m. 30) şu hükme raslanmaktadır: "Kanundan ve nizamlardan veya bir mesleğin icrasından doğan bir hakkı kullanan kimseye ceza verilmez". Böylece tasarı bir "cezasızlık sebebi"ni öngörmüş, "hukuka uygunluk" halini açıklamak istemiştir. Tasarı gerekçesinde (sh. 186) yürürlükteki kanunda "yer almamış bulunmakla beraber, doktrinde ve Yargıtay içtihadlarında yeri bulunan iki hal, bu kerre öntasarıda hukuka uygunluk sebepleri olarak ifade edilmiş bulunmaktadır" denilmektedir.

Her hangi bir fiile suç denemez. Suç "hukuka aykırı bir fiil"dir (12), hukuka uygun olan suç sayılmaz.

Konu "hukuka aykırılık" veya aksi "hukuka uygunluk" olarak ele alınmalıdır (13).

(9) **Dönmezer-Erman**, II, s. 41

(10) **Cavallo** (V.), *L'esercizio del Diritto* (Napoli, 1939), intraduzione

(11) **Mantovani** (F.), *Esercizio del diritto*, enciclopedia del diritto XV, s. 627

(12) **Maggiore** (G.), *Principi di diritto penale* (I. Bologna, 1937) ss. 253

(13) **Hippel** (B.) *Manuale di diritto penale* (Napoli, 1936) s. 152

“Hukuka uygunluk bütün hukuk nizamı bakımından bahis mevzuudur. Herhangi bir hukuk dalının emir ve tecviz ettiği fiil, hukuka uygundur” (14).

Hak kavramının kökeni özel hukuktan geliyorsa bu durum özel hukukun ceza hukuku alanına taşıdığını gösterir.

Hakkın kullanılmasının tazminatı gerektirmeyeceği Borçlar Hukukunda da (BK 52/3) kabul edilmiştir. Medeni Kanun dahi bu kurala yabancı değildir. O halde Özel hukuk veya hukukun diğer dallarında mevcut “hakkın kullanılma”nın ceza hukukunda daha açık ve genel hüküm niteliğinde gösterilmesi isabetli olmuştur.

Ana-babanın çocuklar üzerinde “tedip hakkı” (MK 267) Medeni Kanundan gelir. Bu hakkın icrası suçun oluşmasına engeldir. Bu hakkın icrasının meydana getireceği müessir fiil, hürriyetten mahrumiyet gibi hal-ler cezayı gerektirmez, yeter ki ifrata kaçılmasın (Bettioli, s. 264).

Ana, babanın çocukları üzerinde terbiye yetkisi vardır. Bu yetki kanunlarda tanınmıştır. Bu yetkinin kullanılması suç kaldırır, fakat yetki sınırının aşılması suça meydan verir (TCK 477-479). Çünkü “terbiye, nezaret hakkı” ifratı kapsamaz (15).

“Terbiye hakkı” (Ius Corrigendi) “kötüye kullanılmamışsa” bir “hak” olarak cezayı kaldıracaktır.

Cezaların infazı suç teşkil etmez. Kanundan gelen bir hakkın kullanılması bahis konusudur. Tevkif müzekkeresinin yerine getirilmesi, zabıt, müsadere, silah kullanılması, aynı sebeble suç sayılmamağa misallerdir (16).

II. KURALIN ANALİZİ

1- Hak kavramı

a) Hakkın kökeni: Herhangi bir “hukuki kural” yeterlidir, bu kuralın kamu hukuku veya özel hukuk alanında olması mümkündür. Bu kural Kanundan, nizamdan (tüzükten), kararnameden, hukuki bir örften, hatta kanunun açıkça kabul ettiği hallerde “nasafet”den gelmiş olabilir (17).

Kanunun yolladığı bir örf, adet kuralı, sübjektif hak doğurabilir. Böyle örf ve adet Ceza Hukukunda suçun cezasını kaldırmış olur. Bu açıdan “Ka-

(14) **Kunter** (N.) Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (İstanbul, 1954), s. 9

(15) bk. Antolisei, s. 203

(16) **Logoz** (P.) Commentaire du code penal suisse (Partie generale, 1939), s. 128

(17) **Saltelli-Di Falco**, s. 167

nunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı işe karışır (18). Fakat suçun kanunî un-
suru kalkmış sayılacaktır.

"Hukuk kuralı" Türk hukuku veya Türk hukukuna ilişkin kuraldır.
Kanun ile kanun hükmünde kararname arasında -hatta kararnameler
henüz Meclisten geçmemiş olsalar dahi- suçu kaldıran hak sayılır. Fakat
Meclisten henüz geçmemiş kararnamelerin cezai sonuçları olamayacağı tar-
tıslabilir.

Hak kanundan doğmuş olabileceği gibi "örf, adet, kuralı"ndan da
gelmiş olabilir (19), yeter ki gerçek, yerleşmiş bir örf ve adet bahis konusu
olsun.

Halkın müstehçen saydığı fiil ölçü olarak kabul edilirse bu ölçü dahi
hak doğurucu bir örf ve adet sayılır. "Ortak duyguya göre müstehçenliğin"
saptanacağı (20) ileri sürülmektedir.

"Hak" kullanılmasından evvel veya kullanıldığı sırada ihtilafı olma-
malıdır, böyle olunca kullanılması için hakime başvurmak gerekecektir (21).

Ahlak kuralları, suçun cezasını kaldıran "hak" yaratmaz (22).

b) Sübjektif hak kavramı: Tasarının 30. maddesinde sadece "hak"-
dan bahsedilmemektedir. Bahis konusu olan "meşru bir yetkinin kullanıl-
ması"dır (23).

Sübjektif hak özel veya kamusal olabilir. Bu objektif hakkın niteliğine
bağlıdır (24). "Sübjektif bir hak bahis konusu olmalıdır"(25).

Sübjektif kamu hakkı bir kamu hukuku kuralından gelen haktır (26).
Bu hak toplumun üyesi olarak fertlere aittir.

Özgürlük hakları, yürütmenin ferdin özgürlük alanına, kanunsuz mü-
dahalesini önlemeği sağlar, bu itibarla sübjektif bir kamu hakkıdır (27).

(18) Cavallo, s. 74, n. 6 d.

(19) Bettini, s. 263

(20) Mozanti (M.), L'aseno et diritto penale (Milano, 1956) s. 30 kşz. Erem, IV, ss. 221

(21) Bu konuda Kendiliğinden hak alma suçu hususunda bk. Cavallo, s. 106 n. 2: kşz. Erem,
III, ss. 593.

(22) Cavallo, s. 54, no. 5

(23) Bk. Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 9. Bast, II. s. 33.

(24) Bk. Cavallo, s. 54, no. I

(25) İtalyan Yğ. Kararı 7 novembre 1952, Lattanzi (G.) i cadici penali (Napoli, 1962), m. 51

(26) Cavallo s. 55 n. 6

(27) bk. Cavallo, s. 56

(28) Cavallo, s. 108, n. 4

c) Hakkın sahibi: Kullananın hakkın sahibi (veya zilyedi) olması gereklidir. Bununla beraber açık veya zımni bir vekalet ile de hak kullanılabilir (28).

Hakkın kullanılması "hukuka uygunluk" yaratır. Bunun için hak sahibinin "sübjektif hak"ın sahibi olması gerekir.

d) Hak-suç ilişkisi: Suç işlenmeden hakkın korunmasının olanak dışı olması gereklidir. Bu ise "hak" ile "suç" arasında bir ilişkinin (bir bağın) zorunlu olduğunu gösterir.

2- Mesleğin icrası

Tasarı (m. 30) "Bir mesleğin icrasından doğan bir hakkı kullanan kimseye ceza verilmez" demektedir. Mesleğin icrasını, düzenini, yetkilerini tanzim eden hukuk (kanun) kuralları cezazsızlık sebebidir. Aşağıdaki konular örnek olarak gösterilmiştir.

a) Sağlık işleri: "Tedavi maksadile olduğu kadar, başka maksatlarla, mesela estetik cerrahi maksadı dolayısıyla müdahalede bulunan hekim daima mesleki bir hakkını kullanmakta ve bu sebebledir ki, müdahalesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır (29).

Hekim, mesleği nedeniyle kullandığı hakkın sahibi olmalıdır. Hak sahibi değilse (ameliyatı veya o tür ameliyatı yapmağa mezun değilse) cezazsızlıktan faydalanamaz.

b) Savunma dokunulmazlığı: "Savunma dokunulmazlığı" (TCK 486) "hakkın icrası"ndan başka bir şey değildir (30).

c) Gazetecilik: Gazeteci bir kişinin şerefine veya şöhretine yayımlarıyla zarar vermiş olabilir. Bunlara siyasal, kişisel, hatta bilimsel yermelerde rastlanır. Bunlarda "hakaret ve sövme" şartları mevcut değil ise "Basın Özgürlüğü"nü düzenleyen "hak"dan faydalanırlar (31).

Gazetecilik mesleğinin icrası haber toplamayı ve vermeği kapsar. Gazetecilik mesleğini düzenleyen yasalar gazeteciye bu yetkiyi tanımıştır. Fakat haberin "objektif" nitelikte verilmesi şarttır. (32).

d) Spor hareketleri: Spor iki tür olabilir: Hasma karşı şiddet kullanmanın zaruri olduğu sporlar (Güreş, boks gibi) ve şiddet kullanılması yasak o-

(29) **Dönmezer-Erman**, II, s. 54

(30) bk. **Erem**, Özel Hükümler, IV, s. 605, **Foschini** (G.) Reati et pene (Studi...), s. 99

(31) **Kşz. Antolisei**, s. 203

(32) Ayrıntılar için bk. **Dönmezer**, Basın hukuku, 4. Bası 976, 299

lanlar (Atletizm, tenis, futbol gibi). İkinci halde "manevi unsur"un bulunmadığı, hasmın rızası, örf ve adet gibi gerekçeler gösterilerek spor hareketlerinin yasaya aykırı olamayacağı savunulmuştur.

Şiddete dayalı spor gösterilerinde "riski göze almak" esastır. Oyun kurallarına uymak veya uymamak önemlidir. Şiddet kullanarak oynanan sporda örf ve adet'in cezayı kaldırdığı, rızanın aynı sonucu verdiği kabul edilir (33).

3- Cezası kalkacak suçlar

Kullanılan hak ile cezasız kalacak suç arasında bir ilişki bulunmalıdır. Fakat uygulamada şöyle düşünülebilir: Eğer her suç için cezasızlık kabul edilirse bir çeşit "dokunulmazlık" yaratılmış olacaktır. Jandarmanın kaçan mahpusu öldürmesi, malını almak için mal sahibinin kaçan hırsızını öldürmesi gibi. Jandarma ve mal sahibinin hakları sınırsız değildir. Sınırların aşılması hakkı "haksızlık"a dönüştürür (35).

Tasarı "hakkın kullanılması"ndan söz ettiğine göre bunun anlamı üzerinde durmak gerekir. Hakkın içeriğinin gerçekleştirilmesi, kişinin yetkiyi kullanmasıdır.

Suçun yok sayılabilmesi için "hak"ın özü, biçimi, kanunun kabul ettiği sınırlar içinde kullanılmış olması lazımdır. Ancak böyle kullanılırsa hak meşru olarak kullanılmış olur.

Her memleketin kanunu aynı genişlikte değildir. Bazı kanunlar konuyu belli suçlara indirgeli saymışlar, bazıları genel hüküm niteliğinde almıştır. Fransız Kanununun 327. maddesine göre adam öldürme, yaralama, darp kanun tarafından ve resmen emredilmiş ise suç yoktur. Böylece bir "görev"den söz edilmekte, "hakkın icrası" bunun dışında kalmaktadır. Çünük kanun hükmü, resmi makamın emri "hak" sayılmaz.

Fransız yazarları oldukça dar olan formülü (m. 327) genişletmek bütün suçlara teşmil etmek çabası içindedirler (36).

İsviçre Ceza Kanunu (m. 32) şu hükmü getirmiştir: "Bir görev veya mesleğin gerektirdiği hareket suç teşkil etmez."

(33) İtalyan Temyiz kararı, *Lattanzi* (G.), i cadici penali (Milano, 1962) m. 5 5 not.

(34) *Dönmezer-Erman II*, s. 49, *Erem, Tandoğan*, Bankalar Kanunu şerhi (Ankara, 1989) ss. 327.

(35) bk. *Cavallo*, s. 112 kısz. Carnelutti, teoria generale del reato, s. 142 *Saltelli* (C.), *Di Falco* (E) Commento teorico-pratico del nuovo codice penale (I, Torino, 1931) s. 305, n. 166

(36) *Garraud*, Traite theorique et pratique de droit penal français (Paris, 1888, I, s. 391), *Roux*, Cours de droit criminel français (Paris, 1927, I, s. 182), *Donnedice de Vabres* Traite elementaire de droit criminel et de legislation penal compare (Paris 1938 s. 243)

4- **Hakkın kötüye kullanılması**

Hakkın sınırının aşılması ve hakkın kötüye kullanılmasının suç sayılması aynı mevzuat içinde ahengi sağlar.

Hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Tasarı "hakkın icrası"ndan söz ederken elbette bunu kasetmiştir (37).

"Hükümete müsaevata muktedir" olmasına rağmen kendiliğinden hak alan kişi "hak"ını kötüye kullanmıştır (bk. TCK 308).

Kendi malını yakmak suç değil ise de başkasını şahsen veya malen zarar veya tehlikeye maruz bırakan kişi (TCK 381) artık "kendi malını yakmak hakkı"ndan faydalanmış olamaz (38).

III. RIZA

Yasal modele uygun bir fiil, yani suç hak sahibinin rızası ile bu niteliğini yitirir (39). Suç vasfı kalkmıştır.

Bir anlayışa göre "tasarruf edilebilen hak" Devletin münhasıran ferdin serbestce kullanılmasına tanınmış haklardır (40). Bu anlayışa göre rıza konusu Devletin menfaati olan haklara (Devletin şahsiyetine, idare aleyhine, adliye karşı suçlar gibi) muayyen olmayan sayıda kişilere karşı işlenen suçlara ilişkin haklara (ammenin nizamı, selameti, ammenin itimadı, ekonomisi, ahlakına karşı suçlar gibi) ilişkin olanlara etkili değildir.

1- **Geçerli rıza**

Tasarı şu hükmü öngörmektedir (m. 30/2): "Üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere mağdur tarafından açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı da kimseye ceza verilemez."

Yeni İtalyan Kanununa göre (m. 50) "üzerinde muteber bir şekilde tasarrufta bulunulabilen bir hakka kişinin rızası ile zarar veren veya tehlikeye sokan kimse cezalandırılmaz". Bu hüküm tasarıdaki hükmün hemen hemen aynıdır.

Rızanın konusu zarar verilen veya tehlikeye sokulan "hak"dır. Bütün haklar mı, yoksa bazı haklar mı bahis konusudur? Tasarruf edilebilen haklar düşünülmüş, tasarıda bu haklar dahi "üzerinde mutlak surette ta-

(37) Özlü bilgi için bk. **Dönmezer-Erman**, 11, s. 38

(38) bk. **Antolisei**, s. 203

(39) **Maggiore**, s. 286, no: 10

(40) **Antolisei** (Elementi...), s. 60

sarruf edilebilecek hak" olarak açıklanmıştır. Bunu "tayin kolay değildir" (41). Tasarının Meclis Komisyonlarında tazyih edilmesi temenni olunur. Eğer bu yapılmazsa uygulamanın bir çözüm getirmesi beklenebilir. Bunun için ise "üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek hak"a ilişkin rıza yerine "gerçek rıza" denilmesi isabetli olur. Her ne kadar cinsi temasa gösterilen rıza geçerli ise de bu sırada müessir fiile rıza geçerli değildir (42).

Rıza ciddi ve gerçek olmalıdır. "İrade beyanı"nda irade ile beyan arasında çelişki bulunmamalıdır. (43).

Rızanın varlığı "zımnen" kabul edilebilir. "Mağdurun razı olduğu, hal ve durumundan anlaşıldığı takdirde, fiilin işlenmesine engel olmaması, ses çıkarmaması da rıza şeklinde kabul edilebilir" (44).

"Mağdur tarafından açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez" (Tasarı 30/2) kuralı ile "hakkın icrası" birbiri ile karışmış gibidir. Mağdurun "üzerinde mutlak surette tasarruf edemeyeceği bir hak" bahis konusu ise "hakkın icrası" mazereti etkili olabilir mi?

Rıza yeterlidir, anlaşma aranmaz. Rıza tek taraflı bir irade beyanıdır. Fail bilmese dahi rıza geçerlidir. Rıza şekle bağlanmamıştır. Kanunun veya örf ve adetın kabul ettiği her şekil içinde rıza geçerlidir. Söz, yazı, jest, icabi, selbi fiil, hatta "sükût" biçiminde olabilir (45).

2- Rızanın niteliği.

Geçerli rıza'nın nasıl olabileceği konusu tartışmalıdır.

Bir anlayışa göre ceza kuralının koruduğu çıkarın (menfaatin) sahibi olan kişi, diğer bir deyimle suçun hukuki konusunu teşkil eden çıkarın ilgisi, başka bir deyişle "suçun pasif süjesi" olan kişi rızanın sahibidir. Bu kişinin rızası geçerlidir. Yeter ki bu kişinin rızası (küçüklük, akıl maluliyeti, temyiz kudreti yokluğu gibi) sakatlanmış olmasın (46).

Suçun mağdurları birden fazla ise her birinin beyanda bulunması gerekir. Hepsi rızalarını beyan etmelidirler ki fiil suç olmaktan çıksın.

(41) **Maggiore**, s. 290

(42) İtalyan temyiz kararı, bk. **Lattanzi**, m. 50, nt

(43) **Foschini** (G.) Reati e pene (Studi, Milano, 1960) s. 4

(44) **Dönmezer-Erman** II, s. 77

(45) **Maggiore**, s. 289

(46) **Bettiol** (G.) ,Diritto penale (Palermo, 1962), s. 263

“Rıza, suçun işlendiği sırada veya suçun işlenmesinden önce bulunmak gerekir” (47). Suçun işlenmesinden sonra rıza (icazet) etkili olamaz.

Tasarıda (m. 30/2) “üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek hak”ka ilişkin rızadan söz edilmektedir. Bu hükmün benzeri olan İtalyan Kanununda (m. 50) ise rızanın hukuken geçerli olması yeterli görülmüştür. O halde rıza işlenen suça göre değil, hakkın vasfına göredir. O halde hakka zarar veren veya tehlikeye sokan fiile rıza göstermek değil, açıklanan rızanın üzerinde tasarruf edilebilen bir hakka ilişkin olmasıdır. Böyle olunca “icazet”in cezayı kaldırabileceği iddia olunabilir (48).

Halen Kanunumuzda rızaya ilişkin genel bir kural yoktur. Tasarı bu boşluğu doldurmaktadır.

Mağdurun rızasının ceza hukukunda geçerli olabilmesi için bazı koşullara uygun olması gerekir.

Tasarıda (m. 30/2) “üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere, mağdur tarafından açıklanan rıza çerçevesinde, işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez” denilmektedir. Bu hüküm bütün suçlar için geçerlidir. Buna karşın “talep üzerine öldürme suçu” (Tasarı m. 135) mağdurun rızasından (Tasarı m. 30) ayrı bir hükümdür. Çünkü talep üzerine öldürme halinde üzerinde tasarruf edilebilmesi mümkün bir hak bahis konusu değildir.

Yürürlükteki kanunda rıza veya talep halinde öldürme suçu hakkında hüküm yoktur. Tasarıda ise (m. 135) şu hüküm yer almaktadır: “İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap veren bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadı ile öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” (49).

“Üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek hak” üzerinde durulacak bir konudur. Zira rızanın hukuka uygunluk doğurması ancak bununla mümkündür. Takibi şikayete bağlı suçlar bakımından tereddüde lüzum yoktur. Şeref ve haysiyete ilişkin suçlar da böyledir.

(47) **Dönmezer-Erman**, II, s. 78

(48) Tartışma için bk. **Maggiore**, s. 287, n. 10

(49) Talep üzerine öldürme için bk. **Erem**, Özel hükümler, II, s. 288, **Florian**, IV, s. 44, **Antolisei**, I, n. 12, s. **Manzini** VII, n. 2378, **Badre**, L'influence du consentement de la victime, Carrara (Programma...) I, s. 1087, **Ferri**, L'omicidiosuicidio (Torino, 1855).

Kanun koyucunun, rıza ile suç olmaktan çıkarılmasında sakınca görmediği hakların tasarının 30. maddesinde yer alan "tasarruf edilebilir hak" olduğu biçiminde bir anlayış kabul edilebilir (50).

Tıbbi ameliyatlarda rıza üzerinde durulmaktadır:

Tıbbi müdahalelerde de mesleğin yasal kurallarından gelen "hak" ele alınır. Esasında bu "Kanun"dan gelen bir hak sayılabilir.

a) Tıbbi müdahalede (Örneğin cerrahlıkta) "tipiklik" meydana gelmemiştir. Çünkü müdahale zarar vermek için değil, kurtarmak maksadı ile yapılmıştır.

b) Manevi unsurun yokluğu ile tıbbi müdahalenin cezasının yokluğunu savunanlara göre hekim suç işlemek kastı ile değil, hastasına iyilik getirmek için hareket eder. Kusurlu hareketi hekimin "taksirli sorumluluk" halini doğurur.

c) Diğer bir görüş toplumun yararının üstün tutulmasıdır. Genel olarak sağlığın korunması esastır.

d) Genellikle tıbbi müdahalenin geçerliliği mağdurun rızası ile açıklanmaktadır. Eğer hekim mağdurun rızası olmaksızın veya rızaya karşı fiili işlemiş ise suçlu sayılacaktır.

3- Rızanın ispatlanmamış olması

Mağdurun rızayı açıklamak ehliyetine sahip olması, suç işlenmiş olsa idi zarar görecektir hakkın sahibi olması gereklidir. Rızanın sakatlanmaması şarttır.

IV. SINIRLARIN AŞILMASI

1- Taksirli sorumluluk

Tasarıda (m. 31) şu hüküm yer almaktadır: "Yukarda sayılan hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiil, taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı ceza altında birinden üçte birine kadar indirilebilerek hükmolunacak-sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilemez".

(50) *Antolisei*, s. 207

(51) *Cavallo*, s. 240, n. 4

Tasarı gerekçesinde (sh. 187) şöyle denilmektedir: “31. madde hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde ne suretle işlem yapılacağı” gösterilmiştir.

Sınırın taksirle aşılması halinde evvela kullanılan hakka bakmak lazımdır. Eğer hak esasen mevcut değilse aşırılık da söz konusu olamaz. Bu objektif bir koşuldur.

Taksirle sınırın aşılmasını saptamak için hakkın kullanılmasının subjektif ve objektif sınırları açısından failin psikolojik durumu üzerinde durmak lazımdır (51).

Zabıta memuru yakaladığı kişinin kelepçe takarken şiddete kaçarak kolunu kırsa tedbirsizlikle müessir fiilden hüküm giyer (TCK 459). Başkasının arazisine hayvanını aramak için giren, ekine zarar veren kişi cezalandırılmaz. Çünkü fiil cezalandırılmamıştır. Tasarıdaki “sınırın kast olmaksızın aşılması” (Tasarı m. 31) böyle anlaşılmalıdır.

Kanunun koyduğu sınırın kast olmaksızın aşılması hak sahibinin taksirden ceza görmesini gerektirecektir. Kaçanı meşhut suç halinde yakalamakla birlikte müessir fiilde bulunan kişiyi yakalamanın zaruri kıldığı hareket dışında (yakalananın dövülmesi gibi) ceza verilmesi gerekecektir. Eğer sınır bilerek ve isteyerek, yani kasıtlı aşılmış ise, artık taksirden söz edilemez. Fail kastına göre ceza görür (52).

2- Taksirin çeşitleri

Tasarı (m. 22/3) basit taksir ile “şuurlu taksir”i ayırmış, “failin tahmin ettiği neticeyi istememesine rağmen, neticenin meydana gelmesi hali”ni şuurlu taksir olarak tanımlamıştır. Acaba bu ikinci tür taksir bahis konusu ise çözüm nasıl olacaktır? Her halde “taksir” hakkındaki hükme itibar gerekecek, ceza üçte bir arttırılacaktır (Tasarı m. 22).

Hak sınırlarının “taksir” ile aşılması halinde fiil kanunda taksirle cezalandırılıyorsa ona göre fail (hak sahibi) ceza görür. Eğer kanun taksir görmüyorsa fiil cezalandırılmaz (53).

3- Heyecan, korku, telaş

Tasarı gerekçesinde (sh. 188) şöyle denilmektedir: “31. maddenin son bendi ise (ikinci fıkrası) sınırın, mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya

(52) İtalyan yargıtay kararı. bk. *Lattanzi*, n. 55, nt.

(53) *Cavallo*, s. 239, n. 3

telaş sebebi ile aşılmasını bir cezasızlık sebebi saymaktadır". Böylece heyecan ve korku Adalet psikolojisi konusu olarak tasarıya alınmış olmaktadır (54).

Sınırı aşan kişinin psikolojik durumu üzerinde durmak gerekir. Böyle hallerde heyecan, korku, telaş nazara alınmak durumundadır (m. 31/2). O halde heyecan, korku, telaş "sınırın taksirle aşılması" halinde uygulanacaktır. Fakat madde "kasıt" olmaksızın aşılma halinden söz eder. Bu kayıt tereddüt doğurmaktadır.

"Heyecan", "korku", "telaş" tabirleri gerekçede açıklanmış değildir. Esasında korku, heyecanın bir çeşididir. Bu itibarla ayrıca maddede yer alması lüzumsuzdur. "Telâş" ise teknik bir terim sayılamaz. Eğer "heyecan" terimi nazara alınırsa buna "gazap" hali de (haksız tahrik) dahil olur ki uygulamada garip sonuçlar meydana gelecektir (55).

(54) Erem, Adalet Psikolojisi.

(55) bk. Erem Adalet Psikolojisi 8. Bası Ankara (s. 102-122), heyecan'ın izahı (s. 102) heyecan-irade (s. 108), gazap (s. 111), korku (118).