T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİN DALI
(CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)

CEZA HUKUKUNDA RIZA

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

Meral EKİCİ ŞAHİN

ANKARA- 2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİN DALI
(CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)

CEZA HUKUKUNDA RIZA

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

Meral EKİCİ ŞAHİN

Danışman

Doç. Dr. Muharrem ÖZEN

ANKARA- 2010

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....I
KISALTMALAR..... X

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

RIZA KAVRAMI, RIZANIN TARİHÇESİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE SUÇA ETKİSİ

BİRİNCİ BAŞLIK

RIZA KAVRAMI, RIZANIN TARİHÇESİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA

I. Kavram..... 4
II. Terim Sorunu..... 5
III. Tarihçe 10
A. Roma Öncesi Dönem..... 11
B. Roma Dönemi..... 11
C. Kanonik Hukuk..... 13
D. Cermen Hukuku 13
IV. Karşılaştırmalı Hukukta Rıza..... 15
A. Almanya 15
B. Avusturya..... 17
C. İsviçre 19
D. Diğer Bazı Avrupa Ülkeleri 23
E. Türk Hukukunda Rıza..... 24

İKİNCİ BAŞLIK

RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SUÇA ETKİSİ

I. Rızanın Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler 26
A. Hukuki İşlem Teorisi 26
1. Rızanın Özel Hukuk Alanına Ait Hukuki Bir işlem Olduğu Teorisi 26
2. Rızanın Kamu Hukuku Alanına Ait Hukuki Bir İşlem Olduğu Teorisi 27
3. Eleştiriler 28
B. Hukuki İşlem Teorisine Karşı Çıkan Teoriler 31
1. Genel Olarak 31
2. Menfaatten Vazgeçme ve Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorileri 31
a. Menfaatten Vazgeçme Teorisi (Interessenpreisgabetheorie) 31
b. Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorisi (Rechtschutzversichtstheorie) 34
c. Eleştiriler 37
3. Toplumsal Değer Teorisi 39
a. Teorinin Açıklanması 39
b. Eleştiriler 41
4. Kişinin Kendi Aleyhine Suç İşlemesi Teorisi 42
a.Teorinin Açıklanması 42
b. Eleştiriler 44
C. Diğer Teoriler 44
D. Değerlendirme 45
II. Rızanın Hukuken Tanınmasının Temel Nedeni 49
A. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı 49
B. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Anayasal Temelleri 53
III. Rızanın Suça Etkisi 55
A. Genel Olarak 55
B. Rızanın Suça Etkisini Açıklayan Görüşler 58
1. Rızanın Hukuka Aykırılık Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü 58
a. Görüşlerin Açıklanması 58
b. Eleştiriler 60
2. Hukuka Aykırılık ve Tipiklik Üzerinde Etkili Olan İki Farklı Rıza Türü Bulunduğuna İlişkin Görüşler 62

a. Görüşlerin Açıklanması 62
b. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan ve Tipikliğin Gerçekleşmesine Engel Olan Rıza Arasındaki Farklar 64
c. Eleştiriler 69
3. Rızanın Tipiklik Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü 70
a. Görüşlerin Açıklanması 70
b. Eleştiriler 74
4. Değerlendirme 74
B. Suç Tiplerinin Düzenlenişi Açısından Rızanın Önemi 82
1. Rızanın Varlığının Arandığı Suç Tipleri 82
2.Rızanın Bulunmamasının Açıkça Arandığı Suç Tipleri 83
a.Genel Olarak 83
b. Suç Tipinde Rızanın Bulunmamasının Açıkça Aranmasının Anlamı 84
aa. Hukuka Özel Aykırılık Olduğuna İlişkin Görüşler 84
bb. Hukuka Özel Aykırılık Olmadığına İlişkin Görüşler 85
c. Değerlendirme 87
3. Kanuni Tarifinde Rızaya Yer Vermeyen Suç Tipleri 91

İKİNCİ BÖLÜM

RIZANIN TİPİKLİK VE HUKUKA AYKIRILIKLA İLİŞKİSİ, RIZANIN ŞARTLARI

BİRİNCİ BAŞLIK

RIZANIN TİPİKLİK VE HUKUKA AYKIRILIKLA İLİŞKİSİ

I.Genel Olarak 93
II. Rıza ve Tipiklik Arasındaki İlişki 93
III. Rıza ve Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki 96
IV. Hukuka Aykırılık ve Tipiklik Arasındaki Etkileşim 97
V. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistemleştirilmesinde Rıza 98

İKİNCİ BAŞLIK

RIZANIN ŞARTLARI

I. Üzerinde Tasarruf Edilebilecek Bir Hukuksal Değerin Varlığı 101
A. Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler 101
1. Genel Olarak 101
2. Mutlak Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler 101
3. Sınırlı Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler 105
4. Tasarruf Edilebilen ve Tasarruf Edilemeyen Hukuksal Değerlerin Aynı Ceza Normu ile Korunması 108
B. Tasarruf Edilemeyen Hukuksal Değerler 109
1. Tasarruf Edilemeyen Kişisel Değerler 109
2. Topluma ve Devlete Ait Hukuksal Değerler 112
C. Rızanın İçeriği 113
1. Genel Olarak 113
2. Kasten İşlenen Suçlar 114
3. Taksirle İşlenen Suçlar 115
4. Neticeli Suçlar 119
5. Sırf Hareket Suçları 120
II. Rıza Gösterme Yeteneğinin Bulunması 121
A. Rıza Ehliyeti 121
1. Genel Olarak 121
2. Rıza Ehliyetinin Belirlenmesine İlişkin Görüşler 124
a. Hukuki İşlem Ehliyetine İlişkin Kuralların Doğrudan Uygulanması 124
aa. Genel Olarak 124
bb. Eleştiriler 125
b. Hukuki İşlem Ehliyetine İlişkin Kuralların Kıyasen Uygulanması 128
aa. Malvarlığına İlişkin Hukuksal Değerler 129
bb. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hukuksal Değerler 130
cc. Eleştiriler 130
c. Kusur Ehliyetine İlişkin Kuralların Uygulanması 131
aa. Genel Olarak 131
bb. Eleştiriler 133
d. Rıza Ehliyetinin Ayırt Etme Yeteneğine Göre Belirlenmesi 135

e. Değerlendirme 136
3. Rıza Ehliyetinin Unsurları 138
a. Genel Olarak 138
b. Rasyonel Unsur- Anlama Yeteneği 138
c. Duygusal Unsur- İsteme, İrade Etme Yeteneği 142
d. Rızayı Açıklayabilme Yeteneği 145
4. Rızanın Suça Etkisinin Rıza Ehliyeti ile İlişkisi 145
5. Temsil 148
a. Genel Olarak 148
b. İradi Temsil 149
c. Kanuni Temsil 151
III. Rızanın Açıklanması 152
A. Genel Olarak 152
B. Rızanın Açıklanmasına İlişkin Teoriler 153
1. Katı İrade Açıklaması Teorisi (Willenserklärungstheorie) 153
2. İradenin Yönü Teorisi (Willensrichtungstheorie) 154
3. Sınırlı İrade Açıklaması Teorisi (eingeschränkte Willenserklärungstheorie) 156
C. Rıza Açıklamasının Muhatabı 159
D. Açıklamanın Şekli 163
E. Açıklamanın Zamanı 164
F. Rızanın Geri Alınması 165
1. Genel Olarak 165
2. Bağlayıcı Rıza 167
IV. Rıza Özgür ve Sağlıklı Bir İradeye Dayanmalıdır 171
A. Genel Olarak 171
B. Rıza Ciddi Olmalıdır 172
C.Bilgilendirme 173
D.İrade Sakatlıkları 177
1. Cebir 178
2. Tehdit 180
3. Hata 181
4. Hile 187
5. Değerlendirme 192
V. Rızanın Sınırlandırılmasına İlişkin Olarak Hukuka, Genel Ahlak ve

Adaba Aykırılık Sorunu 195
A.Genel olarak 195
B. Genel Ahlak ve Adaba Aykırılığın Rızaya Etkisi 197
C. Genel Ahlak ve Adaba Aykırılığın Tespiti 201

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK

RIZANIN BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. Rızanın Varsayılan Rızadan Farkı 205
A. Genel Olarak 205
B. Varsayılan Rızanın Uygulama Alanı 206
1. Genel Olarak 206
2. Başkasının Menfaatine Hareket 209
3. Kendi Menfaatine Hareket 210
D. Varsayılan Rızanın Hukuki Niteliği 211
1. Genel Olarak 211
2. Zorunluluk Haline İlişkin Görüşler 212
3. Rızanın Bir Türü Olduğu Görüşü 215
4.Vekâletsiz İş Görmeye İlişkin Görüşler 216
5. İzin Verilen Risk Görüşü 218
6. Değerlendirme 220
E. Varsayılan Rızanın Şartları 223
1. Genel Olarak 223
2. Varsayılan Rızanın Konusu 223
3. Rızanın Açıklanamaması 226
4. Gerçeğin Bilinmesi Halinde Rıza Göstereceği Kanaatine Ulaşılmasını Sağlayan Yeterli Nedenin Bulunması 227
II. Rızanın Hipotetik Rızadan Farkı 228
A.Hipotetik Rıza Kavramı 228
B.Uygulamadaki Durum 229
C.Öğretideki Durum 232

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RIZANIN GEÇERLİLİĞİNİN TARTIŞMALI OLDUĞU BAZI KONULAR

BİRİNCİ BAŞLIK

YAŞAM HAKKININ İHLALİNE RIZA GÖSTERİLMESİ

I. Yaşam Hakkı 235
A. Genel Olarak 235
B. Rızanın Yaşam Hakkının İhlaline Etkisini Açıklayan Görüşler 237
C. Değerlendirme 240
D. AHİM'in Değerlendirmesi 243
II. Rızayla Yaşama Son Verilmesi 244
A. Ötanazi 244
1. Genel Olarak 244
2. Ötanazi Türleri 246
a. Aktif Ötanazi 246
b. Pasif Ötanazi 246
c. Dolaylı Ötanazi 248
3. Ötanazinin Suç Olmasına İlişkin Görüşler 249
a. Ötanaziyi Benimseyen Görüşler 249
b. Ötanaziyi Reddeden Görüşler 252
4. Ötanazinin Cezalandırılması 255
5. Değerlendirme 257
B. Talep Üzerine Öldürme 261
C. İntihara Yardım 263

İKİNCİ BAŞLIK

VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜ VE ŞEREF DEĞERİNİN İHLALİNE RIZA GÖSTERİLMESİ

I. Vücut Bütünlüğünün İhlaline Rıza Gösterilmesi 265
A. Genel Olarak 265
B. Vücut Bütünlüğünü İhlal Eden Fiillere Gösterilen Rızanın Sınırlandırılması 266
II. Tıbbi Müdahaleler 270
A. Genel Olarak 270
B. Tıbbi Müdahalelerin Tipikliğini Reddeden Görüşler 272
1. Tıbbi Müdahalenin Amacı 272
2. Tıbbi Müdahalenin Sonucu 273
3. Lex- Artis Teorisi 275
4. Eleştiriler 275
C. Tipikliği Kabul Eden Görüşler 277
D. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğunu Açıklayan Görüşler 279
1. Genel Olarak 279
2. Hakkın Kullanılması 280
3. Rıza 283
4. Zaruret Hali ve Manevi Unsurun Bulunmamasına İlişkin Görüşler 285
5. Karma Görüşler 286
6. Değerlendirme 289
E. Tedaviyi Kabul ve Ret Hakkı 293
F. Küçüklerin ve Kısıtlıların Tıbbi Müdahaleye Rızası 296
1. Genel Olarak 296
2.Yasal Temsilcinin Rıza Göstermekten Kaçınması 299
G. Rıza Olmaksızın Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler 300
1. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Katlanmak Zorunda Olduğu Haller 300
2. Kendiliğinden Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler 303
H. Rıza Açısından Özellik Arzeden Bazı Tıbbi Müdahaleler 307
1. Estetik Operasyonlar 307
2. Organ ve Doku Nakilleri 309

a. Genel Olarak 309
b. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Nakli 311
c. Ölüden Organ ve Doku Nakli 316
aa. Genel Olarak 316
bb. Ölüden Organ ve Doku Alınmasında Rıza 318
3. Kısırlaştırma 323
4. Kastrasyon 325
5. Gebeliğin Sonlandırılması 326
III. Kişinin Şeref Değerinin Korunmasında Rızanın Etkisi 330
SONUÇ 335
KAYNAKLAR 344

KISALTMALAR

ACK	: Alman Ceza Kanunu
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AD	: Adalet Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AT	: Allgemeiner Teil
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AvCK	: Avusturya Ceza Kanunu
AY	: Anayasa
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Samlung
BT	: Besonderer Teill
C	: Cilt
CCC	: Constitutio Criminalis Carolina
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dp.	: Dipnot
E	: Esas
FS	: Festschrift
GA	: Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	: Der Gerichtssaal
Hrsg.	: Herausgeber
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JR	: Juristische Rundschau

Jura	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristinzeitung
İCK	: İsviçre Ceza Kanunu
İsCK	: İspanyol Ceza Kanunu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
kn.	: Kenar No
LK	: Leipziger Kommentar
MedR	: Medizinrecht
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NPK	: Nufus Planlaması Kanunu
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖJZ	: Östereichische Juristenzeitung
OLG	: Oberlandesgericht
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun
ODNHY	: Organ ve Doku Nakilleri Hizmetleri Yönetmeliği
RGSt	: Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen
StGB	: Strafgesetzbuch
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vor.	: Vorbemerkung
Vorbem.	: Vorbemerkung
Y.	: Yıl
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZStrR	: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Rıza ceza hukukunun en eski ve en tartışmalı kurumlarından biridir. Romalı hukukçu Ulpinyan'ın aktardığı "rızayla gerçekleştirilen fiil haksızlık oluşturmaz" (nulla iniuria est, quae in volentem fiat)[1] sözü, ceza hukukunda yerleşmiş, geleneksel bir ifadedir. Bu söz günümüze kadar varlığını korumuş ve "razı olana karşı gerçekleştirilen fiil, suç değildir" (volenti non fit iniuria)[2] şeklinde ifade edilen, temel bir hukuk ilkesine dönüşmüştür. Bununla birlikte rıza, zamanla Roma döneminde sahip olduğu anlam ve önemi kaybetmektedir.

Tarihsel süreç içinde bireyin hak ve özgürlüklerini önemseyen felsefe ve hukuk akımlarının ortaya çıkması ve yaygınlaşmasına paralel olarak, hukuksal değer sahibinin iradesine verilen önem, ceza hukuku alanında yeniden artmıştır. Bireyciliğin öne çıktığı liberal, özgürlükçü ve insan haklarına saygı gösteren toplumlarda izlenen hukuk politikalarının bir sonucu olarak, kişinin kendi geleceğini belirleme ve kendi hukuksal değerleri üzerinde tasarruf etme hakkının sınırları tartışılmaya başlanmıştır. Kendi hak ve menfaatleri üzerinde tasarruf etme hakkına sahip olduğu kabul edilen bireyin, aynı zamanda bu hak ve menfaatlerine karşı gerçekleştirilen bir fiile de rıza gösterebileceği kabul edilmiştir. Ancak burada kişinin hangi hak ve menfaatleri üzerinde, nasıl tasarruf edebileceği rızanın geçerlilik alanının belirlenmesine ilişkin temel bir sorun olarak varlığını sürdürmüştür.

Rızanın geçerlilik şartları, uygulama alanı ve sınırlarının nasıl ve hangi ölçütlere göre belirleneceğine ilişkin sorunlar güncelliğini her zaman korumuştur. Özellikle, malvarlığı dışında kalan, kişinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı şeref, vücut bütünlüğü ve yaşam hakkına ilişkin olarak açıklanan rızanın hukuki etkisi çok tartışmalıdır. Bunun yanında, rızanın muhatabının kim olduğu, rızanın açıklanmasına gerek olup olmadığı, irade sakatlıklarının rızanın geçerliliğini nasıl etkileyeceği

---

[1] Digesta, D.47.10.1.5. Aktaran, ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., Müncehen 2006, §13, kn.1; HONIG, Richard, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, L. Bernsheimer- Manheim- Berlin- Leipzig 1919, s. 1-2.

[2] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 1.

konularında bir türlü uzlaşılamamaktadır. Rızaya ilişkin bu tartışmalar, bizi bu çalışmanın yapılmasına sevk eden nedenlerden biri olmuştur.

Bu çalışmanın yapılmasında etkili olan bir diğer neden ise, 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasıyla, rızaya ilişkin açık bir düzenleme yapılarak *kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceğinin* hükme bağlanmış olmasıdır. Madde gerekçesinde rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir. TCK'nın 26/2. maddesinde yer alan bu genel düzenlemeden başka, kanun koyucu TCK'nın özel hükümlerinde de kimi suç tiplerini düzenlerken hukuksal değer sahibinin "rıza" veya "rızasızlık" şeklinde ortaya çıkan iradesinin suçun oluşması açısından önemli olduğunu gösteren açık düzenlemeler yapmıştır. Kanun koyucunun kişinin rızasına açıkça işaret ettiği suç tipleri dışında, hukuksal değer sahibinin iradesinin önemli olduğu, kişinin rızasına aykırı bir hareketi zorunlu kılan suç tiplerine de TCK'nın özel hükümleri arasında yer verilmiştir.

Kanun Koyucu'nun TCK'nın genel hükümlerinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlediği rızaya, TCK'nın özel hükümlerini düzenlerken de yer vermesinin özel bir anlamının olup olmadığının araştırılması, rızanın suça etkisinin belirlenmesi açısından önemlidir.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde rıza kavramı, rızanın kısa tarihçesi ve rızanın karşılaştırmalı hukuktaki yerine kısaca yer verilmesinin ardından, rıza ile gerçekleştirilen fiil nedeniyle failin cezalandırılmamasının nedenleri ve rızanın suçun hangi unsuru üzerinde etkili olduğu üzereinde durulacaktır.

İkinci bölümde öncelikle rızanın, tipiklik ve hukuka aykırılıkla olan ilişkisi ile bu iki ceza hukuku kurumu arasındaki etkileşim ele alınacaktır. Böylece, rızanın suça etkisine ilişkin olarak kabul ettiğimiz ikili ayrımın temelleri açıklanmış olacaktır. Daha sonra rızanın şartları belirlenmeye, yeri geldikçe de hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza arasındaki farklar açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca, rızanın geçerliliğini etkileyen irade sakatlıkları ile rızanın

sınırlandırılmasında hukuka ve ahlaka uygunluk ölçütünün genel bir ölçüt olup olmadığına ilişkin bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

Bundan sonra, rıza ile varsayılan ve hipotetik rıza arasındaki farklar ortaya konacaktır.

Üçüncü ve son bölümde ise rızanın geçerliliğine ilişkin tartışmalı olan üç konu ayrıntılı olarak incelenecektir. İlk olarak yaşam hakkını, ikinci olarak kişinin vücut bütünlüğünü üçüncü olarak da kişinin şeref değerini ihlal eden fiillere rıza gösterilmesi ele alınacaktır. Rızanın geçerliliğine ilişkin tartışmalı konular bu bölümde incelenecek olanlarla sınırlı olmamasına rağmen, çalışmanın sınırlandırılması zorunluluğu böyle bir yöntem izlenmesini gerektirmiştir. Ayrıca burada incelenen konuların her birinin başlı başına ayrı bir tez konusu olacak kadar geniş olması, ikinci bir sınırlandırma daha yapmayı ve bu konuların yalnızca rıza açısından özellik arz eden yönlerinin ele alınmasını zorunlu kılmıştır.

Rızanın tipikliğin gerçekleşmesine engel olduğu suç tiplerinin, hem sayıca çok fazla olması, hem de bu suç tipleri açısından rızanın geçerlilik şartlarının, ilişkin olduğu suç tipine göre değişebilmesi, genel bir tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza teorisi geliştirilmesini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle bu tezin ilk ve ikinci bölümünde, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza, hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile aralarında var olan farklar açısından incelense de, üçüncü bölüm yalnızca rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu hallerle sınırlandırılacaktır.

Son olarak rızanın, ceza hukuku açısından olduğu kadar, özel hukuk ve ceza muhakemesi hukuku açısından da çok önemli sonuçları olduğunu belirtmeliyiz. Ancak özel hukuk ve ceza muhakemesi hukuku alanında etkili olan rızanın bu tez kapsamında incelenmesi, konunun sınırlarını fazlasıyla genişletecektir. Bu nedenle çalışmamızı yalnızca rızanın maddi ceza hukuku alanındaki etkileriyle sınırlandırmak zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

RIZA KAVRAMI, RIZANIN TARİHÇESİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE SUÇA ETKİSİ

BİRİNCİ BAŞLIK

RIZA KAVRAMI, RIZANIN TARİHÇESİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA

I. Kavram

Sözlük anlamı itibariyle rıza*, "razı olma, isteme, istek", "rıza göstermek*" ise *"razı olmak, onamak, uygun bulmak"* demektir[3].

Ceza hukukunda ise rıza göstermek, "*kişinin, kendi iradesi ile bir başkasının iradi davranışının örtüştüğünü açıklaması"*[4]*,* olarak tanımlanmıştır. Bunun yanında rıza göstermeyi*,* "*bir hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişinin, söz konusu hukuksal değerinden hukuken geçerli olacak şekilde vazgeçmesi"*[5]olarak tarif edenler de bulunmaktadır.

Toroslu ise, Grispigni'nin rızayı, "bir şahsın, hukuk düzenince yasaklanmış olan ve kendisine ait bir varlığın ızrarından veya tehlikeye konulmasından ibaret bulunan bir hareketin yapılması için başka bir şahsa verdiği izin" olarak tanımladığını aktarmıştır[6].

Bu tanımlar ceza hukuku öğretisinde genel olarak kabul görmekle birlikte, rızanın geçerlilik şartlarını içermediği için eleştirilmektedir. Rızanın suça etkisinin, ilişkin olduğu suç tipinin özelliğinden kaynaklanan nedenlere bağlı olarak

[3] TÜRKÇE SÖZLÜK, Türk Dil Kurumu, 10. Bası, Ankara 2005, s. 1657.
[4] KESSLER, Richard, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884, s. 26
[5] ZIPF, Heinz, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Neuwied und Berlin, 1970, s. 23.
[6] TOROSLU, Nasıl bir Ceza Kanunu, 1987, s. 47.

değişmesinin ve diğer hukuka uygunluk nedenlerine kıyasla nispeten daha fazla suç tipiyle bağlantılı olmasının genel bir rıza tanımı yapmayı zorlaştırdığı kabul edilmektedir[7].

Ceza hukuku öğretisinde rızayı tanımlamaya çalışan anlayışı tamamen reddeden ve bunu boş bir çaba olarak değerlendiren görüşler de vardır. Örneğin, bir görüşe göre, rıza herhangi bir tanımlamaya gerek duymayacak kadar açık ve yine kendisiyle tanımlanabilecek bir kavramdır. Rızayı açıklamak için başka kavramlara başvurmaya gerek yoktur [8].

Gerçekten de rıza, büyük ölçüde yine kendisi ile açıklanan, izaha pek gerek bırakmayan bir kavramdır. Rıza kişinin bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen bir fiili kabul ettiğini açıklamasıdır[9]. Ancak kişi, hukuksal değerini ihlal eden veya onu tehlikeye düşüren bir fiilin gerçekleştirilmesini kabul ettiğini açıklayarak, o hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçtiğini de açıklamış olur.

II. Terim Sorunu

Kanun Koyucu, 5237 sayılı TCK'da 26. maddenin başlığını, bugüne kadar kullanılan biçimi ile "*mağdurun rızası"* yerine "*ilgilinin rızası"* şeklinde düzenlemiştir. Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiş ve doğru terimin hangisi olduğuna ilişkin tartışmalara neden olmuştur.

TCK'nın 26. maddesinin gerekçesi şu şekildedir; "*maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedenin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir. Keza kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir.*

[7] GROPP, Walter, Rechtfertigungsgründe im Voretvurf von 1989 eines türkischen Strafgesetzbuches aus deutscher Sicht, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.195.
[8] GEERDS, Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, in GA, 1954, s.262- 263.
[9] MARKUS, Jochen, Die Einwilligungsfähigkeit im amerikanischen Recht- Mit einem einleitenden Überblick über den deutschen Diskussionsstand, Frankfurt am Main, 1995, s. 15.

Madde metnindeki "mağdurun rızası" ibaresi "ilgilinin rızası" veya "kişinin rızası" olarak değiştirilmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sirade açıklandığında etkili olur. Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, " mağdur" yerine " ilgili" veya "kişi" kelimesi tercih edilmiştir"[10] şeklindedir.

Kanun koyucunun *"mağdur"* yerine "*ilgili*" kelimesini tercih etmesi ve bu tercihi rızanın varlığının mağduriyeti ortadan kaldırmasına dayandırması eleştirilmektedir[11]. Bazı yazarlar, "mağdur" kelimesinin uygulama ve öğretimizde yerleşmiş ve üzerinde tartışma bulunmayan bir terim olduğuna ve bir hukuka uygunluk sebebinin varlığının ancak bir yargılama sonucunda belirlenebileceğine işaret eder: Bu süreçte fail ve mağdur sıfatlarının kullanılması zorunludur. *"Bu nedenle nasıl olsa rıza beyanı suç işlenmeden önce açıklanmalıdır o halde ortada mağdur ya da mağduriyet bulunmamaktadır şeklindeki götürü bir yaklaşım doğru değildir. Kaldı ki "ilgili" terimi de son derece geniş ve hukuki olmayan bir terimdir"*[12].

Buna karşın değişikliği destekleyen yazarlar[13], rıza fiili baştan itibaren hukuka uygun hale getirdiği için ortada bir suç olmayacağını, suçun olmadığı yerde de herhangi bir mağduriyetin doğmayacağını belirterek, yeni düzenlemeyi yerinde bulmaktadır.

---

[10] Rızanın, mağduriyetin oluşmasına engel olduğu yönündeki görüş için bkz: HOLER, Oskar, Die Einwilligung Des Verletzten, Zürich 1906, s. 87; Bkz: DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, Onikinci Bası, İstanbul 1999, kn. 745; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006, s. 539.

[11] HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 248; HAFIZOĞULLARI, Zeki, Hukuka Uygunluk Nedenleri, http://abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html, (siteye giriş tarihi 19.10.2009), s. 7; BAYRAKTAR, Köksal, Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Erdoğan Teziç'e Armağan, 2002, s. 20; ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı, Cilt I, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006, s. 366; ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Nihat/ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.314.

[12] ÖZBEK, C. I, s. 366; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 314; Aynı yönde, bkz. HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s. 248.

[13] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I (2006), s.539.

Arapça kökenli bir kelime olan mağdur, kadre, haksızlığa uğramış kişi, kıygın anlamlarına gelir[14]. Ceza hukukunda mağdur kavramı, ceza hukuku sisteminin temellerinden birini oluşturan çok eski ve yerleşmiş bir kavramdır. Öğretide "suçun pasif süjesi"[15] olarak da adlandırılan mağdur kavramına ilişkin farklı tanımlar yapılmaktadır.

En dar anlamda mağdur, suç teşkil eden fiilden doğrudan saldırıya uğrayan[16] veya suçun maddi konusunun ait olduğu kişi[17] olarak tanımlanır. Geniş anlamda ise ceza normu tarafından korunan ve suç teşkil eden fiil nedeniyle zarara uğratılan veya tehlikeye düşürülen hukuksal değerin sahibi olarak tarif edilmektedir[18].

Mağdur olma durumunu ifade eden mağduriyet ise suç neticesinde zarara uğramak[19], acı çekmek, kıygın olmak demektir[20]. Buna göre bir kişinin bir suç neticesinde mağdur olduğunu söyleyebilmek için, kişinin suç olarak tarif edilen fiil neticesinde cezai koruma altına alınmış olan hukuksal değerinin ihlal edilmesi veya tehlikeye düşürülmesi buna bağlı olarak da kişinin bir zarara, haksızlığa uğraması gerekir.

---

[14] TÜRKÇE SÖZLÜK, s. 1324; YILDIZ, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur, Suçtan zarar Gören, Şikâyetçi, Ankara 2008, s. 19; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s. 208.

[15] TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 174.

[16] TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, s. 95; Ancak bu görüş, suçun pasif süjesi ile suçun maddi konusunu birbirine karıştırıldığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 1173.

[17] ARTUK,/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I, s.473; DEĞİRMENCİ, Olgun, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 77, Temmuz/ Ağustos 2008, s. 36.

[18] TOROSLU, Genel Kısım, s. 95, Toroslu'ya göre, mağdur suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki varlık veya menfaatin sahibidir; TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu, s. 175- 176; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009, s. 507; ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 145; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006, s. 141.

[19] YILDIZ, Mağdur, s. 19.

[20] YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Ankara 1992; Suçun pasif süjesi olarak kabul edilen mağdur, hukuken suç olarak tanımlanmış bir fiilin işlenmesi veya fiili işleyene ceza verilmesi neticesinde, istenilmeyen veye beklenilmeyen olayla karşılaşan kişi olarak da tanımlanmıştır. Bkz. AKDEMİR, Süleyman, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, İzmir 1988, s. 25.

Ceza hukukumuz açısından yeni bir kavram olan "*ilgili*" kelimesinin anlamı: ilgisi bulunan, alakalı, alakadar, müteallikti[21]r. TCK'nın 26. maddesinin gerekçesinde, rıza mağduriyetin doğmasına engel olacağı için "*mağdurun rızası"* denmesinin doğru bir ifade biçimi olmayacağı belirtilir. Bu gerekçe neden "*mağdurun rızası"* denmemesi gerektiğini açıklamakta, fakat neden "*ilgilinin rızası"* denmesi gerektiğini açıklamamaktadır.

Maddenin gerekçesinde belirtilenin aksine, madde metninde "ilgili" veya "ilgilinin rızası" terimi hiç kullanılmamıştır. Ayrıca gerekçede, bu maddeyle düzenlenen rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu söylenmesine rağmen, madde metninde rızanın fiilin hukuka aykırılığını kaldıran bir neden olduğuna da işaret edilmemiştir. Bunun yerine, bölüm başlığı ile uyumlu bir ifade kullanılarak, rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceği, yani rızanın cezai sorumluluğu kaldıracağı belirtilmiştir[22].

Madde metninde yer alan, "*üzerinde mutlak surette tarasarruf edebileceği bir hak"* ifadesi de isabetli değildir. Nitekim Toroslu 1987 Ceza Kanunu Ön Tasarısın'da (m. 28/2) yer verilen aynı ifade yerine, "üzerinde hukuken geçerli şekilde tasarruf edebileceği bir varlık (veya menfaat)" denmesinin daha isabetli olacağına işaret etmektedir[23]. Aynı görüşü destekleyen Ünver'de hukuksal değer ölçütünün daha isabetli olacağını belirtmektedir[24]. Bizim de katıldığımız bu görüş, cezaen korunan menfaatlerin her zaman gerçek anlamda bir hak aşamasına ulaşmış olmayabileceğine işaret eder. Kişi, hak boyutuna ulaşmamış olan menfaatleri üzerinde de tasarruf edebilir[25].

TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrası okunduğunda, "*üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak"* ifadesini kullanan kanun koyucunun madde başlığından farklı olarak burada "*ilgilinin*" değil "*hak sahibinin rızasını"* düzenlediği görülmektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi, rıza gösterecek olan kişi,

[21] TÜRKÇE SÖZLÜK, s. 955.
[22] Eleştiriler için bkz. ÜNVER, Yener, YTCK'da Kusurluluk, CHD, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 64- 65.
[23] TOROSLU, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 47.
[24] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 986.
[25] Bkz., TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu, s. 98, s. 100 vd.

öncelikle ceza normu ile korunan hukuksal değerin sahibidir ve "ilgili" ifadesi hukuksal değer sahibini karşılamamaktadır.

"*İlgilinin rızası"* ifadesi daha çok, rızanın hukuksal değer sahibinin dışında başka biri tarafından da gösterilmesinin söz konusu olduğu durumları çağrıştırmaktadır. Gerçekten de, rıza gösteren kişi ile rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin sahibinin farklı kişiler olduğu istisnai bazı durumlar söz konusu olabilmektedir[26]. Örneğin, yapılması zorunlu tıbbi bir müdahaleye akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü nedeniyle, rıza gösteremeyecek durumda olan kişilerin yerine, onların yararına olmak kaydıyla kanuni temsilcileri rıza gösterebilir. Kanuni temsilci burada, doğrudan doğruya tıbbi müdahalenin konusu olan hukuksal değerin sahibi değildir, ancak bu hukuksal değerin sahibi ile temsilcilik ilişkisi içinde olan kişidir. Kanun koyucunun, "*mağdurun rızası"* yerine "*ilgilinin rızası"* demeyi tercih etmesinin nedeni bu gibi istisnai durumları da dikkate almak olsaydı, "*ilgili"* kelimesi hak sahibi dışındakileri de kapsayan bir kelime olduğu için yerinde olurdur.

Ancak, maddenin düzenleniş biçiminden, kanun koyucunun böyle bir düşünce ile hareket etmediği anlaşılmaktadır. Nitekim madde metninde ne yasal temsilciye ne de rıza göstermeye yetkili başka bir kişiye işaret eden bir ifadeye yer verilmemiştir.

Türk ceza hukukunda var olan terminoloji karmaşasına benzer bir duruma Alman ceza hukuku öğretisinde de rastlanır. Alman ceza hukuku öğretisinde "*rıza"* için, "*yaralananın rızası*" (die Einwilligung des Verletzten), "*yetkilinin- hak sahibinin rızası"* (die Einwilligung des Berechtigten), "*mağdurun rızası"* (die Einwilligung des Opfers), "*mağdurun onayı*" (die Zustimmung des Opfers) veya yalnızca *"rıza"* (die Einwilligung) ifadeleri kullanılmaktadır. Öte yandan rıza ikiye ayrılarak, "*tipikliğin gerçekleşmesine engel olan"* veya *"tipikliği geri bırakan rıza"* (Einverständnis) ve "*hukuka uygunluk nedeni olan rıza"* (Einwilligung) terimleri de hukuksal değer sahibinin kendisine karşı gerçekleştirilen fiili onaylaması, bu fiile razı olması anlamında kullanılır. Ancak, terminolojideki bu zenginlik, rızanın kim tarafından gösterileceği, dolayısıyla da rızanın kime ait olduğu konusunda bir

[26] ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, YÜHFD, C. III, S. 2, Yıl 2006, s. 234.

tartışmaya neden olmadığı için, rızanın adlandırılması meselesi de bir sorun olarak görülmez.

Türk ceza hukuku öğretisinde de rıza gösterecek olan kişi tartışılmamaktadır. Rıza gösterecek olan kişi, ister hak sahibi, ister mağdur, isterse de ilgili olarak adlandırılsın, kural olarak ceza hukuku tarafından korunan ve suç ile ihlal edilen veya tehlikeye düşürülen hukusal değerin sahibidir[27]. TCK'nın 26/2. maddesinde "*ilgili*" veya "*mağdur*" kavramlarından öte, bir ceza hukuku kurumu olarak "*rıza"* düzenlenmiştir. Ancak kural olarak rıza gösterecek kişiye de işaret etmesi nedeniyle TCK m. 26'nın madde başlığında yer alan "ilgilinin rızası" ifadesinin, "hukuksal değer sahibinin rızası", madde metninde yer alan "hakkına" ifadesinin ise "hukuksal değerine" ifadesiyle değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Biz bu çalışmamızda "*hukuksal değer sahibinin rızası"* ifadesini kullanacağız.

III. Tarihçe

Kişinin bir hukuksal değerine yönelik olarak gerçekleştirilen fiile rıza göstermesinin ceza hukuku açısından nasıl bir sonuç doğuracağı meselesi, çok eski dönemlerden beri tartışılmaktadır. Geçmişteki kadar önemli olmamakla birlikte, rıza günümüz ceza hukuku sistemleri tarafından da dikkate alınmaktadır. Buna bağlı olarak da, pek çok ülke, ceza kanununda, rızayla ilgili bazen genel, bazense özel düzenlemelere yer vermektedir.

Rızanın günümüz metinlerindeki yerini doğru bir şekilde tespit edebilmek açısından, tarihçesine ve karşılaştırmalı hukuktaki yerine kısaca değinmek yararlı olacaktır.

[27] TOROSLU, Genel Kısım, s. 165; Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 46- 58 vd.

A. Roma Öncesi Dönem

Rıza, ceza hukukunun en eski kurumlarından biridir. Ancak Roma İmparatorluğu öncesi dönemden günümüze kadar ulaşabilmiş hukuk metinlerinde rızaya ilişkin genel bir kurala rastlanmamıştır[28].

Günümüze kadar ulaşabilen tarihteki en eski hukuk metinleri Hammurabi Kanunlarıdır. Hammurabi Kanunlarının 215- 223 arasındaki maddeleri, doktorların faaliyetlerini düzenliyordu. Bu maddelerde yer alan hükümlere göre, tıbbi müdahale neticesinde, ölüm veya göz kaybı meydana gelirse, müdahaleyi yapan doktor cezalandırılacaktır. Ancak, tıbbi müdahale başarılı olursa, doktora belirli bir ücret ödenir. Görüldüğü gibi bu kanunlarda, tıbbi müdahalenin neticesine göre bir değerlendirme yapılmakta ve hastanın rızasına ancak neticenin başarılı olması halinde önem verilmektedir[29].

Bu hükümlerden, o dönemde rızanın, bugün anladığımız anlamda fiili hukuka uygun hale getirici genel bir etkisinin olmadığı anlaşılmaktadır. Failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını, hastanın başlangıçta göstereceği rıza değil, fiilin neticesi belirlemektedir.

B. Roma Dönemi

Roma hukukunda rızanın günümüz ceza hukuku sistemlerine oranla çok daha önemli olduğu herkesçe kabul edilmekle birlikte, bu önemin derecesi konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır.

Rızanın tarihçesi ve önemine ilişkin olarak ilk çalışmalardan birini yapan Honig'e göre, Roma hukukunda rıza, kişisel haklara yönelik olarak gerçekleştirilen bütün fiilleri hukuka uygun hale getirmekteydi[30]. Honig, Roma hukukunda, hukuka

---

[28] Aktaran: HONIG, s. 1 vd; ROXIN, Strafrecht AT I, §13. kn. 1; Rızanın tarihi gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: WEISSENBERGER, Philippe, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996, s.3 vd; YENERER- ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık 2003, s. 55 vd.

[29] Aktaran: BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 42; YENERER- ÇAKMUT, s. 56.

[30] HONIG, s. 2.

uygunluk nedenlerinin hukukun bütünü için geçerli, genel bir etkiye sahip olduğunu kabul eder. Yazar, "nulla iniuria est, quae in volentem fiat" (rızayla gerçekleştirilen fiil haksızlık oluşturmaz) kuralında yer alan "iniuria" kelimesinden, yalnızca dar anlamda hakaret değil, şeref, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı, özgürlük ve hatta yaşama hakkı gibi kişisel hakları ihlal eden her türlü fiilin de anlaşılması gerektiğini belirtir[31].

Buna karşın Noll, "nulla iniuria est, guae in volentem fiat" (rıza ile gerçekleştirilen fiil haksızlık oluşturmaz) ifadesinin, Roma ceza hukuku'nda geçerli genel bir kural olmadığını iddia etmiştir[32]. Noll, rızanın Roma hukukundaki etkisine ilişkin görüşlerini ortaya koyarken Mommsen'ın[33], Roma ceza hukukunun yapısına ilişkin olarak aktardığı bilgilerden yararlanmıştır. Mommsen, Roma ceza hukukunun kamusal ve özel ceza hukuku olmak üzere ikiye ayrıldığını, bazı suçların kamuya, diğer bazılarının ise şahsa karşı işleneceğini aktarmıştır[34]. Buna göre, Roma ceza hukukunda kamuya karşı işlenen suçlar kamusal ceza hukukunun, şahsa karşı işlenen suçlar ise özel ceza hukukunun alanına girmekteydi. Bir suçun hangi kategoriye girdiği ve hangi yargılama usulüne tabi olduğu kanunla belirlenmekteydi. Topluma, yani kamuya karşı işlenen suçlarda açık yargılama usulü uygulanırken, özel suçlarda özel yargılama usulü uygulanmaktaydı. Vücut bütünlüğü, şeref ve hürriyet gibi kişisel değerleri ihlal eden suçlar, özel ceza hukukunun konusuydu. Kasten adam öldürme, kastrasyon ve zina gibi suçlar ise kamuya karşı işlenen suçlardandı[35].

Roma ceza hukukuna ilişkin olarak ortaya konan bu bilgiler ışığında Noll, Roma ceza hukukunda rızanın etkisinin sınırlı olduğunu kabul etmiştir. Yazara göre, Roma ceza hukukunda rızanın özel ceza hukukunun konusu olan suçlar üzerinde

[31] HONIG, s. 2, Honig, görüşünü, dp. 4, 5, 6, ve 7'de atıf yaptığı Digesta'ya ait maddelerle destekler.
[32]NOLL, Peter, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonrederen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, s. 1 vd.; WEISSENBERGER, s. 5.
[33] MOMMSEN, Theodor, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, s. 626.
[34] MOMMSEN, s. 339; Bkz. WEISSENBERGER, s. 5- 6; Bkz.YENERER- ÇAKMUT, s. 58- 59.
[35] MOMMSEN, s. 55 vd., s. 175 vd., s. 339 vd.; Bkz. NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 2.

etkili olabileceği söylenebilirse de[36], kamuya karşı işlenen suçlar üzerinde de etkili olduğu söylenemez[37].

C. Kanonik Hukuk

Kanonik hukuk anlayışına göre, kişinin vücut bütünlüğü ve yaşamı gibi değerler üzerinde, kendisine tanınmış bir tasarruf hakkı yoktur. Çünkü, yaşam ve insan vücudu üzerindeki hakların sahibi Tanrı'dır. Bu nedenle kişinin yaşam veya vücut dokunulmazlığının ihlaline ilişkin rıza açıklaması mümkün olmadığı gibi, böyle bir rızanın da hukuken hiçbir önemi yoktur[38]. Hatta kişinin intihar ederek yaşamına son vermesi, Tanrı'nın insan hayatı üzerindeki mutlak hakkının gasp edilmesi anlamına geleceğinden cezalandırılmalıdır. İntiharın cezalandırıldığı yerde, talep üzerine öldürme ve rızayla gerçekleştirilen yaralama fiillerinin cezasız kalması düşünülemez[39].

D. Cermen Hukuku

Kanonik hukukun aksine, en eski Cermen hukuku kaynakları olan Barbar kanunlarında, "razı olana karşı suç işlenemeyeceği" kuralı genellikle kabul edilmiştir[40].

Cermen hukukunda kabul edilen anlayışa göre suç, kişiye ve o kişinin kabilesine karşı beslenen düşmanca hislerin somutlaşmasıdır[41]. Ancak fiil kişinin rızasıyla gerçekleştirilmişse, bundan fiilin düşmanca bir hisle gerçekleştirilmediği anlaşılacağından suç oluşmaz[42].

1532 yılında eski Cermen hukuku terk edilip yerine Carolina kabul edilmiştir. Carolina'da hüküm bulunmayan hallerde, Roma hukukunun uygulanacağına ilişkin

---

[36] MOMMSEN, s. 59.
[37] Bununla birlikte Gladyatör dövüşleri hukuka uygun kabul edilerek, kamusal bir suç olan adam öldürme suçuna bir istisna getirilmiştir. NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 4.
[38] Aktaran: HONIG, s. 2, dp. 8.
[39] Aktaran: WEISSENBERGER, s. 9.
[40] Aktaran: HINTERHOFER, Hubert, Die Einwilligung im Strafrecht, Salzburg 1998, s. 5.
[41] WELZEL, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969, s. 10; NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 6.
[42] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 6; WEISSENBERGER, s. 9, dpn. 48.

açık bir düzenleme[43] yer almasına rağmen, iç hukuka daha çok önem verilerek ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Böylelikle Roma hukukuna başvurmayı gerektirecek çok az alan bırakılmıştır. Suç tiplerine ve suçun unsurlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içeren Carolina'da, hukuksal değer sahibinin *"rızasının bulunmaması*"nın (invito laeso) suçun bir unsuru olarak açıkça düzenlendiği hallerde, rızanın varlığının cezalandırmaya engel olacağı kabul edilmekteydi. "Cinsel saldırı" ve " kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçları bu tür suçlardandı. Şerefe karşı işlenen suçların da, şerefi ihlal edilen kişinin rızası hilafına gerçekleştirilmesi gerekmekteydi. Rızanın bulunmaması suçun bir unsuru olduğu için, kişinin şerefine karşı gerçekleştirilecek bir fiile rıza göstermesi halinde fail cezalandırılmamaktaydı[44].

Carolina'da çocuk düşürme, düşürtme ve kısırlaştırma suçuna gösterilen rıza hukuken geçerli kabul edilmemiş ve bu suçları işleyen faile ölüm cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Rızanın yaralama suçu üzerindeki etkisine ilişkin olarak ise, Carolina'da açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak öğretide, Carolina'da boşluk bulunan hallerde Roma hukuku kurallarının uygulanacak olmasından hareketle, bu dönemde yaralama suçu açısından da rızanın geçerli olacağı değerlendirmesi yapılmaktadır[45].

Carolina, talep üzerine adam öldürme suçuna ilişkin olarak da sessiz kalmıştır. Bu durum karşısında bazı yazarlar, Carolina'nın yaşam hakkının ihlaline rıza gösterilmesi halinde faili cezalandırmadığı görüşünü savunur[46]. Çünkü, Carolina'nın, *"kasten veya nitelikli adam öldürme suçlarında fail, ancak fiilini hukuka uygun hale getirecek bir neden yoksa ölüm cezasıyla cezalandırılır"* şeklindeki 137.

[43] CCC m. 104, 105; Aktaran WEISSENBERGER, s. 11.
[44] WEISSENBERGER, s. 10.
[45] CCC m. 133; Aktaran: WEISSENBERGER, s. 11.
[46] HARTMANN, Julius, Die Einwilligung des Verletzten vom Corpus Iuris Civilis bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 27 (1900), s. 697.

maddesinden, yalnızca öldürülen kişinin isteğine, rızasına aykırı bir biçimde gerçekleştirilen fiillerin cezalandırılabileceği anlaşılır[47].

Başka bir görüşe göre, Cermen hukuku döneminden günümüze kadar ulaşan kaynaklar arasında, rızanın failin cezalandırılması üzerindeki etkisini gösteren açık bir düzenlemeye rastlanmaz. Bu nedenle, rızanın bütün suçlar açısından geçerli genel bir etkisinin olduğu değerlendirmesi isabetli değildir[48].

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Rıza

A. Almanya

Almanya'da, 1532'den 1800'lere kadar eyalet hukuk sistemlerini tamamlayıcı bir kanun olarak Carolina uygulanmıştır. Ancak eyalet kanunları zaman içinde Carolina'nın yerine geçmiştir. Carolina'nın etkisini kaybettiği dönemde, rızanın suç üzerinde nasıl bir etkiye sahip olduğu sorusuna açık bir cevap verilememektedir[49].

Almanya'da rızanın suça etkisine ilişkin olarak ilk genel düzenleme 1813 tarihli Bayern Ceza Kanunu ile yapılmıştır. Kanun'un 123. maddesinde, malvarlığı dışında kalan hakların ihlaline ilişkin olarak açıklanan rızanın geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı düzenlemeye 1814 tarihli Oldenburg Ceza Kanunu'nun 128. maddesinde de yer verilmiştir[50].

1871 tarihli Alman İmparatorluğu Ceza Kanunu'nda ise rızaya ilişkin genel bir düzenleme yapılmamış ancak, belirli bazı suçlar açısından özel düzenlemelere yer verilmiştir. Daha sonra, Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun 216. maddesine talep üzerine öldürme suçu eklenmiştir. Ancak bu düzenlemeyle rıza, yaşama karşı işlenen suçlarda bir hukuka uygunluk nedeni olarak tanınmamış, yalnızca adam öldürme suçu açısından hafifletici bir neden olarak dikkate alınmıştır[51].

---

[47] HONIG, s. 2- 3, dp. 8.
[48] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 8.
[49] Aktaran: WEISSENBERGER, s. 12.
[50] Aktaran: HARTMANN, s. 736; WEISSENBERGER, s. 13
[51] LISZT, Franz von/ SCHMIDT, Eberhard, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin. Leipzig 1927, s. 204, s. 477.

Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi[52], verdiği ilk kararlarda insanın yaşamı gibi vücudu üzerinde de tasarruf edemeyeceğini belirterek, kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden bir fiile göstereceği rızayı geçersiz saymıştır. Ancak Mahkeme 31 Mayıs 1894[53] tarihinde verdiği bir kararda, rızanın tıbbi bir müdahaleyi hukuka uygun hale getiren asıl neden olduğu görüşünü benimseyerek, rızanın hukuki etkisini tanımıştır. Sonrasında, rızanın yaralama suçları açısından etkili olacağını düzenleyen Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun 264. maddesi kabul edilmiştir[54].

Bugünkü Federal Alman Ceza Kanunu'nda da rızaya ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır[55]. Ceza hukuku reform çalışmaları sırasında, Kanun'un genel hükümleri arasında rızaya ilişkin genel bir düzenleme yapılmaya çalışılmış, ancak bu çabalar yarım kalmıştır. Rıza üzerine o güne kadar yapılan çalışmaların yetersiz olması ve rızaya ilişkin tartışmaların makul bir neticeye ulaşmamış olması bu neticenin ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerinden örneğin meşru savunmadan farklı olarak, nispeten daha fazla suç tipiyle bağlantısı genel bir rıza teorisinin oluşturulmasını zorlaştırmaktadır. Bu zorluk bir yana, geçerli bir rızanın hangi şartları taşıması gerektiği hususunda dahi bir görüş birliği bulunmamaktadır[56].

Bununla birlikte ACK rızaya ilişkin olarak tamamen sessiz de kalmamıştır. Bugünkü Alman Ceza Kanunu §216'da talep üzerine adam öldürme suçunu, §228'de de rıza ile kasten yaralama suçunu düzenlemiştir. ACK §216'ya göre ölen kişinin ısrarlı ve ciddi talebi üzerine onun hayatına son veren fail, adam öldürme suçunun düzenlendiği §212'ye göre daha az bir ceza ile cezalandırılır. 26.05.1933 tarihinde §226a ile ACK'ya giren ve daha sonra madde numarası değiştirilerek ACK §228'da yer yerilen "rıza" başlığını taşıyan hükme göre: *"yaralama fiili, yaralan kişinin*

[52] Mahkemenin 1880 yılında verdiği karar için bakınız: RGSt 2, s. 442- 443.
[53] RGSt 25, s. 375- 389; Aynı yöndeki diğer bir karar için bakınız: RGSt 38, s. 34- 37.
[54] Aktaran: WEISSENBERGER, s. 14.
[55] Alman, Avusturya ve Türk Ceza Kanunları'nda yer alan rızaya ilişkin düzenlemeler ve bu üç ülke hukuk sistemlerinde rızanın geçerlilik şartlarının karşılaştırılmasına ilişkin olarak bkz. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması, YÜHFD, C. 4, S. 2, Y. 2009, s. 135 vd.
[56] HIRSCH, Hans Joachim, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 11. Auflage, 2. Band, §§32 bis 60, Berlin 2003, Vorbemerkung zu den §§ 32 ff, kn.92.

rızasının bulunmasına rağmen, ahlaka aykırı ise, hukuka aykırıdır". Böylece rızanın yaralama suçu açısından fiili hukuka uygun hale getiren bir neden olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte rızanın şartları ve uygulama alanı konusunda yapılan tartışmalar bugün de devam etmektedir.

1962 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısı §152'de rızanın sınırlarının belirlenmesi için, belirsiz ve problemli bir kavram olan "*ahlaka aykırılık*" kavramı yerine daha somut bazı ölçütler getirilmeye çalışılmış, ancak bu tasarı yasalaşmamıştır. §152'ye göre: "*vücut bütünlüğünü ihlal eden bir fiil, failin veya mağdurun saiki veya amacı veya fiilin icrası sırasında kullanılan araçlar veya fiilin ağırlığı açısından hukuka aykırı ise, rızayla gerçekleştirilmiş olsa bile, hukuka aykırı olmaya devam eder"*[57].

B. Avusturya

Avusturya Ceza Kanunu'nda rızaya ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak özel suç tipleri düzenlenirken, rızaya önem verilmiştir.

Talep üzerine öldürme suçunun düzenlendiği AvCK §77'ye[58] göre, rızayla bir başkasını öldüren kişiye, kasten adam öldürme suçuna oranla daha hafif bir ceza verilir.

AvCK §78'de[59] ise, bir başkasının intiharına yardım eden kişinin, saikinin ne olduğuna bakılmaksızın cezalandırılacağı belirtilmektedir. AvCK §78'e göre: "*Her kim bir başkasını intihara yönlendirir veya intihar etmesi için ona yardım ederse altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".*

---

[57] Aktaran: ROSENER, Wolfgang, Die Einwilligung in Heileingriffe, Berlin 1965, s. 63.

[58] AvCK'nın Talep Üzerine Öldürme başlığını taşıyan §77'ye göre: "*Her kim bir başkasını onun ciddi ve ısrarlı talebi üzerine öldürüse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* Madde metni 01.04.2010 tarihinde güncellenmiş ve değişiklikler işlenmiş haliyle http://www.jusline.at//77_Tötung_auf_Verlangen_StGB.html adresinden alınmıştır. (siteye giriş tarihi 29.04.2010)

[59] Madde metni http://www.jusline.at adresinden alınmıştır. (siteye giriş tarihi: 29.04.2010)

AvCK §90/1'e göre, yaralanan kişinin rızasına dayanarak gerçekleştirilen ve genel ahlaka aykırı olmayan fiiller hukuka uygundur[60]. Bu düzenlemeden hareketle Avusturya ceza hukuku öğretisinde, rızanın yalnızca yaralama suç tipi açısından değil, çoğun içinde az da bulunur kuralı gereği, malvarlığı, hürriyet ve şeref gibi kişiye ait hukuksal değerleri koruyan diğer suç tipleri açısından da önemli olduğu kabul edilmektedir[61].

Avusturya ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedeni olan ve tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızayı birbirinden ayırarak inceler. Mala zarar verme ve yaralama suçunda rıza ile gerçekleştirilen fiil suç tipine uygun ve normun koruduğu hukuksal değeri ihlal eden bir fiil olduğu için, rızanın varlığı tipe uygun olan bu fiili hukuka uygun hale getirir. Hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal gibi kişinin isteğine, gerçek iradesine karşı bir fiilin gerçekleştirilmesini gerektiren suç tiplerinde ise rızanın tipikliğin gerçekleşmesine engel olacağı kabul edilmektedir[62].

Ayrıca AvCK'nın §96, §97 ve §98'de çocuk düşürtme ve düşürtme suçları açısından rızanın dikkate alınacağı ve dikkate alınmayacağı haller düzenlenmiştir. AvCK §98'e göre gebe kadının rızası olmaksızın gebeliğin sona erdirilmesi suçtur (§98/1). Ancak gebe kadının hayatına yönelik doğrudan ve başka türlü önlenmesi mümkün olmayan acil bir tehlikenin söz konusu olduğu hallerde, rıza olmadan gebeliğe son verilmesi cezalandırılmaz(§98/2)[63].

---

[60] AvCK'nın "Yaralananın Rızası" başlığını taşıyan §90'a göre: (1) *"Bir başkasını yaralama veya sağlığını tehlikeye düşürme fiili, kişinin rızasıyla gerçekleştirildiğinde, fiil ahlaka aykırı olmadığı sürece cezalandırılmaz.*
(2) Bir hekim tarafından rızayla gerçekleştirilen kısırlaştırma, kişinin 25 yaşını tamamlamış olması veya fiilin başka bir nedenle genel ahlaka aykırı olmaması halinde, hukuka aykırı değildir.
(3)Cinsel fonksiyonlara kalıcı hasar verecek şekilde, genital organların tahrip edilmesi veya yaralanmasına rıza gösterilemez". Madde metni için bkz. http://www.jusline.at (Siteye son giriş tarihi: 29.04.2010).

[61] FUCKS, Helmut, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre, 6. Aufl., Wien 2004, s. 125.

[62] FUCKS, Strafrecht AT I, s. 124- 125.

[63] Madde metni için bkz. http://www.jusline.at/98_Schwangerschaftabbruch_ohne_Einwilligung_der_Schwangeren_StGB.html (Siteye giriş tarihi:29.04.2010).

C.İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun genel hükümleri arasında da rızaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Rıza ve varsayılan rıza hukuka uygunluk nedenleri, şartları ve sınırları hala fazlasıyla belirsiz olduğu gerekçesiyle, İCK'da 2002 yılında yapılan değişikliklerin dışında bırakılmıştır[64]. Ancak İCK'nın özel hükümleri arasında, rızaya önem veren pek çok suç tipi vardır.

İCK'nın talep üzerine öldürme suçunu düzenleyen Art. 114'e göre, bir başkasını ondan gelen ciddi ve ısrarlı talep üzerine acıma duygusu gibi nedenlerle öldüren kişi üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır[65]. Buradaki talebin, failin aktif rolünü vurguladığı ve rızadan daha fazla bir anlamı olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan kişinin sessizliği veya örtülü davranışları talep olarak değerlendirilemez. Ölen kişinin ölme isteğini en azından sözlü olarak beyan etmesi gerekir[66]. Ölen kişinin ciddi ve ısrarlı talebi, İCK'da adam öldürme suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, yalnızca cezayı hafifleten bir nedendir.

İCK Art. 115'de, intihara teşvik ve yardımın, intihara teşebbüs edilmesi veya intiharın gerçekleşmesi halinde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre: "*Her kim, bir başkasını bencilce saiklerle (aus selbstsüchtigen Beweggründen) intihara teşvik eder veya başkasının intiharına yardım ederse, intiharın gerçekleşmesi veya intihara teşebbüs edilmesi halinde, beş yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.*"

Ölen kişinin mirasçısı olmak veya bakım ve yardım yükümlülüğünden kurtulma gibi saiklerle hareket edilmesi, bu madde anlamında cezalandırılabilir bir

---

[64]Bkz. SEELMANN, Kurt, Strafrecht I, Art. 1- 110 StGB, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, (Hrsg.: Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger), Vor. Art. 14, kn. 4.

[65] Madde metnine 1.1.2007 tarihinde yapılan değişiklikle "para cesası" ibaresi eklenmiştir. Maddeye 1.1.2010 tarihinde güncellenmiş haliyle http://www.admin.ch/ch/d/St/311_0/a.114.html adresinden ulaşılabilir. (Siteye giriş tarihi: 29.04.2010).

[66] SCHWARZENEGGER, Christian, Strafrecht II, Art. 111- 392 Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, (Hrsg.: Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger), Art. 114, kn. 5.

davranışa vücut verir. Ancak acıma veya yardım etme gibi bencilce olmayan saiklerle hareket eden kişinin davranışı, bu maddeye göre cezalandırılmaz[67].

Bu nedenle İsviçre'de ölmek isteyen hastalara ölüm yardımında bulunmak amacıyla Dignitas ve Exit adlı iki kuruluş cezai yaptırımla karşılaşmaksızın faaliyet göstermektedir. 2003 yılında 272 kişi bu kuruluşlar arcılığıyla intihar etmeyi seçmiştir. Hem İsviçre içinden, hem de İsviçre dışından bu kuruluşlara başvuran insanların sayısı artmaktadır. Örneğin, sadece Exit adli kuruluş 1990'larda yılda 30 kadar insanın intiharına yardım ederken, 2004 yılında bu sayı 153'e ulaşmıştır[68].

"İnsani amaçlarla intihara yardım" veya diğer adıyla "ölüm yardımının" suç olmadığına ilişkin İCK'da açık bir düzenleme bulunmaması, başkasının intiharına yardım eden kişinin cezalandırılmayacağı sonucuna İCK Art.115'in yorumundan ulaşılması, açık bir düzenleme yapılması gerektiği tartışmalarına neden olmaktadır. Cezalandırılmayan ölüm yardımı konusunda, İsviçre Tıbbi bilimler Akademisi'nin (Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften- SAMW) talimatnameleri önemlidir. İsviçre Tıbbi Bilimler Akademisi'nin konuya ilişkin 1995, 2003 (ağır beyin hasarı geçirmiş hastaların bakımı ve bilgilendirilmesine ilişkin talimatname) ve 2005 (ölmek üzere olan hastalara danışmanlık yapılmasına ilişkin talimatname) yıllarında yayınlanan üç talimatnamesi bulunmaktadır. 1995 tarihli talimatnamede intihara yardımın hekimlik mesleğinin icrası kapsamında yer almadığı, ancak hekimin ölmek üzere olan bir hastanın talebi üzerine, son çare olarak hastanın acılarını azaltan ancak ölüm sonucunu doğuran paliyatif tedbirleri de alması gerektiği vurgulanmıştı. Aynı husus 2005 tarihli talimatnamede de vurgulanmıştır. Ancak 1995 tarihli talimatnameden farklı olarak, hekimin yaşamın sonuna ilişkin olarak hasta taleplerini de dikkate alması gerektiği belirtilmiştir. Buradan ölmekte olan bir hastaya ilişkin olarak vicdani bir değerlendirme yapan hekimin, hastanın

[67] Bkz. SEELMANN, Kurt, Sterbehilfe: Die Rechtslage in der Schweiz (s. 135- 147), in: Suizid und Sterbehilfe, Würzburg 2003, (Hrsg: Gerd Brudermüller, Wolfgang Marx, Konrad Schüttauf), s. 135.
[68] SCHWARZENEGGER, BSK Strafrecht II, Art. 115, kn. 2.

ölmesine- intiharına yardım etmeyi seçmesi halinde, bu kararın saygıyla karşılanması gerektiği sonucu çıkartılmaktadır[69].

İsviçre de intihara yardımın cezalandırılmaması konusunda, İsviçre Ulusal Etik Komisyonu'nun (Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin) 27 Nisan 2005 tarihinde ölüm yardımı kuruluşları ve ölüm turizmine ilişkin raporu da önemlidir. Bu raporda, İCK §115'in bencilce olmayan nedenlerle başkasının intiharına yardım etmeyi cezalandırmayan liberal düzenlemesi desteklenmiştir. Ancak akıl hastaları konusunda bu hükmün uygulanmaması gerektiği vurgulanmıştır. Eğer ölme arzusu, psikolojik bir rahatsızlığın belirtisi veya sonucuysa, bu kişilere ölüm yardımı yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Komisyon ölüm yardımı yapan kuruluşların devlet tarafından denetlenmesini ve bu kuruluşların uygulamalarına bir standart getirilmesini de önermiştir. Etik komisyonuna göre, ölüm yardımı talebinde bulunan kişinin ayırt etme yeteneğinin tam olduğu ve ölüm kararını tamamen özgür iradesine dayanarak verdiği tereddüte yer bırakmayacak şekilde saptanmalıdır. Ölüm kararı, uzun sürdedir devam eden ve dayanılmaz acılar veren bir hastalık nedeniyle verilmiş olmalıdır. Ölüm arzusu, anlık bir öfke veya acı nöbetine bağlı olarak ortaya çıkan geçici bir krizden kaynaklanmamalı, psikolojik bir hastalığın belirtisi veya bu hastalığın sonuçlarından biri olmamalıdır. Kişi ayrıca ölme isteğini dışarıdan algılanır biçimde ve ısrarla ifade etmelidir. Kişi bütün ihtimallere ilişkin olarak ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmış, bilgilendirilmiş olmalı ve ayrıca ölüm yardımı sağlayan kuruluşlar hem içerden hem de dışarıdan denetlenmelidir[70].

Bu rapor üzerine, İsviçre Danışma Meclisi ölüm yardımının düzenlenmesine ilişkin 2005 yılında hazırladığı kanun tasarısını geri çekmiştir.

İsviçre'de, ölüm yardımı ve bu yardımı sağlayan kuruluşların uygulamalarına standart getirilmesine ilişkin tartışmalar, bugün de devam etmektedir. İsviçre

---

[69] Ölüm yardımının hukuki temelleri ve Avrupa ülkelerindeki aktuel durum hakkında ayrıntılı bilgiye Alman etik merkezinin (Deutsches Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften) internet adresinden ulaşılabilir: Bkz. http://www.drze.de/im-blickpunkt/sterbehilfe/rechtliche-regelungen (Siteye giriş tarihi: 12.05.2010).

[70] Beihilfe zum Suizid, in: www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de (Siteye giriş tarihi: 12.05.2010).

Danışma Meclisi (Der Bundesrat), İsviçre Konfederasyonu Hukuk ve Polis Birimi'nin (Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement- EJPD) Mayıs 2009'da hazırladığı yeni bir rapor üzerine, Ekim 2009 tarihinde Dignitas ve Exit tarafından[71] sağlanan ölüm yardımının, Ceza Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle yasal bir düzenlemeye kavuşturulması veya temamen yasaklanmasına ilişkin, iki ayrı kanun tasarısı hazırlamıştır[72]. İsviçre Tıbbi Bilimler Akademisi (Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften- SAMW), bu tasarılardan ilkine, ölüm yardımına ilişkin ceza kanununda açık bir düzenleme yapılmasının, hekimlere talep eden hastalara ölüm yardımı sağlama konusunda açık bir görev yükleyeceği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Ölüm yardımının tamamen yasaklanmasını isteyen ikinci tasarının ise, yaşamın sona erdirilmesine ilişkin olarak kişinin karar verme özgürlüğü sınırlandırılamayacağından kabul edilemez olduğu belirtilmektedir. Organizasyonlar aracılığıyla, ölüm yardımının yapılmasına izin verilmesi yönünde İsviçre toplumunda var olan güçlü eğilimin de göz ardı edilemeyeceği vurgulanmaktadır[73].

İCK Art. 118 ve Art. 119'da ise cezalandırılan ve cezalandırılmayan çocuk düşürtme suçları düzenlenmiştir. Buna göre, süresi 12 haftayı geçmemiş gebeliklere, gebe kadının gebeliği sona erdirmekteki zaruretini bildirmesi ve fiile rıza göstermesi şartıyla, yetkili hekim tarafından son verilmesi cezalandırılmaz (İCK Art. 119/2). Gebeliğin sonlandırılmasında, gebe kadının yaşamı, fiziksel veya ruhsal sağlığı açısından önemli bir tehlikenin bulunması nedeniyle zorunluluk varsa, kanundaki süre bağlayıcı değildir. Hamilelik ne kadar ilerlemişse, söz konusu tehlikenin de o oranda büyük olması gerekir (İCK Art. 119/1). Ayırdetme yeteneğine sahip olmayan kadının gebeliğinin sonlandırılmasında, rıza gösterme yetkisi kanuni temsilciye aittir (İCK Art. 119/3).

---

[71] İsviçre Medeni Kanunu Art. 60'a dayanarak kurulan bu kuruluşlar, dernek statüsünde faaliyet göstermekte ve tüzükleri gereğince ölüm yardımı talep eden üyelerinden 100 ile 3000 İsviçre Frangı arasında değişen aidatlar almaktadırlar.

[72] Tasarılar için bkz. http://www.bj.admin.ch/home/themen/geselschaft/gesetzgebung/sterbehilfe.html (siteye giriş tarihi: 29.04.2010).

[73] Bkz. http://www.samw.ch/de/Ethik/Lebensende.html, Stellungnahme der Schweizerischen Akademie der Medzinischen Wissenschaften zu den Änderungsvorschlägen im Schweizerischen Strefgesetzbuch und Militärstrafgesetz betreffend die organisierte Suizidbeihilfe (2010) PDF, (siteye giriş tarihi: 10.05.2010).

D. Diğer Bazı Avrupa Ülkeleri

İtalyan Ceza Kanunu'nda rıza, varlığı halinde fiili hukuka uygun hale getiren bir neden olarak açıkça düzenlenmiştir. İtCK'nın, 50. maddesine göre: "*Hukuka uygun şekilde rızasını açıklayan kişinin rızasına dayanarak bir hakkı ihlal eden kişi cezalandırılmaz"*[74].

İsveç Ceza Kanunu'nun 24. Babının 7. Paragrafında da rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmaktadır[75].

23 Kasım 1995 kabul tarihli İspanyol Ceza Kanunu'nda[76], rızaya ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir[77]. Ancak İsCK rızayı, özel suç tiplerini düzenlerken pek çok yerde dikkate almıştır.

İsCK §143'de intihara azmettirme ve yardım düzenlenmiştir. Buna göre, bir başkasının ölümüne, onun yakalandığı ağır ve ölümcül bir hastalık nedeniyle çektiği acıları dindirmek amacıyla ve ölen kişinin ciddi ve ısrarlı talebiyle yardım eden kişinin cezasında, intihara yönlendirme ve yardım suçuna oranla indirim yapılır.

İsCK §155'e göre, geçerli bir rızaya dayanarak bir başkasının vücut bütünlüğüne yönelik bir fiili gerçekleştirilen kişi, yaralama suçuna oranla daha hafif bir cezayla cezalandırılır. Ancak ayırt etme yeteneğine sahip olmayanların ve küçüklerin rızası geçerli değildir.

---

[74] Aktaran: CASSANİ, Carlotte, Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 21, Sayı 77, TEMMUZ- AĞUSTOS 2008, s. 237, (Çevirenler: ÖZEN, Muharrem/ ÖZEN, Mustafa); BRICOLA, Franco, Die Einwilligung des Verletzten im italienischen Strafrecht, in Rechtfertigung und Entschuldigung III, Albin Eser/ Walter Peron (Hrsg.), Freiburg 1991, s. 185 vd.; Ayrıca bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C.II, kn. 736; Ancak Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri adlı eserinde İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesini, "*bir kimsenin, üzerinde muteber bir şekilde tasarrufta bulunabileceği, terk edebileceği bir hakkı, onun rızasıyla, zarara uğratan veya tehlikeye sokan kimse cezalandırılmaz."* şeklinde Türkçe'ye aktarmıştır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersler, İstanbul 2003, s. 159.

[75] Aktaran: ÜNVER, Yener, Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 965.

[76] İspanyol Ceza Kanunu'na yapılan bütün atıflarda, 23 Kasım 1995 kabul tarihli İspanyol Ceza Kanunu'nun Almanca cevirisi esas alınmıştır. Bkz. HOFMANN, Markus (Übers.), Das spanische Strafgesetzbuch, Sammlung auslaendischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Ed. Iuscrim, Max- Planck-Inst. Für Auslaendisches und Internat. Strafrecht, Freiburg in Br. 2002.

[77] İspanyol Ceza Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri, s. 951vd., s. 956.

İsCK §156'da ise, kişinin özgür iradesinin bir yansıması olan, serbest, bilinçli, geçerli ve açık bir rızanın, yetkili kılınmış bir hekim tarafından ve kanunlara uygun olarak gerçekleştirilen organ nakillerini, kısırlaştırma ve cinsiyet değiştirme operasyonlarını hukuka uygun hale getireceği düzenlenmiştir. Hileyle, para veya ödül karşılığında elde edilen rıza geçersizdir. Ayırt etme yeteneğine sahip olmayan kişilerle, küçüklerin açıklayacakları rıza geçerli olmadığı gibi, kanuni temsilcileri de bu kişiler adına rıza açıklayamaz. Aynı maddede, kısıtlı kişilerin kısırlaştırılması için ayrıca hâkim kararının aranacağı da hükme bağlanmıştır.

E. Türk Hukukunda Rıza

İslam ve Cumhuriyet öncesi Türk ceza hukukunda rızaya sınırlı bir etki tanınmıştır. Rızanın, bazı suçlarda suçun kurucu unsurlarından birini ortadan kaldıracağı ve hırsızlık suçunda olduğu gibi fiilin suç olma niteliğini ortadan kaldıracağı genel olarak kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, öldürme ve yaralama suçu açısından rızaya hukuken herhangi bir etki tanınabileceği düşüncesi genel olarak reddedilmekteydi[78].

Cumhuriyet dönemi Türk ceza hukukunda ise rıza, 765 sayılı TCK yürürlükteyken kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ediliyordu[79]. 765 sayılı TCK'nın özel hükümleri düzenlenirken, rızaya pek çok suç tipinde yer verilmişti. Örneğin, TCK m. 491/1'de düzenlenen hırsızlık veya m. 193'de düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunda, mağdurun rızasının bulunmaması suç tipinde açıkça vurgulanan bir unsurdu[80].

---

[78] İslam ve Cumhuriyet öncesi Türk ceza hukukunda rızanın önemine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Bkz. YENERER- ÇAKMUT, s. 74- 78.

[79] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 736 vd.; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1992, C. II- III, s. 209; İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU- AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 2000, s. 178, 179; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2001, s. 185; CENTEL, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001, s. 228, 229; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 257.

[80] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 737; *"Rızanın varlığı suçun oluşmasını engeller"*, CENTEL, s. 228- 229; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 257.

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, 26.09.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ise m. 26/2'de rızanın suça etkisine ilişkin açık bir düzenleme getirmiştir. TCK'nın genel hükümleri arasında yer alan bu düzenlemenin dışında kanun koyucu rızaya özel suç tipleri düzenlerken de yer vermiştir. Örneğin TCK m. 116'da konut dokunulmazlığı suçunun işlenebilmesi için, konut veya eklentilerine girme fiilinin kişinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Aynı şekilde rıza, TCK m. 141'de düzenlenen hırsızlık, TCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme gibi, pek çok suç tipi açısından da suçun oluşması için önemli bir unsur olarak görülmüştür.

Esas itibariyle bu çalışmada Türk ceza hukukunda rıza inceleneceğinden, bu başlık altında daha fazla ayrıntıya girilmesi gereksiz bir tekrar olacaktır. Bu nedenle, burada bu genel bilgilerle yetinilecek ve konunun ayrıntıları ilerleyen bölümlerde ele alınacaktır.

İKİNCİ BAŞLIK

RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SUÇA ETKİSİ

I. Rızanın Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler

A. Hukuki İşlem Teorisi

1. Rızanın Özel Hukuk Alanına Ait Hukuki Bir işlem Olduğu Teorisi

Bazı yazarlar[81], rızanın hukuki niteliğini hukuki bir işlem olarak açıklarlar. Bu teoriye göre, rıza hukukî bir neticenin ortaya çıkmasına yönelik ve muhatabına rıza konusu hareketi gerçekleştirme hakkı veren bir irade açıklamasıdır[82].

Rızayı bir irade açıklaması olarak görenler, rıza açıklamasını da faile bir fiili gerçekleştirmek konusunda hak veren hukuki bir işlem olarak değerlendirirler. Buna göre rıza açıklaması, hak doğurucu, tek taraflı, her an geri alınabilen hukuki bir işlemdir[83].

Özünde hukuki bir işlem yapmaya yönelik irade açıklaması olduğu kabul edilen rızanın hukuka aykırılığı bertaraf etmesinin nedeni ise, hukuk düzeninin bir bütün oluşuyla açıklanır. Hukuk düzeni bir bütün olduğu için, özel hukuk alanına ait hukuki bir işlem olan rıza, ceza hukuku alanında da geçerli olacaktır. Hukukun bir alanında hukuka uygun kabul edilen şey, diğer bütün alanlarında da hukuka uygundur. Dolayısıyla özel hukuk kurallarına göre geçerli hukuki bir işlem yapılmışsa, bu hukuki işlemin yapılması bakımından açıklanan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiil, ceza hukuku bakımından da hukuka uygundur. Rıza faile belirli

---

[81] ZITELMANN, Ernst, "Aussc**h**luss der Wiederrechtlichkeit", in AcP 99 (1906), s. 11 vd.; ROSENER, s. 13.

[82] ZITELMANN, AcP 99, s. 51vd.; "hukuki işlem teorisi" (Rechtgeschäftstheorie), "irade açıklaması teorisi" (Willenserklärungstheorie) olarak da adlandırılır; Bkz. ALBERS, Karl, Das Problem der Einwilligung des Verletzten, Diss. Uni- Köln 1935, s. 3; Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C II, kn. 740-743; "*Hukuk düzeni mağdurun açıklamalarına bazı hukuksal sonuçlar bağladığına göre, mağdurun rızası bir hukuksal işlemdir"*.ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, kn. 254.

[83] ZITELMANN, AcP 99, s. 56 vd; ROSENER, s. 23.

bir şekilde hareket etmesi konusunda sübjektif bir hak verir. Rızaya dayanarak hareket eden kişi, aslında hakkını kullanan bir kişidir. Hakkını kullanan kişinin cezalandırılması düşünülemez[84].

Hukuki işlem teorisi failin sübjektif bir hakını kullandığı için hukuka aykırı hareket etmiş sayılamayacağını söylese de, burada söz konusu olan hak, bir hukuka uygunluk nedeni olan hakkın icrası kurumundan farklıdır. Zira hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğu hallerde, faile hukuk düzeni tarafından tanınmış sübjektif bir hak vardır. Kişi hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış olan hakkı, bu hakkı ortaya çıkaran hukuk kaynağında öngörülen sınırlar içinde kullandığında, hukuka uygun hareket etmiş kabul edilmektedir. Hak kural olarak kanundan doğar. TCK m. 26'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, "*hak kanun, tüzük, yönetmelik, genelge veya hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğabilir"*[85]. Ancak hukuki işlem teorisine göre failin hakkının kaynağı objektif hukuki düzenlemeler değil, bireyler arasındaki hukuki bir işlemdir.

Rızanın hukuki bir işlem olduğu kabul edildiğinde, normal olarak hukuki işlemlere ilişkin geçerlilik şartlarını da taşıması beklenir. Bu durumda, rızanın hukuki işlem ehliyetine sahip bir kişi tarafından açıklanması gerekir. Ayrıca rıza, genel ahlak ve adaba aykırı olmamalı ve mutlak surette açıklanmalıdır[86].

2. Rızanın Kamu Hukuku Alanına Ait Hukuki Bir İşlem Olduğu Teorisi

Türk ceza hukuku öğretisinde, rızanın hukuki niteliğini hukuki işlem teorisi ile açıklayan bazı yazarlar, rızanın özel hukuk alanına ait bir hukuki işlem değil, kamu hukuku alanına ait hukuki bir işlem olduğunu kabul ederler[87]. Bu yazarlara göre,

---

[84] ZITELMANN, AcP 99, s. 56; ROSENER, s. 13; Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 740.

[85] Hakkın icrası hukukuka uygunluk nedeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 247; Ayrıca bkz. EREM, Faruk, Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990, s. 6.

[86] ZITELMANN, AcP 99, s. 61- 62; Bkz. ALBERS, s. 3.

[87] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 743; DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 159; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 303; ÖZTÜRK/ ERDEM, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku, kn. 254; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, s.185; YENERER- ÇAKMUT, s. 100; TOPRAK, Mustafa Remzi,

ceza normları bireylerin maddi ve manevi değerlerini korumak amacıyla, insan davranışlarını belirleyen ve sınırlayan hukuk kurallarıdır. Kişi, kendisine ait hukuksal bir değeri korumak istemiyorsa, failin davranışlarını hukuken sınırlamanın bir anlamı olmayacaktır. Çünkü rıza, ceza hukukunun uygulanmasını gerektirecek olan uyuşmazlığı ortadan kaldıran bir hukuki işlemdir[88]. Rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen bir fiilin hukuka uygun olmasının nedeni ise, ceza hukukunun konusu olan uyuşmazlığın hukuki bir işlem ile ortadan kalkmış olmasıdır. Rıza açıklaması, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışmanın nedenini ortadan kaldıran hukuki bir işlemdir[89].

Ancak rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi, rızanın ceza hukuku tarafından tanınması ve kendisine hukukî bir sonuç bağlanmasına bağlıdır. Ceza hukuku tarafından kendisine hukuki etki tanınmamış olan rıza, hukukun diğer alanları açısından önemli olsa bile ceza hukuku açısından önemsiz bir irade beyanıdır[90].

3. Eleştiriler

Rızanın hukuki niteliğini hukuki işlem teorisinden hareketle açıklayan görüşler pek çok açıdan eleştirilmiştir[91].

En önemli eleştiri, hukuki işlem teorisinin hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile hukuki bir işlem olan rızayı birbirine karıştırmasıdır. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile hukuki işlem yapmaya yönelik bir irade beyanı olan rıza, hem geçerlilik şartları hem de hukuki neticeleri açısından birbirinden farklıdır. Hukuki bir işlem olan rıza, muhatabına belirli bir yetki verir, sübjektif bir hakkın doğmasına neden

---

Türk ceza hukukunda Cinsel Suçlar ve Özellikle Irza Tecavüz Suçu Bakımından Mağdur Rızası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s. 25.

[88] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 740; Bkz. DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 303; YENERER-ÇAKMUT, s. 100; TOPRAK, s. 25

[89] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 740.

[90] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 743; YENERER- ÇAKMUT, s. 100; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 303; İÇEL/ EVİK, s. 153.

[91] Hukuki işlem teorisi bugün Alman ceza hukuku öğretisinde genel olarak reddedilir. Bkz: JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomaz, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, §34 II 2.

olur. Hukuki işlem olan rızanın hukuki sonuçları, yalnızca bu işlemin muhatapları açısından bağlayıcıdır ve yine yalnızca bu hukuki işlemin muhataplarına karşı ileri sürülebilir[92].

Buna karşın bir hukuka uygunluk nedeni olan rıza, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ortadan kaldırır ve hukuki neticeleri iki kişi arasındaki hukuki işlem ile sınırlı değildir. Hukuk düzeni rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğinde, fiil bütün olarak hukuka uygun hale geleceğinden, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın etkisi mutlaktır[93]. Rıza, hukuki işlemlere ilişkin şekil ve ehliyet şartlarını taşımasa bile ceza hukuku alanında bir fiili hukuka uygun hale getirebilir[94].

Öte yandan, hukuki işlem hukuk dünyasında bir hak veya hukuki ilişkinin doğmasına, değişmesine veya ortadan kalkmasına neden olur. Diğer bir ifadeyle her hukuki işlem hukuk dünyasında mutlaka bir değişiklik yaratır, bu nedenle her hukuki işlemin mutlaka bir hukuki sonucu vardır. Buna karşın rıza, ceza hukuku alanında her zaman hukuki bir değişiklik yapmaz[95]. Ceza hukukunda rıza, yalnızca kendisine hukuki bir sonuç bağlandığında önemlidir[96].

Hukuki işlem teorisi, hukuka uygunluk nedeni olan rıza muhatabına bir işlem yapma, belirli bir şekilde davranma yetkisi vermediği için de eleştirilmektedir. Hukuki işlem yapmaya yönelik irade açıklamasında bulunan kişi, karşı tarafa bir fiili gerçekleştirme konusunda bir yetki verir. Hukuki işlem yapan kişi aynı zamanda, kendisini de bu fiilin gerçekleştirilmesine katlanma yükümlülüğü, borcu altına sokar. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza ise, kişiyi bir suçun işlenmesine katlanma yükümlülüğü altına sokmaz. Kişi rıza göstererek faile suç işlemesi için bir hak tanımadığı gibi, kendisinin de suça katlanma borcu yoktur[97].

---

[92] MEZGER, Edmund, Strafrecht, Ein Lehrbuch, Zweite Auflage, München und Leipzig 1933, s. 208; ALBERS, s. 5.
[93] MEZGER, Strafrecht, s. 208; ALBERS, s. 5.
[94] GEERDS, Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kiel 1953, s. 43.
[95] HONIG, s. 158; ALBERS, s. 4.
[96] ALBERS, s. 4.
[97] HONIG, s. 158; KESSLER, s. 24, 25; MEZGER, Strafrecht, s. 208; TOROSLU, Genel Kısım, s.160; ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 71; MARKUS, s. 16; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 361.

Diğer bir eleştiri ise, konusu hukuka veya ahlaka aykırı hukuki işlemler geçerli olmazken, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hukuki etkisinin belirlenmesinde kanunla getirilen sınırlamalar dışında, genel ahlak ve adaba aykırılığın kesin bir etkisinin kabul edilmemesidir[98].

Ayrıca bir hukuki işlemde irade açıklamasının muhatabı, açıklamanın içeriği ile bağlıyken, hukuka uygunluk nedeni olan rıza açısından failin böyle bir bağlılığının olmadığı da söylenmiştir[99].

Yaşam hakkı, beden bütünlüğü, kişinin şerefi ile hürriyetinin hukuki işleme konu edilemeyecek olması da, hukuki işlem teorisine getirilen bir başka eleştiridir[100]. Bu hukuksal değerlerin herhangi bir hukuki işlemin konusu olamayacak olması, örneğin beden bütünlüğünü ihlal eden fiillerden tıbbi müdahalelere gösterilen rızayı hukuki işlem teorisi ile açıklamaya izin vermez.

Hukuki işlem teorisi, hukuki işlemlere ilişkin olarak var olan hukuk normları ile hukuka uygunluk nedeni olan rızaya ilişkin hukuk normlarının birbirinden farklı olması nedeniyle de eleştirilmektedir. Hukuki işlemlere ilişkin hukuk normları geçerli bir hukuki işlem yapmak ve hukuk dünyasında hukuki sonuçlar meydana getirebilmek için uyulması gereken şartları düzenleyen kurucu (konstitutiv) normlardır. Buna karşın hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ilişkin olduğu ceza normları, bireylerin menfaatlerini birbirinden ayıran ve sınırlarını belirleyen emir ve yasak normları, düzenleyici (regulativ) niteliktedir[101].

---

[98] ÖNDER, C. II- III, s. 210.
[99] SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 362.
[100] Bkz. ODENWALD, Steffen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handels, Frankfurt am Main 2004, s. 20.
[101] AMELUNG, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104 (1992), s. 525, s. 527; NEYEN, Werner, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, Diss. Uni- Trier, 1991, s. 8 vd.; MARKUS, s. 17, dp. 12.

B. Hukuki İşlem Teorisine Karşı Geliştirilen Teoriler

1. Genel Olarak

Rızanın hukuki niteliğinin hukuki işlem olarak açıklanamayacağını kabul eden yazarlar, rızayı hukuki bir fiil olarak açıklarlar. Hukuki fiil teorisi[102] olarak adlandırılan bu teoriye göre, rıza hukuki bir işlem değil yalnızca hukuki bir fiildir (Rechtshandlung). Çünkü rıza gösteren kişi faile hareketi gerçekleştirme konusunda sübjektif bir hak vermediği gibi, rıza göstermekle hukuki bir işlem yapmış da olmaz[103].

Rıza, hukukun kendisine sonuç bağladığı dar anlamda hukuki fiiller kategorisine dâhildir[104]. Rıza, kişinin kendisine ait bir hukuksal değeri ihlal eden veya tehlikeye düşüren bir fiilin gerçekleştirilmesini kabul ettiğini açıklamasıdır[105].

2. Menfaatten Vazgeçme ve Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorileri

a. Menfaatten Vazgeçme Teorisi (Interessenpreisgabetheorie)

Haktan feragat teorisi[106] olarak da adlandırılan, menfaatten vazgeçme teorisine göre, rıza kişinin üzerinde tasarruf edebileceği hukuksal değerden feragat etmesidir[107].

Kişi isterse üzerindeki karar verme yetkisi kendisine bırakılan hak ve menfaatlerinden vazgeçebilir. Rıza gösteren kişi menfaatini terk eder. Bu nedenle

---

[102] MEZGER, Strafrecht, s. 209; TOROSLU, Genel Kısım, s. 160.
[103] MEZGER, Edmund, Die subjektiven Unrechtselemente, Der Gerichtssaal 89 (1924), s. 273- 275; TOROSLU, Genel Kısım, s. 160.
[104] TOROSLU, Genel Kısım, s. 160; MEZGER, Strafrecht, s. 209; MEZGER, GS 89, s. 273 vd.; V. LISZT/ SCHMIDT, Strafrecht, s. 204; Ayrıca bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 211; AMELUNG, Knut, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, s. 13.
[105] AMELUNG, Einwilligung, s. 13.
[106] CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 318; KOPARAN, M. Reşat, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24.-34. Maddeler), Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2006, s.25; Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 738;
[107] V. LISZT,/SCHMIDT, Strafrecht, s. 204; MEZGER, Strafrecht, s. 206.

rızanın hukuki sonuçlarının ortaya çıkması için failin rızanın varlığından haberdar olmasına gerek de yoktur[108].

Kişinin menfaatinden feragat etmesinin fiili hukuka uygun hale getirmesinin nedeni ise, kişinin terk ettiği menfaatini hukuk düzeninin koruma iddiasında olmasının anlamsız olacağı şeklinde açıklanır[109]. "*Kişinin bazı hakları üzerinde özgürce tasarruf edebileceğini kabul eden bir hukuk düzeninin, bu hakların zarar görmesine razı olunmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden sayılmasını da benimsemesi gerekir"*[110].

Bununla birlikte, menfaatten vazgeçme teorisi rıza göstererek hakkından vazgeçme veya menfaatini terk edişin, bir özel hukuk kurumu olan feragatten farklı olduğunu kabul eder. Rıza gösteren kişi, kararını değiştirerek rızasını her zaman geri alabilir[111]. Kişinin, hakkından veya menfaatinden tamamen vazgeçmesi mümkün olmadığı gibi, böyle bir vazgeçiş hukuka da aykırıdır. Kişi yalnızca üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen kendisine bırakılmış olan hakların, zarar görmesine razı olabilir. Buna karşın yaşam hakkının korunmasında devletin ve toplumun da menfaati bulunduğu için, esasen kişinin bu hukuksal değerler üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi yoktur, bu nedenle de bu hakları ihlal eden bir fiile gösterilen rıza geçerli değildir[112].

Rızanın hukuki niteliğinin kişinin menfaatinden veya hukuksal değerinden vazgeçmesi olduğunu kabul eden bazı yazarlar, failin hukuka uygunluk nedeni olan rızayı bilmeksizin hareket etmesi halinde, failin hareketinin teşebbüs benzeri bir haksızlık olarak arta kalacağını kabul ederler. Buna karşın hukuksal değer sahibinin

[108] TOROSLU, Genel Kısım, s. 160.
[109] MEZGER, Strafrecht, s. 209; LENCKNER, Theodor, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, in ZStW 72 (1960), s. 446 vd. (453); ARZT, Günther, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt am Main 1970, s. 17; Bkz. STRATENWERTH, Günter/ KUHLEN, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Dir Straftat, 5. Aufl., Köln. Berlin. München 2004, § 9, kn. 6, s. 137.
[110] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 318.
[111] Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 738.
[112] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 318.

rıza gösterdiğini zanneden failin hatası, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarına ilişkin bir hata olarak değerlendirilir[113].

Esas itibariyle bu teori altında toplayabileceğimiz bazı yazarlar ise, rızayı "hukuksal değerden vazgeçme" (Versicht auf das Rechtsgut) olarak görmekle birlikte[114], kişinin hukuksal değerinden vazgeçmesinin hukuki sonuçları konusunda geleneksel öğretiden farklı sonuçlara ulaşır. Bu yazarlara göre, rıza bir hukuka uygunluk nedeni değil, bütün olarak tipik hukuksal değer ihlaline ilişkin bir sorundur[115]. İleride rızanın suça etkisi başlığı altında ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz bu anlayışa göre, kişilere ait hukuksal değerler, yalın bir değer olarak değil, kişinin o hukuksal değer üzerindeki tasarruf etme iradesiyle birlikte korunur. Hukuksal değer sahibinin kendi hukuksal değeri ile kurduğu bağ, hukuki korumanın temelinde yatan esas nedendir[116]. Rıza, hukuksal değer ve hukuksal değer sahibi arasındaki bu ilişkiyi değiştirir. Çünkü, rıza ile gerçekleştirilen fiil, artık hukuksal değeri ihlal etmez. Kişilere ait pek çok hukuksal değerin, ceza hukuku tarafından korunmasının, özgürlüklerin sağlanmasının asgari temelini oluşturduğu kabul edilmektedir. Örneğin, vücut bütünlüğüne dokunulmamasını talep etme veya başkalarından kaynaklanan zorlamalardan özgür olma talebi ceza normları ile korunur. Ancak bu değerler, bizzat kişinin kendisinin rızasıyla gerçekleştirilen fiillerle ihlal edilmez[117].

Rıza ile gerçekleştirilen fiil, herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmediği için, ceza hukukunun konusu olmayan, normal bir fiil olarak ortaya çıkar. Kişinin

---

[113] Rıza ile hukuki konunun ihlale elverişsiz hale geldiği ve rıza ile gerçekleştirilen fiil aslında elverişsiz bir hukuki konuya yöneldiği için, rızanın varlığından habersiz hareket eden failin fiilinin "elverişsiz teşebbüs" aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Bkz. KÜHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2005, §9, kn. 41.

[114] STRATENWERTH, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2000, §9, kn. 6.

[115] MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Aufl., Heidelberg 1992, §17, kn. 32; ROXIN, Stafrecht AT I, §13, kn. 12 vd.; MAIWALD, Manfred, Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht, in Rechtfertigung und Entschuldigung III, Albin Eser/ Walter Peron (Hrsg.), Freiburg 1991, s. 168; ZIPF, Einwilligung, s. 28.

[116] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 33.

[117] STRATENWERTH, Strafrecht AT I, §9, kn. 6.

hukuksal değeri üzerindeki tasarruf yetkisinin neticenin olumsuz değerliliğini ortadan kaldırmasına göre, rızanın konusu, içeriği ve sınırları belirlenir[118].

Liberal hukuksal değer öğretisinden[119] kaynaklanan bu görüş toplumsal değer teorisiyle de rızanın suça etkisi dışında pek çok konuda benzerlikler gösterir[120]. Ancak aşağıda toplumsal değer teorisi incelenirken de görüleceği üzere, rızanın suça etkisi konusunda aynı sonuçlara ulaşmadığı için bu teoriden de farklıdır. Hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış olan tasarruf yetkisini kullanan kişinin açıkladığı rızaya dayanarak gerçekleştirilen fiil, herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmez. Bu nedenle fiil bir haksızlık teşkil etmez yani tipik haksızlık oluşmaz[121].

Çünkü bir fiilin suç olabilmesi için (haksızlık tipini gerçekleştirmesi için) normun koruduğu hukuksal değeri de ihlal etmesi gerekir. Ancak geçerli bir rızaya dayanarak gerçekleştirilen fiil, normun koruduğu hukuksal değeri ihlal etmeyecektir. Bu nedenle rıza tipik fiilin hukuka aykırılığına ilişkin bir sorun değil, tipik hukuksal değer ihlaline ilişkin bir sorundur[122].

b. Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorisi (Rechtschutzversichtstheorie)

Öğretide, menfaaten vazgeçme ve hukuki korumadan vazgeçme teorilerinin farklı teoriler mi, yoksa aynı teori mi olduğu hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Bazı yazarlar bu iki teoriyi birbirinin devamı veya bir teorinin farklı görünüş biçimleri olarak görürken[123], diğerleri ayrı ayrı teoriler olduğunu kabul eder[124]. Türk ceza hukuku öğretisinde ise, bazen menfaaten vazgeçme teorisine[125], bazense hukuksal korumadan vazgeçme teorisine[126] atıf yapılmaktadır. Ancak hukuki

[118] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 35; Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 979.
[119] ROXIN, Stafrecht AT I, §13, kn. 12 vd.
[120] Bkz. HIRSCH, LK Vor §32, kn. 104.
[121] WEIGEND, Thomas, Über die Begründung des Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, in ZStW 98 (1986), s. 61; ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 12.
[122] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 33; ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 12.
[123] RÖNNAU, Thomas, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 2001, s. 15.
[124] HIRSCH, LK Vor §32, kn. 104.
[125] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 318; Bkz. KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 271; Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 65.
[126] Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 180; Bkz. ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 314.

korumadan vazgeçme teorisi, haktan feragat teorisinden yola çıkılarak geliştirilmiş olmakla birlikte, rızayı açıklarken yeni gerekçeler ortaya koyması ve bu teoriyi esas itibariyle genişletmesi[127] nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmelidir.

Hukuki korumadan vazgeçme teorisine göre, rıza kişinin hukuksal değerini koruma iradesinin olmaması, hukuksal değerine ilişkin olarak sağlanmış olan hukuki korumadan vazgeçmesidir[128].

Bu teoriyi benimseyen bazı yazarlara göre, kişi eğer bilinçli bir şekilde üçüncü bir kişinin, hukuksal değerine yönelik bir müdahaleyi gerçekleştirilmesine müsaade ediyorsa, hukuk düzeninin artık o değeri koruması için bir neden kalmaz[129]. "Hukuki korumadan vazgeçmenin" neticesi, hukuk düzeninin o hukuksal değeri koruma nedeninin ortadan kalkmasıdır[130].

Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmasının nedenini bu şekilde açıklayan teori taraftarlarının görüşleri ile menfaatten vazgeçme teorisi arasındaki tek fark, rızanın menfaatin bizzat kendisinden değil, yalnızca bu menfaat veya hakka ilişkin yani ceza normu ile korunan hukuksal değere ilişkin "hukuki korumadan vazgeçme" olduğunun kabul edilmesidir. Rıza gösteren kişinin hukuksal değerinden vazgeçmediği, hukuksal değerinin hep var olduğu, ancak kişinin bu hukuksal değere ilişkin hukuki korumadan somut olayda vazgeçtiği kabul edilmektedir[131].

"Hukuki korumadan vazgeçme" deyimiyle, hukuk düzeni tarafından hukuksal değerlere ilişkin olarak sağlanan genel hukuki koruma kastedilmez. Esasen kişinin

---

[127] Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, II, 2; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 104; Ayrıca Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s. 15.

[128] GEERDS, s. 45 vd.; "*Hukuki korumadan şartlı olarak vazgeçme"* bkz.: GEERDS, GA 54, s. 263; AMELUNG, Einwilligung, s. 13, dp. 15, ayrıca bkz. s. 26; SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst/ LENCKNER, Theodor, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2006, Vorbemerkung zu den §§ 32 ff., kn. 33; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 105; LENCKNER, in ZStW 72 (1960), s. 453; WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Auf., Heidelberg 2007, kn. 370; Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s. 15; Bkz. ZIPF, Heinz, Die Bedeutund und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, in ÖJZ 1977, s. 381.

[129] LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 446 vd. GROPP, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin- Heidelberg 2005, §6, kn. 37.

[130] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 23; WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 47; GEERDS, s. 45; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §32, kn. 33; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 37.

[131] AMELUNG, Einwilligung, s. 26.

hukuk düzeninin sağladığı hukuki güvenceden vazgeçmesi mümkün de değildir. Burada söz konusu olan, hukuk düzeninin hukuksal değerlere ilişkin sağladığı soyut hukuki korumanın somut olayda geri kalmasıdır. Örneğin, kişinin kendi bedenine ilişkin hukuksal değerlerini koruyan yaralama suç tipini düzenleyen ceza normu ile sağlanan hukuki koruma, somut olayda geçerli bir rıza varsa geri kalır. Bir hukuksal değere ilişkin olarak, o hukuksal değeri koruyan ceza normu ile garanti edilen soyut hukuki koruma, somut olayda geri çekilir[132].

Rızanın hukuki korumadan vazgeçme olduğunu kabul eden diğer bir grup yazar ise, rızanın fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırma nedenini farklı açıklarlar. Bu yazarlar, hukuki korumadan vazgeçmenin, fiili hukuka uygun hale getirmesinin nedenini, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının hukuk düzeni tarafından tanınmasında görür[133]. Buna göre, kişinin kendisine ait hukuksal değerleri üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisini kullanması ve hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçmesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması ve Alman Anayasası §2'de yer alan genel eylem özgürlüğünün bir sonucudur[134]. Kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir menfaatine yönelik olarak gerçekleştirilen bir fiile rıza gösterebilmesi "rıza gösterme özgürlüğü" (Einwilligungsfreiheit) olarak adlandırılır ve bu özgürlüğün genel eylem özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmektedir[135].

Bu yazarlar, ilk olarak Alman Anayasası §2'de anayasal güvence altına alınan, genel eylem özgürlüğünün bir parçası olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını rızanın hukuki temeline yerleştirirler. İkinci olarak, kişinin kendi hukuksal değerleri

---

[132] HIRSCH, Hans Joachim, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in ZStW 74 (1962), s. 104, dp. 101; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 105; GEERDS, GA 54, s. 263; KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 23; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 37.

[133] Bkz. AMELUNG, Knut, Über Die Einwilligungsfähigkeit Teil I, ZStW 104(1992), s. 549; BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich/ MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl, 2003, §17, kn. 97; Bkz. FRISCH, Wolfgang, Die Einwilligung im deutschen Strafrecht, Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Albin Eser/ Haruo Nishihara (Hrsg.), Freiburg in Breisgau, 1991, s. 324.

[134] AMELUNG, Knut/ EYMANN, Frieder, Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JUS 2001, s. 938- 939; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, kn. 370; KOCA /ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 271.

[135] AMELUNG, Einwilligung, s. 26 vd.

üzerinde tasarruf edebileceğini kabul eden hukuk düzeninin, aynı kişinin bu hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçmesini de kabul edeceği değerlendirmesinini yaparlar. Buradan rızanın hukuki niteliğinin, kişinin hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçmesi olduğu sonucuna ulaşırlar. Üçüncü olarak ise, kişinin hukuki korumadan vazgeçmesinin, somut olayda rızanın ilişkin olduğu hukuksal değeri koruyan ceza normunu geri bıraktığı, olaya uygulanmasına engel olduğununu kabul ederler. Böylece kişinin hukuki korumadan vazgeçmesinin sonucu, somut olayda ceza normunun sağladığı hukuki korumanın geri kalması olarak açıklanır[136].

Rızanın sınırları ise, kişinin hukuki korumadan vazgeçmesinin mümkün olmadığı hallerdir. Kişinin tamamen kendi geleceğini belirleme hakkının içinde yer aldığı kabul edilen hallerde ise rızanın etkisi mutlaktır. Ancak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kapsamını aşan veya bu hakkın kapsamı içinde görülmeyen hallerde rıza geçerli değildir. Bu açıdan örneğin, kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstererek elde edeceği menfaat, ortaya çıkan zarardan daha büyük ise, bu fiil kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında görülür[137]. Belirli bir hukuksal değeri üzerindeki hukuki korumadan vazgeçen kişinin, rıza göstermekteki menfaati, ihlaline rıza gösterdiği hukuksal değerden daha ağır basıyorsa rızası geçerlidir[138].

c. Eleştiriler

Menfaatten vazgeçme teorisine karşı çıkanlar, rızanın herhangi bir menfaat kaybına neden olmadığını, bu nedenle de rızanın hukuki niteliğinin menfaatten vazgeçme olmadığını söylerler[139].

Menfaatten vazgeçme teorisi, yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin haklardan vazgeçmenin mümkün olmaması ve bu hakların ihlaline ilişkin açıklanan rızanın hukuken dikkate alınmaması nedeniyle de eleştirilmiştir. Kişilere ait menfaatlerin

[136] Bkz. KİOUPİS, Dimitrios, Notwehr und Einwilligung, Baden- Baden 1992, s. 98.
[137] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 939.
[138] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 939; LENCKNER, in ZStW 72 (1960), s. 453.
[139] AMELUNG, Einwilligung, s. 26.

korunmasında toplumun ve devletin de menfaatinin bulunduğu düşüncesinin, yalnızca bir çıkarım, bir varsayımdan ibaret olduğu; çünkü, bireylerin yaşamının korunmasında toplumun ve devletin bir menfaati bulunsaydı, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik kişinin kendisinden kaynaklanan saldırıların da cezalandırılmasının gerekeceği ileri sürülmüştür[140].

Hukuki korumadan vazgeçme teorisi de eleştirilmiştir. Rıza gösteren kişinin hukuki korumadan vazgeçtiği düşüncesi, özellikle devletin suçu resen takip etme ödevi karşısında oldukça sorunlu bir yaklaşım olarak görülür. Bu konuda yapılan eleştiriler şöyle özetlenebilir:

Devlet kişilere karşı işlenen suçların pek çoğunu, suçun pasif süjesinin iradesini dikkate almaksızın, resen takip eder[141]. Hukuk düzeni kişinin kendisine ait hak ve menfaatler üzerindeki hukuki korumadan, ancak şikâyet hakkı bağlamında suç işlendikten sonra vazgeçmesine önem verir. Rıza ise suç işlendikten sonra değil, ancak fiilin icrasına başlanmadan veya en geç icrası sırasında gösterildiği takdirde hukuken dikkate alınır[142].

Ünver'e göre, "*rıza, hukuksal değeri ceza normunun korumasından çıkarmamaktadır. İlgili hüküm gerek somut kişi ve hukuksal değeri gerek diğer belirsiz tüm kişiler açısından ceza normlarınca korunmaya devam etmektedir. ... Ceza normları hukuksal değerleri korumayı amaçlarlar; ancak hukuksal değerler ihlallerle tüketilen maddi konular olmayıp ihlal süresince ve sonrasında da varlıklarını sürdürüler*"[143]. Rızanın bulunduğu hallerde de esasen hukuksal değer ceza normu tarafından korunur, ancak hukuksal değer ihlal edilir. Rızanın varlığı hukuksal değerin ihlal edilmesine engel olmaz[144].

[140] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 78- 79.
[141] VÖGELI, Hans Feliz, Strafrechtliche Aspekte der Sportverletzungen im besonderen die Einwilligung des Verletzten im Sport, Zürich 1974, s. 125- 126.
[142] VÖGELI, s. 126; WEISSENBERGER, s. 44; WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 45.
[143] ÜNVER, Rıza, s. 235.
[144] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 980.

Kişinin hukuki koruma istemiyor olmasının kamusal bir ödev olan devletin hukuki güvence sağlama, hukuksal değerleri koruma ödevini ortadan kaldırmayacağına işaret edilir[145].

Bu teorinin, bir değerin ceza normunun koruma alanı ile norma ilişkin ratio legis'ini ve hukuksal değeri birbirine karıştırdığı; bu nedenle de bir hukuksal değerin bir normun koruma alanına sokulması ve o alandan çıkartılmasını kişinin iradesine bırakarak büyük bir yanılgıya düştüğü de söylenir. Bir hukuksal değerin bir normun koruma alanına sokulması veya o alandan çıkartılmasının kanun koyucunun tekelinde olduğuna işaret edilir. Teorinin pek çok kavram gibi hukuksal değer ve hak kavramlarını birbirine karıştırdığı da iddia edilir[146].

3. Toplumsal Değer Teorisi

a. Teorinin Açıklanması

Rızanın hukuki niteliğini ve hukuka uygunluk nedeni oluşunu açıklayan bir diğer teori de, hukuk politikası teorisi[147] olarak da adlandırılan, *toplumsal değer teorisidir*[148].

Bireyin kendi geleceğini belirleme, diğer bir deyişle kendi menfaatlerine ilişkin olarak serbestçe karar verebilme, bireysel otonomi hakkı, liberal özgürlükçü bir hukuk sisteminde korunması gereken önemli bir değerdir[149]. Kişinin kendi hukuksal değerlerine ilişkin olarak serbestçe karar verebilme hakkının önemini kabul eden toplumsal değer teorisi, bu hakkın, ihlaline rıza gösterilen hukuksal değerlerin korunmasındaki toplumsal menfaatten daha üstün olduğu hallerde rızanın fiilin

[145] NOLL, Peter, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in ZStW 77 (1965), s. 15; WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 45; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, II, 2; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 181.
[146] ÜNVER, Rıza, s. 235.
[147] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 36; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34 II, 3.
[148] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 74 vd.; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 181; İÇEL, Kayıhan/ EVİK, Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası İstanbul (tarihsiz), s. 153.
[149] GÖBEL, Alfred A., Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt am Main 1992, s. 22.

hukuka aykırılığını ortadan kaldıracağını kabul eder. Buna göre, ihlaline rıza gösterilen hukuksal değerin korunmasındaki toplumsal menfaat, kişinin bu hukuksal değer üzerindeki serbestçe tasarruf etme hakkından daha önemli değilse, rıza ile gerçekleştirilen fiil hukuka uygundur[150].

Toplumsal değer teorisi, liberal bir hukuk devletinde sosyal bir değer olarak tanınan kişinin kendi hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkıyla, hukuksal değerlerin korunmasındaki toplumsal yararın çatıştığını kabul eder. Bu nedenle, geçerli bir rızanın bulunması halinde, rıza gösterilen fiilin yöneldiği hukuksal değerin ihlal edilmesi, hukuksal değer sahibinin özgürlük alanı içinde kalan bir durum olarak değerlendirilir[151].

Öncelikle gerçekleştirilmesine rıza gösterilen fiilin ağırlığı, amacı ve diğer şartlar değerlendirilerek, bu filin yöneldiği hukuksal değerin, kişinin kendi menfaatleri üzerinde tasarruf edebilme özgürlüğü karşısında korunması gerekip gerekmediğine karar verilmelidir[152]. Hukuk düzeni, kişinin kendi hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme özgürlüğüne ne kadar değer verirse, rızanın geçerlilik alanı da o oranda genişler. Buna karşın kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği hukuksal değerler ve kendi geleceğini belirleme hakkı karşısında korunması gereken üstün hak ve menfaatler rızanın sınırlarını belirler. Kişinin kendi hukuksal değerleri üzerinde tasarruf edebilme özgürlüğünün sınırları, bütün bir hukuk sistemi dikkate alınarak belirlenir. Bireye ve bireysel özgürlüklere önem veren liberal hukuk sistemlerinde bu özgürlük alanı oldukça geniştir. Bu nedenle kişilere ait hukuksal değerlerden şeref, özel hayat ve malvarlığı üzerinde kişinin tasarruf yetkisinin mutlak olduğu ve bu hukuksal değerlere karşı gerçekleştirilen fiillere hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterilebileceği kabul edilmektedir[153].

Buna karşın kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden yaralama fiillerine gösterilecek rızanın geçerli olup olmayacağının belirlenmesi açısından, kişinin kendi

[150] Bkz. WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 46; Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 180.
[151] Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34 II, 3.
[152] NOLL, in ZStW 77 (1965), s. 15; ZIPF, Einwilligung, s. 32; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 36; VÖGELI, s. 128.
[153] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 76.

bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları önemlidir. Genel olarak kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden hafif fiillere rıza gösterebileceği, buna karşın ağır fiillere rıza gösteremeyeceği kabul edilmektedir. Yaşam hakkının korunmasındaki toplumsal menfaat, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasındaki menfaatten daha büyük olduğu için, bu hakkın ihlaline gösterilen rıza hiçbir zaman geçerli değildir[154].

Toplumsal bir değer olan kişi özgürlüğünün korunmasındaki menfaat, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin korunmasındaki toplumsal menfaatten daha üstün ise, fiilin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir[155]. Bu nedenle toplumsal değer teorisi rızanın suça etkisini açıklarken, rızayı her zaman hukuka aykırılık üzerinde etkili olan bir neden olarak açıklamakta zorlanmaz[156].

b. Eleştiriler

Toplumsal değer teorisi, genel olarak kişinin hukuksal değerleri üzerindeki tasarruf özgürlüğü ile hukuksal değerlerin korunmasındaki toplumsal menfaatin çatıştığını kabul eder. Ancak burada gerçek anlamda bir menfaat çatışmasının olmadığı söylenir. Bir tarafta kişinin karar verme özgürlüğü yer alırken, diğer tarafta normun koruma amacı yer almaktadır. Bu gerçek anlamda failin menfaatleri ile rıza gösteren kişinin menfaatleri arasında var olduğu kabul edilebilecek bir çatışma değildir[157].

Toplumsal değer teorisinin, menfaatlerin çatışmasına ilişkin şekli ölçütler getirmesine rağmen, menfaatlerin değerlendirilmesinde ve üstün menfaatin belirlenmesinde objektif, maddi ölçütler ortaya koyamamasının teorinin en zayıf noktası olduğu kabul edilmektedir. Çatışan hukuksal değerlerden hangisinin korunacağı belirlenirken, toplumsal yaşamın devamlılığı ve düzeni açısından çok önemli olan ve yalnızca ceza hukuku tarafından korunan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı gibi hukuksal değerlere ilişkin önemli sorunlarla karşılaşılır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının çok önemli olduğunu kabul edildikten sonra, yaşam ve

[154] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, II, 3; Bkz. KİOUPİS, s. 102.
[155] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, II, 3.
[156] KİOUPİS, s. 102.
[157] HIRSCH, LK Vor §32, kn. 105.

vücut bütünlüğü gibi hukuksal değerler sözkonusu olduğunda, bu hakka önem verilmemesi önemli bir çelişki olarak görülür[158].

Toplumsal değer teorisi, failin cezalandırılmaması sonucuna ancak bir yorumla ulaşabildiği için de eksik bulunur. Çünkü, bu teori failin fiiliyle, mağdurun ihlal edilen hukuksal değeri arasında bir değerlendirme yapmaz. Yapılan değerlendirme daha çok, kişinin kendi menfaatine aykırı hareket etmesi halinde, sorumluluğunun değerlendirilmesine benzer. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile başka bir hukuksal değerinin çatışma halinde olup olmadığı, objektif bir değerlendirmeye göre belirlenmelidir. Ancak üstün olan menfaatin belirlenmesinde, kişinin sübjektif değerlendirmesinin esas alınmasının da, teorinin kendi içinde düştüğü bir tutarsızlık olduğu kabul edilmektedir[159].

4. Kişinin Kendi Aleyhine Suç İşlemesi Teorisi

a.Teorinin Açıklanması

Rızanın hukuki niteliğini açıklamaya çalışan diğer bir teoriye göre rıza, kişinin kendi aleyhine suç işlemesi gibidir. Nasıl ki kişi kendi aleyhine suç işlediğinde cezalandırılmıyorsa, aynı suçu onun rızası ile bir başkası işlediğinde, rızaya dayanarak hareket eden kişi de cezalandırılmaz[160].

Ceza hukukunun amacı kişilerin menfaatlerini, üçüncü kişilerden gelecek saldırılara karşı korumaktır. Kişilerin menfaatlerini ihlal etmeyen bir hareket ceza hukuku anlamında, cezalandırılabilir bir hareket değildir. Menfaat sahibinin iradesine rağmen, ona ait bir menfaatin ceza hukuku tarafından korunması ceza hukukunun amacıyla bağdaşmaz. Böyle bir durumda ceza hukuku kendi kendisiyle çelişkiye düşer[161].

---

[158] Bkz. WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 46; WEISSENBERGER, s. 44; KİOUPİS, s. 102.
[159] Bkz. WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 46; KİOUPİS, s. 102.
[160] "*Suçun hukuksal değerini ihlal etmek, yani suçun kanuni tipine zarar verme veya tehlikeye sokmak, suçtan zarar görenin hukuken etkili rızasının varlığı halinde, tıpkı bir kimsenin kendi hukuksal değerini bizzat ihlal etmesi gibi cezalandırılmaz."*Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 978.
[161] KESSLER, s. 33, s. 52.

Devletin veya kamunun menfaatlerinin korunması söz konusu olduğunda ise rıza geçersizdir. Ancak ceza kanunundaki hüküm, kişisel bir menfaatin korunmasına yönelik ise, menfaat sahibinin iradesi hukuken dikkate alınmalıdır[162]. Kişinin bizzat kendisinin, kendi menfaati aleyhine suç olarak tarif edilen bir fiili gerçekleştirmesi ile bu fiilin kişinin rızasıyla bir başkası tarafından gerçekleştirilmesi aynı değerdedir. Ceza Kanunu'nun, bir fiilin gerçekleştirilmesini o fiilin suç olarak düzenlendiği ceza normu ile korunan hukuksal değerin sahibi dışında herkese yasaklaması, söz konusu hukuksal değeri kişinin kendisi dışında herkese karşı koruduğu anlamına gelir[163].

Bir başkasının malını sahibinin rızası olmaksızın almak veya bir başkasının malına zarar vermek suç iken, kişinin kendi malını alması veya zarar vermesi suç değildir. Aynı şekilde bir başkasının hukuki menfaalerini ihlal eden kişi de, menfaat sahibinin verdiği rızaya dayanarak hareket ettiğinde, kişinin kendisi gibi cezalandırılmaz[164].

Zamanla, *"Kişinin kendisine karşı suç işlemesi ile üçüncü bir kişinin rıza üzerine gerçekleştirdiği fiil aynı değerdedir."*[165] şeklinde formüle edilen bu görüş, gerçekte rızayı, kişinin bir başkasını kendisine karşı suç işlemek için kullandığı bir araç olarak görmektedir[166]. Kendi hukuksal değerlerini ihlal eden kişi cezalandırılmadığı gibi, kendi hukuksal değerini rıza göstermek suretiyle bir başkasının fiili aracılığı ile ihlal eden kişi de cezalandırılmayacaktır. Çünkü rıza ile gerçekleştirilen fiil, kişinin kendisine karşı gerçekleştirdiği bir fiil gibidir ve suç değildir[167].

Teorinin özel hukuktan etkilenen bazı taraftarları ise rızayı özel hukuktaki vekâlet müessesesine benzetirler. Rıza gösteren kişi, sanki bir başkasına menfaatini ihlal eden bir fiili gerçekleştirebilmesi için vekâlet verir. Bir anlamda mağdur rıza

---

[162] KESSLER, s. 65.
[163] KESSLER, s. 68- 69.
[164] KESSLER, s. 68.
[165] SCHMITT, Rudolf, "Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst", Festschrift für Reinhart MAURACH zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, s. 115.
[166] KLEE, Karl, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden, Teil I, in GA 48 (1901), s.179; SCHMITT, in FS- MAURACH, s. 115.
[167] SCHMITT, in FS- MAURACH, s. 115.

açıklamasında bulunarak, faili fiili gerçekleştirmesi için kendisine vekil tayin eder. Vekâlet veren kişinin cezalandırılmaksızın gerçekleştireceği fiilleri, kendisine vekâlet eden kişi gerçekleştirdiğinde, onun da cezalandırılmaması gerekir. Bu nedenle bir ceza normunu ihlal eden bir fiili, o normun koruduğu hukuksal değerin sahibinin rızasına dayanarak gerçekleştiren ve onun vekili gibi hareket ederen kişi de cezalandırılmaz[168].

b. Eleştiriler

Rıza kişinin kendisine karşı suç işlemesinin bir şekli olmadığı gibi, rıza gösteren kişi ile fail arasında bir iştirak ilişkisi de yoktur[169].

Rıza, rıza gösteren kişinin faile kendisine karşı suç işlemesi için verdiği bir vakalet de değildir. Vekâlet ilişkisinde vekil, vekâlet verenin çizdiği sınırların dışına çıkıp, kendi başına hareket edemez. Aynı şekilde, hukuken geçerli bir rızanın var olduğu durumlarda da failin kendiliğinden hareket etmesi söz konusu değildir. Ancak aralarındaki bu benzerliğe rağmen hukuka uygunluk nedeni olan rıza, vekâletten farklıdır. Vekâlet hukuki bir temsil şeklidir ve vekilin vekâlet gereğince hareket etmesi hukuki bir zorunluluktur. Buna karşın rıza, faile suç işlemek konusunda hukuki bir görev yüklemez. Kişi kendisine ait hukuksal bir değeri ihlal eden veya tehlikeye düşüren bir fiile rıza göstermekle, faile belirli bir şekilde hareket etme hakkı vermediği gibi, failin de rıza gösterilen fiili gerçekleştirme yükümlülüğü yoktur. Fail, fiili gerçekleştirirken, hak sahibini temsilen hareket etmez. Bu nedenle vekâlete ilişkin hükümler, rızaya uygulanamaz[170].

C. Diğer Teoriler

Rızanın hukuki niteliğini açıklamaya çalışan yazarlardan Honig'e[171] göre, rızanın hukuki niteliğini tek bir hukuki temele dayandırmak mümkün değildir. Ona göre, rıza ile ilgili genel olarak tespit edilebilecek tek şey, rızanın kanunun kendisine

[168] Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. II., kn. 738.
[169] GEERDS, s. 43.
[170] Bkz. KESSLER, R., s. 26- 27.
[171] HONIG, s. 140 vd.

böyle bir etki tanıdığı durumlarda, hukuken korunan değer üzerindeki hukuki korumayı ortadan kaldırdığı ve bunun neticesinde de aslında hukuka aykırı olan bir hareketin bu niteliğini bertaraf ettiğidir. Honig, rızayla hukuki korumanın ortadan kalkacağını belirtmektedir, ancak bunun rızanın hukuki niteliği değil, rızanın yerine getirdiği bir fonksiyon olduğunu düşünmektedir. Rızanın asıl hukuki niteliğinin ise bundan daha farklı bir şey olması gerektiğini söyler. Ona göre, rızanın hukuki niteliğinin ne olduğu belirsizdir ve tatmin edici bir açıklama da yapılamamaktadır[172].

Honig'e göre, rızanın hukuki niteliği her bir ceza normunun koruduğu hukuki konuya göre değişkenlik gösterir ve geçerlilik şartları da buna bağlı olarak değişir[173]. Bu nedenle rızayı bilinen hiçbir hukuki modelle açıklamak mümkün değildir. Çünkü rıza hukuken anlam ifade eden hareketler açısından, öngörülen herhangi bir formül altında ele alınamaz. Ona göre, rıza hukuki bir işlem yapmaya yönelik irade açıklaması "*hukuki işlem"* (Rechtsgeschäft) olarak değerlendirilemeyeceği gibi, aralarında büyük benzerlikler olmasına rağmen, hukukun sadece gerçekleşen somut neticeye bir sonuç bağladığı "*hukuki fiiller"* ("Tathandlung", Natural- Realakte) kategorisine de girmez. Çünkü hukuki fiillerde hukuki etki, bir davranışla somutlaşan iradeye değil, bu iradeye bağlı olarak ortaya çıkan somut neticeye bağlanmaktadır, yani kanun hukuki etkiyi iradeye değil gerçekleşen neticeye tanır. Buna karşın rızanın hukuki etkisi, rıza gösteren kişinin iradesine hukuk düzeni tarafından bir netice bağlandığında ortaya çıkar[174].

D. Değerlendirme

Rızanın hukuki niteliğini açıklamaya çalışan teorilerden her biri günümüz ceza hukuku öğretisinde kendisine taraftar bulabilmektedir.

Bununla birlikte bize göre rıza, faile suç işleme konusunda herhangi bir hak tanımadığı ve rıza gösteren kişiye de rıza gösterdiği fiilin gerçekleştirilmesine

[172] HONIG, s. 144.
[173] HONIG, s. 140, 144, 158.
[174] HONIG, s. 165, dp. 103.

katlanma borcu yüklemediği için, hukuki işlem yapmaya yönelik bir irade açıklaması değildir.

Rızanın hukuki niteliği, rıza faile suç işlemek konusunda hukuki bir görev yüklemediği ve failin de rıza gösterilen fiili gerçekleştirme konusunda bir ödevi olmadığı için, vekâlet sözleşmesinden hareketle de açıklanamaz. Rızanın kişinin kendi aleyhine suç işlemesinin bir şekli olarak görülmesi de isabetli değildir. Çünkü, rıza kişinin kendisine karşı suç işlemesinin bir yolu olsaydı, intihar eden kişi cezalandırılmadığı gibi, talep üzerine adam öldüren kişinin de cezalandırılmaması gerekirdi.

Rızanın hukuki niteliğini, hukuk politikası görüşlerine dayanarak açıklayan teorilere de bazı açılardan katılmadığımızı belirtmeliyiz. Kanaatimizce, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile rızanın ilişkin olduğu hukuksal değer arasında bir çatışma yoktur. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıyla rıza gösterme özgürlüğü birbiriyle çelişmez, aksine birbirini tamamlar. Bu açıdan rıza, kişinin kendi geleceğini belirlemesinin ve özgürlüğünü gerçekleştirmesinin bir yolu, bir vasıtasıdır. Rıza, kişinin kendi menfaatlerini gözetmesi ve hukuksal değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini yine kendi belirlediği amaçlar doğrultusunda kullanabilmesine imkân tanıyan bir araçtır[175]. Rıza, kişinin hukuksal değerlerine ilişkin karar verebilme, tasarruf edebilme özgürlüğünün bir yansımasıdır. Örneğin, malvarlığı veya vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf edebilmesinin aracıdır. Rıza aynı zamanda faile ceza yaptırımıyla karşılaşmadan bir fiili gerçekleştirme imkânı tanıdığı için, failin özgürlük alanı da genişleten bir vasıtadır[176].

Rıza, hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kabul edilen kişinin, bu hukuksal değerlerine ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından sağlanan

[175] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 937, 939; MURMANN, Uwe, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Heidelberg 2005, s. 371; RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 146.
[176] STERNBERG- LIEBEN, Detlev, Die Objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997, s. 19, 20.

soyut hukuki korumadan, somut olayda vazgeçmesidir[177]. Kişi hukuksal değerini ihlal eden bir fiilin gerçekleştirilmesine razı olduğunu açıkladığında, aynı zamanda hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan da somut olayda vazgeçtiğini açıklamış olur.

Kişinin hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği, Anayasa'nın 12 ve 17. madelerinde garanti altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından ve TCK m 26/2'de yer alan açık düzenlemeden çıkartılır. Hukuk düzeni hem Anayasa hem de Ceza Kanunu'yla kişinin kendisine ait bazı hukuksal değerler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkını tanımıştır. Kişinin kendisine tanınan yetkileri kullanarak, hukuksal değerine ilişkin somut korumadan vazgeçmesi, anayasal bir hak olan kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı kapsamında görülmelidir[178].

Devletin hukuksal değerleri koruma ödevinin rızayla ortadan kalkmayacağı ve bu nedenle rızanın hukuki niteliğinin hukuki korumadan vazgeçme olarak açıklanamayacağı[179] eleştirisi haklı bir eleştiri değildir. Hukuki korumadan vazgeçme torisinin bu tür bir iddiası olmadığı gibi, kişinin bir hukuksal değeri bir ceza normunun koruma alanına sokma veya o alandan çıkarma gibi bir yetkisi de yoktur. Hangi hukuksal değerlerin korunup, hangilerinin korunmayacağına karar verme yetkisi yalnızca Kanun Koyucuya aittir. Zaten rıza gösteren kişi, bir hukuksal değere ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından sağlanan soyut hukuki güvenceden vazgeçmemektedir. Hukuksal değer soyut olarak her zaman korunur[180]. Ancak hukuksal değer sahibi, üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kişinin kendisine bırakılmış olan hukuksal değerini ihlal eden bir fiile rıza göstererek, o hukuksal değerine ilişkin soyut hukuki korumayı somut olayda talep etmediğini ortaya koyar. Kişi rızanın hukuki sonuçları üzerinde tasarruf edemez, ancak somut

[177] GEERDS, GA 54, s. 263; LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 453; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §32, kn. 33; KÜHL, Strafrecht AT §9, kn. 20; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 271; AMELUNG, Einwilligung, s. 26 vd.
[178] AMELUNG, Einwilligung, s. 26 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 271
[179] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, II, 2; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 181.
[180] HIRSCH, in ZStW 74 (1962), s. 104, dp. 101.

olayda hukuki korumayı talep etmemesi, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değeri koruyan ceza normunun geri kalması, hukuki sonuçlarının ortaya çıkmaması sonucunu doğurur[181].

Hukuk düzeni kişiye kendisine ait hukuksal değerler üzerinde tasarruf etme yetkisi tanıdığına göre, bu tasarruf yetkisini kullanarak ve bu yetkinin sınırlarını aşmadan[182], hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçmesi de hukuka aykırı olmayacaktır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ve kendi hukuksal değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini tanıyan hukuk sistemi, bu yetkinin kullanılmasını da cezalandırmaz.

Kişi yalnızca üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hukuksal değerlere ilişkin hukuki korumadan vazgeçebilir. Kişinin malvarlığı, özel hayatı, hürriyeti, cinsel özgürlüğü ve şeref değerlerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçebileceği genellikle kabul edilmektedir[183]. Ancak kişi, bu hukuksal değerlere ilişkin hukuki korumadan vazgeçerken de hukuk kurallarıyla bağlıdır.

Kişinin yaşam hakkının korunmasından vazgeçmesine hukuken itibar edilmez. Çünkü yaşam hakkının niteliği ve korunma amacı böyle bir vazgeçmeyi imkansız hale getirir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, yaşam hakkının başkalarının fiillerine karşı korunmasından vazgeçilmesini de kapsadığı şekilde geniş yorumlanamaz[184].

Kişinin, beden bütünlüğüne ve sağlığına ilişkin hukuksal değerlerinin korunmasından ancak belirli sınırlar içinde vazgeçebileceği kabul edilmektedir. Aile planlaması ve gebelikten korunma yöntemlerine ilişkin rızanın, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında olduğuna dair bir tereddüt bulunmamaktadır.

---

[181] HIRSCH, in LK Vor §32, kn.105.

[182] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 146; MURMANN, s. 311, ceza sistemini harekete geçiren, kişinin tasarruf yetkisini hukuken izin verilen sınırların dışında kullanmasıdır. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 318; ÖNDER, C. II- III, s. 211.

[183] Bkz. MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 42.

[184] HIRCH, LK- Vor §32, kn. 114; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 47. Yaşam hakkının niteliği ve bu hakkı ihlal eden bir fiile gösterilen rızanın etkisi, öğretide savunulan görüşler ve AİHM'nin kararları ışığında ilerde ötanazi başlığı altında ayrıca değerlendirilecektir.

Ancak tıbbi müdahaleler, gebeliğin sona erdirilmesi, kısırlaştırma, kastrasyon, intihara yardım, ölüm yardımı, ölüm anına ilişkin karar verme, koma hastalarına uygulanan tedavinin sona erdirilmesi ve organ nakilleri açısından kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ve rızanın sınırları tartışmalıdır[185].

II. Rızanın Hukuken Tanınmasının Temel Nedeni

A. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı

Geçmişte rızanın hukuki temellerinin Roma hukukundan gelen "volenti non fit iniuria" kuralına bağlı olarak örf ve adet hukuku kuralında olduğu kabul edilmekteydi[186]. Ancak günümüzde rızanın hukuki temellerinin her özgür bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına[187] dayandığı neredeyse tartışmasız kabul edilmektedir[188].Aynı zamanda demokratik Anayasa'ların ana dayanaklarından biri olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, rızanın hukuken tanınmasının dogmatik temelini oluşturur[189].

Ancak bireysel otonomi veya özerklik[190] hakkı olarak da adlandırılan, kendi geleceğini belirleme hakkının ve bu hakkın kapsamının ne olduğu tartışmalıdır. Tıp alanında yapılan bir tanıma göre, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı: "*Kişinin herhangi bir dış baskı altında kalmadan, kendi görüşünü oluşturabilme, tek başına düşünebilme, kendisi hakkında karar verebilme ve bu karara dayanan bir eylemde bulunabilme yeterlilik ve yeteneğidir"*[191].

---

[185] Bkz. MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 36; Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 981.
[186] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 1; GEERDS, s. 50.
[187] GÖBEL, s. 21; CASSANİ, TBBD, Y. 21, S. 77, s. 238 (Çev: ÖZEN/ ÖZEN); KÜHL, Strafrecht AT, § 9, kn. 20.
[188] HINTERHOFER, s. 24; Aygörmez'e göre: Rıza, anayasal temelini, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına dayanan, "bireyin kendi geleceğini belirleme hakkında" ve buna bağlı olarak da "insan öz saygınlığının (insan onuru) dokunulmazlığı" ilkesinde bulmaktadır. Bkz. AYGÖRMEZ, s. 138.
[189] STERNBERG- LIEBEN, s. 37- 38.
[190] Özerklik hakkı Amerikan hukukunda mahremiyet hakkı kapsamında değerlendirilmekte ve kişinin ölümüne ilişkin belirlemeleri de kapsayacak biçimde geniş yorumlanmaktadır. Bu hak ve hakkın Amerikan yargı kararlarındaki yorumlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: İNCEOĞLU, Sibel, Ölme Hakkı, 1999, s. 103 vd.
[191] ERSOY, Nermin/ AYDIN, Erdem, Tıbbi Etik'te "Özerklik" ve "Özerkliğe Saygı İlkesi", T-Klin, Tıbbi Etik 1994, S. 2, s. 71.

Dworkin ise, özerklik hakkı olarak adlandırdığı bu hakkı, insanların kendileri için temel kararları verme, açıkça akıl dışı olmadıkça kendi yaşamlarını sona erdirmeye izin verme hakkı olarak tarif etmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkının, "kişi kendi menfaatini başkalarından daha iyi bilir" anlayışından farklı olduğu ve kişiye özerklik hakkı tanınmasının, kişinin kendi kişiliğine göre yaşamını biçimlendirmesi için ona sorumluluk yüklemek anlamına geldiği söylenmiştir[192].

Hukuk alanında yapılan bir başka tanıma göre ise, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı: "*özel hukuk ve anayasa hukuku tarafından kişiye tanınmış olan haklar üzerinde, kişinin kendi karar ve seçimleri doğrultusunda serbestçe tasarruf edebilmesidir*"[193]. Bu durumda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, hukuk düzeninin kişiye tanıdığı tasarruf yetkisine bağlı olarak ortaya çıkan bir haktır[194].

Ancak bu tanım, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, hukuk düzeni tarafından istendiğinde sınırlanabilir nitelikte bir *"tasarruf yetkisinin kullanılması"*na indirgenemeyeceği için eksiktir[195]. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının anlamı, tasarruf yetkisinin kullanılmasından daha geniştir. Bu hak kişinin irade ve seçme özgürlüğünün bir parçası olmanın yanında, aynı zamanda bu özgürlüklerin bir garantisidir[196]. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, genel eylem özgürlüğünün bir parçası ve aynı zamanda bu özgürlüğün yansıması olan hakların kullanılmasını da garanti altına alan bir haktır[197].

Bununla birlikte bazı yazarlar, kendi geleceğini belirleme hakkını genel kişilik hakkının bir parçası olarak görürler[198]. Diğer bazı yazarlar ise, bu hakkın genel kişilik hakkının bir parçası değil, kişisel hakların her birinin içinde ayrı ayrı var olan

---

[192] Aktaran: İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 110.
[193] GÖBEL, s. 21.
[194] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 34 II, 3.
[195] MURMANN, s. 198.
[196] MURMANN, s. 201.
[197] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 14; JESCHECK/WEIGEND, Strafrecht AT, §34 II 1; HINTERHOFER, s. 8.
[198] WEISSENBERGER, s. 46; Bkz. ERMAN, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 235.

bir hak olduğunu savunanurlar[199]. Onlara göre, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, kişisel hakların ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Bu hakkın yaşam hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu, insan onurunun bir görünümü olduğunu veya kişinin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının içinde yer aldığını kabul edenler de vardır[200].

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının, kişisel hakların her birinin içinde ayrı ayrı var olan bir hak olduğunu savunan görüşe yukarıda kısaca işaret etmiştik. Bu görüşe göre[201], kişinin kendi geleceğini belirleme ve menfaatlerine ilişkin serbestçe tasarruf etme hakkı, ceza normu ile korunan her bir bireysel hukuksal değere dâhildir[202]: Kişisel hak ve menfaatleri koruyan her bir ceza normu, aynı zamanda kişinin o hak ve menfaat üzerindeki tasarruf özgürlüğünü de korur. Örneğin, yaralama suç tipi yalnızca kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığını değil, aynı zamanda kişinin kendi vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkını da koruma altına alır[203].

Ancak kişinin kendi geleceğini belirleme ve kendi menfaatlerine ilişkin tasarrufta bulunma hakkının, kişilere ait hukuksal değerlerin tamamında ceza normunun koruma alanı içinde olduğu görüşü tutarlı değildir. Eğer bu görüş doğru olsaydı, hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisi olmayanlara veya fiil gerçekleştirildiği anda bilinci kapalı olduğu için bu yetkiyi kullanamayacak olanlara karşı gerçekleştirilen fiillerin suç olmaması gerekirdi[204]. Örneğin, yeni doğmuş bir bebek veya ağır zihinsel kusuru bulunan kişiler kendi bedenleri üzerinde tasarruf edemezler. Ancak onlara karşı gerçekleştirilen fiiller de, yetişkin bir insanın vücut

---

[199] ZILKENS, Martin, Zur Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung, Diss., Köln 1985, s. 60.
[200] ZILKENS, s. 60.
[201] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 12; Bkz. MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 33; WEIGEND, ZStW 98 (1986), s. 59.
[202] Vücut dokunulmazlığını koruyan ceza normlarıyla yalnızca yalın bir konu olarak vücudun değil, aynı zamanda kişilik haklarının bir parçası olarak vücut üzerindeki tasarruf hakkının da korunduğuna ilişkin olarak bkz.: TAG, Brigitte, Authonomie, Einwilligung und Ethik im Medizinstrafrecht, YÜHFD, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 217 (Makalenin çevisisi için aynı yerde bkz. ÜNVER, Yener, s. 197).
[203] Bkz. AMELUNG, Einwilligung, s. 26.
[204] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 22.

bütünlüğünü ihlal eden fiille aynı hukuksal değeri ihlal eder ve haksızlık içeriği açısından aynı değerdedir[205].

Kişiye kendi menfaatleri üzerinde başkalarının ihlaline rıza gösterecek şekilde tasarrufta bulunma yetkisi de veren[206], kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin kişiliğini geliştirmesine, ortaya koymasına hizmet eden bir haktır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı Anayasada açıkça düzenlenen mümferit bir hak değildir. Anayasa hukukunda, münferit bir temel hakkın koruma alanına girmeyen özgürlüklerin, genel davranış özgürlüğünün koruma alanına girdiği kabul edilmektedir. Genel davranış, eylem özgürlüğü kişinin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını da kapsayan bir çerçeve haktır[207]. Kişinin kişiliğini serbestçe geliştirmesi amacına hizmet eden, kendi geleceğini belirleme hakkı da, kişinin genel eylem özgürlüğünün koruma alanında yer alan bir haktır[208].

Kanaatimizce de kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı genel eylem özgürlüğünün koruma alanında yer alan, kişinin irade ve seçme özgürlüğünün bir parçası ve aynı zamanda bu özgürlüklerin kullanılmasını garanti altına alan bir haktır[209].

Özgür bir birey kendi kararlarını kendi verebilir ve kendi geleceğini belirler. Toplumdaki her bireyin kendi seçimlerine ve tercihlerine saygı gösterilmesini isteme hakları olduğu gibi, başkalarının kendi geleceğini belirleme hakkına, seçimlerine,

---

[205] AMELUNG, Einwilligung, s. 27.

[206] Rıza, bireyin hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi ve böylece kendi kararlarını, bireysel tercihlerini ortaya koyma amacına hizmet eder. Kişinin kendi tercihlerini yansıttığı her karar da, aslında kişiliğinin bir yansıması, somutlaşıp ortaya konmasının bir aracı, bir vasıtasıdır. Bkz. GÖBEL, s. 22; GEPPERT, Klaus, Rechtfertigende Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitstaten im Strassenverkehr?, ZStW 83 (1971), s. 953; ROXIN, Claus, Über die Einwilligung im Strafrecht, Coimbra 1987, s. 11; Kişinin kendi geleceğini belirlemek için yaptığı eylem ve seçimler, modern insanda bulunması beklenen "bireysel değerlerin" önkoşullarından biri olarak görülür. ERSOY/AYDIN, s. 71; KÜHL, Strafrecht AT, § 9, kn. 20.

[207] ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 55.

[208] AMELUNG, Einwilligung, s. 29- 31.

[209] MURMANN, s. 201; "Rıza, "self determinasyon" unsuru olup, kişinin kendi kendini idare etmesini sağlar. Demokratik bir toplum olmanın ön koşulu da budur." Bkz. YENİSEY, Feridun, Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, TBB, Ankara 2008, s. 871.

tercihlerine ve eylemlerine de saygı gösterme ödevi vardır[210]. Kişinin kendi geleceğini belirleyip, kendi menfaatlerine ilişkin olarak serbestçe tasarrufta bulunabileceğini kabul eden bir hukuk düzeni, aynı zamanda onun kendisine ait bir hukuksal değere ilişkin hukuki korumadan vazgeçebileceğini de kabul eder.

Kişinin kendisiyle ilgili olarak verdiği kararların, bireysel tercihlerin her zaman objektif olarak mantıklı olması beklenmemelidir. Bireysel tercihlerde mantık değil, özgürlük ön planda olacaktır. Özgür bir bireyin kararları mantıklı olabileceği gibi, başkalarının değerlendirmesine göre mantıksız da olabilir. Kişi verdiği kararlar sonucunda başkalarının hukuksal değerlerini ihlal etmediği veya tehlikeye düşürmediği, kamu düzenine aykırı hareket etmediği veya toplumsal düzene ilişkin davranış kurallarını ihlal etmediği sürece, kendi menfaatlerine ilişkin olarak mantıklı karar vermeye mecbur bırakılamaz. Kaldı ki neyin mantıklı neyin mantıksız olduğunu belirlemek de çok zordur. Bu açıdan *"kendi geleceğini belirleme hakkı"* kişinin seçimlerinden yine kendisinin sorumlu olduğu yani bireysel sorumluluk prensibine dayanır. Bu da bizi yeniden, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hakları, bir başkasının ihlal etmesine veya tehlikeye düşürmesine razı olabileceği noktasına getirir[211].

B. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Anayasal Temelleri

Alman ceza hukuku öğretisinde hâkim olan görüşe göre, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının normatif temelleri Alman ceza hukukunda Alman Anayasa'sının 2/1. maddesinde yer alır[212]. Bu maddeye göre: "*herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene ve genel ahlaka aykırı olmamak kaydıyla, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.*" Bu madde ile yaşama, vücut bütünlüğünü koruma ve kendini geliştirme haklarına sahip olan insanın, aynı zamanda onurlu bir varlık olarak varlığını devam ettirme hakkının yanında, bireyin

[210] "Herkesin başkasının özerkliğine ve eşdeğer kişiliğine saygı göstermesi gerektiğine ilişkin anayasa hukuku emri, ceza hukukuna ilişkin bireysel hakların korunmasının temelini oluşturur". Bkz. TAG, s. 216 (Çev.: ÜNVER, s. 196).
[211] GÖBEL, s. 22.
[212] GÖBEL, s. 22; ZENTAI, Susanna Barbara, Die Strafrechtliche und Zivilrechtliche Aufklärung zu der Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung in einem Rechtsvergleich mit Ungarn, Diss. Uni. Trier 2004, s. 3.

şuur sahibi, kendi kararlarını kendisi verebilen ve kendi kaderini, verdiği kararların sorumluluğunu yine kendisi taşıyacak şekilde kendisi belirleyebilen bir varlık oluşunun, güvence altına alındığı kabul edilmektedir. Bu açıdan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, onurlu bir birey olarak varlığını devam ettirme hakkına sahip olan bireyin genel eylem özgürlüğünün bir parçasıdır[213].

Alman Anayasası'nın değerler sisteminde, en üstte negatif statü hakları da denen, temel insan hakları yer alır. Bu değerler sisteminin merkezinde kendi gerçekliğinden yola çıkan ve sorumluluk alarak, kendini özgürce gerçekleştirebilen "*insan kişiliği*" yer alır[214]. Liberal Anayasaların merkezinde yer alan hak sahibi, sorumluluk alabilen ve kendini geliştirebilen insan anlayışı, kişinin başkalarınca gerçekleştirilen fiillere karşı korunması anlayışı ile bağdaşır, ancak kişinin kendi fiillerine karşı korunması gerektiği anlayışına terstir. İnsanın kendisine karşı da korunması gerektiği düşüncesi, liberal bakış açısıyla bağdaşmaz ve böyle bir anlayış, devletin yetkilerini kişinin özgürlük alanını ölçüsüzce daraltacak biçimde genişletir[215].

Türk hukukunda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına doğrudan doğruya işaret eden hukuki bir düzenleme yoktur. Ancak Anayasanın başlangıç hükümlerinin 6. paragrafında[216] "*Her Türk vatandaşının… onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" belirtilerek, maddi ve manevi varlığını onurlu bir hayat sürme amacı doğrultusunda geliştirme özgürlüğü, yani kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 5. maddesinde " …*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın*" devletin temel amaç ve görevleri arasında olduğu belirtilerek, devlete kişinin kendi kişiliğini serbestçe geliştirmesine imkân sağlamak için bir ödev de yüklenmiştir.

---

[213] ZENTAI, s. 4.
[214] STERNBERG-LIEBEN, s. 38.
[215] VOLL, s. 47.
[216] Anayasanın 176. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dâhildir.

Aynı şekilde Anayasa'nın "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlığını taşıyan ikinci kısmın kişinin hakları ve ödevlerinin düzenlendiği ikinci bölümünde, "*Kişinin Dokunulmazlığı Maddi ve Manevi Varlığı*" başlıklı 17. maddesiyle de kişinin özgürlüğüne ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına ilişkin vurgu tekrarlanmıştır. 17. maddenin 1. fıkrası *" herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* hükmünü içerir. AY 17. maddenin 2. fıkrasında ise: *tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamayacağı* düzenlenmiştir. Böylece kişinin kişiliğini serbestçe geliştirme ve onurlu bir birey olarak varlığını devam ettirme hakkı Alman Anayasasında olduğu gibi, Türk Anayasası'nda da garanti altına alınmıştır[217]. Kişinin kişiliğini serbestçe geliştirmesi amacına hizmet eden ve genel eylem özgürlüğünün bir parçası olan, kendi geleceğini belirleme hakkı da bu düzenlemelerde anayasal temellerini bulmaktadır.

III. Rızanın Suça Etkisi

A. Genel Olarak

Rızanın suça etkisinin bütün suç tipleri açısından aynı olup olmadığı, rızanın ceza hukukunda üstlendiği işlev açısından önemlidir. Rızanın incelenmesi gereken yer, suçun hangi unsurudur? Rıza, failin kişinin rızasına aykırı olarak bir fiili gerçekleştirmesinin zorunlu olduğu suç tipleri ile böyle bir zorunluluğun olmadığı suç tiplerini aynı şekilde mi etkiler? Bu sorulara suçun unsurlarına ilişkin olarak benimsenen teoriye göre farklı cevaplar verilmiştir.

[217] Türk hukuk öğretisinde de, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verebilme veya kişiliğini serbestçe geliştirebilme hakkı olarak da ifade edilen, "kişinin kendi geleceğin belirleme hakkı", Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan " kişinin yaşama, vücut bütünlüğü hakkı ile maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından" ve Medeni Kanun'un 24. maddesinden çıkartılır. Bkz.: ŞENOCAK, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C. 50, S.4, 2001, s. 74; Ayrıca bkz. AYGÖRMEZ, s. 138.

Suçun unsurlarını ikiye ayırarak inceleyenler hukuka uygunluk nedenlerinin tipikliğin negatif unsuru[218] olduğunu ve rızanın da fiilin tipe uygun olabilmesi için yokluğu aranan bir unsur olduğunu kabul ederler[219].

Buna karşın hukuka aykırılık ve tipikliğin[220] suçun bağımsız birer unsuru olduğunu kabul eden yazarlardan bazıları rızanın suça etkisini iki farklı kategoride ele alır. Buna göre rıza kimi suç tipleri açısından suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeniyken, kimi suç tipleri açısından ise fiilin suç tipine uygun olmasına engel olan bir nedendir[221].

Ancak doktrinde 1970'li yıllardan itibaren yaygınlaşmaya başlayan bir başka görüşe göre ise, rıza tipik hukuksal değer ihlaline ilişkin bir sorundur. Bu görüş, rıza ile gerçekleştirilen fiillerin herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmeyeceğini, suç tipiyle korunan hukuksal değer ihlal edilmeden de tipikliğin gerçekleşmeyeceğini kabul eder. Bu nedenle rıza her zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir nedendir[222].

Rızayı her zaman bir tipiklik sorunu olarak gören ve hukuka uygunluk nedeni olan rızayı tamamen ceza hukukunun dışına çıkarma eğiliminde olan bu teorinin Türk ceza hukuku öğretisinde henüz bir savunucusu bulunmamaktadır.

---

[218] Almanca bir kavram olan "die negative Tatbestandsmerkmale" Türkçe'ye bazı yazarlar tarafından "suçun negatif unsurları", diğer bazıları tarafından ise, "tipikliğin negatif unsurları" veya "suç tipinde mevcut olumsuz unsurlar", olarak çevrilmiştir. "Suçun negatif unsurları" için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s. 325; "Tipikliğin negatif unsurları" için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 250; "Suç tipinde mevcut olumsuz unsurlar", için bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 148.

[219] KAUFMANN, Arthur, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in JZ 1954, s. 653 vd.; KAUFMANN, Arthur, Tarbestand, Rechtsfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, s. 353 vd.; Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s. 129; Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 25 III 1.

[220] Tipiklik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KEYMAN, Selahattin, Tipiklik ve Ceza Hukuku, AÜHFD, Yıl 1980, Cilt 37, S. 1-4, s. 59- 106.

[221] HAKERİ, Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 149; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2009, s. 254 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 270; HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 92; İkili ayrım uygulamada da benimsenmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin rızanın ACK §185'de yer alan hakaret suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeni olabileceğine kısaca değindiği karar için bkz. BGHSt 23, s. 3- 4 (s. 1- 4); ACK § 239'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından ise, fiilin tipe uygun olmasına engel olan bir neden olduğuna dair, BGH NStZ 2005, s. 507'deki karara bakılabilir.

[222] KIENTZY, Dieter, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis, Tübingen 1970, s. 65 vd.; ROXIN, Strafrecht AT, § 13, kn. 38; VOLL, s. 47.

Alman ceza hukuku öğretisinde, rızayı hukuka uygunluk nedeni olan ve fiilin tipe uygun olmasına engel olan rıza olmak üzere ikiye ayırarak inceleyen teori yaygın olarak benimsenir[223]. Türk ceza hukuku öğretisinde ise rıza genellikle bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir[224].

Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden mi olduğuna ilişkin tartışmalara Türk ceza hukuku öğretisinde de rastlanmaktadır. Örneğin, Toroslu[225] ve Önder[226] rızaya ilişkin bu ayrımı kabul ederken, Hakeri[227], Koca ve Üzülmez[228] rızanın suça etkisini ikiye ayıran dulist görüşlere paralel bir anlayışla, hukuka uygunluk nedeni olan ve tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza arasındaki farkı da ortaya koymaya çalışır. Aynı şekilde Yenerer- Çakmut'da bu görüşü destekleyerek, hukuka özel aykırılık-muvafakat olarak adlandırdığı rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rızanın birbirinden farklı olduğunu kabul eder. Yazar, hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza arasında, geçerlilik şartlarına ilişkin önemli farklar olduğunu da belirtmektedir[229].

Ünver ise rızanın suça etkisi açısından belirleyici olanın kabul edilen hareket teorisi olduğunu kabul eder. Gai hareket teorisi kabul edildiğinde, fiile egemen olma anlayışı ile birlikte "amaç" gibi sübjektif nitelikli unsurlar da aranacağından kişinin rızasının failin yapacağı eylemin kanuni tipe uygunluğunu etkilediği söylenebilir.

---

[223] BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht AT, § 17, kn. 93 vd.; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 34 I 1; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, §9, kn. 361 vd.; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 59 vd.; İkili ayrım İsviçre ceza hukuku öğretisinden de baskın görüş olarak benimsenmektedir. Yazarlar için Bkz. SEELMANN, BSK Strafrecht I, Vor Art. 14, kn. 7.

[224] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 318; İÇEL/EVİK, s. 152; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 303 vd.; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 325 vd.; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner A., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s. 585; BAYRAKTAR, Hukuka Uygunluk Nedenleri, s. 21.

[225] Toroslu, rızanın bulunmamasının ve cebir veya tehdidin suçun bir unsuru olduğu hallerde rızanın işlevinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak olmadığını kabul eder. "*…bu suç ipotezlerinde rızanın varlığı halinde, suçun varlığı için kanunun aradığı şartlardan birinin, yani rızanın yokluğu şartının eksikliği nedeniyle suç gerçekleşmez. Nitekim bu hallerde işlenen fiil kanun koyucu tarafından tanımlanan suç tipine uygun değildir".* Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 159.

[226] "*Failin hareketi suç tipini ihlal edebilmesi için, hak sahibi olan kişinin "rızası hilafına" veya benzer bir şekilde belirtilmiş ise, ... bu durumda rızanın mevcut olması, hukuka uygunluğu değil, tipiklik ve tipe uygun hareketi ilgilendirir." Bkz.* ÖNDER, C. II- III, s. 210.

[227] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254 vd.

[228] KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 270

[229] YENERER- ÇAKMUT, s. 202 vd.

Ancak sübjektif unsurların kusurlulukla ilişkili olduğu ve kusurun saptanmasında ele alınması gerektiği kabul edilecek olursa, rıza eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmakta, dolayısıyla eylem baştan itibaren hukuka uygun hale gelmektedir. Doğal hareket teorisini benimsediği için, ikili ayrımı reddeden yazar, rızanın suçun hukuka aykırılık unsuru üzerinde etkili olduğu görüşüne taraftardır[230].

Rızanın suça etkisinin belirlenmesinin kastın içeriği, hata ve rızanın şartlarının belirlenmesi açısından önemli sonuçları olacaktır[231].

B. Rızanın Suça Etkisini Açıklayan Görüşler

1. Rızanın Hukuka Aykırılık Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü

a. Görüşlerin Açıklanması

Suçun unsurlarını ikiye ayırarak inceleyenlere göre, bir fiilin suç olarak değerlendirilmesi, pozitif olarak bulunması gereken ve negatif olarak bulunmaması gereken unsurların gerçekleştirmesine bağlıdır[232]. Suçun pozitif unsurları, objektif (maddi) ve subjektif (manevi) unsurlar olmak üzere iki tanedir[233]. Negatif unsurlar ise hukuka uygunluk nedenleridir. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu şekilde, suçun oluşması için bulunmaması gereken unsurlar olarak algılanmasına "tipikliğin negatif unsurları teorisi" adı verilir[234].

Hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarıyla, suçun kanuni tarifinde yer alan unsurları sistematik olarak birleştiren bu teoriye göre, suçun kanuni tarifi yalnızca objektif ve subjektif unsurları değil, aynı zamanda hukuka aykırılığa ilişkin bütün

---

[230] ÜNVER, Rıza, s. 227.
[231] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn.97; GEPPERT, in ZStW 83 (1971), 947 (959); GÖBEL, s. 66.
[232] Bkz. ROXIN, Strafrecht AT, § 10, kn. 16; TOROSLU, Genel Kısım, s. 106.
[233] Hukuka uygunluk nedenlerini fiilin menfi şartı olarak gören bu düşüncelere ilişkin açıklama için bkz.: ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 61-62; TOROSLU, Genel Kısım, s. 106.
[234] KAUFMANN, in JZ 1954, s. 656; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT, § 10, kn. 14- 15; Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s. 139; Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Starfarecht AT,§ 25 III 1; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 325; Bkz.: KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 250; Bkz:ÖNDER, C. II- III, s. 148.

unsurları da kapsamalıdır. Bir fiilin hukuka aykırı olduğu yargısına ulaşılabilmesi için, fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunmaması gerekir[235].

Öte yandan bu bakış açısı, suçun kanuni tarifiyle hukuka uygunluk nedenlerini birbirinden ayırarak incelemenin maddi bir temeli olmadığını da savunur. Fiilin tipe uygunluğu ile hukuka aykırılığını birbirinden ayırmanın, suçun incelenmesinde sistematik açıdan bir kolaylık sağlamaktan öte bir anlamı yoktur. Bir hukuka uygunluk nedenine suç tipinde yer verilebilir. Aynı şekilde tipikliğe dâhil olan bir unsur da her zaman bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir[236]. Bir fiil ancak onu hukuka uygun hale getiren bir neden bulunmadığında, kanunda tarif edilen suç tipini gerçekleştirecektir. Özel kısımda yer alan suç tiplerinin kanuni tariflerinde belirtilmese bile, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması her suç tipine dahil bir unsurdur. Bu açıdan yaralama suçu "… güncel ve haksız bir saldırıyı defetmek amacı olmaksızın bir başkasını yaralayan…" biçiminde anlaşılmalıdır. Fiilin tipe uygun olduğunun kabul edilebilmesi için hem özel kısımdaki suç tiplerinde tanımlanan unsurları gerçekleştirmesi hem de bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir[237].

Hukuka uygunluk nedenleri ile suçun kanuni tarifinin fonksiyonu birbirini tamamladığı için, rıza ile gerçekleştirilen bir fiilin tipe uygun olmaması ile tipik bir fiilin bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için hukuka uygun olması arasında niteliksel bir fark yoktur. Her iki durumda da, hukuka aykırı bir fiilin bulunması şartı gerçekleşmemekte ve fiil hukuk düzeni ile çatışma halinde olmadığı için hukuka uygun kabul edilmektedir[238].

Bu teoriye göre, suçun kanuni tarifinin fonksiyonu hukuki bir değeri ihlal eden bir davranışa ilişkin soyut bir değerlendirmeyi ortaya koymak değildir. Tipiklik aynı

[235] Bkz: JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§25 III 1; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s.325.
[236] KAUFMANN, JZ 1954, s. 657; Ayrıca bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§25 III 1.
[237] Bkz. ROXIN, Strafrecht AT, §10, kn. 14; Bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 148; Bkz. HIRSCH, Hans Joachim, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, 1960, s. 15.
[238] Bkz. HIRSCH, Die Lehre, s. 15; Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s.141; Ayrıca bkz. WIMMER, Klaus, Die Bedeutung des zustimmenden Willens und anderen positiver Stellungnahmen des Berechtigten sowie die Wirkung seiner Täuschung bei ausgewählten strafrechtlichen Deliktsdefinitionen, Heidelberg 1980, s. 3.

zamanda, somut fiilin suç olup olmadığına ilişkin nihai bir değerlendirmeyi de kapsar[239].

Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması, tipikliğin negatif unsuru olduğuna göre, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğuna dair hata bir unsur hatasıdır. Bu nedenle bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğuna dair yapılan hata kasta dâhildir[240].

Rızanın bulunmamasının suç tipinde açıkça düzenlenmiş olmasının veya rızaya kanuni tarifte yer verilmemiş olmasının da rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmek açısından bir önemi yoktur. Rıza da diğer hukuka uygunluk nedenleri gibi, yalnızca suçun negatif unsurlarından biridir. Bu nedenle vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillere gösterilen rıza ile kişinin konutuna girilmesine rıza göstermesi arasında yapısal bir fark yoktur[241].

b. Eleştiriler

Bu teorinin, "suçun kanuni tarifinin, hukuka aykırılığın bütün unsurlarını da kapsadığı" görüşü, haklı olarak eleştirilmektedir. Ceza hukuku normları, özü itibariyle belirli bir davranışı yasaklayan normlardır ve bu yasağın düzenlenmesinde gerekli ve zorunlu unsurlardan oluşur. Suçun kanuni tarifi, bünyesinde istisna kabul etmez. Eğer kanun koyucu Ceza Kanununu yaparken kazuistik metodu benimsemiş olsaydı, kural ve istisnaları birlikte düzenlerdi. Bu durumda örneğin, adam öldürme suçunu, "bir insanı meşru müdafaa halinde olmaksızın kasten öldüren…" şeklinde formüle edebilirdi. Böylece ceza kanunlarına genel hükümler koymaya da gerek kalmazdı[242].

Ayrıca bu teorinin, hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin negatif unsurları olarak değerlendirmesi de, esas itibariyle suç olan bir fiilin gerçekleştirilmesine bazı hallerde izin verilmesi ile fiili cezalandıran bir normun bulunmamasını birbirine

[239] Bkz. HIRSCH, Die Lehre, s. 15; Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§25 III 1.
[240] KAUFMANN, in JZ 1954, s. 655.
[241] Bkz. KAUFMANN, in JZ, 1954, s. 657.
[242] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 25 III 2; ROXIN, Strafrecht AT, § 10, kn. 19; ÖNDER, C. II-III, s. 148- 149.

karıştırdığı da söylenmiştir[243]. Örneğin Welzel, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiilin tipe uygun olmadığının kabul edilmesi halinde, "meşru savunma durumunda bir insanın öldürülmesiyle, bir kenenin öldürülmesinin aynı değerde" görüleceğini söylemiştir. Zira, her iki fiil de cezalandırılmaz[244].

Gerçekten de tipiklikte olumsuz unsurların varlığı kabul edilemez. Suç tipinde tarif edilen fiil ile hukuka uygunluk nedeni arasındaki ilişki esas itibariyle bir kural-istisna ilişkisidir[245]. Hukuka uygunluk nedenleri, *kural olarak ceza kanunu tarafından yasaklanmış olan bir fiilin, bu fiilin gerçekleştirilmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığına bağlı olarak, suç sayılmasını engelleyen istisnai nedenler*[246] olarak tanımlanır.

Ayrıca somut bir fiilin, kanunda tarif edilen suç tipine uygun ve hukuka aykırı bir fiil yani cezai yaptırıma müstahak bir suç olduğunun söylenebilmesi için, fiilin önce kanundaki suç tanımına, yani tipe uygun olduğunun tespit edilmesi gerekir[247]. Fiilin tipe uygun olması, onun hukuka da aykırı olduğuna dair bir karinedir. Ancak bu aksi her zaman ispat edilebilecek olan bir karine olduğundan, fiilin suç olarak değerlendirilmesinde tipe uygunluğundan sonra ikinci bir aşamaya daha geçilip, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin de bulunmadığının tespit edilmesi

---

[243] GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 8.
[244] WELZEL, Strafrecht, s. 66.
[245] Bkz. ÖNDER, C.II- III, s. 149; Bkz. ÖZEN, s. 64- 66; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 4. Baskı, Ankara 2009, s. 212; Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuka aykırı olarak ortaya çıkmış bir fiili istisnaen hukuka uygun hale getirdiği görüşüne karşı hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin baştan itibaren hukuka uygun olarak ortaya çıkmasını sağladığı söylenmiştir. Bkz.: TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, s. 77; Kunter'de hukuka uygunluk nedenlerinin fiili baştan itibaren hukuka uygun hale getirmelerini şöyle açıklar: "*Tipiklik ve hukuka aykırılık ayrı ayrı hususlardır. Tipiklik, suç tipinin bir ceza normu ile tespit edilmesidir. Suç tipinde belirtilen belirtilmeyen hususlar vardır. Hukuka aykırılık belirtilmeyenlerdendir. Bir fiilin tipte belirtilen hususlara uyması onun mutlaka hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Bir fiilin hukuka aykırı olması için tipe uyması gerekir; fakat bu yeterli değildir. Ayrıca ceza dışı hukuk düzeni bakımından da uygun olmaması gerekir. Bu durumda, hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin kanundaki soyut tipe uyması nedeniyle daha önce oluşmuş bulunan hukuka aykırılığı kaldırdığı kabul edilemez."* Bkz. KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 167- 168; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 691.
[246] TOROSLU, Genel Kısım, s. 136; HAKERİ, Temel Bilgiler, s. 212.
[247] *"Suç mantıklı bir sıra içinde incelenirse, önce hareketin suç unsurlarını ihlal etmesi, yani tipikliğin ortaya çıkmış olması gerekir. Kronolojik olarak hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı tipikliğin ihlalinden sonra araştırılacaktır."*Bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 149.; *"Kanuni tip, suçun kendisi değildir…. Tipiklik ise hukuka aykırılığın tespitinde bir basamaktır. Tipikliğin gerçekleşmesi, hukuka aykırılığın da gerçekleştiği anlamına gelmez."* Bkz. HIRSCH, Die Lehre, s. 13- 14.

gerekir[248]. Bu açıdan fiilin tipe uygunluğu, aynı zamanda hukuka aykırılığını (ratio esendi) da göstermez. Fiilin tipe uygunluğu, yalnızca onun hukuka aykırılığına işaret eden bir karinedir (Die Tatbestandsmäsigkeit als Indiz der Rechtswidrigkeit)[249].

Rızanın her zaman bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşüne rıza ile diğer hukuka uygunluk nedenleri arasındaki farka dikkat çekilerek de itiraz edilir. Meşru müdafaa ve zaruret hali gibi diğer hukuka uygunluk nedenleri, korunması gereken üstün menfaatin varlığı prensibine dayanır. Buna karşın rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşunu aynı prensiple açıklamanın mümkün olmadığı söylenir. Tek başına rızanın diğer hukuka uygunluk nedenleriyle bağdaşmayan yapısının bile, rızanın hukuka aykırılık problemi içinde değerlendirilmesine önemli bir itiraz olduğu belirtilir[250].

2. Hukuka Aykırılık ve Tipiklik Üzerinde Etkili Olan İki Farklı Rıza Türü Bulunduğuna İlişkin Görüşler

a. Görüşlerin Açıklanması

Suçun yapısal olarak incelenmesinde, kimi zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olan (Das tatbestandsausschließende Einverständnis), kimi zamansa fiilin hukuka uygun olmasını sağlayan (Die rechtfertigende Einwilligung) iki farklı rıza türü bulunduğunu kabul eden görüşler, dualist teori olarak adlandırılır[251].

Bu teoriye göre, failin hukuksal değer sahibinin iradesine aykırı bir hareketi gerçekleştirmek zorunda olduğu suç tipleri açısından rızanın işlevi, böyle bir hareketin gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı suç tiplerinden farklıdır. Bir suçun

---

[248] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 122; ÖNDER, C. II, s. 46.
[249] GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 10; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §25, kn. 7 vd.; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 92.
[250] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 20.
[251] Bkz. WEIGEND, in ZStW 98(1986), s. 61; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 2; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 34 I 1; KÜHL, Strafrecht At, § 9, kn. 21- 23; FRISCH, Einwilligung, s. 321, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızaya ilişkin bilgi için aynı yerde bkz. s. 329; HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 96; Bkz. MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 38; Bkz. YENERER- ÇAKMUT, s. 202 vd.; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254- 255; ÖNDER, C. II- III, s. 210; MAHMUTOĞLU, Fatih S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet, S. 5, Nisan 2005, s. 55.

işlenebilmesi için, failin suçun pasif süjesinin iradesine aykırı hareket etmesi gerektiği bazı suç tiplerinde açıkça berirtilir. Örneğin hırsızlık suçunun (TCK m. 141) işlenebilmesi için malın zilyedin rızası olmadan bulunduğu yerden alınması veya konut dokunulmazlığının ihlali suçunun (TCK m. 116) işlenebilmesi için, konuta hak sahibinin rızasına aykırı olarak girilmesi gerekir. Bu tip suçlarda rızanın bulunmaması veya hareketin hukuksal değer sahibinin rızası hilafına gerçekleştirilmesi, yani fiilin rızasız gerçekleştirilmesi suçun kanuni tarifinde yer alan bir unsurdur[252]. Fiilin rıza ile gerçekleştirilmesi halinde ise, fiil suç tipindeki tarife uygun olmayacağından, rıza tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir nedendir.

Aynı şekilde, cebir ve tehdidin bir unsur olduğu suç tiplerinde de, fiil hukuksal değer sahibinin iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmelidir. Örneğin, cebir, tehdit veya hilenin suçun bir unsuru olduğu cinsel saldırı suçunda, suç olan fiilin hukuksal değer sahibinin cinsel tercihlerde bulunma, cinsel yaşamına ilişkin kendi kararlarını serbestçe verebilme özgürlüğüne karşı gerçekleştirilmesi gerekir. Suç olduğu düzenlenen bir fiilin, kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği ve dolayısıyla rızanın bulunmamasının suç fiilinin bir unsuru olduğu sonucuna yorum yoluyla ulaşılır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi kişi özgürlüğünü koruyan ve bu özgürlüğü ihlal eden fiillerin de rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği, suç olarak tarif edilen fiilin niteliğinden anlaşılır[253].

Sonuç olarak rızanın bulunmamasının veya cebir ve tehdin fiilin unsuru olduğu suç tiplerinde, rızanın varlığı fiilin tipe uygun olmasına engel olacaktır. Rıza bu ihtimalde tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir nedendir. Geçerli bir rızaya dayanarak gerçekleştirildiği için herhangi bir suçun kanuni tarifini gerçekleştirmeyen fiil hukuk düzeniyle çatışmaz. Esasen geçerli bir rızaya dayanarak gerçekleştirilen bu fiiller ceza hukukunun tamamen dışında kaldığından, hukuka aykırılık değerlendirmesine konu olmazlar[254].

[252] GEERDS, GA 1954, s. 264- 265; TOROSLU, Genel Kısım, s. 160.
[253] GEERDS, GA 1954, s. 264- 265; FRISCH, Einwilligung, s. 322.
[254] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 96.

Ancak bazı suç tiplerinde rızanın işlevi farklıdır. Yaralama veya mala zarar verme gibi suç tiplerinde, rızanın varlığı fiilin tipe uygun olmasına engel değildir. Bu suç tiplerinde rızaya rağmen, fiil kanundaki suç tipinin objektif ve sübjektif bütün unsurlarını gerçekleştirir. Ancak hukuk düzeni hukuksal değer sahibinin iradesine önem verdiği için tipe uygun olan fiilin hukuka aykırı olmayacağı kabul edilmektedir[255].

b. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan ve Tipikliğin Gerçekleşmesine Engel Olan Rıza Arasındaki Farklar

Rızanın suça etkisini ikiye ayıran dualist teoriye göre, hukuka uygunluk nedeni olan ve tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza arasında şu farklar bulunur:

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza açıkça veya zımnen de olsa mutlaka açıklanmalıdır. Bu açıklama sözle olabileceği gibi, hareketlerle de olabilir. Açıklanmamış, dış dünyada zımnen de olsa ortaya konmamış irade, fiille örtüşse bile fiili hukuka uygun hale getirmez[256]. Örneğin, bir grup gencin taş ve sopalarla arabasına zarar verdiğini gören kişinin, sigortadan parasını alıp daha yeni bir araba almak istediği için bu fiili içten içe onaylaması, mala zarar verme suçunu hukuka uygun hale getiren rızanın bulunduğunu kabul etmek için yeterli değildir[257].

Buna karşın tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın açıklanmasına gerek yoktur. Kişinin içsel iradesinin fiille örtüşmesi yani failin hareketini onaylaması, uygun bulması yeterlidir[258]. Bu rızanın açıklanması gerekmediği gibi, zımnen de olsa, herhangi bir şekilde dış dünyada algılanabilir olması da gerekmez. Buna karşın kişinin bilinçli olması ve fiili bilinçli olarak onaylaması yeterlidir. Kişinin olup bitene kayıtsız kalması veya failden korktuğu için saldırıya karşı koymaması rıza

[255] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 96; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 255; TOROSLU, Genel Kısım, s. 159; ÖNDER, C. II- III, s. 210.
[256] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 109; GEERDS, GA 1954, 266; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, §9, kn. 378; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 5; YENERER- ÇAKMUT, s. 203.
[257] GEERDS, GA 1954, s. 265.
[258] GEERDS, GA 1954, 266; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 62; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, §9, kn. 368; YENERER- ÇAKMUT, s. 203; Ayrıca bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 268, dp. 643.

gösterdiği anlamına gelmez. Yani yalnızca fiile seyirci kalmak veya saldırıya pasif bir şekilde katlanmakla rıza gösterilmiş olmaz[259].

Örneğin, arabasının çalındığını gören birinin kendisine de zarar verilmesinden korktuğu için sessiz kalması rıza değildir. Aynı şekilde elektronik eşya satan bir mağazanın sahibi, mağazada bulunan müşterilerden birinin vitrinde bulunan telefonlardan birini çantasına attığını görmesine rağmen, hırsızı mağazadan çıkarken suçüstü yakalamak istediği için sessiz kalmışsa, sessizliği rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmayacaktır[260].

İkinci olarak tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza ehliyetinin şartları ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza ehliyetinin şartlarının birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir. Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza açısından kişinin tabi irade etme yeteneğine (natürliche Willensfähigkeit) sahip olması yeterlidir. Rıza gösteren kişinin ayrıca anlama yani idrak etme yeteneğine (Urteils- und Steuerungsfähigkeit) sahip olmasına bakılmadan, iradi hareket edebilme yeteneğine sahip olması yeterli görülür[261]. Örneğin, yedi yaşında bir çocuğun bisikletini arkadaşına veya aynı çocuğun içi para dolu cüzdanını bir başkasına kendi rızasıyla vermesi, hırsızlık suçunun *rıza olmaksızın alma* unsurunun gerçekleşmesine engel olacaktır. Çocuğu zorlamadan bisikleti veya cüzdanı alan kişinin fiili hırsızlık suç tipine uygun olmayacağından, cezalandırılmaz. Ancak çocuğun saflığından yararlanılarak veya aldatılarak fiile rıza göstermesi sağlanmış ise bu durumda diğer şartların da var olması koşuluyla dolandırıcılık suçunun işlenip işlenmediğinin tartışılabileceği kabul edilmektedir[262].

Buna karşın, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerli olabilmesi için rıza gösteren kişinin isteme yani irade etme yeteneğine sahip olması yeterli değildir. Rıza gösteren kişi isteme yeteneğinin yanında, ayrıca rızasının anlam ve sonuçlarını

[259] WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, § 9, kn. 368; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 5.
[260] TRÖNDLE, Herbert/ FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Aufl., München 2003, § 242, kn. 23; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 5.
[261] Bkz. MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 40; Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 268, dp.643.
[262] GEERDS, GA 1954, s. 265; Bkz. WESSENBERGER, s. 35.

anlayabilme yeteneğine de sahip olmalıdır. Açıkladığı rızanın anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği olmayan kişilerin rıza ehliyeti yoktur. Gerek yaş, gerekse psikolojik olgunluğu itibariyle rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olmayan bir kişinin göstereceği rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez[263].

Üçüncü olarak, irade sakatlıklarının değerlendirilmesi açısından hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza arasında fark olduğu kabul edilmektedir. Hata, hile ve tehdit gibi iradeyi sakatlayan nedenler, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza açısından önemsiz bulunur. Kişinin iradesi böyle bir nedenin varlığına bağlı olarak sakatlanmış olsa bile açıkladığı rıza geçerlidir. Buna karşın hukuka uygunluk nedeni olan rızanın, irade sakatlıklarından tamamen arınmış olması gerektiği kabul edilmektedir[264].

Esas itibariyle dualist teoriyi benimsemekle birlikte, hukuka uygunluk nedeni olan ve tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın şartlarına ve irade sakatlıklarına ilişkin genel bir kural koymanın zorluğuna ve genelleme yapmanın doğru olmadığına işaret eden yazarlar da vardır[265]. Bu yazarlara göre, irade sakatlıklarının rızanın tipikliğin gerçekleşmesine engel olma fonksiyonu üstlendiği suç tipleri açısından geçerli, genel bir teori bu güne kadar geliştirilememiştir. Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızaya ilişkin bir irade sakatlığı, her bir suç tipinin kendi özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu açıdan cinsel saldırı veya konut dokunulmazlığını ihlal suçları açısından rızanın hileyle elde edilmiş olmasının bir önemi yokken, cebir veya tehditle elde edilen rızanın geçersiz olduğu kabul edilmektedir[266].

---

[263] GEERDS, GA 1954, 263, 265; ROXIN, Strafrecht AT I, §13 kn. 6.
[264] GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 62; KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 35.
[265]Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın geçerlilik şartlarının her suç tipi açısından farklı olması, genel bir teori geliştirilmesini güçleştirmektedir. Zira cinsel saldırı suçu açısından geçerli olan rıza ile hırsızlık suçu açısından geçerli olan rızanın şartları birbirinden farklıdır ve daha çok suç tipinin özeliklerine göre belirlenir. FRISCH, Einwilligung, s. 329; NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 126 vd.; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 40.
[266] Bkz. WESSENBERGER, s. 35; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 7.

Buna karşın irade sakatlıkları, hukuka uygunluk nedeni olan rıza açısından önemlidir. Hata, hile, tehdit ve cebir ile sakat olan rıza fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Kural olarak hukuka uygunluk nedeni olan rızanın irade sakatlıklarından arınmış olması gerektiği kabul edilmektedir[267]. Örneğin, yaralama suç tipine uygun olmakla birlikte, geçerli bir rızaya dayandığında hukuka uygun olduğu kabul edilen tıbbi müdahalalerde, hastanın iradesi sakatlanmamış olmalıdır. Aksi halde hekim yaralama suçundan sorumlu olacaktır[268].

Dördüncü olarak, failin objektif olarak var olan rızanın olmadığını zannederek hareket etmesi halinde bu iki rıza açısından farklı hukuki sonuçlara ulaşılacağı kabul edilmektedir. Gerçekte var olan rızanın fail tarafından bilinmemesi halinde tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın söz konusu olduğu durumlarda, objektif olarak tipiklik gerçekleşmediği için failin suç işleme kastının elverişsiz bir konuya yönelik olduğu kabul edilmektedir. Failin kastının elverişsiz bir konuya yönelik olması halinde ise elverişsiz teşebbüsün yani işlenemez suçun (der untaugliche Versuch) bulunduğu söylenir[269].

Buna karşın hukuka uygunluk nedeni olan rızanın bulunduğunun fail tarafından bilinmemesine ilişkin problemin nasıl çözümleneceği hukuka uygunluk nedenlerinin objektif ve subjektif algılanmasına göre farklı değerlendirilir[270]. Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki sonuç doğurabilmesi için failde hukuka uygun hareket ettiği bilincinin var olmasını genel olarak arayan subjektif teori taraftarlarına göre, failin bilmediği ancak objektif olarak var olan rıza, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz[271]. Hukuksal değer sahibi, gerçekleşen neticeye rıza gösterdiği için,

---

[267] GEERDS, GA 1954, s. 268; Bkz.:ROXIN, Strafrecht AT I, §13 kn. 7.
[268] Bkz.: ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 7.
[269] Bkz.: ROXIN, Strafrecht AT I, §13 kn. 9.
[270] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 53, 134; ROXIN, Strafrecht AT I, §13 kn. 9; Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 151 vd.; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 1160 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 253 vd.
[271] GEERDS, GA 1954, s. 267. Alman ceza hukuku'nda hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif algılanması gerektiği yönündeki görüşler bugün doktrinde hâkim görüş olarak savunulmaktadır; Türk ceza hukuku öğetisinde sübjektif görüşü kabul eden yazarlar için ise bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 42; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 254; KOCA, Mahmut, YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, CHD, Y. 1, 2006/1, s. 121 vd.; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 261; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 222; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler (2007), s. 690.

neticenin ifade ettiği haksızlık ortaya çıkmaz. Ancak fail suç işleme kastıyla hareket ettiği için, hareketin ifade ettiği haksızlığın devam ettiği kabul edilmektedir[272].

Ancak rızanın varlığından habersiz suç işleme kastıyla hareket eden failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi konusunda sübjektif teori taraftarları arasında görüş aykırılıkları bulunmaktadır. Bazı yazarlar, burada failin tamamlanmış suçtan sorumlu tutulması gerektiğini savunurken[273], diğerleri burada teşebbüse benzer bir durumun var olduğunu ve failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiğini kabul ederler[274].

Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki etkisinin objektif olduğunu kabul eden anlayış ise hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin failin bilgi sahibi olup olmamasına önem vermez. Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki sonuçlarının ortaya çıkması için, somut olayda objektif olarak var olmaları yeterlidir, ayrıca failin hukuka uygunluk bilinciyle hareket etmesi gerekmez. Rızanın somut olayda objektif olarak var olması, fiilin hukuka uygun olması için yeterlidir[275].

Beşinci olarak, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza, somut olayda bulunmamasına rağmen, fail tarafından yanlışlıkla varmış gibi algılandığında, failin kasten hareket etmediği kabul edilmektedir. Fiilin taksirli şeklinin kanunda düzenlenmesi halinde ise, failin taksirli sorumluluğu devam eder. Fail kastının

---

[272] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 41; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, §13 kn. 9.

[273] Bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 150 vd.

[274] Final hareket teorisine taraftar olan yazarlara göre suç, hukuka aykırılık arz eden belirli bir fiil, bir haksızlıktır. Cezai haksızlığın temelini kanuni tipin gerçekleştirilmesi oluşturur. Olayın hareket ve netice bakımından ifade ettiği değersizlik/haksızlık (Unrecht) soyut olarak tipte gösterilir. Bir hareket, kanuni tipteki haksızlığın tanımıyla örtüştüğünde tipiklik de gerçekleşmiş olur. Ancak bir fiilin tipik haksızlığı gerçekleştirdiği yani tipe uygun olduğunun söylenebilmesi için hem hareketin hem de neticenin haksızlık içeriğinin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Objektif olarak var olan bir hukuka uygunluk nedeninin fail tarafından bilinmemesi halinde ise, hukuka uygunluk nedeni yalnızca neticenin ifade ettiği haksızlığı ortadan kaldırır. Buna karşılık hareketin ifade ettiği haksızlık varlığını devam ettireceğinden, failin suça teşebbüsten cezalandırılması gerekir (elverişsiz teşebbüs). Bkz. KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 41; bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 42; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 254; KOCA, Hukuka Uygunluk Sebepleri, s. 121 vd.; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 261.

[275] Objektif görüş Türk ceza hukuku öğretisinde hâkimdir. TOROSLU, Genel Kısım, s. 136; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 237; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 228; ÖNDER, C.II- III, s. 153; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 125; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 288.

rızanın bulunmamasını da kapsaması gerekir[276]. Örneğin, ev sahibinin rızasının var olduğunu sanarak eve giren kişide, konut dokunulmazlığını ihlal veya rızanın var olduğunu kabul ederek taşınır bir malı alan kişide hırsızlık kastı yoktur[277].

Buna karşın, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın maddi şartlarına ilişkin olarak yapılan hata farklı hükümlere tabidir. Örneğin, geçerli bir rızanın var olduğunu zannederek komşusunun bahçesindeki ağacı kesen veya arkadaşına tokat atan, ancak gerçekte bunun yalnızca bir şaka olduğu veya rıza gösteren kişinin rıza açıklamaya yetkili olmadığı hallerde, kişinin hatası, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına ilişkin bir hatadır[278].

c. Eleştiriler

Dualist teorinin, rızanın suça etkisine ilişkin olarak yaptığı ikili ayrımın pratik ve sürdürülebilir olmadığı söylenir[279]. Dualist teorinin kişilere karşı işlenen pek çok suç tipi açısından rızanın tipikliği kaldırdığını kabul etmesi, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerlilik alanını birkaç suç tipine indirgediği ve hukuka uygunluk nedeni olan rızayı ceza hukukunda çok dar bir alana sıkıştırdığı da söylenmiştir[280]. Buna göre, yaralama ve mala zarar verme suç tipleri açısından rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek kadar, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olarak kabul etmek de mümkündür. Eski bir elbise dolabını odun yapıp yakması için bir başkasına veren kişinin rızasının tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olduğu söylenebileceği gibi, makine mühendisliği okuyan yeğeninin tecrübe kazanması için eski arabasının moturunu parçalamasına izin veren amcanın rızasının, hukuka uygunluk nedeni olduğu da söylenebilir. Fiilin amacına göre rızanın kimi zaman tipikliği kimi zamansa hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı

[276] GEERDS, GA 1954, s. 267; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 255; TCK m. 30'da yer alan düzenlemelerin eleştirisi ve uygulamada çıkabilecek sorunlara ilişkin olarak bkz. ÜNVER, Kusurluluk, s. 41- 42. *"Suçun genel unsurlarına veya genel ve özel unsurlarına atıf yerine "kanuni" unsurlarına atıf yapmak, "hukuka aykırlık unsuru" açısından teorik yanlışlığa ve uygulama karmaşasına neden olabilecek niteliktedir."* Bkz. aynı yerde, s. 52.
[277] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 9.
[278] GEERDS, GA 1954, s. 267.
[279] MAUACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 41.
[280] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 25.

sonucuna ulaşmanın, dualist teori açısından büyük bir çelişki olduğu kabul edilmektedir[281].

3. Rızanın Tipiklik Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü

a. Görüşlerin Açıklanması

Rızanın ceza hukukunda suça etkisi açısından farklı fonksiyonlar üstlendiği ve kimi zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olduğu kimi zamansa hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olduğu görüşü son yıllarda pek çok hukukçu tarafından reddedilmektedir[282].

Esas itibariyle dualist teoriye karşı geliştirilen ve rızayı bütün olarak tipik hukuksal değer ihlalinin bir sorunu olarak gören ve rızanın tipikliğin gerçekleşmesini engelleyen, yani tipikliği geri bırakan (Tatbestandsausschließungsgrund) genel bir etkiye sahip olduğunu kabul eden bu teori monist teori olarak da adlandırılır. Monist teorinin ortaya çıkmasında rol oynayan iki önemli neden vardır. İlk olarak rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerine benzememesi ve diğer hukuka uygunluk nedenlerine hâkim olan ilkelerin rızayı açıklamakta yetersiz kalması önemli olmuştur. Teoriye kaynaklık eden diğer neden ise, hareketin olumsuz değerliliği ile neticenin olumsuz değerliliğinin birbirinden ayrılmasına ilişkin düşüncelerin ceza hukuku öğretisinde yaygınlaşmasıdır[283].

Ayrıca hukuksal değer anlayışındaki gelişmeler de teorinin bir diğer çıkış noktasıdır. Bireyci hukuksal değer anlayışından hareket eden monist teori, menfaatleri ve ihtiyaçları ile bir bütün olarak somut bireyi hukuk sisteminin merkezine oturtur. Bütün hukuksal değerler bireyin menfaatlerinin korunmasına

[281] Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 25.
[282] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn.12; KIENTZY, s. 65 vd; MAIWALD, Einwilligung, s. 168; WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s.61; ZIPF, Einwilligung, s.28; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn.33 vd.
[283] MAURACH/ ZİPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 33; Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 978- 979.

hizmet eder. Evrensel hukuksal değerler dahi, bireyin menfaatlerini korumaya yönelik olduğu oranda hukuken tanınır[284].

Monist teori bireye ait hukuksal değerlerin içeriği ve işlevine ilişkin olarak ortaya koyduğu görüşlerde, dualist teoriden ayrılır. Bireye ait hukuksal değerler insanın temel ihtiyaçlarını karşılamasına ve böylece varlığını devam ettirip, geliştirmesine hizmet eder[285]. Kişinin yaşam ve özgürlük alanını garanti eder. Bu durumda bireye ait hukuksal değerlerin işlevi, kişinin kendi ihtiyaçlarını karşılamasını ve kendini serbestçe geliştirmesini, kendi özgür seçimlerini yaşamasını garanti etmektir. Bu anlayışa paralel olarak ceza normları ile sağlanan cezai korumanın konusu da hukuken korunan bir değerle bu hukuksal değerin sahibi arasındaki ilişki olacaktır. Diğer bir ifadeyle, ceza normları hukuksal değerleri sahibinin iradesinden bağımsız olarak korumaz. Kişinin kendisine ait hukuksal değerler üzerindeki tasarruf yetkisi, ceza normu ile korunan hukuksal değerlere dâhildir[286]. Bu durumda kişilere karşı işlenen suçları düzenleyen ceza normları, esas itibariyle kişinin tasarruf yetkisini kullanmasını garanti altına alan normlardır[287].

Rıza gösteren kişi aslında hukuksal değerleri üzerinde ceza hukuku tarafından da korunan serbestçe tasarruf etme hakkını kullanır. Böylece, fiilin bir hukusal değeri ihlal etme ihtimali de ortadan kalkar. Bu nedenle rıza bir hukuka uygunluk nedeni sorunu değil, hukuksal değerin ihlaline ilişkin bir sorundur. Rızayla gerçekleştirilen fiil herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmeyeceği için, tipe uygun olmayacak, böylece tipiklik gerçekleşmeyecektir[288].

Monist teoriye göre, her suç bir anlamda hukuksal değer sahibinin iradesine karşı gerçekleştirilen bir fiildir. Bu açıdan rızanın kişilere karşı işlenen bütün suç tiplerinde, suçun işlenebilmesi için yokluğu aranan, negatif bir unsur olarak görüldüğünü söylemek yanlış olmaz[289]. Ancak bu teori rızayı bir hukuka uygunluk

[284] Bkz.: RÖNNAU, Willensmängel, s. 49 vd; Bkz.: RÖNNAU, in LK Vor §32, kn. 154.
[285] Bkz.: RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 154.
[286] KIOUPIS, s. 65.
[287] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 154.
[288] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 33.
[289] Bkz.: RÖNNAU, in LK Vor §32, kn. 154.

nedeni olarak görmediği için, tipikliğin negatif unsurları teorisiyle karıştırılmamalıdır.

Monist teorinin en önemli savunucularından biri olan Roxin, rızanın tipikliğin gerçekleşmesine engel olarak, tipikliği geri bırakan bir neden oluşunu şu şekilde açıklar: Kişinin kişiliğini serbestçe geliştirmesine hizmet eden bireye ait hukuksal değerlere yönelen bir hareket, hukuksal değer sahibinin rızasıyla gerçekleştiriliyorsa söz konusu hukuksal değerin gerçek anlamda ihlalinden söz edilemez. Çünkü böyle bir durumda kişi aslında kendi hukuksal değeri üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisini kullanır. Tasarruf yetkisinin kullanılmasına bağlı olarak icrasına izin verilen fiil ise aslında bireyin tasarruf hakkının kısıtlanması değil, aksine bu hakkın somutlaşmasıdır[290].

Roxin'e göre, rızayı hukuka uygunluk nedeni olan ve suç tipini ortadan kaldıran rıza olmak üzere ikiye ayırarak inceleyen yaklaşım, suçun hukuki konusu ve maddi konusunu birbirine karıştırmaktadır. Örneğin, somut olayda mala zarar verme suçu açısından belirli bir eşyaya zarar verilmiş olması, mülkiyet hakkının da ihlal edildiği anlamına gelmez. Aynı şey adam yaralama suçu açısından da geçerlidir. Şüphesiz yaralama suçuna gösterilen rızada, kişinin tasarruf yetkisinin sınırları vardır. Bu sınırların aşılması halinde rızanın ne hukuka aykırılığı ne de tipikliği kaldırıcı hiçbir etkisi olamaz[291].

Ancak rızanın etkisinin mutlak kabul edildiği hallerde rıza vücut dokunulmazlığını ihlal edici nitelikte bir fiile ilişkin olsa bile bireyin kişiliğinin bir yansımasıdır. Örneğin, bir kuaförün saç, manikürcünün tırnak kesmesi veya estetik cerrahın sarkmış yüz derisini gerginleştirmesi kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillerdir. Ancak kişinin rızası ile gerçekleştirilen bu tür fiiller, kişinin vücut dokunulmazlığına ilişkin hukuksal değerini ihlal etmekten çok bireyin kendi imajını

[290] ROXIN, Einwilligung, s. 11 vd.; Aynı yönde bkz.: ROXIN, Starafrecht AT I, § 13, kn.12 vd.
[291] ROXIN, Einwilligung, s. 12.

yaratmasına, kendi kişiliğini ve bireysel farklılığını ortaya koymasına yardımcı olan fiillerdir[292].

Yazara göre, kişinin rızası ile gerçekleştirilen ve kendi imajını yaratmasına, kendi kişiliğini geliştirmesine yardım eden fiiller, bir başkasının beden bütünlüğüne zarar veren, dolayısıyla da yaralama suçunu düzenleyen ceza normunu ihlal eden fiillerle aynı görülemez. Çünkü herkes kendi bedeni üzerinde belirli sınırlar içinde tasarruf etme hakkına sahiptir. Kişi bu tasarruf hakkına dayanarak, kendi bedenine üzerinde bir başkasının gerçekleştirdiği fiillere de rıza gösterebilir. Bu durumda kişinin rızası çerçevesinde gerçekleştirilen bu tür fiillerin yaralama suç tipi ile korunmakta olan hukuksal değere zarar vermesi, onu ihlal etmesi söz konusu olamaz. Bir ceza normu ile korunmakta olan hukuksal değer ihlal edilmedikçe suç tipi gerçekleştirilmiş sayılamayacağı için rızanın varlığı esas itibariyle fiilin suç tipini gerçekleştirmesine engel olarak, tipikliği ortadan kaldırır[293].

Vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığına ilişkin haklarda olduğu gibi, kişinin hürriyeti, şerefi ve mülkiyet hakkına ilişkin hukuksal değerleri de kişinin bu değerlere ilişkin iradesi ile birlikte korunur. Üzerinde tasarruf edilebilir hukuksal değerlere ilişkin cezai koruma yalnızca hukuksal değeri değil, aynı zamanda kişinin söz konusu hukuksal değer üzerindeki otonom iradesini de kapsar. Mülkiyet hakkı, malikin iradesinden veya hürriyet hür olma iradesinden bağımsız ayrı bir değer olarak korunmaz veya insanın vücut bütünlüğü korunan hukuksal bir varlık olarak yalnızca et ve kemikten oluşmaz, onu bir arada tutan, ona canlılık niteliğini kazandıran ruhtan soyutlanamaz[294]. Kısaca hukuksal değer ve hukuksal değerin sahibi olan kişinin iradesi bir bütündür, ayrılamaz. Kişinin iradesi yalnızca hukuksal koruma açısından değil, aynı zamanda hukuken korunan şey açısından da önemlidir[295].

[292] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 13.
[293] ROXIN, Einwilligung, s. 12.
[294] ROXIN, Einwilligung, s. 13.
[295] RUDOLPHI, Hans Joachim, Willensmängel bei der Einwilligung, ZStW 86 (1974), s. 82- 87.

Geçerli bir rızanın her zaman tipikliğin gereçekleşmesine engel olacağını kabul etmekle birlikte, monist teori de rızanın şartlarının belirlenmesinde, bütün suç tipleri açısından geçerli olacak genel kurallar koymanın zorluğunun farkındadır. Rızanın geçerlilik şartları, ilişkin olduğu her bir suç tipi açısından suç tipinin kendi özel şartlarına göre belirlenmelidir. Rızanın şartlarına ilişkin olarak söylenecek her şey, aslında rızanın sınırlarına ilişkin olarak genel bir çerçeve çizmekten öteye geçemez[296].

b. Eleştiriler

Öncelikle ceza normlarıyla kişinin hukuksal değeri üzerindeki tasarruf yetkisinin de korunduğu görüşünün isabetli olmadığı belirtilir[297]. Bireye ait hukuksal değerlerin tamamında kişinin o hukuksal değere ilişkin tasarruf iradesinin de normun koruma amacına dâhil olduğu görüşü doğru olsaydı, hukuksal değerleri üzerinde tasarruf edemeyecek olan kişilere karşı işlenen suçların cezalandırılmaması gerekirdi[298].

Monist teorinin ceza hukukuna en önemli katkısı bireyi ve onun kendi kişiliğini gerçekleştirme ihtiyacını hukuksal değer teorisinin merkezine yerleştirmesi olmuştur. Böylece kişinin kendi hakları üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına daha fazla değer verilmeye başlanmıştır[299]. Ancak ceza hukuku tarafından korunan bireye ait hukuksal değerlerin tamamında, aynı zamanda kişinin irade ve karar verme özgürlüğünün de korunduğu ve suç tipinde tarif edilen fiilin gerçekleştirilmesiyle kişinin o hukuksal değer üzerindeki tasarruf yetkisinin de ihlal edileceği görüşü isabetli bulunmaz[300].

4. Değerlendirme

Rızanın suça etkisine ilişkin olarak ortaya konan görüşlerin burada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

[296] KIOUPIS, s. 96.
[297] AMELUNG, Einwilligung, s. 26 vd; RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 155.
[298] AMELUNG, Einwilligung, s. 26 vd; RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 155.
[299] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 155.
[300] MARKUS, s. 22.

Öncelikle rızayı her zaman suçun hukuka aykırılık unsuru üzerinde etkili olan bir hukuka uygunluk nedeni olarak gören, tipikliğin negatif unsurları teorisini[301] benimsemediğimizi belirtmeliyiz. Bizce hukuka aykırılık suçun bağımsız bir unsurudur. Hukuka aykırılıkla tipikliğin fonksiyonu birbirinden farklıdır. Bir davranışın tipe uygun olduğunun belirlenmesiyle, aynı zamanda onun hukuka aykırı olduğu da tespit edilmiş olmaz. Tipiklik, hukuka aykırılığın kendisi değil, yalnızca karinesidir[302]. Bir fiilin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşabilmek için, öncelikle fiilin tipe uygun olduğunun tespit edilmesi gerekir. Fiilin bir suç tipine uygun olduğu tespit edildikten sonra, bu fiili hukuka uygun hale getiren geçerli bir rızanın bulunup bulunmadığı değerlendirilir[303].

Tipikliğin negatif unsurları teorisi, rızanın TCK'nın hem özel hem de genel hükümlerinde düzenlenmiş olmasını açıklayamaz. TCK m. 26/2'de rıza genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak açıkça düzenlenmişken, bazı özel suç tiplerinde tekrar rızaya işaret edilmesi kanunlaştırma tekniği ve ceza kanununlarının genel hükümlerinin gerekliliği açısından sorunludur. Zira, rıza her zaman bir hukuka uygunluk nedeni olsaydı, TCK m. 26/2 karşısında, TCK m. 141 ve TCK m. 116'da rızanın bulunmamasına açıkça işaret edilmemesine gerek kalmazdı.

Tipikliğin negatif unsurları teorisi, rızanın bulunmamasının açıkça arandığı suç tiplerini, hukuka uygun hale getiren başka nedenlere suç tipinde açıkça işaret edilmeyip yalnızca rızaya işaret edilmiş olmasını da açıklayamaz. Örneğin, başkasının saldırısından kurtulmak veya yangın sebebiyle tehlike içinde bulunan kişiyi kurtarmak için başkasının konutuna giren kişinin fiili hukuka aykırı değildir[304]. Ancak fiilin suç olabilmesi için, bu hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması

[301] KAUFMANN, JZ 1954, s. 653 vd.; KAUFMANN, in JZ 1956, s. 353 vd.; Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s. 129; Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 25 III 1.
[302] GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 10; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 92.
[303] ÖNDER, C. II- III, s. 149.
[304] ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. II, Özel Hükümler, Ankara 2008, s. 773.

gerektiğine suç tipinde işaret edilmemiştir. Aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız "hukuka özel aykırılık[305]" görüşü de bu çelişkili duruma bir açıklama getirmez.

Rızanın suçun genel yapısı içindeki yerini açıklamaya çalışan monist ve dualist teoriler ise suçun unsurları arasında incelenmesi gereken yer dışında rızaya ilişkin diğer problemlerin çözümünde çoğunlukla aynı sonuçlara ulaşır. Örneğin, failin rızanın varlığı veya yokluğuna ilişkin olarak yaptığı hatanın, rızanın geçerliliği açısından bir öneminin olup olmadığı sorusunu dualist ve monist teoriler aynı şekilde cevaplar[306]. Hem monist hem de dualist teori, failin objektif olarak var olan rızadan habersiz, rızanın olmadığını zannederek hareket etmesi halinde, işlenemez suça teşebbüsün söz konusu olduğunu kabul ederler[307]. Rızanın suçun unsuru olduğu hallerde dualist teori ve rızayı tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olarak gören monist teori, failin yanlışlıkla rızanın var olduğuna inanarak hareket etmesi halinde ise, failin kastının olmadığını kabul eder. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza gibi tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın da suçun işlenmesinden önce veya en geç işlendiği sirade var olması gerekir, fiile sonradan rıza gösterilmesi faili cezalandırılmaktan kurtarmaz[308].

Bununla birlikte, monist ve dualist teori arasında esas itibariyle ceza normları ile korunan hukuksal değerin içeriğinin[309] farklı algılanmasından kaynaklanan ve rızanın suça etkisinin farklı olduğu sonucuna götüren görüş ayrılığı göz ardı edilemez. İki teori arasında var olan, hukuksal değerin içeriğine ilişkin görüş ayrılığı,

---

[305] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 694; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 291.
[306] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, § 17, kn.34.
[307] İşlenemez suça teşebbüs veya elverişsiz teşebbüs cezalandırılmaz. Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s.20.
[308] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 160.
[309] RÖNNAU, Willensmängel, s. 20; "Ceza hukukunun amacının ne olduğu, ceza hukukunun neyi cezalandırdığı sorusu, normatif ve idaalist hukuksal değer anlayışlarına göre farklı cevaplandırılır. Normatif hukuksal değer teorisi, "*ceza hukukunun amacının korunması gerekeni korumak"* olduğunu kabul ederken, idealist hukuksal değer teorisi, toplumun korunma ihtiyacıyla bağlantılı bir hukuksal değer anlayışı geliştirmeye çalışmıştır. Bununla birlikte idealist hukuksal değer teorisi, ceza hukukunun ultima ratio yani son araç olma özelliğinin ve ceza hukuku biliminin hukuksal değerlere ilişkin yaklaşımlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Hukuksal değerin, yalnızca ceza normlarının yorumlanmasında başvurulan bir yorum aracı olmadığı, aynı zamanda ceza hukukun sınırlarına ilişkin hukuk politikalarını belirlemede de işlevsel olabileceği düşüncesi, pek çok yazarı yeni bir hukuksal değer anlayışı geliştirmeye zorlamıştır. Bunun sonucunda hukuksal değerler sosyal fonksiyonunun yanında, anlamına uygun olarak, toplumsal yaşamın devamı için asgari şartlar olarak tanımlanmıştır." Bkz. WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 51 vd.

suçun sistematik olarak incelenmesinde, rızasının yerinin tespiti açısından doğrudan belirleyicidir

Rızayı her zaman tipik hukuksal değer ihlaline ilişkin bir sorun olarak gören monist teoriye göre, rızanın tipikliği mi, hukuka aykırılığı mı ortadan kaldıracağına ilişkin olarak yapılan tüm bu tartışmalar anlamsız ve gereksizdir. Rıza tipikliğin gerçekleşmesine engel olan ve hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklinde ikiye ayrılamaz[310]. Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza ve hukuka uygunluk nedeni olan rızanın şartlarının biribirinden farklı olduğu görüşünün de doğru olmadığı söylenir[311]. Gerçekten de monist teorinin benimsediği hukuksal değer teorisi böyle bir tartışmayı anlamsızlaştırır. Ceza normları ile koruma altına alınmış olan hukuksal değere, o hukuksal değerin sahibinin tasarruf yetkisinin de dahil olduğu kabul edilmektedirse, rıza ile gerçekleştirilen fiil söz konusu hukuksal değeri ihlal etmez. Böyle bir fiil esas itibariyle, ceza hukukunun dışında sosyal açıdan uygun, normal bir fiildir. Herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmeyen fiiler suç olarak değerlendirilmez. Bu bakış açısıyla rızanın, bireye ait hukuksal değerleri koruyan suç tiplerinde, fiili kanunda tarif edilen suç tipi dışına çıkartan[312], yani onun tipik olmasına engel olan bir neden olarak görülmesi doğaldır.

Ancak biz hukuksal değerin içeriğine ilişkin olarak monist teorinin savunduğu görüşleri paylaşmıyoruz. Bu nedenle rızanın, hukuksal değeri ceza normunun koruma alanından çıkartan ve her zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olduğu değerlendirmesine katılmıyoruz. Kişinin hukuksal değer üzerindeki tasarruf iradesi kimi suçlar açısından ceza normu ile korunan hukuksal değere dâhildir. Bu suç tiplerinde kişinin normun koruduğu hukuksal değer üzerindeki tasarruf özgürlüğü, hukuksal değerine ilişkin karar verme serbestisi normla koruma

[310] Örneğin, ARZT rızanın suçun genel yapısı içindeki yerine ilişin olarak yapılan tartışmaları zorlamalı ve gereksiz bulmaktadır. ARZT, s. 31; Benzer bir eleştiri için bakınız: STERNBERG-LIEBEN, s. 59- 74.

[311] MAIWALD, s. 168.

[312] *"Rıza, tipe uygun olan bir fiili, hukuka uygun hale getiren bir neden değildir. Rızayla gerçekleştirilen hukuk açısından tamamen nötür, sosyal açıdan uygun bir hareket, zaten kanuni tarife uygun bir hareket olmadığından tipikliği gerçekleştiremez ve bu nedenle de tipe uygun kabul edilemez*." Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 17.

altına alınmıştır[313]. Kişinin söz konusu hukuksal değeri üzerindeki tasarruf yetkisi kanundan kaynaklanmaktadır. Söz konusu hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçerek ona yönelik bir fiile rıza göstermesi, otomatik olarak fiili kanundaki suç tanımının dışına çıkartır[314].

Ceza normu ile korunan hukuksal değere kişinin tasarruf yetkisinin de dahil olduğu suç tiplerinde, bir fiilin suç teşkil edebilmesi ve cezalandırılması için, kişinin tasarruf yetkisini de ihlal etmesi gerekir. Suç tipi ile korunan hukuksal değeri ihlal etmeyen bir fiil, suç teşkil etmeyecektir. Örneğin, cinsel saldırı suçu ile kişinin cinsel özgürlüğü, cinselliğini serbestçe yaşama ve geliştirme hakkı korunur. Kişinin rızasıyla gerçekleştirilen cinsel davranışlar, TCK m. 102 anlamında bir kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmez. Geçerli bir rızaya dayanarak gerçekleştirilen ve normun koruduğu hukuksal değeri ihlal etmeyen cinsel hareketler, cinsel saldırı suçunun kanuni tanımına uygun değildir. Geçerli bir rıza bu suç tiplerinde, fiilin tipe uygun olmasına engel olan bir nedendir. Aynı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, tehdit gibi suçlarda da hareketin kişinin iradesine karşı gerçekleştirilmesi gerekir. Rızayla gerçekleştirilen hareket, tipe uygun bir hareket olmayacaktır[315].

Ancak hukuksal değer sahibinin tasarruf iradesi, her suç tipinde normun koruduğu hukuksal değere dahil değildir[316]. Bazı suç tiplerinde, bir hukuksal değer o hukuksal değerin sahibinin tasarruf iradesinden bağımsız olarak korunur. Örneğin, mala zarar verme suçunda mülkiyet hakkı, hakaret suçunda ise kişinin şerefi ve saygınlığı[317] hukuksal değer sahibinin iradesinden bağımsız olarak korunur. Kanuni

[313] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254.
[314] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254.
[315] FRISCH, Einwilligung, s. 329; HIRSCH, LK- Vor §32, kn. 100; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB, Vorbem §32, kn. 32.
[316] Bir hukuksal değer, kişinin o hukuksal değer üzerindeki tasarruf yetkisiyle aynı görülemez. WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 51, dp. 32 ve s. 61; *"Yaşam, vücut bütünlüğü ve malvarlığına ilişkin hukuksal değerlerde, kişinin bizzat belirleme, seçme özgürlüğünün de korunduğu ve bireysel hukuksal değerlerin korunmasının aynı zamanda kişi özgürlüğünün de korunması anlamına geldiği doğru değildir. Bu hukuksal değerlerde, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve kişi özgürlüğü, korumanın bizatihi kendisi değil, bu korumanın nedeni ve aracıdır.*" MARKUS, s. 22.
[317] CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul 2007, s. 222.

tipde tarif edilen fiil, gerçekleştirildiği anda fiil tipe uygun olarak ortaya çıkar ve normun koruduğu hukuksal değeri ihlal eder.

Nitekim hakaret suçunda, kişinin şerefi üzerindeki tasarruf yetkisi normun koruduğu hukuksal değere dahil olmadığından, kişiye TCK m. 125'de tarif edilen *"onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat"* edildiğinde, normun koruduğu hukuksal değeri ihlal eden tipik bir fiil gerçekleştirilir[318].

Öte yandan monist teorinin hukuksal değer anlayışı, hukuksal değerleri üzerinde tasarruf edemeyecek olan kişilerin hukuksal değerlerinin himayesini zayıflattığı için de desteklenemez. Örneğin, TCK m. 86 ile kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı, tasarruf iradesinden bağımsız olarak korunur. Böylece çocukların, akıl hastalarının ve bilinci yerinde olmadığı için kendi bedeni üzerinde tasarruf edemeyecek kişilerin[319] de, vücut bütünlüğüne ilişkin hukuksal değerleri cezai koruma altına alınır.

TCK m. 26/2'de yer alan düzenleme de Türk ceza hukukunda rızanın her zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olarak görülmesine engel olacaktır. Kanun Koyucu, TCK m. 26/2'de düzenlediği rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu madde gerekçesinde açıkça belirterek teorik bir tercihte bulunmuş ve rızanın her zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olarak kabulünün önünü kapatmıştır[320].

Bu gerekçelerle, rızayı her zaman tipik hukuksal değer ihlali sorunu olarak gören ve geçerli bir rızaya dayanarak gerçekleştirilen fiilin tipe uygun olmayacağını, bu nedenle de rızayı tipikliğin gerçekleşmesine engel olan (tipikliği geri bırakan) bir neden olarak gören monist teorinin görüşlerine katılmıyoruz.

---

[318] TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat R., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Toerik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bası, Ankara 2006, s. 344.

[319] "*Ceza hukuku insanın, bedenî ve ruhî varlığı üzerindeki hakkını değil, onun vücut ve ruh bütünlüğünü, yani insanı korur."* Bkz. TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008, s. 41; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 70; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 126.

[320] KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 269.

Biz rızanın suça etkisini açıklamakta daha isabetli sonuçlara ulaşmamıza yardımcı olacağını düşündüğümüz için dualist teoriyi destekliyoruz. Rızanın suça etkisi değerlendirilirken öncelikle suçun kanuni tanımına bakmak gerekir. Eğer bir suçun kanuni tanımında, rızanın bulunmaması bir unsur olarak açıkça düzenlenmişse veya suç tipinde açıkça yer almamakla birlikte yorum yoluyla fiilin hukuksal değer sahibinin rızasına aykırı bir şekilde veya rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılıyorsa, bu suç tipleri açısından rızanın varlığı fiilin tipe uygun olmasına engel olur[321]. Bunun dışında kalan hallerde, rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir etkiye sahip olacaktır[322].

Gerçekten de, bir suç tipinde suç olduğu belirtilen hareketin, kişinin iradesine karşı (gegen de Willen des idividuellen Verbrechensopfers) veya iradesi olmaksızın gerçekleştirilmesi aranıyorsa, rızayla gerçekleştirilen fiil, tipte tarif edilene uygun olmaz[323]. Örneğin, tehdit (TCK m. 106), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116), hırsızlık (TCK m. 141)[324] ve cinsel saldırı (TCK m. 102) gibi suçlarda, korunan hukuksal değerin sahibinin rızası, fiilin tipe uygun olmasına engel olur. Zira bu suçlarda tipe uygun olan fiilin, kişinin rızası hilafına veya rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekir. Hukuksal değer sahibinin rızasıyla gerçekleştirilen fiil, bu tür suçlarda fiilin tipe uygun olmasına engel olan bir nedendir[325].

---

[321] TOROSLU, Genel Kısım, s. 158- 159; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254; Kısmen aynı yönde KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 270; GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 66, dp. 93; GEERDS, GA 1954, s. 264; RÖNNAU, LK- Vor §32, kn. 147; STRATENWERTH/ KUHLEN, Strafrecht AT I, §9, kn. 8; HIRSCH, LK- Vor §32, kn. 100; MARKUS, s. 23; YENERER- ÇAKMUT, s. 202 vd.

[322] GEERDS, GA 1954, s. 263; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 56; TOROSLU, Genel Kısım, s. 159; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254.

[323] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 21 vd.; RÖNNAU, LK- Vor §32, kn. 147; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 59; GEERDS, GA 1954, s. 264; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254; TOROSLU, Genel Kısım, s. 160; bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 268; Bkz. ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 314.

[324] "*Mağdurun açık veya örtülü rızası fiili tipik olmaktan çıkartır. Bu durumda tipe uygun eylemin bulunmaması nedeniyle, faile ceza verilmez"*. ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 984; *"Hırsızlık zilyetliğe son verilmesiyle işlenen bir suç olduğuna göre, zilyetliğin rızayla devredilmesi halinde, zilyetliğe son verilmesinden söz edilemez"*. FUCHS, Strafrecht ATI, s. 124.

[325] Bkz. MAIWALD, s. 167.

Buna karşın yaralama (TCK m. 86), hakaret[326] (TCK m. 125) ve mala zarar verme (TCK m. 151)[327] gibi suç tiplerinde, rızanın bulunmaması suçun bir unsuru olmadığı gibi, bu suç tiplerinin yorumundan, fiilin kişinin iradesine karşı gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna da ulaşılmaz. Rıza, bu suç tiplerinde, fiilin tipe uygun olmasına engel olmaz. Rızaya rağmen, fiil tipe uygun olarak hukuk dünyasında varlığını korur. Ancak rıza geçerli ise, tipe uygun fiilin hukuka aykırı olmadığı kabul edilmektedir[328].

Türk Ceza Kanunu'nun gerek özel hükümlerinde (TCK m. 116 ve TCK m. 141 gibi) gerekse genel hükümlerinde (TCK m. 26/2) rızaya ilişkin olarak yapılan düzenlemeler de, rızanın suça etkisini ikili bir ayrım yaparak inceleyen görüşleri destekler.

Ancak rızanın varlığının, tipikliğin gerçekleşmesine engel olduğu suç tiplerinin hem sayıca çok olması hem de bu suç tiplerinde rızanın geçerlilik şartlarının suç tipinin özelliğine göre değişebilmesi, genel bir "tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza" teorisi geliştirilmesini güçleştirmektedir. Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın geçerlilik şartları, daha çok ilişkin olduğu ceza normunun yorumu, suç tipinin fonksiyonu ve rızanın suç tipi açısından taşıdığı özel anlama göre belirlenmelidir[329]. Bu suç tipleri ile korunan hukuksal değer üzerinde kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği, doğrudan doğruya hukuksal değerin niteliği ve ceza normunun yorumundan çıkartılır[330]. Ancak rızanın geçerlilik şartları suç tipine bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından hileyle elde edilen rıza kişinin gerçek iradesini yansıtmadığı için, geçerli

---

[326] *"Bir insanın kendi şeref ve haysiyeti üzerinde serbestçe tasarruf hakkını haiz olduğu şüphesiz bulunduğundan hakaret ve sövme suçlarında da mağdurun rızası bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder".* ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989, s. 171; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 754; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 230; Kısmi hukuka uygunluk görüşü için Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 164; YENERER- ÇAKMUT, s. 200.

[327] FUCHS, Strafrecht AT I, s. 124.

[328] TOROSLU, Genel Kısım, s. 160; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254; FUCHS, Strafrecht AT I, s. 124; MARKUS, s. 23.

[329] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 41.

[330] MARKUS, s. 23.

olmayacaktır[331]. Buna karşın cinsel saldırı suçu açısından, kişinin cinsel tercihte bulunma özgürlüğünü ortadan kaldırmayan, elde edilecek menfaate ilişkin hile veya kişiyi rıza göstermeye sevk eden saike ilişkin hatalar önemli olmayacaktır[332].

Bu nedenle çalışmamızda nispeten daha az suç tipini ilgilendirdiği için, genel bir rıza teorisi geliştirilmesinin mümkün olduğu, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın şartlarının belirlenmesine öncelik vereceğiz. Ancak hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerlilik şartları ile tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın geçerlilik şartları açısından farklılık arz eden ve tartışmalı olan hususları da yeri geldikçe inceleyeceğiz[333].

B. Suç Tiplerinin Düzenlenişi Açısından Rızanın Önemi

1. Rızanın Varlığının Arandığı Suç Tipleri

Ceza kanunlarında bazı suçların işlenebilmesi için fiilin hukuksal değer sahibinin "*rızası"* ile gerçekleştirilmiş olması aranır. Fiilin kanundaki suç tarifine uygun olabilmesi için, rızanın bulunması zorunlu bir şarttır. Rıza tipikliğin gerçekleşmesi için, fiilde bulunması gereken unsurlardan biridir. Örneğin tıbbi zorunluluk olmaksızın süresi on haftayı geçen gebeliğin sona erdirilmesi, gebe kadının rızası ile işlenen bir suçtur (TCK m. 99/2). Yetkili olmayan kişi tarafından kısırlaştırma suçunun işlenebilmesi için de, kısırlaştırılan kişi fiile rıza göstermelidir (TCK m. 101/2). Aynı şekilde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu on beş yaşından büyük çocuğun rızası ile işlenir (TCK m. 104/1). Kullanmak için uyuşturucu veya

---

[331] Yargıtay hileyle elde edilen rızanın, konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından geçerli olmayacağına karar vermiştir. "*... Olay günü sanıkların, katılanın konut olarak kullandığı koparatife ait evdeki bir odadan koparatife ait evrakları almak için, katılanın evde bulunmadığı bir sırada, evde bulunan kızına, babasının haberi olmadığı halde haberi olduğunu söyleyerek konuta girip, odadaki evrakları karıştırıp bir kısmını da almaları şeklinde gerçekleşen eylemde; sanıkları katılanın konutuna yasal olmayan ve hile ile elde edilmiş rıza ile girdiklerinden, ayrıca konutun mülkiyetinin anılan koparatife ait olmasının, sanıklara konutta oturanların irade ve rıza özgürlüklerini ihlal ederek, iradelerine karşı olarak konuta girme hakkı vermeyeceğinden, böylece atılı suçun ögeleri oluştuğu gözetilmeden, yerinde ve yasal olmayan gerekçeyle atılı suçtan sanıkların beratine karar verilmesi,… bozmayı gerektirmiş… hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına… karar verildi."* Bkz. Yargıtay 2. CD, E: 2008/10196, K: 2008/ 15777, T: 14. 10. 2008, YKD, C. 35, S. 3, Mart 2009, s. 558- 559.

[332] Nitekim 765 sayılı TCK m. 423'de cezai yaptırıma bağlanmış olan evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu 5237 sayılı TCK ile suç olmaktan çıkartılmıştır.

[333] Rızanın geçerlilik şartlarının, rızanın suça etkisinden farklı olduğu ve geçerlilik şartları açısından bir fark bulunmadığına ilişkin görüş için bkz. MAIWALD, s. 168; TOROSLU, Genel Kısım, s. 168.

uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak (TCK m. 191/1) ve velayet hakkı elinden alınmış olanlarca on altı yaşından küçük çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (TCK m. 234/1) suçlarında da, rızanın bulunması aranır.

Esas itibariyle, rızanın bulunmasının tipikliğin gerçekleştirilmesinde fiilin olumlu unsurlarından biri olarak aranması, Kanun Koyucu'nun rızaya suçun işlenmesi açısından değer vermediği halleri açıkça düzenlemesinden başka bir şey değildir. Kanun koyucu bu düzenlemeleri yaparken, aslında ya korunan hukuksal değer bir başkasına ait olduğu (TCK m. 191/1 ve TCK m. 234/1) için rıza gösteren kişinin aslında rıza göstermeye yetkili olmadığını, ya da o hukuksal değerin rıza gösterilmeye elverişli olmadığını (TCK m. 99/2) veya kişinin rıza ehliyetine sahip olmadığını göstermek ister (TCK m. 104/1). Kişinin rızasının dikkate alınmayacağının açıkça düzenlendiği suç tipleri, kişinin rıza gösterebileceği hukuksal değerlerin, rıza gösterme yetkisi ve ehliyetinin sınırlarının belirlenmesinde yol göstericidir.

Hareketin suçun pasif süjesinin rızası ile gerçekleştirilmesi suç tipinde bir unsursa, rızanın bulunmaması halinde fiil o suç tipine uygun tipik bir fiil olmaz. Ancak rıza olmaksızın gerçekleştirilen fiilin bir başka suç tipine uygun olması halinde, artık failin sorumluluğu gerçekleştirilen yeni suç tipine göre belirlenenir. Varlığı aranan rızanın, somut olayda bulunmaması suçun niteliğini değiştirir. Örneğin, on altı yaşında bir çocukla rızası olmaksızın cinsel ilişkide bulunan kişinin fiili, artık TCK m. 104/1' deki reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki suçu bağlamında değil, TCK m. 103 deki çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilir.

2.Rızanın Bulunmamasının Açıkça Arandığı Suç Tipleri

a.Genel Olarak

Kanun koyucu bazı suçların işlenebilmesi için, failin hukuksal değer sahibinin iradesine aykırı olarak hareket etmesini aramıştır. Örneğin, hırsızlık suçunun işlenebilmesi için malın bulunduğu yerden zilyedin "*rızası olmadan*" (TCK m. 141)

alınması veya konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konuta "*rızaya aykırı olarak*" (TCK m. 116) girilmesi, kişiler arasındaki konuşmaların tarafların "*rızası olmaksızın"* dinlenmesi (TCK m. 133/1, 2) veya kısırlaştırma fiilinin kişinin " *rızası olmaksızın*" (TCK m. 101) gerçekleştirilmesi gerekir.

Kanun koyucunun bazı suç tiplerini düzenlerken "*rızasına aykırı olarak*" veya "*rızası olmaksızın*" ifadelerine yer vermesi, rızanın suça etkisine ilişkin yapılan tartışmalar kadar, bu ifadelerin özel bir anlamının olup olmadığı noktasında da görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Rızanın suça etkisini incelerken, rızanın bulunmamasının açıkça arandığı suç tiplerinde rızanın varlığının fiilin tipe uygun olmasına engel olduğuna genel olarak değinmiştik. Ancak burada bu düzenleme biçiminin özel bir anlamının olup olmadığını da değerlendirmek gerekmektedir.

b. Suç Tipinde Rızanın Bulunmamasının Açıkça Aranmasının Anlamı

aa. Hukuka Özel Aykırılık Olduğuna İlişkin Görüşler

Ceza Kanunu'nun özel hükümleri düzenlenirken, kanun koyucu kimi suç tiplerinde, *"hukuka aykırı olarak"* (TCK m. 109, m. 120, m. 90/2, m. 90/5, m. 132/2, m. 135, m. 136) kavramına yer vermiş ve fiilin suç teşkil edebilmesi için hukuka aykırı olarak gereçekleştirilmesi gerektiğine açıkça işaret etmektedir. Kanun koyucunun hukuka aykırılığa işaret eden kavramları, özel suç tiplerini düzenlerken ayrıca vurgulamasının özel bir anlamının olup olmadığı öğretide tartışılmıştır[334]. Bazı yazarlar, bu kavramların hukuka özel aykırılık hallerine işaret etmek için kullanıldığını belirtmişlerdir. "Rızası olmaksızın veya olmadan" (TCK m. 99/1, m. 101/1, m. 132/3, m. 133/2, m. 141, m. 163, m. 245/1) ve "rızasına aykırı olarak" (TCK m. 116/1) kavramlarının da "hukuka aykırı olarak" kavramı gibi, hukuka özel aykırılık hallerine işaret ettiği de yine kimi yazarlar tarafından kabul edilmiştir[335].

[334] Hukuka Özel aykırılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER, Kanuni Unsurlar, s. 153 vd.; Ayrıca Bkz. KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 122 vd. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 325.

[335] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 692- 694; YENERER- ÇAKMUT, s. 202; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 291.

Ancak bu yazarlar, kanun koyucunun hukuka özel aykırılık hallerini düzenlemesinin nedenleri konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir[336]. Bir görüşe göre, Kanun Koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk eden neden, failin hukuka aykırılığı bilip bilmediğinin özel olarak araştırılmasını istemesidir. Bu ifadeler var olan hukuka aykırılık unsuruna yeni bir şey eklemez. Ancak, kanun koyucu failin hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesini ve bu şekilde hareket etmeyi istemesini arar. Yani böyle bir durumda fail, kanunun aradığı biçimde hareket ettiğini bilmeli ve bu şekilde de hareket etmeyi istemelidir. Dolayısıyla failin kastı, özel olarak aranan hukuka aykırılığı da kapsamalıdır[337].

Bu suç tipleri açısından tipikliğin gerçekleştirilmiş olmasının hukuka aykırılığın karinesi olarak kabul edilemeyeceği de söylenmiştir. Buna göre, Kanun Koyucu hakime olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını ayrıca araştırması gerektiğini söylemek istemiştir. Hâkim fiilin tipik olduğunu belirledikten sonra, hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını da ayrıca belirlemek zorundadır[338].

Başka bir görüşe göre ise, hukuka aykırılığa işaret eden kavramlara suç tiplerinde açıkça yer verilmesinin anlamı, kanun koyucunun rızanın genel bir hukuka uygunluk nedeni sayılmadığı hallerde ona değer tanınmasını sağlamaktır[339].

bb. Hukuka Özel Aykırılık Olmadığına İlişkin Görüşler

Bazı suç tiplerinde hukuka aykırılığa işaret eden kavramlara açıkça yer verilmiş olmasının anlamının, hukuka özel aykırılık olduğu görüşüne karşı çıkan yazarlar ise, hukuka aykırılığın bir bütün olduğuna ve genel ve özel aykırılık diye ikiye ayrılamayacağına işaret ederler[340]. Buna göre, bu ifade tarzının kanun

[336] Bu görüşler için bkz. KUNTER, Kanuni Unsurlar, s. 153 vd.; Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 291; Bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 138.
[337] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 291; Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 110, 111; YENERER-ÇAKMUT, s. 202; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 694; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 281, s. 325.
[338] ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 258; Karşılaştırma için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 143.
[339] KUNTER, Kanuni Unsurlar, s. 156.
[340] Bkz. KUNTER, Kanuni Unsrular, s. 154.

koyucunun tarihi bir takım nedenlerle hâkimin dikkatini meşru fiillere çekmek istemekten öte bir amacı olamaz[341].

Hukuka özel aykırılık diye ifade edilen haller, suçun fiil unsuruna işaret eden unsurlardan başka bir şey değildir. Kanunun hukuka aykırılığı, keyfiliği, haksızlığı ayrıca belirttiği bütün suçlarda, aslında tipik fiilin unsurlarına işaret edilir. Kanuni tipe dahil olan bütün unsurlar, tipik fiile dahildir[342].

Bu durumda suç tipinde belirtilen "rızası olmaksızın" kavramı da fiile ilişkindir[343]. Fiilin suç olabilmesi için, mevcut olmadığı saptanmak zorunda olan rıza, suçun hukuka aykırılık unsuruna değil, fiil unsuruna dahildir. Bu nedenle bu suç tipleri açısından geçerli bir rızanın bulunup bulunmadığı, fiilin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinden çok daha önce somut fiilin kanunda tarif edilen suç tipine uygun olup olmadığının tespit edilmesi aşamasında dikkate alınacaktır[344].

Öğretide savunulan ve ikili bir ayrımdan hareket eden diğer bir görüşe göre ise, öncelikle bazı suçların kanuni tarifinde yer verilen, hukuka aykırılığı vurgulayan ifadelerin suç tipinin tamamına mı, yoksa tipte yer alan bir unsura mı işaret ettiği tespit edilmelidir. Hukuka aykırılığa işaret eden kavramlar, kanuni tipte yer alan unsurlardan birini[345] nitelemek için konulmuşsa, artık o unsurun bir parçası olmuştur ve suç tipine dâhildir. Artık failin bu unsuru da bilerek hareket etmesi gerekir. Zira, kast TCK m. 21'de suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilerek ve isteyerek

---

[341] Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 692; ÖNDER, C. II- III, s. 138 vd. ; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 291.

[342] *"Bir fikre göre, hukuka hususi aykırılık diye ifade edilen bu hal, fiil unsuruna taallûk eden bir vasıf veya şarttan başka bir şey değildir, bu itibarla hukuka aykırılığın hususi bir şekli değildir."*Bkz. KUNTER, Kanuni Unsurlar, s. 154.

[343] Nitekim hırsızlık suçunu inceleyen Şensoy, sahibinin rızası olmaması unsurunu da, hırsızlığın asıl maddi unsuru olan "almak" keyfiyetinin bir diğer mümeyyiz vasfı olarak açıklamaktadır. *"Bu vasfa göre, mal sahibinin rızası olmaksızın alınmalıdır ki, öteki unsurların da vücudile birlikte hırsızlık fiili işlenmiş addolunsun*." Bkz. ŞENSOY, Naci, Basit Hırsızlık, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 61- 62.

[344] Bkz. BAUMAN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §16, kn. 30- 31.

[345] Türk ceza hukuku öğretisinde genellikle bu ifadelerin hukuka özel aykırılık hallerine işaret ettiği ve kasta dahil olduğu kabul edilmektedir. Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 113; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 325; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 270.

gerçekleştirmek olarak tarif edildiğine göre, failin bu unsuru bilmeden hareket etmesi halinde kasten hareket ettiği söylenemeyecektir[346].

Buna karşılık, bu kavram suçun unsurlarından birine değil de, suç tipinin bütününe işaret ediyorsa, suçun genel bir unsuru olan hukuka aykırılık unsuru ile birlikte değerlendirilmelidir. Kanun koyucu burada aslında gereksiz ve fuzuli yere hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna işaret eder. Böyle yaparak Kanun Koyucu hâkimden, fiilin tipe uygun olmasını hukuka aykırılığın kabulü için yeterli görmemesini, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmasını ister[347]. Aslında bu durumda hukuka özel aykırılıktan değil, hukuka aykırılık unsuruna özel olarak işaret edilmesinden bahsetmek daha isabetli olacaktır.

Bu durumda, suç tiplerinde işaret edilen "rızası olmaksızın" gibi kavramların anlamını tespit etmek için, bu kavramın suçun tamamına mı, yoksa tipte yer alan bir unsura mı işaret ettiği araştırılmalıdır. Eğer bu kavramın suçun tamamına işaret ettiği tespit edilirse, hukuka aykırılık unsuruna, buna karşın tipte yer alan bir unsura işaret etiği tespit edildiğinde ise kasta dahil olduğu kabul edilecektir.

c. Değerlendirme

TCK rızayı genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak m. 26/2'de düzenlemiştir. Rıza, artık 765 Sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde kabul edildiği gibi kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni değil, kanunda açıkça düzenlenmiş olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu düzenleme karşısında kanun koyucunun bazı suç tiplerini düzenlerken suçun pasif süjesinin rızasının bulunmamasına suç tipinde açıkça yer vermesinin nedeninin, "*rızanın genel bir hukuka uygunluk nedeni sayılmadığı hallerde ona değer tanınmasını sağlamak*"[348] olduğu görüşü artık temellerini kaybetmektedir.

---

[346] Bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 139; ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2007, s. 1199; HIRSCH, in LK- StGB, vor §32, kn. 12; Bkz. KATOĞLU, s. 124.

[347] ÖNDER, C. II- III, s. 139- 140; ÜZMEZ, Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1199; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 143.

[348] KUNTER, Kanuni Unsurlar, s. 156.

TCK m 26/2'de yer alan düzenleme, hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal gibi bazı suç tiplerinde yer verilen "rızası olmaksızın" kavramının, hukuka özel aykırılık olarak açıklanmasına da imkan vermez[349]. Çünkü, kanun koyucunun genel hükümlerde düzenlediği bir hukuka uygunluk nedenini, ayrıca özel hükümlerde de düzenlemesi kanun yapma tekniği açısından olduğu kadar, genel hükümlerin gerekliliği açısından da açıklanabilir bir yöntem değildir[350]. Ayrıca yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, rızanın bulunmamasının arandığı bu suç tiplerini hukuka uygun hale getiren yegane neden rıza olmamasına rağmen, diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerektiğine suç tipinde işaret edilmeyip, yalnızca rızanın bulunmamasına vurgu yapılmasını açıklamak da zordur.

Bu nedenle, rızanın bulunmamasına bazı suç tiplerinde açıkça işaret edilmesi hukuka özel aykırılık olarak değerlendirilemez. Kanun Koyucu'nun bazı suç tiplerini düzenlerken rızanın bulunmamasına açıkça işaret edip diğerlerinde böyle bir yöntemi benimsememiş olmasının anlamı, suç tiplerinde yer alan bu kavramların tipte yer alan bir unsura mı, yoksa suç tipinin tamamına mı işaret ettiği araştırılarak tespit edilebilir. "Rızası olmaksızın" veya "rızasına aykırı olarak" kavramları suç tipinin tümünü kapsayan bir nitelik taşıyorsa, rızanın bulunmamasının suçun genel bir unsuru olan hukuka aykırılığa işaret etmek için kullanıldığı, bu durumda kanun koyucunun hakimden rızanın bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmasını istediği anlaşılır.

Ancak bu kavramları suç tipinin tamamına değil de tipte yer alan unsurlarından birine işaret ediyorsa, artık o unsurun bir parçası olarak suç tipine dâhildir. Bu nedenle kastın bu unsuru da kapsaması gerekir[351]. Örneğin, hırsızlık suçunda, fiilin suç olabilmesi için malın alınmasına zilyedi rıza göstermemelidir. Zilyedin rızasızlığı, alma hareketine yönelik olmalıdır. Hırsızlık suç tipiyle, Kanun Koyucu bir malın bulunduğu yerden herhangi bir nedenle alınması hareketini değil, zilyedinin rızası olmaksızın alınmasının cezalandırılacağını düzenler. Bu açıdan hırsızlık suç

---

[349] Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı, http://www.baskent.edu.tr/~Zekih/ogrenci/mal.doc, (siteye giriş tarihi 16.05.2009), s. 14.
[350] Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §25, III, 2; ÖNDER, C. II- III, s. 148-149.
[351] KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 270.

tipinde işaret edilen "rızası olmadan" kavramı, "başkasına ait taşınır bir malı, … bulunduğu yerden alma" fiiline işaret eder. Rızanın bulunmaması, hırsızlık suçunda suçun fiil unsuruna işaret eden ve ona dahil olan bir unsurdur. Failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, yalnızca "alma" kastıyla hareket etmesi yetmez, aynı zamanda "alma" hareketine, zilyedin rızasının olmadığını bilmesi de gerekir.

Aynı şekilde, konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116), organ ve doku ticareti (TCK m. 91), kısırlaştırma (TCK m. 101/1) veya çocuk düşürtme (TCK m. 99/1) gibi suç tipleri incelendiğinde de, "rızası olmadan" veya "rızasına aykırı olarak" ifadelerinin, suç tipinin geneline işaret eden bir nitelikte olmadığı görülür. Bu kavramlar daha ziyade, tipe uygun fiile işaret etmektedir. Gerçekten de, konuta girme veya çıkmama hareketi, ancak hak sahibinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirildiğinde tipe uygun olacaktır[352]. "Rızanın bulunmaması" bu suç tiplerinde, kanunda suç olarak tarif edilen fiile işaret eden ve onun bir parçası haline geldiği için fail tarafından bilinmesi gereken unsurlardır[353].

Karşılaştırmalı hukukta "rızanın bulunmaması" benzer suçlar açısından TCK'daki gibi açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, yine de tipik fiilin bir unsuru olarak görülmektedir[354]. Örneğin, ACK §123'de konut dokunulmazlığını ihlal suçunda, "bir başkasının konutuna, … , *hakkı olmaksızın* (wiederrechtlich) giren veya çıkmayan…" şeklinde formüle edilmiştir. Aynı şekilde hırsızlık suçunun düzenlendiği ACK § 242'de "başkasına ait taşınabilir bir malı, "*hukuka*

[352] ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 767.
[353] Bkz. KUNTER, Kanuni Unsurlar, s. 154; Bkz. BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §16, kn. 30- 31; Her ceza normu, "*fiile"* ilişkin unsurlar içerdiğinden, rızanın bulunmaması da bu suç tiplerinde tipik fiile ilişkindir.
[354] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 25; Alman ceza hukukunda, konut hakkı sahibinin "rızasına aykırı olarak" konuta girme veya çıkmamanın fiil unsurunu oluşturduğu kabul edilmektedirken, tipte yer alan "hakkı olmaksızın" (wiederrechtlich) ifadesinin tipte yer alan bir unsura değil, suçun bütününe işaret ettiği için hukuka aykırılık unsuruna dahil olduğu kabul edilmektedir. Rıza olmaksızın girme veya çıkmama fiilini hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunup bulunmadığı ayrıca araştırılır. Bkz. TRÖNDLE/ FISCHER, StGB §123, kn. 14, ayrıca bkz. kn. 18.; Hırsızlık suçu için bkz. aynı yerde, §242, kn.16, kn.22, kn.49.

aykırı"(rechtswidrig) bir şekilde kendisi veya bir başkası için mal edinmek amacıyla alan…" şeklindedir[355].

Suç tipinde yokluğu aranan rızanın hukuka özel aykırılık olmayıp, tipik fiilin bir unsuru olduğunun tespitinin pratik açıdan iki sonucu olacaktır. İlk olarak, suç tipinde yokluğu aranan rıza, suçun hukuka aykırılık unsuruyla birlikte değil, fiilin tipe uygun olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınacaktır. Geçerli bir rızaya dayanarak gerçekleştirilen fiilin, hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirmesine geçilmeden önce tipe uygun olmadığı ve bu nedenle failin cezalandırılamayacağı sonucuna ulaşılacaktır[356].

İkinci olarak, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, failin hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile rızanın bulunmamasının tipik fiilin bir unsuru olduğu hallerde düşeceği hataya uygulanacak hükümler farklı olacaktır. Rızanın bulunmamasının tipik fiilin bir unsuru olduğu hallerde, fail bu unsuru bilerek hareket etmek zorunda olduğu için, failin rızanın bulunduğu konusunda yapacağı hata kastını ortadan kaldıracak ve bu durumda failin cezai sorumluluğu TCK m. 30/1'e göre belirlenecektir. Failin rızanın varlığına ilişkin hatası kastını ortadan kaldırsa bile, taksirli sorumluluğu devam edecektir[357]. Ancak hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığına ilişkin kaçınılmaz[358] bir hataya düşen fail, TCK m. 30/3 gereğince cezalandırılmayacaktır.

---

[355] Hafızoğulları, Alman Ceza Kanunu'ndakine paralel bir düzenlemenin İtalyan Ceza Kanunu'nda da yer aldığını aktarmaktadır. İtalyan Ceza Kanunu 50. maddesinde rıza genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak İCK hırsızlık suçunu düzenlediği 624. maddesinde, başkasının taşınır malını almayı suç sayarken, ayrıca zilyedin rızasına yer vememiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı, s. 14.

[356] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 254.

[357] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 255; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 277.

[358] Hataya düşmenin kaçınılamaz olmasını, kusursuz olmak şeklinde anlamak gerekir. Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 170; Ancak TCK m. 30'un gerekçesinde hatanın kaçınılabilir olması, yani failin hataya düşmekte dikkatsiz ve özensiz davranması halinde, kişinin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Failin geçerli bir rızanın bulunduğuna ilişkin olarak hataya düşmekte kusurlu davranması halinde, fiilin kasıtlı şeklinden sorumlu tutulmak istenmesi kusurluluğa ilişkin genel ilkelere aykırıdır. Bkz. ÜNVER, Kusurluluk, s. 52 vd.; Ayrıca bkz. ÖZBEK, Veli Özer, Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30), CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 90; GÜNGÖR, s. 69- 71.

3. Kanuni Tarifinde Rızaya Yer Vermeyen Suç Tipleri

Rızanın bulunmasının (Ör. TCK m. 99/2) ve bulunmamasının (ör. TCK m. 116) bir unsur olarak düzenlendiği suç tipleri dışında kalan diğer suç tipleri açısından ise Kanun Koyucu TCK m. 26/2 ile genel bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, geçerli bir rızaya dayanarak kanunda suç olarak tarif edilen bir fiili gerçekleştiren kişi cezalandırılmaz.

Ancak TCK m. 26/2'de öngörülen genel kural bütün suç tipleri açısından geçerli değildir. Kanun'un lafzından, rızanın yalnızca kişilere ait hukuksal değerleri koruyan suç tipleri açısından dikkate alınacağı anlaşılmaktadır. Bu rızaya ilişkin olarak kanun tarafından getirilen ilk sınırlamadır. Kanun'un getirdiği ikinci sınırlama ise kişinin kendisine ait bütün hukuksal değerler üzerinde tasarruf edemeyeceğidir. Kanun kişinin yalnızca üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hukuksal değerlere ilişkin olarak göstereceği rızanın geçerli olacağını belirtmektedir.

Bununla birlikte, kişilere ait hukuksal değerleri koruyan suç tipleri değerlendirildiğinde, bazılarında kanunda tarif edilen fiilin gerçekleştirilebilmesi için, failin hukuksal değer sahibinin iradesine karşı hareket etmek zorunda olduğu görülür. Kanun'un cebir veya tehdidi suçun unsuru kabul ettiği veya fiilin hukuksal değer sahibinin iradesine karşı gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu suç tiplerinde, rızanın işlevi, rızanın bulunmamasının suçun unsuru olduğu suç tiplerindekiyle aynıdır. Örneğin, tehdit (TCK m. 106) ve cebir (TCK m. 108) suçlarında, fiilin rıza ile gerçekleştirilmesi halinde, fiil kanunda tarif edilen suç tipine uygun olmayacaktır. Aynı şekilde, rızayla gerçekleştirilen cinsel ilişki fiili de artık TCK m. 102 anlamında bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir cinsel davranış değildir. Rızanın varlığı bu suç tiplerinde de, fiilin tipe uygun olmasına engel olacağından[359], rıza suçun hukuka aykırılık unsurundan önce değerlendirilecektir.

[359] Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 158, 159; GEERDS, Friedrich, Einvilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, in ZStW 72 (1960), s. 45; GEERDS, s. 101; GEERDS, GA 1954, s. 264; Koca ve Üzülmez, rızanın bulunmamasının bir unsur olduğu hallerde, rızanın fiilin tipe uygun olmasına engel olan bir neden olduğunu kabul ederler. Ancak, fiilin kişinin rızası olmadan veya iradesine karşı gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna yorum yoluyla ulaşıldığı hallerde ise, rızanın bir

Kişisel hukuksal değerleri koruyan bazı suç tiplerinde ise, fiilin tipe uygun olması için rıza olmaksızın veya kişinin iradesine karşı gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Failin hukuksal değer sahibinin rızası olmaksızın hareket etmek zorunda olmadığı bu suç tiplerinde rızanın işlevi farklıdır. Bu suç tiplerinde rızanın varlığı fiilin tipe uygun olmasına engel olmaz. Fiil rızayla gerçekleştirilmiş olsa bile, kanundaki tarife uygun bir fiil olarak ortaya çıkar. Ancak bir suç tipine uygun olan bu fiil, hukuksal değer sahibi ona rıza gösterdiği için hukuka uygun kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu suç tipleri açısından rızanın, tipe uygun olarak ortaya çıkmış olan fiili hukuka uygun hale getireceği kabul edilmektedir[360].

hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünü savunurlar. Bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 270.

[360] GEERDS, ZStW 72 (1960), s. 43; Bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 122; ÖNDER, C. II- III, s. 209; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 95; KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 22 vd.; Bkz. GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 37 vd. özellikle kn. 59 ile karşılaştırmalı olarak.

İKİNCİ BÖLÜM

RIZANIN TİPİKLİK VE HUKUKA AYKIRILIKLA İLİŞKİSİ, RIZANIN ŞARTLARI

BİRİNCİ BAŞLIK

RIZANIN TİPİKLİK VE HUKUKA AYKIRILIKLA İLİŞKİSİ

I. Genel Olarak

Rıza suça etkisi açısından, hukuka uygunluk nedeni olan rıza ve tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza olmak üzere ikiye ayrılır. Rızanın, hukuka uygunluk nedeni veya tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olmasını belirleyen, TCK'nın özel hükümlerinde düzenlenen suç tiplerinin özellikleridir. Rızanın ne zaman fiilin tipe uygun olmasına engel olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza ise aşağıda ayrıca ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ancak burada tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızayla, hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasındaki yapısal farkı ortaya koyabilmek için, genel olarak rıza, tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişki üzerinde durulması gerekmektedir.

II. Rıza ve Tipiklik Arasındaki İlişki

Tipikliğin suçun kurucu unsurlarından biri olup olmadığı[361] kadar içeriğinin ne olduğu[362] da tartışmalıdır. Ancak biz burada bu tartışmalara girmeksizin tipiklik kavramından ne anladığımızı belirtmekle yetineceğiz.

---

[361] Tipikliği suçun kurucu unsurlarından biri olarak gören yazarlar için bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 39 vd.; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler (2007), s. 385; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 116; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 122; Yüce tipikliği "suç kalıbı" olarak adlandırır. Bkz. YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C. I, Manisa 1982, s. 237; Bkz. DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 2005 vd.; İçel ve diğerleri ise, tipikliği eylemin bir niteliği kabul ederek "tipe uygun

Tipikliği hareket, netice, hukuka aykırılık, kusur ve cezalandırma şartlarını da içerecek şekilde geniş anlayanlar olduğu gibi[363], suçun kanuni tarifi şeklinde kanunilik prensibinin değişik bir ifadesi olarak anlayanlar da vardır[364]. Tipikliği Ceza Kanunu'nun özel kısmında tespit edilmiş olan suç tiplerinin maddi unsurlarının gösterdikleri özellikler[365] şeklinde tanımlayanların yanında, suçun bağımsız bir unsuru olarak görmeyip, fiilin bir niteliği olarak gören yazarlar da bulunmaktadır[366].

Türk ceza hukuku öğretisinde tipiklik genellikle kanuni unsur[367] olarak adlandırılmakta ve bu unsur içinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi[368], hayal suç, kuruntu suç kavramı[369] ve fail, mağdur[370] gibi kavramlar incelenmektedir. Öğretide son zamanlarda savunulan başka bir tipiklik anlayışına göre ise tipiklik, her bir suça kendi özelliğini veren ve fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması gerekli özelliklerin bütünüdür[371]. Tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlardan oluştuğunu ve tipikliğin suçun kurucu unsurlarından biri olduğunu kabul eden bu anlayış tipikliği fiilin kanundaki tarife uygunluğu anlamında "tipe uygunluk"[372] veya "tipiklik"[373] olarak adlandırır.

Tipiklik ve suç tipi aynı değildir. Suç tipleri, bir yaptırıma bağlanmış soyut insan davranışları modelleridir. Kanuni unsur olarak da ifade edilen suç tipi fiilin tipiklik değerlendirmesinde esas alınacak bir ölçüttür. "*Kanuni unsur suçun kanunda yazılı olduğunu belirtmektedir ve bu yönüyle kanunilik ilkesinin bir görünüş şeklini*

---

eylemi" kurucu unsur olarak görürler. Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 81 vd.; Aynı yönde bkz. İÇEL/ EVİK, s. 75; Tipikliği suçun kurucu unsuru olarak kabul etmeyen yazarlar da vardır. Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 111 vd.; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 193 vd.

[362] KEYMAN, Tipiklik, s. 59; Ayrıca bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 39 vd.

[363] Bkz. DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 206.

[364] SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 212.

[365] ÖNDER, C. II- III, s. 40 vd.

[366] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 43, s. 83; İÇEL/ EVİK, s. 43, s. 76.

[367] DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, 9. Bası, İstanbul 1985, kn. 495 vd.; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 212 vd.; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 115.; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 122.

[368] SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 211.

[369] Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C. I, kn. 497; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 207; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 116.

[370] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 117- 120; Bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 124.

[371] KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 138; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 199.

[372] ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 198.

[373] KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 136.

ortaya koyarken içeriği hakkında bilgi vermez"[374]. Suç tipleri hareketin şeklini ve karakterini belirtmektedir, harekete biçim verir[375]. Kanuni unsur (suç tipi), aslında soyut bir modeldir, suç olan fiilleri suç olmayanlardan ayırma esasına dayanan kanunilik prensibinin değişik bir şekilde belirtilmesidir. Kanuni tipte belirtilen esaslar çerçevesinde bir fiilin gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi ise tipiklik değerlendirmesidir[376]. Suç tipi tüm suçların özelliğini taşıyan soyut bir yapı olunca hareketin tipe uygun olduğu tespit edildiğinde, suçun kanuni unsurunun da ihlal edildiği tespit edilmiş olur[377].

Biz tipiklikten, fiilin kanundaki tarife objektif olarak uymasını anlıyoruz[378]. Tipikliğin gerçekleşmesinden kasıt, fiilin suç oluşturabilmesi için Ceza Kanunu'nun özel kısmında düzenlenmiş olan suçlardan birini objektif olarak gerçekleştirmiş olmasıdır. Özel kısma ilişkin bir değerlendirme yapılıp, fiilin suç tipinde tarif edilen unsurları gerçekleştirdiği sonucuna varıldıktan sonra, genel kısımda düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğa ilişkin unsurlar gözden geçirilir[379]. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz gibi, rızanın bulunmamasının tipik fiilin bir unsuru olarak kanuni tipte açıkça belirtildiği hırsızlık (TCK m. 141) ve konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116) gibi suçlar açısından, rıza fiilin kanuni tarife objektif olarak uygun olmasını engelleyen, böylece tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir nedendir.

Tipik fiilin hukuksal değer sahibinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu suç tipleri kanunda açıkça belirtilenlerle sınırlı değildir. Ceza Kanunu'nunda yer alan özel suç tipleri incelendiğinde, kanuni tarifinde açıkça belirtilmese de, cebir ve tehdidin bir unsur olduğu veya kişinin

---

[374] ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 199; Bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 40; Bkz. KEYMAN, Tipiklik, s. 74 vd.; Karşı görüş için bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 226; Ayrıca bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 115.
[375] ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 123; ÖNDER, C. II- III, s. 40.
[376] Bkz. ÖNDER, C. II- III, s. 40; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 385; BKz. DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 206.
[377]Bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 123.
[378] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 116.
[379] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 116.

iradesine karşı bir hareketin yapılmasının zorunlu olduğu suç tiplerinde[380] de rızanın bulunmamasının tipik fiilin bir unsuru olduğu görülür. Bu suç tipleri açısından da rızanın varlığı, fiilin tipe uygun olmasına engel olan bir nedendir. Bu suç tiplerinde de rıza fiilin tipe uygun olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınır[381]. Gerçekten de, rızayla gerçekleştirilen cinsel davranışlar TCK m. 102 anlamında cinsel saldırı olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde kişinin rızasıyla bir yere götürülmesi, artık TCK m. 109 anlamında bir başkasının bir yere gitme özgürlüğünü ihlal eden[382] bir fiil değildir.

Buna karşın rızanın varlığı yaralama (TCK m. 86), hakaret (TCK m. 125) veya mala zarar verme (TCK m. 151) suçları açısından fiilin tipe uygunluğuna engel olmaz. Bu suç tiplerinde rıza olsa bile, gerçekleştirilen fiil, objektif olarak kanundaki tarife uygun olacaktır[383].

III. Rıza ve Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki

Bir fiilin suç olması için, tipe uygun olması yetmez, fiilin aynı zamanda hukuka da aykırı olması gerekir. Bir fiil, bir ceza normu ile belirtilen emir veya yasağa aykırı olduğunda hukuka da aykırı olacaktır[384]. Bu açıdan hukuka aykırılık, tipe uygun olarak gerçekleştirilen fiilin, hukuk düzenince caiz sayılmaması ve bu fiilin hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunmasıdır[385].

Ancak hukuk düzeni kimi zaman bir yetki vererek veya fiilin gerçekleştirilmesi konusunda faile bir görev yükleyerek yasakladığı fiilin gerçekleştirilmesine cevaz verebilmektedir[386]. Hukuk düzeni ilke olarak kendisi ile çelişemeyeceği için, eğer bir yerde yasakladığı bir fiile başka bir yerde izin vermişse, yasaklanan fiil, izin verilen

---

[380] TOROSLU, Genel Kısız, s. 160.
[381] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 116; Bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 268.
[382] WESSELS, Johannes/ HETTINGER, Michael, Strafrecht Besonderer Teil I,31. Aufl., Heidelberg 2007, kn. 374; TRÖNDLE/ FISCHER, StGB, § 239, kn. 3.
[383] TOROSLU, Genel Kısım, s. 160.
[384] Ceza hukukunda hukuka aykırılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KATOĞLU, s. 24 vd.; Karşılaştırma için ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s. 247; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 93; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 24 I, 1; Ayrıca bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 219 vd.
[385] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 94; Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 99.
[386] TOROSLU, Genel Kısım, s. 135; Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Kısım, s. 221.

hallerde hukuka aykırı olmayacaktır. Hukuk düzeninin yasak olana izin verdiği haller hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırılır. Bu açıdan, hukuka uygunluk nedenleri izin normlarıdır[387]. TCK m. 26/2'de düzenlenen rıza da bu nedenlerden biridir. Rızanın fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için, aşağıda ele alınacak olan geçerlilik şartlarını taşıması gerekir.

IV. Hukuka Aykırılık ve Tipiklik Arasındaki Etkileşim

Hukuka aykırılık ve tipiklik arasındaki ilişki konusunda değişik görüşler mevcuttur[388]. Bir görüşe göre, tipiklik hukuka aykırılığın oluş nedenidir (ratio essendi). Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi tarafından savunulan (die Lehre von den negaiven Tatbestandsmerkmalen) bu görüşe göre, bir davranışın tipe uygun olduğu belirlendiğinde, hukuka aykırılık da gerçekleşmiş olur[389].

İkinci bir görüşe göre ise, tipe uygunluk hukuka aykırılığın karinesidir[390]. Bu konuda ortaya konan üçüncü bir görüşe göre ise, tipe uygunluk hukuka aykırılığın tespit edilmesi için bir araçtır (ratio cognoscendi). Tipe uygunluğun belirlenmesi, tipik olan hukuka aykırı bir davranışın ortaya çıkartılmasında sadece bir araçtır. Tipiklik hukuka aykırılığın değerlendirilmesinde yalnızca bir aşamadır[391].

Tipikliğin hukuka aykırılığın karinesi olduğu Türk ceza hukuku öğretisinde hâkim olan görüştür[392]. Bizce de, bir fiilin tipikliği gerçekleştirmesi, aynı zamanda suçun hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleştiği anlamına gelmez. Tipikliğin gerçekleşmesi yani fiilin tipe uygun olması, hukuka aykırılığın bir karinesidir. Ancak bu mutlak bir karine değildir. Bir fiil tipik olmasına rağmen hukuka aykırı olmayabilir. Yasal savunma veya rıza gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı,

---

[387] Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht, § 31, III, 1; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 665; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 235.

[388] Bu görüşlere ilişkin bilgi için bkz. GROPP, Strafrecht AT, §6, kn.1 vd.; Ayrıca bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 250.

[389] Bkz. HIRSCH, Die Lehre, s. 14.

[390] GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 10-11; BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht AT, §16, kn. 28.

[391] Bkz. KÜHL, Strafrecht AT, §6, kn. 2-3; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 1.

[392] İÇEL/ EVİK, s. 83; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 92; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 122- 123; ÖNDER, C. II- III, s. 41; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, s. 199; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 251.

tipik olan bir fiilin hukuka aykırı olmasına engel olur. Kural olarak bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, tipiklik aynı zamanda hukuka aykırılığı da belirler[393].

Fiilin hukuka uygun olması, yalnızca o fiilin hukuka aykırı olmadığı anlamına gelir. Ancak, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı, fiilin tipe uygun olmasına engel olmaz. Bu nedenle tipiklik ve hukuka aykırılık birbirinden bağımsızdır[394].

Rızanın fiili hukuka uygun hale getirip getirmediği değerlendirilirken, öncelikle tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilecektir. Örneğin, kendi solonuna giren ışığı engellediği için komşuna ait ağacı kesen kişinin fiilinin, öncelikle TCK m. 151'de yaptırıma bağlanmış olan, mala zarar verme suç tipine uygunluğu değerlendirilir. Ardından tipe uygun olan bu fiilin geçerli bir rızaya dayanıp dayanmadığı araştırılır. Fiilin hukuka aykırılık değerlendirmesi, tipiklik değerlendirmesinden sonra gelir[395].

V. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistemleştirilmesinde Rıza

Hukuka uygunluk nedenlerinin sistemleştirilmesinde rızanın kendine özgü yapısından kaynaklanan zorluklarla karşılaşılmıştır. Hukuka uygunluk nedenlerinin sistemleştirilmesinde, hukuka uygunluk ilkeleri adı varilen bazı maddi ölçütler getirilir. Örneğin, uygun amaca ulaşmak için uygun araç ilkesi; zarardan çok yarar ilkesi ve korunan yararın zarar verilen yarardan daha ağır basması, yararların karşılaştırılması ilkesi gibi ilkelerle hukuka uygunluk nedenleri sistemleştirilmeye çalışılmıştır[396].

Ancak, rızanın yapısının diğer hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olması, rızanın diğer hukuka uygunluk nedenleriyle aynı ilkeden hareketle açıklanamayacağı fikrinin doğmasına neden olmuştur. Rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerinden

---

[393] KÜHL, Strafrecht AT, §6, kn. 3; BAUMAN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, § 12, kn. 11- 13; ÖNDER, C. II- III, s. 42; Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 226; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 140.
[394] ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 200.
[395] ÖNDER, C. II, s. 41; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 122.
[396] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 116; ÖNDER, C. II, s. 159.

farklı olduğunu fark edenlerden Mezger[397], onu "menfaat eksikliği prensibine" dayanan bir hukuka uygunluk nedeni (Eine Rechtfertigung nach dem Prinzip des mangelnden Interesses) olarak açıklamıştır. Esas itibariyle Mezger, hukuka uygunluk nedenlerini, "menfaat eksikliği prensibi" ve "üstün menfaatin korunması" (eine Rechtfertigung nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses) prensiplerinden hareketle ikiye ayırır. Yazara göre rıza ve varsayılan rıza korunması gereken menfaatin eksikliği prensibine dayanan ilk grup hukuka uygunluk nedenlerinin en tipik örneğidir[398]. Yasal savunma, zorda kalma gibi, üstün menfaatin korunması prensibine dayandırdığı ikinci grup hukuka uygunluk nedenlerinin özelliği, iki hukuksal değer arasındaki çatışmada, hukuk düzeninin üstün olanı korumasıdır. Üstün menfaatin korunması prensibine dayanan hukuka uygunluk nedenleri, saldırıya uğrayan veya tehlikeye düşen bir menfaatin, feda edilen menfaate karşı korunması zorunluluğundan kaynaklanır. Ancak rızada, rıza gösterilen fiilin gerçekleştirilmesinde herhangi bir zorunluluk olmadığı gibi, rıza gösteren kişinin menfaatleri ile çatışan başka bir menfaat de yoktur. Bu nedenle rızanın üstün menfaatin korunması prensibinden hareketle açıklanması mümkün görülmez. Hukuka uygunluk nedenlerinin sistemleştirilmesinde rızanın yeri, menfaat ekisikliği prensibine dayanan hukuka uygunluk nedenleridir[399]. Eğer bir hukuksal değeri, sahibi korumak istemiyorsa, hukuk düzeninin de onu koruması için bir neden kalmaz. Bu nedenle rızayla gerçekleştirilen fiil hukuka uygundur[400].

Bununla birlikte öğretide, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşunu, menfaatlerin karşılaştırılması ilkesine dayandıran görüşler de savunulmaktadır. Bu görüşler, özellikle tıbbi müdahalelere gösterilen rızayı açıklamakta zorlanmaz. Kişinin kendisine yapılacak tıbbi müdahaleden elde edeceği menfaat, müdahaleye bağlı olarak uğrayacağı zarardan daha büyükse, rızanın geçerli olacağı kabul

[397] MEZGER, Strafrecht, s. 204- 207; Aynı görüş için bkz. GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 26; Türk ceza hukuku öğretisinde Hafızoğulları ve Özen' de rızanın menfaat eksikliği veya menfaatin yokluğu prensibine dayanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul eder. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 235.
[398] MEZGER, Strafrecht, s. 208.
[399] MEZGER, Strafrecht, s. 206- 207; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 26.
[400] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 23; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNE, StGB, Vorbem. §32, kn. 33; TOROSLU, Genel Kısım, s. 161.

edilmektedir[401]. Rıza kişinin hukuken tanınan kendi geleceğini belirleme hakkına dayanarak, hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan somut olayda vazgeçmesi olduğuna göre, rıza menfaatlerin değerlendirilmesinde bir tür araçtır[402].

[401] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 939; Yararların karşılaştırılması prensibinin rıza açısından da belirleyici olduğunu kabul eden diğer yazarlar için bkz. HIRSCH, LK Vor §32, kn. 105; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 97; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, II, 3.
[402] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 97.

İKİNCİ BAŞLIK

RIZANIN ŞARTLARI

I. Üzerinde Tasarruf Edilebilecek Bir Hukuksal Değerin Varlığı

A. Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler

1. Genel Olarak

Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için ilk olarak, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuksal değerin bulunması gerekir. Rızanın hem tipikliğin gerçekleşmesine engel olan, hem de hukuka uygunluk nedeni olduğu hallerde, rıza mutlak surette kişinin tasarruf edebileceği bir hukuksal değere ilişkin olmalıdır. Bu nedenle rıza, yalnızca kişilerin serbestçe yararlanmalarını garanti altına almak amacıyla hukuki koruma altına alınmış olan kişilere ait hukuksal değerler üzerinde etkilidir. Hukuken koruma altına alınmış kişilere ait hukuksal değerlerden de kişi yalnızca kendisine ait olanlar üzerinde tasarruf edebilir. Hiç kimsenin bir başkasına ait hukuksal değer üzerinde hukuken yetkilendirilmediği sürece tasarruf yetkisi yoktur.

Buna göre kişi yaşamı, beden bütünlüğü, cinsel özgürlüğü, malvarlığı, hürriyeti, özel hayatı ve şerefine ilişkin hukuksal değerleri üzerinde tasarruf edebilecek. Ancak bu hukuksal değerlerden hangileri üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği tartışmalıdır.

2.Mutlak Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler

Kişinin malvarlığı, şerefi, özel hayatı, konut hakkı ve cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği genellikle kabul edilmektedir[403]. Ancak

[403] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 321; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 31.

kişilik haklarına ilişkin olan hukuksal değerler üzerindeki tasarruf yetkisi, MK m. 23'de belirtilen nedenlerle sınırlandırılmıştır[404].

Kişi cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Her bireyin cinsel tercihlerde bulunma ve kendi cinselliğini serbestçe yaşama hakkı vardır ve bu hak kişilik haklarının bir parçasıdır. Kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal eden bir fiil, aynı zamanda onun Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınmış olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, maddi ve manevi varlığını yani kişi dokunulmazlığını da ihlal eder[405].

Kişinin kendi cinselliğine ilişkin olarak serbestçe tasarrufta bulunabilmesi, cinsel tercihler yapabilmesi ceza hukuku tarafından da korunur[406]. Kişinin rızası dışında zorla gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış suçtur[407].

Rıza dışında kişinin cinsel özgürlüğüne yapılan müdahalelerin cezalandırılmasına engel olan ceza hukuku tarafından tanınan ikinci bir neden daha yoktur. Nitekim TCK m. 102/2'de yapılan düzenleme ile *evlilik kurumundan kaynaklanan eşe karşı ödevler* gibi bir nedenin evlilik içi tecevüzlerin cezalandırılmasına engel olmayacağını gösterir. Cinsel özgürlüğe ilişkin hukuksal değerler üzerinde yalnızca kişinin kendisi tasarruf edebilir. Bu niteliği ile cinsel özgürlüğe ilişkin hukuksal değerler, kişinin serbestçe yararlanmasını garanti altına alan hukuksal değerlerdir.

Ancak hukuk düzeninin kişiye kendisine ait bazı hukuksal değerler üzerinde serbestçe tasarruf edebilme yetkisi tanımış olması, kişinin bu yetkiyi sınırsızca kullanılabileceği anlamına gelmez. Kişinin tasarruf ediş biçimine veya bu tasarrufun başka menfaatlere etkisine göre bazı sınırlamalar getirilebilir. Kişi sahip olduğu

---

[404] TOROSLU, Genel Kısım, s.165; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 755; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 322; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 272.

[405] ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bazı, Ankara 2008, s.206.

[406] Bu açıdan cinsel özgürlüğe karşı gerçekleştirilen suçlarla, kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin hukuksal değerleri değil, özgür cinsel tercihlerde bulunma hukuksal değeri korunur. Bkz. ÜNVER, Yener, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, İstanbul 2008, s. 296.

[407] HINTERHOFER, s. 24.

tasarruf yetkisini başka bir hukuksal değerleri ihlal edecek veya tehlikeye düşürecek şekilde kullanamaz[408]. Örneğin, kişi kendisine ait evi yerine yeni bir ev yaptırmak amacıyla bir başkasına yıktırabilir. Ancak başkaları için tehlike yaratacak biçimde evinin yakılmasına rıza gösteremez. Kişi hukuksal değerleri üzerinde toplumsal tehlike yaratacak şekilde tasarrufta bulunamaz[409]. Aynı şekilde kişinin kanuna, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba aykırı bir şekilde yapacağı tasarruflar da geçersizdir.

Ceza kanunlarında bazı suç tipleri düzenlenirken, birden fazla tasarruf edilebilir hukuksal değer tek bir ceza normu ile koruma altına alınmış olabilir. Örneğin, yağma suçu ile kişinin hem hürriyeti hem de zilyetlik ve mülkiyeti korunur[410]. Kişi hem malvarlığı hem de hürriyeti üzerinde tasarruf edebilir. Ancak bu hukuksal değerlerden yalnızca biri üzerinde tasarruf edilmesi ve ihlaline rıza gösterilmesi diğer hukuksal değere yönelik olarak gerçekleştirilen fiil açısından geçerli değildir[411]. Rıza yalnızca ilişkin olduğu hukuksal değer üzerinde etkilidir. Rıza gösterilmeyen diğer hukuksal değer ihlali ise suç olmaya devam eder[412].

İhlaline rıza gösterilen hukuksal değerin birden fazla kişiye ait olması halinde ise bu hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan herkesin fiile rıza göstermesi gerekir. Ceza normu ile korunan hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişilerden yalnızca birinin rızası failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz[413]. Bu nedenle elbirliği ile malik olunan bir mal üzerindeki tasarruf yetkisini maliklerin hepsinin birlikte kullanması gerektiğinden, böyle bir mala yönelik gerçekleştirilecek olan fiile de hep birlikte rıza göstermeleri gerekir.

Bununla birlikte bir hukuksal değere ilişkin tasarruf yetkisinin birden fazla kişi tarafından kullanılması gereken haller, yalnızca malvarlığına ilişkin hukuksal değerlerle sınırlı değildir. Örneğin, birden fazla kişinin özel hayatını ilgilendiren ve yayınlanmasında kamusal bir menfaat bulunmayan bir haberi yayınlamak isteyen

[408] TOROSLU, Genel Kısım, s. 162; AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 940.
[409] FRISCH, Einwilligung, s. 330; AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 940.
[410] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 448; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 339, 340.
[411] STERNBERG-LIEBEN, s.95.
[412] Karşılaştırma için bakınız: HINTERHOFER, s. 26.
[413] STERNBERG-LIEBEN, s. 87; FRISCH, Einwilligung, s. 330.

gazeteci, habere konu olan menfaatin sahiplerinin hepsinin rızasını almalıdır. Aksi halde yayınlanmasında kamu menfaati bulunmayan, dolayısıyla gazetecilik mesleğinin icrası ve haber verme hakkı kapsamında değerlendirilemeyecek konularda, taraflardan birinin rızasını almaksızın haberi yayınlayan gazetecinin rızasını almadığı kişiye karşı cezai sorumluluğu devam eder.

Benzer bir durum hekimlerin mesleklerini icra ederken öğrendikleri sırları saklama ve hastaya ait verileri başkalarına açıklamama yükümlükleri açısından da geçerlidir. Çünkü hekimler bazen birden fazla hastayı birlikte tedavi ederler ve böyle bir durumda tedaviyi kabul etmiş olan her iki hastanın da sağlık hakkı TCK m. 136 ile koruma altına alınır. Örneğin, kısırlık tedavisi, organ ve doku nakilleri gibi bazı tedavi yöntemleri birden fazla hastanın birlikte tedavisini gerektirir. Bu nedenle, bu tedaviler sırasında elde edilen bilgiler her iki hastayı da ilgilendirdiğinden, hastalardan yalnızca birinin açıklayacağı rıza, hekimin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz[414]. Çünkü hiç kimse kural olarak bir başkasına ait hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir.

Aynı şekilde genetik materyaller üzerinde yapılan araştırmalarda yalnızca materyalin alındığı kişi hakkında değil otomatik olarak ailenin diğer bireyleri ve kişinin akrabaları hakkında da önemli bilgilere ulaşılır. Bu araştırmalar sonucunda belirli genetik hastalıkların önceden teşhisi mümkün olduğu gibi, kişinin kendisi ve akrabalarının genetik özellikleri, genetik zayıflıkları da önceden tespit edilebilir. Ancak rızayla bir kişinin genlerini inceleyen hekim, rıza gösteren kişinin dışında, bu araştırmadan hiç haberdar olmayan ve böyle bir araştırmaya rıza göstermeyen üçüncü kişiler (örneğin bu kişinin çocukları) hakkında da saklanması gereken pek çok sırra ulaşır. Bu nedenle kişinin genleri üzerinde yapılacak bir araştırmaya rıza gösterip gösteremeyeceği genetik yapısına ilişkin ulaşılan bilgiler üzerinde tek başına tasarruf edip edemeyeceği tartışmalıdır[415].

---

[414] Aynı yönde bkz. STERNBERG- LIEBEN, s. 89.

[415] STERNBERG- LIEBEN'e göre, "*Ebebeynlerin, çocukları üzerinde yapılacak genetik araştırmaya rıza gösterme yetkileri dar yorumlanmalıdır. Esas itibariyle çocuğa ait ve ona sıkı sıkıya bağlı bir hukuksal değerin ihlaline yasal temsilcinin rıza göstermesi reddedilmelidir. Yasal temsilcinin rızası*

Kişinin kendi genetik yapısı hakkında bilgi sahibi olma hakkı her zaman vardır. Bu nedenle her zaman kendisine ait belirli bir gen üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösterebilir. Ancak başkalarının genetik yatkınlıkları konusunda bilgi veren araştırma sonuçlarının yayınlanmasına rıza gösteremez. Zira kişi başkalarına ait haklar üzerinde tasarruf edemez[416].

Kişi konut dokunulmazlığına ilişkin hukuksal değerleri üzerinde de kural olarak mutlak surette tasarruf edebilir. Ancak TCK m. 116'da da açıkça belirtildiği gibi, birlikte kullanılan konutlarda, konut hakkı sahiplerinden her birinin rızasının tek başına geçerli olması için, konut hakkına sahip olan diğer kişi veya kişiler açısından da rıza gösterileceği varsayımına dayanılabilecek meşru bir amacın bulunması gerekir. Gayri meşru bir fiili gerçekleştirmek için gösterilen rızayı kanun geçerli bir rıza açıklaması olarak değerlendirmemektedir[417].

3.Sınırlı Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler

Hukuk düzeni kişiye bazı hukuksal değerleri üzerinde ancak belirli şartların varlığına bağlı olarak tasarruf etme imkânı tanır. Örneğin, bir kadın TCK m. 99' da belirtildiği gibi, gebelik süresi on haftayı geçmememişse, gebeliğin sonlandırılmasını isteyebilir. On haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılmasında rıza dikkate alınmaz. Gebeliğin yetkili olmayan biri tarafından gerçekleştirilmesi de hukuka aykırıdır. Yetkisiz kişinin fiiline gösterilen rıza geçerli değildir. Hukuk düzeni gebe kadına gebeliği her zaman ve her koşulda sona erdirerek, ceninin yaşamı ve kendi sağlığı üzerinde mutlak surette tasarruf etme imkanı tanımaz.

---

yalnızca çocuğa yapılacak somut, belirli ve çocuğun iyileşmesi için zorunlu bir tıbbi müdahale kapsamında yapılacak genetik inceleme ile sınırlı olarak geçerli kabul edilebilir. Bunun dışında ebebeynin talebiyle, çocuk üzerinde ilerde ortaya çıkacak hastalıklara ilişkin genetik araştırma yapılması reddedilmelidir". STERNBERG- LIEBEN, s. 91.

[416] STERNBERG- LIEBEN, s. 92- 93.

[417] Yargıtay'ın eski bir içtihadı birleştirme kararına göre de, kadın eşin çağırması üzerine erkek eşin örtülü olarak anlaşılan rızasızlığına rağmen, cinsel ilişkide bulunmak üzere konuta giren kişinin fiili konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur. Bkz. YİBK, E. 1941/21, K. 1942/4, T. 18.2.1942, YİBK, Ceza Bölümü, C. 2, s. 160.

Öğretide cenin üzerinde hiçbir şekilde tasarruf edilemeyeceğini savunanlar da vardır[418]. Ancak hukuk düzeni belirli bir süresiyi aşmamış olan gebeliklere son verilmesini, yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi şartıyla, tanımıştır. Ceza Kanunu'nda yer alan açık düzenleme (TCK m. 99), kanunda belirtilen şartlara bağlı kalmak kaydıyla, bir kadının kural olarak on haftayı geçmeyen gebeliğinin sona erdirilmesine ilişkin olarak tasarrufta bulunabileceğini gösterir.

Kişinin beden bütünlüğü üzerinde de sınırlı bir şekilde tasarruf edilebileceği kabul edilmektedir. Kişi kendi vücudu üzerinde, fiziki bütünlüğünü devamlı bir surette zaafa uğratmayan veya herhangi bir şekilde kanuna ve kamu düzenine aykırı olmayan tasarruflarda bulunabilir[419]. Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş sınırlar içerisinde, örneğin tıbbi müdahaleler, organ bağışları ve diğer şartları da bulunmak kaydıyla tıbbi deneylerle ilgili olarak rıza açıklayabilir. Anayasanın 17. maddesine göre, *"kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi müdahaleler ve kanunda belirtilen haller dışında dokunulamaz. Kişinin rızası dışında tıbbi veya bilimsel deney yapılamaz"*. Aynı şekilde TCK m. 90/ 2'de de öngörülen şartların varlığı halinde kişi kendi vücudu üzerinde tıbbi ve bilimsel deney yapılmasına rıza gösterebilir. Medeni Kanunun 23. maddesinin 3. fıkrasına göre de, *"yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür"*. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 6. maddesine göre de, *"on sekiz yaşından büyük bir kişi bir organ ve dokusunun alınmasına, aşılanmasına ve nakline rıza gösterebilir"*.

Tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakilleri gibi kanunlarla özel olarak düzenlenmiş alanlar dışında kişinin vücut dokunulmazlığı üzerinde tasarruf edip edemeyeceği tartışmalıdır. Kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruflarından hangilerinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında değerlendirileceğine ilişkin olarak kabul edilen genel kritere göre, kişinin fizik bütünlüğünün devamlı bir şekilde zarar görmesine neden olan veya başka bir şekilde kanuna ya da kamu düzenine, genel ahlak ve adaba aykırı olan davranışlara göstereceği rıza geçerli

[418] HINTERHOFER, s. 26.
[419] TOROSLU, Genel Kısım, s. 162.

olmayacaktır. Buna karşın kişi, sağlığı ve vücut bütünlüğü üzerinde kalıcı bir hasar bırakmayan, sonuçları itibariyle hafif[420], kanuna, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba aykırı olmayan fiillere ise hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebilir[421]. Örneğin, kişi vücuduna dövme yaptırabilir, küpe taktırabilir veya manikür, pedikür gibi basit kozmetik müdahalelere rıza gösterebilir veya erkek çocuklar kendi rızalarıyla sünnet ettirilebilir[422]. Geçmişte genel ahlak ve adaba aykırı görülüp, cezalandırılması gerektiği kabul edilen önemli bir ağırlığa ulaşmamış sadomazoşist fiiller de artık yetişkinler arasında ve rızayla gerçekleştirildiğinde kişinin cinsel özgürlük alanı içinde değerlendirilmelidir[423]. Çünkü genel ahlak ve adap kavramı bireylerin sübjektif değer yargılarına indirgenmemeli, ancak toplumsal düzene ilişkin olan davranış kurallarına aykırı fiillerin genel ahlak ve adaba aykırı olacağı kabul edilmelidir[424].

Hukuk düzeni kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruf yetkisini, esas itibariyle organ nakilleri de dahil olmak üzere tıbbi müdahalelerin pek çoğunu yasal olarak düzenlemek suretiyle doğrudan, vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillerden belirli bir ağırlık derecesine ulaşmamış olanların takibini de şikâyete bağlayarak dolaylı olarak tanır.

Bununla birlikte öğretide kişinin beden bütünlüğü üzerinde tasarruf edebilmesini reddeden bir görüş de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kişinin bedeni

---

[420] "*Örneğin, ağrı veya hassasiyet, kızarıklık, ödem, şişlik, basit sıyrık, basit burkulma, sınırlı ve küçük adele tutulması veya burun kanaması, küçük alanda saç yolunması ya da tırnak izleri, yüzde onbeş oranından daha küçük birinci derecede yanıklar, toplamı beş cm. kareden küçük ekinozlar, üç-beş cm.'den küçük sadece cilt, cilt altını ilgilendiren yüzeysel kesik veya basit yaralar, kısa süreli tedavisiz düzelen bayılma, bir günden az devam eden uyku veren madde verilmesi- alınması"* vücut bütünlüğüne yönelik hafif fiiller olarak değerlendirilir. Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 161, dp. 168.

[421] Bkz. NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 84, 85; TOROSLU, Genel Kısım, s. 163; HAKERİ, Hakan, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, s. 63.

[422] Bu tür fiillerin hukuka uygun kabul edilmesine ilişkin olarak ortaya konan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, TBBD, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 55 vd., s. 58.

[423] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 38; HIRSCH, in LK § 226a, kn. 8; Yalnızca önemli olmayan müessir fiillerin değil, ağır müessir fiillerin de ahlaka aykırı olmayacağı görüşü için bkz.: MAY, Olaf, Die Anwendbarkeit des §226a bei einverständlichen sadistischen und masochischtischen Körperverletzungen, Diss., Kiel 1996, s. 153- 156; Karşı görüş için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 160.

[424] ERMAN, B., s. 138.

üzerindeki haklarına karşı yapılacak olan saldırılar, aynı zamanda toplumsal bir menfaati de ihlal edeceğinden, kişinin kendi bedeni üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. İnsan bedeni bir mal değildir ve ona mülkiyet hakkının konusu olan bir eşya gibi davranılamaz[425].

4.Tasarruf Edilebilen ve Tasarruf Edilemeyen Hukuksal Değerlerin Aynı Ceza Normu ile Korunması

Bir ceza normu, kişinin üzerinde tasarruf edilebileceği hukuksal bir değerin yanında, tasarruf edemeyeceği başka bir hukuksal değeri daha koruyorsa, rızanın hukuki etkisinin ne olacağı sorusu sorulmuştur.

Bir görüşe göre bu tür ceza normları açısından, rızanın hukuki etkisini belirleyen unsur, normun öncelikle koruduğu, üstün hukuksal değer üzerinde kişinin tasarruf yetkisinin bulunup bulunmamasıdır. Normun öncelikli olarak koruduğu hukuksal değer üzerinde kişinin tasarruf yetkisi varsa rıza failin cezai sorumluluğu üzerinde etkili olur. Buna karşın normun öncelikle koruduğu hukuksal değer üzerinde kişinin tasarruf yetkisi yoksa rıza geçersizdir[426].

Ancak bu görüşü desteklemek mümkün değildir. Çünkü ceza normu ile korunan hukuksal değer öncelikle kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hukuksal değer olsa bile, diğer hukuksal değer üzerinde kişinin tasarruf yetkisi yoktur. Kişi üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hakka ilişkin olarak geçerli bir şekilde rıza gösteremeyeceğinden açıklayacağı rıza hukuken geçerli olamaz. Bu nedenle kişinin tasarruf edebileceği ve tasarruf edemeyeceği iki veya daha fazla hukuksal değeri koruyan suç tipleri açısından rıza geçersizdir[427].

Örneğin, TCK m. 207'de düzenlenmiş olan özel belgede sahtecilik suçu ile belgenin sahih olması halinde garanti altına alınan özel menfaatlerin korunması amaçlanır. Öte yandan bu suç aynı zamanda hukuki ilişkilerdeki güveni yani hukuk güvenliğini de koruma altına alır. Kişi kendi menfaatleri üzerinde tasarruf edebilir,

[425] Bkz. BAYRAKTAR, s. 80- 81.
[426] Bkz. HINTERHOFER, s. 28.
[427] HINTERHOFER, s. 28.

bu nedenle de sahte bir özel belge düzenlenmesine rıza gösterebilir. Ancak kamu güvenliğinin korunması üzerinde kişinin tasarruf etmesi mümkün değildir[428]. Bu nedenle sahte belge düzenlenmesine ve kullanılmasına, adına sahte belge düzenlenen kişinin rıza göstermesi TCK m. 207'de düzenlenmiş olan fiili gerçekleştiren failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz[429].

Aynı şekilde kişi kendi şerefi üzerinde de tasarruf edebilir. Ancak memura karşı görevinden dolayı hakaret edilmesi halinde, rıza geçerli olmayacaktır (TCK m. 125/3, a).

TCK m. 267'de düzenlenen iftira suçunda da suçsuz bir kimse aleyhine kovuşturma yapmamadaki devlete ait menfaatin yanında, haksız yere bir cezai kovuşturmaya maruz kalmamaya ilişkin kişisel menfaat de korunur. Ancak kişi, devletin adli faaliyetine ilişkin menfaatleri[430] üzerinde tasarruf edemeyeceğinden, kendisine iftira edilmesine rıza göstermesinin hukuken hiçbir önemi yoktur.

B. Tasarruf Edilemeyen Hukuksal Değerler

1. Tasarruf Edilemeyen Kişisel Değerler

Kişinin bazı hukuksal değerler üzerinde tasarruf edemeyeceği değişik gerekçelerle de olsa ceza hukuku öğretisinde genel olarak kabul edilmektedir. İnsan yaşamı ve vücut bütünlüğü bu tür hukuksal değerlerdendir. Ancak kişinin vücut bütünlüğü üzerinde belirli bazı sınırlar içinde tasarruf edebileceğine ve vücut

---

[428] TEZCAN/ ERDEM/ÖNOK, s. 562.

[429] Yargıtay rızanın, resmi belgede sahtecilik suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeni olmadığına ilişkin kararlar verir: *"...Belgede sahtecilik suçlarında mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni sayılmazsa da, failin, belgede sahtekarlıkta bulunmak kastına etki yapmaktadır...sanıklar sahibi oldukları şirketin satın aldığı mal karşılığında şirketi temsile yetkili müdür olan babaları H. C.'nin verdiği sözlü izin üzerine şirkete ait çekleri düzenleyip imzalayarak aralarında öteden beri ticari ilişki bulunan şikâyetçi şirkete vermişler, başlangıçta ödemedikleri çek bedelinin bir kısmını sonradan ödemişlerdir. Kendi imzalarını taşıyan şirket çeklerini önceki ticari ilişkiler sırasında da şikâyetçi şirkete verip kullandıkları anlaşılan sanıkların zarar verme bilinç ve kastıyla hareket ettikleri kanıtlanamamıştır. O halde sanıklara yüklenen belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarının manevi ögesi oluşmadığından, direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir."* Y CGK, E. 2004/6-221, K. 2005/38, T. 19.4.2005, http://www.kazanci.com (siteye giriş tarihi: 26.04.2010).

[430] TOROSLU, Nevzat, İftira Cürmünün Hukuki Konusu, AÜHFD, Y. 1980, S. 37, C. 1-4, s. 127-128; Yıldız'a göre, adliyeye karşı işlenen suçlarla korunan hukuksal değere, bireyin adil yargılanma hakkı da dahildir. Bkz. YILDIZ, Mağdur, s. 25.

bütünlüğüne yönelik bazı fiillerin gerçekleştirilmesine hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebileceğine yukarıda değinmiştik. İnsan yaşamı ise kişinin üçüncü kişilerin ihlallerine hukuken geçerli bir şekilde rıza gösteremeyeceği tek kişisel değerdir[431].

Rızanın hukuki temelini oluşturan kendi geleceğini belirleme hakkının yaşam hakkının ihlaline izin veren tasarrufları da kapsayıp kapsamadığı, kişinin yaşamına son verilmesini bir başkasından talep etmesinin kendi geleceğini belirleme hakkı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, son zamanlarda özellikle ötanazi bağlamında tartışılmaktadır. Ancak ilerleyen bölümlerde ötanaziyi ayrıca ele alacağımız için burada yalnızca genel olarak kişinin kendi menfaatleri üzerinde tasarruf etme ve kendi geleceğini belirleme hakkının sınırı olarak yaşam hakkı üzerinde duracağız.

Bununla birlikte tasarruf edilemeyen kişisel değerler ifadesiyle, yalnızca kişinin hukuken geçerli bir şekilde rıza göstermesine elverişsiz hukuksal değerleri kastettiğimizi belirtmeliyiz. Çünkü kişi kendisi yaşamına ilişkin tasarruflarda bulunabilir, dilerse yaşamına son verebilir[432]. Kişinin kendi fiillerini cezalandıran bir ceza normu hukuk sistemimizde bulunmamaktadır. Ceza normları bireysel hukuksal değerleri ancak üçüncü kişilerden gelecek olan saldırılara karşı hukuki güvence altına almıştır. Ancak bu fiillerin cezalandırılmamasının nedeni, söz konusu fiillerin hukuka uygun kabul edilmesi değil, bu fiilin herhangi bir suç tipini ihlal etmemesidir[433]. İntihar ve intihara teşebbüs suç olmamasına rağmen, başkasını

[431] Buna karşın Öztürk/Erdem, yaşam hakkının en temel insan hakkı olduğu ve insan haklarının kullanılmasının hiç kimsenin ve hiçbir makamın onayına tabi olmadığını, bu nedenle de kişinin yaşam hakkı üzerinde de tasarruf edebileceğini kabul etmektedir. Ayrıca yazarlara göre, intiharın cezalandırılmaması da yaşam hakkının tasarruf edilebilir bir hak olduğunu gösterir. TCK m. 26/2'de ötanaziye yasal bir zemin hazırlamıştır. Bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 137.

[432] YENİSEY, İlgilinin Rızası, s. 869; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 259.

[433] Ceza hukukunda fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşemeyeceği kuralı görmezden gelinerek, kişinin kendi yaşamına son vermesi "yaşam hakkından vazgeçmeye rıza" kavramı ile açıklanamaz. Bu görüş için bkz. SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980, s. 18, 19.

intihara yönlendiren veya başkasının intiharına yardım eden kişilerin cezasız kalmaması için pek çok ülke ceza kanunlarına özel suç tipleri koymuştur[434].

Ötanazinin yasal olarak düzenlendiği Hollanda, Belçika ve Lüxenburg gibi bazı Avrupa ülkeleri dışından, kendi geleceğini belirleme hakkının kişiye yaşamını bir başkasının fiiline rıza göstererek sona erdirmek şeklinde bir tasarrufta bulunma hakkı tanımadığı karşılaştırmalı hukukta da genel olarak kabul edilmektedir[435]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'de[436], yaşam hakkının ölme hakkını içerdiği iddiasını reddeder.

Yaşam hakkının her türlü ihlale karşı mutlak surette korunmasının nedeni, bu hakkın yalnızca bir *"öz"*den ibaret olmasıdır[437]. Yaşam hakkına yapılacak en küçük bir müdahale hakkın özünü ortadan kaldırır. Öte yandan yaşam hakkı, kişinin sahip olduğu diğer bütün hakların ve doğal olarak kendi geleceğini belirleme hakkının da temelini oluşturur. Ancak yaşayan kişilerin hakları ve gelecekleri vardır. Ölüm ise kişinin hak ehliyetini ortadan kaldırır. Ölüler hukukun süjesi olmadıkları gibi, hak ehliyetleri de yoktur. Bu nedenle yaşam hakkı kişinin sahip olduğu temel haklardan biri ve en önemlisidir[438]. Kendi geleceğini belirleme hakkı ise yaşamı ve yaşam hakkına bağlı olarak kişinin sahip olduğu diğer hakları da yok edecek şekilde yorumlanabilecek bir hak değildir. Kendi geleceğini belirleme hakkı, bu geleceği yok etme hakkını içermez.

---

[434] ESER, Albin, Medizin und Strafrecht. Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, in ZStW 97 (1985), s. 24.

[435]Hollanda ve Belçika'da, ötanaziye ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu ülkelerde kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında yapılan değerlendirmeye bağlı olarak, kişilerin yasayla belirlenen sınırlar içinde yaşam hakkı üzerinde de tasarruf edebilecekleri kabul edilmiştir. Bkz. İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Bakımından Ötanazi, YÜHFD, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 290; İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 183; 17 Mart 2009 tarihinde ötanazi Lüxenburg'da da yasal hale gelmiştir. Bkz. BESİRİ, Arzu, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBBD, S. 86, Y. 2009, s. 200.

[436] Üçüncü bölümde ayrıca değerlendirilecek olan, AİHM'nin kararı için bkz.: Pretty v. Birleşik Krallık Davası, Çeviren: Orçun Gündüz, in: Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, s. 506; Ayrıca bkz. http://ihami.anadolu.edu.tr (siteye giriş tarihi: 28.04.2010); İNCEOĞLU, Ötanazi, s. 297.

[437] SAVCI, s. 13.

[438] SAVCI, s. 7, 8; ÇELEN, Ömer, Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu, EÜHFD, C. II, S. 3- 4, Y. 2007, Kayseri 2007, s. 52.

Yaşam hakkının rıza ile ihlal edilmesi pek çok hukuk sisteminde, normal adam öldürme suçları dışında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir[439]. Genellikle *"talep üzerine öldürme"* suçu olarak adlandırılan bu suç tiplerinde, rızaya fiili hukuka uygun hale getiren mutlak bir etki tanınmaz, rıza genellikle cezayı hafifleten bir neden olarak dikkate alınır.

Kişinin yaşam hakkı üzerinde bir başkasının ihlaline rıza göstermek şeklinde tasarruf edemeyeceği ve bu hakkın ihlaline ilişkin açıklayacağı rızanın geçerli olmadığı Türk ceza hukukunda da kabul edilmektedir[440]. Ayrıca 2003 TCK tasarısının 140. maddesinde yer alan ve "*acıyı dindirme saiki"*[441] başlığını taşıyan düzenlemeye, 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiş olması da rızanın yaşama karşı işlenen suçlar açısından Türk ceza hukukunda dikkate alınmayacağını gösterir.

2.Topluma ve Devlete Ait Hukuksal Değerler

Doğrudan doğruya topluma ve devlete ait hukuksal değerler üzerinde kişilerin tasarruf yetkisi yoktur. Bu nedenle topluma ve devlete ait hukuksal değerleri koruyan ceza normları açısından rıza geçersizdir[442].

Kişi topluma, devlete ve millete ait hukuksal değerler üzerinde tasarruf edemez. Kendisine ait olmayan hukuksal değerleri koruyan suç tiplerinin ihlaline rıza gösteremez[443]. Örneğin, kişinin kendi aleyhine yalan tanıklık yapılmasına rıza göstermesi, faili cezai yaptırımın muhatabı olmaktan kurtarmaz. Çünkü yalan

---

[439] Örneğin Alman Ceza Kanunu § 216, Avusturya Ceza Kanunu § 77, İsviçre Ceza Kanunu § 114'de talep üzerine öldürme fiillerinin normal adam öldürme fillerine oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

[440] TOROSLU, s. 162; YENERER- ÇAKMUT, s. 153; ERMAN, B., s. 126; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 325; Buna karşın Öztürk/Erdem yaşam hakkı üzerinde de tasarruf edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 136- 137.

[441] Söz konusu maddeye göre: *"İyileşme olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastalığın ızdıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."* 2003 TCKT m. 140'ın gerekçesinde ise maddede öngörülen acı dindirme saikiyle talep üzerine adam öldürmenin ötanaziden farklı olduğu, ötanazinin ayrı hükümlerle düzenlenen ve doktorlar tarafından gerçekleştirilen bir hal olduğu ve failine ceza verilmediği belirtilmektedir. Tasarının bu maddesinin ise saptadığı koşullarla, insancıl nitelikteki kast halinde faile daha az ceza verilmesini öngördüğüne işaret edilmiştir.

[442] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I, s. 540.

[443] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 754; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 185.

tanıklık suçu (TCK m. 272) adliye aleyhine işlenen bir suçtur. Bu suç ile yargılamanın işleyişinin dürüstlüğü ve yargılamada kullanılan kanıtlarla, kanıt araçlarının doğruluğu, içtenliği ve bütünlüğü koruma altına alınmak istenir. Muhakeme hukukunda delil olarak kabul edilen ve bir ispat vasıtası olan tanık beyanının gerçeği yansıtması usulüne uygun yürüyen soruşturma veya kovuşturmanın doğru yönde gerçekleşmesi için çok önemlidir[444]. Kişi kendisine ait olmayan bu hukuksal değerler üzerinde tasarruf edemeyeceğinde, açıklayacağı rızanın da hukuken hiçbir geçerliliği olmayacaktır.

C. Rızanın İçeriği

1. Genel Olarak

Öncelikle rıza gösterilen fiillerin kişinin kendi fiilleri değil, ancak ve ancak üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği fiiller olabileceğini belirtmek gerekir. Ceza hukuku açısından cezaya müstahak fiiller ancak bir başkasının hukuksal değerlerini ihlal eden fiiller olduğundan, rızanın konusu da ancak bu filler olabilir.

Kişinin kendisini yaralaması, hatta hayatına son vermesi cezalandırılmaz. Ancak kişinin kendisine karşı gerçekleştirdiği fiil, bir başka hukuksal değeri daha ihlal ediyorsa, kişinin bu hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisi olmadığından cezai sorumluluğu ortaya çıkar. Örneğin askerden kaçmak isteyen kişinin kendi kendini askerliğe elverişsiz hale getirmesi halinde söz konusu fiil Askeri Ceza Kanunu'nun 79. maddesi gereğince cezalandırılacaktır.

Kişinin kendi hukuksal değerlerine karşı gerçekleştirdiği saldırıları üçüncü kişilerin def etmesi ve kişiyi kendisinden kaynaklanan bu saldırılara karşı korumak

---

444 *"... Devletin adlı veya kazai varlıkları, adli veya kazai kuvvet olarak mütalaa edilen devlete ait varlıklardır ve bu halleriyle gerek adli teşkilat, gerek adli faaliyet veya fonksiyon - ki muhakeme (hukuki- cezai- idari) her safhası itibariyle bu faaliyetin veya fonksiyonun ircasısını ifade eder- yönünden adliyenin idaresine ilişkindirler. Söz konusu varlıklar, genel olarak devletin kamusal usuli haklarını teşkil ederler."* TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu, s. 365; FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 237; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1063, dp. 309 ile birlikte.

da rıza ile açıklanamaz[445]. Çünkü, kişi üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kurtarma hareketlerine rıza göstermediği gibi, esasen bu hareketlerin gerçekleştirilmesini de istemez.

Rıza gösteren kişinin hukuken korunan bir menfaatini ihlal eden veya tehlikeye düşüren bir fiilin gerçekleştirilmesine izin verirken, aslında neye izin verdiği önemli bir sorudur. Ceza hukuku anlamında suç olduğu kabul edilen fiil hareket, netice ve bu ikisi arasındaki illiyet bağından meydana gelir. Rızanın içeriği, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerden farklıdır. Rızanın içeriğini, doğrudan doğruya suçun maddi unsuru olan fiil belirler. Diğer bir deyişle rızanın hareket, netice ve bu ikisi arasındaki illiyet bağından oluşan fiille olan ilişkisi, aynı zamanda rızanın içeriğini de belirleyecektir. Rızanın içeriğinin belirlenmesinde suçun kasten veya taksirle işlenen bir suç veya netice veya sırf hareket suçu olmasına göre farklı problemlerle karşılaşılır[446].

2. Kasten İşlenen Suçlar

Kasten işlenen suçlarda rızanın içeriğini belirleyen kasten işlenen zarar suçlarında hareket ve neticenin, kasten işlenen tehlike suçlarında ise tehlikeli hareketin bilinmesidir. Rıza gösterilen suç bir zarar suçuysa kişi bu zararı, tehlike suçuysa tehlikeyi bilmelidir[447]. Kasten işlenen suçlarda rızanın içeriğini, rızanın ilişkin olduğu suç tipinde tarif edilen fiil belirler.

---

[445] Özellikle açlık grevleriyle ilişkili olarak, kişinin kendi gerçekleştirdiği bir fiille vücut bütünlüğünü, sağlığını veya hayatını tehlikeye sokması halinde, onu kurtarmak için gerçekleştirilen fiillerin hukuka uygunluğunu meşru müdafaa içinde değerlendiren görüş için bkz.: FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, AÜHFD, Y. 1993, C. 43, S. 1-4, s. 166- 167;Aynı yönde bkz.: CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 84; Bu durumda zaruret halinin var olduğunu savunan bir başka görüş için ise bkz.: SOYASLAN, Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, Yargıtay Dergisi, C. 16, S. 3, Temmuz 1990, s. 280 (s. 269- 280); Öğretide savunulan üçüncü bir görüşe göre ise, tutuklu veya hükümlü ile devlet arasında özel bakım ilişkisi açlık grevi yapan mahkuma müdahalede bulunma sonucunu doğurur. Bkz. ERMAN, B., s. 199.

[446] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, Vorbem §§ 32, kn. 34 ve 102; WEISSENBERGER, s. 60 vd.; HIRSCH in LK Vor § 32, kn. 106; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 53; ROXIN, Einwilligung, s. 39.

[447] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, Vorbem §§ 32, kn. 34, kn. 102; STERNBERG-LIEBEN, s. 214; RÖNNAU, Willensmängel, s. 194; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13 kn.78.

Kasten işlenen zarar suçlarında, öncelikle kanunda suç olarak tarif edilen zararlı neticeye rıza gösterilir[448]. Bununla birlikte kişi rıza gösterdiği fiilin türünü ve niteliğini de bilmelidir. Bu nedenle kasten işlenen zarar suçlarında rızanın içeriğini hareket ve bu harekete bağlı olarak ortaya çıkması beklenen netice belirler[449].

Kasten işlenen tehlike suçları açısından ise rıza, tehlikeli harekete yönelik olmalıdır[450]. Sonuç olarak kasten işlenen suçlarda zararlı veya tehlikeli neticeye yönelmeyen rıza hukuken geçerli değildir. Örneğin, mala zarar verme suçu açısından, kişi rıza gösterdiği fiil neticesinde malına zarar verileceğini bilir. Kendisine, yaşadığı toplumda geçerli olan ortalama örf ve adet kurallarına göre onur, şeref ve saygınlığı rencide edecek nitelikte söz veya fiiller isnad edilmesine rıza gösteren kişinin de fiili bilmesi yeterlidir.

3. Taksirle İşlenen Suçlar

Taksirle işlenen suçlara rıza göstermenin mümkün olup olmadığı ve bu suçlar açısından rıza gösterilebileceğinin kabul edilmesi halinde rızanın içeriğinin ne olduğu tartışmalıdır[451].

Alman ceza hukuku öğretisinde savunulan bir görüşe göre, kasten işlenen suçlarda olduğu gibi taksirli suçlara da rıza gösterilebilir[452]. Ancak taksirle işlenen

---

[448] RÖNNAU, in LK Vor § 32 kn. 164.

[449] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, III, 3; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 106; ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 78.

[450] "*Rıza zararlı veya tehlikeli neticeye yönelik olmalı*". MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 54.

[451] HINTERHOFER, s. 51; TCK'da mala zarar verme, hırsızlık, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, hakaret gibi suçların taksirli şekilleri suç olarak düzenlenmemiştir. Rıza ile gerçekleştirilen taksirli hareketler neticesinde mala zarar verilmesi, tazminat hukuku açısından önemli olsa bile ceza hukuku açısından önemsizdir. Bu nedenle bazı monografik çalışmalarda verilen taksirle işlenen mala zarar verme veya hırsızlığa ilişkin örneklere burada yer vermeye gerek görmüyoruz. Bu örnekler için bkz: NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 120; WEISSENBERGER, s. 61.

[452] SCHÖNKE/SCHRÖDER/ LENCKNER, Vorbem § 32, kn. 92 vd; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 106; DACH, Ralf Peter, Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, Manheim 1979, s. 7 vd, 15 vd; HANSEN, Georg, Die Einwilligung des Verletzten bei Fafrlässigkeitstaten, Bonn 1963, s 115; HAUPT, Stefanie, Die Körperverletzung des Gegners im Kampfsport und die strafrechtliche Einwilligungsproblematik, Diss. Bremen 2005, s. 201; STERNBERG- LIEBEN, s. 215; ROXIN, Einwilligung, s. 39; Kasten işlenen suçlarda olduğu gibi taksirli suçlar açısından da rızanın geçerli olduğu yönündeki görüş Türk ceza hukukunda ÖZTÜRK/ ERDEM tarafından savunulur. Bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, Öztürk Ceza Hukuku, s. 217, kn. 278.

suçlarda rıza gösteren kişinin failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketinin ve bu hareketin kendi menfaatleri açısından oluşturduğu risklerin farkında olması gerektiği kabul edilmektedir. Bazı yazarlar rızanın yalnızca dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilen taksirli hareketi değil, aynı zamanda meydana gelen neticeyi de kapsaması gerektiğini savunur. Bu açıdan rıza gösteren kişi ile potansiyel olarak ihlal edilme riski bulunan hukuksal değer arasındaki psikolojik bağ, "muhtemel kast" ile hareket eden fail ile fiil arasındaki bağ ile karşılaştırılır[453]. Buna göre, hukuksal değer sahibi failin özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdiği hareketin taşıdığı tehlikeyi biliyor ve buna rağmen rıza gösteriyorsa, tehlikeli harekete bağlı olarak ortaya çıkan neticeye de rıza göstermiştir[454].

Hatta bazı yazarlar, taksirli suçların kasten işlenen suçlara oranla daha az önemli ve tehlikeli olmalarından hareketle, rızanın konusunun taksirli suçlar açısından daha geniş tutulabileceğini iddia eder. Bu yazarlara göre, riskli davranışa gösterilen rıza, failin sebep olduğu taksirli neticeden cezalandırılmaması için yeterli olduğundan, bir spor müsabakasına katılan sporcunun, kurallara uygun olarak gerçekleştirilmiş hareketlere bağlı olarak ortaya çıkabilecek ve kasıtlı kural ihlallerinden kaynaklanmayan her türlü yaralanmaya rıza gösterdiği kabul edilmelidir[455].

Taksirli suçlara rıza gösterilmesine ilişkin üzerinde en çok tartışılan örnekler şu şekildedir:

Örnek 1: Otostop yaparak yolculuk eden (A), sarhoş olduğunu, yani dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmeden araç kullandığını fark ettiği, kamyon şoförü

[453] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 52, s. 96 vd.; STERNBERG- LIEBEN, s. 214; WEISSENBERGER, s. 61.
[454] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem§§32, kn. 102.
[455] WEISSENBERGER, s. 62.

(Ş)'nin aracına kendi rızasıyla biner. Ancak (A), (Ş)'nin dikkatsiz davranışları neticesinde neden olduğu kaza sonucunda yaralanır[456].

Örnek 2: (B), AIDS taşıyıcısı olduğunu bildiği sevgilisi (P) ile kendi isteğiyle korunmadan cinsel ilişkiye girer. Bu cinsel ilişki sonucu (B) HIV virüsü kapar[457].

Örnek 3: (C), eroin bağımlısı erkek arkadaşı (E)'ye olan aşkını kanıtlamak için, (E)'den kendisine de eroin enjekte etmesini ister. İlk defa uyuşturucu kullanan (C), dolaşım sisteminin zayıf olması nedeniyle vücudunun uyguşturucuya verdiği aşırı tepki nedeniyle ölür[458].

Ancak bu örnekler rızanın, kişinin yalnızca üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hukuksal değere ilişkin olması şartına ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olması gereğine aykırı olduğu için problemlidir. Öğretide dikkatsiz ve özensiz davranışlara rıza gösterilmesinin, neticeye de rıza gösterildiği şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin görüşler şüpheyle karşılanmaktadır[459].

Öncelikle rıza kapsamında çözümlenmeye çalışılan taksirli suçlara ilişkin olarak verilen örneklere bakıldığında, bu suç tiplerinde koruma altına alınan hukuksal değerlerin kişinin üzerinde tasarruf edebileceği hukuksal değerlerden olup olmadığı sorunuyla karşılaşılır. Yukarıda verilen örneklerde, kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf edemeyeceği ve bu nedenle de rızanın konusu olamayacağı gözden kaçırılmaktadır. Aynı şekilde kişi kendi bedeni üzerinde de örneklerde olduğu gibi, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmasına neden olacak bir fiile rıza gösterecek şekilde tasarruf edemeyeceğinden, rıza elverişsiz bir konuya yöneliktir[460].

---

[456] Örnek için bkz. GEPPERT, in ZStW 83 (1971), s. 947; Ayrıca bkz. ZIPF, Einwilligung, s. 75; BGHSt 6, s. 232, 234; BGH MDR 1959, s. 856.
[457] Örnek için bkz. HELGERT, Roland, Aids- Einwilligung in infektiösen Gesclechtsverkehr, in NStZ 1988, s. 262; Benzer örnekler için ayrıca bkz. ÖZBEK, Veli Özer/ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı, Ankara 2006, s. 111.
[458] Örnek için bkz. HELLMANN, Uwe, Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, in Festschrift für Claus ROXIN 2001, s. 273; ROXIN, Strafrecht AT I, § 11, kn. 108.
[459] GÖBEL, s. 26 vd.; ZIPF, Einwilligung, s. 75.
[460] ZIPF, Einwilligung, s. 75.

Rızanın konusunun kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hukuksal değere ilişkin olması gerektiği kuralı taksirli suçlar açısından da geçerlidir.

Öte yandan kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışa rıza göstermiş olsa bile, bu davranışa bağlı olarak nasıl bir neticenin meydana geleceği de belli değildir. Tehlikeli harekete rıza gösteren kişinin, gerçekleşen neticelerden hangisine rıza gösterdiğini tespit etmek de ayrı bir sorundur. Tehlikeli hareket neticesinde ağır yaralanma veya ölüm gerçekleşmişse, bu tür neticeler açısından rızanın önemsiz olması bir yana, kişi bunları öngörmemiş ve kabullenmemişse rızanın varlığından söz etmek mümkün de değildir. Kişinin neye rıza gösterdiğini bilmeksizin yalnızca tehlikeli bir harekete rıza gösterdi diye, neticeye de rıza göstermiş olduğunu varsaymak, rızanın kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayandığı gerçeğiyle çelişir.

Örneğin, trafiğe katılan her birey az veya çok herkes tarafından bazı trafik kurallarının ihlal edilebileceğini bilir. Buna rağmen trafiğe katılır, kişinin bu ihtimali bilmesi, trafiğe katılan diğer kişilerin dikkatsiz ve özensiz davranışlarına bağlı olarak ortaya çıkan neticelere de rıza gösterdiği anlamına gelmez[461]. Tehlikeli bir hareketin gerçekleştirilmesine rıza gösterilmesi, genel bir rıza varsayımından hareket edilerek peşinen bu hareket neticesinde ortaya çıkacak zararlı neticeye de rıza gösterildiği şeklinde yorumlanamaz. Zira, kişi hareketin tehlikeli olduğunu bilse bile, her şeyin yolunda gideceğine ve zararlı neticenin gerçekleşmeyeceğine inanır[462].

Kişinin kendi hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen fiilin tehlikesinin farkında olması, aynı zamanda tehlikenin gerçekleşmesini de kabullendiği, olursa da olsun dediği şeklinde yorumlanmamalı, genel bir rıza varsayımından hareket edilmemelidir. Bunun yerine kişinin neticeyi öngörüp öngörmediği ve eğer gerçekleşeceğini öngörmüşse de bunu ayrıca kabullenip kabullenmediği, bir anlamda seçip seçmediği belirlenmelidir. Eğer tehlikeli harekete bağlı olarak gerçekleşeceği

[461] ZIPF, Einwilligung, s. 76.
[462] Bkz. FIEDLER, Ralf Peter, Zur Strafbarkeit der Einverständlichen Fremdgefährdung, 1990, s. 6; HOLER, s. 79; VÖGELI, s. 171, 184; GÖBEL, s. 25.

öngörülen netice kabullenilmişse, kişinin bu neticeye de rıza göstermiş olduğu kabul edilebilir[463].

Sonuç olarak taksirli suçlar açısından, öncelikle kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hukuksal değere ilişkin olan ve ancak hukuksal değer sahibi tarafından failin tehlikeli hareketine bağlı olarak gerçekleşeceği öngörülen ve açıkça kabullenilen netice rızanın konusu olabilir.

4. Neticeli Suçlar

Suçun tamamlanabilmesi için hareketin belirli bir dışsal etki meydana getirmesinin arandığı suç tiplerine "*neticeli*"[464] veya "*maddi veya sonuç*" suçları[465] denir. Bu suç tiplerinde, bir hareket ve bu hareketin doğal bir neticesi suç olarak düzenlenir. Örneğin, yaralama (TCK m. 86), mala zarar verme (TCK m. 151), dolandırıcılık (TCK m. 157) gibi suçlar, bir insan davranışı ve bu davranışın doğal sonucundan meydana gelir.

Neticeli suçlarda, suç tipinin gerçekleştirilmesi için, hareketin yapılmış olması yeterli değildir. Ayrıca suç tipinde öngörülen neticenin de ortaya çıkmış olması gerekir. Bu nedenle neticeli suçlara ilişkin olarak gösterilecek rızanın mutlak surette tipik neticeye yönelik olması gerektiği kabul edilmektedir. Yalnızca harekete rıza gösterilmesi buna karşın, neticenin istenmemesi bu suçlar açısından rızanın hukuki sonuçlarının doğması için yeterli görülmez[466].

Ancak rızanın mutlak surette tipik neticeye yönelik olması, hareketin önemli olmadığı anlamına gelmez. Rızayı yalnızca tipik netice ile sınırlamak doğru olmadığı gibi böyle bir sınırlama rızanın doğası gereği mümkün de değildir. Rızanın temel özelliği iradi olmasıdır, yani kişi neye rıza gösterdiğini çok iyi bilmelidir. Öte yandan rızanın özelleştirilmesi, örneğin belirli bir olaya, belirli bir yere, belirli bir zamana

[463] ZIPF, Einwilligung, s. 75.
[464] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I, s. 433.
[465] TOROSLU, Genel Kısım, s. 123.
[466] HINTERHOFER, s. 53.

veya belirli bir kişiye ilişkin olarak şarta bağlanması da mümkündür[467]. Kişi hukuksal bir değerinin ihlaline izin verirken fiilin nasıl, ne şekilde, nerede, ne zaman ve kim tarafından gerçekleştirileceğini belirleyebilir. Bu gibi durumlarda, rızanın içeriği hem yapılmasına izin verilen hareket, hem de neticedir. Rızanın bu şekilde özelleştiği, örneğin kişinin belirli bir hakkının ihlaline ancak belirli bir hareketin yapılması sureti ile izin verdiği durumlarda, rızanın kapsamına girmeyen yani rıza gösteren kişinin iradesinin dışında gerçekleştirilen hareketler ve gerçekleşen neticeler hukuka aykırı olur[468].

Örneğin, A, B'den bahçesindeki kiraz ağacının dallarını kesmesini ister. Buna karşın B, kiraz ağacını kökünden keser. Aynı şekilde A, yalnızca üst dudağının biraz daha dolgun görünmesini ister. Ancak estetik cerrah olan C, A'nın alt dudağına da dolgu maddesi enjekte eder veya bu işlemi hastanın rıza göstermediği yardımcısına yaptırır. Kişinin rızasının kapsamını aşarak gerçekleştirilen bu fiiller failin cezai sorumluluğunu gerektirir.

Sonuç olarak neticeli suçlar açısından rıza öncelikle neticeye yönelik olmalıdır. Ancak rıza gösteren kişinin neticeye yalnızca belirli bir hareketin gerçekleştirilmesi veya belirli bir metodun izlenmesi suretiyle ulaşılmasını istediği hallerde, rıza hareketi de kapsayacaktır. Hukuksal değer sahibinin hareketin icrasına veya fiile ilişkin başka bir şart öngörmediği hallerde ise rızanın yalnızca neticeye yönelik olması yeterlidir[469].

5. Sırf Hareket Suçları

Sırf davranış suçları veya şekli suçlar[470] olarak da adlandırılan suç tiplerinde, suçun tamamlanması için, suç tipinde öngörülen hareketin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Suç tipinin gerçekleştirilmesi için, dış dünyada zararlı bir neticenin ortaya

[467] ZIPF, Einwilligung, s. 26.
[468] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§32, kn. 34; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, III, 3.
[469] HINTERHOFER, s. 57.
[470] TOROSLU, Genel Kısım, s. 123; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I, s. 433.

çıkması gerekmez. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116) ve hakaret (TCK m. 125) bu tür suçlardandır.

Sırf hareket suçlarında, suçun tamamlanması için herhangi bir netice öngörülmediği için, rızanın içeriğini suç tipinde öngörülen hareket belirler[471]. Örneğin hakaret suçu açısından, kişinin kendisine bir fiil isnad edilmesine rıza göstermesi yeterlidir.

II. Rıza Gösterme Yeteneğinin Bulunması

A. Rıza Ehliyeti

1. Genel Olarak

Rıza, ancak rıza ehliyetine sahip olan biri tarafından gösterilmelidir. Ancak rıza ehliyetinin ne olduğu, kimlerin bu ehliyete sahip olduğu ve rıza ehliyetinin şartlarının neler olduğu tartışmalıdır.

Öncelikle kanunun rıza ehliyetine ilişkin özel bir düzenleme yaptığı hallerde, rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin bir sorun bulunmadığını belirtmek gerekir. Kanun hukuksal değer sahibinin yaşını özel olarak düzenlemişse, bu yaştan küçük olanların rıza ehliyetlerinin olmadığı, başka bir hususa bakılmaksızın kabul edilmektedir. Örneğin, Kanun Koyucu cinsel özgürlük bakımından kişinin rıza ehliyetine ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir. TCK m. 103/1-a ve TCK m. 104'de yer alan düzenlemelere göre, onbeş yaşından küçüklerin cinsel özgürlüklerine ilişkin rıza ehliyetleri yoktur. Onbeş onsekiz yaş arasındaki çocukların ise, cinsel ilişki konsunda rıza ehliyetleri geçerli değildir.

Kanunun açıkça düzenleme yapmadığı hallerde ise, rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı belirlemek öğreti ve uygulamaya düşen bir görevdir.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızaya değil, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızaya ilişkin olmasına rağmen, burada rıza ehliyeti açısından önemli bir hususa

[471] HINTERHOFER, s. 58.

dikkat çekmek gerekmektedir. Uygulamada, kanunun rıza ehliyetine ilişkin özel bir yaş sınırı öngörmediği hallerde dahi, rıza ehliyetine ilişkin özel düzenleme öngören kanun maddelerinin kıyasen uygulanması suretiyle rıza ehliyetine ilişkin bir yaş sınırı getirilmeye çalışıldığı görülmektedir[472]. Yargıtay, TCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rıza ehliyetine ilişkin açık bir düzenleme olmamasına rağmen, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlarla işlenmesi halinde on beş yaşından küçüklerin rıza ehliyetlerinin olmadığını[473], ancak on beş yaşından büyük çocukların rıza gösterme ehliyetlerinin olduğunu kabul etmektedir[474]. Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın verdiği bu kararlar rıza ehliyetinin

---

[472] 15 yaşından büyük çocukların davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olduğu kabul edilerek, 15- 18 yaş arasındaki davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip çocukların hareket özgürlüğüne ilişkin hukuksal değeri üzerinde tasarruf edebilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 336; 15 yaşından büyüklerin ayırt etme yeteneklerinin olup olmadığının somut olayda araştırılmayıp, peşinen bunun var olduğunun kabul edilmesinin yanlışlığına ilişkin eleştiriler için bkz.: ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlık, s. 328; Belirli bir yaş zikretmemekle birlikte, fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğine sahip çocukların kişi hürriyetine karşı işlenen suçlar açısından rıza ehliyetlerinin bulunduğunu, bu yeteneğe sahip olmayan çocukların ise rıza ehliyetlerinin olmadığını kabul eden görüş için ayrıca bkz.: ŞEN, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, s.87.

[473] *"... çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmekte, birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızasının hukuken değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır."* YCGK, E. 2008/5-56, K. 2008/156- 211273; Ayrıca bkz.: 5. CD- 12.02.2007-12863/842, "*15 yaşından küçük mağdurenin rızasının eylemi hukuka uygun hale getirmenindiği gözetilerek sanık Murat'ın mağdureyi kişi hürriyetinden yoksun kıldığı…"*. Aktaran: BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bazı, Ankara 2008, s. 604, 605

[474] Y 5. CD.- 14.05.2007- 4121/3581, "*...18 yaşı içindeki mağdureyi rızasıyla kaçırıp alıkoyan sanığın aynı yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rıza fiili hukuka uygun hale getireceğinden suç oluşmayacağı…";* Y 5. CD.- 25.01.2007-2006/13922-2007/207, "*…16 yaşında olan mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoyan sanığın aynı yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği…"* BAKICI, s. 604, 605; YCGK'da 11.3.2008 tarihinde verdiği kararda, kişinin kendi isteğiyle ve iradesiyle sebestce hareket edebilme özgürlüğünün, kişi hürriyetinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğuna işaret etmektedir. YCGK, ayırt etme gücüne sahip çocukların doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip olduklarına ilişkin 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yaparak, onbeş yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızasının, çocuğun cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılınması suçunu hukuka uygun hale getireceğine karar vermiştir: "*hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük)mağdure Fatma'yı rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY'nin 109/1- 3/ f-5. Maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasa'nın 26/2. Maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkartarak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Daire'nin kararı isabetli olup, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.",* YCGK, E. 2007/5- 253, K. 2008/ 52; Ayrıca bkz. Y 5. CD 10.7.2008- 5766/7583, *" 18 yaşı içindeki mağdurenin rızası ile kaçırılıp alıkonulması halinde, rıza fiili hukuka uygun hale getirir. Bu durumda kaçırıp alıkoyma suçundan beraat kararı verilmesi gerekir."* www.kazanci.com (siteye giriş tarihi: 22.10.2009).

belirlenmesi açısından isabetli değildir.

765 sayılı TCK, on beş yaşından küçüklerin rızasına 182. maddesinde yer alan özel düzenleme nedeniyle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından değer vermiyordu. 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendinde ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi, faildeki ahlaki kötülüğün çokluğu ve fiilin icrasındaki kolaylık nedeniyle[475] cezayı artıran genel bir nitelikli unsur sayılmıştır. Bununla birlikte burada düzenlenen suçun temel şeklinin, yani "*kişinin bir yerde kalma veya bir yere gitme hürriyetinin engellenmesinin*", çocuğa veya beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan kişiye karşı işlenmesinin daha ağır bir yaptırıma bağlanmasıdır. Bu düzenlemeden çocukların veya beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olanların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rıza ehliyetlerinin olmadığı veya bu suça rıza göstermeyecekleri sonucu çıkmaz. Aksi halde, onsekiz yaşından küçük çocukların günlük hayat koşulları içinde hareket özgürlüklerinin bulunduğu görüşüşünü reddetmek, onsekiz yaşından büyük olmasına rağmen, bedensel engeli nedeniyle kendini savunamayacak durumda olan kişilerin de rıza ehliyetinin olmadığını kabul etmek gerekir.

Yargıtay'ın kararlarında esas aldığı bir diğer fıkra ise TCK'nın 109. maddesinin 5. fıkrasıdır. Bu fıkraya göre suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde suçun basit şekline göre verilen ceza ağırlaştırılır. Ancak suçun basit şekli yine değişmemekte, "kişinin serbestçe hareket edebilme özgürlüğüne, iradesine karşı gerçekleştirilme şartı" mevcudiyetini korumaktadır.

Bu nedenle Yargıtay'ın verdiği kararlarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin kanunda düzenlenmemiş bir yaş sınırı getirmesi ve bunu yerleşik bir içtihada dönüştürmesi kanaatimizce yorum sınırlarını zorlamaktadır. TCK'nın 103. maddesinde çocukların cinsel istismarı suçu için kabul ettiği ehliyete ilişkin düzenlemeler yalnızca bu suç tipi için geçerlidir. Rıza ehliyetine ilişkin TCK m. 103'de getirilen özel düzenlemeyi, kişiyi hürriyetinden

[475] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 329.

yoksun kılma suçu açısından kıyasen uygulamayı gerektiren yasal bir neden bulunmamaktadır.

Kanuni temsilcinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, çocuğun rızasıyla da olsa ailesini ve yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişiyi cezalandıran TCK m. 234/3 ise, esas itibariyle kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hukuksal değeri (velayet hakkını) koruduğundan, çocuğun evi terk etmek konusunda göstereceği rızanın geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir[476]. Ancak korunan hukuksal değerler, bu nedenle de rıza göstermeye elverişli olup olmama ve rıza ehliyeti açısından birbirinden tamamen farklı olan TCK m. 109, TCK m. 234 ve TCK m. 102 vd.'da düzenlenen cinsel saldırı suçları birbirine karıştırılmamalıdır. Bir suç tipi için öngörülen rıza ehliyetine ilişkin düzenleme bir başka suç tipine kıyas yoluyla uygulanmamalı ve somut olayda kişinin rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi yerine 15 yaşından büyüklerde bu yeteneğin bulunduğu peşinen kabul edilmemelidir.

2. Rıza Ehliyetinin Belirlenmesine İlişkin Görüşler

a. Hukuki İşlem Ehliyetine İlişkin Kuralların Doğrudan Uygulanması

aa. Genel Olarak

Rızanın hukuki niteliğini hukuki bir işlem olarak açıklayan teoriye göre, rıza ehliyeti de hukuki işlem ehliyetine ilişkin kurallara göre belirlenir[477].

Kişinin kendi fiiliyle hak edinebilme ve borç altına girebilme ehliyetine, hukuki işlem veya fiil ehliyeti denir[478]. Kural olarak temyiz kudretine yani ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Medeni kanunda olumsuz bir düzenleme ile yaşının küçüklüğü veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı,

[476] Ünver, bu suç tipiyle reşit oluncaya kadar çocuğun özgürlüğünün kendi tasarruflarına karşı da korunmasının garanti altına alındığını kabul etmektedir. ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlık, s. 327.
[477] ZITELMANN, AcP 99, s. 56- 57; ROSENER, s. 119, 131 vd.
[478] ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 24. Bazı, Ankara 2006, s. 239; AKINTÜRK, Turgut, Medeni Hukuk, 12. Bazı, İstanbul 2006, s. 122.

sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne yani temyiz kudretine sahip olduğu belirtilmiştir (MK m. 13). Ayırt etme gücünden kişinin akla uygun olarak davranma yeteneği anlaşılır. Buna göre, akla uygun davranabilen ve kısıtlı olmayan on sekiz yaşını bitirmiş her birey aynı zamanda rıza ehliyetine de sahiptir[479].

Tersi bir çıkarsama ile akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olanların, kısıtlıların ve on sekiz yaşından küçüklerin rıza ehliyetleri yoktur. Bu durumda özel hukuk alanında geçerli hukuki işlem yapamayanların, hukuksal değerlerinin ihlaline ilişkin olarak ortaya koydukları irade, ceza hukuku alanında geçersiz olacaktır[480].

Rıza ehliyetini, hukuki işlem ehliyeti ile aynı gören bu anlayış, daha sonra terk edilmiş olsa da Alman İmparatorluk Mahkemesinin tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu tartıştığı eski bazı kararlarında da benimsenmiştir[481].

bb. Eleştiriler

Rıza ehliyetinin hukuki işlem ehliyetine göre belirlenmesi düşüncesi öğretide ve uygulamada eleştirilmiştir. Eleştiriler rızanın hukuki esasını hukuki işlem olarak açıklayan teoriye getirilen eleştirilerle büyük ölçüde örtüşmektedir. Tekrara düşmemek için bu eleştirileri kısaca özetlemeye çalışacağız.

İlk olarak hukuki işlem yapabilme ehliyetine sahip olmayanların rıza ehliyetlerinin olmadığı görüşünün tutarlı olmadığı belirtilmiştir. Hukuki işlem yapabilme ehliyetine sahip olanların, yani ayırt etme yeteneğine sahip, onsekiz yaşından büyük ve kısıtlı olmayanların, aynı zamanda rıza ehliyetine de sahip oldukları kabul edilmelidir. Ancak onsekiz yaşından küçüklerin rıza ehliyetlerinin olmadığını söylemek doğru değildir. Kişi hukuki işlem ehliyetine sahip olmasa bile rıza ehliyetine sahip olabilir[482].

---

[479] NEYEN, s. 5.
[480] Bkz. ROSENER, s. 23.
[481] RGSt 25, s. 375-381; RGSt 38, s. 34-35.
[482] HIRSCH, in LK Vor § 32 kn. 118; AMELUNG, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit I, ZStW 104 (1992), s. 529; Aynı yazarın aynı yöndeki görüşleri için ayrıca bakınız: AMELUNG, Knut, Die

Rıza ehliyetinin hukuki işlem ehliyeti ile aynı olduğu değerlendirmesine, norm teorisi açısından da karşı çıkılır[483]. Buna göre, hukuki işlem ehliyeti ve rıza ehliyetinin bağlantılı olduğu normlar yapısal olarak birbirinden farklıdır. Bütün hukuk normlarının bir emir içerdiği (Imperativentheorie) görüşü doğru değildir. Örneğin vekâlete ilişkin normlar, kişiye birisine vekâlet etme hakkı tanır, ancak bu hakkın vekâlet etme ödevi, vekâlet etme emri olmadığı açıktır. Yani bu normlar bir hak tanır ama bir ödev yüklemez. Diğer bir örnek hukuki işlem ehliyetine ilişkin kurallardır, bu kurallar emir veya yasak içermezler. Vekâlet veya hukuki işlem ehliyetine ilişkin kurallarda olduğu gibi, yeni bir davranış biçimi ortaya koyan veya var olan bir davranış biçimini yeniden düzenleyen normlara kurucu (konstitutive) normlar denir. Bu normlar muhatabına belirli bir şekilde davranma ödevi yüklemezler, yalnızca norma uygun bir davranış biçiminin nasıl olması gerektiğini tarif ederler[484]. Kurucu normlara aykırı hareket eden kişi bir yasağı çiğnemiş olmaz, ancak kurallara uygun hareket etmediği için normun öngördüğü hukuki neticeden mahrum kalır. Nitekim hukuki bir işlemi kurallara uygun olarak yapmayan kişi, o hukuki işlemden beklediği hukuki sonuca ulaşamaz. Bu normlar, yalnızca hukuki ilişkileri düzenlemekle kalmaz, aynı zamanda istenen hukuki sonuçların ortaya çıkmasına da imkân tanırlar. Sonuç olarak hukuki işlem ehliyetine ilişkin normlar, kişinin hukuk dünyasına doğru bir şekilde katılmasını sağlayan kurallarla bağlantılı oldukları için "kurucu" (konstituve) normlardandır[485].

Buna karşın rıza ehliyetinin ilişkin olduğu ceza hukuku normları, kurucu olmaktan çok düzenleyici nitelik taşırlar. Düzenleyici (regulative) normlar, muhatabına belirli bir biçimde davranmayı veya davranmamayı emreder. Normun öngördüğü biçimde hareket etmeyenler, normu ihlal etmiş olurlar. Düzenleyici (regulative) normların en önemli özelliği, kişilerin hukuksal değerlerinin sınırını belirlemeleridir. Ceza hukuku normları, bireyin maddi ve manevi değerlerini

---

Einwilligungsfähigkeit in Deutschland, in Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, Christian Kopetzki (Hrsg.), Wien 2002, s. 24 (26); AMELUNG/EYMANN, JuS 2001, s. 941.

[483] Eleştiri için bakınız: NEYEN, s. 8; AMELUNG, Knut, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungproblem, ZStW 109 (1997), s. 494.

[484] NEYEN, s. 9; ODENWALD, s. 22; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 497.

[485] NEYEN, s. 9; AMELUNG, Knut, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, Berlin 1998, s. 14; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 494, 485.

korumak amacıyla, insan davranışlarını belirleyen ve sınırlayan hukuk kurallarıdır. Bu nitelikleriyle ceza hukukuna ilişkin emir ve yasak normları, kişilerin hukuksal değerleri arasındaki sınırları belirleyen düzenleyici normlardır. Rıza da, bir fiilin ceza yaptırımıyla karşılaşmadan gerçekleştirilmesi neticesini doğurduğu için ceza normlarına yani düzenleyici (regulative) normlara ilişkindir[486].

Hukuki işlem ehliyeti ölçütünün eleştirilen bir başka zayıf noktası da rızanın hukuki bir işlem olması halinde fail ve rıza gösteren kişi arasında hukuki bir ilişkinin bulunması gereğidir. Hukuki işlem taraflara karşılıklı olarak haklar ve yükümlülükler yükler. Buna göre, rıza eğer faile ceza kanunlarında suç olarak tarif edilen fiili gerçekleştirmek hususunda bir hak veriyorsa, rıza gösteren kişiye de bu fiile katlanma ödevi yüklemelidir[487]. Bu durumda, rıza ehliyeti failin fiiline katlanma borcu, yükümlülüğü altına girme yeterliliği ile aynı değerdedir. Diğer bir ifadeyle rıza ehliyeti kişinin suça katlanma ehliyetine dönüşecektir. Ancak normal hukuki bir işlemden farklı olarak, rıza gösteren kişinin hukuken korunan değerlerinin ihlaline katlanma borcu yoktur. Öte yandan, kişi verdiği rızayı her zaman geri de alabilir[488].

Rıza ehliyeti ile hukuki işlem ehliyetini bir kabul ettiğimizde, mahkeme kararıyla veya evlilik neticesinde hukuki işlem ehliyeti kazanmış olan on altı yaşında bir kişinin rıza ehliyetinin olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak aynı yaşta olan bir başka çocuğun, kazai ehliyet kazanmadığı sürece rıza ehliyeti bu anlayışa göre reddedilecektir. Ancak bu durumun ne mantıki ne de hukuki bir açıklaması yoktur.

Fiil ehliyeti ile rıza ehliyetinin aynı olmadığı öğretide[489] olduğu gibi uygulamada da kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesinin hem ceza hem de hukuk işlerine ilişkin verdiği bütün kararlarda artık, fiil ehliyeti ölçütünün kullnılamayacağı belirtilmektedir[490]. Kişinin hukuki işlem yapabilme ehliyetinin olup

---

[486] NEYEN, s. 9; AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 15; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 494, 495.
[487] KLEE, Karl, " Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden", Teil I, in GA 48 (1901), s. 197.
[488] GEERDS, s. 47; AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 16.
[489] ROSENER, s. 119, 138; VOLL, s. 62 vd. ; KLEE, Karl, " Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden", Theil II, GA 48 (1901), s. 337, 343, 344.
[490] BGHZ 29, s. 33- 36; BGHSt 4, s. 88 (s. 90- 91).

olmadığına bakılmaksızın, her somut olayda, olayın kendi özelliklerine göre bir değerlendirme yapılarak, rıza göstermesi beklenen kişinin bunu yapmaya ehliyetli olup olmadığına karar verilir[491]. Söz konusu yargı kararlarında *ruhsal ve ahlaki gelişimi itibariyle rıza gösterdiği fiilin niteliğini, anlamını ve sonuçlarını ve rızasını değerlendirebilecek olgunlukta olan*[492] kişinin rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmektedir.

Türk ceza hukuku öğreti[493] ve uygulamasında[494] da rıza ehliyetinin belirlenmesinde, hukuki işlem ehliyetinin esas alınamayacağı görüşü hakimdir.

b. Hukuki İşlem Ehliyetine İlişkin Kurallarının Kıyasen Uygulanması

Hukuki işlem ehliyetine ilişkin kuralların, rıza ehliyetinin belirlenmesinde kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olup olmadığı da tartışılmıştır[495]. Rıza ehliyetinin belirlenmesinde hukuki işlem ehliyetine ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı sorusu, malvarlığına ilişkin haklar ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından farklı cevaplanmıştır. Malvarlığına ilişkin haklar açısından hukuki işlem ehliyetinin esas olduğu ve rıza gösteren kişinin hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerektiği kabul edilmiş, buna karşın diğer haklar açısından rıza ehliyetinin var olup olmadığının somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir[496].

---

[491] NEYEN, s. 7.
[492] BGHZ 29, s. 33 (36); BGH NJW 1964, s. 1177, 1178.
[493] TOROSLU, Genel Kısım, s. 166; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 252; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 182; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 256; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn.747; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 319; ARTUK/GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I (2007), s. 544.
[494] Yargıtay'ın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından 15 yaşından büyüklerin rıza gösterme ehliyetlerinin olduğunu kabul ettiği bazı kararlar için bkz.: Y 5. CD, E. 2004/3100, K. 2006/1217, T. 28.2.1006; Y 5. CD E. 2006/3632, K. 2006/3411, T. 24.4.2006; Y 5. CD E. 2004/8765, K. 2005/22305, T. 22.11.2005, http://www.kazanci.com (siteye giriş tarihi: 28.04.2010)
[495] ODENWALD, s. 30; NEYEN, s. 10.
[496] LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 446, 456 vd; NEYEN, s. 10; ODENWALD, s. 32; HOLER, s. 107 SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, Vorbem §§ 32, kn. 39 vd.

aa. Malvarlığına İlişkin Hukuksal Değerler

Öğretide hukuki işlem ehliyetinin malvarlığına ilişkin hukuksal değerlere karşı gerçekleştirilen saldırılara ilişkin olmak kaydıyla, rıza ehliyetinin belirlenmesinde esas alınabileceği görüşü, hukuki işlem teorisini reddedenler arasında da kendisine taraftar bulmuştur[497]. Bu görüşe göre, kişinin kendi malvarlığı üzerinde tasarruf edebilmesinin ilk şartı, hukuki işlem ehliyetine sahip olmasıdır. Medeni Kanun'a göre ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlı olmayan her ergin birey, kendi malvarlığı üzerinde hukuki tasarruflarda bulunma ehliyetine sahiptir. Hukuk düzeni bir bütün olduğuna göre, kişinin malvarlığına yönelik bir fiile rıza gösterebilmesi için hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerekir[498].

Bir örnek vermek gerekirse, 16 yaşındaki A, yıllardır oynamadığı elektrikli treni, arkadaşı B'ye önce ödünç verir, ancak daha sonra oldukça pahalı olan bu treni ana babasının izni olmaksızın B'ye hediye eder[499]. Bu örneği Türk hukuku açısından değerlendirdiğimizde, A Medeni Kanunun 12. maddesi gereğince ergin kılınmamış ise ana babasının izni olmadan borç altına giremez (MK m.16). Bu durumda 16 yaşında ve temyiz kudretine sahip A'nın ana- babası onay vermediği sürece tren üzerindeki mülkiyet hakkı B'ye geçmez. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, bir malın mülkiyetinin devredilmesi ile bulunduğu yerden alınmasının (TCK m. 141) aynı anlama gelmediğidir. Hukuki işlem ehliyetine sahip olmayan bir kişi, malın mülkiyetinin karşı tarafa geçmesini sağlayan hukuki bir işlem yapamaz. "*Hukuki işlem ehliyeti olmadan yapılan hukuki işlem geçersizdir*"[500].

---

[497] LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 446, 456 vd.

[498] LENCKNER, ZStW 72(1960), s. 456; ODENWALD, s.32; Soyaslan'da malvarlığı üzerinde yapılan tasarrufların özel hukuk işlemi olduğunu, bu nedenle rıza ehliyeti açısından özel hukukta geçerli olan hukuki ehliyet yaşı olan onsekiz yaşının ceza hukuku açısından da aranması gerektiğini kabul eder. Bu nedenle yazara göre, onsekiz yaşından küçüklerin rızası hırsızlık suçu açısından geçersizdir. Bkz. SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 367; Karşı görüş için Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 252.

[499] Örnek için bkz. AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 528.

[500] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 528.

bb. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hukuksal Değerler

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerler veya kişilik hakları kavramı mal varlığına ilişkin hukuksal değerlerin karşıtı olarak kullanılır. Kişinin kişi olmasından dolayı sahip olduğu, kişiliğine bağlı devredilmez ve vazgeçilmez hakları olduğu anlayışı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar veya kişilik hakları kavramının doğmasına neden olmuştur. Kişinin yaşamına, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığına, hürriyetine, özel hayatına ve şeref değerlerine ilişkin hakları kişilik haklarını oluşturur[501].

Rıza ehliyetinin belirlenmesinde hukuki işlem ehliyetine ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanabileceğini savunan görüş, malvarlığına ilişkin haklar açısından kıyası mümkün görürken, kişilik hakları açısından reddeder. Hukuki işlem ehliyetinin kişilik haklarınına ilişkin rıza açısından uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Kişilik haklarına ilişkin olarak açıklanacak rızaya ehliyet, kişinin ayırt etme yeteneğine sahip olup olmamasına göre her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilmelidir[502].

cc. Eleştiriler

Hukuki işlem ehliyetine ilişkin kuralların rıza ehliyetinin belirlenmesinde, malvarlığına ilişkin hukuksal değerlere rıza gösterilmesi halinde kıyas yoluyla uygulanabileceğine ilişkin görüşlerin kabul edilmesi halinde, 16 yaşındaki bir çocuk vücut bütünlüğünü veya şerefini ihlal eden bir fiilin gerçekleştirilmesine rıza gösterebilecekken, malvarlığına ilişkin hukuksal değerlerinin ihlaline rıza gösteremeyecektir[503]. Bu durumda, kendisine yapılacak tıbbi bir müdahaleye rıza gösterme ehliyetinin bulunduğu kabul edilen çocuğun, kendisine ait bisikleti arkadaşının almasına rıza gösterme ehliyetinin olmadığı kabul edilecektir.

[501] SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, §52 kn. 26; NEYEN, s. 10.
[502] LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 456; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, Vorbem §§ 32, kn. 40; NEYEN, s. 10.
[503] NEYEN, s. 14; ODENWALD, s. 32.

Dolayısıyla malvarlığına ilişkin haklar, kişisel haklara oranla daha fazla hukuki himayeden yararlanacaktır[504].

Bu görüşün bir başka zayıf noktası da hukuki işlem ehliyeti ile rıza ehliyetinin farklı hukuk ilkelerine dayandığı gerçeğini göz ardı etmesidir. Hukuki işlem ehliyeti, hukuk güvenliği ilkesine dayanır[505]. Hukuki işlem ehliyeti olmayan kişilerin yaptıkları işlemler mutlak butlan ile sakattır. Ayırt etme gücü olmayan, küçük ve kısıtlı olanların belirli bir olgunluk düzeyine ulaşmadan yapacakları kendilerini borç altına sokan işlemlere karşı korunmaları aynı zamanda onların hukuki işlemelerinden sorumlu olacak olan velayet hakkına sahip ana- babanın da korunmasını sağlar[506].

Rızanın temelinde, genel eylem özgürlüğünün bir parçası olan kişinin kendi menfaatlerine ilişkin karar verme ve kendi geleceğini belirleme hakkı yer alır. Kendi menfaatleri hakkında değerlendirme yapamayan, kendi menfaatlerinin farkında olmayan ve onlar hakkında serbestçe karar veremeyen kişinin menfaatine ilişkin hukuki korumadan vazgeçebilecek yetenek ve yeterliliği yani rıza ehliyeti yoktur. Bu açıdan kişinin kendi geleceğini belirleme ve kendi menfaatleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkına sahip olduğu ilkesine dayanan rıza ehliyeti, hukuk güvenliğinin sağlanması amacına değil, kişinin kendi ehliyetsiz tasarruflarına karşı korunması amacına hizmet eder[507].

c. Kusur Ehliyetine İlişkin Kuralların Uygulanması

aa. Genel Olarak

Rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin olarak ortaya konan bir diğer görüş ise kusur ehliyetini esas alır[508]. Kusur ehliyetine dayananlardan Honig[509], kusur ehliyeti

[504] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 90.
[505] HIRSCH, in LK Vor §32, kn. 118.
[506] NEYEN, s. 11.
[507] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 941.
[508] Bu görüş 20. yy'ın başında yaygın olarak savunulmuş, daha sonra ise önemini kaybetmektedir. HOLER, s. 107; KLEE, Teil II, in GA 48 (1901), s. 342. Ancak 1950'li yıllardan sonra kendisine yeniden taraftar toplamaya başlamıştır. Bkz.: ROXIN, Claus, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14.02.1984- 1. StR 808/83, in NStZ 1984, s. 410; Aynı yönde, ROXIN, Claus, Entscheidungssamlung für junge Juristen Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München 1984, s. 137; ROSENER, s. 146, 147.

olmayan kişilerin, rıza ehliyetlerinin de olmadığını kabul eder. Kusur ehliyeti tam olan, temyiz kudretine sahip on sekiz yaşından büyük kişilerin rıza ehliyetleri tamdır. Yaş küçüklüğü nedeniyle cezalarında indirim yapılan kişilerin rıza ehliyetleri ise somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir[510].

Rıza ehliyetinin kusur ehliyetine göre belirlenebileceği görüşü Türk ceza hukuku öğretisinde Önder[511] tarafından savunulmuştur. Yazara göre, rıza ehliyetine ilişkin kesin bir yaş sınırı belirlemek doğru değildir. Kimin rıza ehliyetine sahip olduğu, dolayısıyla kimin rızasının geçerli olacağı her somut olayın kendi özelliklerine göre yapılacak bir değerlendirmeye göre tespit edilmelidir. Ancak rıza ehliyeti yaşının belirlenmesinde alt sınır olarak kusur ehliyeti yaşı esas alınabilir. Kusur ehliyeti olmayanların rıza ehliyetlerinin olmayacağı da kabul edilmelidir. Bu yaklaşıma göre, on sekiz yaşını tamamlamış ve ayırt etme yeteneğine sahip kişilerin rıza ehliyetleri tamdır. Kusur ehliyetleri olmakla birlikte on sekiz yaşından küçük oldukları için haklarında verilecek cezalarda indirime gidilecek olanların rıza ehliyetleri ise her somut olayın kendi özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir[512].

Rıza ehliyetinin belirlenmesinde kusur ehliyetinin esas alınabileceğini savunanlara göre, kusur ehliyeti ile rıza ehliyetinin dayandığı ilkelerin aynı olması, rıza ehliyetinin belirlenmesinde kusur ehliyetine ilişkin kurallardan yararlanmayı mümkün kılmaktadır[513]. Rıza ehliyeti de kusur ehliyeti gibi, kişinin iradesinin serbest olduğu ve serbest irade ile gerçekleştirdiği fiillerden sorumlu olacağı ilkesine dayanır. Kişinin anlayabilme (algılama- bilme) ve isteyebilme (irade etme) yeteneğine sahip olup olmadığı, kusur ehliyetinde olduğu gibi, rıza ehliyeti açısından da belirleyicidir. Her iki ehliyet de, kişinin fiilinin anlam ve sonuçlarını anlayabilme ve davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneğine sahip olup olmamasına

---

[509] HONIG, s. 168; Alman Ceza Kanunu § 19'a göre ondört yaşından küçüklerin ceza ehliyetleri yoktur.
[510] HONIG, s. 168.
[511] ÖNDER, C. II-III, s. 211; Aynı yönde, CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 319; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 745; HAKERİ, Temel Bilgiler, s. 232.
[512] ÖNDER, C.II- III, s. 211.
[513] ROSENER, s. 146- 147; KIENTZY, s. 110; ROXIN, ESJ Strafrecht, s. 85- 94; aynı yönde ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 85 vd.

dayandığı için birbirleriyle karşılaştırılabilir niteliktedir[514]. Bu nedenle kusur ehliyetine ilişkin kurallar, rıza ehliyetinin belirlenmesinde rıza ehliyeti yaşına alt sınır olarak esas alınabilmelidir[515].

Kusur sorumluluğunun başlangıcı olarak tespit edilmiş olan yaş sınırının, rıza ehliyeti açısından benimsenmesi gerektiği görüşünü destekleyen Roxin'e göre, kimlerin rıza ehliyetine sahip olduğu hususunda bir alt sınır tespit etmek aynı zamanda *"hukuk güvenliği"* açısından da bir zorunluluktur[516]. ACK § 19'a göre kusur ehliyeti olmayan ondört yaşından küçüklerin hiçbir zaman rıza ehliyetleri yoktur. Buna karşın, on sekiz yaşını bitirmiş ve temyiz kudretine sahip olan herkes rıza ehliyetine sahiptir[517]. Türk ceza hukukunda bu görüşün benimsenmesi halinde oniki yaşından küçüklerin rıza ehliyetleri reddedilmelidir.

bb. Eleştiriler

Kusur ehliyetinin, rıza ehliyetinin belirlenmesinde esas alınabileceği düşüncesi de eleştirilmiştir. Öncelikle, rızanın geçerliliğinin kişinin kendi menfaatlerini doğru bir biçimde değerlendirebilmesine bağlı olduğu belirtilmiştir. Rıza ehliyeti, rıza gösteren kişinin kendi menfaatlerine ilişkin bir değerlendirme yapması esasına dayanır[518]. Buna karşın kusur ehliyeti başkalarının menfaatlerine ilişkin bir değerlendirme yapmayı gerektirir. Başkalarının menfaatlerine saygı gösterme ve bu menfaatleri koruyan ceza normlarına uygun hareket edebilme yeteneğine sahip olan kişilerin kusur ehliyetlerinin var olduğu kabul edilmektedir[519].

Öte yandan rıza gösterilen fiil, rıza gösteren kişinin kendi menfaatine yönelik bir fiildir. Kişinin ceza sorumluluğunu gerektiren fiil ise bir başkasının menfaatine

---

[514] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 525.
[515] ROSENER, s. 146- 147; KIENTZY, s. 110; ROXIN, ESJ Strafrecht, s. 85- 94.
[516] Roxin, Alman Ceza Kanunu'nda ceza ehliyetinin başlangıç yaşı olan 14 yaşından küçüklerin rıza ehliyetlerinin olmadığını kabul eder. Bkz.: ROXIN, ESJ Strafrecht, s. 85- 94; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 85; Aynı yönde ROSENER, s. 146- 147; KIENTZY, s. 110.
[517] KIENTZY, s. 110; ROXIN, ESJ Strafrecht, s. 85- 94. ACK § 19 ile 14 yaşından küçüklerin kusur ehliyetlerinin olmadığı kabul edilmiştir. Bu nedenle kusur ehliyeti görüşüne taraftar olan Alman yazarlar, 14 yaşından küçüklerin rıza ehliyetlerinin olmadığını kabul ederler.
[518] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 525; LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 454.
[519] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 525; LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 454.

ilişkindir. Kişinin kendisine ait hukuksal bir değer üzerinde tasarruf etmesi ve o hukuksal değerinin ihlaline razı olması bir haksızlık (Unrecht) oluşturmaz. Bu nedenle rıza ehliyeti açıcından, kusur ehliyetinde olduğu gibi failin kasten hareket ettiğini kabul etmek için aranan fiilin haksız olduğunu bilme şartına benzer bir şartın aranmayacağı söylenir[520]. Diğer bir ifade ile failin kasten hareket ettiğini kabul etmek için, gerçekleştirdiği hareketin birlikte yaşayanların çoğunluğu ve dolayısı ile hukuk düzeni tarafından antisosyal olarak kabul edilen bir hareket olduğunu bilmesi, yani haksızlık bilinci[521] aranırken, rıza gösteren kişide böyle bir bilinç aranmaz.

Kısaca rıza ehliyeti kişinin kendi menfaatlerini gözetebilme, bunları doğru bir şekilde değerlendirebilme ve buna göre hareket edebilme esasına dayanırken, kusur ehliyeti bir başkasının menfaatlerine saygı gösterme esasına dayanır[522]. Bu nedenle bu iki ehliyet aynı olmadığı gibi, kişiden başkalarının hukuksal değerlerine ilişkin olarak yaptığı değerlendirmeyi, kendi hukuksal değerlerine ilişkin olarak da yapması her zaman beklenemez[523].

Rıza ehliyetinin kusur ehliyeti ile benzer yanları olsa da her iki ehliyet arasında önemli farklar bulunduğu yargı kararlarında da vurgulanmıştır. Alman Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, *"mağdur zihinsel engelli olduğu ve bu nedenle de kusur ehliyeti olmadığı halde, cinsel ilişkiye razı olmadığını açıkça ortaya koyarak kendini savunmuştur. Mağdurun fiile karşı koyan iradesinin, ancak zor kullanılarak aşılabilmiş olması da cinsel ilişkiye rıza göstermediğini açıkça ortaya*

---

[520] MARKUS, s. 32; *"Kusurluluğun normatif anlayışına göre kastın varlığı için fiilin harici unsurları bilmek ve istemek yeterli değildir. Ayrıca müşterek hayatın gereklerine aykırı şekilde davranmak ve sonuçta başkalarına zarar vermek, kötülük yapmak bilinci, yani fiilin değersizliği, haksızlığı bilinci de gerekmektedir."*TOROSLU, Genel Kısım, s. 186.

[521] YTCK m. 30/4'de, "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi"nin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. YTCK'nın yürülüğe girmesinden önce de, Yargıtay'ın kusurluluğun, failin kanuna aykırı bir iradeye sahip olması olduğuna ve failin fiilin suç olduğunu bilerek ve isteyerek işlemesi gerektiğine ilişkin kararlar verdiği aktarılmıştır. Y 1. CD, 24. 1. 1970- 1969/1360- 1970/268. Aktaran: CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 386, dp. 133.

[522] AMELUNG, ZStW 104 (1992),s. 525; GEILEN, Gerd, Suizid und Mitverantwortung, in JZ 1974, s. 151; TOROSLU, Genel Kısım, s. 187.

[523] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 525; LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 446, 454; GEILEN, JZ 74, s. 151.

koymaktadır"[524] demek suretiyle kusur ehliyetiyle rıza ehliyetinin aynı olmadığına işaret etmektedir.

Öte yandan rıza ehliyetini kusur ehliyetine göre belirlediğimizde ceza sorumluluğuna ilişkin diğer kuralların da rıza ehliyeti açısından uygulanmasının mümkün olması gerekir[525]. Kusur ehliyetini derecelendirmek ve kusur ehliyetini etkileyen nedenlerin varlığına bağlı olarak failin alacağı cezada indirim yapmak mümkündür. Buna karşın rıza ehliyeti açısından aynı şey mümkün olmadığı gibi anlamlı da değildir. Zira hukuken geçerli rızanın etkisi mutlaktır. Geçerli bir rızaya bağlı olarak bir fiili gerçekleştirmiş olan faile ceza verilmez. Örneğin yaş küçüklüğü failin kusur ehliyetine etkileyeceği için, 12- 15 yaş arasında yer alan kişilerin cezasında indirime gidilir. Ancak rıza ehliyeti var olan kişilerin yaşı ne olursa olsun, açıkladıkları rızanın suça etkisi, kanunda ayrık bir düzenleme bulunmadığı sürece hep aynıdır. Kişi ister 14 yaşında isterse 94 yaşında olsun rıza ehliyeti varsa, bu rızaya dayanarak fiili gerçekleştiren fail cezalandırılmaz.

d. Rıza Ehliyetinin Ayırt Etme Yeteneğine Göre Belirlenmesi

Bu görüşe göre, rıza ehliyetinin belirlenmesinde kişinin medeni hukuktaki fiil ehliyeti veya ceza hukukundaki kusur ehliyeti değil, somut olayda karar verme, kavrama, anlama yani ayırt etme yeteneğinin olup olmadığı belirleyicidir[526].

Negatif bir çıkarsamadan yola çıkarak yapılan bir değerlendirmeyle, rıza ehliyetinin ne olduğunu değil, kimlerin rıza ehliyetine sahip olmadığı tespit edilmeye çalışır[527]. Buna göre, "*yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi biyolojik veya psikolojik bir nedenden dolayı, rıza gösterilen fiilin yöneldiği hak veya menfaatin anlamını kavrayabilecek durumda bulunmayan, rızasının sonuçlarını veya kendisi için taşıdığı riskleri öngöremeyen veya rıza açıklaması ile ulaşılmak istenen sonucu elde etmek için, kendi menfaatlerine daha az zarar verecek başka*

[524] BGH, NStZ 81, s. 139.: Aktaran NEYEN, s. 40- 41.
[525] WEISSENBERGER, s. 74.
[526] HAKERİ, Hakan, HAKERİ, Haken, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.152; ERMAN, B., s. 80; AMELUNG/ EYMANN, in JuS 2001, s. 937- 941; RÖNNAU, in LK Vor §32, kn. 193.
[527] AMELUNG, ZStW 104 (1992), 525, 558; AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, 937, 942.

seçeneklerin olup olmadığını değerlendirebilecek yetenekte olmayan kişilerin rıza ehliyeti yoktur"[528].

Rıza ehliyetine ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede, her bir somut olayda rıza gösteren kişinin fiilin niteliği ve ağırlığını anlayıp anlamadığı (Einsichtsfähigkeit), fiilin kendi hukuksal değeri açısından getireceği sonuçları ve taşıdığı riskleri değerlendiremediği (Urteilsfähigkeit) ve rıza göstermek konusunda irade oluşturup oluşturamadığı (Willensfähigkeit) dikkate alınacaktır. Kişinin bu üç yeteneğin her birine sahip olup olmadığı tek tek değerlendirilmelidir[529].

Bu durumda rıza ehliyetine ilişkin kesin bir yaş sınırı getirmek yerine, kişinin rıza ehliyetinin olup olmadığı, her bir suç tipine ve her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Somut olayda, ihlal edilen hukuksal değerin önemini, gösterdiği rızanın anlamını ve rıza gösterdiği fiilin kendisi açısından olası sonuçlarını anlayıp, değerlendirdikten sonra isteyebilen kişinin rıza ehliyetinin olduğu kabul edilmektedir[530].

Türk ceza hukuku öğretisinde de Hakeri, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü (oniki yaşından küçükler), sağır- dilsizlik veya geçici bir sebepten dolayı temyiz gücüne sahip olmayanların, rıza ehliyetlerinin olmadığını kabul eder[531].

e. Değerlendirme

Kusur veya fiil ehliyetine ilişkin kuralların rıza ehliyeti açısından da uygulanabileceğini savunan görüşlerin iddia ettiği gibi, rıza ehliyetine ilişkin kesin bir yaş sınırı getirilebileceği düşüncesi şüpheyle karşılanmalıdır. On iki yaşını tamamlamasına bir gün kalan bir çocuğun, kendi menfaatlerine ilişkin doğru değerlendirme yapamayacağını kabul edip rıza ehliyeti reddedilirken, aynı çocuğun

[528] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 558.
[529] ZIPF, Einwilligung, s. 42; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 34 IV 4; ÖNDER, C. II-III, s. 212.
[530] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 192; HIRSCH, in LK Vor §32, kn. 118; ERNSTHALER, Jurgen, Einwilligung und Rechtsgutspreisgabe beim fahrlässigen Delikt, Göttingen 1983, s. 76 vd.
[531] HAKERİ, Genel Hükümler, s. 256; Ayrıca bkz. YENERER- ÇAKMUT, s. 205 vd.; ERMAN, B., s. 80.

bir gün sonra rıza ehliyetinin var olduğunu kabul etmenin açıklanabilir bir yanı yoktur. Bir günde çocuk olgunlaşmış, daha iyi düşünebilen, daha tecrübeli, daha iyi değerlendirme yapabilen bir çocuk haline dönüşmüş olamaz.

Öğretide, kusur ehliyetinde olduğu gibi, rıza ehliyeti açısından da belirli yaş dilimleri[532] kabul edilip, sorunun buna göre çözümlenebileceği söylenmişse de, kanaatimizce rıza gösterme ehliyeti açısından herhangi bir alt sınır koymak veya kusur ehliyeti gibi rıza ehliyetini derecelendirmek mümkün değildir[533].

Rıza ehliyetinin olup olmadığını tespit ederken, kişinin her bir somut olayda rıza gösterdiği fiilin anlamını, neticelerini, kendisi için taşıdığı riskleri anlama ve değerlendirebilme yeteneğine sahip olup olmadığından hareket eden görüşler[534] daha isabetlidir. Örneğin, kendisine yapılacak tıbbi müdahalenin anlam ve önemini, beden bütünlüğü ve sağlığı açısından taşıdığı riskleri ve sonuçlarını anlayabilecek olgunlukta olan bir çocuğun, yapılacak tıbbi müdahale açısından kanunen özel bir yaş sınırı öngörülmemişse, rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmelidir. Ancak tıbbi müdahaleler ne kadar ağır ise veya sağlık değil de kozmetik amaçlı ise, müdahalenin anlam ve sonuçlarını doğru bir şekilde değerlendirdiğinin kabülü için çocuğun yaşının daha büyük olması aranacaktır[535].

Bununla birlikte, rıza ehliyetini salt rıza gösterdiği fiilin önemini ve sonuçlarını ayırt etme yeteneğine indirgeyerek, rasyonel bir unsurdan ibaret saymak[536] da eksik bir değerlendirme olacaktır. Rıza ehliyeti rızanın önemini ve sonuçlarını ayırt etme yeteneğinin yanında, kişinin isteme yeteneğine de sahip olmasını gerektirir. İsteme unsuru olmadan rıza ehliyeti tam olarak açıklanamaz.

---

[532] ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 258; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 319.
[533] Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 182.
[534] TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 273.
[535] Müdahale ne kadar ağır, sonuçları ve rizikoları itibariyle ne kadar belirsiz ve acilliği ne kadar az ve buna karşılık hasta ne kadar küçük ise, rıza verme yeteneğinin de o kadar azaldığını kabul etmek gerekir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 155.
[536] "*…rızaya ehliyet için, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olmalı, akıl hastası ve yaşı küçük olmamalıdır."* SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 366.

Rıza ehliyetine ilişkin olarak kesin bir yaş sınırı belirlenmese bile kanunlarda yapılan açık düzenlemelerde özel bir yaş zikredilmişse buna uyulmalıdır. Örneğin, organ ve doku bağışı için ODNK'nın 5 ve 6. maddeleri gereğince, organ ve doku bağışında bulunacak kişi 18 yaşından büyük ve ayırt etme yeteneğine sahip olmalıdır. Buna göre 18 yaşından daha küçük olanların organ ve doku nakline ilişkin rıza ehliyetleri yoktur.

3.Rıza Ehliyetinin Unsurları

a.Genel Olarak

Rıza ehliyetinin görünüşte dört, ancak gerçekte üç unsuru vardır. Bunlar, algılama yeteneği (Einsichtsfähigkeit), değerlendirme yapabilme yeteneği (Urteilsfähigkeit) ve algılayıp, değerlendirdiği şeyi isteyebilme yani davranışlarını istekleri doğrultusunda yönlendirebilme yeteneğidir (Steuerungsfähigkeit)[537]. Kişi ayrıca rızasını açıklayabilme yeteneğine de sahip olmalıdır. Kişinin rızasının anlam ve sonuçlarını algılayıp, değerlendirme yapabilmesi, anlama yeteneği ile alakalı olduğu için biz bu iki unsuru rasyonel unsur başlığı altında inceleyeceğiz. Buna karşın davranışlarını yönlendirebilme veya isteme yeteneği, daha çok irade etme ile alakalı olduğundan bizce ayrı bir başlık altında incelenmesi daha yerinde olacaktır.

b. Rasyonel Unsur- Anlama Yeteneği

Rıza gösterecek olan kişi öncelikle rıza gösterdiği fiilin türünü, ağırlığını ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmalıdır. Diğer bir ifadeyle kişi rızasının anlam ve sonuçlarını anlayabilecek yetenekte olmalıdır. Anlama yeteneği öncelikle kişinin belli bir entelektüel kapasiteye sahip olmasını gerektirir. Bu unsur kişinin zihinsel, entelektüel kapasitesi, yani kişinin bilgi birikimi, zekâsının işlekliği, algılama hızı, dikkatini toplayabilme yeteneği, bilgiyi işleyebilme kapasitesi, olaylar arasındaki

[537] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 555, 558.

bağlantıyı görebilme ve neticeleri öngörebilme yetisi, hafızasının gücü ve düşünme becerisi ile alakalıdır[538].

Rıza ehliyetinin rasyonel unsurunu yalnızca algılama yeteneğinden ibaret olarak değerlendirenler olduğu gibi[539], algılama yeteneğinin yanında değerlendirme yapabilme- muhakeme edebilme yeteneğinin de bulunması gerektiğini kabul edenler de vardır[540]. Algılama yeteneği (Einsichtsfähigkeit) ile değerlendirme yapabilme yeteneği (Urteilsfähigkeit) arasındaki fark şu şekilde tarif edilmektedir: Algılama yeteneği formel bir süreçle alakalıdır. Algılamak bilginin kazanılması ve mantıksal bir düşünme sürecinden geçirilerek işlenmesidir. Buna karşın değerlendirme yapabilme yeteneği, kişinin algıladığı, yani duyu organları aracılığı ile beynine ulaşan uyarıları, bilgileri, sahip olduğu değerler sistemine göre değerlendirmesi ve bunlar hakkında bir değer hükmü oluşturmasıdır. Kişisel değer yargıları, bilgileri belirli bir süzgeçten geçirdiği ve karar verirken etkili olduğu ölçüde algılama yeteneği açısından önemli olacaktır[541].

Algılamak zihinsel bir süreçtir ve yalnızca bilgileri kaydetmeyi değil, aynı zamanda duyu organları aracılığı ile beyne ulaşmış olan uyarımları tasnif edip, sistemleştirmeyi de gerektirir. Bu açıdan daha çok kişinin sahip olduğu zihinsel donanımla ilgilidir. Bir akıl yürütme, idrak etme faaliyeti olan *algılama* kişinin çevresinde olup bitenleri fark etmesi, görmesi, haberdar olmasının yanında olaylar arasında neden sonuç bağlantısı kurabilmeyi, farklı ihtimalleri görebilmeyi de gerektirir. Kişinin idrak edebilmesi için, olup biteni yalnızca gözlemlemesi yetmez, buna ilaveten ayrıca gözlemlediklerini akıl, mantık süzgecinden geçirmesi de gerekir[542]. Bu niteliği ile algılamak bilmekle eşdeğerdir. Algılamak veya bilmek,

[538] ODENWALD, s. 49.
[539] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 80 vd.
[540] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 942; AMELUNG, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil II), ZStW 104 (1992), s. 827.
[541] ODENWALD, s. 50.
[542] ODENWALD, s. 50.

kişinin ne yaptığının, çevresinin ve kendisinin yaptığı hareketlerin farkında olmasıdır[543].

Değerlendirme yapabilme yeteneği ise, kişinin somut bir olaya ilişkin olarak sahip olduğu değerler sistemine bağlı olarak subjektif bir değerlendirme yapabilme ve o olaya ilişkin olarak subjektif bir değer hükmüne ulaşabilme yeteneğidir. Değerlendirme yapabilme yeteneği kişinin verdiği kararların objektif olarak mantıklı görünmemesi halinde rıza ehliyetinin kabulü açısından önemlidir[544].

Aslında rıza ehliyetinin rasyonel unsuru içinde değerlendirilen algılama ve değerlendirme yapabilme yeteneklerinden her ikisi de kişinin doğruyla yanlışı birbirinden ayırt etme ve kendi menfaatlerine ilişkin karar verebilme becerisiyle alakalıdır. Öte yandan, kişinin kendi menfaatlerinin farkında olmadan ve bu menfaatlerine ilişkin olarak değerlendirme yapabilecek durumda bulunmaksızın göstereceği rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olmayacaktır. Önemli olan kişinin yaptığı değerlendirmenin ve verdiği kararın makul olması[545] değildir, kişinin menfaatlerine ilişkin değerlendirme yapabilecek olgunluğa ulaşmış olup olmamasıdır. Bu nedenle bize göre, rıza ehliyetinin rasyonel unsurunun varlığı, kişinin rızasının yani rıza gösterdiği fiilin anlam ve neticelerini algılayıp, değerlendirebilme yeteneklerinin her ikisine birden sahip olmasına bağlıdır.

Değerlendirme yapmadan tam bir anlamadan söz edilemez. Çünkü anlamak tamamen objektif, kişinin değerlendirme yapmasından bağımsız bir süreç değildir. Değerlendirme yapma faaliyeti, algılama gibi anlama faaliyetinin bir parçasıdır. Bu açıdan kişinin kendi menfaatlerini, gösterdiği rızayı ve rızanın konusu olan fiili anlaması, bir matematik probleminin anlaşılmasından daha karmaşık bir süreçtir. Bu nedenle algılama ve değerlendirme yapabilme yeteneği her ikisi birlikte anlama

[543] Akıl hastaları da yaptıkları hareketleri bilirler. Ancak bunu değerlendiremezler. Örneğin, elindeki parayı bir başkasına veren akıl hastası yaptığı hareketi bilir, fakat bunun ne anlama geldiğini değerlendiremez. Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 86.
[544] ODENWALD, s. 54.
[545] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 544, 551; Kişinin verdiği kararın objektif olarak mantıksız olması halinde rıza ehliyetinin bulunmadığı ve rızasının geçersiz olduğuna ilişkin karşı görüş için bkz. FRISCH, Wolgang, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70 Geburtstag, Berlin/ New York 1999, s. 485, 498 vd.

yeteneğini oluştururlar. Bu iki yeteneği birbirinden bağımsız olarak ele almak, eksik bir değerlendirmedir.

Örneğin, kişi kendisine yapılacak olan tıbbi müdahaleyi bilmesine rağmen bunu değerlendirebilecek durumda olmayabilir. Örneğin, kısmi akıl hastası olsa bile bir kişi kendisine yapılacak olan tıbbi müdahaleyi, örneğin, aşı veya göz ameliyatı yapılacağını bilebilir. Ancak tıbbi müdahaleyi tam olarak değerlendiremeyeceğinden, müdahalenin anlam ve sonuçlarını tam olarak anladığından söz edilemez. Bu nedenle değerlendirme yeteneği olmayan veya gelişmemiş olan kişilerin, rıza ehliyetlerinin rasyonel unsuru eksiktir.

Öte yandan rızanın objektif olarak makul ve mantıklı olmaması kişinin rıza ehliyetinin olmadığını göstermez[546]. Kendi menfaatlerinin farkında olabilecek ve bunlara ilişkin değerlendirme yapabilecek olgunlukta olan kişinin kararına saygı gösterilmeli ve başkaları açısından mantıksız bile görünse kişinin özgür iradesine dayanan rızası hukuken geçerli sayılmalıdır. Örneğin, ölümcül bir hastalığa yakalanmış bir hastanın normal olarak tedavi olmayı kabul etmesi beklenir. Ancak hastanın doğru ve yeterli bir şekilde aydınlatılmasından sonra tedaviyi reddetmesi rıza ehliyetinin olmadığını göstermez. Kişinin seçimine saygı gösterilmeyerek tedaviye zorlanması, kişinin kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi ret hakkını hiçe saymaktır[547].

Bu konuda Alman Federal Mahkemesi'nin "diş çekme" kararına kısaca değinmekte yarar vardır. Söz konusu karara konu olan olayda: *"Uzun yıllardan beri sebebi tıbben açıklanamayan şiddetli baş ağrıları çekmekte olan bayan P, diş hekimi A'ya gider. Baş ağrılarının üst çenesinde bulunan dolgulardan kaynaklandığına olan kesin inancı ile hekim A'dan, dişlerini çekmesini ister. A, P'yi muayene eder ve baş ağrısının dolgulardan kaynaklandığı inancının doğru olmadığını, bu düşüncesinin tıbbi hiçbir dayanağı bulunmadığını açıklar. Ancak P'yi ikna edemeyen A, P'nin*

[546] AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 551.
[547] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn.58; ROSENAU, Henning, Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, Yıl 2006, (Çeviren: Ali Kemal YILDIZ), s. 52.

ısrarı üzerine hastanın dişlerinin çoğunu çeker. Bununla birlikte hastanın baş ağrısı geçmez"[548].

Söz konusu olayda Alman Federal Mahkemesi yapılan bütün açıklamalara rağmen, hastanın kendi teşhisinde ısrar etmiş olmasını, değerlendirme yapabilme yeteneğinin, dolayısıyla da rıza ehliyetinin olmamasına bağlamıştır. Yapılan tüm açıklamalara rağmen hastanın bunu anlamaması, tıbbi konulardaki bilgisizliğini ve içinde bulunduğu saplantılı ruh halini gösterir. Mahkeme hastanın sağlıklı irade oluşturamadığını, rızasının mantıklı olmadığını görmesine rağmen dişi çeken hekimi ağır yaralama suçundan sorumlu[549] tutar.

Öğretide bu karar haklı olarak eleştirilmiştir. Liberal bir hukuk devletinde kişinin alışılmış olandan farklı olma, farklı davranma ve kendi menfaatleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkının olduğu belirtilir. Rıza ehliyetinin kabulü için kişinin kararının objektif olarak mantıklı olmasını beklemek, kişinin kararı objektif olarak mantıksız olduğunda ona saygı gösterilmeyebileceği gibi kişi hak ve hürriyetleri açısından tehlikeli görüşlerin yaygınlaşmasına neden olabilir[550].

c. Duygusal Unsur- İsteme, İrade Etme Yeteneği

Rıza ehliyetinin ikinci unsuru kişinin davranışlarını yönlendirebilme yeteneği yani irade etme (Steuerungsfähigkeit) yeteneğidir. Kişi anlama ve değerlendirme yapabilme yeteneğinin yanında ayrıca irade etme yeteneğine de sahip olmalıdır. Rıza ehliyeti tarif edilmektedirken irade etme yeteneği genelde ihmal edilir. Ancak duygusal unsuru bütünüyle reddeden bir anlayış da hiçbir zaman savunulmaz[551].

Rızanın suça etkisini ikiye ayırarak inceleyen dualist teori taraftarlarından bazıları, rızanın tipiklik üzerinde etkili olduğu hallerde rıza ehliyeti için tabii isteme

[548] BGH, Urt. v. 22.2.1978-2 StR 372/77, NJW 1978, s. 1206.
[549] BGH, NJW 1978, s. 1206.
[550] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn.58; ROSENAU, Aydınlatma ve Rıza, s. 52; AMELUNG, ZStW 104 (1992), s. 553; Hakeri de haklı olarak, hastanın rıza ehliyeti olmadığı gerekçesi ile hekimin cezai sorumluluğunun bulunduğu yorumunu eleştirmektedir. Yazar, hekimin burada rıza bulunmadığı için değil, ancak tıbbi endikasyon olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunduğu için sorumlu turulabileceğine işaret eder. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 299.
[551] WEISSENBERGER, s. 76; ODENWALD, s. 52.

yeteneğinin (natürliche Willensfähigkeit) bulunmasının yeterli olduğunu kabul ederler[552]. Bu yazarlara göre, ayrıca kişinin algılama ve değerlendirme yapma yeteneğine sahip olmasına gerek yoktur. Tabii isteme yeteneğinin ise, yeni doğanlar ve bilinci yerinde olmayanlar dışında, küçük çocuklar ve akıl hastaları da dâhil olmak üzere herkeste var olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda dört-beş yaşlarında bir çocuk veya bir akıl hastası elindeki para dolu cüzdanı cebir, tehdit veya hile kullanılmadan, kendi rızasıyla verdiğinde bu rıza geçerli olacaktır[553].

İrade etme yeteneği, kanaatimizce insan yaşamı için temel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak akıl hastaları ve küçük çocuklarda da var olan isteme içgüdüsünden daha öte bir anlam taşır. Tabii isteme yeteneği, kişinin bilinçli bir tercihini yansıtmak zorunda değildir, bir muhakemenin sonunda verilmiş bir karara bağlı olarak yapılmış bir tercih bir seçim değildir. Bu nedenle de gerçek anlamda bir isteme değildir. Anlık heveslerle veya hayır demeyi bilmeyen küçük bir çocuğun anlık istekleriyle, bir menfaatine yönelik olarak gerçekleştirilen fiile karşı irade oluşturabilmesi veya fiile rıza gösterebilecek yetenekte olması birbirinden farklıdır. İstemek, içgüdü veya hevesten daha güçlüdür. İsteme yeteneği, irade etme yeteneğidir, kişinin kendi değerler sistemi ışığında karar verebilme, tercihler yapabilmesidir. İstemek, motive olmak, arzu etmek, tutku, heyecan ve coşku, irade etme yeteneğine yani duygusal unsura ilişkin yeteneklerdir[554].

Kişinin arzularını, içgüdüsel uyarımlarını kontrol etmeye veya belirli bir alana kanalize etmeye yönelik dışsal bir etkenin varlığı veya kişiden kaynaklanan psikolojik veya biyolojik bir rahatsızlığın bulunması halinde, irade etme yeteneği sakatlanacağından rıza ehliyeti ortadan kalkar. Ancak kişinin karakterindeki zayıflık veya belirli bir şekilde davranma eğiliminde olması irade yeteneğini ortadan

[552] GEERDS, s. 184; GEERDS, GA 1954, s. 262, 265; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§32, kn. 32; Bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 268, dp. 643.
[553] GEERDS, s. 184; GEERDS, GA 1954, s. 262, 265; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 101; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ LENCKNER, tabii isteme yeteneğine sahip olmanın "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçu açısından fiilin tipe uygun olmasına engel olduğunu, çünkü bu suçun kişinin hürriyetine karşı işlenen bir suç olduğunu ve isteme yeteneğine sahip herkesin rıza açıklayabileceğini kabul eder. Buna karşın, "hırsızlık" suçu açısından kişinin isteme yeteneğine sahip olmasının yeterli olmadığını, ayrıca anlama ve değerlendirme yapabilme yeteneğine de sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§32, kn. 32.
[554] ODENWALD, s. 52.

kaldırmaz. İrade yeteneğinin olmadığını kabul etmek için karakter zayıflığından daha ağır bir etkenin örneğin, şizofrenik bir kişilik bozukluğunun bulunması gerekir. Örneğin, aynı olayla ilgili olarak sürekli çelişkili isteklerde bulunan, çelişkili kararlar veren kişinin isteme yeteneği olmadığı için, rıza ehliyetinin de olmayacağı kabul edilmelidir[555].

Rasyonel veya duygusal unsurlardan yalnızca birinin varlığı rıza ehliyeti için yeterli görülemez. Bu iki unsur rıza ehliyetini birlikte belirler. Aksi halde rızanın kişinin kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkına dayanması söz konusu olamaz. Ancak unsurlardan birinin rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin niteliğinden dolayı diğerine oranla daha ağır basması ve diğerinin daha geri planda kalması mümkündür. Örneğin, malvarlığına ilişkin hukuksal değerler açısından rıza ehliyetinin rasyonel unsuru daha ağır basar. Buna karşın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından duygusal unsur daha belirleyicidir. Özellikle yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin olarak kişinin vereceği kararlarda duygusal etkenlerin daha fazla ön plana çıktığı görülür[556]. Ancak rızanın ilişkin olduğu hukuksal değer ne kadar önemli, rıza gösterilen fiil ne kadar ağır ve sonuçları ne kadar kalıcı ise rıza gösteren kişinin de o oranda algılama ve değerlendirme yapabilme yeteneğinin gelişmiş olması beklenir. Rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin önemi ve fiilin ağırlığı arttıkça, rıza gösteren kişinin hem yaşça daha büyük hem de kendi menfaatlerine ilişkin değerlendirme yapabilme yeteneğinin daha gelişmiş olması aranır[557].

Yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi çok önemli kişilik haklarının ihlalinin söz konusu olduğu tıbbi müdahaleler açısından ise, rıza ehliyetinin hem rasyonel hem de duygusal unsuru çok önemlidir. Kişi, kendisine yapılacak müdahalenin esasını, anlamını, sonuçlarını, taşıdığı riskleri, müdahalenin acilliğini ve etkilerinin farkında olarak ve bunları anlayarak rıza göstermelidir[558]. Duygusal unsurun tıbbi müdahaleler açısından belirleyici olduğu nokta ise şüphesiz kişinin rıza

[555] ODENWALD, s. 52.
[556] ODENWALD, s. 53.
[557] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 195; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.152.
[558] ODENWALD, s. 53; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.152.

göstermediği hiçbir tıbbi müdahaleye zorlanamayacak olmasıdır. Tedavi olmak ya da olmamak kural olarak tamamen kişinin kendi arzusuna kalmıştır. Hastanın tedaviyi yarıda kesme veya tamamen reddetme hakkı da vardır. Bu hak, en açık biçimiyle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının hukuk düzeni tarafından tanınmasının bir sonucudur.

d. Rızayı Açıklayabilme Yeteneği

Rıza ehliyeti açısından anlama ve irade etme yeteneğinin yanında son olarak kişinin ayrıca fiili onaylayan iradesini açıklayabilme yeteneğine de sahip olması gerekir. Kişinin iradesini açıklama yeteneğine sahip olması, sağlıklı bir rıza oluşturma yeteneğine sahip olan yani algılama, değerlendirme yapma ve irade etme yeteneğine sahip olan kişinin bu iradesini dış dünyada algılanabilir bir şekilde ortaya koyabilmesi anlamına gelir. Kişinin iradesini dış dünyada ortaya koyabilecek, kendisini ifade edebilecek yetenekte olması önemlidir. Bu açıdan iradesini dış dünyada ortaya koyamayan örneğin bilinci kapalı kişilerin rıza açıklamaları mümkün değildir.

Rıza açıklama yeteneğinden anlaşılması gereken konuşma yeteneği değildir. Kişi fiili onaylayan iradesini yazıyla, işaretle, davranışlarıyla veya başka bir yolla da açıklayabilir.

4. Rızanın Suça Etkisinin Rıza Ehliyeti İle İlişkisi

Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızaya ehliyet ile hukuka uygunluk nedeni olan rızaya ehliyet arasında bir fark olup olmadığı tartışılmıştır.

Rızanın tipikliğin gerçekleşmesine engel olduğu hallerde, tipik hareketin hukuksal değer sahibinin "*rızasına aykırı olarak*" veya "*rızası olmadan"* gerçekleştirilmesi gerekir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın etkili olduğu suç tiplerinde ise, fiilin rıza olmaksızın gerçekleştirilmesine ilişkin bir şart ne suç tipinde

açıkça aranır, ne de suç tipinin yorumundan böyle bir şartın var olduğu sonucuna ulaşılır[559].

Bu nedenle öğretide, rızanın suça etkisini ikiye ayırarak inceleyen bazı dualist teori taraftarları, bu iki rıza türü arasında rıza ehliyetinin şartları açısından da farklar olduğu görüşünü dile getirmişlerdir[560]. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedeni olan rızaya ehliyet için kişinin isteme yeteneğinin yanında ayrıca anlama yeteneğine de sahip olması gerekir, ancak tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızaya ehliyet açısından yalnızca tabii isteme yeteneğine sahip olmak yeterlidir. Fiile karşı irade oluşturabilme yeteneğine sahip olanların, aynı zamanda o fiile rıza gösterebilme yeteneğine de sahip oldukları kabul edilmektedir[561]. Bu görüş, "*karşı koyma iradesi"* geliştirebilen kişinin, *"isteme iradesine"* de sahip olacağı dolayısıyla rıza da gösterebileceği şeklinde formüle edilebilir. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenebilmesi için, kişinin bir yere gitme bir yerde kalma özgürlüğünü kullanmasına engel olan bir fiilin gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak kişi kendi iradesi ile bir yerde kalmaya veya bir yere gitmeye karar veriyorsa veya onun iradesi ile kişiyi orada tutmak isteyen irade uyuşuyor, yani iradeler örtüşüyorsa, ortada kanunda tarif edilen suç tipine uygun bir fiil bulunmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmaz[562].

Rızanın her zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olduğunu kabul eden monist teori taraftarları[563] ve rızanın suça etkisini ikiye ayırarak incelemelerine rağmen bazı dualist teori taraftarları[564] ise, rıza ehliyetini rızanın suça etkisinden farklı değerlendirirler[565]. Gerçekten de, rıza gösteren kişinin rıza gösterme ehliyetine sahip olup olmadığı, rızanın suça etkisinden farklı bir değerlendirmedir[566].

---

[559] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 147.
[560] GEERDS, GA 1954, s. 262, 264; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 101.
[561] MARKUS, s. 26.
[562] WESSELS/BEULKE, Strafrecht AT, kn. 366- 367.
[563] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 78 vd.
[564] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 941; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB, Vorbem. §§32, kn. 32.
[565] Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza açısından, rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin genel bir kural konamayacağı, rıza ehliyetinin şartlarının bu suç tipleri açısından her bir suç tipinin kendi

Tabii isteme (natürliche Willensfähigkeit) yeteneği bilinci yerinde olmayan kişilerle, bebekler dışında, akıl hastaları ve ayırt etme yeteneğine sahip olmayan küçük çocuklarda dahi var olan bir yetenektir. Hukuk dışı, psikolojik bir kavram olan *"tabii isteme yeteneğinin"* varlığının, rıza ehliyeti için yeterli kabul edilmesi halinde, anlama yeteneği gelişmemiş ancak isteme yeteneğine sahip olan küçük çocukları cebir şiddet ve tehdit olmaksızın bir yerde tutan veya ellerindeki parayı ikna yoluyla alan kişiler, fiil tipe uygun olmadığı için cezasız kalacaktır[567]. Bu durumda özellikle çocuklara ve akıl hastalarına karşı gerçekleştirilen bu tür fiillerin, kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmediği hallerde ciddi sorunlara karşılaşılabilir.

Bir örnek vermek gerekirse, TCK m. 158/1,c'de *" kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak sureti ile"* kişinin zararına menfaat temin edilmesi dolandırıcılık suçunun nitelikli şekli olarak düzenlenmiştir. Algılama yeteneğinin zayıf olması ile algılama yeteneğinin mevcut olmaması aynı değildir. Örneğin, akıl hastalıklarının kişinin algılama yeteneği üzerindeki etkisinin derecesi farklı olabilmektedir[568]. Kanun TCK m. 158/1,c'de algılama yeteneği zayıf olan kişilerin aldatılmasının daha ağır bir şekilde cezalandırılacağını düzenlemiş, fakat algılama yeteneği hiç olmayanların mallarının zor kullanılmadan alınması halinde failin cezalandırılmasına ilişkin sessiz kalmıştır. Bu durumda doğal isteme yeteneği rıza ehliyeti için yeterli görüldüğünde, tam akıl hastalarının mallarını zor kullanmadan alanların fiilleri cezalandırılamayacaktır[569].

Esas itibariyle ayırt etme yeteneği olmayan kişilerin ellerindeki malın zor kullanılmadan alınması halinde, kişi anlama yeteneğinden yoksun olduğu için aldatılması söz konusu değildir. Dolandırıcılık suçunun işlenebilmesi için, hukuksal

---

özelliğine göre belirlenmesi gerektiği belirtilir. Bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB, Vorbem. §§32, kn. 32; Bkz. MARKUS, s. 26 vd.

[566] ODENWALD, s. 8; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 273.

[567] TRÖNDLE/ FISCHER, § 242, kn. 22.

[568] Akıl hastalığının kendisi değil ama, anlama ve irade etme yeteneği üzerindeki etkisi derecelendirilebilir. Akıl hastalığının anlama ve irade etme yeteneğini tamamen ortadan kaldırdığından veya azalttığından bahsedilir. Bkz.: KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 321; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 280; Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 218; Ayrıca TCK m. 32'de yer alan akıl hastalığına ilişkin düzenlemenin eleştiri için bkz.: TOROSLU, Genel Kısım, s. 355.

[569]TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 491.

değer sahibinin aldatılması gerekir. Ancak algılama yeteneği gelişmemiş veya hiç olmayan kişide gerçeğe ilişkin bir bilgi, bir irade olmadığı için, iradenin yanıltılması ve kişinin aldatılmasından söz edilemez. Bu kişileri ellerindeki parayı veya malı vermeye ikna eden kişinin, rızayı aldatarak elde ettiği söylenemeyeceğinden, faili dolandırıcılıktan sorumlu tutmak mümkün olmaz[570]. Tabii isteme yeteneğinin rıza ehliyeti açısından yeterli kabul edilmesi halinde ise, bu kişiler cebir ve şiddet kullanmadan, algılama yeteneği olmayan bir kişinin elindeki cüzdanı vermeye razı ettiklerinde hırsızlık suçundan da sorumlu olmayacak ve cezalandırılmayacaklardır.

Tabii isteme yeteneği kavramı rıza ehliyetinin sınırlarını fazlasıyla genişletecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, anlama ve irade etme yeteneklerinden yalnızca biri, diğeri olmaksızın rıza ehliyetinin kabulü için yeterli değildir. Hem hukuka uygunluk nedeni olan rızaye, hem de tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızaya ehliyet açısından irade etme, isteme yeteneği kadar, anlama yeteneği de önemlidir ve ikisi birlikte aranmalıdır[571].

5. Temsil

a. Genel Olarak

Rıza gösterme yetkisi, kural olarak rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin sahibine aittir[572]. Hukuksal değer birden fazla kişiye aitse, hukuksal değerin sahibi olan herkes rıza göstermelidir[573]. Örneğin, A ve B'nin müşterek malik oldukları arabayı, C'ye veren B'nin rızası tek başına geçerli değildir. A'nın da fiile rıza göstermesi gerekir. Ancak bazen yapılacak yasal düzenlemelerle hak sahiplerinden her biri tek başına rıza açıklamaya yetkili kılınabilir. Örneğin, TCK'nın 116. maddesinde bir evi kullanan konut hakkı sahiplerinden her birinin, gayri meşru bir amaç taşımamak kaydıyla, rıza açıklama hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

---

[570]TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 491.
[571] ODENWALD, s. 8; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 273.
[572] ZIPF, Einwilligung, s. 38; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 116; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem.§§32, kn. 36; AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 940; TOROSLU, Genel Kısım, s. 165; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 183; YENERER- ÇAKMUT, s. 206.
[573] TOROSLU, Genel Kısım, s. 166; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 183; YENERER-ÇAKMUT, s. 206.

Hukuksal değer sahibini temsilen bir başkasının rıza gösterme yetkisine sahip olup olmadığı ise iradi ve yasal temsilci açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

b. İradi Temsil

Kişi fiili onaylayan iradesini, faile doğrudan doğruya iletebileceği gibi, bu iradenin karşı tarafa ulaştırılmasında çeşitli araçlardan da yararlanabilir. Rıza gösterme yetkisine sahip olan kişinin kimliğine ilişkin bir tereddüt bulunmadığı sürece yani rıza açıklayan kişinin rıza açıklama yetkisine sahip olan kişi olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşıldığı sürece, rıza faile telefon, mektup, elektronik posta veya telgraf gibi iletişim araçları kullanılarak da ulaştırılabilir. Aynı şekilde bir insanın temsilci olarak kullanılması da mümkündür. Ancak burada, temsilcinin açıkladığı rızanın, konu, kapsam ve muhatabı gibi hususlarda temsilcinin beyanlarının hukuksal değer sahibinin iradesiyle örtüşmesi önemlidir[574].

Hukuksal değer sahibinin açıkladığı rızayı muhatabına ulaştırmanın dışında, bizzat hukuksal değer sahibi adına rıza gösterilip gösterilemeyeceği ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar, rızanın tamamıyla kişisel bir nitelik taşıdığını ve bu nedenle akdi veya kanuni bir temsilci tarafından açıklanan rızanın hukuken geçerli olmayacağını kabul ederler[575].

Buna karşın diğer bir grup yazar ise, malvarlığına karşı işlenen suçlarda, temsilcinin açıkladığı rızanın geçerli olacağını, bunun dışında kalan hallerde ise rızanın temsilci tarafından gösterilmesinin mümkün olmadığını söyler[576]. Örneğin, yurt dışında bulunan bir kişi, kendisine yokluğunda mallarını yönetmesi için bir temsilci atayabilir. İradi temsilci, kişinin yokluğunda temsil sözleşmesine bağlı olarak malvarlığı üzerinde tasarruf edebilir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerere ilişkin olarak ise, iradi temsilci rıza açıklayamaz[577].

---

[574] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 183.
[575] MEZGER, in GS 89, s. 280; HONIG, s. 159; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 745.
[576] HOLER, s. 106; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 183.
[577] NOLL, s. 125; WEISSENBERGER, s. 78; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I, s. 544; Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 183.

Hukuksal değer sahibi yönünden, kesin bir avantajın söz konusu olduğu ve kişinin içinde bulunduğu şartlar nedeniyle bunun farkına varamadığı durumlarda, kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerler açısından da temsilin mümkün olabileceğini kabul eden yazarlar da vardır[578]. Bazı tıbbi müdahalelerde önceden karar verilmesi mümkün olmayan ve nasıl hareket edileceğine ancak ameliyata başlandıktan sonra karar verilmesi gereken özel bazı durumlar söz konusu olabilir. Nasıl hareket edileceğinin önceden tahmin edilemediği bu gibi durumlarda hastanın ameliyattan önce kendisine bir vekil tayin edebileceği ve bu kişinin ameliyat sırasında yapılacak olan işlemlere rıza gösterebileceği belirtilir. Öncelikle kişinin eşinin veya bir yakınının vekil tayin edilmesi önerilir[579].

Temsil ceza hukukunun özüyle bağdaşan bir kurum olmasa da, kanımızca rızayla temsilin hiçbir şekilde bağdaşmadığını söylemek çok katı bir yaklaşımdır. İradi temsil açısından, temsil sözleşmesinde rızaya ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması halinde iradi temsilcinin rıza gösterme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir[580].

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerler açısından, hukuksal değer sahibinden başka birinin rıza gösteremeyeceği kural olarak kabul edilmelidir[581]. Örneğin, kişi genel hareket özgürlüğü veya cinsel özgürlüğü üzerinde yalnızca kendisi tasarruf edebilir. Ancak, Toroslu'nun da işaret ettiği gibi, modern yaşamın gerekleri bazı hallerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerlere ilişkin olarak gerçekleştirilecek bir fiile de, temsilci aracılığıyla rıza gösterilmesini gerektirebilmektedir. Özellikle tıbbi müdahaller açısından söz konusu olabilecek bu gibi hallerde, hukuksal değer sahibinin açıkça yararına olan ve kendisinin rıza gösteremediği hallerde, önceden tayin edilmiş olan vekilin rıza açıklayabileceği de kabul edilmelidir[582].

---

[578] TOROSLU, Genel Kısım, s. 166; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 60.
[579] ROSENAU, Aydınlatma ve Rıza, s. 55.
[580] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s.124.
[581] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I, s. 544.
[582] Burada bahsettiğimiz durum, kişinin rızasını açıkça esirgediği hallere ilişkin değil, rızasını açıklayamadığı hallere ilişkindir. TOROSLU, Genel Kısım, s. 166; ROSENAU, Aydınlatma ve Rıza, s. 55; MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn.60.

Ancak burada söz konusu olan iradi temsili, kişinin rızasının alınamadığı ve acil müdahale gereken hallerde, failin hukuksal değer sahibi eğer gerçeği bilseydi rıza göstereceğini varsayarak hareket ettiği, varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallerle karşıştırmamak gerekir. Burada hukuksal değer sahibi ile rıza gösteren kişi arasında bir temsil ilişkisi vardır ve temsilci failden başka üçüncü bir kişidir.

Hak sahibi adına rıza göstermeye yetkili kılınmış olan iradi temsilcinin, kurallara uygun olarak daha önceden verilmiş rızayı geri alıp alamayacağı da tartışmalıdır. Kural olarak iradi temsilcinin rızayı geri alma hakkının olduğu sözleşmede açıkça belirtilmediği sürece, rızayı geri alamayacağı kabul edilmektedir[583].

c. Kanuni Temsil

Rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin sahibinin, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi nedenlerle rıza gösterme ehliyetine sahip olmadığı hallerde, rıza kanuni temsilci tarafından gösterilir.

Ancak kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği gibi, her hukuksal değer üzerinde de tasarruf yetkisi yoktur. Örneğin, kişiye sıkı sıkıya bağlı cinsel özgürlük, hareket özgürlüğü ve şeref değerine ilişkin olarak kanuni temsilci rıza gösteremez. Bu açıdan ebebeynlerin çocuğun şerefini rencide eden veya özgürlüklerini kısıtlayan bir fiile hukuken geçerli olacak şekilde rıza göstermesi söz konusu olmaz. Buna karşın kanuni temsilci, beden bütünlüğünü ihlal eden fiillerden yalnızca tıbbi müdahalelerle sınırlı olarak ve malvarlığına yönelik bazı fiillere ilişkin olarak ayırt etme yeteneğine sahip olmayan küçük veya kısıtlı kişi adına rıza gösterebilir.

Yasal temsilciler veli veya vasidir[584]. Küçükleri kural olarak ana ve baba birlikte temsil eder[585]. Bu nedenle her ikisinin birlikte rıza göstermesi gerekir[586].

---

[583] WEISSENBERGER, s. 78.

[584] Kural olarak kısıtlılar vesayet altına alınır. Ancak istisnaen küçüklerin de vesayet altına alınması söz konusu olabilir. Vasi kural olarak vesayet altında bulunan kişinin malları üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaz. ÖZTAN, s. 520.

Ancak istisnai bazı durumlarda ana babadan yalnızca birinin rızası fiilin hukuka uygun olması için yeterli kabul edilebilir. Örneğin, rızanın gecikmesi çocuğun sağlığı açısından tehlikeli bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilecekse ana veya babadan yalnızca birinin rızası yeterli kabul edilmelidir. Aynı şey günlük ilişkiler açısından normal olduğu kabul edilen durumlar ve neticesi nispeten önemsiz fiiller açısından da anne babadan yalnızca birinin rızası geçerli olmalıdır. Yalnızca annenin rızası, çocuğa yapılacak aşı gibi basit veya bir trafik kazası sonrasında oluşmuş yaralanmaların tedavisi gibi acil bir tıbbi müdahade yeterli görülmelidir[587]. Ancak ağır ve acil olmayan müdahalelerde kanuni temsilcilerin birlikte rıza göstermesi önemlidir. Örneğin, kalp veya göz ameliyatına anne baba birlikte rıza göstermelidir.

Asıl hukuksal değer sahibinin akıl hastası olması halinde ise rıza kural olarak mahkeme tarafından atanan kanuni temsilci tarafından gösterilecektir. Ancak bazen vasinin yanında hâkim kararı da gerekebilir[588].

III. Rızanın Açıklanması

A.Genel Olarak

Rızanın açıklanmasına gerek olup olmadığı, açıklamanın şekli ve bu açıklamanın muhatabının kim olacağı, yani açıklamanın kime karşı yapılması gerektiği soruları da rızanın geçerlilik şartlarının belirlenmesi açısından önemlidir. Rızanın hukuki niteliğine ilişkin olarak benimsenen teoriye göre, bu meseleye de farklı yaklaşılmaktadır. Rızanın hukuki niteliğini hukuki işlem olarak açıklayanlara göre, rıza muhatabına ulaşacak şekilde mutlak surette yazılı veya sözlü olarak açıklanmalıdır (Willenserkärungstheorie)[589]. Bu görüşe karşı çıkan iradenin yönü teorisine (Willensrichtungsheorie) göre ise, rızanın ayrıca açıklanması gerekmez,

---

[585] Medeni Kanunun 336. maddesine göre, "Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir".
[586] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 179.
[587] RÖNNAU, in LK Vor §32, kn. 179.
[588] 2827 Sayılı NPHK'nın 6. Maddesine göre, akıl hastası olan kadına kürtaj yapılması için kadının rızası aranmaz, vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izni yeterlidir.
[589] ZITELMANN, AcP 99, s. 51 vd.

kişinin içsel iradesinin fiillin gerçekleştirilmesi yönünde oluşması, yani kişinin fiili istemiş olması yeterlidir[590]. Sınırlı irade açıklaması teorisi (engeschrenkte Willenserklärungstheorie) olarak adlandırılan üçüncü bir teori ise iki teori arasında orta bir yol bulmaya çalışmıştır. Buna göre, kişinin davranışlarından fiile rıza gösterdiği anlaşılabiliyorsa, rızanın açıklanmış olduğunu kabul etmek gerekir[591].

Rızanın hukuki sonuçlarının ortaya çıkması için, rıza açıklanmasının karşı tarafa ulaşmasının gerekip gerekmediği, yani failin fiilini rızaya dayanarak gerçekleştirmesinin önemli olup olmadığı rıza açıklamasına ilişkin olarak incelenmesi gereken bir başka önemli konudur. Zira rızanın muhatabının belirlenmesinin, failin rızanın varlığına ilişkin olarak yapacağı hatanın değerlendirilmesinde önemli sonuçları olacaktır.

B. Rızanın Açıklanmasına İlişkin Teoriler

1. Katı İrade Açıklaması Teorisi (Willenserklärungstheorie)

Bu teoriye göre, rıza mutlaka açıklamalıdır. Rıza, hukuki bir işlem olduğu için, rıza açıklaması da hukuki işlemlere ilişkin şekil şartlarına uygun olmalıdır. Açıklama ile kastedilen şey failin rızanın varlığından haberdar olmasıdır. Nasıl ki özel hukukta bir sözleşmenin oluşabilmesi için icabın karşı tarafa ulaşması gerekiyorsa rızanın da yazılı veya sözlü olarak muhatabına ulaşması gerekir[592].

Katı irade açıklaması teorisi, rızanın hukuki bir işlem olmadığı gerekçesi ile haklı olarak reddedilir[593]. Objektif olarak var olan ve dış dünyada algılanabilir bir şekilde ortaya çıkmış olan rıza, salt hukuki işlemlere ilişkin şekil şartlarına uygun olmadığı için geçersiz sayılamaz[594]. Kişinin fiili onaylayan iradesinin davranış

---

[590] MEZGER, Strafrecht, s. 209; Bkz. GÖBEL, s. 135; Bkz. HINTERHOFER, s. 83 vd.
[591] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 42- 48; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34 V 4, s. 382; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/LENCKNER, Vorbem §32, kn. 43.
[592] ZITELMANN, AcP 99, s. 56 vd.
[593] GEERDS, s. 76; KESSLER, s. 105- 109; HONIG, s. 153- 158.
[594] "*Rıza bir irade açıklamasıdır. Bu nedenle dış dünyada kendini ortaya koyacak sözel ya da gerçek bir hareketi gerektirir"*(Wort oder tatsächliches verhalten). KESSLER, s.100.

biçiminde de olsa yanlış anlaşılmaya müsaade etmeyecek biçimde ortaya çıkması rızanın açıklandığının kabul eilmesi için yeterli kabul edilmelidir[595].

Kanunlarda rıza açıklamasına ilişkin özel bir şekil şartı kabul edilmediği sürece[596], rızanın genel olarak bir hukuki işlem olduğu kabul edilmediğinden, belirli bir şekilde açıklanması beklenmemelidir.

2. İradenin Yönü Teorisi (Willensrichtungstheorie)

İradenin yönü teorisine göre, rıza hukuki niteliği itibariyle hukuki bir işlem değildir. Tamamen ceza hukukuna ait bir kurumdur ve bu nedenle rızayı bir irade açıklaması olarak görmeye imkân yoktur. Rıza hukuki işlem yapmaya yönelik bir irade açıklaması olmadığı için, açıklanması gerekmez. Açıklanmış olsa bile, bunun ayrıca karşı tarafa ulaşması beklenmemelidir. Rıza açıklamaya yetkili olan kişinin içsel iradesinin fiilin gerçekleştirilmesi yönünde oluşması hukuka sonuçlarının ortaya çıkması için yeterlidir[597].

İradenin yönü teorisi de, ispata ilişkin sorunlarla karşılaştığı için eleştirilmiştir. Rıza açıklanmaz ve kişinin iradesi dış dünyada anlaşılmazsa, rıza ile kayıtsız kalma veya sessizce katlanma arasındaki farkı tespit etmek zorlaşır[598].

Örneğin, bir gece su içmek için yatağından kalkan A, pencereden dışarı baktığında komşusu B'nin, bahçedeki ceviz ağacını kestiğini görür. Ancak A, zaten çok büyüdüğünü ve eve giren ışığı engellediğini düşündüğü ağacı kesmek istemektedir. Bu nedenle B'nin davranışına ses çıkarmaz ve yatağına gidip yeniden uykuya dalar[599]. Ancak A'nın tek başına bu davranışından, sessizliğinden rıza göstermiş olduğu sonucuna ulaşılması çok zordur[600]. Çünkü A aynı şeyi B'den korktuğu için yapmış da olabilir.

---

[595] GEERDS, s. 77.
[596] Örneğin, organ bağışı için açıklanan rızanın yazılı olması gerekir.
[597] MEZGER, Strafrecht, s. 209; NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 134; HINTERHOFER, s. 84 vd.; GÖBEL, s. 135.
[598] ROXIN, Einwilligung, s. 36; ODENWALD, s. 65.
[599] Örnek için bkz. HINTERHOFER, s. 84.
[600] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 73; HIRSCH, LK Vor §32, kn. 111.

Öte yandan, rızanın açıklanmasına gerek olmadığı kabul edilmektedirse suç işlendikten sonra gösterilen rıza yani icazet ile suç işlenmeden önce gösterilmesi gereken rıza arasındaki ayrım da anlamını kaybedecektir.

İradenin yönü teorisinin rızanın tespitine ilişkin ciddi sorunlarla karşılaşacağı eleştirilerine karşı, rızanın varlığının tespitinin bir ispat sorunu olmadığı söylenmiştir. Eğer denmiştir, rıza açıklanmadığı için fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilmeyecekse, failin kastının kesin olarak tespit edilemediği hallerde de kastın varlığının reddedilmesi gerekirdi. İspata ilişkin zorluk, var olan rızanın yok sayılmasına neden olamaz[601].

Ancak kast ile rıza karşılaştırılarak eleştirilere bir cevap verilmeye çalışılması doğru değildir. Çünkü, failin kastı ispat edilemeyebilir, bu durumda "*dubio pro reo"* kuralı gereği failin kasten hareket etmediği kabul edilmektedir. Rızanın bulunup bulunmadığının şüpheli olduğu hallerde aynı kuralı uyguladığımızda ise *şüpheden fail yararlanacak* ve rızanın bulunduğuna karar verilecektir. Böyle bir yorum, rızanın varlığına ilişkin tereddüt olması halinde fail lehine çok büyük bir avantaj sağlar, ancak mağduru daha da mağdur eder[602].

Rızanın açıklanmasına gerek olmadığının kabul edilmesi halinde, rızanın geri alındığının bildirilmesine de gerek olmaz. Rızanın hukuki sonuçlarının ortaya çıkması için kişinin içsel iradesinin fiille örtüşmesi yeterli görüldüğünde, rızanın geri alınması halinde de açıklamaya gerek olmaksızın içsel iradenin varlığı yeterli görülebilir. Bu durumda kişi ne rızasını ne de rızasını geri aldığını bildirmek zorunda olmayacaktır[603].

Ancak ne rızanın varlığını ne de geri alındığını bilmeyen failin, cezai sorumluluğunun neye göre saptanacağı belli değildir. Hiç açıklanmamış olan, bu nedenle de fail tarafından bilinmeyen rızanın geri alındığını da bilmeksizin

[601] HINTERHOFER, s. 83.
[602] ODENWALD, s. 65.
[603] HINTERHOFER, s. 111.

hareketine devam eden faili, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşmaktan sorumlu tutmak gibi garip bir durumla karşı karşıya kalınır[604].

3. Sınırlı İrade Açıklaması Teorisi (eingeschränkteWillenserklärungstheorie)

İrade açıklaması teorisi ve iradenin yönü teorisini reddedenler, sınırlı irade açıklaması teorisini geliştirmişlerdir. Ceza hukuku öğretisinde hâkim olan ve bizim de desteklediğimiz bu teoriye göre, hak sahibinin içsel iradesinin failin fiiliyle örtüşmesi veya içinden rıza göstermesi, rızanın hukuki sonuçlarının ortaya çıkması için yeterli değildir. Rıza mutlaka açıklanmalıdır[605].

Rıza açıklanmak zorundadır ancak, irade açıklaması teorisinin savunduğu gibi belirli bir şekil şartına uymak zorunlu değildir. Rıza açıklaması açık veya zımni olabilir. Yazılı, sözlü veya davranışlarla da kişi iradesini ortaya koyabilir. Bu nedenle somut olayda hukuksal değer sahibinin davranışları dikkate alınmalı ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde iradesinin, fiille örtüştüğü sonucuna ulaşılabiliyorsa rızanın açıklandığı kabul edilmelidir[606].

Kişi rızasını başını sallayarak, göz kırparak, susarak veya başka herhangi bir davranışı ile açıklayabilir. Ancak davranıştan kişinin iradesinin fiile örtüştüğünden başka bir sonuca ulaşılmamalıdır. Diğer bir ifadeyle hareket tereddütsüz rızaya işaret etmelidir[607].

İradenin yönü teorisinin hukuk güvenliği ve ispata ilişkin sorunlar yaratan sessiz kalmak ve rıza göstermek arasındaki farkın tespitinde karşılaştığı zorluk, sınırlı irade teorisi ile aşılabilmiştir. Rızanın davranışlarla da olsa açıklanmak zorunda olması, failin rızanın var olduğu zannı ile hareket ederek bir başkasının

---

[604] ODENWALD, s. 65.
[605] TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 252; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 184; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 256; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, kn. 378; KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 31; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, III, 2; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 104; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 49; ROXIN, Einwilligung, s. 37; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 73.
[606] Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 273; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 325; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, § 17, kn. 104.
[607] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 34, III, 2; TOROSLU, Genel Kısım, s. 167.

hukuksal değerini ihlal etme riskini azaltır veya tamamen ortadan kaldırır[608]. Rıza açıklaması hukuk güvenliğinin sağlanması açısından çok önemlidir[609]. Açıklanmayan rızanın ceza hukuku açısından hiçbir değeri yoktur.

Sessiz kalmak veya faile engel olmamak, tek başına rıza açıklaması olarak değerlendirilemez[610]. Nitekim AİHM, mağdurun aktif mukavemette bulunmamasının savcılık tarafından mağdurun cinsel ilişkiye rıza gösterdiği şeklinde yorumlanarak takipsizlik kararı verildiği "arkadaş tecavüzü" olayında, Bulgaristan hükümetini eksik soruşturma yapmaktan tazminata mahkum etmektedir[611]. Sessiz kalmak, karşı koymamak gibi davranışların rıza olarak kabul edilebilmesi için başka emarelere de ihtiyaç vardır[612]. Kişinin iradesinin hangi yönde olduğu dış dünyada açıkça anlaşılabilir olmalıdır. Kişinin sessiz kalması, tek başına rıza gösterildiği şeklinde yorumlanabileceği gibi, rıza gösterilmediği şeklinde de yorumlanabilir. Ancak kişinin sessizliğinden, diğer tutum ve davranışları ile birlikte veya faille arasındaki ilişki veya somut olayın oluşuyla birikte değerlendirildiğinde, rıza gösterdiği sonucuna ulaşılabiliyorsa, hukuksal değer sahibinin sessiz kalmasından rıza gösterdiği sonucu çıkartılabilir.

Örneğin, bir oyuncak dükkânı sahibi dükkâna gelen bir çocuğun oyuncak bir arabayı çantasına koyduğunu görmesine rağmen sessiz kalır. Bu sessizlik tek başına dükkan sahibinin, fiile rıza gösterdiğini kabul etmek için yeterli değildir. Dükkân sahibi acıdığı için çocuğun oyuncağı almasına ses çıkarmamış olabileceği gibi, çocuğu dükkândan çıkarken suçüstü yakalamak istediği için de sessiz kalmış olabilir. Bu nedenle her somut olay kendi içinde, kendi oluş biçimine göre değerlendirilmeli

---

608 AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 941.
609 FRISCH, Einwilligung, s. 332.
610 HIRSCH, in LK Vor §32, kn.111; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 257.
611 *"Şiddet izleri veya görgü tanıkları gibi "doğrudan" tecavüz delili bulunmayan hallerde rıza yokluğunu kanıtlamak pratikte bazen güç olmakla birlikte; Mahkeme, yine de yetkili makamların bütün maddi olayları araştırmaları ve olayın içinde bulunduğu bütün maddi koşulları değerlendirerek karar vermeleri gerektiğini düşünmektedir. Yapılan soruşturma ve varılan sonuçlar, rıza göstermeme meselesine odaklanmalıdır."* M. C./ Bulgaristan Kararı, Karar Tarihi: 04. 12. 2003, Başvuru Numarası: 39272/98, pragraf: 181, in: http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=4108, (siteye giriş tarihi: 24.04.2010).
612 *"... Mağdurun hamileliği anlaşılıncaya kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez..."*. Y CGK, E. 2002/5-324, K. 2003/55, T. 25.3.2003, http://www.kazanci.com, (siteye giriş tarihi: 16.10.2009).

ve hak sahibinin sessizliğinden rıza gösterdiği anlaşılabiliyorsa, rızanın varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle kişinin fiilin gerçekleştirilmesini onaylayan iradesini en azından davranışları ile dış dünyada algılanabilecek bir şekilde ortaya koyması gerekir[613].

Rızanın açıklanmasının bir diğer önemi de faile gerçekleştireceği fiil konusunda yol göstermesidir. Kişi rıza açıklaması ile aslında faile kendi hukuksal değerine ilişkin verdiği kararı bildirir[614]. Rıza açıklaması ile hukuksal değer sahibi sahibi, fiilin sınırlarını ve kapsamını da belirlemiş olur. Rıza açıklaması, hukuksal değer sahibi için, failin kimliğini, fiilin konusunu ve fiilin gerçekleştirilme biçimini, örneğin fiilin yer ve zamanını belirlemesini sağlayan bir araçtır[615].

Öte yandan, rıza açıklaması aynı zamanda failin davranışlarına da yol gösterir. Böylece fail hangi fiili geçekleştirdiğinde cezalandırılmayacağını bilerek hareket eder. Bu niteliğiyle rıza açıklaması hak sahibinin elinde bulunan ve failin hareketlerinin türünü ve sınırlarını belirlemesine yarayan bir araçtır. Fail açısından ise ceza tehdidi ile karşılaşmadan bir fiili gerçekleştirebilmesi için yol gösteren talimatname gibidir. Failin ceza tehdidinden kurtulması ancak ve ancak gerçekleştirdiği fiilin gösterilen rızanın sınırları içinde kalmasıyla mümkündür[616]. Örneğin, bir çiftlik sahibi, bir kasaptan, ağılında bulunan danayı kesmesini istediğinde, çiftlik sahibinin rızası kasabın dana yerine ineği kesmesini hukuka uygun hale getirmez[617].

Fiil ve iradenin örtüşmemesi halinde, failin cezai sorumluluğu kusuru ile orantılı olarak devam eder. Bu açıdan komşusunun evine giren ışığı engellediği için, bahçesindeki ağacın kesilmesine izin veren kişinin rızası, bahçedeki bütün ağaçların kesilmesini hukuka uygun hale getirmez veya apandisit ameliyatı için gösterilen rıza böbreklerin alınması fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.

---

[613] ODENWALD, s. 65; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 257.
[614] AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 42; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 516.
[615] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 104.
[616] AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 516; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17 kn. 104.
[617] Örnek için bkz. AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 516.

TCK m. 26/2'nin lafzı da, " kişinin…, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" şeklindedir. Kanunun düzenleniş biçiminden de ancak açıklanan rızanın fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracağı buna karşın açıklanmayan rızanın önemsiz olduğu anlaşılmaktadır. Fail fiili, ancak hak sahibinin açıkladığı rıza çerçevesinde gerçekleştirirse cazai yaptırım tehdidinden kurtulur.

Son olarak öğretide hukuka uygunluk nedeni olan rızanın mutlaka açıklanması gerekirken, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın açıklanmasına gerek olmadığını savunan görüşe[618] katılmadığımızı da belirtmeliyiz. Yukarıda da belirttiğimiz ve esas itibariyle rızanın tipikliğin gerçekleşmesine engel olduğu suç tiplerine birer örnek teşkil eden hususlararda da işaret ettiğimiz gibi, rızanın açıklanmaması, ispata ilişkin büyük zorluklar yaratır. Öte yandan rızanın suça etkisinin farklı olması, iki rıza türü arasında rıza açıklaması açısından da fark olduğu anlamına gelmez. Nitekim, rızanın suça etkisini ikiye ayırarak inceleyen bazı yazarlar da hukuka uygunluk nedeni olan rızanın mutlak surette açıklanması gerekirken, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın açıklanmasına gerek olmadığı görüşünü kabul etmezler. Çünkü tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın geçerlilik şartları, daha çok rızanın ilişkin olduğu suç tipinin özelliklerine göre değişir. Bu nedenle tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın şartları, genel olarak belirlenemez[619]. Kanaatimizce, ispata ilişkin sorunları aşabilmek için, hem hukuka uygunluk nedeni olan rıza, hem de tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza, davranışlarla da olsa mutlaka açıklanmalıdır.

C. Rıza Açıklamasının Muhatabı

Rıza açıklaması kural olarak faile karşı yapılmalıdır[620]. Failin rızanın varlığını bilip bilmemesi, hata açısından önemlidir, bu nedenle de ayrıca incelenmelidir. Ancak burada hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza arasında bir ayrım yapmak gerekir.

---

[618] HIRSCH, LK Vor§32, kn. 102; GROPP, Strafrecht AT,§6, kn. 62.
[619] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB, Vorbem. §§32, kn. 32.
[620] GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 48.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığını failin bilmesinin, rızanın hukuki sonuçlarının ortaya çıkması açısından gerekli olup olmadığı konusunda öğretide iki farklı görüş vardır[621].

Bir görüşe göre, hukuka aykırılık *"ex ante"* yani olay anındaki şartlara göre değil, "*ex post"* yani sonradan yapılacak bir değerlendirmeyle belirlenir. Bunun anlamı hukuka aykırılığın harekete göre değil, neticeye göre tespit edileceğidir. Bu açıdan rızanın hukuki sonuçlarının ortaya çıkması için de somut olayda objektif olarak var olması yeterlidir. Ayrıca failin bunu bilmesi gerekmez[622], bu nedenle rıza açıklamasının faile yani muhatabına ulaşıp ulaşmamasının bir önemi yoktur[623]. Failin gerçekleştirdiği fiilin hareket kısmının olumsuz değerliliği, hukuksal değer sahibinin hukuksal değerinin önemine ilişkin bilgisiyle ortadan kalkar. Bu nedenle failin rızadan haberdar olması gerekmez[624].

Alman ceza hukuku öğretisindeki ağırlıklı olarak savunulan diğer bir görüşe göre ise, fail rızanın varlığını bilmeli ve rızanın var olduğu bilinciyle hareket etmelidir[625]. Esas itibariyle hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif nitelikte olduğunu kabul eden bu görüş, hukuka aykırılığın belirlenmesinde subjektif unsurların da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri değerlendirilirken yalnızca neticeye değil, aynı zamanda harekete de bakmak gerekir. Kişinin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmesi için, bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarının objektif olarak bulunmasının yanında, failin

---

[621] KOCA, Hukuka Uygunluk Sebepleri, s. 122; Hukuka uygunluk nedenlerinin etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. KATOĞLU, s.81 vd.

[622] TOROSLU, Genel Kısım, s. 136, s. 160; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 113; Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza açısından benzer değerlendirmeler için bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 75, kn. 118; Ayrıca bkz. ROXIN, Einwilligung, s. 37.

[623] Bkz. ROXIN, Strafrecht AT, § 13, kn. 118; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 696; BLOMBERG, Peter von, Das Bewusstsein des Täters von Vorhandensein der Einwilligung, München Univ. Diss., 1963, s. 5 vd.

[624] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 41.

[625] WESSELS/BEULKE, Strafrecht AT, kn. 379; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 113; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 140; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB, Vorbem. §32, kn. 52; FRISCH, Einwilligung, s. 333, dp. 66; bu görüş, Aygörmez tarafından da savunulur. Bkz.: AYGÖRMEZ, s. 162.

de bir hukuka uygunluk hali içinde olduğunu bilmesi gerekir[626]. Eğer fail rızanın varlığından haberdar değilse, hukuka uygunluk neticesinden yararlanamaz[627]. Failin gerçekleştirdiği fiilin neticesinin haksızlığı, objektif olarak var olan rıza nedeniyle ortadan kalkar, ancak hareketin haksızlığı var olmaya devam eder[628].

Bununla birlikte bu yazarlar, failin rızanın var olduğunu bilmeden hareket etmesinin cezalandırmaya ilişkin sonuçları üzerinde görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Bazı yazarlar failin suça teşebbüsten[629] cezalandırılması gerektiğini savunurken, bazıları tamamlanmış suçtan cezalandırılması gerektiği görüşündedir[630].

Yukarıda rızanın açıklanması gerektiğini, rıza açıklamasının aynı zamanda fail açısından hukukun izin verdiği sınırlar içinde hareket etmesini garanti eden bir talimatname gibi olduğunu belirtmiştik[631]. Kural olarak failin rızanın varlığını bilmesi beklenir. Ancak objektif olarak var olan rızanın, fail tarafından bilinmediği hallerle de karşılaşılabilir. Böyle bir durumda hukuka uygunluk nedeni olan rızanın, tipe uygun fiili hukuka uygun hale getirmesi kaaatimizce mümkün olmalıdır. Zira biz hukuka uygunluk nedenlerinin etkisinin sübjektif değil, objektif olması gerektiği kanaatindeyiz. Neticenin objektif olarak haksızlık oluşturmadığı hallerde, faili cezalandırmak fiili değil, failin kişiliğini ve tehlikeliliğini cezalandırmak anlamına gelir. Bu nedenle somut olayda mevcut, geçerli bir rıza açıklaması, failin bunu bilmesinden bağımsız olarak fiili hukuka uygun hale getirecektir[632].

Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın da somut olayda objektif olarak var olması yeterlidir. Ayrıca failin rızanın var olduğunu bilmesine gerek yoktur.

---

[626]AYGÖRMEZ, s. 162; Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru konusunda bkz.: ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 412; KOCA, Hukuka Uygunluk Nedenleri, s. 123; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 272; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 261.
[627] HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 126.
[628] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, V.
[629] AYGÖRMEZ, s. 162; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 412; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, kn. 379; Bazı yazarlar ise, failin teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, söz konusu olanın bir elverişsiz teşebbüs olduğunu belirtmektedirler. Bkz. JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, V; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §§ 32, kn. 51.
[630]HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 126; Bkz. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler I, s. 712.
[631] AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 516.
[632] TOROSLU, Genel Kısım, s. 160.

Örneğin, bir markette hırsızlık yapan fakir bir kadını fark eden güvenlik görevlisi, tam kadına müdahale edeceği sirade, market sahibinin bırak anlamındaki bir işaretiyle durur. Olup bitenlerden habersiz olan kadın, beraberinde aldığı ürünle birlikte marketten çıkıp gider[633]. Olayda hırsız, market sahibinin rıza gösterdiğini bilmemesine rağmen objektif olarak var olan rıza fiilin suç tipine uygun olmasına engel olacağı için fail cezalandırılmaz[634].

Rızanın bulunmamasının tipik fiilin bir unsuru olduğu hallerde, fiilin rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi suçun oluşması için zorunludur. Geçerli bir rızanın varlığı başka bir şartın daha gerçekleşmesine gerek olmaksızın otomatik olarak fiili suç tanımı dışına çıkaracaktır. Ayrıca failin rızanın varlığını bilmesi aranmaz. Somut olayda kişinin rıza gösterdiği açıkça anlaşılabiliyorsa, suç işlediği zannıyla hareket eden failin fiili herhangi bir suç tipini ihlal etmeyeceğinden cezalandırılmaz[635]. Esasen burada rıza ile gerçekleştirilen hareket suç tipini gerçekleştirmeye elverişli olmayacağı için, ceza hukukunda cezalandırılmayan işlenemez suçtan (elverişsiz tesebbüsten) söz edilmesi de mümkündür[636].

Failin gerçekte var olmayan rızayı var zannederek fiili gerçekleştirmesi halinde ise hataya ilişkin genel kurallar uygulanır. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın şartlarının somut olayda gerçekleştiğini zanneden fail kaçınılmaz bir hataya düşmüşse TCK'nın 30/3. maddesi gereğince, hatasından yararlanır. Tipikliği kaldıran rızanın gerçekleştiğine ilişkin bir hataya düzen fail ise tipik fiile ilişkin bir unsuru "rızanın bulunmadığını" bilmediği için kasten hareket etmiş olmaz, ancak fiilin taksirli hali cezalandırılıyorsa, fail fiilin taksirli halinden sorumludur (TCK m. 30/1). Rızanın bulunmamasının suç tipinde belirtilen bir unsur olduğu veya tipi ihlal eden fiilin rıza olmadan gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna yorum yoluyla ulaşılan, hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, cinsel saldırı ve özel hayatın gizliliğini ihlal gibi suçların, taksirli halleri TCK'da suç olarak

[633] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §§ 32, kn. 43; ZIPF, ÖJZ 1977, s. 382.
[634] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §§ 32, kn. 43; HINTERHOFER, s. 83.
[635] Faiilin işlediğini sandığı suç kanunda vardır, ancak somut olayda tipiklik gerçekleşmemiştir. Bu nedenle işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) cezalandırılmaz. HAKERİ, Temel Bilgiler, s. 90.
[636] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 118; İşlenemez suç hakkında bkz.: TOROSLU, Genel Kısım, s. 266- 267; Ayrıca bkz.: HAKERİ, Genel Hükümler, s. 381.

düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu suçlar açısından failin rızanın bulunduğuna ilişkin hatası, cezai sorumluluğu ortadan kaldırır.

D.Açıklamanın Şekli

Rıza açıklaması kural olarak belli bir şekle bağlı değildir. Rıza yazılı veya sözlü olarak açıklanabileceği gibi, somut koşullardan ve kişinin davranışlarından anlaşıldığında da açıklanmış sayılır[637]. Eğer rıza gösterdiğini anlamamıza yarayan başka emareler de varsa, fiile karşı koymamak veya sessiz kalmak da rıza açıklaması olarak değerlendirilebilir. Hal ve durumdan kişinin rıza gösterdiğininin anlaşılması yeterlidir[638].

Bazı hallerde rıza açıklaması için belli bazı şekil şartlarını yerine getirmek gerekebilir. Örneğin, MK m. 23/3'e göre, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli için kişinin yazılı rızası gerekir. Ancak rızayı belirli bir şekil şartına bağlayan bu gibi düzenlemelerin, özel hukuk açısından taşıdığı anlam ile ceza hukuku açısından taşıdığı anlam birbirinden farklıdır. Şekil kuralına uyulmasa bile, kişinin açıkladığı geçerli bir rızaya dayanılarak gerçekleştirilen bir müdahalenin, hekimlik sözleşmesi ve özel hukuk açısından bağlayıcı sonuçları olabilir. Ancak geçerli bir rızaya dayanan ve tıbbi müdahalelerin diğer hukuka uygunluk koşullarına da uygun olan bir müdahale, yalnızca rıza yazılı olarak alınmadığı için ceza hukuku açısından hukuka aykırı görülemez[639].

Bu nedenle ceza hukukunda rıza açıklamasının şekli önemli değildir. Önemli olan rızanın var olduğunun dış dünyada algılanabilir, anlaşılabilir bir şekilde ortaya konmasıdır. Rıza açıklamaya yetkili olan kişinin rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmaması, örneğin bilincinin yerinde olmaması hallerinde ise varsayılan rızaya ilişkin kurallar kapsamında bir çözüm bulmak gerekir[640].

---

[637] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 184; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 749; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 111.
[638] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 749.
[639] ERMAN, B., s. 124.
[640] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, § 17, kn. 104.

E. Açıklamanın Zamanı

Rızanın kişinin gerçek iradesini ortaya koyabilecek nitelikte olması kadar, açıklamanın yapılacağı zaman da önemlidir. Rıza açıklamasının mutlaka fiilden önce veya en geç fiilin gerçekleştirilmesine, yani icra hareketlerine başlandığı sirade[641] yapılmalıdır.

Suç tamamlandıktan sonra hak sahibinin bunu kabullenmesi rıza değil icazettir. Suç tamamlandıktan sonra verilen icazet ile rıza birbirine karıştırılmamalıdır. Fiilin icrasından önce açıklanan rıza üzerine gerçekleştirilen fiil suç değildir. Buna karşın icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra verilen icazete rağmen fiil suç olmaya devam eder. İcazet suç üzerinde değil ancak bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olan şikâyet üzerinde etkilidir[642]. Sonradan verilen icazet, hukuksal değeri koruyan norma karşı gerçekleştirilmiş olan ihlali ortadan kaldırmayacağı için, fiil suç olmaya devam eder[643]. Geçerli bir rıza failin cezalandırılmasına engel olan mutlak bir etkiye sahiptir, buna karşın icazetin yalnızca takibi şikeyete bağlı suçlar üzerinde sınırlı bir etkisi vardır[644].

İcra hareketleri başlamadan önce açıklanması gereken rıza belirli bir süre devam etmelidir[645]. Bu süre, fiilin tamamlanmasına kadarki zaman dilimidir[646]. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda olduğu gibi mütemadi suçlarda, rıza temadi sona erene kadar devam etmelidir[647].

---

[641] RÖNNAU, Thomas, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, JURA 2002, s. 666; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 105; Ancak Türk ceza hukuku öğretisinde Donay, fiil icra edildikten sonra rıza gösterilmesinin de fiili hukuka uygun hale getireceğini söylemektedir. *"Hareketin yapımından sonra rıza gösterme eylemi hukuka uygun hale getirir"*. Bkz. DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2007, s. 42; Bu görüşün eleştirisi için bkz.: ÜNVER, Rıza, s. 252.

[642] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 112; HINTERHOFER, s. 106.

[643] HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 252; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 185; AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 941.

[644] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 751.

[645] TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 109.

[646] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 132; WEISSENBERGER, s. 89; Ancak burada, rızanın devam etmesi gereken süre ile kastedilen salt hareket suçları açısından kanunda tarif edilen hareketin yapıldığı veya neticeli suçlarda neticenin meydana geldiği süredir. Ayrıca bakınız HINTERHOFER, s. 105- 106.

[647] HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 113; WEISSENBERGER, s. 89; HINTERHOFER, s. 106.

Başlangıçta var olan rızanın icra hareketlerine başlandıktan sonra geri alınması halinde ise bu andan itibaren gerçekleştirilen fiiller suçtur[648]. Örneğin, özel hayatına ve cinsel tercihlerine ilişkin bazı bilgilerin basın yoluyla yayınlanmasına başlangıçta izin veren bir sinema oyuncusu, daha sonra rızasını geri almasına rağmen bu bilgilerin yayınlanması gazetecinin veya yazarın cezai sorunluluğunu gerektirir.

Öte yandan, fiil hem zaman, hem de nitelik ve ağırlık itibarıyla gösterilen rızanın sınırlarını aşmamalıdır. Rıza gösteren kişi fiilin hangi zaman aralığı içinde yapılacağını belirleyebilir. Örneğin, (A) otomobilini yalnızca hastaneye gidip gelmesi için birkaç saatliğine komşusu (B)'ye ödünç vermesine rağmen, (B)'nin otomobille iki gün ortadan kaybolup memleketine aile ziyaretine gitmesi, açıklanan rızanın sınırları içinde değildir. Ancak herhangi bir zaman sınırlaması getirilmemişse, rızanın ne zamana kadar devam ettiği somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir[649]. Failin bu sınırları aşması halinde ise TCK m. 27 gereğince sorumluluğu gerekir.

F. Rızanın Geri Alınması

1. Genel Olarak

Rıza, fiil tamamlanıncaya kadar her zaman geri alınabilir[650]. Rıza, kişinin hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçmesi olduğuna göre, kişinin değişen menfaatlerine karşı esnek olması gerekir. Tıpkı rıza gibi, rızanın geri alındığı da açıklanmalıdır. Rıza tıpkı açıklandığı gibi, yazılı sözlü veya en azından şüpheye yer bırakmayacak şekilde davranışlarla geri alınabilir[651].

Rıza, rızayı açıklayan kişi yani rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin sahibi tarafından geri alınmalıdır. Rıza açıklama yetkisine ve ehliyetine sahip olan kişinin aynı zamanda rızasını geri alma yetkisi ve ehliyeti de vardır. Rızasını geri alan kişi rızayı geri alma ehliyetine de sahip olmalıdır. Rızayı geri alabilme ehliyeti, rıza

[648] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 185; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 751.
[649] WEISSENBERGER, s. 90.
[650] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 185; NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 132; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 113.
[651] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 945.

gösterebilme ehliyetiyle aynı yetenek ve yeterliliklere sahip olmayı gerektirir. Rıza gösterebilme yeteneği gibi, rızayı geri alabilme yeteneği açısından da önemli olan, kişinin kendi hukuksal değerleri üzerinde kendi menfaatleri doğrultusunda tasarruf edebilme yeteneğine sahip olmasıdır[652].

Rıza açıklaması gibi, rızayı geri alma kararı da kişinin özgür iradesine dayanmalıdır. Rıza fiilin icrasına başlanmadan önce geri alınmışsa gerçekleştirilen fiil hukuka aykırı olur. Ancak rıza fiilin icrasına başlandıktan sonra geri alınmışsa, rızanın var olduğu zaman dilimi içinde gerçekleştirilen hareketler hukuka uygun, rızanın geri alınmasından sonra gerçekleştirilen hareketler ise hukuka aykırıdır[653]. Örneğin, A, B'den yaşlı ve hasta olan köpeğini vurmasını ister. B bu isteği kabul eder ve köpeğe bir el ateş eder, ancak beklenenin aksine köpek ölmez. Bunun üzerine A, köpeğe acıdığı için kararından vazgeçer ve onu veterinere götürmek ister. Ancak B, köpeğin daha fazla acı çektiğini düşünerek bir el daha ateş ederek köpeği öldürür. Bu durumda A'nın rızasını geri almasından sonra gerçekleştirilen hareketler hukuka aykırıdır[654]. Aynı şekilde başlangıçta tıbbi müdahaleye rıza gösteren hasta, her an rızasını geri alarak tedaviyi yarıda bırakabilir[655].

Rızanın geri alınması ile ilgili olarak üzerinde en çok tartışılan konu ise bağlayıcı, yani geri almamak üzere rıza açıklaması hukuken dikkate alınıp alınmayacağıdır.

Kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillere ilişkin olarak bağlayıcı rıza gösteremeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim organ bağışı için verilen rıza, her zaman geri alınabileceği gibi, kimse bağış yaptığı için organlarını vermeye zorlanamaz. Vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin hukuksal değerleri ihlal eden fiillere geri alınamayacak şekilde rıza gösterilemez[656]. Kişinin üzerinde serbestçe

[652] AMELUNG/ EYMAN, JuS 2001, s. 945.
[653] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 185.
[654] HINTERHOFER, s. 107; Benzer Örnekler için Bkz. NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 133.
[655] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 216 vd.
[656] HINTERHOFER, s. 108.

tasarruf edebileceği diğer bazı hukuksal değerlere ilişkin olarak ise, sınırlı bir şekilde bağlayıcı rıza göstermesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[657].

2. Bağlayıcı Rıza

Kural olarak bir fiilin gerçekleştirilmesi için verilen rıza, fiil tamamlanıncaya veya netice meydana gelinceye kadar her zaman geri alınabilir. Ancak bazen rızanın geri alınması mümkün değildir.

Rızanın her zaman geri alınabileceği kuralının ilk istisnası, rıza ile icrasına başlanan bir fiilin, icra hareketlerinin artık geri dönülemeyecek bir noktaya veya artık fiili eski hale getirmenin mümkün olmadığı bir aşamaya gelmiş olmasıdır[658]. Örneğin, uçakla seyahat etmekte olan bir yolcunun, uçağın okyanusun üzerinde seyrettiği bir anda uçaktan acil inmek istemesinin bir önemi yoktur. Böyle bir durumda icra hareketlerinden geri dönülmesi mümkün olmadığı için, pilot kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu tutulamaz[659].

Rıza, bir özel hukuk sözleşmesinin unsuru olduğunda da geri alınamaz. Malvarlığına ilişkin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin kurucu unsuru olan rıza, icra hareketleri başladıktan sonra geri alınamaz. İcra hareketleri başlamadan önce ise rıza geri alınabilir[660]. Örneğin, büyük bir meyve bahçesi olan A, ağaçların bakımı ve kesimi için bahçevan B ile bir sözleşme yapar. Sözleşmeye göre, B, ağaçların fazla uzamış olan dallarını kesecek, kesilmiş olan dalları bahçeden çıkartacak ve evine götürüp isterse odun yapabilecektir. B, dalların kesimine başladığı anda sözleşme feshedilmemişse A'nın rızasını geri alması ceza hukuku açısından önemli değildir[661].

Malvarlığına ilişkin özel hukuk sözleşmeleri açısından geçerli olan kural, kişinin hürriyetinin kısa süreliğine kısıtlanmasının söz konusu olduğu taşıma

[657] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 945.
[658] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 113.
[659] HINTERHOFER, s. 110.
[660] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 132.
[661] Örnel için bkz.: GÖBEL, s. 139.

sözleşmeleri açısından de geçerlidir. Tren ve uçak[662] yolculukları gibi, kişinin hareket özgürlüğünün kısa süreliğine de olsa kısıtlandığı taşıma sözleşmelerinde, rıza sözleşmenin bir unsurudur. Kişi bilet almış olsa bile uçağa binip binmemekte özgürdür. Ancak, uçak havalandıktan sonra geri dönmek veya hemen inmek istemesi pilot ve uçuş personelinin cezai sorumluluğunu gerektirmez.

Rızanın bir özel hukuk sözleşmesinin unsuru olduğu için geri alınamaması, icra hareketlerinin eski hale getirilemesindeki maddi imkânsızlık nedeni ile geri alınamamasından farklıdır. Rızanın bir özel hukuk sözleşmesinin unsuru olduğu hallerde, icra hareketlerini eski hale getirmek mümkün olsa bile rıza bağlayıcıdır. Örneğin, bir belediye otobüsü yolcusu otobüsün duraktan ayrılmasından 100-200 metre sonra, otobüs tam evinin bulunduğu sokağın başına geldiğinde otobüsün hemen durdurulmasını isteyemez[663]. Veya İstanbul-Ankara arasında sefer yapan ve yalnızca belirli istasyonlarda duran hızlı trene binen yolcunun, tren yol kenarındaki köyüne geldiğinde inmek istediğini söylemesinin bir önemi yoktur. Bu gibi durumlarda, icra hareketlerinin yarıda kesilmesi veya geri alınması mümkün olduğu halde şöför veya makinist bir sonraki durağa veya istasyona kadar durmayacaktır. Çünkü taşıma sözleşmesini yapan yolcu, hürriyetinin kısa süreliğine kısıtlanmasına rıza gösterir ve bu sözleşme şöför ve makiniste, bir sonraki durak veya istasyona kadar durmama ödevi yükler[664].

Bununla birlikte kişinin hürriyetinin uzun süreliğine kısıtlanmasına göstereceği rıza geçersizdir. Bu hususa ilişkin yapılan sözleşme MK m. 23/2 gereğince batıldır. Örneğin tıbbi bir deney kapsamında kişinin bir yıl süreyle bir odada kapalı tutulmasına ilişkin bir sözleşme yapılamaz. Kişiyi hürriyetinden uzun süre yoksun bırakan bir fiile göstereceği rıza gibi, bu rızayı geri alma hakkından feragat ettiğine ilişkin bir şart da geçersizdir.

[662] HINTERHOFER, s. 110.
[663] GÖBEL, s. 139.
[664] HINTERHOFER, s. 110.

Kişinin malvarlığına veya hürriyetine karşı gerçekleştirilen fiillere bir özel hukuk sözleşmesi olmaksızın gösterdiği rıza ise her zaman geri alınabilir[665]. Örneğin, sevgilisinin özel arabası ile Ankara'dan, İstanbul'a gitmeyi kabul eden B, yolda çıkan tartışma nedeniyle Eskişehir'de arabadan inmek ister. B'nin başlangıçta gösterdiği rıza, yola devam eden A'nın davranışlarını hukuka uygun hale getirmez.

Rızanın her zaman geri alınabileceği kuralının istisnası olarak görülebilecek bir diğer düzenleme de, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/son maddesinde yer alır. Buna göre, *"Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır"*.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, HHY'nin 24/son maddesini dar yorumlamak gerekir. Buna göre, HHY'nin 24/son maddesindeki "*müdahale*" teriminden genel anlamda tedavi değil, yalnızca "*acil müdahaleler*" anlaşılmalıdır. Rızanın geri alınmasında "*tıbbi sakınca"* bulunması ise hastanın rızası ile başlanmış olan acil bir müdahalenin yarıda kesilmesi halinde, *"hastanın yaşamına ve sağlığına yönelik geri dönüşü olmayan, yakın ve açık tehlikenin"* bulunması halinde mümkündür. Bu nedenle yaşamına yönelik yakın ve açık bir tehlike altında bulunan kişi, bununla ilgili yapılması zorunlu, acil bir müdahaleye rıza gösterdiğinde müdahale devam ederken rızasını geri alamayacaktır[666]. Ancak acil müdahale sona erdikten sonra, tedaviye devam edip etmemek yine hastanın kararına bağlı olmalıdır.

Buna karşın fizyoterapi veya kemoterapi gibi, belirli aralıklarla veya sürekli bir şekilde uygulanan tedavilere son verilmesi her an talep edilebilir. Rızanın her zaman geri alınabileceği kuralı, tedaviye başlanmamış olma şartına bağlanamaz. Bu nedenle HHY'nin 24/ son hükmü geniş yorumlanamaz[667].

Diğer bir görüşe göre ise bu düzenleme, hukukun genel ilkeleri ve Anayasa'ya aykırıdır. Bu nedenle, kanunda belirtilen haller dışında kişinin vücut bütünlüğünü onun rızasına aykırı olarak ihlal eden her fiil hukuka aykırı olacaktır. Kanunlarda

[665] GÖBEL, s. 140.
[666] ERMAN, B., s. 123; Bkz. BAYRAKTAR, s. 132.
[667] ERMAN, B., s. 123.

özel olarak düzenlenen haller dışında, kişinin kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza gösterme ve bu rızayı geri alma yani tedaviyi red hakkı mutlaktır. Bu hakkın HHY'nin 24/ son ile bu şekilde kısıtlanması hukuka aykırıdır[668].

Gerçekten de bu düzenlemenin geniş yorumlanması, kişinin kendi geleceğini belirleme ve buna bağlı olarak da tedaviyi reddetme hakkının ihlali anlamına gelir. Kişinin tedaviyi reddetme hakkının tanınmaması, hastanın iradesini hekime teslim etme ve hekimin denetimi altına girme riski taşır. Böyle bir durum doğrudan kişinin sağlık hakkını ihlal eder. Çünkü tedavi süreci hakkında karar verme hakkının olmadığını, rızasını geri alamayacağını düşünen kişi hekime başvurmaktan ve tedavi olmaktan kaçınabilir.

Tıbbi zorunluluk veya *tıbbi sakınca* kişinin kendisi hakkında karar verme özgürlüğünün önüne geçemez. Bu nedenle HHY'nin 24/son hükmünün hukukun genel ilkeleri ve Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki görüşlere katılıyoruz. Kaldı ki, aynı yönetmeliğin 25. maddesinde tedaviyi red hakkı kapsamında hastanın istediği zaman rızasını geri alabileceği de ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: "*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcisine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir."*

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz".

[668] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.219.

IV. Rıza Özgür ve Sağlıklı Bir İradeye Dayanmalıdır

A.Genel Olarak

Rızanın geçerli olabilmesi için sağlıklı ve serbest bir iradenin ürünü olması gerekir. Rıza kişinin gerçek iradesini yansıtmalı ve ciddi olmalıdır. Ciddi olmadığı, şaka olduğu anlaşılan irade açıklamaları, rıza olarak değerlendirilemez[669]. Ciddi olarak açıklanan rıza, aynı zamanda kişinin özgür iradesine dayanmalı, irade sakatlıklarıyla sakatlanmış olmamalıdır. Kişinin irade özgürlüğünün yani rıza gösterme özgürlüğünün ortadan kalkması, başka şekilde hareket edebilme yani rıza göstermeme özgürlüğünün ortadan kalkmış olması anlamına gelir[670]. Kişi kendisine cebir uygulandığı veya tehdit edildiği için rıza açıklamışsa, bu rızanın kişinin irade özgürlüğüne dayanan otonom bir rıza olduğu söylenemez. Bu şekilde elde edilen rıza hukuken geçerli değildir[671].

Ancak bazen kişi kendisine maddi veya manevi herhangi bir baskı yapılmadan, hile ile iradesi yanılgıya düşürüldüğü için de rıza göstermiş olabilir. Bu durumda, rıza zorla alınmamıştır ancak, rızayı açıklayan irade yanıltıldığı, aldatıldığı için sakattır. Bunun yanında bazen de kişi iradesi bir başkası tarafından yanıltıldığı için değil, kendi kendine düştüğü bir hata nedeniyle rıza açıklamasında bulunabilir. Kişinin gerçek iradesi ile açıkladığı irade arasında bir uyumsuzluk olduğunda rızanın sağlıklı olmadığı kabul edilmektedir[672].

---

[669] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 750.
[670] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 86.
[671] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn.198; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34 V 5; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §§ 32, kn. 45; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 367; ÖNDER, C. II- III, s. 212; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 320.
[672] Bu konudaki tartışmaların ayrıntıları hakkında bakınız: KUSSMANN, Michael, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, Bonn 1988, s. 4 vd; RÖNNAU, Willensmängel, s. 273 vd; MURMANN, s. 448 vd.

İrade sakatlıklarının rızanın geçerliliği açısından önemli olup olmadığı tartışmalıdır. Geleneksel mağdur merkezli anlayışa göre, irade sakatlıklarının etkisi mutlaktır. Sakatlanmış bir iradeye dayanan rıza hiçbir şekilde geçerli değildir[673].

Fail merkezli diğer bir anlayışa göre ise, irade sakatlıklarının dikkate alınabilmesi, irade sakatlığının ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olmasına bağlıdır[674].

B.Rıza Ciddi olmalıdır

Şaka ile açıklanan rızanın geçerli olup olmadığı sorusuna iki farklı cevap verilir. Rızanın açıklanmasına gerek olmadığını savunan yazarlara göre, kişi gerçekte fiilin gerçekleştirilmesine rıza göstermediği için şaka ile açıkladığı rıza geçersizdir. Failin şaka ile açıklanan rızanın şaka olduğunu bilip bilmemesinin bir önemi yoktur. Önemli olan kişinin gerçek iradesidir[675].

Bu anlayışa karşı çıkan yazarlara göre ise şaka ile açıklanan rıza, ancak rıza açıklamasının şaka olduğu objektif olarak anlaşılabiliyorsa geçersizdir. Göstermelik veya şaka mahiyetinde yapılan rıza açıklamaları, rıza açıklamasının şaka olduğu objektif olarak anlaşılabilir nitelikte değilse, geçerli bir rıza açıklaması olarak hukuki sonuçlarını doğurur[676].

Rızanın geçerli olabilmesi için, mutlak surette açıklanması gerektiğinden açıklanmamış rızayı geçerli olmayacaktır. Ayrıca, irade ile beyanın örtüşmesi de gerekir. Rıza açıklaması yalnızca bir şakadan ibaretse, objektif olarak bunun anlaşılabilir olup olmaması önemlidir. Rızanın şaka olduğu objektif olarak anlaşılabilmesine rağmen, fail fiili gerçekleştirmişse rızanın hukuki sonuçları ortaya çıkmayacak ve failin cezai sorumluluğu devam edecektir. Ancak gerçek objektif

---

[673] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 937, 943; KUSSMANN, s. 4, 205; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 185; YENERER- ÇAKMUT, s. 213; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.174; ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 979, 980; TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; DÖNMEZER/ERMAN, C. II, kn. 750.
[674] ARZT, s. 19; HINTERHOFER, s. 87; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §§ 32, kn. 49; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 138.
[675] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 750; TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; HINTERHOFER, s. 87.
[676] HIRSCH, in LK Vor §32, kn. 122.

olarak anlaşılamıyorsa, rızanın var olduğu zannıyla hareket eden failin cezai sorumluluğu hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin hataya düşülmesine ilişkin kurallar çerçevesinde çözümlenmelidir[677] (TCK m. 30/3).

C.Bilgilendirme

Kişinin iradesinin, dolayısıyla rızanın sağlıklı olması için kişi neye rıza gösterdiğini bilmelidir. Bilme konusuna yukarıda rıza ehliyeti açısından değinmiştik. Aşağıda hata konusunda da kişinin gerçeği bilmemesinin rızaya etkisi üzerinde duracağız. Ancak burada bilgilendirme veya tıp hukuku alanında yaygın olarak kullanılan ifade tarzıyla aydınlatmayı failin hukuksal değer sahibini bilgilendirmekle yükümlü olduğu hallerle sınırlı olarak[678] ayrıca ele almak gerekmektedir.

Sağlıklı bir iradeden söz edilebilmesi için, öncelikle iradesini rıza veya rızasızlık şeklinde açıklayan kişinin, iradesinin konusu ve sonuçları üzerinde tam bir bilgi sahibi olması gerekir[679]. Kişi bazen bu bilgiye kendiliğinden sahip olabilir. Örneğin tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza açısından, rıza ehliyetine sahip bir kişi cinsel ilişkiye göstereceği rızanın anlam ve sonuçlarını bilir. Tarafların normal bir cinsel ilişki konusunda birbirlerini aydınlatmaları hayatın normal akışında da rastlanabilir bir durum değildir. Aksi halde yani eğer kişi bu tür bir fiilin anlam ve sonuçlarını bilmiyorsa zaten rıza ehliyeti olmadığı için rıza geçersizdir.

Bununla bilikte, hukuksal değer sahibi, kimi durumlarda hukuksal değerine yönelik olarak gerçekleştirilen müdahalenin önemi ve özel bir uzmanlık gerektirmesi nedeniyle tam olarak rıza gösterdiği fiili, neticelerini ve bu fiile bağlı olarak ortaya çıkabilecek riskleri ve alternatifleri bilmeyebilir. Özellikle tıbbi müdahaleler gibi teknik bilgi gerektiren ve kendisine müdehalede bulunulacak kişi açısından önemli sonuçları olabilecek durumlarda, failin kişiyi bilgilendirmesi, aydınlatması gerekir[680].

---

[677] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 750.
[678] Ünver, TCK m. 26/2'de rıza öncesi kişinin yeterince bilgilendirilmiş olması gerektiğine işaret edilmemesini bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeden yazarın, bilgilendirmeyi rızanın geçerliliğine ilişkin genel bir şart olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Ayrıntı için bkz. ÜNVER, Rıza, s. 235.
[679] ERMAN, B., s. 99.
[680] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 103 vd.

Kişinin rıza gösterdiği konuda bilgilendirilmesi tıbbi müdahaleler açısından çok önemli olsa da, yalnızca tıbbi müdahalelerde değil, hukuksal değer sahibi ile fail arasında hukuki bir ilişkinin söz konusu olduğu diğer pek çok durumda da önemlidir. Örneğin, yapılan gaz kaçağı ihbarını kontrol etmek için bir eve gelen görevliler, ancak konut sahibini bilgilendirdikten sonra aldıkları rıza üzerine konuta girdiklerinde, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun cezai sorumluluğundan kurtulabilirler. Aynı şekilde, evine yeni bir banyo yaptırmak isteyen kişi, yapılacak işlemi veya bir gazeteye beyanat veren kişi de, yayının içeriği ve kapsamını bilerek rıza göstermelidir[681].

Hukuksal değer sahibinin bilgilendirilmesi, aydınlatılması, rızanın kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olması ile doğrudan alakalıdır. Rızanın, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olabilmesi için, kişi neye rıza gösterdiğini bilmelidir. Aksi halde kişi seçim hakkını, karar verebilme hakkını gereği gibi kullanamaz[682]. İrade serbestisi kişinin başka türlü karar verebilme, seçme özgürlüğünün, imkanının olması[683] anlamına geldiğine göre, hukuksal değerine ve hukuksal değerini ihlal eden fiile ilişkin gerçeği tam olarak bilmeyen kişinin iradesinin tam anlamıyla serbest olduğudan ve verdiği kararın kişinin gerçek iradesini yansıtan otonom bir karar olduğundan söz edilemez.

Bilgilendirme, aydınlatma özellikle tıbbi müdahalelerde, hekimin ana ödevidir. Bilgilendirme her türlü tıbbi müdahalenin ön şartıdır. Bilgi verme ödevini yerine getirmeyen hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahale, hastanın anayasal bir hakkının yani kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali anlamına gelir[684]. Bilgilendirme yükümlülüğü ihlal edilerek yapılan her tıbbi müdahale, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesi için kişinin irade serbestisine dayanan geçerli bir rızanın

---

[681] Örneğin kişi kendisine karşı gerçekleştirilen basın yoluyla hakaret fiiline rıza gösterdiğinde: *"... hangi sözlerin söylenmesine veya hangi yazıların yazılmasına sarih olarak muvafakat etmiş veya zımnî rızasının hangi söz ve yazıları kapsadığı anlaşılmakta bulunmuş ise tahkir edici söz ve yazılar da o çerçeve içerisinde kalmalıdır;... bir kimse belirli bir gazetede yayına muvafakat eder de, başka bir gazetede aynı yazının yer almasına karşı tepki gösterebilir."*Bkz. ERMAN, Hakaret, s. 173.
[682] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 104.
[683] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 86.
[684] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 104.

bulunması şartı gerçekleşmeyeceğinden, hekimin cezai sorumluluğunu gerektirir[685]. Aynı kural kanaatimizce failin, hukuksal değer sahibini bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu her durumda geçerli kabul edilmelidir. Rızanın bir özel hukuk sözleşmesinin parçası olduğu veya hukuken kişiye aydınlatma görevi yüklenen her halde failin, hukuksal değer sahibini bilgilendirme, aydınlatma ödevinin olduğu kabul edilmelidir. Bu açıdan örneğin, otomobilindeki bir arızanın tamiri için otomobilini tamirciye getiren kişi yapılacak işlemler ve ihtimaller konusunda otomobil tamircisi tarafından bilgilendirilmelidir. Aksi halde geçerli bir rızanın varlığını reddetmek gerekir.

Tıbbi müdahalelere ilişkin olarak gösterilecek rızanın geçerli olması için, hastanın bilgilendirilmesi gerektiğine yargı kararlarında da işaret edilmiştir. Buna göre: *"Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması … gerekir. Bu itabarladır ki, ancak aydınlanmış… rıza hukuken değeri olan bir rızadır"*[686].

Bilgilendirme, rıza gösterilen fiilin icrasından önce yapılmalıdır[687]. Rıza gösterilmeden önce kişinin karar verebilmesi için yapılan aydınlatma, "kendi geleceğini belirleme hakkına yönelik aydınlatma" olarak da adlandırılır[688]. Bu yolla kişiye, hukuksal değerine yönelik olarak gerçekleştirilecek fiilin türü, önemi ve kapsamı konusunda, fiilin kendi hukuksal değeri açısından taşıdığı anlamı doğru bir

---

[685] YENERER- ÇAKMUT, s. 225; Aydınlatma tıp etiği açısından da tıp mesleğinin uygulanmasının bir parçası olarak kabul edildiğinden, bu görevin ihlali hekimin meslek kurallarını da ihlali anlamına gelir. Bkz. ERMAN, B., s. 101.

[686] Y 4. HD, E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 7.3.1977, bkz. YKD 1978, S. 6, s. 907; Ayrıca bkz. YENERER- ÇAKMUT, s. 226- 227.

[687] Hakeri tarafından aktarılan bir örnekte, rAİHM içi araç taktıran bir hasta, müdahaleyi takip eden iki ay adet kanaması görmez. Bunun üzerine hekimi arayarak durumu anlatır. Hekim, tabi ki adet görmeyeceğini, zira kendisine taktığı rAİHM içi aracın aslında spiral değil, doğum kontrol hapı etkisi gösteren yeni bir araç olduğunu ve gelecek beş yılda hiç adet görmeyeceğini söyler. Ancak hasta kendisine daha önceden bildirilmeyen bu durum karşısında şok olur. Hekim her ne kadar bu aracın ne kadar iyi olduğunu anlatmaya çalışsa da, hastanın açıkladığı rızanın kendisine gerçekleştirilen müdahaleyi tam olarak bilmediği için kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olan geçerli bir rıza olmadığı açıktır. Örnek için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 108.

[688] "Selbstbestimmungsaufklärung", bkz. VOLL, s. 116; Tıbbi müdahaleler açısından ayrıca teşhis ve risk aydınlatması da yapılmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 109 vd.

şekilde değerlendirebilmesine ve sağlıklı bir seçim yapabilmesine yetecek düzeyde bilgi verilir[689].

Bilgilendirilecek olan kişi kural olarak rıza gösterecek olan kişidir. Bu kişi de kural olarak rıza gösterilen fiilin yöneldiği hukuksal değerin sahibidir. Hukuksal değer sahibinin rıza gösterme ehliyetine sahip olmadığı hallerde, onun yerine rıza gösterecek olan yasal veya iradi temsilcisi bilgilendirilmelidir. Bilgi verme yükümlülüğü de kural olarak kendisiyle hukuki bir ilişki içinde bulunulan ve rıza gösterilen fiili gerçekleştiren kişiye aittir (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 15'de konuya ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır). Hukuksal değer sahibi fiili geçekleştiren kişi dışında başka bir yetkiliden de bilgi alabilir. Ancak bilgi verme konusunda hukuki sorumluluğu bulunan kişinin, hukuksal değer sahibinin doğru bir şekilde bilgilendirilip bilgilendirilmediğini kontrol etmesi, rızanın sağlıklı olması ve kişinin cezai sorumluluğunu gerektirmemesi açısından önemlidir[690].

Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı, rızayla gerçekleştirilecek fiilin ağırlığı ve niteliğine veya tıbbi müdahalelerde hastanın yaşı, eğitimi veya anlama yeteneğinin gelişmişliği gibi sübjektif özelliklerine göre genişleyip daralabilecektir. Kimi zaman rızanın kişinin serbest iradesine dayanması, özgür bir kararını yansıtabilmesi için ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Bu açıdan kişi fiilin türü, ağırlığı ve sonuçlarının yanında özellikle tıbbi müdahalelerde, müdahalenin nedeni, acilliği, kapsamı, riskleri, muhtemel yan etkileri, başarı şansı, tıbbi müdahalenin yapılmamasının sonuçları, tıbbi müdahalenin ve masrafların alternatifleri ve hatta hekimin adı, eğitimi ve uzmanlığı, hastanenin donanımı konusunda da bilgilendirilmelidir[691]. Kimi zamansa hukuksal değer sahibi konuya ilişkin yeterli bilgiye sahip olduğu veya bu konuda ayrıntılı bilgi sahibi olmak istemediği için bilgilendirilmek istemeyebilir. Böyle bir durumda kişi bilgilendirilmekten vazgeçtiğini açıkça belirtmelidir[692]. Ancak kişi açısından hayati önem taşıyan ve geri dönülemez sonuçları olan tıbbi müdahaleler ile tıbbi

[689] ERMAN, B., s. 100.
[690] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.
[691] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 107.
[692] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 138- 139.

standartların dışında gerçekleştirilen müdahalelere ilişkin olarak kişinin bilgilendirilmekten vazgeçemeyeceği kabul edilmektedir[693]. Rıza açısından önemli olan, rızanın kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olduğunu kabule yeterli olacak şekilde, rıza gösteren kişinin rıza gösterdiği fiilin türü, ağırlığı ve kendi hukuksal değeri açısından sonuçları ve taşıdığı riskler konusunda serbestçe karar vermesine yetecek kadar bilgi sahibi olmasıdır.

D.İrade Sakatlıkları

Kişinin iradesinin cebir, tehdit, hata veya hile ile sakatlanması halinde, açıkladığı rızanın geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Hukuki işlem teorisine göre, rızaya ilişkin irade sakatlıklarının değerlendirilmesi de hukuki işlemlere ilişkin genel kurallara göre yapılmalıdır[694]. Bu anlayışa göre, irade sakatlıklarını Borçlar Kanunu'nda irade sakatlıklarına ilişkin olarak yapılan düzenlemeler ışığında değerlendirimek gerekir. Borçlar hukukunun kuralları gereği, kişinin iradesi sakatlanmış olsa bile hukuki işlemler geçerli bir şekilde ortaya çıkar. Ancak, iradesi sakatlanan kişi bir yıl içinde bu irade sakatlığına dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir. BK m. 31/1'e göre hata, hile veya tehdit gibi irade sakatlıklarından biriyle iradesi sakatlanan kişi, hukuki işlemi iptal etmezse veya verdiği şeyi bir yıl içinde geri istemezse, hukuki işleme onay vermiş sayılır[695].

Ancak daha sonra rızanın hukuki bir işlem olduğu görüşüne karşı çıkan teorilerin geliştirilmesiyle[696] irade sakatlığına rağmen, kişi işlemi iptal etmediği sürece, rızanın geçerli olduğu görüşü reddedilmiştir. Rızaya ilişkin irade sakatlıkları, sözleşmenin kurulmasında ortaya çıkan irade sakatlıklarından farklı değerlendirilmelidir. Bu teoriler, başlangıçta saik hataları dışında her türlü irade

---

[693] AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 79.
[694] AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 491; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bazı, İstanbul 2006, s. 369 vd.
[695] Borçlar Kanunu'nun 31/1. maddesindekine benzer bir hüküm Alman Medeni Kanunu'nu §119 ve devamında yer almaktadır. Bu nedenle Alman yazarlara yapılan atıflar, bu yazarların BGB'nin § 119' a ilişkin görüşleriyle alakalıdır. Bu görüşler için Bkz. ZITELMANN, AcP 99, s. 47 vd.; Bkz. AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 491; Bkz. AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 10.
[696] MEZGER, GS 89 (1924), s. 207, 271; NEYEN, s. 6, dp. 8.

sakatlığının rıza açısından önemli olduğunu ve geçerli bir rızanın her türlü irade sakatlığından arınmış olması gerektiği görüşünü savunmuşlardır[697].

Uygulamada her somut olay kendi içinde değerlendirildiğinde, bütün irade sakatlıklarının, mutlak surette rızanın geçersiz olması sonucunu doğurmayacağına ilişkin yargı kararları ortaya çıkmıştır. Bu kararlarda, bir irade sakatlığının rızanın geçersiz sayılmasına yol açıp açmayacağına, her somut olayda yapılacak değerlendirmeye göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir[698].

Yetmişli yıllara gelindiğinde ise Arzt'ın[699] doçentlik çalışması ile tartışmalar yeni bir boyuta taşınmıştır. Arzt, her türlü irade sakatlığının rızayı geçersiz hale getirdiği görüşüne karşı çıkmış ve bazı irade sakatlıklarının önemsiz olduğunu savunmuştur. Esas itibariyle hileyle elde edilen rızanın geçersiz olup olmadığı sorusundan hareket eden Arzt'ın görüşleri daha sonraları pek çok yazar tarafından benimsenmiştir. Eleştirenler olmakla birlikte bu görüş hala öğretide kendisine en çok taraftar bulan görüş olmaya devam etmektedir[700]. Biz bu çalışmamızda yeri geldikçe bu görüşlere değinmeye ve gerekçelerini de her bir irade sakatlığının rızanın geçerliliğine etkisini ayrı ayrı inceleyerek ortaya koymaya çalışacağız.

1.Cebir

Cebir, suçun pasif süjesinin direncini kırmak ve gerçekleştirilmek istenen fiile rıza göstermesi için fiziksel güç kullanılmasıdır. Kişi iradesine aykırı olarak, istemediği halde fiile rıza göstermeye zorlanır. Cebir doğrudan doğruya kişinin irade özgürlüğünü hedef alır[701]. Cebir kişiyi bir şey yapmaya veya bir seyin yapılmasına

---

[697] MEZGER, Strafrecht, s. 207, 271; WELZEL, Strafrecht, s. 95; ZIPF, Einwilligung, s. 44; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 491; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 750; BAYRAKTAR, Köksal, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, MÜHF Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 99; BAYRAKTAR, s. 138; ERMAN, B., s. 97.

[698] "Stajer tıp öğrencileri olayı" için bkz. BGHSt 16, s. 309, 310 vd; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 492.

[699] ARZT, s.15 vd.

[700] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, § 17, kn.109; AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 937, 944; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 492; ROXIN, Strafrecht AT, § 13, kn. 97 vd.

[701] TOROSLU, Özel Kısım, s. 72; YILDIZ, Ali Kemal, Tehdit Şantaj ve Cebir Suçları, in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Köksal Bayraktar'a Armağan(Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf, Yener Ünver), İstanbul 2010, s. 519.

razı olmaya zorlamak olduğu için, cebren elde edilen rıza kişinin otonom bir kararını yansıtmaz[702].

Cebir kimi zaman vurmak, dövmek gibi fiziksel acı veren şiddet uygulamaları dışında kişinin kendi menfaatlerini ihlal eden bir fiile karşı koyma iradesini ortadan kaldıran veya güçleştiren vucuda yönelik bir etki, bir zorlama şeklinde de ortaya çıkabilir[703]. Örneğin, kişinin irade oluşumu ve karar verme özgürlüğüne yönelik kaçınılmaz bir zorlama oluşturan hipnotizma veya uyuşturucu madde verilmesi gibi fiiller de cebirdir. Yargıtay verdiği bir kararda, alkolün etkisinde olduğu için fiile karşı koyma iradesi ortaya koyamayan ve fiile ilişkin karar veremeyen kişiye yönelik cinsel saldırı suçunda rızanın olmadığına karar vermiştir[704]. Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi de bir ameliyat öncesinde sakinleştirici iğne yapıldıktan sonra açıklanan rızayı geçerli saymamıştır[705].

Kişiyi rıza göstermeye zorlamak amacıyla bir başkasına fiziksel şiddet uygulanması halinde ise cebir değil tehdit söz konusudur. Ancak kişinin irade özgürlüğünün bir başkasına şiddet uygulanarak ihlal edilmesi ve rıza göstermeye zorlanması halinde de rıza geçersizdir[706].

Bununla birlikte cebrin rızayı sakatlaması için, belirli bir ağırlığa ulaşmış olması aranmamalıdır. Önemli olan kişinin irade oluşumu ve karar verme özgürlüğüne yönelik fiili bir zorlama olması ve bu zorlamaya bağlı olarak rıza gösterilmiş olmasıdır[707]. Bu açıdan miras payından vazgeçmesi için zorla parmak bastırma[708], evi terk etmesine engel olmak için boğazını sıkma[709] ile itekleme, yumruklama, tekmeleme arasında bir fark yoktur. Cebren elde edilmiş olan rıza mutlak surette geçersizdir.

---

[702] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENKNER, StGB Vorbem §32, kn. 48.
[703] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 301.
[704] YCGK, E. 1999/5- 59, K. 1999/64, T.13.4.1999, www.kazancı.com.tr (Siteye giriş tarihi: 22.10.2009).
[705] BGH MedR 1998, s. 517, aktaran HAKERİ, Tıp Hukuku, s.174.
[706] HINTERHOFER, s. 89.
[707] HINTERHOFER, s. 90.
[708] Y CGK 25.11.1985, 6- 231/586. Aktaran: SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, II. Cilt, Ankara 1995, s. 1743.
[709] YCGK, 14. 12. 1981, 1- 339/ 466. Aktaran: SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU, C. II, s. 1744.

2.Tehdit

Tehdit de cebir gibi kişinin irade oluşumu ve karar verme özgürlüğüne yönelik bir zorlamadır. Ancak bu zorlama cebirden farklı olarak maddi araçlarla değil, manevi araçlarla gerçekleştirilir. Tehditte ileriye dönük ve olası, cebirde ise şimdiki zamana dönük ve gerçek bir zarar söz konusudur[710].

Tehditle elde edilen rıza kural olarak geçerli değildir[711]. Bununla birlikte, her tehdit rızanın geçerliliğini aynı şekilde etkilemez. Tehditten söz edilebilmesi için, failin yapacağından söz ettiği kötülük üzerinde etkili olabilmesi, yani failin bu kötülüğü yapabilecek veya engelleyebilecek durumda olması gerekir[712]. Ayrıca, tehdidin iradeyi sakatladığının kabul edilebilmesi için belli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekir[713]. Kişi kendisinin veya bir yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği veya malvarlığının büyük bir zarara uğratılacağından bahisle, bir fiile rıza göstermeye zorlanmalıdır. Aynı şekilde kişi özgürlüğüne, şerefine veya özel yaşamı gibi başka hukuksal değerlerine zarar verileceğinden bahisle de rıza göstermeye zorlanabilir (TCK m. 106). Ancak bu tehditlerin rıza gösteren kişi üzerinde korku yaratmaya elverişli, yeterli ve uygun olması gerekir[714].

Buna karşın, günlük hayat koşulları ve sosyal ilişkiler içinde dikkate alınmayacak kadar önemsiz görülen tehditler rızanın geçerliliğini etkilemez[715]. Örneğin, (A), (B)'ye denek olarak bir gün boyunca laboratuarında kalmayı kabul etmezse onunla bir daha konuşmayacağını söyler. Burada söz konusu olan olay, esas itibariyle ceza hukuku anlamında bir tehdit değildir. Bu tür ifadeler, kişinin iradesi

[710] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 267.
[711] BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht AT, § 17, kn. 108.
[712] TOROSLU, Özel Kısım, s. 70; YILDIZ, Tehdit, s. 491.
[713]SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB Vorbem. §§ 32, kn. 48 vd.; ARZT, s. 33; HINTERHOFER, s. 90- 91.
[714] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 268. HIRSCH, in LK Vor §32, kn. 120.
[715] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 120; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§ 32, kn. 48.

üzerinde bir zorlama anlamına gelmeyeceği için kişinin iradesi sakatlanmaz ve rızanın sağlık şartlarını etkilemez[716].

"*Arkadaşlığı kesmek, beddua etmek*[717]*, ziyaret etmemek, borç vermemek, selam vermemek, bir şeyi kullanmasına müsaade etmemek, bir daha ondan alışveriş yapmamak*" [718] gibi ifadelerle, uyarı niteliğindeki sözler[719] ceza hukuku anlamında kişinin bir hukuksal değerine yönelik zarar tehdidi değildir. Bu nedenle de ceza hukuku anlamında tehdit olarak değerlendirilmezler. Belirli bir ağırlığa ulaşmamış, gelecekte bir kötülük yapacağını, kişiye karşı bir suç işleyeceğini bildirmeyen tehditler, insanlar arası ilişkiler açısından önemli olsalar bile ceza hukuku açısından önemli değildir.

Kişinin içinde bulunduğu zor durum ve çaresizlik kişinin irade oluşumu ve karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıran bir tehdit değildir. Hak sahibi içine düştüğü, fail tarafından neden olunmamış, zor durumdan kurtulmak için rıza göstermişse bu rıza geçerlidir. Örneğin, kişinin içinde bulunduğu maddi zorlukları aşmak için para karşılığı cinsel ilişkide bulunması, cinsel saldırı suçu açısından iradeyi sakatlayan bir neden değildir. Failin kişinin içinde bulunduğu zor durumdan yararlanarak ve onu rıza göstermek konusunda ikna etmiş olması da tehdit veya cebir değildir. Ancak rıza göstermesini sağlamak, onun içine düştüğü zor durumdan yararlanmak için, kişiyi içinde bulunduğu zor duruma bizzat fail sokmuşsa iradenin sakatlanmış olduğu kabul edilmektedir[720].

3. Hata

Hukuksal değer sahibi gerçeği bilmiyor veya yanlış bildiği için menfaatinin ihlal edilmesine rıza gösteriyorsa, yanılgıya düştüğü kabul edilmektedir. Yanılma, kişinin bizzat kendisinden kaynaklanabileceği gibi failden veya üçüncü bir kişiden de kaynaklanabilir. Kişinin kendisinden kaynaklanan nedenlerle yanılgıya düşmesine,

[716] TOROSLU, Özel Kısım, s. 71; HINTERHOFER, s. 91.
[717] TOROSLU, Özel Kısım, s. 71.
[718] HINTERHOFER, s. 92.
[719] YILDIZ, Tehdit, s. 487.
[720] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 121.

duyu organları ile algılanabilir bir konuyu veya gerçeği eksik veya yanlış, başka bir deyişle olduğundan farklı bir biçimde algılamasına hata denir[721]. Rıza gösteren kişinin failin veya bir başkasının hileli davranışlarıyla aldatılması, iradesinin yanıltılması halinde ise hile söz konusudur.

Geleneksel görüşe göre, kişinin iradesi kişinin gerçeği bilmemesi veya yanlış bilmesi nedeniyle sakatlanmış olsa bile rıza geçerli değildir[722]. Beyan hataları ile içerik hataları arasında bir ayrım yapılmaksızın, bütün hataların önemli olduğu ve hata neticesinde sakatlanmış rızanın geçerli olmadığı kabul edilmektedir.

Geleneksel görüşe karşı çıkanlara göre ise rıza gösteren kişinin hatası, ancak faile yüklenebiliyorsa önemlidir. Ancak burada faile yüklenebilir nitelikteki hatadan, failin kasten kişinin iradesini yanılgıya düşürdüğü hile halleri değil, kişinin yanıldığını fark etmesine rağmen onun yanılgısından bilinçli olarak yararlandığı haller anlaşılır. Fail, rıza gösteren kişinin hataya düştüğünü bilmesine rağmen, hak sahibinin bu hatasından yararlanıyor ve rıza göstermesine ses çıkarmıyorsa hata önemlidir[723].

Rıza gösteren kişinin hataya düşmesi, yanılması halinde, fail aldatmaya yönelik, hileli davranışlarda bulunmaz. Ancak kişinin yanılgısını açıkça fark etmesine rağmen, bilinçli olarak bunu kullanır, bu durumdan yararlanır. Örneğin, tatile gitmek için hazırlık yapan (A), komşusu (B)'ye, bahçesine doğru büyümüş olan elma ağacının kesilmesine ilişkin bir not bırakmak ister. Eline aldığı bir kâğıda acele ile "ağacı kesmenizi istemiyorum" yazmak isterken "istiyorum" yazar ve bu notu (B)'nin posta kutusuna atıp yola çıkar. (B), (A)'nın gerçek iradesini bilmediği sürece, beyan hataları önemsiz olduğundan rıza geçerlidir. Ancak B, (A)'nın gerçek iradesini bilmesine ve rıza açıklamasının bir hatadan kaynaklandığını fark etmesine rağmen bundan yararlanmak istemiş ve ağacı kesmişse, rızaya dayanamaz[724].

[721] TOROSLU, Genel Kısım, s. 217.
[722] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, § 17, kn 109.
[723] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 122; ROXIN, Strafrecht AT I, kn. 111.
[724] Örnek için bakınız: ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 111.

Failin, kişinin hatasını düzeltmek, onu içine düştüğü yanılgı konusunda uyarmak, aydınlatmakla görevli olması[725] (garantör olması) halinde hata önemlidir. Örneğin, bir hekim, hastasını teşhis ve tedavi konusunda aydınlatmakla yükümlüdür. Tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastanın yapılacak müdahalenin türü, kapsamı ve muhtemel sonuçları konusunda bilgilendirilmesi gerekir[726]. Öte yandan hasta kendisine yapılan açıklamaları anlayıp, değerlendirdikten sonra tıbbi müdahaleye rıza göstermelidir. Hasta bilgilendirilmeden veya anlatılanları yeterince anlamadan alınan rıza geçerli değildir. Tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın konusu, kapsamı ve aydınlatmadan vazgeçilebilecek haller tıp hukukunun konusudur. Ancak hasta hiç veya yeterince aydınlatılmadan veya aydınlatılmasına rağmen müdahaleye ilişkin yanlış inançları düzeltilmeden alınan rıza geçerli değildir[727].

Bazen kişi fiile veya ihlal edilen hukuksal değere ilişkin olarak değil, bizzat failin kimliği konusunda hata yaptığı için de rıza gösterebilir. Bu durum da daha çok tıbbi müdahaleler açısından özellik arz eder. Örneğin, yargıya intikal etmiş bir olayda[728], bir hastanede staj yapan iki tıp öğrencisi, öğrenci olduklarını söylemeden, kendilerini hekim zanneden değişik hastalara tıbbi müdahalelerde bulunmuşlardır. Yerel mahkeme, herhangi bir sağlık personeli tarafından da yapılabilecek basit ve rutin tıbbi müdahalelerde, hatanın rıza açısından belirleyici olmadığına karar vermiştir. Ancak Alman Feredal Mahkemesi rızadaki irade eksikliğinin, rızanın hukuka uygunluk sebebi olmasına engel olacağına karar vermiş ve öğrencilerin fiillinin hukuka uygun olmayacağını belirtmiştir. Hasta rıza gösterdiği kişinin hekim olduğunu zannediyorsa, geçerli bir rızadan söz edilemez, zira rıza kişinin gerçek iradesini yansıtmamaktadır. Bununla birlikte, Federal Mahkeme de basit ve herkes tarafından gerçekleştirilebilecek tıbbi müdahalelerde hastanın hatasının önemli olmayacağına, buna karşın önemli ve yalnızca hekim tarafından yapılması gereken

[725] Hataya düşen kişi ile hukuki bir ilişki içinde bulunulan durumlarda failin hukuksal değer sahibini aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bkz. TOROSLU, Özel Kısım, s. 179; Eğer fail aydınlatma yükümlülüğü olan hallerde sessiz kalmışsa, burada "hile" olduğu kabul edilmektedir. Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 456; EREM, Faruk, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, C. II, Ankara 1968, s. 455.
[726] BAYRAKTAR, Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, s. 96; BAYRAKTAR, s. 123 vd; TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 106.
[727] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 112; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.174.
[728] BGHSt 16, 309.

tıbbi müdahalelerde hatanın önemli olacağına işaret etmektedir. Rıza şüpheli durumları kapsamaz, hastalığın ve yaranın önemsizliğine ilişkin her objektif şüphe, rızanın geçersiz olmasına neden olur[729].

Gerçekten de, failin kimliğine ilişkin olarak yapılan hata, hastanın hukuksal değeri açısından bir risk oluşturmadığı sürece önemsizdir. Son sınıfa gelmiş tıp öğrencilerinin gerçekleştirdiği pansuman yapma, kan alma gibi müdahaleler, diğer sağlık personeli tarafından da yapılan olağan, basit tıbbi müdahalelerdir. Bu nedenle hastanın hekimin kimliği konusunda düştüğü hata önemsizdir. Buna karşın, yalnızca bir hekim tarafından yapılması gereken, belirli bir bilgi ve uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde, hekimin kimliğine ilişkin olarak içine düşülen hata önemlidir[730].

Öğretide Arzt[731] tarafından geliştirilen ve yaygın olarak savunulan üçüncü bir görüşe göre ise, hata yalnızca ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkinse dikkate alınmalıdır. Kişinin rıza gösterdiği fiilin kendi hukuksal değerleri açısından taşıdığı anlam ve zararlı veya tehlikeli sonuçlara ilişkin olarak yapacağı hatalar önemlidir. Buna karşın ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olmayan, saik hataları veya rıza gösterilmesi halinde elde edilmesi beklenen menfaatlere ilişkin hatalar önemsizdir[732]. Örneğin, nasıl olsa yakında evleneceklerini düşündüğü için nişanlısı ile cinsel ilişkiye giren ayırt etme yeteneğine sahip, ergin bir kadının hatası veya yaşına ve görünüşüne bakarak çok yetenekli ve tecrübeli olduğunu zannettiği, ancak gerçekte uzmanlığını yeni tamamlamış bir hekime önemli bir ameliyat için rıza gösteren hastanın hatası önemsizdir[733].

Kühne[734], tarafından geliştirilen bir başka teoriye göre ise, kişinin kendi yanlış inançlarından veya tasavvurlarından kaynaklanan hatalar önemsizdir. Özel hukuk alanında geçerli olan irade sakatlıkları ile ceza hukuku arasında bir karşılaştırma

[729] BGHSt 16, 311; Ayrıca bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 297- 298.
[730] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, n. 101.
[731] ARZT, s. 29.
[732] ARZT, s. 29; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. 32, kn. 46; HINTERHOFER, s. 103- 104.
[733] Örneklere ilişkin karşılaştırma için bkz. WEISSENBERGER, s. 87.
[734] KÜHNE, Hans Heine, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, in JZ 1979, s. 241; Eleştiriler için Bkz. AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 509; RÖNNAU, Willensmängel, s. 322; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 107.

yapan Kühne, rızanın oluşumu açısından da irade sakatlıklarını beyan hataları ve içerik hataları olarak ikiye ayırır[735]. Beyan hatalarını, iradenin açıklanması sırasında ortaya çıkan, önemsiz hatalar olarak açıklar. Örneğin, kişi sağ üst çenesinde bulunan en arkadaki dişin ağrıdığını söylemek isterken, ağrıyan dişin sol üst çeneside bulunduğunu söylediğinde bir beyan hatası yapar. Buna karşın içerik hatalarının ise Arzt'ın[736] görüşlerine paralel bir anlayışla "rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik" olduklarında hukuken dikkate alınacaklarını kabul eder. Ancak Arzt'dan farklı olarak beyan ve içerik hatalarının rıza açısından önemsiz olduğunu savunur. Bu tür hatalar rıza gösteren kişinin sorumluluğundadır ve açıklanan rızaya güvenerek fiili icra eden fail sorumlu tutulamaz. Buna karşın fail, hukuksal değer sahibinin yanılgısını fark etmesine rağmen fiilin icrasına devam etmişse, artık rıza geçerli değildir[737].

Kühne saik hataları konusunda da ikili bir ayrım yapar. Var olan duruma ilişkin hatalar ve gelecekteki beklentilere ilişkin hatalar. Gelecekte gerçekleşeceği beklenen olaylara veya elde edileceği umulan menfaatlere ilişkin hatalar önemsizdir. Var olan güncel duruma ilişkin ortaya çıkan saik hatalarını da ikiye ayrır. Maddi beklentilere ilişkin hatalar ve maddi beklentilere ilişkin olmayan hatalar. Kühne'ye göre maddi beklentilere ilişkin hatalar önemsizken, maddi beklentilere ilişkin olmayan saik hataları önemlidir. Örneğin, rıza karşılığında elde edilmesi beklenen maddi menfaatlere ilişkin hata önemsiz ve böyle bir beklentiyle açıklanan rıza geçerlidir. Ancak rıza gösterilen kişinin kimliğine ilişkin hatalar önemlidir. Örneğin, yukarda açıkladığımız yargı kararındaki staj yapan tıp öğrencisini doktor zannederek açıklanan rıza geçerli değildir[738].

Kanaaatimizce, hukuksal değer sahibinin içine düşeceği her türlü hatanın, rıza açısından önemli olduğunu kabul eden eski görüşler[739] hataya rıza üzerinde, suç tiplerinin özel amaçlarını aşan bir şekilde geniş bir etki tanır. Bu nedenle rıza

[735] KÜHNE, JZ 1979, s. 243; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 508; RÖNNAU, Willensmängel, s. 319; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 107.
[736] ARZT, s. 20.
[737] KÜHNE, JZ 1979, s. 244.
[738] KÜHNE, JZ 1979, s. 245.
[739] Bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 109.

gösteren kişinin yaptığı her türlü hata değil, yalnızca ihlaline izin verdiği hukuksal değere ilişkin olan hataların dikkate alınması suç tiplerinin özel amaçlarına da daha uygundur.

Hukuksal değer sahibinin içine düştüğü hatanın dikkate alınması için, bu hatanın faile yüklenebilmesi gerektiği, buna karşın faile yüklenemeyen, kişinin kendisinden kaynaklanan hataların önemsiz olduğunu savunan görüşe[740] de katılmıyoruz. Çünkü kişi açıkladığı rızanın kendi hukuksal değeri açısından taşıdığı anlamı ve sonuçları değerlendiremiyorsa, kendi hukuksal değerine ilişkin olarak serbestçe karar vermiş sayılmaz, açıkladığı rıza otonom bir rıza değildir[741].

İhlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olmayan hatalar önemsizken, ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere yönelik olan her türlü hata önemlidir. Kişi, hukuksal değerine ilişkin bir hataya düşmüş ve rızasını açıklamışsa, fail bunu bilsin ya da bilmesin, rıza geçersiz olacaktır. Bu durumda hak sahibinin içine düştüğü yanılgıdan habersiz rızanın geçerli olduğuna güvenerek fiili icra eden failin cezai sorumluluğu ise genel hata kurallarına göre çözümlenmelidir. Fail tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın bulunduğuna inanarak fiili icra etmiş, ancak hukuksal değer sahibi gerçekte içine düştüğü hata nedeniyle rızasını açıklamışsa, failin cezai sorumluluğu TCK m. 30/1'e göre belirlenir. Buna karşın fail rızanın fiilin hukuka aykırılık unsuru üzerinde etkili olduğu bir suç tipini ihlal eden fiili, hukuksal değer sahibinin hatayla açıkladığı rızasına dayanarak gerçekleştirmişse cezai sorumluluğu TCK m. 30/3'e göre belirlenecektir. Fail kişinin hatasının farkında, yani olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını biliyorsa, cezai sorumluluğu devam edecektir.

Son olarak kişinin içinde bulunduğu sıkıntılı, ızdıraplı durumun veya içine düştüğü korkunun, örneğin acı çekme korkusunun rızanın geçerliliği açısından kural olarak bir etkisinin olmayacağını belirtmek gerekir. Böyle bir ruh hali içinde bulunan kişinin psikolojisi hassas ve dışsal etkilenmelere karşı daha zayıftır. Ayrıca bu

[740] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 111; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 122.
[741] HINTERHOFER, s. 104.

kişileri yönlendirmek ve onların kararlarını etkilemek de daha kolaydır. Ancak kişinin içinde bulunduğu psikolojik kırılganlık, onun ayırt etme gücünü azaltmadığı veya tamamen ortadan kaldırmadığı sürece dikkate alınmaz. Çünkü ayırt etme yeteneğine sahip olan bir kişi, içinde bulunduğu bu psikolojiyi de değerlendirip, kendisi hakkında serbestçe karar verebilir[742].

4. Hile

Rıza gösteren kişinin iradesinin hileli davranışlarla yanıltılması halinde, açıkladığı rızanın geçerli olup olmadığı da tartışmalıdır.

Hile, kişiyi ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeğin gizlenmesi veya gerçeğe ilişkin kişinin algısının değiştirilmesi için söylenen söz ve davranışlardır; Kişinin gerçeğe ilişkin olarak aldatılması, iradesinin, psişiğinin yanılgıya sevk edilmesi veya sahta bir dış görünüm yaratarak dış gerçekliği etkilemektir[743]. Kişinin rızası, böyle bir aldatmaca neticesinde elde edilmişse, açıklanan rıza kişinin irade serbestisine dayanan otonom bir kararı yansıtmaz[744].

Öğretide savunulan geleneksel görüşe göre, hile ile elde edilmiş olan rıza hiçbir zaman geçerli değildir. Kişiyi aldatmaya yönelik yapılan hileli davranışların ihlal edilmek istenen hukuksal değere ilişkin olma zorunluluğu yoktur. İhlaline rıza gösterilen hukuksal değer dışındaki başka bir hususa ilişkin olan hileli davranışlar da rıza açısından önemlidir. Önemli olan kişinin iradesinin hile nedeni ile sakatlanmış olması ve bu irade sakatlığına bağlı olarak rıza göstermiş olmasıdır. Kişi aldatılmasaydı rıza göstermeyecekti denebiliyorsa hile önemlidir[745].

---

[742] BAYRAKTAR, s. 138; YENERER- ÇAKMUT, s. 213; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.174.

[743] Hile oyun, aldatma düzen demektir. Objektif olarak kişiyi hataya düşürücü, onun tasavvuru üzerinde etki doğurarak iradesinin oluşumunu sakatlayan her söz ve davranış hiledir. Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 452; Aldatmaya yönelik söz ve jestler hile, olan şeyleri olmamış, olmayan şeyleri olmuş gibi göstererek gerçeği peçeleyen maddi ve somut simgeleştirmeler ise sania olarak tanımlanmaktadır. Bkz. SELÇUK, Sami, Dolandırıcılık, 1982, s. 114.

[744] Bu tartışmalara ilişkin olarak bkz: RÖNNAU, Willensmängel, s. 273 vd.; Bkz. MURMANN, s. 448 vd; Bkz. AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 36 vd.; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, § 17, kn. 107; STRATENWERTH/ KUHLEN, Strafrecht AT, § 9, kn. 27.

[745] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/LENCKNER, StGB Vorbem. §§ 32, kn. 47.

Hile, doğrudan doğruya ihlal edilen hukuksal değere yönelik olabileceği gibi rıza gösterilmesi halinde bir menfaat elde edilmesine ilişkin de olabilir. Bu nedenle, gerçeğe aykırı olarak bir şey verileceği, para ödeneceği, işe alınacağı veya önemli bir tehlikenin doğmasına engel olacağından bahisle elde edilen rıza geçersizdir[746].

Ancak bu görüşe karşı çıkan Arzt'a göre[747], hile ile elde edilen rızanın geçersiz olması, hilenin rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olmasına bağlıdır. Rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere ilişkin olmayan aldatıcı söz ve davranışlar önemsizdir. Bu durumda hileli davranışlar neticesinde elde edilmiş bile olsa, açıklanan rıza geçerlidir[748].

İrade sakatlığına yol açan hilenin rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere ilişkin olması, kişinin rıza gösterdiği fiilin türü, ağırlığı ve sonuçları konusunda aldatılması anlamına gelir. Rıza gösterilen fiilin türü, ağırlığı ve sonuçlarına yönelik aldatıcı söz ve davranışlar neticesinde açıklanan rıza geçersizdir[749]. Fiilin türü, ağırlığı ve sonuçları dışında kalan hususlara ilişkin hileler ise, rızanın geçerliliği açısından önemli olmayacaktır.

Bu iki görüş arasındaki farkı ortaya koymak için şu örnekler verilir. (A) düşmanlık beslediği (B)'ye, kendisine bir tokat atmasına izin verirse 1000 DM vereceğini söyler. (A)'ya inanan (B), tokat atması için (A)'ya izin verir. Ancak (A), (B)'ye söz verdiği parayı ödemez[750]. Burada yapılan hile kişinin rıza gösterdiği hukuksal değere değil, rıza gösterilmesi halinde elde edileceği vaad edilen menfaate ilişkindir. Diğer örnekte ise (A)'nın evinde beslediği çok nadir bulunan bir yılan türünü incelemek isteyen biyolog (B), (A)'ya yılanı bilimsel çalışması kapsamında incelemesi için kendisine vermesi halinde, 5000 DM ödeyeceğini bildirir. (A) bu

[746] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 119.
[747] ARZT, s. 15- 19.
[748] ARZT, s. 15 vd.; Aynı yönde bkz. KUSSMAN, s. 38 vd; RUDOLPHI, ZStW 86 (1974), s. 68, 82 vd; AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 44, 45.
[749] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 98.
[750] Örnek için bakınız: ARZT, s. 17; RÖNNAU, Willensmängel, s. 280; HINTERHOFER, s. 97.

teklifi kabul eder. Ancak (B), yılanı alıp öldürmesine ve incelemesine rağmen, (A)'ya söz verdiği parayı ödemez[751].

Geleneksel bakış açısı ile yukarıdaki örnek olaylar değerlendirildiğinde, her iki olayda da rıza hile ile elde edildiği için geçerli olmadığı sonucuna ulaşılır. Buna karşın geleneksel görüşü reddeden "hilenin rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik" olması gerektiğini savunan görüş, her iki olayda da rızanın geçerli olduğunu kabul eder. Her iki olayda da kişi fiilin türünü, ağırlığını ve sonuçlarını yani ihlali bilmektedir. Ancak kişi rıza göstermesi halinde elde etmeyi umduğu menfaate yani saike ilişkin olarak yanılgıya düşürülmekte, aldatılmaktadır[752]. Bu durumda ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere yönelik olmayan hileler, rıza açısından dikkate alınmayacaktır.

Temelde Arzt'ın görüşünü kabul eden Roxin ise, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olmamasına rağmen bazı hallerde hilenin rızanın geçerliliği açısından önemli olabileceğini savunur. Hukuksal değere ilişkin olmayan her hata ve hilenin önemsiz olduğu görüşüne katılmayan Roxin, "*normativ özerklik teorisini*"[753] geliştirmiştir. Bu teoriye göre, somut olayın özellikleri dikkate alındığında normativ ölçütlere göre açıklanan rızanın, kişinin özerk iradesine dayanan, karar verme özgürlüğünü yansıtan bir karar olduğu anlaşılabiliyorsa rıza geçerlidir. Hukuksal değere ilişkin hatalarda kişi, gerçekte rıza gösterdiği fiilin türünü, niteliğini ve sonuçlarını bilmediği için, bu rızanın otonom bir iradeye dayandığı ve kişinin özgür iradesini yansıttığı söylenemez[754]. Hukuksal değere ilişkin olarak yapılan hilelerle kişinin rızası elde edildiğinde esasında rızanın varlığından söz edilemez[755].

Ancak, hukuksal değere ilişkin hileden başka, kişiyi rıza göstermeye sevk eden nedene, saike ilişkin hile de kimi zaman önemli olabilir. Kişinin bencillikten uzak, fedakar ve insani amaçlarla (altruistischen Zweck) hareket etmesi, ancak bu konuda kişinin iradesinin sakatlanması halinde de rıza geçersizdir. Kişi insani bir amaca

[751] Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s.279.
[752] ARZT, s. 19.
[753] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn.99.
[754] RÖNNAU, Willensmängel, s. 318 vd; AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 28 vd.
[755] AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 27.

hizmet ettiğine ilişkin olarak aldatıldığında, kendisi için bir menfaat temin etmek için değil, bir başkasına yararlı olmak için ihlale razı olur[756].

Hilenin doğrudan doğruya ihlal edilen hukuksal değere ilişkin olmamasına, rağmen, önemli olduğu alan tıbbi uygulamalar ve organ bağışlarıdır. Örneğin, bir anneye çocuğunun kaza geçirdiği ve görebilmesi için kornea nakli gerektiği söylenir. Böylece annenin kornealarından birini bağışlaması sağlanır. Ancak gerçekte çocuk kaza geçirmemiştir ve fail anneye zarar vermek istediği için aldığı korneayı çöpe atar veya korneayı başka birine nakleder[757].

Roxin'e göre, rıza gösteren kişi neye rıza gösterdiğini bilmelidir. Kişinin neye rıza gösterdiğini bilmeden açıkladığı rıza, hiçbir zaman kişinin gerçek iradesini yansıtmayacağı için geçerli olmayacaktır. Kişi iradesi yanıltıldığı için, rıza gösterdiği fiili, bu fiilin niteliğini ve kendi menfaati açısından ne gibi sonuçları olduğunu bilmiyorsa açıkladığı rıza özgür, otonom bir irade açıklaması değildir. Bu nedenle rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin hileler rızayı geçersiz hale getirir. Ancak hile, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değer dışında başka bir konuya ilişkin olduğunda, kişi hukuksal değerini ihlal eden fiilin türünü, niteliğini ve sonuçlarını bilir. Bu açıdan rıza aslında kişinin kendi hukuksal değeri üzerindeki serbest, otonom bir tasarrufunu yansıtır. Kişi aldatılmış olsa bile, bu aldatma hukuksal değeri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasına engel olmaz[758].

Örneğin, (A), (B)'nin kendisine sakinleştirici bir iğne yapmasına rıza gösterir. Ancak (B), sakinleştiricinin zararlarını (A)'dan gizler. (A), rıza gösterdiği fiilin sağlığı açısından ne gibi riskler içerdiğini bilmediği için, rıza geçersizdir. Buna karşın, (A)'nın, bir yardım kuruluşunun başında bulunan (B)'nın odasına gelerek kendisine 25 Euro öderlerse kan bağışında bulunmaya hazır olduğunu bildirdiği örnekte sorun biraz daha farklıdır. (B)'nin bu parayı ödeyeceğini söylemesine rağmen (A)'ya herhangi bir ödeme yapmaması halinde, (A) vücut bütünlüğünü ihlal

[756] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, IV, 5; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 104.
[757] Örnek için bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, n. 104.; Aynı yöndeki görüş ve örnekler için bkz. SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§ 32, n. 47.
[758] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 98- 99.

eden fiilin türü, ağırlığı ve sonuçlarını bilmektedir. Hukuksal değerine yapılacak olan müdahale konusunda iradesi sakatlanmamıştır. Ancak (A) ihlaline rıza gösterdiği hukuksal değer dışındaki bir konuda, kendisine bir ödeme yapılacağına ilişkin olarak aldatılmıştır, böyle bir hileninse yaralama suç tipini ihlal eden fiile gösterilen rızanın geçerliliği açısından bir önemi yoktur[759].

İrade sakatlıklarının rızaya etkisine ilişkin farklı bir görüşü ortaya koyan diğer bir yazar da Jakobs'dur[760]. Jakobs'a göre, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere ilişkin olmayan irade sakatlıkları önemsizdir, açıklanan rıza geçerlidir. Ancak Jakobs, kişinin iradesinin sakatlandığı bu hallerde failin hak sahibini araç olarak kullandığını kabul eder. Bu nedenle irade sakatlığı rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olmasa bile rızanın muhatabı olan kişinin, dolaylı fail olarak sorumluluğu gerekir. Hukuksal değere ilişkin bütün irade sakatlıkları önemlidir. Hukuksal değere ilişkin olmayan irade sakatlıklarında ise, failin cezai sorumluluğu dolaylı faillik müessesesine başvurularak belirlenmelidir[761].

Amelung[762] ise irade sakatlıklarına ilişkin olarak iki basamaklı bir teori geliştirmiştir. Amelung, rızanın geçersiz oluşuna ilişkin değerlendirmeyi, fiilin faile yüklenebilirliğinden ayırır ve geleneksel teoriye paralel olarak, her türlü irade sakatlığının rızayı geçersiz hale getireceğini savunur. Örneğin, yaralama suçu açısından her türlü irade sakatlığı mutlak surette rızanın geçersiz olması sonucunu doğurur[763]. Tıp fakültesi öğrencileri olayında da, rıza geçersizdir. Ancak rıza geçersiz olmasına rağmen, somut olayda netice faile objektif olarak yüklenemiyorsa, fail cezalandırılmamalıdır[764].

Rönnau[765] ise Arzt gibi, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik irade sakatlıklarının önemli olduğunu ve böyle bir irade sakatlığının rızayı geçersiz hale

[759] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 98, 99.
[760] JAKOBS, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin- New York 1991, § 14, kn. 7 vd.
[761] JAKOBS, Strafrecht AT, § 7, kn. 121- 123.
[762] AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 36 vd; AMELUNG, ZStW 109 (1997), s. 511 vd.; Aynı yönde, MITSCH, Wolfgang, Rechtfertigung und Opferferhalten, Hamburg 2004, s. 507 vd.; RÖNNAU, Willenmängel, s. 334 vd.
[763] AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 61 vd.
[764] AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 64.
[765] RÖNNAU, Willensmängel, s. 263; RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 199.

getirdiğini kabul eder. Ancak irade sakatlıklarının rızanın geçerliliği açısından etkisi yalnızca rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik irade sakatlıkları ile sınırlı değildir. Kişinin kendisinden kaynaklanan ve rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olmayan saik hataları rıza açısından önemsizdir. Fail kişide var olan saike ilişkin bu yanılgıyı bilse bile rıza geçerlidir. Rıza gösteren kişinin yanılgısı faile yüklenemeyeceği için neticeye katlanması da beklenemez. Yanlış beklentilerle kendi hak ve menfaatleri üzerinde tasarruflarda bulunan kişi verdiği kararların sonuçlarına da yine kendisi katlanmalıdır[766].

Aynı şekilde rıza gösteren kişinin failin kişiliği, kimliği veya uzmanlığı konusundaki hataları da önemli değildir. Buna karşın rıza gösteren kişinin aldatılması sonucunda, hileyle elde edilen rıza her zaman geçersizdir. Bu açıdan ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin hileyle hukuksal değere ilişkin olmayan örneğin elde edilmesi beklenen menfaatlere ilişkin hile arasında bir fark yoktur[767]. Özetle, Rönnau'ya göre rızanın geçerliliği açısından hile her zaman önemliyken, kişinin kendisinden kaynaklanan saik hataları rızanın geçerliliği açısından önemsizdir.

5. Değerlendirme

İrade sakatlıkları ile sakatlanmamış olması rızanın en önemli geçerlilik şartlarından bir tanesidir. Rıza kişinin serbest iradesine dayanmalı, cebir ve tehdit altında alınmamış olmalıdır. Cebir ve tehdit altında açıklanan rıza, kişinin kendi hukuksal değerine ilişkin olarak özgür iradesi ile yaptığı bir değerlendirmeye dayanmayacağı için geçersizdir[768]. Ancak kişi gerçeği bilmediği veya yanlış bildiği için, içine düştüğü hata nedeniyle veya failin hileli davranışları neticesinde rızasını açıklamışsa, rızanın geçerliliği kesin bir biçimde reddedilemez.

Bütün irade sakatlıklarının rızayı geçersiz hale getireceğine ilişkin geleneksel yaklaşım, hataya rıza üzerinde, suç tiplerinin özel amaçlarını aşan bir şekilde geniş bir etkinin tanınmasına neden olacaktır. Rıza gösteren kişinin iradesini sakatlayan

[766] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 202- 204.
[767] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 204.
[768] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 750; TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, IV, 5.

hata ve hilenin her zaman değil, esas itibariyle ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olması halinde dikkate alınması gerektiği yönündeki görüşlere[769] katılıyoruz.

Rıza gösterilen fiilin türü, niteliği ve sonuçlarına ilişkin olarak yapılan hata veya hile hukuksal değere ilişkindir. Hukuksal değere ilişkin hata ve hilenin söz konusu olduğu hallerde, kişinin rızası kendi hukuksal değerine ilişkin gerçek bir değerlendirmeyi yansıtmaz. Kişi fiilin türü, niteliği ve sonuçları konusunda yanıldığı veya aldatıldığı için, rıza açıklamasında bulunduğunda rıza geçersizdir[770]. Rızanın temelinde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı yer aldığına göre, kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesi şarttır. Kişi rıza gösterdiği fiili ve sonuçlarını, açıklayacağı rızanın kendi hukuksal değeri açısından taşıdığı anlam ve önemi bilmiyorsa, geçerli bir rıza açıklamasından söz etmek mümkün değildir[771]. Bu açıdan örneğin, hamilelik testi için alındığı söylenen kan üzerinde hastadan gizli AIDS testi yapılması hukuka aykırıdır[772]. Aynı şekilde, bir hekimin ilacın yan etkileri konusunda hastaya yanlış bilgi vererek, iğne yapmaya rıza göstermesini sağlaması halinde de irade sakatlığı hukuksal değere ilişkindir ve rıza geçersizdir[773].

Bu açıdan kolluk görevlilerinin konutta yaptıkları aramaları da burada ayrıca değerlendirmek gerekir. AY m. 21 ve CMK m. 119'da öngörülen hakim kararı veya savcının yada kolluk amirinin yazılı emri olmaksızın, yalnızca kişinin rızasıyla arama yapmak üzere konuta girilmesinde, aramanın hukuka aykırı olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur[774]. Ancak kişinin konutunu aramak isteyen kolluk görevlisine rıza

---

[769] ARZT, s. 19 vd.; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 119.

[770] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, IV, 5; Rızanın her zaman tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olduğunu kabul etmesine rağmen, aynı görüş için bkz. BLOY, Rene, "Freiheitsberaubund ohne Verletzung fremder Autonomie?", Sonderdruck aus der ZStW 96 (1984), s. 717.

[771] GÖBEL, s. 86; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 99; HINTERHOFER, s. 99.

[772] ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 103; AMELUNG, Irrtum und Täuschung, s. 83.

[773] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 37.

[774] ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 386; Nitekim adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8/a, b, c ve f bendindeki "ilgilinin rızası" ibaresi Danıştay 10. dairesi tarafından 13.03.2007 tarihinde E. 2005/6392, K. 2007/948 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Hukuka aykırı bir arama sırasında elde edilen deliller ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacağından, şüpheli ve sanığın rızasıyla yapılan aramada elde edilen deliller onlar aleyhine delil olarak kullanılamaz. Ancak mağdurun rızasıyla yapılan aramanın hukuken geçerli kabul edilmesi

göstermesinin, kişinin özgür iradesine dayanan sağlıklı bir rıza olup olmadığı araştırılmalıdır.

Kişi anayasal haklarını bilmeden, hukuka uygun bir aramanın şartlarının gerçekleştiği, kolluk görevlisinin hukuka uygun bir arama kararına veya arama emrine dayanarak arama yaptığını veya böyle bir yetkisi olduğu inancıyla rıza göstermişse, hukuksal değere ilişkin önemli bir hataya düşmüştür ve kişinin gerçek iradesine dayanmayan ve kendi geleceğini belirleme hakkını yansıtmayan rıza geçersizdir. Esasen bu hatayı düzeltme, kişinin "içeri almama hakkı" olduğunu bildirme[775] ve kişiyi aydınlatma yükümlülüğü bulunan kolluk görevlisinin cezai sorumluluğu devam eder.

Aynı şekilde, bizzat kolluk görevlisi sanki geçerli bir arama kararı veya arama emri varmış veya kendisine kanunen böyle bir yetki verilmiş gibi davranarak konut hakkı sahibini aldattığında da, rıza geçersizdir. Kişi hataya düşmeksizin veya hile olmaksızın, hakları konusunda doğru bir şekilde aydınlatıldıktan, "içeri almama hakkı" olduğu bildirildikten sonra, tamemen kendi özgür iradesi ile arama yapmak üzere konuta girilmesine rıza göstermişse (elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacak olsa bile), bu rızayı konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından geçerli kabul etmek gerekir. Çünkü Anayasa m. 21 kişinin konut hakkını başkalarından gelecek hukuka aykırı fiillere karşı garanti altına alır, ancak bu maddenin kişinin konut hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayan bir fonksiyonu yoktur.

Hukuksal değere ilişkin olmayan, ancak kişiyi rıza göstermeye sevk eden beklentilere ilişkin saik hatasının ve bu konudaki hilenin ise kural olarak önemli olmadığı kabul edilmelidir[776]. Öncelikle rıza gösterilmesi halinde elde edilmesi beklenen veya rıza gösterilmesi karşılığında verileceği taahhüt edilen şeyler veya

---

gerekir.; Rızaya geçerlilik tanınmamasını eleştiren görüş için bkz. YENİSEY, ilgilinin Rızası, s. 869, dp.1; Ayrıca bkz.: KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Ferudun/ NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. Bası, İstanbul 2010, s. 283.

[775] KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, İkinci Kitap, s. 283.

[776] KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 38; JESCHECK/WEIGEND, Strafrecht AT, §34, IV, 5; BLOY, ZStW 96 (1984), s. 717; ARZT, s. 29.

menfaatler hukuksal değere ilişkin değildir. Örneğin, bir cerrahın hastasına estetik ameliyat olması halinde evlenme şansının önemli ölçüde artacağını söylemesi ve hastanın da buna inandığı için tıbbi müdahaleye rıza göstermesi halinde, hata veya hile vücut bütünlüğüne ilişkin hukuksal değerle alakalı olmadığından önemsizdir[777].

Buna karşın, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olmamakla birlikte, kişinin kendi hukuksal değerine ilişkin karar verme serbestisisini engelleyen hilenin önemli olduğunu kabul etmek gerekir[778]. Özellikle, yukarda değindiğimiz korneası alınan anne örneğinde[779] olduğu gibi, hileyle zaruret haline benzer bir durum yaratılarak elde edilen rıza, hile hukuksal değere ilişkin olmasa bile, geçersiz kabul edilmelidir[780].

V. Rızanın Sınırlandırılmasına İlişkin Olarak Hukuka, Genel Ahlak ve Adaba Aykırılık Sorunu

A.Genel olarak

Türk Medeni Kanunu m. 23/2'de, "*kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz"* hükmü yer alır. Bu düzenlemeden hareketle rızanın konusunun, hukuka ve ahlaka aykırı olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir[781].

Ancak hukuka aykırılık ve ahlaka aykırılık birbirinden farklı kavramlardır. Ahlak kuralları ve hukuk kuralları toplumsal hayatı düzenleyen kurallardır. Bununla birlikte ahlak kuralları ile hukuk kuralları aynı değildir. Bu nedenle hukuka aykırı bir

---

[777] BLOY, ZStW 96 (1984), s. 717; ROXIN, Claus, "Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung", in Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, s. 291.
[778] JESCHECK/ WEIGEND, §34, IV, 5; HIRSCH, LK Vor. §32, kn. 119.
[779] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 104.
[780] KÜHL, Strafrecht AT, §32, kn. 38; JESCHECK/WEIGEND,Strafrecht AT, §34, IV, 5.
[781] DÖNMEZER/ERMAN, C: II, kn.752; YENERER- ÇAKMUT, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 29; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 186; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 249; ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 42; Toroslu ise, MK m. 23'de yer alan bu düzenlemenin kişisel özgürlüklere ilişkin haklar konusunda dikkate alınacağını belirtmektedir. Rıza kişisel özgürlüklere ilişkin hakların makul ölçüde sınırlanmasına yönelik olduğunda etkili olacaktır. Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 165; Buna karşın Ünver MK m. 23'ün ceza hukuku alanında genel bir kıstas olarak kullanılmasını reddetmektedir. Bkz. ÜNVER, Rıza, s. 254- 257.

fiile gösterilen rızanın geçerliliği ile ahlaka aykırı bir fiile gösterilecek rızanın geçerliliğini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Hukuka aykırı bir fiile gösterilen rıza geçerli değildir. Örneğin, TCK m. 116/3 göre, eşlerden birinin gayrimeşru bir amaçla, eşlerin ortak kullandığı eve bir başkasını alması halinde rıza geçersizdir. Aynı şekilde, bir kişinin para karşılığı organ ve dokularını alan kişinin fiili TCK m. 91/1 gereğince suç olmaya devam eder.

Ahlaka aykırı bir fiile gösterilen rızanın geçerli olup olmayacağı ise ahlaka aykırılık kavramının ceza hukuku açısından anlamının ne olduğuna bakılarak değerlendirilmelidir[782]. Ahlak ve ceza hukuku kurallarının ortak yanları bulunmakla birlikte, bütünüyle örtüştüklerini söylemek mümkün değildir. Ceza hukuku tarafından suç sayılarak cezalandırılan, adam öldürme, hırsızlık, cinsel saldırı gibi pek çok fiil aynı zamanda ahlaksızlık sayılır. Buna karşın bazı fiiller ahlaka aykırı oldukları halde, ceza kanununda suç olarak düzenlenmez. Örneğin, zina ahlaka aykırı bir fiil olarak kabul edilmesine rağmen cezalandırılabilir bir fiil değildir. Aynı şekilde yakın akrabalar arasında rızaya dayanan cinsel ilişki anlamına gelen fucur da büyük bir ahlaksızlık olarak görülmesine rağmen cezalandırılmaz[783].

Suç sayılmayan ahlaksızlıklar bulunduğu gibi, ahlaksızlık sayılmayan suçlar da vardır. Suç olarak düzenlenen fiillerin bazıları gayri ahlaki olmadıkları halde cezai yaptırıma bağlanmıştır. Örneğin, taksirli ve siyasi suçlar ahlaka aykırı olmadıkları halde cezalandırılmaktadır[784]. Buradan hareketle cezai yaptırıma bağlanmamış olan ahlaksızlıkların ceza hukukunun konusu olamayacağı söylenebilir[785]. Bunun nedeni

---

[782] Ceza hukukunda suçun daima ahlaka aykırı bir davranış olduğunu kabul eden ve hukuku dönemin kristalize olmuş ahlakı olduğuna ilişkin görüşler hakkındaki açıklama için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 24 vd.

[783] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler (2007), s. 121.

[784] "*Ceza kanunları tarafından suç olarak yasaklanan fiillerin, genellikle etik kurallar ile de çatıştığı inkar edilemez. Halkın vicdanı, suçların çoğunluğunu, özellikle ağır olanları gayri ahlaki fiiller olarak kabul etmektedir. Ancak pozitif hukuk normlarının bütünü tarafsız bir şekilde değerlendirildiğinde, suçun daima gayri ahlaki bir fiil olmadığı, bir başka deyişle etik postulalarla çatışmayan fiillerin dahi cezalandırıldığı kolayca görülür"*. TOROSLU, Genel Kısım, s. 26- 27; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler (2007), s. 122.

[785] "*Yalın ahlak ve etik veya doğal hukuk pozisyonları ceza hukukunca korunmakta olmayıp, bilakis toplum ve münferit birey açısından vazgeçilmez temel değerler korunmaktadır*". Bkz. TAG, s. 217 (Çev. ÜNVER, s. 196).

ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesidir. Bu ilke kanunen yasaklanmamış ahlaka aykırılıkların cezalandırılmasına izin vermez.

Ceza hukukuna kaynaklık etmenin dışında ahlak kuralları ceza hukuku tarafından korunan hukuksal değerler açısından da önemlidir. Kanun koyucu toplumun genel ahlakını korunması gereken hukuksal bir değer olarak görür ve bu değeri ihlal eden fiilleri cezai müeyyideye bağlar. TCK'nın 225 ile 230. maddeleri arasında da genel ahlaka aykırı bazı fiiller cezai yaptırıma bağlanmıştır. Ancak kanunda ahlaka aykırı bir fiile gösterilecek rızanın geçersiz olacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle Medeni Kanunun 23. maddesindeki düzenlemenin hukuka uygunluk nedeni olan rıza açısından genel bir sınırlama ölçütü olup olmadığı değerlendirilmelidir.

B.Genel Ahlak ve Adaba Aykırılığın Rızaya Etkisi

Türk ceza hukuku öğretisinde ahlaka aykırı bir fiile rıza gösterilemeyeceği, böyle bir fiile gösterilen rızanın geçersiz olduğu görüşü genel olarak kabul edilmektedir[786]. Ancak çok genel bir değerlendirmeyle hak veya özgürlüklerden tamamen feragat etme, vazgeçme anlamına gelebilecek fiillere rıza gösterilmesinin ahlaka aykırı olacağının belirtilmesi ile yetinilir[787].

Hürriyet, cinsel özgürlük veya şeref değerleri gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerlere ilişkin olarak açıklanan rızanın ahlaka uygun olması gerektiği kabul edilmektedir. Aynı şekilde malvarlığına ilişkin hukuksal değerleri rıza ile ihlal eden fiillerin de ahlaka aykırı olmaması gerektiği belirtilir[788].

Alman Ceza Kanunu §228'de ise "*rıza ile bir başkasını yaralayan kişinin, yalnızca fiil genel ahlaka aykırı ise hukuka aykırı hareket etmiş olacağına"* ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak §228'de yer alan ahlaka aykırılık kavramı, kişisel ahlak (moral) kavramını karşılamak için değil, toplumun geneli

[786] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 760; TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 322; YENERER- ÇAKMUT, s. 218; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 368; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 257- 258.
[787] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 760.
[788] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 760.

tarafından kabul edilen iyi ahlak kuralları[789] veya genel ahlak ve adab (gute Sitte) kurallarını karşılamak için kullanılır.

Alman ceza hukuku öğretisinde savunulan bir görüşe göre, kanunda yer alan bu düzenleme rızanın etkili olduğu bütün suç tipleri açısından geçerlidir. Buna göre, rızanın ahlaka uygun olması rızanın ilişkin olduğu bütün suç tipleri açısından genel bir geçerlilik şartıdır[790]. Ancak bu görüş, malvarlığına ilişkin suçlar açısından rızanın ahlaka uygun olmasının aranması halinde ortaya garip durumlar çıkacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir[791].

Öğretide hâkim olan görüş ise, "genel ahlak ve adap kurallarına uygun olma" teriminin dar yorumlanması ve ACK'nın §228'de getirilen rızanın sınırlandırılmasına ilişkin bu şartın kıyas yoluyla diğer suç tiplerine uygulanmaması gerektiği yönündedir. Bu görüşün haklılığı 26.5.1933 tarihinde kabul edilen ACK eski §226a yeni §228'in düzenlenme amacından da anlaşılmaktadır. Çünkü, bu paragrafın aslında o dönemde ahlaka aykırı olduğu kabul edilen, rızayla gerçekleştirilen kısırlaştırma ve kastrasyonu, kişinin vücut bütünlüğüne karşı rıza ile gerçekleştirilen diğer fiillerden ayırmak amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir[792]. Bu nedenle Alman ceza hukukunda ahlaka uygunluğun, rızanın genel bir şartı değil, yalnızca vücut bütünlüğünü ihlal eden fiiller açısından aranması gereken özel bir şart olduğu genel olarak kabul edilmektedir[793].

Genel ahlak ve adaba aykırılık değerlendirmesi yapılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, ahlak ve adaba aykırılık değerlendirmesinin konusunun öncelikle rıza gösterilen fiil olduğudur[794]. Bir görüşe göre, rıza gösteren kişinin rıza

---

[789] İyi ahlak/adap değerleriyle çatışmama terimi, "gutte Sitte" terimine karşılık olarak Ünver tarafından kullanılmaktadır. Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 974.
[790] GEERDS, GA 1954, s. 268.
[791] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 125.
[792] SCHLEHOFER, Horst, Einwilligung und Einverständnis, Münschen 1985, s. 80; KIENTZY, s. 96; BERZ, Ulrich, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, in GA 1969, s. 149.
[793] KÜHL, Strafrecht AT, § 9, kn. 30; ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 70; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, II 4, s. 382; RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 189; WEIGEND, ZStW 98 (1986), s. 64.
[794] MAURACH, Reinhart/ SCHRÖDER, Friedrich- Cristian/ MAIWALD, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband I, 9. Aulage, Heidelberg 2003, §8, kn. 14.

göstermekteki amacının ahlaka aykırı olup olmaması önemli değildir, önemli olan rıza ile gerçekleştirilen fiilin genel ahlak ve adaba uygun olmasıdır[795]. Örneğin, kişi estetik bir operasyona rıza gösterir. Ancak bu estetik operasyon neticesinde, çalıştığı sektörde kazancını arttırmak istemektedir[796]. Ancak buna karşı çıkan yazarlar, kimi zaman fiilin amacının da genel ahlak ve adaba uygun olması gerektiğini kabul eder[797].

Son yıllarda genel ahlak ve adaba aykırılığın vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen fiillerin sınırlandırılmasında geçerli bir ölçüt olduğuna ilişkin görüşler de şüpheyle karşılanmaktadır[798]. Hatta bazı yazarlar, bu ölçütü tamamen reddetmekte[799] ve ACK §228'in Anayasa'nın kanunilik ilkesine aykırı olduğunu[800], bu nedenle de Alman Ceza Kanunun'dan çıkartılması gerektiğini belirtmektedir[801].

Türk ceza hukuku öğretisinde de Ünver, tıbbi müdahalelerin konusunun genel ahlak, adap ve kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle sınırlandırılamayacağını belirtmektedir. Yazara göre, *"ahlak- din- adap gibi soyut, muğlak, kişi, toplum ve yöreye göre değişkenlik gösteren ve kendisine ne tespit ne de yorumda en küçük bir etki tanınması kabul edilemeyecek kavramlar, hukuksal bir kurumun kanunilik veya meşruluk ölçüt ve önkoşulu hiçbir surette olamaz*"; Genel ahlak ve adaba aykırılık konusunda, otonom- heteronom (bireysel- toplumsal düzene ilişkin) ahlak ayrımının da belirsiz ve suistimale elverişli olduğu için reddedilmesi gerekir; "*Hukuk dışı bir*

[795] MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, § 17, kn. 67.
[796] Benzer örnekler için bkz. MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT 1, §8, kn. 14.
[797] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 51; MAY, s. 107.
[798] ÜNVER, Rıza, s. 254- 257; NIEDERMAIR, Harald, Körperverletzung mit Einwilligung und die Gutten Sitten, Münschen 1999, s. 195; AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 941.
[799] STERNBERG- LIEBEN, s. 136 vd; RÖNNAU, Willensmängel, s. 165 vd.
[800] STERNBERG- LIEBEN, s. 136 vd.; RÖNNAU'ya göre, ACK §228, ya tamamen kanundan çıkartılmalı veya vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen fiillere gösterilecek rızanın sınırlandırılmasına ilişkin olarak ahlaka aykırılık yerine, daha objektif ölçütler getirilmeli ya da rızanın geçerli kabul edilemeyeceği doping, kısırlaştırma gibi vücut bütünlüğüne yönelik ağır fiillere ilişkin özel düzenlemeler yapılmalıdır. Bkz. RÖNNAU, Willensmängel, s. 173.
[801] AMELUNG/ EYMANN'ise kanunilik ilkesine olmasa bile, Alman Anayasasının 103. maddesinde yer alan belirlilik ilkesine aykırı olduğu için bu maddenin anayasaya aykırı olduğunu belirtmektedir. AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 941.

kavram, hukukun hiçbir alanında hukuka uygunluk veya aykırılığın ölçütü olamayaz" [802].

Yazarın bu eleştirilerinde, genel ahlak ve adap kavramının belirsiz ve pek çok etkene bağlı olarak değişen bir kavram olması nedeniyle, haklılık payı vardır. Ancak MK m. 23'ün kişinin kişilik hakları üzerindeki tasarruf yetkisi açısından önemli bir sınırlama getirdiği göz ardı edilemez. Elbette kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka aykırı olarak sınırlandırılamayacağı sonucuna MK m. 23'e başvurmadan Anayasa ve diğer yasal düzenlemelerden de ulaşmak mümkündür. Anayasa m.12'de kişinin kişiliğine bağlı haklardan vazgeçemeyeceği ve onları başkasına devredemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme rıza gösterme yetkisinin anayasal sınırıdır. Ancak kişinin hangi hukuksal değerleri üzerinde, nasıl tasarruf edeceği bütün bir hukuk sistemi dikkate alınarak tespit edileceğinden, kişinin tasarruf edebileceği hukuksal değerlerin ve tasarruf yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde ceza ve anayasa hukukunun yanında, MK m. 23 ile getirilen sınırlama da göz önünde bulundurulmalıdır.

Medeni Kanun m. 23'de yer alan, "kimse, özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" hükmünden, kişi özgürlüklerini ortadan kaldıran bir müdahaleye rıza gösterilmesinin hukuka aykırı olacağı anlaşılmaktadır. MK m. 23 ile rızanın geçerliliğine ilişkin olarak getirilen bu sınırlama, yalnızca kişilik haklarıyla ilgilidir[803]. Bu açıdan kişinin malvarlığına yönelik olarak gerçekleştirilen bir fiile gösterilen rıza, genel ahlak ve adaba aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul edilemez.

Genel ahlak ve adaba aykırılık kavramı Alman ceza hukukunda olduğu gibi Türk ceza hukukunda da dar yorumlanmalıdır. Ancak kişilik haklarını sınırlandıran fiillere gösterilecek rıza açısından, fiilin genel ahlak ve adaba aykırılığını belirlemek de önemli bir sorundur.

---

[802] Ünver MK m. 23'ün ceza hukuku alanına aktarılmasını, mezardan mezara kemik nakline benzetir. Bkz. ÜNVER, Rıza, s. 256; Benzer eleştiriler için bkz.: AYGÖRMEZ, s. 153.
[803] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 322; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 272.

C.Genel Ahlak ve Adaba Aykırılığın Tespiti

Alman Anayasası'nda yer alan belirlilik ilkesi nedeniyle, ahlaka aykırılık ölçütünün dar yorumlanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir[804]. Ancak dar yorumlanması gereken bu ölçütün nasıl belirleneceğine ilişkin uygulama ve öğretide değişik görüşler ortaya konmuştur. Alman Federal Mahkemesi[805] tarafından kabul edilen, "geçerli ve adil düşünceye sahip toplumun genelinin, ahlak ve edep duygusu" ölçütünün yanında, "fiilin ağırlığı ve tehlikeliliği"[806] , "fiilin amacı"[807], "irade sakatlığı"[808] ölçütleri ile rıza gösterilen fiilin ahlaka aykırılığı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bununla birlikte genel olarak ahlak, toplumda doğru ve adil düşünen insanların ortak edep ve terbiye hisleri olarak tarif edildiği için, ahlaka aykırılık teriminden de, bu hisleri zedeleyen durumlar anlaşılır[809]. Buna göre ahlaka aykırılık, *genelgeçer değer ölçülerinin, kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık bir örf ve adet kuralı olarak ortaya çıktığı durumlardır*[810].

Gerçekleştirilmesine rıza gösterilen bir fiilin, genel ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle hukuka aykırı sayılabilmesi için, geçmişte çoğunlukla rıza gösteren kişinin ve failin amacının ahlaka uygun olması veya kullanılan araçlarla, fiilin türünün genel ahlak ve adaba uygun olması gerektiği kabul edilmekteydi[811]. Ancak son zamanlarda ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, genel ahlak ve adaba aykırılığın tespitinde öncelikle fiilin türüne ve ağırlığına bakılması gerekir[812]. Hukuken tanınan bir neden

---

[804] BAUMANN/WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 112; KÜHL, Strafrecht AT, §9, kn. 30; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 53; SCHLEHOFER, s. 80; KIENTZY, s. 96; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf etme yetkisine sahip olduğu haklara ilişkin olarak açıklayacağı rızanın sınırları, rızanın konusunun ahlaka aykırı olduğu gerekçesi ile daraltılamaz" Bkz. BERZ, GA 1969, s. 149

[805] BGHSt 4, s. 24, s. 32; BGHSt 4, s. 88, s. 91.

[806] HIRSCH, Hans Joachim, Einwilligung und Selbstbestimmung, in Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, s. 799; NOLL, Rechtfertigunsgründe, s. 85; WEIGEND, ZStW 98 (1986), s. 44, s. 72, s. 64; ARZT, s. 36; GEPPERT, ZStW 83 (1971), s. 947 vd.

[807] HIRSCH, LK §228, kn. 10; Bkz. POP, Stephan, Die Sittenwidrigkeit der Tat im Sinne von §226a StGB, Diss., Nürnberg 1993, s. 58 vd.; Bkz. MAY, s. 98 vd.

[808] FRISCH, FS- HIRSCH, s. 485 vd.

[809] HIRSCH, LK §228, kn. 6; POP, s. 6; MAY, s. 98.

[810] Bkz. ERMAN, B., s. 136.

[811] Bkz.WESSELS/ BEULKE, Strafrecht At, kn. 377.

[812] HIRSCH, LK §228, kn. 9; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, kn. 377.

olmaksızın gerçekleştirilen, vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal eden veya geri dönüşü olmayacak şekilde madde kayıplarına yol açan fiiller, geçerli ve adil düşünen toplumun genelinin ortak mantık ve edep duygularını zedeleyeceği için her zaman genel ahlak ve adaba aykırı olacaktır[813]. Ölüm tehlikesi yaratan fiillerin de genel ahlak ve adaba aykırılığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır[814]. Dolayısıyla tıbbi açıdan gerekli olmadığı halde bir hekimin, hastasına uyuşturucu reçete etmesi[815] veya macera için yaşamı tehlikeye sokacak şekilde araba sörfü yapılması[816] veya bir öğrenci grubuna girmek için dayak yemeye rıza gösterilmesi[817] ahlaka aykırıdır.

Özetle, rızayla gerçekleştirilen vücut bütünlüğüne yönelik bir fiilin, kişinin açık ve yakın olarak öngörülen yaşamsal çıkarlarına yönelik ağır ve kalıcı sonuçlar doğuracak nitelikte olması halinde, genel ahlak ve adaba aykırı olacağı kabul edilmektedir[818].

Rızayla gerçekleştirilen fiilin genel ahlak ve adaba aykırılığının belirlenmesinde fiilin türü ve ağırlığı önemli olmakla birlikte, çoğu zaman tek başına yeterli değildir. Fiilin amacı da genel ahlak ve adaba aykırılığın belirlenmesinde genellikle dikkate alınmaktadır[819]. Korunan hukuksal değer açısından ağır sonuçları olan bir fiil, ancak meşru bir amaca yöneldiğinde genel ahlak ve adaba uygun kabul edilmektedir[820]. Örneğin, dilencilik yapmak için kişinin kolunu kestirmesi genel ahlak ve adaba aykırı iken, kangren olan kolun hastanın iyileştirilmesi için kesilmesi genel ahlak ve adaba uygun olacaktır. Aynı şekilde yaşam kurtarmak için girişilen ağır tıbbi müdahaleler de doğru ve adil düşünen toplumun genelinin edep ve terbiye hislerine uygundur[821].

---

[813] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 112; HIRSCH, LK §228, kn. 8; ERMAN, B., s. 137.
[814] GROP, Strafrecht AT, §6, kn. 53; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, III, 2.
[815] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, III, 2.
[816] OLG Düsseldorf, NStZ- RR 1997, s. 325.
[817] BayOLG, NJW 1999, s. 372.
[818] POP, s. 59.
[819] ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 51; MAY, s. 107.
[820] POP, s. 59.
[821] WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, kn. 377.

Bununla birlikte, rıza ile gerçekleştirilen fiilin genel ahlak ve adaba aykırı olduğu değerlendirilirken, kişisel ahlak anlayışından kaynaklanan değer yargılarına veya toplum düzenine ilişkin olmayan davranış kurallarına aykırılıklar dikkate alınmayacaktır[822]. Bu nedenle, üçüncü kişileri etkilemeyen ve toplum düzenine ilişkin olmayan fiiller, toplumun çoğunluğu tarafından ahlaka aykırı kabul edilseler bile, geçerli bir rızaya dayanıyorsa hukuka uygun kabul edilmelidir. Örneğin, yetişkinler arasında gerçekleştirilen rızaya dayalı homoseksüel ilişki veya önemli bir ağırlığa ulaşmayan sadomazohist fiiller genel ahlak ve adaba aykırı olmayacaktır[823].

Kanaatimizce Alman ceza hukuku öğretisinde kabul edilen genel ahlak ve adaba aykırılığın belirlenmesine ilişkin öğreti ve uygulamada geliştirilen ölçütler, Türk ceza hukuku açısından da uygulanabilir. Türk ceza hukukunda da, genel ahlak ve adaba aykırılık ölçütü dar yorumlanmalı ve mevcut mevzuatımız açısından göz ardı edilemeyecek olan MK m. 23'de getirilen sınırlama yalnızca kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerler açısından dikkate alınmalıdır.

Ancak "genel ahlak ve adaba aykırılık" değişken ve soyut bir kavram olduğu için, neyin ahlaka aykırı olduğu tespit edilirlen çok dikkatli davranılmalıdır. Her somut olayda rıza ile gerçekleştirilen fiilin ahlaka aykırı olup olmadığı tek tek değerlendirilmelidir[824]. Burada, fiilin türü ve ağırlığının yanında, amacının da Türk toplumunun genelinin kabul ettiği bir adap veya ahlak kuralını ihlal edip etmediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, sübjektif nitelikte sonuçların önüne geçmek için, genel ahlak ve adap kurallarına aykırılığın belirlenmesinde, salt bireysel veya toplumsal ahlak anlayışından kaynaklanan genelgeçer, bazı değer yargılarının değil, toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması önemlidir[825]. Ahlak kurallarıyla hukuk kurallarının çelişmesi halinde hukuk kurallarının öncelikle uygulanacağında bir tereddüt olmadığı gibi, konuya ilişkin bir genel ahlak ve adap

[822] MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT 1, §8, kn. 14; ERMAN, B., s. 138.
[823] MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT 1, §8, kn. 14;ERMAN, B., s. 138; Karşı görüş için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 167.
[824] YENERER- ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 37.
[825] Bkz. ERMAN, B., s. 138; Öğretide savunulan bir görüşe göre, TCK m. 26/2 yorumlanırken, "ahlaka uygunluk" yerine, Anayasa'nın 13. maddesinde açıkça anılan "demokratik toplum düzeni" ve "ölçülülük ilkesi"ne uygun bir eylem kavramından yararlanılmalıdır. Bkz. AYGÖRMEZ, s. 153.

kuralının tespit edilemediği hallerde de şüphe halinde özgürlükten yana değerlendirme yapılıp, fiilin ahlaka aykırı olmadığına karar verilmelidir[826].

[826] Bkz.: RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 225; Bkz.: ERMAN, B., s. 136.

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK

RIZANIN BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. Rızanın Varsayılan Rızadan Farkı

A.Genel Olarak

Varsayılan rıza, rıza gösterme yetkisine sahip olan kişinin rızanın gösterilmesi gereken zaman diliminde bilincinin yerinde olmaması veya başka bir nedenle rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmamasına rağmen, somut olayın özellikleri dikkate alındığında eğer kişi rıza açıklaması yapabilecek durumda olsaydı muhtemelen fiile rıza göstereceğinin kabul edilmesidir[827].

Varsayılan rızanın, gerçek rıza ile zorunluluk hali arasında kalan kendine özgü, bağımsız[828] bir hukuka uygunluk nedeni olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Türk ceza hukuku öğretisinde muhtemel rıza[829] olarak da adlandırılan varsayılan rızanın isim babası Mezger'dir[830]. Rıza suça etkisi açısından, fiilin tipe uygun olmasına engel olan ve hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklinde genel olarak ikiye ayrılırken, varsayılan rızanın her zaman bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin tereddüt bulunmamaktadır[831].

Varsayılan rıza kurumu, kişinin gerçek rızasının alınamadığı hallerde de mümkün olduğunca kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda bir

---

[827] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, VII, 1; Ancak öğretide varsayılan rıza ile örtülü rızanın aynı anlamada kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. YENİSEY, İlgilinin Rızası, s. 875- 876.

[828] OTTO, Harro, Einwilligung, mutmassliche, gemutmasste und hypothetische Einwilligung, in JURA 2004, s. 681.

[829] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.166.

[830] MEZGER, Strafrecht, s. 218 vd; Bkz. ROXIN, Claus, Über die mutmaßliche Einwilligung, in Festschrift für Hans WELZEL, 1974, s. 447.

[831] ZIPF, Einwilligung, s.52; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34 VII 2, s. 387; Türk ceza hukuku öğretisinde ise ÖZGENÇ, hukuk kurallarının dayanağını oluşturan davranış nomlarının gerçekliğe dayandığı gerekçesiyle varsayılan rıza kavramını tamamen rededer. Yazara göre, "*varsayıma dayalı olarak hüküm tesis edilemez"*. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 339; Bu görüşe getirilen eleştiriler için Bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 262.

çözüme ulaşılmak istenmesi amacıyla hukuken tanınmıştır[832]. Nitekim 5013 Sayılı kanunla onaylanan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Biyo-Tıp Sözleşmesi) 9. maddesinde, "müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır", şeklindeki düzenlemeyle, bilinci yerinde olmadığı için rıza gösteremeyen kişilerin, kendi geleceklerini belirleme haklarının mümkün olduğunca dikkate alınması gerektiğine işaret edilmiştir.

Varsayılan rıza, açık rızadan farklı olduğu gibi zımni rızadan da farklıdır. Zımni rızada, kişide fiile yönelik bir irade oluşmuştur ve fiilin geçekleştirilmesine rıza gösterilir. Ancak kişi bu rızasını söz veya yazıyla açıklamak yerine hal ve hareketleri ile ortaya koyar. Örneğin, aynı odayı paylaşan iki iş arkadaşından biri diğerine hediye olarak gelmiş olan çikolatadan alıp yerken, buna itiraz etmeyen kişinin rızasını zımnen açıkladığı kabul edilmektedir. Aynı şekilde, bir jinekoloğa kendi isteğiyle randevu alıp müracaat eden hastanın, jinekolojik muayeneye de rıza gösterdiği konusunda bir tereddüt bulunmaz. Ancak varsayılan rızada, kişide fiil gerçekleştirildiği anda rıza gösterip göstermemek konusunda bir irade oluşmamıştır. Yalnızca kişinin gerçeği bilmesi halinde fiile rıza göstereceği varsayılmaktadır[833].

B. Varsayılan Rızanın Uygulama Alanı

1. Genel Olarak

Varsayılan rızaya ilişkin olarak verilen klasik örnekler şu şekildedir: Alt katta oturan (A), üst katta oturan ve tatile çıkmış olan komşusu (B)'nin evine, patlamış su

---

[832] FRISCH, Wolfgang, "Einwilligung und Mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe", in Portugiesisch-deutsches Symposium zu Ehren von Albin Eser in Coimbra, Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 1. Aufl. 2006, s. 65.

[833] Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, esas itibariyle varsayılan rızaya örnek olarak gösterilebilecek halleri, zımnı rıza ile karıştırılabilecek bir şekilde açık olmayan bir ifade kullanarak örtülü rıza olarak adlandırmıştır. "… *Sütçünün süt, gazetecinin gazete, postacının mektup bırakmak için eklentiye girmesinde örtülü rıza mevcuttur…. Eklentiye girmede, burayı kullanmada ve tasarruf etme hakkına sahip olanların rızalarının tespiti zımmında, sanığın davranışları değerlendirilmeli, giriş amacı araştırılmalı, olaysal olarak değerlendirme yapılmalıdır".* Bkz. Y CGK, E. 1993/ 4- 208, K. 1993/ 352, T. 27.12. 1993, http://www.kazanci.com, (siteye giriş tarihi: 26.04.2010).

borusunu tamir etmek amacıyla, bir türlü ulaşıp rızasını alamadığı (B)'nin durumu bilseydi rıza göstereceğini varsayarak, kapıyı açarak girer. Bir başka örnekte, kaldırımda yürüyen (A), yanında sahibi bulunmayan cins bir köpeğe yoldan geçen bir otomobilin çarptığını görür. Köpek ağır bir şekilde yaralanmıştır ve onun daha fazla acı çekmesine katlanamayan (A), belinden çıkardığı tabancayla köpeği vurarak öldürür. Aynı şekilde bir kişi yurt dışında bulunan komşusuna bankadan gönderilmiş olan mektubu, ödemenin gecikmesi halinde önemli zararların doğmasına neden olabilecek bir fatura olduğu düşüncesiyle açar[834].

Bununla birlikte varsayılan rızanın en çok uygulandığı alan tıbbi müdahalelerdir. Örneğin bir kaza sonrasında, hastaneye kaldırılan kazazedenin bilincinin yerinde olmaması veya operasyondan önce bilincini kaybetmesi nedeniyle rızasının alınamadığı veya bir ameliyat sırasında ameliyatın kapsamının genişletilmesi gereğinin ortaya çıktığı durumlarda, kişinin yapılacak tıbbi müdahalelere rıza göstereceği varsayılır[835].

Ancak rızanın alınmasının mümkün olduğu, kişinin gerçek iradesine başvurma imkânının bulunduğu hallerde, kesinlikle kişinin varsayılan rızasından hareket edilmemesi gerekir. Bu açıdan hekimler daha önceden hastaya bildirmeden, hastanın yaşamı ve sağlığı açısından aciliyet arz etmeyen müdahalelere kendi başlarına, hastanın rızasının var olduğu varsayımına dayanarak girişmemelidir[836].

Nitekim yargıya intikal etmiş bir olayda, bayan hasta üreme organlarından birinde gelişen bir hastalığa bağlı olarak, yalnızca o hastalığın tedavisine ilişkin olarak gerekli olduğu kabul edilen sınırlı bir cerrahi müdahaleye rıza gösterir. Ancak ameliyat sırasında cerrah, hastalığın ilerlemiş olduğunu fark eder ve söz konusu üreme organını hastanın bu konuya ilişkin herhangi bir beyanı olmamasına rağmen tamamen alır. Mahkeme, ameliyat öncesinde böyle bir ihtimal hastaya daha önceden

[834] Benzer örnekler için bkz. NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 135; ROXIN, in FS- WELZEL, s. 447.
[835] ROXIN, in FS- WELZEL, s. 447.
[836] FRISCH, ärztliche Eingriffe, s. 67.

bildirilmediği ve bu ihtimale ilişkin olarak da hastanın aydınlatıldıktan sonra rızası alınmadığı için, fiilin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir[837].

Konuya ilişkin bir başka örnek olaya, Japon yargı kararlarında rastlanmıştır. Söz konusu olayda, göğüs kanseri olan ünlü bir manken, kanser gelişmiş olan sağ göğsünün alınması için cerrahi müdahaleye rıza gösterir. Ancak ameliyat sırasında hekim, sol göğüste de bir tümör kitlesi olduğunu fark eder ve hastanın rızasını almaksızın ameliyatı genişleterek sol göğüsteki tümörü de alır. Ancak bu tümörün gelecekte kansere dönüşüp dönüşmeyeceği belli değildir. Tokyo Eyalet Mahkemesi, "*bir hekimin, yalnızca hastanın yaşamını tehdit eden mutlak ve acil bir tehlikenin söz konusu olduğu ve hastanın rızasını almak için zaman olmayan çok istisnai durumlarda hastanın operasyona rıza göstereceği varsayımından hareket edebileceğini"* belirtmiştir. *Bununla birlikte hekimin, hastanın rızası olmadan operasyona girişmesi, kişinin vücut bütünlüğünü hukuka aykırı olarak ihlal eden bir fiildir ve hekimin cezai sorunluluğunu gerektirir*[838].

Bu iki yargı kararı da aslında, hastanın bedeninin hekimin tasarrufuna bırakılmış bir mal, eşya olmadığını ve kişinin kendi bedeni üzerinde yapılacak müdahalelerde asıl belirleyici olanın yine kişinin bizzat kendi iradesi olduğunu teyit eder niteliktedir. Varsayılan rıza ancak gerçek rızanın alınamadığı hallerde başvurulabilecek bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak varsayılan rıza, asla hekimlerin aydınlatma yükümlüğünü zayıflatacak şekilde yorumlanmamalıdır[839].

Tıbbi müdahalenin genişletilmesi ve dolayısıyla hastanın gerçek iradesine aykırı hareket etme riski, tıbbi müdahalenin yarıda bırakılmasından kaynaklanabilecek risklerden daha büyük olduğunda, tıbbi müdahale yarıda bırakılmalı ve hastanın rıza göstermesi beklenmelidir. Tıbbi müdahalenin geri

---

[837] BGHSt 11, s. 111, s. 114.

[838] LGZ TOKYO, Kakyushinsaibanshyo-Minjihanrei-shyu, 22, 5.6, 626. Aktaran: YOSHIDA, Nobuyuki, Zur materiellen Legitimation der mutmaßlichen Einwilligung, in Festschrift für Claus Roxin, 2001, s. 402.

[839] Nitekim Hakeri, ameliyatın genişletilmesi ihtimalinin ameliyat öncesinde de mevcut olmasına rağmen, hekimin bundan hastaya bahsederek rızasını almadığı hallerde, gerçekle örtüşmeyen bir şekilde varsayılan rızanın bulunduğundan hareketle operasyonu genişleten hekimin taksirli sorumluluğunun devam edeceğini belirtmektedir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 169.

bırakılmasındaki riskin düşük olduğu, hastanın yaşamı ve sağlığı açısından önemli bir tehlike doğurmayan durumlarda, ameliyat geri bırakılmalı ve kişinin gerçek rızası alınmalıdır[840]. Buna karşın müdahaleye ara verilmesinin hasta açısından getireceği külfetler, kişinin gerçek rızasına aykırı hareket etme riskinden daha büyükse operasyona devam edilmelidir. Eğer hekim böyle bir durumla karşılaşır ve hastanın rızasının var olduğu husunda bir hataya düşerse, bir hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiğine ilişkin bir hata yapmış olur ve eğer hataya düşmekte bir kusuru yoksa, hatasından yararlanır(TCK m. 30/3).

Ameliyatın genişletilmesi ihtimali ameliyat öncesinde varsa hekim bu ihtimali hastaya bildirmelidir. Ancak hekim bu ihtimali bilmesine rağmen hastaya bildirmemişse ve ameliyat sırasında yanılgıya düşerek, nasılsa hasta bunu bilseydi rıza gösterirdi diye tıbbi müdahaleyi genişlettiğinde, hekimin varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin şartlarına ilişkin bir hataya düştüğü kabul edilmeli ve cezai sorumluluğu TCK m. 30/3 gereğince belirlenmelidir[841]. Bu durumda hekimin hatası kastını ortadan kaldıracak, ancak taksirli hareketinin sorumluluğu devam edecektir.

2. Başkasının Menfaatine Hareket

Varsayılan rızanın söz konusu olduğu durumlarda, failin hukuksal değer sahibinin rıza gösterdiğini varsayarak gerçekleştirdiği hareket ya hukuksal değer sahibinin başka bir değerini korumak için gerçekleştirilir ya da fail bu hareketi bizzat kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına gerçekleştirir.

Fail, hukuksal değer sahibinin yararına ancak onun başka bir hukuksal değerine zarar veren fiili, kişi eğer bilinci yerinde olsaydı veya rızasını almak mümkün olsaydı

---

[840] *"Somut olayda tehlike cüzi ve bu tehlike mevcut modern tedavi araçlarıyla kontrol altına alınabilir nitelikte ise, hastanın muvafakatı olmaksızın operasyonun genişletilmesi her halükarda (hasta tarafından kabul edilebilirdi denilebilecek halde dahi) bu açıdan ilave ruhsal ve bedensel külfetlerle bağlantılı olurdu şeklindeki bir görüşü sonuçlamaz"*. ÜNVER, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, Tebliğler, s. 125; YENERER- ÇAKMUT, Özlem, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bidiriler, Mersin Barosu, s. 17.

[841] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 170; HAKERİ, Hakan, Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1Mart 2008, TBB, Ankara 2008, s. 926; ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 125.

rıza gösterecek olduğu varsayımı ile gerçekleştirdiğinde, zorda kalma haline benzer bir durumun varlığından söz edilir[842]. Ancak zorunluluk halinden farklı olarak varsayılan rızada, tehlikede bulunan hukuksal değer ve bu hukuksal değerin kurtarılması için feda edilen hukuksal değer aynı kişiye aittir. Fail, bir kişinin tehlikeye düşmüş olan hukuksal değerini korumak için, yine ona ait bir başka hukuksal değeri ihlal eder. Ancak hareketi gerçekleştirirken, hak sahibinin eğer bilinci yerinde olsaydı veya iradesine başvurma imkânı bulunsaydı, fiile rıza göstereceği varsayımı ile hareket eder[843].

Somut olayın ivediliği ve özelliği, hukuksal değer sahibinin gerçekleştirilen fiile razı olacağını ve failin de varsayılan rızanın sınırları içinde hareket ettiğini gösteriyorsa, varsayılan rızanın fiili hukuka uygun hale getireceği kabul edilmektedir[844]. Burada fail, başka bir kişinin malvarlığına, yaşamına, vücut bütünlüğüne veya kişiliğine ilişkin bir tehlikeyi önlemek amacıyla hareket eder. Bunu yaparken, eğer kişinin rızasını alma imkânı olsaydı rıza göstereceği inancını taşır. Rıza gösterileceği varsayımı ile feda edilen hukuksal değerin önemi, müdahaledeki muhtemel üstün yarar karşısında ikinci planda kalır[845].

Örneğin, komşusunun evindeki patlamış su borusunu tamir ettirmek için eve giren kişinin fiili, konut dokunulmazlığını ihlal eder, ancak evin daha fazla zarar görmesini önlediği için, ev sahibinin rıza göstereceği varsayılır[846].

3. Kendi Menfaatine Hareket

İkinci ihtimalde ise fail, yine hukuksal değer sahibinin rıza göstereceğini varsayarak, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamak amacıyla hareket eder. Failin, kendisinin veya hukuksal değer sahibinden başka bir kişinin menfaatine hareket ettiği durumlarda, ihlal edilen menfaatin değerinin ya çok az olması veya fail

[842] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 133.
[843] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, VII., 1a.
[844] ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 261; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 184.
[845] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 184.
[846] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, VII., 1a.

ile hukuksal değer sahibi arasında belirli bir sosyal ilişkinin bulunması gerekir[847]. Örneğin, uzun bir seyahate çıkmış olan komşusunun bahçesindeki meyve ağacından yere dökülmüş ve komşusu geri dönene kadar muhtemelen çürüyecek olan meyveleri onun rıza göstereceğini varsayarak toplayan kişinin veya kaçırmak üzere olduğu trene yetişmek için o anda evde olmayan arkadaşının bisikletini alan kişinin veya ev sahibinin giymediği eski giysileri bir dilenciye veren hizmetçinin fiili, varsayılan rıza nedeniyle hukuka uygundur[848].

D. Varsayılan Rızanın Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Varsayılan rızanın gerçek rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali[849] arasında, kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu bugün genel olarak kabul edilmekle birlikte[850], hukuka uygunluk nedeni oluşunu açıklama noktasında değişik görüşler ortaya konmaktadır.

Varsayılan rıza ve zorunluluk halinin söz konusu olduğu olayların birbirine benziyor olması nedeniyle bazı yazarlar, varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşunu zorunluluk haliyle açıklar[851].

Öte yandan varsayılan rızanın, gerçek rıza ile aynı prensibe dayandığı, şartları ve hukuki sonuçları itibariyle de aynı olduğu için esas itibari ile gerçek rızanın yalnızca bir türü olduğunu savunanlar da vardır[852].

Bir başka görüş ise varsayılan rızayı özel hukuk alanında geçerli olan vekâletsiz iş görmeye benzetir ve soruna bu açıdan bir çözüm bulmaya çalışır[853].

---

[847] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, VII., 1b; ROXIN, Strafrecht AT I, § 18, kn. 15, 17; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vor. § 13, kn. 70.
[848] Benze örnekler için bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 18, kn. 15; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, VII., 1b.
[849] ROXIN, Strafrecht AT I, § 18, kn. 3; Aynı yönde, ROXIN, in FS- WELZEL, s. 448; OTTO, JURA 2004, s. 681.
[850] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, VII., 1b.
[851] ZIPF, in ÖJZ 1977, s. 385; NUHOĞLU, Ayşe, Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008, TBB, Ankara 2008, s. 54- 55.
[852] MEZGER, Strafrecht, s. 220 vd.

Tüm bu görüşlerin yanında varsayılan rızayı izin verilen risk görüşüne dayandıranlar da vardır[854].

2. Zorunluluk Haline İlişkin Görüşler

Bu görüşe göre, varsayılan rıza zorunluluk haline benzer. Varsayılan rıza bağlamında değerlendirilen sorunlar, esas itibariyle zorunluluk hali içinde çözülmelidir. Varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallerde, hukuksal değer sahibi bir hak veya menfaatinin ihlaline rıza göstermez. Ancak, fail hak sahibinin yararına olabilecek bir hareketi gerçekleştirir[855]. Burada zorunluluk haliyle rıza birlikte değerlendirilir. Hak sahibinin varsayılan iradesi, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ile birlikte dikkate alınır. Ancak çatışan hukuksal değerlerin her ikisi de aynı kişiye ait olduğu için, zorda kalma halinin bulunup bulunmadığına ilişkin objektif bir değerlendirmeyle yetinilmez, ayrıca hak sahibinin varsayılan iradesi de araştırılır[856].

Varsayılan rızanın hukuki temelini zorunluluk haline dayandıran bu görüş çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Öncelikle zorunluluk halinde gerçekleştirilen ve kanunda suç olarak tarif edilen fiilden dolayı failin cezalandırılmamasının nedeni, tehlikede olan kişinin korunma içgüdüsü ile hareket etmesi olduğu söylenir[857]. Korunma içgüdüsü her canlıda var olan temel bir içgüdüdür ve hukuk düzeni bu içgüdü ile hareket eden kişiyi cezalandırmaz. Ancak varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin nedeni kişinin kendini savunma içgüdüsüne hukuken önem verilmesi değildir. Zaruret halinde olan kişi ya tehlikede bulunan kendisine veya bir başkasına ait hakkı kaybedecek ya da bu hakkı başkasının hakkına zarar vermek pahasına koruyacaktır[858]. Buna karşın varsayılan rızada, fiil

---

[853] ARNT, Herbert, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, Breslau 1929, s. 54.
[854] ROXIN, Strafrecht AT I, § 18, kn. 21.
[855] WELZEL, Strafrecht, s. 92; ZIPF, Einwilligung, s. 53.
[856] ZIPF, Einwilligung, s. 53.
[857] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler (2007), s. 664; TOROSLU, Genel Kısım, s. 149.
[858] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler (2007), s. 664; TOROSLU, Genel Kısım, s. 149.

gerçekleştirildiği anda kendisine ulaşılamayan veya başka bir nedenle rızası alınamayan hukuksal değer sahibinin varsayılan iradesi belirleyicidir[859].

Zorunluluk halinin söz konusu olduğu durumlarda, korunma hareketinin ihlal ettiği hukuksal değerin sahibi, korunan hukuksal değerin sahibinden başka üçüncü bir kişidir ve fiile rıza göstermez. Gerçekten de boğulmamak için aynı tahtaya tutunmuş olan kazazedelerden birinin, tahta ikisini birden suyun üzerinde tutmaya yetmediği için diğerini denize atması halinde, boğulan kişinin iradesi fiille örtüşmez. Buna rağmen hukuk düzeni fiili hukuka uygun kabul eder. Varsayılan rızada ise objektif bir değerlendirme ile hukuksal değer sahibinin bilinci yerinde olsaydı veya kendisine ulaşılabilseydi gerçekleştirilen fiile rıza göstereceği kabul edilmektedir. Hak sahibinin iradesiyle fiilin örtüşeceği varsayılır[860].

Hukuksal değer sahibinin menfaatinin korunmasını açıkça reddetmesi diğer bir deyişle rızasını esirgemesi halinde ise gerçekleştirilen fiilin zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun hale gelmesi söz konusu olamaz. Zorunluluk hali ve kişinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin aynı olayda uygulanması gerektiğinde, zorunluluk haline ultima ratio, yani son çare olarak başvurulur. Öncelikle dikkate alınması gereken kişinin iradesidir. Bu nedenle menfaatinin korunmasını istemeyen hatta faili bundan açıkça men eden kişinin, menfaatinin zorla korunması fail için bir ödev olmadığı gibi, hak sahibi de zorunluluk nedeniyle gerçekleştirilen fiile katlanmaya mecbur bırakılamaz[861].

Ancak kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği, ihlaline rıza gösteremeyeceği bir hak söz konusu olduğunda, kişinin iradesi dikkate alınmayabilir. Örneğin, yaşam hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği ve ihlaline rıza gösterebileceği bir hak olmadığı için, yaşam hakkını ihlal eden bir fiile gösterilecek rıza geçersizdir.

[859] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 214.
[860] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 214.
[861] ZIPF, Einwilligung, s. 54.

Bu hakkın korunmasından hak sahibinin başkalarını men etmesinin de bir öneminin olmadığı kabul edilmektedir[862].

Failin kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etmesi halinde ise farklı bir durumla karşılaşılır. Tatile çıkan komşunun bahçesinde yere düşmüş olan meyvelerin toplanması örneğinde olduğu gibi, fiilin hukuka uygunluğu zorunluluk hali ile açıklanamaz. Hak sahibi açısından önlenmesi gereken yakın ve mutlak bir tehlikenin söz konusu olmadığı bu gibi durumlarda, fiilin hukuka uygunluğu genellikle " *fiilin toplumsal uygunluğu"* ile açıklanır[863]. Hak sahibinin varsayılan rızasına dayanılarak gerçekleştirilen fiiller, esas itibariyle komşuluk ilişkileri veya sosyal ilişkiler içerisinde normal kabul edilen fiillerdir[864].

Ağır bir trafik kazası sonucunda bilinci kapalı bir şekilde hastaneye kaldırılan ve acil ameliyat edilmesi gereken bir hastanın, yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin hakları ile kendi geleceğini belirleme hakkı karşı karşıya gelir. Kişinin bilinci yerinde olsa ve iradesini açıklayabilseydi bu tür bir menfaat çatışması yaşanmayacaktı[865]. Kişinin rızasının alınamadığı hallerde, hekimin objektif bir değerlendirme yapması, bu durumda bulunabilecek ortalama bir insanın vermesi muhtemel kararı tespit etmesi gerekir. Hekim yaptığı değerlendirme sonunda, hak sahibi bu durumu bilseydi muhakkak rıza gösterirdi diyebiliyorsa gerçekleştirdiği müdahale hastanın varsayılan rızası nedeniyle hukuka uygun olacaktır[866].

---

[862] ZIPF, Einwilligung, s. 54.
[863] ZIPF, Einwilligung, s. 55; Türk hukukunda "*toplumsal uygunluk teorisini"* ayrıntılı olarak inceleyen Ünver, ceza hukukundaki bu tür önemsiz fiillerin hukuka aykırı olmadıkları sonucuna, toplumsal uygunluk teorisine başvurmaya gerek olmadan, "*amaca göre yapılan ve korunan hukuki yararı ön planda tutan bir yorumla"* da ulaşılabileceğini belirtir. Bkz. ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 122- 125; Ünver'le aynı görüşleri paylaşan Hakeri de, kanunun yorumlanması suretiyle önemsiz harketlerin ceza hukukunun kapsamı dışına çıkarmanın mümkün olduğunu düşünmektedir. Bkz. HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 93.
[864] ZIPF, Einwilligung, s. 55.
[865] ZIPF, Einwilligung, s. 55.
[866] BAYRAKTAR, s. 140.

Alman Federal Mahkemesi de önüne gelen bir olayda, varsayılan rızanın kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna ve zorunluluk halinin bir türü olmadığına işaret etmektedir[867].

3. Rızanın Bir Türü Olduğu Görüşü

Bazı yazarlara göre varsayılan rıza, fail tarafından açıklanmadığı bilinen, ancak hak sahibi durumu bilseydi açıklayacağı varsayılan rızadır[868]. Varsayılan rıza da rızanın yalnızca bir türüdür.

Türk ceza hukuku öğretisinde de varsayılan rıza genellikle gerçek rızanın bir türü olarak görülür ve birlikte incelenir[869].

Varsayılan rızanın gerçek rızanın bir türü olduğu görüşü pek çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle varsayılan rızada, hak sahibinin gerçek iradesi bilinmeksizin, ortalama makul bir insanın düşünüş biçimine göre objektif bir değerlendirme yapıldığı ve aynı şartlar altında ortalama bir insanın fiile rıza göstereceği varsayımından hareket edildiği söylenmiştir. Fail, hak sahibinin menfaatleri doğrultusunda hareket etmiş olsa bile bu hak sahibinin gerçek iradesiyle örtüşmeyebilir. Zira gerçek rızada, bizzat hak sahibinin kendisinin subjektif bir değerlendirmesi söz konusudur. Örneğin, bir hekim bilinci kapalı bir şekilde acile kaldırılan kazazedeye tetanoz aşısı yapar. Hekimin herhangi bir nedenle kazazedenin, bilinci yerinde olsaydı bu müdahaleye rıza göstermeyeceğini bilmesi, fiilin cezalandırılması açısından önemli olmayacaktır. Çünkü hekimin yaptığı objektif değerlendirme, hastanın subjektif değerlendirilmesinden üstün görülür[870].

Ayrıca, hak sahibinin menfaatlerine aykırı bir fiili, sadece onun rızasının var olduğu varsayımına dayanarak hukuka uygun kabul etmenin de doğru olmadığı söylenmiştir. Örneğin, A arkadaşı B'yi ziyarete gider. Ancak evde kimse olmadığı için, bahçede oturup B'yi beklemeye başlar. Bu sirade, bahçedeki ağaçlardan meyve

---

[867] BGH NJW 1988, s. 2310.
[868] HONIG, s. 153, dp. 58; ARNDT, s. 27.
[869] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 749; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 184.
[870] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 138.

kopartıp yer. A'nın fiilinin varsayılan rıza nedeni ile hukuka uygun olduğu kabul edildiğinde karşımıza önemli bir problem çıkar. O da, A'nın meyveleri kopartıp yediği anda, B'nin bu fiile rıza göstermesi bir yana, bu fiilden haberi dahi olmamasıdır. B, fiilden ancak fiil gerçekleştikten sonra haberdar olacak ve belki de rıza göstermeyecektir. Bu nedenle burada aslında failin, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığına ilişkin olarak hataya düştüğü ve fiil hukuka aykırı olmasına rağmen failin kınanamayacağı görüşü dile getirilmiştir[871].

4. Vekâletsiz İş Görmeye İlişkin Görüşler

Rızanın, hukuki bir işlem olduğu görüşünü savunanlar, varsayılan rızayı da vekâletsiz işgörmeye benzetirler[872].

Bu görüşe göre, bir başkasının yararına, onun iyiliğine olacak şekilde ve onun açık iradesine aykırı olmaksızın hareket eden kişi hukuka aykırı hareket etmiş sayılmaz. Hukuk düzeni bir bütündür, bu nedenle özel hukuk alanında geçerli olan vekâletsiz işgörmeye ilişkin kurallar, kişinin açık rızasının alınamadığı hallerde de uygulanabilir. Kişinin gerçek rızasının alınamadığı hallerde varsayılan rızaya dayanan fail, aslında onun adına vekâletsiz iş gören kişi gibi hareket eder[873].

Türk Borçlar Kanunu'nun 410. maddesine göre, *"vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse, o işi sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmaya mecburdur"*. Buradan başkasının hesabına vekâlet olmaksızın tasarrufta bulunan kişinin, aynı zamanda kendisini o kişinin menfaatine ve tahmin olunan amacına uygun davranma yükümlülüğü altına soktuğu anlaşılır. Kişinin rızası alınmaksızın onun için bir tasarrufta bulunulması halinde, kişinin hem gerçek iradesinin, hem de menfaatlerinin hangi yönde olduğunun araştırılması gerekir. Benzer bir hüküm Alman Medeni Kanunu §683' de de yer alır.

[871] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 139.
[872] HÄCKER, Johannes, Wille und Interesse bei der mutmaßlichen Einwilligung, zugleich Beitrag zur übergesetzlichen Rechtfertigung, Dis; Tübingen 1973, s. 14- 16.
[873] HÄCKER, s. 15.

Ancak, bu görüş de eleştirilmiştir. Kural olarak hukuksal değer sahibinin kendi menfaatlerine uygun hareket etmesi beklenir. Ancak kişinin kendi menfaatlerine aykırı bir fiili bizzat kendisinin gerçekleştirmesi kadar, böyle bir fiili başka birinin gerçekleştirmesine rıza göstermesi de mümkündür. Yani hukuksal değer sahibi kendisi rıza gösterebilecek durumda olsaydı her zaman makul ve mantıklı olması beklenmeyecek ve kendi menfaatlerine aykırı kararları da hukuken dikkate alınacaktı. Buna karşın, vekâletsiz iş gördüğü kabul edilen fail, rıza mevcut olsa bile hak sahibinin menfaatine aykırı hareket edemez[874]. Bu durumda, kötü sonuçlanan tıbbi müdahaleler, hastanın menfaatine aykırı olduğu için hasta buna rıza göstermiş olsa bile vekâletsiz iş görme kurallarına göre hukuka uygun kabul edilemeyecektir[875].

Vekâletsiz iş görmeden farklı olarak, varsayılan rızada fiilin mutlaka kişinin menfaatine uygun olması gerekmez. Fiil objektif olarak kişinin menfaatine olmasa bile somut olayın özellikleri dikkate alındığında kişinin iradesine uygun olacağı öngörülebiliyorsa hukuka uygun olacaktır. Örneğin, ağaçtan yere dökülmüş ve çürüyecek olan elmaların çocuklar tarafından toplanması veya bir hizmetçinin ev sahibinin eski giysilerini sokaktan geçmekte olan dilenciye vermesi, hukuksal değer sahibinin objektif menfaatlerine uygun değildir. Ancak onun tahmin edilen iradesine uygun olacağı varsayıldığı için, hukuka uygundur[876].

Bununla birlikte Honig, varsayılan rıza ile vekâletsiz iş görme arasında büyük benzerlikler olduğunu düşünür. Ona göre, vekâletsiz iş görmeye ilişkin kurallar, varsayılan rıza açısından da uygulanabilir. Vekâletsiz iş görme hükümleri sadece özel hukukla veya hukuki ilişkiyle sınırlı değildir. Başkasının veya kamunun menfaatleri doğrultusunda gerçekleştirilen fiillere, yaşamın çok farklı alanlarında rastlanabilir. Vekâletsiz iş gören kişi, hukukun genel ilkeleri doğrultusunda menfaati ihlal edilen kişinin rıza göstereceği varsayımıyla, onun subjektif bir hakkını ihlal etmişse, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Örneğin bilinci kapalı olan bir hastaya, rızasını almaksızın müdahale eden doktorun fiili hukuka aykırı değildir. Aynı

[874] ROXIN, FS- WELZEL, s. 452.
[875] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 727.
[876] WEISSENBERGER, s. 155.

şekilde, rıza alınarak başlanan bir ameliyat sırasında, rıza dışında daha ağır müdahalelerin yapılmasına mecbur kalınması halinde de fiil hukuka uygun olacaktır[877].

5. İzin Verilen Risk Görüşü

Bu görüşe göre, varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin nedeni, izin verilen risk ilkesi ile açıklanabilir. Ancak varsayılan rıza izin verilen risk ilkesine dayansa bile tamamen kendine özgü bağımsız bir hukuka uygunluk nedenidir[878].

Bu görüşe göre, fail ihlal ettiği hak veya menfaatin sahibinin gerçek iradesinin gerçekleştirdiği fiille örtüşeceği varsayımıyla hareket eder. Failin, hak sahibinin gerçek iradesine ilişkin yaptığı değerlendirmenin yerindeliği hak sahibinin, bilinci yerinde olsa veya kendisine ulaşılabilse ve görüşü alınabilseydi ne şekilde karar vereceğinin, objektif ölçütlere göre belirlenmesiyle tespit edilir[879].

Eğer objektif ölçütlere göre, hak sahibinin böyle bir fiile rıza göstereceği anlaşılıyorsa rıza göstereceği varsayılarak gerçekleştirilen hareketler de hukuka uygun olur. Kişinin gerçeği bilmesi halinde rıza göstermeyeceği sonradan anlaşılsa bile bu varsayımla hareket eden fail, hukuka aykırı hareket etmiş sayılmaz. Görüldüğü gibi, varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiili hukuka uygun hale getiren neden, ne kişinin fiile rıza göstermiş olması ne de failin zorunluluk hali içinde hareket etmesidir[880]. Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin asıl nedeni "izin verilen risk" ilkesinde aranmalıdır. Hak sahibinin bilincinin yerine gelmesinin beklenmesi halinde ortaya çıkacak olan zarar, kişinin bilinmeyen gerçek iradesine karşı bir fiilin gerçekleştirilmesi, yani kişinin gerçek iradesine aykırı hareket edilmesi halinde ortaya çıkacak olan zarardan daha büyükse

[877] HONIG, s. 166, 167.
[878] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 114.
[879] ROXIN, FS- WELZEL, s. 453; YOSHIDA, FS- ROXIN, s. 410.
[880] Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni olmasının zaruret hali gibi, vekaletsiz işgörme ile de açıklanamayacağına ilişkin olarak bkz. BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 114.

daha risksiz olan fiilin gerçekleştirilmesi hukuka aykırı değildir. Daha az riskli olan ikinci yol seçilerek gerçekleştirilen fiil hukuka uygundur[881].

Kişinin iradesi ile menfaatlerinin aynı yönde olmaması halinde ise zorunluluk halinde olduğu gibi ne yalnızca kişinin objektif menfaati dikkate alınır, ne de vekâletsiz işgörmede olduğu gibi hem menfaat hem de kişinin iradesinin birlikte araştırılması yoluna gidilir. Bunun yerine korunan ve feda edilen menfaatlerin niteliğine göre oldukça ayrıntılı bir sistematik oluşturur. Bu anlayışa göre, kişinin iradesi ve menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi halinde, fiilin ilişkin olduğu hukuksal değerin niteliğine göre bir ayrım yapılmalıdır. Varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiilin yöneldiği hukuksal değer malvarlığına ilişkinse kişinin objektif yararı, buna karşın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin ise varsayılan iradeye öncelik verilmelidir. Kişinin haberleşme özgürlüğü gibi özel alanlarını ilgilendiren hukuksal yararlarına yönelik fiillerdeyse kişi açıkça rızasızlığını beyan etmediği, karşı irade ortaya koymadığı sürece, malvarlığına ilişkin haklarda olduğu gibi kişinin menfaatlerine öncelik verilmelidir[882].

Failin kendi menfaatine hareket ettiği durumlardaysa ihlal edilen hukuksal değerin, hak sahibi açısından önemsiz olması durumunda varsayılan rızaya dayanılabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, ağaçtan dökülmüş ve çürüyüp gidecek olan meyvelerin toplanmasına veya bisikletin kullanılmasına hak sahibinin rıza göstereceği varsayımıyla hareket eden kişi hukuka aykırı hareket etmiş sayılmaz. Ancak içine düştüğü finansal zorlukları aşmak için, arkadaşının veya sevgilisinin masa üstüne bıraktığı cüzdanı rıza göstereceği varsayımı ile boşaltan kişinin fiili, bu anlayışa göre hukuka uygun değildir[883].

Görüldüğü gibi, failin kendi menfaatine gerçekleştirdiği fiiller açısından, fiilin varsayılan rıza nedeniyle hukuka uygun olduğunun kabulü için, ihlal edilen menfaatin değerinin çok düşük veya sahibi açısından önemsiz olması aranır.

---

[881] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht AT, §17, kn. 116; Ayrıca bkz. ROXIN, FS-WELZEL, s. 454; YOSHIDA, FS- ROXIN, s. 410.
[882] ROXIN, Strafrecht AT I, § 18, kn. 20- 25.
[883] ROXIN, Strafrecht AT I, § 18, kn. 28, 29.

Hukuksal değerin önemli olması veya değerinin yüksek olması halinde ise varsayılan rızaya dayanılmayacağı kabul edilmektedir.

İzin verilen risk görüşü, kişinin genel olarak kendi menfaatleri doğrultusunda gerçekleştirilen fiilleri isteyeceği varsayımının, kişinin kendi menfaatine olmayan, mantıksız kararlarını ve gerçek iradesini açıklamakta yetersiz kaldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bu görüşün, önce menfaatlere ilişkin objektif bir değerlendirme yaparak kişinin menfaatine olanı belirlediği, hak sahibinin subjektif iradesini ise yalnızca bir sınırlandırma ölçütü olarak dikkate aldığı belirtilmektedir. Ancak bu yaklaşımın, varsayılan rızanın hak sahibinin gerçek iradesinin mümkün olduğunca ortaya çıkartılması gerektiği ilkesine aykırı olduğu söylenmektedir[884].

6. Değerlendirme

Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşunu açıklamakta, aralarındaki tüm benzerliklere rağmen zorunluluk hali, kişinin rızası veya vekâletsiz iş görme görüşleri tek başına yetersiz kalır.

Varsayılan rızayı, zorunluluk halinden ayıran en önemli fark, failin kendi yararına ancak hak sahibinin rızasının var olduğu varsayımı ile gerçekleştirdiği fiillerde zorunluluk haline ilişkin şartların bulunmamasıdır. Zorunluluk hali, menfaatler arasında yapılan objektif değerlendirme neticesinde üstün menfaatin hukuken korunması ilkesine dayanır. Buna karşın varsayılan rızada ise menfaatlerin karşılaştırılmasında, hukuksal değer sahibinin iradesinin hangi yönde olduğuna ilişkin yapılan bir değerlendirme, bir varsayımdan hareket edilir[885]. Bu açıdan, rızası olduğu varsayımı ile çürüyüp gidecek olan meyvelerin çocuklar tarafından toplanması veya rıza göstereceği varsayımı ile komşunun bahçe malzemelerinin kullanıldıktan sonra yerine konması, zorunluluk haliyle açıklanamaz. Aksine bir yaklaşım TCK m. 25/2 de söz edilen "ağır ve muhakkak tehlike" kavramının çok geniş yorumlanması anlamına gelir. Kaldı ki zorunluluk halinin hukuki niteliğini

[884] YOSHIDA, FS- ROXIN, s. 411.
[885] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 129. ; RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 214.

teşkil eden, kişinin kendini koruma içgüdüsü diğer bir deyişle "zaruretin kanun tanımaması"[886] bu olaylar açısından açıklayıcı değildir.

Ayrıca zaruret halinde kişinin kendisinin veya bir başkasının hukuksal değerine yönelik bir tehlikeden korunmak için, tehlikeyi yaratmamış olan üçüncü bir kişinin hukuksal değerine zarar vermesi söz konusu olmaktadır. Buna karşın varsayılan rızada tehlikede olan ve hukuksal değeri ihlal edilen kişi aynı olabilmektedir. Bu açıdan varsayılan rızayı kanaatimizce zorunluluk halinin bir türü olarak açıklamak isabetli değildir.

Failin, kişinin rıza göstereceği varsayımına dayanarak kendi menfaatine hareket ettiği durumlarda, fiilin toplumsal açıdan uygun görüldüğü için hukuka uygun olduğu görüşü de bizce kabul edilemez. Fiilin toplumsal uygunluğu[887], ceza hukukunda bir fiilin hukuka uygun hale gelmesini sağlayan genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. Fiilin toplumsal uygunluğunun hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin yol açabileceği sakıncalar Nazi Almanya'sı örneğinde açıkça görülmüştür[888]. Bu nedenle varsayılan rızaya ilişkin olayların hukuka uygunluğu toplumsal kabulle açıklanamaz.

Öte yandan, *"fiilin toplumsal uygunluğuna"* dayanırken de hak sahibinin gerçek iradesine ilişkin bir tahminde bulunulması söz konusudur. Bu durumda, hukuksal değer sahibinin varsayılan iradesi, fiilin toplumsal açıdan uygun kabul edilebilmesinin önşartıdır[889]. Ayrıca varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallerde çoğunlukla, fiilin toplumun geneli tarafından uygun bulunup bulunmaması değil, kişiler arasındaki yakın ilişki nedeniyle hak sahibinin rıza gösterip göstermeyeceğinin öngörülebilmesi önemlidir.

Varsayılan rızayı vekâletsiz iş görme ile açıklamaya çalışan görüşlere getirilen eleştiriler ise bu iki kurum arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır. Vekâletsiz iş

[886] TOROSLU, Genel Kısım, s. 149.
[887] Fiilin toplumsal uygunluğu teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz., ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 67 vd., değerlendirme için aynı yerde, s. 118 vd.; HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 72- 74.
[888] DEMİRBAŞ, s. 279; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 118; HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 77.
[889] ROXIN, Strafrecht AT I, § 18, kn. 18.

görmede fail hukuksal değer sahibinin menfaatine uygun hareket etmelidir. Varsayılan rızada ise fiil kişinin menfaatine aykırı olsa bile eğer varsayılan iradesine uygunsa hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu açıdan varsayılan rızanın vekâletsiz iş görmeye benzediği görüşüne katılmıyoruz.

Varsayılan rıza aralarındaki benzerliklere rağmen, geçerlilik şartları farklı olduğu için gerçek rızanın bir türü de değildir. Gerçek rıza fiilden önce veya en geç fiilin icra edildiği anda mevcut olmalı ve mutlak surette açıklanmalıdır. Buna karşın, varsayılan rızada, fiil icra edildiği sirade hukuksal değer sahibi rıza göstermek veya göstermemek konusunda bir iradeye sahip olmadığı gibi, esasen fiilin gerçekleştirildiğinden tamamen habersizdir. Buna rağmen fail, eğer hukuksal değer sahibi hal ve durumu bilseydi, rıza göstereceği varsayımıyla hareket etmektedir. Bu açıdan varsayılan rıza, kişinin rıza gösterdiği gerçeğine değil, *"kişi durumu bilseydi, mutlaka rıza gösterirdi"* varsayımına dayanır[890].

Varsayılan rızanın ilk şartı, kişinin rıza göstermek konusunda bir irade oluşturamaması yani rızanın bulunmamasıdır. Varsayılan rızada, kişinin kendisine ait hukuksal değere ilişkin bir karar verip bu kararını açıklayabilecek durumda olması aranmaz. Buna karşın, var olan rıza kişinin özgür iradesine dayanmak zorundadır. Bu nedenle varsayılan rızayı, var olan rızanın bir alt türü olarak görmek doğru bir değerlendirme değildir[891].

Öte yandan, gerçek rıza suça etkisi açısıdan, rızayla gerçekleştirilen fiilin tipe uygun olup olmamasına göre, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza ve hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklinde ikiye ayılırken, varsayılan rıza her zaman bir hukuka uygunluk nedenidir[892].

Gerçekten de bugün, varsayılan rızanın kendine özgü şartları olan bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğunda tereddüt yoktur[893]. Varsayılan rızanın hukuka

[890] BAYRAKTAR, s. 140.
[891] ARNDT, s. 27.
[892] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 130.
[893] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 214; WESSELS/ BEULKE, Strafrecht AT, kn. 380; ZIPF, Einwilligung, s. 53.

uygunluk nedeni oluşunu açıklayan görüşlerden, izin verilen risk ilkesine dayananların ise diğerlerine oranla daha isabetli sonuçlara ulaştıkları kabul edilmelidir. Zira failin mümkün olduğunca hukuksal değer sahibinin gerçek iradesinin hangi yönde olduğunu araştırma yükümlülüğü, diğer görüşlerin aksine izin verilen risk görüşüyle çatışmamaktadır[894].

E. Varsayılan Rızanın Şartları

1. Genel Olarak

Tıpkı rızada olduğu gibi, varsayılan rızanın da geçerli olabilmesi için ilk olarak, varsayılan rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hukuksal değere ilişkin olması gerekir. Öte yandan rıza gösterdiği varsayılan kişinin rıza ehliyetine de sahip olması gerekir[895]. Varsayılan rıza ile gerçek rıza arasındaki en önemli fark, kişinin rızasının zamanında alınamıyor olmasıdır. Ancak rızanın fiil gerçekleştirilmeden önce alınması mümkün olmasına rağmen bu yapılmayarak, kişinin rızasının var olduğu varsayılarak hareket edilmişse, fiil hukuka aykırı olmaya devam eder.

Hukuksal değer sahibinin rıza göstereceği varsayımıyla bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde, kişinin gerçek iradesiyle ters düşme riski her zaman vardır. Bu nedenle, beklemenin mümkün olduğu hallerde, rızanın var olduğu varsayımıyla hareket etmek yerine, kişi gerçek iradesini açıklayabilecek duruma gelinceye kadar beklenmelidir[896]. Ancak fail, varsayılan rızaya dayanarak hareket ettiğinde de mümkün olduğunca kişinin gerçek iradesini araştırmak ve buna göre davranmakla yükümlüdür.

2. Varsayılan Rızanın Konusu

Gerçek rızada olduğu gibi, varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiilin de öncelikle, kişinin geçerli bir şekilde rıza gösterebileceği bir konuya yani üzerinde

[894] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34, VII, 2; Aynı yönde bakınız: ERMAN, B., s. 149; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.166, 167.
[895] ZIPF, in ÖJZ 1977, s. 386.
[896] MITSCH, Wolfgang, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, in JZ 2005, s. 279- 282.

tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olması gerekir[897]. Kişinin üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan, topluma veya devlete ait hukuksal değerlerin ihlaline yönelik bir fiile göstereceği rıza hukuken geçerli değildir. Bu hukuksal değerleri ihlal eden bir fiilin varsayılan rızaya dayanılarak hukuka uygun olacağı da kabul edilemez.

Örneğin yaşam hakkı kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hak olmadığı için bu hakkın ne gerçek rızaya ne de varsayılan rızaya dayanılarak ihlali hukuka uygun değildir. Bu nedenle, hekimlerin hasta gerçeği bilseydi, bilinci açık olsaydı bu şekilde yaşamaya razı olmazdı gibi bir yaklaşımdan hareketle, kendi başlarına hastanın yaşam hakkını sona erdirecek tedbirlere başvurmaları, ötanazi uygulamaları, varsayılan rıza kapsamında değerlendirilemez.

Yaşam hakkı, Anayasa ve Anayasanın 90/son maddesi gereğince iç hukukumuzun bir parçası olan ve gerektiğinde doğrudan uygulanacak olan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle garanti altına alınmış, dokunulmaz, devredilmez ve vaz geçilmez bir temel hakdır. Kişi bu hakkı ihlal eden bir fiile hukuken geçerli bir şekilde rıza gösteremez ve kişinin yaşam hakkı varsayılan rızaya dayanılarak ihlal edilemez.

Biyo- Tıp Sözleşmesinin 9. maddesinde yer alan hükmün de açıkça ortaya koyduğu gibi, kişinin önceden açıkladığı isteklerine bilinci kapandıktan sonra dahi uyulmalıdır. Tıbbi müdahalenin zorunlu olup olmaması yani tıbbi gereklilikler, bu iradenin yok sayılması için bir gerekçe olamaz. Bu nedenle hekimin hastanın iradesini dikkate almaması veya hasta yakınının istekleri doğrultusunda hareket etmesi de, kişinin rızasına aykırı gerçekleştirilen fiili hukuka uygun hale getirmez[898]. Tıbbi zorunluluk bulunsa bile yapılan bir müdahale ancak hastanın muhtemel yani varsayılan rızasına uygun olması şartıyla hukuka uygun olabilir[899].

Alman Federal Mahkemesi verdiği son kararlarda, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış ve bilinci kapalı olduğu için irade açıklamasında

[897] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 135.
[898] FRISCH, ärztliche Eingriffe, s. 66.
[899] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§ 32, kn. 57.

bulunamayacak olan kişinin yaşam destek ünitelerinin, Federal Hekimler Birliği'nin 1979 yılında belirlemiş olduğu şartların gerçekleşmesi halinde, çekilmesi ile hastanın ölüm sürecinin başlatılmasının hukuka aykırı olmayacağına hükmetmektedir[900]. Mahkeme gerekçesinde, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının, varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallerde de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Kişinin rıza göstereceğinin varsayılabilmesi, daha önceden belirlenmiş şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Kişinin rızasının bulunacağı varsayımına dayanabilmek için, "*kişinin daha önceden yaptığı yazılı ve sözlü açıklamaların, dini inancının, değer yargılarının, yaşına bağlı yaşam beklentisinin, çektiği acıların"* birlikte değerlendirilmesi gerekir[901].

Görüldüğü gibi mahkeme, fiilin mantığa uygun olması veya kişinin menfaatlerinin bu tür bir hareketi gerektirmesi ya da herkes tarafından kabul edilebilecek normal bir fiil olması gibi objektif ölçütleri tek başına yeterli görmemiştir. Hekimin kendi başına " *hastanın bu şekilde yaşamasındansa, ölmesi daha iyi"* şeklinde bir kanaate ulaşıp, hastanın yaşam destek ünitelerinin kapatılmasına karar verme hakkı yoktur. Şüphenin bulunduğu hallerde yaşam lehine (in dubio pro vita) karar verilmelidir[902].

Ancak hekim tarafından yapılan özenli bir araştırmada, bireyin iradesine ilişkin bir sonuca ulaşılamıyorsa, genel ilkelerden hareketle soruna bir çözüm bulmaya çalışmak da mümkündür. Bu durumda kişinin onurlu bir şekilde yaşama hakkının, ne pahasına olursa olsun yaşamaktan daha önemli olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Hastanın normal yaşama geri dönme ihtimalinin çok düşük olduğu ve ölümün çok yakın olduğu istisnai bazı durumlarda ise yaşam destek ünitelerinin kapatılabileceği görüşü savunulabilir[903]. Ancak böyle bir durumla karşılaşıldığında dahi çok dikkatli olunmalı ve kuşku halinde yaşamın korunmasının,

[900] BGHSt 40, 257 vd. ; BGH NStZ 2001, 324, 326.
[901] BGHSt 40, s. 257, 263
[902] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 225.
[903] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 225; Nitekim, biyolojik ölümü gerçekleşen birinin, bütün yaşama döndürme çabalarına cevap vermemesi durumunda, beyin ölümünün araştırılmasına gerek olmadığı organ ve doku nakillerine ilişkin olarak Türk ceza hukuku öğretisinde da kabul edilmektedir. Bkz. AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 231.

hekimin, hasta yakınlarının veya başka bir kişinin kişisel değerlendirmelerinden daha önemli olduğu ilkesinden ödün verilmemelidir[904].

3. Rızanın Açıklanamaması

Varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen bir fiilin hukuka uygun olacağının kabul edilebilmesi için, fiilin kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir konuya ilişkin olmasının yanında, ayrıca kişinin rıza açıklamasında bulunmamış olması da gerekir. Örneğin, bir kaza sonrasında kişi bilinci kapalı olduğu için rızasını açıklayamayabilir. Kişinin rızasının alınamamasının yanında, ayrıca beklemekte de sakınca bulunmalıdır[905].

Rızanın alınabildiği veya kişinin gerçek iradesinin ortaya çıkması için beklenmesinin mümkün olduğu durumlarda ise varsayılan rızaya dayanılamaz[906]. Varsayılan rızanın uygulama alanı kişinin rızasının zamanında alınamadığı veya beklenmesi halinde kişinin yaşamı ve sağlığı açısından ağır tehlikelerin ortaya çıkma riskinin bulunduğu durumlarla sınırlıdır[907]. Bu açıdan özellikle tıbbi müdahalelerde, hekimlerin hastanın yararına olduğu ve gerçeği bilseydi böyle bir müdahaleye rıza göstereceği varsayımı ile müdahaleyi genişletmeleri her zaman hukuka uygun değildir.

Örneğin, Alman Federal Mahkemesi, sezeryanla gerçekleşen bir doğum esnasında hastanın rızasını almaksızın, hastaya sterilizasyon uygulanmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Söz konusu olayda, hastanın bir daha doğum yapması yaşamı açısından riskli olmasına rağmen, daha sonra hasta kendiliğinden bu kararı verebileceği için, hekimin hastanın rızasını almaksızın kendi verdiği karara dayanarak gerçekleştirdiği fiil hukuka aykırı bulunmuştur. Hekim, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ağır bir şekilde ihlal eden tıbbi bir müdahaleye,

---

[904] BGHSt 40, s. 263.
[905] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 136; ROXIN, FS- WELZEL, s. 461.
[906] FIRSCH, Gegenwartfragen, s. 65; HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 136.
[907] FRISCH, ärztliche Eingriffe, s. 65.

müdahale hastanın objektif menfaatlerine uygun olsa bile kendiliğinden karar veremez[908].

Varsayılan rızanın, ancak kişinin gerçek rızasının elde edilemediği veya gerçek rızanın açıklanmasının beklenmesi halinde kişinin yaşamı ve sağlığının ağır bir şekilde tehlikeye düşme ihtimalinin bulunduğu hallerde başvurulabilecek bir hukuka uygunluk nedeni olması, "varsayılan rızanın ikincilliği" (Subsidiarität) ilkesi[909] olarak adlandırılır. Kişinin gerçek iradesi ortaya konabilecekken, varsayılan rızaya dayanılamaz. Aksine bir yaklaşım ise başkalarının geleceklerini belirleme haklarını ihlali anlamına gelecektir[910].

4. Gerçeğin Bilinmesi Halinde Rıza Gösterileceği Kanaatine Ulaşılmasını Sağlayan Yeterli Nedenin Bulunması

Bir fiilin kişinin varsayılan rızasına dayanılarak hukuka uygun olduğunu kabul etmek için, son olarak somut olayda *"hukuksal değer sahibi gerçeği bilseydi rıza gösterirdi"* kanaatine ulaşmasını sağlayan yeterli nedenin bulunması gerekir. Fail, hukuksal değer sahibinin gerçek iradesinin nasıl olabileceğini araştırmakla yükümlüdür[911]. Öte yandan, hukuksal değer sahibinin gerçek iradesine ilişkin yapılan varsayım, fiilin gerçekleştirildiği ana ilişkin olmalıdır. Kişinin sonradan fiili onaylayacağı beklentisi ile hareket edilmesi, varsayılan rıza kapsamında değerlendirilmez[912].

Hak sahibinin iradesine ilişkin yapılacak değerlendirmede, kişinin daha önceki açıklamaları, düşünceleri ve davranışları[913], menfaatleri, arzu ve istekleriyle, dini inancı ve değer yargıları[914], hatta yaşa bağlı yaşam beklentisiyle çektiği acının şiddeti[915] dahi dikkate alınır. Buna rağmen ulaşılan netice, hiçbir zaman kişinin

[908] BGHSt 35, s. 246.
[909] MITSCH, JZ 2005, s. 282; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§ 32, kn. 54.
[910] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 222; KÜHL, Strafrecht AT, § 9, kn. 46.
[911] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 167; ERMAN, B., s. 151, 152.
[912] HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 136.
[913] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 223.
[914] KÜHL, Strafrecht AT, § 9, kn. 47.
[915] BGHSt 40, s. 257, 263.

gerçek iradesini ortaya koymaz. Tüm bu ölçütler, kişinin o anda ne istiyor olabileceği varsayımında bulunulmasına yardımcı olan belirtilerdir. Bu nedenle kişinin gerçek iradesinin ne olabileceğine ilişkin yapılan değerlendirmede çok dikkatli olunmalıdır. Şüphe halinde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı abartılarak kişinin zararına olacak ve geri dönüşü olmayan sonuçlar doğuracak yorumlardan kaçınılmalıdır[916].

Kişinin rıza göstereceği varsayımına ulaşılmasını sağlayan yeterli nedenin bulunması halinde, failin buna uygun davranması gerekir. Ancak somut olaylarda çoğunlukla kişinin gerçeği bilmesi halinde rıza gösterip göstermeyeceğine ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapmak için yeterli veri bulunmaz. Bu durumda, kişinin rızasının beklenmesi halinde ortaya çıkacak olan tehlikenin ve failin harekete geçmesindeki zorunluluğun değerlendirilmesi gerekir. Kişinin rıza göstereceği varsayımının, gerçekle örtüşmemesi halinde ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesi riski bulunmaktadır. Bu iki ihtimal değerlendirilirken, hukuksal değer sahibinin iradesinin de genel olarak normal ve mantıklı kabul edilen fiille örtüşeceğinden hareket edilebilir[917]. Hastanın kararının başka türlü olacağını gösteren bir belirti yoksa, failin gerçekleştirdiği ve genel olarak normal, makul ve mantıklı olan fiille rıza göstereceği kabul edilmelidir[918].

II. Rızanın Hipotetik Rızadan Farkı

A.Hipotetik Rıza Kavramı

Alman özel hukuk uygulamasında, 20. yy'ın sonlarından itibaren, hekimlerin aydınlatma yükümlüğünü ihlal ettikleri durumlardan hareketle hipotetik rıza (hypothetische Einwilligung) kavramı geliştirilmiştir. Hipotetik rıza olarak adlandırılan kavram, hekimlerin aydınlatma yükümlülüklerini ihlal etmeleri veya hastaya yanlış bilgi vermeleri nedeniyle gerçekte, geçerli bir rızanın bulunmadığı,

[916] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 167.
[917] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 223; *"Hekim akıllıca gözüken ve normal makul bir hastanın yararına uygun olan bir hususu, hastanın farklı yönde irade belirteceğine ilişkin somut dayanak noktaları olmadığı takdirde, muhtemel rıza dahilinde kabul edebilir".* HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 166.
[918] ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 124.

ancak sonradan hastanın gerçeği bilmesi veya kurallara uygun olarak aydınlatılması halinde de rıza göstereceğinin anlaşıldığı halleri karşılamaktadır[919].

Hekim burada ya hastayı yeterince aydınlatmamış ya da gerçeğe aykırı bilgiler verdiği için hastanın iradesi sakatlanmıştır. Bu nedenle aslında ortada fiili hukuka uygun hale getiren geçerli bir rıza[920] bulunmamaktadır. Hastanın bilincinin kapalı olması veya başka bir nedenle rızasının alınamaması gibi bir neden de söz konusu olmadığı, yani hastanın gerçek iradesini öğrenme ve rızasını alma imkanı olduğu halde bu yapılmadığı için, de varsayılan rızaya dayanılamayacaktır[921].

B.Uygulamadaki Durum

Özel hukuk alanında geliştirilen bu kavram daha sonra ceza hukukuna aktarılmıştır. Alman Federal Mahkemesi verdiği kararlarda, bir tıbbi müdahalenin ancak herhangi bir irade sakatlığı ile sakatlanmamış, geçerli bir rızaya dayanılarak gerçekleştirilmiş olması halinde hukuka uygun olacağını belirttikten sonra, aydınlatma yükümlülüğünün kısmen veya tamamen ihmal edilmesinin her zaman hekimin cezai sorumluluğunu gerektirmeyeceğine işaret etmektedir[922]. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı, hekimin cezai sorumluluğu için, hasta doğru bir şekilde aydınlatılmış olsaydı bile rıza göstermeyeceğinin açıkça anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, eğer hasta doğru bir şekilde aydınlatılmış olsaydı, kesinlikle rıza göstermezdi denemiyorsa, eksik aydınlatma hekimin yaralama suçundan cezai sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Hastanın rıza

---

[919] RÖNNAU, in LK Vor § 32, kn. 230; KUHLEN, Lothar, Hypothetische Einwilligung und "Erfolgsrechtfertigung", JZ 2005, s. 713; KUHLEN, Lothar, Ausschluss der objektiven Erfolgzurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, in JR 2004, s. 227; OTTO, JURA 2004, s. 682.

[920] "Bir tıbbi müdahalenin, rıza nedeniyle hukuka uygun olabilmesi, rızanın hasta müdahalenin türü, şekli, başarı olasılığı, riskleri ve başka yöntemler, ihtimaller hakkında doğru ve yeterli bir şekilde bilgilendirildikten sonra verilmiş olmasına bağlıdır. Ancak bu tür bir rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilecektir". Bkz. BGH, Urt.v. 5. 7. 2007- 4 StR 549/06 (LG Halle), MedR 2008, s. 159.

[921] KUHLEN, JZ 2005, s. 713.

[922] Urt. des BGH v. 20.1.2004- 1 StR 319/03, http://juris.bundesgerichtshof.de (siteye giriş tarihi:24.04.2010); BGH, NStZ 2004, s. 442; BGH, MedR 2008, s. 435-437; BGH, MedR 2008, s. 435-437.

göstermeyeceğine ilişkin en küçük bir şüphe, *in dubio pro reo* kuralı gereği hekimin cezalandırılmamasını sonuçlar[923].

Örneğin Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, hekim omuz bölgesindeki kemiklerle ilgili bir ameliyat sırasında matkabı kırdığı için, 2 cm'lik matkap ucu kemiğin içinde kalır. Bunun üzerine hekim matkap ucunu kemikten çıkarmaya çalışır ancak başarılı olamayınca sinirlenip ameliyata son verir. Ameliyat sonrasında, hastaya kemiğin içinde kalan kırık matkap ucundan hiç söz etmeksizin, hastanın tam olarak sağlığına kavuşması için ikinci bir ameliyatın daha gerekli olduğunu bildirir. Daha sonra yapılan ikinci ameliyatta, içerde kalmış olan matkap ucunu çıkartır. İlk ameliyat sırasında matkap ucunun kırıldığına ameliyat raporunda yer verilmediği gibi, ikinci ameliyat raporunda da kırık ucun çıkarıldığı yer almaz[924].

Aynı şekilde yargıya intikal eden bir başka olayda, bir hastada üst üste duran iki omurda da tahribat ve sinir sıkışması veya halk arasındaki tabiriyle "bel fıtığı" tespit edilir. Hastaya üstteki tahribatın daha fazla olduğu ve ameliyat edilmesi gerektiği söylenir. Hasta ameliyata rıza gösterir. Ancak ameliyat sırasında hekimler aralıkları karıştırırlar ve alttaki omur aralığına girerek sıkışmayı giderirler. Ertesi gün hastanın ağrılarının geçmemesi üzerine çekilen yeni röntgen filmine bakan hekimler yaptıkları hatayı fark eder. Gerçeği hastadan gizleyen hekimler, hastaya ikinci bir ameliyata daha gerek olduğunu söyler. Bunun üzerine hasta ikinci ameliyatı da onaylar[925].

Federal Mahkeme her iki olayda da, gerçek durum hastadan gizlendiği ve hastanın iradesi yanıltıldığı için, tıbbi müdahalaleri esas itibariyle hukuka uygun hale getiren asıl nedene, yani "hastanın rızası" hukuka uygunluk nedenine dayanılamayacağını belirtmiştir[926]. Mahkemeye göre, her iki olayda da, hastanın gerçek rızasını almak mümkün olduğu halde bu yapılmadığı için, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedenine de dayanılmaz. Ancak burada hipotetik rıza nedeniyle tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının araştırılması gerekir. Hasta

[924] BGH NStZ 2004, s. 442.
[925] BGH, JZ 2004, s. 800.
[926] BGH, JZ 2004, s. 800.

aydınlatılmış olsaydı da müdahalenin gerekliliği ve acilliği nedeniyle ameliyata rıza göstereceği anlaşıldığı için, hekimler cezalandırılmaz[927].

Buna göre, hasta yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin olarak doğru ve yeterince aydınlatılmış olsaydı, bu müdahaleye rıza göstermezdi denebiliyorsa, eksik veya yanlış aydınlatma müdahalenin hukuka aykırılığını sonuçlayacaktır[928]. Hasta zaten kurallara uygun bir aydınlatma halinde de tıbbi müdahaleye rıza gösterecek idiyse, hekim cezalandırılmaz. Böylece mahkeme, aydınlatma eksiklikleri nedeniyle hekimlerin cezai sorumluluğunun alanını, önemli ölçüde daraltmıştır[929]. Hasta doğru bir şekilde aydınlatılmış olsaydı bile, rıza gösterip göstermeyeceğine ilişkin en küçük şüphe varsa, in dubio pro reo- şüpheden sanık yararlanır kuralı gereği, hekim cezalandırılmayacaktır[930].

Mahkeme ayrıca, hipotetik rızaya dayanılabilmesi için, yapılan müdahalenin tıp biliminin kurallarına uygun olarak, lege- artis yürütülen bir müdahale olması gerektiğine de işaret eder[931]. Hastanın hatalı, özensiz tıbbi müdahaleye rıza göstereceği varsayılamaz. Bir başka olayda hekim estetik bir operasyon olan "yağ aldırma" ameliyatı için iki kez kliniğine gelen hastayı, ilk ameliyat öncesinde aydınlatmış ancak ikinci ameliyat öncesinde aydınlatmamıştır. Ayrıca hekim ikinci ameliyatı gerekli dikkat ve özeni göstermeden, hemşire bulundurmadan, hastaya aşırı dozda ilaç vererek, tıbbi standartlara aykırı olarak yapmış ve hastanın ölümüne neden olmuştur. Mahkeme burada, hekimin cezai sorumluluğunun hipotetik rızaya dayanılarak belirlenemeyeceğine karar vermiştir. Zira rıza yalnızca tıbbi standartlara uygun müdahaleleri hukuka uygun hale getirebilecek, tıp verilerine aykırı

---

[927] BGH, NStZ 2004, s. 442; Kararın değerlendirilmesi için bkz. RÖNNAU, in JZ 2004, s. 801, 802; KUHLEN, in JR 2004, s. 227; OTTO, in JURA 2004, s. 679- 683.
[928] BGH, NStZ 2004, s. 442; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 119 vd.
[929] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 300.
[930] OTTO, JURA 2004, s. 683.
[931] Urt. des BGH v. 20.1.2004- 1StR 319/03, http://juris.bundesgerichtshof.de (siteye giriş tarihi:24.04.2010); BGH, Urt. v. 5.7.2007- 4 StR 549/06, MedR 2008, s. 159. Kararın Türkçe tercümesi için ayrıca bkz.: ÜNVER, Yener, Alman Federal Yüksek Mahkmesi'nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 141vd.

müdahaleler ise hukuka aykırı olmaya devam edecekti[932]. Mahkeme ayrıca, hipotetik rızasının bulunmaması halinde, tıbbi müdahale tipik ve hukuka aykırı bir yaralama suçuna vücut vereceğini de belirtmiştir[933].

C.Öğretideki Durum

Mahkemenin verdiği bu kararlar, öğretide ciddi tartışmalara neden olmuştur. Bazı yazarlar bu gibi durumlarda, fiil hipotetik rızanın varlığına bağlı olarak hukuka uygun hale geldiği için değil, netice objektif olarak faile yüklenemeyeceği için failin cezalandırılmayacağını kabul eder[934].

Bu yazarlara göre, hekim hastanın rızasının olmadığını bilerek, yani yasal olarak böyle bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye hakkı olmadığını bilerek hareket ettiği için haksız bir hareket gerçekleştirmiştir. Ancak hasta, doğru ve yeterli bir şekilde aydınlatılmış olsaydı da, yine de tıbbi müdahaleye rıza göstereceği anlaşıldığı için, yaralama suçunun oluşması için gerekli olan neticenin olumsuz değerliliği gerçekleşmez[935]. Diğer bir ifadeyle, hekimin müdahalesi hareketin olumsuz değerliliğini gerçekleştirmiş olsa bile, neticenin olumsuz değerliliği gerçekleşmediğinden, müdahale hukuka aykırı olmayacaktır. Örneğin, gözünde katarakt gelişmiş olan bir hastayı ameliyat eden hekim, hastayı ameliyatın riskleri

---

[932] ÜNVER, Alman Federal Yüksek Mahkmesi'nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları, s. 143.

[933] BGH, Urt. v. 5.7.2007- 4 StR 549/06, MedR 2008, s. 159.

[934] KUHLEN, JR 2004, s. 227; RÖNNAU, Thomas, Anmerkung zum Urt. des BGH Beschluss v. 15.10.2003- 1 StR 300/03, in JZ 2004, s. 799.

[935] KUHLEN, JZ 2005, s. 713. Alman ceza hukuku öğretisinde genellikle hukuka uygunluk nedenlerinin etkisinin sübjektif olduğu kabul edilmektedir. Yani, fiilin objektif olarak hukuka uygun olması hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki etkisinin ortaya çıkması için yeterli görülmez, ayrıca failin bir hukuka uygunluk nedeni içinde olmadığını bilerek yani fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilerek hareket etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bir fiilin kanunda tarif edilen neticeyi gerçekleştirmesi halinde, neticenin olumsuz değerliliği/ haksızlığı gerçekleşmiş olur (Erfolgsunrecht). Buna hukuka aykırılığın objektif unsuru denir. Ancak bu fiilin hukuka aykırı olduğunu söyleyebilmek için, ayrıca failin haksızlık bilinciyle hareket edip, hareketin olumsuz değerliliğini/haksızlığını (Handlungsunrecht) da gerçekleştirmesi beklenir. Hareketin olumsuz değerliliği de gerçekleştirilmişse, hukuka aykırılığın sübjektif unsurunun da gerçekleştiği kabul edilerek, artık fiilin hukuka aykırı olduğu söylenir. Hipotetik rızanın söz konusu olduğu durumlarda ise, hareketin olumsuz değerliliği gerçekleşmesine rağmen, neticenin olumsuz değerliliği gerçekleşmediği için tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. BÖCKER, Philipp, Die "hypothetische Einwilligung" im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, s. 927; Hukuka aykırılığın objektif ve sübjektif unsurlarına ilişkin olarak bkz. SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem. §§32, kn. 13.

konusunda aydınlatmamıştır. Ancak hekim sırf aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği için yaralama suçundan sorumlu tutulmamalıdır. Çünkü böyle bir ameliyatta riskler azdır ve hasta görme yeteneğini yeniden kazanmak istemektedir, hasta ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmış olsaydı bile, yine de ameliyata rıza göstereceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan neticenin haksızlık içeriği/ olumsuz değerliliği gerçekleşmediğinden, faile yüklenemeyeceği kabul edilmektedir[936].

Bu görüş[937] eleştirilmiştir. Aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilerek gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığının hipotetik rızanın bulunması ölçütüne göre belirlenmesinin doğru olmayacağı söylenmiştir. Çünkü, hastanın doğru ve yeterli bir şekilde aydınlatılmış olması halinde, tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğini belirlemek mümkün değildir[938]. Kişinin kurallara uygun bir şekilde aydınlatılsaydı tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğini kimse bilemez. Aslında böyle bir sorunu tartışmak bile anlamsızdır[939].

Öte yandan hipotetik rıza gibi bir kurum yaratmanın hekimlerin aydınlatma yükümlülüklerini ihlal edebileceklerine ilişkin, açık bir kapı bırakmak anlamına geleceğine de işaret etmiştir. Böyle bir durum, hekimlerin tıbbi zorunluluk bulunan her olayda aydınlatma yükümlülüğünden kaçınmalarına yol açabileceği gibi, tıp mesleğinin kurallarına uygun olarak (lege-artis) yapıldığı sürece, hekimin hastanın rızasını almadan yaptığı her müdahaleyi hukuka uygun kabul etme sonucunu da doğurabilecektir[940].

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihmal ettiği veya hastayı eksik ya da yanlış bir şekilde bilgilendirerek elde ettiği rıza, kişinin gerçek iradesine dayanmadığı için esas itibariyle geçersizdir. Böyle bir durumda geçerli bir rızanın

---

[936] Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 120.
[937] Bu görüşe getirilen eleştiriler için bkz. MITSCH, Wolfgang, Die "hypothetische Einwilligung" im Arztstrafrecht, in JZ 2005, s. 282 vd; ; Ayrıca bkz. MOSENHEUER, Andreas, "Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza" başlıklı Tebliğ, (çev. Hakan Hakeri), V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 71 vs.
[938] PUPPE, Ingeborg, Anmerkung zum Urt. des BGH v. 20.1.2004- 1 StR 319/03, JR 2004, s. 470.
[939] PUPPE, JR 2004, s. 470; OTTO, JURA 2004, s. 685.
[940] OTTO, JURA 2004, s. 683.

varlığından söz edilemez[941]. Hastanın bilinci yerinde olduğu ve gerçek iradesini öğrenme imkanı da bulunduğu sürece varsayılan rızaya da dayanılamaz.

Rıza kişi özgürlüğünün bir ifadesidir ve somut olayda mantıklı olup olmamasına bakılmaksızın dikkate alınmalıdır. Ancak rızanın geçerli olabilmesi için kural olarak irade sakatlıklarından arınmış olması gerekmektedir. Rızanın, kişinin iradesi sakatlanarak elde edilmesi halinde, kişinin kendi kararı olması ve kendi geleceğini belirleme hakkına dayanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir irade sakatlığına bağlı olarak elde edilmiş olan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen her türlü müdahale, aynı zamanda kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da ihlalidir. Bu durumda hipotetik rızanın var olduğu iddia edilen hallerde de, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali söz konusu olacağından, gerçerli bir rızanın varlığınan söz edilemez[942].

Ayrıca bir fiilin hukuka uygun olabilmesi için, hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin icrası sırasında somut olarak var olması gerekir. Hipotetik rızada ise hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmenindiği için hasta gerçekte neye rıza gösterdiğini bilmemektedir. Bu nedenle fiilin icrası sırasında geçerli bir rıza yoktur[943]. Hekim hastanın rızasının geçerli olmadığını veya en azından şüpheli olduğunu bilir. Hasta gerçeği bilseydi, yine de rıza gösterecekti sonucuna ise sonradan yapılan bir değerlendirmeyle ulaşılır. Neticenin kötü olması halinde ise hasta gerçeği bilseydi de yine rıza gösterirdi demek oldukça zordur. Eğer hipotetik rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak tanınmak isteniyorsa, yukarıda değindiğimiz irade sakatlığına ilişkin eleştirilerin yanında, geçerliliğinin neticenin iyi olma ihtimaline yani bir tesadüfe bağlı olmasının hukuk güvenliği açısından getireceği sakıncalara da tatmin edici cevaplar verilmelidir. Kanatimizce hipotetik rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

[941] MOSENHEUER, s. 77.
[942] MOSENHEUER, s. 76- 77.
[943] OTTO, JURA 2004, s. 683.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RIZANIN GEÇERLİLİĞİNİN TARTIŞMALI OLDUĞU BAZI KONULAR

BİRİNCİ BAŞLIK

YAŞAM HAKKININ İHLALİNE RIZA GÖSTERİLMESİ

I.Yaşam Hakkı

A. Genel olarak

Doğal hukuk öğretisiyle ortaya çıkan kişinin dokunulmaz ve devredilemez haklara sahip olduğu anlayışıyla birlikte[944], yaşam hakkının dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez bir hak olduğu kabul edilmiştir. Yaşamak, hak sahibi olmanın temel şartı olduğu için, "yaşam hakkı" da temel hakların en önemlisidir. Yaşam hakkı, aynı zamanda insanın hak sahibi olabilmesi ve bu hakları kullanabilmesinin ön şartıdır[945].

Yaşam hakkı, tam ve sağ olarak doğmuş olan insanın, fiziksel ve biyolojik varlığını zihinsel ve ahlaki gelişim olanaklarına sahip olarak sürdürebilmesi ve insan varlığının toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar hariç yok edilememesi olarak tanımlanır[946]. Yaşam hakkı, yalnızca bir özden ibaret olduğu için, bu hakka getirilecek en küçük bir sınırlama dahi hakkın özünü ortadan kaldırır[947]. Bu nedenle yaşam hakkı her türlü saldırıya karşı mutlak surette korunur. Vatandaşlarının yaşam hakkını korumak aynı zamanda her hukuk devletinin görevidir.

Nitekim İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 2/1'de yer alan, " *herkesin yaşam*

---

[944] İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 64.
[945] SOYASLAN, Açlık Grevi, YD, Y. 1990, C. 16, S. 3, s. 273; İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 65; SAVCI, s. 23; TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Musatafa Ruhan/ SANCAKDAR, OĞUZ/ ÖNOK, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 90.
[946] SAVCI, s. 13, 14.
[947] SAVCI, s. 12-13.

hakkı yasanın koruması altındadır" düzenlemesiyle yaşam hakkı güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği pek çok kararda[948], Devletlerin insan yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almaları gerektiğini vurgulamıştır. Devletin egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamlarını koruma yükümlülüğü, bir kimseye karşı suç işlenmesini caydırıcı etkili ceza kanunu hükümlerini yürülüğe koymak, bu hükümlerin ihlalini önlemek, suçu bastırmak ve cezalandırmak için adli mekanizmaları kurmak suretiyle yaşama hakkını korumak şeklindeki temel görevinin ötesine geçmektedir[949]. Mahkeme çoğunlukla gerek özel kişiler tarafından gerekse resmi kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen ihlallerin sorumlularını ortaya çıkarmak için, amaca uygun, hukuksal etkili ve ciddi araştırma yapılması gerektiğine işaret etmekte ve sözleşmeye taraf Devletleri bu yükümlülüklerini yerine getirmedikleri için mahkum etmektedir[950].

AİHM, bazı kararlarında başvuran ölmediği halde, Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir. Mağdurun ölmediği durumlarda da bu maddenin ihlal edildiğine karar verilmesi, Mahkemenin yaşam hakkını yalnızca biyolojik-fiziksel bir değer olarak görmeyip, hukuksal bir değer olarak görmesinden kaynaklanmaktadır[951].

Yaşam hakkı iç hukukumuzda da Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "*herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* şeklindeki düzenlemeyle de toplumun ve devletin müdahalelerine karşı koruma altına

---

[948] AİHM'nin 27.09.1995 tarih ve 528 nolu McCANN/ Birleşik Krallık, 09.10.1997 tarih ve 706 nolu Andronicou ve Constantinou/ Kıbrıs, 19.02.1998 tarih ve 742 nolu Kaya/ Türkiye ve 28.10.1998 tarih ve 831 nolu Osman/ Birleşik Krallık kararlarında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 2/1'in devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma değil, aynı zamanda kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri alma ödevini de yüklediği belirtilmektedir. Kararların Türkçe çevirileri için bkz.: http://www.aihm.anadolu.edu.tr (siteye giriş tarihi: 24.04.2010); Bu kararların değerlendirilmesi için ayrıca bkz. TEZCAN VE DİĞERLERİ, İnsan Hakları El Kitabı, s. 89 vd.

[949] Bkz. 28.10.1998 tarih ve 831 nolu Osman/ Birleşik Krallık kararları, http://www.aihm.anadolu.edu.tr (siteye giriş tarihi: 24.04.2010).

[950] AİHM'nin konuya ilişkin pek çok kararı arasından, 27.09.1995 tarih ve 528 nolu McCANN/ Birleşik Krallık ve 19.02.1998 tarih ve 742 nolu Kaya/ Türkiye kararları için bkz.: http://www.aihm.anadolu.edu.tr (siteye giriş tarihi: 24.04.2010).

[951] TEZCAN VE DİĞERLERİ, İnsan Hakları El Kitabı, s. 91; ÜNVER, Yener, Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması, CHD, Y. 2, S. 1, Nisan 2007, s. 211.

alınmıştır. AY m. 17'de garanti altına alınan bu hakkın niteliği ise Anayasa'nın 12/1. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre: "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir"*. TCK'nın 81 ve devamı maddeleriyle de yaşam hakkı üçüncü kişilerden kaynaklanan saldırılara karşı cezai koruma altına almıştır. Buna karşın yaşam hakkını kişinin kendisinden kaynaklanan saldırılara karşı koruyan yasal bir düzenlemeye tüm modern hukuk sistemleri gibi Türk hukukunda da yer verilmemiştir.

Kendi yaşamına son vermek isteyen kişiyi bu kararından vazgeçirmek veya intiharı önlemek polis veya jandarma gibi intiharı önlemekle görevli (garantör) kişiler dışında, üçüncü kişilere bir ödev olarak yüklenmez. Bu nedenle başkasının intiharını önlemeyip, seyirci kalmak ahlaki açıdan kınansa bile[952], cezai açıdan kişi ihmal suretiyle intihara yardım etmekten sorumlu tutulamaz. Türk ceza hukuku açısından bu kişi olsa olsa, tehlikede bulunan kişiye yardım etmeme (TCK m. 98) suçundan sorumlu tutulabilir. Başkasının intiharını önleyen ve bu sirade kişiye zarar veren üçüncü kişinin fiili ise üçüncü kişi lehine meşru savunma hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir[953].

B.Rızanın Yaşam Hakkının İhlaline Etkisini Açıklayan Görüşler

Yaşam hakkınının korunmasından kişinin vazgeçmesinin hukuken dikkate alınıp alınmayacağına, yaşam hakkı üzerinde kişinin kural olarak bir başkasının fiiline rıza göstermek şeklinde tasarruf edemeyeceğine[954] yukarıda değinmiştik. Ancak burada yaşam hakkının ihlaline rıza gösterilmesinin dikkate alınmamasının nedenini açıklayan görüşlere kısaca değinmek gerekmektedir.

Yaşam hakkının devlete ve topluma ait bir hukuksal değer olduğu temelinden hareket eden bir görüşe göre, yaşam hakkının korunmasında yalnızca kişinin

---

[952] OSTENDORF, Herbert, Das Recht zum Hungerstreik, Frankfurt am Main 1983, s. 96. Aktaran: ERMAN, B., s. 126.
[953] FEYZİOĞLU, "Açlık Grevi", AÜHFD, Y. 1993, C. 43, S. 1- 4, s. 166, 167.
[954] GÖBEL, s. 29- 30; ROXIN, Strafrecht AT I, §13, kn. 37; JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, §34 III 2; GROPP, Strafrecht AT, §6, kn. 39; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 303; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 364; ERMAN, B., s. 126; YENERER- ÇAKMUT, s. 158.

kendisinin değil aynı zamanda toplumun da menfaati vardır[955]. Toplumun var olabilmesi onu oluşturan bireylerin var olmasına bağlıdır[956]. Aynı şekilde kişinin yaşamını sürdürmesinde toplumun yanında ailesinin de menfaati vardır. Kişi ölümü seçerek ailesini maddi ve manevi yönden zor durumda bırakır. Bu nedenle kişi topluma ve ailesine karşı sorumlu ve yaşamakla görevlidir[957]. Yaşam hakkını ihlal eden fiiller, topluma ait bir hukuksal değere zarar veren fiillerdir. Kişi topluma ait hukuksal değerler üzerinde tasarruf edemeyeceğine göre, yaşam hakkının korunmasından da vazgeçemez[958].

İkinci bir görüşe göre, yaşamak insanın en temel içgüdüsüdür ve sağlıklı bir insan yaşam hakkından vazgeçmez. Yaşam hakkını ortadan kaldıran bir fiile razı olan kişinin ruh sağlığı bozuk olduğu için aslında bu kişinin rıza ehliyeti yoktur. Dolayısı ile açıkladığı rıza da geçerli değildir[959].

Yaşam hakkının niteliğinden hareket eden üçüncü bir görüşe[960] göre, yaşam kendiliğinden bir değerdir ve onunla karşılaştırılabilecek başka bir hukuksal değer yoktur[961]. Yaşam hakkı yalnızca bir özden ibarettir. Bu hakkın ihlaline gösterilen rızanın etkisini geri çevirmek mümkün değildir. Yaşam hakkının ihlaline rıza gösteren kişinin, sonradan pişman olup rızasını geri alması mümkün değildir. Ölüm

---

[955] WEIGEND, in ZStW 98, s. 62; ROXIN, Claus, Die Mitwirkung beim Suizid- ein Tötungsdelikt?, in Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin/ New York 1977, s. 335; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, in Festschrift für Hasns WELZEL zum 70. Geburtstag, Berlin- New York 1974, s. 815; SOYASLAN, Açlık Grevi, YD, Y. 1990, C. 16, S. 3, s. 270; NOLL, Rechtsfertigungsgründe, s. 67; YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavranları, Ankara 1985, s. 45,46.

[956] WEIGEND, ZStW 98, s. 63.

[957] Soyaslan'a göre, Anayasa m. 17/1'de yaşam hakkı düzenlenmiş olsa bile aslında bu yaşama görevi şeklinde anlaşılmalıdır. SOYASLAN, Açlık Grevi, YD, Y. 1990, C. 16, S. 3, s. 270- 273.

[958] HIRSCH, in FS- WELZEL, s. 779, 780; SOYASLAN, Doğan, " Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda sunulan tebliğ, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği, Nisan 2008 Ankara, s. 330, 331

[959] EREM, Adam Öldürme, s. 37; KOCA, Mahmut, İntihara Yönlendirme Suçu, CHD, Y. 5, S. 12, s. 19; ARTUK, Mehmet Emin, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu", Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 8, S. 1-3, Y. 1994, s. 7.

[960] STRATENWERTH/ KUHLEN, Strafrecht AT I, §9, kn. 16- 23; DÖLLING, Dieter, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, in GA 1984, s. 86; ROXIN, Einwilligung, s. 30.

[961] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 79; SCHMITT, Rudolf, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod im strefrechtlicher Sicht, in JZ 1985, s. 366; Yaşamın kendiliğinden mutlak bir değer olduğu ve her türlü saldırıya karşı korunması gerektiği tezinden öldürülmezlik ilkesi doğar. Öldürülmezlik ilkesi, yaşam hakkı ile çelişen her durum, olanak, ayrıcalık ve rızanın ikincil olması sonucunu doğurur.; İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 66; SAVCI, s. 18-19.

sürekli ve eski hale getirilmesi mümkün olmayan zararlı bir neticedir[962]. Oysa rızanın geçerlilik şartlarından bir tanesi de her an geri alınabilir olmasıdır. Ancak yaşam hakkını ihlal eden pek çok fiilde kişi rızasını geri alma şansına sahip olamayabilir.

Yaşamın niteliğinden hareket eden yazarlardan bazıları, bu hakkın ihlaline rıza gösterilmesinin hukuken dikkate alınmamasının nedeni, yaşama hakkının kişinin ani kararlarına karşı da korunması gerekliliği ile açıklar[963]. Aynı ilkeden hareket eden diğer bir grup yazar ise, yaşam hakkının rıza ile ihlalinin hukuken tanınmasının, başkasının yaşamını mutlak surette tabulaştıran, başkasının yaşamına dokunulamayacağı ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir. İnsanların toplum içinde birlikte yaşadıkları diğer bireylerin yaşam hakkına saygı göstermeleri, başkalarının yaşam haklarına prensip olarak dokunamamaları ve yaşam hakkının yüceltilmesi, bütün yaşamların garantiye alınması için zorunludur[964]. Yaşam hakkının ihlaline rıza gösterilmesinin hukuken tanınması, bu ilkelerle çelişir.

Yaşam hakkının ihlaline gösterilen rızanın geçersiz olduğun kabul eden dördüncü bir görüşe göre, yaşama karşı işlenen suçların düzenlendiği ceza normları bireyin yaşam hakkının yanında, toplumsal barışı da korur. Kişi, toplumsal barışın korunmasına ilişkin bir tasarrufta bulunamayacağı için, rıza geçersizdir[965].

Beşinci bir görüşe göre ise, yaşam hakkının ihlaline gösterilen rızanın geçersiz olmasının nedeni, ispata ilişkin sorunlardır[966]. Fail, fiili "rızaya dayanarak icra ettiğini" iddia ettiği zaman, maktülün aksini iddia ve ispat etme şansı yoktur. Bu durumda "in dubio pro reo", şüphenin sanık lehine yorumlanacağı ilkesinin bir gereği olarak fail bu iddiasından yararlanır[967]. "*Rızanın bulunduğu*" iddiasına önem verilmemesi ve şüpheye rağmen failin cezalandırılması ise hukuk devleti ilkesine aykırı olur[968].

---

[962] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 79.
[963] Bkz. ROXIN, Einwilligung, s. 30.
[964] HIRSCH, in FS- WELZEL, s. 779.
[965] Bkz. GÖBEL, s. 39.
[966] ARZT, Günther, Die Delikte genen das Leben, in ZStW 83 (1971), s. 36.
[967] ARZT, in ZStW 83 (1971), s. 36; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ ESER, § 216, kn. 1.
[968] DÖLLING, in GA 1984, 86.

C.Değerlendirme

Yaşam hakkının ihlaline gösterilen rızanın geçersiz sayılmasının nedenini açıklamaya çalışan bütün görüşler, yaşam hakkına ilişkin önemli hususlara işaret etmektedir. Ancak yaşam hakkının topluma ait bir hukuksal değer olduğunu, yaşam hakkını koruyan ceza normları ile toplumsal barışın korunduğunu veya rızaya geçerlilik tanınması halinde ispata ilişkin zorluklarla karşılaşılacağını savunan görüşlerin hareket noktaları bu hakkın asıl sahibi olan birey değildir. Bu görüşlerin dayanak noktaları bir ödev, ispat hukukuna ilişkin bir sorun veya genel olarak kamu düzenidir. Yaşam hakkının niteliği ve hak sahibinin menfaatleri ise bu görüşlerde ya hiç yankı bulmamış ya da yeterince önemsenmemiştir.

Yaşam hakkının topluma ve devlete ait bir hukuksal değer olduğu görüşü, bütün suçların asıl mağdurunun devlet olduğu ve bütün suçların aslında devlete ve onun kurduğu, güvence altına aldığı toplumsal düzene karşı işlendiği anlayışına dayanır. Bu anlayışa göre, hukuksal değerlerin korunmasındaki amaç, ceza hukukunun sağladığı "toplumsal yaşamın, yaşamsal yararları"'dır[969]. Bütün suçların aslında devlete karşı işlendiği ve bütün hukuksal değerlerin ona ait olduğuna ilişkin katı anlayış, kişilerin de birer hukuk süjesi olduğu düşüncesi ile bir ölçüde yumuşatılmıştır. Böylece, ceza normları ile biri genel diğeri özel iki yararın korunduğu anlayışı kabul edilmiştir[970]. Bunun sonucunda da, belli bazı şartların varlığına bağlı olmak kaydıyla kişilere ait özel yararların korunduğu bazı ceza normlarının ihlaline, normun koruduğu hukuksal değerin sahibinin yani bireyin rıza gösterebileceği kabul edilmiştir[971].

Bütün suçların devlete ve onun kurduğu hukuk düzenine karşı işlendiği ve dolayısıyla da bütün suçların mağdurunun devlet olduğuna ilişkin katı anlayış,

[969] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 25 III 1.
[970] TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu, s. 178.
[971] TOROSLU, Genel Kısım, s. 160 vd.

günümüzde yerini yavaş yavaş bireyci anlayışa bırakmaktadır[972]. Bireyci anlayış ise kişinin özgür ve bağımsız bir varlık olduğu ve kendi geleceğini belirleme, kendi kaderini tayin etme hakkına sahip olduğu noktasından hareket eder. Bu hukuksal değer anlayışında asıl hareket noktası bireyin özgürlüğüdür[973]. Kendi geleceğini belirleme hakkı olmayan birey özgür değildir. Özgür bir birey, kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan ve bu hakkı kullanırken de kendi menfaatini ihlal eden bir fiile hukukun belirlediği sınırlar içinde rıza gösterebilen bireydir.

Birey toplum içinde yaşadığı, bazı hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve kişinin sahip olduğu hak ve özgürlüklere yapılan saldırılar ve bu saldırılara karşı hak ve özgürlüklerin korunması, hep bir toplumsal düzenin içinde cereyan ettiğinden, bu hukuksal değerlerin korunmasındaki toplumsal yarar göz ardı edilemez[974]. Gerçekten de, yaşam ve vücut bütünlüğü gibi bazı kişisel değerlerin ihlali toplumsal düzenin devamı açısından büyük bir tehlike oluşturur ve bu hukuksal değerlerin ihlali aynı zamanda kamu düzeniyle ilgilidir. Bu açıdan yaşam ve vucut bütünlüğüne ilişkin hukuksal değerlerin korunmasında devletin ve toplumun menfaati de vardır[975]. Ancak bunun anlamı yaşam hakkının topluma ait hukuksal bir değer olması değildir.

Yaşam hakkının ihlaline gösterilen rızanın geçersiz olduğunu açıklarken yaşamın niteliğinden hareket eden görüşler pek çok açıdan daha isabetlidir. Yaşamın özünden hareket eden görüşlerin ulaştığı yaşamın dokunulmazlığı tezi ve öldürülmezlik ilkesi çok önemlidir. Öldürülmezlik ilkesi kişiye başkalarının yaşam haklarına mutlak surette saygı göstermesi yükümlülüğü yükleyerek, başkalarının yaşam hakkını tabulaştırır[976]. Yaşam hakkının ihlaline gösterilen rızanın geçersiz

---

[972] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 67; BAYRAKTAR, s. 79.
[973] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 142.
[974] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 142; Yazar, tüm suçların doğrudan veya dolaylı olarak devlete karşı işlendiği ve bütün suçlarla korunan hukuksal değerin devletin hukuksal düzenini oluşturma, suçu önleme iktidarı olduğu görüşünü reddeder. Yazara göre, bir siyasal örgütlenme olan devlet ile birey arasında bir haklar ve hukuksal değerler çatışması yoktur. Devletin, bireyin özgürlüklerini ve değerlerini koruyup güvence altına almak, insan hakları ihlallerini önlemek ve değişen koşullara uygun olarak pozitif düzenlemeler yani kanunlar yapmak gibi ödevleri vardır. Bazı suçlarda devletin suçun pasif süjesi veya hukuksal değerin taşıyıcısı sayılması, bu durumu değiştirmez. Ayrıntılı bilgi için aynı yerde bkz. s. 573 vd.
[975] WEIGEND, in ZStW 98 (1986), s. 62; HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 105.
[976] AMELUNG/ EYMANN, JuS 2001, s. 938.

olmasının asıl nedeni de budur. Nitekim Anayasanın 17. maddesiyle garanti altına alınan yaşam hakkının ihlalinin ne zaman hukuka uygun kabul edilebileceği de aynı maddenin son fıkrasında sayılmıştır. Burada sayılan nedenler arasında kişinin rızası yer almaz. Yaşam hakkı başkalarından gelecek saldırılara karşı mutlak surette korunur. Bu hak hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Bu hakka yönelik en küçük bir sınırlama, hakkın özünü yok eder.

Bununla birlikte yaşamın niteliğini esas alan görüşlerin, yaşam hakkının kişinin kendisinden kaynaklanan saldırılara karşı da korunması gerektiği düşüncesine katılmıyoruz. Çünkü suç tiplerinin amacı, başkalarının zarara uğratılmasını yasaklamak olduğundan, kişinin kendi hareketleriyle kendisine ait hukuksal değerler üzerinde gerçekleştirdiği sonuçlar, ceza hukukunun yasak alanına girmez. Bu açıdan kişinin kendi yaşamına son vermesi ile bir başkasının yaşamına rızayla son verilmesi karşılaştırılamaz. Kişi kendi yaşamı üzerinde tasarruf ettiğinde, fiili gerçekleştiren bizzat kişinin kendisidir. Fiili devam ettirmek veya sonlandırmak tamamen kişinin kendi insiyatifindedir. Buna karşın rızayla bir başkasının yaşamına son verilmesinde fiil, bir başkası tarafından gerçekleştirilir ve yaşam hakkının sahibinin fiil üzerinde doğrudan bir hakimiyeti yoktur. Kişi yalnızca rızasını geri alarak, fiilin icrasına engel olabilir[977].

Yaşam hakkı anayasa ile güvence altına alınmış olan, kişilik hakları ve rızanın temelini oluşturan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Yaşam olmadan ne kişi özgürlüğünün, ne maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının, ne de kendi geleceğini belirleme hakkının bir önemi olabilir. Öte yandan, kişinin yaşam hakkına ilişkin hukuki korumadan vazgeçmesi Anayasa m.12/1'e de belirtilen kişinin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hakları olduğu hükmüne de aykırı olacaktır. Rıza, Anayasa 17/son'da sayılan yaşam hakkının sınırlandırılmasına ilişkin nedenlerden biri de değildir.

Sonuç olarak yaşam hakkı kişinin sahip olduğu en üstün değer[978], yalnızca bir

[977] AMELUNG/ EYMANN, JuS, s. 938.
[978] SCHMITT, in JZ 1985, s. 366.

özden ibaret olması ve bu hakka yönelik en küçük bir müdahalenin dahi hakkın özünü ortadan kaldırması nedeniyle, üzerinde bir başkasının fiiline rıza göstererek tasarruf etmeye elverişsiz bir haktır.

D. AİHM'in Değerlendirmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaşam hakkının korunmasına ilişkin olarak 29.04.2002 tarihinde verdiği 3024 nolu karar rıza açısından önemlidir. AİHM'nin önüne gelen olayda, motor nöron hastalığına yakalanmış olan Diana Pretty, hastalığın son aşamasında dayanılmaz acı vermesi ve kişinin saygınlığını yitirmesine sebep olması nedeniyle bu acıları yaşamamak ve saygınlığını koruyarak ölmek için intihar etmek istemektedir. Ancak kaslarını kontrol edemediği için, bunu yardım almadan yapmazı imkansızdır. Bu nedenle kocasının ölmek için kendisine yardım etmesini, ancak sonrasında, cezalandırılmamasını istemektedir. Bayan Pretty'nin bu talebi intihara yardım etmenin suç olduğu Birleşik Krallıkta reddedilmiştir. Bunun üzerine AİHM'e başvuran bayan Pretty, AİHS'nin 2. maddesinin yaşam hakkı kadar ölme hakkını da kişiye tanıdığını ve bu hakkı kullanabilmesi için, devletin iç hukukta gerekli düzenlemeleri yapma ödevinin bulunduğunu iddia etmektedir. Ayrıca AİHS'nin 3. maddesinin, Birleşik Krallık Hükümetine sadece insanlık dışı aşağılayıcı muameleden kaçınma değil, aynı zamanda egemenlik yetkisi içinde bulunan kişileri bu tür muamelelerden korumak için gerekli olumlu adımları atma yükümlülüğünü de yüklediğini savunmuştur. Bunun yanında intihara yardımı kategorik olarak yasaklamanın, yardım almadan intihar edemeyecek olanlara karşı ayrımcılık yapmak anlamına geldiğini, çünkü yardımsız intihar edebilecek olanların iç hukuka göre ölme hakkını kullanabildiklerini iddia etmektedir[979].

AİHM'si ise bu iddialar karşısında, AİHS'nin 2. madesininin "yaşama hakkını", sözleşmedeki diğer hakların kullanılmasını hükümsüz kılmayacak şekilde tanımış olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin verdiği diğer kararlarda olduğu gibi bu kararında da, sözleşmenin 2. maddesininin

[979] AİHM, Pretty ve Birleşik Krallık Davası, Çev.: Orçun Gündüz, s. 506.

Devletlere sadece kasten veya hukuka aykrı öldürmelerden kaçınma değil, ayrıca kendi egemenlik yetkisi içinde bulunanların yaşamlarını koruyucu gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü de yüklediğini vurgulamıştır. Mahkemenin bu alandaki içtihatları yaşamı koruma yükümlülüğü üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu durumda mahkeme, sözleşmenin 2. maddesinin, olumsuz bir yönü olduğu ve bir bireye yaşamak yerine tam tersi bir hakkı yani ölme hakkını verdiği şeklinde yorumlanamayacağına ve bu maddenin bireye ölmeyi seçme anlamında bir irade özgürlüğü hakkı yaratmadığını belirtmiştir. Buna göre, AİHS'nin 2. maddesinden üçüncü bir şahsın elinden veya kamu makamlarının yardımıyla ölme hakkının var olduğu sonucu çıkartılamaz[980].

Bununla birlikte, mahkeme devletlerin rıza ile yaşamın sona erdirilmesine veya ötanaziye ilişkin iç hukuklarında yapacakları yasal düzenlemelerin İHAS m. 2'ye aykırı olacağı konusunda bir yorum yapmamıştır. Devletlerin intihara yardımı cezalandırmamasının ise AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenmiş olan, yaşama hakkını ihlal anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştır[981].

II. Rızayla Yaşama Son Verilmesi

A. Ötanazi

1. Genel Olarak

Ötanazi, tıbbi açıdan iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken hastanın, acılarını dindirmek amacıyla aktif veya pasif bir hareketin icra edilmesi suretiyle, ölmesine yardım etmektir[982].

Ötanazi, talep üzerine öldürme fiillerinden farklı olarak, yalnızca iyileşmesi

[980] Pretty/ Birleşik Krallık davası, http://ihami.anadolu.edu.tr (siteye giriş tarihi: 28.04.2010).
[981] AİHM, Pretty ve Birleşik Krallık Davası, Çev.: Orçun Gündüz, s. 506; Ayrıca bkz. İNCEOĞLU, Ötanazi, s. 299 içinde.
[982] Değişik ötanazi tanımları için bakınız, ARTUK, Mehmet Emin/ YENİDÜNYA, Caner, Ötanazi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 298; BAYRAKTAR, s. 150; ÖZTÜRK, Bahri, Hasta Hakları ve Ötanazi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 573 vd; ESER, Albin, Tötung auf Verlangen- strafrechtlich gesehen, in Euthanasie und natürlicher Tod: Ein Tagungsbericht, Rottenburg 1974, Sonderdruck aus der Albert- Ludwgs- Universität Freiburg, s. 21 vd.; İNCEOĞLU, Ötanazi, s. 292.

olanaksız bir hastalığa yakalanmış kişinin acılarını dindirme amacıyla uygulanır. Buna karşın talep üzerine öldürme herhangi bir saikle gerçekleştirilebilir. Acı dindirme saiki ile hareket etme talep üzerine öldürme suçu açısından belirleyici değildir. Bu iki fiil arasındaki bir diğer fark ise failin kişiliğinden kaynaklanır. Ötanazi yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilebilecek bir fiilken, talep üzerine öldürme herkes tarafından gerçekleştirilebilir[983].

Tarihsel süreçte ötanazinin özellikle akıl hastaları, özürlüler ve yaşamaları toplumsal açıdan yararsız görülen kişilerin, yaşamlarına son vermek amacıyla uygulanmış olması, bu tür fiillerin de ötanazi kavramının içine sokulmaya çalışılması, ötanazi hakkında kötü bir şöhretin doğmasına neden olmuştur[984]. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasındaki Almanya örneğinde özürlü, hasta, yaşlı ve çingenelerin sistematik bir şekilde öldürülmelerinin de ötanazi olarak adlandırılması, toplumsal hafızada ötanaziye karşı derin izler bırakmıştır.

Ancak günümüzde insana verilen değerin artmasıyla ötanazi kavramına daha farklı yaklaşılmaktadır. Bugün tedavisi mümkün olmayan, acı çeken hastaların ötanazi taleplerini, bireyciliğin gelişimiyle birlikte güçlenen *"kişi özerkliği"* çerçevesinde değerlendirenler, sınırları iyi belirlenmiş kurallar çerçevesinde istemli ötanazinin suç olmaktan çıkarılması gerektiğini savunular[985]. Özellikle uygulamada, hekimlerin yasal olmasa bile insani nedenlerle veya hastanın tedaviyi reddetmesi nedeniyle ölümü çabuklaştırıcı veya hayatı uzatıcı önlemleri almama yoluna giderek,

---

[983] ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 398. 1997 CK Tasarısının 137. maddesinde aslında ötanaziye yer verilmek istendiği halde madde başlığının " talep üzerine öldürme" olması eleştirilmiştir. 2001 CK Tasarısı'nda da, " acıyı dindirme saiki" başlığı altında ötanaziye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş, aynı düzenleme 2003 CK Tasarısının 140.maddesinde de aynen yer almıştı.; ÖZTÜRK, Hasta Hakları, s. 586; ÇELEN, EÜHFD, C. II, S. 3-4, Y. 2007, s. 60.

[984] Ötanazi, Nasyonal- Sosyalizm döneminde Almanya'da yaşamaya değer bulunmayan yaşamların sona erdirilmesi için, sistematik bir şekilde uygulanmıştır. Bu dönemde öldürülen kişilerden yalnızca akıl hastalarının sayısının yaklaşık 70000 civarında olduğu tahmin edilmektedir. Bu rakama akıl hastası ve özürlü çocukların sayısı dâhil değildir. Bkz. ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 310; Hekimlerin ötanaziyi bugüne kadar kötüye kullanmış olmaları, ötanazinin insani yanlarını gölgede bırakmaktadır. SCHMITT, in JZ 1985, s. 365.

[985] İNCEOĞLU, Ötanazi, s. 290; ÜNVER, Yener, Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri, KHukA 2005, s. 186.

bir tür ötanazi uyguladıkları belirtilmektedir[986]. Ancak bu durum ötanazinin hukuken kabul edilmesi noktasında var olan görüş ayrılıklarını ortadan kaldırmamaktadır.

Ötanazinin, *"aktif"*, *"pasif"* ve "*dolaylı ötanazi"* olarak adlandırılan türleri vardır[987]. Yaşamaya değer bulunmayan, tedavisi olmayan akıl hastalığına yakalanan veya kötürüm ve kör olan insanların hayatlarının imhasını savunan anlayışlar ise ötanazi kapsamında değerlendirilmemelidir[988].

2. Ötanazi Türleri

a. Aktif Ötanazi

Kişinin yaşamının dışarıdan bir müdahale ile sona erdirilmesine aktif ötanazi denir. Ancak bu müdahalenin bir hekim tarafından, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış ve acı çeken bir hastanın talebi üzerine, onun acılarını dindirme saikiyle yapılması gerekir[989].

Aktif ötanazi daha çok hastaya öldürücü bir ilacın, iğne yapılarak verilmesi suretiyle uygulanır. Bu açıdan aktif ötanazi, kişiye onun isteği üzerine ani ölüme neden olan ölümcül dozda ilacın enjekte edilmesidir[990].

b. Pasif Ötanazi

Pasif ötanazi ise hekimin uygulaması gereken tedaviyi pasif kalıp uygulamayarak, ölüm neticesinin ortaya çıkmasına neden olmasıdır. Pasif ötanazi açısından belirleyici olan, hareketin ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesidir. Hastanın yaşamını sürdürmesi için gerekli olan suni beslenme, solunun cihazı veya

---

[986] Yapılan bir araştırmaya göre Avrupa Birliği ülkelerinden Yunanistan, Portekiz ve İtalya'da %20'ler oranında ötanazi uygulanmakta, bu oran kuzey ülkelerinde %60'lara kadar çıkmaktadır. Belçika'da ise bu oran %80'e kadar çıkmaktadır (Araştırma için bkz. Nokta Dergisi, 26. Eylül- 2 Ekim 1999, s. 28-30). Aktaran, YENERER-ÇAKMUT, s. 150.

[987] Bkz. ESER, Tötung auf Verlangen, s. 22 vd.

[988] Bkz. ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 301; ÖZTÜRK, Hasta Hakları, s. 582. Ağır özürlü veya ucube olan yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi " erken ötanazi" olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu fiiller adam öldürme suçları arasında yer alır. DÖNMEZER, Kişilere, s. 36.

[989] ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 301; ÖZTÜRK, Hasta Hakları, s. 582; İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 135.

[990] İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 135.

kan nakli gibi yaşam desteğinin çekilmesi veya bu türden yaşamı uzatıcı tedbirlerin alınmaması pasif ötanazi kapsamında değerlendirilir[991].

Pasif ötanazi, esas itibariyle kişinin kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi ret hakkı ile doğrudan ilintilidir. Hastanın yaşam destek ünitelerinin kapatılmasını istemesi halinde hekim, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterme ödeviyle, hastaya zarar vermeme ve iyileştirme görevi arasında bir ikileme düşer. Kişi hekimden yaşamını devam ettirecek önlemleri almasını açıkça istemesine rağmen, hekim bunu yapmıyor ve hekimin ihmali davranışına bağlı olarak ölüm meydana geliyorsa, hekimin cezai sorumluluğu ortaya çıkar. Ancak aklen sağlıklı ve bilinçli bir hastanın kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi red hakkı her zaman vardır[992]. Hastanın hekimden kendisine müdahale etmemesini, ölürken rahat bırakmasını istemesi halinde, esas itibariyle hastayı tedavi etme ödevi olan hekim bu isteğe saygı göstermelidir[993].

Ancak tedaviyi reddeden veya yarıda bırakılmasını talep eden hastanın, kendi geleceğini belirleme hakkını kullandığını söyleyebilmek için, hastalığı hakkında tam olarak bilgilendirilmiş olması ve tedavinin yarıda bırakılması halinde ortaya çıkaçak olan riskler konusunda aydınlatılmış olması gerekir[994].

Kişinin vücut bütünlüğünün ve kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesi hiçbir mesleki görev veya ödev düşüncesi ile hukuka uygun kabul edilemez[995]. Hekimin, hastanın tedaviyi reddeden açık irade beyanına rağmen, bu iradeyi hiçe sayıp kendiliğinden tedaviye devam etmesi cezai sorumluluğu

---

[991] SCHMITT, in JZ 1985, s. 367; ÖZTÜRK, s. 582.

[992] Tıbbi tedavi çerçevesinde belirli bir tedaviyi reddetmek kaçınılmaz olarak ölümcül bir sonuca götürebilir. Bununla birlikte AİHM, akli melekeleri yerinde yetişkin birinin rızası alınmaksızın, bir tedavinin uygulanmasını, AİHS'nin 8. maddesinin koruduğu hakları ilgilendirebilecek bir şekilde kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale olarak değerlendirmiştir. Bkz. AİHM, Pretty ve Birleşik Krallık Davası, Çev.: Orçun Gündüz, s. 513.

[993] KAUFMANN, in MedrR 1983, s. 122; Hekim burada tedavi etme görevini ihmal ettiği için sözkonusu durum ihmal suretiyle ölüm yardımı olarak da adlandırılır. Bkz.: WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 35; DÖNMEZER, Kişilere, s. 34; ÖZTÜRK, s. 582; ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 302.

[994] ÇELEN, EÜHFD, C. II, S. 3-4, Y. 2007, s. 62, s. 66.

[995] FRISCH, Wolfgang, "Leben und Selbstbestimmungsrecht im Strafrecht", in: Selbstbestimmung in der modernen Geselschaft aus deutscher und japanischer Sicht, Freiburger Rechts-und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 62, 1997, s. 106.

gerektirir[996].

c. Dolaylı Ötanazi

Dolaylı ötanazide hastanın tedavisine son verilmez veya yaşamına son verilmesi için doğrudan ilaç enjekte edilmez, fakat hastanın acısını dindirmek için verilen ilacın yan etkileri hastanın yaşamını kısaltır[997]. İlacın yaşamı kısaltan etkileri konusunda hastanın aydınlatılması gerekir[998]. Hastanın tam ve açık bir biçimde aydınlatılmasından sonra açıkladığı rıza üzerine, ilacın kullanılmasına devam edilmesi dolaylı ötanazi olarak adlandırılır.

Gerçek ölüm yardımı olarak da adlandırılan, dolaylı ötanazi Alman ceza hukuku öğretisinde esas itibariyle tartışmasız kabul edilmektedir[999]. Ancak bazı yazarlar, dolaylı ötanazinin zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun olduğu görüşünü savunurken, diğer bir kısmı hareket sosyal açıdan uygun olduğu için, dolaylı ölüm yardımının sosyal anlamının öldürme suçunu oluşturmayacağı sonucuna ulaşır. Dolaylı ötanazi veya ölüm yardımının, hekim öldürme kastıyla hareket etmediği için kusur bulunmadığı veya izin verilen risk ya da yükümlülükler çatışması nedeniyle hukuka uygun olduğu için, cezalandırılmayacağını söyleyenler de vardır[1000].

Dolaylı ötanazinin cezalandırılmaması gerektiği, kişinin onurlu ve acısız bir şekilde ölümünü mümkün kılmanın, onu biraz daha uzun yaşaması uğruna acılara mahkûm etmekten daha üstün bir menfaat olduğu gerekçesiyle Türk ceza hukuku öğretisinde de kabul edilmektedir[1001]. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde de bu görüşü destekleyen bir düzenleme yer alır. HHY'nin 14. maddesi hükmü, *"personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını*

---

[996] MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT I, § 1, kn. 36.
[997] MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT I, § 1, kn. 33; ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 302; ESER, Tötung auf Verlangen, s. 22; KAUFMANN, in MedR 1983, s. 122.
[998] ÖZTÜRK, Hasta Hakları, s. 581; ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 302.
[999] WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 31; ROSENAU, Aktive Sterbehilfe, s. 1333.
[1000] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.305, 306;
[1001] DÖNMEZER, Kişilere, s. 35; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.306; ERMAN, B., s. 133.

azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur" şeklindedir. Buna göre hekim, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan veya kazaya uğrayan kişinin daha az acı çekmesi için gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbirler hastanın yaşam süresini kısaltsa dahi, hekim bundan kaçınamaz. Ancak burada da asıl olan hastanın rızasıdır. Bu tür bir ilaç, hastanın rızası olmadan hastaya verilemez[1002].

3. Ötanazinin Suç Olmasına İlişkin Görüşler

a.Ötanaziyi Benimseyen Görüşler

Ötanazinin suç olmaktan çıkartılması gerektiğini savunan görüşler, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğunu ve bu hakka dayanarak kişinin tedaviyi reddebileceğini veya başlamış tedaviyi yarıda kesebileceğini kabul eder[1003]. Buna göre, kişinin kendi yaşamı, bedeni ve ölümü gibi en önemli konularda karar verme hakkı kısıtlanamaz. Bu nedenle tedaviyi reddeden bir hastanın bu isteğini kabul ederek tedaviyi yarıda bırakan veya yaşamı kısaltmasına rağmen hastanın rızasıyla acı dindirici tedavi yöntemlerini uygulayan hekim cezalandırılmamalıdır[1004].

İnsan yaşamının niteliğinden hareket eden paralel bir anlayışa göre de insan yalnızca yaşama hakkına değil, aynı zamanda onurlu bir şekilde yaşama hakkına sahiptir. Yaşamanın insan için acı verici ve katlanılmaz bir hal alması ve yeniden eski haline dönme veya iyileşme umudunun da kalmaması halinde başkalarına muhtaç bir şekilde yaşamak insan onurunu zedeleyebilir. Çünkü yapılan tedavi yaşamı uzatmaktan çok, ölümün gelişini geciktirir. Kişi bu tür esasında ölümü uzatan

---

[1002] KAUFMANN, in MedR 1983, s. 122.

[1003] DÖNMEZER, Kişilere, s. 34; FEYZİOĞLU, Metin, "Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı 1, 2007, s. 140, 149, s. 147.

[1004] DÖNMEZER, Kişilere, s. 34; ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 302; ÖZTÜRK, Hasta Hakları, s. 581, 582; Ötanazinin suç olmaktan çıkartılması, talep üzerine adam öldürme eyleminin ise cezayı hafifletici bir neden olarak düzenlenmesi gerektiği görüşü için bkz. ÜNVER, Yener, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri, KHukA Kasım 2005, s. 186; Yazar bir başka makalesinde ötanazinin artık bir hak olarak kabul edilip, tüm detay ve koşullarının düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 212.

bir tedaviyi kabul etmeyerek, ölmek isteyebilir[1005]. Bu görüş, yaşama hakkının, onurlu bir şekilde yaşamayı kapsadığını, yaşam bu niteliğini kaybettiğinde ise kişiye ölme hakkının tanınması gerektiğini savunur.

Ancak burada problem rıza ehliyeti olmayan küçükler ve akıl hastalarının veya bilinci yerinde olmayan kişilerin durumudur.

Bazı yazarlara göre, bu durumda da hastanın kendi kaderini belirleme hakkı ortadan kalkmaz, ancak ehliyetsiz kişi adına kanuni temsilcisi rıza gösterir. Rıza ehliyetinin sonradan kaybedilmesi halindeyse kişinin rıza ehliyetini kaybetmeden önce kendisine bir vekil tayin edip etmediğine bakılır. Kişi rıza ehliyetini kaybetmeden önce kendisine bir vekil tayin etmişse rıza bu kişiden alınır[1006].

Bununla birlikte, yetkili kılınan kişinin vereceği kararın konusu ve bu kararı neye göre vereceği önemli bir sorundur. Ancak, hasta yerine karar verecek olan kişinin, hastanın bilinci yerinde olsaydı nasıl karar vereceğini ve objektif olarak hastanın iyiliğinin neyi gerektirdiğini değerlendirmesi ve buna göre karar vermesi gerekir. Hastanın belirli bir tedaviyi reddedeceğine ilişkin kesin bir bilgi varsa veya hasta açık bir vasiyet bırakmışsa, tedaviye devam edilmemelidir. Örneğin, hasta daha önce komadaki bir tanıdığını ziyaret etmiş ve benzer bir durumun kendi başına gelmesi halinde bu şekilde makinalara bağlı yaşamak istemeyeceğini belirtmiş olabilir[1007].

Buna karşın hastanın tedavinin devamına ilişkin iradesi anlaşılamıyorsa ve

---

[1005] ESER, Albin, "Sterbehilfe und Euthanasie in Rechtlicher Sizcht", in Euthanasie oder soll mann auf Verlangen töten?, Volker Eid (Hrsg.), Mainz 1975, s. 59-60; Aynı yönde ESER, Tötung auf Verlangen, s. 21.

[1006] DÖNMEZER, Kişilere, s. 36.

[1007] İtalya'da yaşanan güncel bir olayda, 19 yıldır komada yatan Eluana Englaro'nun babası, kızının sağlığında böyle bir şeyin kendi başına gelmesi halinde bu şekilde yaşamayı kabul etmeyeceğini söylediğini belirterek, yaşam destek makinelerinin kapatılması ve kızına ötanazi hakkının verilmesi için hukuki mücadele başlatmıştır. Ailenin 1999 yılında mahkemeye yaptığı ilk başvuru ve 2003 ve 2006'da yaptıkları temyiz başvuruları reddedilmiştir. Milano Temyiz Mahkemesi'nin 9 Temmuz 2008 tarihinde verdiği suni yolla sağlanan beslenmenin kesilmesi kararı ise Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve Anayasa Mahkemesi 8 Ekim 2008'de Temyiz Mahkemesi'nin kararının İtalyan Anayasası'na aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu karar üzerine 10.02.2009 tarihinde bir ölüm kliniğine nakledilen Eluana Englaro'nun suni yolla beslenmesine son verilmiştir. Bkz. http://www.tempo24.com.tr/content/newsdetail.aspx?cat=27&newscode=28454. (siteye giriş tarihi 01.03.2009).

daha önce de konuya ilişkin bir beyanı yoksa bu durumda tedaviye devam edilmesinin hasta açısından taşıdığı anlama bakılmalıdır. Tedaviye devam edilmesi halinde elde edilecek olan yararın, tedavinin yarıda kesilmesi halinde uğranacak zarardan daha fazla olması halinde tedaviye devam edilmelidir. Ancak yaşamı sürdürücü tedavinin hasta açısından katlanılmaz acılara neden olması ve bu durumun gayri insani bir hal alması halinde tedaviye son verilmesi meşru sayılmalıdır[1008].

Çocuklar hakkında ise karar verme yetkisi ana-babaya aittir. Ana- babanın karar verirken çocuğun menfaatlerini öncelikle gözetmesi gerekir. Küçüğün menfaati neyi gerektiriyorsa ona göre karar verilmelidir. Ceza hukuku öğretisinde ise ağır zihinsel veya bedensel kusurlarla dünyaya gelmiş ve yaşama ihtimali düşük çocuklara *"erken ötenanazi"* uygulanabileceği ileri sürülmektedir[1009]. Ancak, bu tür vakaların, yaşamaya değer görülmeyen yaşamların sona erdirildiği vakalardan nasıl ayırt edileceği belirsizdir. Öte yandan erken ötanazinin kabul edilmesi, pek çok açıdan suistimallere açık kapı bırakabilir. Örneğin, erkek çocuk sahibi olmak isteyenler, doğan kız çocuklarını öldürme yoluna gidebilirler veya ağır kusurlarla doğan çocukların doğumdan hemen sonra öldürülmesinin yolu açılabilir. Ağır doğum kusurları ile doğmuş dahi olsa kimsenin yaşamı kimseden daha üstün değildir. Tam ve sağ olarak bir insandan doğan herkesin yaşam hakkı vardır. Erken ötanazi, hem yaşam hakkının vazgeçilmezliği hem de kötüye kullanılma ihtimalinin çok yüksek olması nedeniyle kabul edilemez.

Pasif ve dolaylı ötanaziden farklı olarak hekimin icrai bir hareketle kişinin yaşamını sona erdirmesini gerektiren aktif ötanazinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin ise farklı görüşler ortaya konmuştur.

Aktif ötanaziyi kabul eden ve suç olmaması gerektiğini savunan bazı yazarlar, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış olan hastanın acılarını dindirmenin insani bir vazife olduğunu düşünürler. Kişinin acılarından kurtarılması

[1008] DÖNMEZER, Kişilere, s. 36; ESER, Sterbehilfe, s. 59- 60.
[1009] Bkz. MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT I, § 1, kn. 39.

ve huzurlu bir şekilde ölmesine yardım etmek ahlaki bir ödevdir[1010]. Bazılarına göre ise, insanın onurlu ve kendi geleceğini belirleme, kendi kaderini tayin hakkına sahip bir birey olması, onun yaşamın sonu hakkında da karar verebilme hakkının olduğunun kabulünü gerektirir[1011].

Aktif ötanaziyi savunan diğer bir grup yazar ise tedavisi mümkün olmayan hastalara harcanacak para, zaman ve çabanın boşuna olduğunu söyler. Bu tür hastalar için luzumsuz masraf yapılması engellenmeli ve iyileşmesi mümkün olmayan akıl hastaları ortadan kaldırılarak gelecek nesiller korunmalıdır[1012].

Ötanazinin suç olmaması gerektiğini savunan yazarlar arasında, hekimin kastının adam öldürmek değil, hastaya yardım etmek olduğu için ötanazinin cezalandırılmaması gerektiği söyleyenler de vardır. Buna göre, adam öldürme suçunda fail hem cürmi hem de zarar verme kastıyla hareket etmelidir. Ancak ötanazi uygulayan hekimin kastı zarar vermek değil, hastanın acılarını dindirmektir. Bu durumda, ötanazi uygulayan hekim adam öldürme suçunu işlemiş olmaz[1013].

b. Ötanaziyi Reddeden Görüşler

Dini kökenli *"yaşamın kutsallığı"* tezini savunan yazarlar, ötanazinin bütün türlerini reddeder. Tanrı'nın verdiği yaşam üzerinde insanın tasarruf yetkisi yoktur, Tanrı'nın verdiği canı, geri alacak olan da yine Tanrı'nın kendisidir[1014].

Dinin hukuk üzerindeki hâkimiyetinin, akla dayanan öğretiler aracılığı ile yıkılmasından sonra da yaşamın sahibinin Tanrı olduğu anlayışı reddedilse bile yaşam hakkına verilen önem azalmamıştır. İnsan yaşamı vazgeçilemeyecek kadar değerlidir. Öte yandan bir hastalığın tedavi edilemez olduğunu belirlemek tıbbın hızlı

[1010] Bkz. ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 309; Bkz. BAYRAKTAR, s. 151-152; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 759.
[1011] ÜNVER, Yener, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 70.
[1012] Bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, " Ötanazi ve İntihar", Adalet Dergisi, Y. 57, S. 1, Ocak 1966, s. 6; ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 309.
[1013] Bkz. BAYRAKTAR, s.151; ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 309.
[1014] Bkz. BAYRAKTAR, s. 156; Bkz. HIRSCH, in FS- WELZEL, s. 778.

gelişimi karşısında son derece zordur[1015]. Bir zamanlar çaresi olmadığı söylenen pek çok hastalığa, günümüzde çare bulunmuş ve ölümü beklemekten başka seçeneği olmadığı söylenen hastalar kurtarılmıştır[1016].

Bazı yazarlara göre, yaşam hakkının ihlaline gösterilen rızanın geçerli kabul edilmemesinin nedeni, yaşam hakkından kendi isteğiyle vazgeçen birinin muhtemelen akıl ve ruh sağlığının yerinde olmamasıdır. Kişinin kendi yaşamına son vermek istemesi akılla bağdaşmaz[1017]. Yaşama ve kendini koruma içgüdüsü insanın sahip olduğu en temel içgüdüdür. Kişide bu içgüdünün zayıflaması ruhi bir rahatsızlığın belirtisidir. Akıl ve ruh sağlığı yerinde olmayan bir kişinin ise rıza ehliyeti yoktur. Öte yandan rızayla adam öldüren kişinin fiilini, normal adam öldüren kişinin fiiline oranla mazur gösterecek bir neden de yoktur. Failin mağdurda bulunan akıl zafiyetinden, ruhi bunalımdan veya başka bir ruhi rahatsızlıktan istifade etmesi kabul edilemez[1018].

Fail acıma duygusuyla veya acıya son vermek amacıyla hareket ettiği için, ötanazinin suç olmaktan çıkartılması gerektiğini savunan görüşe karşı da kanunda açıkça dikkate alınmadığı sürece acı dindirme saikinin hukuken hiçbir öneminin olmadığı söylenmiştir[1019]. Acıma duygusunun, kişinin yaşam hakkının yok edilmesi sonucunu doğurması kabul edilemez. Acının dindirilmesi için kişinin fiziksel varlığının ortadan kaldırılması, acıma duygusunun temelini çökerten bir anlayıştır[1020].

Acı dindirme saikiyle bile olsa yaşam hakkı üzerinde tasarruf edilemeyeceği ve başkasının yaşam hakkının ihlal edilemeyeceği kuralı mutlaktır. Bu kurala istisnalar getirilmesi, kötü niyetli kişilerce suistimal edilebilir[1021]. Hasta, üzerinde baskı

[1015] DÖNMEZER, Sulhi, " Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksadı Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyatlar", Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1949, S. 6, s. 146.
[1016] Bkz. BAYRAKTAR, s. 155; ÇAĞLAYAN, Ötanazi, s. 8.
[1017] EREM, Faruk/ TOROSLU, Nevzat, Türk ceza hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2003, s. 333, 334; BAYRAKTAR, s. 155; DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 244; Bkz. İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s.63 vd.
[1018] EREM/ TOROSLU, s. 334.
[1019] DÖNMEZER, Talep Üzerine Öldürme, s. 246.
[1020] HIRSCH, in FS- WELZEL, s. 787.
[1021] ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 306; ERMAN,B., s. 128.

kurulduğu için ölmek isteyebilir. Örneğin, aileye yük olduğu veya işe yaramaz olduğu hissettirildiği için ölmeyi arzu edebilir. Aynı şekilde toplumsal amaçların, bireyin yaşam hakkından daha üstün görülme tehlikesi de her zaman mevcuttur. Bu açıdan ötanazi ve acı dindirme saiki, suçluların işledikleri fiile mazeret bulmalarından öteye gidemeyebilir[1022].

Ötanazi hukukçular arasında olduğu kadar hekimler arasında da şüpheyle karşılanmakta ve Dünya Tabipler Birliği'nin yaptığı çeşitli toplantılarda ötanaziyi reddeden bildiriler yayınlanmaktadır. Örneğin, Dünya Tabipler Birliği'nin 1987 yılında Madrid'de kabul ettiği "*Ötanazi Bildirgesi*"ne göre, *"bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izniyle de olsa sonlandırmak anlamına gelen ötanazi etik değildir"*.

1992 yılında yayınlanan Lizbon bildirisine göre de: *"Ötanazi gibi, hekim yardımlı intihar da etik değildir ve tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı olarak yardım etmesi etik değildir"*.

Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan bildirilerde ötanazi kesin olarak reddedilmekle birlikte, hastanın kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi ret hakkı da tanınır. Örneğin ötanazi ve hekim yardımlı intiharın kesin olarak reddedildiği Lizbon bildirisinde hastanın tedaviyi reddetmesinin temel bir hak olduğu vurgulanarak hekimin hastanın bu arzusuna uymak zorunda olduğu belirtilmiştir. Hastanın tedaviyi red kararı, onun ölümüne yol açacak olsa bile hekim bu karara saygı göstermek zorundadır. Hastanın kararına saygı gösterek tedaviyi yarıda kesen hekimin davranışı etik kurallara uygundur.

Hastanın tıbbi müdahaleyi reddetme veya tedaviyi yarıda kesme hakkı, 1987 tarihli Madrid Ötanazi Bildirgesi ve 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesinde de vurgulanmıştır. Madrid bildirgesine göre: *"Bir hastanın yaşamını kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Ancak bu,*

[1022] ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 306; YENERER- ÇAKMUT, s. 144.

hekimi, hastalığının son dönemlerinde olan hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine saygı göstermekten alıkoymaz"

4. Ötanazinin Cezalandırılması

Ötanaziyi reddedenler, fiilin nasıl cezalandırılacağına ilişkin olarak görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Bazı yazarlar, ötanazinin adam öldürme suçu ile aynı görülmesi ve ötanazi uygulayan hekimin adam öldürme suçundan cezalandırılması gerektiğini savunur[1023]. Buna karşın diğer bir grup yazar ise ötanazinin normal adam öldürme suçundan bağımsız ayrı bir suç olarak cezalandırılması gerektiğini söyler. Çünkü burada hekimin kastı, adam öldürme suçunu işleyen failden tamamen farklıdır. Hekimin amacı doğrudan hastayı öldürmek değil, öncelikle hastanın acısını dindirmektir. Bu nedenle ötanazi kasten adam öldürme suçuna oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmalıdır[1024].

Hollanda, Belçika, Lüxenburg ve ABD'nin bazı eyaletleri[1025] dışında, ötanazi kural olarak çağdaş hukuk sistemlerinde yasaktır. Fransız ve Türk ceza hukukunda, ötanazi uygulayan hekim adam öldürme suçundan cezalandırılır. Buna karşın, Almanya (ACK § 116), Avusturya (AvCK § 77), Norveç (NCK m. 235/2), İsviçre (İCK Art. 114) ve Portekiz (CK§ 134) gibi ülkelerin ceza kanunlarında, kişinin yaşamının rızayla sona erdirilmesini kasten adam öldürme suçundan ayrı bir suç olarak düzenleyen ceza normları öngörülmüştür. Ancak İsviçre Ceza Kanunu Art. 115'de yer alan yer alan "bencilce saiklerle" bir başkasını intihara teşvik etmek veya böyle bir amaçla başkasının intiharına yardım etmenin suç olduğunu düzenleyen hükümden hareketle, öğreti ve uygulamada bencilce olmayan hislerle bir başkasının intiharına yardım edilmesinin suç olmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle de aktif ötanazi olmasa bile, bir başkasının intiharına yardım etmek suretiyle gerçekleştirilen ölüm yardımı cezalandırılmamaktadır. Ancak konunun ayrıntılarına burada girmiyor, yukarıdaki açıklamalarımızı tekrarlıyoruz.

[1023] Bkz. ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 304,305.
[1024] Bkz. BAYRAKTAR, s. 156, 157; Bkz. ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 308, 309.
[1025] İstemli pasif ötanazi ABD örneğine ve istemli aktif ötanazi Hollanda örneğine ilişkin bkz. İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 183- 210.

Hollanda'da ise, 10 Nisan 2001 yılında yapılan yasal bir düzenlemeyle ötanazi suç olmaktan çıkartılmıştır[1026]. Ancak Hollanda'da yasal düzenleme yapılmadan önce de ötanazi cezalandırılmıyordu. Bu konuda oluşmuş olan düzenli yargı içtihatları, hekimin ötanazi uygulamasının koşullarının ve bu süreçte uyması gereken yöntemin belirlenmesini sağlamıştı. Hekimin ötanazi uygulama yöntemine uygun davrandığı savcılık tarafından onaylandığında, hekimin zorunluluk hali içinde hareket ettiği kabul ediliyor ve hekim cezalandırılmıyordu[1027]. Bu düzenlemeyle kurallara uygun olarak uygulanması durumunda, ötanazi uygulayan hekimlerin özel bir cezasızlık nedeninden yararlanması sağlanmıştır[1028].

Türk Ceza Kanunu'nda ise ötanaziye ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmez. Öğretide de ötanazinin suç olduğu ve ötanazi uygulayan hekimin kasten adam öldürme suçundan sorumlu olacağı genel olarak kabul edilmektedir[1029]. Hastanın ölümü veya ölümün çabuklaştırılmasını istemesi, talep etmesi, hekimin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak hekimin insani hislerle hareket etmesinin, cezanın belirlenmesinde takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabileceği belirtilir[1030].

[1026] Bkz. DUTTGE, Gunnar, Avrupa'da Ölüm Yardımına İlişkin Gelişmeler, KHuA Kasım 2005, http://www.akader.info/KHUKA/index.htm, (siteye giriş tarihi: 26. 11. 2009), s. 179. Yapılan bu düzenleminin amacı, dayanılmaz acılar çeken hastaların kendi yaşamları hakkında karar vermelerine imkân tanımanın yanında, ölüm yardımı uygulamalarını şeffaflaştırmaktır. Sıkı cezai takibin ötanazi uygulamalarını azaltmadığı, tam tersine gizli olarak uygulanmasına neden olduğu belirtilmektedir. "*Resmi kurumlar çok daha kötü olduğu kabul edilen gizli ve kontrol dışı öldürmelerin önüne geçmek için bazı hallerde ötanazi uygulanmasına ses çıkarmıyorlar.*" Bert Gordijn'den aktaran DUTTGE, Ölüm Yardımı, s. 179.; Hollanda'da her yıl 2300 kişiye ötanazi uygulandığı aktarılmıştır. Bkz. BESİRİ, Ötanazi, s. 199.

[1027] Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Ölme Hakkı, s. 198- 202 vd.

[1028] Hollanda'da yapılan yasal değişiklikle, aktif ötanazinin uygulanabilmesi için hastayı tedavi eden hekimin hastaya durumu ve iyileşme şansı konusunda gerekli aydınlatmayı yaptıktan sonra hastanın hür iradesiyle ve iyice düşündükten sonra ölme arzusunu dile getirmesi üzerine ötanazi uygulamaya ikna olması gerekir. Hastanın durumunun çaresizliği ve çektiği acının dayanılmaz olduğuna hasta ve hekim birlikte karar vermelidir. Ayrıca hekimin hastasına ötanazi uygulamadan önce bağımsız bir başka hekimin görüşünü daha alması, mahalli idareye bağlı otopsi memuruna haber vermesi ve bu memurun da bölgesel kontrol komisyonu bilgilendirmesi gerekir. Bkz. DUTTGE, Ölüm Yardımı, s. 179; BESİRİ, Ötanazi, s. 199.

[1029] ARTUK/ YENİDÜNYA, Ötanazi, s. 312; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 325; Ünver ise, ötanaziye taraftar olduğunu, etkin bir denetim mekanizması kurulaması ve ölüm yardımı merkezleri aracılığıyla uygulanması şartıyla aktif ötanazinin yasal bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiğini değişik eserlerinde dile getirir. Bkz.: ÜNVER, Rıza, s. 261- 263; ÜNVER, İnsan Onuru, s. 70.

[1030] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 112.

Ötanazi uygulayan hekimin katil kastıyla adam öldüren kişiyle aynı değerlendirilmemesi ve normal adam öldürme suçunun cezasına göre daha hafif bir cezayla cezalandırılması gerektiği fikri 5237 sayılı TCK'nın kabulünden önce hazırlanan TCK tasarılarını da etkilemiştir. 1989, 1997 ve 2003 yıllarında hazırlanan TCK tasarılarında ötanaziye ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak TCK tasarılarında yer alan bu düzenlemeler kanun koyucu tarafından benimsenmemiş ve acı dindirme saikiyle hareket eden hekimin adam öldürme suçuna oranla daha az bir cezayla cezalandırılmasına ilişkin bir hükme 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir.

Türk hukukunda ötanaziye ilişkin en açık düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde yer alır. Bu maddeye göre, *"ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez"*.

5. Değerlendirme

İnsan yaşamı kişinin sahip olduğu en temel hukuksal değerdir. Bu nedenle *başkalarından* gelecek saldırılara karşı mutlak surette korunması gerekir. Kişinin yaşamına son verilmesini bir başkasından isteme, talep etme gibi bir hakkı yoktur[1031].

Bununla birlikte, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve onurlu bir yaşam sürme hakkı da göz ardı edilemez. Bügün artık yaşamın kutsalığından yaşamın kalitesi ve hastanın yararı, iyiliği noktasından bireyin özgür tercihlerinin belirleyiciliği noktasına gelinmiştir[1032]. Anayasa'nın insan hakları anlayışı, onur ve saygınlık sahibi, akıl ve vicdan yetenekleriyle donatılmış, ahlaki seçim yapabilen, serbestçe karar verebilen, davranışlarını kendisi yönlendirebilen özgür insan modeli üzerine kurulmuştur. Bu özelliklere sahip olduğu varsayılan insana kendisiyle ilgili kararları verme yetkisi tanınır[1033]. Acılar içinde sürdürülen bir yaşam kimi zaman insan onurunun zedelenmesine neden olabilir. Hastanın çektiği acıyı azaltmak ve

[1031]HAKERİ, Hakan, Hasta Hakları Bakımından Yeni Türk Ceza Kanunu, www.Hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=35, s. 3 (siteye giriş tarihi 19.09.2009)
[1032] ÜNVER, KHukA 2005, s. 187.
[1033] GÜVEN, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000, s. 104.

yaşamına onurlu bir şekilde devam etmesini sağlamak isteyen hekimin zorunlu olarak uyguladığı tedavinin, yaşam süresini kısaltmak gibi bir yan etkisi olsa dahi, hekim tedaviye devam etmekle yükümlüdür. Çünkü hastanın acısını azaltmak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 1. fıkrasına göre hekimin görevidir. Uygulanan tedavi hastanın yaşam süresini kısaltsa bile hekim bundan kaçınamaz. Buradan hareketle *"dolaylı ötanazi"* uygulanmasının önünde yasal bir engel bulunmadığı söylenebilir[1034]. Kanaatimizce de hiç kimse, acı dolu bir yaşama mecbur bırakılmamalıdır. Hastanın kısa ama acısız bir yaşamı, uzun ve acı dolu bir yaşama tercih etmesi saygıyla karşılanmalıdır. Çünkü yaşam kişinin ne olursa olsun yerine getirmesi gereken bir ödev değildir. Herkesin onurlu bir yaşam sürme hakkı vardır.

Aynı şekilde kanaatimizce kişinin tedaviyi red hakkı bağlamında değerlendirilmesi gereken pasif ötanazinin uygulanmasında da yasal bir engel bulunmamaktadır. Ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktiren tedbirlerin hastanın talebi üzerine geri bırakılması veya yarıda kesilmesi anlamına gelen "*pasif ötanazi*" hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilmeli ve bu gibi durumlarda hekimin cezalandırılması düşünülmemelidir[1035].

Salt insan olduğu için saygıyı hak eden insanın, kendi yaşamına ilişkin verdiği kararlara saygı gösterilmelidir. Kişinin kendi yaşamını, geleceğini belirleme ve düzenleme hakkı tanınmadan yaşamaya mahkûm edilmesi ancak kölelikle mümkündür. İnsana saygı, insanın hayatını bizzat tayin ve kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesini gerektirir[1036].

Yaşam hakkını koruyacak tedbirleri almak devletin görevidir. Buna devletin yaşatma ödevi de denir. Ancak devletin yaşamı koruma ve yaşatma ödevi kişinin iradesi hiçe sayılarak zorla yerine getirilemez. Kişi açıkça tedaviyi reddediyorsa, devletin yaşamı koruma görevi olduğu, hatta bazı yazarların iddia ettiği gibi kişinin

[1034] Pasif ölüm yardımı olarak da adlandırılan hayat kısaltan yöntemlerin suç olmadığı Avrupa genelinde kabul edilmektedir. Bkz. DUTTGE, Ölüm Yardımı, s. 179.
[1035] Tedaviyi reddeden veya başta verdiği rızayı geri alan hastaya müdahale etmeyen hekimi, TCK m. 83 gereğince ihmal suretiyle adam öldürmeden veya TCK m. 84 bağlamında "intihara yardım"dan sorumlu tutmak da doğru değildir. HAKERİ, Hasta Hakları, s. 4; ÜNVER, Rıza, s. 263; AYGÖRMEZ, s. 151.
[1036] GÜVEN, s. 104, 105.

yaşama ödevi[1037] olduğu gerekçesiyle tedaviye zorlanması hukuka aykıdır. Tedaviye başlamamak veya tedavinin yarıda kesilmesi kişinin ölümüne neden olsa bile, hastanın kararlarına saygı gösterilmelidir. Bedeni, sağlığı ve yaşamı hakkında karar verecek olan herkesten önce kişinin kendisidir[1038].

Bu nedenle, hastanın kendisine uygulanacak tedaviye rıza gösterme veya tedaviyi ret hakkı, hekimin iyileştirme ödevinden daha üstün ve korunması gereken bir haktır. Hasta ölüm neticesini meydana getirecek bile olsa, bilinci yerinde olduğu ve rıza ehliyetine sahip olduğu sürece, tedaviye başlanmamasını veya yarıda kesilmesini isteyebilir. Aksi halde insanın bütün hukuki kimliğinden sıyrılıp, yalnızca hekimlik mesleğinin maddi bir konusu haline getirilmesi söz konusu olabilir. İnsan bir hak süjesi değil, yalnızca tıbbın gelişmesi için bir araca dönüştürülebilir. Bunun yanında, tedaviyi kabul veya reddetme hakkı bulunmayan kişi, hekime gitmekten ve tedavi olmaktan da çekinebilir. Böyle bir durum, kişinin anayasal bir hakkı olan sağlık hakkının sınırlandırılması anlamına gelir.

Bilinci yerinde olmayan ve rıza ehliyeti bulunmayan kişiler açısından ise bu kararı vermek o kadar kolay değildir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, öncelikle kişinin bilinci yerinde iken vasiyette bulunup bulunmadığına, böyle bir durumda kendisinin neyi arzu edeceğine ilişkin bir beyanının olup olmadığına bakılmalıdır. Kişi yaşarken, açık bir beyanda bulunmuş veya vasiyet bırakmış ise bu dikkate alınmalıdır[1039]. Örneğin, bitkisel hayata girmesi halinde yaşam destek ünitelerinin *kapatılmamasını* istemişse bu vasiyete uyulmalıdır[1040].

[1037] SOYASLAN'a göre AY'nın 17/1. maddesindeki yaşama hakkının, yaşama görevi olarak anlaşılması gerekir. Bkz. SOYASLAN, Tıp Ceza Hukuku, s. 331.

[1038] GÜVEN, s. 106.

[1039] İsviçre'de, bilinci kapalı hastaların tedavi konusunda bilinçleri açıkken açıkladıkları iradenin bağlayıcı olduğu Tıbbi Etik Yönergesi ile hüküm altına alınmıştır. Almanya'da ise, Alman Tabipler Birliği'nin Ötanazi Yönergesine göre, tıbbi müdahale ve tedaviye ilişkin vasiyetname somut tedavi durumuyla ilgili ve hastanın artık vasiyetnamenin geçerli olmasını istemediğine ilişkin bir koşul öngörmüyorsa bağlayıcıdır. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar hasta vasiyetnamelerinin mutlak bağlayıcılığı görüşünü reddetmekte ve vasiyetnamelerin yalnızca hastanın iradesinin tespitinde yol gösterici olabileceğini kabul etmektedirler. Aktaran: NUHOĞLU, s. 54.

[1040] Nitekim, Biyo- Tıp sözleşmesi m. 9'a göre, müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınır.

Kişi yaşarken böyle bir yaşama kesinlikle katlanamayacağını beyan etmişse, iyileşme ve normal hayata dönme ihtimali de yoksa suni yolla beslenmenin sürdürülmesi yaşamı değil ancak ölümü uzatan bir çabadır. Buna karşın kişinin bir beyanının olmadığı veya kişinin bu konudaki isteğinin ne olduğunun anlaşılamadığı durumlardaysa hastanın yakınları veya yasal temsilcisi tedavinin devamı konusunda karar vermelidir. Ancak bu değerlendirme yapılırken çok dikkatli olunmalı ve tedaviye devam edilmesinden beklenen yararla, tedaviye son verilmesi halinde ortaya çıkacak zarar iyi karşılaştırılmalıdır. Şüphenin bulunduğu her durumda ise, yaşamdan yana karar verilmelidir.

Kişi, yaşam hakkı üzerinde, bu hakkı ihlal eden bir fiile rıza göstererek tasarruf edemeyeceğinden, rıza aktif ötanaziyi hukuka uygun hale getirmez. Yaşam hakkı, kişiye kendi kararıyla bir başkasının fiili aracılığıyla ölümü seçme hakkı vermez.

Aktif ötanazinin suç olarak kalmasını gerektiren bir başka neden de, ekonomik, sosyal veya başka bir nedenlerle kötüye kulanılma ihtimalinin çok yüksek olmasıdır[1041]. Bir an önce mirasçı olmak veya bakım yükümlülüğünden kurtulmak isteyen kişiler, cezai sorumluluktan kurtulmak için ötanaziye sığınabilirler. Aynı şekilde bazı yatalak hastaların sosyal güvenlik sistemine getirdikleri yükten veya psikiyatrik hastaların toplum açısından taşıdıkları riskten kurtulmak isteyenler de ötanaziye sığınabilir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı[1042] abartılarak yapılan bir yorum, istemsiz ötanazi uygulamalarının da cezasız kalması sonucunu doğurabilir.

[1041] Hollanda'da yapılan yasal düzenlemeye rağmen, uygulamada ötanazinin kötüye kullanılmasının önüne geçilemediği, hastanın istemi dışında gerçekleştirilen ötanazi sayısının 900 ile 1000 arasında olduğu aktarılmaktadır. DUTTGE, Ölüm Yardımı, s. 180.

[1042] Nitekim aktif ötanazinin cezalandırılmadığı Hollanda'da dahi kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayanarak açıkladığı rıza, ötanaziyi suç olmaktan çıkarmak için tek başına yeterli görülmemiş, bunun yanında hastanın iyileşme umudunun kalmaması ve dayanılmaz acılar çekmesi gibi objektif kriterler getirilmeye de çalışılmıştır. Ancak *kasıtlı olan her türlü adam öldürme fiili birlikte yaşadığımız diğer insanların yaşamlarına saygı gösterme ödevini ihlal edeceği ve hukuk sistemini yani barış içinde birlikte yaşamamızı temelinden sarsacağı için,* kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı abartılı bir şekilde yorumlanarak talep üzerine adam öldürme suçunun suç olmaktan çıkartılması gerektiği görüşü savunulmamalıdır. Bkz. DUTTGE, Ölüm Yardımı, s. 180.

B. Talep Üzerine Öldürme

Kişinin yaşamına kendi isteği üzerine son verilmesi[1043] olarak tarif edilen, talep üzerine öldürme ötanaziden daha geniş bir kavramdır.

Talep üzerine öldürme fiillerinde, yaşama son verilmesi talebi mağdurdan gelir ve fail mağdurun bu isteğini yerine getirerek onun yaşamına son verir[1044]. Örneğin, savaş sırasında yaralanan bir asker arkadaşına esir düşmektense ölmeyi tercih edeceğini söyleyerek, kendisini öldürmesini ister. Aynı şekilde bir dağın zirvesine tırmanmak için yola çıkmış olan iki dağcıdan biri uçurumdan yuvarlanarak ağır yaralanır. Kurtulma şansı olmadığını düşünen yaralı dağcı, arkadaşından kendisini öldürmesini ister. İlerlemiş kanser hastalığı nedeniyle dayanılmaz acılar çeken annesinin ısrarlı talebi üzerine A, annesine öldürücü dozda morfin enjekte eder.

Talep üzerine öldürme fiillerinin suç olup olmayacağına ilişkin tartışmalar oldukça eskidir. Özgür insanların intihar haklarının tanındığı Roma'da, kişinin kendi üzerinde sahip olduğu intihar hakkını başkası aracılığıyla kullanabileceği kabul ediliyordu. Ancak kölelerin yaşama yükümlülükleri olduğu için, kendi yaşamlarına son vermek veya bunu bir başkasından talep etme hakları da yoktu[1045]. Daha sonraki dönemlerde dini temelli yaşamın kutsallığı anlayışının etkisiyle, yaşam hakkına karşı gerçekleştirilen her türlü fiil suç sayılmış ve kişinin rızasına değer verilmemiştir. Akla dayanan teorilerin hukuk alanında yaygınlık kazanması, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği ve tasarruf edemeyeceği hukuksal değerler tartışmasını başlatmıştır. Yaşam, kişinin üzerinde ihlaline rıza göstererek tasarruf edebileceği haklardan değildir[1046].

Bazı hukuk sistemlerinde yaşam hakkı açısından rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak olmasa bile, cezayı hafifletici bir neden olarak dikkate alınır. Bu hukuk sistemlerinde talep üzerine adam öldürme fiilleri, katil kastıyla adam öldürme

[1043] Bkz. ARTUK, Mehmet Emin, "Talep Üzerine Öldürme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları, c. 7, S. 1- 3, 1992- 1993, s. 19.
[1044] WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 156.
[1045] ARTUK, Talep Üzerine, s. 21.
[1046] ARTUK, Talep Üzerine, s. 23.

suçundan farklı olarak düzenlenir. Rıza, adam öldürme suçu açısından bir tür kanuni hafifletici neden olarak düzenlenerek, talep üzerine öldürme suçu için normal adam öldürme suçuna oranla daha hafif bir ceza öngörülür[1047]. Örneğin, Alman (ACK, § 216), İsviçre (İCK Art. 114), Avusturya (ACK § 77) ceza Kanunlarında talep üzerine öldürme suçu düzenlenmiştir. Failin bu hükümlerden yararlanarak normal adam öldürmeye oranla daha hafif bir ceza ile cezandırılması için, talebin genelde ciddi, kesin ve ısrarlı olması aranır. Talebin ciddi olması için, kişinin verdiği kararın anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğine sahip olması gerekir. Kişi hiçbir etki altında kalmadan, iradesi sakatlanmadan, tamamen kendi iradesi ile ölmeye karar vermeli, kararını açıkça dile getirmeli ve faili kendini öldürmesi konusunda ikna etmelidir[1048]. Ancak failin, kendisinden talepte bulunulmadan önce zaten öldürme kastı varsa, artık fiil talep üzerine öldürme olarak adlandırılmaz[1049].

Ötanaziden farklı olarak, talep üzerine öldürmede failin acı dindirme saikiyle hareket etmesi gerekmez. Kişi içine düştüğü ekonomik zorluklardan, psikolojik bunalımdan kurtulmak veya aşk acısının verdiği ızdırapla ölmek isteyebilir. Kişinin neden ölmek istediği önemli değildir, yalnızca ölmek istemiş olması ve kendisini öldürmesini failden ısrarla talep etmesi yeterlidir[1050].

Kişideki çaresizlik ve umutsuzluğu görerek, ölmek isteyip istemediğini soran faile, olumlu cevap verilmesi "talep" değildir. Talep, rızaya göre biraz daha güçlü bir iradedir. Talep üzerine adam öldürmede faili harekete geçiren mağdurdur[1051]. Ayrıca talep üzerine öldürme fiillerinde, ötanazidan farklı olarak yalnızca hekim değil kendisinden talepte bulunulan herkes fail olabilir.

Türk ceza hukukunda talep üzerine adam öldürme fiilleri ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmediği gibi, kişinin talebi veya rızasının failin cezalandırılmasında

[1047] Talep üzerine öldürme fiillerinde fiilin haksızlık içeriğinin ve failin kusurunun katil kastıyla adam öldürmeden daha az olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, ölen kişi bizzat kendi yaşam hakkının vazgeçmekte ve fail adam öldürme kastıyla değil, aslında yardım etme saikiyle fiili gerçekleştirmektedir. Bu açıdan failin normal adam öldürme suçuna oranla daha hafif bir cezayla cezalandırılması gerekir. Bkz. ESER, Tötung auf Verlangen, s. 25.
[1048] WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 156.
[1049] Bkz. ARTUK, Talep Üzerine, s. 29- 30.
[1050] ESER, Tötung auf Verlangen, s. 25.
[1051] ARTUK, Talep Üzerine, s.19, 20.

hafifletici bir neden olduğuna ilişkin özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Mevcut yasal düzenleme karşısında, kişinin rızası veya talebi adam öldürme suçları açısından ancak takdiri bir indirim nedeni olabilir.

C.İntihara Yardım

Kişinin kendi yaşamına son vermesi, günümüz hukuk sistemlerinde cezalandırılan bir fiil değildir[1052]. Genel iştirak kurallarına göre, bir kişinin intiharına yardım eden kişinin de cezalandırılmaması gerekir (TCK m. 40/1). Ancak bazı kanun koyucular bir başkasını intihara teşvik eden, zorlayan veya yardım eden kişilerin cezasız kalmaması için, özel düzenlemeler yapmışlardır[1053]. TCK'da m. 84'de başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etmek suç olarak düzenlenmiştir.

İntiharda fiil, bizzat kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilir. Ölüm kişinin kendi fiili ile değil de bir başkasının hareketi ile gerçekleştiriyorsa, artık intihar değil, kasten insan öldürme veya talep üzerine adam öldürme suçu söz konusudur[1054]. Aynı şekilde, intihar eden kişinin iradesinin cebir veya tehdit ile sakatlandığı (TCK m. 84/4), kişinin intihara zorlandığı veya gerçekleştirdiği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya bu yeteneği ortadan kaldırılan kişilerin intihara sevk edildiği durumlarda da dolaylı faillik suretiyle kasten insan öldürme suçu söz konusudur[1055]. Zira bu gibi durumlarda kişi kendi sebest iradesi ile intihar kararı vermiş ve uygulamış değildir. Kişinin iradesi ya hiç yoktur, ya da başka türlü

[1052] Adam öldürme suç tipi, bir başkasının yaşam hakkına son verilmesi fiilini cezai yaptırıma bağlar. Kişinin kendi yaşamına son vermesi bu suç tipinde tarif edilen, *"bir başkasının yaşamı"* kavramına uygun bir fiil olmadığı için cezalandırılmaz. Bkz.: WEISSENBERGER, s. 95, 96;Türk ceza hukuku öğretisinde de intiharın cezalandırılmamasının nedeninin kişinin ölme hakkının hukuken tanınması değil, genel olarak suç politikasına ilişkin mülahazalar olduğu kabul edilir. TOROSLU, Özel Kısım, s. 35; ERMAN, in ERMAN/ ÖZEK, s. 76; KOCA, İntihara Yönlendirme Suçu, s. 19.

[1053] Örneğin İsviçre Ceza Kanunu'nda Art. 115'de bencilce nedenlerle başkasının intiharına yardım eden kişinin cezalandırılacağını, Avusturya Ceza Kanunu ise §78'de intihara yardım eden kişinin cezalandırılacağını düzenler.

[1054] HILGENDORF, Eric, Thesen zu Sterbehilfe und assistiertem Suizid, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Sempozyumu, 2008, s. 388- 389; KOCA, İntihara Yönlendirme Suçu, s. 33.

[1055] TCK m. 84/4'e gerek olmadığı ve bu düzenlemenin uygulamada karmaşaya yol açacağı eleştirisi için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 136.

hareket etme, karar verme imkânı ortadan kaldırılarak sakatlanmıştır.

TCK m. 84'de seçimlik olarak gösterilen hareketlerden rıza açısından önemli olan, başkasının intiharına yardım edilmesidir. Başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme fiilleri, rıza açısından özellik arz etmezler.

İntihar etmek için başkasından fiilen ve etkili bir biçimde maddi[1056] yardım alan kişi, aslında onun fiiline rıza gösterir. Örneğin, kanser hastası olan A, artık acılara dayanamaz ve yeğeninden kendisine yardım etmesini ister. Amcasının çektiği acıları bilen ve buna çok üzülen D, içmesi için A'ya ölümüne yetecek miktarda siyanür temin eder. Siyanürü içen A ölür[1057].

TCK m. 84'de yer alan açık düzenleme karşısında A'nın talebinin, rızasının, D'nin cezai sorumluluğu açısından hiçbir geçerliliği olmayacaktır. Rıza, intihara yardım suçunu hukuka uygun hale getirmez. Aslında rızanın bulunması bu suç tipinde bir unsurdur. Eğer kişi intiharına yardım edilmesine rıza göstermiyorsa, zaten suçun niteliği değişecek ve fail intihara yardım suçundan değil, kasten adam öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır[1058].

Yukarıda dolaylı ötanazi başlığı altında incelediğimiz, hastanın acılarını dindirme amacıyla verilen ilaçların ölümü hızlandırması durumunda, kanatimizce hekim intihara yardım veya ihmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumlu tutulamaz. Zira böyle bir durumda, hekimin Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde de belirtildiği üzere, hastanın acılarını azaltacak tedaviyi uygulama ödevi vardır. Hastanın acılarını azaltacak tedaviyi uygulama ödevi dışında, ölmek isteyen bir kişinin intiharına yardım eden hekimin sorumluluğu da TCK m. 84 gereğince belirlenir.

[1056] TOROSLU, Genel Kısım, s. 37; EREM/ TOROSLU, s. 383; İntihara manevi yardımın da mümkün olduğu konusunda bkz.: ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 81; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 83.

[1057] Benzer bir örnek için bkz. SCHMITT, in JZ 85, s. 365.

[1058] ERDOĞDU, Ahmet, İntihar Fiili, İleri Hukuk Dergisi, S. 39, Eylül 1948, s. 230; KOCA, intihara Yönlendirme Suçu, s. 36; ARTUK, İntihara İkna ve Yardım Suçu, s. 7; EREM, Faruk, Ceza Hukukunda İntihar, Yargıtay Dergisi, C. 16, S. 4, Ekim 1990, s. 491.

İKİNCİ BAŞLIK

VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜ VE ŞEREF DEĞERİNİN İHLALİNE RIZA GÖSTERİLMESİ

I. Vücut Bütünlüğününün İhlaline Rıza Gösterilmesi

A. Genel Olarak

Kişinin kendi bedeni üzerindeki hakkı, onun fizik ve ruhsal bütünlüğünü başkalarına karşı koruyabilmesi, sürdürebilmesi, varlığının çeşitli etkilere karşı bozulmasına engel olabilme imkânı tanıyan bir kişilik hakkıdır[1059]. Bu nedenle kişiyi maddi ve manevi yönden geliştirmeye, korumaya yönelik müdahalelere gösterilen rızanın hukuken dikkate alınacağı buna karşın vücut bütünlüğünü önemli derecede ihlal eden yaralama fiilleri açısından rızanın dikkate alınmayacağı genel olarak kabul edilmektedir[1060].

Kişi kendi bedeni üzerinde belirli sınırlar içinde tasarruf edebilir[1061]. Örneğin, masaj, makyaj, manikür, pedikür, saç kesimi, epilasyon, dövme yaptırmak veya küpe taktırmak gibi çoğunlukla kozmetik ve estetik amaçlarla gerçekleştirilen hafif fiillere[1062] rıza gösterebilir. Kişinin rızasına dayanarak gerçekleştirilen bu tür fiiller

---

[1059] Kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde sahip olduğu hakka kişilik hakkı denir. Kişinin yaşamı ve bedeni üzerindeki hakları da kişilik hakkına dâhildir. Kişilik hakkı kavramı, " *kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak*" olarak açıklanır. DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 7. Bazı, İstanbul 2004, s. 96- 97.

[1060] ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 260.

[1061] *"Ayırt etme yeteneğine sahip olan bireyin, kendi bedeni üzerinde tasarruf edebileceği kabul edilmektedir"*. Bkz. HIRSCH, Hans Hoachim, Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, in ZStW 83(1971), s. 167.

[1062] Bir suç tipine uygun olmakla birlikte, ceza hukuku açısından önemsiz kabul edilebilecek bu tür fiillerin cezalandırılmamasının nedeni fiilin sosyal açıdan uygun olması veya ceza normunun amacından hareketle yapılan bir yorum sonucunda bu tür fiillerin ceza normu ile korunmak istenen hukuksal değerleri ihlal etmemesiyle açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 58- 59; Bu tür fiiller toplumsal yaşam içinde tamamen sorunsuz, sosyal hareket özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken fiiller olarak da görülmektedir. Toplumsal uygunluk teorisinin savunduğu bu görüşe göre, sosyal bakımdan alışılmış hareketlerin cezalandırılmaması gerekir. Ancak Ünver'e göre, bu tür önemsiz hareketlerin cezalandırılmaması için toplumsal uygunluk

hukuka uygundur. Ancak rıza kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden her fiili hukuka uygun hale getirmez[1063]. Kişinin kendi bedeni üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisinin sınırlarını belirlemek ve kişinin hangi fiillere hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebileceğini, hangilerine ise gösteremeyeceğini tespit etmek gerekmektedir. Bu tespiti yaparken hangi ölçütlerden yararlanılabileceği ise tartışmaların üzerinde yoğunlaştığı asıl konudur.

B. Vücut Bütünlüğünü İhlal Eden Fiillere Gösterilen Rızanın Sınırlandırılması

Öğretide kişinin beden bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen bir fiile göstereceği rızanın sınırlarının belirlenmesine ilişkin farklı görüşler ortaya konmuştur. İlk olarak yaşam hakkında olduğu gibi, kişinin kendi bedeni üzerinde sahip olduğu hakların da kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı yerine getirmesi gereken ödevlerle sınırlanmış olduğu söylenmiştir. Kişinin kendi bedeni üzerinde yapacağı tasarruflar, onun topluma ve ailesine karşı ödevlerini yerine getirmesine engel olamaz[1064]. Kişi kendi vücudu üzerinde topluma ve vatanına karşı görevlerini yerine getirmesine engel olacak şekilde tasarruf edemez, böyle bir sonucun ortaya çıkmasına neden olacak türden fiillere rıza gösteremez[1065].

Diğer bir görüş ise kişinin ödevlerinden değil, fiilin vücut bütünlüğüne verdiği zarar veya fiilin ağırlığı ölçütünden hareket eder. Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda suçun takibinin şikâyete bağlı olması rızanın geçerliliği açısından doğrudan dikkate alınır. Takibi şikâyete bağlı yaralama suçları (TCK m. 86/2) açısından rızanın fiili hukuka uygun hale getireceği, resen takip edilen yaralama fiilleri

---

teorisine gitmeye gerek yoktur. Normun amacından (ratio legis) hareketle yapılan bir yorumla da bu tür önemsiz haraketlerin normun koruma amacı içinde yer almadığı sonucuna ulaşılabilir. Bkz. ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 122- 125.

[1063] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 188; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 758; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 260; WEISSENBERGER, s. 137; NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 81.

[1064] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 758; *"Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz.",* YCGK, E. 2004/9-213, K. 2005/3, www.kazanci.com (siteye giriş tarihi: 22.10.2009).

[1065] DÖNMEZER/ ERMAN, C II, kn. 758.

açısından ise geçersiz olduğu kabul edilmektedir[1066].

Vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal eden fiillere gösterilen rızanın etkisi ise, ne bütünüyle reddedilir, ne de bütünüyle kabul edilmektedir. Kişinin vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal eden fiillere gösterilen rızanın geçerli olduğu görüşü bireyciliği gereğinden fazla ön plana çıkardığı için reddedilir. Bu fiillere gösterilen rızayı bütünüyle reddeden görüş ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına yeterince önem vermediği gerekçesiyle kabul edilmez. Zira vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal etse bile kişi tıbbi müdahalelere hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebilir[1067].

Bu nedenle öğretide vücut bütünlüğünü ihlal eden ve önemsiz sayılamayacak boyuta ulaşmış fiillere gösterilen rızanın kimi zaman geçerli kimi zamansa geçersiz olduğunu kabul eden uzlaştırıcı görüşler yaygın olarak savunulmaktadır. Ancak uzlaştırıcı görüş taraftarları arasında, rızanın vücut bütünlüğüne yönelik ağır yaralama boyutuna ulaşmış fiillerden hangilerini hukuka uygun hale getirdiği konusunda görüş birliği yoktur. Görüş ayrılıkları, *"kişilerin özgürlüklerini hukuka ve genel ahlak ve adaba aykırı bir şekilde kullanamayacağı, sınırlandıramayacağına"* ilişkin özel hukuk kuralının ceza hukuku alanına taşınmasının mümkün olup olmadığı, diğer bir ifadeyle rıza gösterilen fiilin hukuka ve genel ahlak ve adaba uygun olmasının rızaya ilişkin genel bir şart olup olmadığı sorusuna verilen farklı cevaplardan kaynaklanır[1068].

Hangi fiillerin genel ahlak ve adaba aykırı ve dolayısıyla da bu fiillere gösterilen rızanın geçersiz olduğu belirlenirken bazı yazarlar fiilin ağırlığı ve amacı ile kişinin kendi bedenine ilişkin olarak yapılacak müdahalelere karar verme yani kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir değerlendirme yapılması gerektiğini

[1066] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler (2007), s. 543; İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 188; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 260; WEISSENBERGER, s. 137; NOLL, Rechtfertigunsgründe, s. 83; YENERER- ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 34.; Ancak bu görüş, hukuksal değerler üzerinde tasarruf edebilmenin sınırlarının ve rızanın geçerliliğinin belirlenmesinde, şikayet hakkının değil, rızanın varoluş sebeplerinin göz önünde bulundurulması gerektiği, gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz.: ÜNVER, Rıza, s. 252; AYGÖRMEZ, s. 144, dp. 26.
[1067] ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 260.
[1068] WEISSENBERGER, s. 138.

kabul eder[1069]. Diğer bir grup yazarsa rızanın kişinin menfaatlerine uygun, makul ve mantıklı olmasını arar[1070].

Alman ceza hukukunda, ACK §228'de yer alan açık hüküm nedeniyle, kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillerden genel ahlak ve adaba aykırı olmayanların hukuka uygun kabul edildiğine yukarıda genel ahlak ve adaba aykırılık konusunda değinmiştik. Alman ceza hukukunda, genel ahlak ve adaba aykırılık ölçütünün Alman Anayasasına aykırı olduğuna ilişkin görüşler son yıllarda yaygınlık kazansa da, genel ahlak ve adaba aykırılık ölçütü vücut bütünlüğüne karşı rızayla gerçekleştirilen fiillerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde genel olarak benimsenir. Buna göre, rızayla gerçekleştirilen hafif yaralama fiilleri ahlaka aykırı görülmedikleri için hukuka uygundur. Ancak kişinin beden bütünlüğü üzerinde sürekli ve kalıcı hasara veya sağlığının bozulmasına neden olan veya yaşamını tehlikeye sokan fiillerle, amacı ahlaka aykırı olan fiilere gösterilecek rızanın geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, kişinin beden bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal eden ve sağlığının bozulmasına neden olan sadist hareketler veya tıbbi gereklilik olmaksızın uyuşturucu enjekte edilmesi[1071] veya dilencilik yapmak için uzuv kesmek genel ahlak ve adaba aykırıdır. Bu fiillere gösterilen rıza da geçersizdir[1072].

TCK'da rıza ile gerçekleştirilen fiilin genel ahlak ve adaba uygun olması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak kişinin hukuksal değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının belirlenmesi açısından bir ölçüt getirilmesi gerektiği de açıktır[1073]. MK m. 23/2'de yer alan, kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağına ilişkin düzenlemeden, kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden

[1069] NOLL, Rechtsfertigungsgründe, s. 84 vd; WEISSENBERGER, s. 137.
[1070] FRISCH, ärztliche Eingriffe, s. 68.
[1071] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT, § 34, III, 2.
[1072] ROXIN, Strafrecht AT, § 13, kn. 43.
[1073] Türk ceza hukuku öğretisinde TCK m. 26/2'nin yorumuna "fiilin ahlaka aykırı olmaması" gerektiği kavramının dahil edilmesi gerektiğini savunan yazarlar için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 167; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 164; "ahlaka aykırılık" kavramının belirsizliği ve hukuk dışı bir kavram oluşuna dikkat çekerek, bu kavramın rızanın sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullanılamayacağına ilişkin görüş için bkz. ÜNVER, Rıza, s. 254; "ahlaka aykırılık" yerine Anayasanın 13. Maddesinde yer alan "demokratik toplum düzeni" ve "ölçülülük ilkesine uygunluk" ölçütünün, madde yorumuna dahil edilmesi gerektiği görüşü için bkz.: AYGÖRMEZ, s. 153.

fiillere genel ahlak ve adaba aykırı bir şekilde rıza gösteremeyeceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, neyin ahlaka aykırı olduğunu belirlerken çok dikkatli olunması ve kişiden kişiye, zamana ve kültüre göre değişkenlik gösteren bireysel veya toplumsal ahlak anlayışlarından kaynaklanan değer yargıları yerine, "toplumsal düzene ilişkin" davranış kurallarının esas alınması gerekir[1074]. Ahlaka aykırılık kavramı rıza gösterme özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandıracak şekilde, kişiden kişiye ve zamana göre değişen moral değerler olarak yorumlanamaz. Aksi halde kişinin Anayasanın 17. maddesiyle garanti altına alınmış olan kişinin kendi geleceğini belirleme ve menfaatlerine ilişkin karar verebilme özgürlüğü, hukuk dışı bir kavram olan ahlak kurallarıyla sınırlandırılmış olur ki, bu da Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil eder[1075].

Beden bütünlüğünü ihlal eden fiillerden hangilerinin genel ahlak ve adaba aykırı olduğunun belirlenmesinde, bize yol gösterecek olan öncelikle fiilin ağırlığıdır[1076]. Vücut bütünlüğünü ihlal etmekle birlikte, normun koruduğu hukuksal değer açısından önemsiz görülebilecek fiillerin ceza hukukunun dışında tutulması gerektiğine ilişkin doktrinde savunulan görüşlere katılıyoruz[1077]. Örneğin, kişinin kendi rızasıyla dövme yaptırması, küpe taktırması, vücudundaki istenmeyen tüyleri aldırması, saçlarını kestirmesi, manikür, masaj, cilt bakımı gibi güzelleştirme veya farklılaştırma amacı taşıyan işlemler yaptırması halinde bu fiillerin sosyal açıdan uygun ve yaralama suç tipiyle korunan hukuksal değerin koruma amacı dışında kalan fiiller olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz[1078].

Bununla birlikte, kişinin beden bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen yaralama suç

[1074] ERMAN, B., s. 138.
[1075] AYGÖRMEZ, s. 153.
[1076] HIRSCH, in ZStW 83(1971), s. 167.
[1077] Örneğin vücut bütünlüğünü ihlal etmekle birlikte saç kesmek, bir kişinin sakalını kesmek, hafifçe tokat atmak, iğne batırmak gibi önemsiz fiillerin yaralama suç tipiyle korunan hukuksal değeri ihlal etmeyeceği bu nedenle de bu fiillerin rızayla gerçekleştirilmesi halinde ceza hukuku açısından tartışılması gereken bir problem oluşturmadıkları kanaatindeyiz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel Hükümler, s. 71; Bkz. HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 92- 93; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 123-125.
[1078] Özellikle yaralama ve mala zarar verme suçlarında zararın etkisinin çok az olması durumunda fiilin tipik olmadığı kabul edilmektedir. Bu tür fiillerin önemsiz veya günlük yaşamda olağan olduğu ve sosyal düzene aykırı olduğunun ciddi olarak düşünülmediği, bu nedenle de haklı olarak cezaya layık olmadıkları söylenir. Bkz. HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 76.

tipini düzenleyen normun koruma amacı içinde değerlendirecek kadar önemli[1079], ancak toplumsal düzene ilişkin davranış kurallarını ihlal edecek ölçüde ağır olmayan fiiller genel ahlak ve adaba aykırı olmayacaklarından, bu fiillere gösterilen rızanın geçerli olacağı kabul edilmelidir. Buna karşın, vücut bütünlüğüne karşı hukuken tanınan meşru bir neden olmaksızın gerçekleştirilen ağır fiiller, toplumsal düzene ilişkin davranış kurallarını ihlal eden, genel ahlak ve adaba aykırı fiillerdir. Bu tür fiillere gösterilen rıza geçersizdir. Hukuk düzeni kişinin vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırı teşkil eden fiillerin hukuka uygun kabul edildiği halleri genellikle, özel düzenlemeler yaparak belirler. Örneğin, tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakilleri, bilimsel ve tıbbi deneylerin sartları ve sınırları kanunlarla belirlenmiştir. Buradan kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruflarının fiilin ağırlığının yanında, fiilin amacıyla da sınırlandırılmış olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, meşru bir amaç taşımayan fiillere gösterilecek rıza hukuken geçerli olmayacaktır[1080]. Kişinin hukuken geçerli bir neden olmaksızın vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal eden fiillere göstereceği rıza, MK m. 23/2'ye aykırı olacaktır.

Rızanın sınırları açısından çok tartışmalı ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile yakından bağlantılı olduğu için tıbbi müdahaleleri burada ayrıca incelemek gerekmektedir. Ancak tezin kapsamını çok genişletmemek için spor faaliyetleri incelememizin dışında bırakılacaktır.

II. Tıbbi Müdahaleler

A. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleler, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, hastalıkların teşhisi, tedavisi ve önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü faaliyettir[1081]. Bu açıdan hastalıktan korunmaya yönelik aşı uygulamaları veya istenmeyen gebeliklerin önlenmesi için uygulanan doğum kontrol yöntemleri veya bir hastalığın teşhisi için kan alınması gibi insan bedeni üzerinde tıp mesleğini uygulamaya ehil kişilerce

[1079] Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 161, dp. 168.
[1080] BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht §17, kn. 112.
[1081] AYAN, s. 5.

bilimsel ve tıbbi kurallara uygun olarak gerçekleştirilen her türlü işlem tıbbi müdahaledir[1082].

Tıbbi müdahaleler, kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilen fiiller olduğu için, kişinin yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık ve kişi hürriyeti gibi çok önemli hukuksal değerleriyle doğrudan ilintilidir. Kişi kendisine yapılan tıbbi müdahale neticesinde ciddi acılara katlanmak zorunda kalabilir, sakat kalabilir hatta hayatını kaybedebilir.

Tıbbi müdahaleler bu nitelikleri ile Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan kasten ve taksirle adam öldürme veya kasten ve taksirle adam yaralamanın yanında, çocuk düşürtme veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suç tiplerini ihlal edebilecek nitelikte fiillerdir. Ancak, tıbbi müdahalelerin kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden fiiller olması, öncelikle yaralama suçu açısından bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Öğretide, tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipine uygun fiiller olup olmadıkları tartışmalıdır.

Alman öğretisinde hâkim olan görüşe göre, tıp biliminin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş başarılı tıbbi müdahaleler yaralama suç tipine uygun fiiller değildir[1083]. Daha çok Alman ceza hukuku uygulamasında kabul edilen ve nadir olarak öğretide de savunulan diğer bir görüşe göre ise başarılı veya başarısız oluşuna bakılmaksızın, her tıbbi müdahale kasten yaralama suç tipine uygun bir fiildir[1084]. Bu tür bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, mutlaka bir hukuka uygunluk nedeni bulunmalıdır. Bu hukuka uygunluk nedeni hastanın açık veya varsayılan rızasıdır. Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında da ağırlıklı olarak bu görüş savunulmaktadır[1085].

[1082] SAVAŞ, Halide Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007, s. 51.
[1083] MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT I, § 8, kn. 29 vd; HIRSCH, in LK § 223, kn. 3 vd.
[1084] WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 323 vd.; FRISCH, ärztliche Eingriffe, s. 34.
[1085] ERMAN, Sahir, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, in ERMAN/ ÖZEK, İstanbul 1994, kn. 114; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 286; ERMAN, B., s. 47; Bkz. YENERER/ ÇAKMUT, s. 113 vd.; YENERER- ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s. 3.

B. Tıbbi Müdahalelerin Tipikliğini Reddeden Görüşler

Bazı yazarlara göre, tıbbi müdahaleler Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan yaralama suç tipine uygun fiiller değildir[1086]. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, tıbbi müdahalelerin tipik olmamasının nedenini ve tıbbi müdahalelerden hangilerinin tipik olmadığını açıklarken farklı gerekçelerden hareket ederler. Bazı yazarlar müdahalenin amacını esas alırken, diğerleri müdahalenin sonucuna göre bir değerlendirme yapar. Buna karşın üçüncü bir grup ise müdahalenin tıp mesleğinin kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmamasına göre farklı görüşler ortaya koyar.

1. Tıbbi Müdahalenin Amacı

Bu görüşe göre, tıbbi müdahaleler hastayı iyileştirmek, onu yeniden sağlığına kavuşturmk amacıyla icra edilir. Ceza Kanunu'nun yaralama suçunda göz önüne aldığı hareket, vücuda ve sağlığa zarar verebilecek nitelikte olan hareketlerdir. Kişinin tedavi edilerek sağlığına yeniden kavuşturulması amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler ise bir başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığını bozmak olarak değerlendirilemez. Bu nedenle tıbbi müdahaleler, kanunda tarif edilen yaralama suç tipine uygun değildir[1087]. Hekimin hastayı iyileştirmek için yaptığı müdahale, tokat veya tekme atmakla eşdeğer bir hareket değildir[1088]. Hekim, hastanın bedenindeki zararlı veya tehlikeli bir durumu ortadan kaldırmaya veya hafifletmeye yönelik bir müdahalede bulunur. Bu müdahale yaralama suçunun düzenlendiği suç tipindeki fiile uygun olmadığından, normun koruduğu hukuksal değeri ihlal etmez[1089].

Bununla birlikte tıbbi müdahalenin, yalnızca müdahaleyi bir hekim yaptığında tipik olmayacağı, müdahalenin hekim dışında başka bir kişi tarafından yapılması halinde ise, fiilin yaralama suç tipine uygun olacağı kabul edilmektedir[1090].

Hekim cürmi kastla hareket etmediği, aksine iyileştirme amacıyla hareket ettiği

[1086] Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERMAN, B., s. 35; YENERER- ÇAKMUT, s. 105 vd.
[1087] HIRSCH, in LK Vor § 223, kn. 2.
[1088] ENGISCH, Karl, "Äztliche Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", in ZStW 58 (1939), s. 5.
[1089] Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C.II, kn. 718.
[1090] ENGISCH, in ZStW 58 (1939), s. 5; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 718.

için suçun manevi unsurunun oluşmadığı da söylenmiştir[1091]. Buna göre, yaralama suçunun oluşabilmesi için hekimin tıbbi müdahaleyi yalnızca istemiş olması yetmez, aynı zamanda zarar verme kastının da bulunması gerekir. Suçun meydana gelmesi için manevi unsur yönünden sadece fiili geçekleştirme iradesi yeterli olmayıp, failin ayrıca zarar verme kastı ile hareket etmesi de gerekir. Ancak tıbbi müdahalelerde hekim iyileştirme amacı ile hareket ettiğinden, hastaya zarar verme kastı yoktur. Aksine hekim, hastayı sağlığına kavuşturmak için ona zarar veren bir durumu ortadan kaldırmak veya hafifletmek amacıyla hareket eder[1092].

Yine bu gruba girmesi mümkün olan bir başka görüşe göre, hekim hastanın iyileştirilmesine ilişkin ahlaki ve sosyal düzenin gereklerine uygun bir faaliyeti icra eder. Ahlaki ve sosyal gereklere uygun olan bir hareket, kanunun yasaklamak istediği, suç tipinde öngörülen bir hareket değildir. Bu nedenle de tıbbi müdahaleler kanunda düzenlenmiş olan suç tipine uygun tipik hareketler değildir[1093].

2. Tıbbi Müdahalenin Sonucu

Tıbbi müdahalenin sonucunu esas alan bu görüşe göre, tıbbi müdahale sırasında hastanın vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi ve bedenine acı verilmesi, tıbbi müdahalenin bir parçasıdır. Hastanın sağlık durumu, müdahale öncesine oranla daha kötü değilse, yaralama suç tipinde belirtilen "*hastanın sağlığının bozulması"*söz konusu olmaz[1094].

Tıbbi müdahalenin neticesinden hareket eden bu görüşe göre, başarılı tıbbi müdahaleler tipik değildir. Tıbbi müdahalenin başarısız olması halindeyse hastanın müdahaleye rıza göstermiş olması, müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir[1095]. Kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler vücut tamlığına ilişkin hukuksal değeri koruyan ACK §223'de yer alan hükmün ihlali niteliğinde değerlendirilmez. Bu fiiller, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı veya vücudu

[1091] Bkz. BAYRAKTAR, s. 98.
[1092] Bkz. BAYRAKTAR, s. 98; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 720.
[1093] Bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 718.
[1094] VOLL, s. 19.
[1095] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ ESER, § 223, kn. 30.

üzerinde karar verebilme özgürlüğünü ihlal ettiği için, adam yaralama suç tipine uygun fiiller olarak görülmezler. Bu nedenle rıza olmaksızın hekim tarafından kendiliğinden gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin cezalandırılabilmesi için, yeni bir suç tipinin düzenlenmesi önerilmiştir. Rıza olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin, öncelikle kişinin kendi bedenine ilişkin karar verebilme özgürlüğünü ihlal ettiği bu nedenle de düzenlenecek yeni suçun kişi hürriyetine karşı işlenen suçlar arasında yer alması gerektiği belirtilir[1096].

Ancak bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, yalnızca tıbbi müdahalenin başarılı olup olmadığına değil, aynı zamanda tıbbi müdahale neticesinde vücutta kalıcı hasar oluşup oluşmaması veya önemli bir madde (Substanzverlust) kaybı meydana gelip gelmemesini de göz önünde bulundurur[1097]. Vücutta önemli bir hasar bırakmayan, başarılı tıbbi müdahalelerin tipik olmayacağı kabul edilmektedir. Buna karşın, başarılı ancak vücutta kalıcı hasar bırakan, örneğin kol veya bacak kesilmesi veya bazı organların fonksiyonlarını kaybetmesine veya kişilik değişikliği neticelerinin ortaya çıkmasına neden olan tıbbi müdahalelerin ise yalnızca hastanın sağlığını düzeltmek ve rıza ile gerçekleştirilmiş olmak şartıyla yaralama suç tipi dışında kalacağı söylenir. Vücutta kalıcı hasar bırakmayan veya önemli bir madde kaybına yol açmayan tıbbi müdahaleler, ne kişinin sağlığının bozulmasına neden olan, ne de vücuduna yönelik kötü bir muamele anlamına gelen bir fiildir[1098].

Bazı yazarlara göre ise, tedavi amaçlı tıbbi müdahaleler tipik değilken, tedavi amacı dışında başka amaçlarla gerçekleştirilen estetik operasyonlar, organ ve doku nakilleri, kısırlaştırma gibi müdahaleler yaralama suç tipine uygundur. Tedavi amacı dışında başka bir amaçla gerçekleştirilen tıbbi müdahalalerin hukuka uygun olması için, kişinin rızası gerekir[1099].

[1096] HIRSCH, LK §228, kn. 14.
[1097] ESER, Albin, Medizin und Strafrecht, Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, in ZStW 97 (1985), s. 1 vd.; Aynı yönde SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ ESER, §223, kn. 32.
[1098] SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ ESER, § 223, kn. 32.
[1099] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 90 vd.

3. Lex- Artis Teorisi

Bu teoriye göre, tıp mesleğinin kabul edilmiş kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, sonucu ne olursa olsun tipik değildir[1100].

Bazı yazarlar, ise tıp mesleğinin kabul edilen kurallarına göre gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin tipik olmayacağını savunmakla birlikte, başarısız olan tıbbi müdahaleler sonucunda hekimin cezalandırılmaması için ayrıca hastanın rızasının bulunması gerektiğini kabul ederler[1101]. Bu durumda değerlendirilmesi gereken dört farklı ihtimal vardır. İlk ihtimalde, lex-artis uygulanan ve başarılı olan tıbbi müdahaleler tipik değildir. İkinci ihtimalde, lex- artis uygulanan başarısız tıbbi müdahaleler, hastanın rızası varsa tipik olmayacaktır. Üçüncü ihtimalde, tıp mesleğinin kabul edilmiş kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmeyen ancak sonuçları açısından başarılı olan tıbbi müdahalelerin, kasten veya taksirle yaralama suç tipine uygun fiillerdir. Dördüncü ve son ihtimalde ise tıp mesleğinin kurallarına uyulmadan gerçekleştirilen ve başarısızlıkla sonuçlanan tıbbi müdahaleler de yaralama suç tipine uygundur[1102].

4. Eleştiriler

Tıbbi müdahalelerin tipik olmadığını savunan görüşler eleştirilmiştir. Tıbbi müdahalelerin amacından hareket eden görüşlerin, kast ve saiki birbirine karıştırdığı söylenmiştir. Kangren olmuş bir hastanın bacağını kesen cerrah, onun beden bütünlüğüne zarar verdiğini bilmekte ve bunu istemektedir, hekimin iyileştirme saikiyle hareket etmesi yaralama suç tipinin gerçekleştirilmesi açısından önemsizdir. Tıbbi müdahalelerin tipikliği reddedildiğinde, iyileştirme amacı taşımayan organ nakli, kürtaj, kan alma ve estetik operasyonların hukuka uygunluğunu açıklamakta da zorluklarla karşılaşılır[1103].

Ayrıca tıbbi müdahalelerin tipikliği reddedildiğinde, hekimlerin kasten ve

[1100] Bkz. VOLL, s. 20.
[1101] ROSENER, s. 8.
[1102] Bkz. VOLL, s. 21.
[1103] Bkz. BAYRAKTAR, s. 99; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 721.

taksirli fiillerinden sorumlu tutulabilmeleri için yeni suç tipleri öngörmek gerekir. Özellikle tıbbi müdahalelerin zarar verici nitelikte olmadığını söylemek mümkün değildir. Tıbbi müdahalelerde de kişinin vücut bütünlüğü ihlal edilmekte, kimi zaman hasta açısından çok büyük zararlar doğabilmektedir. Hekimin amacının hastayı iyileştirmek olması, fiilin yaralama suç tipine uygun olması açısından önemsizdir[1104].

Tıbbi müdahale neticesinde vücutta kalıcı hasar meydana gelmesi veya önemli bir madde kaybına neden olma ölçütü de yaralama suçunun oluşup oluşmadığının belirlenmesinde önemli değildir. Bir fiil tipe ya uygundur ya da değildir. Öte yandan önemli bir madde kaybına yol açmayan başarılı bir tıbbi müdahalenin yapıldığına neye göre karar verilir[1105]? Başarılı ancak madde kaybına neden olan tıbbi müdahalelerde, madde kaybının önemli olup olmadığını belirlemek de ayrı bir sorundur.

Tıbbi müdahalenin sonucunun fiile tamamen yabancı bir unsur olduğu da söylenir. Kusurlu, hukuka aykırı ve tipe uygun bir fiil, hareketle birlikte doğar. Tıbbi müdahalenin sonucunun başarılı ya da başarısız olmasının, tıbbi müdahalenin yaralama suç tipine uygun olup olmaması açısından bir önemi yoktur. Tamamen tesadüfî bir unsur olan ve sonuca bakarak, fiilin hukuka uygun veya aykırı olduğuna karar verilemez[1106].

Öte yandan, hekimin meslek kurallarına uygun olarak hareket etmesi gerektiğini savunan görüş, hekimin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde doğru bir yaklaşım olmakla birlikte, tıbbi müdahalelerin tipik olup olmadıklarını belirlemekte her zaman doğru sonuçlar vermez. Öncelikle tıbbi hata kavramının nasıl tanımlanacağı belli değildir. Çünkü henüz yeni yeni uygulanmakta olan ve bilimsel olarak kesin kuralları belirlenmemiş tedavi yöntemlerinin uygulanması sırasında,

[1104] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 278; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 721.
[1105] VOLL, s. 27.
[1106] ERMAN, B., s. 47; HAKERİ, s. 278; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 719.

neyin tıbbi hata olduğunu belirlemek çok zordur[1107].

Gerçekten de tıbbi müdahaleler objektif olarak kişinin beden bütünlüğünü ihlal eden, amacı kişiyi iyileştirmek bile olsa öncesinde kişinin vücut dokunulmazlığına yönelik, çoğunlukla fiziksel ve ruhsal acıların, zararın ortaya çıkmasına neden olan fiillerdir. Sonucun başarılı olup olmayacağı fiil gerçekleştirildiği sirade belli olmadığı gibi başarı kavramının kendisi de görecelidir. Örneğin, bir trafik kazasında kırılan bacağında kangren geliştiği için bacağı kesilen hastanın, sağlığına yeniden kavuştuğu, iyileştiği söylenemez. Ancak müdahale edilmeseydi ortaya çıkabilecek olan daha kötü sonuçlar engellendiği için, hastanın iki kötü sonuçtan daha az kötü olanı tercih etmesi söz konusu olur[1108]. Bu nedenle tıbbi müdahalenin sonucunun başarılı veya başarısız olmasına göre sorumluğun belirlenmesi isabetli değildir.

Öte yandan failin saiki, kanunda özel olarak belirtilmediği sürece suçun oluşumu açısından dikkate alınmaz. Kanun koyucunun hekimin saikini dikkate alıp, tıbbi müdahaleleri, adam öldürme veya yaralama suçlarından ayrı tuttuğunu gösterir bir hukuki düzenleme de yoktur[1109]. Bu nedenle tıbbi müdahaleleri kısmen veya tamamen yaralama suç tipi dışında gören görüşlere katılmıyoruz.

C. Tipikliği Kabul Eden Görüşler

Tıbbi müdahalelerin tipik olmadığı için hekimin cezalandırılmayacağı görüşüne karşı, ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin tıbbi müdahalelerde de tipik bir fiilin bulunduğu söylenmiştir. Tıbbi müdahaleler nitelikleri gereği kişinin beden bütünlüğünü zedeleyen fiillerdir. Hekimin zarar verme kastı ile hareket etmemiş olması, tıbbi müdahalelerde kişinin beden bütünlüğünün ihlal edildiği gerçeğini değiştirmez. Aynı şekilde müdahalenin başarıya ulaşıp ulaşmaması veya bir hekim tarafından tıp mesleğinin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi de fiilin tipe uygun oluşunu etkilemez[1110].

[1107] VOLL, s. 27.
[1108] ERMAN, B., s. 43.
[1109] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 719; BAYRAKTAR, s. 68.
[1110] VOLL, s. 15.

Türk ceza hukuku öğretisinde tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipine uygun fiiller olduğuna ilişkin neredeyse tam bir görüş birliği vardır[1111]. TCK'nın 86. maddesinde yaralama, "*başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak"* olarak tarif edilmiştir. "*Vücuda acı vermek*", beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozmaya yönelik her türlü hareket olarak tarif edilmektedir[1112].

Buna karşın *"sağlığın bozulmasına neden olma",* süresi ne olursa olsun patolojik durum ortaya çıkarmak, insan fizyolojisinin sağlıklı çalışmasını engelleyen bir neden yaratmak veya daha önceden böyle bir neden varsa bunu ağırlaştırmaktır. "*Algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan"* davranışlar ise mağdurun sinir sisteminde olumsuz değişikliğe neden olurlar. Algılama yeteneğinin bozulması, aslında kişinin sağlığının bozulması ile birlikte değerlendirilir[1113]. Bu açıdan en basitinden en ağırına kadar kişiye acı veren kan alma, iğne yapma, doku alma veya ameliyat etme, yan etkileri olan ilaç verme gibi tıbbi müdahaleler TCK m. 86/1 anlamında tipik birer fiildir.

Türk ceza hukuku öğretisinden farklı olarak, Alman ceza hukuku öğretisinde tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipine uygun fiiller olduğu görüşü genel olarak reddedilmektedir. Alman Ceza Kanunu §223'de yaralama suçu, "*başkasına bedensel kötü davranışlarda bulunmak veya sağlığına zarar vermek*" olarak tarif edilmiştir. Bedensel kötü davranıştan vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan veya bedensel iyiliğini, rahatını önemli ölçüde tehlikeye sokan, kötü ve ölçüsüz davranışlar anlaşılır[1114]. Örneğin, bir başkasına tokat veya yumruk atmak bu tür bir davranıştır. Kişinin sağlığını tehlikeye sokan davranışlar ise bedensel iyiliği tehlikeye sokan, mağdurun bedensel durumunu eskiye oranla kötüleştiren her türlü harekettir. Kusma, korku nedeni ile uyku düzensizliği çekmek gibi geçici fiziksel veya psikolojik

[1111] ERMAN, in. ERMAN/ ÖZEK, s. 105, 106; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 238; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.286; YENERER- ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 8; ERMAN, B., s. 47.
[1112] DÖNMEZER, Kişilere, kn. 81; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 145; Bununla birlikte acının şiddetinin ve süresinin önemli olmadığı, kişinin iteklenmesinin dahi yaralama suç tipine uygun fiiller olduğu da söylenmiştir. Bkz. TOROSLU, Özel Kısım, s. 43; Önemsiz ihlallerin bu suç tipi dışında tutulması gerektiğine ilişkin karşı görüş için ayrıca bkz. HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 93.
[1113] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 145.
[1114] TRÖNDLE/ FISCHER, § 223, kn. 3; BGH 14, 269.

rahatsızlıklara neden olan hareketler de kişinin sağlığını bozan hareketler olarak görülür[1115]. Bu açıdan Alman ceza hukuku öğretisinde tıbbi müdahalelerin tipik olduğunu kabul eden yazarlar, bu fiilleri bedensel kötü davranış değil, "*başkasının sağlığını bozma"* bağlamında değerlendirir[1116].

Uygulamada ise Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1894 yılında verdiği bir karardan bu yana tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipine uygun fiiller olduğuna ilişkin yerleşik bir içtihat oluşmuştur. Söz konusu karara konu olan olayda, kemik veremine yakalanmış ve kangren gelişmiş olan yedi yaşındaki bir kız çocuğunun bacağı, kanuni temsilcisi müdahaleye açıkça karşı çıkmasına rağmen, hekimin kendiliğinden verdiği bir karar neticesinde kesilir. Operasyon sayesinde çocuğun yaşamı kurtulur. Buna rağmen mahkeme, tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipine uygun olduğunu belirttiği kararında, geçerli bir rızaya dayanmayan her türlü tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir[1117].

Tıbbi müdahalelerin tipik olduğuna ve geçerli bir rızaya dayanmayan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı olacağı görüşü daha sonra Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir[1118]. Başarılı olup olmamasına bakılmaksızın esas itibariyle kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden bütün tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipine uygun olduğuna ilişkin içtihat değişmeden günümüze kadar devam etmektedir. Yaralama suç tipine uygun olan bu fiilleri hastanın usulüne uygun olarak aydınlatılmasından sonra alınan rızası hukuka uygun hale getirecektir[1119].

D.Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğunu Açıklayan Görüşler

1.Genel Olarak

Yaralama suç tipine uygun oldukları kabul edilen tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekir. Ancak tıbbi

[1115] TRÖNDLE/ FISCHER, § 223, kn. 4.
[1116] SCHREIBER, Hans Ludwig, Zur Reform des Arztstrafrecht, in Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin- New York 1999, (s. 713724), s. 714.
[1117] RGSt 25, s. 375, 379.
[1118] BGHSt 11, s. 111 vd.
[1119] BGH NJW 2000, s. 886.

müdahaleleri hukuka uygun hale getiren nedenin ne olduğu öğretide tartışmalıdır[1120]. "Hakkın kullanılması" ve "hastanın rızası" tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirdiği kabul edilen ve en çok tartışılan iki hukuka uygunluk nedenidir. Ancak son yıllarda tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren birden fazla nedenin bulunduğuna ilişkin karma görüşler öğreti ve uygulamada kendisine daha çok taraftar bulmaktadır.

2. Hakkın Kullanılması

Türk ceza hukukunda tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu genellikle ya yalnızca hakkın kullanılması vaya rızayla birlikte hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde açıklanır[1121]. Bu görüşe göre, devlet 1219 sayılı Kanun ile hekimlik mesleğinin uygulanmasına izin verir ve aynı kanunla bu mesleğin uygulanmasına ilişkin kuralları düzenler. Bu kanuna dayanarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin fiili, hekim kanunun kendisine verdiği tıbbi müdahalede bulunma hakkını kullandığı için hukuka uygundur. Devlet hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin kuralları belirler ve bu mesleği uygulayacak kişileri eğitip onlara diploma verir veya yabancı ülkede alınmış olan diplomayı onaylar. Bu diplomayı alan hekim, tabipler birliğine kaydolur ve böylece hekimlik mesleğini icra etmenin şartlarını yerine getirmiş olan kişi, hastalıkların tedavisi için gerekli bütün müdahaleleri yapmaya da hak kazanmış olur. Bu nedenle başkasının beden bütünlüğünü ihlal eden bir fiil, hekimin hekimlik mesleğinin icrasından kaynaklanan bir hakkını kullanması nedeniyle hukuka uygun olacaktır[1122].

Bu açıklamalardan hakkın kaynağının, 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre tıp fakiltesi diploması almış olmak, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 6. maddesine göre, tabip odalarına kaydolmak olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13/1. maddesinde yer alan, *"tabip ve diş*

[1120] Ayrıntılı bilgi için bkz.: YENERER- ÇAKMUT, s. 113 vd.; Ayrıca bkz. ERMAN, B. , S. 48 vd.; BAYRAKTAR, s. 71 vd.
[1121] HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 253; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 729; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 337; Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 175; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 294 vd; KEYMAN, Selahattin, Hekimin Cezai Sorumluluğu, AÜHFD, Yıl 1978, Cilt 35, S. 01, s. 68.; YENİSEY, İlgilinin Rızası, s. 870; TAŞKIN, s. 135.
[1122] BAYRAKTAR, s. 90, 91; KEYMAN, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 68.

tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez" hükmünün ve örf ve adet hukukunun da tıbbi faaliyette bulunma hakkının kaynaklarından olduğu kabul edilmektedir[1123].

Hekime tıbbi müdahalede bulunma hakkını veren şeyin, hekimin devlet tarafından tanınan bir amacı izlemesi ve bunun için doğru elverişli amaçları kullanması olduğu da söylenmiştir. Buna göre kamusal kabul gören amaçlar, hakkın doğumunu sağlayabilir[1124].

Bu hak yalnızca, hakkın sahibi olan hekim tarafından kullanılabilir. Hekim dışında başka bir kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi ise, zaruret hali gibi başka bir hukuka uygunluk nedeninin varlığına bağlıdır[1125]. Hekim kendisine tanınmış olan bu hakkı kullanırken hakkın objektif ve subjektif sınırları içinde hareket etmelidir. Yani hekimin subjektif olarak tedavi etme amacı ile hareket etmesi, objektif olarak ise tıp mesleğinin kabul edilmiş kurallarına uygun davranması gerekir[1126].

Bununla birlikte, estetik operasyonlar, yasal süresi içinde gerçekleştirilen istenmeyen gebeliğin rıza ile sonlandırılması, üçüncü kişilere nakledilmek üzere bağışlanan organ veya dokuların vericiden alınması gibi tedavi etme amacı taşımayan müdahalelerde hekim hakkın subjektif sınırlarını yani "iyileştirme amacını" aşacağından bu müdahalelerin hukuka uygun olması için ayrıca kişinin rızası aranır[1127].

Ancak bu görüş, üzerinde tıbbi müdahale gerçekleştirilen kişiyi ve onun

[1123] BAYRAKTAR, s. 106.
[1124] Bkz. ERMAN, B., s. 51.
[1125] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 337; Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 175; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 730.
[1126] HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel Hükümler, s. 253; YOKUŞ- SEVÜK, Handan, Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler, MÜHF, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 227.
[1127] DÖNMEZER, Talep Üzerine, s. 242; TAŞKIN, s. 135.

iradesini dikkate almayıp[1128], hastayı adeta hekimin tasarrufuna bırakarak nesneleştirdiği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Hakkın icrasının devlet ve hekim arasındaki ilişkiyi esas alması, tıbbi müdahalenin en önemli tarafı olan hastayı, tedavi olma yükümlülüğü altına sokan bir yaklaşımdır[1129].

Hakkın icrasını esas alan görüşün, tıbbi müdahalenin hekimlik mesleğinin kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmamış olması yerine, tıp fakültesi diplomasına sahip olup olmamayı esas alması da eleştirilmektedir[1130]. Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren neden, fiili gerçekleştiren kişinin tıp fakültesi diplomasına sahip bir hekim olması olsaydı, iki hekim tarafından tıp biliminin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen aynı nitelikte iki tıbbi müdahaleden biri hukuka aykırı diğeri ise hukuka uygun kabul edilebilecektir. Mesleki diplomaya sahip olup olmamaya göre bir fiilin yaralama suç tipine uygun olup olmadığına karar verilmesinin çelişki olduğu belirtilir. Geçekten de günümüzde bazı tıbbi müdahalelerin herkes tarafından gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir[1131]. Örneğin, şeker hastası olan bir çocuğa herhangi bir tıp eğitimi almamış olan annesi, her yemekten önce inisülin iğnesi yapabilir veya bir kaza sonrası herkes ilkyardımda bulunabilir veya evde bakılan hastalara uygulanması gereken bazı işlemleri hasta yakınları da yapabilir.

Ünver ise, *"hekim hakkı diye söz edilen hususların çoğu, hekimin uzmanlığı, yetkisi, kullandığı araç ve yöntem ve diğer kanuni koşullardır… Mesleki kurallara uygunluk da, ilgilinin rızası yok ise, hiç önemi olmayan ve rıza hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarıyla birlikte rıza beyanının bulunmadığı durumlarda en uzman/konusunda oterite bir hekimin en bait müdahalesini dahi hukuka uygun hale getirmekten uzaktır"[1132],* demek suretiyle hakkın icrasının tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.

[1128] Bu görüşe göre hastanın rızası, yalnızca hakkın icrasının bir şartıdır. Bkz. KEYMAN, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 68.
[1129] Bkz. BAYRAKTAR, s. 94; Bkz. ERMAN, B., s. 55.
[1130] Bkz. BAYRAKTAR, s. 94- 95.
[1131] YOKUŞ- SEVÜK, Sağlık Hakkı, s. 238; HAKERİ, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 64.
[1132] ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 209.

3. Rıza

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesinin nedenini hastanın bu fiillere rıza göstermesi olarak açıklayan görüşe göre, geçerli bir rıza açıklamasına dayanarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin fiili hukuka uygundur. Kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler ise hekimin kasten veya taksirli sorumluluğunu gerektirir.

Bazı yazarlara göre, rızanın tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirmesinin nedeni, kişinin kendi hakları üzerinde tasarrufta bulunmasının başkalarının haklarına zarar vermemesi, dolayısıyla kamu düzeninin bozulmamasıdır[1133]. Sorunu kişi özgürlükleri açısından ele alan diğer bu yazarlar, rızanın hukuka uygunluk sebebi olmasının nedeni, insan kişiliğine saygı gösterilmesi ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkında görür. "*Herkes kendi vücudu üzerinde ancak kendisi tasarrufta bulunabilir ve tehlikeler karşısında nasıl hareket edeceğine gene kendisi karar verebilir"* [1134].

Bununla birlikte, rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi için, rızanın genel geçerlilik şartlarının yanında, ayrıca hastanın hekim tarafından usulüne uygun ve yeterli bir şekilde aydınlatılmış yani bilgilendirilmiş olması da gerekir[1135]. Tıbbi müdahaleye rıza gösteren hasta, yapılacak müdahalenin türü niteliği, sonuçları, muhtemel riskleri ve alternatifleri hakkında hekim tarafından bilgilendirilmelidir. Kişi neye rıza gösterdiği ve rıza gösterdiği fiilin sonuçları hakkında yeterince bilgi sahibi olmalıdır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının tıbbi müdahaleler açısından gerçekleşebilmesi, hastanın açıklayacağı rızanın hasta aydınlatıldıktan, yapılacak müdahale hakkında ayrıntılı bir şekilde bilgilendirildikten sonra alınmasına bağlıdır. *Bilgilendirilmiş rıza* veya tıp hukuku alanında kullanıldığı şekliyle *"aydınlatılmış onam*"[1136] hastanın kendi yaşamını,

[1133] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.281.
[1134] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.281; YENERER-ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 7.
[1135] YENERER- ÇAKMUT, s. 223 vd; ERMAN, B., s. 99 vd.
[1136] Aydınlatılmış onam kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YENERER-ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 7; Ayrıca bkz. KÖK, Ahmet Nezih, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre

sağlığını ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren tıbbi müdahalelere karar verme sürecine katılımını sağlamak açısından çok önemlidir[1137].

Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren nedenin kişinin rızası olduğu görüşü, bugün Alman ceza hukuku uygulama ve öğretisinde neredeyse tartışmasız kabul edilmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan özgür ve onurlu bir birey, bedeni üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelere rıza gösterebilir. Hastanın rızası üzerine tıbbi müdahalede bulunan hekimin fiili hukuka uygundur[1138].

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin yukarıda değindiğimiz, tıbbi müdahalelerin yaralama suçu açısından tipik olduğunu kabul ettiği ilk kararında ayrıca, kişinin vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindeki tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun bir mesleğin icrası kapsamında değerlendirilemeyeceği de belirtilmiştir. Hiçbir meslek onu icra eden kişiye bir başka insanın vücut bütünlüğünü ihlal etme hakkı vermez. Bu nedenle tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmasının nedeni, hekimin mesleğini icra etmesiyle yani tıp mesleğini icra etme hakkıyla açıklanamaz[1139]. Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren asıl neden kişinin yapılacak müdahaleye rıza göstermesidir. Bu nedenle, "*bir hekimin- tıbbi zorunluluk bulunsa bile- rızası zamanında alınabilecek bir hastanın rızasını almaksızın, kendi başına ağır sonuçlar doğuran bir ameliyatta bulunması hukuka aykırıdır"*[1140].

Öte yandan tıbbi müdahaleler açısından rızaya önem verilmemesi, kişinin üzerinde tıbbi baskı kurulmasına neden olabilir. Böyle bir olasılık insanın kendi geleceğini belirleme hakkını ortadan kaldıracağı için[1141], kişi özgürlüğü ve onurunu temelden sarsar.

Aydınlatma ve Rıza, in Kamu Hukuku Arşivi (KHukA), Kasım 2005, Yıl 8, s. 116 vd; Ayrıca bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s.103; ERMAN, B., s. 99.

[1137] YENERER-ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 8; KÖK, KHukA 2005, s. 117.

[1138] JESCHECK/ WEIGEND, Strafrecht AT,§ 34, III 3; WEISSENBERGER, s. 145; Amerika Birleşik Devletleri'nde de New York Temyiz Mahkemesi'nin 1914 yılında, *" temyiz kudretine sahip ve akıl sağlığı yerinde her insanın kendi bedenine nasıl davranılacağını belirleme hakkı vardır. Hastanın rızası olmaksızın müdahalede bulunan cerrah cezai sorumluluğunu gerektiren adam yaralama suçunu işler."* şeklinde bir karar verdiği aktarılmıştır. Aktaran: VOLL, s. 52, dp. 190.

[1139] RGSt 25, 375- 389.

[1140] BGHSt 11, s. 114.

[1141] BAYRAKTAR, s. 79.

Türk hukukunda ise tıbbi müdahaleler açısından rızanın önemi yadsınmamakla birlikte, rıza tıbbi müdahaleyi tek başına hukuka uygun hale getiren bir neden olarak görülmez[1142]. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için, hastanın bilgilendirilmiş rızasıyla birlikte, müdahalenin bir hekim tarafından ve tıp mesleğinin kabul edilmiş kurallarına uygun olarak yapılması gerektiğini kabul edenler olduğu gibi[1143], bu şartların yanında ayrıca tıbbi endikasyonun bulunması[1144] gerektiğini savunan yazarlar da vardır.

Yargıtay ise, doktor muayenesi sırasında kızlık zarının bozulması olayına ilişkin olarak verdiği eski tarihli bir kararında, "kişiler kendi vücutları üzerinde ayrık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir"[1145] demek suretiyle rızanın önemine işaret etmektedir.

4. Zaruret Hali ve Manevi Unsurun Bulunmamasına İlişkin Görüşler

Bazı yazarlar, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesinin nedenini, zaruret halinin bulunması veya manevi unsurun bulunmamasıyla açıklar. Zaruret halini esas alan görüşe göre, tıbbi müdahalede bulunan hekim, hastanın yaşamını kurtarmak veya onu tedavi etmek için hareket ettiğinden tıbbi müdahaleler zaruret hali içinde gerçekleştirilen fiillerdir. Bu nedenle de cezalandırılmazlar[1146].

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmasını, suçun manevi unsurunun bulunmaması görüşü ile açıklamaya çalışanlara göre ise hekim tedavi amacıyla hareket eder, kastı hastanın yaşamına, sağlığına veya vücut bütünlüğüne zarar

---

[1142] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 286- 287; YENERER-ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 4 vd; YENERER-ÇAKMUT, 120, 121; ERMAN, B., 77; YOKUŞ- SEVÜK, Sağlık Hakkı, s. 226 vd.
[1143] BAYRAKTAR, s. 107; YOKUŞ- SEVÜK, Sağlık Hakkı, s. 225.
[1144] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 286 vd.
[1145] Y 4. HD, E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 7.3.1977, http://www.kazanci.com.tr (Siteye giriş tarihi: 28.04.2010).
[1146] Bkz. BAYRAKTAR, s. 85.

vermek değildir[1147]. Ancak bu görüş kast ile saiki birbirine karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zenginden alıp fakire vermek için hırsızlık yapan kişinin, amacının iyi olması, nasıl ki onun hırsızlık kastı açısından önemli değilse, bir hastasının kangren olmuş bacağını kesen hekimin tedavi etme amacıyla hareket ediyor olması da, yaralama suç tipi açısından önemli olmayacaktır. Gerçekten de hekim hastanın vücut bütünlüğü ihlal ettiğini bilerek ve fiili isteyerek hareket eder. Kastı oluşturan unsurlar fiili bilmek ve istemek olduğuna göre, hekim de kasten hareket etmektedir[1148]. Öte yandan, tedavi veya iyileştirme amacından çok güzelleştirme amacı taşıyan estetik operasyonlar ile teşhis amacı ile gerçekleştirilen kan ve parça alma veya organ nakilleri gibi pek çok tıbbi müdahale de manevi unsurun bulunmaması ile açıklanamaz[1149]. Bu görüşün diğer bir zayıf noktası da, hekimin iyi niyetle hastanın yaşamına son vermesi yani ötanazi uygulaması halinde de manevi unsur bulunmayacağı için, hekimin cezalandırılamayacak olmasıdır[1150].

5.Karma Görüşler

Öğreti ve uygulamada tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu birden fazla nedenin birlikte bulunmasıyla açıklayan karma görüşler de savunulur. Bazı yazarlar rıza ile hakkın icrasını birlikte değerlendirirler[1151]. Buna göre, tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren asıl neden hakkın icrasıdır, ancak bu hukuka uygunluk nedeninin hukuki sonuçlarının ortaya çıkabilmesi için, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, hastanın rızasının bulunması gerekmektedir. Rıza bu niteliği ile *"hakkı tamamlayan, onun uygulanmasını sağlayan"*[1152] bir unsurdur.

Karma görüşünü savunan yazarlardan bazıları ise, hakkın icrası ve kişinin rızasının eşdeğer olduğunu kabul eder, hakkın icrasına rızaya oranla üstünlük tanınamayacağını kabul ederler. Rızayı hakkın icrasının önşartı olarak görmenin, bir kez rıza gösterildikten sonra, hekimin bütün müdahalelerini hukuka uygun kabul

[1147] Bkz. BAYRAKTAR, s. 98.
[1148] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 720, 721.
[1149] DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 721.
[1150] Bkz. BAYRAKTAR, s. 99, dp. 148; WEISSENBERGER, s. 146.
[1151] YENİSEY, İlgilinin Rızası, s. 870; KEYMAN, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 68.
[1152]KEYMAN, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 68; BAYRAKTAR, s. 107.

etmek ve hastayı tıbbi müdahalenini objesi haline getirme riski taşıdığı için, sakıncalı olduğu belirtilir. Bu görüşe göre, tıbbi müdahalelein hukuka uygunluğunda rıza ikincil bir şart değil, hakkın icrasıyla eşdeğerdir[1153].

Bunun yanında, hakkın icrası, hastanın rızası ve hekimin tıp biliminin kabul edilmiş verilerine ve tıp mesleğinin kurallarına uygun olarak hareket edilmesi şartını birlikte arayanlar da vardır. Bu yazarlara göre, acil durumlarda hekim dışında başka kişiler de tıbbi müdahalede bulunabilecekleri gibi, genel sağlığın gerektirdiği hallerde hastanın rızası aranmaksızın da tıbbi müdahalede bulunulabilir[1154].

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklarken farklı bir görüş ortaya koyan yazarlardan biri de Ünver'dir. Yazar, eski eserlerinde kişinin beden bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen fiiller arasında, fiilin ağırlığına göre ikili bir ayrım yapmıştır. Basit tıbbi müdahaleleri, hukuka uygun hale getiren nedenin hakkın icrası ve kişinin rızası olduğunu kabul etmektedir. Rızaya konu olamayacak hakların söz konusu olduğu veya rızanın bulunmadığı veya kişinin rıza açıklamaktan açıkça kaçındığı veya kişinin rızasını açıklama olanağına sahip olmadığı hallerde ya da hekim dışında başka bir kişi tarafından yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun ise ancak *"izin verilen risk"* ilkesi ile açıklanabileceğini belirtmiştir[1155].

Ancak yazar son eserlerinde hakkın icrasının tıbbi müdahalelerde ilke olarak geçerli bir hukuka uygunluk nedeni veya koşulu olamayacağını kabul eder. Hastanın iyiliği, iyileştirilmesi için tedavi edilmesinden ziyade, hastanın özerkliği ve kişisel tercihleri belirleyicidir[1156]. Yazar'a göre, *"... ceza hukukunda da tıbbi müdahalelerin artık "hakkın icrası" hukuka uygunluk nedeni ile izah edilmesinden vazgeçilmelidir.*

[1153] YOKUŞ- SEVÜK, Sağlık Hakkı, s. 225.
[1154] Bkz. İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 175, 176.
[1155] ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 355; Ağır yaralama hallerinde hekimin sorumluluğunun izin verilen risk öğretisinden yararlanarak belirlenceği görüşü için ayrıca bkz.: YENERER- ÇAKMUT, s. 120; YENERER- ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 33.
[1156] ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 123; Yazara göre, Türk hukukunda hakkın icrası kurumuna dayanarak çözdüğümüz olaylar diğer hukuka uygunluk nedenleriyle veya fiilin objektif isnadiyetini ortadan kaldıran nedenlerin uygulanmasıyla da çözülebilir. Hakkın icrasını bir hukuka uygunluk nedeni haline getirmenin hatalı olduğunu kabul eden yazar, bu kurumun ceza kanununda düzenlenmiş olmasını da sakıncalı bulmaktadır. Bkz. ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 209.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk ve aykırılığının esas olarak ilgilinin (=hastanın/temsilcisinin) rızası kurumu ile ve bazı sınır olaylar ise izin verilen risk kurumu, hastanın rızası ile birlikte kanuni özel koşullarla ve riskin azaltılması veya güven ilkesi ya da riskin başkasınca üstlenilmesi örneklerinde olduğu gibi fiilin objektif isnadiyetini ortadan kaldıran nedenlerle açıklanabilir olduğu kabul edilmelidir"[1157]. Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren en önemli neden rıza[1158] olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için, geçerli bir rızanın bulunmasının yanında ayrıca hekimin tıp biliminin kurallarına uygun olarak hareket etmesi de gerekir[1159].

Hakeri de tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için, müdahalenin hasta aydınlatıldıktan sonra açıklanan rızaya dayanması, müdahaleyi yapacak kişinin bir hekim olması, bu hekimin tıp biliminin gereklerine uygun hareket etmesi ve müdahalenin yapılmasında tıbbi zorunluluk yani tıbbi endikasyon bulunması gerektiğini belirtmektedir[1160]. Bununla birlikte endikasyon kavramını geniş anlayan yazar, tıbbi endikasyon bulunmayan estetik ameliyatların veya erkek çocukların sünnet edilmesinde de sosyal ve psikolojik endikasyonun bulunduğunu kabul eder[1161].

Bazı yazarlar ise, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun hale getiren asıl nedenin hastanın rızası olduğunu kabul etmekle birlikte, rızanın alınamadığı hallerde varsayılan rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getireceğini kabul eder. Bu yazarlar, bazı hallerde tıbbi müdahalelerin zaruret hali, bazı hallerde ise hekimin kamu yararı, suçların aydınlatılması gibi nedenlerle, kanunen tıbbi müdahalede

---

[1157] ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 209.

[1158] "*Günümüzde ilgilinin iradesi, tıp hukukunda en önemli koşul olup, hakkın icrası, hastanın iyileşmesi, hastanın hayatı- sağlığı- vücut bütünlüğü v.b. kurum ve değerlerin önündedir."* Bkz. ÜNVER, Rıza, s. 238; Karşı görüşe göre: "hastanın tedavi olup olmaması konusundaki fikri 2. Derecede önemlidir. Önemli olan hastanın tedavi edilmesidir." Bkz. TAŞKIN, s. 135.

[1159] ÜNVER, Rıza, s. 239; ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 124.

[1160] Ancak Hakeri tıbbi endikasyon kavramını sosyal ve psikolojik endikasyonu da içerecek şekilde geniş anladığı için, estetik operasyonların veya sünnet gibi tıbbi zorunluluk bulunmayan müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklamakta herhangi bir zorlukla karşılaşmaz. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 180, 183.

[1161] *"Sonuç itibarıyla, gerek tıbbi, gerekse sosyal ve psikolojik olsun, endikasyonsuz yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır."* HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 180.

bulunmak zorunda olduğu için, kanun hükmünü icra nedeniyle hukuka uygun olacağını kabul eder[1162].

Yargıtay da yukarıda değindiğimiz, muayene sırasında kızlık zarının hekim tarafından bozulması olayıyla ilgili olarak verdiği kararda, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli diğer şartları da saymıştır. Buna göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, *" hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, hastanın rızası bulunması ve eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalması"* gerekir[1163]. Böylece Yargıtay da, karma görüşü benimsediğini ortaya koymuştur.

6. Değerlendirme

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklarken hekimin mesleğini icra etme hakkından hareket eden görüşler, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına getirebilecekleri sınırlamalar açısından endişeyle karşılanmalıdır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu, hekime tıp mesleğini icra etmek konusunda devlet tarafından verilmiş bir yetkiye veya bu konuda hekimin bir hastayı tedavi etme ödevine dayandırıldığında, insanların hekime başvurma veya hastaneye gidip tedavi olma özgürlüğü de kanaatimizce ciddi şekilde ihlal edilmiş olur. Hekime hastalıkları tedavi etmek konusunda mutlak bir ödev vermek ve bu ödevi hastanın iradesini dikkate almaksızın yerine getirmesini beklemek, hastalar üzerinde tıbbi bir baskı kurulmasına neden olur. İnsanlar kendi vücutları ve sağlıkları üzerinde kendileri tasarruf edemediklerinde, bu özgürlükleri ellerinden alınıp hekimlere teslim edildiğinde sağlık kuruluşlarına başvurmaktan çekineceklerdir.

Öte yandan devletin, hekimlere tıp diploması vermesi, tıp mesleğinin uygulanmasına ilişkin kuralları düzenlemesi ve bu mesleğin uygulanmasına izin vermesi tek başına, hekimi hastanın vücut bütünlüğü ve sağlık hakları üzerinde tasarruflarda bulunmak hususunda yetkilendirmez ve hekimin fiillerini hukuka uygun

---

[1162] AYGÖRMEZ, s. 142.
[1163] 4. HD, 7.3.1977, 1976- 6297/ 1977- 2541, http://www.kazanci.com.tr (siteye giriş tarihi: 28.04.2010).

hale getirmez.

Kanaatimizce, tıbbi müdahaleler açısından rızaya önem vermemek insanın kaderini kendi elinden alıp hekimin eline teslim eden, insanı üzerinde tasarruf edilebilecek bir şeye, bir eşyaya dönüştüreceği için bütün bir hukuk sisteminin temelini sarsan bir yaklaşımdır. Bu nedenle kişi kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahaleye kural olarak yine kendisi karar verecektir. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan kişi, kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyi veya tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir. Kişinin bedeni üzerinde yapılacak müdahalelere onay verme veya reddetme hakkı, kanunlarla getirilen sınırlamalar dışında, hiçbir şekilde sınırlanamaz. Rızaya aykırı olarak yapılacak her türlü müdahale, bu açıdan hekimin cezai sorumluluğunu gerektirir.

Bu nedenle tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sadece hekimin kendisine devlet tarafından verilen bir yetkiyi, hakkı kullanması veya bir görevi yerine getirmesi veya hekimin devlet tarafından tanınan bir amacı izlemesi gerekçelerine dayanarak açıklayan görüşlere katılmıyoruz. Bize göre tıbbi müdahalelerde hastanın rızasını dışlayan her görüş eksiktir ve hastayı hekimin üzerinde mesleğini icra ettiği bir nesneye indirgediği için kabul edilemez.

Hastanın iradesini dışlayan bir anlayış, Türk toplumu gibi, sağlık sisteminin sorunlu olduğu, pek çok insanın temel sağlık hizmetlerini almakta zorluklarla karşılaştığı, insanların haklarının farkında olmadığı veya hak arama bilincinin yetersiz, idari ve hukuki denetim sistemlerinin zayıf olduğu, hekimlere çok fazla güvenildiği ve sorgulanmadığı, hekimlerinse kendilerini yaşamın sahibi gibi gördükleri, insana ve insan haklarına saygı gösterme bilincinin zayıf olduğu toplumlarda çok tehlikelidir. Böyle bir anlayış önemli hak ihlallerinin cezasız kalması ve yaygınlaşması sonucunu doğurabilir. Hekim uygun gördü, iyileştirme amacı taşıyordu, meslek kurallarına da uydu ve yaptıysa hukuka uygundur gibi bir anlayış, modern toplum ve insan haklarına önem veren bir hukuk anlayışıyla bağdaşmaz.

Tıbbi müdahaleler açısından hastanın doğru ve yeterli bir şekilde

bilgilendirildikten sonra alınan rızası çok önemlidir. Ancak tek başına rıza da tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklamakta yeterli değildir[1164]. Hastanın rızasını almak mümkün olduğu sürece hiçbir tıbbi müdahalede bundan kaçınılamaz. Kişi kendisine yapılacak müdahalenin türünü, ağırlığını ve muhtemel risklerini bilme hakkına sahiptir. Hekim hastayı yapılacak müdahale konusunda ayrıntılı bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür[1165]. Hekim hastayı bilgilendirme ödevini ihmal edemez[1166]. Hekimin hastayı bilgilendirme ödevini ihlal etmesi halinde, hasta neye, niçin ve ne şekilde rıza gösterdiğini bilmeyeceği için, açıkladığı rıza kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olmaz ve böyle bir rıza geçerli değildir[1167].

Hastanın yapılacak olan tıbbi müdahale hakkında tam olarak aydınlatılması, rızanın kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayanmasının yanında, iradenin sağlıklı olması ile de yakından bağlantılıdır. Bu açıdan aydınlatılmadan veya gerçeğe aykırı olarak aydınlatılan hastanın açıkladığı rıza geçersizdir.

Kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesi, rızanın kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının yansıması olması nedeniyle çok önemlidir. Yalnızca, kişinin neye rıza gösterdiğini, rıza göstermesi ve rıza göstermemesi halinde ortaya çıkacak olan sonuçları, risk ve ihtimalleri bilerek, özgür iradesi ile vereceği karar, kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olabilir. Hasta, kendisine uygulanacak tıbbi müdahale, bu müdahalenin sonuçları, muhtemel riskleri ve alternatifleri konusunda ayrıntılı bir şekilde bilgilendirildikten sonra, rıza gösterip göstermemeye özgürce karar vermelidir[1168].

Aydınlatma, hastanın kendisine konulan teşhis, önerilen tedavi yöntemi, bu

---

[1164] Bkz. ÜNVER, Hekim ve Hasta Haklarının, s. 206.
[1165] YENERER- ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 11 vd.
[1166] Ancak bazı hallerde, hasta bizzat kendisi aydınlatmayı kısmen veya tamamen reddedebilir. Bu durumda hastanın iradesine saygı gösterilmelidir. ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 205; Hastanın hastalığı hakkında yeterli bilgiye sahip olduğu veya daha önceden başka bir hekim tarafından aydınlatıldığı, aydınlatmanın hastanın içinde bulunduğu durum nedeniyle önemini yitirdiği hallerde veya müdahalenin aciliyeti nedeniyle aydınlatma yükümlülüğü ihmal edilebilir. Bkz. YENERER-ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 15 vd.; YENİSEY, İlgilinin Rızası, s. 873.
[1167] YENERER- ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 8.
[1168] "*Hastanın aydınlatılma hakkı, rızaya öngelen önemli bir önkoşuldur ve rıza gösterme veya reddetme hakkının mütemmim cüzüdür."* Bkz. ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 205.

tedavi yönteminin riskleri, başarı şansı, süresi, varsa diğer alternatifleri, tedavinin uygulanma biçimi ve şekli üzerine, tedavinin reddedilmesi halinde hastalığın muhtemel seyri ve hastanın sağlığı açısından taşıdığı risklere ilişkin olarak bilgilendirilmesidir[1169].

Aydınlatma sayesinde hasta hastalığı, sağlığı ve geleceği hakkında bütün olasılıkları, riskleri ve imkânları değerlendirebilecektir. Kişi bu değerlendirmeyi yapabilecek durumda değilse, açıklayacağı rıza geçerli olmayacaktır. Aynı şekilde hasta tarafından gönüllü bir şekilde tamamen özgür iradesine dayanarak açıklanmayan rıza da geçerli değildir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, hastanın özgür iradesine dayanarak rıza göstermiş olmasının yanında, tıbbi müdahalenin bir hekim tarafından ve tıp biliminin ilkeleri ve tıp mesleğinin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olması da gerekir. Son olarak Hakeri'nin de kabul ettiği gibi, geniş anlamda anlaşılmak kaydıyla tıbbi müdahaleinin yapılmasında tıbbi, sosyal veya psikolojik bir endikasyon bulunmalıdır[1170]. Endikasyon, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarındandır. Rıza, endikasyon olmaksızın gerçekleştirilen müdahaleleri hukuka uygun hale getirmez[1171]. Rızayla gerçekleştirilen endikasyonsuz tıbbi müdahaleler ancak haklarında açık yasal düzenleme bulunması halinde hukuka uygun kabul edilebilir. Örneğin kan ve organ nakli, kürtaj gibi müdahalelerde tıbbi endikasyon olmamasına rağmen, bu konulardaki yasal düzenlemeler, bu kapsamdaki müdahalelerin yasal dayanağıdır[1172].

Kişinin bilinci kapalı olduğu için rızasının alınamadığı hallerde veya tıbbi

---

[1169] HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2005, s. 73; YENİSEY, İlgilinin Rızası, s. 871.
[1170] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 183.
[1171] Endikasyonsuz ancak rızayla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye, Japonya'da üyesi olduğu ganster çetesinden ayrılmak isteyen kişinin durumu örnek gösterilmektedir. Yer altı dünyasının geleneklerine göre çeteden ayrılmak isteyen kişinin serçe parmağını kestirmesi gerekiyor. Söz konusu kişi bir hekime başvurarak parmağını kestiriyor, ancak rızanın varlığı doktorun sorumluluğunu ortadan kaldırmıyor. Aktaran: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 183.
[1172] Psikolojik veya soyal endikasyon olmaksızın gerçekleştirilen estetik müdahalelerin yasal zeminini ise 12.05.2003 tarihli "Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik" oluşturur. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 184.

müdahalenin hekim dışında bir başkası tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu hallerde ise rıza dışında, varsayılan rıza ve zaruret hali gibi diğer hukuka uygunluk nedenlerine dayanılarak fiilin hukuka uygunluğu açıklanabilir.

E. Tedaviyi Kabul ve Ret Hakkı

Rızanın hukuki temelini oluşturan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının tıbbi müdahaleler açısından yansıması tedaviyi kabul ve ret hakkıdır. Hasta kendisine uygulanacak tedaviyi kabul etme veya reddetme hakkına sahiptir[1173].

Kişi yaşamı, sağlığı ve bedenine ilişkin kararları kendisi verir. İnsan yaşamı ve vücudu hekimlerin üzerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunacakları ve mesleklerini icra edebilecekleri bir nesne, bir araç değildir[1174]. Hekimin hastayı tedavi yükümlülüğü, hastanın kendi vücudu üzerindeki serbest karar verme, kendi geleceğini belirleme özgürlüğüyle sınırlandırılmıştır[1175]. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının tıp alanındaki yansıması olan tedaviyi kabul ve ret hakkı, hekimin iyileştirme ödevi karşısında dahi asla ihmal edilemez[1176].

Tedaviyi kabul ve ret hakkı ulusal ve uluslar arası düzenlemelerle de tanınır. Avrupa Biyo-Tıp Sözleşmesi[1177]'nin 5. maddesi, "*sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir"* şeklindedir.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesinde de hastanın tedaviyi reddetmesinin temel bir hak olduğu ve hekimin hastanın kararına saygı göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bildirgenin 3. maddesine göre; "*hasta yeterli*

[1173] ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 43.
[1174] ERMAN, in ERMAN/ ÖZEK, kn. 114, dp. 40.
[1175] HAKERİ, Hasta Hakları, s. 6.
[1176] DÖNMEZER, Kişilere, s. 34; ERMAN, B., s. 165; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.217.
[1177] "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi",* 04.04.1997 tarihli bu sözleşme, Türkiye tarafından 5013 sayılı yasa ile uygun bulunup onaylanmış, 09.12.2003 Tarih, 25311 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir".

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. ve 25. maddeleri de hastanın tedaviyi red hakkını tanımaktadır. HHY'nin 22. maddesine göre:

"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."

"Bir suç işlendiği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın ve mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır".

Aynı yönetmeliğin 25. maddesinde ise: *" Kanunen zorunlu olan haller dışında veya doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir*

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz."

Aynı yönetmeliğin 24/3, 4 ve 5. maddesi ise " *Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit altına girecek ise izin şartı aranmaz.*

Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.

Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca

bulunmaması şartına bağlıdır" şeklindedir.

Bu düzenlemeye göre, hasta tedavi başlamadan önce rızasını geri alabilir, ancak tedaviye başlandıktan sonra geri alabilmesi için, tıbbi yönden sakınca bulunmaması gerekir[1178]. Bunun anlamı tedavisine başlanmamış olan kişilerin kendi geleceklerini belirleme haklarına saygı gösterileceği, buna karşın başlangıçta tedaviyi kabul etmiş olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasının, tedavinin yarım bırakılması halinde hayati bir tehlikenin bulunmaması şartına bağlı olduğudur. Bu düzenlemeye ilişkin olarak yukarda bağlayıcı rıza başlığı altında yaptığımız değerlendirmeleri tekrarlıyoruz.

Ancak bu düzenleme Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacağına ilişkin hükme aykırıdır. Bilinci açık ve rıza gösterme yeteneğine sahip bir kişinin serbest iradesiyle rızasını geri alarak tedaviyi açıkça reddetmesinin hukuken dikkate alınmaması, hekimin tedaviye devam etmesinin gerekçesi kanaatimizce, tedaviye devam edilmesinde tıbbi zorunluluk (AY m. 17/2) bulunması olamaz. "*Tıbbi zorunluluk*" ancak hastanın bilincinin kapalı olduğu veya başka bir nedenle rızasının alınamadığı ve acil müdahale yapılması gereken hallerde kişinin vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklamakta başvurulabilecek bir neden olabilir. Kişinin gerçek iradesini öğrenmenin mümkün olduğu durumlardaysa tıbbi müdahalenin asıl dayanağı kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve rıza olmak zorundadır.

Tedaviyi kabul ve red hakkı, Türk Tabipler Birliği'nin 10-11 Ekim 1998 tarihinde kabul ettiği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 21. maddesinde vurgulanmıştır. Buna göre; *"Hekim hastanın sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilenme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı, vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır."* 26. maddenin son fıkrasında ise hastanın, *vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabileceği* belirtilmiştir.

[1178] Bkz. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 326; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 44.

Rıza, kişinin kendi beden bütünlüğü üzerindeki haklarını hekime devrettiği "*hukuki bir işlem"* değildir. Kaldı ki kişinin kendi bedeni üzerindeki haklarından tamamen vazgeçmesi Anayasanın 12. maddesine ve MK m. 23/2'ye de aykırıdır.

Öte yandan rızanın hukuken geçerli olabilmesi için gerekli olan şartlardan bir tanesi de her an geri alınabilir olmasıdır. Bu açıdan HHY'nin 24/son maddesinde yer alan düzenleme Anayasa ve Biyo- Tıp Sözleşmesine aykırı olduğu gibi, rızanın her zaman geri alınabilir olması gerektiği şartına da aykırıdır. Kişi istediği anda tedaviden vazgeçebilme seçeneğine sahip olmadığında, tedaviye başlamaktan veya bir sağlık kuruluğuna başvurmaktan da kaçınabilir. Bu nedenle HHY m. 24/son'da yer alan kişinin sağlık hakkını tehdit eden bu düzenleme kaldırılmalıdır[1179].

F. Küçüklerin ve Kısıtlıların Tıbbi Müdahaleye Rızası

1. Genel Olarak

Ayırt etme yeteneğine sahip olmayan küçüklerin, akıl hastalarının, sağır ve dilsizlerin ve kısıtlıların yerine tıbbi müdahaleye kanuni temsilcileri rıza gösterir. 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Buna göre: " *Hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakati alınır"*. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24'de de " *Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şart aranmaz"* denmiştir.

Ancak velayet veya vesayet altında bulunan kişinin ayırt etme yeteneğine sahip olması halinde küçük veya kısıtlının rızasının tek başına yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır[1180]. Bazı yazarlar, 1219 Sayılı Kanun'un 70. ve HHY'nin 24. maddesinden hareketle, küçüklerin ve kısıtlıların tıbbi müdahalelere rıza

[1179] Anayasa ve Biyo- Tıp sözleşmesine aykırılık teşkil eden bu düzenlemeler iptal edilmelidir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 219- 220; AYGÖRMEZ, s. 150.
[1180] ERMAN, B., s. 84; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.156; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 74.

gösteremeyecekleri görüşünü savunur[1181].

Bununla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesinde " *kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır"* denmektedir. Avrupa Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. bendinde de *küçüğün rıza gösterme ehliyetine sahip olmaması durumunda, tıbbi müdahalenin ancak temsilcisi veya yasal olarak sağlanan bir kişi veya kurumun izniyle gerçekleştirilebileceği* düzenlenmiştir. Bununla birlikte *küçüğün iradesine, yaş ve olgunluk durumu ile artan oranda belirleyici bir etken olarak önem verileceği* de belirtilmiştir. Çocukların iradelerinin önemine ilişkin bir başka düzenleme de Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alır. Söz konusu sözleşmenin 12. maddesinde: *"Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni göstermek sureti ile tanırlar"* denmektedir.

Öte yandan Medeni Kanun'un 16. maddesi gereğince, ayırt etme kudretine sahip küçükler kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç olmaksızın kullanabilirler. Kaldı ki rızanın hukuki temelini oluşturan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, herkesin sahip olduğu bir haktır ve ayırt etme yeteneğine sahip olan herkes kişiliğini doğrudan doğruya ilgilendiren konularda bizzat karar verebilir. Bu nedenle ayırt etme yeteneğine sahip çocuklarda, kendi bedenleri üzerindeki haklarını kendileri kullanabilirler, kendi bedenleri üzerinde yapılacak tıbbi müdahaleye, yapılacak tıbbi müdahalenin türü ve ağırlığına bağlı olarak, geçerli bir şekilde rıza gösterebilirler[1182]. Örneğin, on dört yaşında bir çocuk muayene edilmeye, basit bir yaralanmada dikiş atılmasına veya teşhis için kan alınmasına rıza gösterebilir[1183]. Ancak, aynı çocuk kalp ameliyatına rıza gösteremez. Bu açıdan tıbbi

[1181] DURAL, Mustafa, "Regulation of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life", Landesbericht Türkei, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, London, Paris, Singapur, Tokio 2000, s. 955. Aktaran HAKERİ, Tıp Hukuku, s.154.
[1182] Bkz. ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 75.
[1183] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.155, dp. 4.

müdahalalerde de rıza ehliyetine ilişkin genel kurallar geçerlidir.

Küçüklerin rıza ehliyetlerine ilişkin olarak Almanya'da verilen bir mahkeme kararına burada değinmekte yarar vardır. Söz konusu kararda, ayırt etme yeteneğine sahip 16 yaşında bir kızın kürtaj için açıkladığı rıza, ailesi kürtaja karşı olmasına rağmen hukuken geçerli sayılmıştır[1184]. Kanuni temsilci ve küçüğün iradeleri çatıştığında, çocuğun menfaatleri açısından bir değerlendirme yapılarak, çocuğun objektif menfaatlerine aykırı olarak rızasını esirgeyen kanuni temsilcinin iradesi karşısında, ayırt etme yeteneğine sahip küçüğün iradesine üstünlük tanınmıştır.

Bizce bu karar ülkemiz açısından da son derece önemlidir. Veli veya vasinin tıbbi müdahaleler açısından rıza sürecinden dışlanması söz konusu olamaz. Ancak töre cinayetlerinin hala önemli bir sorun olduğu ülkemizde 16 yaşında evlilik dışı bir ilişkiden hamile kalmış bir genç kızın, kürtaj olmak istemesi halinde küçüğün rızasının yeterli görülmeyerek ayrıca ailesinden izin istenmesi, çok vAİHM sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu nedenle ayırt etme yeteneğine sahip ve somut olayda fiilin türü, ağırlığı ve sonuçlarının farkında olan çocuğun iradesi, ayrıca kanuni temsilcinin izni aranmadan da dikkate alınabilmelidir[1185].

Öğretideyse yasal temsilcinin izninden bağımsız olarak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan cinsel tıbbi önlemler açısından rıza yeteneğinin erken yaşlardan itibaren bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır. Bu açıdan on üç yaşındaki bir genç kızın doğum kontrol hapı kullanıp kullanmamaya karar verebileceği veya on beş yaşını bitirmiş genç bir kadının kürtaja ilişkin olarak, ayrıca yasal temsilcinin izni aranmaksızın, hukuken geçerli bir şekilde rıza açıklamasında bulunabileceği kabul edilmektedir[1186].

Türk Ceza Kanunu ise on beş yaşından küçük çocukların hiçbir cinsel davranışa, on beş on sekiz yaş arasındaki çocuklarınsa cinsel ilişkiye rıza gösteremeyeceklerini kabul eder. Ceza kanunumuz cinsel özgürlük üzerinde tasarruf

[1184] LG München, NJW 1980, s. 646.
[1185] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.159; ROSENAU, Rıza Gösterme Ehliyeti, s. 51; YOKUŞ- SEVÜK, Sağlık Hakkı, s. 229.
[1186] ROSENAU, Rıza Gösterme Ehliyeti, s. 51.

edebilme ehliyeti açısından onbeş yaşı alt sınır olarak belirlemiştir. Cinsel ilişki için ise kural olarak onsekiz, ancak onbeş onsekiz yaş arasında kalanların kendi aralarındaki cinsel ilişkilerini cezalandırmayarak da sınırlı bir rıza ehliyeti belirlemiştir. Buradan hareketle, cinsel özgürlüklerine ilişkin rıza açıklama ehliyetleri olmayanların, cinsel tıbbi önlemler açısından da rıza ehliyetlerinin olmadığı kabul edilmelidir. 15 yaşından küçükler açısından, cinsel tıbbi önlemlerin alınmasında rızaları tek başına yeterli görülmemelidir, ancak 15 yaşından büyükler açısından somut olaya ilişkin değerlendirme yapılması daha isabetli olur. Ayırt etme yeteneğine sahip 15 yaşından büyük çocukların, cinsel tıbbi önlemler açısından rıza ehliyetlerinin olduğu kabul edilmelidir[1187].

2. Yasal Temsilcinin Rıza Göstermekten Kaçınması

Temsilcinin gösterdiği rızaya ilişkin bir diğer sorun da, özellikle tıbbi müdahaleler açısından önemli sorunlara yol açan, temsilcinin ayırt etme yeteneğine sahip olmayan kişinin aleyhine olacak şekilde müdahaleye rıza göstermekten kaçınmasıdır. Yasal temsilci, temsil ettiği kişinin menfaatine olan tıbbi müdahaleye ahlaki, dini veya başka bir nedenle karşı çıkabilir. Böyle bir durumda veliye veya vasiye tanınan velayet veya vesayet hakkının (MK m. 346, 348 ve 461, 483) kötüye kullanılması söz konusudur[1188]. Örneğin, Yehova şahidi olan ana- babanın çocuklarına kan nakli yapılmasına izin vermemesi veya ilerde kanser olacağına ilişkin ciddi bir risk taşıyan çocuğun tedavisini reddetmeleri halinde böyle bir durumla karşılaşılır[1189]. Türkiye'de gerçekleşen bir olayda ise, trafik kazası geçiren beş yaşındaki bir çocuğun ayağında kangren gelişir. Kangrenin durdurulabilmesi için, çocuğun bacağının diz üstünden kesilmesi gerekmektedir. Ancak ana-baba buna razı olmaz ve çocuğu hastaneden çıkarır. Olaydan iki gün sonra çocuk ölür[1190].

Velayet ve vesayet hakkının kötüye kullanılması niteliğindeki bu gibi durumlarda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/2. maddesi gereğince, mahkemeden

[1187] Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s.157.
[1188] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.159.
[1189] Amerikan hukukundan aktarılan örnekler ve konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. YENİSEY, İlgilinin Rızası, s. 877.
[1190] HANCI, Malpraktis, s. 90.

karar alınarak velayet ve vesayet altında bulunan kişiye gerekli tıbbi müdahale yapılmalıdır. Ancak, mahkemeden karar alınmasının beklenemeyeceği kadar acil bir müdahalenin yapılmasını gerektiren hallerdeyse hekim, "zorunluluk hali" hukuka uygunluk nedenine dayanarak hastaya müdahale etmelidir[1191]. Bu gibi acil müdahale gerektiren durumların ortaya çıkma olasılığı Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de öngörülmüş ve m. 24/3'de kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise izin şartının aranmayacağı düzenlenmiştir.

G. Rıza Olmaksızın Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler

1. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Katlanmak Zorunda Olduğu Haller

Anayasa m. 17/2' ye göre: *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz."*

Bu maddede yer alan "*tıbbi zorunluluk*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, "tıbbi zorunluluk" ifadesi "tıbbi endikasyonu" karşılar. Anayasa "tıbbi endikasyon" şartına işaret etmekle birlikte, rızadan yalnızca bilimsel ve tıbbi deneylerle ilgili olarak bahseder[1192].

Diğer bir görüşe göre ise "*tıbbi zorunluluk*" teriminden, rızanın alınamadığı acil durumlar örneğin, ağır bir trafik kazası sonrasında hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarla, bir ameliyat sırasında ortaya çıkan ve ameliyat öncesinde açıklanan rızanın kapsamında bulunmayan haller anlaşılmalıdır. Bu gibi durumlardaysa varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni aranmalıdır. Ancak varsayılan rızanın ikincilliği gereği, tedavinin açıkça reddi karşısında varsayılan rızaya dayanılamaz. Dolayısıyla, kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar nedeniyle yapılacak müdahale, rızanın esirgenmesi durumuna değil, rızanın

[1191] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.162.
[1192] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.218.

bulunmaması durumuna ilişkindir ve tedaviyi red hakkını ilgilendirmeyen bir noktada yer alır[1193].

Gerçekten de kişinin vücut bütünlüğüne onun rızası olmaksızın yapılacak müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için müdahaleye izin veren yasal bir düzenlemenin veya bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekir. "*Tıbbi zorunluluklar"*, hastanın rızasının alınmasına gerek duyulmayan genel bir neden değildir. Tıbbi zorunluluk bulunan hallerde hastanın rızasını almaya gerek olmaması, hastanın kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkının hekimlere devredilmesi anlamına gelir ve bu anayasaya aykırıdır. Bu nedenle tıbbi zorunluluk ancak hastanın rızasının alınamadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan acil halleri karşılar. Bunun dışında kalan tüm tıbbi müdahalelerde kişinin tedaviyi kabul ve red hakkı vardır ve bir tıbbi müdahale "*tıbbi zorunluluk*" bulunduğu için değil ancak hasta ona rıza gösterdiği için hukuka uygun hale gelir. Hastanın tedaviyi açıkça reddettiği hallerde ise "tıbbi zorunluluk" bulunduğu gerekçesiyle kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi insanın özgür, bağımsız, kendi kararlarını kendisi verebilen, onurlu bir varlık olduğu ilkesi ile bağdaşmaz ve hukuka aykırıdır.

Buna karşın, *"kanunda yazılı haller"* ifadesi, kişinin rızası olmaksızın veya rızasına aykırı olarak yapılan tıbbi müdahaleleri karşılar. Rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin bir fiilin gerçekleştirilemeyeceği kuralına kanunlarda yapılan açık düzenlemelerle istisnalar getirilebilmektedir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçen başka hukuksal değerlerin, özellikle toplumsal menfaatlerin korunmasının söz konusu olduğu durumlarda kişinin rıza gösterme ve tedaviyi red hakkı korunmaz. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesinin 8. fıkrası uyarınca fuhuşa sürüklenen kişi hakkında tedavi veya psikolojik tedavi kararı verildiğinde kişinin rızası dikkate alınmaz. Aynı şekilde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesi gereğince delil elde etmek amacı ile şüpheli ve sanığın, 76/1.maddesi gereğince de suç mağdurunun beden muayenesinin yapılabileceği düzenlenmiştir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

[1193] ERMAN, B., s. 154.

Kanun'un 82/3. maddesi gereğince de diğer hükümlü ve tutukluların sağlığının korunması bakımından kişinin zorla tedavi ettirilmesi mümkündür[1194]. Bu maddeye göre: *"Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların sağlık ve hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumlarında bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır".*

Aynı şekilde Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 72. maddesi gereğince, salgın hastalığa karşı aşı yapılmasında toplumun menfaatleri kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı karşısında üstün bir menfaat olduğu için, rızasına bakılmaksızın hasta olanlar tecrit edilip tedavi altına alınabilecek, serum veya aşı uygulanabilecektir.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının dikkate alınmaması ve beden bütünlüğüne kanundan kaynaklanan nedenlerle kişinin rızası hilafına müdahale edilebilmesi, genellikle kamu sağlığının korunması gibi üstün bir toplumsal menfaatin veya devletin cezalandırma yetkisini kullanması gibi devlete ait üstün bir hukuksal değerin bulunması ile açıklanır[1195]. Ancak kanun koyucu bu tür sınırlamalar öngörürken, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun davranmalıdır. Yani yasallık ve ölçülülük kıstaslarına sıkı bir şekilde uymalıdır[1196]. Bu durumda, rıza olmaksızın kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesine ilişkin bir düzenleme yapılırken, ilk olarak kişinin kendi bedeni üzerinde sahip olduğu bireysel hakkına oranla korunması gereken daha

[1194] Bu madde ve açlık grevi yapan tutuklu ve hükümlülerin zorla beslenmesine ilişkin değerlendirme için bkz.: FEYZİOĞLU, Metin, Türk ceza hukukuda Zorla Tedavi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara 2007, s. 313; Maddenin 2.,3., ve 4. fıkralarının, hükümlü hastanın rızasını hiç dikkate almadan müdahaleyi olanaklı kılması ve müdahaleyi yapmak konusunda sağlık mensuplarını zorlamasının hukukun genel ilkelerine ve tıp hukuku ilkelerine aykırı olduğuna ilişkin haklı eleştiri için ayrıca bkz.: ÜNVER, Rıza, s. 283 vd.; Sadece özgür kişilerin değil, hükümlü ve tutukluların da kendi geleceklerini belirleme hakları olduğuna göre, hekimin, hükümlü aksi yönde iradesini açıkladığı müddetçe müdahele mecburiyeti olmamalıdır. Bkz. ÇELEN, EÜHFD, C. II, S. 3-4, Y. 2007, s. 68; CVGTİHK m. 82'nin kişinin iradesini önemsiz kılması hakkındaki eleştiriler için ayrıca bkz.: ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 208.

[1195] YENERER- ÇAKMUT, s. 53; ERMAN, B., s. 173; BAYRAKTAR, s. 146; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 219.

[1196] ERMAN, B., s. 173.

üstün bir menfaatin varlığı aranır. İkinci olarak ise kamusal menfaatin korunması için öngörülen kısıtlama toplumsal menfaatin korunmasında zorunlu olmalıdır. Üçüncü olarak ise kişinin beden bütünlüğüne onun rızası dışında yapılacak müdahalenin yasal bir dayanağının olması gerekir. Kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki haklarına ilişkin olarak kanun dışında, tüzük veya yönetmeliklerle getirilen sınırlamalar, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabileceği ilkesine aykırıdır[1197]. Bu nedenle kişinin tedaviyi kabul ve red hakkı ve bu hakka getirilen sınırlamalar tüzük veya yönetmelikle değil, kanunla düzenlenmelidir.

2. Kendiliğinden Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahalelerin tipik olmadığına ilişkin görüşler, Türk ceza hukukunda benimsenmediği için, tıbbi müdahalelerden dolayı hekimin cezai sorumluluğu TCK'da yer alan genel düzenlemelerden hareketle belirlenecektir.

Ancak, Alman ceza hukuku öğretisinde rızayla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin tipik olmadığı anlayışının bir sonucu olarak, kendiliğinden gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin ayrı bir suç tipi ile cezai yaptırıma bağlanması çabaları ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda Alman Ceza Kanunu'na tıbbi müdahalelerle ilgili olarak açık bir hüküm konulması için çeşitli çalışmalar yapılmıştır.

1911 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısı § 279'da " *bir kişiye, onun açıkça rıza göstermediğini beyan etmesine veya rıza göstermediği hal ve şartlardan anlaşılmasına rağmen kendiliğinden tıbbi müdahalede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis veya 5000- Alman Markı para cezasıyla cezalandırılır"* hükmüne yer verilmiştir. Daha sonraki 1919, 1922, 1925 ve 1927 tarihli Ceza Kanunu Tasarılarında da benzer düzenlemeler yer almış ancak hiçbiri kanunlaşmamıştır[1198].

Konuya ilişkin tartışmalar 1962 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısı'nın § 161 ile devam etmektedir. ACKT §161 hükmü şu şekildedir: " *Tıp biliminin gözlem ve*

[1197] ERMAN, B., s. 173.
[1198] SCHREIBER, in FS- HIRSCH, s. 716, 717.

deneyimlerine ve vicdan sahibi bir hekimin deneyimlerine göre, hastalıkları, acıları, bedensel zararları, bedensel şikâyetleri veya ruhsal bozuklukları önlemek, tanımak, iyileştirmek veya azaltmak için gerekli görülen ve bu amaçla gerçekleştirilen müdahale veya diğer işlemler yaralama suçu olarak cezalandırılmaz". Bu düzenlemeyi takip eden § 162'ye göre ise "*bir başkasına rızası olmaksızın hastalıkları, acıları, bedensel zararları, bedensel şikâyetleri veya ruhsal bozuklukları önlemek, tanımak, iyileştirmek veya azaltmak amacıyla müdahale eden veya başka türlü bir işlem gerçekleştiren kimse üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır"*[1199].

1996 yılında da Alman Ceza Kanunu'nun değişiklik çalışmaları sırasında, Alman Adalet Bakanlığı tarafından tıbbi müdahalelerle ilgili çeşitli hükümlerin Alman Ceza Kanunu'na dâhil edilmesi önerilmiştir. Buna göre, Alman Ceza Kanunu'na "rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahale" başlığını taşıyan § 229 ile; "*geçerli bir rıza olmaksızın, başka bir kişiye karşı, kişinin kendisinin veya fürunda mevcut veya gelecekte ortaya çıkacak olan fiziksel veya ruhsal bir hastalığı, zararı, acıyı, şikâyeti veya bozukluğu tanımak, iyileştirmek, azaltmak veya önlemek amacıyla, vücut bütünlüğünü veya sağlığını önemli ölçüde etkileyecek müdahalede bulunursa, (...) cezalandırılır"* hükmünün eklenmesi önerilmiştir[1200].

Bu tasarı da Federal Hekimler Birliği'nin 1997 ilkbaharında yapılan bir toplantısında ciddi tartışmalar ve eleştiriler nedeniyle kanunlaşmamıştır. Eleştiriler en çok, düzenlemede tıbbi müdahale kavramının sınırlarının çok fazla genişletilmesi ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne gerek görülmeyen hallere ilişkin bir açıklık bulunmaması üzerinde yoğunlaşmıştır. Burada özellikle rıza alınmadan kişinin tansiyonunun ölçülmesinin veya kulağın muayene edilmesinin veya nabzın ölçülmesi gibi bedene acı vermeyen dışsal müdahalelerin bu madde kapsamına girip girmeyeceği sorusu sorulmuş ve bu haliyle maddenin çok geniş ve belirsiz olduğu belirtilmiştir. Maddede yer alan *"geçerli bir rızaya dayanmaksızın"* ifadesinden, geçerli rızanın şartlarından olan kişinin rıza ehliyetine sahip olmasının yanında, bu rızanın hasta aydınlatıldıktan sonra açıklanmış olması gerektiği anlaşılmaktadır.

[1199]FRISCH, ärztliche Eingriffe, s. 34, dp. 6; SCHREIBER, in FS- HIRSCH, s. 717.
[1200] SCHREIBER, in FS- HIRSCH, s. 719.

Fakat aydınlatmanın kapsamı ve içeriği konusunda düzenleme yeterince açık bulunmamıştır[1201].

Karşılaştırmalı hukukta tıbbi müdahalelere ilişkin en açık düzenlemelerden bir tanesi Portekiz Ceza Kanunu §150/1'de yer alır. Bu maddeye göre; *"Tıbbın gözlem ve deneyimlerine göre ve tıp mesleğinin kurallarına uygun olarak bir hekim veya başka bir yetkili kişi tarafından uygulanan tıbbi müdahale veya uygulamalar, yaralama sayılmaz"*. Tıbbi müdahalelerin tipik olmadığını açıkça hükme bağlayan Portekiz Ceza Kanunu ayrıca § 156'da " *rızasız tıbbi müdahalede bulunmayı*" ayrı bir suç olarak cezai yaptırıma bağlamıştır[1202].

Portekizden başka, Avusturya Ceza Kanunu'nda da rızasız tıbbi müdahaleler ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak kişinin rızası olmaksızın beden bütünlüğünün ihlal edilmesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına karşı işlenen bir suç olarak görüldüğünden, "*rızasız tıbbi müdahalede bulunma suçu*" vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar arasında değil, kişi hürriyetini ihlal eden suçlar arasında düzenlenmiştir. Avusturya Ceza Kanunu'nun *"hürriyet aleyhine işlenen suçlar"* kısmında yer alan § 110/1'e göre, "*tıp biliminin kurallarına uygun hareket etmiş olsa bile rızası olmaksızın bir başkasına tıbbi müdahalede bulunan kişi altı aya kadar hapis veya 360 güne kadar para cezasıyla cezalandırılır"*. İkinci fıkraya göre ise: "*Gecikme halinde hastanın hayatı veya sağlığının ciddi biçimde tehlikeye düşeceği zannıyla mağdurun rızasını almadan tıbbi müdahalede bulunan kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde rızanın olmadığını anlayabileceği anlaşılıyorsa, rızasız tıbbi müdahalede bulunan kişi birinci fıkraya göre cezalandırılır"*.

Bu tür rızasız tıbbi müdahaleler Türk hukuku açısından da 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesi gereğince hekimin sorumluluğunu gerektirir. Bu maddeye göre, *" Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını*

[1201] SCHREIBER, in FS- HIRSCH, s. 720.
[1202] Aktaran: ESER, Albin, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive", in Festschrift für Hans- Joachim Hirsch, Berlin 1999, s. 466 vd, s. 470.

alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığında muvafakat şart değildir.) Hilafına hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir."[1203].

Ancak 1219 Sayılı Kanunda yer alan bu düzenleme, burada incelediğimiz diğer ülkelerden farklı olarak, rızasız müdahalede bulunmayı, yaralama suç tipinden ayrı bir suç olarak düzenleme amacıyla konmamıştır. Kanun koyucunun 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesindekine benzer bir düzenlemeye ceza kanununda yer verip *"rızasız tıbbi müdahale*" leri ayrı bir suç tipi olarak düzenleyip düzenlememesi benimsenen suç politikasına bağlıdır. Ancak tıbbi müdahalelerin yaralama suç tipine uygun fiiller olduğu kabul edildiğinde, rıza olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler de bu suç tipine uygun olacaktır. Bu nedenle Türk ceza hukuku açısından rızasız tıbbi müdahalede bulunma fiillerinin cezalandırılmasına ilişkin yasal bir boşluk yoktur.

Aynı şekilde Türk Ceza Kanunu anlamında yaralama boyutuna ulaşmamış ve ayrıca TCK'da ayrı bir suç tipiyle cezai yaptırıma bağlanmamış önemsiz[1204] tıbbi müdahalelerden dolayı hekimlerin sorumluluklarının belirlenmesine ilişkin de 1219 sayılı kanunun 70. maddesindeki düzenleme karşısında herhangi bir sorun olmadığı kanaatindeyiz.

Örneğin, genel sağlığın korunması veya ceza muhakemesinin yürütülmesine ilişkin kanunlardan kaynaklanan bir zorunluluk olmamasına rağmen kişinin jinekolojik muayeneye zorlanması TCK'nın 287. maddesi gereğince hekimin cezai sorumluluğunu gerektirir. Ancak bunun dışında, rızasız veya geçerli bir rızaya dayanmadan yapılan kulak, burun, boğaz muayenesi, dışsal muayeneler veya radyo dalgalarıyla, ses dalgalarıyla görüntüleme gibi kişinin sağlığına zarar vermeyen ancak vücut bütünlüğünü ihlal eden fiiller 1219 sayılı kanun gereğince hekimin idari sorumluluğunu gerektirir.

[1203] 23/ 1/ 2008 tarihli, 5728 Sayılı Kanun'un 38. maddesi ile değiştirilmiştir.
[1204] Bkz. HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s.92

Bununla birlikte, rıza olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler belirli bir ağırlığa ulaştıklarında yaralama suç tipini ihlal eden tipik fiillerdir. Hastanın rızasına aykırı olarak önemsiz sayılamayacak bir tıbbi müdahalede bulunan hekim hem TCK m. 86/ 1'e hem de 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesine aykırı hareket etmiş olur. Bu durumda hekimin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği, Kabahatler Kanunu m. 15/3'de düzenlenmiştir. KK m. 15/3'e göre; "*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."* Bu hüküm gereğince yaralama boyutuna ulaşmış olan rızasız tıbbi müdahalelerde hekim yalnızca kasten yaralama suçundan sorumlu olacak.

H. Rıza Açısından Özellik Arzeden Bazı Tıbbi Müdahaleler

1. Estetik Operasyonlar

Estetik operasyonlar, doğuştan gelen veya sonradan oluşan ve kişinin fiziki görünümünü bozan bir kusurun veya deformasyonun giderilmesi ve kişinin daha iyi görünmesi amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerdir[1205]. Estetik operasyonların bir kısmı kişinin vücudunun onarılması ve tedavi edilmesi amacıyla gerçekleştirilir. Bununla birlikte herhangi bir iyileştirme amacı taşımayan, yalnızca güzelleştirme amaçlı operasyonlar da vardır.

Doğuştan getirilen veya sonradan meydana gelen fiziksel bir bozukluğun giderilmesi amacıyla yapılan estetik operasyonların amacı hastayı sağlığına kavuşturmak olduğu için, bu tür estetik operasyonlar tıbbi müdahalenin bir türü olarak görülür. Bu nedenle tıbbi müdahalelere ilişkin genel ilkeler, iyileştirme amaçlı estetik operasyonlar içinde geçerlidir[1206].

Buna karşın güzelleştirme amacıyla yapılan estetik operasyonları hukuka uygun hale getiren nedenin ne olduğu tartışmalıdır.

Öğretide güzelleştirme amaçlı estetik operasyonların kişideki psikolojik

[1205] DÖNMEZER, Talep Üzerine, s. 250, 251; BAYRAKTAR, s. 165.
[1206] DÖNMEZER, Talep Üzerine, s. 250, 251.

rahatsızlığın, ruhsal çöküntünün giderilmesi amacıyla yapıldığı, bu nedenle aslında bu müdahalelerin de iyileştirme, tedavi amacı taşıdığı görüşü savunulmaktadır[1207]. Buna karşın dış görünümü itibari ile sorunu olmayan bir kişinin, tedavi amacı olmaksızın, yalnızca değişiklik olsun diye veya kazancını arttırmak amacıyla yaptırdığı estetik operasyonların, hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir[1208].

Bazı yazarlara göre ise, estetik operasyonlar teşhis, tadavi, koruma veya acı dindirme amacı taşımadıkları için, aslında tıbbi müdahale sayılamazlar. Ayrıca salt güzelleştirme amacıyla yapılan estetik operasyonlarda kişisel bir menfaat bulunsa bile, kamusal bir menfaatin varlığından söz edilemeyeceği için hekimin cezai sorumluluğu gerekir[1209].

Güzelleştirme amaçlı estetik operasyonlar, kişinin sağlığı açısından zorunlu müdahaleler değildir. Ancak bu tür müdahaleler günümüz tıp bilimi tarafından benimsenmiş, Dönmezer'in belirttiği gibi tıp biliminde "vatandaşlık hakkı" kazanmışlardır[1210]. Bu nedenle, bir hekim tarafından, hastanın rızası ile ve tıp biliminin gerekleri ve meslek kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen estetik operasyonların amacına bakılmaksızın hukuka uygun oldukları kabul edilmektedir.

Kanatimizce estetik operasyonların da kişinin bozulan ruh sağlığını iyileştirmek için yapılan, tedavi amaçlı tıbbi müdahaleler olduğu görüşünü kabul etmek mümkün değildir. Zira estetik müdahale yaptıran hastaların hepsinin psikolojik bir rahatsızlığı olduğu söylenemez. Kaldı ki insanların dış görüntülerini değiştirmek, güzelleştirmek istemeleri iyileştirilmesi gereken bir hastalık değildir. Aksi halde saç ektiren ve hatta saçı olmayan herkesi, yüz gerdiren veya kilo vermek için yağ aldıran herkesi hasta kabul etmek gerekir ki bu da hastalık ve sağlık anlayışında önemli bir sapma anlamına gelir. Öte yandan bu tür müdahalelerin yapılmasında, sosyal endikasyon[1211] önemli bir rol oynayabilmektedir. Kişinin toplum içindeki yerini güçlendirmek istemesi, mesleğinde ilerlemek istemesi veya

[1207] YENERER- ÇAKMUT, s. 181.
[1208] YENERER- ÇAKMUT, s. 182.
[1209] DÖNMEZER, Talep Üzerine, s. 251, 252.
[1210] DÖNMEZER, Talep Üzerine, s. 251.
[1211] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 94.

yalnızca daha iyi görünmek ve imajını güçlendirmek istemesi de estetik müdahalelerin nedeni olabilir.

Hasta aydınlatıldıktan sonra alınan geçerli bir rızaya dayanması, bir hekim tarafından ve tıp biliminin verilerine göre gerekli ve tıp biliminin kabul edilmiş kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi şartıyla bütün tıbbi müdahaleler gibi estetik operasyonlar da hukuka uygun olacaktır[1212]. Kişi rıza göstermeden önce yapılacak operasyonun türü, ağırlığı, sağlığı açısından taşıdığı riskler, olumlu ve olumsuz sonuçları hakkında ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmalıdır. Ayrıca operasyon kişinin gösterdiği rızanın sınırları içinde kalmalıdır[1213].

Bununla birlikte, estetik operasyonlarda tıbbi endikasyon zayıf olduğundan sosyal endikasyon çok geniş yorumlanmamalı ve kişinin sağlayacağı menfaate bakılmalıdır. Hekim, estetik operasyonla elde edilecek olan yararla, operasyonun taşıdığı riski karşılaştırılmalı ve riskin daha fazla olduğu hallerde hasta aksini talep etse bile operasyondan kaçınmalıdır[1214]. Rıza, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için çok önemli bir şarttır, ancak kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisi sınırsız olmadığı için mutlak bir etkiye sahip değildir.

2. Organ ve Doku Nakilleri

a. Genel Olarak

İnsan vücudunda var olan sindirim, dolaşım, boşaltım gibi biyolojik sitemler veya bu sistemleri oluşturan organlar her zaman işlevini yitirebilir veya bu organların işlevinde yavaşlama meydana gelebilir. Ancak hasta veya işlevini kaybetmiş olan organ ve dokuların yerine yenileri nakledilebilir[1215].

Nakledilecek organ ve dokuların günümüz tıp bilimince bilinen üç farklı kaynağı vardır. Bu kaynaklar kişinin kendisi, ölmüş veya canlı bir başka insan veya

[1212] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 94.
[1213] YENERER- ÇAKMUT, s. 182.
[1214] BAYRAKTAR, s. 168.
[1215] YILDIZ, Ali Kemal, Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuk Sorunları, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 2008, s. 277.

başka canlılardır.

Kişinin kendisinden alınan organ ve dokularla, başka bir canlıdan alınan veya suni yollarla üretilen organların nakilleri, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğuna ilişkin genel kurallara tabidir[1216]. Bu müdahaleler sırasında organ nakli yapılan hastanın sağlık ve vücut bütünlüğü dışında, bir başkasına ait hukuksal değerin daha ihlali söz konusu değildir. Bu nedenle hastanın rızasının bulunması, tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olarak bir hekim tarafından yapılması şartıyla bu tür müdahaleler hukuka uygun olacaktır.

Organ ve doku nakillerinin yaşayan veya ölü bir başka insandan yapılması halindeyse pek çok sorunlarla karşılaşılır[1217]. Canlı veya ölü bir başka insandan organ ve doku nakillerine ilişkin hukuki sorunlardan, konumuzla ilgili olarak rızaya ilişkin meselelerin burada değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişinin kendi vücudu üzerindeki tasarruf yetkisi mutlak bir yetki değildir. Kişi kendi vücudu üzerinde ancak belirli sınırlar içinde tasarruf edebilir. Bu sınırlar Anayasa ve kanunlarla belirlenmiştir. AY m. 17/2, TMK m. 23/2- 3 ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun kişinin kendi bedeni üzerinde yapabileceği tasarrufların sınırlarına ilişkin düzenlemeler getirir.

TMK m. 23/3'e göre:

"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz."

Görüldüğü gibi, organ ve doku nakilleri ancak gönüllü bir şekilde kişinin vereceği yazılı rıza üzerine gerçekleştirilebilir. Kişi organ bağışında bulunmaya zorlanamaz. Kişinin rızası olmaksızın organ ve dokularının alınması TCK m. 90/1

[1216] YILDIZ, s. 281; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 442.
[1217] Konuya ilişkin sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, Nevzat, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD 1978, C. XXXV, S. 1- 4, s. 91- 118.

gereğince suçtur. Ayrıca organ ve dokuların belirli bir bedel veya menfaat karşılığı alınıp satılması da TCK m. 91/3 gereğince cezalandırılır. Hukuk kişinin organlarını insani amaçlarla bağışlamasına izin verir, ancak kanunun belirlediği amaç dışında, organları üzerinde tasarruf etmesine müsaade etmez.

2238 Sayılı Kanun ise yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasıyla ölüden organ ve doku alınmasını farklı düzenler.

b. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Nakli

Yaşayan kişiden organ ve doku alınabilmesi için ilk olarak organ ve dokularını bağışlayacak olan kişinin organ ve doku bağışında bulunmaya rıza gösterebilecek yetenek ve yeterlilikte olması gerekir. Yani bağış yapan kişi rıza ehliyetine sahip olmalıdır. 2238 Sayılı Kanun'un 5. maddesine göre:

"On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişiden organ ve doku alınması yasaktır".

Bu durumda on sekiz yaşından küçük olanlarla, temyiz kudretine sahip olmayanların organ ve doku nakline rıza gösterme ehliyetleri kabul edilmemiştir. Rıza ehliyeti olmayan bu kişiler adına yasal temsilci de organ ve doku bağışında bulunmaya rıza gösteremez.

Bununla birlikte, Avrupa Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 20/2. maddesinde uygun bir verici bulunamadığında ve yaşam kurtarıcı bir operasyon söz konusu olduğunda, alıcının rıza gösterme ehliyeti bulunmayan kardeşinden de yenilenebilir dokuların alınabileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun için, yasal temsilcinin yazılı izni ve rıza açıklama ehliyetine sahip olmayan vericinin aktif bir direniş içinde olmaması gerekmektedir. Türkiye ise sözleşmede yer alan bu hükme, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanunun 5. maddesinde on sekiz yaşından küçüklerin ve temyiz kudretine sahip olmayanlardan organ ve doku

alınamayacağına ilişkin yasak nedeniyle çekince koymuştur[1218]. Bu nedenle mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde Türk hukukunda ancak on sekiz yaşından büyük ve ayırt etme yeteneğine sahip olan kişilerin organ ve doku bağışında bulunabileceklerdir.

Organ nakline ilişkin olarak gösterilecek rıza mutlak surette açıklanmalıdır. Ayrıca rıza yazılı olmalı (MK m. 23/3) ve iki kişi rıza açıklamasına tanıklık etmelidir. Organ ve doku nakillerine gösterilecek rızaya ilişkin şekil şartlarının düzenlendiği 2238 Sayılı Kanun'un 6. maddesi şu şekildedir:

"On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur."

Öte yandan hem alıcı hem de verici, organ ve doku nakli konusunda aydınlatılmalıdır[1219]. Verici açısından hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı geniş tutulmalıdır[1220]. Organ ve doku bağışı yapan kişinin operasyon öncesinde hekim tarafından, yapılacak müdahalenin türü, sonuçları ve kendisi açısından taşıdığı riskler, hatta bu müdahale neticesinde ortaya çıkacak psikolojik problemler hakkında da ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması gerekir[1221]. Ancak yapılan aydınlatma vericiyi caydırıcı biçimde olmamalıdır. Öte yandan hekim, yapılacak müdahale öncesinde, alıcının sağlayacağı yararı da vericiye bildirmelidir (2238 Sayılı Kanun m.7/a-b) .

Organ ve doku nakline gösterilen rıza sağlıklı olmalıdır. İrade sakatlıkları ile

---

[1218] Ancak bu durum öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve çekince konması yerine gerekli yasal düzenlemenin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Bkz. ÜNVER, KHukA 2005, s. 188; YILDIZ, s. 286; Organ ve Doku

[1219] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 576; Ancak Bayraktar, alıcının moralinin bozulmaması için, bazı şeylerin ondan saklanabileceğini yani alıcının bilgilendirilmesinde ayrıntılara girilmeyebileceğini söyler. Bkz. BAYRAKTAR, s. 193.

[1220] Hekim kendisi için hiçbir tedavi amacı güdülmeyen vericiye çok ayrıntılı bilgi vermek zorundadır. Bkz. TAŞKIN, s. 108; TOROSLU, Organ Aktarma, s. 101- 102.

[1221] Verici açısından organ nakli öncesi ve sonrasında işten uzuk kalması nedeniyle maddi kayıplar da sözkonusu olabilir. Hekim bunu da vericiye bildirmelidir. Bkz.: TAŞKIN, s. 108.

sakatlanmamalıdır. Cebir, tehdit, hata ve hileyle alınan rıza geçersizdir[1222].

Örneğin, böbrek hastası olan (A), bütün umudunu ve yaşama isteğini kaybetmişken, (A)'nın karısı (B) böbreğini bağışlamak ister. Ancak nakil öncesi alınan kan örneklerine, alıcı ve vericiden izin alınmaksızın HIV testi uygulanır. Bu test sonucunda (A)'nın HIV (+) olduğu anlaşılır. Ancak hekim bu değerli bağışı heba etmek istemediği için, gerçeği (A) ve (B)'den gizler ve bağışlanan böbrekle ilgili başka bir plan yapar. Bu plana göre, hekim (A) ve (B)'yi sanki nakil yapılacakmış gibi ameliyata alacak, ancak (A)'ya kalp atışlarını yavaşlatan bir ilaç enjekte edecek, bu sırada böbreği bağış bekleyen bir başka hastaya nakledecektir. Hekim yaptığı planı uygular ve böbreği (A) yerine başka bir börek hastasına nakleder. Daha sonra (A) ve (B)'nin odasına gelerek, nakil sırasında (A)'nın kalbinin birden yavaş atmaya başladığını ve nakli gerçekleştiremediklerini ancak (B)'den alınmış olan böbreği çöpe atmak yerine bir başkasına nakletmeyi uygun bulduğunu bildirir[1223]. Buradaki olayda kişi kendi rızasıyla böbreğini bağışlamıştır. Ancak vericinin iradesi sakatlandığı, gerçeğe ilişkin yanıltıldığı için açıkladığı rıza geçerli değildir.

Bir bedel veya menfaat karşılığında organ bağışına rıza gösterilmesi hukuka aykırıdır[1224]. Avrupa Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 21. maddesine göre: "*İnsan bedeni ve parçaları, kendi başına hiçbir ticari kazanca konu olamaz"*. Aynı şekilde TCK m. 91'e göre de organ ve doku ticareti suçtur. TCK m. 91/3'e göre: *"Organ ve doku satın alan, satan satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur"*. Görüldüğü gibi, kanun hem organ ve dokularını satan kişiyi hem de para ödeyerek bu organ ve dokuları alan kişiyi cezalandırır. Rıza hiçbir şekilde organ ve doku ticaretini hukuka uygun hale getirmez.

Organ ve doku nakillerinde hem alıcı hem de verici müdahaleye rıza göstermelidir. Alıcının rıza gösteremeyecek durumda olması halinde ona yapılacak müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, başka bir hukuka uygunluk

[1222] GÖKÇEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", SÜHFD 2000, Milenyum Armağanı, s. 67; YILDIZ, s. 285.
[1223] Örnek, Schlehofer'den alınmıştır. Bkz. SCHLEHOFER, Horst, AIDS und Organspende JURA 1989, s. 263, 273.
[1224] TOROSLU, Organ Aktarma, s. 101.

nedenine, örneğin varsayılan rıza veya zorunluluk haline dayanılabilir. Ancak canlı vericiye yapılacak tıbbi müdahalelerde hiçbir zaman varsayılan rıza[1225] veya zaruret hali hukuka uygunluk nedenine dayanılamaz. Bir başkasını kurtarma amacıyla bile olsa, kişinin rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne yapılacak müdahaleler hukuka uygun değildir[1226].

Vericiye yapılan müdahalenin, zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenine dayanılarak açıklanması mümkün değildir. Çünkü, zorunluluk halinin var olduğunun kabul edilebilmesi için, feda edilen ve kurtarılan menfaatler arasında yapılacak değerlendirmede kurtarılan menfaatin, feda edilen menfaatten daha üstün olması gerekir[1227]. Ancak canlı verici hiçbir şekilde kendi beden bütünlüğüne müdahale edilmesine katlanmaya veya kendi bedenini bir amaca ulaşmak için araca dönüştürmeye zorlanamaz. Kişinin kendi bedeni üzerinde tasarrufta bulunma ve kendi geleceğini belirleme hakkı, bir başkasının sağlığı veya yaşamının kurtarılması söz konusu olsa bile her zaman korunması gereken üstün menfaat olarak gözetilmelidir[1228].

Bu nedenle örneğin, acil kan nakli yapılması gereken bir hastaya kan bulmak için, başka bir insandan zaruret bulunduğu gerekçesiyle zorla kan alınması hukuka uygun değildir. Aynı şekilde böbrek nakli olmadığı takdirde mutlak surette ölecek olan bir kişinin hayatını kurtarmak için, rıza olmaksızın başka bir insanın böbreğini almak da hukuka aykırıdır[1229] . Bir başkasının hayatını kurtarmak için organ veya doku bağışında bulunmak ahlaken güzel bir davranıştır, ancak kişiyi organ ve doku bağışında bulunmaya zorlayan yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi, böyle bir düzenleme yapılması da insan haklarına aykırı olacaktır. Kişinin vücut bütünlüğüne kanunda getirilen istisnai sınırlamalar dışında hiçbir şekilde kendi rızası dışında müdahale edilemez, kanunda yer alan bu sınırlamalar da geniş yorumlanamaz.

[1225] AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 109.
[1226] MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT I, §8, kn. 39; ERMAN, B., s. 217.
[1227] Tehlikenin ağırlığı ile bu tehlikeyi defetmek için kullanılan vasıta arasında orantı bulunmalıdır. Başka surette korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak için daha değersiz olan feda edilebilir. Bkz. YOKUŞ- SEVÜK, Sağlık Hakkı, s. 238.
[1228] ROXIN, Strafrecht AT, § 16, kn. 43; MAURACH/SCHRÖDER/ MAIWALD, Strafrecht BT I, §8, kn. 39.
[1229] ROXIN, Strafrecht AT, § 16, kn. 42- 43.

Organ ve doku nakilleri ancak 2238 Sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla gerçekleştirildiğinde hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu amaçlara aykırı organ ve doku nakilleri hukuka aykırıdır[1230].

Organ ve doku nakillerinde aranan bu amaç alıcı açısından gerçekleşir. Çünkü organ nakli hastayı iyileştirmek, onu yeniden sağlığına kavuşturmak için yapılır. Ancak organ ve doku nakillerinde vericiye yapılan müdahale kanunda belirtilen amaçlara uygun değildir. Bir görüşe göre, organ nakillerinde alıcı bakımından tedavi amacıyla hareket edilmiş olması, vericiye yapılan müdahaleyi de kapsar. Bu görüş, alıcıya yapılan müdahalenin hukuka uygun olmasının, vericiye yapılan müdahaleyi de hukuka uygun hale getireceğini kabul eder[1231].

Ancak, yaşayan vericiye yapılan müdahalenin tedavi amacıyla yapılmadığı açıktır. Verici tamamen insancıl düşüncelerle bir başkasının hayatını kurtarmak gibi üstün bir amaçla hareket eder[1232]. Bu açıdan kanunda belirtilen amaç vericiye yapılan müdahale açısından isabetli değildir. Kaldı ki, alıcı bakımından tedavi amacıyla hareket edilmiş olmasının vericiye yapılan müdahaleyi de kapsadığı görüşü, alınan organın nakledilememesi halinde vericiye yapılan müdahalenin hukuka aykırılığı sonucunu doğuracaktır. Oysa ki, vericiye yapılacak müdahalede, müdahaleyi hukuka uygun hale getiren asıl neden, alıcının iyileştirilmesi amacı değil, vericinin insani amaçlarla hareket etmiş olmasından dolayı genel ahlak ve adap kurallarına uygun olan rızasıdır.

Rıza açısından önemli olan bir başka husus da, kişinin organ ve dokularını yalnızca belirli bir kişiye nakledilmesi şartıyla bağışlayıp bağışlayamayacağıdır. Şartlı rızanın geçerli olup olmadığıdır. Konuya ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kişinin organ bağışına şartlı rıza göstermesini geçersiz saymak için bir neden bulunmamaktadır[1233].

[1230] TOROSLU, Organ Aktarma, s. 101; YILDIZ, s. 285.
[1231] BAYRAKTAR, s. 182; ERMAN, B., s. 218; YILDIZ, s. 285.
[1232] YENERER- ÇAKMUT, s. 163; YENERER- ÇAKMUT, Sağlık Hukuku, s. 36.
[1233] AYDIN, s. 51; Örnek ve tartışma için bkz.: ÜNVER, Organ Nakli, s. 206.

c.Ölüden Organ ve Doku Nakli

aa. Genel Olarak

Ölüden organ ve doku alınması 2238 Sayılı Kanun'un 11. ve 14. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ölüden organ ve doku alınabilmesi için öncelikle kişinin ölmüş olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Ölümün tespiti açısından benimsenen iki sistem vardır: Biyolojik ölüm ve beyin ölümü.

Klasik ölüm olarak da tarif edilen biyolojik ölüm sisteminde, son kalp atışının durması ve son nefesle, ölüm gerçekleşir. Ancak kalbin yeniden çalıştırılması mümkün olduğu için, bu sistem yetersizdir[1234].

Beyin ölümü ise beynin vücudu yönetme olanak ve yeteneklerini tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir[1235]. Ancak beyin ölümünün gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek için, tüm beyin ölümüne gerek olmadığı, beyin kökünün ölümünün yeterli olacağı ya da büyük beyin ölümünün aranacağı gibi görüşler de ileri sürülmektedir[1236].

Türk hukuku açısından ölüm anının belirlenmesi değerlendirildiğinde, 2238 Sayılı Kanun ve TCK'da yer alan hükümlerde ölüm anına ilişkin hangi sistemin benimseneceğine ilişkin açık bir hüküm yer almadığı görülür. 2238 Sayılı Kanun'da "tıbbi ölüm halinden" söz edilmekte ve bu halin bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemler uygulanarak dört kişiden oluşan uzman bir hekim heyeti tarafından belirleneceğini belirtmektedir (ODNK m. 11).

Ancak Yüksek Sağlık Şurası 1969 yılından aldığı bir kararda, ölüm anının belirlenmesi açısından beyin ölümü ölçütünün benimsenmesi gerektiğini

---

[1234] SCHREIBER, Hans- Ludwig, İnsan Ne Zaman Ölür? Organ Nakli Kanunu'nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorununa Yanıt Verilmesi Zorunludur, in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Tıp ve Ceza Hukuku, s. 153 (Çev.: Ali Kemal Yıldız); GÖKÇEN, s. 74; AYDIN, s. 26.
[1235] YENERER- ÇAKMUT, s. 165; SCHREIBER, İnsan Ne Zaman Ölür, s. 154.
[1236] SCHROTH, Ulrich, Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Ankara, Ankara 2008, s. 316 (Çev.: Hakan Hakeri).

belirtmiştir[1237]. Ölüm anının tespitine ilişkin, Türk hukuk sistemindeki en açık düzenleme Organ ve Doku Nakilleri Hizmetleri Yönetmeliğin'de yer almaktadır. ODNHY'de beyin ölümünün tanımı yapılmaktadır: "*Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır".* Bu düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla, Türk hukukunda da tüm beyin ölümü ölçütü benimsenmiştir.

Ancak, ölüm anının tespitine ilişkin Türk hukukundaki mevcut düzenlemenin yönetmelikle yapılması konunun önemiyle çelişmektedir. Böyle bir düzenlemenin yönetmelik yerine kanunla yapılmasının, hem uygulamadaki karmaşayı ortadan kaldıracağı ve farklı ölüm anı ölçütlerinin kullanılmasının önüne geçeği, hem de ceza hukukunun kanunilik ve belirlilik ilkelerine daha uygun olacağı öğretide de vurgulanmaktadır[1238].

Ölümün ve ölüm anının saptanması, vericinin yaşam hakkının ihlal edilmemesi açısından çok önemlidir[1239]. Ölümün gerçekleştiğinin saptanması hekimlere bırakılmış olsa bile, ölümün gerçekleşme zamanının hukuki bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir[1240]. Zira ölüm ve ölüm anının saptanması tıbbi olduğu kadar, hukuki bir olaydır. Yarı ölü veya yarı yaşayan kavramları hukukla bağdaşmaz[1241].

Bu açıdan, 2238 sayılı Kanun'un 11. Maddesinde yer alan "tıbbi ölüm" ifadesi fazlasıyla belirsizdir, Ünver'in haklı olarak işaret ettiği gibi, tıbbi olmayan bir ölüm biçimi yoktur[1242]. Sorun ölüm anının belirlenmesinde beyin ölümünün mü, yoksa kalp durması anının mı veya başka bir ölçütün mü esas alınacağıdır. Bu hususun doktorların sübjektif değerlendirilmesine bırakılmaması ve kanunla açıkça *"beyin veya tam beyin ölümü ya da kısmi beyin ölümü"* [1243] ölçütünün getirilmesi ceza hukukunu belirlilik ilkesi açısından gereklidir.

[1237] YSŞ, 24.11.1969, 6293, aktaran: BAYRAKTAR, s. 186, dp. 211.
[1238] ÜNVER, KHukA 2005, s. 191; YILDIZ, s. 181.
[1239] TOROSLU, Organ Aktarma, s. 104.
[1240] YILDIZ, s. 282.
[1241] TOROSLU, Organ Aktarma, s. 106-107.
[1242] ÜNVER, KHukA 2005, s. 191.
[1243] ÜNVER, Yener, Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu, CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 217.

bb. Ölüden Organ ve Doku Alınmasında Rıza

Ölüden organ ve doku alınmasında rızanın önemli olup olmadığı konusunda değişik yaklaşımlar bulunmaktadır.

Ölüden organ ve doku aktarılmasında benimsenen modellerden biri olan *"rıza veya irade modeline"*[1244] göre, öncelikle kişinin sağlığında, organ ve doku nakline rıza göstermiş olması aranacaktır. Kişinin organ ve doku nakli konusunda iradesinin hangi yönde olduğuna dair kesin bir bilgi yoksa, bu durumda yakınları rıza gösterebilir[1245].

"*İtiraz modelinde*" ise, ölünün ya da yakınlarının herhangi bir itirazı olmadığı zaman, ölüden organ yada doku alınması hukuka uygundur. Bu model, rıza olmasa bile organ alımına imkan tanıyarak, alıcıyı korur. Ancak vericinin de, her zaman iradesini beyan etmek suretiyle organ ya da dokularının alınmasına engel olma şansı vardır[1246].

Üçüncü bir model olan zaruret modelinde ise, beyin ölümü gerçekleşmiş olan kişinin organları ihtiyacı olan kişilere serbest olarak nakledilir ve bunun yapılmaması yönünde yapılan itirızalar da dikkate alınmaz[1247]. Bu model, alıcı açısından çok avantajlı olmakla birlikte, ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin verir. Bu açıdan öldükten sonra şahsiyet haklarının tamamen ortadan kalkması anlamına gelir[1248].

Organ ve Doku Nakli Kanunu m. 14'e göre: "*Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birinin: Bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.*

[1244] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I (2007), s. 579.
[1245] VOLL, s. 275; ERMAN, B., s. 223.
[1246] VOLL, s. 282; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I (2007), s. 579.
[1247] AYDIN, s. 32.
[1248] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I (2007), s. 579.

Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.

Kaza veya doğal afetler sonucu vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirtilen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

Ayrıca vücudunu ölümünden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dâhil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayını tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yeönetmelikle belirlenir".

Bu maddeden de anlaşıldığı gibi, Türk hukukunda kişinin rızasına önem verilmiş, ancak kişinin iradesinin tespit edilemediği hallerde ise akrabalarının rızası aranmıştır. Kişi sağlığında organ ve dokularının alınmasına resmi veya yazılı bir vasiyetle izin verebilir veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklayabilir. Kişinin sağlığında böyle açık bir vasiyeti olmasa bile, ölüm anında sırasıyla yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının rızasıyla ölüden organ ve doku alınabilir (ODNKm. 14/1).

Kanun ölenin yakınları açısından rıza gösterecek kişiler konusunda bir sıralama yaptığından, ölüm anında birden fazla yakının bulunması ve bunların iradelerinin birbiri ile çelişmesi halinde, kanunun yaptığı sıralamaya göre, önce rıza göstermesi beklenen yakının iradesine öncelik verilmelidir. Örneğin, ölen kişinin eşi organlarını bağışlarken, kardeşi bağışlamayacağını beyan ediyorsa, eşin iradesi dikkate alınmalıdır[1249].

Kişinin sağlığında yaptığı rıza açıklamasının resmi veya yazılı bir vasiyet şeklinde olması gerekir. Kişinin organ ve doku nakline rıza gösterdiğini iki tanık huzurunda açıklaması da geçerli bir rıza açıklamasıdır. Ancak kişinin yaşarken doldurduğu, organ bağışı kartları Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda belirtilen şekil şartlarına uygun olmadığı için geçerli değildir[1250].

Düzenlemede yer alan "herhangi bir yakını" ifadesi rıza gösterme yetkisine sahip olanların belirlenmesi açısından bir belirsizlik yaratmaktadır. Öğretide bazı yazarlar, ölen kişinin bir arkadaşı veya tanıdığının da rıza açıklama yetkisine sahip olduğunu kabul ederler[1251]. Ancak buna karşı çıkan yazarlar ise, haklı olarak kan bağı veya akrabalık bağı olmasa bile, ölenle arasında en azından duygusal bir bağ bulunan nişanlısı, evlilik bağı dışında fiili olarak birlikte yaşadığı kişi veya ölen kişi ile maddi veya manevi bir bağ içinde olan kişilerin ODNK anlamında yakın kavramına dahil olduklarını ve yalnızca ölenle böyle bir bağ içinde bulunan kişilerin rıza açıklamaya yetkili olduklarını kabul ederler[1252]. Ancak kanunda yer alan bu ifade fazlasıyla belirsiz ve uygulamada komşuluk, hemşehrilik boyutuna kadar geniş yorumlanabilecek bir kavramdır. Bu kavramın geniş yorumlanması, organ ve doku nakillerinde rızayı tamamen önemsizleştirme riskini içinde barındırdığından, kanunda daha açık bir düzenleme yapılması gerektiği açıktır.

Kişi öldüğünde yanında kanunda sayılan yakınlarından birinin bulunmaması ve organ bağışlama iradesinin öğrenilemediği hallerde ise, yaşamı organ ve doku

[1249] ÜNVER, Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu, s. 204; YILDIZ, s. 282.
[1250] AYDIN, s. 35; ÜNVER, Organ Nakli, s. 204.
[1251] SOYASLAN, Doğan, Organ Nakli, MÜHF, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 131.
[1252] TAŞKIN, s. 130.

nakline bağlı olan kişilerin hayatlarının kurtarılması için, zaruret haline dayanarak organ ve dokularının alınmasının da hukuka aykırı olmayacağı görüşü öğretide bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir[1253]. Böyle bir durumda, varsayılan rızadan hareketle de organ ve doku nakli yapılabileceği belirtilmektedir[1254]. Ancak organ ve doku nakillerinde yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan alıcı açısından varsayılan rızaya dayanılabilse bile, verici açısından aynı sonuca ulaşmak oldukça zordur. Yaşayan vericiden varsayılan rızaya dayanılarak organ ve doku alınamayacağına yukarıda değinmiştik. Ölüden organ ve doku alınması açısından da varsayılan rızaya dayanılmayacağı kanaatindeyiz. Zira, varsayılan rızada, kişinin durumu bilmesi halinde iradesinin hangi yönde olacağına ilişkin bir değerlendirme yapılır. Bu değerlendirmede, kişinin kişisel durumu, menfaatleri, istekleri, ihtiyaçları ve değer yargıları esas alınır[1255]. Bu durumda, hakimin ölen kişinin iradesini tahmin etmesi ve ölen kişinin ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına rıza göstermesinin kuvvetle muhtemel olduğu sonucuna ulaşması gerekir. Ancak hakimin ölen kişinin iradesinin hangi yönde olacağını tespit etmesi, ölen kişinin yakınları yanında olmadığı için çok zordur.

Öğretide, varsayılan rızaya dayanılabilecek durumlara örnek olarak, kişinin çocuğunun organ bağışı beklemesi gösterilmektedir[1256]. Kişinin çocuğu organ bağışı bekliyorsa, ölen kişinin buna rıza göstereceği varsayılmaktadır. Ancak böyle bir durumda, yani alıcının kişinin çocuğu olduğunun bilindiği hallerde, zaten kanunda sayılan rıza gösterme yetkisine sahip yakınlardan birine ulaşılmıştır. Rızanın alınabileceği yerde varsayılan rızaya dayanmayı gerektiren bir neden yoktur.

Varsayılan rızanın en çok uygulandığı tıbbi müdahalelerde, rızasını açıklayamayan kişinin üstün menfaatlerinin korunması söz konusudur ve normal makül ve mantıklı düşünen herkesin üstün olan menfaatinin korunmasını isteyeceği

[1253] SOYASLAN, Organ Nakli, s. 131.
[1254] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 429; AYDIN, s. 39.
[1255] ERMAN, B., s. 140.
[1256] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 429.

varsayılır[1257]. Buna karşın organ ve doku bağısında organ ve dokuları alınan kişinin üstün menfaatlerinin korunması sözkonusu olmadığı için, kişinin durumu bilseydi rıza göstereceği sonucuna ulaşmak bu kadar kolay değildir. Bu nedenle kanunda açık bir düzenleme yapılmadıkça, bu gibi durumlarda yaşayan ya da ölmüş olan bir kişinin organları alınmamalıdır[1258].

Kaldı ki Kanun m. 14/5'de ölen kişinin yakınlarının yanında bulunmadığı hallerde, zaruret haline dayanılarak rıza aranmaksızın organ ve doku nakillerinin yapılabileceği halleri yalnızca kaza ve doğal afetlerle sınırlandırmıştır[1259].

Rıza sisteminin yanında, ölünün dış görünüşüne zarar vermeyecek organ ve doku alımlarına ilişkin itiraz modeline yaklaşan bir düzenleme yapılmıştır. Ceset üzerinde değişiklik yapmayan kornea gibi organ ve dokuların alınmasında aksine bir vasiyet veya beyanın bulunmaması yeterli görülmüş, ayrıca rıza aranmamıştır[1260].

Kişi, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, bu isteğine aykırı hareket edilerek organ ve dokularının alınması hukuka aykırı olacaktır.

Ölülerden organ ve doku nakline ilişkin bir diğer önemli sorun ise, intihar, trafik kazası veya silahlı saldırı sonucu gerçekleşen şüpheli ölümlerde, rızanın önemli olup olmadığıdır. Bu tür vakalarda, organ ve doku bağışı bekleyen hastaların yaşam hakları ile otopsiden elde edilecek delillerle olayın aydınlatılmasına ilişkin menfaatler çatışır. Burada organ ve doku nakline rıza gösteren kişinin iradesiyle, otopsiden beklenen yarar da çatışma halindedir. Öğretide haklı olarak konuya ilişkin yasal düzenleme yapılması zorunluluğuna işaret edilir. Bununla birlikte suç açısından delil olacak organların dışında kalan diğer organlar, rıza varsa alınabilmelidir[1261].

[1257] Kişinin iradesinin hangi yönde olduğuna dair hiçbir belirtiye ulaşılamadığında, hastanın objektif olarak en yararına olan müdahaleye rıza göstereceği varsayılır. Bkz. ERMAN, B., s. 140.
[1258] YILDIZ, s. 183.
[1259] Bkz. YILDIZ, s. 283; YENERER- ÇAKMUT bu durumda zaruret modelinin söz konusu olduğunu kabul eder. Bkz. YENERER- ÇAKMUT, s. 168.
[1260] ÜNVER, Organ Nakli, s. 204; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 429.
[1261] ÜNVER, Organ Nakli, s. 211; SOYASLAN, Organ Nakli, s. 130; YILDIZ, s. 284; AYDIN, s. 32.

3. Kısırlaştırma

Kısırlaştırma, insandaki üreme kabiliyetinin sona erdirilmesine yönelik tıbbi bir müdahaledir. Nüfus Planlaması Kanunu'nun 4. maddesinde yapılan tanıma göre:

"*Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.*

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır."

Kısırlaştırma müdahalesi kısırlaştırılan kişi aydınlatıldıktan sonra[1262] açıklayacağı rıza üzerine gerçekleştirilmelidir. Türk hukukunda "rızaya dayalı kısırlaştırma" kabul edilmiş olup, " zorunlu kısırlaştırma" mümkün değildir[1263]. Kişinin rızası olmadan veya rızasına aykırı olarak çocuk yapma kabiliyetinin sona erdirilmesi TCK m. 101'e göre suçtur. TCK m. 101'e göre:

"(1) *Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan biri tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında arttırılır.*

(2) Rızaya dayalı olsa bile kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

Kanunda da açıkça gösterildiği gibi bu suçun işlenebilmesi için kısırlaştırılan kişinin rızası bulunmamalıdır. Kişi çocuk yapma yeteneğini ortadan kaldıran bir müdahaleye kendisi rıza gösteriyorsa, suçun varlığı için kanunun aradığı şartlardan biri, yani rızanın yokluğu şartı gerçekleşmeyeceği için fiil, kanunda tarif edilen suç tipine uygun olmayacaktır. Rızanın varlığı fiilin tipe uygun olmasına engel olacağı

[1262] Kısırlaştırmanın önemi ve geniş etkileri nedeniyle aydınlatmanın çok iyi yapılması ve hastaya düşünmesi için yeterli zaman verilmesi gerekir. Ameliyattan kısa süre önce alınan rıza, hasta üzerindeki psikolojik baskı nedeniyle, kişinin gerçek iradesini yansıtmayabilir, gerçek anlamda kişinin kendi geleceğini özgürce belirleme hakkına dayanan bir karar olmayabilir. Bu nedenle hekimin yapacağı aydınlatma ameliyatın fizyolojik etkilerinin yanında ailevi, sosyal ve psikolojik etkilerini de kapsamalıdır. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s.468.

[1263] AYAN, s. 26; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.467.

için tipiklik gerçekleşmez, suç oluşmaz.

Çocuk yapma ve neslini devam ettirme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu hak üzerinde kişinin kendisinden başka birinin tasarruf etmesi mümkün değildir. Bu nedenle kısırlaştırılan kişiden başka birinin örneğin, eşlerden birinin diğerinin kısırlaştırılması için rıza açıklaması hukuken geçerli olmaz[1264]. Rıza göstermeye yetkili olan kişinin aynı zamanda rıza ehliyetine de sahip olması gerekir. Nufus Planlaması Kanunu m. 4/2'ye göre, ancak reşit olan kişiler kısırlaştırmaya rıza gösterebilme ehliyetine sahiptir. Buna göre on sekiz yaşından küçükler kısırlaştırmaya rıza gösteremezler.

Kısırlaştırma açısıdan rızanın muhatabı yani failin kimliği de önemlidir. Ameliyatı yapan kişi, buna yetkili değilse rızaya rağmen fiil suç olmaya devam eder. Yetkisiz bir kişinin fiiline gösterilen rıza, fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır.

NPK m. 4/2'ye göre kısırlaştırma tıbbi sakınca bulunmayan hallerde, reşit kişini rızasıyla yapılır. Kısırlaştırmada tıbbi endikasyonun yanında sosyal endikasyonnun bulunması da tartışmasız kabul edilmektedir. Örneğin, fiziksel ve psikolojik açıdan bakabileceğinin üzerinde çocuk sahibi olan bir annenin kısırlaştırma talebinde bulunması halinde hem psikolojik hem de sosyal endikasyonun bulunduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde rAİHM veya yumurtalık kanseri olan bir kadının kısırlaştırılmasında da tıbbi endikasyonun bulunduğuna şüphe yoktur[1265].

Ekomomik açıdan zor durumda olma veya çok fazla çocuk sahibi olma gibi tamamen sosyal zorunluluklarla yapılan kısırlaştırmanın suç olup olmadığı ise çok tartışmalı olmakla birlikte, genellikle kişinin rızasının bulunması halinde suç olmadığı kabul edilmektedir. Kısırlaştırma suçu açısından saik önemli olmadığı için, tıbbi zorunluluk olmasa bile çocuk sahibi olmak istemeyen reşit kişinin özgür

[1264] TRÖNDLE/ FISCHER, StGB, § 228, kn. 20; Uygulamada, eşlerden birinin diğerinin yerine kısırlaştırıldığı vakalarla karşılaşılmaktadır. Örneğin, kadının kısırlaştırılması tıbben gerekli olmasına rağmen, daha az riskli olduğu için kocanın kısırlaştırılması yoluna gidilebilmektedir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 468. Ancak bu gibi hallerde de aslolan kısırlaştırılan eşin rızasıdır. Diğer eşin, kısırlaştırılan eşin yerine karar vermesi ve rıza açıklaması hukuken geçerli değildir.
[1265] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.468.

iradesine dayanarak açıkladığı rıza fiili suç olmaktan çıkaracaktır[1266].

Kısırlaştırmanın rızaya dayalı olması kuraldır. Ancak akıl hastalarının kısırlaştırılmasında farklı bir yöntemin benimsenip benimsenemeyeceği tartışmalıdır[1267]. Alman Medeni Kanunu §1631c'de ana babanın reşit olmayan çocuğun kısırlaştırılmasına rıza göstermesi kesin olarak yasaklanmıştır. Aynı kanunun § 1905'de ise rıza ehliyeti olmayan yetişkinlerin, kanunda sayılan özel bazı şartların bulunması halinde yasal temsilcisinin rızası ve mahkemenin onayı ile kısırlaştırılmalarına karar verilebileceği düzenlemiştir.

Türk hukukunda ise akıl hastalarının kısırlaştırılmasına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak genel hükümlerden hareketle akıl hastalarının yasal temsilcilerinin rızasıyla kısırlaştırılmalarının önünde bir engel de bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk hukukunda da bir an önce yasal temsilcinin rızasının yanında hâkim kararını arayan yasal bir düzenleme yapılmalıdır[1268].

4. Kastrasyon

Kastrasyon, kısırlaştırmadan farklı olarak yalnızca kişinin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması değil, aynı zamanda kişinin cinsel salgı bezlerinin çıkartılması suretiyle cinsel etkinlikte bulunma yeteneğinin de tamamen ortadan kaldırılmasıdır[1269].

Kural olarak kastrasyon kişinin rızasıyla yapılmalıdır. Ancak Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'nun 2. maddesinin 3. fıkrasına göre: "*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde"* kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir. Ancak ameliyat sırasında ortaya çıkan zorunluluklar dışında kişinin rızası olmadan kastrasyon

[1266] TRÖNDLE/ FISCHER, StGB, § 228, kn. 21.
[1267] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 469; Nasyonal sosyalizm döneminde Alman ırkının temizlenmesi, hastalık ve sakatlıklardan arındırılması amacıyla akıl hastalarına sistematik bir şekilde uygulanan zorunlu kısırlaştırmayı çağrıştıran gerekçelerle, akıl hastalarının kısırlaştırılması kabul edilemez. Bkz. VOLL, s. 214.
[1268] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 469.
[1269] YENERER- ÇAKMUT, s. 123; ERMAN, B., s. 209.

yapılması hukuka aykırıdır (NPK m. 2/4).

Kısırlaştırmanın aksine, rıza olmaksızın yapılan kastrasyonu cezalandıran açık bir hükme TCK'da yer verilmemiştir. Ancak kastrasyon neticesinde kişi, üreme kabiliyetini de kaybedeceği için, failin TCK m. 101 gereğince cezalandırılması mümkün olmalıdır[1270].

5.Gebeliğin Sonlandırılması

Gebeliğe son verilmesi, ana rahmindeki ceninin tıbbi müdahale ile alınması ve gebeliğin sonlandırılmasıdır[1271]. Gebelik gebe kadının rızası ile veya onun rızası olmadan da sonlandırılabilir. Gebeliğin gebe kadının rızası olmaksızın sonlandırılması TCK m. 99/1 gereğince suçtur.

Ancak gebeliğin gebe kadının rızası ile sonlandırılması, her zaman cezalandırılmaz. TCK m. 90/2'ye göre, gebelik süresi on haftayı geçmemişse, gebe kadının rızası ile gebeliğe son verilmesi cezalandırılmayacaktır. Kanun tıbbi zorunluluk bulunması halinde on haftalık süreyi aşan veya gebe kadının bir suçun mağduru olması halinde yirmi haftaya kadar olan gebiliklerin (TCK m. 99/6) sonlandırılmasının da cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Gebe kadının rızasının geçerli olmayacağı, rızaya rağmen fiilin suç olmaya devam edeceği haller ise, kanunda belirtilen istisnai haller somut olayda bulunmamasına rağmen süresi on haftayı geçen gebeliklerin sona erdirilmesi ve bu süre aşılmamış olsa bile gebeliğin yetkili olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesidir (TCK m. 99/5).

TCK'da yer alan düzenlemelerin dışında, Nufus Planlaması Hakkında Kanun'da da gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. NPHK'un 5. maddesinde gebeliğin onuncu haftasına kadar, gebe kadının sağlığı açısından bir tehlike oluşturmaması şartıyla gebeliğe son verilebileceği düzenlenmiştir. Tıbbi

---

[1270] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 212; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.473.

[1271] GÜLŞEN, Recep, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7- 8 Kasım 2008 Ankara, Ankara 2009, s. 183; KESKİN-KİZİROĞLU, Serap, Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MÜHF, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Ankara 2007, s. 210.

endikasyon nedeniyle gerçekleştirilecek müdahaleler açısından ise bir süre sınırlaması getirilmememiştir. Gebeliğin ilk on haftasından sonra, gebeliğin annenin yaşamını tehdit ettiği veya edeceği ya da doğacak çocuk ile onu izleyen kuşaklar açısından ağır bir sakatlığa neden olacağı hallerde, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanarak vereceği gerekçeli rapor üzerine de gebe kadının rızasıyla gebeliğe son verilebilecektir (NPHK m. 5/2).

Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi, Türk hukuk sisteminde esas itibariyle süre esaslı isteğe bağlı gebeliğe son verilmesi benimsenmiştir. Gebeliğin sona erdirilmesine rıza gösterecek kişi kadının kendisidir. Eşin rızasının alınmaması NPHK m. 8 nedeniyle idari yaptırım gerektirecek[1272] olsa bile, TCK m. 99 açısından cezai bir yaptırım gerektirmez. Rıza gösterecek kişi, gebe olan kadındır. Bir görüşe göre, TCK m. 99 ile kadının anne olmak hakkının ihlal edilmesine ilişkin menfaatlerinin korunduğu kabul edilmektedir[1273]. Diğer bir görüşe göre ise, bu suç tipi ile cenin ananın vücüdunda bulunup serbestçe çıkarılabilecek bir organ olmadığı, yaşama ümidi taşıyan bir varlık olduğu için, öncelikle insan hayatı korunur. Ancak doğmuş ve yaşamakta olan hamile kadının yararları ile henüz doğmamış bulunan ceninin yararları çatışabilmektedir. Bu çatışmada üstün olan menfaatin korunması ilkesi gereği, bu suç tipi ile yalnızca ceninin değil, annenin de korunduğu kabul edilmektedir[1274]. Dolayısıyla rıza gösterme yetkisi kanunun bu yetkisiyi kullanmasına izin verdiği sınırlar içinde anneye aittir.

Bununla birlikte, küçüklerde, küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup da reşit ve ayırt etme yeteneğine sahip olmayan kişilerde reşit olamayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte, sulh hakiminin iznine gereksinin vardır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rAİHM tahliyesi için kendi rızası aranmaz (NPHK m. 6).

Ayırdetme yeteneğine sahip küçüğün ya da vesayet altında bulunan gebe

[1272] GÜLŞEN, s. 187.
[1273] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 132.
[1274] Bkz. YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1985, s. 45; Annenin sağlığının da korunduğuna ilişkin bkz. KAMBUR, Nihat, Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme Suçu (YTCK m. 100), EÜHFD, C. II, S. 3- 4, Y. 2007, s. 43.

kadının rızası olmaksızın sadece veli veya vasinin rızasıyla gebeliğin sonlandırılmasında, rıza geçerli olmadığı, esas itibari ile rıza gösterme yetkisine sahip olan kişi tarafından açıklanmadığı için hekimin cezai sorumluluğu gerekir.

Süre esaslı rızaya dayalı, gebeliğe son verilmesi sisteminin ilk istisnası, tıbbi endikasyon durumunda gebeliğin sonlandırılacağı hallerdir. Kanunda öngörülen sürenin aranmayacağı bu haller RAİHM Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğe eklenen 2 sayılı listede sayılmıştır. Tüzükte yer alan örneğin göz hastalıklarına veya ruh hastalıklarına bağlı nedenlerin varlığı halinde, annenin menfaatleri, ceninin menfaatlerinden üstün tutulmaktadır[1275]. Tıbbi endikasyonun bulunduğu bu durumlarda da gebe kadının rızasının bulunması gerekir.

Süre esaslı rızaya dayalı, gebeliğe son verilmesinin ikinci istisnası ise, TCK m. 99/6'da yer alan düzenlemedir. Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmaması ve kadının rızasının bulunması şartıyla, gebeliğin sona erdirilmesi cezalandırılmaz. Kanun kadının bir suç sonucu gebe kalması gerektiğini açıkça aradığı için, öğretide bu durum "suç endikasyonu" olarak adlandırılmaktadır[1276]. Ancak gebeliğin bir suç neticesinde meydana gelmiş olup olmadığını tespit etmek oldukça zordur. Burada adliyeye intikal etmemiş olaylarda gebeliğin bir suç neticesinde meydana gelip gelmemediğini tespit etmek önemli bir sorundur. Öte yandan, adliyeye intikal etmiş olsa bile bir suçun bulunup bulunmadığı ancak yargılama sürecinden sonra tespit edilebileceği için, bu sürecin tamamlanmasını beklemek, kadın açısından kanunda öngörülen bu 20 haftalık sürenin kaçırılmasına neden olacak ve kadının mağduru olduğu bir suçdan meydana gelen çocuğu doğurmak zorunda kalarak daha da mağdur olmasına neden olacaktır.

[1275] YENERER- ÇAKMUT, s. 133; Öğretide, NPHK'un 5. maddesine dayanarak annenin hayatı ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli hastalıkların söz konusu olduğu durumlarda süresi on haftayı geçmiş gebeliklere son verilmesinin yanında, özürlü çocukların da bu maddeye dayanılarak alındığına işaret edilmektedir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 454- 455.

[1276] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 463; Ancak öğretide Özgenç tarafından savunulan bir başka görüşe göre ise, rıza fiili hukuka uygun hale getirmez. Ancak gebe bırakılan kadın açısından bir zorunluluk hali söz konusu olduğundan, onun rızasına dayanarak, suç sonucu meydana gelen gebeliğe son veren kişinin kusurlu olmadığı kabul edilmektedir. Kadının içinde bulunduğu zorunluluk halinden, açıkladığı rızaya dayalı olarak gebeliğe son veren hekim de yararlanır. Bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 329.

Bu konuda kesin bir hüküm verilmesini beklemek, kadın açısından ağır sonuçlar doğuracağından kabul edilemez[1277].

Ancak bu durumda gebeliğin kadının "mağduru olduğu bir suç neticesinde" meydana geldiğini tespit etmek için hekimin elindeki tek ölçüt, kadının beyanıdır. Bu da bu düzenlemenin kötüye kullanılma olasılığını arttırmaktadır. Örneğin, evlilik içi cinsel saldırılar suç olarak düzenlendiği için, evli bir kadın gebe kaldığında, yirmi haftalık olan bebeğini cinsel saldırı suçunun mağduru olduğu gerekçesiyle sonlandırmak isteyebilecektir. Aynı şekilde, onbeş yaşından küçük bir kızın rızayla girdiği cinsel ilişki sonucu hamile kalması halinde, esasen rızası geçerli olmadığı için, fiil suç teşkil ettiğinden, 20 haftaya kadar olan gebeliği, rızaya ilişkin diğer şartlar da gerçekleştiğinde sonlandırılabilecektir[1278]. Uygulamada çokça rastlanabilecek bir başka durum ise, imam nikahlı eşinden hamile kalan bir kadının, daha sonra eşinden ayrıldığında veya başka biriyle evlendiğinde gebeliğin mağduru olduğu bir suç neticesinde gerçekleştiğini iddia ederek sonlandırılmasını isteyebilecek olmasıdır.

Hekimden, gebeliğin gerçekten cinsel saldırı suçu neticesinde meydana gelip gelmediğini tespit etmesini beklemek doğru değildir[1279]. Kanun savcılık tarafından soruşturmanın başlatılmış olmasını bile aramadığı ve bu durumu tespit etmesi de hekimden beklenemeyeceği için, bu düzenlemenin amaca uygun uygulanmama ihtimali çok yüksektir[1280].

Alman Ceza Kanunu §218a, III'de hekimin, kadına karşı böyle bir suçun işlendiğini ve gebeliğin bu suç neticesinde meydana geldiğini kuvvetle muhtemel görmesi halinde, cezalandırılmayacağını düzenlemiştir.

[1277] KESKİN- KİZİROĞLU, s. 216.
[1278] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 465.
[1279] Ünver, gebeliğin sona erdirilmesinde, gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin ispat edilmesinin aranmamasının, kız çocukları ve özürlüler açısından, yaşam hakkının ihlali için hukuka aykırı ancak yasal bir kapı aralanma telikesine işaret eder. Yazar bu tehlikenin bertaraf edilebilmesi için, gebe kadının beyanıyla yetinilmeyip, bu sorunun aşılması için hızlandırılmış bir yargılama sisteminin kurulmasındaki gerekliliği vurgular. Ülkemiz koşulları dikkate alındığında, sadece annenin beyanı veya doktorun sezgileri veya saptamalarına da kesin sonuç bağlanması doğru değildir. Bkz. ÜNVER, Hekim ve Hasta Hakları, s. 213.
[1280] KESKİN- KİZİROĞLU, s. 216.

TCK m. 99/6'da yer alan düzenleme ise bu haliyle belirsiz ve suistimallere açıktır. Bu nedenle en azından uygulamada, hekimin bir suçun mağduru olduğunu iddia eden kadının beyanını tek başına yeterli görmemesi ve adli makamlardan durumu sorması gerekir[1281].

III. Kişinin Şeref Değerinin Korunmasında Rızanın Etkisi

Kişinin şerefi de ceza hukukunun koruduğu hukuksal değerler arasında yer alır. Başkasının onur[1282], şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnad eden ya da söven kişi, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenmiş olan hakaret suçunu işler[1283]. Öğretide bazı yazarlar kişinin onur[1284] ve şerefi[1285] üzerinde tasarruf edemeyeceğini kabul ederken, diğer bir grup yazara göre, şeref de kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hukuksal değerlerdendir[1286].

Hukuksal değerden tamamen vazgeçme anlamına gelmeyecek, hukuka ve toplumsal düzene ilişkin davranış kurallarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde, kişi şerefi üzerinde tasarruf edebilir. Bu sınırlar içinde açıklanan rıza, kişin şerefini ihlal eden bir fiili hukuka uygun hale getirir[1287].

[1281] GÜLŞEN, s. 196.

[1282] Ünver, onur ve şeref kavramlarının farklı olduğuna ve bu kavramların eşanlamlı olarak kullanılmasının bir hata olduğunu belirtmektedir. Bkz. ÜNVER, İnsan Onuru, s. 47.

[1283] "Onur" bir türlü tanımlanamayan, ancak ceza hukuku açısından da asla vazgeçilemeyecek, daha çok işgence ve kötü muamele suçlarıyla alakalı görünse de, şeref de dahil olmak üzere ceza hukuku tarafından korunan yaşam ve vücut bütünlüğü başta olmak üzere, pek çok hukuksal değerle bağlantılı ve iç içe geçmiş bir kavramdır. Bkz. ÜNVER, İnsan Onuru, s. 66 vd; Şeref, insan onuruna dayalı olarak kişiye tanınan bir değer olsa da, kanaatimizce TCK m. 125'de korunan öncelikle kişinin "şeref" değeridir. Bkz. TOROSLU, Özel Kısım, s. 100; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 343.

[1284] ÜNVER, İnsan Onuru, s. 81.

[1285] İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi, s. 186; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 327; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 272; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 365; ÜZÜLMEZ, İlhan, Hakaret Suçu, CHD, C. 5, S. 12, Y. 2010, s. 56.

[1286] Bkz. ERMAN, Hakaret, s. 171; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 221; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 328; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 260; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 306; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler I (2007), s. 587; DÖNMEZER/ ERMAN, C. II, kn. 754; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, Genel Hükümler, s. 323; Hukuka, kamu düzenine, genel ahlak ve adap kurallarına aykırı olmamak kaydıyla tasarruf edilebilir. Bkz.: TOROSLU, Genel Kısım, s. 162; TOROSLU, Özel Kısım, s. 118; WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 515.

[1287] ÇETİN, Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Ankara 2005, s. 288; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 356.

Hakaret suçu[1288] bazen mağdurun niteliğinden dolayı yalnızca kişinin şerefini ihlal etmekle kalmaz, başka bir hukuksal değeri daha ihlal edebilir. Cumhurbaşkanına (TCK m. 299) veya memura hakaret (TCK m. 125/3,a ve m. 125/5) suçunda olduğu gibi, ihlal edilen hukuksal değer kişinin şerefi ile birlikte devletin manevi varlığıdır. Bu tür özel hakaret suçlarında kişinin korunmakta olan hukuksal değerler üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi olmadığından, rıza geçersizdir. Bu nedenle rıza, yalnızca kişinin şeref değerini ihlal eden fiiller açısından bir öneme sahip olabilir[1289].

Öğretide, kişinin şeref değerine karşı işlenen suçlar açısından rızanın, suçun hangi unsuru üzerinde etkili olacağı da tartışmalıdır. Monist teori taraftarlarına göre, hakaret suçunun oluşabilmesi için, fiilin kişinin şerefini rencide etmesi gerekir. Ancak, kişi kendi şerefine ilişkin bir tasarrufta bulunuyor ve ona karşı bir fiilin gerçekleştirilmesine rıza gösteriyorsa, böyle bir fiil kişinin şerefini ihlal etmez. Kişinin şeref değeri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları içinde kalan, bu nedenle normun koruduğu hukuksal değeri ihlal etmeyen bir fiil, suç değildir[1290].

Bu görüş hakaret suçunun, bir zarar suçu olduğu değerlendirmesine dayanır. Şeref manevi bir değerdir. Bu değerin zarara uğrayıp uğramadığını tespit etmek hiç de kolay değildir. Hakaret suçunun, bir zarar suçu olduğunu düşündüğümüzde doğal olarak bu zararın tespitinde kişinin fiil nedeniyle hissetiği[1291] elem ve acı suçun oluşumu açısından önemli olacaktır. Bu durumda kendisine örneğin, "şerefsiz", " hırsız" denmesine rıza gösteren kişinin, sarf edilen kötü sözlerden veya yapılan yakıştırmalardan rencide olması, vakar ve saygınlık düşüncelerinin azalması mümkün değildir. Dolayısıyla, kendisine bir fiil isnad edilmesine veya kötü bir söz

[1288] TCK m. 125'in gerekçesinde yalnızca şeref değerinin korunmasından söz edilmiş olmasına rağmen, bu suç tipiyle kişinin onuru da korunur. ÜNVER, İnsan Onuru, s. 77.
[1289] ERMAN, Hakaret, s. 171; ÇETİN, s. 188.
[1290] Bkz. RENNER, Franz Felix, Die Einwilligung als Tatbestandsmangel und als Rechtfertigungsgrund, Diss., Univ- München, München 1962, s. 116.
[1291] "*Şeref*" kavramından yalnızca *"fiili şerefin"* yani kişinin içsel algılamasının anlaşılmasının eksik olacağı düşüncesiyle bu kavrama "*normatif şeref*" kavramı da dâhil edilmiştir. Bu durumda şeref, hem kişinin kendisine karşı beslediği içsel değeri, hem de başkalarının gözündeki değerini (dış şerefi), yani insanın insan oluşundan dolayı, ona tanınmış olan şerefli olma ve bu değerine saygı gösterilmesine yönelik talebi içerir. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 343; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, Kişilere, s. 221.

söylenmesine rıza gösteren kişi, bu isnad veya sözlerden dolayı acı duymayacağı, rencide olmayacağından, gerçekleştirilen fiil tipik olmayacaktır[1292].

Ancak bu görüş iki açıdan eleştirilmelidir. İlk olarak hakaret suçunun işlenebilmesi için, failin hukuksal değer sahibinin rızası hilafına hareket etmesi gerekmez[1293]. Gerçekten de hakaret suçunda, fiilin suçun pasif süjesinin iradesine karşı gerçekleştirilme zorunluluğu yoktur. Diğer bir ifadeyle rızanın bulunmaması hakaret suçunun unsuru değildir. Kişinin şerefini zedeleyecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek, muhatabın iradesinden bağımsız, kanunda tarif edilen suç tipine uygun bir fiildir. Rızanın bulunması gibi bulunmaması da fiilin tipe uygun olması açısından önemsizdir.

Ayrıca hakaret bir zarar değil, tehlike suçudur[1294]. Gerçekten de objektif olarak fiilin kişinin şerefini rencide edebilecek nitelikte bir fiil olması, hakaret suçunun oluşabilmesi için yeterlidir. Fiil neticesinde kişinin şeref duygularının ayrıca zedelenmiş olması yani hakaret edilen kişi açısından subjektif bir zararın doğmuş olması gerekmez. Fiilin objektif olarak tahkir edici nitelikte bir fiil olması yeterlidir ve fiilin bu nitelikte olup olmadığını hâkim değerlendirir[1295].

Bu değerlendirmelerden sonra, kişinin tahkir edici bir fiile göstereceği rızanın, fiilin tipe uygunluğu üzerinde değil, hukuka aykırılık aykırılığı[1296] üzerinde etkili olduğu söylenebilir. Çünkü tahkir edici fiil, dış dünyada algılanabilir şekilde objektif olarak ortaya çıktığı anda kanundaki hakaret suçunun tanımına uygun tipik bir fiildir, ancak kişi rıza gösterdiği için fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir[1297].

Rıza ehliyeti olmayan kişilerin şereflerini ihlal eden fiiller üzerinde de

---

[1292] Bkz. RENNER, s. 116.
[1293] GEERDS, s. 32.
[1294] TEZCAN/ ERDEM/ÖNOK, s. 344; TOROSLU, Özel Kısım, s. 103; ÖZBEK, Veli Özer, Şerefe Karşı Suçlar, Hukuk ve Adalet, S. 5, Nisan 2005, s. 266.
[1295] Buradaki ölçüt, hukuksal değer sahibinin kendi değerlendirmesi değil, saldırıyı oluşturan söz, yazı ve işaretlerin toplumdaki genel anlayışa göre objektif anlamlarıdır. TOROSLU, Özel Kısım, s.103; ERMAN, Hakaret, s. 79; ÖZBEK, Şerefe Karşı Suçlar, s. 266.
[1296] ERMAN, Hakaret, s. 171; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 356; WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 515; BGHSt 11, s. 67.
[1297] WESSELS/ HETTINGER, Strafrecht BT I, kn. 515.

durulması gerekir. Hakaret bir tehlike suçu olduğu ve bu suçun oluşabilmesi için kişinin şeref değerinin zarar görmesi gerekmediğinden, mağdurun kimliği önemli değildir. Şeref duygusundan yoksun olan veya hakkında söylenen sözlerden sübjektif olarak etkilenmeyen, rencide olmayan çocuk veya akıl hastaları da salt insan oldukları için şeref sahibidirler ve yaşadıkları toplumda bir saygınlıkları vardır[1298]. Objektif olarak kişinin şerefini zedeleyen veya saygınlığını tehlikeye sokan hareketlerin cezalandırılması gerekir. Öte yandan bu kişilerden şerefin anlamını tam olarak kavrayamamaları ve bu değere karşı gerçekleştirilen fiilin kendileri açısından doğuracağı sonuçları değerlendirebilmeleri beklenemez. Bu nedenle, rıza ehliyeti olmayan bu kişiler kendi şereflerini veya saygınlıklarını rencide edici hareketlere rıza gösteremezler, açıkladıkları rıza geçersizdir[1299].

Şeref, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hukuksal değer olduğu için, bu hukuksal değerin ihlaline temsilci aracılığı ile rıza gösterilmesi mümkün değildir.

Basın ve yayın yoluyla işlenen hakaret suçunda, rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için rızanın geçerlilik sınırlarının aşılmaması gerekir. Kişi hangi sözlerin söylenmesine veya hangi yazıların yazılmasına rıza göstermişse, yayınlanan söz ve yazılar o çerçeveyi aşmamalıdır. Aynı şekilde, kişi yalnızca belirli bir yazar tarafından veya yalnızca belirli bir gazetede yayın yapılmasına rıza göstermişse, bir başka yazarın veya başka bir gazetenin yayını hukuka uygun olmaz[1300].

Yargıtay ise konuya ilişkin olarak, *"...Sövme suçu kişinin onuruna karşı bir cürümdür ve kişinin korunan menfaat/değer konusunda tasarruf yetkisi bulunduğundan, rıza göstermesinin hukuka aykırı eylemi hukuka uygun kılacağı ve dolayısıyla söz konusu suçun hukuka aykırılık ögesinin ortadan kalkacağı açıktır. Katılan ve sanık Ş. M.'nin sözlü atışmalarda bu tür şakalara rıza gösterdikleri anlaşılmakta ve fakat bunların yayınlanmasına rıza gösterdiklerine ilişkin bir kanıta dosyada rastlanmamakta, ... Bu durum karşısında, katılanın suç konusu şiirin yayınlanmasına rızasının bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve bulunduğuna*

[1298] TOROSLU, Özel Kısım, s. 107.
[1299] ERMAN, Hakaret, s. 53.
[1300] ERMAN, Hakaret, s. 173; CİHAN, s. 288.

ilişkin kanıtlar gösterilmeden, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır"[1301] şeklinde bir kararı vardır. Eski tarihli bu kararında mahkeme, hem kişinin şeref değerini ihlal eden fiillere rıza gösterebileceğini, hem de böyle bir rızanın fiili hukuka uygun hale getireceğini kabul etmektedir.

Kişinin kendi şerefi üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek olması, rızanın bu değeri ihlal eden bütün fiilleri hukuka uygun hale getirebileceği anlamına gelmez. Rızanın konusu hukuka, genel ahlak ve adaba aykırı olmamalıdır[1302]. Kişi şeref değerinden tamamen feragat edemez, bu nedenle şeref değerinden feragat anlamına gelebilecek rıza açıklaması geçerli değildir. Aynı şekilde, fiilin kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği başka bir hukuksal değeri daha ihlal etmesi halinde de rıza geçersizdir[1303].

[1301] Y 4. CD, 24.2.1994, 983/1502, aktaran, CİHAN, s. 289, dp. 121.

[1302] NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 104; Nitekim Yargıtay da mankenlerin soyunma odalarının gizli kamera ile kaydedilip görüntülerin rızaları olmaksızın televizyonda yayınlanmasına ilişkin olarak verdiği bir kararda bu hususa işaret etmektedir: "…*Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun edep duygusuna aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde; haber verme hakkı veya özel veya kamusal bir yarardan sözedilemeyeceği, esasen rıza bulunsa bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Keza; Kişilerin, (namus veya vakar veya haysiyet)'nin toplumsal ve ahlaki değerlerden oluşması ve buna saygı gösterilmesini isteme haklarının bulunması itibariyle de bu suretle sergilenmeleri, kimileri için merakları tatmin edici olsa da, toplumun ortak ahlak duygusuna aykırı olduğundan TCK.nun 482/1. maddesinde tarif olunup korunan bu değerlere saldırı oluşturduğunu kabul etmek gerekir".* Y 2. CD, E. 1998/ 2325, K. 1998/2271, T. 3.3.1998, http://www.kazanci.com, (siteye giriş tarihi: 26.04.2010).

[1303] "…*çeşitli kanunlarla konulan yayın yasaklarına rağmen, bir şahsın şerefini zedeleyen bir yayın yapılsa ve mağdur buna rıza gösterse, yayın yasağının konulması ve yasaklanan yayının yapılması ile korunan menfaat sadece ve münhasıran kişinin şeref hakkı olmadığından, mağdurun rızası yine bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez".* Bkz. ERMAN, Hakaret, s. 172.

SONUÇ

Rızanın ceza hukukundaki yeri ve önemi çok eski dönemlerden beri ceza hukukçularını uğraştıran bir konu olmuştur.

Roma hukuku dönemindeki önemini kaybetmiş olsa da, rıza modern ceza hukuku açısından da çok önemli bir yere sahiptir. Nitekim pek çok hukuk sisteminde rıza ya ceza kanunlarının genel hükümlerinde ya da özel hükümlerde kendine yer bulan bir ceza hukuku kurumudur. Çalışmamızın sonunda, rızanın hukuki niteliği, suça etkisi, şartları, bazı kurumlardan farkı ve geçerliliğine ilişkin tartışmalı bazı alanlara ilişkin olarak öğretide ve uygulamada var olan görüşler ve sorunlara ilişkin olarak ulaştığımız sonuçları ortaya koymak gerekmektedir.

Rıza, hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kabul edilen kişinin, bu hukuksal değerlerine ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından sağlanan soyut hukuki korumadan, somut olayda vazgeçmesidir[1304]. Kişi hukuksal değerini ihlal eden bir fiilin gerçekleştirilmesine razı olduğunu açıkladığında, aynı zamanda hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan da somut olayda vazgeçtiğini açıklamış olur.

Hukuk düzeni hem Anayasa hem de Ceza Kanunu'yla kişinin kendisine ait bazı hukuksal değerler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkını tanımıştır. Rızanın hukuki temelinde, genel eylem özgürlüğünün bir parçası olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı yer alır. Bu hak kişiye kendisine ait hukuksal değerler üzerinde, hukukun belirlediği sınırlar içinde tasarruf etme imkanı tanır. Kendi hukuksal değerleri üzerinde tasarruf etme yetkisi olan kişi, isterse bu hukuksal değerlere ilişkin hukuki korumadan da somut olayda vazgeçebilir, hukukun tanıdığı yetkiyi kullanan kişi hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Özgür bir bireyin kendi hukuksal değerlerine ilişkin kararlarına, seçimlerine hukuken önem verildiği için, bu

[1304] GEERDS, GA 54, s. 263; LENCKNER, ZStW 72 (1960), s. 453; SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ LENCKNER, StGB Vorbem §32, kn. 33; KÜHL, Strafrecht AT §9, kn. 20; KOCA/ ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 271; AMELUNG, Einwilligung, s. 26 vd.

seçimlerin bir yansıması olan rızaya dayanarak bir fiili icra eden faile de ceza verilmez.

Rızanın suça etkisine ilişkin olarak yapılan incelemelerde, rızanın ilişkin olduğu suç tipinin özelliklerine bağlı olarak kimi zaman bir hukuka uygunluk nedeni, kimi zamansa tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Rızanın suça etkisi değerlendirilirken öncelikle suçun kanuni tanımına bakmak gerekir. Eğer bir suçun kanuni tanımında, rızanın bulunmaması bir unsur olarak açıkça düzenlenmişse veya suç tipinde açıkça yer almamakla birlikte yorum yoluyla tipik fiilin hukuksal değer sahibinin rızasına aykırı bir şekilde veya rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılıyorsa, bu suç tipleri açısından rızanın varlığı tipikliğin gerçekleşmesine engel olur.

Bazı suç tiplerinde rızanın bulunmamasının açıkça aranmasının anlamı, Türk ceza hukuku öğretisinde genellikle hukuka özel aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu görüş isabetli değildir. Bu suç tiplerinde işaret edilen "rızanın bulunmaması" suçun fiil unsuruna işaret eder ve fiilin suç olabilmesi için taşıması gereken bir niteliği belirtmektedir. Suç tipinde yer alan bütün unsurlar failin kastına dahil olduğu için, failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için rızanın bulunmadığını da bilmesi gerekir. Örneğin, hırsızlık suçunda fiil bir malı bulunduğu yerden almak değil, bulunduğu yerden zilyedinin "rızası olmaksızın almaktır". Rızanın bulunmadığını bilmeyen, rızanın bulunduğu inancıyla hareket eden fail kasten hareket etmiş olmaz. Suçun oluşması için bulunmaması gereken rızanın somut olayda var olması halinde ise, fiil kanuni tipe uygun, dolayısı ile suç olduğu kabul edilen bir fiil olmayacaktır. Rızanın bulunmamasının suçun bir unsuru olduğu bu hallerde, rıza tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir nedendir. Hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal, kısırlaştırma gibi suç tipleri bu türden suçlardır.

Bunun dışında kişilere ait hukuksal değerleri koruyan bazı suç tipleri incelendiğinde de, failin fiilinin tipe uygun olması için hukuksal değer sahibinin iradesine aykırı bir hareketi gerçekleştirmesi gerektiği görülür. Cebir ve tehdidin suçun bir unsuru olduğu suç tipleri bu türdendir. Fiilin gerçekleştirilmesine hukuksal

değer sahibinin rıza göstermesi, bu suç tipleri açısından da fiilin tipe uygun olmasına engel olur. Rıza burada da tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir nedendir. Cinsel saldırı, tedit, cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçlar bu türdendir.

Ancak bazı suç tiplerinde, rıza fiilin tipe uygun olmasına engel olmaz. Rızaya rağmen fiil, kanuni tarife uygun bir fiil olarak ortaya çıkar. Bu suç tipleri açısından hukuken geçerli bir rıza, tipe uygun olan fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Yaralama, mala zarar verme ve hakaret suçları bu türden suçlardır.

Rızanın ceza hukukundaki etkisi, bireysel hukuksal değerlerin korunduğu ceza normlarıyla sınırlıdır. Topluma ve devlete ait hukuksal değer üzerinde kişinin tasarruf yetkisi yoktur, bu nedenle kişinin bu değerlerin ihlaline rıza göstermesi hukuken geçerli değildir

Kişi, fiilin türünü, ağırlığını ve neticelerini bilerek rıza göstermelidir. Aksi bir anlayış burada savunulmakta olan, rızanın hukuki temellerinin kişi özgürlüğü ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayandığı anlayışıyla bağdaşmaz. Bu nedenle kişinin rıza gösterdiği neticeyi bilmesi ve istemesi ama en azından bu neticeyi öngörebilmesi ve kabullenmesi gerekir.

Rıza gösteren kişi rıza ehliyetine sahip olmalıdır. Rıza gösterme ehliyeti hukuki işlem ehliyeti ve ceza ehliyetinden farklıdır. Rıza ehliyeti için kanunlarda belirli fiiller için öngörülen yaş sınırlamaları dışında, kesin yaş sınırları belirlemek mümkün değildir. Somut olayda kişi rıza gösterdiği fiilin türünü, ağırlığını ve sonuçlarını algılayıp, değerlendirebilecek ve bu fiili isteyebilecek olgunluğa sahipse, rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmelidir.

Kişinin rıza ehliyetinin var olması için anlama ve isteme yeteneklerinin her ikisine birden sahip olması kuralının, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza açısından bir istisnası yoktur. Tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızaya ehliyet açısından da tıpkı hukuka uygunluk nedeni olan rızaya ehliyet gibi, rıza gösteren kişi rıza gösterdiği fiilin ve rızasının anlam ve sonuçlarını anlama ve isteme yeteneğine sahip olmalıdır.

Rıza kural olarak rızanın ilişkin olduğu hukuksal değerin sahibi tarafından gösterilir. Ancak malvarlığına ilişkin hukuksal değerler açısından temsil sözleşmesinde özel olarak düzenlenmiş açık bir hüküm bulunması halinde iradi temsilci de rıza açıklamaya yetkili kılınabilir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin olarak ise iradi temsilci kural olarak rıza açıklayamaz. Ancak özellikle tıbbi müdahaleler sırasında ortaya çıkabilecek beklenmedik durumlara ilişkin rıza açıklaması için eğer özel bir kişi temsilci tayin edilmişse bu kişinin rıza açıklaması da istisnai olarak kabul edilebilir. Kanuni temsilcinin malvarlığına ilişkin hukuksal değerlere yönelik rıza açıklaması mümkünken, kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerlere ilişkin olarak rıza göstermesi kural olarak mümkün değildir. Kanuni temsilci yalnızca kanunlarla belirlenen sınırlar içinde, temsil ettiği kişiye yönelik tıbbi müdahalelere rıza gösterebilir.

Rıza mutlaka açıklanmalıdır. Yasal olarak özel bir açıklama şekli öngörülmemişse, rıza yazılı, sözlü veya davranışlarla açıklanabilir. Rıza açıklaması faile karşı yapılmalı ve fail kural olarak rızanın varlığından haberdar olmalıdır. Rıza açıklaması rızanın her zaman geri alınabilmesiyle de doğrudan ilintilidir. Açıklanmamış bir rızanın geri alınması da mümkün değildir. Bu da hangi fiillerin rıza kapsamına girdiğinin tespitini zorlaştırır. Fail gerçekleştirdiği fiilin geçerli bir rıza açıklamasına dayandığını bilmelidir. Ancak rıza açıklaması faile ulaşmamışsa ve fail rızanın açıklandığını bilmeden fiili icra ederse, hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki etkisinin objektif olduğunu kabul ettiğimiz için, bizce rıza burada da hukuki sonuçlarını doğurur.

Açıklanan rıza, her zaman geri alınabilir. Ancak rızanın geri alınması maddi olarak imkânsızsa veya rıza bir özel hukuk sözleşmesinin parçasıysa geri alınamaz. Bu gibi hallerde rızanın geri alınması, özel hukuk kurallarıyla özel usul ve şartlara bağlıdır. Bunun dışında kişinin rızasını geri alması her zaman mümkündür.

Rıza ciddi ve failin hukuksal değer sahibini bilgilendirme ödevinin bulunduğu hallerde, bilgilendirme yapıldıktan sonra kişinin özgür iradesine dayanarak verilmiş olmalıdır. Rıza ayrıca temel irade sakatlıklarından arınmış olmalıdır. İrade

sakatlıkları ile sakatlanmamış olması rızanın en önemli geçerlilik şartlarından bir tanesidir. Rıza kişinin özgür iradesine dayanmalı, cebir ve tehdit altında alınmamış olmalıdır. Cebir ve tehdit altında açıklanan rıza hiçbir şekilde geçerli değildir. Ancak kişi gerçeği bilmediği veya yanlış bildiği için, içine düştüğü hata veya fail tarafından yapılan hile nedeniyle rıza açıklamışsa, rızanın peşinen geçersiz olduğu söylenemez. Bu gibi durumlarda, hata ve hilenin hukuksal değere ilişkin olup olmadığına bakılmalıdır.

Kanaatimizce rıza gösteren kişinin hukuksal değere ilişkin olarak içine düştüğü bütün irade sakatlıkları rızanın geçerliliği açısından önemlidir. Hukuksal değere ilişkin olmayan saik hataları ve rıza gösterilmesi karşılığında elde edilmesi beklenen maddi veya kişisel menfaatlere ilişkin irade sakatlıkları ise önemsizdir. İrade sakatlıkları, doğrudan rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olmasa bile, kişinin kendi hukuksal değerine ilişkin karar verme özerkliğini ortadan kaldırdığında da rızanın geçerli olmasına engeldir. Örneğin, hileyle zaruret haline benzer bir durum yaratılarak elde edilen rıza geçersizdir.

Rızanın konusu hukuka, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba uygun olmalıdır. Bununla birlikte genel ahlak ve adap kavramı dar yorumlanmalıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerlere ilişkin olarak açıklanan rızanın konusunun, genel ahlak ve adaba uygun olması gerekir. Ancak, rızanın geçerliliğinin belirlenmesinde genel ahlak ve adaba uygunluk ölçütü, malvarlığı gibi hukuksal değerler açısından uygulanmamalıdır. Neyin genel ahlak ve adaba aykırı olduğu tespit edilirken de genelgeçer bireysel ve toplumsal değer yargıları yerine, toplumsal düzene ilişkin davranış kuralları esas alınmalıdır. Toplumsal düzene ilişkin davranış kurallarını ihlal etmeyen fiiller, kişinin özgürlük alanı içinde kalır. Genel ahlak ve adaba aykırılık kavramı geniş yorumlanarak, kişinin kendi hukuksal değerleri üzerindeki tasarruf özgürlüğü ve anayasal temelleri olan kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olan rıza gösterme özgürlüğü kısıtlanmamalıdır.

Rıza, bir diğer ceza hukuku kurumu olan varsayılan rıza ile karıştırılmamalıdır. Varsayılan rıza, izin verilen risk ilkesine dayanan, kendine özgü ve geçerlilik şartları

rızadan farklı bir hukuka uygunluk nedenidir. Varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallerde, rıza fiil gerçekleştirildiği anda var olmadığı ve açıklanmadığı için gerçek rızadan ayrılır.

Rıza, hipotetik rıza ile de karıştırılmamalıdır. Kişinin açıkladığı rıza gerçekte bir irade sakatlığına dayanmasına rağmen, irade sakatlanmamış olsaydı da kişinin rıza göstereceğinin anlaşıldığı hallerde fiilin, hipotetik rıza nedeniyle hukuka uygun olacağı Alman ceza hukuku uygulamasında ve öğretide bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır. Ancak bize göre hipotetik rızanın var olduğu kabul edilen hallerde, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Sakatlanmış bir iradeye dayanan bu nedenle de hukuken geçersiz olan rıza, sonradan yapılacak bir değerlendirmeyle geçerli hale gelmez.

Rızanın geçerlilik alanını kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hukuksal değerler belirler. Ancak kimi hukuksal değerler üzerinde kişinin tasarruf yetkisinin olup olmadığı veya bu yetkinin sınırlarının nasıl belirleneceği, rızanın gerçerlilik alanına ilişkin tartışmaları beraberinde getirmektedir. Yaşam hakkının ihlaline rıza gösterilip gösterilemeyeceği, vücut bütünlüğüne ilişkin rızanın sınırlarının belirlenmesi ve kişinin şerefine ilişkin hukuksal değerlerine ilişkin rızanın geçerliliği, rızanın en tartışmalı olduğu konulardır.

Yaşam hakkı, kişinin kendisi dışında kalan bütün insanlar için kesin olarak tabulaştırılmış, mutlak surette korunması gereken, yalnızca bir özden ibaret olan bir hukuksal değerdir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, yaşam hakkını ihlal eden fiillere rıza gösterilmesini kapsamaz. Çünkü kendi geleceğini belirleme hakkı, geleceğini yok etme hakkını içermez. Yaşam hakkı kişinin, ihlaline rıza göstererek, hukuken korunmasından vazgeçebileceği bir hak değildir.

Rıza ile bir başkasının yaşamına son veren kişi ister ötanazi uygulayan bir hekim olsun, isterse hekim dışında herhangi bir kişi, rızaya dayanarak cezadan kurtulmayı umut edemez. Ancak kişinin rızası, daha doğrusu rızasızlığı, tedaviyi red hakkı bağlamında değerlendirildiğinde, pasif ötanazinin hukuken tanındığı görülür. Aynı şekilde kişinin yaşamını kısaltsa bile ağrı dindirici ilaç tedavisinin uygulanması

hekimler için bir ödev olduğundan, dolaylı ötanazinin de kabul edildiği söylenebilir. Ancak aktif ötanazi Hollanda, Belçika ve Lüxenburg dışında kalan diğer hukuk sistemlerinde kabul edilmediği gibi, uluslararası tıp etiği belgelerinde de tıbbi etiğe aykırı bulunur. Aktif ötanazi, hem kişi yaşam hakkı üzerinde başkasının bu hakkı ihlal eden bir fiiline rıza gösteremeyeceğinden, hem de her zaman kötüye kullanılabileceğinden, suç olarak kalmaya devam etmelidir.

Bununla birlikte, acıma hisiyle hareket eden ve hastanın isteğini yerine getiren hekimin, katil kastıyla hareket eden kişilerden ayrılması ve ötanazinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi veya adam öldürme suçunun hafifletici nedenleri arasına alınması gerekir.

Kişinin kendi bedeni üzerinde belirli sınırlar içinde tasarruf edebileceğinde bir tereddüt yoktur. Kişi vücut bütünlüğünü ihlal eden hafif fiillere hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebilir. Bununla birlikte, kişi vücut bütünlüğünü ihlal eden ve belirli bir ağırlık düzeyini aşmış olan fiillere, yalnızca tıbbi müdahaleler ve kanunda yazılı hallerde hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebilir.

Yaralama suç tipine uygun olduğunu kabul ettiğimiz tıbbi müdahaleler, bir hekim tarafından, tıbbi gereklilik nedeniyle ve tıp mesleğinin kabul edilen kurallarına uygun olarak gerçekleştirildiğinde, hastanın aydınlatılmış rızası da alındığı takdirde hukuka uygun olurlar. Hasta müdahalenin türü, ağırlığı, sonuçları ve alternatifleri konusunda tam olarak bilgilendirilmeli, aydınlatılmalıdır. Bu yükümlülüğün ihlali, rızanın sakatlanmasına ve geçersiz sayılmasına neden olur. Geçersiz bir rızaya dayanan tıbbi müdahale hukuka aykırıdır.

Kişinin kendi bedeni üzerindeki hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan bu haklara yönelik fiillere ancak kişinin kendisi rıza gösterebilir. Bu açıdan tıbbi müdahalelere de rıza gösterecek olan kişi öncelikle, kendisine tıbbi müdahalede bulunulan kişidir. Ancak çocuklar açısından, ayırt etme yeteneğine sahip olan çocuğun rızasının yanında ana babanın iznini de almak gerekir. Kanuni temsilcinin iradesiyle, ayırt etme yeteneğine sahip çocuğun iradesi çatıştığında ve kanuni temsilcinin objektif olarak çocuğun menfaatine olan bir müdahaleye izin

vermediğinde, çocuğun iradesi dikkate alınmalıdır.

Rızanın her zaman geri alınabileceği kuralına bağlı olarak, tıbbi müdahalelerde kişinin tedaviyi ret hakkının olduğu kabul edilmelidir. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan kişi, kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir. Kişinin bedeni üzerinde yapılacak müdahalelere onay verme veya reddetme hakkı, kanunlarla getirilen sınırlamalar dışında, hiçbir şekilde sınırlanamaz. Kişi bu hakkını tedavi başlamadan veya tedavi başladıktan sonra her zaman kullanabilir. Tedavi hasta tarafından reddedilmesine rağmen kanunlarda belirtilen haller dışında hekimin tedaviye devam etmesi, hukuka aykırıdır. Kişinin iradesiyle hekimin iyileştirme ödevinin çatışması halinde her zaman kişinin iradesine öncelik tanınmalıdır.

Rıza ehliyetine sahip ve iradesi sakatlanmamış bir kişinin özgür iradesine dayanarak verdiği tedaviyi ret kararı, sağlık açısından sakıncalı veya kişinin ölümüne neden olsa bile kendi geleceğini belirleme hakkının bir gereği olarak hukuken tanınmalıdır. Tedaviyi ret hakkı ulusalararası tıp etiği belgelerinde, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda da bu şekilde değerlendirilir.

Rıza olmaksızın kişiye tıbbi müdahalede bulunulması ise ancak kanunlarda açıkça düzenlenmiş, sınırlı hallerde hukuka uygundur. Rızanın aranmadığı bu gibi hallerde çoğunlukla kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından daha önemli, toplumsal değerlerin korunması söz konusu olmaktadır. Toplumun sağlığının korunması, ceza veya ceza muhakemesi hukukundan kaynaklanan zorunluluklarla geçerkleştirilen rızasız tıbbi müdahaleler, ancak Anayasa'da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine aykırı olmadıklarında hukuka uygundur.

Kanunlarda öngörülen sınırlı sayıdaki düzenlemeler dışında, rıza olmaksızın gerçekleştirilen her tıbbi müdahale hukuka aykırıdır. Rızasız tıbbi müdahaleler karşılaştırmalı hukukta bazı ülkeler tarafından kişi hürriyetine karşı işlenen suçlar arasında bağımsız bir suç tipi olarak cezai yaptırıma bağlanmıştır. TCK'da ise kendiliğinden gerçekleştirilen tıbbi müdahaleleri cezai yaptırıma bağlayan bağımsız bir suç tipine yer verilmez. Bu nedenle kendiliğinden gerçekleştirilen bu tür tıbbi

müdahale yaralama suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu durumda kendiliğinden gerçekleştirilen ve yaralama suç tipine uygun olmayan dışsal muayeneler cezasız kalabilecektir. Rızasız gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler gibi, yaralama boyutuna ulaşmayacak kadar önemsiz müdahaleleri de cezalandırıp cezalandırmamak kanun koyucunun benimseyeceği suç politikasına bağlıdır. Ancak yaralama suçu boyutuna ulaşmamış önemsiz müdahalelerin cezalandırılması, ceza hukukunun ultima ratio- son araç olma ve cezaların suçlarla orantılı olması gerektiği prensiplerine aykırı olacaktır. Kaldı ki bu tür müdahaleler 1219 sayılı Kanunun 70. maddesi gereğince zaten idari yaptırıma bağlanmıştır. Bu açıdan Türk hukukunda gerek yaralama suç tipine ulaşmış tıbbi müdahalelerin gerekse bu boyuta ulaşmamış önemsiz müdahalelerin hastanın rızası alınmadan gerçekleştirilmesi halinde, hekimlerin cezai sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin bir boşluk bulunmamaktadır. Bu nedenle rızasız tıbbi müdahaleleri cezai yaptırıma bağlayan ayrı bir suç tipi düzenlemeye gerek yoktur.

İyileştirme amacı taşımayan ve tıbbi endikasyon bulunmayan tıbbi müdahaleler de diğer tıbbi müdahalelerin geçerlilik şartlarını taşıdıklarında, hukuka uygundur. Ancak iyileştirme amacı taşımayan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklarken, varsayılan rıza veya zorunluluk hali gibi başka bir hukuka uygunluk nedenine dayanılamayacağından tıbbi müdahalede bulunulan kişinin aydınlatıldıktan sonra açıklayacağı rıza, çok önemlidir. Bu tür tıbbi müdahalelere gösterilecek rızanın şartları, çoğunlukla organ ve doku nakillerine ilişkin kurallarda olduğu gibi kanunlarla açıkça belirlenir. Rızanın geçerlilik şartları ve sınırları genellikle ayrıntılı olarak düzenlenir. Kanunlarda açıkça düzenleme yapılmayan hallerde ise iyileştirme amacı taşımayan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu genel hükümlerden hareketle çözümlenmelidir.

Son olarak kişi şeref değeri üzerinde de hukuka, kamu düzenine ve genel ahlak ve adaba aykırı olmamak kaydıyla serbestçe tasarruf edebilir, bu değerini ihlal eden bir fiile hukuken geçerli olacak şekilde rıza gösterebilir.

KAYNAKLAR

AKINTÜRK, Turgut, Medeni Hukuk, 12. Bası, İstanbul 2006.

AKDEMİR, Süleyman, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, İzmir 1988.

ALBERS, Karl, Das Problem der Einwilligung des Verletzten, Diss. Uni- Köln 1935.

AMELUNG, Knut, Die Einwilligung des Unfreien, in ZStW 95 (1983), (s. 1- 31)

AMELUNG, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit I, ZStW 104 (1992), (s. 525-558).

AMELUNG, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit II, ZStW 104 (1992), (s. 821-833).

AMELUNG, Knut, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW, 109 (1997), (s. 490- 516).

AMELUNG, Knut, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Berlin 1981. (Einwilligung).

AMELUNG, Knut, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verlezten, Berlin 1998 (Irrtum und Täuschung).

AMELUNG, Knut/ EYMANN, Frieder, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, in: JUS 2001, (s. 937- 946). (JUS 2001)

AMELUNG, Knut, Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland, in: Einwillgung und Einwilligungsfähigkeit, Christian Kopetzki (Hrsg.), Wien 2002

ANDRADE, Manuel Da Costa, Die Einwilligung des Verletzten im Gesetz und in der Lehre Portugals, in: Albin Eser/ Walter Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Freiburg 1991, (s. 137-146).

ARNDT, Herbert, Die mutmassliche Einwilligung als Rechtsfertigungsgrund, Breslau 1929.

ARTUK, Mehmet Emin, Ötanazi, Yargıtay Dergisi, C. 18., Temmuz 1992 (s. 300-317). (Ötanazi)

ARTUK, Mehmet Emin, Talep Üzerine Öldürme, MÜHF, Hukuk Araştırmaları, C. 7., S. 1-3, 1992-1993 (s. 19- 40). (Talep Üzerine)

ARTUK, Mehmet Emin/ YENİDÜNYA, Caner, Ötanazi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, (s. 297- 319). (Ötanazi)

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006 (Genel Hükümler I).

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007.(Genel Hükümler)

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008.

ARZT, Günther, Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971), (s. 1-38).

ARZT, Günther, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt am Main 1970.

ARZT, Günther, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenberg und Publikationsflut", in: Gedächtnischrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, (s. 839- 875).

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, (s. 209- 276).

AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması, YÜHFD, C. 4, S. 2, Y. 2009, (s. 135- 171).

BACIGALUPO, Enrique, Die Einwilligung des Verletzten im Spanischen Strafrecht, in: Albin Eser/ Walter Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Freiburg 1991, (s. 147-164).

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bazı, Ankara 2008.

BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich/ MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Bazı, Bielefeld 2003.

BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Bielefeld 1985.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

BAYRAKTAR, Köksal, Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Erdoğan Teziç'e Armağan, 2002, (s. 15- 23).

BAYRAKTAR, Köksal, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, MÜHF Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, (s. 94- 104).

BESİRİ, Arzu, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBBD, S. 86, Y. 2009, (s. 188- 203)

BERZ, Ulrich, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, in: GA 1969, (s. 145- 152).

BLOMBERG, Peter von, Das Bewusstsein des Täters von Vorhandensein der Einwilligung, München Univ. Diss., 1963.

BLOY, Rene, Freiheitsberaubund ohne Verletzung fremder Autonomie?, Sonderdruck aus der ZStW 96 (1984), (s. 703- 725).

BÖCKER, Philipp, Die "hypothetische Einwilligung" im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, (s. 925- 932).

BRICOLA, Franco, Die Einwilligung des Verletzten im italianischen Strafrecht, in: Albin Eser/ Walter Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Freiburg 1991, (s. 185- 198).

CASSANİ, Carlotte, Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 21, Sayı 77, TEMMUZ- AĞUSTOS 2008, s. 236, 237 (s. 236- 248), (Çevirenler: ÖZEN, Muharrem/ ÖZEN, Mustafa).

CENTEL, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2007. (Kişilere)

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, " Ötanazi ve İntihar", Adalet Dergisi, Y. 57, S. 1, Ocak 1966 (s. 3- 33).

ÇELEN, Ömer, Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu, EÜHFD, C. II, S. 3- 4, Y. 2007, Kayseri 2007, (s. 51-80).

DACH, Ralph Peter, Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, Manheim 1979.

DEĞİRMENCİ, Olgun, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 77, Temmuz/ Ağustos 2008, (s. 33- 86).

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009.

DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2007.

DÖLLING, Dieter, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984 (s. 71- 94).

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, 9. Bası, İstanbul 1985.

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C II, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999.(C. II)

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.(Kişilere)

DÖNMEZER, Sulhi, " Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksadı Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyatlar", Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1949, S. 6 (s. 242- 253). (Talep Üzerine).

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersler, İstanbul 2003.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2004.

DUTTGE, Gunnar, Abschied des Strafrechts von den "guten Sitten"?, in: Festschrift für Ellen Schlüchter, München 2002 (s. 775).

DUTTGE, Gunnar, Der BGH auf rechtphilosophischen Abwegen- Einwilligung in Körperverletzung und "gute Sitten", in NJW 2005, (s. 260- 263).

DUTTGE, Gunnar, Avrupa'da Ölüm Yardımına İlişkin Gelişmeler, (Çev. Hakan Yaman), KHukA Kasım 2005, http://www.akader.info/KHUKA/index.htm, (siteye giriş tarihi: 26. 11. 2009), (s. 179- 181). (Ölüm Yardımı)

DUTTGE, Gunnar, Zur Bedeutung der Rechtsgutslehre für Einwilligung und Gesetzeskonkurrenz, JURA 2006 (s. 15- 22).

ENGISCH, Karl, Arztliche Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58(1939), (s. 1- 52).

EREM, Faruk, Ümanist Öğreti Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, Özel Hükümler, Ankara 1985.

EREM, Faruk, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Cilt 2, Ankara 1968.

EREM, Faruk, Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990, s. 5- 17.

EREM, Faruk, Adam Öldürme, AÜHFD 1953, C. 10, S. 01- 04.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.

ERMAN, Sahir, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, in: ERMAN/ ÖZEK, İstanbul 1994.

ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989. (Hakaret)

ERMAN, Barış R., Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

ERSOY, Nermin/ AYDIN, Erdem, Tıbbi Etik'te "Özerklik" ve "Özerkliğe Saygı İlkesi", TKlin Tıbbi Etik 1994, S. 2, (s. 71- 74).

ESER, Albin, Tötung auf Verlangen-strafrechtlich gesehen, in: Euthanasie und natürlicher Tod: Ein Tagungsbericht, Rotenburg 1974, Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs- Üniversität Freiburg, (s. 21- 31).

ESER, Albin, Medizin und Strafrecht. Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, in: ZStW 97 (1985), (s. 1- 46).

ESER, Albin, "Sterbehilfe und Euthanasie in Rechtlicher Sicht", in: Euthanasie oder soll man auf Verlangen töten?", Volker Eid (Hrsg.), Mainz 1975.

ESER, Albin, "Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive", in: Festschrift für Hans- Joachim Hirsch, Berlin 1999, (s. 465- 483).

FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.

FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, AÜHFD, Y. 1993, C. 43, S. 1-4, (s. 157- 169).

FEYZİOĞLU, Metin, "Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı 1, 2007 (s. 140- 149).

FEYZİOĞLU, Metin, Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara 2007, (s. 311- 319).

FIEDLER, Ralf Peter, Zur Strafbarkeit der Einverständlichen Fremdgefährdung, 1990.

FRISCH, Wolfgang, Die Einwilligung in Deutschen Strafrecht, in Rechtfertigung und Entschuldigung, Band IV, Eser, Albin /Nishihara, Haruo (Hrsg.), Freiburg in Breisgau 1995, (s. 321- 336).

FRISCH, Wolfgang, "Leben und Selbstbestimmungsrecht im Strafrecht", in: Selbstbestimmung in der modernen Geselschaft aus deutscher und japanischer Sicht, Freiburger Rechts-und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 62, 1997 (s. 103- 125).

FRISCH, Wolgang, Zum Unrecht Der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70 Geburtstag, Berlin/ New York 1999, (s. 485- 506).

FRISCH, Wolfgang, "Einwilligung und Mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe", in: Portugiesisch-deutsches Symposium zu Ehren von Albin Eser in Coimbra, Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 1. Aufl. 2006, (s. 33- 70), (Einwilligung).

FUCKS, Helmut, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre, 6. Aufl., Wien 2004.

GEPPERT, Klaus, Rechtfertigende Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitstaten im Strassenverkehr?, ZStW 1971, (s. 947- 1001).

GROPP, Walter, Rechtfertigungsgründe im Voretvurf von 1989 eines türkischen Strafgesetzbuches aus deutscher Sicht, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, (175- 203).

GROPP, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin- Heidelberg 2005.

GEERDS, Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, in GA, 1954 (s. 446- 464).

GEERDS, Friedrich, Einvilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, in ZStW 72 (1960), (s. 42- 92).

GEERDS, Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kiel 1953.

GEILEN, Gerd, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974 (s. 145- 154).

GÖBEL, Alfred A., Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt am Main 1992.

GÖKÇEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", SÜHFD 2000, Milenyum Armağanı, (s. 67-).

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2000.

GÜLŞEN, Recep, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7- 8 Kasım 2008 Ankara, Ankara 2009, (s. 183- 200).

GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.

GÜVEN, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000.

JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

HÄCKER, Johannes, Wille und Interesse bei der mutmaßlichen Einwilligung, zugleich Beitrag zur übergesetzlichen Rechtfertigung, Dis.; Tübingen 1973.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Malvarlığına İlişkin Suçların Ortak Genel Yapısı, http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/mal.doc, (siteye giriş tarihi 16.05.2009).

HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2005.

HANSEN, Georg, Die Einwilligung des Verletzten bei Fafrlässigkeitstaten, Bonn 1963.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 4. Baskı, Ankara 2009. (Temel Bilgiler).

HAKERİ, Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 3. Bası, Ankara 2005, (Temel Kavramlar).

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, (Tıp Hukuku).

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, TBBD, S. 69, Mart- Nisan 2007, (s. 55- 96), (Önemsiz Hareketler).

HAKERİ, Hakan, Hasta Hakları Bakımından Yeni Türk Ceza Kanunu, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=vew&id=27&Itemid=35, (siteye giriş tarihi: 23.09.2009), (Hasta Hakları).

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2009.

HAKERİ, Hakan, Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008, TBB, Ankara 2008, (s. 917- 932).

HAKERİ, Hakan, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16- 17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, (s. 61- 125).

HARTMANN, Julius, Die Einwilligung des Verletzten vom Corpus Iuris Civilis bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 27 (1900).

HELLMANN, Uwe, Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001(s. 273- 285).

HELGERT, Roland, Aids- Einwilligung in infektiösen Gesclechtsverkehr, in NStZ 1988.

HILGENDORF, Eric, Thesen zu Sterbehilfe und assistiertem Suizid, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Sempozyumu, 2008, s. 387- 395.

HINTERHOFER, Hubert, Die Einwillgung im Strafrecht, Salzburg, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 11. Auflage, 2. Band §§32 bis 60, Berlin 2003, Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.

HIRSCH, Hans Joachim, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in ZStW 74 (1962), (s. 78- 135).

HIRSCH, Hans Joachim, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960.

HIRSCH, Hans Joachim, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festscrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, (s. 775- 800).

HOFMANN, Markus (Übers.), Das spanische Strafgesetzbuch, Sammlung auslaendischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Ed. Iuscrim, Max- Planck-Inst. Für Auslaendisches und Internat. Strafrecht, Freiburg in Br. 2002.

HOLER, Oskar, Die Einwilligung Des Verletzten, Zürich 1906.

HONIG, Richart, Die Einwilligung des verletzten, Teil I, die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Berlin- Leipzig 1919.

İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Fusun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitiap, 2. Bası, İstanbul 2000, (İÇEL VE DİĞERLERİ, İçel Suç Teorisi).

İÇEL, Kayıhan/ EVİK, Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul (Tarihsiz).

İNCEOĞLU, Sibel, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, 1. Bazım 1999.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Bakımından Ötanazi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, Y. 2006, (s. 289- 306).

JAKOBS, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin- New York 1991.

JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomaz, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

KAMBUR, Nihat, Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme Suçu (YTCK m. 100), EÜHFD, C. II, S. 3- 4, Y. 2007, (s. 41- 49)

KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

KAUFMANN, Arthur, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in JZ 1954, (s. 653- 659).

KAUFMANN, Arthur, Tarbestand, Rechtsfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, (s. 353-358, s. 393- 395)

KAUFMANN, Arthur, Euthanasie-Selbsttötung-Tötung auf Verlangen, MedR 1983, (s. 121- 125).

KESSLER, Richard, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884.

KEYMAN, Selahattin, Tipiklik ve Ceza Hukuku, AÜHFD, Yıl 1980, Cilt 37, S. 1-4, s. 59- 106.

KEYMAN, Selahattin, Hekimin Cezai Sorumluluğu, AÜHFD, Yıl 1978, Cilt 35, S. 01, s. 57- 89.

KLEE, Karl, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden, Teil I, GA 48 (1901), (s. 177- 207)(s. 246- 254).

KLEE, Karl, " Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden", Teil II, GA 48 (1901), (s. 337- 349).

KESKİN- KİZİROĞLU, Serap, Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MÜHF, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Ankara 2007, (s. 209- 216).

KIENTZY, Dieter, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis, Tübingen 1970

KIOUPIS, Dimitrios, Notwehr und Einwilligung, Baden- Baden 1992.

KOCA, Mahmut, YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Yıl 1, Sayı 1, (s. 111- 143).

KOCA, Mahmut, İntihara Yönlendirme Suçu, CHD, Y. 5, S. 12, Nisan 2010, (s. 19- 40)

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006 (s. 140- 149).

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009.

KOPARAN, M. Reşat, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24.-34. Maddeler), Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2006.

KÖK, Ahmet Nezih, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, in Kamu Hukuku Arşivi (KHukA), Kasım 2005, Yıl 8 (s. 116- 121).

KÜHNE, Hans Heine, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, in JZ 1979 (s. 241- 146).

KUHLEN, Lothar, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, in: JR 2004, (s. 227- 230).

KUHLEN, Lothar, Hypothetische Einwilligung und "Erfolgrechtfertigung", JZ 2005, (s. 713- 718).

KÜHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2005.

KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.

KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Ferudun/ NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.

KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Ferudun/ NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Hüküm verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. Bası, İstanbul 2010.

KUSSMANN, Michael, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, Bonn 1988.

LENCKNER, Theodor, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, in ZStW 72 (1960) (s. 446- 464).

LISZT, Franz von/ SCHMIDT, Eberhard, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin. Leipzig 1927.

MAHMUTOĞLU, Fatih S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet, S. 5, Nisan 2005.

MAIWALD, Manfred, Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht, in: Rechtfertigung und Entschuldigung III, Albin Eser/ Walter Peron (Hrsg.), Freiburg 1991, (s. 165- 183).

MARKUS, Jochen, Die Einwilligungsfaehigkeit im amerikanischen Recht- Mit einem einleitenden Überblick über den deutschen Diskussionstand, Frankfurt am Main, 1995.

MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, Strafrcht, Allgemeiner Teil, Teilband I, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 8. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heildelberg 1992.

MAURACH, Reinhart/ SCHRÖDER, Friedrich- Cristian/ MAIWALD, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband I, 9. Aulage, Heidelberg 2003.

MAY, Olaf, Die Anwendbarkeit des § 226 a bei einverständlichen sadistischen und masochistischen Körperverletzungen, Univ. Diss. Kiel 1996.

MEZGER, Edmund, Strafrecht, Ein Lehrbuch, Zweite Auflage, München und Leipzig 1933.

MEZGER, Edmund, "Die subjektiven Unrechtselemente", Der Gerichtssall 89 (1924), (s.207- 314).

MITSCH, Wolfgang, Rechtfertigung und Opferferhalten, Hamburg 2004.

MITSCH, Wolfgang, Die hypothetische Einwilligung im Arztztrafrecht, in: JZ 2005, (s. 279- 285).

MOMMSEN, Theodor, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.

MOSENHEUER, Andreas, "Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza" başlıklı Tebliğ, (Çev. Hakan Hakeri), V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, (s. 69- 80).

MURMANN, Uwe, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Heidelberg 2005.

NEYEN, Werner, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, Diss. Uni- Trier, 1991.

NEUMANN, Ulfried, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers, in: JA 1987,(s.244- 256).

NIEDERMAIR, Harald, Körperverletzung mit Einwilligung und die Gutten Sitten, Münschen 1999.

NOLL, Peter, Übergesetliche Rechtsfertigungsgründe im besonrederen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, (Rechtfertigungsgründe).

NOLL, Peter, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), (s. 1- 36).

NUHOĞLU, Ayşe, Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008, TBB, Ankara 2008, (s. 34- 68).

ODENWALD, Steffen, Die Einwilligungsfæhigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handels, Frankfurt am Main 2004.

OTTO, Harro, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA 2004, (s. 679- 683).

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1994.(Şahıslara)

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı, Cilt I, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006.

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kaanunu'nun Anlamı, Cilt II, Özel Hükümler, Ankara 2008.

ÖZBEK, Veli Özer, Şerefe Karşı Suçlar, Hukuk ve Adalet, S. 5, Nisan 2005, (s. 254- 279).

ÖZBEK, Veli Özer, Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30), CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008 (s. 81- 99).

ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Nihat/ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

ÖZBEK, Veli Özer/ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı, Ankara 2006.

ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 24. Bası, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar), Temel Bilgiler, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara 2007.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Musatafa Ruhan, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Bası, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2001.

ÖZTÜRK, Bahri, Hasta Hakları ve Ötanazi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001 (s. 573- 590).

QUILMANN, Helga Regina, Die Bedeutung der Einwilligung in riskantes Handeln bei der Fahrlæssigkeitstat, Böblingen 1978.

POPP, Stephan, Die Sittenwidrigekeit der Tat im Sine von § 226a StGB, Univ. Diss. Nürnberg 1993.

RENNER, Franz Felix, Die Einwilligung als Tatbestandsmangel und als Rechtfertigungsgrund, Diss., Univ- München, München 1962.

ROSENAU, Henning, Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, Yıl 2006, (s. 49- 58) (Çeviren: Ali Kemal YILDIZ).

ROSENAU, Henning, Aktive Sterbehilfe, in: V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, (s. 1333- 1347). Aynı makalenin Türkçe çevirisi için bkz.: Çev. ERDAĞ, ALİ İHSAN, aynı yerde (s. 109- 123), (ROSENAU, Aktive Sterbehilfe).

ROSENER, Wolfgang, Die Einwilligung in Heileingriffe, Berlin 1965.

ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006.

ROXIN, Claus, Über Die Einwilligung im Strafrecht, Coimbra 1987, (Einwilligung).

ROXIN, Claus, Entscheidungssamlung für junge Juristen ALLGEMEİNER Teil, 2. Aufl., München 1984.

ROXIN, Claus, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, (s. 447- 475).

ROXIN, Claus, Die Mitwirkung beim Suizid- ein Tötungsdelikt?, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin/ New York 1977, (s. 331- 356).

ROXIN, Claus, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14.02.1984- 1. StR 808/83, in: NStZ 1984 (s. 410- 411) .

ROXIN, Claus, "Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung", in Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, (s. 275- 294).

RÖNNAU, Thomas, in Strafgesetzbuch Lepziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Aufl., Zweiter Band, 2006, Vor § 32.

RÖNNAU, Thomas, Anmerkung zum BGH, Beschluss v. 15.10.2003- 1 StR 300/03, in JZ 2004, (s. 799- 804).

RÖNNAU, Thomas, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 2001.

RÖNNAU, Thomas, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, JURA 2002, (s.665- 675).

RUDOLPHI, Hans Joachim, Willensmängel bei der Einwilligung, ZStW 86 (1974). (s. 68- 97)

SACK, Rolf, " Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktor der guten Sitten, NJW 1985, (s. 761- 769).

SAVAŞ, Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007.

SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, II. Cilt, Ankara 1995

SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980.

SCHLEHOFER, Horst, Einwilligung und Einverständnis, Münschen 1985.

SCHLEHOFER, Horst, AIDS und Organspende JURA 1989, (s. 263, 273).

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1974, .(s 801- 817).

SCHMITT, Rudolf, "Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst", Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, (s. 113- 127).

SCHMITT, Rudolf, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985 (s. 365- 370).

SCHREIBER, Hans Ludwig, Zur Reform des Arztstrafrecht, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin- New York 1999, (s. 713- 724).

SCHREIBER, Hans- Ludwig, İnsan Ne zaman Ölür? Organ Nakli Kanunu'nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorununa Yanıt Verilmesi Zorunludur, in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Tıp ve Ceza Hukuku, (Çev.: Ali Kemal Yıldız), (s. 153- 159).

SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006 (SCHÖNKE/ SCHRÖDER/ Maddeyi şerh eden yazarın adıyla.)

SCHROTH, Ulrich, Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Ankara, Ankara 2008, (Çev.: Hakan Hakeri), (s. 313- 327).

SCHWARZENEGGER, Christian, Strafrecht II, Art. 111- 392 Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, (Hrsg.: Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger), Art. 114.

SEELMANN, Kurt, Sterbehilfe: Die Rechtslage in der Schweiz, in Suizid und Sterbehilfe, Würzburg 2003, (Hrsg: Gerd Brudermüller, Wolfgang Marx, Konrad Schüttauf), (s. 135- 147).

SEELMANN, Kurt, Strafrecht I, Art. 1- 110 StGB, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, (Hrsg.: Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger), Vor. Art. 14.

SELÇUK, Sami, Dolandırıcılık, 1982.

SIRMA, Özge, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, (s. 185- 190).

ŞEN, Ersan, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, İstanbul 2008, (s. 73- 122).

ŞENSOY, Naci, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul 1956.

ŞENSOY, Naci, Basit Hırsızlık, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, (s. 43-77).

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005.

SOYASLAN, Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990, C. 16, S. 3, (s. 269- 280). (Açlık Grevi)

SOYASLAN, Doğan, " Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda sunulan tebliğ, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, (s. 329, 357), (Tıp Ceza Hukuku).

STERNBERG- LIEBEN, Detlev, Die Objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997.

Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12. Aufl. Zweiter Band §§ 32 bis 55, Berlin 2006 (Maddeyi şerh eden yazarın adı –LK).

STRATENWERTH, Günther, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996.

STRATENWERTH, Günther, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) (s. 41- 70).

STRATENWERTH, Günther/ KUHLEN, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 5. Aufl., Köln- Berlin- München 2004.

STRATENWERTH, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Aufl., KÖLN- BERLİN- BONN- MÜNCHEN 2000.

ŞENOCEK, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C. 50, S.4, 2001, (s. 65- 80).

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

ŞENSOY, Naci, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul 1956.

ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1999.

TAG, Brigitte, Authonomie, Einwilligung und Ethik im Medizinstrafrecht, YÜHFD, C. III, S. 2, Y. 2006, (s. 207- 225), (Makalenin çevisisi için aynı yerde bkz. ÜNVER, Yener, s. 187- 205).

TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Musatafa Ruhan/ ÖNOK, Murat R., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu£na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bazı, Ankara 2006.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Musatafa Ruhan/ SANCAKDAR, OĞUZ/ ÖNOK, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, (Cürümlerin Tasnifi).

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968.

TOROSLU, Nevzat, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD 1978, C. XXXV, S. 1- 4, (s. 91- 118), (Organ Aktarma).

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2009, (Genel Kısım).

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Özel Kısım, Ankara 2008, (Özel Kısım).

TOROSLU, Nasıl bir Ceza Kanunu, 1987.

TOROSLU, Nevzat, İftira Cürmünün Hukuki Konusu, AÜHFD, Y. 1980, S. 37, C. 1-4, (s. 107-128).

TÜRKÇE SÖZLÜK, Türk Dil Kurumu, 10. Bazı, Ankara 2005.

TOPRAK, Mustafa Remzi, Türk ceza hukukunda Cinsel Suçlar ve Özellikle Irza Tecavüz Suçu Bakımından Mağdur Rızası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.

TRÖNDLE, Herbert/ FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Aufl., München 2003.

ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, yıl 2006, (s. 227- 288), (Rıza).

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, (Hukuksal Değer).

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, (İzin Verilen Risk).

ÜNVER, Yener, Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu, CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, (s. 203-221), (Organ Nakli).

ÜNVER, Yener, Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesini'nin Türk Hukuku'na Etkileri, KHukA, Kasım 2005, (s.182- 198), (KHukA 2005).

ÜNVER, Yener, Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslar arası Hukuk Açısından Konumlandırılması, CHD, Y. 2, S. 1, Nisan 2007, (s. 199-234), (Hekim ve Hasta Hakları).

ÜNVER, Yener, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları, (s. 138- 147).

ÜNVER, Ünver, YTCK'da Kusurluluk, CHD, Y. 1, S. 1, Ekim 2006 (s. 41- 78).

ÜNVER, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, Tebliğler, İstanbul 2007, (s. 118- 158).

ÜNVER, Yener, Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, (s. 907- 1012).

ÜNVER, Yener, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, (s. 41- 82).

ÜNVER, Yener, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, İstanbul 2008, (s. 294- 342).

ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Hakaret Suçu, CHD, C. 5, S. 12, Y. 2010, (s. 41- 71).

ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, GÜHFD, C. XI, S. 1, 2, Y. 2007, (s. 1183-1210)

VOLL, Doris, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt am Main, 1996.

VÖGELİ, Hans Felix, Strafrechtliche Aspekte der Sportverletzungen im besonderen die Einwilligung des Verletzten im Sport, Zürich 1974.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Ankara 1992.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 2003.

YENERER- ÇAKMUT, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, (s. 1- 31).

YENERER- ÇAKMUT, Özlem, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bidiriler, Mersin Barosu, (s. 1-40).

YENİSEY, Feridun, Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, TBB, Ankara 2008, (s. 868-880).

YILDIZ, Ali Kemal, Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuk Sorunları, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 2008, (s. 277- 294).

YILDIZ, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikayetçi, Ankara 2008.

YILDIZ, Ali Kemal, Tehdit Şantaj ve Cebir Suçları, in: Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Köksal Bayraktar'a Armağan(Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf, Yener Ünver), İstanbul 2010 (s. 475- 526).

YOSHIDA, Nobuyuki, Zur materiellen Legitimation der mutmaßlichen Einwilligung, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, (s. 401-420).

YOKUŞ- SEVÜK, Handan, Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler, MÜHF, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, (s. 221-243).

YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1985.

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavranları, Ankara 1985.

WEIGEND, Thomas, Über Die Begründung der Straflossigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, in ZStW 98 (1986) (s.44- 72).

WEISSENBERGER, Philippe, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996.

WELZEL, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969.

WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., 2007.

WESSELS, Johannes/ HETTINGER, Michael, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., Heidelberg 2007.

WESSELS, Johannes/ HILLENKAMP, Thomas, Strafrecht Besonderer Teil 2, 30. Aufl., Heidelberg 2007.

WIMMER, Klaus, Die Bedeutung des zustimmenden Willens und anderen positiver Stellungnahmen des Berechtigten sowie die Wirkung seiner Täuschung bei ausgewählten strafrechtlichen Deliktsdefinitionen, Heidelberg 1980.

ZENTAI, Suzanna Barbara, Die Strafrechtliche und Zivilrechtliche Aufklärung zu der Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung in einem Rechtsvergleich mit Ungarn, Diss. Uni. Trier 2004.

ZILKENS, Martin, Zur Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung, Diss., Köln 1985.

ZIPF, Heinz, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Berlin 1970.

ZIPF, Heinz, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, in: ÖJZ 1977, (s. 379- 387).

ZITELMANN, Ernst, "Ausschluss der Wiederrechtlichkeit", in Archiv für die zivilistische Praxis (AcP) 99 (1906) (s. 1- 130).

ÖZET

Tez çalışmasında "ceza hukukunda rıza" konusu pozitif hukuk kuralları ve karşılaştırmalı hukuktaki değerlendirmeler de dikkate alınarak incelenmiştir. Birinci bölümde rıza kurumunun tarihçesi, hukuki niteliği, suça etkisi ve karşılaştırmalı hukuktaki yeri araştırılırken, ikinci bölümde rızanın şartları ve benzer kurumlarla arasındaki farklar, üçüncü bölümde ise rızanın tartışmalı olduğu bazı temel konular değerlendirilmiştir.

Rıza, kendi geleceğini belirleme hakkına sahip özgür bir bireyin, aynı zamanda kendi hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği temel ilkesine dayanan bir ceza hukuku kurumudur. Rızanın hukuki niteliği, kendi geleceğini belirleme hakkına sahip bir bireyin, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuksal değerine ilişkin soyut hukuki korumadan somut olayda vazgeçmesidir.

Rızanın suça etkisi ise iki farklı şekilde ortaya çıkar. Rıza, failin hukuksal değer sahibinin iradesine karşı bir fiili gerçekleştirmek zorunda olduğu suç tipleri ile rızanın bulunmamasının açıkça belirtildiği suç tiplerinde, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir nedendir. Cinsel saldırı ve hırsızlık gibi suç tiplerinde rızanın varlığı, fiilin kanunda tarif edilen suç tipine uygun olmasına engel olacağından, tipiklik gerçekleşmeyecektir.

Diğer bazı suç tiplerinde ise fiil, rıza bulunsa bile kanunda tarif edilen tipe uygundur. Ancak rıza bulunduğu için tipe uygun olan bu fiilin hukuka aykırı olmayacağı kabul edilir. Rıza burada bir hukuka uygunluk nedenidir. İki rıza türü arasında suça etkisi ve hata halinde uygulanacak hüküm (TCK m. 30/1, 3) dışında geçerlilik şartları açısından bir fark bulunmamaktadır.

Rıza, öncelikle kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuksal değere ilişkin olmalıdır. Rıza gösterecek olan kişi ayrıca rıza gösterme ehliyetine sahip olmalı, rızasını açıklamalı ve iradesi sakatlanmamış olmalıdır.

ZUSAMMENFASSUNG

Das türkische Strafgesetzbuch von 2004 hat die Einwilligung des Betroffenen im allgemeinen Teil ausdrücklich geregelt (Art. 26/2 tStGB). Nach dieser Regelung wird jemand der mit Einwilligung des Verletzten handelt nicht bestaft.

Die Rechtsnatur der Einwilligung ist ein Verzicht auf Rechtschutz. Der Grund der strafbefreienden Wirkung einer Einwilligung liegt in der Anerkennung des Selbstbestimmungsrechs des Einzelnen in Bezug auf die ihm von der Rechtsordnung zugewiesenen Rechtsgüter.

Die Einwilligung wirkt bei einigen Straftatbeständen tatbestandsausschliessend, bei denen die Tatbestandsmäsigkeit der Tathandlung nach der gesetzlichen Verhaltensbeschreibung gegen oder ohne den Willen des Betroffenen erfolgt. Das trifft z.B. für Art. 141, 116 so wie für diejenigen Straftaten zu, die einen Angriff auf die Freiheit der Willensentschliessung oder Willensbetätigung enthalten, wie etwa Art. 106, 108, 109. Für die Überwindung eines entgegenstehenden Willens durch “Gewalt” (Art. 102, 106 tStGB) oder im Zugee des “Einsperrens” ist naturgemäss kein Raum, wenn der Betroffene im Voraus der entsprechenden Tathandlung zugestimmt hat. Bei allen anderen Straftatbeständen kommt nur eine rechtfertigende Einwilligung nach Art. 26/2 tStGB in Frage. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen sind für die tatbestansausschliessende und rechtfertigende Einwilligung grundsätzlich gleich zu bestimmen. Lediglich die Rechtsfolgen von Willensmängeln sind nach dem Art. 30 tStGB anzuordnen.

Für die strafbefreiende Wirkung der Einwilligung hat zuerst der Rechtsgutsträger in die Beeinträchtigung eines disponiblen Rechtsguts einzuwilligen. Der Einwilligende muss einwilligungsfähig sein und seine Zustimmung vor der Tat entweder ausdrücklich oder konklident zum Ausdruck bringen. Der Einwillligende darf nicht an wesentlichen Willensmängeln leiden. Grundsätzlich darf die Tat nicht gegen das Recht und die guten Sitten verstossen.