T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SORUMLULUK HUKUKUNDA RIZA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Alperen POLAT

Ankara 2018

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SORUMLULUK HUKUKUNDA RIZA

Alperen POLAT

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Ankara 2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

SORUMLULUK HUKUKUNDA RIZA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof. Dr. Hasan İşgüzar	.....
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal	.....
Prof. Dr. Murat Doğan	.....

Tez Sınavı Tarihi 25/10/2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (22/11/2018)

Alperen POLAT

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **I**

KISALTMALAR ..... **VII**

GİRİŞ ..... **XI**

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ ..... **XI**

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI ..... **XIV**

BİRİNCİ BÖLÜM **1**

RIZANIN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZERİ KAVRAMLARDAN FARKI, DAYANDIĞI İLKELER VE KANUNİ DÜZENLEMELER, TARİHÇESİ, SORUMLULUK HUKUKU İLE İLİŞKİSİ **1**

I. RIZANIN TANIMI VE HUKUKİ NİTELEMELERİ **1**

A. KELİME ANLAMI OLARAK RIZA 1

B. RIZANIN HUKUKİ TANIMI 4

C. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ 6

1. GENEL OLARAK *6*

2. HUKUKİ İŞLEM GÖRÜŞÜ *6*

a) KAT'İ HUKUKİ İŞLEM GÖRÜŞÜ 6

b) TEMSİL YETKİSİ GÖRÜŞÜ 8

c) TASARRUF/FERAGAT GÖRÜŞÜ 11

d) SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ 12

e) VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ 12

f) KAMU HUKUKUNA AİT HUKUKİ İŞLEM GÖRÜŞÜ 13

3. HUKUKİ İŞLEM BENZERİ GÖRÜŞÜ 14

4. MADDİ FİİL GÖRÜŞÜ 15

5. TOPLUMSAL DEĞER GÖRÜŞÜ 18

6. DİĞER GÖRÜŞLER VE ÖĞRETİDEKİ HÂKİM DURUM 20

7. DEĞERLENDİRMEMİZ 21

III. RIZANIN BENZERİ KAVRAMLARDAN FARKI 23

A. ÖNERİDEN (İCAPTAN) FARKI 23

B. KABULDEN FARKI 26

C. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ VE TEMSİL İLİŞKİSİNDEN FARKI 27

D. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDEN FARKI 30

E. FERAGATTEN FARKI 34

F. AFTAN FARKI 37

G. SORUMSUZLUK ANLAŞMASINDAN FARKI 38

H. SORUMSUZLUK BEYANINDAN FARKI 39

IV. RIZANIN DAYANDIĞI İLKELER VE KANUNİ DÜZENLEMELER 40

V. SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN RIZANIN TARİHÇESİ 53

A. ROMA-CERMEN HUKUKUNDA RIZA 53

B. İSLAM-OSMANLI - TÜRK HUKUKUNDA RIZA 58

VI. RIZA İLE İLİŞKİSİ AÇISINDAN SORUMLULUK HUKUKU 64

A. GENEL OLARAK 64

B. HUKUKÎ SORUMLULUĞUN TÜRLERİ VE RIZA İLE İLİŞKİSİ 68

1. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK 70

a) KUSUR SORUMLULUĞU (HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU) 77

aa) HUKUKA AYKIRI FİİL 79

bb) KUSUR 94

cc) ZARAR 100

dd) İLLİYET/NEDENSELLİK BAĞI 105

b) KUSURA DAYANMAYAN SORUMLULUK 110

2. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUK 111

İKİNCİ BÖLÜM 116

RIZANIN KONUSU VE UNSURLARI 116

I. GENEL OLARAK 116

II. RIZANIN KONUSU 117

III. RIZANIN UNSURLARI 128

A. SERBESTÇE TASARRUF EDİLEBİLECEK HUKUKSAL DEĞERİN VARLIĞI 128

1. GENEL OLARAK 128

2. HAK TÜRLERİNE GÖRE SERBESTÇE TASARRUF EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ 134

a) MALVARLIĞI HAKLARI 135

b) ŞAHIS VARLIĞI HAKLARI 136

aa) YAŞAM HAKKI 136
bb) BEDEN BÜTÜNLÜĞÜ 141
cc) MANEVİ ALANINA İLİŞKİN HAKLARI 158
B. RIZA GÖSTERME EHLİYETİ 163
C. İRADE BEYANI 178
1. İRADENİN AÇIKLANMASI GEREKLİLİĞİ 185
2. RIZA AÇIKLAMASININ MUHATABI 189
3. İRADE BEYANININ ZAMANI 190
4. İRADE BEYANININ AÇIK VEYA ÖRTÜLÜ OLMASI 192
5. İRADE BEYANINI SAKATLAYAN HALLERDE VERİLEN RIZA 195
a) YANILMA (HATA) 200
b) ALDATMA (HİLE) 212
c) KORKUTMA (İKRAH) 218
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 223
RIZANIN TÜRLERİ, ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLARDA RIZA, RIZA VERİLMESİNİN ZORLAŞTIRILDIĞI HALLER VE RIZANIN HUKUKİ SONUÇLARI 223
I. RIZANIN TÜRLERİ 223
A. MUHTEMEL (HİPOTETİK) RIZA 224
B. VARSAYILAN RIZA 232
C. AYDINLATILMIŞ *RIZA* 242
D. BAĞLAYICI RIZA 254

E. RİSKİ KABULLENME 256

II. ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLARDA RIZA 261

A. BİRDEN FAZLA KİŞİNİN RIZASI 261

B. BİR BAŞKASININ YERİNE VERİLEN RIZA 263

C. RIZANIN GERİ ALINMASI 266

D. ŞART VEYA VADEYE BAĞLI RIZA 270

E. SÖZLEŞMENİN BİR UNSURU OLARAK RIZA 274

III. RIZA VERİLMESİNİN ZORLAŞTIRILDIĞI HALLER 276

IV. RIZANIN HUKUKİ SONUÇLARI 279

A. HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK RIZA VE SONUÇLARI 280

B. TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEBİ OLARAK RIZA 285

1. GENEL OLARAK 285

2. RIZANIN HÜKÜM İFADE ETMEDİĞİ DURUMLAR 287

a) GENEL OLARAK 287

b) YOKLUK 287

c) KESİN HÜKÜMSÜZLÜK 290

d) KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK 295

e) ASKIDA HÜKÜMSÜZLÜK 296

3. TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEBİ OLARAK RIZANIN UYGULAMA ALANI 298

V. RIZANIN GÖSTERİLMEDİĞİ HALLERE BAĞLANAN SONUÇLAR 303

SONUÇ **309**

KAYNAKÇA(*) **316**

ÖZET **350**

ABSTRACT **351**

KISALTMALAR

ABD : Ankara Barosu Dergisi

AcP. : Archiv für die civilistische Praxis

Akt. : Aktaran

ark. : arkadaşları

AÜEHFD : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b. : bent

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

bkz. : bakınız

C. : Cilt

c. : cümle

CD : Ceza Dairesi

CGK : Ceza Genel Kurulu

CÜİFD : Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi

Çev : Çeviren

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn. : dip not

E. : Esas

EBK : Eski Borçlar Kanunu

EÜHFD : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f. : fıkra

FSM : Fatih Sultan Mehmet

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HHY : Hasta Hakları Yönetmeliği

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFD : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM :İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İTÜSBD : İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

K. : Karar

KİBB : Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Kıs. : Kısaca

kn. : Kenar numarası

KVKHK : Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun

m. : madde

MHAUM : Mukayeseli Hukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi

MÜHFAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi

ODSANK : Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun

RG : Resmî Gazete

s. : sayfa

S. : Sayı

SBE : Sosyal Bilimler Enstitüsü

SÜSBED : Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi

T. : Tarih

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TCK : Türk Ceza Kanunu

TİDSAD : Türk-İslam Dünyası Sosyal Araştırmalar Dergisi

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun

TMK : Türk Medeni Kanunu

ÜHFD : Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

v. : Versus (ve, -e karşı)

vd. : ve devamı

Y. : Yıl

YL. : Yüksek Lisans

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

Sorumluluk hukuku, hukukun önemli bir kısmını teşkil etmektedir[1]. Zira kişinin, yaptığı bütün eylemleri dolayısıyla birtakım sorumlulukları söz konusu olabilir. Sorumluluklara ilişkin normları içeren hukuk dalı sorumluluk hukukudur. Sorumluluk hukukunun mihenk taşını ise, oluşan zarara kimin, ne oranda katlanacağının belirlenmesi oluşturmaktadır.

Türk hukukunda, kural olarak, kusurlu bir fiiliyle bir başkasına zarar veren kişi, verdiği zararı tazmin etmek zorundadır. Ancak istisnai bazı hallerde söz konusu zarara, üçüncü kişi veya zarar gören katlanmaktadır. Sorumluluğun bu şekilde intikal ettiği sebeplerden biri de *rıza*dır. Bir kişinin, uğradığı zarara en geç zararın oluşması anına kadar rızası bulunmakta ise, kural olarak, artık sorumluluk rıza gösterene/zarar görene geçer.

Öğretide rıza ile ilgili derinlemesine yapılmış yeterli sayıda çalışma bulunmamaktadır[2]. Ancak günlük hayatta rızaya bağlı ve rızanın sonuçlarından doğan,

---

[1] "*Hukuk, sorumluluk temeline dayanır.*" **Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan**; Türk Özel Hukuku Cilt – II Kişiler Hukuk, Filiz Kitapevi, 19. Bası, İstanbul, 2018, s. 49.

[2] Bu durumun sadece Türk öğretisinde değil diğer ülkelerin öğretilerinde de olduğu yönünde bkz. **Korošec, Damjan**, *Mağdurun Rızası Öğretisinin Slovenya'da Son Yıllardaki Değişimleri*, İÜHFM, Y. 2012, C. 70, S. 1, **s.** 364; **Ohly**, **Ansgar**, ""Volenti non fit iniuria"- die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, s. 1 vd.

önemli sorunların bulunduğu ifade edilebilir. Bu sorunların belki de en önem arz edeni, rızanın her zaman sorumluluğa veya sorumluyu değiştirmeye sebep olup olmadığıdır. Türk Medeni Kanunu'nun m. 24 f. 2 ise bu meseleye, "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası… …yle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*" şeklinde çözüm getirmiştir. Benzer şekilde, Türk Borçlar Kanunu m. 63 f. 2 "*Zarar görenin rızası… …hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz*." hükmünü haizdir. Temel soruna genel bir hükümle çözüm getirilmeye çalışılmış, ancak bu yönde bir genel hüküm tercihi yeterli olmamıştır. Keza hangi haklara ilişkin geçerli bir rızanın bulunacağı veya hangi hükümsüzlük hallerine ne gibi sonuçlar bağlanacağı açık değildir. Kişinin rıza gösterebileceği alanların belirlenmesinde Osmanlı-İslam hukukunun ve Roma hukukunun etkileri görülmektedir. Örneğin Osmanlı-İslam hukukuna göre, yaratılmış olan vücut bir emanettir ve kişinin bu emanete zarar veren şeyleri yapması yasaktır. Dolayısıyla kişinin vücudu ile ilgili olan zararlara rıza göstermesi mümkün değildir. Ancak bazı özel durumlarda, 'ehven-i şer' ilkesi[3] gereğince, daha büyük zararı önlemek için küçük zarara rıza gösterilebilir. Nitekim Türk hukukunda da bu yaklaşım halen devam etmektedir. Gerçekten de kişinin tasarruf yetkisinin olmadığı birçok alan bulunmaktadır. Bu alanlarda tasarruf yetkisinin bulunmaması ise genellikle dogmatiktir. Öte yandan bu alanlarda daha

[3] Bu ilke Mecelle-i Ahkâmı Adliyye m. 29'da da "*Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.*" hükmü ile yerini bulmuştur. Ayrıca ilke hakkında bkz. **Tatlısumak, Uğur;** *Ortadoğu İslam Halklarının Kültürel Psikolojilerinin Oluşumunda "Ehven-İ Şer" Düşüncesinin Etkisi, Tarihsel Kökleri; Kültürel-Sosyal Alanlardaki Yansımaları*, TİDSAD, C.2, S. 5, Y. 2015, s. 291 vd.

büyük zararın önlenmesi için daha küçük zarar tercih edildiğinde tasarruf geçerli sayılmaktadır. Fakat hangi haklarda tasarruf yetkisinin bulunduğu hangi haklarda bulunmadığı ise belirli değildir[4].

Rızanın sonuçları bakımından en önemli sorun ise, rızaya bağlanan iki farklı sonuçtur. TBK m. 52, "*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*" hükmünü haizdir. Dolayısıyla rıza hem sorumluluğu kaldırmaktadır hem de tazminattan indirime sebep olmaktadır. Bu durumda bu iki sonucun hangi hallere özgü olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

Sık karşılaşılan durumlardan biri de rıza ve zarar arasındaki uyumsuzluklardır. Rıza gösterenin irade beyanı ile muhatabın bunu anlamasında, rızanın konusu ile failinin fiilinin farklılıkları önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Birçok özel durumun incelenmesini gerektiren bu sorulara cevap bulma amacı ise, bizi bu çalışmayı kaleme almaya yönelten sebeplerden birini oluşturmaktadır.

Çalışmamızda, kişinin kendisine karşı korunması, sözleşmelerde ayrıca rızayı gerektiren durumlar, rızayı veren kişide bulunması gereken özellikler, rızanın veriliş biçimi, rıza vermenin sonuçları ve geçersiz bir rıza varsa bunun sonuçlarına ilişkin sorunlar, ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

---

[4] **Ayiter, Nuşin**; *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, AÜHFD, Y. 1968, C. 25, S. 1-2, s. 140.

Çalışmamızın ilk bölümünde sorumluluk hukuku ve rızayla bağlantısı, genel hatlarıyla rıza; ikinci bölümünde rızanın unsurları ve hususi halleri açıklanmıştır. Ardından üçüncü bölümde rızanın hükümleri, her zaman sorumluğu veya sorumluları değiştirip değiştirmediği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Son olarak kanaatlerimizin yer aldığı sonuç bölümüyle nihayete ermektedir.

Tezin ana sorusunu "rızanın her durumda sorumluyu veya sorumluluğu değiştirip, değiştirmediği" oluşturur. Çalışmamızda rıza bağlamında hukukun özel alanlarıyla ilgili yapılan araştırmalara değinilmiştir. Ancak mümkün olduğunca genel rıza teorisi bağlantısı ortaya konulmuştur. Ayrıca öğretideki önemli tartışmalara ve mukayeseli hukuka yer verildiği için sorumluluk hukukunda rıza alanını geliştiren bir çalışma olacağı umulmaktadır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Sorumluluk, kişinin kendi davranışlarının veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesidir. O halde bu durumda sorumluluk hukuku denilince akla cezai sorumluluk ve hukuki sorumluluk birlikte gelir. Ancak her iki sorumluluk türü birbirinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. En önemli fark ise, hukuki sorumlulukta zararın bulunmasının mecburi olması, cezai sorumlulukta ise böyle bir mecburiyetin bulunmamasıdır. Kaldı ki, sorumluluk hukuku terim anlamı ve geniş anlamıyla hukuki sorumluluğu ifade etmektedir. Bu sebeple cezai sorumluluğa, yeri geldikçe değinilecek olsa dahi, çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Hukuki sorumluluk sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutulmaktadır. Bu çalışma, sözleşme dışı sorumlulukla yakından ilgilidir. Ancak tıbbi müdahaleye rızada olduğu gibi, kimi durumlarda sözleşme ilişkisi dâhilinde rızanın aranması gerekmektedir. Ayrıca diğer birtakım sözleşme ilişkilerinde de rıza aranmaktadır. Bu sebeple sözleşmelerdeki rızaya da değinilen çalışmada "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Rıza" başlığının yerine "Sorumluluk Hukukunda Rıza" başlığının kullanılması uygun görülmüştür. Ancak sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk akit dışı sorumluluk bahsinin kapsamı dışında bırakılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

RIZANIN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZERİ KAVRAMLARDAN FARKI, DAYANDIĞI İLKELER VE KANUNİ DÜZENLEMELER, TARİHÇESİ, SORUMLULUK HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

I. RIZANIN TANIMI VE HUKUKİ NİTELEMELERİ

A. KELİME ANLAMI OLARAK RIZA

Rıza, Türkçeye Arapçadan girmiş bir kelimedir. Arapça "رضي" (ra-dat-ya) kökünden gelen ve bu kelimenin mastar hali olan "رضاء" (Rıḍaa') kelimesinden türetilmiştir. Arapçada kök anlamı olarak "*hoşnutluk, memnuniyet, tatmin*" gibi anlamlara gelmektedir[5]. Aynı şekilde rıza kelimesi Farsça ve Urducada da benzer biçimde kullanılmakta ve "*tatmin, irade, hoşnut etmek, onaylamak, izin vermek, anlaşmak, uymak*"

[5] Glosbe Arapça Türkçe Sözlük, https://tr.glosbe.com/ar/tr/%D8%B1%D8%B6%D8%A7 (Erişim Tarihi: 10.11.2018).

anlamlarını taşımaktadır[6]. Türkçe kullanımına ilişkin bilinen en eski yazılı kaynağın 13. yy.'dan kalma Orta Asya'da bulunmuş Kur'an Tefsiri[7] olduğu ifade edilmektedir[8].

Günümüzde rıza "*razı olma, isteme, istek, onam*" anlamlarında kullanılmaktadır[9]. Günlük dilde rızanın en yaygın anlamı ise "*kabüllenme*"dir. Rıza, Almanca "*Einwilligung*", İngilizce "c*onsent*" kelimelerinin karşılığıdır.

Hukuki anlamıyla rıza, kişinin hukuki bir değerine ilişkin müdahalenin onaylanması, kabullenilmesi olarak kullanılmaktadır. Ancak rızanın hukuk dilinde karşılığının tam olarak ne olduğu konusunda bir netlik söz konusu değildir. Gerçekten de hukuk dilinde rızanın farklı anlamları bulunmaktadır. Bunlardan ilki yasal temsilcinin, sınırlı ehliyetsizin yaptığı hukuki işlemler için izin veya icazetinin bulunması halidir.

---

[6] Wiktionary, https://en.wiktionary.org/wiki/%D8%B1%D8%B6%D8%A7, (Erişim Tarihi: 10.11.2018)

[7] **Borokov, A.K.,** Orta Asya'da Bulunmuş Kur'an Tefsiri'nin Söz Varlığı, (Çev: Usta, Halil İbrahim) TDK Yayınları, Ankara, 2002.

[8] Etimoloji Türkçe, Rıza Maddesi, http://www.etimolojiturkce.com/kelime/r%C4%B1za, (Erişim Tarihi: 10.11.2018).

[9]Büyük Türkçe Sözlük, Rıza, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid= TDK.GTS.56977cd65c0ed9.75616344, (Erişim Tarihi: 10.11.2018); **Yılmaz, Ejder,** (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2010, s. 633, Rıza; **Erpek, Ayşe Güner**; Organ Naklinde Rıza, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi SBE, İzmir, 2015, s. 47.

Buna *yasal temsilcinin rızası* denilmektedir[10]. Esasen yasal temsilcinin teknik anlamıyla rızası bulunmamaktadır. Zira yasal temsilci rıza göstermekle haksız fiil oluşturacak bir fiile rıza göstermemektedir. Bu sebeple '*yasal temsilcinin izin veya icazeti*' yerine, '*yasal temsilcinin rızası*' şeklindeki kullanımı karışıklığa sebep olmaktadır. Dolayısıyla bu yönde bir kullanımdan kaçınılması kanaatimizce daha uygun olur. Ancak kanuni bir terim olduğu için kullanılması hatalı olmamaktadır.

İkinci kullanım ise rızanın sözleşme hukukunda kabul veya karşılıklı kabul anlamında kullanılmasıdır[11]. Bu kullanım İslam hukukuna da hâkim olan bir kullanım türüdür[12]. Bu noktada yine rızanın günlük dildeki anlamına benzer bir kullanımının

[10] TMK m. 12, 16, 118, 204, 295, 326, 339, 451 TBK m.. 254, 273.

[11] Bu yöndeki kullanımlar için bkz: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu madde 1, 24, 27, 162, 164. Ayrıca 6098 sayılı TBK 144, 183, 184, 195, 196, 198, 265, 321, 322, 323, 342, 366, 398, 402, 407, 429, 466, 565, 569, 584, 593, 603, 632, TMK m. 142, 195, numaralı maddelerinde rıza, "*onama, izin, kabullenme, isteme*" anlamlarında kullanılmıştır. Bu kullanımların hiçbiri teknik anlamda rıza değildir.

[12] Nisa Suresi 4/29; **Dalgın, Nihat,** *İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 1999, S. 11, s. 99 vd. Benzer kullanım diğer hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Alman hukukundaki kullanım için bkz. BGB. Art. 183; **Ohly,** s. 222; Amerikan hukukundaki kullanım için bkz. **Bell, Tom W.,** "Graduated Consent in Contract And Tort Law- Toward a Theory of Justification", Case Western Reserve Law Review, S. 611, Y.2010, s. 22 vd.

olduğunu, teknik olarak rızanın bulunmadığını ifade etmemiz gerekir. Günlük dildeki ve hukuk terminolojisindeki bu kullanımların artık yerleşmiş olduğunu göz önünde tutarak, bunların yanlış olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Bilakis dilde yanlış kullanımlar yerleştiğinde bunlar dilin unsuru olmaktadır. Dolayısıyla sadece bu tür kullanımlar ile çalışma bağlamındaki teknik anlamıyla rızanın farklı olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz.

B. RIZANIN HUKUKİ TANIMI

Rıza günlük dilde ve hukuk terminolojisinde o denli kullanılmaktadır ki herhangi bir tanım yapılmadan dahi ne olduğunun anlaşıldığı ifade edilmektedir[13]. Yine de Türk öğretisinde rıza bir görüşe[14] göre; "*irade beyanına ehliyetli olan kişinin tasarrufa yetkili bulunduğu bir konuda beyan ettiği iradesi ile bu konuda diğer bir kişinin müdahalesine olanak tanıması*" olarak tanımlanmıştır. Alman öğretisinde ise, "*kişinin, kendi iradesi ile bir başkasının iradi davranışının örtüştüğünü açıklaması*"[15] veyahut da "*bir hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişinin, söz konusu hukuksal değerinden*

[13] **Ekici Şahin, Meral**; Ceza Hukukunda Rıza, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 6. Gerçekten de birçok Borçlar Hukuku Genel Hükümler kitabında, rızayı ilgilendiren monografik çalışmalarda ve makalelerde, rızanın tanımının yapılma gereği görülmemiştir.

[14] **Yılmaz M.,** s. 42.

[15] **Kessler, Richard**; Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin, 1884, s.26 (**Ekici Şahin**, s. 5'den Naklen).

hukuken geçerli olacak şekilde vazgeçmesi"[16] şeklinde tanımlanmıştır. İtalyan öğretisindeki bir tanım ise, "*Bir şahsın, hukuk düzenince yasaklanış olan ve kendisine ait bir varlığın ızrarından veya tehlikeye konulmasından ibaret bulunan bir hareketin yapılması için başka bir şahsa verdiği izin*"[17] şeklindedir. Amerikan öğretisinde yer alan bir tanıma göre de rıza, "*insanların hukuki statülerindeki, borçlarındaki ve haklarındaki bağlayıcı değişiklik yapma yeteneği*" [18] olarak ifade edilmektedir.

Türk hukukunda yapılmış daha ayrıntılı bir tanım ise, "*Rıza, rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylaması*" şeklindedir[19].

Rızanın tanımı yapılırken sadece sorumluluk hukukunu ilgilendiren bir bakış açısı ile meseleye yaklaşılmamalıdır. Zira hukuka uygun olan bir eylem sonucunda ortada bir

---

[16] **Zipf, Heinz**; Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Neuwied und Berlin, 1970, s. 23(**Ekici Şahin**, s. 5 vd.'den naklen).

[17] **Grispingi**: La Natura Giuridica Del consenso dell offeso, Modena 1922, s. 8 (**Ekici Şahin**, s. 6'dan Naklen).

[18] **Drobac, A. Jennifer, Goodenough, Oliver R**.; "Exposing the Myth of Consent", Indiana Health Law Review, Y.2015 S.3, Forthcoming Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2015-3, s. 2.

[19] **Ekici Şahin,** s. 7.

zarardan, tehlikeden veyahut da bir mağduriyetten bahsetme imkânı söz konusu değildir. O halde bu kavramların yer almadığı bir tanım yapmak daha isabetli olur. Ayrıca rıza geçersiz olduğunda ise tazminattan indirim sebebi olarak birtakım sonuçları devam eder. Dolayısıyla rıza şöyle tanımlanabilir: '*Kişinin hukuken serbestçe tasarruf imkânı tanınan hukuki değerlerine müdahaleleri, hukuka uygun hale getiren, serbestçe tasarruf edemeyeceği hukuki değerlerine müdahale halinde ise tazminattan indirim sebebi teşkil edebilen hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır.*'

C. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. GENEL OLARAK

Rızanın hukuki niteliği ile ilgili öğretide birçok görüş bulunmaktadır. Bunlar hukuki işlem, hukuki işlem benzeri, maddi fiil ve kamu hukukuna ilişkin hukuki işlem teorileridir. Bu teoriler Alman ve İsviçre öğretilerinde yer almaktadır. Ancak benzeri hukuk sistemlerine sahip olduğumuz ve Türk hukukunda yeterince tartışılmayan bir alan olduğu için incelenmiştir.

2. HUKUKİ İŞLEM GÖRÜŞÜ

a) KAT'İ HUKUKİ İŞLEM GÖRÜŞÜ

Rızanın hukuki niteliğine ilişkin incelenmesi gereken ilk görüş *hukuki işlem görüşü*dür. Zitelmann rızanın bir irade beyanı olduğunu ve bu beyanın hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirdiğini belirtmiştir. Nitekim rızanın haksız fiilin sonuçlarından koruma sağlayan fonksiyonu vardır ve muhataba bir hak vermektedir. Bu ise değiştirilmek istenen hukuki bir sonuçtur. Dolayısıyla hukuki sonuca yönelik bir irade beyanı

bulunmaktadır[20]. Ayrıca bu görüşe göre hukuki işlemin bütün geçerlilik şartlarını taşımayan rıza geçersizdir[21]. Zitelmann'a göre rıza tek taraflı bir hukuki işlemdir[22]. Rıza,

[20] Hukuki işlem hukuki sonuca yönelik irade beyanıdır. Bkz. **Akipek, Şebnem,** Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s. 273; **Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Yetkin Yayınları, 2017, s.160; **Tunçomağ**, s. 121.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 61; **Akıncı, Şahin,** Borçlar Hukuku Bilgisi, Sayram Yayınları, 10. Bası, Konya, 2017 s. 46; **von Tuhr, Andreas,** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çev. Edege, Cevat, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 133; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop,** Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 37; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 84; **Reisoğlu,** s. 50; **Antalya, Gökhan,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Beta, 2. Bası, İstanbul, 2013, s. 60; **Kayar, İsmail,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara, 2014, s. 49.

[21] **Zitelmann,** s. 48, 62, 66. (**Ohly,** s 39'dan naklen).; **Antalya,** s. 446.

[22] **Zitelmann,** s. 56 vd. (**Ohly,** s. 67'den naklen). Aynı yönde bkz. **Tiftik, Mustafa,** Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanun'la Değişik m. 24 f. II Karşısında, Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası, DÜHFD, C. 6, S. 6, Y. 1993, s. 387; **Tunçomağ,** s. 436 vd.; **von Tuhr,** s. 371; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 358; **Narter,** s. 423; **Kılıçoğlu, Ahmet M.,** Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 4. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2013, s. 291 vd.

bir sözleşmenin konusu olursa rıza, temsil yetkisinde olduğu gibi, soyuttur[23]. Bu teori sistematik olarak Zitelmann tarafından 1906'da ileri sürülmüştür[24]. Bu teoriye göre rıza, hukuki sonuca yönelik bir irade beyanıdır[25].

Zitelmann'ın *kat'i hukuki işlem görüşü*, rızanın kanunda sistematik olarak hukuki işlemlerden farklı yerde düzenlenmesi, ehliyet bakımından farklı hükümlere tabi olması gerektiği, rıza gösterenin haklarını veya haklarının kullanımlarını karşı tarafa devretmediği, aksine sadece belirli bir müdahaleye izin verildiği, devredilmesi mümkün olmayan birtakım haklara müdahaleye izin verildiği ve bu hakların hukuki işlemin konusu olamayacağı, geçersiz olması halinde tazminattan indirim sebebi olması, geçersiz olduğu durumda birlikte kusur olarak değerlendirilebileceği, herhangi bir karşılığının mecburi olmaması ve rıza gösterenin iradesinin hukuki sonuca değil fiile yönelik olması sebepleri ile eleştirilmiştir[26].

b) TEMSİL YETKİSİ GÖRÜŞÜ

Zitelmann'ın hukuki işlem teorisine ilişkin olarak birtakım değişikliğe uğramış görüşler de bulunmaktadır. Rosener'e göre rıza ile iradi temsil yetkisi örtüşmektedir[27].

---

[23] **Zitellmann,** s. 61 (**Ohly,** s. 39'dan naklen).

[24] **Zitelmann,** s. 1-130 (**Ohly,** s.38'den naklen), **Yılmaz M.,** s. 7.

[25] **Yılmaz**, **M.,** s. 7; **Antalya,** s. 446.

[26] **Ohly,** s. 49 vd.

[27] **Rosener, Wolfgang,** Die Einwilligung in Heileingriffe, Diss. Berlin, 1965, s. 100 vd. (**Ohly,** s. 54'ten naklen).

Temsil yetkisinin mücerretliği düşünülünce, temsilin sebebi olan borç ilişkisinden bağımsız olarak bir kişiye belli bir yetki verilmektedir. Hatta temsil yetkisi herhangi bir sözleşmeye dayalı olarak verilme mecburiyetinde dahi değildir. Temsil yetkisi ile sık sık karıştırılan vekâlet ise muhataba bir borç yüklemektedir. Fakat rıza muhataba bir borç yüklememektedir. O halde, rıza vekâlet sözleşmesi olamaz. Bununla birlikte tek taraflı hukuki işlem olan ve her zaman geri alınıp, sınırlanabilen iradi temsil ile rızanın birçok ortak özelliği bulunmaktadır. Kaldı ki, temsilin sadece hukuki işlemler için verilebileceği görüşü büyük ölçüde terkedilmiştir[28]. Zira öğretideki bir görüşe göre maddi fiiller için de temsil yetkisi verilebilmektedir[29]. O halde rızanın hukuki niteliği iradi temsil olmalıdır. Nitekim temsil, temsilciye bir hak vermezken onun daha önceden yapamayacağı işleri hukuka uygun ve temsil olunanı bağlayacak şekilde yapabilme imkânı tanımaktadır. Bu görüş, rızayı temsil yetkisinin bir türü olarak nitelenmek suretiyle, rızanın hukuki işlem olduğunu kabul etmektedir[30]. Fail temsilci olmakta ve hukuk sınırları içerisinde hareket ettiği müddetçe yaptığı fiil hukuka uygun olmaktadır. Ayrıca kişilik haklarında devir değil; sınırlı olarak müdahaleye yetki verilmektedir. Bu sebeple temsil yetkisinin olmayacağı yönündeki eleştiriler yersizdir.

---

[28] **Eren,** Genel, s. 445 vd.

[29] **Akbıyık, Cem**, *Temsil Yetkisi ve Temsil İlişkisi*, İÜHFD, Y.1997 C. 5 S.4, s. 218 vd.; **Eren,** Genel, s. 445.

[30] **Rosener,** s. 119 vd. (**Ohly,** s. 55 dn. 97'den naklen).

Aynı şekilde rızanın hukuki işlem olduğu ileri süren Kohte'ye göre[31] de, rıza özünde temsil yetkisi verme işlemidir. Rızanın bedensel müdahalelerde her zaman geri alınma imkânı bulunurken, eşyaya ilişkin haklarda geri alınamaz bir rıza öngörülmesi mümkündür. Ancak bu birbirinden farklı ve çelişkili gibi gözüken iki durum rızanın hukuki işlem olmadığını göstermez. Nitekim temsilde de geri alınabilir bir hukuki işlem varken, ahde vefa ilkesine dayanan sözleşme niteliğindeki hukuki işlem tek taraflı olarak geri alınamaz. Kısacası farklı hukuki işlemler için de zaten benzeri düzenlemeler vardır. Ayrıca Kohte'ye göre, rıza kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçasıdır. Hatta kimi hassas konularda rızanın geçersiz olması kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunması ile irade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanması içindir. Rıza tarafların özgürlüklerinin ve eşitliğinin bulunmadığı durumlarda sınırlarına ulaşmış olur[32].

Resch'e göre, rızanın hukuki işlem olmadığına dair ileri sürülen hiçbir görüş kabul edilemez[33]. Ceza hukuku ile özel hukuk arasında tam bir uyum olma zorunluluğu olmadığı için ceza hukukuna ilişkin değerlendirmeler yapılması ve sorumluluk hukukunda bu

[31] **Kohte, Wolfhard,** Die rechtfertigende Einwilligung, AcP (185) 1985, s. 106 vd.(**Ohly,** s. 57 den naklen) Aynı yönde bkz. **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 362.

[32] **Kohte,** s. 139 vd. (**Ohly,** s. 57'den naklen).

[33] **Resch, Reinhard,** Die Einwilligung des Geschädigten, Wien, 1997, s. 31 vd. (Ohly**,** s. 59'dan naklen).

teorilerin kullanılması yersizdir. Ayrıca rızanın temelinde Anayasa[34] tarafından korunan kendi geleceğini belirleme hakkı bulunmaktadır[35].

c) TASARRUF/FERAGAT GÖRÜŞÜ

Rızanın hukuki niteliğine dair diğer bir görüş[36], kişinin rıza göstermesi ile hakkında tasarruf ettiğini ileri sürmektedirler. Zira hak hukuken korunmasının sebebi kişilerin iradesinin bu şekilde olmasıdır. Eğer iradesi bu yönde değilse korunma da olmaz.

Diğer bir görüş[37] ise kişilerin rıza göstererek bir feragatte bulunduğunu ifade etmektedirler. Esasen feragat de bir tasarruf işlemi olduğu için iki görüş aynı sonuca çıkmaktadır.

---

[34] Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı Anayasa m. 17'ye dayandırılmaktadır. **Tacir, Hamide,** Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 116 vd.

[35] Yazarın ceza hukukuna ilişkin değerlendirmelerin alakasız olmasını söylemesinin sebebi, ceza hukukundaki kişinin kendi aleyhine suç işleme teorisi, menfaatten vazgeçme teorisi ve hukuksal korumadan vazgeçme teorilerinden kaynaklı olan ve rızayı maddi fiil olarak gören görüşün sorumluluk hukukunda uygulanamayacağını ifade etmek istemesidir. **Ekici Şahin,** s. 34 vd.

[36] **Tunçomağ,** s. 436.

[37] **Bucher,** s. 55 vd. (**Ohly**, s. 209, dn. 31'de naklen)

Fakat bu görüş rızanın haktan tamamen vazgeçilmemesi, korumanın tamamen bırakılmaması, feragat olsaydı başkalarının da bu hakkı ihlal etmesinin mümkün olması sebebiyle eleştirilmektedir[38].

d) SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Rızaya ilişkin diğer bir hukuki işlem görüşüne göre rıza, karşılıklı irade beyanı içermektedir. Bu ise rızanın bir sözleşme olduğunu göstermektedir[39]. Nitekim karşı taraf harekette bulunarak rıza gösterenin icabını zımnen kabul etmiş bulunmaktadır. Bu icabın içeriği muhatabın sorumluluğunun bulunmayacağına ilişkindir. O halde burada bir sorumsuzluk anlaşması söz konusudur[40].

e) VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Rızanın hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğuna yönelik teoriye göre, kişi kendi aleyhinde zarar verebiliyorsa ve bundan sorumlu tutulmuyorsa, bir başkasının zarar verici fiiline rıza göstermesi durumunda da fail sorumlu olmamaktadır[41]. Bir başka

---

[38] Bkz. aşağıda "Birinci Bölüm – III. – E. Feragatten Farkı" başlığı, s. 34 vd.

[39] **Cassani,** s. 238 vd.

[40] **Von Gamm, Otto/Friedrich Freiherr,** Urheberrechtsgesetz, Kommentar München, 1968 (**Ohly,** s. 65'den naklen).

[41] **Ekşi, Ahmet;** İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2000, s. 16 vd., **Ekici Şahin,** s. 47 vd.; **Demirhan Erdemir,**

deyişle, üçüncü kişinin verdiği zarar ile kişinin kendine verdiği zarar arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu teori vekâlet sözleşmesine benzetilmektedir. Teorinin temelde eleştirildiği nokta da vekâlet sözleşmesi bir borç doğururken rızanın herhangi bir borç doğurmamasıdır[42].

f) KAMU HUKUKUNA AİT HUKUKİ İŞLEM GÖRÜŞÜ

Ceza hukukundaki bir görüşe göre rıza, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ortadan kaldıran bir hukuki işlemdir[43]. Bu durumda kişi kendisine ait değerleri korumak istemiyorsa, failin davranışlarını hukuken sınırlamak anlamsız olur. Bu görüş "*kamu hukukuna ait hukuki işlem*" görüşü olarak adlandırılmaktadır. Bu görüş kişilerin iradeleri ile kanun koyucunun yetkisinde olan koruma hükümlerinin kaldırılmasının mümkün olmayacağını içeren eleştirilere maruz kalmıştır[44]. Bu eleştiriye karşı, korumanın

---

Ayşegül; *Türkiye'de Çocuk Hastalarda Aydınlatılmış Onamla İlgili Tıp Etiği Sorunları ve Yasalara Bir Bakış*, Terminal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar, Nobel Tıp Kitapevi, İstanbul, 2006, s. 100.

[42] **Ekici Şahin,** s. 48.

[43] **Ekici Şahin,** s. 31 dn. 7'de zikredilen yazarlar.

[44] **Odenwald, Steffen,** Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handels, Frankfurt am Main, 20014, s. 20 (**Ekici Şahin,** s. 34'den naklen).

kaldırılmasının hükmün kaldırılması değil, somut olayda uygulanmasının geride bırakılması olduğu şeklinde cevap verilmektedir[45].

3. HUKUKİ İŞLEM BENZERİ GÖRÜŞÜ

Rızaya ilişkin bir diğer teori ise hukuki işlem benzeri olduğu yönündedir[46]. Bu görüşe göre, rıza bir irade beyanıdır. Ancak bu beyanın hukuki sonuca yönelik olma

---

[45] **Ekici Şahin**, s. 31 vd.

[46] **Özcan, Funda Işık,** Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, s. 52 vd. **, Akbenlioğlu, Sevgi;** Konsültan Hekinin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010, s. 156; **Çilingiroğlu, Cüneyt,** Özel Hukuk Yönünden Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1991, s. 44; **Şenocak, Zarife,** Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S.4, s. 69; **Uygur, Atiye,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktara Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2009, s. 182; **Kaneti, Selim,** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 244. **Oehler, Wolfgang,** *Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler,* Çev. Ünver, Yener, YÜHFD, C. 4, Y. 2009, S. 2, s. 19 vd.; **Larenz, Karl,** Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 12. Aufl., München, 1981, s. 594 (**Ohly,** s. 51'den anklen). Antalya'ya göre rıza hukuki bir sonuca yönelik ise hukuki işlem, hukuki sonuca yönelik değilse hukuki işlem benzeri fiildir. Bkz. **Antalya,** s. 736. Öncelikle hukuki işlem benzerlerinde kişinin hukuki

zorunluluğu bulunmamaktadır. Hukuk düzeni rıza gösterenin iradesine, hukuki sonuca yönelik olmasa dahi ve hatta bu sonuçtan rıza gösterenin haberi olmasa dahi kendiliğinden sonuç bağlamaktadır[47]. Bu sonuç ise, geçerli bir rıza olduğunda rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu; rıza geçersiz ise tazminattan indirim sebebi olabileceği şeklindedir. Teoriye göre hukuki işlemlere ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde rızaya uygulanır[48].

4. MADDİ FİİL GÖRÜŞÜ

Hukuki fiil grubu altındaki diğer bir görüşe göre ise rıza maddi fiildir. Bu görüşe göre, hukuki korumadan feragat etme, savunma hakkından vazgeçme veya menfaat

---

sonuca yönelik irade beyanı olması işlemin niteliğini değiştirmez. Eğer değiştirseydi hukuki işlem benzeri fiillere kıyasen uygulanma mümkün olmayacağı gibi, ehliyet vb. şartlar da değişiklik gösterecekti. Bu sebeple biz bu görüşe katılmıyoruz.

[47] Hukuki işlem benzeri fiiller de irade açıklamasıdır ancak hukuki sonuca yönelik değildir. **Eren,** Genel, s. 161; **Tunçomağ**, s. 131; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 62; **von Tuhr,** s. 168; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 37; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 84 vd.

[48] **Ohly,** s. 49 vd.; **Çilingiroğlu,** s. 45; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 244; **Antalya,** s. 736. Antalya'ya göre rızanın hukuki işlem benzeri olmasının sonucunda hukuki işleme ilişkin hükümler kıyasen uygulanacağı için pratik bir önemi bulunmamaktadır. Kanaatimizce, rıza açısından hukuki işleme ilişkin kurallardan ayrılmayı gerektirecek pratik ve hukuki birçok sebep/durum bulunmaktadır. Bu sebeple rızanın hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

dengesine göre rıza gösterilen fiil hukuka uygun hale gelmektedir[49]. Linckelmann[50] 1898'de, tazminatın sadece sahibinin menfaati olduğu için var olduğunu, aksi takdirde hukuken korunmasında bir menfaatin bulunmadığını ileri sürmüştür. Ancak rızanın hukuki niteliği ile ilgili olarak hukuki işlem olmadığını, bir maddi fiil olduğunu iddia etmiştir. Nitekim bu noktada rızanın hukuki bir sonuca yönelik olmak zorunda olmadığını, bilakis herhangi bir hukuki ilişki oluşturup sona erdirmediğini, herhangi bir hakkı devretmediğini ifade etmiştir[51] Bu görüş, özellikle ceza hukukunda hâkim olan bir görüştür[52]. Schenke'ye göre[53] rıza bir hukuki işlem değildir. Zira rıza, herhangi bir hak oluşturmaz, değiştirmez veya sona erdirmez. Özellikle rıza karşı tarafa müdahalede bulunma hakkı vermemektedir. Nitekim rıza her an geri alınabilir. Rıza muhataba bir hak

[49] **Ohly,** s. 51 vd.; **Ekici Şahin,** s. 35 vd. Yazar bu görüşü hukuki fiil olarak nitelendirmiştir.

[50] **Linckelmann, Karl,** Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Berlin, 1898, s. 77 vd. (**Ohly,** s. 38'den naklen).

[51] **Ohly,** s. 38 vd.

[52] **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 291.

[53] **Schenke, Wolf,** Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Diss. Erlangen, 1965, s. 24 vd. (**Ohly,** s. 52 dn. 75'den naklen).

verseydi, muhatabın iradesi dikkate alınmaksızın bu hakkın geri alınması mümkün olmayacaktı.

Rıza gösteren kimse karşı tarafa hak tanımak amacı gütmemektedir. Sadece bir davranışa izin verilmektedir. Bu ise rızanın, hukuki işlem olmadığını gösterir. Bazı önemli kişisel hakların ihlali ahlaka aykırılık teşkil eder. Ahlaka aykırı hukuki işlemler ise kesin hükümsüzdür. Rıza hukuki işlem benzeri fiil de değildir. Nitekim hukuki bir sonucun doğmasına, değişmesine veya sona ermesine sebep olacak bir işlem değildir. Maddi fiil görüşüne göre, zararlı sonuç yine hukuka aykırıdır, ancak bunun korunması konusunda ortada menfaat bulunmamaktadır. Menfaat sahibi korumadan vazgeçtiğinde ona bu korumayı dayatmak adalete uygun düşmez. Dolayısıyla bu görüşe göre ise rıza açıklanmasa, hatta failin rızadan hiç haberi olmasa bile geçerlidir ve sonuçlarını doğurur. Boehmer ile Schenke'in görüşleri bu noktada örtüşmektedir. Boehmer'e göre ise rıza vekâletsiz iş görme ile paralellik göstermektedir[54].

Rızanın maddi fiil olduğunu savunan bir diğer görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri arasında bir tasnifin yapılması gerekmez[55]. Bücher'in görüşüne göre, tazminat isteme hakkı bir savunma hakkıdır. Eğer kişi rıza göstermişse bu tazminat isteme

[54] **Boehmer, Gustav,** Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger - Bemerkungen zu dem Urteil des IV. ZS des BGH v. 5. 12. 1958, MDR, 1959, s. 705. (**Ohly,**, s. 51'den naklen).

[55] **Bücher**, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis Tübingen, 1965, s. 118. (**Ohly,** s. 53'den naklen).

hakkından feragat etmiş olacaktır. Münzberg'e göre; hukuka aykırılık, haksızlık ve menfaat hukukun menfaatleri dengelemek için koyduğu kavramlardır[56]. Rıza ise ayrı bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Aksine rıza gösterenin menfaatinden vazgeçerek bu dengeyi değiştirmesidir.

Rızanın maddi fiil olmasının sonucunda ise hukuki işleme ilişkin şartları taşıma mecburiyeti yoktur[57]. Öte yandan rıza sadece kanunun sonuç bağladığı hallerde sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla bu görüş, kanunilik prensibinin güçlü şekilde kendini gösterdiği ceza hukukunda benimsenmektedir[58]. Ancak sorumluluk hukuku açısından rızanın genel olarak hukuka uygunluğa sebep olduğu kabul edilmektedir. Gerekçesi ise TBK ve TMK'nın rızaya ilişkin maddelerinde ve hukuka aykırılığın doğası gereği bulunduğu açıklanmaktadır. Zira ilgili maddeler olmasa dahi rıza hukuka uygunluk sebebi oluşturur.

5. TOPLUMSAL DEĞER GÖRÜŞÜ

Rızanın hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen bir diğer teori ise, toplumsal değer teorisidir[59]. Bu teoriye göre rıza gösterilen değerin korunmasındaki toplumsal menfaat, serbestçe tasarruf edilebilecek ilgili hukuksal değerden önemli veya üstün değilse, rıza

---

[56] **Münzberg, Wolfgang,** Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt, 1966, s. 259 vd. (**Ohly,** s. 53'ten naklen).

[57] **Eren,** Genel, s. 162.

[58] **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 291; **Ohly,** s. 49 vd.

[59] **Ekici Şahin,** s. 44 vd.; **İçel, Kayıhan/Evik, A. Hakan,** İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, s. 152 vd.

artık eylemi hukuka uygun hale getirir. Bu görüş, hukuksal değer üzerindeki serbestçe tasarruf hakkı ile toplumsal menfaatin çatışması ve bunlardan hangisinin üstün tutulacağı temeli üzerine kuruludur. Değerlendirme sırasında fiilin amacı, ağırlığı ve diğer şartlar göz önünde tutulur. Bu değerlendirmeye göre rızanın korunup korunmayacağına karar verilir. Teoriye göre vücut bütünlüğü ihlallerinde fiil ağır ise rıza mümkün değilken, fiil hafif iken rıza gösterilmesi mümkündür[60]. Ayrıca yaşam hakkının sona erdirilmesine ilişkin gösterilen rızanın geçersiz olmasının sebebi toplumsal menfaatin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından üstün tutulmasıdır. Bu teori hangi değerin daha önemli olduğu ve hangi fiilin daha ağır olacağı konusunda objektif kriterler getiremediği için eleştirilmektedir[61]. Kanaatimizce, faydacılık felsefi akımına dayanan bu teori kabul edilemez. Nitekim bu teori rızanın hukuki niteliğini değil, rızanın sınırlarını belirlemektedir. Ayrıca örneğin bir seri katilin hayat hakkını sona erdirme konusunda verdiği rıza sonucu toplumsal menfaatin daha fazla olduğu söylenemez. Dolayısıyla faydacı akıma getirilen bütün kategorik ahlak eleştirileri[62] uygun düştüğü ölçüde bu görüş için de geçerlidir.

[60] **Ekici Şahin,** s. 45.

[61] **Ekici Şahin**, s. 46 vd.

[62] **Sandel, Michael J.,** Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, Çev: Mehmet Kocaoğlu, Bigbang Yayınları, Ankara, 2013, s. 58 vd.

6. DİĞER GÖRÜŞLER VE ÖĞRETİDEKİ HÂKİM DURUM

Herhangi bir kriter yerine her olayda ayrıca hukuki niteliğinin belirlenmesini gerekli gören görüşe göre, rızanın tek bir hukuki niteliği yoktur. Bu görüşe göre, rızanın niteliği koruduğu ya da ilgili olduğu norma göre değişmektedir[63].

Alman öğreti ve uygulamasında hâkim olan görüş ilk zamanlarda hukuki işlem teorisi idi[64]. Ancak daha sonra hâkim görüş hukuki işlem benzeri olmuştur[65]. Türk-İsviçre hukuk öğretisinde ise hâkim görüş, rızanın hukuki işlem olduğu yönündedir[66]. Ancak öğretide hukuki işlem benzeri irade beyanı görüşü de savunulmaktadır[67]. Kaneti'ye göre,

---

[63] **Ekici Şahin**, s. 49 vd.

[64] **Ohly,** s. 42 vd. Alman öğretisindeki hâkim görüşün hukuki işlem benzeri teorisi olduğuna ilişkin olarak bkz. **Yılmaz M.,** s. 7 vd.

[65] **Çilingiroğlu,** s. 38 vd.; **Ohly,** s. 67; **Şenocak,** Rıza, s. 69 dn. 14'teki yazarlar.

[66] **Eren,** Genel, s. 628, **Deschenaux, Henri; Tercier, Pierre**; Sorumluluk Hukuku, (Çev. Özdemir, Salim), Ankara, 1983; s. 44 vd. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 22 vd., **Tandoğan**, **Halûk**, Türk Mes'uliyet Hukuku (Sözleşme Dışı ve Sözleşmeye ilişkin Mes'uliyet), Vedat Kitapçılık, 1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası, İstanbul, 2010, s. 31 özellikle dn. 64, **Kılıçoğlu M.,** s. 358 vd., **Von Tuhr,** s. 371 vd., **Oser/Schönenberger,** Birinci, s. 362, **Reisoğlu,** s. 165 vd., **Çilingiroğlu,** s. 38 dn 82'de anılan yazarlar.; **Erpek,** s. 47 vd.; **Şenocak,** Rıza, s. 68 vd. Özellikle dn. 13'te sayılan yazarlar.; **Baysal, Başak,** Zarar Görenin Kusuru, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 44.

[67] **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 244, **Yılmaz M.,** Rıza, s. 7 vd., **Çilingiroğlu,** s. 39vd.

rıza beyanı hukuki işlem sayılırsa faili zarar vermeye yetkilendirme sonucunu doğuracaktır. Öte yandan, hukuki işlem benzeri irade beyanı olduğu kabul edilirse, irade karşı tarafa bir yetki vermeyi düşünmeksizin açıklanırsa, yani maddi bir sonuca yönelik olursa, dâhi geçerli olacaktır. Hâkim görüşe göre, rızanın hukuka uygunluk sebebi olmasının gerekçesi kişinin hukuki korumadan veya menfaatinden vazgeçmesi sonucuna yönelik bir irade beyanı olmasıdır[68].

7. DEĞERLENDİRMEMİZ

Kanaatimizce, rıza gerçekten rıza gösteren kişinin tek taraflı irade beyanıdır[69]. Rıza hukuki korumadan veya menfaatten vazgeçme sonucu doğuran bir irade beyanıdır. Ancak rıza geçersiz olduğunda dâhi tazminattan indirim sonucunu doğurabilmektedir. Hukuki işlemler geçersiz olduklarında hüküm ve sonuç doğurmaz. Dolayısıyla rızanın geçersiz olduğunda tazminattan indirim sonucunu doğurması onun hukuki işlem olmadığını göstermektedir. Ayrıca rıza gösteren kişinin, bu hukuki sonucu amaçlamadan oluşacak zarara katlanmayı göze aldığına dair irade beyanı halinde, hukuki işlem görüşü kabul edilirse, fiil hukuka aykırı olacaktır. Keza irade beyanı hukuki sonuca yönelik değildir. Öte yandan, hukuki işlem görüşüne göre, hukuki korumadan veya menfaatten vazgeçmeyi pasif bir eylemle yapmak da mümkün değildir. Nitekim rıza gösteren kişi o hukuki sonucu istemeden, zımni olarak fiili kabullendiğinde, rıza geçerli olmayacaktır.

---

[68] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 243 vd.

[69] **Ekici Şahin,** s. 35 vd. Aynı yönde bkz. **2. HD, 2011/10286 E., 2011/14804 K., 03.10.2011 T.,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018

Kaldı ki, rızayı geri almak mümkündür. O halde rıza hukuki işlem değildir. Ancak rıza sadece hukukun kendisine sonuç bağladığı hallerde geçerli olduğu maddi bir fiil de değildir. Nitekim bir hukuk kuralı olmasa dahi işin mahiyeti gereği rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilir[70].

Belirtelim ki, rıza sadece kullanılmakla hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. Fiil işlenene kadar karşı tarafa bir borç/yükümlülük yüklenmediği gibi, aynı zamanda hukuka uygun hale gelen bir fiil de bulunmamaktadır. Nitekim rıza gösterildiği anda muhatabın herhangi bir fiili henüz yoktur. Dolayısıyla rıza karşı tarafın fiiline kadar hukuki bir sonuç da doğurmamaktadır. Başka bir ifade ile irade beyanı yöneltilmiş olsa dahi fiil işlenmediği sürece, rıza herhangi bir sonuç doğurmamıştır. O halde rıza, tek taraflı *hukuki işlem benzeri irade beyanı*dır[71]. Ayrıca rıza gösterenin rızaya bağlı iradesi fiile yöneliktir. Hukuki sonuca yönelik değildir. Yani muhatabın fiili hukuki sonuç değildir. Ancak kişinin rıza göstermesine hukuk düzeni bir sonuç bağlamıştır[72]. Öyle ki, kişinin rızası bulunmakta ise, hukuk düzenine göre muhatap fiili gerçekleştirdiği takdirde fiil hukuka uygun hale gelmekte veya tazminattan indirim sebebi teşkil etmektedir.

---

[70] **Von Tuhr,** s. 371 vd. **Cassani,** s. 240.

[71] **Başalp, Nilgün,** Sorumsuzluk Anlaşmaları, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 61 vd.; **Özcan,** s. 52 vd.; **Akbenlioğlu,** s. 156; **Çilingiroğlu,** s. 44; **Şenocak,** s. 69; **Uygur,** s. 182; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 244. **Oehler,** s. 19 vd.; **Larenz,** s. 594 (**Ohly,** s. 51'den anklen)

[72] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 84 vd.

Rızanın hukuki işlem benzeri fiil olduğu kabul edilirse, hukuki işleme ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde rızaya uygulanır[73]. Rızanın hukuki işlem olduğu kabul edilse dahi, rıza, atipik bir hukuki işlem olacaktır. Bunun sonucunda ise borçlar hukukunun sözleşmeye ilişkin genel hükümleri doğrudan değil, uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır[74]. Bu sebeple, doktrindeki hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri görüşlerinden hangisi kabul edilirse edilsin, uygulanacak hükümlerin uygun düşüp düşmediği incelenmelidir.

III. RIZANIN BENZERİ KAVRAMLARDAN FARKI

Rızanın tam olarak ne olduğunun belirlenmesi için ne olmadığını da belirlemek gerekmektedir. O yüzden rızanın bazı benzeri kavramlardan farkları incelenmelidir.

A. ÖNERİDEN (İCAPTAN) FARKI

Öneri, sözleşmesinin kurulması için gerekli olan karşılıklı irade açıklamalarından zaman itibariyle önce olanıdır[75]. Öneri karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve

---

[73] Aynı yönde bkz. **Çilingiroğlu,** s. 39 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 84 vd.

[74] **Ohly,** s. 547 vd.

[75] **Oğuzman/Öz,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1,10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 51.; **Eren,** Genel, s. 258; **Tunçomağ**, s. 184; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 189; **Akıncı,** Borçlar, s. 66; **von Tuhr,** s. 177; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 179.

bağlayıcı olan, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucu doğuran irade beyanıdır[76]. Ayrıca öneri sözleşmenin sübjektif ve objektif esaslı unsurlarını içermelidir[77].

Öneri ile rızanın benzerliği bulunmaktadır. Nitekim bir kimse başka bir kimseye evinin duvarını 100 TL karşılığında yıkması konusunda öneride bulunsa, karşı taraf da duvarı yıksa, bu durumda sözleşme kurulmuş ve yapma edimi ifa edilmiştir. Öte yandan bir kimse duvarını karşı tarafın yıkmasına rıza gösterse ve karşı taraf yıksa bu fiil hukuka uygun bir fiil olur, ancak aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmaz. Her iki durumda da kişi tasarruf edebileceği bir malvarlığı hakkı olan duvarının yıkılması konusunda bir irade beyanında bulunmaktadır. Dolayısıyla bu iki kurumun benzer olduğu noktalar bulunmaktadır.

Bu iki kavram arasında ilk fark, rızanın rıza göstermeye yetkisi olan kişi tarafından verilme mecburiyeti var iken, öneriyi taraflardan herhangi birinin yapabilmesidir[78].

---

[76] **Eren,** Genel, s. 269 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 66 vd.; **von Tuhr,** s. 176; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 83 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 193 vd; **Reisoğlu,** s. 64 vd.; **Kayar,** s. 58.

[77] **Eren,** Genel, s. 260; **Tunçomağ**, s. 184; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 189 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 67; **von Tuhr,** s. 176; **Hatemi/Gökyayla,** s. 30; **Kayar,** s. 58; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 57.

[78] **Oğuzman/Öz,** C. 1, s. 51. **Eren,** Genel, s. 258; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 189; **Akıncı,** Borçlar, s. 69.

Ayrıca öneride bulunan taraf kural olarak önerisi ile bağlıdır ve önerisini geri alamaz[79]. Rıza gösteren kimse ise rızası ile kural olarak bağlı değildir ve rızasını geri alabilir. Öneri sözleşme kurulması sonucuna yönelik olan ve sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi gereken bir irade beyanı iken, rıza hukuki sonuca yönelik olmasa dahi hüküm ve sonuçları doğuran bir irade beyanıdır. Rızanın içeriği, sınırları rıza gösterenin iradesine göre belirlenir. Son olarak, öneri sözleşmenin kurulmasındaki bir irade beyanı iken, rıza taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan hallerde olabileceği gibi sözleşme ilişkisi bulunan hallerde de olabilir.

Belirtelim ki, rıza önerinin bir unsuru olabilir. Hatta rıza öneri ile tamamen örtüşebilir. Örneğin bir manken özel alanında fotoğrafının çekilmesine ilişkin rıza gösterirken aynı zamanda buna ilişkin bir öneride bulunmuş olabilir. Ancak bu iki kavramın aynı olduğu sonucunu doğurmaz.

[79] **Oğuzman/Öz,** C. 1, s. 57 vd.; **Eren,** Genel, s. 265 vd.; **Tunçomağ**, s. 184; **von Tuhr,** s. 176; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 86.

B. KABULDEN FARKI

Kabul, öneriye uygun olarak sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır[80]. Kabulün öneri sahibine yöneltilmesi gerekir[81].

Kabulün, borçlar hukukundaki anlamı yukarıda açıklanan şekilde olsa da, günlük dilde rıza ile kabul eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu yüzden rıza ile kabul arasında ilk benzerlik mana bakımından bulunmaktadır. Ayrıca bir kimse öneriyi kabul ederken, rıza açıklamasında bulunmuş olabilir. Nitekim rıza kişinin kendiliğinden yaptığı bir açıklama olabileceği gibi bir başka kimsenin isteği doğrultusunda da olabilir. Örneğin bir kimse arkadaşının bilgisayarını kullanmak istediğini söylediğinde, arkadaşı rıza gösterebilir. Bu durumda aralarında hem bir kullanım ödüncü sözleşmesi ilişkisi oluşur, hem de arkadaşı o kimseye rıza göstermiştir. Bu gibi durumlarda rıza ile kabul örtüşebilmekte veya rıza kabulün bir unsuru olabilmektedir.

---

[80] **Reisoğlu,** s. 68. Oğuzman/Öz'e göre kabul yenilik doğuran hukuki işlemdir. **Oğuzman/Öz,** C. 1, s. 6. Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 93; **Akıncı,** Borçlar, s. 71; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 203 vd. Eren'e göre kabul yenilik doğuran bir haktır. **Eren,** Genel, s. 269. Aynı yönde bkz. **Tunçomağ**, s. 194. Kanaatimizce, kabul ile yeni bir sözleşme ilişkisi kurulduğu için yenilik doğuran hukuki işlemdir. Hatemi/Gökyayla'ya göreyse kabul öneri ile birlikte bir bütündür. Bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s. 34.

[81] **Eren,** Genel, s. 269 vd.

Ancak kabul ile rıza arasında birtakım farklılıklar da vardır. Rıza sadece rıza gösterme yetkisi olan kimse tarafından verilebilirken, kabul sadece muhatap tarafından verilebilir. Kabul yenilik doğuran bir hukuki işlem iken, rızanın yenilik doğuran hukuki işlem olma mecburiyeti olmadığı gibi, rıza herhangi bir hukuki sonuca yönelmese dahi hukuken kendiliğinden sonuç doğurmaktadır. Kabul ile sözleşme kurulur ve kişi bu sözleşmenin hükümleri ile bağlıdır[82]. Rıza kişiyi bir borç altına sokmadığı gibi kişi açıkladığı rıza ile bağlı değildir. Zira kişi rızasını fiilin tamamlanmasına kadar geri alabilmektedir[83].

C. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ VE TEMSİL İLİŞKİSİNDEN FARKI

Yukarıda[84] açıklandığı gibi, rızanın hukuki niteliğine dair bir görüş rızanın temsil yetkisi ile örtüştüğü yönündedir. Bu görüşe göre, hukuka aykırı müdahalede bulunulacak menfaat hakkında rıza gösteren kişi, karşı tarafı o fiili yapması konusunda yetkilendirmektedir.

Temsil şöyle tanımlanmaktadır: "*Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapma*

[82] **Eren,** Genel, s. 273; **Tunçomağ**, s. 199; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 193.

[83] Bkz. aşağıda "Üçüncü Bölüm – II – C. Rızanın Geri Alınması" başlığı, s. 266 vd.

[84] Bkz. yukarıda "Birinci Bölüm – I – C – 2- b) Temsil Yetkisi Görüşü" başlığı, s. 8 vd.

yetkisidir."[85] Tanımdan da anlaşılacağı üzere, temsil ilişkisinde üçüncü bir kişi bulunmaktadır[86]. Bu üçüncü kişi temsilcinin hukuki işlem yaptığı kişidir[87]. Rızada ise üçüncü kişi bulunmamaktadır.

TBK m. 40'ın lafzından da anlaşıldığı gibi, temsil ancak hukuki işlemlerin yapılmasında söz konusu olabilir. Hukuki işlem benzeri işlemlerin yapılmasında da temsil mümkündür[88]. Ancak bir görüşe göre, maddi fiillerin yapılmasında temsil mümkün değildir[89]. Kaldı ki, haksız fiillerde de temsil söz konusu olmaz[90]. Oysa rızanın konusu zaten haksız fiillerdir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda temsilci kural olarak

---

[85] **Eren,** Genel, s. 444; **Tunçomağ,** s.397; **Akyol, Şener,** Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 3; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 123; **Akıncı,** Borçlar, s. 124; **Akyol,** Temsil, s. 363.

[86] **Tunçomağ,** s. 397; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 124; **Akıncı,** Borçlar, s. 125; **Kayar,** s. 96; **Akyol,** Temsil, s. 229 vd.

[87] **Eren,** Genel, s. 447; **Başpınar, Veysel,** Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 100.

[88] **Eren,** Genel, s. 445; **Karakaş, Fatma Tülay,** Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 84 vd.; **Akyol,** Temsil, s. 202.

[89] **Eren,** Genel, s. 445; **Akıncı,** Borçlar, s. 126; **Akyol,** Temsil, s. 202.

[90] **Başpınar,** Vekil, s. 101; **Eren,** Genel, s. 445; **Akıncı,** Borçlar, s. 126; **von Tuhr,** s. 319; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 170; **Akyol,** Temsil, s. 203.

kullanılamaz[91]. Rıza maddi fiillere ilişkin de verilebilir. O halde rıza ile temsil birbiriyle örtüşmemektedir.

Temsil yetkisi çoğu zaman vekâlet sözleşmesi olan temel ilişkiye dayanır[92]. Ancak bu ilişkiden soyut bir işlemdir[93]. Kaldı ki, vekâlet ile temsil yetkisi birbirinden farklıdır[94]. Vekâlet sözleşmesi, "*vekilin sözleşme ile vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tâbi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmak üzere yükleyen"* bir sözleşmedir[95]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, vekâlet bir iş görme sözleşmesidir. Vekâlet ile rızanın benzer noktası bir tarafın iradesi doğrultusunda, karşı tarafın bir davranışta bulunmasıdır. Farklılıkları ise ilkin vekil ve vekâlet verenin bu sözleşmeden

---

[91] **Eren,** Genel, s. 445 vd.; **Helvacı, Serap,** Kişilik İşlemi Hakları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 1993, s. 83 vd.

[92] **Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara, 2017,s. 709; **Akyol,** Temsil, s. 37.

[93] **Eren,** Genel, s. 459 vd.; **Tunçomağ,** s. 409; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 174 vd.; **Eren,** Özel, s. 710; **Akyol,** Temsil, s. 68 vd.; **Akbıyık,** s. 224 vd.

[94] **Başpınar,** Vekil, s. 99 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 125 vd.; **Akyol,** Temsil, s. 36 vd.

[95] **Eren,** Özel, s. 705 vd. **Erkan, Vehbi Umut,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Verenin Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD, C. 62, S. 2, Y: 2013, s 442 vd.; **Başpınar,** Vekil, s. 69.

doğan birtakım yükümlülükleri ve borçları bulunmaktadır[96]. Vekâlet sözleşmesinin vekâlet veren yararına yapılması gerekmektedir[97]. Ancak rıza tarafları borç ve yükümlülük altına sokmaz. Ayrıca rıza tek taraflı hukuki işlem benzeri irade beyanıdır. O halde rıza vekâlet sözleşmesi de olamaz[98].

Temsil ilişkisinin rıza ile bir diğer farkı ise işlemlerin tarafları açısındandır. Temsil üçüncü kişiyle yapılırken[99], rızada iki taraflı bir ilişki mevcuttur[100].

Belirtmek gerekir ki, rıza vekâlet sözleşmesinin bir unsuru olabilir. Bunun en önemli örneğine tıbbi müdahaleye rızada rastlanmaktadır. Nitekim hastanın aydınlatılmış onamı/rızası, doktor ile hasta arasındaki vekâlet sözleşmesinin bir unsuru ve tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren unsurudur.

D. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDEN FARKI

Vekâletsiz iş görme, en genel tanımıyla, iş görenin iş görme yükümlülüğünün yokluğu, yani vekâlete sahip olmaksızın iş sahibinin bir işini görmesi olarak

---

[96] **Başpınar,** Vekil, s. 70 vd.; **Eren,** Özel, s. 706 vd.

[97] **Eren,** Özel, s. 711.

[98] **Ekici Şahin,** s. 51.

[99] Temsilci kendisi ile sözleşme yapabilir. Fakat bu sözleşmenin temsil olunana zarar vermemesi gerekmektedir. Bu halde haksız fiile temsilci rıza gösteremediği gibi, rızanın bir farkı da bu noktadadır. Bkz. **Eren,** Genel, s. 466; **Akyol,** Temsil, s. 336 vd.

[100] **Ohly,** s. 213.

tanımlanmaktadır[101]. Vekâletsiz iş görmenin iki türü vardır. Gerçek vekâletsiz iş görmede iş gören iş sahibinin menfaatlerine uygun ve iş sahibi tarafından yasaklanmamış iş sahibine ait zorunlu bir işi görmektedir[102]. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise, iş görenin, iş sahibinin işinin yapılması gerekmediği halde yaptığı durumlarda, iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak işi yaptığı durumlarda ve işi bilerek veya bilmeyerek kendi menfaatine uygun şekilde yaptığı durumlarda bulunmaktadır[103]. Kısaca, gerçek olan vekâletsiz iş görmede iş sahibinin menfaati göz önünde bulundurulurken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bu menfaat göz önünde bulundurulmamaktadır[104]. Vekâletsiz iş

---

[101] **Uzun Şenol, Pınar,** *Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu*, FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S: 3 Y:2014 Bahar, s. 294; **Eren,** Özel, s. 897; **Aksoy, Hüseyin Can,** *Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?,* ABD, Y. 2017, C. 75. S. 1, s. 94; **Reyhani Yüksel, Sera,** Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, MÜHFHAD, Y. 2017, C. 12, S. 2, s. 797; **Tandoğan, Halûk,** Vekâletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957, s. 21 vd.

[102] **Eren,** Özel, s. 899 vd.; **Baş Süzel, Ece / Yasan, Candan,** *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk;* MÜHAD; C. 22, S. 22, s. 366; **Güverçin, Sezgin**, Roma ve Türk hukukunda Vekâletsiz İş Görme, Ankara Üniversitesi SBE, Yayımlnamamış Yüksek Lisans Tezi , Ankara, 2007, s. 53 vd., **Reyhani Yüksel,** s. 798; **Tandoğan,** Vekâletsiz, s. 54 vd.

[103] **Eren,** Özel, s. 909 vd.; **Aksoy,** s. 104 vd.; **Güverçin,** s. 54 vd.; **Reyhani Yüksel,** s. 798 vd.; **Tandoğan,** Vekâletsiz, s. 66 vd.

[104] **Uzun Şenol,** s. 295 vd.; **Baş Süzel/Yasan,** s. 371.

görmenin unsurları ise, iş görme, işin münhasıran iş görenin alanına etki etmemesi[105] ve vekâletinin olmamasıdır[106].

Vekâletsiz iş görmede gerçekten de, bir kimse, başka bir kimsenin hukuka alanına etki eden bir iş yapmaktadır. Bu iş, hukuki işlem, hukuki işlem benzeri veya maddi fiil olabilir[107]. Bir kimsenin iradesine uygun olarak onun işini gören kimse gerçek olan vekâletsiz iş gördüğü için rıza ile benzerliği anlaşılabilir. Ancak rızada kişinin menfaatine olmayan, bilakis zararına sebep olabilecek bir fiile ilişkin bir iradesi bulunabilir. O halde, gerçek olan vekâletsiz iş görme ile rıza aynı kavramlar değildir. Öte yandan bir kimse bir başkasının iradesi doğrultusunda olmadan, o kimsenin işini görürse bu durumda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olur[108]. Fakat bu durumda da kişinin rızasına uygun hareket etme imkânı bulunmadığı için rıza ile vekâletsiz iş görmenin birbiri ile alakalı olmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda rıza gösteren kimsenin iradesinin bulunmadığı ileri sürülemez.

---

[105] Önceden vekâletsiz iş görmede başkasının hukuk alanına etki etmesi aranırken, bu genişletilerek işin münhasıran iş görenin alanına etki etmemesi yeterli görülmektedir. **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 220 vd.

[106] **Uzun Şenol,** s. 296 vd.; **Eren,** Özel, s. 912 vd.; **Tandoğan,** Vekâletsiz, s. 74 vd.

[107] **Uzun Şenol,** s. 296; **Eren,** Özel, s. 897 vd.

[108] **Aksoy,** s. 105 vd.

Rıza gösteren kişinin, kimi durumlarda, rızasının alınma imkânı bulunmayabilir. Bu özellikle bir müdahalenin mecburi olması ve müdahalenin hukuka uygun olması için kişinin rızasının arandığı tıbbi müdahalelerde karşılaşılan bir durumdur. Bu durumda yapılan müdahalenin hukuka uygun olmasının sebebi kişinin varsayılan rızasına dayanmaktadır. Varsayılan rıza ile gerçek olan vekâletsiz iş görme[109] çoğu durumda örtüşmektedir[110]. Nitekim bu noktada iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak, ona ait bir iş, aralarında bir vekâlet ilişkisi olmadan görülmektedir. Bu durumda kişinin varsayılan rızası mevcuttur ve yapılan müdahale hukuka uygundur[111].

[109] Bu noktada Tandoğan, vekâletsiz iş görmeyi hukuki işlem benzeri fiil kabul etmektedir. Bu ise rızanın da hukuki işlem benzeri fiil olması görüşümüzle örtüşmektedir. Bkz. **Tandoğan,** Vekâletsiz, 54 vd.

[110] Bkz. aşağıda "Üçüncü Bölüm - I – B. Varsayılan Rıza" s. 232 vd. başlığı.

[111] **Eren,** Genel, s. 631 vd. Eren'e göre varsayılan rıza ile vekâletsiz iş görme örtüşmektedir. Nitekim hukuka uygunluk sebebi vekâletsiz iş görmeye dayanmaktadır. **Eren,** Genel, s. 631 dn. 351'deki yazarların da belirttiği gibi bu kişinin varsayılan rızasına dayanmaktadır.

Vekâletsiz iş görmenin önemli olacağı bir diğer husus ise kişinin fiilden sonra rıza göstermesi halidir[112]. Kişi sonradan rıza gösterdiği durumda rıza, yapılan fiilin onaylanması niteliği kazanıp, fiili hukuka uygun hale getirebilir[113].

E. FERAGATTEN FARKI

Feragat, hukuki işlemle *bir hakkın, başkasına devredilmeden veya başka bir hak meydana getirilmeden ileriye etkili ve kesin bir şekilde sonlandırılmasıdır*[114]. Bu niteliği itibariyle feragat bir tasarruf işlemidir[115].

Feragat sonucu başka bir kimse için kazandırma oluşturmaktaysa o kimsenin de bunu kabul etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla feragat bazen kanun gereği[116] bazen de işin niteliği gereği iki taraflı olabilir[117].

---

[112] Bu konu aşağıda "İkinci Bölüm – III – C- 3. İrade Beyanının Zamanı" başlığında, s. 190 vd. incelenmişir.

[113] **Aksoy,** s. 102.

[114] **Paksoy, Meliha Sermin,** Zamanaşımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 6.

[115] **Paksoy,** s. 15 vd.; **Eren,** Genel, s. 177.

[116] TMK. m. 528 gereğince mirastan feragat sadece miras sözleşmesi ile yapılabilir.

[117] **Doğan, Murat,** Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanmasının Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 17.

Feragat tasarruf işlemi olduğu için tasarruf yetkisini ve buna bağlı olarak da mevcut bir hakkın varlığını gerektirir[118]. Bu bakımdan feragat ile rıza birbirine benzemektedir. Nitekim rızanın konusu da serbestçe tasarruf edilebilecek bir menfaattir. Belirtelim ki rıza bir tasarruf işlemi değildir. Zira kişi bu hakkını doğrudan doğruya etkilememekte, değiştirmemekte, kurmamakta veya sona erdirmemektedir[119]. Eğer hakkını sona erdirdiği kabul edilirse sadece rızanın muhatabı tarafından yapılan değil, başkalarının da yapacağı müdahaleler hukuka uygun olur. Zira feragat sadece belli kimseye karşı da yapılamaz. Nitekim feragatin muhatabı bulunmamaktadır. Yapılacak müdahaleden doğacak tazminatı ve diğer talep haklarını geçerli bir rızanın sona erdirdiği düşünülebilir. Bu durumda mevcut olmayan veya en azından belirli olmayan bir hak bulunmaktadır. Ancak tasarruf işlemlerindeki belirlilik ilkesi[120] gereğince, feragatin konusunun da belirli olması gerekir. Son olarak, tasarruf yetkisi ancak kanunla kısıtlanabilir, hak sahibi hukuki işlemle kısıtlayamaz[121]. O halde rıza haktan feragat değildir.

[118] **Paksoy,** s. 24 vd.

[119] Tasarruf işlemi için bkz. **Doğan,** Tasarruf, s. 17 vd.; **Tunçomağ**, s. 138 vd.

[120] **Eren,** Genel, s. 179.

[121] **Doğan,** Tasarruf, s. 23, **Eren,** Genel, s. 176; **von Tuhr,** s. 211 vd.

Bazı yazarlar[122] rızayı hakkın korumasından feragat olarak nitelemektedirler. Ancak bu durum hakkın herkese karşı korunmasını sona erdireceği için kabul edilemez niteliktedir.

Kaldı ki, feragat karşı tarafın kabulü ile iki taraflı hukuki işlem niteliğinde de olabilir. Ancak rızayı muhatap kabul etse bile kural olarak bir hukuki ilişki doğurmaz. Zira rıza muhataba bir borç yüklemediği gibi, kural olarak vazgeçmenin mümkün olması karşısında da rıza gösterene de katlanma borcu yüklememektedir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, feragat kullanılmakla hakkı sona erdirdiği için, vazgeçilmesi de mümkün değildir. Bu açıdan da rıza ve feragatin birbirinden farklı kavramlar olduğu anlaşılabilir.

Son olarak belirtelim ki, fiil gerçekleştikten sonra gösterilen rıza, şartları varsa feragat niteliğindedir[123].

---

[122] Bkz. yukarıda "Birinci Bölüm – I – C – 2- c) Tasarruf/Feragat Görüşü" başlığı, s. 12 vd.

[123] Bkz. aşağıda "İkinci Bölüm – III – C – 3) İrade Beyanının Zamanı" başlığı, s. 190 vd. ve özellikle dn. 572.

F. AFTAN FARKI

Özel hukuk açısından af bir duygu açıklamasıdır[124]. Affın konusu ise bir kimsenin davranışlarının kendisinde manevi üzüntüye sebep olmasına rağmen, davranışların hoş görülmesidir. Özel hukukta affa TMK. m. 161 f. 3, m. 162 f. 3 ve m. 578 f. 2 de sonuç bağlanmıştır. Tüm bu düzenlemeler karşı tarafın davranışları sonucunda manevi olarak üzülen tarafın, bu davranışları affetmesi halinde dava hakkının düşeceği veya mirastan yoksunluğun sona ereceği yönündedir. Af ile rızanın en önemli farkı affın bir duygu açıklaması oluştururken rızanın irade açıklaması olmasıdır. İkinci fark ise af fiilden sonra gerçekleştirilirken[125], rıza fiilden önce verilmelidir[126].

Duygu açıklamalarında hukuki işleme ilişkin hükümler kıyasen uygulanamaz[127].

---

[124] **Eren,** Genel, s.163; **Tunçomağ**, s. 134; **von Tuhr,** s. 171; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 86. Affın hukuki işlem benzeri olduğu yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 37.

[125] Yargıtay, **HGK E. 1982/9-336, K. 1984/722, T. 20.6.1984; 2. HD E. 2014/14998, K. 2014/15758, T. 7.7.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018

[126] **Ekşi,** Rıza, s. 20 vd.

[127] **Eren,** Genel, s.163.

G. SORUMSUZLUK ANLAŞMASINDAN FARKI

Sorumsuzluk anlaşması borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde doğacak sorumluluğun sınırlandırılmasıdır[128]. Sorumsuzluk anlaşması adından da anlaşılacağı üzere bir sözleşmedir[129]. Rıza ile ilk farkı da bu noktada çıkmaktadır[130]. Aynı zamanda sorumsuzluk anlaşmaları doğmamış, fakat doğması muhtemel olan bir hakkın sınırlandırılması niteliğinde olduğu için öncelenmiş tasarruf işlemidir[131].

Sorumsuzluk anlaşmaları, davranışı hukuka uygun hale getirmemektedir. Aksine hukuka aykırı olan davranış sonucu doğan sorumluluğun sınırlandırılması niteliğindedir. Bu yönü itibariyle hukuka uygunluk sebebi olan rızadan açıkça farklıdır[132].

Sorumsuzluk anlaşması ile rıza arasında, uygulama alanı buldukları borç doğurucu kaynak, şekil ve mahiyet yönünden farklar vardır, ancak tazminatın tamamen kalkması veya indirilmesi noktasında benzer özellikler sergilemektedirler[133].

---

[128] **Başalp,** s. 18 vd.; **Akman, Galip Sermet,** Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 6vd.; **Eren,** Genel, s. 1112; **Tunçomağ,** s. 828.

[129] **Akman,** s. 12 vd.

[130] **Akman,** s. 22 vd.

[131] **Başalp,** s. 38; **Eren,** Genel, s. 1113.

[132] **Başalp,** s. 61 vd.

[133] **Akman,** s. 23.

H. SORUMSUZLUK BEYANINDAN FARKI

Doğması muhtemel olan zararlar karşısında, bu zarardan sorumlu olunmayacağına dair tek taraflı herkese yapılan sorumsuzluk kayıtları/beyanları, karşı taraf kabul etmediği sürece sorumluluğu sınırlamazlar[134]. '*İnşaat sahasına girmek tehlikeli ve yasaktır'*, '*Değerli eşyalarınız için sorumluluk kabul edilmez'* gibi ifadelerle kişiler sorumluluktan kurtulmaya çalışmaktadırlar. Kural olarak, koruma yükümlülüğü bulunan kimsenin bu tür beyanları bir sonuç doğurmamaktadır. Ancak bu beyanı okuması için gerekli önlemler alınmış ve muhatap da bu beyanları okumuş ise bu durumda bu oluşacak zararlara rızasının olduğu kabul edilebilir mi? Kişi bu uyarıya rağmen uyarıya aykırı hareket ederek zarara sebep oluyorsa iki ihtimal bulunmaktadır. İlkin, burada kişinin riski kabullendiği ve uyarı levhasına aykırı davranarak zarara zımnen rıza gösterdiği kabul edilebilir. Ayrıca kişinin bu uyarıya rağmen zararın doğmasına sebep olması dolayısıyla birlikte kusurlu olacağı kabul edilebilir.

Örneğin macera sporu niteliğinde olan iple atlama (bungee jumping) işletmesinin, hiçbir sorumluluk kabul edilmeyeceği yönündeki uyarı levhasına rağmen kişi bu atlamayı yapıyorsa, işletmenin varsayılan rıza ile sorumluluktan kurtulduğunu ifade etmek mümkün değildir. Zira kişinin iradesi burada zarar veren fiile yönelik değildir. Rızanın muhatabı da kasten bu fiili yapmamaktadır. Ancak bu açıklamalara rağmen, zarar görenin bu fiili yapması sonucunda zarar meydana gelirse birlikte kusur olarak değerlendirilmelidir.

---

[134] **Başalp,** s. 52 vd.

Belirtmek gerekir ki, kişi zarara rıza gösterebiliyorsa zarar görme ihtimaline de evveliyetle rıza gösterebilir. Ancak bu durumda kişinin rızasının açık veya açıkça anlaşılır nitelikte olması gerekir. Örneğin komplikasyonlar konusunda aydınlatılan hastanın bu komplikasyon ve olası sonucuna da rıza gösterdiği kabul edilmektedir.

Sonuçta bu tür beyanların sonucunda varsayılan rıza veya tehlikeye rıza göstermek, sorumsuzluk beyanının muhatabı tarafından olmaktadır. Rıza gösterenin böyle bir beyanı olmadığı için iki kurum birbirinden tamamen farklıdır. Sadece birbiri ile etkileşime girme ihtimali olan iki kurumdur.

IV. RIZANIN DAYANDIĞI İLKELER VE KANUNİ DÜZENLEMELER

Rızaya ilişkin kanuni düzenlemelerin temelinde bulunan ilkeler ve menfaat dengeleri belirlenirse[135], düzenlemeler ve somut olaydaki rızanın yorumu netliğe kavuşacaktır. Fakat farklı hukuk alanlarında rızanın dayandığı ilkelerin ve menfaat dengesinin de farklı olabileceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim kişinin rıza gösterebileceği hukuki değerlerin birtakım sınırları bulunmaktadır. Bu sınırların ne olduğunun belirlenmesi de yine rızaya ilişkin düzenlemelerin diğer hukuk alanları ile bağlantısı ve bu düzenlemelerin hüküm ve yorumlarının da ortaya konulmasını

[135] **Kaneti, Selim,** *Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1978, s. 147 vd.

gerektirmektedir. Bu sebeple önem arz eden ve farklılık gösteren hukuk alanları mümkün olduğunca incelenip, rızanın hudutları belirtilmelidir.

Bir kimse kendi rızasıyla ile yapılan davranıştan yakınamaz. Bu günlük hayatta çokça kabul gören ilkenin, hukuki ilke karşılığı ise "volenti non fit iniuiria"dır[136]. Bu deyiş ise başlangıç ve sonuç olmak üzere iki unsuru kapsamaktadır. İlkin rızanın kişinin iradesine dayanarak fiilin hukuka uygunluğunun başlangıcını ve buna katlanması gerektiğine dair sonucunu aynı anda içermektedir. Yani kişi kendi iradesi ile kendi geleceği hakkında karar verebilir. Dolayısıyla kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı bulunmaktadır[137]. Bu sebeple kişi iradesiyle hangi davranışların bir hakkını ihlal etmediğini belirleyebilir.

---

[136] Rızanın temelinde "volenti non fit iniuria" yattığına dair bkz **Dönmezer,** s. 243 **Ayiter,** s. 139 vd.; **Bell**, s. 38; **Ekşi**, Rıza, s. 24; **Korošec,** s. 364, **Şahin, Mehmet,** Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması, TBB Dergisi, S. 76, Y. 2008, s. 748.; **Ekici Şahin,** s. 1; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 243; **Antalya,** s. 446 ; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 357; **Baysal,** s. 43; **Rosenau, Henning,** *Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza*, Çev. Yıldız, Ali Kemal, YÜHFD, Y. 2006, C. 3, S. 2, s. 49; **Ohly,** s. 68 vd.

[137] **Grimm, Douglas Andrew**; "*Informed Consent For All! No Exceptions*", New Mexico Law Review,Y. 2007, S. 37, s. 39 **Gökçen,** s. 75; **Korošec ,** s. 365; **Ohly,** s. 68 vd. Ohly, "volenti non fit iniuria" ilkesinden aynı zamanda rıza verilen fiilden görülen zarara kişinin şahsi sorumluluğunun olduğuna dair "şahsi sorumluluk" ilkesini çıkarmaktadır. Bkz. **Ohly,** s. 85vd.; **Erpek,** s. 57 vd.

Kişinin rıza gösterebileceği, Anayasa'nın başlangıç hükümleri 6. paragraf ile m. 12 ve 17'de garanti altına alınan maddi ve manevi varlığını geliştirme (kendi geleceğini belirleme) hakkından[138], TCK m. 26/2, TMK m. 23 ve 24/2'de ve TBK m. 52 ve 63'te yer alan açık düzenlemelerden anlaşılmaktadır[139].

Kendi geleceğini belirleme hakkı[140], "kişinin herhangi bir dış baskı altında kalmadan, kendi görüşünü oluşturabilme, tek başına düşünebilme, kendisi hakkında karar

---

[138] Rızanın temel dayanağı Roma'dan gelen "volenti non fit iniura" ilkesi olduğu ifade edilmekteydi. Ancak artık rıza kendi geleceğini belirleme hakkına dayandırılmaktadır**. Aygörmez, Gülsüm Ayhan**; *Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması,* YÜHFD, C.4,S.2,Y2009,s.138; **Şenocak, Zarife,** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, AÜHF Yayınları, Ankara, 1998, s. 36; **Demirhan Erdemir,** s.99; **Ekici Şahin, s.** 55. Kendi geleceğini belirleme hakkına aynı zamanda özerklik veya bireysel otonomi hakkı da denilmektedir. Bkz. **Ekici Şahin,** s. 56, **Ohly,** s. 70; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 360.

[139] **Tacir,** s. 116 vd.; **Ekici Şahin,** s. 53.

[140] Kendi geleceğini belirleme hakkının irade özgürlüğünün ve genel eylem özgürlüğünün bir parçası olduğuna dair bkz. **Ekici Şahin,** s. 56 vd. Kendi geleceğini belirleme hakkının genel kişilik hakkının bir parçası olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Erman, Barış,** Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 235. Diğer bir görüş kendi geleceğini belirleme hakkını, kişilik haklarının her birinde ayrı ayrı var olan ve bu hakların ayrılmaz bir parçası olarak görür. Bkz. Zilkens, Martin, Zur Rechtfertigung

verebilme ve bu karara dayanan bir eylemde bulunabilme yeterlilik ve yeteneği" olarak tanımlanmaktadır[141]. Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişi kendi menfaatini başkalarından daha iyi bilir anlayışından farklıdır. Kişiye özerkliğin verilmesi kişinin irade özgürlüğünü mümkün kılmak ve kendi kişiliğine göre yaşamını biçimlendirmesi için ona mesuliyet yüklemek anlamlarına gelir[142]. O halde kişi bir fiile rıza gösterirken kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanan iradesini açıklamaktadır. Ancak belirtelim ki, kendi geleceğini belirleme hakkı sınırsız bir hak değildir. Hukuk ve ahlak kurallarının sınırları içerisinde var olan bir haktır[143].

---

lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung, Diss., Köln, 1985, s. 60 (**Ekici Şahin,** s. 57, dn. 124'ten naklen)

[141] **Tacir,** s. 118; **Ersoy, Nermin/Aydın, Erdem**, Tıbbi Etikte Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi, T-klin Tıbbi Etik, 1994, S. 2, s.71. Belirtmek gerekir ki, kendi geleceğini belirleme hakkı esasen özgürlük kavramı içinde dış baskılardan uzak (dış özgürlük) bir şekilde iradi kararlar verebilmesi (iç özgürlük) tanımlarıyla örtüşmektedir. Bu sebeple kendi geleceğini belirleme hakkı, özgürlüğün bir hak olarak tanımlanması ve ihlaline karşı hukuki korumadan faydalanma imkânı veren bir terimdir. **Ünal, Akın,** Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2002, s. 28 dn 77.

[142] **Dworkin, Ronald**; Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom, Alfred A. Knopf pres., New York 1993. s. 224 vd., **İnceoğlu, Sibel,** Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 103 vd.

[143] Aksi yönde bkz. **Ekici Şahin,** s. 61, dn. 140.

Rıza, hâkim görüş uyarınca irade beyanı niteliğindedir. Dolayısıyla iradenin temelinde yer alan görüşler rızanın da temelinde dolaylı olarak yer almaktadır. Bu sebeple rıza göstermek irade özgürlüğü, düşünce ve ifade açıklama özgürlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkı gibi iradenin temelinde yatan hak ve kavramlarla doğrudan etkilenmektedir. Ayrıca bu kavramlar ve haklar hukukun tüm alanlarında rızanın temelini oluşturmaktadır[144].

Özgürlük, kişinin dış baskılardan uzak (dış özgürlük) bir şekilde kendi iradesi (iç özgürlük) ile karar alma, seçim yapma, harekete etme veya etmemesidir[145].

İrade özgürlüğüne ilişkin görüşler geniş bir yelpazede yer almaktadırlar. Bu yelpazenin bir ucunu determinizm oluştururken, diğer ucunu ise indeterminizm oluşturmaktadır[146]. Esasen doğa kuralları[147] ile ilgili olan bu kavramlar insan iradesine

---

[144] **Korošec,** s. 365 vd.

[145] **Aral, Vecdi,** Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2007, s. 61 vd.; **Ateş, Derya,** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 31 vd., **Ünal,** s. 27.

[146] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 52, dn. 124; **Kelsen,** s. 229 vd.; **Gülriz, Adnan,** Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2007, s. 98 vd.; **Aral,** s. 63 vd.

[147] Klasik determinizm Newton Mekaniğine dayanmakta ve doğadaki her sürecin birbirine zorunlu bir şekilde bağlandığını ifade eder. Bkz. **Aşkın, Zehra G. E.,** *"Tarihte Determinizm-İntederminizm Karşıtlığının Kategorial Çözümlenişi*", Araştırma Ankara

yönelik dış ve iç etkenleri açıkladıkları için irade özgürlüğü ile de ilişkilidir. Determinizme göre doğa kuralları, fizik kuralları, psikolojik kurallar, sosyolojik etkenler, hukuk kuralları ve ahlak kuralları insanın özgür iradesini kaldırmaktadır. Dahası insanların davranışları sadece birtakım kurallar sebebiyle oluşmaktadır ve başka türlü oluşması beklenemez[148]. Hatta bilimsel determinizmin savunucularından Laplace'ye göre, evrendeki tüm parçacıkların yerini ve hareketini bilirsek, geleceği, geçmişi ve şu anı bilebiliriz[149]. Öte yandan indeterminizm[150] insanların ahlaki seçimler yaparken özgür olduklarını, insanların irade özgürlüğünün bulunduğunu ileri sürmektedir[151]. Kanaatimizce, yelpazenin her iki ucu da ne tam doğru ne tam yanlıştır. Ancak her ikisinin

---

Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi, C: 19, S: 0, Y: 2008, s. 5 vd.

[148]**Adjukiewicz, Kazimierz**, Felsefeye Giriş Temel Kavramlar ve Kuramlar, Çev: Dr. Ahmet Cevizci, 2. Bası, Gündoğan Yayınları,1994, Ankara, s. 144 vd.; **Gülriz,** s. 89 vd.; **Aral,** s. 63 vd.

[149] **Hawking, Stephen,** Does God Play Dice?, Erişim Adresi: http://www.hawking.org.uk/does-god-play-dice.html, Erişim Tarihi: 10.11.2018. Ancak kuantum fiziği ve kara deliklerin keşfi ile bu görüşün mümkün olmadığı ispatlanmıştır.

[150] Bu noktada liberalizm ve indeterminizm felsefelerinin görüşleri örtüşmektedir. İndeterminizm Einstein'ın "Genel Görelilik Kuramı" ve Heisenberg'in "Belirsizlik İlkesi" ile günümüz felsefesinde güç kazanmıştır. Hatta determinizm artık "olası determinizm" teorisine evrilmiştir. Bkz. **Aşkın,** s.5 vd.

[151] **Gülriz,** s. 91 vd.; **Aral,** s. 64 vd.

de doğru olduğu noktalar vardır[152]. İnsan sonsuz seçenekten istediğini yapmak imkânına sahip değildir; ancak fiziksel, biyolojik, psikolojik, ahlaki ve hukuki sınırlar içinde birtakım olasılıklardan birini seçmektedir. Yani ne tam bir irade özgürlüğü bulunmakta ne de sadece nedensellik ile bağlı olarak hareket etmektedir[153]. Bu sebeple bir kimsenin gösterdiği rızanın geçersiz olacağı haller öncelikle fizik, biyoloji ve psikoloji kuralları ve sonra ahlak kuralları, din kuralları, devlet politikasına dayalı hukuk kuralları ile açıklanabilir[154]. Örneğin, kendi böbreğini para karşılığında başka bir kimseye nakledilmesine rıza gösteren bir kimse bunu ihtiyaçlarını karşılamak için yapmaktadır. Bu olaydaki rıza geçersizdir. Ancak kişi ahlaki gayeler ile böbrek yetmezliği çeken oğluna böbreğinin nakledilmesine rıza gösterse bu rıza geçerlidir. Zira bu durumda kişi ahlaki olarak iyi bir seçim yapmaktadır. Ayrıca karşısındaki kişi onun zor durumundan yararlanmamaktadır. Bu iki örnek arasındaki temel fark ise kişinin zor durumunun kötüye kullanılmasında yatmaktadır.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir görüş, insanların sosyal toplumda yaşarken toplum sözleşmesi ile kendi haklarını iktidara verdiği yönündedir. Ardından iktidar sosyal düzen için gerekli sınırlamaları yaparak haklarını kullanması için insanlara izin vermektedir. Yani insanlar toplum hayatına girerek doğal özgürlüklerini bırakıp medeni

[152] Aynı yönde bkz. **Kelsen,** s. 229 vd.

[153] **Ünal,** s. 28 vd.

[154] **Kelsen,** s. 232 vd.; **Ünal,** s. 31 vd.

özgürlüklerini kazanır[155]. Bu durumda örneğin aktif ötenazinin niçin rıza gösterilemeyen sınırlarda kaldığını anlamak daha kolay olacaktır. İktidarın insanlara ötenazi, kürtaj veya kendisini sakatlamaya rıza göstermesine izin vermemesinin temeli ise kişilerin sosyal hayatta faydalı olma ödevinden[156] kaynaklanmaktadır. Ayrıca din kurallarının[157] hukuk kurallarını etkilemesi ise bu kuralların halen mevcut olmasına sebep olmaktadır.

Verilen rızanın ahlaken iyi olması ile geçerli bir rızanın olması aynı şeyler değildir[158]. Nitekim şu örneklerde verilen rıza geçerli iken rızanın ahlaki temelleri açısından iyi olduğu söylenemez. Örneğin evli olan kimseyle cinsel ilişkiye girmeyeceğini söyleyen bir kişiye evli olmadığı konusunda gerçeğe aykırı beyanda bulunarak cinsel

---

[155] **Ateş, D.,** s. 45 dn 128.

[156]"*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir*." Anayasa m. 49; "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" Anayasa m. 12 f. 2.

[157] Kur'an-ı Kerîm'de "*Ey iman edenler, mallarınızı aranızda karşılıklı rıza ile gerçekleştirdiğiniz ticaret yolu hariç, batıl yollarla yemeyin. Ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir*." (Nisa 4/29) ile intihar yasağı bulunmaktadır. "*Kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayın*." **(**Bakara, 2/195) ayeti ile de kişinin bedenine zarar vermesi yasaklanmıştır.

[158] **Miller, Franklin G**., **Wertheimer, Alan;** The Ethics of Consent: Theory and Practice, Oxford University Press, New York, 2010, s. 86 vd.

ilişkiye girilmesinde herhangi bir sorumluluk doğmaz[159]. Nitekim kişinin rızası vardır. Ancak ahlaken gereceğe aykırı beyanda bulunan kişinin yaptığı kötüdür. Aynı şekilde ahlaki temeli açısından geçerli olan rıza hukuken geçersiz olabilir. Şöyle ki, ne yapılacağı konusunda doktoruna tamamen güvenen bir hasta 'senin en doğru tedaviyi yapacağına güveniyorum, istediğin tedaviyi uygula'[160] derse geçerli bir rıza bulunmaz iken rızanın ahlaki olarak iyi olduğu ifade edilmelidir. Bu sebeple Amerikan öğretisindeki bir görüşe[161] göre, rızanın geçerliliğini sadece hukuki işlemin geçerlilik şartlarına bağlamak birçok durumda problemli olduğu için, *adil işlem*[162] teorisi geliştirilmiştir. Bu teoriye göre fiili

[159] **Miller/Wertheimer**, Consent, s. 86.

[160] **Miller/Wertheimer,** Consent, s. 87.

[161] **Miller/Wertheimer,** Consent, s. 79 vd.

[162] Bu görüşe göre rızanın geçerliliğine ilişkin klasik görüş somut olaylarda çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Rızanın geçerli olması için başka kurumlara başvurmasına gerek kalmadan sorunu çözmekte ve tek bir teoriye indirgemektedir. Adil işlem görüşüne göre fiili işlemesi için rıza gösterilen kişi eğer rıza gösterene adil davrandıysa ve rızanın geçerli olduğuna dair makul bir insan gibi inancı varsa rıza geçerli olmalıdır. Bu görüş rızanın gönüllülüğü, aydınlatılması ve ehliyet açısından hiçbir sorunla karşılaşmadan rızanın geçerliliği sorununu çözdüğünü iddia etmektedir. Örneğin bir kimse diğerine yalan atarsa veya tehdit ederse, adil davranmadığı açıktır. O halde irade sakatlığı halinde rıza geçersiz olacaktır. Teorinin önemli örneklerinden biri de bir toplantıda hayal âlemine dalan bir kimse mevcutken, toplantı başkanının itiraz eden yoksa bir kimseyi bir göreve atayacağını ifade ettiğinde, hiç kimse ses çıkarmadığı için atamayı gerçekleştirirse. Ortada herkesin

işleyen rıza gösteren kişiye adil davranmışsa rıza geçerli olmalıdır. Buna ilişkin ayırt edici örnek[163] olarak, bir kimsenin canının veya parasının alınacağı bir soygun sırasında, parasını rızasıyla vermesi adil değilken, bir hastanın ameliyatı olmazsa öleceği bir ameliyata rıza göstermesi adildir. O halde ilk rıza geçersiz iken ikinci rıza geçerlidir. Belirtelim ki, her iki durumda da iradenin özgürce açıklandığını söylemek mümkün değildir. Her iki durumda da kişi ölüm korkusu ile bu rızayı göstermektedir. Bu teori hangi davranışların adil olacağının belirlenmesinde yeterli bir ölçüt getirmemektedir. Aksine her somut olayda ayrıca içi doldurulması gereken geniş bir kavrama yer vermektedir.

Mezger[164] ise hukuka uygunluk sebeplerini çatışan menfaatlerden üstün olan menfaatin korunması ve menfaat eksikliği ile açıklamıştır[165]. Rıza ve varsayılan rıza menfaat eksikliğinin tipik örnekleridir. Yasal savunma ve zorda kalma halleri ise üstün tutulan menfaatin korunmasıdır. Rızada razı olan ile fiili gerçekleştiren arasında çatışma olmadığı gibi, fiilin gerçekleştirilmesi konusunda zorunluluk da bulunmamaktadır.

---

rızasının bulunacağını savunmaktadır. **Miller/Wertheimer**, Consent, s. 81 vd. özellikle s. 94 vd.

[163] **Miller/Wertheimer,** Consent, s. 92.

[164] **Mezger, Edmund**; Strafrecht, Ein Lehrbuch, Zweite Auflage, München und Leipzig 1933, s. 208 (Ekici 110, dn 38'den naklen) Aynı gerekçeyle hukuka uygunluk sebeplerinin açıklanması için ayrıca bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 241 vd.

[165] Aynı yöndeki açıklama için bkz. **Kaneti,** Çatışan, s. 148.

Kanaatimizce, rızanın dayandığı en temel ilke irade özgürlüğüdür[166]. Ancak irade özgürlüğünde mutlak bir özgürlük bulunmamaktadır[167]. Birtakım sınırları vardır[168]. Rıza, irade özgürlüğünün bir görünümü olan ve iradesine göre davranma ve davranılma özgürlüğünü kapsayan kendi geleceğini belirleme hakkına hukuken dayanmalıdır[169]. Ancak bu noktada kendi geleceğini belirlemek ile kastedilen, kişinin iradesi ile izin verilen sınırlar dâhilinde yaşama arzusunun karşılanması gereğidir. Bu sınırlar ise dogmatik/paternalist[170] kurallar ile belirlenir. Her ne kadar mantıki açıklamaları bulunsa dahi, bizzat o bireyin iradesine göre davranma isteğinin karşılanmaması, başka türlü

[166]Türk hukuk sisteminin, özellikle Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun irade özgürlüğü ilkesine dayandığı yönünde bkz. **Akıncı, Şahin,** *İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu*, SÜHFD (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), Y. 1998, C. 6, S. 1-2, s. 733 vd. ; **Kırbeşoğlu,** s. 22; **Ünal,** s. 30, **Ateş, D.,** s. 38 vd.; **Başpınar, Veysel,** Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 15; **Eren,** Genel, s. 16 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 10 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 29; **Erdoğan,** s. 10 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 23.

[167] **Eren,** Genel, s. 314 vd.

[168] Bu sınırların sadece kanunla olması gerekir. Bkz. **Akıncı,** İrade, s. 735.

[169] **Ekici Şahin,** s. 56 vd.

[170] İsviçre Medeni Kanunu m. 27 (TMK m. 23)'ün esasında paternalist düşünceye dayandığı, özgürlük paradoksunun bir sonucu olarak böyle bir hükmün düzenlendiği yönünde bkz. **Ohly,** s. 82 vd.

açıklanamaz. Bu sebeple sosyal ortamda yaşamayı tercih eden kimsenin bu dogmatik sınırlarla karşılaşması mecburidir[171]. Ancak kişinin iradesinin bulunmadığı varsayılan rıza halinde veya sınırların dışında dahi olsa rızanın geçerli kabul edildiği tıbbi müdahaleye rıza halinde olduğu gibi, birtakım farklı ilkelerin bulunduğu da belirtilmelidir. Örneğin varsayılan rıza halinde temel ilke o kişinin iradesi alınamasa bile iradesinin ne yönde olacağının belirlenmesi, yani kişinin kendi iradesinin üstünlüğü ilkesine dayanmaktadır. Kural olarak kişinin müdahalede bulunulmasına rıza göstermesinin mümkün olmadığına dair sınırların dışındaki birtakım müdahalelerde, rızanın geçerli olduğunun kabulü ise kanaatimizce, ehven-i şer, gerçekleşmesi beklenen olumsuz sonuçlardan daha az olumsuz olanın seçilmesi ilkesinde yatmaktadır. Son olarak birtakım müdahalelere rızanın geçerli olması ise kamu yararı ilkesine dayanmaktadır. Örneğin, bir kimse ağır şekilde dövülmeye veya sakatlanmaya rıza gösteremezken, birtakım spor dallarında bu rıza geçerli kabul

[171] **Ünal,** s. 28. Keza baktığımızda kişilere serbestçe tasarruf imkânı tanınmayan yaşam hakkı, beden bütünlüğü, kişilik hakkının önemli ihlali gibi alanlarda bütün monoteist (semavî) dinlerde bu alanlarda tasarrufun yasak olduğunu görüyoruz. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Bal, Zehra;** İslam Hukuku Açısından Ötenazi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE, Çanakkale, 2011, s. 30 vd.

edilmektedir[172]. Bu ise izleyicileri eğlendirme veya spor yapmanın serbest bırakılması[173] içindir. Ayrıca tıbbi gelişmeler için kişilerin insan üzerindeki deneylere rıza göstermesine müsaade edilmesi de kamu yararı ilkesine dayanmaktadır[174].

---

[172] **Cassani,** s.243vd.; **Antalya,** s. 447. Bu çelişkinin kabul edilemez olduğu ve bu tür sportif faaliyetlere de rızanın geçersiz olduğuna ilişkin bkz. **Albeggiani, F.,** Profili problematici del consenso dell'avente diritto, Giuffre, Milano, 1995, s. 75 vd. (**Cassani,** s. 244 dn.23'dan naklen).

[173] Spor yapmanın serbest bırakılmasında kamu yararı bulunmaktadır. Zira kişiler dilediği sportif faaliyetleri ile vücutlarında kontrol, güçlenme, dinçleşme ve kondisyon artırma gibi sağlığa faydalı sonuçlar elde etmektedirler.

[174] Bu noktada güncel bir tıbbi gelişme olan genetik kodlara müdahalenin kanaatimizce, kamu yararı yanında büyük felaketlere yol açma ihtimali bulunduğu için çok sıkı şartlara tabi olması gerekmektedir. 2012 yılında bir bakteri olan CRIPR ile CAS9 Proteinin keşfedilmesi ile artık herhangi bir laboratuvarda, insan, bakteri, bitki, hayvanlardaki vb. canlıların genlerine müdahalenin yapılabildiği ifade edilmektedir. Her ne kadar birçok genetik hastalığın veya HIV, kanser gibi günümüzde tam bir tedavisi bulunamayan hastalıkların tedavi edilebilir olduğuna dair kanıtlar bulunsa dahi bu gelişme ile herhangi bir teröristin de bir genetik müdahalede bulunabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla daha 21. yüzyılın ilk yarısı bitmeden biyolojik savaşların başlaması ihtimali öngörülmektedir. Bkz. **Kahn, Jennifer,** Life Edited,11.15.2015 tarihli Sunday Magazine Gazetesi, s.63. (http://www.nytimes.com/2015/11/15/magazine/the-crispr-

V. SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN RIZANIN TARİHÇESİ

A. ROMA-CERMEN HUKUKUNDA RIZA

Günümüzdeki anlamıyla rızaya ilk Roma hukukunda rastlanmaktadır[175]. "Volenti non fit iniuria"[176] (razı olana karşı gerçekleştirilen fiil, suç/haksız değildir), "nulla iniuria

---

quandary.html?_r=0). Ancak bir canlının geninin değiştirilmesi ile yeryüzündeki türün tamamen üstün hale gelmesi için o türün 100 katı kadar genetiği değiştirilmiş canlı salınmalıdır. 2015 yılında bulunan bir usul ile heterozigot çoğalmanın homozigot çoğalma ile değiştirilmesi çok daha az genetiği değiştirilmiş canlı ile tüm ırkın değişikliğe uğraması mümkün hale gelmiştir. Fakat bu tür bir değişikliğin geri alınıp alınamayacağı bilinmemektedir. (Aynı yönde bkz. **Yıldırım, Mustafa Fadıl,** Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Engin Yayınları, Ankara, 2008, s. 45 vd.)

[175] Günümüz anlamıyla rızaya daha önceki dönemlerde rastlanmamıştır. Bkz: **Çakmut, Özlem Yenerer,** Tıbbı Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, 2003, s. 55vd. **Ekici Şahin,** s. 12.

[176] Bu ilkeye Ulpian (Doğum: 170-Ölüm: 223) adlı Romalı Hukukçunun bir pasajında rastlanmaktadır." *Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut, etiam si volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competat iniuriarum actio; filio vero nomine non competit, quia* ***nulla iniuria est, quae in volentem***

est, quae in volentem fiat" (rızasıyla gerçekleştirilen fiil haksızlık oluşturmaz)[177] ilkeleri Roma hukukunda rızanın varlığını göstermektedir.

Doktorların istenmeyen sonuçlardan kendilerini korumak için hastanın rızasını aldıklarına dair ilk kayıt 6. yüzyıla dayanmaktadır. Bizanslı cerrahlar, ölümcül hastalığı bulunan İmparator 2. Justin'in tedavisi dolayısıyla sorumlu olmamak için tedavi etmekten çekinmişlerdir. Bunun üzerine İmparator kendilerinin cezalandırılmayacağına söz vermiştir. Cerrahlar ise İmparatorun açık bir rızasının olduğunu göstermesi için bizzat kendisinin neşteri vermesini istemişlerdir[178].

Roma hukukunda intihar ve ölüme rıza göstermek her zaman kötü karşılanmamıştır[179]. Hatta Stoa Felsefesine göre ölüm kınanmadığı gibi bazı durumlarda

---

fiat." Roma zamanında babaların sadece kölelerini değil, oğullarını da satmaya yetkileri vardı. Ancak bunu özgür olan oğullarının rızası ile yapabilmekteydiler. Fakat buradaki iniuria daha dar kapsamlı (iftira, gizliliğin ihlali gibi) olan fiilleri kapsıyordu. Ayrıca pasajda babanın özgür oğlunun, sadece babanın da onurunu etkiliyorsa bu konuda yetkisi bulunmaktaydı. Bkz. **Ohly,** s. 26 vd.

[177] **Ekici Şahin,** s. 1. Bu ilkenin ve volenti non fit iniuria ilkesinin aynı ilkeler olduğu yönünde bkz. **Korošec,** s. 364.

[178] **O'SHEA, Tom**; *Consent in History, Theory and Practice*, Oncology, Y. 1999, C. 15, S. 81, s. 9 vd.

[179] **Dönmezer, Sulhi**; *Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Maksatı Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler*, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, Y. 1949, S. 6, s. 243.

erdemli bir davranıştır[180]. Ancak Roma hukukunda rızanın etkisi günümüzde tartışmalıdır. Honig'e göre rıza kişisel haklara yönelik olarak gerçekleştirilen bütün fiilleri hukuka uygun hale getirmektedir[181]. Buna karşılık Noll'a göre, fiiller şahsa karşı işlenen ve kamuya karşı işlenen olarak ikiye ayrılmaktaydı. Bu yüzden rıza sadece şahsa karşı işlenen fiillerde geçerli olmaktaydı[182]. Öte yandan Ohly'e göre açık bir yasaklama olmasa da Roma'da yaşama hakkının sona erdirilmesine dair rıza gösterilmesi mümkün değildi[183].

Eski Cermen hukuku kaynakları olan Barbar Kanunları'nda, "razı olana karşı suç işlenemeyeceği" kabul edilmekteydi. 1532 yılında Almanya'da, Carolina Ceza Kanunu kabul edilip Cermen hukuku terkedilmiştir. Carolina Ceza Kanunu'na göre hukuksal değer sahibinin rızasının bulunmaması suçun unsuru ise, rıza cezalandırmaya engel teşkil eder. Cinsel saldırı, hürriyetten yoksun kılma suçları bu bağlamdaydı. Ancak çocuk düşürtme ve kısırlaştırmaya rıza kabul edilmemişti[184].

---

[180] **Ohly,** s. 27 vd.

[181] **Honig, Richart**, Die Einwilligung Des Verletzten, Teil I, die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Berlin, Leipzig, 1919, s. 1 vd.(**Ekici Şahin,** s. 13'ten naklen).

[182] **Noll, Peter,** Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonrederen die Einwilligugn des Verletzten, Base, 1955, s. 1 vd (**Ekici Şahin,** s. 13 vd.'den naklen).

[183] **Ohly,** s. 27 vd.

[184] **Ekici Şahin,** s. 15 vd.

Özel hukukta rıza açısından 19. yüzyıla kadar Roma hukuku etkisi hâkimdir[185]. Ardından bazı yazarlara göre tasarruf edilebilir haklar ve tasarruf edilemeyecek haklar ayırımı yapılması gerekirken, bazı yazarlara göre rıza gösterenin fiili her ne olursa olsun hukuka uygun kabul edilmesi düşüncesi ortaya çıkmıştır[186].

1863'te Sakson Medeni Kanunu'nda § 118[187], §780[188]'de rızaya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ardından Alman Medeni Kanunlarına rızaya ilişkin düzenlemeler girmeye başlamıştır.

Alman Medeni Kanunu Dresdner Tasarısı m. 211'e göre: " Kişi kendi sebep olduğu veya rıza gösterdiği zararlara katlanmak zorundadır. Zarar görenin birlikte kusuru

---

[185] 17. yy. ile 19. yy. arasında rızaya ilişkin herhangi bir gelişme yaşanmadığı yönünde bkz. **Ohly,** s. 28.

[186] **Ohly,** s. 32 vd.

[187] "*Wer von seinem Recht Gebrauch macht oder mit der Einwilligung des Verletzten handelt, begeht keine Rechtsverletzung* " yani "Bir kimse hakkını kullanıyorsa veya zarar görenin rızasıyla fiili gerçekleştiriyorsa, hukuka aykırı eylem gerçekleştirmemiştir." hükmünü haizdir.

[188] "*Willigt der Verletzte in die Rechtsverletzung, so hat er keinen Anspruch auf Schadensersatz*." yani "Zarar görenin fiili kabul iradesi varsa, tazminata hükmedilmez." hükmünü haizdir.

bulunduğu durumda, diğer kişi sadece kasten ve zarar görenin sebep olmadığı kısım için sorumludur."[189]

Bavyera Krallığı Medeni Kanunu Tasarısı m. 55 fıkra 5'e göre rıza, akıl hastalığı, irade sakatlığı sebepleri ile birlikte kusur ve fiil arasındaki nedenselliği kesen sebep olarak düzenlenmiştir: "Zarar görenin serbestçe tasarruf edebileceği bir müdahaleye rızası ancak rıza şüpheye yer bırakmayacak şekilde tamamen özgürce, dikkatlice ve ciddi olarak verilmiş ise tazminat yükümlülüğünü kaldırır. Rıza dar şekilde yorumlanır ve üçüncü kişilerin taleplerini ortadan kaldırmaz." [190]

---

[189] „Jeder muß den Schaden selbst tragen, welchen er sich selbst zugezogen oder welchen ihm mit seiner Einwilligung ein anderer zugefugt hat. Hat bei der Beschädigung, welche sich Jemand selbst zugezogen hat, ein Anderer mitgewirkt, so ist dieser nur so weit ersatzpflichtig, als er absichtlich einen von dem Beschädigten nicht vorhergesehenen Schaden verursachte."

[190] "*Die Einwilligung des Beschädigten hebt die Ersatzpflicht nur dann auf, wenn an der vollkommenen Freiheit, Überlegtheit und Emstlichkeit der Einwilligung nach allen Umständen nicht gezweifelt werden kann und der Einwilligende fähig ist, über das Seinige frei zu verfügen.*

Die Einwilligung ist jedenfalls im eingeschränktesten Sinne auszulegen und hebt die Ansprüche, welche in der Folge der Beschädigung dritten Personen zustehen, nicht auf."

Alman Medeni Kanun'u ön komisyonunca m. 706 hükmü "Zarar görenin zarar rızası varsa, tazminata hükmedilmez."[191] şeklinde düzenlenmiştir. Ancak komisyona göre rıza kendiliğinden sonuç doğuracağı gerekçesi ile sonradan metinden çıkarılmıştır ve genel hükümlerce çözüme bağlanması gerektiği ifade edilmiştir. İkinci komisyon ise konuyu tartışmadan kabul etmiştir[192].

Alman Medeni Kanunu rızaya ilişkin genel bir hüküm içermemektedir. Ancak m. 823'e göre hukuka aykırılık belirtildiği ve rıza hukuka aykırılığı etkilediği için rıza bu maddeye dayandırılmaktadır. Fakat AMK m. 630B tıbbi müdahaleye rızayı düzenlemiştir. Ayrıca AMK. 1631C maddesi ise erkek çocuklarının sünneti ve buna ilişkin rıza hükümlerini öngörmüştür.

B. İSLAM-OSMANLI - TÜRK HUKUKUNDA RIZA

İslam hukuku geldiği döneme göre çok daha ayrıntılı ve gelişmiş hükümler içeren bir hukuktur. Rıza olmadan malvarlığına müdahalenin hukuka aykırı olduğunu ifade eden, "*Ey iman edenler, karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı batıl (haksız ve haram) yollar ile aranızda (alıp vererek) yemeyin"*[193]ayeti ile "*Müslümanın malı ancak kendi gönül hoşnutluğu ile helal olur,*

[191] "*Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu*."

[192] **Ohly,** s. 36 vd.

[193] Kur'an-ı Kerîm, Nisa, 4/29.

başka türlü helal olmaz"[194] hadisi daha ilk dönemde rızanın İslam hukukunun temel kaynaklarında bulunmaktadır.

Şahsiyet hakları açısından kişinin hayatına karşı olan fiillere rıza gösterilemeyeceği İslam hukukunda bir kuraldır[195]. Ötenazi, düello, ölüme rıza ve intihar İslam hukukunda yasaktır. Kişi hayatına ilişkin olarak rıza gösteremez[196]. Ancak kişi malvarlığı ve yaşam hakkını içermeyecek şekildeki beden bütünlüğüne müdahaleye rıza gösterebilir[197].

İmam Şafii'nin[198] ve İmam Ahmed b. Hanbel'in[199] tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebini, sadece hastanın rızasına dayandırdıkları içtihatları bulunmaktaydı. Ancak daha sonraları hastanın rızasının alınmasına imkân bulunmayan hallerin açıklanamayışı ve tedavi maksadı dışında yapılan tıbbi müdahalelerin de hukuka uygun

[194] **Hanbel, Ahmed b**., Müsned, C. V, 72, 113.

[195] **Ekşi,** Rıza, s. 19.

[196] **Ekşi, Ahmed,** İslam Hukukunda Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2010, s. 32 vd.

[197] **Kahveci, Nuri,** İslam Borçlar Hukukunda Tazminat, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum, 1997, s. 46.

[198] Ölüm: 819

[199] Ölüm: 855

kabul edileceği sonucu doğurduğu için, tıbbi müdahaleye rızanın diğer şartlarla birlikte gerekli olduğu da ileri sürülmüştür[200].

İslam hukukunun hâkim olduğu Osmanlı'da da rıza hukuken tanınmıştır[201]. Hekimin tıbbı müdahalesi ölümle sonuçlanırsa, tartışma olmakla beraber, hastanın rızası[202] hekimin fiilini hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak yaralamada ittifakla rıza

[200]**Ekşi,** Tıbbi Müdahale, s. 29 vd., **Kaya, Ali,** *İslam Hukukuna Göre Hekimin Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, İslami Araştırmalar Dergisi, C.17, S.4, Y. 2004, s. 294.

[201] **Bayraktar, Köksal,** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 61; **Acıduman, Ahmet,** *Türk Tıp Hukuku Tarihinde Hekim- Hasta Arasında Hukuki Bir Belge: Rıza Senedi*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012, s. 47 vd. Acıduman'a göre Osmanlı zamanında, yapılan bu rıza senetleri tazminat ödenmemesine dair bir sorumsuzluk anlaşması idi. Ancak İslam hukuku sadece tarafların iradesi ile önceden sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu sebeple bu rıza senetleri hukuken geçersizdir.

[202] Hastanın rızası Osmanlı hukukunda genellikle yazılı şekilde alınmaktaydı. Fıtık ameliyatına ilişkin bir örnek olarak " *illet-i fıtıka milbtela olan kirnesnenin cerrahı istkarı sureti: Mahmiye-i islambol'da Hocapaşa Mahallesinde sakin Mehmed Ağa ibn-i Fülan meclis-i şer'-i hatlrde cerrah taifesinden işbu rafi'u'l-raklm Kosti veled-i Fülan nam zimml mahzarında bi't-tav'ihi ikrar-ı tamm ve ta'blr-i ani'l meram idüp hala ben fıtık illetine*

fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Hekimin sorumlu olması için ya tedavi ve müdahale uygulamasının dışına çıkması ya da hastanın rızasının bulunmaması gerekmektedir[203]. 19. yüzyıla kadar yazılı bir Medeni Kanunu olmayan Osmanlı'da hekimlerin durumları padişah fermanı ve hekimbaşlarının emirnameleri ile düzenlenmekteydi. Birtakım

mübtela olduğum ecilden fıtıkımı şakk ve kat' ve hasbe'l-mu'tad kendi edviyesiyle bana ilac ve tırnar etmek üzere cerrah-ı mersfimu otuz guruş ücret ile istkar eylediğimde ol dahi ber veeh-i muharrer nefsini bana kar idüp ve illet-i mezkfiruma ilac ve tırnar etmek üzere ta'ahhüd eyledi dedikde gıbbe't-tasdlkış-şer'l merkfim Mehmed Ağa meclis-i mezkfirda cerrah-ı mersfim Kosti zimml muvacehesinde i' ade-ikelam edip eger cerrah-ı mersfimun şakk ve kat'ından ve hasbe'l-mu'tad mu'alecesinden naşl müte'essiren vefat edersem mersfim Kosti zirnınetinden dem ve diyetim taleb ve dav'a alınmasun dedikde ma huve'l-vakı' hıfzen li'l-mekal ketb olundu." (**Gedikli, Fethi,** *Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü Bir Fıtık Cerrahı*, Türk hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 4, Y. 2007 (Güz), s. 18 dn. 17'den naklen).

[203] **Gedikli**, s. 17 vd.; **Acıduman,** s. 47.

mahkeme kararları açıkça rızanın tıbbi müdahale açısından arandığını göstermektedir[204]. Ardından hekimin durumu ile ilgili hükümler çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir[205].

Özel hukuk açısından önemli bir dönüm noktası olan, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin genel esasları olarak belirtilen kısmında bulunan madde 91'a göre "Cevâz-ı

[204] Bu iki karar şu şekildedir: «*Yüsur kabilesinden Hüseyin Fakih bin Elhaç'ın oğulları Mustafa ve Mehmet, seriye mahkeme heyetine gelip, Ahmen Bin Halil, İlyas Hüseyin ve Haşan Bin Halil'i şahit göstererek, babamız Hüseyin Fakih'in bir taş ile idrar yolu tıkandığından ve bu sebeple idrar edememektedir. Burada bulunan Üstad Hüseyin, ameliyatı yaparak taşı çıkaracaktır. Babamızın ölmesi halinde Üstad Hüseyin hakkında hiçbir suretle dava ikame etrniyeceğimizi ve dilediği avuç dolusu ile bu ameliyatı mübadele edeceğiz*».

Ve «*Ayıntab'ın Bostancı mahallesinde oturan Halim oğlu Molla Mustafa şeriye mahkemesi önünde şu ikrarda bulunmuştur: Esseyid Mahmut Alinin cerrahlar korporatindeki kabiliyet ve şöhretine güvenerek oğlum Kebir Mehmetin mesanesini yararak idrarda bulunan taşı çıkaracaktır. Bu ameliyat sırasında meydana gelebilecek arızalar sebebiyle hiçbir gûnâ davâ açmıyacağını veya bir ihtilâf çıkarmayacağını beyân etmiştir*». (**Bayraktar,** Sorumluluk, s. 61 dn.99'dan naklen).

[205] **Bayraktar,** Sorumluluk, s.62.

şer'i zamâna münafi olur. (Şeriatın cevaz verdiği hususta tazminat söz konusu olmaz.)"[206]. Ayrıca Mecelle madde 95'te[207] ve 96'da[208] rızayla ilgili düzenlemeler yer almıştır.

Cumhuriyetin ilanından sonra İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu küçük değişiklikler ile iktibas edilmiştir. Yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenisi'nin 24. maddesine 1988 yılında eklenen metin[209] ve 23. Maddesine 1990 yılında eklenen 3. fıkrayla[210], rızaya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 44'te ise rızanın tazminattan indirim sebebi sayılacağı düzenlenmiştir[211]. Bu sebeple rıza niteliği gereği kanuni düzenlemeye ihtiyaç duymayan, işin mahiyeti gereği bulunduğu ileri sürülmüştü[212]. Ancak işin mahiyetinden değil, her

---

[206] Rızanın hukuka uygunluk sebebi olmasının kaynağının bu hüküm olduğu yönünde bkz. **Ekşi**, Rıza, s. 24.

[207] "*Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek batıldır."*

[208]"Bir *kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın âher bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir."*

[209] RG: 12.5.1988 T. ve 19812 S.

[210] RG: 23.11.1990 T ve 20704 S.

[211] Eski BK m. 44 ile rızayı, hukuka uygunluk sebebi olarak değil, tazminattan indirim sebebi olarak düzenlemişti. Ancak öğreti bu hükmün, BK m. 20 gereği geçersiz olan rıza dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olmadığı hallerde uygulanacağı görüşünü benimsemişti. Bkz. **Yılmaz M.,** s. 4, **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 243 vd.

[212] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 243.

korunan normdan ayrıca çıktığı da ileri sürülmüştü[213]. Kanaatimizce, rıza geçersiz olduğu durumda hâkime verilen tazminattan indirim ve hatta tazminata hükmetmeme yetkisi bulunmaktadır. Rıza geçersiz olmasına rağmen böyle bir yetki verildiği durumda, geçerli bir rıza halinde hâkimin evveliyetle rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılma yetkisi de bulunmaktadır. Ancak TBK. m. 63 ile bu tartışmanın önemi kalmamıştır.

Rızaya ilişkin hükümler yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nun m. 23. ve 24. maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun 52. ve 63. maddelerinde yer almaktadır. Özellikle TBK m. 63'ün düzenlenmesi ile rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu öngörülmüştür.

VI. RIZA İLE İLİŞKİSİ AÇISINDAN SORUMLULUK HUKUKU

A. GENEL OLARAK

Sorumluluk kelimesinin sözlük anlamı, kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi[214] veya uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını vermesidir[215]. Sorumluluk kavramından en geniş anlamıyla bir kimsenin verdiği zararı giderme yükümlülüğü anlaşılır[216]. Sorumluluk

---

[213] **Yılmaz M.,** s. 4 vd.

[214] Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr Erişim Tarihi: 10.11.2018.

[215] **Yılmaz, Ejder**; (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara, 2010, s. 675.

[216] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop,** s. 18.

Fransızcada '*Responsabilité',* Almancada '*Haftung, Haftpflicht, Haftbarkeit, Verantwortlichkeit',* İngilizcede '*liability, responsibility'* deyimleri ile ifade edilir[217].

Sorumluluk kelimesi Türkçe '*soru*' kökünden türemiş ve '*sorulabilirlik*' anlamını taşımaktadır. Eski Türkçede ise Arapça kökenli olan '*mesuliyet'* kelimesi de '*sual*' kelimesi ile ortak köke sahiptir[218]. Dolayısıyla Türk Kültüründe sorumluluk, *soru* kökenine dayanmaktadır. Ancak Fransızca, Almanca ve İngilizcedeki sorumluluk ise soru değil *cevap* ("*response, antworten"*) kelimesine dayanmaktadır[219]. Bu temel fark dolayısıyla batı kaynaklı hukuklarda sorumluluk, sorumlu tutulma ihtimali olan kişinin hesap verme yükümlülüğü üstüne kuruludur. Türk kültüründe ise zarar görenin veya zarar göreni koruyanın hesap sorma yetkisi üzerine kuruludur. Ancak bu lengüistik ayırım, günümüz hukukunda önemli bir fark oluşturmamaktadır.

---

[217] **Deschenaux/Tercier,** s. 1; **Günday, Harun Mirsad**; Psikiyatristin Hukukî Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 27; **Özbek, Zeynep Uyar**; Türk hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, Diyarbakır, 2009, s. 4.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 373.

[218] **Eser, Ercan**, İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2007, s. 5.

[219] **Narter, Sami**, Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1.

Bir kimse, kendisine veya bir başkasına karşı birtakım davranışlar ile fayda sağlayabilir veya zarar verebilir. Dolayısıyla bir davranışın, kişinin kendisine veya başkasına faydalı sonucu, kendisine verdiği olumsuz sonucu ve başkasına verdiği olumsuz sonucu olmak üzere üç türlü sonuç doğurma ihtimalinin bulunduğu söylenebilir. İlk ihtimalde, kişinin davranışıyla kendisine veya başkasına fayda sağladığında ortada sorumluluk doğuracak bir hâl bulunmamaktadır. Zira sorumluluk için zararın varlığı şarttır. Sorumluluk sebep sonuç ilişkisiyle yakından ilişkilidir. Fakat bir davranışın olumlu sonucu sebebiyle sorumluluk oluşmayacağı için nedensellik bağı ve sorumluluk aynı şeyler değildir[220]. İkinci ihtimalde ise kişi, kendisine zarar verdiğinde, zarar gören ile zarara sebep olan aynı kişi olduğundan sorumluluk oluşmaz[221]. Kimi hallerde kişinin kendine karşı sorumluluğu olabileceği akla gelebilir. Nitekim kişinin kendisine karşı (dâhilen) korunması kavramı altında[222], kişinin yaptığı birtakım sözleşmelerin veya irade beyanlarının yasaklanması bu ihtimali akla getirmektedir. Ancak bu hallerde kişinin kendisine doğrudan zarar vermesi değil, bir başkası vasıtası ile (sözleşme ile veya rıza ile)

[220] **Kelsen, Hans,** *Nedensellik ve İsnadiyet*, Çev. Hafızoğulları, Zeki, AÜHFD, C. 35, S. 1, Y. 1978, s. 226 vd.

[221] **Özbek,** s. 14; Örneğin bir bilim adamı kendi vücudu üzerinde deney yaparsa bunun herhangi bir yaptırımı yoktur. İlgili örnek için bkz: **Ayiter,** s. 140.

[222] **Ayiter,** s. 138 vd.; **Savcı, Bahri,** Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 17 vd.

tasarruf edemeyeceği haklardan vazgeçmesi hâli mevcuttur[223]. Bu durumda ise rıza veya sözleşme, hukuka ve ahlaka aykırı olduğu için geçersiz olmakta ve diğer tarafın sorumluluğunu doğurmaktadır[224]. Dolayısıyla, kişi kendisine doğrudan zarar verirse sorumlu olmaz. O halde bu tür fiillerde de hukuki anlamda sorumluluk olduğunu ifade etmek yanlış olur. Üçüncü ihtimalde ise, bir kimse bir başkasına zarar verdiğinde bu zarardan sorumlu tutulabilir. Bu durumda sorumluluk, kişinin bir başkasına zarar vermesi halinde doğmaktadır. Kişinin kendisine zarar vermesi durumunda veya kişinin bir başkasına fayda sağlaması durumunda ortada sorumluluk olmayacaktır. Bu durumda sorumluluğun ne anlama geldiği incelenmelidir.

Sorumluluk kavramından anlaşılan bir diğer anlam ise kişinin neyden ve neyi ile sorumlu olduğuna ilişkindir. Öğretide bu kısaca *-ile sorumluluk* ve *-den sorumluluk* olarak ifade edilmektedir[225]. *-İle sorumluluk*tan kasıt, sorumlu tutulan kişinin, bu sorumluluğunu neyiyle karşılaması gerektiğiyle ilgilidir. Bu ise şahıs varlığı veya malvarlığı ile sorumlu olma ihtimallerini ifade eder. Şahıs ile sorumlulukta alacaklı, borçlunun şahsına el

---

[223] **Akıncı,** İrade, s. 750 vd., **Tandoğan, Halûk,** *Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması*, AÜHFD, Y. 1963, C. 20, S. 1, s. 5.

[224] **Akıncı,** İrade, s. 745.

[225] **Özbek,** s. 7; **Eren,** Genel, s. 510; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 1; **Akıncı,** Borçlar, s. 41; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 21.

koyar[226]. Modern hukuk sistemlerinde, şahıs varlığı ile sorumluluk çok istisnai haller dışında terk edilmiştir[227]. Malvarlığı ile sorumluluk ise, kişinin borcunda malvarlığı ile sorumlu olduğunu ifade eder. Bu sınırsız malvarlığı sorumluluğu olabileceği gibi konu itibarı veya miktar itibarı ile sınırlı malvarlığı sorumluluğu şeklinde de olabilir[228]. Bununla birlikte *-den sorumluluk* ise bu sorumluluğun sebebini ifade eder. Bu sebep, kusur, genel bir hukuk ödevine aykırılık veya hukuki bir ilişkiye aykırı davranış olabilir[229].

B. HUKUKÎ SORUMLULUĞUN TÜRLERİ VE RIZA İLE İLİŞKİSİ

Hukuk ilminde ise sorumluluk kavramı farklı anlamlara sahiptir. Bu farklı anlamlar, başlarına birtakım tamlamalar getirilerek birbirinden ayrılmaktadır. Kimi zaman ceza kanunları ile ortaya çıkan ve toplumun korunmasını amaçlayan *cezai sorumluluk*; kimi zaman kamusal alandaki kamu gücü kullanıldığında oluşan sorumlulukları ifade

---

[226] Örneğin ilk çağlarda bazı durumlarda borçlu, kendi alacaklısına köle olur veya satılır yahut alacaklısı tarafından öldürülebilirdi. Sonra borçlunun öldürülmesi yerine hapsedilmesi düşüncesi hâkim olmuş ve günümüzde ise sorumluluk malvarlığı ile sorumluluk haline dönüşmüştür. **Eser,** s. 4; **Tunçomağ, Kenan,** Türk Borçlar Hukuku, C. 1 Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976 s. 36 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 42; **Erdoğan, İhsan,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitapevi, 2. Bası, Ankara, 2013, s. 27.

[227] **Eren,** Genel, s. 85; **Tunçomağ**, s. 37.

[228] **Tunçomağ**, s. 37 vd.; **Erdoğan,** s. 28; **Antalya,** s. 48.

[229] **Eren**, Genel, s. 512 vd. **Narter**, s. 2; **Erdoğan,** s. 27; **Antalya,** s. 48.

eden *idari sorumluluk*; kimi zaman ise, farklı anlamları olmakla beraber, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerle ilgili olarak *hukuki sorumluluk* olarak birbirinden ayrılır [230].

Hukuki sorumluluk kavramı farklı anlamlara sahiptir. En geniş anlamıyla hukuki sorumluluk, Fransa'da olduğu gibi, sözleşmeye ilişkin ve sözleşme dışı sorumluluğu içine alacak şekilde kullanılır. İsviçre'de ise, geniş anlamdaki hukuki sorumluluk terimi, hukuki sorumluluk risklerine karşı sigorta sözleşmelerini de kapsayan bir anlamda kullanılır[231]. Dar anlamda hukuki sorumluluktan ise sözleşme dışı sorumluluklar anlaşılır. En dar anlamda hukuki sorumluluk ise genel hükümlerden farklı ve -sebep ve tehlike sorumluluğu gibi- daha ağır sorumlulukları ifade edecek şekilde kullanılmaktadır[232]. Rıza en çok sözleşme dışı sorumluluk alanında önem arz etmekte ve çalışmamızın temel taşını bu tür sorumlulukta söz konusu olan rıza oluşturmaktadır.

Türk hukukunda hukuki sorumluluk teriminden, genel olarak, dar anlamda hukuki sorumluluk anlaşılmaktadır. Bu ise kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluğu (fedakârlığın denkleştirilmesi) kapsamaktadır[233].

---

[230] **Deschenaux/Tercier**, s. 2 vd.

[231] **Deschenaux/Tercier**, s. 2.

[232] **Deschenaux/Tercier**, s. 1 vd.; **Eren**, Genel, s. 511; **Özbek,** s. 6 vd.

[233] **Sanlı, Kerem Cem**, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan, 2007, s. 94 dn.447. **Eren**, Genel, s. 513. Tandoğan ise mes'uliyet hukuku terimini hem sözleşmeye ilişkin hem sözleşme dışı hukukî sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanmıştır. Ayrıca sözleşme dışı mesuliyette ise kusur sorumluluğu ile kusursuz

Bu ayırımı kabul etmekle birlikte, sözleşmeden doğan sorumlulukta rızanın rol oynadığı hallerin bulunması dolayısıyla kısaca bu sorumluluk türüne de değinilmiştir.

1. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK

Yukarıda da değinildiği gibi, hukuki sorumluluk ifadesinden dar anlamda hukuki sorumluluk, yani sözleşme dışı sorumluluk anlaşılmaktadır. Sözleşme dışı sorumluluk ikiye ayrılmaktadır. Bunlar 'kusur sorumluluğu' ve 'kusura dayanmayan sorumluluk' dur[234]. Sözleşme dışı sorumluluktan kimi zaman sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluklar da anlaşılmaktadır[235].

Sözleşme dışı sorumlulukta zararı giderim yükümlülüğü, zarara sebep olan olayın gerçekleşmesinden önce mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmaz[236]. Bilakis taraflar arasında bir hukuki ilişki bulunmayıp objektif bir normun ihlal edilmesi hali söz konusudur[237]. Bir

---

sorumluluk hallerinin birlikte değerlendirilmesini ise tarihi gelişimine bağlamıştır. Şöyle ki önceleri kusursuz sorumluluk halleri kusur sorumluluğu içinde değerlendiriliyordu. **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 10. Bu konuda ayrıca bkz. **Narter,** s. 3.

[234] **Eren**, Genel, s. 513; **Özbek,** s. 7 vd.

[235] **Aydın, Elif**; Sözleşme Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2009, s. 2.

[236] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 6.

[237] Bir görüşe göre haksız fiil bütün davranış yükümlülüklerine (sözleşmeye aykırılık dâhil) aykırılığı kapsar. Diğer bir görüşe göre borç ilişkisi dışındaki verilen zararı tazmin ödevi yükleyen olaylardır. Üçüncü görüşe göre ise, genel bir davranış kuralının kusurlu

kimse, zarara uğrayınca "casum sentit dominus" (kazaya malik katlanır) ilkesine göre bu zarara, zarar gören katlanır[238]. Buna göre bir kimse mücbir sebep gibi olaylardan ötürü bir

olarak ihlali ile başkasına zarar verildiği durumlardır. Biz de üçüncü görüşün haklı olduğu kanısındayız. Haksız fiil kavramının neleri kapsadığına ilişkin tartışmalar için bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 2 vd. Anglosakson hukukunda da haksız fiilin şartları arasında bir yükümlülüğün ihlali (breach of duty) sayılmaktadır. Buradaki görev (duty), ise öngörülebilir zararlara karşı makul özen yükümlülüğü (reasonable duty of care) olarak geçmektedir. Dolayısıyla dava üzerine kurulu olan bu hukuk sisteminde genel bir kural olarak bu özen borcuna aykırılık haksız fiilin oluşması için bir şarttır. Detaylı bilgi için bkz. **Owen, Richard**; Essential Tort Law, 3rd Edition, Cavendish Publishing Limited, London,2010; s. 1-8.

[238] **Kılıçoğlu, Mustafa**, Sorumluluk Hukuk, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002; s. 1; **Özbek,** s. 12; **Eren,** Genel, s. 511; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 569; **Antalya,** s. 417 Anglosakson hukukunda haksız fiil sorumluluğu da bu ilkeye dayanmaktadır. Nitekim bir talihsizlik olduğunda buna mağdur katlanır. Ancak bu katlanılan giderler kimi durumlarda başkalarına yüklenebilir. İşte bu katlanma yükümlülüğünün başkasına aktarılmasına sorumluluk sebepleri denilmektedir. **Coleman, Jules**, "Theories of Tort Law", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2004 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Erişim Adresi: http://plato.stanford.edu/archives/spr2004/entries/tort-theories, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

zarara uğrarsa buna katlanmak zorunluluğu vardır[239]. Fakat zararın bir başkasına yüklenebilme sebebi bulunuyorsa zarara katlanma yükümlülüğü, yer değiştirir ve o kimse, zararı tazmin eder[240]. Zararın bir başka kişiye aktarılması için gereken bu sebebe *sorumluluğun sebebi* denir[241]. Bu noktada sorumluluğun sebeplerinin incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşme dışı sorumlulukta, sorumluluğun sebepleri açısından iki prensip ortaya çıkmaktadır. Bunlar, kusur prensibi ve sebebiyet[242] prensibidir[243]. Kusur prensibine göre, bir kimse ancak hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil ile zarara sebep verirse zararı tazminle

---

[239] Bazı yazarlar "casum sentit dominus" ilkesini sorumluluk hukukunun temel ilkesi kabul etmektedir. Buna göre bu durumda sorumluluk hukuku bu ilkenin istisnasını oluşturan normlar olmakta ve "istisnalar hukuku" olarak adlandırılmaktadır. **Kılıçoğlu**, **M,** s. 4; **Narter**, s. 3; **Özbek,** s. 13.

[240] **Kaneti, Selim,** *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 39.

[241] **Eren,** Genel, s. 511; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 569.

[242] Doktrindeki bir görüşe göre, tehlike sorumluluğunda tehlikenin sonucu oluşan zarara kanun gereği katlanılma yükümlülüğü olduğu için sebep sorumluluğu ifadesi hatalıdır. Zira burada illiyet bağı değil tehlikenin sonucuna katlanma yükümlülüğü vardır. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 6 vd.

[243] **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 8; **Özbek,** s. 15 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 576; **Akıncı,** Borçlar, s. 154.

yükümlü olur. Eğer hukuk düzeninin kınamadığı ve kendisine yüklenemeyecek bir sebeple zarar doğmuşsa bu durumda zarar verenin sorumluluğu doğmaz[244]. Bir kimse kusuru ile bir başkasına zarar verirse bunu tazmin etmesi adalet ve hakkaniyete uygundur[245]. Bir kimsenin herhangi bir kusur olmadan zarardan sorumlu olması gerçekten de bir masumun cezaya çarptırılmasına eş değerdir[246]. Ancak bu prensibin katı bir şekilde uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açabilir[247]. Nitekim bu durumda bir kimse hukuken mazur görülebilen bir davranış içinde zarar verince, zarara tamamen zarar gören katlanır. Sanayileşme ile bu tür zararların çoğalması üzerine sebebiyet prensibi ortaya çıkmıştır[248]. Buna göre, kanunun öngördüğü belirli bir olguya aykırı şekilde hareket eden kişi, kusuru bulunmasa bile verdiği zarara katlanmak zorundadır. Burada zarar ile olgu arasında uygun illiyet bağının olması yeterlidir[249]. Şu halde ifade edelim ki, ne kusur prensibi ne de

[244] **Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 2 vd. **Deschenaux /Tercier**, s. 4 vd., **Eren,** Genel, s. 491 vd., **Narter,** s. 3 vd., **Kılıçoğlu M.,** s. 4 vd.

[245] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 89 vd.

[246] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 2.

[247] **Özbek,** s. 12; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 91 vd.

[248] **Antalya,** s. 417 vd.

[249] **Eren,** Genel, s. 515 vd.

sebebiyet prensibi modern hukuk sistemlerinde tek başına uygulanmamaktadır. Her iki prensip birlikte kanunlarda yerini almıştır[250].

Türk Borçlar Kanunu, m. 49 – 76'ya göre sorumluluk hukukunda kusur prensibini temel ilke olarak kabul etmiştir[251]. Eğer TBK, Yargıtay içtihatları[252] veya özel

---

[250] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 8.

[251] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 4vd.; **Eren,** Genel, s. 19; **Akıncı,** Borçlar, s. 15; **Erdoğan,** s. 12.

[252] Yargıtay içtihatları ile oluşturulan kusursuz sorumluluk hali olan '*işçinin sosyal sigorta tarafından karşılanmayan iş kazası ve meslek hasatlığından doğan zarardan işverenin sorumluluğu'* ve '*ruhsatlı inşaatın komşuların hoş görülebilecek ölçüsünü aşacak şekilde komşulara verdiği zarardan sorumluluk*' için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 235 vd. Ancak belirtelim ki Yargıtay İçtihatları ile oluşturulan kusursuz sorumluluk hallerini hakkaniyete uygun olsa dahi, kanun öngörmedikçe kişinin kusuru olmaksızın herhangi bir eyleminden sorumlu tutulamamasından uygun bulmuyoruz. Yargıtay, **HGK, E. 1981/9-929, K. 1983/1044, T. 28.10.1983 ve** Yargıtay, **HGK, E. 1986/9-722 K. 1987/203 T. 18.3.1987,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018 sayılı kararlarında sorumluluğun, tehlike sorumluluğu esasına dayandığını açıkça ifade etmektedir. Dolayısıyla EBK döneminde kanuni dayanağı bulunmadan böyle bir sorumluluk hatalı olmakta idi. Fakat TBK m. 71 uyarınca genel tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilecek olan bu sorumluluk artık kanuni dayanağa kavuşmuştur. Kanaatimizce, bu alandaki sorumluluk hallerinin acilen özel bir kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir.

kanunlarda[253] bir sebep sorumluluğu hali yoksa, temel ilke olan kusur sorumluluğu uygulanır. Bu durumda da kusur bulunmuyorsa zarara zarar gören katlanacaktır[254].

[253] Bu noktada birtakım özel kanunların kusursuz sorumlulukları özellikle de tehlike sorumluluğunu düzenlediğini belirtelim. Bunlara; 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre *motorlu araç işletenin ve teşebbüs sahibinin sorumluluğu* (m. 85); 2872 Sayılı Çevre Kanunu'na göre, *çevreyi kirletenin sorumluluğu* (m. 28); 8559 Sayılı Petrol Kanunu'na göre, *petrol hakkı sahibinin sorumluluğu* (m. 86); 2929 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre, *sivil hava aracını işletenin sorumluluğu*; 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'na göre *devletin sorumluluğu* (m. 134); 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre, tüketicinin ayıplı mal/hizmetten (m. 4/III, 4/A) ve ayıba karşı garantiden doğan haklarına ilişkin *olarak satıcı ile birlikte bayi, imalatçı, üretici, ithalatçı, acente* (m.10/V), *kredi verenin sorumluluğu* ve 4702 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'a göre, *ürün güvenliğine ilişkin özellikleri etkileyen ürünü üreten, imal eden, ıslah eden veya ürüne adını ticaret markasını veya ayırt edici işaretleri koyarak kendini üretici olarak tanıtan, geniş anlamıyla üreticinin sorumluluğu*, 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallarının Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun'a ve Paris Sözleşmesi'ne göre *nükleer santral işletenin sorumluluğu* örnek olarak verilebilir. Bkz. **Yılmaz, Süleyman,** Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, AÜHFD, S. 59, C. 3, Y. 2010, s. 551.

Belirtmek gerekir ki, sebep sorumluluğu halleri her ne kadar istisnai hallerde uygulansa da günümüzde alanı çok genişlemiştir. Hatta kusur sorumluluğundan daha fazla uygulandığını ifade etmek mümkündür[255]. Bu noktada ceza hukukunda olduğu gibi kanunilik prensibine benzer bir ilke getirilmesi gerekmektedir. Nitekim bir kimse kusuru olmadan ve öngöremeyeceği bir halden sorumlu tutulursa, o kimsenin davranışlarında daha özenli davranmasını gerektirecek bir sebebi kalmamış olur. Hatta keyfi tazminata mahkûm edilmelerin önüne geçilmemesi dahi söz konusu olabilir. Günümüzde bu sorunun çok olmaması ileride olmayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla kanaatimizce, kusura dayanmayan sorumluluk halleri sadece kanun ile düzenlenmelidir ve kural kusur

[254] **Von Tuhr, Andreas,** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, (çev. Edege, Cevat), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 362 vd.

[255] 2014 yılında 1.199.010 trafik kazası meydana gelmiş, bunlardan 168.512 adedi ölümlü veya yaralanmalı kaza olmuştur. Bkz. http://www.tuik.gov.tr/PdfGetir.do?id=18760 (Erişim 30.11.2017) , Buna karşın 2014 yılında açılan toplam tazminat davası sayısı 134.670'dir. Bkz: http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/152.pdf (Erişim 30.11.2017).

sorumluluğu olmalıdır[256]. Ancak, kanunilik prensibinden farklı olarak, benzer durumlarda kıyasen uygulanma mümkün olmalıdır[257].

a) KUSUR SORUMLULUĞU (HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU)

Kusur sorumluluğu ile kastedilen haksız fiil sorumluluğudur[258]. Öğretide ayrıca sübjektif sorumluluk da denilmektedir[259].

TBK m. 49'a göre "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*

---

[256] Öte yandan TBK m. 71 hükmünü genel bir tehlike sorumluluğu hükmü olduğu yönündeki görüş için bkz. **Özbek,** s. 58 vd.

[257] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 6 vd. 6098 sayılı TBK'dan önce tehlike sorumluluğu hallerinin kıyas ile genişletilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 7 vd.

[258] Haksız fiil sorumluluğunun neleri kapsadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre sözleşme dışı bütün sorumluluk hallerini kapsar. Bir görüşe göre hukuka aykırı bütün eylemleri kapsamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde hukuk kurallarının çiğnenmesi oluşturmaktadır. Görüşler için bkz. **Kaneti, Selim**, *Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1983, İstanbul, s. 30 vd.

[259] **Eren,** Genel, s.540; **Özbek,** s. 14.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür." Bu düzenlemeyle haksız fiil sorumluluğuna yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına kusurlu bir fiiliyle zarar veren kişinin sorumluluğu düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise ahlaka aykırı bir fiil ile bir başkasına kasti davranışıyla zarar veren kişinin sorumluluğu kaleme alınmıştır. İlk fıkradan farklı olarak burada sadece kast derecesinde kusur ile hukuka aykırılık değil, ahlaka aykırılık aranmıştır[260]. Ayrıca her iki düzenleme için hukuka veya ahlaka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır. Sonuç olarak, haksız fiilin unsurları şunlardır: Hukuka aykırı fiil, kusur, illiyet bağı ve zarar[261]. Çalışmamızda ayrıca öneminden dolayı hukuka aykırı fiilin unsurları, diğer sorumluluk türlerinin unsurlarına göre daha detaylı incelenmiştir. Ancak unsurlara ilişkin tartışmalara fazlaca değinilmeden, kısaca açıklamakla yetinilmiştir.

---

[260] **Oğuzman/Öz**, C.2, s. 62 vd.

[261] **Deschenaux/Tercier**, s.38; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 11, **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 571; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 475 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 116; **Reisoğlu, Safa,** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 163 vd.

aa) HUKUKA AYKIRI FİİL

Bir kimsenin fiilinin, bir başkasının malvarlığı veya şahıs varlığına zarar verdiğinin ifade edilebilmesi için hukuka aykırı bir fiilinin olması gerekmektedir[262]. Haksız fiil terimindeki fiil ifadesi de bunu doğrulamaktadır. Burada fiil ile kastedilen davranıştır[263]. Davranış, bir eylemi, yani olumlu davranışı ve yapması gerekeni yapmama,

[262] **Kılıçoğlu, M.,** s. 344.

[263] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 18; **Akıncı,** Borçlar, s. 136. Davranış yerine sonucun hukuka aykırılığı oluşturduğu durumda hukuka aykırılığın olumsuz davranışı kapsamadığı ve bu görüşün yetersiz kaldığı noktasında bkz: **Çağlayan Aksoy, Pınar**; Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, Onikilevha Yayınları, Ankara, 2015, s. 164 vd.; **Eren,** Genel, s. 540.

yani olumsuz davranışı kapsar[264]. Davranışın aynı zamanda iki unsuru bulunmaktadır[265]. Bunlardan ilki maddi unsur olarak adlandırılan vücut hareketinin dış dünyadaki yansımasıdır. Manevi unsuru ise bu davranışta bulunma iradesinin[266] varlığıdır[267].

---

[264] Bu noktada her yapmama eylemi bir davranış değildir. Aksi halde davranış terimi çok geniş bir kapsamda olacak ve esasen bunu bir unsur olarak belirtmek bile anlamsız hale gelecektir. Dolayısıyla burada yapması gereken bir şeyi yapmamak şeklinde tanımlanma gereği duyulmuştur. Bu yönde: **Eren,** Genel, s. 543 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. 2 s. 13,20; **Kaneti,** Kusur, s. 34 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 12; **Reisoğlu,** s. 165. Aksi yönde bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 18 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 136; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 484 vd.; **Antalya,** s. 420; **Deschenaux/Tercier**, s. 12 vd. Hatemi/Gökyayla'ya göre eylemsizlik ile illiyet bağı başlatılamayacağı için hukuka veya ahlaka aykırı fiil olarak değerlendirilemez. Bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s. 120 vd.

[265] **Eren,** Genel, s. 540 vd.; **Antalya,** s. 420. Doktrinde bunun dışında fiilin netice unsuru ve bu neticenin yapılan davranış ile bağlantısını oluşturan illiyet bağının da bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 19 vd. Ancak kanaatimizce, kişinin hareket etmesi ile bizatihi fiilin neticesi gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, ayrıca fiilin neticesinin fiilin unsuru olması gereksizdir. Zira haksız fiil açısından fiilin neticesi zarardır. Bu ise haksız fiilin unsuru olmasına karşılık fiilin unsuru değildir.

[266] Fiilin manevi unsuru açısından, iradenin bir amaca yönelik olup olmaması gerekliliği tartışmalıdır. Bazı yazarlar fiilin amaca yönelik olmasının önemli olmadığını ifade

Davranışın hukuka aykırı fiil kapsamına girmesi için, bu olumlu veya olumsuz davranış hukuka aykırı olmalıdır. Eski BK'dan farklı olarak TBK m. 49'da, "haksız" ifadesi yerine" hukuka aykırı" ifadesi kullanılmaktadır. Kanaatimizce, bu değişiklik isabetli olmuştur[268]. Zira haksızlık zarar verenin bir hakka dayanmadan ve yetkili veya izinli olmadan zarar vermesidir[269]. Hukuka aykırılık ise objektif bir hukuk normunun ihlali

---

ederken, diğer bazı yazarlar amaca yönelik davranışın fiil olabileceğini ifade eder. Bir diğer görüş ise fiil insanın iradi hâkimiyet alanına girdiği objektif olarak isnat edilebilirse, bu durumda fiil unsuru gerçekleşmiştir. Görüşler için bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 16, dn. 52.

[267] **Akıncı,** Borçlar, s. 136 vd. Davranıştaki manevi unsur ile kusur karıştırılmamalıdır. Kusurda sonucu bilme ve isteme tartışılırken burada o şekilde davranmayı isteme kastedilmektedir (isnadiyet). Dolayısıyla sonucu bilmese bile davranmayı isteyen kişinin davranış unsurunu yerine getirdiği ifade edilebilecektir. Aynı yönde bkz. **Oser, H./Schönenberger, W.,** Borçlar Hukuku: Birinci Kısım Madde 1-40, Çev. Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1947, s. 351, **Eren,** Genel, s. 541, **Narter,** s. 412 vd., **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 12 vd.; **Kaneti,** Kusur, s. 33 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 15 dn 51.; **Deschenaux/Tercier**, s. 40 vd.; **Erem, Faruk,** *Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin*, AÜHFD, Y. 1968, C. 3, S. 25, s. 2.

[268] Aynı yönde bkz. **Oğuzman,** C. 2., s. 14, dn. 8.

[269] Fransız hukuku, haksız fiilin unsuru olarak hukuka aykırılığı değil, haksızlığı esas almıştır. Buna sübjektif teori de denilmektedir. Ancak Türk, Alman ve İsviçre hukukunda hâkim görüş objektif teoriyi esas almıştır. Objektif teoriye göre hukuka aykırılık hak ve

hukukî varlıkları zarar verici müdahaleden korumayı amaçlayan hukuk normlarının ihlalinden oluşmaktadır. Yoksa TBK m. 27'deki sözleşmenin batıl olmasını gerektiren herhangi bir hukuk normuna aykırılık değildir. Bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 77 vd.; **Eren**, Genel, s.611 vd., **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 14, **Deschenaux/Tercier**, s. 44, **Kılıçoğlu, M,** s. 335 vd.; **Tunçomağ,** s. 430; **Oser, H./Schönenberger, W.,** Borçlar Hukuku: İkinci Kısım Madde 41-109, Çev. Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950, s. 356 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 41 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 335 vd.

anlamına gelmektedir[270]. Bu norm yazılı veya yazılı olmayan bir hukuk kuralı olabilir[271]. Yazılı olmayan hukuk kuralları, örf ve âdet kuralları ile hukukun genel ilkelerine dayanan kurallardan oluşmaktadır[272].

[270] **Von Tuhr,** s. 363; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 92 vd. Diğer görüşler için bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 85 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 574; **Akıncı,** Borçlar, s. 141; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 475; **Reisoğlu,** s. 164.

[271] **Kaneti,** Kusur, s. 38; **Akıncı,** Borçlar, s. 141; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 357 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s.478 vd.; **Reisoğlu,** s. 164; **Erdoğan,** s.82; **Deschenaux/Tercier**, s. 48. Anglosakson hukukunda son yılllarda yoğun bir regülasyon dönemi mevcut olsa dahi, haksız fiilin unsurları açısından halen 'case law' denilen içtihatlara dayanılmaktadır. Haksız fiilin unsurları açısından objektif bir hukuk kuralı bulunmadığı için hukuken doğan özen yükümlülüğüne (duty of care) aykırı bir davranış aranmaktadır. Bu ise ***Donoghue v Stevenson*** (1932) içtihatı ile başlayan belli bir yakınlığı bulunanlara karşı öngörülen özenli davranış yükümlülüğüne genişletilmiştir. Ardından ***Caparo Industries plc v Dickman*** (1990) içtihadıyla makul öngörülebilirlik (reasonable foreseebility), belli bir yakınlık ilişkisi (proximity), adil bir yükümlülük (just, fair, and reasonable duty) şartlarını taşıyan fiillerle haksız fiil (tort) oluşabileceği öngörülmüştür. **Owen,** s. 1 vd.; **Doğan, Murat,** *Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası*, AÜEHFD, Y. 2001, C. 5, S. 1-4, s. 389; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 25.

[272] **Eren,** Genel, 610, **Deschenaux/Tercier**, s. 42.

Hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması durumunda, başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucun önlemesi için öngörülen bir davranışı emreden hukuk kuralına aykırı davranış şeklinde tanımlanmaktadır[273]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin olmaması (olumsuz unsur) ve zarar vermeyi yasaklayan norma aykırı davranış (olumlu unsur) unsurlarını içermelidir[274].

Zarar vermeyi yasaklayan norma aykırı davranışın, hukuka aykırı olması iki şekilde ortaya çıkar. Birincisi, davranış, koruma normlarına[275] aykırı olabilir. İkinci olarak ise, koruma amacı teorisi[276] dâhilinde, diğer menfaatlerin korunması amacını güden, özel

---

[273] **Kaneti,** Çatışan, s. 143; **Eren,** Genel, s. 611 vd.; **Narter,** s. 414, Bir diğer tanım ise "hiçbir haklı gerekçe olmadan başkasına zarar verme yasağının ihlali" şeklindedir. Bkz. **Deschenaux/Tercier**, s. 42.; **Doğan,** Önleme, s. 388.

[274] **Eren,** Genel, s. 612; **Kaneti**, Çatışan, s. 143 vd.; **von Tuhr,** s. 362.

[275] Temel koruma normları genel itibariyle mutlak hakları koruyan normlardır. Ancak böyle bir norm bulunmasa dahi mutlak hakkı ihlal eden bir fiil hukuka aykırıdır. Diğer bir ifadeyle, mutlak hak ihlal ediliyorsa, ihlal hukuka aykırıdır. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 15 vd.; **Reisoğlu,** s. 164; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 336 vd.

[276] Hukuka aykırılık bağı da denilen bu teoriye göre sorumluluğun sınırının belirlenmesinde sebep sonuç ilişkisinin uygunluğu, yani uygun illiyet bağı yetersiz kalmaktadır. Nitekim sadece istatistik ve olağan olan sonuçlara göre sorumluluğu soyut olarak sınırlayan bu teori kimi durumlarda adaletsiz sonuç doğurmaktadır. O halde,

koruma normlarının ihlali şeklinde olabilir[277]. İhlalin hukuka aykırı olduğunu belirlemek için öğretide, 'hukuka aykırı sonuç teorisi' ve 'hukuka aykırı davranış teorisi' şeklinde iki yaklaşım ileri sürülmüştür. Hukuka aykırı sonuç teorisi, ex post (sonradan) değerlendirme yapar[278]. Bunun sonucu olarak da, insan davranışının hukuka aykırılığının yerine,

---

normun, koruduğu kişi ve değerlerin amacına göre bir tespit yapılmalıdır. Bu durumda ise sınırlama illiyet bağı açısından değil, normun koruma amacı, yani hukuka aykırılık unsuru açısından değerlendirilmektedir. Ancak normun koruma amacı uygun illiyet bağını defetmez, aksine onunla birlikte bir bütün olarak uygulanır. (Bu konudaki çalışmalar için bkz. **Tandoğan, Halûk**, *Hukuka Aykırılık Bağı*, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s. 5-27; **Eren, Fikret,** "*Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi*", Mahmut Koloğlu'ya 70inci yaş Armağanı,1975, s. 461 vd. ; **Atamer, M. Yeşim,** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, 1996; **Yıldız, Abik**, *Normun Koruma Amacı Teorisi,* AÜHFD, S.59 *C.*3, 2010, s. 345-448.). Aksi yöne bkz. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 15 dn. 15 ve s. 14 vd., **Kılıçoğlu, M,** s. 336 vd. Yazarlara göre hukuka aykırılık bağı yansıma zararlar açısından önem taşırken, normun koruma amacı ise kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde önem taşır.

[277] **Kılıçoğlu**, **M,** s. 337 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 43; **Atamer, Yeşim**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 24 vd.

[278] **Eren,** Genel, s. 621.

gerçekleşen sonucu hukuka aykırılık bağlamında değerlendirir. Bu sebeple bu teori eleştirilmiştir[279]. Ancak sadece davranışın değerlendirildiği durumlarda ise kusura dayanmayan sorumluluk hallerinin açıklanmasında güçlük çekildiği ve koruma normlarının tesadüfi olarak yer aldığı[280] için hukuka aykırı davranış teorisi de yeterli olmamaktadır[281]. Üçüncü bir görüş olan karma görüşe göre, zaten temel koruma normlarına aykırı davranış mutlak bir hakkı[282] ihlal eder ve sonuç açısından değerlendirildiğinde hukuka aykırıdır[283]. Bu durumda insan davranışına veya başka bir sebebe dayanmasının önemi bulunmamaktadır[284]. Bununla birlikte, kişinin ekonomik

[279] **Kılıçoğlu M,** s. 337 vd.

[280] **Çağlayan Aksoy,** s.181 vd.

[281] **Eren,** Genel, s. 620 vd.

[282] **Antalya,** s. 437 vd. Temel koruma normlarının içerisinde sadece mutlak hakların korunmadığını, alacak haklarının kasten ihlalinin de hukuka aykırılık teşkil edeceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Ancak bu görüş henüz genel bir kabul görmemiştir. Bkz. **Oftinger, Karl,** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allg. Teil, 4. A., Zürich 1975, s. 127. N. 2 (Akt. **Eren,** Genel, 620 dn. 313)

[283] **Von Caemmerer,** Wandlungen, s. 483 vd. ve 547 vd. (**Atamer,** Norm, s. 14, dn. 58'den naklen); **Eren,** Genel, 621 vd., **Kılıçoğlu M.,** s. 337 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 18 vd. ile 43 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 116 vd.

[284] **Deschenaux/Tercier**, s. 42 vd.

menfaatlerini koruyan özel koruma normlarının ihlali[285] yönünden hukuka aykırı davranış teorisi esas alınmaktadır. Böylece iki teori farklı alanlarda uygulanarak karma görüş elde edilmiştir[286].

Normun koruma amacının, haksız fiilin unsurları arasındaki yerinin belirlenmesi noktasında birtakım güçlükler bulunmaktadır[287]. Kanaatimizce, teori hukuka aykırılık bağlamında değerlendirilmelidir[288]. Nitekim teorinin amacı bir yandan normların koruma amaçlarını belirleyerek sorumluluğu mümkün kılmak ve bir yandan da sorumluluğu

[285] **Antalya,** s. 438 vd. Dürüstlük kuralının da bir koruma normu olarak kabul edilmesi halinde, salt malvarlığı zararlarının da güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğu kurumlarına gerek kalmadan, haksız fiil ile tazmininin mümkün olduğu yönünde bkz: **Çağlayan Aksoy,** s. 322 vd.

[286] **Atamer,** Norm, s. 10 vd. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 15 vd., **Von Tuhr,** s. 363 vd.

[287] **Abik,** Normun Koruma Amacı Teorisi, 429 vd.

[288] **Atamer,** Norm, s. 100 vd.; **Eren,** Genel, s. 620. Aksi yönde bkz. **Von Tuhr,** s. 368; **Tandoğan,** Aykırılık, s. 25; **Eren, Fikret,** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 108 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 141; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 476 vd.; **Antalya,** s. 439 vd. Zarar unsurunun içinde değerlendirilmesi için bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 572; **Reisoğlu,** s. 176; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 547. Tekinay ve ark. hem hukuka aykırılık hem zarar içerisinde değerlendirmişlerdir.

sınırlamaktır[289]. Fakat bu sınırlama da, yapılan davranışın normun sınırları içine girip girmediğini tespit ederek sağlanmaktadır. Dolayısıyla ortada herhangi bir norma aykırılığın bulunup bulunmadığını tespit işlemi yer almaktadır. Şunu ifade etmek gerekir ki, uygun illiyet bağı, hukuka aykırılık veya kusur ile teorinin sınırlarının kesin bir şekilde çizilmesi ise mümkün olmayabilir[290].

TBK m. 49/II'ye göre ise ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar verilmesi halinde de tazminat yükümlülüğü doğabilir[291]. Bunun için aranacak şartlar ise şunlardır:

---

[289] **Atamer,** Norm, s. 102 vd.; **Antalya,** s. 439 vd.; **Eren,** Norm, s. 462; **Eren,** İlliyet, s. 54 vd., **Tandoğan,** Aykırılık, 22 vd. Eren ve Tandoğan'a göre normun koruma amacı teorisi/hukuka aykırılık bağı, ayrı ve bağımsız bir sorumluluk şartıdır. Antalya'ya göre, hukuka aykırılık bağı ve normun koruma amacı birbirinden farklı şeylerdir. **Antalya,** s. 444 vd.

[290] Evinin balkonuna parmaklık yaptıran kişinin üst komşusunun evine hırsız girmesini kolaylaştırmasına ilişkin bir kararında Yargıtay, bunun kusurla ilgili olduğunu değerlendirmiştir. Yargıtay **4. HD. 13.9.1988, 4147/7408** (Akt. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 18 dn. 21) Yazarlar ise bunun hukuka aykırılık bahsinde incelenmesi gerektiği kanaatindedirler. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 17 vd.

[291] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 27 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 141; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 386 vd.; **Antalya,** s. 434 vd. Hatemi/Gökyayla'ya göre güven sorumluluğu kapsamına giren ihlaller kasten işlenmiş ise TBK 49/2'ye göre çözümlenmelidir. Bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s. 113 vd.

Ahlaka aykırı bir fiil, zararın kasten verilmiş olması, zarar ve illiyet bağının bulunması[292]. Belirtmek gerekir ki, ahlaka aykırı bir fiile gösterilecek rıza ahlaka aykırı olması sebebiyle geçersiz olmayabilir. Örneğin, bir kimsenin yaşadığı küçük düşürücü olayların üçüncü kişilere anlatılarak, o kişinin daha da küçük düşmesine maruz bırakılması ahlaka aykırı fiille başkasına zarar vermeyi oluşturur. Fakat kişi bu olayın üçüncü kişilere anlatılabileceğini söylerse artık rızası geçerli olur.

Daha önce ifade edildiği üzere, bir fiilin hukuka aykırı fiil olması için hukuka uygunluk sebeplerinden birinin de mevcut olmaması (olumsuz unsur) gerekir[293]. Hukuka uygunluk sebepleri ise kanunun verdiği yetkinin kullanılması, hakkın kullanılması, zarar görenin zarara razı olması, haklı savunma, zorunluluk hali ve kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruması durumunda ortaya çıkar[294].

---

[292] **Eren,** Genel, s. 624 vd., **Narter,** s. 415., **Von Tuhr,** 369, **Deschenaux/Tercier**, s. 47 vd.; **Ateş, D.**, s. 186 vd.; **Tunçomağ,** s. 431 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s.142 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 117 vd.; **Antalya,** s. 435 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 366 vd.

[293] **Kaneti,** Çatışan, s. 145 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.30; **Deschenaux/Tercier**, s. 44 vd.

[294] TMK m. 24 ve TBK m. 63. Ayrıca bkz: **Eren,** Genel, s. 626 vd., **Oğuzman/Öz,** C. 2, 21 vd., **Narter,** s. 415 vd., **Deschenaux/Tercier**, s. 44. Haklı savunma, zorunluluk hali, kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruması durumlarında zarar verenin sağladığı menfaat, zarar görenin gördüğü zarardan daha fazla olduğu için hukuka uygun olmaktadır. Bu ise faydacılık felsefesinin bir sonucudur. Bkz. **Sanlı,** s. 430 vd.

Kanunun verdiği yetki, ilgili kamu görevlisi tarafından kanuni şart ve sınırlar içerisinde kullanıldığında fiil hukuka uygundur. Örneğin kolluk kuvvetinin bir zanlıyı yakalaması, gözaltına alması gibi durumlarda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.[295] Tedip hakkını kullanan velinin davranışı da hukuka aykırı değildir[296].

Aynı şekilde özel hukuktan doğan bir hakkını kullanan kişinin yaptığı eylem de hukuka aykırı değildir. Mesela malikin mülkiyet hakkını kullanmasında durum böyledir. Ancak burada hakkın kötüye kullanılmaması gerekir. Aksi takdirde, hak sahibi hakkını amacına aykırı kullanmış olur. Malikin arsasının üzerine bina yaptırması hâlinde bir hakkın kullanılması söz konusudur. Ancak malik bu binayı yan arsadaki uçakların havalanmasını engelleyerek kendi arsasının satış fiyatını arttırmak için yaparsa artık hukuk düzeni bu davranışı korumaz[297].

---

[295] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 25 vd., **Eren,** Genel, s.627 vd., **Narter,** s. 422 vd., **Von, Tuhr,** s. 370; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.30 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 250 vd.; **Tunçomağ,** s. 432 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 149 vd.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 365; **Hatemi/Gökyayla,** s. 126 vd.; **Antalya,** s. 445.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 357.

[296] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 252. Öte yandan öğretide bazı yazarlar, tedip hakkını özel bir hakkın kullanımı olarak nitelemektedir. Bkz. **Tunçomağ,** s. 433; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 363; **Deschenaux/Tercier**, s. 45.

[297] **Eren,** Borçlar Hukuku, s. 602 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 26 vd., **Narter,** s. 422, **Von Tuhr,** s. 370 vd., **Deschenaux/Tercier**, s. 45; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.31; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s.253 vd.; **Tunçomağ,** s. 433; **Akıncı,** Borçlar, s. 150;

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi ise, zarar görenin rızasıdır. TBK. m. 63/II ve TMK m. 24/II'de olduğu gibi, zarar görenin rızası varsa fiil hukuka uygun olur[298]. Öğretideki hâkim görüş[299] rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu yönündedir. Ancak öğretideki bir görüş[300] rızayı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâl[301] olarak değerlendirmektedir. Bu çerçevede her iki görüş de aslında, rızayı haksız fiilin hukuka

---

Oser/Schönenberger, İkinci, s. 363 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 127; **Antalya,** s. 446; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 357.

[298] **Yılmaz, Mehmet**; Zarar Görenin (Mağdurun) Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçlar, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1995, s. 1; **Doğan,** Önleme, s. 374 vd.; **Tunçomağ,** s. 436 vd.

[299] **Eren,** Genel, s. 628; **Kılıçoğlu M.**, s. 357; **Carlotta, Cassani,** *Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza*, Çev: Özen, Muharrem; Özen Mustafa, TBB Dergisi, S. 77, Y. 2008, s. 238. Öte yandan Ohly'e göre, genel kural bir başkasına zarar verilmemesidir. Rıza ise bu kuralın istisnasıdır. Ancak rızanın istisna olması fiildeki hukuka aykırılığı kaldırmak yerine fiili baştan itibaren hukuka uygun kılmaktadır. Nitekim rızanın istisna olması ex post bir değerlendirmeyi mecbur kılmaz. Bkz. **Ohly**, s. 38 vd.

[300] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.31, **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 22, **Von Tuhr,** s. 371, **Oser/Schönenberger,** Birinci, s. 362, **Yılmaz M.,** s. 6; **Tunçomağ,** s. 436 vd. **Zitelmann, Ernst,** Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906),s 1-130 (**Ohly,** s.38'den naklen); **Hatemi/Gökyayla,** s. 127.

[301] TBK m. 63'ün kenar başlığı da "hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller" olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu da bu görüşü benimsemiştir.

aykırılık unsuru içinde değerlendirmektedir. Gerçekten de bir kimse bir fiile hukuken geçerli bir rıza gösterdiğinde, o fiil artık haksız olmadığı gibi hukuka aykırılık da teşkil etmez[302]. Ancak ifade etmek gerekir ki, rıza kimi zaman hukuka aykırılık unsuruna etki ederken kimi zaman haksız fiilin diğer unsurlarına da etki edebilir[303].

Haklı savunma bir kimsenin, kendi veya bir başkasının hukuki varlığını, mevcut veya çok yakın hukuka aykırı bir saldırıdan kurtarmak için saldıranın hukuki varlığını ihlal eden zorunlu bir savunma fiilidir[304]. Haklı savunmanın dört şartı bulunmaktadır. Bunlar; kişinin kendisinin veya üçünü bir kişinin şahıs ya da malvarlığına yönelik bir saldırının varlığı, saldırı başlamış veya çok yakın olması, saldırı hukuka aykırı olması, savunma ile saldırı arasında bir denge olması ve savunma saldırgana karşı yapılmasıdır[305].

---

[302] Hukuka aykırılığı kaldırma ifadesinin yanlış olduğu, hukuka uygunluk sebebi olarak kullanılması gerektiğine ilişkin bkz: **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 235, dn. 2 ve s. 237 vd.

[303] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 22 vd., **Eren,** Genel, s. 628 vd., **Narter,** 422 vd., **Von Tuhr,** s. 371, **Deschenaux/Tercier**, s. 44 vd.

[304] TBK m. 63/2.

[305] **Eren,** Genel, s. 631 vd., **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 27 vd., **Narter,** s 416 vd., **Von Tuhr,** s. 372 vd., **Deschenaux/Tercier**, s. 45 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.33 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 255 vd.; **Tunçomağ,** s. 433 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 143 vd.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 475 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 486 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.192 vd.; **Antalya,** s. 450 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 362 vd.

Zorunluluk hali, yine haklı savunmada olduğu gibi, kendi veya bir başkasının şahıs veya malvarlığını açık ve yakın bir zarar tehlikesinden korumak için üçüncü bir kişinin mallarına zarar vermesi halinde söz konusu olur[306]. Bu durumda da fiil hukuka uygun olur. Zorunluluk halinin şartları şunlardır: Şahsa veya mala yönelik açık ya da yakın bir zarar tehlikesi mevcut olmalı; zarar tehlikesinin kaynağı, malına zarar verilecek kişi olmamalı; zarar tehlikesi dolayısıyla yalnız üçüncü bir kişinin malına zarar verilmiş olmalı; önlenecek zarar, verilecek zarardan büyük olmalı; kurtulmak için üçüncü kişinin malına zarar vermek kaçınılmaz olmalıdır[307]. Zorunluluk hali, fiili hukuka uygun kılmakla beraber bazı hallerde tazminat yükümlülüğü gündeme gelebilir. Burada bir tür fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi mevcuttur[308].

Öğretide ve TBK m. 63'te kabul edilen diğer bir hukuka uygunluk sebebi ise kişinin hakkını kendi gücüyle korumasıdır. Kural olarak hiç kimse hakkını korumak için bizatihi güce başvuramaz. Ancak bir hakkın korunması amacıyla, yetkili organların zamanında müdahalesi mümkün değilse ve hakkın korunması için başka bir imkân

---

[306] TBK m. 63/2.

[307] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.37 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 258 vd.; **Tunçomağ,** s. 434 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s.145 vd.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 480 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 487 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 124 vd.; **Antalya,** s. 452 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 364 vd.

[308] TBK m. 63/2. Ayrıca bkz. **Eren,** Genel, 635 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 27 vd., **Narter,** Tazminat Hukuku., s. 416, **Von Tuhr,** s. 375 vd., **Deschenaux/Tercier**, s. 46 vd.

bulunmuyorsa, kullanılan gücün ihlal edilecek hukuki değerle dengeli olması şartıyla hak bizzat korunabilir ve bu fiil hukuka uygun olur[309].

bb) KUSUR

Haksız fiil sorumluluğunun diğer bir unsuru kusurdur. Kusur, haksız fiil sorumluluğunun (kusur sorumluluğunun) kurucu ve ayırt edici unsurudur[310]. Kusur, TBK'da tanımlanmamıştır. Öğretide her ne kadar açık ve ortak bir tanıma yer verilmediği ifade edilse[311] de, kusur kavramı, genel olarak, "hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi" olarak ifade edilmektedir[312]. Tanımdan anlaşılacağı gibi, kusurun iki

---

[309] **Eren,** Genel, s. 636 vd., **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 31 vd., **Narter,** 418 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.41 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 260 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 147 vd.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 487 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 488 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 125 vd.; **Antalya,** s. 448; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 365.

[310] **Eren,** Genel, s. 594, **Kılıçoğlu**, **M,** s. 369.

[311] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 52.

[312] **Eren,** Genel, s. 594; **Akıncı,** Borçlar, s. 151; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 492; **Reisoğlu,** s. 171; **Antalya,** s. 422; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 367. Doktrindeki diğer tanımlardan birkaç örnek olarak: "*Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır(ihmal)" Bkz.* **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 52; "*Manevi yönden kusur, kötü davranış ya da irade zayıflığı sonucu bir ödevin yerine getirilmemesidir"* **Bkz. Deschenaux/Tercier,** s. 49.

yönü bulunmaktadır. Kusurun objektif yönü, failin aynı şartlar altındaki örnek kişilerden beklenen davranış biçiminden sapması, zararı önlememesi ile alakalıdır[313]. Ayrıca bu davranışın hukuk düzenince kınanması gerekmektedir[314]. Kusurun sübjektif yönünü ise failin kınanabilmesi[315] oluşturmaktadır. Failin kınanabilmesi için buna ilişkin sorumluluk veya kusur ehliyetinin bulunması gerekir. TMK m. 16'ya göre ayırt etme gücüne sahip olanların sorumluluk ehliyeti bulunmaktadır[316].

---

[313] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.46; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 24; **Tunçomağ,** s. 439; **Antalya,** s. 422.

[314] Bu noktada kişinin seçim hakkı olmadan zarar vermek zorunda kaldığı durumlarda kusurun bulunmayacağı ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle, kusur hukukun aksine davranılmasını gerekli gördüğü durumlarda, seçim hakkının bulunduğu durumlarda ortaya çıkar. Bu sebeple failin başka bir imkânının olmadığının değerlendirildiğinde kişi kusursuz olmalıdır. Haklı savunma veya zorunluluk halinde olduğu gibi. Bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 30 vd.

[315] Kınanabilirlik/yüklenebilirlik için bkz. **Nart,** Hakkaniyet, s. 40 vd.

[316] **Eren,** Genel, s. 597 vd., **Deschenaux/Tercier,** s. 49 vd.; **Tunçomağ,** s.439; **Akıncı,** Borçlar, s. 152; **Antalya,** s. 422; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 371 vd. İngiliz hukukunda haksız fiil ehliyetinin farklı kişi grupları için farklı özellikler arz ettiği yönünde bkz. **Akipek, Şebnem / Küçükgüngör, Erkan,** İngiliz Hukukunda Haksız Fiil Ehliyeti, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s. 49 vd.

Tanım, öğretide objektif kusur teorisini savunanlar tarafından yapılmaktadır. Nitekim fail davranışı ile sosyal açıdan benzer nitelikteki[317] makul, dürüst ve orta zekâlı bir insanın davranışı karşılaştırılarak, failin davranışının kusurlu olup olmadığı tespit edilmektedir[318]. Ancak sübjektif teoriye göre ise kusur, zarar veren davranışla ilgili değil, failin iradi ve zihni yapısı ile ilgilidir. Sübjektif teoriye göre kusur, failin hukuk düzeninin yüklediği ödevlere uyma konusundaki irade eksikliğidir[319]. Dolayısıyla bu noktada sadece failin iradesi değerlendirilmelidir. Ancak kanaatimizce, insanların iradelerinin ve iç dünyalarının tam olarak değerlendirilmesi gerçek hayatta mümkün olmadığından, birtakım kriterler ile kişinin kusurunu ölçmeye çalışan objektif teori daha makul gözükmektedir[320]. Öte yandan TMK m. 16'ya göre ayırt etme gücü bulunmayanların

---

[317] Fail ile benzer nitelikleri taşıyan üçüncü kişinin davranışının değerlendirilmesi ise objektif teorinin sübjektifleştirilmesidir.

[318] **Sanlı,** s. 191 vd., **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 46; **Akıncı,** Borçlar, s. 152; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 376 vd; **Antalya,** s. 422.

[319] **Deschenaux/Tercier,** s. 49, **Eren,** Genel, s. 595; **Tunçomağ,** s. 439; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 574; **Akıncı,** Borçlar, s. 151 vd.; **von Tuhr,** s. 78.

[320] **Eren,** Genel, s. 596 vd., **Deschenaux/Tercier,** s. 49 vd. özellikle 53 vd. Yazarların kusurun objektifleştirilmesine karşı olduklarına dair eleştiri, süje hiç hesaba katılmadan ortalama insan davranışını esas alan görüş ile ilgilidir. Yazarlar da süjenin özelliklerini taşıyan ortalama bir insanın yapması gereken davranış kriterini kabul etmektedirler. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 58.

kusur sorumluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu kusurun tamamen objektifleştirilmesini kabul etmemiştir[321].

Kusurun türleri kast ve ihmaldir[322]. İhmal de genellikle ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikili bir ayırıma tabi tutulmaktadır[323]. Ancak bu ayırımların ceza hukukundan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğu açısından bir önemi, birkaç hâl dışında[324], bulunmamaktadır[325].

---

[321] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s.58; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 55 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 7.

[322] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 27; **Eren,** Genel, s. 599; **Hatemi/Gökyayla,** s. 146 vd.; **Tunçomağ,** s.441 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 152 vd.; **Reisoğlu,** s. 172 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 52 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 379 vd. Kast ve ihmalin kusurun türü değil unsuru olduğu yönünde bkz. **Kaneti,** Kusur, s. 40; **Antalya,** s. 425 vd.

[323] **Tunçomağ,** s. 444; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 493 vd.. Ayrıca orta ihmal bulunduğu yönünde bkz. **Eren,** Genel, s. 605.

[324] **Deschenaux/Tercier**, s.54**, Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 53 TBK m. 49/II'ye göre ahlaka aykırı davranış sonucu tazminata hükmedilmesi için failin kusuru kast derecesinde olmalıdır. TBK m. 294/I'e göre, ancak ağır kusur (hafif ihmal dışında kalanlar) varsa bağışlanana karşı sorumluluk doğar. TBK m. 115/I'e göre, sorumsuzluk anlaşması ağır kusur bulunması halinde geçersizdir. TBK 51'e göre hafif ihmal halinde tazminat belli ölçüde indirilebilir. **Eren,** Genel, s. 604 vd.

[325] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.46.

Zarar görenin kusurunun rıza ile yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Zarar görenin kusuru teknik anlamda kusur değildir[326]. Nitekim sorumluluk sadece başkasına zarar verme durumunda oluşmaktadır[327]. Öğretide zarar görenin kusuru, failin kusurunda olduğu gibi, objektif kusur teorisine göre tanımlanmaktadır. Bu teoriye göre zarar görenin kusuru, zarar gören ile benzer özelliklere sahip olan bir kimsenin zarardan kaçınmak veya zararın etkisini azaltmak için yapması gereken davranışları yapmaması olarak tanımlanmaktadır[328].

Rızanın kusur üzerindeki etkisinin ayrıca ortaya konması gerekir. Haksız fiilin unsurlarında kimi zaman ayırımlar netliğini kaybetmektedir. Buna örnek olarak, kusurun bir unsuru olan kınanabilirlik ile hukuka aykırılık unsurlarının iç içe girmesi gösterilebilir[329]. Kanaatimizce, söz konusu rızanın haksız fiilin unsurlarına etkisi denildiğinde, sadece hukuka aykırılık unsuruna etkisini göz önünde tutmak, hukuken geçersiz olan bir rıza olması halinde tazminatta indirime gidilme sebebini açıklamakta güçlüğe sebep olacaktır.[330] Gerçekten de, rıza kimi zaman diğer unsurlara da etki eder. Bu

[326] **Eren,** Genel, s. 606; **Tunçomağ,** s. 484.

[327] Bkz. yukarıda "KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ" s. XII.

[328] **Eren,** Genel, s. 607 vd., **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 116 vd.

[329] **Kaneti,** Kusur, s. 43 vd.

[330] Doktrindeki bir görüşe göre rıza sadece hukuka aykırılığa etki eder. Bu görüşe göre, geçersiz bir rıza olması durumunda bunun tazminattan indirim sebebi olması ise kendine özgü bir hukuka aykırılık yaptırımı olmasından kaynaklanmaktadır. **Yılmaz M.,** s. 24.

unsurlardan biri de kusurdur. Nitekim hukuka uygun bir sonuca yönelen iradede kusur bulunmamaktadır[331]. O halde geçerli bir rızaya dayanan fiil kusurlu olarak nitelenemez[332].

Rızanın geçersiz olduğu hallerde, TBK m. 52'ye göre tazminatta indirime ve hatta tazminatın tamamen kaldırılmasına gidilebilir. Geçersiz olan rızanın tazminatta indirim sebebi sayılabilmesi için öğretide zararın, rıza açıklamasının uygun sonucu olması gerektiği ifade edilmektedir[333]. Yani rıza ile zarar arasında uygun nedensellik bağı

Ancak kanaatimizce, diğer hukuka uygunluk sebeplerinden farklı olarak rızanın tazminattan indirim sebebi olabilmesi rızanın zarar ve kusur üzerindeki etkisinden gelmektedir. Bkz. aşağıda "Birinci Bölüm-VI.-B.-1.-a – bb) Zarar" başlığı, s. 101 vd.

[331] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 27 vd. **Eren,** Genel, s. 594 vd. Aksi kabul edilirse kusur bir unsur olarak kabul edilmeyecektir. Nitekim herhangi bir hukuka uygun fiili yapma iradesi de kusur kabul edilecektir. Böylece kusurun haksız fiili diğer fiillerden ayırt ediciliği ortadan kalkacaktır. Ayrı bir unsur olarak belirtilmesi ise gereksiz olacaktır. Yani kusurun bizatihi haksız fiilin unsuru olması bu sonucu doğurmaktadır.

[332] "*Belgede sahtecilik suçlarında rıza hukuka uygunluk nedeni sayılmaz ise de failde belgede sahtekarlıkta bulunmak kastına etki yapabileceği cihetle…*" Yargıtay, **21. CD, 2015/8245 E., 2016/4797 K., T. 30.05.2016.** Aynı yönde bkz. Yargıtay, **11. CD, E. 2006/6061, K. 2009/2292, T. 11.3.2009,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

[333] **Eren,** Genel, s. 590.

bulunması gerekmektedir. Bu benzerlik dolayısıyla öğretideki bir görüş ve Yargıtay'a[334] göre, rızanın tazminatta kısmi veya tam indirim teşkil etmesinin temel sebebi tipik bir birlikte kusur halinin mevcut olmasından kaynaklanmaktadır[335]. Zira rıza zararlı sonuca, uygun nedensellik bağı çerçevesinde, failin fiili ile birlikte sebep olmuştur. Kanaatimizce, tazminattan indirim sebebi olan rıza ile birlikte kusur hali birbirinden farklıdır. Zira birlikte kusurda zarardan kaçınmama, zararın artmasına sebep olma gibi davranışlar ve bu davranışların ortaya çıkan zarardaki oranı belirlenmektedir. Rızada ise bu tür bir davranış bulunmamaktadır. Gerçekten de rıza tazminattan indirim sebebi dahi olsa, ortada fiile yönelik bir irade beyanı bulunmalıdır. Ancak somut olayda rıza, failin kınanabilirliğini azaltıyorsa birlikte kusur teşkil edebilir. Örneğin; bir kimse, sorumluluk sigortası bulunan ve kendisine rücu edildiği durumda karşılığı tahsil edilemeyecek bir sağlık görevlisinin kasten zarar vermesine rıza gösterdiği durumda, rıza birlikte kusur teşkil edebilir.

cc) ZARAR

Sorumluluk hukukunun başlıca amacı, gerçekleşen zararın sorumlular tarafından karşılanmasıdır. Sorumluluk hukuku faili cezalandırma amacı gütmemektedir. Sorumluluk hukuku ve ceza hukukunun arasındaki temel fark zarar noktasında ortaya çıkar. Nitekim ceza hukukunda suça teşebbüse ceza verilmesi mümkündür ve sırf tehlike

---

[334] **Y. 17. HD, E. 2014/6184, K. 2016/989, T. 27.1.2016,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

[335] **Eren,** Genel, s. 790 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 115 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 321; **Akman,** s. 22.

suçları bulunmaktadır. Ancak sorumluluk hukukunda teşebbüs sonucu veya sırf tehlike sonucu zarar meydana gelmediği sürece tazminat doğması mümkün değildir[336].

Zarar '*bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme'* olarak tanımlanmaktadır[337]. Malvarlığına gelen zarar maddi zarar/dar

[336] **Eren,** Genel, s. 544 vd.; **Kılıçoğlu A,** Ceza, s. 192 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 137.

[337] Öğretide bazı yazarlar zararı sadece malvarlığında meydana gelen eksilmeler olarak tanımlamaktadır. Bkz. **Eren,** Genel, 544 vd.; **Tunçomağ,** s. 446; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 572; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 380 vd.; **Reisoğlu,** s. 170; **Nomer**, **Halûk N.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 12. Bası, İstanbul, 2012, s. 118 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 23. Bazı yazarlar hem malvarlığı hem şahıs varlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlamaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C.2, s. 38 vd.; **Kaneti,** Kusur, s. 40 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.63; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 32.; **Akıncı,** Borçlar, s. 137; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 547 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 130; **Antalya,** s. 455; **Kayar, İsmail,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara, 2014, s. 113; **Deschenaux/Tercier**, s. 19.

anlamdaki zarar[338] olarak, kişilik değerlerindeki eksilme[339] de manevi zarar olarak adlandırılmaktadır[340]. Ancak kişilik değerlerindeki eksilmeler sebebiyle malvarlığında eksilme meydana gelebilmekte ve maddi zarar söz konusu olabilmektedir[341].

Zararın, fiili zarar, yoksun kalınan kâr; kişiye verilen zarar, şeye verilen zarar, diğer zararlar; doğrudan zarar, dolaylı zarar, yansıma zarar; olumlu zarar, olumsuz zarar;

---

[338] Geniş anlamdaki zarar ise, "*bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme"* şeklinde manevi ve maddi zararı kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Bkz. **Eren,** Genel, s. 545.

[339] Manevi zararın ne olduğu noktasında tartışma bulunmaktadır. Sübjektif görüşe göre, kişilik haklarına yapılan müdahale sonucu, psikolojisi bozulan, acı, elem ve ızdırap duyan kişinin manevi zararı bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız objektif görüşe göre ise, kişilik değerinde meydana gelen eksilme yeterlidir, kişinin bundan acı, elem ve ızdırap duyması zorunlu değildir. İlgili tartışma için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip,** *Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Gelişmeler*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 144 vd.; **Eren,** Genel, s. 555 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 665 vd.; **Antalya,** s. 494 vd.

[340] **Eren,** Genel, s. 546 vd.; **Tunçomağ,** s. 447.

[341] **Eren,** Genel, s, 545 vd.; **Tandoğan,** Basın, s. 9; **Akıncı,** Borçlar, s. 137. Öte yandan sadece malvarlığı alanında gelen zararlar sebebiyle manevi tazminat talep edilemeyeceğine ilişkin bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s.228 vd.

somut zarar, soyut zarar; mevcut zarar, müstakbel zarar, muhtemel zarar vb. gibi çeşitli ayırımları ve türleri bulunmaktadır[342].

Bir kimsenin iradesi doğrultusunda malvarlığında veya şahıs varlığında eksilme meydana gelmesi zarar değildir[343]. O halde bir kimse mal veya şahıs varlığındaki eksilmeye geçerli bir rıza gösteriyorsa, ortada zarar bulunmamaktadır[344]. Ancak kişinin rızası hukuken geçerli değil ise, bu durumda zarar oluşacak mıdır? Kanaatimizce, rıza geçersiz olduğunda ortada geçerli bir irade beyanı yoktur. Fakat geçersiz de olsa müdahaleye yönelik bir irade bulunmaktadır. Dolayısıyla kişinin geçersiz iradesi ile bir zarar meydana gelmektedir. Ancak iradenin yokluğu ile hükümsüzlüğü arasındaki farktan dolayı kanun koyucu, hükümsüz olan rızaya farklı bir sonuç bağlamıştır. Gerçekten de TBK m. 52, "*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*" hükmünü haizdir. Dolayısıyla bu noktada, geçersiz bir rıza bulunduğunda, hâkimin takdirine göre tazminattan indirim

---

[342] Bu konuda geniş bilgi için bkz: **Eren,** Genel s. 550 vd., **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 40 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.69 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 21 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 27 vd.

[343] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 39, **Sanlı,** s. 299 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 68; **Eren,** Genel, s. 549 vd.

[344] Aksi durumda yapılan birçok sözleşme ve tasarruf işlemi zarar olarak nitelenecektir. Zararın rızası dışında meydana gelen eksilme olduğu yönünde bkz. **Sanlı,** s. 311 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 20.

imkânı bulunmaktadır. Nitekim kişi bir fiile rıza gösterdiğinde, rızası olmadığı ihtimaliyle aynı miktarda zarara uğramaz. Eksilme miktarı aynı olsa dahi zarar miktarı aynı olmaz. Kaldı ki geçersiz olan rıza, genellikle kişinin hayat, beden bütünlüğü, sağlık ve diğer kişilik değerlerine ilişkin tasarruf yetkisinin bulunmaması dolayısıyla geçersiz olmaktadır[345]. Bu değerlere ilişkin müdahaleye rıza gösterildiği durumda doğan manevi zarar ile herhangi bir rızanın bulunmadığı durumdaki manevi zararının aynı olmadığı daha açık bir şekilde görülür. Öte yandan, kişi eğer bir hukuki değerinde serbestçe tasarruf edebiliyorsa, başkasının zarar vermesine rıza göstermek suretiyle de tasarrufta bulunabilir. Bu durumda ortada haksız fiilin sonucu olan zarar söz konusu olmaz. Örneğin bir kimsenin kalemini kırması ile arkadaşının kalemini kırmasına rıza göstermesi arasında, sonuç açısından, herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise, bir kimsenin objektif olarak zarar görmesinin, sübjektif olarak da zarar görmesi anlamına gelmeyebileceğidir. Nitekim kişi objektif değerlendirme yapıldığında bir zarara uğramış olabilir. Ancak bu zarar, ilgili süje açısından zarar değil, menfaat bile teşkil edebilir. Bu duruma örnek olarak bir kimsenin malvarlığındaki bir değeri terk etmesi veya yok etmesi verilebilir. Bu durumda kişinin objektif bir değerlendirme ile malvarlığında bir eksilme meydana gelmektedir. Ancak iradesi dâhilinde olduğu için ortada zarar bulunmamaktadır. O halde zarara ilişkin kişinin iradesini değerlendirme, objektif bir eksilmenin zarar olarak nitelenemeyeceğini, aksine süjenin iradesine bakılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu durumda kişi rızası ile bir

[345] **Eren,** Genel, s. 790.

malvarlığı eksilmesi yaşarsa ortada bir zarar olmaz. Bu da yapılan fiilin tazminat sonucu doğurmayacağını gösterir. Bu zarar malvarlığı zararı olmak zorunda değildir. Beden bütünlüğünün belirli bir şekilde zarar görmesine razı olan kimsenin bu ihlalden dolayı da bir menfaati bulunabilir. Mesela kişi acıdan haz duyabilir.

Sonuç olarak, tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin geçerli bir rıza gösteren kimsenin mal veya şahıs varlığında meydana gelen eksilmeye yönelik iradesi olduğu için zarar doğmamaktadır[346]. Bu sebeple rıza sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz, aynı zamanda zararı da ortadan kaldırabilir. Ancak rıza geçersiz olduğunda dahi kişinin zararı, hiç rıza göstermediği haldeki zararı ile aynı miktarda değildir. Dolayısıyla geçersiz bir rıza tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir. TBK m. 52 f. 1'de gerçekten zarar görenin rızasının yanında sayılan bütün haller, zarara sebep olma veya artırma halleridir. O halde geçersiz olmasına rağmen rızanın tazminattan indirilmesine yol açmasının sebebi zararın da daha az olmasına dayanmaktadır.

dd) İLLİYET/NEDENSELLİK BAĞI

İlliyet bağı, gerçekleşen zarar ile sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki ilişkiyi, bağı ifade etmektedir[347]. Bu ilişki esasen insan düşüncesinin bir

---

[346] **Tunçomağ,** s. 446; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 572; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 380 vd.; **Reisoğlu,** s. 170; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 39, **Sanlı,** s. 299 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 68; **Eren,** Genel, s. 549 vd.

[347] **Eren,** Genel, s. 561, **Eren,** İlliyet, s. 1; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 71; **Atamer,** Norm, s. 39.

ürünüdür[348]. Nitekim sebep-sonuç ilişkisini bulma çabası bir düşünce ürünüdür[349]. Bahsedilen bağın kurulabilmesi için iki yol bulunmaktadır. İlk olarak, sebebin o sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığının belirlenmesi ile mümkündür. İkinci yöntem ise, sonucun sebeplerine bakarak hangi sebebin o sonucu doğurduğunu bulmaktır. İkinci yöntem ise ex post, yani sonradan bir değerlendirme gerektirmektedir. İlk yöntemde ise sadece ihtimaller değerlendirilir[350]. Her iki yöntemin tek başına uygulanması ise hukuken sorumlunun kim olduğunun tespitinde her zaman elverişli değildir.

İlliyet bağını açıklamak için şu metafor örnek verilebilir: Sonuçların yaprak ve sebebin ise bir ağaç ve ağacın dalları olduğunu düşünelim. Bir yaprağın o hale gelebilmesi için ağacın tohum halinden, o anki haline kadar; güneşten, toprağının yapısına kadar her şey etkilidir. İşte bütün bu etkenlerin hepsine '*felsefi sebep*'[351] demek mümkündür. Ancak bir kimsenin bütün bu sebepleri tek başına oluşturması mümkün değildir. Mümkün olsa bile bu sorumluyu tespit etme açısından yetersiz bir illiyet bağı olacaktır. O halde hukuken

---

[348] **Kelsen,** s. 222.

[349] **Eren,** İlliyet, **s. 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 567.

[350] Sosyal bilimlerde, doğa bilimlerinden farklı olarak kesin sebep-sonuçlar değil sebebin doğura bileceği sonuçlar bulunmaktadır. Bkz. **Kelsen,** s. 225 vd.

[351] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 75; **Eren,** Genel, s. 562; **Antalya,** s. 527; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 316; **Atamer,** Norm, s. 39 vd.

sorumluluğu belirlemek için felsefi sebep kavramı yetersiz kalır. '*Mantıki sebep*[352]' açısından ise bütün bu etkenler o yaprağın oluşmasında eşittir. Nitekim birisi bile olmazsa yaprak, yani sonuç oluşamaz. Ancak bu sorumlunun belirlenememesi veya eksik tazminata mahkûm olması dolayısıyla zarar görenin zarara katlanmasına sebep olur[353]. Bu temele dayanan şart teorisine göre, zorunlu şartlardan birisi olmazsa sonucun oluşmayacağı (conditio sine qua non) tüm şartlar sebeptir[354]. Ancak sonucun doğmasına veya artmasına katkısı olmayan şartlar hukuken nazara alınmaz[355]. Örnekte ise yaprağın üstüne bir arı konması verilebilir. Arının konması yaprakta bir etki oluşturmakta, ancak yaprağın oluşmasının sebebi olmamaktadır.

---

[352] **Eren,** Genel, s. 562; **Akıncı,** Borçlar, s. 138; **Reisoğlu,** s. 175; **Antalya,** s. 527; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 43 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 27; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 316 vd.; **Atamer,** Norm, s. 40.

[353] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 75.

[354] **Kaneti,** Kusur, s. 36 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.75; **Eren,** Genel, s. 563 vd.; **Tunçomağ,** s. 450; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 386; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop;** s. 573; **Hatemi/Gökyayla,** s. 137; **Antalya,** s. 527 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 43 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 26 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 317; **Atamer,** Norm, s. 40 vd.; **Erem,** s. 3 vd.

[355] **Kelsen,** s. 226; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 382; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 573.

Uygun illiyet bağı teorisi[356] ise o yaprak ile tüm ağacın ve diğer şartların bağıntısını değil, fakat yaprağın bağlı olduğu dalı tespit etmeye çalışmaktadır. Böylece yaprağın yani zararın oluşmasına sebep olan uygun sebep bulunmaya çalışılmaktadır. Bunu yaparken de olayların normal akışına ve genel tecrübelere bakarak karar verilmektedir[357]. Eğer bir fiil objektif olarak o zararı doğurmaya uygun nitelikteyse zarar ile fiil arasında nedensellik bağı mevcuttur[358]. Uygun illiyet bağı sorumluluğu kuran ve sorumluluğu sınırlayan illiyet olarak iki farklı şekilde tezahür eder[359]. Sorumluluğu kuran kısım, uygun illiyet bağının mantıki nedensellikten aldığı parçasıdır[360]. Bu parça ex ante değerlendirmeyi mümkün kılar[361]. Sorumluluğu sınırlayan ise ilişkinin uygun olduğuna

---

[356] Teoriye ilişkin eleştiriler için bkz. **Atamer,** Norm, s. 62 vd.

[357] **Eren,** Genel, s. 567; **Tunçomağ,** s. 451; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 573; **Akıncı,** Borçlar, s. 138; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s.383; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 575; **Hatemi/Gökyayla,** s. 137; **Reisoğlu,** s. 175 vd.; **Antalya,** s.529 vd.; **Kayar,** s. 113; **Nomer**, s. 120 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 44 vd. **Deschenaux/Tercier**, s. 31 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 318 vd.; **Atamer,** Norm, s. 44; **Erem,** s. 7 vd.

[358] **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 385. Diğer illiyet bağı teorileri için bkz. **Erem,** s. 10 vd.

[359] **Eren,** Genel, s. 566; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 317 vd.

[360] **Antalya,** s. 528.

[361] **Tandoğan,** Aykırılık, s. 8; **Eren,** Genel, s. 566; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 322.

dair ex post değerlendirmedir[362]. Belirtmek gerekir ki, sonucu ön gören ve isteyen, yani kasten o zararın doğmasına sebep olan olayda illiyet bağının uygunluğunun aranmayacağı da ileri sürülmektedir[363]. Ancak kanaatimizce, burada illiyet bağının uygun olduğunu ispat etmek sadece diğerlerine göre daha kolaydır. Bu görüşün aksine uygun illiyet bağının aranmayacağı sonucuna ulaşılmamalıdır.

İlliyet bağının rızayı ilgilendiren en önemli kısmı illiyet bağının kesilmesi durumudur. Burada başka bir illiyet serisi, zararı meydana getirme imkânı olan seriyi ikinci plana atmakta ve zarar sonucunu ikinci illiyet serisi oluşturmaktadır[364]. Ancak rıza tek başına illiyet bağını kesebilecek bir neden oluşturmaz. Nitekim fiil muhatap tarafından gerçekleştirilmekte ve zarar ile fiil arasında halen bir bağ bulunmaktadır. Ancak diğer sebeplerle birlikte zararın doğumuna sebep olduğu için ortak illiyet oluşturabilir[365]. Bu ise tazminattan indirim sebebidir[366].

---

[362] **Eren,** Genel, s. 566 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 43 vd.; **Kaneti,** Kusur, s. 37, **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 78; **Tunçomağ,** s. 451; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 322 vd.

[363] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 55.

[364] **Eren,** Genel, s. 588; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.79 vd.; **Tunçomağ,** s.452; **Reisoğlu,** s. 178; **Deschenaux/Tercier**, s. 34 vd.

[365] **Tunçomağ,** s. 454; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s.569; **Reisoğlu,** s. 178; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 333.

[366] **Eren,** Genel, s. 571 vd.

b) KUSURA DAYANMAYAN SORUMLULUK

Kusura dayanmayan sorumlulukta kusur sorumluluğundan farklı olarak, sorumlunun kusurunun bulunması gerekmemektedir. Kusur aranmayan sorumluluklar istisnai olarak, kanunda açıkça şartları ile birlikte düzenlenmiştir[367]. Bunlar, hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65), özen sorumluluğunun çeşitleri olan adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67, 68), ev başkanının sorumluluğu (TMK m. 369), yapı malikinin sorumluluğu (TBK m.69) ve tehlike sorumluluğu (TBK m. 71) halleridir[368]. Tehlike sorumluluğunun özel kanunlarla da düzenlenmiş birçok çeşidi bulunmaktadır.

Kusura dayanmayan sorumluluk ile rızanın ilişkisi tıpkı kusur sorumluluğunda olduğu gibidir. Ancak genellikle kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde doğan zararlar, daha yoğun ve/veya sayıca çok olmaktadır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluğu doğuracak davranışlara karşı verilen rıza çoğu zaman kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği menfaatlerine ilişkin olmaktadır. Bunun sonucu olarak da söz konusu rıza geçersiz olur. Ancak bu geçersizlik sadece *de facto* bir durumdur, her somut olayda verilen rıza ayrıca değerlendirilmelidir.

Son olarak geçersiz bir rızanın bulunduğu hallerde, tazminattan indirim gündeme gelmektedir. Bazı yazarlara göre tazminattan indirim sebebi olan rıza esasen birlikte

---

[367] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 132 vd.

[368] **Tunçomağ,** s. 529 vd.

kusurun bir türüdür[369]. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre ayrı bir tazminattan indirim sebebidir[370]. Dolayısıyla kusursuz sorumlulukta dahi rıza tazminattan indirim sebebi oluşturur.

2. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUK

Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu hallerde ya sözleşmeye bağlı borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan sorumlulukları vardır ya da sözleşmedeki borç ile ilişkili olarak sözleşme dışı sorumluluk hükümlerince zarar verilebilir. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan bir sorumluluk olabileceği gibi hem sözleşme hem de sözleşme dışı sorumluluğun aynı anda bulunduğu haller de söz konusu olabilir.

Sırf sözleşmeden doğan bir borç ifa edilmez ise bu durumda aynen ifa, tazminat veya sözleşmeden dönme imkânı alacaklıya tanınmıştır[371]. Ancak sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine göre zarar verilmesi durumunda ise, hem sözleşmeden doğan sorumluluğa hem sözleşme dışı sorumluluğa başvurulabilir. Bu durumda iki kurum yarışma halindedir. Ancak her iki sorumluluğun birlikte doğması için öncelikle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmalıdır[372]. İkinci olarak, hem hukuka aykırı bir

---

[369] **Eren,** Genel, 790.

[370] Bkz. aşağıda "Üçüncü Bölüm – IV- B-3. Tazminattan İndirim Sebebi Olarak Rıza", s. 298 vd.

[371] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 395 vd. ve 405 vd.

[372] **Tunçomağ**, s. 107; **Tandoğan,** s. 529 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s.379;

davranış hem sözleşmeye aykırı bir davranış bulunmalıdır[373]. Ayrıca bu zarar verme davranışı ile sözleşmenin yüklediği borç arasında bir ilişkisi bulunmalıdır. Aksi durumda herhangi bir ilişki yoksa burada her iki sorumluluk kaynağının aynı anda bulunması mümkün değildir. Zira bu son halde artık ya sözleşmeden doğan sorumluluk ya da sözleşme dışı sorumluluk söz konusu olur[374].

Sözleşmeden doğan sorumluluğun sonuçlarını değerlendirmek bu çalışmanın amacı değildir. Fakat rıza ile sözleşmeden doğan sorumluluk arasında bazen birtakım ilişkiler mevcut olur. Gerçekten de, sözleşmelerdeki karşılıklı irade beyanı esasen aynı zamanda bir rızadır. Zira karşılıklı irade beyanı ile taraflar borç altına girmekte ve bunu rızalarıyla yapmaktadır. Bu durum özellikle sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olduğu hallerde önem arz eder. Zira geçerli bir rızanın varlığı söz konusu olmaktadır. Ancak bu durum her geçersizlik sebebinde rızanın geçerli olacağı anlamına da gelmez. Örneğin; sözleşme ahlaka aykırılık sebebi ile kesin hükümsüz ise rızaları da kesin hükümsüz olacaktır. Öte yandan sözleşme şekil şartını taşımadığı için geçersiz ise bu durumda rıza geçerliliğini koruyabilir. Örneğin; yazılı şekilde yapılmamış bir yayım sözleşmesine dayanarak yayımcı eseri yayımlarsa, burada yayımlatanın fikrî hakkı haksız fiil sebebiyle ihlal edilmiş olmaz. Ancak sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi

[373] **Tunçomağ**, s. 107 vd.; **Tandoğan,** s. 529 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s.980 vd.;

[374] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 528 vd.

durumunda artık rızanın geri alındığı da kabul edilmelidir. Geçersizlik ileri sürülmesine rağmen yapılan yayım durumunda artık yayımcı sorumlu olur.

Diğer bir husus ise sözleşmenin ifa edilmemesine rıza göstermektir. Bu durumda borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran ibra sözleşmesi oluşur[375]. İbra sözleşmesi TBK m. 132'ye göre şekil şartına bağlı olmayan iki taraflı bir hukuki işlemdir[376]. O halde bir tarafın rıza göstermesi durumunda ibra sözleşmesinin kurulabilmesi için diğer tarafın davranışlarından ibra sözleşmesini yapacağına dair anlam çıkartılması gerekmektedir. Aksi halde tek taraflı olarak rıza gösterilmesi durumunda ibra oluşmaz. Ancak karşı tarafın ifa etmemesi veya rızadan sonra ifa etmemesi hallerinde, irade beyanı zımni olarak ibrayı kabul yönünde yorumlanabilirse ibra oluşur[377]. Nitekim ibra sözleşmesinde icap ve kabul zımni olabilir[378].

Sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı sorumluluğun aynı fiil ile ortaya çıkması özellikle sözleşmenin yan yükümlülüklerine aykırılık sebebiyle zarara uğrayan kimseyi, sözleşmeden doğan sorumluluğun daha elverişli olan hükümlerinden faydalandırılma

---

[375] **Antalya,** s. 737.

[376] **Turanboy, Kürşat Nuri**, İbra Sözleşmesi, Yetkin Yaynları, Ankara, 1998, s. 83 vd.; **Eren,** Genel, s. 1301; **Tunçomağ,** s. 1171; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 454; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 967.

[377] **Berki, Şakir,** Borçların Sükûtu, AÜHFD, C. 12, S. 1-2, Y. 1955, s.238 vd.

[378] **Berki**, s. 241 vd. **Turanboy,** s. 58 vd.; **Tunçomağ,** s. 1172.

noktasında görülmektedir[379]. Hem sözleşmeye ilişkin hem sözleşme dışı sorumluluğun doğduğu durumlara tedavi sözleşmesinde bir hekimin tıbbi müdahale sırasında mesleki kusur işlemesi, araç kiralayanın araçla bir yere çarparak araca zarar vermesi örnek olarak gösterilebilir[380]. Bu tür durumlarda kişilerin sözleşme yaparkenki öneri ve kabulü rıza olarak değerlendirilmez. Zira tarafların iradesi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine yöneliktir.

Öte yandan sözleşme bir zarar verilmesine ilişkinse, artık rıza öneri veya kabul olarak görünür. Örneğin bahçesindeki duvarın yıkılmasına dair bir sözleşmede, kişinin duvarının yıkılması yönündeki iradesi, aynı zamanda bu yöndeki bir rızasını da içinde barındırır. Bu durumda sözleşme dışı ve sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri yarışmaz. Zira kişinin rızası dolayısıyla muhatabın fiili hukuka uygun olmaktadır. Belirtmek gerekir ki, her somut olayda öneri ve kabulün aynı zamanda rıza niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekir. Zira sözleşmenin unsuru olan rızaya farklı sonuçlar bağlanmıştır[381].

Son olarak, geçerli her sözleşme muhatabın fiilini hukuka uygun kılmaz. Örneğin kişi kendisine ait olmayan bir evi kiraya verirse, kiracının eve yerleşmesi sözleşmeye uygundur. Fakat evin sahibinin mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.

---

[379] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 530.

[380] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 528 vd.

[381] Bkz. aşağıda "Üçüncü Bölüm – II – E. Sözleşmenin Bir Unsuru Olarak Rıza" başlığı, s. 274 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

RIZANIN KONUSU VE UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Rızanın, geçerli bir şekilde oluşabilmesi için birtakım unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir. Rıza tek taraflı hukuki işlem benzeri niteliğinde bir irade beyanı[382] olduğu için, hukuki işlem gerçekleştirme ehliyetini ve irade beyanının gerekli şartlarını taşımalıdır. Ayrıca rıza gösteren, hakka yönelik bir müdahaleye rıza gösterdiği için, kişinin o hakkı üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisi bulunmalıdır. Ancak bazı haklarda geçerli bir rızanın oluşabilmesi için**,** birtakım unsurların ayrıca varlığı aranmaktadır.

[382] Bkz. yukarıda "Birinci Bölüm – I – C – 7. Değerlendirmemiz" başlığı, s. 21 vd.

II. RIZANIN KONUSU

Rızanın konusunu kişinin serbestçe tasarruf[383] edebileceği hakka[384] müdahale oluşturmaktadır[385]. Kişi serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakka müdahaleye rıza

[383] Burada tasarrufun teknik anlamda bir tasarruf olmadığı, sadece kişinin hakkına ilişkin dilediği gibi kullanma imkânına ilişkin olduğunu belirtmek gerekir. Teknik anlamda tasarruf için bkz. **Doğan,** Tasarruf, s. 17.

[384] Bu noktada hak yerine menfaat teriminin kullanılması gerektiği de ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, hak hukuken korunan menfaattir. Dolayısıyla hukuken koruma bulunmasa bile kişi rıza gösterebilir. Bkz: **Ekici Şahin,** s. 10. Ancak kanaatimizce, bu ayırımın yapılması veya terminolojinin tartışılması anlamsızdır. Zira kişinin hukuken korunan bir menfaati bulunmamaktaysa, buna yapılan müdahale sonucu hukuki, cezai veya idari bir sorumluluk da olmayacaktır. O halde bu alanlara ilişkin rızalar hukuk alanını ilgilendirmemektedir. Bu sebeple biz tazminata sebep olması bakımından hak ifadesini daha yerinde buluyoruz. Ayrıca ahlaka aykırı tazminat bakımından rıza noktasında da yine hukuki korumanın bulunduğunu, dolayısıyla bir hakkın mevcut olduğunu ifade etmemiz gerekir.

[385] Hangi hakların serbestçe tasarruf edilip hangi hakların edilemeyeceğine ilişkin bkz. aşağıda "İkinci Bölüm – III- A. Serbestçe Tasarruf Edilebilecek Hukuksal Değerin Varlığı", s. 128 vd.

gösterdiyse, rıza hukuka aykırı olacağı için kesin hükümsüz olur[386]. Bu durumda gerçekleştirilen fiil de hukuka aykırı olur. Ancak geçersiz bir rızanın bulunması halinde tazminattan indirim sebebi olacağı ve rızanın geçersiz olmasının da bir sonuca bağlandığı göz ardı edilmemelidir.

Rızanın konusu ve bunun sınırları belirli olmalıdır[387]. Örneğin kişi, tüm kişisel bilgilerinin genel olarak kullanılacağına rıza gösteremez. Ancak belirli bir amaç ve kullanım için rıza gösterebilir. Bu belirlilik ise rızanın sadece tek bir müdahaleye dair olduğu anlamına da gelmemektedir. Kişi birden fazla hakkına aynı anda müdahaleye rıza gösterebileceği gibi, sınırları belli olmak üzere bir hakkına birden fazla, süresi belirli olmak üzere süreye bağlı olarak da rıza gösterebilir.

Bir hakkın serbestçe tasarruf edilebilme sınırlarından birisi de sözleşme özgürlüğünün sınırıdır. Nitekim bir kimse bir alanda sözleşme yapamazken, tek taraflı olarak bu korunan sınırlarda rıza göstermesi de mümkün olmamalıdır. Ancak bu noktada TBK m.27'nin uygun düştüğü ölçüde uygulaması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Nitekim bu hüküm sözleşmelere özgü bir genel kuraldır. Hukuki işlem benzeri fiil olan rızaya ise uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır.

---

[386] **Tiftik,** s. 387, **Tandoğan,** Sorumluluk, s.32; **Ekici Şahin,** s. 113 ve 214 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s.245; **Akıncı,** Borçlar, s. 143; **von Tuhr,** s. 371; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 490.

[387] **Uygun,** s. 198; **Ayan,** s. 12.

Rızanın konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir[388]. Ayrıca rızanın konusu imkânsız olmamalıdır. Ancak her bir kavramın rıza bakımından uygulanma alanı ayrı ayrı belirlenmelidir.

Rıza emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz. Malvarlığı hakkı olarak mülkiyet hakkında kural olarak serbestçe tasarruf etme imkânı bulunmaktadır. Ancak kişinin binanın çökmesine, yangın çıkmasına rıza göstermesi kesin hükümsüzdür. Zira TCK m. 170 f. 2'ye göre bu tür davranışlar yasaklanmıştır. Bir diğer belirtilmesi gereken nokta ise radyasyon yayma ve buna rıza gösterilmesidir. Nitekim günümüzde telekomünikasyon şirketleri baz istasyonlarını muazzam ölçüde artırmış, tıbbi tetkikler için radyasyon yayan cihazların kullanımı yaygınlaşmıştır. Ayrıca baharat gibi birtakım gıdaların ise steril hale getirilmesinin radyasyon izotopu ışımasıyla yapıldığı bilinmektedir[389]. Türk Ceza Kanunu m. 172 f. 3 uyarınca bir kimsenin hayatına, sağlığına veya malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olacak surette radyasyona tabi tutan kişi cezalandırılmaktadır. Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m. 10 ve Ek-1, Ek-2, Ek-3 ve Ek-4'te yıllık, günlük, haftalık radyasyon sınırları, doku ağırlığı oranınca belirlenecek radyasyon oranları belirtilmiştir. Örneğin ilaçla yapılan tomografi olarak bilinen Floroskopi'nin 30 dakikada Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.10 b bendindeki yıllık sınırın 9 katı radyasyona

[388] **Cassani,** s. 248, **Ekşi,** s. 19

[389] Bu konunun detaylı düzenlenmesi için bkz. Gıda Işınlama Yönetmeliği , RG, 06.11.1999 tarihli ve 23868 sayılı.

sebep olmaktadır[390]. Bu durumda sağlıklı kişinin bu tür bir duruma rıza göstermesi halinde rızası kesin hükümsüz olur. Tıbbi açıdan gerekliliği bulunan durumlarda da yönetmelikle belirlenen sınırlar aşılamaz. Ayrıca hastaların bu konuda aydınlatılması gerekmektedir.

Emredici hukuk kurallarına aykırılık değerlendirilmesi yapılırken ilgili normların koruma amacı dikkate alınmalıdır. Örneğin bedensel bütünlüğe karşı yapılan yaralama niteliğindeki ihlallerinin yasak olması, emredici hukuk kuralıdır. Ancak kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi bu kuralın koruma amacı dışında bulunmaktadır.

Rızanın konusunun, amacının ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir[391]. Ahlaka aykırılığın belirlenmesi ise belli bir zamanda, belli bir toplumun, benimsenen asgari ahlak kuralları, yani genel ahlak sayesinde olmalıdır[392]. Ancak belirtelim ki, genel ahlak kuralı

---

[390] **Koruk, İrfan,** ERCP İşlemi ve Radyasyon Maruziyeti, Temel ECRP Kursu Sunumu, 12 Mayıs, 2012, s. 29. Erişim Adresi: http://www.turkrad.org.tr/assets/bilimsel-calisma/Doz-Brosur-MART-radyologlar.pdf Erişim Tarihi: 10.11.2018.Yıllık eşdeğer doz eşiği, toplum üyesi kişiler için en fazla 5'tir. Ancak floroskopinin yönetmelik EK-4'üne göre sınırı 25 birimdir. Floroskopi cihazları türüne gücüne göre değişmekle birlikte ortalama 1,5 birim/dakika radyasyon üretmektedir.

[391] **Akbenlioğlu,** s. 155; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 31 vd.

[392] **Ünal,** s. 86 vd.; **Ateş, D.,** s. 82 vd.; **Başpınar,** Butlan, s. 135 vd.; **Çilingiroğlu,** s. 77; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 229 vd.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 390 vd.; **Karabağ Bulut, Nil,** Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 70 vd. Öte yandan

zaten emredici bir hukuk kuralı niteliğini haiz ise artık burada ahlaka aykırılık sebebiyle değil, hukuka aykırılığı sebebiyle kesin hükümsüzlük gündeme gelmektedir. Örneğin kişinin yaşam hakkının sona erdirilmesine ilişkin gösterdiği rıza böyledir. Ayrıca genel ahlaka aykırılık kişilik hakkına aykırılık oluşturuyorsa, yine artık genel ahlaka aykırılıktan değil, kişilik hakkına aykırılıktan dolayı rıza geçersiz olur.

Genel ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olan hukuki işlemin geçersizliği sebebiyle verilenlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri istenememesi kuralı, hukuki işlem benzeri olan rıza açısından da geçerlidir. Bu hüküm, rızası geçersiz olan rıza gösterenin tazminat isteme talebine engel olmaz. Fakat bu durumda hâkim belirlenen tazminatın indirilmesi noktasında bu kuralı dikkate almalıdır. Ayrıca rıza sözleşmenin bir unsuru ise kural doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olur.

Rıza kamu düzenine de aykırı olmamalıdır. Rızanın geçerliliği tespit edilirken, kamu düzeni kavramı olabildiğince geniş yorumlanmalıdır. Zira özel hukuk açısından

---

Hatemi'ye göre toplumun çoğunluğunda bulunan ahlak kurallarının benimsenmesi, değişen toplumlardaki belirsiz ahlak kurallarının olacağı veya azınlık düşüncelerin bastırılacağı sebebiyle benimsenemez. Bunun yerine Anayasa'ya ve pozitif hukukun temel ilkelerine uygun ahlak kurallarının benimsenmesi tek ve uygulanabilir kriterdir. Eğer ahlak kuralı anayasal kurallar ile bağdaşmıyorsa göz önüne alınamaz. Bağdaştığı takdirde yazılı olmayan ahlak kurallarına aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. **Hatemi, Hüseyin,** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 104 vd. ve s. 123 vd.

kamu düzeni sadece emredici hükümlere aykırılık kapsamında belirlenseydi, emredici hükümlerin yanında kamu düzenine aykırılığın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu ifadesi abesle iştigal etmek anlamına gelirdi[393]. Bu durumda kamu düzenine aykırılığın, kamu menfaati ve kamu değerlerine aykırılığı da kapsadığı kabul edilmelidir. Kanaatimizce, Anayasa'da belirlenen özgürlük kısıtlamaları da kamu düzeninin bir parçasını oluşturur[394]. Örneğin kamu sağlığına aykırı olan bir rıza kamu düzenine aykırı olacağı için kesin hükümsüzdür. Ancak Anayasa özgürlüklerin kısıtlanma sebebini tek tek hangi özgürlüğe özgü belirlediyse, o hakkı/özgürlüğü ilgilendiren rızaya ilişkin uygulama kabiliyetine sahip olur.

Kişilik haklarına aykırı olan rıza da geçersizdir. TBK m.27 hükmü kişilik haklarına aykırılığa atıf yapmakta, TMK m.23 kişilik haklarının hukuka ve ahlaka aykırı şekilde kısıtlanamayacağı hükmünü içermekte[395], TMK m. 24 ise rızanın varlığı halinde kişilik hakkına yapılan saldırının hukuka uygun olduğunu zıt anlamıyla ifade etmektedir. Bu

[393] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 547 vd. Aksi yönde bkz. **Karabağ Bulut,** s. 45 vd. Kamu düzeni kavramının sadece kamu hukukuna ilişkin yasaklayıcı hükümlerden oluşması gerektiği yönünde bkz. **Hatemi,** s. 39 vd.

[394] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 549.

[395] Birinci fıkranın kişinin özgürlüğünün bulunmadığı kişiliğin devri (kölelik) ve feragati (ölüm) gibi alanlardaki sınırlama, ikinci fıkranın ise kişinin esasen özgürlüğünün bulunduğu, fakat bunun emredici kurallara ve ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağına ilişkin olduğu yönünde bkz. **Karabağ Bulut,** s. 102 vd. ve 120 vd.

durumda sorulması gereken soru, rızanın bizatihi kişilik hakkına aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Nitekim maddenin lafzi yorumu ile kişilik hakkına müdahaleye gösterilen her rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu sonucu çıkmaktadır. Fakat hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rızalar olduğu gibi, tazminattan indirim sebebi teşkil eden rızalar da vardır[396]. Kanaatimizce, rıza kişilik hakkına aykırılığı, kişinin bu hakkını serbestçe tasarruf etme imkânı bulunmakta ise kaldırmaktadır. Ancak kişilik haklarını koruma konusunda aşırıya gidilirse, bu kişilerin otonom iradelerini, kamunun menfaatine olan gelişmeleri, genel özgürlüklerini, kendi menfaatlerini gereğinden fazla kısıtlayacaktır. Bu sebeple her kişilik hakkına müdahaleye rızayı geçersiz saymak[397]

[396] **Tiftik,** s. 389.

[397] Bu yönde bkz. **Tiftik,** s. 389; **Karabağ Bulut,** s. 61 vd. Karabağ Bulut'a göre kişilik hakkının ihlali sadece emredici kurallara ve ahlâka aykırılık halinde bulunmaktadır. Ancak ahlâka aykırı dahi olsa kişilik hakkının ihlali noktasında emredici hükme aykırılık teşkil edeceği için, emredici hükümlere aykırılık olarak değerlendirilmesini savunmaktadır.

yerine, bu rıza kişilik hakkını ortadan kaldırmıyorsa[398], tehlikeye düşürüyorsa veya aşırı derecede güçleştiriyorsa geçersiz kabul etmek daha doğrudur[399].

Genel ahlaka, kişilik haklarına, emredici hükümlere aykırılığın sonucu kesin hükümsüzlüktür. Ancak bu sözleşmeler açısından bir sonuç olarak belirlenmiştir. O halde bu hükmün tek taraflı hukuki işlemde ve dahası hukuki işlem benzerlerinde de uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir. Rızanın ahlaka aykırı bir amaç için verildiğini bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen failin yaptığı fiil, ortada tıpkı geçerli bir rıza varmışçasına hukuka uygun sonuç doğurur. Örneğin kendi görünüşünü küçük çocukları korkutmak, bilinçaltında bir bozulmaya yol açmak amacıyla estetik müdahaleyle değiştirmek isteyen bir kimsenin verdiği rıza ahlaka aykırı olduğu için kesin hükümsüz olacaktır. Ancak bu amaçtan haberi olmayan bir hekimin fiili, şartlarını taşımaktaysa rıza geçerli gibi sonuç doğurmalıdır.

Rızanın konusunun imkânsız olması durumunda ise rızanın geçersizliğinden ziyade müdahale de imkânsız olacağı için fiilin yokluğundan bahsetmek daha doğru olur. Örneğin kişi zaten ölmüş hayvanını acı çekmesin diye veterinerde öldürülmesine rıza

---

[398] **2. HD., E. 2013/11644, K. 2014/1866, T. 4.2.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[399] **Akıncı,** İrade, s. 744; **Zevkliler, Aydın,** *Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırı*, Dicle ÜHFD, Y. 1983, S. 1, s. 13 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 231 vd.; **Karabağ Bulut,** s. 428 vd.

gösterirse, burada artık herhangi bir hakka müdahale bulunmayacağından, hukuka aykırı fiil de gerçekleşmemiş olur.

Rıza bazen genel işlem şartı niteliğinde fail tarafından talep edilebilir[400]. Örneğin bir internet sitesine üye olunurken, kişinin kişisel verilerinin araştırmalarda kullanılacağı, reklam şirketleri ile paylaşılacağı gibi konularda rızası, sadece üye olunarak alındığı kabul edilirse, artık burada genel işlem şartlarına tabi bir rıza bulunur. Bu durumda rıza gösterenin menfaatine aykırı olan (ki herhangi bir hakkına müdahale çoğu zaman kişinin menfaatine aykırı olacaktır) rıza beyanı yazılmamış sayılır. Üyelik sözleşmesi halen geçerli iken, verilen rıza kısmi olarak yokluğa tabi olur. Bir başka örnek olarak,

[400] Genel işlem koşullarının istisnai haller dışında tek taraflı işlemlerde mümkün olmayacağı, kural olarak, sözleşmelerde mümkün olduğu yönünde bkz. **Akipek Öcal, Şebnem,** *Genel İşlem Koşulları ile Haksız Şartlara Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım*, 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 366. Bu noktada rızanın tek taraflı hukuki işlem benzeri fiil olmasına rağmen, genel işlem koşulu niteliğinde olabilmesi için gerçekten de sözleşmenin bir unsuru olması gerekir. Ancak rıza gösterilmesi veya kişinin rıza gösterdiği hususlar genel işlem koşulu niteliğinde olabilir. Örneğin eğlence biletinin alınmasıyla kişinin resimlerinin çekilip yayımlanmasına rızası olduğu yönündeki koşul, rızaya ilişkin koşuldur. Öte yandan, örnekte olduğu gibi kişisel verilerin (cookie) saklanıp işleneceğine ilişkin şartlar rızanın varlığı değil içeriğine ilişkin şartlardır. Kanaatimizce her iki halde de içerik denetimi bakımından bu şartlar yazılmamış sayılmalıdır.

aydınlatılmış rıza formları gösterilebilir. Zira bu formlarda meydana gelebilecek tüm detaylar tartışılmamış, sadece genel olarak yazılmıştır. Bunları okuyup imzalayan kişinin bunları kabul ettiğinde rızası olduğu düşünülecek olsa bile, genel işlem koşulu niteliğinde olacağı için kendi menfaatine aykırı hükümler yazılmamış sayılacaktır. Mesela bir aydınlatılmış rıza formu ayrıca sözlü olarak aydınlatmadan feragat edildiğine dair hüküm içeriyorsa, bu hüküm yazılmamış sayılır[401]. Örneğin, bir eğlence firmasına ait biletin arkasında yazılı olan, eğlence sırasında kayıt yapılacağı ve uygun görülürse bunların reklam amacıyla kullanılacağı ve bu biletin satın alınıp, eğlence hizmetinden faydalanılması halinde rıza verildiğinin kabul edildiğine dair hüküm de yazılmamış sayılır[402]. Aralarındaki hizmet alım sözleşmesi geçerli olurken, rızaya yönelik bu kısım göz önüne alınmaz.

Rıza bir irade beyanı olduğu için yorumunda irade beyanının yorumuna ilişkin yöntemler kullanılabilir. Ancak rızanın konusu ve sınırları belirlenirken sadece iradesi değil, kişinin saikleri ve rıza gösterme sebepleri de dikkate alınmalıdır. Örneğin düğün fotoğrafçısına, düğün fotoğrafının çekilmesi için rıza gösteren kimsenin, bu fotoğraflarının reklam amacıyla fotoğrafçının kullanmasına rıza göstermediği, aksine bulgu yoksa açıkça kabul edilmelidir[403].

---

[401] **Ohly,** s. 510 vd.

[402] **Ohly,** s. 509.

[403] **Doğan,** Önleme, s. 390 vd.; "*davacının hastanede tedavi sırasında çekilen fotoğrafının arşivlenmek amacıyla hastanede tutulduğu beyan edildiği halde, daha sonraki dönemde*

Rızanın konusu yapılacak belirli bir müdahaleye ilişkindir. Bu müdahale verilen rızanın sınırını aşarsa, aşan kısım ayrı bir fiil olarak değerlendirilebiliyorsa, bu fiil hukuka aykırı olur. Bu aşan fiil için rıza bulunmaz. Dolayısıyla tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınamaz. Ancak ayrı bir fiil olarak değerlendirilemiyorsa yine fiil hukuka aykırı olur. Ancak bu sefer tazminatta indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Nitekim fiilin bir kısmına rıza bulunmaktadır[404].

---

davacıdan izin alınmaksızın fotoğrafının internet sitesinde ve davalının hastane hizmetleri ile ilgili tanıtım materyallerinde kullanıldığı" **11. HD., 2015/10839 E., 2016/5347 K., 30.04.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.** Kişinin cinsel içerikli fotoğraflarının çekilmesine rıza göstermesinin bunun internette yayınlanmasına veya eşine gösterilmesine dair rızasını kapsamadığı yönünde bkz. Yargıtay, **4. CD, E. 2014/1050 K. 2015/17575 T. 16.2.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[404] TCK m. 27 ile hukuka uygunluk sebebinin sınırı kasten aşılıyorsa herhangi bir cezai indirim yapılmayacaktır. Bu yönde bkz. **Bayraktar**, **Köksal,** *Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri*, Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, 2007, s. 21. Ancak belirtelim ki TBK'da böyle bir ayırım kabul edilmemektedir.

III. RIZANIN UNSURLARI

A. SERBESTÇE TASARRUF EDİLEBİLECEK HUKUKSAL DEĞERİN VARLIĞI

1. GENEL OLARAK

Borçlar hukukuna ve dolayısıyla da hukuki işlem benzeri irade beyanı olan rızaya hâkim olan ilke irade özgürlüğüdür[405]. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz gibi, rızanın temeli, kendi geleceğini belirleme hakkına dayanmaktadır. Bu hak ise irade özgürlüğünün bir uzantısıdır[406]. Bir kimsenin rızasının geçerli olabilmesi için serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuki değerinin bulunması gerekmektedir[407]. Bu ifade rızanın hem bir hakka[408]

---

[405] **Eren,** Genel, s. 16 vd.; **Akıncı,** İrade, s. 734 vd.; **Atamer,** Norm, s. 19; **Başpınar,** Butlan, s. 13 vd.; **Yıldırım, Mustafa Fadıl,** Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayınları, Ankara, 2002, s. 1.

[406] İrade özgürlüğü tartışmalı bir konu olmakla birlikte, insanların eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için özgürlüğün bulunması bir şarttır. Bkz. **Cevizci, Ahmet,** Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, 7. Bası, İstanbul, 2010, s. 1425 vd. (Sorumluluk maddesi).

[407] **Ekici Şahin,** s. 111 vd.; **Doğan,** Önleme, s.401; **Akman,** s. 22; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 245; **Akıncı,** Borçlar, s. 143.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 362; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 490; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 358; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 296 vd.

[408] Hakkın varlığını kabul etmeyen filozoflar bulunsa dahi (Bkz. **Emini, M. Emin,** "Hak Kavramı", SÜSBED, Y. 2004, S. 12, s. 208 vd.) hak kavramı yaygın olarak kabul

dayanması gerektiğini hem de özgürlüğün bir parçası olduğunu ifade eder. Rıza gösteren kişinin rıza gösterdiği müdahalenin konusunu oluşturan değer üzerinde sahip olduğu tasarruf imkânı, geçerli bir rıza için şarttır.

Kimse tasarruf edemeyeceği bir değer için rıza gösteremez. Zira gösterilen rıza sonucu, bu değere müdahaleye izin verilmektedir. Bu izin de ilgili değeri tasarruf etmekten daha ağır sonuçlar doğurmakta veya onun tam karşılığını oluşturmaktadır. O halde kişinin tasarruf edebileceği değerler ile tasarruf edemeyeceği değerlerin belirlenmesi çok önemlidir. Bu sayede gösterilen rızanın geçerli olup olmadığına ilişkin mühim bir adım atılmış olmaktadır.

Liberal ve modern hukuk sisteminde kişinin haklarını serbestçe kullanması, bu konuda özgürlüğünün olması ve dolayısıyla her değerine müdahaleye rıza gösterme serbestîsinin bulunması anlamına gelmektedir. Birtakım hukuki değerlerde ise bu serbesti bulunmamaktadır. Bu kısıtlama ise bir kanuna dayanmalıdır[409]. Bir kimsenin hukuki değerlerine müdahalede bulunulmasına rıza göstermesine izin verilmemesinin gerekçesini açıklamak için iki temel fikir göz önüne alınmalıdır. Öncelikle bir kimsenin özgürlüğünü sınırlayan ilk düşünce, kişinin başkasına vereceği zarardır[410]. Örneğin bir kimse, başka

---

edilmektedir. Hak, hukuken korunan ve bu korumadan yararlanma hak sahibine bırakılan menfaatlerdir. **Emini,** s. 208.

[409] Bkz. Anayasa m. 13. "Temel hak ve hürriyetler… … ancak kanunla sınırlanabilir."

[410] John Stuart Mill tarafından, Hürriyet Üzerine (On Liberty) adlı kitabında sıkı bir şekilde savunulan bu düşünce, kişinin kendisine verdiği zararın toplumda faydalı bir birey olmasını engelleyecek olması açısından ve kişilerin istekleri arzuları değil, hayatları

insanların ve özellikle çocukların bulunduğu yerde çıplak fotoğrafının çekilmesine rıza gösteremez. Zira bu davranış başkalarına zarar vermektedir. Ancak bir kimsenin başka insanların olmadığı yerde çıplak fotoğrafını çektirmesi mümkündür. İkinci olarak toplum sözleşmesi teorisine göre doğa durumunda yaşayan insan, sosyal hayatta yaşamak için haklarını devlete vermekte ve devlet de hakların kullanımını birtakım kurallara bağlamaktadır[411]. Bu sınırlar aynı zamanda serbestçe tasarruf edilebilecek hukuksal değerin sınırını da oluşturur. Ancak, varlık nedeni toplum sözleşmesi veya faydacılık teorisi olması dikkate alınmaksızın söz konusu sınırların belirlenmesi gerekmektedir.

Hukuki değerlerdeki tasarruf özgürlüğünün sınırı bakımından Mill'in[412] başkasına zarar vermediği sürece istenilen her şeyin yapılabileceğine ilişkin görüşü yeterli değildir.

üzerinde mutlak ve rasyonel bir kontrole sahip olduklarında özgür oldukları gerekçesiyle eleştirilmiştir. (Eleştiriler hakkında bkz: **Cevizci,** s. 1235). Ancak günümüzde yaygın bir şekilde bu görüş liberal hukuk sisteminin temelini oluşturmaktadır. Mill'e göre kişinin eylem özgürlüğü kendisini ve başkasını ilgilendiren davranışlardan sadece başkasını ilgilendiren davranışlarda, başkasına zarar verme durumunda sınırlanabilir. Onun dışında kişi özgürdür. **Mill, John Stuart,** Hürriyet Üzerine, Çev. Dostel, M. Osman, Sadeleştiren: Çaha, Ömer, Liberte Yayınları, Ankara, 2012, s. 23 vd.

411 **Cevizci,** s. 1234 vd. (Özgürlük Maddesi). Toplum sözleşmesi fikri henüz toplum olmadan sözleşme olamayacağı düşüncesiyle Hegel tarafından eleştirilmiştir. Bkz. **Cevizci,** s. 1528 vd. (Toplum Sözleşmesi Maddesi).

412 **Mill, John Stuart,** On Liberty, London, Oxford Press, 1859(https://books.google.com.tr/books?id= qCQCAAAAQAAJ), s.22.

Zira hukuk düzenimiz, kişinin kendisini öldürmesini bir yaptırıma bağlamamış olmasına rağmen, kişinin yaşam hakkını sonlandıracak müdahalelere rıza göstermesine izin vermemektedir. O halde kişinin rıza göstermesine ilişkin sınırların belirlenmesinde esas alınan kriter başkasının zarar görmemesi değildir. Aksine rıza başkasına zarar verme durumunda tartışılmaktadır. Kişinin beden bütünlüğüne ilişkin zararlara da rıza göstermesi mümkün değildir. Ancak bunu tıbbi gereklilik için yapıyorsa rızası geçerlidir. Sonuç olarak, hakları kategorize ederek de kesin bir kritere varılamamaktadır[413]. Zira aynı hakta kimi zaman tasarruf edilebilirken kimi zaman tasarruf edilememektedir. Ancak tek bir kriter olmasa dahi çeşitli kategorilerdeki temel kural ve istisnaların belirlenmesi sadece hakların kategori edilmesi ile mümkündür.

Kanaatimizce, bu noktada toplumda genel kabul gören ahlak kurallarının –ki bu ahlak kurallarının birçoğunun kaynağı dini temellidir[414]- neticesinde serbestçe tasarruf hakkının sınırları belirlenmektedir. Rıza, hukuki bir değer taşıdığı için mutlak olarak geçerli olmadığı gibi mutlak geçersiz de değildir. Farklı durumlarda farklı alanlarda geçerli olmakta ya da geçersiz olmaktadır. İşte bu noktada bir kriter ortaya koyma

---

[413] **Tiftik,** s. 391. Yazara göre kişilik hakları üç gruba ayrılır. Bunlar maddi kişilik hakları (beden bütünlüğü, yaşam hakkı gibi), sosyal kişilik hakları (hürriyet, ticari itibar, şeref ve haysiyet gibi) ve duygusal kişilik haklarıdır (isim, resim gibi). TMK m. 24 f. 2 ise sosyal ve duygusal kişilik haklarına ilişkin rızayı geçerli hale getirmektedir. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira bedene müdahaleye rızanın hukuka uygun olduğu haller veya duygusal ve sosyal kişilik haklarına ilişkin rızanın geçersiz olduğu durumlar da bulunmaktadır.

[414] **Ateş, D.,** s. 100 vd.

zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu bu kriter ise dogmatik bir kriter olmaktadır. Zira liberal hukukçulara göre bütün alanlarda rıza geçerli olurken, sosyalist veya faydacı ahlakı benimseyen hukukçulara göre toplumun menfaati çerçevesinde geçerlilik sağlanacaktır. Çoğu hukuku etkileyen kaynak olan semavi dinlerde ise rıza, şahıs varlığına ilişkin haklar kapsamında, kural olarak geçerli değil iken, malvarlığı haklarında geçerli olacaktır[415]. Bu noktada ortaya koyabildiğimiz, kabul edilebilir kriter ise şudur: Kişi, mülkiyeti dâhilinde olan şeylerde serbestçe tasarruf edebilir. Nitekim bir kimsenin eşyasını terk etmesi, onu yok etmesi, ona zarar vermesi mümkündür. Zira mülkiyet hakkı kullanma (*usus*), yararlanma (*fructus*) ve tasarruf etme (*abusus*) yetkisini barındırmaktadır. Ancak kişinin bedeni ve zihni faaliyetleri üzerindeki serbestçe tasarruf etme imkânı sınırlandırılmaktadır. Bunun sebebi ise insan kendi bedenini kontrol etme yetkisinin olması, ancak bedeninin mülkiyetine sahip olmamasına dayanmaktadır[416]. Eğer kişi bedenine sahip olsaydı istediği her türlü şeyi de yapma hakkı olabilirdi. Ancak bedeni yaşamının devamı için kullandığı bir araç niteliğinde olan insan, sadece bu olağanüstü aracın devamlılığı için gerekli müdahalelere izin verebilir[417]. Fakat kişinin kendi bedenine

---

[415] **Forkel, Hans,** *İnsan Vücudunun Parçaları Üzerinde Hukuki Tasarruflar*, Çev. Açar, Enis, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1976, S. 3, s. 404. Ayrıca bkz. aşağıda "İkinci Bölüm – III – A – 2 – a) Malvarlığı Hakları" başlığı, s. 135 vd.

[416] **Forken,** s. 404; **Savcı,** s. 33 vd.

[417] İslam'da da kişinin vücudu kendisine bir emanettir. Geçici süreliğine tahsis edilmiştir. Onu kullanırken çok dikkatli olmalıdır. Bkz. **Aasi, Ghulam-Haider,** *Organ Nakil ve*

zarar verdiğinde, bunun yaptırımının olmamasının temel sebebi, olası yaptırımın anlamsız ve mantıken çelişkili olmasıdır[418]. Kendisini öldürmeye teşebbüs eden veya kendi organlarına gerekçe olmadan zarar veren kişi için hangi cezai veya hukuki yaptırım gerekli ve çözüm üreticidir? Zira kişi kendisine zarar verdiği için onun hürriyetini sınırlamak veya başka türlü bedensel müdahalelerde bulunmak, kişinin kendisine yaptığı müdahaleye çözüm üretmeyeceği gibi onu daha da ileri safhaya taşıyacaktır. Açıklanan sebepler dolayısıyla, kişinin insanca yaşamına devam etmesini sağlayan bedeni ve diğer değerleri üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. İstisnai olarak buna müdahaleye izin verilmektedir. Bu ise kişinin tasarruf yetkisi bulunması sebebiyle değildir. Burada tıp biliminde, faydacı ahlak teorisinde ve İslam hukukunda temel alınan nokta ise ehven-i şerdir. Yani tıbbi müdahale kişiye belli bir zarar vermektedir. Ancak tıbbi müdahale gerçekleşmediği durumda kişi daha büyük bir zararla karşı karşıya kalacaktır. Hayatını devam ettirmesi mümkün olmayacak veya zorlaşacaktır. Bu tür durumlarda kişinin rıza göstermesine izin verilmektedir.

Kural olarak, kişi, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği haklarına ilişkin müdahaleye rıza gösteremez. Ayrıca serbestçe tasarruf edebileceği haklarda da ahlaka, kamu düzenine, genel sağlığa ve hukuka aykırı şekilde bir rıza gösteremez[419]. Örneğin her bireyin cinsel özgürlüğü bulunmakla birlikte, kişi evli kimse ile cinsel ilişkiye giremez.

---

*Bağışına İslamın Hukuki ve Ahlaki Yaklaşımı***,** Çev. Erdem, Mehmet**,** İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Y. 2010, S. 15, s. 272.

[418] Türk Ceza Kanunu m. 84 gerekçesi.

[419] **Cassani,** s. 248.

Nitekim bu ahlaka aykırıdır[420]. Dolayısıyla evli kişinin ve karşı tarafın gösterdiği rızalar geçersiz olacaktır.

Kişinin hangi haklarına ilişkin müdahaleye rıza göstereceğine dair kriterin tespit edilebilmesi için kişinin hangi haklarında tasarruf serbestîsi bulunduğunun, hangi haklarında bulunmadığının ortaya konması gerekir. Bu sebeple, aşağıda, rıza gösterilebilecek haklar kategoriler halinde incelenecektir.

2. HAK TÜRLERİNE GÖRE SERBESTÇE TASARRUF EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ

Kişinin üç temel alanda hakları bulunmaktadır. Bunlar kişinin malvarlığı hakları, kişinin şahıs varlığı hakları ile kişinin düşünce ve manevi dünyasına ilişkin haklarıdır[421].

---

[420] Bu noktada evlilik dışı cinsel ilişkiler ile genel kadınlarla cinsel ilişkilerin bizatihi ahlaka aykırı olsa dahi kanunların izin verdiği şekliyle bu ahlak kurallarına aykırılığın nazara alınmaması gerekir. Zira ahlak kuralları ile hukuk kuralları çatıştığında hukuk kurallarına üstünlük tanınır. (Bu konuda bkz. **Hatemi**, s. 261 vd.) Fakat evli kimseyle cinsel ilişkide, zina sebebiyle boşanma davasında olduğu gibi, ahlaka aykırı olduğunun kabulü gerekir. Aynı yönde bkz. **Ateş, D.,** s.133 vd.

[421] Benzeri bir sınıflandırma için bkz: **Ateş, Zeynep,** Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010**,** s. 50 vd.

a) MALVARLIĞI HAKLARI

Malvarlığına ilişkin haklarında kişilerin genel olarak tasarruf yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu haklarda rıza göstermek mümkündür[422]. Örneğin, mülkiyet hakkı tasarruf yetkisini içermektedir. Alacak hakkı belli bir tasarruf yetkisini barındırmaktadır. Kişi bunlara yönelik müdahaleye rıza gösterebilir; ancak bunun da birtakım sınırları vardır. Örneğin kişinin ekonomik olarak mahvına neden olacak, kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyecek derecede ağır ekonomik müdahalelere rıza göstermesi mümkün değildir[423]. Kaldı ki, bu tür rızaların ahlaka aykırı olduğu da gündeme gelebilir. Örneğin ailesinin tek geçim kaynağı tarlası olan kimse, tarladaki ekinlerin yakılmasına rıza gösteremez[424]. Kişi ailesinin ve kendisinin sahip olduğu tek evinin yıkılmasına göstereceği rıza da aynı şekilde değerlendirilmelidir.

---

[422] **Bayraktar,** Uygunluk, s. 20; **Cassani,** s. 241, **Ekşi,** Rıza, s. 24 vd.; **Akıncı,** İrade, s. 747; **Tiftik,** s. 387; **Ekici Şahin,** s. 112 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 245.; **Eren,** Genel, s. 630; **Akıncı,** Borçlar, s. 143; **Hatemi/Gökyayla,** s. 127; **Helvacı, Serap;** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 103. **8. HD, E. 1986/1189 K. 1986/1860 T. 27.2.1986,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[423]**Ünal,** s. 122 vd.

[424] **Başpınar, Veysel,** *Kişilik Hakkı Bakımından Kelepçeleme Sözleşmeleri*, ABD, Y. 1999, S.1, s. 18

b) ŞAHIS VARLIĞI HAKLARI

Türk Medeni Kanunu m. 24 f. 2'nin düzenlemesinde, kişinin rızasının mutlak olarak kişilik hakkına saldırıyı hukuka uygun hale getirdiğinin anlaşılması karşısında, birçok hakka ilişkin müdahaleye rızanın geçerli olmadığını belirtmek gerekir[425]. Zira ilgili hüküm genel kuralı ortaya koyan ve sınırları bu kuralda belirlenmemiştir.

aa) YAŞAM HAKKI

Kişinin yaşam hakkına ilişkin müdahaleye rıza göstermesi mümkün değildir[426]. Burada, kişinin yaşamını hiçbir şekilde sonlandıramayacağı anlamı bulunmamaktadır.

---

[425] **Doğan,** Önleme, s. 401.

[426]**Tiftik,** s. 387; **Helvacı,** Davalar, s. 50; **Gürzumar, Osman Berat**, *Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1991, S. 3, s. 369; **Çilingiroğlu**, s.39; **Akbenlioğlu,** s. 154; **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 104, **Ekşi,** Rıza, s. 19.; **Özek, Çetin;** *Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları*, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Y. 1995, C. 28, S. 4, s. 454. Rızanın ceza sorumluluğu açısından bir indirim sebebi teşkil edeceğine ilişkin bkz: **Dönmezer,** s. 247 vd.**; Işık Özcan, Funda,** Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008, s. 92; **Gürbüz, Meral,** Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler, Yayınlanmamış Doktora Tez, Anadolu Üniversitesi SBE, Eskişehir, 2010 s. 61; **Savcı,** s. 17 vd. Aksi yönde bkz. **Tacir,** s. 257 vd.; **Zevkliler,** s. 4; **Ekici Şahin,** s.54 vd.; **Akman,** s. 22; **Çilingiroğlu,** s. 39 vd.; **Kaneti,**

Aksine kişi, kendi yaşamına ilişkin müdahalede bulunabilir ve bunun herhangi bir yaptırımı yoktur[427]. Ancak kişi bir başkasının kendi yaşam hakkına müdahale etmesine rıza gösteremez. Öte yandan kişinin kendi yaşamını sona erdirme imkânı bulunsa ve bir yaptırıma tabi olmasa bile, bu öncelikle ahlaka aykırıdır[428]. Ayrıca hukuka da aykırıdır[429]. Zira TCK m. 84'ün gerekçesinde bu açıkça belirtilmiştir. Başka bir deyişle, kişi kendi yaşam hakkına başkalarının müdahale de bulunmasına rıza gösteremez. Fakat kişinin yaşamına müdahale edilebileceğini ifade eden bazı liberal hukukçular[430] ve bazı hukuk sistemleri[431] de mevcuttur. Hatta kişinin yaşam hakkının yanında ölme hakkının da

---

Hukuka Aykırılık, s. 245 vd.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 362; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 358; **Helvacı,** Davalar, s. 50 vd.

[427] **Ayiter,** s. 139 vd.; **Akıncı,** İrade, s. 750 vd.; **Zevkliler,** s. 20.

[428] **Bal**, s. 47 vd., **Tandoğan,** Sorumluluk, s.32, **Ateş, D.,** s. 119 vd. Bu noktada fenafillah, yani kişinin kendisini öldürüp yaratıcıyı bulması olgusu, kimi dinlerce kabul edilmiştir. Bu tür yaşam tarzları ahlâka uygundur. Fakat özellikle İslam dini açısından fenafillahtan anlaşılması gereken kişinin yaşamına son vermesi değil, nefs-i emaresini öldürmesidir. Aksine kişi bu hayatta yaşamalı, ama yaşamasının tek amacı kul olmak olmalıdır. Bkz. **Savcı,** s. 31 vd.

[429] **Akbenlioğlu,** s. 153.

[430] **Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner,** *Ötenazi*, Hukuk ve Etik Boyutlarıyla Ötenazi, XII Levha Yayınları, 2011, İstanbul, s. 106 vd.

[431] Günümüzde Hollanda, Belçika, İsviçre, Kanada, Colombia ve ABD'nin California, Oregon, Washington, Vermont ve Montana eyaletlerinde hekim yardımı ile ölmeye izin

bulunduğu ifade edilmektedir[432]. Ülkemizde pozitif hukuk açısından, tıbbı gereklilikler dâhil olmak üzere, kişi yaşam hakkına hiçbir müdahaleye rıza gösteremez[433]. Bu noktada mümkün olduğu ifade edilen kişinin yaşamını devam ettirmesi için mecburi olan tedaviyi

verilmektedir. **Lewis, Penney,** Assisted Dying: What Does the Law in Different Countries Say?, BBC News, 2015, **Erişim Adresi: http://www.bbc.com/news/world-34445715, Erişim Tarihi:** 10.11.2018.

[432] **Tacir,** s. 259 vd.

[433] **Bayraktar**, Sorumluluk, s.157 vd.; **Ekici Şahin,** s. 122 vd.

reddi durumunda kişi[434], yaşam hakkına başkasının müdahalesine izin vermemektedir[435]. Çoğu durumda kişi tıbbi müdahalede bulunulmasına rıza göstermemektedir. Zaten bu tür

[434] Bu noktada konuya İslam hukuku açısından bakışı yansıtan, tedavinin veya sağlık hizmetlerinin insanın ölümü üzerindeki etkisini değerlendiren şu sözleri aktarmak yerinde olacaktır. "*Kalp kendi kendine çalışmıyor. Ne iradi ne gayri iradi olarak kalp çalışamaz hale geliyor aslında beyin sapının ölümüyle. Beyin bütün çeşitleriyle fonksiyonu kaybettikten sonra eğer makineyi ondan çeksek artık o kalp çalışır mı? Kalp hemen durur mu? Kalp hemen durursa o daha önce bilkuvve durmuş sayılır. Demek ki onun çalışması bizim onu makineye bağlamış olmamızdan dolayıdır. Ben bunu şuna benzetiyorum; diyelim ki ben, ölmüş bir insanın elini hareket ettiriyorum. Bu durumda bir gelip de "bunun eli hareket ediyor, bu henüz ölmemiş" diyebilir mi? Diyemez. Ben ona derim ki, adamın eli hareket ediyor ama o kendi hareket etmiyor, onu ben hareket ettiriyorum. Cihaza bağlı insanın da kalbini beyin çalıştırmıyor, makine çalıştırıyor. Makineyi çektiğiniz zaman da kalp duruyor. Dolayısıyla da orada bir hayat söz konusu değil zaten."* **Karaman, Hayrettin,** Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı – II, Diyanet İşleri Vakfı, Ankara, 2009, s. 141 vd. Bu sebeple biz de pasif ötenazinin mümkün olduğunu, kişi tedavi olmazsa ölecek olmasının intihar veya yaşam hakkının tasarrufu anlamına gelmediğini düşünüyoruz. Nitekim buradaki ölüm tedavinin eksikliği değil hastalığın sonucudur. Makinelere bağlı bir şekilde veya dışarıdan sürekli müdahaleler ile hayatta kalabilecek kişinin yaşaması da yukarıdaki örnekteki gibi açıklanabilir.

[435] Hayati tehlikesi olduğu durumda kişinin tedaviyi reddetmesinin mümkün olmadığı, zira bu durumda yaşam hakkının tasarrufu anlamına geleceği gerekçesiyle

bir ret durumunda kişinin kendinden başkalarının herhangi bir eylemi bulunmamaktadır. Fakat bu noktada hekimlere yüklenen, zorunlu tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme ödevinin kanunen bulunmadığı[436] göz ardı edilmemelidir[437]. Amerika'da yaşanan bir olayda,

---

reddedilmektedir. Hekimin fiilinin hukuka uygun olmasının sebebi ise zorunluluk hali ve hekimin mesleğini icrası oluşturmaktadır. Görüş için bkz. **Bayraktar,** Sorumluluk, s.158 vd.; **Çilingiroğlu,** s. 48 vd.; **Arpacı, Abdülkadir,** *Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları,* YÜHFD, Y. 2009, C. 4, S. 2, s. 12 vd. Tedaviyi reddin hasta hakkı olduğu yönünde bkz. **Ersoy, Nermin/Özcan Şenses, Müesser/ Aydın Er, Rahime;** *Acil Tıp'ta Aydınlatılmış Onam*, Ulusal Travma ve Acil Cerrahi Dergisi, Y. 2010, S. 16, C. 1, s. 2 vd.; **Artuk/Yenidünya,** s. 106 vd.; **Tacir,** s. 118 vd.; **Uygur,** s. 253; **Ekici Şahin,** s.319 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 360 vd.

[436] Kimi hallerde zorla yatırma ve zorla tedavinin mümkün olduğuna yönelik bkz. aşağıda "Üçüncü Bölüm – V – Rıza Gösterilmediği Hallere Bağlanan Sonuçlar" başlığı, s. 303 vd.

[437] **Uygur,** s. 255; **Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, İstanbul, 2015, s. 215. Aksi yönde bkz. **Şenocak,** Hekim, s. 40. Bu noktada Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14 ve 2 ye dayanarak hekimin bu tür durumlarda tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu olduğu düşünülebilir. (Bu yönde bkz. **Çilingiroğlu,** s. 48 vd.) Ancak her iki madde de bir yükümlülük yüklemekten ziyade yol gösterici açıklayıcı niteliktedir. 14. maddede esasen kişi iyileşmeyecek olsa bile acısını dindirmenin de tıbbi müdahale olduğu kabul edilmiştir. Yoksa kişinin hayatını ve sağlığını kurtarma ödevi yüklendiği kabul halinde, hastaların rızasının aranmasının hiçbir önemi olmayacaktır. 2. maddedeki ihtimam ve hürmet gösterme ifadeleri de bir yükümlülük yüklememiştir. Nitekim aksi

hekimler hastanın akciğerine bir aspiratör koymuşlardır. Hastanın aspiratörün çıkarılmasına ilişkin isteğini reddetmişlerdir. Hastanın çıkarma girişimi sonrasında hastanın çıkarmasını mümkün kılmayacak şekilde tekrar takmışlardır. Yüksek mahkeme ise tedaviyi ret hakkının hastanın elinde bulunduğunu, nitekim aspiratörün sökülmesinin intihar değil hastalığın seyrinin sonucu olduğunu, bundan dolayı hekimlerin sorumlu olmayacağını ifade etmiştir[438].

bb) BEDEN BÜTÜNLÜĞÜ

Kişilerin beden bütünlüğünü ihlal eden fiillere rıza göstermesi, kural olarak mümkün değildir[439]. Anayasa m. 17 f. 2 ye göre "*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı*

---

kabul halinde yine şeref ve sağlığı için de koruma görevi yüklenmiş olurdu ki bu durumda hastanın rızasının aranması anlamsız olurdu.

[438] **Bartling v Superior Court,163 Cal. App.3d 186, 193 (1984).** Yargıtay'da hastanın müdahaleye karar verme yetksinin, hakkının olduğunu ifade etmektedir. **Yargıtay 4. HD, T. 7.3.1977, E. 976/6297,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[439]**Atabek, Reşat,** *İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar*, İÜHFM, Y. 1935, C.1, S.2, s. 188 vd.; **Ayiter,** s. 137; **Gürelli, Nevzat**; *Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları*, İÜHFD, Y. 1979-1981, C. 45, S. 1-4, s. 267 vd. **Cassani,** s. 242, **Akbenlioğlu,** s. 153; **Helvacı,** İşlem, s. 51 vd.; **Ateş, Z.,** s. 52 vd.; **Ayiter,** s. 139, **Bayraktar**, Sorumluluk, s.144; **Ekşi**, Rıza, s. 47 vd.; **Forkel,** s. 406; **Tiftik,** s. 387 vd.; **Zevkliler,** s. 4 vd.; **Akman,** s.22; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 790.

haller dışında" kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Dolayısıyla kişi beden bütünlüğü haklarından yalnızca müsaade edilen hallerde[440] vazgeçebilir[441]. Örneğin kişi gebelikten korunma yöntemlerine, saçlarının, tırnaklarının ve vücudundaki diğer kılların kesilmesine, cildine dövme yapılmasına[442] rıza gösterebilir[443]. Zira bunlara müdahale edilmemesi, kişinin yaşamını devam ettirmesi için mecburi değildir. Aksine yaşamını daha refah bir şekilde devam ettirmesi için bazı müdahaleler gereklidir. Kaldı ki bu tür müdahalelerde kişinin rızası bulunduğu takdirde, ortada bir zarar da bulunmaz[444]. Ayrıca

---

[440] Beden bütünlüğünü tehlikeye atan her durumu genel ahlaka aykırı kabul eden görüşe katılmıyoruz. (Bkz. **Ateş, D.,** s. 122 vd.) Zira tıbbi müdahale örneğinde olduğu gibi esasen bu müdahale ahlaken iyidir.

[441] **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 362; **Ekici Şahin,** s. 116 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 127. Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, arkadaşının kolunu kesmesine rıza göstermesi durumunda bu konuda serbestçe tasarruf hakkının olmadığını ve rızanın geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay, **3. CD, E. 2011/13581, K. 2011/17342, T. 16.11.2011,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[442] Dövme ve takı takma (piercing) için kalfalık ve ustalık belgelerinin alınması gerekmektedir. Öte yandan küçüklerin dövme yaptırmaya ve piercing taktırmaya ehliyetleri düzenlenmesi gereken bir alandır. Bu konuda ABD ve İngiltere'de küçüklerin dövme yaptırmasını yasaklayan düzenlemeler bulunmaktadır. Bkz. **Ohly,** s. 353 vd.

[443] **Ekici-Şahin,** s.55; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 246. Aksi yönde bkz: **Cassani,** s. 242.

[444] **Ekici Şahin,** s.117. Belirtmek gerekir ki, kişinin rızası olmadan bu tür müdahalelerin yapılması durumunda zarar ortaya çıkmaktadır. Örneğin okuldaki bir öğretmenin,

saç, tırnak gibi uzuvlar canlı doku değillerdir. Dolayısıyla kişinin vücudunda biriken bu cansız dokuların kesilmesi kişinin refahı için gereklidir. Yukarıda saydığımız örneklerde bu müdahaleleri yapan kişinin hekim olması şartı aranmamaktadır.

Kişinin beden bütünlüğüne ilişkin diğer müdahale türlerinden biri ise tıbbi müdahaledir[445]. Tıbbi müdahale sadece hekim tarafından ve hastanın aydınlatılmış rızası alınarak yapılabilir. Fakat hangi tür tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının geçerli olduğu belirlenmelidir[446]. Buna ilişkin olarak anayasadaki *tıbbi zorunluluk* ifadesinden teşhis, tedavi veya önleme/koruma amacıyla yapılan tıbbi müdahalelere izin verildiği ifade edilmektedir[447]. Bazı yazarlar tıbbi zorunluluğu *sosyal endikasyonu* da kapsayacak şekilde

---

öğrencinin saçı uzun olduğu için rızası olmadan saçını kesmesi halinde, beden bütünlüğü ihlal edilmektedir. Bu durumda öğretmenin cezai sorumluluğunun yanında tazminat sorumluluğu da bulunmaktadır.

[445] **Ayiter,** s. 140; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 246.

[446] Bu noktada menfaatlere bakılıp, müdahale sonucu menfaat ile ihlal edilen menfaatin dengesinde hangisinin ağır bastığına göre geçerli veya geçersiz olacağı yönünde bkz. **Şenocak,** Hekim, s. 40.

[447] **Akbenlioğlu,** s. 149; **Ateş, Z.,** s. 53; **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 83 **Özek,** s. 453 vd. Kişinin tıbbi müdahaleye rızasının kendisine zarar vermediği ancak hayatını sağlıklı şekilde devam ettirebilmesi için gerekli ve faydalı olduğu durumlarda geçerli olması gerektiği yönünde bkz: **Ayiter,** 141.; **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 144.

yorumlayarak, *sırf güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahaleleri*[448] ve erkek çocuklarda *sünnet*[449] adı verilen tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kabul etmektedir[450]. Ancak bazı yazarlar[451] ise sırf güzelleştirme amaçlı yapılan estetik müdahaleleri tıbbi zorunluluk olmaması gerekçesiyle hukuka aykırı kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki, *beden algısı düşüklüğü* rahatsızlığı sebebiyle bu tür müdahaleyi yaptırmak isteyen bir

[448] Estetik müdahaleler hakkındaki tartışma için bkz. **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 165 vd.; **Gürelli,** s. 270; **Petek, Hasan;** *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk*, DEUHFD, C. 1, S. 1, Y. 2006, s. 182 vd.; **Ayan, Mehmet,** Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991, s. 34 vd.

[449] Sünnet operasyonunun sadece sosyal endikasyon olmadığı, hijyenik açıdan, cinsel açıdan ve çeşitli hastalık endikasyonları ile de yapıldığına ilişkin bkz. **Özkan, Aybars ve ark.,** Keşke Bir Sünnet Hapı Olsaydı, Düzce Tıp Dergisi, S. 15, C. 3, 2013, s. 56 vd.

[450] **Özay,** s. 20 vd.; **Özek,** s. 454; **Erpek,** s. 52; **Arıncı, Atilla/Usta, Sevgi,** *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi*; Turkish Journal of Plastic Surgery, Y. 2017, C. 25, S. 2, s. 86 vd.; **Tiftik,** s. 391; **Ekici Şahin,** s. 331 vd.; **Arpacı,** s. 8; **Hakeri,** Tıp, s. 267 vd.; **Akbenlioğlu,** s. 159

[451] **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 165 vd.; **Dönmezer,** s. 250 vd.; **Gürelli**, s. 271 vd.; **Şenocak,** Rıza, s. 66; **Çilingiroğlu,** s. 20 vd.; **Ayan,** s. 34 vd. Zevkliler ise eğer tehlikeli sonuçları bulunmuyor ise sırf güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin hukuka uygun olacağını savunmaktadır. Bkz. **Zevkliler,** s. 29.

kimsenin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır[452]. Zira bu hastalık kapsamında kişi kendi bedeninden bir türlü memnun olmayarak çeşitli estetik

[452] Estetik müdahalelerin önemli bir sebebini oluşturmasına rağmen tıp camiasında da çokça bilinmeyen bir hastalık olarak beden dismorfik bozukluğu, güzellikle ilgili abartılı değerlere sahip aile veya alt kültürde yetişme, depresyon, serotonin bozukluğu ve duygusal veya cinsel bir çatışma sonucu oluşan psikolojik bir rahatsızlıktır. Bu rahatsızlık, kişinin var olduğunu düşündüğü (hayali) bir bedensel kusuruna ilişkin veya var olan hafif bir kusura ilişkin olarak aşırı kaygı ve endişe duyması olarak tanımlanmaktadır. Bunun sonucunda psikiyatrist veya psikoloğa gitmek yerine dermatolog, dâhiliye uzmanı veya genellikle plastik cerrahi tercih edilmektedir. Ancak bu tür müdahaleler bu hastalığı tedavi etmemektedir**. Sungur, Mehmet Z.**, *Beden Dismorfik Bozukluğu,* Psikiyatri Dünyası, Y. 1999, C. 3, S.1, s. 19-22. Dolayısıyla yanlış teşhis ve tanıdan kaynaklı olarak malpraktis uygulaması oluşabilir. Bu durumda plastik cerrahi müdahaleleri ikiye ayırmakta fayda vardır. Tedavi amaçlı olan (1) ve tedavi amacı taşımayan. Tedavi amacı taşımayan müdahaleleri ise yanlış tanı sonucu cerrahi müdahale (2) ile doğru tanılı tedavi amacı taşımayan müdahale (3) olarak ikiye ayırabiliriz. Tedavi amaçlı estetik müdahalelere ilişkin rıza hukuka uygundur. Fakat psikolojik rahatsızlığı olan bir kişinin verdiği rızayı geçerli kabul etmek tıp tekniği ve özellikle hukuk tekniği açısından kabul edilemez. Sonuç olarak bu tür rızalar geçersiz olacaktır. Peki, yukarıda numaralandırdığımız üçüncü tür olan müdahale hukuka uygun mudur? Bu noktada doktorun tedavi hakkından kaynaklı bir müdahale değil adeta bir sanatçı ile yapılan bir sözleşme bulunmaktadır. Ancak beden

operasyonlar yaptırmaktadır. Ancak hasta yapılan müdahalelere rağmen kendi vücudunu bir türlü kabullenememektedir. Ayrıca güzellik algısının bir estetik konusu olduğunu ve intersübjektif bir yapıda olduğunu göz önünde bulundurarak herhangi bir endikasyon olmadığı halde bu tür bir müdahaleye rızayı hukuka uygun görmek mümkün değildir. Zira güzellik algısı günümüzde çeşitli trendlerle günden güne değişmektedir. Öte yandan, belli bir kalıbın dışındaki kimselerin güzel olmadığına dair düşünceyi destekleyen bu tür müdahaleler kanaatimizce, ahlaka da aykırıdır. Ek olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13'e göre sadece *teşhis, tedavi* ve *koruma* amaçlı olarak tıbbi müdahalede bulunulabilir. Dolayısıyla sırf hastanın arzusuna dayanarak tıbbi müdahalede bulunulması yasaktır. Son olarak bir kimsenin güzellik gibi sübjektif bir algı karşısında, ölüm riski de dâhil birçok komplikasyon riski olan bir operasyonda[453] menfaat dengesinin kendi geleceğini belirleme hakkından yana olduğunu kabul etmek oldukça zordur. Ancak sırf güzelleştirme dışında bu tür operasyonlar psikolojik veya psikiyatrik birtakım gereksinimlerden ötürü yapılmakta ise bu tür müdahalelerde tıbbi zorunluluk bulunduğu

bütünlüğü ihlal edildiğinden, üstün özel yarar bulunmadığı sözleşme ilişkisinde rıza kesin hükümsüz olmalıdır.

[453]Genel anestezi ile ölüm riski 1/13.000 olarak hesaplanmıştır. Ancak bunun dışında çeşitli solunum, dolaşım, sindirim, solunum, sinir sistemlerinde sırf genel anesteziye bağlı olarak birtakım riskler bulunmaktadır. Bkz. **Alagöl, Ayşin,** Anestezi Komplikasyonları, İnternet Makalesi, Erişim Adresi: http://www.diyadinnet.com/sa%C4%9Fl%C4%B1k-4377-anestezi-komplikasyonlar%C4%B1 (Erişim Tarihi: 10.11.2018). Aynı Yönde bkz. **Ayan,** s. 34 vd.

kabul edilebilir[454]. Kanaatimizce, sırf güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde öncelikle bir psikiyatri incelemesinin yapılması zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Bir diğer ifade edilmesi gereken durum ise sterilizasyon, kastrasyon, gebeliğin sona erdirilmesinde, cinsiyete ilişkin müdahaleler, kan, doku ve organ nakli, yapay döllenme, embriyo aktarımı, tıbbi deneyler, genetik inceleme ve müdahaleler açısından kişilerin serbestçe tasarruf etme imkânının mutlak olmadığıdır[455]. Bu müdahalelere ilişkin rıza gösterilmesi oldukça sınırlanmış veya belirli kurallara bağlanmıştır. Örneğin, sterilizasyon için reşit olmak ve tıbbi sakıncası bulunmamak şartları aranmaktadır[456]. Kastrasyona rıza göstermek mümkün değilken sadece bir ameliyatın seyri sırasında mecburi olursa kişinin rızasına bakılmadan yapılabilmektedir[457]. Cinsiyet değişikliği ise onsekiz yaşını doldurmuş olma, evli olmama, transseksüel yapıda olma, fiziki ve psikolojik zorunluluğun bulunması ve bunlara bağlı olarak hâkim onayı alınması ile tıbbi müdahalede bulunma mümkün olmaktadır[458]. Gebeliğin sona erdirilmesi, gebelik

[454] **Gürelli**, s. 272 vd.; **Petek,** s. 183 vd.

[455] **Çilingiroğlu,** s. 77 vd.

[456] Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4; **Ateş, Z.,** s. 138 vd.

[457] Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4; **Ateş, Z.,** s. 140 vd.

[458] TMK m. 40. 20/3/2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı Kararı ile, 40. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…" ibaresi iptal edilmiştir. Ayrıca islam hukukuna göre

süresinin on haftayı geçmemiş olması gerekmektedir veya geçmiş olsa bile annenin hayatını tehdit ettiği, doğacak çocuk veya gelecek nesiller için ağır maluliyete sebep olacağı durumlarda mümkündür[459]. Organ ve doku nakli kapsamında gösterilecek rıza, temyiz kudretinin bulunması ve 18 yaşını doldurmuş olmanın yanında, vericinin detaylı bilgilendirilmesi, vericinin yaşamını sona erdirecek veya ağır tehlikeye sokacak organların alınmaması[460] gibi şartlar sağlanmalıdır[461]. Yapay döllenme ve embriyo aktarımı sadece evli çiftler açısından mümkündür[462]. Tıbbi deneyler açısından daha detaylı aydınlatma yapılmalı, bilimsel deney tedavi amacını taşımalı, deneme laboratuvar ve hayvan üzerinde yeterli derecede denenmiş olmalı, gönüllülük esas olmalı, rıza ve

---

cinsiyet değiştirmek yasaktır. Dolayısıyla buna ilişkin rıza da geçersizdir. Bkz. **Ekşi**, Rıza, s. 19.

[459] **Ekici Şahin,** s. 116.

[460] ODSANK m. 8; **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 145.

[461] ODSANK m. 6, 7 ve 14; **Akünal, Teoman, 2238** *Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun Açısından Hekimin Sorumluluğu Üzerin Düşünceler*, MHAUM, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyoum, Türk Hukukunda Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982**,** s. 20 vd.

[462] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 1.

aydınlatma yazılı olmalıdır[463]. Genetik incelemeler açısından ise durum daha farklıdır. Nitekim genetik inceleme sonucu sadece kişinin değil, genetik bağı olan yakınlarının da genleri hakkında bilgi edinilebilmektedir. O halde kişi genetik inceleme açısından başkalarının hakkındaki bilgilerin elde edilmesi konusunda rıza gösteremez[464]. Ancak başkalarının hakkında bilgi edinilmesini sağlayan incelemelerde ilgili kişilerin de rızasının alınması halinde inceleme yapılabilir[465]. Ayrıca kişinin genetik tanısının yanında özellikle birtakım genlerin taşıdığı hastalıkları önlemek için, embriyoya veya genetik yapıya müdahalede bulunulmasının henüz sonuçları bilinememektedir. Ek olarak, bu

---

[463] **Zevkliler,** s. 24 vd. Tıp ilminin gelişmesi için kendisinden fedakârlıkta bulunan kimse kahramandır ve bu yüzden korunması gerekir. Eğer deney kişi üzerinde ağır bir sonuca sebep olmayacak ise verilen rıza geçerlidir. Fakat ağır bir sonuca sebep olabilecek ise geçersizdir. Ancak tazminattan indirim sebebi olabilir. Bu yönde bkz: **Ayiter,** s.141 vd. Yaşam hakkı herhangi bir belirsizliğe bağlanamaz. Bu sebeple bilimsel deneylere de rıza geçersizdir. Bu yönde bkz. **Savcı,** s. 34 vd.

[464] Genetik incelemenin yapılması noktasında kişinin rızası geçerlidir. Ancak bu genetik bilgilerin işlenmesi aşamasında üçüncü kişiler hakkında bilgiler ediniliyorsa o kişilerin rızası olmadan bu bilgiler açıklanamaz, işlenemez ve paylaşılamaz. Bkz. **Gürbüz**, s. 82 vd.; **Yıldırım,** Teknik, s. 154 vd.

[465] Aksi yönde bkz. **Gürbüz,** s. 179. Gürbüz'e göre genetik incelemeleri hukuka uygun hale getiren tek sebep rıza değildir. Zira başkalarının da kişilik hakkını ihlal eden bilgiler olabileceği için kişinin rızasının yanında üstün bir menfaatinin olması gerektiğini savunmaktadır. Örneğin babasını tanıma hakkı gibi.

bilgilerin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olan bilmeme hakkını ihlal ettiği öngörülebilir[466]. Bu sebeple bu tür müdahaleler insan üzerinde yeterli araştırma yapılamamış deney olarak tanımlanabilir, dolayısıyla buna ilişkin rıza geçersiz olmalıdır.

Kişinin beden bütünlüğüne ilişkin tasarruf serbestîsinin tartışılması gereken bir diğer yönü ise tıbbi gerekçesi olmadan yapılan müdahalelerdir. Buna örnek olarak bir kimsenin çeşitli saiklerle kendi vücuduna müdahaleye rıza göstermesi verilebilir. Mesela bir arkadaşından kendisini uyanık hissetmek istediği için çimdiklemesini istemek buna örnek olarak verilebilir. Çeşitli dünya görüşlerinde kendi bedenine acı çektirerek, manevi ilerlemenin sağlanacağı saikiyle kendi bedenine zarar verilmesine rıza göstermesi durumu da buna örnek gösterilebilir. Bu noktada kimi müdahaleler ileri boyutlarda vücuda zarar verirken kimi ise saniyelik bir acı sonrası hiçbir etkisi kalmadan sona ermektedir. Bu iki uç ve arasındaki müdahaleleri aynı kefede tutmak hatalı olacaktır. Her ne kadar kişinin bedeni, mülkiyet hakkının konusu olmasa da, kendi vücudu üzerinde söz sahibi olması gerektiği tartışmasız bir gerçektir. Ancak kişinin tıbbi gereksinim dışında, hangi müdahaleye rıza gösterip hangisine gösteremeyeceği konusunda çeşitli kriterler bulunmaktadır. Kabul edilen ilk kriter maruz kalınan veya kalınacak olan zararın ciddiyeti ile ilgilidir[467]. Ancak hangi zararın ağır, hangi zararın hafif kabul edileceği ise her somut olayda ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. İkinci kriter ise menfaat dengesini esas

---

[466] **Gürbüz**, s. 91 vd.; **Yıldırım, Mustafa Fadıl,** *Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması*, Erzincan ÜHFD, Y. 2007, C. 11, S. 3-4, s. 384.

[467] **Yılmaz M.,** s. 27.

alır[468]. Buna göre, kişinin zarar görmesi başka bir menfaatiyle açıklanabiliyorsa rızası geçerli olmalıdır. Örneğin kişinin din ve vicdan hürriyeti, kendi geleceğini belirleme hakkı ile sağlık hakkı ve yaşam hakkı karşılaştırılır. Hangi menfaati ağır basıyorsa ona göre karar verilir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus, değerlendirmenin objektif mi yoksa sübjektif mi olacağıdır. Zira eğer objektif bir değerlendirme yapılırsa kişinin mantığa aykırı şekilde verdiği kararlar sorgulanır ve rızası geçersiz kabul edilir. Ancak bu kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal edebilir. Örneğin bir kimsenin saçındaki tüm saç köklerinin lazer ışığı yardımıyla öldürülmesi ve kel olması konusunda objektif bir değerlendirme kişinin kendi geleceğini belirlemeye sekte vurabilir. Keza kişinin kel kalma isteği ve hatta geri dönüşü olmayan şekilde bunu gerçekleştirilmesi birçok kişi tarafından mantıksız karşılanacaktır. Fakat sadece sübjektif değerlendirme yapılması durumunda ise kişilerin menfaatinin veya yaşayacağı hazzın değerlendirilmesi mümkün olmayabilir. Öte yandan, sadomazoşist cinsel ilişkiden hoşlanan bir kimsenin, yaptığı ileri derece vücuda zarar verecek bir müdahaleye rızasının, sadece sübjektif bir değerlendirme ile geçerli olduğunun kabul edilecek olması halinde ise, rızanın sınırı belirlenemez. O halde sübjektif bir değerlendirme yapılırken müdahalenin ağırlığı objektif açıdan göz önünde bulundurulmalıdır[469]. Bu noktada Anayasa m. 17'de kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı bir kural olarak kabul edilmiştir. Bu durumda kişinin beden bütünlüğüne yapılan bütün müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak tıbbi gereksinim ve kanunda yazılı haller istisna tutulmuştur. Kanunda yazılı olan bir hâl TCK

[468] **Yılmaz M.,** s. 27 vd.

[469] **Ekici Şahin,** s. 291 vd.

m. 86'nın birinci ve ikinci fıkralarıdır. Bu fıkralar göz önüne alındığında, müdahale basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüdeyse suç şikâyete bağlı[470], diğer hallerde ise doğrudan hukuka aykırı olmakta ve re'sen soruşturma ve kovuşturma mümkün olmaktadır. Kısaca, kural olarak, kişinin bedenine ilişkin müdahaleler hukuka aykırı kabul edilmiş, sadece basit tıbbi müdahaleler ile giderilebilecek müdahaleler kişinin rızasına bağlı olarak önemini korunmuştur[471]. Öte yandan TMK m. 24 f.2 ise daha üstün nitelikteki özel yararı, hukuka uygunluk sebebi kabul etmiştir. Dolayısıyla özel menfaatin dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmıştır. Ancak TMK m. 403'e göre kötü yaşam tarzı kişinin kısıtlanma sebebidir. Ayrıca engellilik de TMK m. 408'e göre isteğe bağlı kısıtlanma sebebi olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla kişinin kendinde kalıcı hasar bırakacak ve özellikle engelli durumuna sokacak seviyedeki müdahalelere rıza göstermesi halinde fiil ehliyetinin kısıtlanacağı ve TMK m. 23'e göre kimsenin fiil ehliyetini kısmen de olsa vazgeçemeyeceği yasağını ihlal edeceği öngörülebilir[472]. O halde kişide kalıcı hasar bırakmayacak, kişiyi engelli hale sokmayacak veya sağlığını ciddi tehlikeye düşürmeyecek, hafif müdahalelere rıza, hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu noktada

---

[470] Şikâyete bağlı suçlara ilişkin menfaatler söz konusu olduğunda rızanın kural olarak geçerli olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Ekici Şahin,** s. 118. Aynı yönde bkz. Yargıtay**, 3. CD, E. 2011/13581, K. 2011/17342, T. 16.11.2011,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[471] **Aygün Eşitli, Ezgi,** *Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti*, TBB Y. 2013, C. 106, s. 280

[472] **Ekşi**, Rıza, s. 19; **Akıncı,** İrade, s. 744.

özellikle objektif bir değerlendirme yaparak kişinin her zaman rasyonel karar almasını beklememek gerektiği belirtilmelidir. Keza kişilerin objektif olarak hep aynı davranması beklense idi irade özgürlüğünün bulunmayacağı kabul edilirdi[473].

Beden bütünlüğünün ihlaline ilişkin olarak spor müsabakaları üzerinde de durulmalıdır. Kişinin spor müsabakası kuralları içinde kalan müdahale risklerini kabul ettiği varsayılmaktadır[474]. Ancak müsabaka kuralları dışındaki müdahaleler ise hukuka aykırı olmaya devam eder. Örneğin futbol müsabakasında rakip oyuncuyu kasten adil oyun sınırları dışında yaralamak hukuka aykırıdır[475]. Ancak boks müsabakasında ise oyun kuralları içindeki verilen kasti zararlar hukuka uygundur[476].

---

[473] **Ekici Şahin,** s. 60 vd.

[474] **Ekici Şahin,** s. 127; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 246; **Antalya,** s. 447. İslam hukuku açısından da sportif faaliyetlere sporcuların rızasının olduğu için kurallar dâhilindeki müdahalelere rızanın geçerli olduğu kabul edilmektedir. Ancak kural dışı müdahalelerin beden bütünlüğünü ihlal ettiği için geçersiz olduğu savunulmaktadır. Tartışmalar için bkz. **Ekşi**, Rıza, s. 51 vd.

[475] **Ohly,** s. 297 vd. **YHGK, E. 2013/4-364, K. 2013/1543, T. 06.11.2013,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[476] İslam hukuku açısından yaralanma ve ölüm riskini içeren boks gibi tehlikeli sporlarda rıza hukuka uygun hale getirmemektedir. Hatta bu sporların yapılması caiz değildir. Bkz. **Telkenaroğlu, M. Rahmi;** *İslam Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Spor Faaliyetleri*, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 2011, S. 36, s. 80 vd.

Bir diğer değinilmesi gereken husus, bulaşıcı hastalıklar hakkındadır. Bir kimse bulaşıcı bir hastalığın kendisine geçmesine rıza gösterebilir mi? Kanaatimizce, bulaşıcı hastalıklar sadece kişinin hukuki menfaatini değil, kamu sağlığını da ihlal ettiği için bulaşıcı hastalığın kendisine bulaşmasına dair bir kimse rıza gösteremez[477]. Ancak bulaşıcı hastalık hava, su gibi insanların ortak kullanımları vasıtası ile bulaşmıyorsa, bu durumda genel sağlığı tehlikeye düşürmeyeceğinden, buna ilişkin rıza gösterilmesi mümkün olabilir. Bu durumda hastalığın, rıza gösteren kimsede oluşturacağı etkiye göre karar verilmelidir. Kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte ise rıza geçerli olmamalıdır[478].

Kişinin cinsel özgürlüğü bulunmaktadır. Ayrıca cinsel özgürlük kişiye kat'i surette sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Dolayısıyla sadece kişi tarafından kullanılabilir. Bu sebeple, cinsel özgürlüğün kullanımında, rıza gösterme açısından, sınırlı ehliyetsiz için yasal temsilcinin izni veya icazeti de aranmaz. Fakat kişinin ayırt etme gücü bulunmuyorsa, cinsel müdahaleye rıza göstermesi mümkün değildir. Kişinin ayırt etme gücü bulunuyor ama 15 yaşından küçükse, yine kişinin rıza göstermesi mümkün değildir[479]. Ancak kişi 15

---

[477] **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 145 vd.

[478] İngiliz ve Galler Temyiz Mahkemesi, bir kararda HIV gibi bulaşıcı bir hastalığa gösterilen rızanın serbestçe tasarruf edilebilir haklardan olmadığı için kesin hükümsüz olduğunu ifade etmiştir. **[2006] England and Wales Court of Appeal, Criminal Division, 2945.**

[479]TCK m. 103. "Böylece *kanun koyucu bu maddede "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların*

rızalarına önem vermişken, "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır" Yargıtay, **CGK, E. 2014/14-307, K 2015/8, T. 17.2.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

yaşından büyük ise[480] artık cinsel özgürlüğü sınırlı olarak[481] bulunmaktadır[482]. Dolayısıyla gösterdiği rıza geçerlidir[483]. Cinsel müdahalelerde muhatap da aynı zamanda rıza gösteren kimse konumunda bulunduğu için aynı şartları muhatabın da taşıması gerekir.

---

[480] Yargıtay bir kararında 15 yaşına çok yakın olan küçüğün, doğumunun resmi bir kurumda yapılıp yapılmadığına bakılarak, kemik incelemesi ile tam yaşının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay, **5. CD, E. 2010/11188, K. 2011/2161, T. 22.3.2011,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[481] Bu noktada TCK m. 104 f. 1 gereği, reşit olmayanla cinsel ilişki bir suç olarak tanımlanmıştır. Ancak şikâyete bağlı bir suçtur. Şikâyet hakkı ise kanaatimizce, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle, sadece mağdura aittir. Yasal temsilcinin şikâyet hakkı bulunmamaktadır. Suç şikâyete bağlı ise rızası olan kimseye niçin şikâyet hakkı tanındığı ise anlaşılamamaktadır. Zira kişi rıza göstermesine rağmen şikâyete bulunuyorsa çelişkili davranıyor demektir. Ayrıca ilgili. madde birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Failin kim olacağı doktrinde tartışmalı olmakla birlikte uygulamada herhangi bir yaş sınır öngörülmemektedir. Bu durum ise fail ile mağdur birleşemez ilkesine aykırıdır. Bkz: Yargıtay, **14. CD. 2014/2241, E.2015/228 K., 15.01.2015 T.,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.** Öte yandan TCK m. 104 f. 2 gereği, evlenme yasağı olan kişilerde suç şikâyete bağlı değildir. O halde eşcinsel ilişkiler bakımından 18 yaşının altındaki bir kimseyle cinsel ilişkiye girmek konusunda rıza gösterilmesi mümkün değildir. Açıklanan sebeplerle TCK m. 104'te anlaşılır bir düzenleme yapılana kadar onbeş yaşından büyük onsekiz yaşından küçük kimseler için

Bir kimse kendi değeri üzerinde tasarrufta bulunurken başkalarının veya kamunun menfaatlerini de etkiliyorsa bu durumda menfaati etkilenen kimsenin rızası da gerekir. Örneğin kişi bir başkasının yerine cezaevine girmeyi kabul etse bile bu adaleti yanıltacağı için, hukuka ve ahlaka aykırı olduğu için geçersizdir.

Öğretide kabul edilen görüşe göre, insan kendi kopyası olan emriyo hücresinin nakline rıza gösteremeyeceği gibi bu kişiden serbestçe organ da nakledilemez[484].

Heterolog yapay döllenme ile evli kadının kocasından alınan hücre ile kendi hücresinin bir tüp içerisinde döllendirilerek, yine aynı kadına embriyonun aktarılması dışındaki emriyo aktarımları da tedavi amacı taşımadığı, çocuk sahibi olma amacının

---

cinsel özgürlüğün sınırlı olarak vardır. Onsekiz yaşından büyük kimselerin ise özgürlüğü tamdır.

[482] Doktrindeki bir görüşe göre 15 yaşından büyük ayırt etme gücü olan çocukların cinsel özgürlüğü bulunmakla birlikte cinsel ilişkiye rıza göstermeleri geçersizdir. Bkz. **Ekici Şahin,** s. 133. Her ne kadar ceza hukuku ile medeni hukuk bakımından ehliyet şartları farklı olsa da (bkz. **Kılıçoğlu A.,** Ceza, s. 195 vd.) bu noktada ceza kanundaki sınırlamanın medeni hukuk alanında da bir sınırlama olduğunu kabul ediyoruz.

[483] Yargıtay, **CGK, T: 30.06.2015 E: 2014/678, K: 2015/267**, KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[484] **Erol, Yasemin**; Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 63 vd.; **Turgut, Cemile,** Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, Oniki Levha Yayınlaır, İstanbul, 2016, s. 37 vd.

yeterli olmayacağı ve özellikle ahlâka aykırı olduğu için, bu alanlarda da rıza gösterilmesi mümkün değildir[485].

Ayrıca kan ve organ naklinde alıcı açısından sorun bulunmamakla birlikte, yaşayan vericinin organ veya kanının alınması durumunda da tedavi amacı olmadığı için mümkün olmadığı ileri sürülmüştür[486]. Ancak bu görüş alıcı açısından bulunan tedavi amacının vericiyi de kapsayacağı ayrıca verici açısından üstün özel menfaat ile sağlanacağı gerekçeleriyle hâkim görüş tarafından kabul edilmemiştir[487]. Ayrıca ODSANK m. 5 vd. maddelerindeki düzenlemeler gereği artık tedavi amacının olmayacağına ilişkin görüş anlamını yitirmiştir.

cc) MANEVİ ALANINA İLİŞKİN HAKLARI

Kişinin manevi alanına ilişkin haklarında şeref, haysiyet, onur[488], özel hayatın gizliliği, düşünce özgürlüğü, ad ve resim gibi kişinin manevi hakları ve fikrî faaliyetlerine

---

[485] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 2 f. 1 b. ğ; **Çilingiroğlu,** s.22.

[486] **Çilingiroğlu,** s. 21 vd.

[487] **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 182 vd.

[488] Kişinin şerefi, haysiyeti ve onuru noktasında serbestçe tasarruf etme imkânının bulunmadığı noktasında bkz. **Doğan,** Önleme, s. 402; **Kılıçoğlu A.,** Basın, s. 378; **Ateş, D.,** s. 134 vd.; **Eren,** Genel, s. 790; **Özel, Sibel,** Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2004, s. 39; Yargıtay,

ilişkin olarak fikrî hakları bulunmaktadır. Esasen kişinin manevi alanına ilişkin hakları şahıs varlığı haklarındandır. Ancak serbestçe tasarruf edilebilmesi[489] açısından, ekonomik olarak değeri ölçülemeyen (malvarlığı hakları dışındaki) şahıs varlığı haklarını ve manevi yönü açısından fikrî hakları ayrı bir kategori olarak belirtmek gereklidir. Kişinin düşünce ve manevi alanına ilişkin haklarına müdahaleye rıza göstermesi, kural olarak, mümkündür[490]. Nitekim bu haklar kişinin özgürlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkı ile sıkı bir bağ içerisindedir. Örneğin bir kimse fotoğraflarının istediği şekilde

HGK. E. 2003/4-161, K. 2003/201, T. 26.3.2003, KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[489] Bu noktada bu haklardaki tasarruf ifadesinden kastımızın teknik anlamda tasarruf olmadığı, bu hakların başkalarına devredilemediği, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu ifade etmek gerekir. (Bkz. **Helvacı,** İşlem, 62 vd.) Burada tasarruf kelimesi sistematik bütünlük açısından kullanılmış olup, tasarrufa denk olarak müdahale edilebileceğini ifade etmek için tercih edilmiştir.

[490] **Cassani,** s. 241 vd.; **Bayraktar,** Uygunluk, s. 20; **Forkel,** s. 407, **Akıncı,** İrade, s. 747 vd. Hatemi/Gökyayla'ya göre rıza sadece malvarlığı alanı ve özel izin verilen kişi varlığı alanlarında mümkündür. Bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s.. İslam hukuku açısından bu kuralın aksi yönde olduğuna ilişkin bkz. **Ekşi**, Rıza, s. 57 vd; **Ekici Şahin,** s. 112 vd.

yayınlanmasına[491], kendisine hakaret[492] içeren ifadelerin kullanılmasına, özel hayatına ilişkin bir bilginin veya sırrın açıklanmasına[493], eserlerinde değişiklik yapılarak

[491] **Tandoğan,** Basın, s. 33; Yargıtay, **11. HD, E. 2015/14524, K. 2016/2421, T. 24.2.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.** Federal Mahkeme konusu internet üzerinden cinsel içerikli fotoğrafların yayınlanmasına ilişkin bir sözleşmeyi ahlâka aykırı bulmamıştır. Bkz. (ATF 136 III 401, JdT 2011 II 508. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 231'den naklen)

[492] TCK m. 131'e göre kamu görevlisine hakaret dışındaki hakaret suçları şikâyete bağlı suçlardır. Kısacası mağdur bu suçu şikâyet etmeyerek bu konudaki hukuki korumayı kullanmak istemeyebilir. Bu ise kişinin hakaret suçunun koruduğu şeref, haysiyet, onur gibi haklarında tasarruf etme imkânı olduğunu ifade eder.

[493] Yargıtay, **HGK T. 26.03.2003, E. 2003/4-161, K. 2003/201** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**,** sayılı kararında, "*Ayrıca yukarıda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi kendisine karşı bile mutlak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ve tecavüze haklılık kazandırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu aşikârdır. Davacının özel yaşamı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu kabul edilmiştir.*" ifade etmiştir. Böylece Yargıtay, kişinin bu alanlarda rıza göstermesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Ancak kanaatimizce her türlü kişiye sıkı sıkıya bağlı hakka, başkasına devri mümkün olmayan hakka veya kişilik haklarına aykırı şekilde rıza gösterilmesi mümkün değildir demek kişilerin özgürlüğüne önemli ölçüde ket vuracaktır. Eğer rıza hakkı

yayınlanmasına vb. rıza gösterebilir[494]. Ancak bu tür müdahaleler sadece o kişiyi ilgilendirdiğinde rıza gösterilebilir niteliktedir. Nitekim kamu görevlisine, görevi sebebiyle hakaret suçu şikâyete bağlı değildir[495]. Dolayısıyla bir kamu görevlisi görevi sebebiyle hakarete rıza gösteremez. Ayrıca bu haklara ilişkin müdahaleye rıza, ahlaka aykırı olmamalıdır. Örneğin bir kimse basın yayın organı yoluyla kendisine hakaret edilmesine rıza gösteremez. Zira bu hakareti okuyan kimseler incinebilir veya bunu okuyan çocuklar bu tür davranışları örnek alabilir. Kısacası, kişinin manevi ve fikrî alanına ilişkin gösterdiği rıza sadece kendisini ilgilendirdiği ve başkalarının bu müdahaleden zarar görmeyeceği durumlarda geçerli olabilir. Kaldı ki bu noktada rıza gösteren açısından bu fiil hukuka uygun kabul edilse bile, hakları zedelenen diğer kişilerin rızası olmadan onların manevi alanına müdahalede bulunduğu için haksız fiil

---

tümüyle ortadan kaldıracak bir ihlale ilişkin değilse veya kişinin bu değerlerinde geri dönüşü olmayacak ciddi zararlara sebep olacak şekilde değilse geçerli olmalıdır. Aynı yönde bkz: **Arslan, Mehmet,** Radyo ve Televizyon Yayınlarında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2009, s. 35.

[494] Kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu için tasarrufu mümkün olmayan şeref, haysiyet ve onur gibi haklarda rızanın da mümkün olmadığına ilişkin bkz: **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 296; **Arslan,** s. 72 vd.; **Karakaş,** s. 91 vd. İslam hukukunda insan mukaddes bir varlık olduğu için kendisiyle alay edilmesine bile rıza göstermez. O halde şeref ve haysiyet gibi şahıs varlığı haklarına da rızası mümkün değildir. Bkz. **Ekşi,** Rıza, s. 33.

[495] TCK m. 131; **Ekici Şahin,** s. 120.

gerçekleştirilmiş olur. Zaten, kural olarak, bir kimse başkalarının haklarına müdahaleye ilişkin rıza gösteremez[496].

Velayet hakkı kendinden alınan bir kimsenin 16 yaşından küçük çocuğu rızasıyla alıkoyması da yasaklanmıştır[497]. Bu durumda küçüğün velayetinde bulunmadığı ebeveyni yanında durmaya ilişkin rızası serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin değildir.

Bireylerin kişisel verilerine müdahaleye rıza göstermesi mümkündür. Ancak bazı yasal düzenlemeler kapsamında kişilerin rızası olmasa dahi bu verilerin işlenmesi, saklanması, paylaşılması ve kullanılması mümkündür. Dolayısıyla bu alanlarda, kişilerin iradesi çoğu durumda önem arz etmemekte, zira kişiler bu alanlarda rıza göstermeme yetkisine sahip olmamaktadırlar. Bu alanların belirlenmesi, kişinin hangi alanda tasarruf edemeyeceğinin değil, serbestçe tasarruf imkânının olmadığının belirlenmesi açısından önemlidir. Kişisel veriler özellikle gelişen teknoloji ile çoğu durumda ihlal edilmektedir. Hangi verilerin kişinin rızasından bağımsız olarak işlenebileceği, saklanabileceği, aktarılabileceği KVKHK ile farklı alanlarda özel düzenlemelere tabidir. KVKHK m. 5 f. 2 uyarınca kişilerin rızası aranmaksızın işlenecek haller belirlenmiş m. 6'da ise özel nitelikli kişisel verilerin sadece açık rıza ile işlenebileceği ve istisnaları düzenlenmiştir. Öte yandan özel düzenlemelerin tek tek belirlenmesi çalışmanın kapsamını çok genişleteceği için sadece birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Bankacılık Kanunu ek madde 1 uyarınca, risk merkezi topladığı kişisel veriler dâhil olmak üzere her türlü veriyi gerçek veya tüzel kişilere ücret karşılığında satma hakkını elinde bulundurmaktadır. Suç

[496] **Işık Özcan,** s.80.

[497] TCK m. 234

Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanun m. 6 ve 7 uyarınca, Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, talep edildiği durumda her türlü bilgi ve belgenin verilmesi konusunda yetkilendirilmiştir. KVKHK m. 6 f. 3 ve Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m. 7 uyarınca kişisel sağlık verileri, koruyucu hekimlik, sağlık hizmetlerinin finansmanının planlanması ve yönetimi amacı gibi amaçlarla ilgililerin rızası aranmaksızın işlenebilir.

B. RIZA GÖSTERME EHLİYETİ

Ehliyet, hak ve fiil ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hak ehliyeti, gerçek kişilerde doğum ve tüzel kişilerde ise kanuna uygun şekilde kurulma ile kazanılır[498]. Öte yandan fiil ehliyeti kişilerin kendi fiil ve işlemleri ile hak sahibi olması ve borç altına girebilmesidir. Dolayısıyla bir hakka sahip olmak ile onu bizzat kullanmak hukuken bir ayırıma tabi tutulmuştur. Bu çalışmanın konusunu oluşturan rıza için, bir hakka müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği için doğası gereği hak ehliyeti bulunmalıdır. Kişiler kural olarak, kendine ait olmayan bir hakka müdahaleye rıza gösteremezler[499].

Rıza göstermek için gereken fiil ehliyetine kimlerin sahip olduğu ve ehliyetin kapsamı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır[500]. Rızanın hukuki niteliğinin

[498] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 110; **Dural/Öğüz**, s. 39.

[499] **Ekici Şahin,** s. 111.

[500] **Ekici Şahin,** 132.

ne olduğunun belirlenmesine göre rıza gösterme ehliyeti de farklılık göstermektedir[501]. Rızayı hukuki işlem olarak niteleyen görüşe göre, rıza gösterme ehliyeti doğal olarak hukuki işlem ehliyetini gerektirmektedir[502]. Rızayı maddi fiil olarak benimseyen görüşe göre, rıza gösterme ehliyetinin herhangi bir şartı yoktur. Nitekim ayırt etme gücü bulunmayan kişiler de maddi bir fiili gerçekleştirebilirler. Bizim de katıldığımız, hukuki işlem benzeri görüşüne göre ise, hukuki işlem ehliyetine ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde kıyasen rıza gösterme ehliyetine de uygulanır[503].

Rıza bir irade beyanı olduğu için ayırt etme gücünün bulunması gerekmektedir[504]. Rıza ehliyetine ilişkin yapılacak değerlendirmede rıza gösteren kişinin fiilin niteliğini ve ağırlığını anlayıp anlamadığı (E*insichtsfähigkeit*), fiilin kendi hukuki değeri açısından getireceği sonuçları ve taşıdığı riskleri değerlendirip değerlendiremediği

---

[501] **Ekici Şahin,** s.136 vd.

[502]**Tiftik,** s. 387; **Ekşi,** Rıza, **s.** 17 vd.; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 362; **Antalya,** s. 446; **Deschenaux/Tercier**, s. 44; **Narter,** s.424; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 294. Alman Federal Mahkemesi artık fiil ehliyeti ölçütünü rıza ehliyetinde kullanmamaktadır. Bkz. **Ekici Şahin,** s.140.

[503] **Şenocak,** Rıza, s. 70, **Akbenlioğlu,** s. 156; **Işık Özcan,** s. 79 vd.; **Ekici Şahin,** s.140 vd.

[504] **Işık Özcan,** s. 86 vd.; **Akıncı,** İrade, s. 745; **Erpek,** s. 59; **Çilingiroğlu,** s. 55; **Akıncı,** Borçlar, s. 142 vd.; **Hakeri,** Tıp, s. 218 vd.; **Aygün Eşitli,** s. 278 vd.; **Helvacı,** Davalar, s. 105.

(*Urteilsfähigkeit*) ve rıza göstermek konusunda irade oluşturup oluşturamadığı (*Willenfähigkeit*) dikkate alınıp, bu üç yeteneğin olup olmadığı belirlenmelidir[505]. Ancak bu noktada yapılan değerlendirmede kişinin ayırt etme yeteneği belirlenirken verdiği kararın makul olması değil, bu kararı verme yeteneği esas alınmalıdır. Örneğin kendi menfaatine aykırı düşse bile yapılan değerlendirmede, bu yeteneğinin varlığı anlaşılıyorsa rasyonel olarak kendi menfaatine göre karar vermediği için ayırt etme gücünün bulunmadığını ifade etmemek gerekmektedir[506]. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda, diş hekimine giden bir kadın, hekimin sorunun dolguyla ilgili olduğunu söylemesine rağmen dişi çekmesini istemiş, çekmezse kendisinin yapacağını söylemiş, diş çekildikten sonra ağrıların geçmemesi üzerine tazminat davası açmış, kişi mantıklı karar veremediği için ayırt etme gücü ve rıza ehliyeti olmadığı gerekçesiyle diş hekimi sorumlu tutulmuştur[507]. Ancak kanaatimizce, burada kişinin makul davranmaması ayırt etme gücünün bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Verilen kararın rasyonelliği değil kişinin bu kararı alabilme kabiliyeti incelenmelidir.

---

[505] **Ekici-Şahin,** 148; **Çilingiroğlu,** s. 55; **Nart,** Hakkaniyet, s. 21 vd.; **Aygün Eşitli,** s. 278 vd.

[506] Aynı yönde bkz: **Ekici-Şahin,** s. 151 vd.; **Nart,** Hakkaniyet, s. 20 vd.

[507] BGH, Urt. v. 22.2.1978-2 StR 372/77, NJW 1978, s. 1206 (**Ekici-Şahin,** s. 154'ten naklen)

Ayırt etme gücü bulunan, kısıtlı olmayan ve ergin kimseler kural olarak tam ehliyetlidirler[508]. Dolayısıyla rıza gösterme ehliyetleri de bulunmaktadır[509]. Ancak organ bağışında olduğu gibi bazı işlemler bakımından en az 18 yaşında bulunma şartı aranmaktadır[510]. Bu durumda erginlik değil, 18 yaşını doldurma aranmalıdır.

Ayırt etme gücü bulunan, ancak kısıtlı olan veya ergin olmayan kimseler ise sınırlı ehliyetsiz olarak adlandırılmaktadır[511]. Sınırlı ehliyetsizlerin hukuki işlem yapabilmeleri, yasal temsilcilerinin onay veya icazetine bağlıdır[512]. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını, kanunda aksi öngörülmediği müddetçe, tek başlarına yapabilirler[513].

---

[508] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 111; **Kayar,** s. 54.

[509] **Erpek,** s.59; **Kılıçoğlu A.,** Basın, s.379; **Uygur,** s. 186 vd. ; **Helvacı,** Davalar, s. 105.

[510] ODSANK m. 5.

[511] **Kayar,** s. 56 vd.

[512] TMK m. 16

[513] **Şenocak,** Rıza, s. 72 vd.; **Tunçomağ**, s. 156; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 114; **von Tuhr,** s. 206; **Kayar,** s. 57 ; **Karakaş,** s. 44 vd.; **Helvacı,** İşlem, s. 57. Arpacı'ya göre tıbbi müdahaleye rıza göstermek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır, fakat sınırlı ehliyetsizin rızasında yasal temsilcinin izni de bulunmalıdır (1219 S. Kanun m. 70 f. 1 ve HHY m. 24). Ayrıca eğer kişinin ayırt etme gücü yoksa rızaya bakılmadan tıbbi müdahale yapılmalıdır. Bkz. **Arpacı,** s. 9 vd.

Sınırlı ehliyetsizlerin rıza gösterme ehliyeti ise öğretide tartışmalıdır[514]. Bir görüşe göre[515] rıza göstermek için sadece ayırt etme gücünün bulunması yeterli iken, diğer görüşe göre[516] ayırt etme gücü bulunan kimsenin yasal temsilcisinin izin veya icazeti aranmalıdır. Bir başka görüşe göreyse, yaşlara ve duruma göre bir ayırım yapılmalıdır[517]. Bu noktada biz

---

[514] Rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu yönünde bkz. **Helvacı,** İşlem, 105 vd.

[515] **Şenocak,** Rıza, s. 75 vd.; **Işık Özcan,** s. 87 vd.; **Başpınar, Veysel,** *Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul-2007, s. 200 vd.; **Gürbüz,** s. 143 vd.; **Çilingiroğlu,** s. 55 vd..; **Ekici Şahin,** s. 148 vd.; **Karakaş,** s. 93 vd.; **Helvacı,** Davalar, s. 105.

[516] **Özcan,** s. 81; **Akbenlioğlu,** s. 156; **Aydın, Erdem,** s. 152; **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 133 vd., **Demirhan Erdemir,** s. 104; **Erpek,** s. 60; **Kılıçoğlu, A,** Sorumluluk, 294 vd.; **Serozan, Rona**, Sınırlı Ehliyetsizlik Rejimiyle İlgili Talihsiz Saplantılar, Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 817 vd.; **Uygun,** s. 187 vd.; **Zevkliler,** s. 21; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 295.

[517] Bu görüşe göre, 7 yaşından büyük çocuklar yasal temsilcinin onamına katılmalıdır. 15 yaşından büyük çocuklar, kendi başına yaşayıp ailesinden bağımsız yaşayabilen çocuklar, evli küçükler, askerde olanlar, hamile veya ebeveyn olan çocuklar tek başlarına rıza gösterebilirler. Görüşün detayları için bkz: **Aydın, Erdem,** s 150 vd.; 15 yaşından küçüklerin rıza ehliyetinin bulunmadığı, 18 yaşına kadar yasal temsilcinin onayıyla birlikte yapabileceği, ancak 18 yaşına çok yakınsa ehliyetinin bulunması gerektiği yönünde bkz. **Hakeri,** Tıp, s. 222. Çeşitli müdahaleler göre farklı yaş sınırları belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. **Rosenau,** Ehliyet, s. 51 vd.

de ikinci görüşü haklı buluyoruz. Nitekim sınırlı ehliyetsiz, bisikletini bir başkasına satarken yasal temsilcisinin izni veya icazeti aranır. Öte yandan sınırlı ehliyetsizin bisikletinin kırılmasına veya kullanılmayacak hale getirilmesine rıza göstermesinde yasal temsilcinin izni veya icazetini aramamak birbiriyle çelişmektedir. Belirtelim ki, yakın zamanda İsviçre'de kanunlaşan[518] ve Türk hukuk öğretisinde kabul edilen bir görüşe[519] göre, sınırlı ehliyetsiz gündelik ve küçük işleri tek başına yapabilmektedir. O halde bu tür hakların kullanımını ilgilendiren müdahalelerde de sınırlı ehliyetsizin tek başına rıza göstermesi mümkün olmaktadır. Ancak düzenleme Türk hukukunda henüz yasalaşmadığı için kanaatimizce, günlük basit işler dahi olsa kişinin bu tür haklara karşı saldırılara rıza göstermesi için yasal temsilcisinin izin veya icazeti aranmalıdır. Ayrıca hak, sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa dahi, tazminat talebinde bulunamayacağı için bu malvarlığını etkileyecektir[520]. TMK m. 451 gereği sınırlı ehliyetsizler onama veya izin olmadan haktan

[518] Yetişkinlerin Korunması, Kişiler ve Çocuk Hukuku adı altında 2013 yılında yürürlüğe giren ve 2008 yılında yapılan değişiklikler sonrası İsviçre Medeni Kanunu için bkz: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html, değişiklik metni için bkz: https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2011/725.pdf

[519] **Karakaş,** s. 100.

[520] Töre cinayetlerinin bulunduğu bir bölgede, ayırt etme gücü bulunan bir kız çocuğunun gebeliğe son verdirme ameliyatını (kürtaj) mümkün kılmak için yasal temsilcinin rızasının aranmaması gerektiğine dair görüş için bkz: **Ateş, Z.,** s. 81. Kanaatimizce bu görüş, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun m. 6 ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin

vazgeçemezler[521]. Dolayısıyla yasal temsilcinin izni veya icazeti aranmalıdır[522]. Öte yandan rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı için gerekiyorsa, bu durumda sınırlı ehliyetsizin tek başına kullanımı kabul edilmelidir. Örnekle açıklamak gerekirse, güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleye rıza göstermek, sağlık hakkının kullanımı değil, ihlali niteliğindedir. Bu sebeple sınırlı ehliyetsizin tek başına rızası geçerli değildir[523]. Fakat onbeş yaşından büyük küçüğün cinsel müdahaleye rızası cinsel özgürlüğün kullanımı niteliğinde olduğu için tek başına geçerlidir.

Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisi bu hakkını kötüye kullanıyorsa, bu durumda mahkemeden bir kayyım atanması ve onun rızasıyla veya acil işlerde mahkemeden izin alınması durumunda ve hatta işlem çok acil ise ve ailenin rıza göstermemesi çocuğun menfaatini önemli ölçüde etkileyeceği hallerde herhangi bir merciden izin almadan doğrudan hekimin tedavide bulunabileceği kabul edilmektedir[524]. Örneğin Yehova Şahidi

---

Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.13'ü gözden kaçırarak ileri sürülmüştür. Zira kanun ve tüzük gereği yasal temsilcinin izninin alınması zorunludur.

[521] Aynı yönde bkz. **Serozan,** s. 813 vd.

[522] Aynı yönde bkz: **Çilingiroğlu;** s. 50; **Zevkliler, s.** 21. Aksi yönde bkz: **Şenocak,** Rıza, s 73 vd.; **Karakaş,** s. 65 vd.; **Ateş, Z.,** s. 73; **Karakaş,** s. 95 vd.; **Helvacı,** İşlem, 106.

[523] **Karakaş,** s.66. Karakaş'a göre mutlak surette kişiye sıkı sıkıya bağlı olsa dahi bu tür müdahalelerde yasal temsilcinin rızası TMK m. 23/2 gereğince gerekir.

[524] **Aydın, Erdem,** s. 150 vd.; **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 135; **Özsunay, Ergun**; *Alman ve Türk hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*, Türk Hukukunda

olan bir ailenin çocuğuna kan nakli gerektiği durumda, ailenin rıza göstermemesi üzerine İngiliz Yüksek Mahkemesi, çocuğa kan naklinin yapılacağına karar vermiştir[525]. Öte yandan, çocuğun ve yasal temsilcinin tedavi konusundaki düşünceleri çatışıyorsa yasal temsilcinin iradesinin üstün tutulması gerekmektedir[526]. Zira çocuk eğer kendi menfaatin tehlikeye atarak tıbbi müdahaleye rıza göstermiyorsa, bu durumda yasal temsilcinin velayet/vesayet hakkında dayalı, bakım ve gözetim ödevine dayanarak verdiği kararın çocuğun iradesinin önüne geçtiği savunulmaktadır[527].

Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1983, İstanbul, s. 45; **Tacir,** s. 125 vd.; **Uygur,** s. 191 vd.; **Ekici Şahin,** s. 322 vd.; **Şenocak,** Hekim, s. 40; **Hakeri,** Tıp, s. 226 vd.; **Rosenau,** Ehliyet, s. 52 vd.

[525] İlgili 01.08.2014 tarihili karar için bkz**: An NHS Trust v Child B & Ors [2014] EWHC 3486 (Fam) (01 August 2014).**

[526] Aynı yönde bkz: **Hakeri,** Tıp, s. 225 vd.; **Aydın, Erdem,** s. 151 vd. Yazar örnek olarak penisilin iğnesi veya penisilin şurubu tedavisinde çocuğun şurubu seçerken, yasal temsilcinin iğneyi tercih etmesi durumunda, iğnenin tercih edilmesi gerektiğini savunmuştur.

[527] **İmamoğlu, Hülya**; Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 2, s. 206.

Ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin ise rıza gösterme ehliyeti kural olarak bulunmamaktadır[528]. Ayrıca, kural olarak tam ehliyetsiz kimsenin yerine yasal temsilcisi de rıza gösteremez. Ancak kimi zaman tam ehliyetsiz kişiyi korumak için konulmuş bu kuralın kat'i şekilde uygulanması, kişinin menfaatini önemli ölçüde zedeleyebilir. Örneğin zorunluluk bulunan tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi halinde durum böyledir. Eğer kişi tam ehliyetsiz olduğu için rıza göstermesi mümkün değil ve aynı zamanda yasal temsilcisinin de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kişi yerine kullanması mümkün değil denilirse, tam ehliyetsiz kişilerin sağlık sorunlarında herhangi bir işlem yapılamaz. Öğretide genel kabul gören bir görüşe[529] göre, kişinin menfaati gerektirdiğinde, hükmün koruma amacının sınırları dışındaki bir durumda, yasal temsilcinin ayırt etme gücü bulunmayan kimse yerine rıza göstermesi mümkündür. Bu noktada İsviçre Medeni Kanunda yer verilen, Türk öğretisi ve Yargıtay kararlarında de benimsenen bir görüşe göre[530], kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını yasal temsilci, temsil olunan yerine

[528] Bu noktada İngiltere'de konu olan ilginç bir olaya değinilmesi gerekir. Olayda kadın aşırı derecede sarhoş olduğu için rıza gösterip göstermediğini hatırlayamamıştır. Fakat mahkeme kişinin rıza göstermek için ehliyetli olması gerektiğini, davalının davacı kadının sarhoş olduğunu bildiğini ifade etmiş ve rızanın bulunmadığına karar vermiştir. İlgili karar için bkz. **England and Wales Court of Appeal, 2006, Crim 256.** Dolayısıyla kişi kendi fiiliyle ayırt etme gücünü kaybetse ve rıza gösterse bile bu rızası geçerli değildir.

[529] **Helvacı,** İşlem, 59 vd.

[530] **Karakaş,** s. 64 vd.; **Şenocak,** Rıza, 73 vd.

gerçekleştirebilir[531]. Ancak bu haklar kat'i surette kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan ise kullanılamaz[532]. Örneğin zorunluluk gerektiren bir tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin temsil olunan yerine rıza göstermesi mümkün iken, sırf güzelleştirme amacı taşıyan estetik bir müdahale kişiye kat'i surette sıkı sıkıya bağlı olduğu için yasal temsilcinin, temsil olunan yerine rıza göstermesi mümkün olmaz[533].

Bu noktada belirtelim ki, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı için sadece ayırt etme gücü yeterli olurken, daha ziyade maddi konuları ilgilendiren diğer haklar için aynı zamanda yasal temsilcinin izin veya icazetinin aranması hakların kullanılması açısından değerlendirilmektedir. Nitekim kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat ayırt etme gücü bulunan kimse tarafından kullanılmasına serbestî getirilmesi kişinin irade özgürlüğünün ve genel özgürlüğünün bir parçasıdır[534]. Ancak konu hakların ihlali olduğunda, aynı değerlendirmenin yapılması, kanaatimizce, konunun mahiyetine uygun düşmemektedir. Zira sırf güzelleştirme amaçlı estetik bir müdahaleye rıza göstermek kişiye kat'i surette sıkı sıkıya bağlı bir haktır[535]. Sınırlı ehliyetsiz kişinin, tek başına bu

---

[531] Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda ayırt etme gücü bulunmayan kimse yerine yasal temsilci bu hakkı kullanabilir. Bkz. **Şenocak,** Rıza, s. 73; **Karakaş,** s. 58 vd.; **Helvacı,** İşlem, 89.

[532] **Şenocak,** Rıza, s. 73; **Helvacı,** İşlem, 90.

[533] **Grimm,** s. 57 vd.; **Karakaş,** s.56 vd.

[534] **Karakaş,** s. 8 vd.

[535] **Karakaş, s.** 94 vd.

rızayı verebilmesini kabul ederken, öte yandan sınırlı ehliyetsizin bisikletine zarar verilmesine rıza göstermesi yasal temsilcinin izin veya icazetine bağlı tutmak tutarsızlığa sebep olmaktadır[536]. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsiz bakımından rıza gösterme hakkın malvarlığı hakkı veya kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olup olmadığına bakılmaksızın yasal temsilcinin izin veya icazetine bağlı olmalıdır[537]. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin müdahaleye rıza aynı zamanda bu hakkın kullanımı niteliği taşıyorsa, bu durumda yasal temsilcinin izinin aranması gerekmemektedir. Örneğin, ayırt etme gücü olan küçüğün arkadaşının evine gitmesi durumunda, kişinin seyahat özgürlüğüne bağlı olarak haklarını kullandığı kabul edilmeli, yoksa hürriyetinden yoksun bırakılmasına rıza gösterdiği şeklinde yorum yapılıp, arkadaşının evine gitmesi için yasal temsilcinin izin veya icazetinin aranmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, TMK m. 329 uyarınca çocuk velisinin sözünü dinlemekle yükümlüdür[538]. Ancak bu çocuk ile velisi arasındaki durumu düzenlemektedir. Üçüncü kişi iyi niyetli olduğu müddetçe küçüğün verdiği rıza geçerliliğini korumalıdır. Bir diğer örnek olarak, 15 yaşından büyük ayırt etme gücüne sahip küçüğün cinsel özgürlüğünün bulunması verilebilir. Dolayısıyla cinsel haklarını kullanma anlamına gelen müdahalelere rıza göstermek için yasal temsilcinin izni veya icazeti aranmaz. Fakat gösterilen rıza hakkın kullanımı için gerekli değilse veya kişilik

---

[536] **Ekici-Şahin,** s. 142 vd.

[537] Türk hukuk öğretesindeki görüşe göre, dövme ve piercing gibi yapılan müdahalelerde de sınırlı ehliyetsiz tek başına işlemi yapamaz ve yasal temsilcisinin onayının bulunması gerekir. Bkz. **Karakaş,** s. 100.

[538] **İmamoğlu,** Çocuk, s. 192 vd.

hakkını önemli ölçüde ihlal ediyorsa, müdahale hakkın ihlali niteliğinde olur ve rıza geçersiz kalır. Zira TMK m. 16 "*kullanma*" ifadesini içerirken TBK m. 27 "*kişilik haklarına aykırı"* ifadesini içermektedir. İki maddenin birlikte yorumlanması sonucunda, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkının ihlali durumda yapılan işlem kesin hükümsüzdür. Belirtmek gerekir ki, kullanmak ile menfaatine uygun olması aynı şeyler değildir. Örneğin cinsel ilişkiye rıza göstermek kişinin menfaatine olmasa bile hakkın kullanımı niteliğindedir.

Amerikan öğretisindeki bir görüşe göre, bir hakka sürekli müdahaleyi gerektiren fiile karşı rıza gösteren sınırlı ehliyetsiz olan küçük, tam ehliyetli hale gelirse tekrardan rızasının alınması gerektiği ifade edilmektedir[539]. Kanaatimizce, bunun bir şart olması bu tür müdahalelerde gerekli değildir. Nitekim sürekli müdahaleyi gerektiren fiillerde rızanın geri alınması da mümkündür. Dolayısıyla rızası olan küçüğün, ergin olduktan sonra rızasının olmadığına dair açıkça bir geri alma beyanında bulunmadıkça rızasının var olduğu kabul edilmelidir. Ancak Francis tarafından belirtildiği[540] gibi, tıbbi araştırmalarda kişiye ait bilgilerin toplanmaya devam etmesi veya toplanan bilgilerin kullanımının devam etmesi halinde, o kişinin bilgilendirilmesi gerekir. Zira kişinin bilgilerinin toplanmasının veya toplanan bilgilerinin kullanımının devam ettiğini bilmemesi halinde, rızasını geri aldığını bildirmesi mümkün olmaz. O halde önceki

[539] **Francis, Leslie P**., Patient Registries: Patient Consent When Children Become Adults *St. Louis University Journal of Health Law & Policy*, V:7, I:2, Y: 2014, s.403 vd.

[540] **Francis,** s. 401 vd.

bilgilerin tekrar kullanıldığı veya kişiden yeni bilgilerin alındığı çalışmalarda, kişinin ergin olup olmasına bakılmaksızın, bilgilendirilmesi daha doğru olur.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, yasal temsilcinin izninin zamanı hakkındadır. Yasal temsilcinin verdiği izin fiilin işlendiği zamandan önce ise zaten rıza geçerli olacaktır. Ancak yasal temsilcinin icazeti fiilden sonra verilirse, rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi gerekir. Bu durum geçerli bir rızanın fiilin en geç işlendiği sırada verilmiş olması gerektiğinin istisnasını oluşturmaktadır. Zira bu durumda fiil işlendiği sırada geçerli bir rıza bulunmamakta ancak sonradan rıza geçerli hale gelmektedir.

Sınırlı ehliyetli olarak adlandırılan ve birtakım işlerde yasal danışmanının[541] izin veya icazetinin arandığı kimseler açısından rıza gösterme ehliyeti bulunmaktadır. Zira kişinin sadece kanunda yazılı hallerdeki işlemleri yapması konusunda sınırlandığı ve bunun da dar yorumlanması gerektiği göz önüne alınırsa, kişinin ayrıca yasal temsilcisinden izin veya icazet almasına gerek olmadığı sonucuna kolayca ulaşılabilir[542].

Bazı özel düzenlemelerde, hakkın kullanılması belli bir yaş şartına bağlı olabilir. Bu durumda bu yaş şartı aynı zamanda rıza gösterme ehliyeti için de aranmalıdır. Örneğin, organ ve doku naklinde kişinin 18 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. O halde ayırt etme gücü bulunan küçüğün yasal temsilcisinin izni veya icazeti bulunsa bile organ ve doku nakline rıza gösteremeyeceği ifade edilmelidir. Hatta kişi mahkeme kararıyla

[541] TMK m. 429

[542] **Helvacı,** Davalar, s. 105.

erginliğini kazansa dahi, bu yaş şartı sebebiyle, gösterdiği rıza geçersiz olacaktır[543]. Yargıtay tarafından istikrarlı olarak verilen kararlarda, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından da 15 yaş şartı aranmaktadır[544]. Bununla birlikte, söz konusu bu kararlar ağır şekilde eleştirilmektedir[545]. Biz de bu kararların yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma sadece cinsel gayeler ile gerçekleşmemektedir. Bu sebeple bu tür bir yaş sınırı koymak isabetli bir yaklaşım değildir.

Sonuç olarak, bir saldırıyı hukuka uygun hale getiren rıza bakımından hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, fiil ehliyeti açısından kişinin ayırt

---

[543] Doktrindeki bir görüş, kazai rüşd hükümlerinin ehliyet açısından uygulanmasının adaletsiz olduğunu, aynı yaştaki ayırt etme gücü olan iki kişinin birinin rızası geçerli iken diğerinin rızasının askıda hükümsüz olmasını hukuken ve mantıken açıklamanın mümkün olmadığını savunmaktadır. İlgili görüş için bkz: **Ekici-Şahin,** 139. Kanaatimizce, bu görüş kazai rüşdün varlık sebebine değinmeden sonuçlarıyla değerlendirmekte ve hatalı bir yaklaşımda bulunmaktadır.

[544] Yargıtay, **CGK, E: 2014/389, K:2014/413, T. 30.09.2014;** Yargıtay, **CGK, E: 2014/678, K: 2015/267, T. 30.06.2015;** Yargıtay, **CGK, E:2014/307, K: 2015/8, T.17.02.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

[545] Yargıtay'ın suçun nitelikli hali olan cinsel amaçla işlenmesi noktasında 15 yaş şartı koymasını, hatalı olarak tüm maddeye ve basit haline de genişlettiği için eleştirilmektedir. Bkz. **Ekici-Şahin**, s. 132 vd.

etme gücünün bulunması gerekmektedir. Ayrıca kişi sınırlı ehliyetsiz ise bu tür müdahalelerde yasal temsilcinin izni veya icazeti aranmalıdır. Ancak rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğinde ise artık, sınırlı ehliyetsiz tek başına bu hakkı kullanabilmelidir. Zira bir hakkın kullanımı ile ihlal edilmesi[546] farklı olgulardır. Bir hakkın kullanılabilmesi için rıza gösterilmesi gerekiyorsa, bu durum kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliği taşıdığı için yasal temsilcinin icazeti aranmamalıdır. Ancak hakkın kullanılması için muhatabın müdahalesine rıza göstermek mecburi değilse artık bu hakkın ihlali niteliğinde olacaktır. Kanaatimizce, TMK. m. 16'nın lafzında geçen "kullanım" ifadesi ihlalleri kapsamamaktadır. Nitekim bu hüküm istisna niteliğindedir ve dar yorumlanmalıdır[547]. Kaldı ki, kişi rıza göstererek muhatabın fiili sonucunda ya tazminat talebinde bulunamamakta ya da tazminattan indirime sebep olmaktadır. Dolayısıyla rıza, kural olarak, malvarlığı alanına etki etmektedir.

[546] Karakaş'a göre kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların gelecekteki ihlallerinden doğan taleplerden vazgeçmek mümkün değildir. Bkz. **Karakaş,** s.77 vd.

[547] "Kullanım" kavramının geniş yorumlanması gerektiği; kavramın içeriğine kullanım için gerekli hukuki işlemlerin yapılması, kullanım için usul işlemlerinin yapılabilmesi ve korunması için dava açılabilmesini de kapsaması gerektiği yönünde bkz. **Karakaş,** s.76 vd.

C. İRADE BEYANI

İrade beyanı, irade (sübjektif) ve beyan[548] (objektif) unsurlar olmak üzere iki unsurdan oluşur[549]. İrade unsuru kişinin iç dünyasındaki isteme, düşünme gibi zihni

[548] Bazı yazarlara göre irade beyanı yerine irade açıklaması kavramı kullanılması gerekmektedir. Zira beyan olmadan faaliyetlerle de irade dış dünyaya yansıtılabilir. Bkz. **Eren,** Genel, s. 127 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 63. Ancak beyan, Türkçeye Arapçadan girmiş bir kelimedir. Arapçada be-ye-ne kökünün anlamı ise sözel açıklamanın yanında belirtmek, göstergesi olmak, delil olmak gibi anlamları da kapsamaktadır. Türkçede 'ayan beyan ortada' deyiminde ise beyan, göstergesi olma anlamında kullanılmaktadır. Dolayısıyla daha kapsamlı bir terim olarak açıklama yerine öğretide de yerleşmiş olan beyan teriminin kullanımı kanaatimizce, daha uygundur. Yani beyan sadece kelime, işaret ve yazıyı değil diğer delilleri de kapsayan bir terimdir.

[549] İrade ve beyan diye ikili bir ayırım olmadığı, bu düalizmin bulunmadığı, irade ve beyanın ayrılmaz bir bütün olduğu yönündeki görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip,** Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s.13 vd. Ancak kanaatimizce iradenin beyan/delil olmadan anlaşılamayacak olması ile iki unsurunun bulunmadığı düşüncesi örtüşmemektedir. Nitekim kişilerin belli başlı iradeleri olsa dahi bunları açıklamayabilirler. Tehdit ve cebir durumunda olduğu gibi, iradeleri o yönde olmasa veya bulunmasa bile beyanları bulunabilir. Aynı yönde bkz. **Atamulu, İsmail,** Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 10 vd.

faaliyetlerini kapsamaktadır[550]. Ancak kişinin iç dünyasını gösteren bir delil bulunmadıkça iradesinin ne olduğu anlaşılamaz[551]. Bu delil ise beyan yani objektif unsur ile ortaya çıkmaktadır. Rızanın kişinin isteğini ifade ettiği yadsınamaz bir gerçektir. Ancak katlanma, susma, alttan alma, karşı çıkmama, engel olmama gibi eylemsizliklerinin kişinin müdahaleye rızası anlamına gelip gelmediği ise tartışmalıdır. Nitekim kişinin iradesine ilişkin delili ifade eden beyanın iradeyi gösterip göstermediği bu gibi durumlarda anlaşılamayabilir. Örneğin arkadaşını mahcup etmemek için toplum içerisinde yaptığı el şakasına katlanan bir kimsenin, müdahaleye rızasının bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira karşı çıkmaması, engel olmaması sebebiyle bir kimsenin iradesinin o yönde olduğunu ifade etmek, buna fiziki veya psikolojik yeterliliği bulunmayan kimselerin tazminat talebinde bulunma isteminin engellenmesi anlamına gelir.

Eğer rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına, otonomisine dayanıyorsa, sadece iradesinin varlığı yeterlidir. Beyan ihtiyaridir. Ancak temel sorun iradenin var olup olmamasının delilindedir. Zira insanların iradesi dış dünyaya herhangi bir şekilde yansımıyorsa bilinemez[552]. Kişinin rızası bilinmiyorsa, kural olarak iradesiyle bir fiili

---

[550] **Yavuz, Elif,** Türk ve İngiliz Hukukunda Hile Kavramına Bakış, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007, s. 8; **Akıncı,** Borçlar, s. 47.

[551] **Akipek,** Olgu, s. 274; **Yavuz,** s. 10; **Atamulu,** s. 11; **Tunçomağ**, s. 120.

[552] Keza varması gerekmeyen irade beyanları sadece tek taraflı hukuki işlemlerde ve istisnaen mümkündür. Bkz. **Eren,** Genel, s. 141.

hukuka uygun hale getirdiği söylenemez. Bu sebeple rızanın hukuki bir sonuç doğurması için iradenin dış dünyaya bir beyan faaliyetiyle yansıması gerekir[553].

İradenin içsel süreci üç temel aşamada gerçekleşir. Öncelikle kişi rıza gösterilen fiili anlamalıdır. Anlama ise fiilin sonuçlarını, kendisine verecek zararı anlamayı oluşturur. Anlama illa ki bir kimsenin rıza gösterene anlatması şeklinde olmak zorunda değildir. Zira zaten yaygın olarak bilinen sonuçların ayrıca anlatılmasına gerek yoktur. Örneğin kuaföre gidip manikür-pedikür yaptıran bir kimsenin, fiilin sonuçlarını ve gerekli hareketleri bildiği varsayılır. İradenin anlama unsuru aynı zamanda ehliyetin de bir unsurudur. Anlama yeteneğinden yoksun bir kimsenin kural olarak rıza gösterme ehliyeti de bulunmamaktadır. Ancak rıza gösterilen fiil her zaman herkes tarafından bilinen bir sonucu veya hareketi içermeyebilir. Özellikle gelişen teknoloji ve toplum hayatının karmaşıklaşması sonucunda, bazı kimseler belirli bir meslekte uzmanlaşmakta veya belirli bir alandaki bilgiye sahip olmaktadır. Bunun sonucunda bu alanda olmayan kişinin fiili anlaması için, gerekli bilgiyi elde etmesi gerekir. Bazı durumlarda bu bilgiyi edinmek rızayı gösteren kimsenin görevi iken, bazı özel alanlarda bilgiyi edinmek fiili yapacak olan kişinin görevidir. Örneğin sağlık hukukundaki aydınlatma görevi fiili işleyecek kimsenin üzerindedir. Bilgi verme yükümlülüğü bulunan fiili gerçekleştirecek kimsenin gerekli bilgiyi vermemesi sonucunda ise ortada geçerli bir rıza bulunmayacak ve dolayısıyla yaptığı fiil sebebiyle sorumluluğu doğacaktır. Ancak kanunen bilgi verme yükümlülüğü muhataba yüklenmediği durumlarda, kişinin anlama yeteneğini oluşturacak

[553] **Yavuz,** s. 11 vd.; **Eren,** Genel, s. 132; **Akıncı,** Borçlar, s. 47; **von Tuhr,** s. 149; **Antalya,** s. 446; **Hakeri,** Tıp, s. 216; **Helvacı,** Davalar, s. 105.

yeterli bilgiyi bilme görevi kendisine aittir. Zira karşı tarafın, rıza gösteren kimsenin anlama yeteneğini oluşturacak bilgiye sahip olup olmadığını ayırt etme görevi bulunamaz. Ancak fiili gerçekleştirenin, rıza gösterenin bu konuda bilgisinin olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, rıza göstereni aydınlatması gerekmektedir. Aydınlatma ödevi bazen kanundan bazen de sözleşme veya somut olaydaki özen yükümlülüğünden kaynaklanabilir. Örneğin veri sorumlusunun ilgiliyi aydınlatma ödevi KVKHK gereğince bulunmaktadır. Öte yandan rıza gösterenin bilgisizliğini fark eden muhatabın da aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün ihlali ise hile sebebiyle rızanın geçersiz olması sonucunu doğurabilir.

İradenin oluşumunda ikinci aşama düşünce sürecidir. Bu süreçte kişi yapılacak müdahale ve uğrayacağı zararı anladıktan sonra, bunu düşünce süzgecinden geçirmelidir. Ancak bu noktada kişinin akla uygun davranıp davranmamasına bakılmamalıdır. Kişinin akla uygun davranmaması kişinin ehliyetini sorgulamayı gerektirecek bir aşamadaysa bu durumda ehliyetinin bulunmaması sebebiyle rızası geçersizdir. Ancak kişinin makul davranmayıp kendi menfaatini tehlikeye atması kendi tercihidir ve genel özgürlüğün bir parçasıdır.

Düşünce sürecinden sonra kişi düşüncesine uygun olarak fiili istemelidir. İsteme ve düşünme süreci ise birbiriyle sıkı bir bağ içerisindedir. Düşünme sürecinin sonunda kişi bu iradesi ile karara varmalı ve bu kararı istemelidir.

Öğretide iradenin eylem iradesi, beyan iradesi ve işlem/sonuç iradesi olarak üç unsurunun olduğu kabul edilmektedir[554]. Ancak hukuki bir sonuç amaçlanmasa, yani sonuç iradesi olmasa da geçerliliğini koruyacaktır[555]. Ayrıca beyan söz, yazı, beden hareketleri veya istisnai durumlarda susma şeklinde olabilir[556]. Beyan iradesi bakımından da mutlaka irade unsuru aranmadan beyan şuurunun bulunması yeterlidir[557].

İçsel olarak iradesi oluşan kişinin, bu iradesini dış dünyaya yansıtması için beyanda bulunması gerekmektedir. Bu beyan genellikle tereddüte yer bırakmayacak şekilde sözlü, yazılı veya birtakım işaretlerle bildirilir. Ancak kimi durumda birtakım diğer deliller de iradenin varlığını ispat ettiği için beyan niteliğindedir. Örneğin spor müsabakasına katılan profesyonel bir boksörün, oyun kuralları içerisindeki müdahalelere rıza gösterdiği, ringe çıkmasıyla kabul edilir[558]. Belirtelim ki, boksörler genellikle darbe almayı istemezler, aksine darbe almadan karşı tarafa saldırıda bulunmak temel amaçtır.

---

[554] Burada unsur değil bir sınıflandırma olduğu yönünde bkz. **Eren,** Genel, s. 128 vd. İşlem iradesi, fiil iradesi ve beyan iradesinin irade açıklamasının türü değil, unsuru olduğu yönünde bkz. **Akipek,** Olgu, s. 276.; **Eren,** Genel, s. 128 vd., **Kocayusufpaşaoğlu,** Hata, s. 22 vd.; **Atamulu,** s. 10 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 47 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 62 vd; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 131.

[555] **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s. 23 vd.; Aksi yönde bkz. **Atamulu,** s. 9 vd.; **Akyol, Şener,** Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.11; **von Tuhr,** s. 150 vd.

[556] **Atamulu,** s. 12; **Eren,** Genel, s. 126 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 66.

[557] **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s.26.

[558] **Cassani,** s.243vd.; **Antalya,** s. 447.

Dolayısıyla iradelerindeki isteme unsuru bulunmamaktadır. Fakat istemeseler dahi darbe alma riskini kabullenmektedirler. Hatta bu kabullenme, bir gelenek olarak havlu atılmasına kadar devam etmektedir. Bu noktada iradelerinin bulunduğu varsayılmaktadır.

Beyan iradenin varlığına dair bir ispattır[559]. Alman hukukundaki hâkim görüş, rızanın geçerliliği için sadece iradenin değil beyanın da varlığını aramaktadır[560]. Ancak beyan da insan ürünü olduğu için, irade ile beyanın uyuşmama ihtimali olabilir. Bu durumda beyan, güven ilkesinden yararlanılarak, muhatabın iyi niyetli olması durumunda, makul ve orta zekâlı bir muhatap bu beyanı nasıl anlaması gerekiyorsa ona göre bir sonuca varılmalıdır[561]. Örneğin saçına şekil verdirmeye giden kimse, 'saçı sakalı düzelt' dese ve

---

[559] **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s. 15.

[560] **Ohly,** s. 380 vd.; **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s. 25.

[561] **Kocayusufpaşaoğlu,** Hata, s. 8 vd. İrade beyanı yorumlanırken üç farklı açıdan bakılabilir. İlk açı irade teorisinin de yaptığı gibi, beyanda bulunan kişinin iradesini araştırmaya, bulmaya çalışır. Fakat insanların içsel iradelerini anlamak, süjeleri tüm insani özellikleriyle anlamlandırmak kanaatimizce mümkün değildir. Diğer bakış açısı ise iradenin varlığını ispat eden delillere, yani beyana bakmaktır. Bu noktada beyanı muhatabın anlayışına göre mi anlayacağımız yoksa artık taraflardan bağımsız bir yorum mu yapacağımız önem arz eder. Eğer muhatap gibi anlaşılacağı kabul edilirse, irade teorisinin eleştirileri burada da geçerlidir. Fakat beyanı ilişki dışındaki kişilerin (ki bu kişiler ideal kişi, objektif 3. kişi, hâkim olabilir) yorumuyla anlarsa da tarafların nisbi ilişkisinden çok adeta normları yorumlar gibi bir bakış açısıyla yorumlamamıza yol açar. İşte irade teorisi beyan sahibinin iradesini, beyan teorisi ise beyanın üçüncü kişilerce nasıl

berber de saçına çeşitli maddeler sürerek şekil vermek yerine saçı keserek kısaltsa, bu durumda kişinin rızasının bulunup bulunmadığı güven ilkesine göre çözümlenmelidir. Kanaatimizce, berber saçı sakalı düzeltirken nasıl yapılmasını istediğini müşterisine sormalıdır. Dolayısıyla ortada geçerli bir rıza bulunmamaktadır. Ayrıca başka bir kimsenin vücudu üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunan kimsenin, tasarrufu gerçekleştirmeden önce karşı tarafın iradesini daha detaylı araştırması gerektiği de belirtilmelidir[562]. Ancak, bu ifade yaygın olarak saçın ve sakalın kısaltılması anlamında kullanılıyorsa, buna güvenerek fiili gerçekleştiren berberin bu güveni de korunmalıdır.

İrade beyanının konusu ise fiildir[563]. Fiil hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır. Rıza gösterilen fiil ihmali davranışa yönelik de olabilir. Örneğin, bisikletinin kullanılmasına rıza gösteren kimse, aynı zamanda nasıl kullanılacağını yeni öğrenen muhataba 'herhangi bir zarar gelirse de canın sağ olsun' diyorsa, bu durumda

---

anlaşılacağını ifade eder. Fakat güven teorisi ise olaydaki muhatabın dürüst ve makul bir muhatap olması durumda nasıl yorumlaması gerekiyorsa, irade beyanını o şekilde yorumlamaktadır. Bu ise hem tarafların nisbi ilişkisindeki kişileri nazara aldığı için, hem de tarafların içsel iradelerinden çok onların objektifleştirilmiş kriterlerle değerlendirerek orta yolu bulmaya çalıştığını görmekteyiz. Bkz. **Eren,** Genel s. 149 vd.; **Atamulu,** s. 12 vd.; **Akyol,** Yorum, s. 54 vd.; **Tunçomağ**, s. 332 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 68 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 71 vd.; **Kalkan Oğuztürk, Burcu,** Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 27 vd.

[562] **Grimm**, s. 42 vd.

[563] **Ekici-Şahin,** s. 125.

kişinin ihmali davranışına rıza göstermektedir. Ancak öğretide[564] örnek olarak verilen, sarhoş sürücünün arabasına binen kimsenin kaza halinde rıza göstermesi, AIDS hastalığı bulunan sevgilisi ile korunmadan cinsel ilişkiye giren kimsenin rızası göstermesi hallerinde, kişinin serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakkına ilişkin rıza göstermesi nedeniyle rıza zaten geçersizdir.

1. İRADENİN AÇIKLANMASI GEREKLİLİĞİ

İradenin açıklanması ile ilgili üç görüş bulunmaktadır. İradenin Yönü görüşüne (willensrichtungstheorie) göre, rızanın açıklanması gerekmemektedir. Açıklansa dahi muhataba varması gerekmez[565]. Hatta fiili işleyecek kimseden farklı kimseye yöneltilse dahi geçerli bir rıza mevcuttur. Görüşü savunan Manigk'e göre rıza, 'saf düşünce' sürecidir ve bir duygu açıklamasıdır[566]. Schenke'ye göre, kişi içsel olarak fiili kabullendiyse, hukuki korumaya ilişkin menfaat bulunmayacaktır[567]. Yanılma ihtimalinde ise fail, kusur ile orantılı olarak korunmaktadır. Boehmer[568], rızanın vekâletsiz iş görme

---

[564] **Ekici-Şahin,** s. 128 vd.

[565] **Cassani,** s. 246 vd.; **Ekici Şahin,** s. 167 vd.; **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s. 6.

[566] **Manigk, Alfred,** Das rechtswirksame Verhalten, Berlin, 1939, s. 508 vd. (**Ohly,** s. 42'den naklen)

[567] **Schenke, Wolf,** Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Diss. Erlangen, 1965, s. 43 vd. (**Ohly,** s. 52'den naklen)

[568] **Boehmer,** s. 705. (**Ohly,** s. 53'ten naklen)

ile benzerliğine işaret eder. Eğer iş gören, iş sahibinin sadece iradesine göre hareket ettiğinde hukuka uygunluk bulunuyorsa, rıza için de sadece irade yeterli olmalıdır[569].

İradenin yönü görüşü, ispata ilişkin sorunlar sebebiyle eleştirilmektedir. Ayrıca tazminat talep etmeme ile rıza arasındaki fark ortadan kalkmaktadır. Rızanın açıklanmasına gerek olmadığı durumlarda, geri alınmasının da açıklanmasına gerek olmaz. Böyle bir durumda rızanın varlığı belirsiz hale gelir. Buna bağlı olarak fiili işleyenin neye göre sorumlu olacağını belirlemek de oldukça güç olur. Bu durum ise hukuki güvenlik ilkesi ile çelişmektedir[570].

İradenin mutlaka sözlü veya yazılı olarak açıklanması gerektiğini savunan katı irade beyanı görüşü (Willenserklärungstheorie) rızayı hukuki işlem olarak açıklar[571]. Nitekim sessiz kalınarak, tazminat hakkından mahrum kalma gibi ağır bir sonuca sebep olacak bir müessese öngörülemez. Ancak bu görüş, sözlü veya yazılı beyan dışında da iradenin açıklanabileceği, rızanın hukuki işlem olmadığı ve rızaya ait bir şekil şartının bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[572].

---

[569] Kohte ise vekâletsiz iş görmede, iş sahibinin iradesinin diğer unsurlar arasında sadece bir unsur olduğunu ve dolayısıyla benzerliğin bulunmadığını ifade etmekte ve Boehmer'i eleştirmektedir. **Kohte**, Acp 185 (1985), s. 105 vd. (**Ohly**, s. 57'den naklen)

[570] **Ekici Şahin,** s. 169.

[571] **Zitelmann,** s. 56 vd. (**Ekici Şahin,** s.167'den naklen)

[572] **Ekici Şahin,** s. 167.

Bizim de katıldığımız sınırlı irade açıklaması görüşü (eingeschränkte Willenserklärungstheorie) ise iki görüşün ortasında bir yol bulmuştur. Bu görüşe göre, geçerli bir rıza için iradenin açıklanması gerekmektedir. Ancak irade açıklaması sarih veya zımni olabilir[573]. Sözlü, yazılı ve hatta davranışlarla irade açıklanabileceği gibi, somut olayın incelenmesine göre susma da irade açıklaması olarak kabul edilebilir[574]. Ancak tek başına susma veya fiile/faile engel olmama rıza olarak kabul edilemez[575].

[573] **Ekici Şahin,** s. 170 vd.

[574] **Atamulu,** s. 12; **Eren,** Genel, s. 136. Yargıtay, **4. HD, E. 2013/4007, K. 2014/2843, T. 20.2.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018. Öte yandan susmanın hiçbir şekilde rıza olarak nitelenemeyeceğine yönelik bkz: **Ekşi,** Rıza, s. 18.

[575] **Akıncı,** Borçlar, s. 48. Ancak bazen birtakım müdahaleler süreklilik arz ederler. Bu müdahalelerin devamına karşı çıkmayarak karşı tarafta rıza gösterildiğine dair güven duygusu oluşturulmuş olabilir. Bu durumda kişinin bu güveni korunmalıdır. Ancak bu güvenin korunması için kişinin sonradan bu müdahalelere karşı tazminatta bulunması isteminin çelişkili davranış niteliğini kazanması gerekir. Kural olarak, sonradan karşı çıkıldığında ise artık devam edecek müdahaleler rıza yoksunluğu sebebiyle hukuka aykırı olur. Belirtelim ki, bu kuralın istisnası ise yasal düzenleme bulunmasa dahi öğreti ve Yargıtay tarafından öngörülen, marka hakkı sahibinin 5 yıl boyunca ihlale sessiz kalması sonucunda marka hakkını ihlal edene markanın hükümsüzlüğü davasını sonradan açamayacağına dair ilkedir. Bkz: Yargıtay, **HGK E. 2013/11-1573, K. 2015/1055, T. 18.3.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018. Sessiz

Somut olayda kişilerin ilişkisi, fiilin işleniş tarzı, kişilerin diğer davranışlarından rızanın varlığı anlaşılabiliyorsa, bu durumda geçerli bir rıza bulunmalıdır. AİHM, bir olayda arkadaşı tarafından tecavüze uğrayan kişinin, aktif olarak direnmemesinin rıza olarak yorumlanmasını, eksik değerlendirme kabul ederek Bulgaristan'ı mahkûm etmiştir[576].

Rızaya ilişkin irade beyanının açıklanmasının ispat dışında bir diğer önemi ise, faile, fiili işlenmesine ilişkin yol göstermesidir. Rıza açıklaması faile fiilin zamanı, sınırı, kapsamı ve yeri gibi unsurları belirlemesinde yardımcı olur.

Türk Ceza Kanunu m. 26 f.2'ye göre de rızanın açıklanması gerekmektedir. Ancak TMK m. 23 f. 2 ve TBK m. 63 f. 2'nin lafzından açıklanma gerekliliğine dair bir sonuç çıkmamaktadır. Kanaatimizce, rızanın bir irade beyanına dayanması gerekmektedir[577].

Ayrıca belirtelim ki, bir diğer hukuk sistemi olan İslam hukukunda da irade dış dünyaya mutlaka yansımalıdır. Bu, hukukun kişilerin iç dünyasında değil, objektif olarak işlemesinin bir gerekliliğidir.

---

kalma yoluyla hak kaybı veya uzun süre boyunca katlanmanın zımni rıza olduğuna ilişkin bkz: **Ohly,** 270 vd.

[576] The European Court of Human Rights, M. C. v. Bulgaria, T. 4.12.2003, Application Number: 39272/98, kn. 181. Erişim Adresi: https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp Erişim Tarihi: 10.11.2018

[577] Bkz. yukarıda "İkinci Bölüm – III- C – 1. İradenin Açıklanma Gerekliliği", s. 185 vd.

Rızanın açıklanması gerekliliğini, ihlal edilen hakkın önemi ve müdahalenin ciddiyeti belirler. Örneğin tıbbi müdahalelerde iradenin açıklanması mecburi iken, bir televizyon kanalına röportaj verilirken, çekilen fotoğraflarında röportaj ile yayınlanmasına kişi açıkça karşı çıkmadığı durumlarda, rızasının varlığı kabul edilmelidir.

2. RIZA AÇIKLAMASININ MUHATABI

Hâkim görüş rızanın açıklanması gerekitği yönündedir. Fakat rızanın fiili işleyecek kimseye yöneltilmiş olması gerekliliği ise tartışmalıdır. Özellikle sağlık hukukunda rızanın fiili işleyen hekime yapılması gerektiği savunulmaktadır[578]. Ancak susmanın bile rıza sayılabileceğini belirttiğimize göre rıza fail dışında bir kimseye yapılsa dahi geçerlidir[579]. Belirtmek gerekir ki, fail rızayı bilmiyorsa ve rıza geçersiz ise bu durumda rıza birlikte kusur olarak değerlendirilemeyeceği[580] gibi, tazminattan indirim sebebi de teşkil etmez. Zira rıza failin fiili gerçekleştirmesi açısından kusuruna etkide bulunmamıştır. Ayrıca üçüncü kişiye yapılan rıza açıklamasının, gerçek anlamda rızayı oluşturması için, objektif olarak o fiile rıza gösterdiğinin anlaşılır olması gerekir[581].

---

[578] **Akbenlioğlu,** s. 162; **Işık Özcan,** s. 89 vd.

[579] **Bayraktar**, Uygunluk, s. 22. Aksi yönde bkz. **Işık Özcan,** s. 89 vd.; **Antalya,** s. 737.

[580] Tazminattan indirim sebebi olan rızayı birlikte kusur olarak değerlendiren görüş bakımından bkz. aşağıda "Üçüncü Bölüm – IV – B – 3. Tazminattan İndirim Sebebi Olarak Rıza" s. 298 vd.

[581] **Bayraktar**, Uygunluk, s. 22; **Ekici Şahin,** s. 176.

Örneğin, bir kişi komşusuyla konuşurken burnundan hoşlanmadığını, rinoplasti ameliyatı yaptırmayı düşündüğünü söylerse; burada kişinin rızasının olduğu söylenemez. Nitekim kişi hem aydınlatılmamıştır hem de beyanı iradesinin net olmadığını göstermektedir. Ancak aynı kişi gerekli aydınlatma yapıldıktan sonra, ameliyatı yapan doktora değil de doktorun yardımcısı olan bir hemşireye ameliyata dair rızasını açıklasa kanaatimizce, geçerli bir rıza bulunmaktadır. Örneğin uygulamda sıkça karışılaşılan aydınlatılmış rıza formunu, gerekli aydınlatma yapıldığı takdirde, sekreterliğe bırakması durumunda da geçerli bir rıza bulunmaktadır.

Bazen durumlarda rızanın muhatabının belli şartları taşıması, fiilin hukuka uygun olması için zorunludur. Bu şartlar bazen kanundan doğar. Örneğin, tıbbi teşhis, tedavi ve koruma fiillerini sadece hekimler yapabilirler. Ancak bazen de rızanın içeriğinden muhatabı anlaşılır. Örneğin, organ naklini sadece beyan ettiği doktorun yapmasını isteyen bir kimsenin ameliyatını sadece o doktor yürütebilir.

3. İRADE BEYANININ ZAMANI

Rıza en geç fiil işlendiği anda mevcut olmalıdır[582]. Zira rıza hukuka uygunluk sebebi olduğuna göre, fiil anında geçerli bir rıza yoksa, fiil hukuka aykırı olacaktır. Diğer şartların da varlığı halinde failin fiilinden sorumluluğu doğar.

---

[582] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.32, **Akbenlioğlu,** s. 150; **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 142; **Ekşi**, Rıza, s. 18; **Işık Özcan**, s. 98; **Erpek,** s. 65; **Kılıçoğlu A.,** Basın, s. 379; **Tiftik,** s. 387; **Uygun,** s. 687; **Ekici Şahin,** s. 178; **Çilingiroğlu,** s. 53; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 244; **Eren,** Genel, s. 630; **Akıncı,** Borçlar, s. 142; **von Tuhr,** s. 371;

Fiilden sonra verilen rıza ne anlama gelir? Örneğin bir kimse arkadaşının aracını kullanırken kaza yapıp araca zarar verse, arkadaşı ise 'önemli değil, canın sağ olsun!' derse bu neyi ifade eder? Kanaatimizce, bu tazminat hakkından feragat anlamına gelmektedir[583]. Nitekim fiil öncesinde geçerli bir rıza bulunmadığı için hukuka aykırıdır. Dolayısıyla tazminat talep etme hakkı diğer şartların varlığı halinde bulunmaktadır. Ancak kişi bu tazminat hakkından vazgeçtiğini ifade ederse, bu tazminattan feragat etmiş olduğu anlamına gelir[584].

Sınırlı ehliyetsizin kendisinin rızasının bulunduğu, ancak temsilcisinin izninin bulunmadığı hallerde, yasal temsilcinin fiilden sonra verdiği icazet, kanaatimizce, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Zira bu durumda fiil işlendiği sırada rıza askıda

---

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop; s. 490; **Antalya,** s. 446; **Hakeri,** Tıp, s. 216; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 292; **Helvacı,** Davalar, s. 104; **Ohly,** s. 398 vd. Yargıtay, **11. CD, E. 2006/6061, K. 2009/2292, T. 11.3.2009,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[583] Aynı yönde bkz. **Kılıçoğlu A.,** Basın, 379; **Tiftik,** s. 387; **Uygun,** s. 195; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 32; **Çakmut,** s. 209 vd.; **von Tuhr,** s. 371; **Antalya,** s. 447; **Helvacı,** Davalar, s.104. Rızanın tazminattan vazgeçme olduğu yönünde bkz. **Akman,** s. 22; **Çilingiroğlu,** s. 53; **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 32; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 244; **Eren,** Genel, s. 630; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s. 362; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 490; **Reisoğlu,** s. 166; **Kayar,** s. 110; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 292 vd. Burada ibra anlaşması olabileceği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 25.

[584] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.32.

hükümsüzdür[585]. Dolayısıyla fiil sırasında geçerli bir rıza bulunmamaktadır. Ancak icazet verildiği anda geçmişe etkili olarak fiil geçerli hale gelmektedir. Baştan itibaren geçerli olduğu için de muhatabın fiili hukuka uygun hale gelir.

4. İRADE BEYANININ AÇIK VEYA ÖRTÜLÜ OLMASI

İrade beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir[586]. Ancak müdahale ne kadar ciddi ise iradenin beyanı da o kadar açık olmalıdır. Rıza geçerli ise tazminat isteme hakkının bulunmaması gibi ağır bir sonuca sebep olacağı, bunun kişiler arasındaki menfaati bozacağı gerekçesi ile örtülü rızayı bazı yazarlar[587] kabul etmemektedirler. Zımni rızayı gerçekliği olmayan bir kurgu olarak ifade etmektedirler. Kanaatimizce, bu endişe haklıdır. Ancak bu tür bir endişeden dolayı rızanın varlığına güvenen failin de bu güveninin korunmaması menfaat dengesini daha fazla sarsar. Dolayısıyla örtülü de olsa

[585] Bkz. aşağıda dn. 617 ve 618.

[586] **Cassani,** s. 246; **Akbenlioğlu**, s. 165; **Ateş, Z.,** s. 49; **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 140; **Ekşi,** Rıza, s. 18; **Erpek,** s. 63 vd.; **Uygun,** s. 195; **Çilingiroğlu,** s.72 vd.; **Eren,** Genel, s. 628; **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987, s.114; **Kayar,** s. 109.; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 25; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 361; **Şenocak,** Hekim, s. 42; **Hakeri,** Tıp, s. 216; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 293; **Helvacı,** Davalar, s. 105.

[587] **Kohte,** AcP 185 (1985) 105 (122) (**Ohly**, s. 392 dn. 73'ten naklen)

beyan iradeyi objektif olarak ortaya koyuyorsa rızanın varlığı kabul edilmelidir[588]. Ancak örtülü olarak verilen rızanın varlığı incelenirken daha titiz davranılması gerektiği yadsınamaz bir gerçektir.

Zımni rızaya birkaç örnek verilmesi, konuyu aydınlatma bakımından önemlidir. Altsoyu tehdit eden bir hastalığın varlığı bilinerek evlenilirse, artık eş nispi butlanı ileri süremez. Zira bu konuda zımni rızası bulunmaktadır[589]. Bir kimse hastaneye gidip sıra numarası alırsa veya rıza formunu doldurursa, teşhis için zımni rızasının bulunduğu kabul edilir[590]. Aynı evde yaşayan birden fazla kişi varsa ve içlerinden birisi arkadaşını eve davet ederse, diğerlerinin ses çıkarmaması zımni rızaya bir diğer örnek teşkil eder. Yargıtay, alkollü bir sürücünün aracına binmeyi zımni rıza kabul etmiş ve tazminatta indirime gidilmesi gerektiğini ifade etmiştir[591]. Bir diğer kararda ise, kamulaştırmasız el atmaya ilişkin tazminat talebinde bulunulduğunda, bu haksız işgale rıza gösterildiği kabul edilmiştir[592].

---

[588] Zımni rızada güven prensibinden yararlanılacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 25.

[589] **Zevkliler**, 286.

[590] **Hakeri,** Tıp, s. 216 vd.

[591] Bkz. aşağıda s. 260, dn. 796.

[592] Yargıtay, **1. HD, 2014/7345 E., 2014/10695 K., T. 29.05.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

Bazen bir kimse hakkının ihlaline belli bir süre karşı çıkmazsa[593] veya bu ihlale katlanırsa, kişinin zımni rızasının bulunduğu sonucuna varılabilir[594]. Ancak bu müdahale süreklilik arz ediyorsa, kural olarak karşı çıkıldığında, sonraki müdahalelere rızanın bulunmaması sebebiyle hukuka aykırılık meydana gelir. Fakat önceki müdahaleler için tazminat talep edilemez[595]. Bunun bir istisnası ise, fikrî mülkiyet hukukunda, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinde bulunmaktadır. Buna göre bir kimse beş yıl boyunca

[593] Örneğin Yargıtay zamanaşımı def'ini ileri süren davalının, davacının hâkimin tanıdığı süre içinde cevap vermemesi halinde iddia ve savunmanın genişletilmesine rıza gösterdiği sonucu çıktığını ifade ettiği karar için bkz. Yargıtay, **HGK, E. 2011/4-640, K. 2012/89, T. 22.02.2011,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[594] Yargıtay, **4.HD**, **E. 2014/727, K. 2014/15648, T. 20.11.2014** "*Dosya kapsamından; sadakat yükümlülüğü ihlal edilmiş olmasına rağmen, davacı ile dava dışı eşi arasındaki evlilik birliğinin, eşin ölümüne dek devam ettiği anlaşılmaktadır. Davacı tarafından sözkonusu ilişkiye karşı yaklaşık 30 yıl boyunca ses çıkarılmayarak dava açılmamış olması karşısında, davacının zararı doğuran fiile razı olduğunun kabulü gerekir."* Aynı yönde bkz: Yargıtay, **4. HD, E. 2013/16637, K. 2014/10968, T. 26.6.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[595] Yargıtay, **4. HD, E. 2015/5265, K. 2016/3059, T. 9.3.2016,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

markasının ihlal edildiğini bilmesine rağmen sessiz kalmışsa, artık markanın hükümsüzlüğünü ileri süremez[596].

5. İRADE BEYANINI SAKATLAYAN HALLERDE VERİLEN RIZA

Rıza bir irade beyanı olduğu için, rıza gösterenin iradesi, iradenin oluşumu safhasında sakatlanmış veya rıza gösterenin iradesi ile beyanı arasında uyumsuzluk, yani beyanında bir sakatlık olabilir[597]. Bu sakatlıkların sebebi razı olandan kaynaklanabileceği gibi, muhataptan ve hatta üçüncü bir kişiden de kaynaklanabilir. Bu tür sakatlanmalarda uygulanacak hükümlerin belirlenmesi ise önem arz etmektedir. Ancak belirtelim ki, özel

---

[596] Yürürlükte kaldırılmadan önce, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m. 42 f. 1 a bendinde tanınınmış markalar için yasal dayanağı bulunan bu ilkenin, Yargıtay tarafından bütün markalarda kullanılacağı ifade edilmekteydi. Ancak tanınmış markalar dışında sürenin 5 yıl değil somut olaya göre daha az veya daha fazla olabileceği ifade edilmekteydi. Bkz: Yargıtay, **HGK E. 2013/11-1573, K. 2015/1055, T. 18.3.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018. Artık 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25 f. 5 tüm markalar açısından sessiz kalma yoluyla hak kaybı süresini 5 yıl olarak kabul etmiştir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı veya uzun süre boyunca katlanmanın zımni rıza olduğuna ilişkin bkz: **Ohly,** 270 vd.

[597] **Turan Başara, Gamze/Başara, İzzet,** *Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 1, Turhan Kitapbevi, Ankara, 2010, s. 335 vd. ; **Atamulu,** s. 12; **Eren,** Genel, s. 392; **Tunçomağ**, s. 332 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 427.

hukuk öğretisinde, rızaya ilişkin irade beyanın sakatlanması noktasında, yeterince görüş bulunmamaktadır[598]. Daha ziyade ceza hukukundaki görüşler benimsenmekte veya kullanılmaktadır.

Rıza bir irade beyanı olduğu için ilk belirlenmesi gereken husus, rızaya ilişkin hükümlerde, Türk Borçlar Kanunu'nun irade sakatlığına ilişkin hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Rıza tek taraflı bir irade beyanı ve görüşümüze göre hukuki işlem benzeri bir fiildir. Sözleşmeleri ve özellikle satım sözleşmesini esas alarak düzenlenen Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinin rıza ile uyumluluğu belirlenmeden doğrudan uygulanamaz[599]. Gerçekten de irade sakatlıkları Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler adlı birinci kısmın, Borç İlişkisinin Kaynakları adlı birinci bölümünün, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri adlı birinci ayırımında, İrade Bozuklukları adlı yan başlığının altında m. 30-39'da düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında, sadece iki taraflı olan hukuki işlemlerde uygulanacağına dair bir sistematik yorum yapılabilecektir[600].

---

[598] **Ohly,** s. 411.

[599] **Işık Özcan,** s. 91; **Ilgın, Ayşe Nur,** Kendi Kusuruyla Hataya Düşen Tarafın Tazminat Sorumluluğunun Şartları ve Kapsamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2009, s. 84 vd. Yargıtay tek taraflı hukuki işlem olan feragate irade sakatlığı hallerinin doğrudan uygulanacağını ön görmektedir. Bkz. Yargıtay, **1. HD, E. 2013/6576, K. 2013/7856, T. 16.5.2013,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[600] **Yıldırım,** Hile, s. 59.

Ancak irade sakatlıklarının doğası gereği sözleşmelere ilişkin olduğuna yönelik bir yorum yapılsa dahi, karşılıklı irade beyanlarının uyuşması[601] noktasında değil, taraflardan birinin iradesi ile beyanı arasındaki uyuşma noktasında bir düzenleme olduğu açıktır. Dolayısıyla tek taraflı hukuki işlemlerde de uygulanabilir[602]. Bu durumda rızanın hukuki işlem olduğunu savunan yazarlara göre, rızaya doğrudan TBK m. 30-39 uygulanır[603]. Ancak, özellikle irade sakatlığının geriye etkili olarak sonuç doğurması, ceza hukukuna uygun düşmemektedir. Rızanın hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul edilmesi gerektiği için irade sakatlığına ilişkin hükümlerin de uygun düştüğü ölçüde rızaya kıyasen uygulanması gerekmektedir[604]. Fakat hangi hükümlerin nasıl uygulanacağı konusunda ise öğreti ve uygulama yetersiz kalmaktadır.

---

[601] Nitekim tarafların karşılıklı irade beyanları uyuşmazsa sözleşme kurulmamış sayılır (Yokluk). Bu noktada iradelerinin uyuşması ile beyanlarının uyuşması arasındaki fark hakkındaki tartışmalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu,** Hata, s. 5 vd.

[602] **Eren,** Genel, s. 393; **Tunçomağ**, s. 334; **von Tuhr,** s. 277. Yargıtay tek taraflı hukuki işlemlerde de bu hükümlerin uygulanacağını kabul etmektedir. Yargıtay, **1. HD, E.2013/6576, K. 2013/7856, T. 16.5.2013,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

[603] **Eren,** Genel, s. 393.

[604] **Çilingiroğlu,** s.75; **Akbenlioğlu,** s. 151; **Yıldırım, Mustafa Fadıl,** *Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı Halleri*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 993; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 242.

İrade sakatlıklarının rızayı etkilemesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre, her türlü irade sakatlığı rızayı geçersiz kılar[605]. İkinci görüşe göre[606], saikte yanılmalar dışındaki bütün sakatlıklar rızayı geçersiz kılar. Üçüncü görüşe[607] göre, rızayı sadece önemli irade sakatlıkları geçersiz kılarken, önemsiz/küçük sakatlıklar rızaya etki etmez. Dördüncü görüşe göre[608], irade sakatlığının rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere ilişkin olması gerekmektedir. Beşinci bir görüşe göre[609], her türlü irade sakatlığı rızayı geçersiz kılar; ancak irade sakatlığı sonucu oluşan geçersiz rızaya rağmen fiili gerçekleştiren kişiye netice yüklenemiyorsa, fail sorumlu değildir. Bu görüşler ise her bir

---

[605] **Ekşi**, Rıza, s. 18; **Ilgın,** s. 86 vd.; **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 138; **Bayraktar, Köksal,** *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, s. 99.

[606] **Schönke/Schröder/Lenckner,** StGB Vorbem. 32, kn. 46 (**Ekici Şahin,** s. 200 dn. 332'den naklen)

[607] **Kühne, Hans Heine;** "*Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts",* in JZ 1979, s. 241 (**Ekici Şahin**, s. 200 dn. 334'ten naklen)

[608] **Artz, Günther,** Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt am Mein, 1970, s. 29 vd. (**Ekici Şahin,** s. 200'den naklen).

[609] TCK m. 30 da bu yöndeki görüşü benimsemiştir. Ayrıca bkz. **Kühne, Hans Heine,** Die Strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzlichts", in JZ 1979, s. 241 (**Ekici Şahin,** s.200'den naklen).

irade sakatlığı bazında daha da detaylı bir hâl almaktadır. Dolayısıyla her bir sakatlık türü ve görüşler tek tek incelenmelidir.

İrade sakatlığı türleri tek tek incelenmeye başlanmadan önce rızanın var olup iradenin sakatlanması hali ile rızanın var olmadığı durumların ayırt edilmesi gerekmektedir. İlk olarak, bir kimsenin verdiği rızanın sınırı aşılıyorsa, bu aşılan kısım için rızanın bulunmadığını ve dolayısıyla irade sakatlığı haline başvurmanın yersiz olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin fotoğrafının çekilmesi konusunda rıza gösteren kimsenin, rızası alınmadan fotoğrafının yayınlanması durumunda, kişinin fotoğraflarının yayınlanmasına rızası bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada herhangi bir irade sakatlığı hali yoktur. Ayrıca HİV virüsü bulunan, ancak bundan haberdar olmayan kimsenin cinsel ilişkiye girdiği halde, HİV virüsünün bulaşması konusunda kişinin rızası yoktur. Ek olarak, irade sakatlığı halleri, sadece ihlalin gerçekleşip bittiği hallerde önem arz etmektedir. İhlal başlamamış veya devam ederken kişi rızasını geri alabilir. Son olarak, irade beyanlarına ilişkin öğretideki görüş ayrılıklarının herhangi bir sözleşmenin parçası olmayan, tek taraflı rızalar için var olduğunu, zaten bir sözleşmenin parçası olan rızanın TBK'nın hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Örneğin, bir taşınırını kiraya veren kimsenin, malın kullanılmasına ilişkin rızası sözleşmenin parçasıdır. Bu durumda iradesindeki sakatlıklar TBK'nın ilgili hükümlerince çözülür.

İrade sakatlığı hallerinde, iradeyi sakatlayan yanılma, aldatma veya korkutmanın, rıza gösterilen hakka ilişkin olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre[610] sadece ihlal

[610] **Artz,** s. 29 vd. (**Ekici Şahin,** s. 200'den naklen).

edilecek hukuksal değere ilişkin irade sakatlıkları dikkate alınmalıdır. Örneğin kişinin elde edeceği menfaate ilişkin aldatma rızayı geçersiz kılmaz. Eğer bir estetik cerrah, rıza gösterenin güzelleştirme ameliyatı olması durumunda, evlenme olanağının önemli ölçüde artacağını söylemişse, tıbbi müdahale ile ihlal edilecek değere ilişkin olmadığı için dikkate alınmaz. Buna karşı çıkan görüşe göre[611], kişinin otonom iradesini etkileyen her türlü irade sakatlığı dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce, iradesini etkileyen her şey, etkileme şekline uygun olarak dikkate alınmalıdır. Örneğin rızanın temelini oluşturmayan bir saikte yanılması dikkate alınmayacak iken saike ilişkin bir aldatma dikkate alınmalıdır.

Son olarak belirtelim ki, irade sakatlığının ileri sürülmesi halinde, geçmişte yapılan müdahaleler hukuka uygun olsa dahi bundan sonraki müdahaleler hukuka aykırıdır[612]. Zira kişi iradesinin sakatlandığını ileri sürerek artık rızası ile bağlı olmak istemediğini karşı tarafa bildirmiştir.

a) YANILMA (HATA)

Yanılma (hata), kişinin bir gerçeği yanlış anlayarak veya bilerek, bu yanlış bilgisine göre irade beyanında bulunması ya da iradesi ile beyanı arasında bir uyumsuzluk

---

[611] **Ekici Şahin,** s. 202 vd.

[612] Karşılıklı mübadele ilişkisinin bulunmadığı durumlarda Federal Mahkeme irade sakatlığının sonucunun ileri etkili olduğunu kabul etmiştir. Bkz. ATF 129 III 320/329 c. 7.1.3, JdT 2003 I 331 (**Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 241'den naklen).

olmasıdır[613]. Kişinin gerçekler hakkındaki yanılgısı, oluşturduğu iradeyi çeşitli aşama ve şekillerde etkileyebilir. Ancak somut olaydaki muhatabın objektif ve haklı olarak oluşturduğu kanaati hiçe saymak da mümkün değildir. İşte bu sebeple bir irade beyanı yanılma ile sakat ise neye göre karar verileceği önem arz etmektedir.

Yanılma kişinin kendi kusurundan kaynaklanabileceği gibi, kusursuz şekilde de bir kimse yanılabilir. Yanılma irade beyanında açıklamaya ilişkin olabileceği gibi iradeye ilişkin de olabilir. Ayrıca bir kimseyi rıza göstermeye teşvik eden saike ilişkin olarak da yanılabilir[614]. Türk Borçlar Kanunu'ndaki yanılma hükümleri ise sinallagmatik

---

[613] **Başara/Başara,** s. 337; **Sevindik, Ersin,** İkrah, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008, s. 12 vd.; **Yakışık, Müşerref,** *İrade Sakatlığına Bağlı Olarak Tazminat Talebi*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3. S. 10, s. 279; **Aysal, Mert,** Ölüme Bağlı Tasarruflarda İrade Sakatlıkları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE, İstanbul, 2009, s. 15; **Demirbaş, Harun,** Türk Borçlar Kanunu'nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2012, s. 21, **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s. 30 vd.; **Atamulu,** s. 14 vd.; **Eren,** Genel, s. 394 vd.; **Tunçomağ**, s. 335; **Hatemi/Gökyayla,** s. 93; **Reisoğlu,** s. 118; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 94.

[614] **Eren,** Genel, s. 403 vd.; **Tunçomağ**, s. 342 vd. İngiltere'de yaşanan bir olayda, muhatabın fiilinin tıbbi bir muayene olacağını zannederek rıza gösteren kişinin, esasen muhatabın cinsel saikle bu müdahaleyi yaptığı durumda, rızanın hata sebebiyle sakat

sözleşmeler esas alınarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, yanılma haline bağlanan sonuçlar ile hangi tür yanılmalara sonuç bağlanacağı noktasında, doğrudan rızaya uygulanması mümkün olmayan bir düzenlemedir. Öte yandan TCK'da düzenlenen yanılma hükmünde ise TBK'daki düzenlemeden tamamen farklı bir kriter ortaya konmuştur. Her ne kadar tüm hukuk dallarında yeknesaklık mecburi ve nihai amaç olmasa dahi, hukuk sisteminin birbiriyle uyumlu olması arzu edilen bir durumdur. Ancak TBK yanılmanın, irade beyanını etkilemesi için esaslı olmasını aramakta iken, TCK ise muhatap açısından yanılmanın kaçınılmaz olmasını, yani faile yüklenememesini[615] aramaktadır.

TBK'ya göre kişi esaslı yanılmaya düşerse sözleşme ile bağlı olmaz[616]. Bu kuralın rızaya doğrudan uygulanabileceği durumlar olabileceği bir gerçektir. Örneğin rıza bir sözleşmenin esaslı bir unsuru ise ve kişi rızasına ilişkin esaslı bir yanılmaya düşmüş ise bu durumda sözleşme ile bağlı olmaz. Ancak kişinin rızasıyla bağlı olmaması, kural olarak

---

olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **[2000] England and Wales Court of Appeal, Criminal Division 90.** Aksi yönde bkz. **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 139.

[615] **Ekici Şahin,** s. 197 vd.

[616] **Başara/Başara,** s. 337 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** Hata, s. 45; **Demirbaş,** s. 22; **Eren,** Genel, s.399 vd.; **Tunçomağ**, s. 336; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 242; **Akıncı,** Borçlar, s. 94; **von Tuhr,** s. 280 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 428; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 395 vd.; **Reisoğlu,** s. 119 vd.; **Kayar,** s. 83; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 95 vd.

rızanın doğal bir unsurudur. Zira rıza her zaman geri alınabilir. TBK'nın yanılmaya ilişkin kuralları uygulandığında ise zaten rızası ile bağlı olmayan rıza gösteren kimsenin rızası, yanılmasına rağmen geçerli olur. Öte yandan TBK'ya göre, yanılan taraf, kusurlu ve karşı taraf da iyi niyetli ise menfi zararı ve hatta somut olayda hakkaniyet gerektirdiğinde müspet zararı tazmin ile yükümlüdür[617]. Bu hüküm doğrudan uygulanırsa, rıza gösteren kişi yanılmada kusurlu ise ve rızasıyla bağlı olmaması dolayısıyla muhatabın yaptığı işlem hukuka aykırı ise rıza gösteren muhatabın zararını tazmin edecektir. Bu durumda rızası geçersiz olan kişinin, muhataptan menfi zararlarının tazminini isteme hakkı varken, failin menfi zararlarını ve gerektiği durumlarda müspet zararını da tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda her iki tarafın da birbirinden aynı fiilden dolayı ve çoğu zaman aynı miktarda tazminat talebi doğar. Bu ilginç sonuçtan ise TBK hükümlerinin rızanın niteliğine uygun düşmediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, yanılmaya bağlanan sonuç iptal hakkıdır. İptal hakkı kullanılana kadar işlemin geçerliliği ise tartışmalıdır. Bazı

[617] **Yıldırım,** İrade, s. 938 vd.; **Eren,** Genel, s. 411 vd.; **Tunçomağ**, s. 348 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 252 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 100; **von Tuhr,** s. 290 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s.439 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 444 vd; **Reisoğlu,** s. 123 vd.; **Kayar,** s. 88 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 108 vd.

yazarlar[618] askıda hükümsüzlük olduğunu savunurken, bazı yazarlar[619] ise askıda geçerli olduğunu savunmaktadırlar. Askıda hükümsüz ise kişi iptal hakkını kullanmamasına rağmen fiilin işlendiği sırada geçerli bir rızası bulunmayacağından, failin fiili hukuka aykırı olur. Ancak rıza gösteren kişi bu hak düşürücü süreyi geçirirse veya bu iptal hakkından feragat ederse, başta hukuka aykırı olan fiili sonradan kendiliğinden hukuka uygun hale gelir. Eğer askıda geçerli olduğu savunulur ise muhatabın fiili başta hukuka uygun iken rıza gösteren iptal hakkını kullandığında hukuka aykırı hale döner[620]. Bu ise basit bir geçersizlik yerine çok daha karışık ve kompleks bir yapısı olan geçmişe etkili geçersizlik halinin benimsenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sonucun benimsenmesi, sözleşmeler açısından anlaşılabilir nitelikte iken tek taraflı işlemler açısından yerinde olmayan sonuçlara sebep olmaktadır. Üstelik TBK'ya göre işlemin geçerliliği açısından

---

[618] **Çağa, Tahir,** Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malül Sözleşmelerde Fesih Beyanı ve Bunun Süresi, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 1980, s. 44; **Akipek,** Olgu, s. 280; **Demirbaş,** s. 90 vd; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 239 vd.; **von Tuhr,** s. 227; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 432 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.72 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 107; **Kurşat, Zekeriya,** Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 64 vd.

[619] **Ilgın,** s. 102 vd.; **Yıldırım,** Hile, s. 226; **Yavuz,** s. 61 vd.; **Başpınar,** Butlan, s. 21; **Eren,** Genel, s. 427; **Tunçomağ**, s. 182; **Akıncı,** Borçlar, s. 99; **Reisoğlu,** s. 130; **Kayar,** s. 88 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 158. Yazarlardan Develioğlu, askıda geçerli olduğunu savunmaktayken diğer yazarlar askıda hükümsüzlüğü savunmaktadır.

[620] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 240.

yanılanın kusurlu olup olmaması önemli olmadığı için muhatabın objektif olarak beyana yüklediği anlamın değerlendirilmesinin bir önemi kalmamaktadır. TBK'nın hükümlerinin hem esas alınan kriter, hem bağlanan sonuçlar, hem de ortaya çıkardığı çelişik durumlar sebebiyle rızanın mahiyeti ile uyuşmadığı aşikârdır.

Yukarıdaki sebeplerden dolayı, ceza hukuku öğretisi borçlar hukukunun yanılmaya ilişkin kurallarından uzun süre önce ayrık düşmüştür. Ceza hukuku öğretisindeki geleneksel görüşe[621] göre, her türlü yanılma, rızayı geçersiz kılar. Bu görüş sadece rıza gösteren kişinin iradesini esas almaktadır. Ancak buna karşı çıkan görüşe[622] göre, yanılma sadece karşı tarafa yüklenebiliyorsa, rızayı geçersiz kılar. Karşı tarafa yüklenme sebebi aldatmadan farklı olarak, iyi niyetli olmaması halinde ortaya çıkar. Bu görüş ise muhatabın güvenini korumayı amaçlamaktadır. Üçüncü bir görüşe[623] göre, yanılma yalnızca ihlaline rıza gösterilen hukuki değere ilişkin ise önem arz eder. Ancak saik yanılmaları veya rıza gösterme dolayısıyla elde edilecek menfaatlere ilişkin yanılma önemsizdir. Başka bir görüşe[624] göre, beyan yanılmaları önemsizdir. Ancak içerik

---

621 **Ekici Şahin,** s. 197.

622 **Roxin, Claus,** Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München, 2006, § 13, kn. 111 (**Ekici Şahin**, s. 202'den naklen).

623 **Artz, Günther,** Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt am Main, 1970, s. 29 vd. (**Ekici Şahin,** s. 200'den naklen).

624 **Kühne,** s. 241 (**Ekici Şahin,** s.200'den naklen).

yanılmaları, rızanın ilişkin olduğu hukuksal değere yönelik olduğu takdirde önem arz eder. Ayrıca saik yanılmaları açısından da gelecekte gerçekleşmesi beklenen olaylar veya elde edilecek menfaate ilişkin yanılmalar önemsizdir. Var olan duruma ilişkin yanılmalar ise maddi beklentilere yönelik ve maddi beklentilere yönelik olmayan, yanılmalar olmak üzere ikiye ayrılır. Sadece maddi beklentiye ilişkin olmayan güncel duruma ilişkin yanılmalar, rızayı geçersiz kılar. Kişinin kimliğindeki yanılmalar buna örnektir. Türk Ceza Kanunu m.30 f. 3'e göre yanılma faile yüklenemiyorsa önem arz eder. Dolayısıyla yukarıda bahsi geçen ikinci görüşün kanun tarafından benimsendiği sonucuna varılabilir.

Anglosakson uygulamasında, rızanın ele alındığı Türk öğretisinde ve Almanya öğretisinde, ceza ve özel hukuk alanında fark bulunmaksızın, genel olarak, irade sakatlığı halleri detaylı incelenmemektedir. Rızanın gönüllü olması gerektiği, iradenin sakatlanmamış olması gerektiği, yanılmanın basit olmaması gerektiği gibi içeriği meçhul kavramlar kullanılmaktadır. Alman özel hukuk öğretisindeki bir görüşe göre[625], irade sakatlıkları halleri doğrudan uygulanmalı, ancak bağlanan sonuç olarak kesin hükümsüzlük benimsenmelidir.

Kanaatimizce, rızanın yanılma ile sakat olması durumunda kanun boşluğu bulunmaktadır. Ancak bu durumda kanundaki benzeri hükümlerin göz önüne alınarak doldurulması gerçeği göz ardı edilmemelidir. Zira bu hükümler esas alınmadığında gönüllülük, basit olmamak, önemli olmak gibi içeriği doldurulmamış kavramlar

[625] **Ohly,** s. 448 vd.

kullanılarak çözüm bulunmaktadır. O halde mümkün olduğunca TBK'nın yanılmaya ilişkin hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

Bir kimse hukuka aykırı bir müdahaleye rıza gösterirken bir saik doğrultusunda hareket etmektedir. Ayrıca rıza kişinin otonom iradesine, kendi geleceğini belirleme hakkına dayanmaktadır. Eğer kişi gerçek durumu bilmiyorsa veya yanlış biliyorsa bu durumda otonom iradesine dayanan bir rızadan söz etmek mümkün değildir[626]. Kişinin ihlal edilen hukuksal değere ilişkin olmasa dahi, rıza gösterme sürecini etkileyecek şekildeki yanılması dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla herhangi bir yanılma iradeyi gerçekten de sakatlamaktadır. Ancak sakatlanan her rızaya geçersizlik sonucu bağlamak ise muhatabı göz ardı etmek ve hukuk güvenliğini sağlayamamak anlamına gelir.

Beyan veya içerik yanılması olup[627] olmadığına bakılmaksızın, eğer muhatap rıza gösterenin yanıldığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, rıza kesin hükümsüz ve müdahale hukuka aykırı olmalıdır[628]. Fakat muhatap iyi niyetli ise bu durumda rıza

---

[626] **Yıldırım,** İrade, s. 931 vd.

[627] Beyan ve içerik hatalarına ilişkin ayırımın Türk-İsviçre hukukunda bulunmadığı yönünde bkz. **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s.48 vd.

[628] Öte yandan iki kademeli teoriye göre eğer muhatap rıza gösterenin hatasını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa rıza yoktur. Bu sebeple hata hükümlerine gitmeye gerek kalmaz. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 393 vd. Ancak bu teorinin sadece beyan hatalarında uygulanacağı yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s.

dolayısıyla oluşturulan güven dikkate alınmalıdır[629]. Modern güven teorisi uyarınca muhatap, rızayı beyanını anlaması gerektiği şekilde yorumladıysa, rıza geçerlidir[630]. Zira kişi kendi geleceğini belirleme hakkına sahip ve bunun sonucunda da hukukun korumasından iradesi ile vazgeçiyorsa, diğer işlemlerine nazaran daha dikkatli davranması gerekir. Kaldı ki hakkı dilediğince/serbestçe kullanmak aynı zamanda bunun sonuçlarına katlanmayı da gerektirir. Ayrıca rıza gösterenin korunmasını sağlamak adına da rıza gösterene, fiil gerçekleşene kadar rızasını geri alma hakkı verilmiştir. Yanılma, rıza gösterenin kusuruna dayanıyorsa, bu kusurundan sorumlu olmalıdır[631]. Öte yandan muhatabın rızanın yanılma ile sakat olduğu konusunda bir bilgisi varsa, muhatabın buna rağmen yaratılan güvene dayanarak fiili gerçekleştirdiği kabul edilemez. Bu durumda rızanın hükümsüz olması gerekir.

Yanılmada iki tarafında kusurunun bulunmadığı durumlarda güven teorisi nazara alınarak menfaat dengesi korunmalıdır. Zira bir tarafta yanılmış iradesi sonucu zarar gören bir kimse varken, diğer tarafta rızanın geçersiz olduğunu bilmeyen bir muhatabın tazminat yükümlülüğü vardır. Bu durumda muhatabın fiili gerçekleştirmeye dair bir borcu bulunmadığı için, rıza gösterenin daha fazla zarar göreceği düşünülebilir. Bununla

394 vd. Öte yandan Hatemi/Gökyayla'ya göre eğer muhatap hatayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bu durumda hile vardır. Bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s.94 vd.

[629] İşlem güvenliğinin korunması için bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 171.

[630] **Başara/Başara,** s. 336 vd.

[631] Zira TBK m. 34 uyarınca yanılma dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürülemez.

birlikte, rıza gösteren, rıza göstermeye zorlanmamaktadır. Dolayısıyla kusuru bulunmadan yanılmaya düşen tarafın kendini koruması için yeterli imkânı bulunmaktadır. Fakat bu durumda rıza geçersiz kabul edilirse, muhatabın bir savunma imkânı kalmamaktadır. Menfaat dengesini sağlamak ve dengeyi silahların eşitliği ilkesine uygun hâle getirmek için muhatabın dayanılan güvene göre hareket ettiği durumlarda, muhatabın güvenini korumak gerekir[632]. Sonuç olarak, yanılmada iki tarafın da kusuru bulunmamakta ise iyi niyetli muhatabın rıza beyanına güveni dikkate alınmalı, korunmalıdır. Dolayısıyla TBK m. 35 hükmü hükümsüzlüğün belirlenmesi noktasında kıyasen uygulanmalıdır.

[632] TBK yanılma halinde muhatabın oluşturulan güvenini korumak için iki yolu kullanmaktadır. Bunlardan birincisi yanılmanın esaslı olmasını arayarak, her türlü yanılmaya iptal edilebilirlik yaptırımı bağlamamasıdır. İkincisi ise muhatabın bu yanılmayı bilmemesi veya bilmesi gerekmemesi halinde tazminat ile oluşan zararının tazmini imkânını sağlamaktır. Dolayısıyla TBK'nın yanılanın güvenini korumaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Öte yandan da yanılana iptal hakkı tanıyarak, yanılmasaydı bağlı olacağı irade beyanından bağlı olmamasını sağlamaktadır. Dolayısıyla TBK temelde irade görüşüne göre bir sistem kurarken güven prensibine göre koruma sağlamaktadır. Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu,** Hata, s. 17vd. ve 42 vd.; **Kayar,** s. 83. Bu sebeple TBK'nın irade sakatlığı hükümlerini kıyasen uygularken güven prensibi çerçevesinde bir koruma sağlamak yerinde olur.

Fiil gerçekleşene kadar yanılma ve buna bağlı hükümlerin bir anlamı bulunmamaktadır. Zira zaten rıza gösteren kimse hem bir müdahaleyle karşı karşıya kalmamıştır hem de rızasını geri alma imkânına sahiptir[633]. Ancak fiil gerçekleştirildikten sonra kişinin muhataba yüklenemeyecek bir yanılmayı ileri sürmesi, muhatabın hukuki duruma güveni dolayısıyla bir sonuç ifade etmemelidir.

Yanılmanın ileri sürülebileceği durumlarda, yani muhatabın yanılmayı bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, yanılanın işlemin iptalini ileri sürmesine ilişkin süre sınırlaması da uygulanmamalıdır. Zira yanılmanın ileri sürülebileceği durumlarda iptal edilebilir bir rıza değil, kesin hükümsüz bir rıza bulunmaktadır. Nitekim iradesi yanılma ile sakatlanın kimsenin rızasını geçerli kabul etmek, muhatabın iyi niyetli olmadığı durumlarda muhatabın eylemini hukuka uygun hale getirir. Yanılanın rıza beyanının kesin hükümsüzlük sonucuna, iptale ilişkin süre kısıtlamasının uygulanması tutarsız olur. Kaldı ki kesin hükümsüz olan bir ilişkiyi kişinin ileri sürmesi gerekmemekte, ilişkin baştan itibaren kendiliğinden geçersiz olmaktadır.

İrade sakatlığı hallerinin doğrudan uygulanmasına dair görüş benimsense dahi iptal edilebilir veya kesin hükümsüz bir rıza bulunmakta ise, muhatap iyi niyetli ve kusuru bulunmamakta ise artık yine tazminat sorumluluğu doğmaz. Zira kusur hukuka aykırılığı da kapsamaktadır. Gerçekten de kişi fiilin hukuka uygun olduğunu düşünüyor ve bu düşüncesinde de haklı ise artık kusuru olmadığından tazminat sorumluluğu doğmayacak olup, en azından ortak (müterafik) kusur sebebiyle tazminat miktarı azaltılır.

---

[633] **Akyol**, Yorum, s. 9. Yazara göre bağlayıcı olmayan istek yorumlanamaz.

Kanaatimizce, yanılma sebepleri bakımından TBK'nın hükümlerinden ayrılmanın bir gerekçesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla esaslı yanılma[634] ile rızanın temeli sayılacak ve bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olduğu saik yanılmalarının[635] rızayı kesin hükümsüz hale getireceği kabul edilmelidir[636].

Kesin hükümsüzlük sonucunu kabul ettiğimiz için, muhatabın rıza gösterenin yanılması sebebiyle uğradığı zararı tazmin etmeye ilişkin hükümler de uygulama alanı bulunmaz. Kaldı ki, muhatap kural olarak rıza gösterilen müdahaleyi yapma yükümlülüğünde değildir. Bu sebeple, bağlı olduğu bir sözleşme ilişkisi olmadığı gibi yapmaması halinde sorumluluğunun da ortaya çıkabileceği bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Ayrıca yanılmayı bilen veya bilmesi gereken tarafın bu tazminat hakkı kanunen bulunmamaktadır. Bunun yerine geçerli olmayan bir rızadan dolayı muhatabın tazminattan indirimi talep etme hakkı her zaman mevcuttur. Ancak yanılmanın muhatap tarafından bilinmesi veya bilinebilir olması durumunda, TBK'nın öngördüğü tazminattan

---

[634] **Başara/Başara,** s. 337 vd.; **Kayar,** s. 85 vd. Yargıtay, **1. HD, E. 2013/1676, K. 2013/2179, T. 18.2.2013,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[635] **Başara/Başara,** s. 341; **Eren,** Genel, s.405 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 97 vd.; **von Tuhr,** s. 285; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 428 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 402 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 98 vd.; **Kayar,** s. 87; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 101 vd.

[636] **Kocaysusfpaşaoğlu**, Hata, s. 100 vd.

mahrum kalma hali, tazminatın indirilmesinde göz önüne alınacak bir kriter olabilir. Ayrıca bir diğer kriter ise TBK m. 35 f. 2 uyarınca hakkaniyet gerektirdiği durumda tazminata hükmedilebileceği hükmü uyarınca, hâkimin somut olayda hakkaniyeti gerektiren durumlarda tazminatta daha önemli ölçüde indirime gideceği veya tamamen kaldırabileceği kabul edilmelidir.

b) ALDATMA (HİLE)

Yanılmadan farklı olarak *aldatma*[637], muhatabın veya üçüncü kişinin, irade beyanında bulunanı hatalı bir kanaat oluşturması veya var olan hatalı kanaati koruması ve sürdürmesidir[638]. İrade beyanında bulunan kimsenin tıpkı yanılmada olduğu gibi gerçeğe ilişkin bir yanılgısı bulunmaktadır. Fakat bu yanılmanın sebebi hatadan farklı olarak muhatap veya üçüncü kişidir.

---

637 "*Aldatma saikte yanılmanın nitelikli bir halinden ibarettir*." **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 253; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 111.

638 Aldatmanın tanımı için bkz. **Başara/Başara,** s. 343 vd. **Sevindik,** s. 10; **Yakışık,** s. 282 vd.; **Aysal,** s. 24; **Demirbaş,** s. 24.; **Ercoşkun Şenol, H. Kübra,** *Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları*, GÜHFD, Y. 2013, C. 17, S. 4, s. 83; **Yıldırım,** Hile, s. 8; **Eren,** Genel, s. 414; **Tunçomağ**, s. 352; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 444 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 452; **Reisoğlu,** s.124; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 111; **Kurşat,** s. 11.

Aldatma durumunda, yanılmadan farklı olarak kişinin hukuki görünüme güvendiği kabul edilememesi sebebiyle, esaslı olmasa bile rızayı etkileyen her türlü aldatma, kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur[639].

Aldatma muhatap tarafından gerçekleştirilmişse, rızanın bu aldatmanın oluşturduğu hatalı tasavvur dolayısıyla verilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca muhatabın aldatmayı kasten gerçekleştirmesi de gereklidir[640]. Rıza kapsamında değerlendirilen aldatma veya yanılma bu açıklanan haliyle birbiriyle örtüştüğü düşünülebilir. Ancak belirtelim ki, yanılmada kişinin kendinden[641] kaynaklanan bir sebeple gerçeğe aykırı bir

---

[639] **Sevindik,** s.10; **Yıldırım,** Hile, s. 21 vd.; **Eren,** Genel, s. 414; **Tunçomağ**, s. 354; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 254; **Akıncı,** Borçlar, s. 102; **von Tuhr,** s. 293 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 100; **Reisoğlu,** s. 125; **Kayar,** s. 603; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 111; **Kurşat,** s. 15 vd.

[640]**Eren,** Genel, s. 416 vd.; **Başara/Başara,** s. 344; **Sevindik,** s. 10; **Yavuz,** s .19 vd.; **Ercoşkun Şenol,** s. 83; **Yıldırım,** Hile, s. 126 vd. Yıldırıma göre dolaylı kast da hile için yeterlidir. Aynı yönde bkz. **Eren,** Genel, s.416; **Tunçomağ**, s. 360; **Akıncı,** Borçlar, s. 101; **von Tuhr,** s. 294 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 447; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s.454; **Reisoğlu,** s. 125; **Kayar,** s. 89 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 112 vd.; **Kurşat,** s. 25 vd.

[641] Bilgisizliğin de yanılma hükümlerince değerlendirileceğine ilişkin bkz: **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 6. Bası, İstanbul, 2014 s. 393.

tasavvuru oluşmaktadır. Karşı tarafın bunu bilmesi halinde ise yanılma, rızayı kesin hükümsüz hale getirmektedir. Aldatma da ise muhatabın veya üçüncü kişinin yanlış yönlendirmesi sonucu gerçeğe aykırı hatalı bir tasavvura dayanarak rıza gösterilmektedir. Bu noktada aldatan kasten hareket etmektedir. Zira ağır kusur bile olsa muhatap da gerçeğe aykırı tasavvura sahip ve bunu rıza gösterene iletiyorsa artık aldattığı kabul edilemez. Bu durumda ise yanılma hükümlerine başvurulmalıdır.

Kişinin rıza gösterme amacına ilişkin bir aldatma durumunda, amaç eğer gelecekte elde edilecek bir menfaate ilişkinse ve kişinin serbestçe irade açıklaması mümkünse aldatmadan bahsedilmez[642]. Örneğin, belli bir miktar para veya başka bir menfaat karşılığında cinsel ilişkiye giren bir kimse, muhatabın bu menfaati gerçekleştirme konusunda yeterli olduğuna dair bir aldatılmaya maruz kaldıysa verdiği rıza geçerlidir[643]. Nitekim kişinin kişilik hakkına müdahaleye rıza göstermesine izin verilmekte ve kişi bu müdahaleye rıza göstermektedir[644]. Burada aldatılma ihlal edilen hakka ilişkin değil, elde

[642] **Yıldırım,** Hile, s. 119 vd.

[643] İngiliz ve Galler Temyiz Mahkemesi, para karşılığı cinsel ilişki için bir genel kadınla anlaşan kişinin esasen hiç para ödememe amacı olduğu noktasında, cinsel ilişkiye rıza gösteren kadının iradesinin sakatlanmadığını belirtmiştir. Nitekim cinsel ilişki fiiline rıza bulunmaktadır. **[1994]] England and Wales Court of Appeal, Criminal Division 2.**

[644] İngiliz ve Galler Temyiz Mahkemesi, ilginç bir olayda rızanın hile sebebiyle sakatlandığını ileri sürmüştür. Olayda kadının, erkek arkadaşı ile uzun süreli bir ilişkisi vardır. Fakat ayrılmayı düşünmeye başladığında, çeşitli tehdit mesajları almaya başlar.

edilecek menfaate ilişkindir. Ancak bu aldatma ayrıca bir hukuki işlemi etkiliyorsa, artık o hukuki işlemden kaynaklı iptal hakkı öne sürülebilir. Ayrıca aldatma sebebiyle tazminat talebinde bulunulabilir.

Belirtilmesi gereken önemli bir nokta, muhatabın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesinin aldatma sayılacağıdır[645]. Zira muhatabın aydınlatma yükümlülüğü varsa ve bunu ihlal ediyorsa, bu durumda hatalı tasavvuru koruduğu veya sürdürdüğü için artık aldatmaya sebep olmuştur. Bu sebepledir ki, aydınlatılmış rıza diye ayrı bir kavramın kullanılmasına gerek yoktur. Bu aydınlatma yükümlülüğünün ihlali noktasında kişinin kastı aranmamaktadır. Zira aydınlatma yükümlülüğünün ihmalen ihlali de hileli davranış

Erkek arkadaşı onu koruyacağını söyler. Ancak kadın polise gitmeye karar verince, erkek arkadaşı onun yerine başvuracağını söyler ve kendisini çeşitli polis isimleriyle tanıtarak kız arkadaşına mesaj atar. Kız arkadaşı polis zannettiği mesajlarda erkek arkadaşının kendini intihara kalkıştığı, dolayısıyla onunla birlikte olması gerektiğini ifade eden mesajlar alır. Nihayetinde olaylar gün yüzüne çıkar ve erkek arkadaş cinsel saldırıdan dolayı tutuklanır. Temyiz mahkemesi ise kadının rızasını hile sebebiyle sakatlandığını ve verilen rızanın geçerli olmadığını ancak cezadan indirim sebebi teşkil edeceğini ifade eder. **[2207] England and Wales Court of Appeal, Criminal Division 1699.**

[645] **Işık Özcan,** s. 91; **Yavuz,** s. 28; **Ercoşkun Şenol,** s. 83; **Ekici Şahin,** s.198; **Yıldırım,** Hile, s.104 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** I, 458 vd., **Eren,** Genel, s. 415 vd.; **Tunçomağ**, s. 358; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 446 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 458 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 112.

kabul edilmektedir[646]. Hatta doktrinde bir görüşe göre, hekimin teşhisi hatalı olduğu için farklı bir hastalığa ilişkin aydınlatma yapıldıysa, aydınlatmanın bulunmadığı yönünde karar verilmelidir[647]. Ancak bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal hile sayıldığına göre, bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira muhatabın aldatma kastı yoktur. Ayrıca hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihmali ile yerine getirmemesi durumunda da ortada hile bulunmamaktadır. Eğer hekim karşı tarafın yanlış bildiğini veya bilgisizliğini biliyorsa ve buna rağmen aydınlatmada bulunmuyorsa, bu durumda olası kastı bulunmaktadır. Öte yandan belirtmemiz gerekir ki, aralarındaki sözleşme ilişkisi dolayısıyla hekim ve hasta arasında bir yükümlülük varsa, bunun ihmalen ihlali durumunda da hekim sözleşmeyi ihmali ile ihlal etmiş olacak ve buna bağlı olarak sorumlu olabilir. Bu ise hekimin cezai sorumluluğunun bulunmamasına rağmen tazminat sorumluluğunun bulunabileceği anlamına gelmektedir.

Üçüncü kişinin aldatmasının, irade sakatlığını etkilemesi noktasında iki husus önem arz etmektedir. İlk olarak, muhatap üçüncü kişinin aldatmasını biliyor veya bilmesi

[646] **Yıldırım,** Hile, s.175 vd. Aksi yönde bkz: **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 458 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s. 100.

[647] **Hakeri, Hakan,** *Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*, YÜHFD, Y. 2006, C. 3, S. 2, s. 43.

gerekiyorsa artık, aldatma sebebiyle rıza sakatlanmış ve kesin hükümsüz hale gelmiştir[648]. Ancak muhatap bilmiyorsa, bu durumda rıza gösteren şartları gerçekleşiyor ise yanılma hükümlerinden yararlanır[649]. Fakat aldatma muhataba yüklenemiyorsa, rıza gösteren kişi, zararını aldatmayı gerçekleştiren üçüncü kişiden giderilmesini talep edebilir[650]. Zira TBK üçüncü kişinin hilesi durumunda muhatabın iyi niyetine sonuç bağlamıştır[651]. Öte yandan iradesi sakatlanan kişi üçüncü kişiye karşı haksız fiil hükümlerince tazminat talebinde bulunabilir.

---

[648] **Yavuz,** s. 58; **Ercoşkun Şenol,** s. 83; **Tunçomağ**, s. 358; **Akıncı,** Borçlar, s.102; **Hatemi/Gökyayla,** s. 102. Yargıtay, **HGK, E. 2013/19-1707, K. 2015/1072, T. 25.3.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[649] **Yıldırım,** Hile, s. 141 vd.; **Eren,** Genel, s. 418; **Akıncı,** Borçlar, s. 102.; **von Tuhr,** s. 297; **Hatemi/Gökyayla,** s. 602; **Reisoğlu,** s. 126; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 114; **Kurşat,** s. 48 vd.

[650] **Eren,** Genel, s. 418. Üçüncü kişiden talebin dayanağının culpa in contrahendo olduğu yönünde bkz. **Reisoğlu,** s. 126 vd. Ancak kanaatimizce burada haksız fiil sorumluluğu vardır. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 115; **Kurşat,** s. 129 vd.

[651] **Sevindik,** s. 10 vd.

Aldatma ile sakatlanmış rıza ise kesin hükümsüzdür[652]. Buna bağlı olarak gerçekleştirilen müdahale hukuka aykırıdır[653]. Son olarak, aldatma sebebiyle, TBK m. 39 f. 2 hükmüne dayanarak ayrıca bir tazminat talep edilemez.

c) KORKUTMA (İKRAH)

Rıza gösterenin kendisinin veya yakınlarının kişilik haklarına, hayatına, şeref ve haysiyetine veya malvarlığına ağır ve yakın bir zarar verileceği tehdidi ile rıza vermesi sağlanmışsa, rızası sakatlanmıştır[654]. Bu durumda kişinin rızası kesin hükümsüzdür[655].

---

[652] **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 139; **Ekici Şahin,** s. 211 vd.

[653] Yargıtay, **13. CD, E. 2013/5798, K. 2014/7206, T. 4.3.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[654] **Başara/Başara,** s. 345; **Aydın, Hakkı,** II- Türk Borçlar Hukukunda İkrah, CÜİFD, Y. 1999, C. 3, s.1; **Yakışık,** s. 284; **Aysal,** s. 26 vd.; **Demirbaş,** s. 4 vd.; **Ekici Şahin,** s. 195 vd.; **Eren,** Genel, s. 419 vd.; **Tunçomağ**, s. 362; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 255; **Akıncı,** Borçlar, s. 103; **von Tuhr,** s. 298; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 449 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 471; **Hatemi/Gökyayla,** s. 101; **Reisoğlu,** s. 127; **Kayar,** s. 91; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 115 vd.

[655] **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 139.

Korkutmanın muhatap veya üçüncü kişi tarafından yapılmasının geçersizlik yönünden bir farkı yoktur[656]. Eğer korkutma üçüncü kişi tarafından yapıldıysa bu durumda yine rıza kesin hükümsüzdür[657]. Ancak muhatap bu korkutmayı bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa TBK m. 37 f. 2 gereğince hukuka uygun olarak sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen kimsenin karşı tarafın zararını hakkaniyet ölçüsünde tazmin eder[658]. Kanaatimizce, bu hüküm de rızanın niteliği ile bağdaşmamaktadır. Nitekim kişi hem korkutma neticesinde bir müdahaleye rıza gösterip, hem de bu iradesinin sakatlanması sebebiyle muhataba bir tazminat öder. Bunun ise hükmün içinde geçen 'hakkaniyet' ile bağdaşmayacağı açıktır. İlâveten rıza kesin hükümsüzdür. Muhatabın ise fiili gerçekleştirme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu durumda muhatabın bu tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır[659]. Ancak muhatabın iyi niyeti tazminatın indirilmesi aşamasında dikkat edilmesi gereken bir kriter olur. Özellikle muhatap aldatmayı bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa, bu durumda, hileye benzer şekilde, muhatabın tazminat sorumluluğu tamamen kaldırılmalıdır.

---

656 **Eren,** Genel, s. 420; **Tunçomağ**, s. 366; **von Tuhr,** s. 301; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 451 vd.; **Reisoğlu,** s. 129; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 118.

657 **Yıldırım,** Hile, s. 24.

658 **Eren,** Genel, s. 424.

659 **Sevindik,** s. 125 vd.; **Demirbaş,** s. 131 vd.

Korkutmanın hukuka aykırı olması gerekir[660]. Hukuka uygun fiiller veya beyanlar korkutma sayılmaz. Ancak muhatap bir hakkın veya hukuka uygun yetkinin kullanılması ile kendisine aşırı menfaat sağlayacaksa, bu hakkın veya yetkinin kullanımı rıza gösterene zarar verecekse, buna bağlı olarak kişi rıza gösterdiyse, yine korkutulduğu kabul edilmektedir[661].

Korkutmanın ciddi ve ağır olması gerekmektedir[662]. Bu noktada ise iki husus belirtilmelidir. Kendi kendine korkan kişi veya ciddiyeti olmayan bir korkutmaya dayanan[663] kimsenin iradesi sakatlanmamıştır. İkinci olarak, objektif olarak değil kişinin

---

[660] **Aydın, H.,** s. 2; **Sevindik,** s. 21; **Demirbaş,** s. 65 vd.; **Eren,** Genel, s. 423; **Tunçomağ**, s. 363 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 256; **Akıncı,** Borçlar, s.104; **von Tuhr,** s. 299; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s.451; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s.475 vd.; **Reisoğlu,** s. 128.

[661] TBK m. 38 f. 2. Aynı yönde bkz. **Başara/Başara,** s. 346 vd.; **Sevindik,** s. 20 vd.; **Demirbaş,** s. 70 vd. ; **Eren,** Genel, s. 423.

[662] **Aydın, H.,** s. 3; **Demirbaş,** s. 60 vd.; **Ekici Şahin,** s. 195 vd.; **Atamulu,** s. 18; **Eren,** Genel, s. 422; **Tunçomağ**, s. 363; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 256; **Akıncı,** Borçlar, s. 104; **von Tuhr,** s. 299; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 450; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 473 vd.; **Reisoğlu,** s. 128.

[663] Örneğin "bu ameliyata rıza göstermez isen seninle küserim" gibi bir korkutma ciddi değildir.

sübjektif özelliklerini taşıyan bir kimsenin bu tehditten korkup korkmayacağı araştırılmalıdır[664].

Muhatabın, kendisine zarar vereceği veya intihar edeceği tehdidi, rıza göstereni korkutmuş sayılır mı? Özellikle muhatap rıza gösterenin bir yakınıysa daha çok kabul edilmekle[665] birlikte, bu durumda da kişinin korkutulmuş olabileceği öğretide kabul edilmektedir[666]. Muhatap, korkutulanın gözü önünde, muhatabın yakını olmayan bir kişiye işkence yapacağını, onu öldüreceğini söylerse de korkutma gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Zira bu durumda muhatabın ruhsal bütünlüğüne dair bir korkutma vardır[667].

Muhatabın, rıza gösterene rıza göstermezse büyü yapacağı/yaptıracağı gibi gerçek dışı tehditlerin korkutma sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Nitekim bir görüş[668] böyle bir korkutmanın kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Kanaatimizce, korkutmanın ağır ve ciddi olmasının temel unsuru olarak, korkutulanın sübjektif özelliklerini haiz olan makul bir kimse esas alınmalıdır[669]. Bu durumda ise dünya görüşü, eğitimi gibi konularda

---

[664] **Başara/Başara,** s. 346; **Eren,** Genel, s. 422.

[665] **Eren,** Genel, 421.

[666] **Sevindik,** s. 27. Yazara göre intihar edeceğini söyleyen muhatap bizzat korkutulanın yakını olmasa bile, yakınlarının bu intihar sebebiyle zarar göreceğini düşünüyorsa yakınlık şartı yerine gelmiş olur.

[667] **Sevindik,** s. 28 vd.

[668] **Ekici-Şahin,** s. 196.

[669] Aynı yönde bkz. **Sevindik,** s. 34; **Demirbaş,** s. 46; **Akıncı,** Borçlar, s. 104.

büyünün varlığına inanan bir kimsenin, buna bağlı olarak korkması mümkündür[670]. Korkutmadaki esas nokta irade beyanının sakat olmasıdır. Bu durumda irade beyanını etkileyen bu tür beyanların da korkutma sayılması gerekir. Nitekim gerçek olmayan bir tabancayla tehdit edilen kişinin de o sırada buna inanmış olması yeterli görülmektedir. Ayrıca tehdidin mutlaka gerçekleşecek olması gerekmez, korkutulanın tehdidin gerçekleşme ihtimalinin olduğuna inanması yeterlidir. Kızının kaçırılacağına inanarak, müdahaleye rıza gösteren kişinin iradesi sakatlanmıştır.

Kişinin "rıza göstermezse bir daha onunla konuşmayacağını" ifade etmesi korkutma sayılmaz[671]. Nitekim bu durumda kişinin iradesinde bir zorlama unsuru bulunmamaktadır.

[670] Yargıtay bir olayda dini duyguların kullanılarak kişinin rızasının alınmasını hile kabul etmiştir. Dolayısıyla bu tür inançlara sahip olan kişilerin iradelerinin sakatlandığını ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay, **14. CD, E. 2012/11328, K. 2012/9412, T. 3.10.2012,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[671] **Ekici- Şahin,** s. 196.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RIZANIN TÜRLERİ, ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLARDA RIZA, RIZA VERİLMESİNİN ZORLAŞTIRILDIĞI HALLER VE RIZANIN HUKUKİ SONUÇLARI

I. RIZANIN TÜRLERİ

Bir hakka müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rızanın farklı türleri bulunduğu ifade edilmektedir. Fakat bizim görüşümüze göre dar anlamda rıza[672] olarak kabul edilmeyecek hukuki kurumlar da, doktrindeki tartışmalar ve rızanın türü olduğuna dair görüşler sebebiyle bu başlık altında incelenmiştir.

Rızanın türlerini incelemeden Amerikan hukuk doktrinindeki bir görüşe değinmekte fayda vardır. Bu görüşe göre[673] rızanın türleri arasında bir dereceli önem ilişkisi mevcuttur. Rıza beyanının açık, örtülü veya varsayılan olması arasında önemi ve sonuçları açısından fark ardır. Bu durumda açık rıza, örtülü rıza ve varsayılan rıza razı olmada büyükten küçüğe doğru sıralanırken; varsayılan razı olmama, örtülü razı olmama

[672] Dar anlamda rıza ve geniş anlamda rıza ayrımı için bkz. **Ohly,** s. 203 vd.

[673] **Bell,** s. 34 vd.

ve razı olmama, razı olmamada küçükten büyüğe doğru sıralanır. Dolayısıyla açık bir rıza varken örtülü rızaya veya varsayılan rızaya gerek olmaz[674].

A. MUHTEMEL (HİPOTETİK) RIZA

Muhtemel (hipotetik) rıza[675] özellikle hekimin aydınlatma görevini yerine eksik getirmesi sonucunda rızanın geçersiz olmasının, kimi durumlarda adaletsiz olacağı düşüncesiyle ortaya konulmuş, ancak alanı sonradan gelişme göstermiş bir kurumdur[676].

---

[674] Yazar bu derecelendirmenin pratik sonucunu çeşitli alanlarda anlatmaktadır. Ancak özellikle genel işlem koşulu olan tüketici sözleşmelerinde, zayıf olan tüketicinin, imza atarken açık rızasının genellikle fiyat vs. konusunda olduğunu ifade etmektedir. Hatta piyasa fiyatından çok farklı satılıyorsa, bu noktada bile bilseydi rızası olmazdı (varsayılan razı olmama) diyerek, tüketicinin menfaatlerine aykırı kısımları geçersiz saymaktadır. Dolayısıyla açık rızanın sözleşmenin her maddesinde olmadığını ancak varsayılan razı olmamaya göre sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Bell**, s. 50 vd.

[675] Öğretide, varsayımsal rıza olarak da kullanılmaktadır. İlgili kullanım için bkz. **Mosenheuer, Andreas,** *Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza*, Çev. Hakeri, Hakan, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1Mart 2008, Ankara, s.69. Ancak varsayılan rıza ile karışma endişesi ile "Muhtemel Rıza" kavramını kullanmak daha uygun görülmüştür.

[676] Muhtemel rıza ilk olarak Alman özel hukukunda ortaya çıkmıştır. Özel hukuk açısından daha ziyade ispat yükü bakımından tartışılmaktadır. Ancak ceza hukukuna son

Muhtemel rıza, rızanın birtakım unsurlarının eksikliği sebebiyle geçersiz olmasına rağmen, bu geçersizlik olmadığında, giderildiğinde veya giderilecekse yine rıza gösterileceği anlaşılıyorsa, geçerli bir rıza bulunduğuna dair bir varsayımdır[677]. 2013 yılında BGB m. 630H f. 2'ye eklenen son cümle ile Alman hukukunda kanuni dayanağını elde etmiştir[678]. Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında ise örneği görülmemektedir. Ancak özel hukuk ve hatta ceza hukuku açısından büyük önem arz eden bu kavramın doğrudan yasal dayanağı bulunmasa da, dolaylı olarak muhtemel rızaya dayanak oluşturabilecek görüşler öğretimizde mevcuttur. Örneğin hilenin sözleşmede iptal hakkı verebilmesi (geçersizliğin ileri sürülebilmesi için) sözleşmenin hile sebebiyle yapılmış

---

yıllarda uyarlanmakta ve şartları, sonuçları, sınırları ayrı bir hukuki kurum olarak yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz: **Hengstenberg, Nike**; Die hypothetische Einwilligung im Straftrecht, Springer Yayınları, Düsseldorf, 2013, s.4 vd.; **Ekici Şahin,** s.247 vd.

[677] Muhtemel rıza, aydınlatma eksikliği sebebiyle geçersiz olan rızanın, aydınlatma tam yapılmış olsaydı hasta rıza göstermeyi reddetmeyeceği belirlenirse, hastanın baştan beri rızasının var olduğuna dair bir varsayımdır. Bkz. **Hengstenberg,** s. 16; **Kangal, Zeynep,** *Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*, GÜFHD, C. XV, Y. 2011, S. 4, s. 225; **Özsunay**, s. 57; **Rosenau, Henning,** *Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*, Çev. Akkaş, Ahmet Hulusi, EÜHFD, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Seçkin Yayınları, Y. 2013, C. VII, S. 2, s. 633.

[678] Daha önceden de Federal Mahkemenin bu noktada yerleşik içtihadı bulunmaktaydı. 7 Şubat 1984 tarihli BGHZ 90, 103, 111 vd. kararında geçmiş içtihatları koruyan bir karar niteliğindedir. (**Rosenau,** Varsayılan, s. 634'den naklen).

olması gerekir. Bir başka deyişle hile için illiyet bağı gerekmektedir. İşte muhtemel rıza da bu noktada illiyet bağının olmaması halidir.

Varsayılan rızadan farklı olarak muhtemel rızada, bir rıza bulunmakta; ancak belli bir sebepten ötürü rıza geçersiz olmaktadır[679]. Fakat bu geçersiz sebebe rağmen rızanın bulunacağı sonucuna varılabiliyorsa rıza geçerliymişçesine, rızaya sonuçlar bağlanmaktadır[680].

Sağlık hukukunun gelişimi[681] göz önüne alındığında, güçsüz olduğu kabul edilen hasta ile güçlü konumda olduğu kabul edilen hekim arasındaki ilişkilerin kat'i düzenlemesinin, birtakım olumsuz sonuçları da bulunmaktadır. Bunlardan biri kendisini korumak isteyen hekimler arasında defansif tıbbın yaygınlaşması[682] ve gereksiz tıbbi müdahaleler yapılmasıdır[683]. Bu ise hastaların aldığı sağlık hizmetini kalitesizleştirmekte, bireysel ve kamusal giderler bakımından sağlık hizmetindeki maliyetleri artırmakta, hastayı, hekimi ve hatta sosyal sigorta boyutu nazara alındığında devleti birbirlerine karşı kutuplaştırmaktadır. Bu yüzden malpraktis davalarında önemli bir yer işgal eden,

---

679 **Kangal,** s. 225 vd.

680 **Yıldırım,** Hile, s.122 vd.

681 Aydınlatılmış rızanın sıkı şartları ile tıbbi paternalizmden hasta-hekim eşitliğine dönüşüm için bkz: **Hengstenberg,** s. 3.

682 **Kaneti,** Kusur, s. 63 vd.

683 **Hengstenberg,** s.3 vd.

hekimlerin aydınlatma noktasında pozitif hukuk açısından "hatalı davranışlarının"[684] yeniden incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada ise muhtemel rızanın menfaat dengesini yeniden sağlaması açısından ve bu sorunlara bir nebze de olsa çözüm getirme ihtimali karşısında öneminin artacağı açıktır.

Aydınlatmanın gereksinimi kişinin neye rıza göstereceğini bilmesine dayanmaktadır. Aydınlatmanın ihlali halinde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı da ihlal edilmektedir[685] ve iradesi sakatlanmaktadır. Kişinin aydınlatılmasına kişinin otonom iradesini ortaya koymasını sağladığı için başvurulmaktadır. O halde aydınlatılmanın yeterince yapılmadığı durumlarda gösterilen rızanın kişinin otonom iradesine dayanmadığı sonucuna ulaşılmaktadır[686]. Ancak aydınlatma yapılsaydı da kişinin rıza göstereceği somut olaydan anlaşılıyorsa, artık kişinin otonom iradesinin bulunmadığından

---

[684] Hekimin kusurunda insanın yanılma payının göz önüne alınması gerektiği, hekimin mükemmel bir uzman gibi objektif kriterle değerlendirilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Kaneti,** Hekim, s. 64 vd.

[685] Aydınlatmanın ihlali halinde kişinin rıza gösterdiği beden bütünlüğü hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmektedir. Nitekim aydınlatma eksikliği bulunsa bile hekim hastanın beden bütünlüğüne zarar verme değil, hastalığını iyileştirme, onu tedavi etme amacı gütmektedir. Dolayısıyla aydınlatma beden bütünlüğü ihlaline ilişkin değil otonom iradeye ilişkindir. Aynı yönde bkz: **Hengstenberg,** s. 17.

[686] **Aydın, Erdem**; *Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu*, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y. 2003, S. 2, C. 46, s. 148 vd.

bahsedilemez. Bu durumda kişinin rızasının dayandığı irade beyanı sakatlanmamıştır[687]. Başka bir ifade ile hastanın iradesi hile ile sakatlansa bile, irade beyanının gösterilmesi ile hile arasında uygun nedensellik bağı mevcut değildir[688]. Bu durumda aydınlatma eksikliği sebebiyle aldatmanın rıza gösteren kimsenin iradesini sakatladığından bahsedilemez.

Özel hukukta muhtemel rıza açısından ispat yükünün kimde olduğunun belirlenmesi önemli bir husustur. Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da hastanın, aydınlatmanın olmadığını ispatlama yükümlülüğü yoktur. Aksine hekim aydınlatmanın yeterli ve gerektiği gibi yerine getirildiğini ispatlamalıdır[689]. Muhtemel rıza açısından, aydınlatmanın olmadığı durumda, hekim aydınlatma olsaydı da hastanın rıza göstereceğine dair bir def'i ileri sürmelidir. Bu savunma bir def'i olduğu için davanın dilekçeler aşamasında ileri sürülmelidir[690] ve bu def'iyi hâkim re'sen nazara alamaz. Bu def'inin üzerine hekim, hastanın aydınlatma olsaydı rıza göstereceğini ispatlaması gerekir. Bu durumda hastanın rıza göstermeyeceği ispatında hâkim hastanın sübjektif

---

[687] **Hengstenberg,** s.17 vd.; **Yıldırım,** Hile, s. 122 vd.

[688] **Hengstenberg**, s. 18; **Eren,** Genel, s. 417. Burada nedensellik bağı değil, uygun nedensellik bağının bulunmadığı yönünde bkz. **Rosenau,** Varsayılan, s. 640.

[689] **Işık Özcan**, s. 144 vd.

[690] Daha sonra ileri sürülürse bu durumda artık savunmanın genişletilmesi yasağı ileri sürülebilir.

özelliklerine[691] göre karar verir. Ancak bu noktada hasta hayatta değilse, artık hastanın sübjektif özeliklerini taşıyan makul üçüncü kişinin nasıl davranacağını belirleyerek karar vermelidir[692]. Hâkim ayrıca müdahalenin sonucuna göre değil, müdahale öncesinde hastanın aydınlatılsaydı rıza gösterip göstermeyeceğini değerlendirmelidir[693]. Başka bir deyişle, olumsuz sonucu belli olan ex post bir değerlendirme değil, hastanın hâlen iyileşme ihtimalini göz önünde tutan bir biçimde (ex tunc) değerlendirme yapılmalıdır[694].

Kanaatimizce, Hengstenberg'in ve Alman uygulamasının muhtemel rızayı def'i olarak nitelemesi hukuken hatalıdır. Nitekim bir hakkın doğumuna engel olan hususlar itiraz olarak nitelendirilmelidir. Bu durumda muhtemel rızayı hâkim re'sen nazara alabilir ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Ayrıca bunun bir itiraz olması, hekimin aydınlatmanın varlığını ispatlaması veya muhtemel rızayı ispatlamasına dair yükümlülüğün de yer değiştirmesine sebep olmaz.

İspat yükünün dağılımı açısından hastanın, müdahaleye rıza göstermesi kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olması sebebiyle, ispat yükü daha hafiftir. Örneğin tıbbi standartların dışındaki bir müdahaleye rıza göstermeyeceğini ifade etmesi

---

[691] Ancak müdahalenin acilliği, alternatif tedavilerin bulunup bulunmadığı gibi objektif kriterler de hastanın rıza gösterme faraziyesinde nazara alınmalıdır. **Hengstenberg,** s. 34; **Rosenau,** Varsayılan, s. 636.

[692] **Hengstenberg,** s. 27 vd.; **Tacir,** s. 172 vd.

[693] **Hengstenberg,** s. 33 vd.

[694] **Akyol,** Yorum, s. 58 vd.; **Eren,** Genel, s. 493; **Rosenau,** Varsayılan, s. 636.

bile yeterli görülebilir[695]. Öte yandan hekimin ispat yükü daha ağır olmalıdır. Zira aydınlatmanın varlığını ispat yükü halen hekimdedir.

Muhtemel rızanın uygulama alanının belirlenmesi önem arz etmektedir. Muhtemel rızanın iddia edilmesi için öncelikle hastanın tıbbi müdahale öncesinde, tıbbi müdahaleye rızası bulunmalıdır. Bu açıdan muhtemel rıza varsayılan rızadan ayrılır[696]. Aydınlatmanın zamansız yapıldığı durumlarda da, örneğin, hastanın ameliyata götürülürken sedye üzerinde aydınlatıldığı durumlarda da muhtemel rıza mümkün olabilir[697]. Fakat hekimin aydınlatma yükümlülüğünü kusurlu ihlal ettiği durumlarda, muhtemel rızanın uygulanması mümkün olmamalıdır[698]. Ülkemizde hekimlerin üzerindeki iş yükü olması gerekenden çok daha fazla olduğu[699] için kanaatimizce, zaman yetersizliği sebebiyle

---

[695] Ancak cinsel güç kaybı dolayısıyla bağırsak kanseri operasyonundan vazgeçilmeyeceği, zaman kazanmak için operasyonun ertelenebileceği gibi iddialar kabul edilmemektedir.

[696] **Kangal,** s. 225 vd.

[697] Karşı görüş olarak bkz. **Hengstenberg,** s. 40 vd.

[698] **Hengstenberg,** s. 43 vd.

[699] Amerika Birleşik Devletleri'nde bir pratisyen hekimin hasta ile ilk muayene süresi ortalam 26 dakika iken, Türkiye'de 3 dakikadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yardım, Mahmut/Eser, Erhan,** *Ayaktan tanı ve tedavi başvurularında hasta başına kaç dakika ayrılmalıdır?,* Turkish Journal of Public Health, Y. 2017, S. 15, C.1, s. 60 vd.

hekimin aydınlatma konusundaki ihmali davranışları göz ardı edilmelidir[700]. Zira artık hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali kendi kusurundan kaynaklı değil, hastanenin veya Sağlık Bakanlığı'nın organizasyon kusurundan kaynaklanmaktadır[701]. Kaldı ki, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hile niteliğinde olduğu için kasten yapılması gerekmektedir.

Muhtemel rızanın en önemli uygulama alanı aydınlatma eksikliğinin, kişinin iradesine etkisinin önemsenmeyecek kadar az olduğu durumlardır[702]. Buna göre, kişinin aydınlatılmasının eksikliği, aydınlatma olsaydı da iradesini etkilemeyecekse veya önemsenmeyecek derecede etkileyecekse, muhtemel rıza uygulanabilir.

---

[700] Benzer şekilde hekimin güncel gelişmeleri takip edememesinin, bulunduğu bölgedeki imkânsızlıklardan ötürü geldiğini ispatlarsa kusursuzluğunu ispatlamış olur. Bkz. **Kaneti**, Hekim, s. 72 vd.

[701] **Özsunay,** s. 55.

[702] Federal Alman Yüksek Mahkemesine konu olan bir olayda, kötü huylu lenf kanseri olan hastanın, radyoterapi sonucu belden aşağısı felç kalmıştır. Ancak bu radyoterapilerde çok küçük bir unsurdur. Hasta bu konuda aydınlatılsa dahi rıza gösterecektir. Nitekim rıza göstermese hastalığın seyrine göre yaklaşık 3 yıllık bir ömrü kalmış olacaktır. Ayrıca radyo terapi olmadığı durumda radyo terapi olduğu hale oranla 10 kat daha fazla felç kalma ihtimali mevcuttur. Bkz. BGHZ 90, 103, 105 vd. (Akt. **Rosenau,** Varsayılan, s. 634 vd.)

Kanaatimizce, muhtemel rıza sadece sağlık hukukuna ilişkin aydınlatmalarda değil, bütün aydınlatmalarda esas alınabilecek rıza türüdür[703]. Ayrıca sadece aydınlatma konusunda değil rızanın geçerliliğini etkileyen diğer tüm alanlarda da uygulama bulabilir. Örneğin muhatap, rıza gösteren kimseyle evleneceği konusunda aldatmada bulunarak, kişiyle cinsel ilişkiye girerse bu noktada rıza gösterenin irade sakatlığı sebebiyle rızası kesin hükümsüzdür. Ancak kişinin bu aldatma olmasaydı dahi cinsel ilişkiye gireceği somut olaydan anlaşılabiliyorsa kişinin rızası geçerli kabul edilebilir.

Muhtemel rıza kural olarak, geçerli bir rızanın doğurduğu sonuçları doğurmaktadır[704]. Ancak gerekli aydınlatmanın yapılmaması kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmesi dolayısıyla manevi tazminat talep hakkının bulunduğu ifade edilmektedir[705]. Kanaatimizce, aydınlatmanın eksikliği kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını etkiliyorsa, artık ortada muhtemel rızanın bulunmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla rızanın varlığı ile farklılaşan bir sonucu da bulunmamaktadır.

B. VARSAYILAN RIZA

Kural olarak, susmak, eylemsiz kalmak rızanın bulunmadığını gösterir. Kimi durumlarda beyan bulunmasa bile rızanın varlığı kabul edilir. Ancak açık bir irade beyanının var olmaması karşısında kişinin rızasının varlığı anlaşılıyorsa bu durumda

---

[703] **Hengstenberg,** 65 vd. Aksi yönde bkz. **Hengstenberg,** s. 36.

[704] Antalya'ya göre muhtemel rızanın sonucuna hukuka uygunluk değil, tazminattan indirim bağlanmalıdır. Bkz. **Antalya,** s. 737.

[705] **Tacir,** s. 185.

örtülü rıza bulunmaktadır[706]. Örtülü rızadan farklı olarak kişinin rıza gösterme imkânı bulunmamasına rağmen somut olayın özellikleri dikkate alındığında, kişinin rıza göstereceği kabul ediliyorsa, varsayılan rızasından bahsedilmektedir[707]. Bu sebeple varsayılan rıza tali niteliktedir[708].

Varsayılan rıza bazen kanuni bir faraziyeden ötürü bulunabilir. Örneğin, cesetten aksine bir iradesi olduğu anlaşılmıyorsa, cesedin görünüşünü değiştirmeyecek, kornea nakli gibi, organ ve doku nakilleri yapılabilir[709]. Ancak bazen de durumun şartlarından kişinin rıza göstereceği varsayılabilir[710]. Örneğin, trafik kazası sonucu bilinci kapalı olarak acil servise gelen bir hastanın, yapılacak tıbbi müdahalelere rızasının bulunduğu varsayılır. Ayrıca müdahalede bulunacak kişi ile rıza gösterdiği varsayılan kişinin arasındaki ilişkiden kaynaklı olarak da varsayılan rıza bulunabilir. Örnek olarak, kişinin eşine ulaşma imkânı olmadığı için eşinin kalemini kullanması verilebilir[711].

---

[706] **Ekici Şahin,** s. 224.

[707] **Korošec,** s. 366; **Ekici Şahin,** s. 223.

[708] **Uygun,** s. 200.

[709] ODSANK m. 14 f. 2

[710] **Ersoy/Özcan Şenses/Aydın Er,** s. 4 vd.

[711] Bu gibi aciliyeti olmayan durumlarda kişinin rızasının varsayılmasının kusuru etkileyebileceği, hukuka uygunluk sebebi sayılmayacağı yönünde bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 248.

Varsayılan rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüş[712], varsayılan rızanın, zorunluluk halinin bir türü olduğunu savunmaktadır. Diğer bir görüş[713] varsayılan rızayı rızanın bir türü olarak kabul etmektedir. Başka bir görüş[714] vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Varsayılan rızayı izin verilen risk olarak niteleyen bir görüş[715] de bulunmaktadır. Başka bir görüş[716] ise varsayılan rızanın, kendine has şartları ve sonuçları olan, kanunda bulunmasa dahi varlığı kabul edilen bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunmaktadır. Son olarak bir görüşe, göre varsayılan rıza kanunun verdiği yetkinin kullanılması ve üstün nitelikteki yarar ile açıklanabilir[717].

---

[712] **Kangal,** s. 228 vd.; **Tacir,** s. 174 vd.; **Nuhoğlu, Ayşe,** *Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları,* V. Türk-Alman Tıp Hukuk Sempozyumu, TBBD, Ankara, 2008, s. 54vd.; **Ayan,** s. 12 ve 79.

[713] **Ekici Şahin,** s. 233 vd.; **Kangal,** s. 227, dn. 12-14'deki yazarlar.

[714] **Akbenlioğlu,** s. 107 vd.; **Şenocak**, Rıza, s. 57; **Kangal**, s. 229 vd.; **Özbilen, Arif Barış,** *Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller,* İTÜSBD, Y. 2013, C. 12, S. 2, s. 101 dn 1; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 248; **Eren,** Genel, s. 631; **Akıncı,** Borçlar, s. 150; **von Tuhr,** s. 372; **Eren,** Özel, s. 898; **Şenocak,** Hekim, s. 102 vd.; **Ayan,** s. 60 vd.; **Reyhani Yüksel,** s. 799 vd.; **Tandoğan,** Vekâletsiz, s. 231.

[715] **Kangal,** s. 231 vd.; **Ekici Şahin,** s.236 vd.; **Hakeri,** Tıp, s. 251 vd.

[716] **Kaneti,** Çatışan, s. 148 vd.; **Ekici Şahin,** s. 239 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 250.

[717] **Antalya,** s. 447; **Nomer**, s. 112 vd.; **Oğuzman, Kemal M.,** İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı

Varsayılan rızanın hukuki niteliği zorunluluk hali değildir[718]. Zira zorunluluk halinde kişinin ihlal ettiği değer ile koruma ihtiyacı duyduğu menfaat arasında bir karşılaştırma yapılır. Ancak varsayılan rızada kişinin iradesinin ne olduğu yönünde bir değerlendirme yapılmaktadır. Ayrıca zorunluluk halinde kendisinin veya bir başkasına yönelik tehlikeden korunmak için üçüncü bir kişinin hakkına yönelik bir müdahalede bulunulmaktadır. Varsayılan rızada ise üçüncü bir kişi bulunmamaktadır[719].

Varsayılan rıza, izin verilen risk olarak da değerlendirilemez. Bu görüşe göre, temelde ehven-i şer' ilkesi ile aynı olan izin verilen risk, kişinin rıza göstermesini beklemek için müdahale yapılmaması halinde, ortaya çıkacak zarar ile hastanın iradesinin o yönde olmaması ihtimaline rağmen müdahale yapılmasında ortaya çıkacak zarar değerlendirildiğinde, daha az zararı olanın yapılması durumunda davranış hukuka aykırı olmamaktadır. Ancak kişinin iradesinin bulunduğu durumda artık izin verilen risk ilkesi uygulanamaz. Kişinin iradesi yoksa bu durumda varsayılan iradesi ile kişinin objektif yararı arasında seçim yapılır. Bu noktada eğer yarar malvarlığı hakkına ilişkin ise objektif yararı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına ilişkin ise kişinin tahmin edilen/varsayılan iradesi esas alınmalıdır. Varsayılan rızayı sadece acil müdahale ile sınırlı olarak gören görüşe göre, izin verilen risk, varsayılan rızanın hukuki niteliğidir. Ancak kanaatimizce,

---

Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 13 vd.

[718] **Kangal,** s. S. 231 vd.

[719] **Ekici Şahin,** s. 231 vd.

varsayılan rıza sadece acil olan durumlara ilişkin olmadığı için bu görüşün de uygun olmadığı ifade edilmelidir.

Varsayılan rıza, rızanın bir türü de değildir[720]. Nitekim rızanın varlığı için kişinin en geç fiilin işlendiği ana kadar rızaya ilişkin bir irade beyanının bulunması gerekir. Ancak varsayılan rıza durumunda kişi hakkına müdahalede bulunulduğunu bilmemektedir. Bu durumda fiilden haberi olmayan kimsenin de iradesinin bulunduğu ifade edilemez. Nitekim rıza bir irade beyanıdır. Ancak varsayılan rıza açısından aranan şartlar ile rıza açısından aranan şartların örtüşmesi doğaldır. Nitekim kişinin rıza göstermesi gereken bir noktada, rıza göstermemesine rağmen iradesinin o yönde olduğu yönünde bir varsayım yapılacaksa, en azından rızanın uygun şartlarını da taşımalıdır[721].

Varsayılan rıza kendine özgü bir hukuka uygunluk sebebi de değildir. Her ne kadar hukuka uygunluk sebepleri numereus clauses (sınırlı sayıda) olmasa[722] dahi, başka bir kurumla örtüşen durumlarda ayrı bir hukuki kurum ileri sürülmesi anlamsızdır.

Varsayılan rızanın hukuki niteliği kanaatimizce, vekâletsiz iş görmedir[723]. Nitekim kişinin rızası varsa bu durumda varsayılan rızadan bahsedilemez. Dolayısıyla rızası bulunmadan kişiye yapılan müdahale de vekâletsiz iş görmede olduğu gibi vekâlet unsuru olmadığından, vekâletsiz iş görme ile örtüşmektedir. Caiz olan vekâletsiz iş görmede,

---

[720] **Manson, Neil,** *Normative Consent is not Consent*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Special Section Consent and Organ Donation, Y.2013, S. 22, s. 33; **Kangal,** s. 231.

[721] **Kangal**, s. 233 vd.

[722] **Şahin,** s. 322.

[723] **Uygun,** s. 201.

müdahalenin/işin görülmesinin acilliği karşısında varsayılan iradesi dikkate alınarak onun menfaatine hareket edilmektedir. Bu durumda eğer kişinin hukuka ve ahlaka aykırı olmayan yasaklaması varsa bu durumda iş gören/müdahalede bulunan hukuka aykırı davranmış olur. Vekâletsiz iş görme kurumu, diğer görüşlerin yanında kişinin varsayılan iradesine dayanma gerekliliği bulunduğu için, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına ve otonom iradesine de daha uygun düşmektedir.

Vekâletsiz iş görme görüşünü eleştirenler, kişinin menfaatine olmayan bir müdahaleyi hukuka aykırı olmaya devam edeceği sebebiyle eleştirmektedirler[724]. Ancak belirtelim ki caiz olmayan gerçek vekâletsiz iş görmede, eğer kişinin açık veya örtülü yasağına aykırı ise, yani varsayılan iradesine aykırı ise zaten ortada varsayılan rızadan bahsedilemeyeceği için eleştiri yersizdir. Zira kişinin bu noktada varsayılan iradesi değil, var olan iradesi bulunmaktadır. Kaldı ki, bu yasaklama hukuka ve ahlaka da aykırı olmamalıdır. Örneğin, intihar ettiği için hastaneye kaldırılan bilinci kapalı kişinin, iradesinin hayatını sona erdirmek yönünde olduğu dolayısıyla artık iradesine uygun davranılmadığı[725], hukuka ve ahlaka aykırı olan bir yasaklama olduğundan, bu durum yine caiz gerçek vekâletsiz iş görmeyi oluşturur. Bir diğer örnekte, inançları dolayısıyla ehliyetli olmayan kişiye zorunlu bir tıbbi müdahalede bulunulmasına rıza göstermeyen yasal temsilcilerinin yasaklaması da hukuka ve ahlaka aykırı olduğu için, yapılan

[724] **Ekici Şahin,** s. 235 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 249.

[725] İlgili örnek için bkz: **Bayraktar**, Sorumluluk, s. 83.

müdahale vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hukuka uygun kabul edilir[726]. Ancak menfaatine değil de zararına bir fiil gerçekleştirildiyse, örneğin tıbbi müdahale olumsuz sonuçlandıysa, bu durumda iş görenin sorumluluğu normal vekâletsiz iş görmeden daha hafiftir. Nitekim bu noktada kişinin zararını veya zarar tehlikesini önleme amacı bulunmaktadır. Ancak vekâletsiz iş görenin sorumluluğu zaten bir kusur sorumluluğudur. Bu durumda gerçekten kusuru olan iş görenin/hekimin de zaten sorumluluğunun olduğu kabul edilmelidir. Kusuru bulunmamaktaysa artık eylemi haksız fiil oluşturmamaktadır. Aksi durumda TBK m.527 hükmündeki kusurun aranması gerekliliği anlamını yitirir.

Son olarak, kişi eğer kendi menfaati için hareket ediyor[727] ve iş sahibinin bir hakkını ihlal ediyorsa bu durumda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme vardır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise sorumluluk yine kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla kanaatimizce, zaten kendi menfaatine olarak, kişinin rızası bulunmamasına rağmen başkasının hukuk alanına el atan kimsenin vermiş olduğu zarardan sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak eşinin kalemini kullanma, çürüyecek olan komşusunun elmalarını toplama örneklerinde olduğu gibi, burada aralarındaki ilişkiden dolayı rızanın bulunduğuna dair güven ilkesine dayalı olarak muhatap yorum yapmaktadır. Dolayısıyla burada artık örtülü rıza bulunmaktadır ve varsayılan rızadan bahsedilemez.

---

[726] Bkz. yukarıda "Birinci Bölüm – II – D. Vekâletsiz İş Görmeden Farkı" başlığı, s 30 vd.

[727] Muhatabın kendi menfaatine yönelik olarak varsayılan rızasının bulunup bulunamayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. **Kangal**, s. 241 vd.

Kanunen varsayılan rızanın öngörüldüğü durumların hukuki niteliği yine vekâletsiz iş görmedir; ancak bu durumda kişinin iradesinin hangi yönde olduğu aranmamaktadır. Ancak hukuk bazen rıza bulunmasa dahi kimi durumlarda müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir. Örneğin Nüfus Planlaması Kanunu m. 4 uyarınca, tıbbi zorunluluk varsa ve ameliyatın seyri sırasında fark edildiyse kişiye kastrasyon yapılması durumunda; Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun m. 7 uyarınca sıtmanın imhası için gerekli tıbbi müdahalelerde; Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 14 f. 4 uyarınca kaza ve doğal afet sonucu yaşamını yitiren kimsenin, yanında yakınları yoksa yaşamı bu nakle bağlı olanlara, acil durumda ve tıbbi zorunluluk durumunda olanlara organ nakli yapılması durumunda[728]; ayrıca aynı kanunun m. 14 f. 2 uyarınca cesedin üzerinde değişiklik yapmayan nakillerde[729]; 10786 nolu Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü m.25 uyarınca genel kadınların 2 haftada bir yapılacak muayenede; Karayolları Trafik Kanunu m. 47 f. 3 uyarınca ve Ceza Muhakemesi Kanunu m. 75 uyarınca yapılacak muayenelerde, İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi m. 6 ve 7 uyarınca tedavi görmediği takdirde ciddi derecede zarar görecek psikiyatri hastasının tedavisi için rıza aranmamaktadır. Ayrıca Bankacılık Kanunu Ek Madde 1, Geçici Madde

[728] İngiltere'de Human Tissue Act (İnsan Dokusu Kanunu) gereğince, kişilerin ölüm sonrası organ bağışı için varsayılan rızası bulunmaktadır. Ancak kişiler bu rızalarından vazgeçebilirler. Böylece organ bağışı yapmak için rıza göstermeyi ihmal etmenin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Kanunun eleştirileri için bkz. **Manson,** s. 33 vd.

[729] Kanunun bu hükümlerinin eleştirisi için bkz: **Akünal,** s. 27.

28 uyarınca çıkarılan *Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği* ve *Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Üyelerinin Müşterilerinin Risk Merkezi Nezdindeki Bilgilerinin Kendilerine Ya Da Onay Vermeleri Koşuluyla Belirledikleri Gerçek Veya Tüzel Kişilere Verilmesine İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik* hükümleri uyarınca müşterilerin risk bilgileri Risk Merkezi'ne aktarılmaktadır. Risk merkezi ise bu bilgileri üyesi olan finansal kuruluşlarla ve çeşitli gerçek veya tüzel kişilerle paylaşabilmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun m. 5 f. 2 b. a uyarınca bu bilgiler kanunda paylaşılması öngörüldüğü için kişinin rızası bulunmaksızın mümkün olmaktadır. Bu durumlarda da yapılacak müdahalelerde kişinin varsayılan rızasının bulunduğu kabul edilmeli ve vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanmalıdır. Ancak genel kadınların muayenesi, sıtma ile mücadele, birtakım bulaşıcı hastalıklarla mücadele gibi kanunun öngördüğü durumlarda ise artık kişinin iradesi bir faraziyedir ve aksi iddia edilemez.

Son olarak belirtelim ki, organ bağışı noktasında yasal düzenlemelerle varsayılan rızanın öngörülmesi gerekmektedir[730]. Her ne kadar kimi sınırlı hallerde mümkün olsa dahi, kişi öldüğünde organ bağışı sırasında bekleyen diğer hastalara uygun bir organı

[730] Şu andaki rıza modelinin, zaruret modeliyle desteklenerek yerinde kalması gerektiği yönünde bkz. **Akıncı, Şahin,** *Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler – Bazı Çözüm Önerileri*, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 70 vd. ve 75.

bulunduğu takdirde, organlarının bağışlanmasına rıza gösterdiği varsayılmalıdır[731]. Böylece 1.000.000 kişide 3[732] olan organ bağışçısı sayımız artırılsın ve hastalar tedavi

[731] Ölen kişinin kendi cesedi üzerinde herhangi bir hakkı kalmamıştır. Dolayısıyla kişiliği sona erenin, cesedine nasıl davranılacağı noktasında da bir iradesi dikkate alınmaz. Ancak her ne kadar bu irade geçersiz dahi olsa favor testemanti ilkesi gereğince aksine bir bulgu olmadığı sürece ölenin isteği yerine getirilir. Öte yandan ölenin yakınlarının da ceset üzerinde mülkiyet benzeri bir mutlak hakkı olduğu görüşünü reddediyoruz. (Bu görüş için bkz. **Özel, Çağlar,** Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD, Y. 2002, C. 51, S. 1, s. 60 vd.; **Zevkliler,** s. 7.) Nitekim ceset yakınlarına, ölene veya herhangi bir kimseye ait mal/eşya değildir. 2238 sayılı kanun gereğince herhangi bir yakını bile ölen kişinin organlarının nakline rıza gösterebiliyorsa, bu durumda yakınlarının sahiplenmeyi gerektirecek bir hakkının olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Aksi halde sadece mirasçılarının bu rızayı göstermesi mümkün olmalıydı. Ancak yakınlarının ceset üzerinde kişilik hakkına bağlı hakları bulunmaktadır. Cesette yapılan değişikliklerle ölen kişi aşağılanıyor veya yakınlarının kişilik hakları ihlal ediliyorsa, bu durumda tazminat ve diğer koruma yollarının kullanımı mümkün olabilir. Ancak, otopside olduğu gibi organların nakledilmesi durumunda yakınlarının kişilik hakları da ihlal edilmemiş olacaktır. Ayrıca TCK m. 91 f. 2 de öngörüldüğü gibi hukuka aykırı olarak cesetten organ nakli mümkün değildir. Fakat hekimlerin organ nakli sırasında bekleyen hastalara nakil için cesetten organ almaları suç ve hukuka aykırı değildir. Bu sebeple biz kanuni düzenleme yapılmasa

görebilsinler. Ancak tabi ki organ bağışında bulunmak istemeyen kişinin bu iradesi kolay, ulaşılabilir ve hızlı bir yolla iletilmesini sağlayacak sistemlerin de kurulması gerekmektedir. Sadece bu tür bir değişiklik bile büyük oranda bağışçı sayımızı artırır[733].

C. AYDINLATILMIŞ *RIZA*

Aydınlatma yükümlülüğü monografik çalışmalara konu olacak kadar kapsamlı bir konudur[734]. Konunun kapsamının çok genişlememesi ve konuya ilişkin yeterince çalışmanın bulunması açısından yüzeysel bir inceleme yapılması yeterli görülmüştür.

Bir kimsenin gösterdiği rızanın otonom iradesine dayanması, kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması için rıza gösterdiği müdahaleyi anlaması, bilmesi

---

dahi organ ve doku naklinin şartlarına uygun yapıldığı takdirde hukuka aykırı olmadığını düşünmekteyiz.

[732] 2007 yılında yapılan araştırma için bkz: **Rithalia, A, et al.,** *A systematic review of presumed consent systems for deceased organ donation*; Health Technology Assesement, Y. 2009, C. 13, S. 26; s.2; 2013 yılında yapılan bir araştırmaya göre bu sayı 4,7 dir. İspanya'da ise bu sayı 35.1 dir. Bkz. **Erpek**, s. 8.

[733] Tek başına bu tür yasal bir düzenlemenin sonuç doğurmayacağı bunun yanında aynı zamanda bunun organizasyonunun yapılması, alt yapısının kurulması, sağlık alanında yatırımların artırılması ve bilinçlendirilmenin de artırılması gerektiği yönünde bkz. **Rithalia,** s. 39.

[734] **Başpınar,** Aydınlatma, s:192.

gerekir[735]. Zira bilmediği bir şeye rıza gösteren kimsenin iradesinin kendi geleceğini belirlemeye ilişkin olmadığı açıktır[736]. Kural olarak, bir kimse kendi geleceğini belirlerken, rıza gösterirken, iradesinin oluşması noktasında gerekli bilgiyi ve müdahaleyi anladığı kabul edilir[737]. Ancak kimi alanlarda kişinin bu bilgiyi bilmesi beklenemez. Dolayısıyla bu tür alanlarda müdahalede bulunacak kişinin, fiilinin hukuka uygun hale gelmesi için, aydınlatma yükümlülüğü[738] bulunmaktadır.

---

[735] Aydınlatmanın kişinin otonom iradesinin oluşabilmesinin şartı olduğu yönünde bkz: **Lilie, Hans,** *Alman Hukukunda Hasta Hakları,* Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, s. 13 vd.; **Bayraktar,** Geleceğini, s. 97; **Ozanoğlu, Hasan Seçkin**; Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD, Y. 2003, C.52, S.3, s. 59 vd.; **Özsunay,** s. 33. **Gökçen**, s. 70; **Erpek,** s. 54 vd.

[736] **Grimm**, s. 42.; **Doğan,** Psikiyatristler, s. 95; **Şenocak,** Hekim, s. 44.

[737] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 112; **Kurşat,** s. 52. Sözleşme görüşmelerinde kendi kendine bilgi alma ödevinin bulunduğu yönünde bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 198.

[738] **Ekici Şahin,** s. 189 vd. Hekimin aydınlatma gereksiniminin hukuki niteliğinin yükümlülük olduğu ve buna aykırı davranışın tazminat müeyyidesi ile karşılaşılacağına ilişkin olarak bkz: **Başpınar,** Aydınlatma, s. 194 vd. Aynı yönde bkz: **Erman,** s.101. **Özgül, Mehmet Emin;** Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 180 vd. **Akbenlioğlu,** s. 73. Aydınlatmanın bir külfet (yüküm) olduğu yönünde bkz: **Çilingiroğlu,** s. 58, **Demirhan Erdemir**, s. 100.

Aydınlatma yükümlülüğü kimi durumlarda kanundan, kimi durumda muhatap ile rıza gösteren kimse arasındaki bir ilişkiden, kimi durumlarda ise somut olayın özelliklerinden doğar[739]. Ancak aydınlata yükümlülüğü özellikle sağlık hukuku alanında çok tartışılmış ve gelişmiştir.

Kanunen belirlenen aydınlatma yükümlülüğü özellikle uzmanlık gerektiren alanlarda bulunmaktadır[740]. Tabibin aydınlatma görevi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 5. maddede, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. maddede açıkça belirtilmiştir. Sigortacının aydınlatma ödevi Türk Ticaret Kanunu m. 1423, Sigortacılık Kanunu m. 11 ve Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik[741] hükümleri ile belirlenmiştir. Vekilin aydınlatma görevi ise özen yükümlülüğünün bir parçası olarak

---

[739] **Ercoşkun Şenol,** s. 83, dn. 6; **Yıldırım,** Hile, s. 106 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 458; **Kurşat,** s. 53.

[740] **Yıldırım,** Hile, s. 108. Taraflardan birinin diğer tarafın elde edemeyeceği veya anlayamayacağı bilgiye sahipse aydınlatma ödevinin bulunduğu yönünde bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 199.

[741] Yeni Türk Ticaret Kanunu madde 1423'ün yürürlüğe girmesi ile yönetmelik hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin olarak bkz. **Özdamar, Mehmet,** *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu*, İÜHFM, Y: 2013 C. LXXI, S. 2, s. 359.

görülmektedir. Uzmanlık gerektiren alanlarda yer alan avukatın[742], bankacının, mimarın vs. ise aydınlatma görevinin kapsamı daha geniştir[743]. Veri sorumlusunun aydınlatma görevi ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 10'a dayanmaktadır[744]. İnsan üzerinde deney yapan araştırmacının aydınlatma görevi hekimin aydınlatma görevine ve sakladığı veriler açısından ise veri sorumlusunun aydınlatma görevine dayanmaktadır. Kolluk kuvvetinin kişinin rızası ile arama yapması halinde de aydınlatma yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir[745]. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca, bilgilendirme yükümlülüğünün sonuçları bazı sözleşmelerde belirlenerek, kanunen bir yükümlülük getirilmiştir[746].

---

[742] Avukatın aydınlatma yükümlülüğü bulunması gerektiğine ilişkin bkz**. Peck, Cornelius J**.; *A Symposium in Honor of Wex Malone; A New Tort Liability for Lack of Informed Consent in Legal Matters,* Louisiana Law Review, Y. 1984, C.44, S.5, s. 1289 vd.

[743] **Başpınar,** Vekil, s. 134; **Güner, Semih,** *Avukatın Özen Yükümlülüğü,* TBB Dergisi, Y:2000, S:2, s. 576 vd.

[744] İnternette kişisel verilerin kaydedilerek başkalarına sunulmasının (cookie) kişilik hakkına saldırı sayılacağı yönünde bkz. **Doğan, Murat,** *İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde)*, AÜEHFD, Y. 2003, C.7, S. 1-2, s. 398.

[745] **Ross, Josephine**, *Blaming the Victim: 'Consent' within the Fourth Amendment and Rape Law,* Harvard Journal of Racial & Ethnic Justice, Y. 2010, C. 26, S. 1, s. 10 vd.

[746] **Kara Kılıçarslan, Seda,** *Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü*, HÜHFD, Y. 2015, C.5, S.2, s. 218.

Uzmanlık gerektiren alanlarda[747] kişinin bir hakkına müdahale varsa ve bu müdahalenin hukuka uygun olması kişinin rıza göstermesine bağlı ise, artık rıza aydınlatılmış rıza halini almalıdır. Bu dürüstlük kuralının bir gereğidir[748]. Ancak aydınlatılmış rıza sadece kanunun öngördüğü durumlarda değil, sözleşme ile de karşı tarafa bir borç olarak yüklenebilir.

Somut olaydan kaynaklı aydınlatma ödevi, özellikle kişinin iradesinin gerçeği yansıtmadığını muhatap biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, ortaya çıkmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde muhatabın aldatmasından bahsedilir[749]. Nitekim muhatap kanundan, sözleşmeden veya somut olaydan dolayı karşı tarafı aydınlatması gerekiyorsa ve aydınlatmıyorsa, verilen rıza sağlıklı bir irade beyanı olmadığı için kesin hükümsüzdür. Ancak, aydınlatma yükümlülüğü rıza gösteren ve muhatap arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanıyorsa, artık bu sözleşmeye aykırılık

---

[747] Bu alanlar bir izne veya ruhsata bağlı olarak mesleğin icrası gerçekleştirilen alanlardır. Bu alanlarda, kişiler topluma karşı elde ettikleri özel bir güven vardır. Bkz. **Başpınar,** Vekil, s. 166 vd. Örneğin eczacıların da aydınlatma ödevi vardır. Bkz. **Doğan, Murat,** *Eczacının Tazminat Sorumluluğu*, EÜHFD, Y 2012, C. VII, S. 3-4, s. 6 vd.

[748] **Kara Kılıçarslan,** s. 197 vd.

[749] **Ohly,** s. 431 vd.; **Ercoşkun Şenol,** s. 83.; **Kara Kılıçarslan,** s. 197; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 199.

hükümlerince değerlendirilmelidir[750]. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları, aydınlatma yükümlülüğünün sebeplerine göre de değişiklik arz etmektedir. Bu sonuçlardaki değişikliğin sebebi ise aydınlatmanın rıza gösterenin iradesinin ön koşulu olarak değerlendirilmesi veya aydınlatanın yükümlülüğü olarak kabul edilmesindendir[751]. Eğer aydınlatma yükümlülüğünü sağlıklı bir rızanın ön koşulu[752] olarak kabul edersek, bu durumda bu yükümlülüğün ihlali halinde rızanın geçersizliği sebebiyle muhatabın yaptığı müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu bulunur[753]. Bu durumda muhatabın hiç rıza almadan yapmış olduğu müdahale ile aydınlatmanın tam yapılmaması sonucu yaptığı müdahale eşit değerlendirilmektedir. Hekimin yaptığı her müdahaleyi beden bütünlüğünü ihlal olarak gören görüşün sonucu da budur. Bu görüş, rızanın irade sakatlığı halleriyle geçersiz olduğu açıklamalarıyla da örtüşmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sözleşmenin ihlal edilmesi[754] olarak kabul edilirse, bu durumda aydınlatma ile rıza

---

[750] **Ayan,** s. 71 vd. Yargıtay, **3. HD., E. 2015/1871, K. 2016/1669, T. 11.2.2016,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[751] **Ohly,** 448. Gerçekten de farklı hukuk sistemleri olaya farklı açılardan yaklaşmıştır. Örneğin Amerikan hukukunda genellikle bu aydınlatma yükümlülüğü aydınlatanın borcu olarak nitelendirilmekteyken, Alman hukukunda hâkim görüş, rıza gösteren açısından kavramı incelemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Ohly,** 442 vd.

[752] **Gürbüz,** s. 137 vd., **Tacir,** s. 148 vd.; **Günday,** s. 158. Yazarlar, aydınlatmayı rızanın ön koşulu olarak görmektedir.

[753] **Akbenlioğlu,** s. 168 vd.

[754] **Eren,** Özel, s. 731 vd.; **Ayan,** s. 71 vd.

arasındaki tekillik sona erer. Bu durumda rıza aydınlatılma ihlal edilmiş olsa dahi geçerliliğini koruyabilir[755]. Nitekim rıza tek taraflı bir işlemdir ve diğer sözleşme ihlallerinden etkilenmez[756]. Ancak aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ile muhatabın sözleşmeyi müspet ihlali[757] sebebiyle sorumluluğu devam edecektir. Bu görüşün benimsenmesinin üç temel faydası bulunmaktadır. İlk olarak, aydınlatmanın bir yükümlülük olduğu durumda, kişinin rıza göstermemesi halinde de, muhatabın aydınlatma yükümlülüğü bulunur. Bu durumda aydınlatmanın ihlal edilmesi halinde halen sorumluluğunun bulunmasını sağlar. Keza aydınlatılmadan rıza verilmesinin geçersiz olması gibi, aydınlatma olmadığı için rızanın gösterilmediği durumlarda da otonom iradenin bulunmadığı kabul edilmelidir. Örneğin, hastanın tedaviyi reddedebilmesi için öncelikle aydınlatılmalıdır. Ayrıca uzmanlık gerektiren alanlarda sadece aydınlatma ile rıza gösteren kimsenin otonom iradesinin bulunacağı, bir kurgudan ibarettir[758]. Zira

---

[755] Bkz. yukarıda "Üçüncü Bölüm – I – A. Muhtemel (Hipotetik) Rıza" başlığı, s. 224 vd. Öte yandan kişinin rızası bulunmadığı durumlarda sözleşmenin var olmayacağı yönünde bkz. **Hakeri,** Tıp, s. 214.

[756] **Ohly,** 449.

[757] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.401 vd.

[758] **Bayraktar,** Sorumluluk, s. 82; **Grimm**, s. 44. İngiltere'de yapılan bir araştırmada kalp krizi geçiren hastalarda yapılan ankette, hastaların %39'nun 'dörtte birin', yüzde yirmibeş olduğunu bilmediği tespit edilmiştir. Şu hâlde basit bir istatistiği anlayamayacak seviyede olan hastaların, aydınlatma ile gerekli bilgiye sahip olacağı ve otonom iradesiyle karar vereceği kurgudur. Bu yönde bkz. **Grimm,** s. 44.

hekimin aydınlatmasında hastanın bütün tıbbi bilgileri anlaması, bunları fikrî ve entelektüel olarak değerlendirmesi ve buna göre kendine daha çok yarayacak olan müdahaleyi seçmesi, gerçek olmaktan uzaktır[759]. Hatta risk aydınlatması kapsamında doktorun sorumluluğunu azaltması için gereğinden fazla bilgi yüklemesi (overload) hastanın iyice kafasının karışmasına sebep olur[760]. Dolayısıyla aydınlatmanın eksikliği halinde kişinin otonom iradesinin oluşmayacağı yönündeki sıkı ilişkinin gevşediği görülmektedir. Kişinin iradesinde yanılmaya düşüp düşmediği, aydınlatıldığı bilgileri gerçekten anlayıp anlamadığının değerlendirilmesi yerine, hekime normatif bir aydınlatma ödevi yüklemek daha makuldür[761]. Son olarak aydınlatma yükümlülüğü bu şekilde değerlendirildiğinde tedavi aydınlatması ile diğer aydınlatmalar ayrılamaz bir bütün olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla karar aydınlatması, teşhis ve tedavi aydınlatması farkı ortadan kalkar[762]. Muhatabın aydınlatma ihlali halinde bu iki aydınlatma eksikliği sonucunun, muhatabın beden bütünlüğüne verdiği zararları karşılaması açısından bir fark olmamaktadır. Daha ziyade ispat yükünün dağılımı

---

[759] **Schuck, Peter H.**; Rethinking Informed Consent, Yale Law Journal, Y. 1994, C. 103, S. 4, s. 904 vd. Yazar, aydınlatılmış rızayla ilgili geniş çaplı bir çalışma yapılıp, sistematik olarak her alanda hastaların anlayabileceği dilen bir aydınlatma ön metni hazırlanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Schuck,** s. 959 vd.

[760] **Oehler,** s. 24 vd.

[761] Aydınlatma eksikliğinin ödevin ihlali niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Özsunay,** s. 55 vd.

[762] **Ohly,** s. 449 vd.

noktasında farklar ortaya çıkmaktadır. Nitekim rıza gösteren kişinin, aydınlatma eksikliği sebebiyle iradesinin sakatlandığını ve bu sakatlığın karşı tarafın kasti aldatması veya karşı tarafa yüklenecek bir yanılgısı sebebiyle olduğunu ispatlaması gerekir. Öte yandan sözleşmenin ihlali olduğu kabul edilirse, artık aydınlatmanın yapılmadığını ispat ederek ispat yükünü yerine getirmiş olur[763]. Kanaatimizce, mevzuatta, öğretide ve uygulamada hekime, aydınlatmanın yapıldığını ispatlama yükünün yüklenmesinin karşısında, rızanın tamamen geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, bu noktada bir değerlendirme yapılmamasından kaynaklanmaktadır.

Aydınlatmanın konusu, müdahalenin gerekçesi, sonuçları, ortaya çıkabilecek olumsuz zararlı sonuçları, müdahalenin ağırlığı, müdahalenin önemi, rıza veya izin alınmaksızın bu müdahalenin yapılamayacağına dair bilgilendirmedir[764]. Ayrıca bu müdahalenin farklı yöntemleri varsa bunların faydaları ve zararlarını da bilgilendirme kapsamına alınmalıdır[765]. Aydınlatma, müdahalenin yapılmaması halinde ortaya çıkacak

---

[763] **Ozanoğlu,** s. 73 vd.; **Özdemir,** s. 371 vd.; **Eren,** Genel, s. 1091. Bu noktada muhatabın aydınlatma yükümlülüğünü ihlali ağır meslek kusuru olarak kabul edilirse, kusurun bulunmadığının ispatı muhataba ait olduğuna, fakat özen yükümlülüğüne aykırı olarak kabul edilirse rıza gösteren kişiye ait olduğuna dair bkz. **Başpınar,** Aydınlatma, s. 212 vd.

[764] **Akbenlioğlu,** s. 84 vd.; **Bayraktar**, Geleceğini, 98; **Ozanoğlu,** s. 64 vd.; **Özsunay,** s. 41; **Ekici Şahin,** s.191 vd.; **Şenocak,** Hekim, s. 46 vd.; **Ayan,** s. 74 vd.

[765] **Çilingiroğlu,** s 62 vd.; **Akbenlioğlu,** s 92. Yargıtay bir kararında daha risksiz ve daha az girişimsel olan bir tedavi yöntemi varken, ağır yöntemin seçilmesinde, hekimin hastayı yeterince aydınlatmadığı için rızayı geçersiz saymış ve cezai sorumluluğunun olduğunu

sonuçları da kapsamalıdır[766]. Ancak aydınlatmanın konusunun, aydınlatmanın türüne, müdahaleye göre ve somut olayın özelliklerine göre daralıp genişlemesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[767].

Aydınlatma somut olaydaki rıza gösterecek kişinin özellikleri dikkate alınarak yapılmalıdır[768]. Örneğin, belli bir yaşın üstündeki kişilerin herhangi bir cerrahi operasyonda karşı karşıya kalacağı riskleri belirtmek, sadece o yaşın üstünde bulunan kimse için gereklidir. Ayrıca somut olayda rıza gösterenin aydınlatılması, aydınlatmadan feragatiyle, konu hakkında detaylı bilgi sahibi olması sebebiyle, müdahalenin acilliği sebebiyle tamamen ortadan kalkabileceği göz önünde bulundurulmalıdır[769].

---

ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay, **12. CD, E. 2014/7841, K. 2015/710, T. 20.1.2015,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[766] **Ohly,** 438.

[767] HHY m. 15, 18, 19, 20. Ayrıca bkz. **Özsunay,** s. 38 vd.; **Özdemir, Hayrunnisa,** Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Erzincan ÜHFD, Y. 2008, C. 12, S. 2, s. 360; **Uygur,** s. 159 vd.; **Çilingiroğlu,** s. 65 vd.; **Şenocak,** Hekim, s. 49 vd.; **Ayan,** s. 75 vd.

[768] **Akbenlioğlu,** s. 85; **Çilingiroğlu,** s. 62 vd.; **Hatırnaz,** s. 55 vd.

[769] HHY m. 18. Ayrıca bkz. **Yılmaz M.,** 48; **Ekici Şahin,** s. 192 vd.; **Şenocak,** Hekim, s. 55 vd.

Aydınlatmanın icrası sözlü şekle tabidir[770]. Ancak uygulamada genellikle aydınlatılmış rıza formu adı altında yapıldığı görülmektedir. Ancak bu noktada, bu formların genel işlem şartı niteliğinin bulunduğunu ve çoğu zaman aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucunu doğurmayacağını ifade etmek gerekir. Aydınlatma formu yardımıyla yapılan aydınlatmalarda, kişinin menfaatine aykırı nitelik taşıyan haksız şartların da ayrıca rıza gösteren ile tartışılması gerekmektedir.

Aydınlatmanın muhatabı müdahaleye rıza gösterecek kimsedir[771]. Ancak kişinin müdahaleye rızası başka kişilerin de iradesine bağlıysa onların da aydınlatılması gerekir[772]. Ayrıca rıza gösterecek kimse kendisinden başka birinin de aydınlatılmasını talep edebilir[773]. Aydınlatmayı yapacak kişi ise bizzat müdahaleyi yapacak kimse olmak zorunda değildir[774]. Nitekim kişinin bizzat hekim tarafından aydınlatma zorunluluğuna

---

[770] HHY m. 18. İlgili maddenin değişikliği öncesinde şekle tabi olmadığı yönünde bkz. **Yılmaz M.,** 48; **Ozanoğlu,** s. 72 vd.; **Özsunay,** s. 53 vd.; **Başpınar,** Aydınlatma, s. 203 vd.; **Tacir,** s. 181; **Günday,** s. 174 vd.; **Çilingiroğlu,** s. 71.

[771] **Akbenlioğlu,** s. 115, **Çilingiroğlu,** s. 70, **Hatırnaz,** s. 70, **Ozanoğlu,** s. 72; **Özsunay,** .s 51; **Başpınar,** Aydınlatma, s. 199 vd.; **Tacir,** s. 183; **Ekici Şahin,** s.191 vd.; **Ayan,** s. 82 vd.

[772] **Akbenlioğlu,** s. 116, **Çilingiroğlu,** s. 70; **Ozanoğlu,** s. 72; **Özsunay,** 51 vd.; **Günday,** s. 177.

[773] HHY m. 18 f. 3. Ayrıca bkz. **Akbenlioğlu,** s. 116.

[774] **Tümer, Ali Rıza/et. Al.,** Cerrahide Aydınlatılmış Onam ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ulusal Cerrahi Dergisi, Y. 2011, C. 27, S. 4, s. 194; **Ekici Şahin,** s. 191;

dair bir düzenleme bulunmamaktadır[775]. Kaldı ki, aydınlatma sağlıklı ve otonom bir iradenin oluşması için gerekli görülmekteyse, bu bilginin nereden geldiği önemli değildir. Öte yandan ülkemizde hekimlerin zaman yetersizliği göz önüne alındığında, aydınlatmayı yapacak uzman kişilerin çalıştırılması da mümkündür. Kaldı ki HHY m. 18 f. 4'te hastanın hastalığı hakkında bir başkasından bilgi alabileceği kabul edilmiştir. O halde başka bir hekim de aydınlatmayı yapabilir. Fakat müdahaleyi yapan hekimin aydınlatmanın yeterli ve doğru olduğu konusunda sorumluluğu devam etmelidir[776]. Son olarak, rızanın aydınlatmayı yapan/müdahalede bulunan kişiye varması gerekli değildir.

Aydınlatılmış rıza ise, rızanın sadece irade beyanının oluşması bakımından, bilgi verme yükümlülüğü bulunan bir türü olduğu açıktır.

Günday, s. 176 vd.. Aksi yöne bkz: **Akbenlioğlu,** s. 112 **Hakeri,** Tıp, s. 130; **Ozanoğlu,** s. 72.; **Özsunay,** s.49 vd.; **Başpınar,** Aydınlatma, 198 vd.; **Tacir,** s. 183; **Çilingiroğlu,** s. 69 vd.; **Ayan,** s. 81 vd. Belirtmek gerekir ki, eğer rıza gösteren ile muhatap arasında bir hukuki ilişki mevcut ise bu durumda aydınlatma o ilişkinin bir unsuru olduğu durumlarda aydınlatma bizzat muhatap tarafından yapılmalıdır.

[775] Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18 f. 2 ve f. 4 uyarınca aydınlatma başka kimse tarafından yapılabilir. Kaldı ki, tıbbi müdahaleler de sadece hekimler tarafından yapılmamaktadır. Yardımcı sağlık personellerinin de tıbbi müdahalede bulunduğu zamanlar olabilir. Bu konuda bkz. **Birtek,** s. 1999.

[776] **Akbenlioğlu,** s. 112; **Tümer,** s. 194; **Ekici Şahin,** s. 191; **Günday,** s.176 vd.

D. BAĞLAYICI RIZA

Rıza kanunlarda farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Geniş anlamda rıza, hakkın devri, vazgeçme, sözleşme, tek taraflı irade beyanı olup olmadığına bakılmaksızın bütün izin verme şekillerini ifade etmektedir. Ancak bu çalışmada rıza, dar anlamıyla ayrı bir hukuki müessese olarak ifade edilmiştir. Bu tür bir rıza kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayandığı için kural olarak bağlayıcılığının bulunmadığı kabul edilmiştir. Fakat özellikle belli başlı durumlarda kişi rıza gösterdikten sonra bu rızası ile bağlı olabilir.

İlk olarak, rıza gösteren, bağlayıcı veya bağlı olmadığı/dönebileceği bir irade beyanı ile rıza gösterebilir. Bu kendi otonom iradesinin bir sonucudur. Ancak bağlayıcı bir rıza gösteren kimse, artık yapılacak müdahaleye karşı bir savunma oluşturamaz. Bu durumda rıza gösteren artık kendi iradesiyle değil, başka bir kimsenin o müdahaleyi yapıp yapmamasına göre müdahaleye katlanır. Bu yüzden kişilik haklarının korumasını kaldırdığı gibi, bağlayıcı bir rıza gösteren kimsenin artık otonom iradesini de ortadan kaldırdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bağlayıcı rızanın kişilik haklarında kullanılamayacağı ifade edilmektedir[777]. Bu sebeple kişilik hakları ile ilgili olarak

[777] **Ohly,** s. 195 vd. Diğer bir görüşe göreyse, kişilik haklarının mali boyutu ile bağlayıcı rıza vermenin mümkün olduğu yönündedir. Buna ilişkin olarak ABD'de verilen ilginç bir karar örnek verilebilir. On yaşındaki kızın, küvette çıplak fotoğrafları çekilmiş ve bu fotoğraflar birçok dergide vs. kullanılmıştır. Daha sonra ünü artan aktris, bu fotoğrafların kaldırılmasını istemiştir. Ancak New York Temyiz Mahkemesi, lisans anlaşmasının olduğu ve ailesinin de bu anlaşma sırasında izin verdiği ve karşılığını almaları sebebi ile

bağlayıcı bir rıza bulunmakta ise ve rıza gösteren rızasını geri alsa, müdahale artık hukuka aykırıdır. Ancak bu bağlayıcı rızadan dolayı oluşan sözleşmeye aykırılıktan dolayı muhatabın tazminat talebinde bulunma hakkı vardır.

Bağlayıcı rıza malvarlığı haklarında mümkün olmaktadır. Özellikle malvarlığı hakları sözleşmeye konu olduğunda, ahde vefa ilkesi gereğince sözleşme ile bağlılık ifade edilmektedir[778]. Ancak hukuka uygunluk sebebi olan rıza açısından, haksız fiil hükümlerince, rıza istenildiği zaman geri alınabilir. Bu durumda hangi ifadelerin sözleşme hangilerinin rıza olarak değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Belli bir kimseye yöneltilen bağlayıcı rızanın hukuki niteliği sözleşmedir[779]. İlk bakışta belli bir kimseye karşı bağlayıcı şekilde bir müdahalede bulunmasına rıza gösterilmesi vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Zira vekâlet sözleşmesinde de müvekkil, vekile kendi hukuk alanında sonuç doğurmak üzere işlem yapması için yetki vermektedir. Bu yetki onun menfaatine de olabilir, aleyhine de olabilir. Ancak kural

---

bu resimlere ilişkin rızasının bağlı olduğunu kabul etmiştir. İlgili karar için bkz: **Shield by Shields v. Gross**, 448 NE2d 108, 461 NY2d 254 (1983) Bağlantı adresi: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/563/1253/1590460/

[778] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 295.

[779] **Ohly,** s. 196 vd.

olarak, müvekkil, her zaman vekili azledebilir[780]. Dolayısıyla bağlayıcı rızanın açıklanması vekâlet ilişkisi ile olamaz. O halde, bir müdahaleyle bağlı olduğuna dair rızanın ayrı bir irade açıklaması ile ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu durumda, muhatabın rıza gösterenin iradesinden bağımsız olarak müdahalede bulunması hakkının olduğu anlaşılmaktadır. Bir kimseye ivazsız dahi olsa hak tanınmasının, o kişinin kabulüne bağlı olması gereğince, bir kimseye karşı bağlayıcı rızanın her zaman bir sözleşme oluşturacağı kabul edilmektedir[781].

Bağlayıcı rızaya örnek olarak verilebilecek kiraya verenin veya fikir haklarda lisans verenin haklarına müdahale edilmesine rıza göstermeleri, ahde vefa ilkesi ile açıklanmalıdır. Dolayısıyla bağlayıcı rıza, dar anlamda rızanın bir türü değildir.

E. RİSKİ KABULLENME

Riski kabullenme "at your own risk" klozlarının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bir kimse gönüllü olarak tehlikeli bir duruma kendini sokarsa, kişinin rızasının var olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim rıza gösteren kimse kafasında canlandırdığı bir müdahaleye karşı irade beyanında bulunmaktadır. Bu müdahaleyi istemekte veya en azında kabul etmektedir. Muhatap ise bu müdahaleyi kasten gerçekleştirmektedir. Öte yandan riski kabullenmede kişi tehlikenin gerçekleşme ihtimalini bilmekte, ancak çoğu

---

[780] Atipik vekâletin geri alınabileceği yönünde bkz: **Gümüş,** s. 380, dn. 2150'deki yazarlar. Vekâlet sözleşmesinde fesih hakkının sınırlandırılamayacağı veya kaldırılamayacağı yönünde bkz. **Gümüş,** s. 379 vd.

[781] **Ohly,** s. 198.

zaman bu tehlikeli sonucun gerçekleşmesini arzu etmemektedir[782]. Fail ise genellikle ihmali bir davranışla zarara sebep olmaktadır. Tehlikeli yarışlara, tehlikeli sportif faaliyetlere[783] veya herhangi bir tehlikeli olaya katılmak riski kabullenmenin yaygın örnekleridir. Sağlık hukukunda ise komplikasyona rıza riski kabullenmenin özel bir türünü oluşturmaktadır[784]. Yargıtay da komplikasyona rıza gösterilebileceğini kabul etmektedir[785].

Muhatabın gerçekleşecek tehlikeyi önleme yükümlülüğü varsa artık bu noktada kişinin riski kabullenmesinin, gerçek olmayan risk kabullenmesi olduğu kabul edilmektedir[786]. Zira bu risk kabullenmesi, muhatabın riski önleme yükümlülüğünü kaldırmaz[787]. Öte yandan gerçek risk kabullenmesinde kişinin zararlı neticeyi istemediği düşünülebilir. Ancak sonuçları belli olan bir müdahaleye rıza gösteren kişi de, karşı tarafın onu yapıp yapamayacağını, bunun kendi arzuladığı sonucu doğurup doğuramayacağını bilmemektedir. Bu noktada risk kabullenmesinin sonucu gerçekleşmeme ihtimali olduğu

---

[782] **Ekici-Şahin,** s. 129.

[783] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 25; **Deschenaux/Tercier**, s. 44 vd. Bir görüşe göre burada örtülü rıza bulunmaktadır. Bkz. **Antalya,** s. 447; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 362.

[784] **Birtek, Fatih,** Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı, İBD, C. 81, S. 5, Y. 2007, s.2001; **Uygur,** s. 297 vd.

[785] Yargıtay, **13. HD, E. 2013/30822, K. 2014/10772, T. 9.4.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[786] **Ohly,** s. 261 vd.

[787] **Antalya,** s. 421.

için, kişinin iradesinin riskin sonucuna rıza gösterme yönünde olmadığı varsayımı yersizdir. Kaldı ki, bir kimsenin belirli bir zararlı sonuca rıza göstermesi kabul edilirken, sonucu kesin olmayan bir riske rıza gösterebileceği evveliyetle kabul edilmelidir. Bu durumda muhatabın fiili hukuka uygun olur. Sonucu belli olan müdahaleye rıza, zararlı hareket ve sonuca yönelik olmaktadır. Risk kabullenmesinde ise sadece harekete ve gerçekleşme ihtimali olan sonuca yöneliktir.

Kişinin rızası serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakka ilişkin veya muhatabın zararı önleme yükümlülüğü var ise, muhatabın sorumluluğu ortadan tamamen kalkmaz[788]. Kişinin riski kabullenmesi, bu durumda artık tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir[789].

Ceza hukukunda kullanılan olası kast ve bilinçli taksir kişinin rıza iradesini belirlenmesi noktasında öneme sahiptir. Kişi fiili ve sonuçları öngörüyor ve buna rağmen yapıyorsa, artık rızasının bulunduğu kabul edilmelidir. Öte yandan sonucu öngörüyor ama gerçekleşmesini istemiyorsa dahi, fiilin gerçekleşmesinde birlikte kusuru olduğu kabul edilmelidir.

Riskin neler olabileceği ise her somut olayda ayrıca tespit edilmelidir. Örneğin, bir spor etkinliğinde, o sporun kuralları içindeki müdahaleler için, buna ilişkin riske spor etkinliğine katılarak zımni rıza gösterdiği göz önüne alınmalıdır[790]. Oyunun sınırları ve

---

[788] **Ekici Şahin,** s. 129.

[789] **Tiftik,** s. 392.; **Eren,** Genel, s. 793.

[790] **Tiftik,** s. 392; **Ekici Şahin,** s. 127; **Eren,** Genel, s. 630; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 25.

kuralları dışındaki müdahalelerde artık kişinin rızasının bulunduğu kabul edilemez[791]. Bu sebeple bu durumlarda rıza bulunmamaktadır ve tazminattan indirim sebebi de teşkil etmez[792]. Hastanın da hekimin aydınlattığı komplikasyona rızası bulunmaktadır[793]. Ayrıca tehlikeli bir sürüşe katılan yolcunun da tehlikeyi kabul ettiğinden bahsedilemez. Kaldı ki, motorlu taşıt yarışlarında kusursuz sorumluluk bulunmaktadır. At yarışına katılan bir sporcunun atın verdiği zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır. Trafikte araç kullanan sürücü, diğer sürücülerin birtakım kuralları ihlal edeceğini ön görmesi karşısında, bu ihlalleri istememektedir. Zaten sürücüler trafikteki tehlikeyi istemedikleri gibi, bu tehlikenin olası sonuçlarına da rıza göstermemektedir[794].

---

[791] **Eren,** Genel, s. 630; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 362. Tiftik'e göre diğer oyuncuların kuralları ihlal edebileceğini hesaba katması gerektiği için burada tazminattan indirim sebebi bulunmaktadır. Bkz. **Tiftik,** s. 392 vd. Doktrindeki bir görüşe göre, özellikle profesyonel sporcuların tecrübeleri gereği sık yaşanan, olağan oyun kuralı dışındaki müdahaleleri de öngöreceği ve bu riskleri de kabullendiği düşüncesi bulunmaktadır. Bkz. **Ertaş, Şeref/Petek, Hasan;** Spor Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 416 dn 527.

[792] **Tunçomağ,** s. 437.

[793] Bu noktada komplikasyona rıza gösterme bakımından belirli yüzdelere göre rızanın geçerli olup olmadığı yönündeki fikre katılmıyoruz. Görüş için bkz. **Hakeri, Hakan,** *Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı,* Toraks Cerrahi Bülteni, Y. 2014, C. 5, S.1, s. 25.

[794] **Ekici-Şahin,** s. 129.

Risk kabullenmesi kanaatimizce, rızanın bir türünü oluşturmakta ve rızanın tabi olduğu kurallara bağlı kalmaktadır[795]. Ancak rızayı hukuki işlem kabul edenlere göre risk kabullenmesi rızanın bir türü olmayıp, sadece birlikte kusur olarak değerlendirilebilir[796]. Yargıtay sarhoş, çok yorgun veya ehliyetsiz bir kimsenin aracına binen kişinin, bu riski kabullenmesini birlikte kusur olarak kabul etmiştir[797]. Fakat bu noktada yolcunun zararın gerçekleşmesine bir katkısı yoktur. Sadece daha yüksek kaza ihtimalini göz önüne alması gerekir. Bunu göz önüne alarak araca binmesi ise zımni rızadır[798]. Fakat kişinin beden bütünlüğüne ilişkin olarak böyle bir müdahaleye rıza göstermesi geçersizdir. Tazminattan indirim sebebi kabul edilir. Bu noktada ayrı bir tazminattan indirim sebebi vardır. Birlikte kusur bulunmamaktadır.

[795] **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 25; **Deschenaux/Tercier**, s. 44. Aksi yönde bkz: **Başalp,** s. 63 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 245; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 358; **Helvacı,** Davalar, s. 104.

[796] **Ohly,** 260 vd.; **Tiftik,** s. 393; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 245.

[797] Yargıtay, **17. HD., K. 2017/2813, E 2016/13866, T. 21.3.2017;** Yargıtay**, 17. HD, E. 2014/16088, K. 2017/940, T. 2.2.2017,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[798] **Eren,** Genel, s. 791. Bunun birlikte kusur olduğu yönünde bkz. **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 245.

II. ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLARDA RIZA

A. BİRDEN FAZLA KİŞİNİN RIZASI

Rıza gösterecek kişi o hukuksal değerin sahibidir. Değere birden fazla kişi sahipse buna sahip olan her bir kişi rıza göstermelidir[799]. Ancak bir hakka birden fazla kimse sahip olmasına rağmen, sadece bir hak sahibinin rızası, o hakka müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilir. Örneğin, bir evin maliklerinden veya kiracılarından sadece biri, bir arkadaşının eve gelmesine rıza göstermişse; kural olarak, misafir konut dokunulmazlığını ihlal etmemiş olur. Bir başka örnek ise, bir mektubun hem göndericisinin hem alıcısının özel yaşam olaylarını içerdiği durumda, bunun yayımlanmasına iki tarafında rıza göstermesi gerekmektedir[800].

Hukuksal değere birden fazla kişi sahipken, içlerinden birinin rıza göstermesi halinde, eğer rıza gösteren kişinin kanuni veya sözleşmeye ilişkin temsil yetkisi varsa, o halde hepsinin rızaları varmışçasına hüküm kurulur[801]. Temsil yetkisi yoksa, bu durumda da failin oluşturulan güven sebebiyle sorumluluktan kurtulması mümkün olabilir.

Hukuksal değer malvarlığına ilişkin ve paylı mülkiyet söz konusu ise, bu değere müdahalede bulunulmasına rıza gösterilmesi müdahalenin ağırlığına göre değerlendirilmelidir. Eğer olağan yönetim işlerini ilgilendirecek derecede bir müdahale

---

[799] **Ekici-Şahin,** s. 161; **Ekşi,** Rıza, s. 18; **Kılıçoğlu A.,** Basın, s. 379; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 295.

[800] Örnek için bkz. **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 295.

[801] **Ekici-Şahin,** s. 162.

varsa paydaşlardan birinin rızası yeterlidir[802]. Eğer önemli yönetim işlerini ilgilendiriyorsa bu durumda pay ve paydaş çoğunluğu aranmalıdır[803]. Ancak olağanüstü yönetim işlerini ilgilendirecek bir müdahale söz konusu ise artık paydaşların oy birliği aranmalıdır[804]. Ancak hemen belirtelim ki hukuki ve fiili taksim halinde, kendi bölünmüş kısmına müdahaleye rızayı sadece ilgili paydaş tek başına verebilir.

Elbirliğiyle mülkiyet söz konusu olduğu durumlarda aksine bir anlaşma yoksa her türlü müdahaleye rıza için oybirliği aranmalıdır[805].

Birlikte mülkiyet bulunmamaktaysa ve müdahale yine de birden fazla kişinin hakkını ihlal etmekte ise, hakkı ihlal edilen her bir kişinin rızasının bulunması gerekir. Örneğin, genetik bir inceleme sonucu, kişinin kan bağı bulunduğu diğer kişilerin de bilgileri tespit edilmekte ve saklanmakta ise, kural olarak, her bir kişinin rızası bulunmalıdır[806]. Ancak bu tür bir yaklaşım genetik incelemeleri önemli ölçüde sınırlar. O halde bilgiler tespit edilse bile kullanılmıyor, depolanmıyor ve işlenmiyorsa artık sadece doğrudan genetik inceleme yapılan kişilerin rızası yeterli kabul edilmelidir[807]. Yani sadece genetik inceleme yapılan kişiyi ilgilendiren verilere ulaşmak için diğer kimselerin bilgileri de elde ediliyor, ancak kullanılmıyorsa, artık sadece ilgili kişinin rızanın yeterli olduğu

---

[802] TMK m. 690

[803] TMK m. 691

[804] TMK m. 692. Ayrıca bkz. **Ohly,** s. 457 vd.

[805] TMK m. 702 f. 2.

[806] **Yıldırım,** Gen, s. 396 vd.; **Gürbüz,** s. 179.

[807] **Ekici Şahin,** s. 115.

sonucuna ulaşılabilir. Aksine bir kabul halinde genetik araştırmaların ve müdahalelerin imkânsızlaşacağı bir gerçektir[808].

Bir diğer örnek ise birden fazla kişinin aynı fotoğraf karesinde olduğu resmin yayınlanması, birden fazla kişiyi ilgilendiren ve kamu menfaati bulunmayan haberlerin yapılması durumlarında da yine hukuksal değeri ihlal edilen herkesin rızası alınmalıdır.

Tüzel kişileri ilgilendiren bir müdahale bulunmakta, ise buna ilişkin rıza, ilgili değerin tasarrufu nasıl sağlanıyorsa o şekilde ortaya konmalıdır. Örneğin, ticari bir markanın lisansını vermek için alınması gereken karar, o markanın ihlaline gösterilecek rıza için de aynı şartları taşımalıdır.

B. BİR BAŞKASININ YERİNE VERİLEN RIZA

Başkasının yerine rıza göstermek ifadesi, rıza gösterme kararının yani ortaya konulan irade beyanının başkasının yerine veya adına yapılmasını ifade eder. Yoksa bir habercinin, kişinin irade beyanını bildirmesinde başkasının yerine rıza gösterme durumu bulunmamaktadır.

---

[808] Aksi yönde, **Yıldırım,** s. 399 vd. Yazara göre genetik inceleme yapılması için üstün özel menfaat veya diğer hukuka uygunluk sebepleri de bulunmalıdır. Ayrıca mahkeme kararıyla yapılmalıdır. Ekonomik sebeplerle yapılan genetik incelemelerin hukuka uygun olması ise mümkün değildir. Örneğin sigorta şirketlerinin genetik incelemelere göre prim borcu çıkartması gibi.

Kural olarak, sadece hukuksal değerin sahibi, bu değere yapılacak müdahaleye rıza gösterebilir[809]. Ancak kimi durumlarda bir başkasının hukuksal değerine müdahaleye rıza göstermek mümkün olabilir.

Başkasının yerine rıza göstermenin en önemli örneği, ayırt etme gücü bulunmayan kanuni temsilcinin, müdahaleye rıza göstermesi halidir. Ancak kanuni temsilci, tam ehliyetsizin her hakkına müdahaleye rıza gösteremez[810]. Hatta bu rızayı ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin gerçek veya muhtemel arzusunu göz önünde bulundurarak, üstün yararına göre verebilir.

İradi temsil yetkisi ile rıza göstermenin mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre[811] rıza, temsil ile bağdaşmayan bir müessesedir. Dolayısıyla temsilci, temsil olunanın adına ve hesabına rıza gösteremez. Ancak bir diğer görüş[812], sadece malvarlığı haklarında temsilin mümkün olduğunu savunmaktadır. Üçüncü bir görüş[813] ise mutlak surette kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar dışındaki birtakım kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar için rıza gösterilebileceğini kabul eder. Dördüncü bir görüş[814] bu konuda ayırım

---

[809] **Antalya,** s. 446.

[810] Vasinin ehliyetsiz yerine organ bağışına rıza gösteremeyeceği yönünde bkz. Yargıtay, **18. HD, E. 2013/16178, K. 2014/3998, T. 6.3.2014,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[811] **Ekici Şahin,** s.162 dn. 173'teki yazarlar.

[812] **Ekici Şahin,** s. 163 dn 174'teki yazarlar.

[813] **Ekici Şahin,** s. 163 vd.

[814] **Akyol,** Temsil, s. 202.

yapmadan temsilin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Beşinci bir görüş[815], kişiye ağır bir yük getirecek veya kalıcı sonuçları bulunacak kişiye sıkı sıkıya müdahaleler dışındaki kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve malvarlığı haklarında rıza gösterilebileceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce, son görüş daha isabetlidir. Nitekim malvarlığına ilişkin bir müdahaleye rıza göstermek için temsilci atanması mümkündür. Ancak üzerinde tartışılması gereken asıl konu ise kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara müdahale için temsil yetkisinin geçerliliğidir. Örneğin, çok yakını tabip olan kimsenin, tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için hekim olan yakınına temsil yetkisi vermesi mümkün olmalıdır. Zira kişi bir başkasının aydınlatılmasını da talep edebilmektedir. Bu durumda aydınlatılan kişinin rıza kararını vermesi mümkün olmalıdır.

Belirtelim ki, mutlak surette kişiye sıkı sıkıya bağlı olan, cinsel özgürlük, hareket özgürlüğü, şeref gibi değerlere müdahaleye rıza gösterilmesi için temsil yetkisi verilmesi mümkün değildir[816].

Rıza göstermek için genel yetki yeterli değildir. Özel olarak hangi hakka müdahaleye rıza gösterildiğine dair özel yetki bulunmalıdır. Ayrıca rızanın geri alınması için ayrıca özel bir yetki verilmediyse temsilci geri alma yetkisine sahip değildir[817].

---

[815] **Karakaş,** s. 95 vd.

[816] **Karakaş,** s. 91 vd.

[817] **Ekici Şahin,** s.164.

C. RIZANIN GERİ ALINMASI

Bir hakkına müdahaleye rıza gösteren kişinin, kural olarak, bu rızasından vazgeçmesi, rızasını geri alması[818] mümkündür[819],[820]. Müdahale tamamlandıktan sonra, rızanın geri alınması mümkün değildir. Ancak kimi hallerde müdahale başlamadan veya müdahale sırasında da rıza geri alınamaz. Bunlardan ilki, müdahaleye rızanın, sözleşmenin esaslı unsuru olduğu halde görülmektedir. Örneğin, kira sözleşmesinde, kiralananı kullanma hakkını kiracı elde etmektedir. Aralarında bir sözleşme bulunmadığı

---

[818] Karşı tarafın önceki hukuki durumunun muhafazasındaki çıkarının, geri alanın çıkarından daha önemsiz olduğu durumlarda geri alma mümkündür. **Tunçomağ,** s. 1159.

[819] **Akbenlioğlu,** s. 167; **Işık Özcan**, s. 98 vd.; **Doğan,** Önleme, s. 402; **Erpek,** s. 65; **Gürbüz,** s. 142 vd.; **Tiftik,** s. 387; **Uygur,** s. 205, **Ayan,** s. 12; **Ekici Şahin,** s.180 vd.; **Akman,** s. 22; **Çilingiroğlu,** s. 53 vd.; **Eren,** Genel, s. 628; **von Tuhr,** s. 371; **Şenocak,** Hekim, s. 43 vd.; **Hakeri,** Tıp, s. 259, **Arpacı,** s. 11; **Helvacı,** Davalar, s. 109.

[820] Yargıtay bir kararında kişinin röportaj verip resim çektirdiği, ancak bunun yayınlanmaması için ihtiyati tedbir kararına rağmen fotoğrafların yayınlanmasını kişilik hakkına saldırı olarak kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay, **4 HD, E. 2003/3322, K. 2003/8240, T. 23.6.2003,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.** Yargıtay başka bir kararında bir kimsenin taşınmazını kullanmasına 17 yıl boyunca müsaade ettikten sonra bunu geri aldığında, bu andan sonraki kullanımın haksız olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay, **8. HD, E. 2005/7456, K. 2005/7945, T. 28.11.2005,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

durumda bu kullanım işgal niteliğinde olmakta ve haksız fiil teşkil etmektedir. Ancak sözleşme bulunduğunda ise kişinin bu kullanıma müsaade ettiği ve bu rızanın ise sözleşmenin esaslı unsuru olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, rıza sözleşmenin esaslı unsuru olsa dahi, bu rızanın geri alınamaması için yeterli değildir. Ayrıca bu rızanın sözleşme gereğince devam etmesinin gerekli olduğu sözleşmenin niteliğinden anlaşılmalıdır. Zira kira sözleşmesinde kiralayanın, bu sözleşme süresince kiralananı kullandırma yükümlülüğü altına girmesinin, esasen bu müdahaleye belirlenen süre boyunca katlanacağını ifade etmektedir. Öyle ki kira sözleşmesi belirsiz süreli olsa dahi, kanun bu süresiz katlanma yükümlülüğünün sonsuza kadar devamını kabul etmemiş, kiraya verene bu yükümlülüğü sona erdirmek adına birtakım haklar tanımıştır[821]. Ancak tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesinde, aralarında bir sözleşme varsa, rızanın devamlılığı veya geri alınmaması sözleşmenin gerekliliklerinden biri değildir. O halde bu tür sözleşme ilişkisi olsa ve rıza sözleşmenin esaslı unsuru bile olsa rızayı geri almak mümkün olabilmektedir. Bağlayıcı rızaya örnek olarak kişinin uçak kalktıktan sonra rızasını geri alamaması, sınavdan belli saat aralığında çıkılamaması veya belediye otobüsüne bindiği sırada durak dışı yerlerde inememesi gösterilebilir.

Rıza gösteren kişi rızadan vazgeçme hakkından feragat edebilir[822]. Kişinin rızasını geri almaktan feragat etmesi o hakkın serbestçe tasarruf edilip edilememesine göre

[821] Gerçekten de TBK m. 328 vd. maddelerde belirsiz süreli kira sözleşmelerinin nasıl fesih edileceği belirtilmiştir.

[822] **Ohly**, s. 195.

değerlendirilmelidir. Eğer feragat kişinin ehliyetini, özgürlüğünü ortadan kaldırma veya önemli ölçüde kısıtlamaya sebep olursa bu feragat geçersizdir. Ayrıca kişi serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakkı için rıza gösterme imkânı bulunsa bile buna ilişkin feragati geçersiz olabilir. Örneğin kişi cinsel müdahaleye rıza gösterebilir. Ancak bu müdahaleye ilişkin rızasından vazgeçmeyeceğine dair feragat ise geçersizdir.

Rızayı geri alma bazen hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir[823]. Örneğin organ bağışına rıza gösteren kimse, kural olarak, bu rızadan her zaman geri dönebilir ve buna ilişkin bir tazminat ödemesi de gerekmez[824]. Ancak sırf karşı tarafa ümit verip sonra vazgeçerek ona zarar vermek için bir rıza gösterilirse, bu durumda rızadan vazgeçme geçerli bile olsa karşı tarafa tazminat ödeme yükümlülüğü gerekebilir[825]. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması durumunda hakkın bulunmadığı değil, kötüye kullanım ile amaçlanan şeyin hukuken korunmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla rızadan vazgeçme hakkını kötüye kullanan kişinin de amaçladığı şey neyse bunu hukuk sisteminin korumayacağı kabul edilmelidir. Ayrıca muhatabın rızadan vazgeçilmeyeceğine dair oluşan güveni haklı bir şekilde korunması gerekiyorsa, bu durumda kişinin rızadan vazgeçmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir[826]. Ancak kanaatimizce, rızadan vazgeçmek değil hakkın kötüye kullanılması ile amaçlanan şey engellenmelidir. Bu da

[823] **Ohly,** s. 405 vd.

[824] TMK m. 23/3

[825] **Dural**, s. 118.

[826] **Ohly,** s. 405 vd.

somut olaya göre belirlenecek bir husustur. Zaten kişi rızasının bağlayıcı olduğunu kabul ediyorsa, bu durumda aralarında bir sözleşme vardır. Bu durumda sorun öncelikle sözleşme hükümlerince çözülmelidir.

Son olarak, rızanın geri alınması durumunda bu geri alma ileriye etkilidir[827]. Örneğin, bir kimsenin konutuna girmesine rıza gösterdikten sonra bu rızasını geri alması durumunda, geri almadan önceki konut dokunulmazlığına ilişkin müdahaleler hukuka uygun kalmaya devam eder.

Geri alma durumunda müdahale hemen sonlandırılamıyorsa veya müdahaleyi sonlandırmak için başka bir müdahale yapmak zorunlu ise bu müdahaleler de hukuka uygun olmalıdır[828]. Örneğin, lokal anestezi ile yapılan bir müdahale sırasında hasta rızasını geri aldığını beyan ederse, ancak hastanın kesilen dokularının dikilmesi mecburiyeti bulunuyorsa, bu durumda bu dikişler yapılmalı ve müdahale sona erdirilmelidir. Kişisel verilerin silinmesi talep edildiğinde de silinme işlemleri için belli bir sürenin geçmesini kabul etmek gerekir.

---

[827] **Cassani,** s 245 vd.; **Akbenlioğlu,** s. 168; **Işık Özcan,** s. 99 vd.; **Uygur,** s. 205; **Çilingiroğlu,** s. 54; **Helvacı,** Davalar, s. 109.

[828] **Cassani,** s. 245 vd. Ayrıca rızanın geri alınması durumunda tıbbi bir sakınca oluşursa rıza geri alınamaz. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 son fıkrasında bu düzenlenmiştir. Ayrıca bkz: **Ateş, Z.,** s. 49; **Erpek,** s. 65 vd.; **Ekici Şahin,** s.182.

Rızanın geri alınmamış olmasını rızanın unsurları arasında sayarak, geri alınmanın bulunduğu durumda rızanın var olmadığına dair görüşe[829] ise katılmak mümkün değildir. Geri alınmama rızanın geçerlilik unsurlarından değil, varlığına dair bir unsurdur.

Razı olanın rızasından vazgeçebilmesi için rıza gösterme ehliyetinin de bulunması gerekmektedir. Kişinin rızadan vazgeçebilmesi için rızadan vazgeçme anındaki ehliyeti değerlendirilmelidir. Örneğin, kişi rıza gösterdikten sonra ayırt etme gücünü kaybederse, artık menfaatine göre sadece yasal temsilcisi rızadan vazgeçme kararını verebilir.

Rıza gösterilmesinde olduğu gibi rızanın geri alınmasında da irade beyanı açık veya örtülü olabilir[830]. Fakat geri alma bir iradeye dayanmalıdır[831].

D. ŞART VEYA VADEYE BAĞLI RIZA

Rıza, hukuki işlem benzeri fiildir. Hukuki işlem benzeri fiillerin şarta bağlanamayacağı kabul edilmektedir[832]. Bunun sebebi ise *kişilerin iradesine bir etki tanınmadığı alanlarda* kişilerin iradesi ile belirsiz bir olaya bağlanmasının mümkün

---

[829] **Yılmaz M.,** s. 50.

[830] **Cassani,** 246.

[831] Yargıtay, **1. HD, 2013/18045 E., 2014/4117 K., 24.02.2014 T.,** "*Muvafakatın geri alınması, herhangi bir şekle bağlı olmamakla birlikte dava konusu taşınmazın kullanımına **rıza** gösterilmediğine yönelik **irade beyanı** içermelidir."* KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

[832] **Tunçomağ,** s.1001, **Eren,** Genel, s. 1195; **Sirmen, A. Lâle,** Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 2.

olmadığı ifade edilmektedir[833]. Gerçekten de kişi o hukuki sonucun doğmasını bilmese veya istemese bile hukukun sonuç bağladığı irade beyanları hukuki işlem benzeri fiil olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu şarta bağlanamama, bunun sadece bilinmeme ve istenmeme ihtimali göze alınarak ifade edilmektedir. O halde rıza gösteren, hukuki sonucu bilse ve istese veya iradi olarak sonuca yönelse dahi şarta bağlanamayacak mıdır? Kanaatimizce, şart irade özgürlüğüne dayandığı ve belirli sınırlar dâhilinde serbestçe belirlenebildiği için hukuki işlem benzeri fiillerin de şarta bağlanması mümkün olmalıdır. Kaldı ki, maddi fiil veya haksız fiillerden farklı olarak hukuki işlem benzeri fiillerde bir irade bulunmaktadır[834]. O halde bu iradeye göre şart da mümkün olmalıdır. Örneğin, bir kimse, vefatı halinde organlarının nakledilmesine, sadece üçüncü dereceye kadar olan kan hısımlarının o organa ihtiyaç duyması halinde rıza gösterdiğini beyan edebilir. Bu durumda kişi vefat ettiğinde üçüncü dereceye kadar yakınlarının o organa ihtiyacı yoksa kişinin organları başkalarına nakledilemez.

Rızanın içeriğinin belirlenmesi ile rızanın bir şarta bağlanması karıştırılmamalıdır[835]. Örneğin, kan nakline rıza gösteren kimse, kanın sadece yakınları tarafından kullanılacağına rıza göstermesi, rızanın kapsamının belirlenmesine ilişkindir[836]. Ancak verdiği kanın yakınları tarafından ihtiyaç duyulmaması durumunda,

---

[833] **Tunçomağ,** s. 1000 vd. Aksi yönde bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 284.

[834] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s.39.

[835] **Sirmen,** s. 40 vd.

[836] **Erpek,** s. 79.

saklanma ömrünün dolmasına on gün kala herhangi bir ihtiyaç sahibine nakline rıza göstermesi ise rızasının şarta bağlanmasıdır. Zira yakınlarından birisinin belirli bir tarihe kadar ihtiyaç duyup duymayacağı objektif olarak belli değildir.

Hukuki işlemden farklı olarak, hukuki işlem benzeri fiillerde şarta ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Zira rıza gösteren veya muhatap bir borç altına girmediği için, geciktirici şart için şart gerçekleşene kadar müdahalenin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyecek davranıştan kaçınma yükümlülüğü bulunmamaktadır[837]. Nitekim muhatabın rıza sebebiyle beklenen bir hakkı bulunmamaktadır[838]. Ayrıca bozucu şart gerçekleştiği durumda da bu sadece ileriye etkili olabilir[839]. Bu durumda sürekli bir müdahale değilse, rıza bozucu şarta bağlanamaz. Nitekim aksi kabul edilirse, bozucu şart gerçekleşmeden rıza geçerliliğini korurken, ancak şart gerçekleşirse bu geçmişe etkili olur. Bu durumda failin sorumluluğu doğar. Ancak işlem anında hukuka uygun davranan kimsenin, sonradan yaptıklarının hukuka aykırı olması hukuk güvenliği açısından

---

[837] Zira TBK m. 171'e göre: "*Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.*"

[838] Beklenen hakkın korunmasına ilişkin bkz. **Sirmen,** s. 138vd ve 151 vd.

[839] Keza bozucu şart kural olarak ileriye etkilidir. Bkz. **Akipek,** Olgu, s. 289; **Akıncı,** Borçlar, s. 272; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 335; **Hatemi/Gökyayla,** s. 361. Bozucu şartın geriye etkili olup olmayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. **Sirmen,** s. 176 vd.

mümkün değildir. Örneğin hasta, tıbbi müdahale başarısız olursa rızasının geçersiz olacağına dair bir şarta bağlayamaz.

Şart rızanın varlığına ilişkindir. Dolayısıyla geciktirici şartın gerçekleşmesine kadar rızanın geçerliliği askıdadır[840]. Dolayısıyla bu zaman diliminde yapılan müdahaleler de hukuka aykırı olur. Bozucu şart gerçekleştikten sonra da rıza ortadan kalkar[841]. Gerçekleşmeden sonraki yapılan müdahaleler hukuka aykırı olur.

Bir müdahaleye rıza gösterilmesine ilişkin şart müdahaleyle ilgili olamaz. Zira zaten muhatabın şart gerçekleşse de gerçekleşmese de fiili yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eğer rıza sözleşmenin bir unsurunu oluşturuyorsa, artık ifa da şarta bağlanabilir. Ancak bu durumda dar anlamıyla bir rızadan söz etmek mümkün değildir.

Rıza belirli bir süre ile sınırlı olabileceği gibi, vadeye de bağlanabilir. Bu durumda vade gerçekleşmeden rızadan söz edilemez. Örneğin bir kimsenin ölmesi durumunda organlarının bağışlanması vadeye bağlı bir rızadır. Zira insanların öleceği kesindir[842]. Bu durumda kişi öldüğü anda rıza hüküm ve sonuç doğurur.

---

[840] **Akipek,** Olgu, s. 282; **Eren,** Genel, s. 1200 vd.; **Tunçomağ,** s. 1007 vd.

[841] **Eren,** Genel, s. 1203.

[842] **Akipek,** Olgu, s. 285.

E. SÖZLEŞMENİN BİR UNSURU OLARAK RIZA

Bir hakka müdahaleye izin vermek, sözleşmenin bir unsuru olabilir[843]. Eğer bu müdahaleye rıza sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturuyorsa ve geri alınma imkânı da bulunmuyorsa, bu durumda bir borçtan söz edilir. Ancak sözleşmenin ve borcun türüne göre, rızanın geri alınıp alınamayacağına karar verilmelidir. Eğer malvarlığı haklarına ilişkin bir sözleşme varsa ve rıza sözleşmenin esaslı unsuruysa, bu durumda, hakkın devri söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla artık hak sahibi değiştiği için rıza geri alınamaz. Örneğin, bir kimseye geçit irtifakı tanınması durumunda artık bir borç bulunmaktadır. Bu durumda rızaya ilişkin hükümler değil, sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Zira geçit irtifakı açısından bir katlanma borcu doğmaktadır. Bu noktada rıza sözleşmenin kurulması aşamasında oluşmaktadır. Geçit irtifakı sözleşmesi yapıldığı sırada, ilgili geçidin kullanım hakkı doğmaktadır. Muhatap yani geçit hakkı sahibi lehine artık bir hak tesis edilmektedir. Bu durumda rıza geri alınamaz. Kira sözleşmesi açısından da sözleşme sırasında karşı tarafa kullanım hakkı tanındığı kabul edilmelidir[844].

Rıza bazen sözleşmenin yan unsuru olabilir. Bu durumda da sözleşmenin kurulduğu anda kişinin rızası da oluştuğu kabul ediliyorsa, artık razı olan kişi bu rızası ile bağlıdır. Özellikle kişisel verilerin kullanımının yan unsur olduğu sözleşmeler böyledir. Örneğin, kredi sözleşmelerinde risk merkezindeki bilgilerin kullanımı ve müşterinin bilgilerinin risk merkezine iletimi için ayrıca rıza alınması durumunda, sözleşme süresince

---

[843] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 244; **Helvacı,** Davalar, s. 105.

[844] **Ohly,** s. 329 vd.

kredi kullananın verdiği rızadan vazgeçmesi mümkün olmamaktadır. Ancak sözleşmenin yan unsuru olan rıza eğer tasarruf işlemi niteliğinde ise artık rıza gösterilmediği sürece, buna aykırı yapılan müdahaleler hukuka aykırı olur. Ancak sözleşme tarafının, yan unsuru gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle sorumluluğu sözleşme hükümlerine göre sonuçlanır.

Son olarak, sözleşme çeşitli sebeplerle sona erse veya geçersiz olursa rızanın geçerliliğini koruyup korumayacağı belirlenmelidir. Mesela para karşılığı organlarını satan kimsenin, sözleşme hukuka[845] ve ahlaka aykırı[846] olduğu için kesin hükümsüz olması karşısında, kişinin herhangi bir para karşılığı olmaksızın rızasının olduğu duruma dönüşme ihtimali olabilir mi? Kanaatimizce, ahlaka aykırı olan bir sözleşme kesin hükümsüz olduğunda, buna ilişkin rıza da kesin hükümsüz olur. Ancak geçerli olsa bile, örnekte en azından rıza için esaslı saikte yanılma olur ve rıza yine kesin hükümsüz kabul edilir. Ancak rızanın var olmaması ile hükümsüz olmasının sonuçları birbirinden farklıdır.

---

[845] 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun, m. 3'e göre bedel veya çıkar karşılığı organ ve doku nakli alınması ve saklanması yasaktır. Ayrıca bkz: **Akünal, Teoman,** *2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun Açısından Hekimin Sorumluluğu Üzerin Düşünceler*, MHAUM, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyoum, Türk Hukukunda Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 19 vd.; **Gürzumar**, s.380.

[846] **Gökçen, Ahmet**; Organ ve Doku Nakli üzerine Düşünceler, SÜHFD, 2000 Milenyum, C.8, S.1-2, Y. 2000, s. 65.

Rızanın hiç olmadığı kabul edilirse, artık muhatabın sorumluluğu tam iken, rıza kesin hükümsüz sayılırsa rıza hiç yokmuş gibi değerlendirilemez ve tazminattan indirime gidilebilir.

III. RIZA VERİLMESİNİN ZORLAŞTIRILDIĞI HALLER

Rıza göstermek, kural olarak, herhangi bir şekle bağlı değildir[847]. Ancak kimi istisnai hallerde rıza şekle bağlanmıştır. Kimi durumlarda ise rıza göstermek belirli bir makamın iznine bağlı tutulmuştur.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 22'ye göre, avortman[848] halinde 10 haftayı geçse dahi çocuk düşürtme operasyonunda hastadan ve varsa yasal temsilcisinden alınacak rızanın yazılı olması şart koşulmuştur. Ayrıca buna ilişkin iki kadın doğum uzmanından veya temin edilemiyorsa iki doktordan kat'i delillere dayanan raporlar ile bu müdahale gerçekleştirilebilir. Ancak acele durum varsa doktora hemen müdahale yetkisi verilmiştir. Doktor raporları veya acil müdahaleye ilişkin rapor tabip odasına gönderilmelidir.

Türk Medeni Kanun m. 23/3 gereğince insan kökenli biyolojik madde alınması, aşılanması ve nakline rızanın yazılı olması şarttır. Ayrıca 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.6 gereğince hem alıcı hem vericinin

---

[847] **Cassani,** s. 246; **Akbenlioğlu**, s. 165; **Ateş**, **Z.,** s. 49; **Erpek,** s. 64; **Gürbüz,** s.141 vd; **Uygun,** s. 195 vd.; **Ekici Şahin,** s. 177; **Hakeri,** Tıp, s. 217; **Helvacı,** Davalar, s. 105.

[848]Avortman: Ananın hayatında ciddi bir tehlike olması halinde çocuk düşürtme operasyonu.

yazılı rızası aranmaktadır. Ayrıca m.7 uyarınca evli kişilerde eşin bilgisinin bulunması gerektiği şartı aranmıştır[849]. Organ nakli konusunda ek olarak, rızanın iki tanık huzurunda verilmesi gerekmektedir.

Tababet ve Şububatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70 uyarınca büyük cerrahi ameliyatlar için rızanın yazılı olması aranmıştır.

Türk Ceza Kanunu m. 90 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m. 34 uyarınca izin verilen tıbbi araştırmalara gösterilecek rıza yazılı olmalıdır. Ayrıca bu araştırmaya yetkili kurul ve makamlardan gerekli izinlerin alınmış olması, deneyin öncelikle insan dışı ortam ve yeterince hayvanda denenmiş olması, araştırmanın varmak istediği amaç için insan üzerinde deneyin mecburi olması, deneyin insan üzerinde *öngörülebilir* kalıcı ve zararlı hasar bırakmaması, deneyin insan onuruyla bağdaşmayacak acı veren yönteme tabi olmaması ve herhangi bir menfaat temini olmaması şartları da aranmıştır.

Çocuklar üzerinde bilimsel deney içinse yine TCK m. 90'da insan üzerinde deneye ek olarak, deneyin amacına ulaşması için çocuklar üzerinde denenmesinin mecburi olması, izin veren kuruluş ve makamlarda çocuk hastalıkları uzmanının bulunması gerekmekte, çocuk ayırt etme gücüne sahipse onun rızası ve yasal temsilcisinin yazılı rızası alınmalıdır.

Kiracının, kiralanan üzerinde yenilik ve değişiklik yapmasına yönelik verilen rıza TBK m. 321'e göre yazılı olmalıdır.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleye rıza için, TMK m.40 uyarınca, şahsen başvuru, 18 yaşını doldurmuş olma, evli olmama, transseksüel yapıda olma, değişikliğin

[849] **Akünal,** s. 22.

ruh sağlığı açısından zorunlu olması, kişinin üreme yeteneğinden kalıcı olarak yoksun olduğuna ilişkin resmi sağlık raporu alınması, hekim tarafından yapılması ve hâkim kararına dayalı olması şartları aranmaktadır.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6 ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 13, 14 ve 15 uyarınca evli kişinin kürtaj ve sterilizasyon operasyonları için eşinden tüzükte yazan şekilde yazılı rıza alınması şart koşulmuştur.

Belediye sınırları içinde bir bina yıkımı yapılacaksa, Hafriyat Toprağı, İnşaat ve Yıkıntı Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği m. 18 uyarınca, ilgili belediyeden izin alınmalıdır.

Kat maliklerinden biri tarafından ortak alanda inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte boya badana yapılabilmesi için Kat Mülkiyeti Kanunu m.19 kapsamında verilecek rıza yazılı olmalıdır. Yargıtay da bu rızanın kat malikleri kurulu kararı şeklinde değil her bir kat malikinden adi yazılı şekilde alınarak da yapılabileceğini ifade etmiştir[850].

Rızaya ilişkin yukarıdaki şartlar yerine getirilmediği takdirde, rıza geçerlilik unsurlarındaki eksiklik sebebiyle kesin hükümsüz olmalıdır. Fakat geçersiz bir rızaya dahi bağlanan sonuç olarak tazminattan indirim sebebi bulunmaktadır.

[850] Yargıtay **18. HD, 29.6.2016 T., 2010/2561 E., 2010/9748 K.,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018

IV. RIZANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Mevzuatta rıza gösterilmesine ilişkin olarak üç genel düzenleme bulunmaktadır. Bu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi, rıza gösterilmesinin sonuçlarını değiştirmektedir.

TMK m. 24 f. 3, "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*" hükmünü haizdir. Bu düzenlemenin zıt anlamından kişilik hakkı ihlal edilen kimsenin rızasının, hukuka uygunluk sebebi olduğu anlaşılmaktadır[851].

TBK. M. 63'ün "***Hukuka aykırılığı kaldıran hâller***" olan yan başlığı ve yine aynı maddenin ikinci fıkrası, "*Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.*" hükmü ile açıkça rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğini TMK m. 24 ile benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak, TBK. m.52'nin ise "***tazminat"*** üst başlığı altında *"**indirilmesi"*** başlığı ve *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."* hükmü ile

[851] **Helvacı,** Davalar, s. 99 vd. Helvacı'ya göre rızanın mutlak hukuka uygunluk sebebi olarak sayılması hatalıdır.

rızanın hukuka uygunluk sebebi olmadığı, ancak tazminatın indirilmesi imkânını verdiği sonucuna varılmaktadır. Ancak TBK m. 52 f. 2 ve m. 63 f.2 hükümleri birbirinden farklı sonuç ve sebepleri düzenlemektedir.

Kural olarak, kişi geçerli bir rıza gösterdiğinde failin müdahalesi hukuka aykırı fiil teşkil etmez. Ancak TBK m. 52 hükmü ile ilgilinin rızası bulunsa bile tazminat sorumluluğunun olduğu belirtilmiş, bununla birlikte hâkime, sorumluluktan doğan tazminatın indirilmesine ve hatta kaldırılmasına ilişkin takdir yetkisi tanınmıştır. Hukuka aykırı olmayan fiilden dolayı tazminat sorumluluğunun bulunması mümkün olmadığı için, bu hükmün nasıl yorumlanacağına değinilmesi gerekir. Bizce hüküm rızanın geçersiz dahi olsa tazminatta indirime gidilebileceğine ilişkindir[852]. Bu sebeple rıza göstermenin tazminattan indirim sebebi olarak kabul edileceği haller, rızanın hüküm ifade etmeyeceği haller ve rızanın hukuka uygunluk sebebi kabul edileceği haller ayrı ayrı incelenmelidir.

A. HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK RIZA VE SONUÇLARI

Rızanın sonuçları hakkında üç farklı görüş bulunmaktadır. Azınlık görüş[853] tarafından, rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılması reddedilmektedir. Zira bir kişi

---

[852] Aynı yönde bkz: **Kılıçoğlu, Ahmet M.,** *Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırılar Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler,* TBBD, Y. 1990, S. 3, s. 378; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 243 vd.

[853] **Richard, Honig,** Die Einwilligung des Verletzten, J Bensheimer Yayınları, 1919, Mannheim, s. 5 (**Ohly,** s. 32 dn 41'den naklen); **Münzberg**, s. 375 vd. (**Ohly**, s. 228, dn. 112'den naklen)

iradesi ile kanun koyucunun yasakladığı bir fiili hukuka uygun hale getiremez. Ancak bir diğer görüşe göre, kişi iradesi ile kanunun sağladığı hukuki korumadan vazgeçebilir[854]. Üçüncü ve hâkim görüşe göre, kişinin fiili, serbestçe tasarruf edilebilen bir menfaate ilişkin ise bu fiil, hukuka uygunluk sebebidir[855].

Hukuka aykırılık, objektif davranış yükümlülüğüne aykırı davranmaktır. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinden birisi mevcutsa fiil artık hukuka aykırı olmaz. Bu durumda rıza hukuka uygunluk sebeplerinden biri olduğu için, geçerli bir rıza varsa failin fiili hukuka aykırılık teşkil etmez.

Hukuka aykırılık kavramı belirlenirken, davranış yükümlülüğünü oluşturan temel ve özel koruma normlarının içeriği belirlenmelidir. Özellikle ceza hukukunda korunan menfaatlerin ihlali halinde de hukuka aykırılık meydana gelir. Fakat ceza hukukuna göre bir ihlal oluşturmayan her fiilin hukuka uygun olacağı varsayımı hatalıdır[856]. Her ne kadar hukuka aykırılık açısından hukukun tekliği ve bütünlüğü ilkesinden[857] bahsedilse de, ceza hukukuna göre hukuka uygun olan bir eylem, haksız fiil teşkil edebilir[858]. Ceza hukukuna

---

[854]**Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 227; **Ekşi,** Rıza, s. 24; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 290.

[855] **Ohly,** s. 32 vd.; **Tiftik,** s. 387.; **Eren,** Genel, s. 628.

[856] Nitekim kişinin intihar etmemesi bir davranış yükümlülüğü olarak belirtilmemesine rağmen, intihar hukuka aykırıdır. **Kılıçoğlu, Ahmet M.,** *Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi,* AÜHFD, Y. 1951, C. 29, S. 3, s. 185.

[857]**Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 107 vd.; **Ohly,** s. 122 vd.

[858] Aksi yönde, **Kangal**, s. 247.

göre suç teşkil eden eylem haksız fiil oluşturmayabilir. Diğer taraftan, herhangi zararlı bir sonuç doğurmayan fiiller ceza hukuku açısından bir suç oluşturabilir[859]. Bunun en bilinen örneği salt tehlike suçlarıdır. Başka bir deyişle fiil, hukuka aykırı olsa dahi herhangi bir tazminat sorumluluğu doğmamaktadır. O halde hukuka aykırılıktan bahsederken ceza hukuku açısından hukuka aykırılık teşkil eden normların, sorumluluk hukuku açısından da hukuka aykırılık teşkil ettiği kabul edilmelidir. Ayrıca hâkimin, hukuka aykırılık bakımından ceza hukuku dışında kalan diğer koruma normlarını da incelemesi gerekir. Belirtelim ki, bir normun koruma normu[860] olması için aynı zamanda bireysel menfaati ilgilendirmesi gerekir[861]. Ancak kamu menfaati ile bireysel menfaatin birlikte olması, bireysel menfaatin bulunmadığı anlamına gelmez[862]. Öte yandan TBK m. 74; haksız fiil açısından hâkimin, ceza hâkiminin zarar ve kusurun belirlemesine ilişkin kararları ile ceza hukukunun kusur ve ehliyetin varlığına ilişkin hükümler ile bağlı olmadığını açıkça

---

[859] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 348; **Hatemi/Gökyayla,** s. 115.

[860] Koruma normunun maddi ve şekli şartları bulunmaktadır. Maddi şartları, zararın ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde davranılmasını emrediyor olması, ihlâli halinde bir yaptırımın öngörülüyor olması, zarar görenin menfaatini koruyacak nitelikte olması, fiilin normun koruma amacına giriyor olmasıdır. Şekli olarak temel koruma normu oluşturması mümkün olmayan özel normların ise, koruma normu niteliği taşımayacağı belirtilmektedir. Bkz: **Çağlayan Aksoy,** s. 173 vd.

[861] **Çağlayan Aksoy,** s. 177 vd. Bireysel menfaatin bulunmadığı alanlarda rıza gösterilemeyeceğine ilişkin bkz: **Cassani,** s. 240 vd.

[862] **Çağlayan Aksoy,** s. 178 vd.

belirtmiştir. Düzenlemede ayrıca hâkimin ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleri ile bağlı olmadığı da ifade edilmiştir. Bu durumda özel hukuk açısından bakıldığında, ceza hukukuna ilişkin hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk sebeplerinin, somut olay bakımından, özel hukuk için bağlayıcı olmayıp, hukuka aykırılığın ayrıca değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir[863]. Ancak kanaatimizce, hâkim hukuka aykırılığı tespit ederken ceza hukuku normlarının da incelemesini yapmalıdır. Nitekim ceza hukuku açısından hukuka aykırı olan bir fiil sorumluluk hukuku açısından hukuka uygun olamaz.

Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı hainde fiilin baştan itibaren hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır[864]. Kanaatimizce, fiil baştan itibaren hukuka uygun olmaktadır[865]. Bunun pratik sonucu, özellikle rıza gösterenin menfaatinin ihlali başka kimselerin de menfaatlerini etkiliyorsa, fiil hukuka uygun olduğu için artık hakları etkilenen diğer kimselerin de tazminat talebinde bulunamamasıdır. Örneğin, tıbbi müdahaleye aydınlatılmış rıza gösterildikten sonra, kişi ağır bedensel zarara uğrasa dahi TBK. m. 56 f. 2 uyarınca kişinin yakınları, manevi tazminat talebinde bulunamaz. Bir kimse kangren olan bacağının kesilmesine rıza gösteriyorsa, artık yakınları ağır bedensel

---

[863] Hukuka uygunluk sebeplerinin bütün hukuk dallarındaki hukuka uygunluk sebepleriyle uyumlu olması gerektiğine ilişkin bkz. **Kaneti,** Çatışan, s. 146 vd.

[864] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 237 vd., **Cassani,** s. 240 vd.

[865] Bkz. yukarıda "Birinci Bölüm – I – A- 1- a) Hukuka Aykırı Fiil" başlığı, s. 79 ve özellikle dn. 293 ve 294.

zarar oluştuğu için tazminat talebinde bulunamaz. Dolayısıyla sadece kişinin değil, yakınlarının da yansıma yoluyla zarar sebebiyle tazminat hakkı bulunmaz. Öte yandan eğer rıza sonradan ve sadece fail açısından hukuka aykırılığı kaldırsaydı, rıza gösterenin yakınları, kendi zararları açısından rıza gösterilmediğini, fiilin işlendiği anda hukuka aykırı olduğunu iddia edebilirlerdi.

Hukuka uygunluk sebebi olan rızanın, fail tarafından bilinip bilinmemesi önem arz etmemektedir[866]. Fail hukuka uygunluk sebebini bilmiyorsa ve buna rağmen fiili gerçekleştiriyorsa, kanaatimizce, hukuka uygun davranmaktadır[867]. Nitekim rıza, varması gereken bir irade beyanı değildir. Ayrıca rızanın, fiili hukuka uygun hale getirmesi için muhatabın onayına veya bilgisine gerek yoktur. Örneğin, tıbbi müdahaleye rızasını doktor yerine sekreterine açıklandığı durumlarda, bunu bilmeyen hekimin yaptığı müdahale hukuka uygun olmaya devam eder[868]. Öte yandan fail, olmayan bir hukuka uygunluk sebebini varmış gibi düşünerek hareket ediyorsa, fiil hukuka aykırıdır. Ancak kusuru açısından bu yanılması dikkate alınabilir[869].

---

[866] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 245.

[867] Geçerli olmayan rızanın tazminattan indirim sebebi olmasının sebebini birlikte kusura dayandıran yazarlar, rızanın varlığının bilinmemesi halinde birlikte kusur sebebiyle indirim yapılmayacağını ileri sürmektedirler. Bkz: **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 321.

[868] Karşı yönde bkz: **Akbenlioğlu,** s. 162; **Işık Özcan,** s. 89 vd.

[869] **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 239 vd.

Geçerli bir rıza bulunmakta ise failin fiili hukuka uygundur[870]. Dolayısıyla buna ilişkin olarak tazminat talebinin yanında müdahalenin men'i ve önlenmesi veya saldırının tespiti gibi kişiliği koruyucu davalar da açılamaz[871].

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, hukuka uygunluk sebebinde ispat yükünün hangi tarafa ait olacağıdır. Rıza gösteren kimse, muhatabın fiilinin temel veya özel koruma normunu ihlal ettiğini ispat ile yükümlüdür. Ancak, rıza gösteren kimse, davranışın hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediği durumda, hukuka aykırılığı ispat ettikten sonra, muhatabın hukuka uygunluk sebebini ortaya koyması gerekir. Bu sebeple hukuka uygunluğun ispatı, muhataba aittir. Hukuka uygunluk hakkın varlığına ilişkin olduğu için itiraz niteliğindedir ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bunun bir sonucu olarak hâkimin hukuka uygunluğu re'sen nazara alması gerekmektedir.

B. TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEBİ OLARAK RIZA

1. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu m. 52 gereğince rızanın bulunması durumunda tazminattan indirime gidilebileceği öngörülmüştür. Tazminatın tamamen kaldırılması da tazminattan indirimin bir türünü oluşturur. Dolayısıyla tazminatın indirilmesinden kastedilen şey tazminatın belli bir miktar indirilmesi veya tamamen kaldırılmasıdır.

---

[870] **Ekşi**, Rıza, s. 75 vd.

[871] **Doğan,** Kişilik, s. 392 vd.

Öncelikle bu hüküm ile düzenlenmek istenenin ne olduğu belirlenmelidir. EBK.'da, TBK. m. 63 hükmünü karşılayan bir hüküm bulunmamaktaydı. Dolayısıyla rızanın, hukuka uygunluğu herhangi bir kanuni düzenlemeye bağlı tutulmadan, sadece tasarrufu mümkün olan haklarda mümkün olduğu kabul edilmekteydi. Bununla birlikte EBK m. 44 (TBK m. 52) hükmünün ise geçerli olmayan rızaya uygulanacağı kabul ediliyordu[872]. TBK m. 52'nin gerekçesinden de bu konuda herhangi bir değişikliğe gidilmediği anlaşılmaktadır. Ancak TBK m. 63 ile hukuka uygunluk sebebi olarak rıza kanuni düzenlemeye kavuşmuştur.

Kişinin -geçersiz dahi olsa- rızası dâhilinde gerçekleşen fiil ile bireysel menfaatini koruyan kısım açısından zarar oluşmayacağı tazminatın indirilmesinin gerekçesidir. Öte yandan bireysel menfaat, normun koruduğu tek menfaat ise tazminatın tamamen kaldırılması mümkündür. Nitekim kişinin hiç rızası olmadığı halde gerçekleştirilen fiil ile

---

[872] **Tandoğan,** Sorumluluk, s.32; **Çilingiroğlu,** s.77 vd.; **Sükten, Elvan,** *Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Yapılan Saldırılardan Doğan Hukuki Sorumluluk,* EÜHFD, Y. 2013, C. VIII, S. 1, s. 165; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s. 243 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 143; **Oser/Schönenberger,** İkinci, s.363; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 593; **Reisoğlu,** s. 166; **Antalya,** s. 444; **Kayar,** s. 110; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 115 vd.; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 360; **Baysal,** s. 44; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s. 290; **Helvacı,** Davalar, s. 104. Yargıtay, **HGK, 2014/18 E., 2015/1754 K., 01.07.2015 T.;** Yargıtay, **HGK. E. 2003/4-161, K. 2003/201, T. 26.3.2003,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

geçersiz dahi olsa o fiile yönelik bir iradesinin olması arasında fark olduğu açıktır. Bu noktada, hangi hallerde tazminattan indirime gidileceği ise tartışmalıdır. Zira rızanın her geçersizlik halinde tazminatta indirime gidilmesi durumunda, rızanın geçersiz sayılmasının bir anlamı kalmaz[873]. Bu durumda hangi hallerde rızanın nasıl bir geçersizlik oluşturacağının tespiti ve bunun sonuçlarının belirlenmesi önem arz eder.

2. RIZANIN HÜKÜM İFADE ETMEDİĞİ DURUMLAR

a) GENEL OLARAK

Serbestçe tasarruf imkânı olmayan hakların sözleşmenin konusunu oluşturduğu durumlarda, TBK. m. 27 hükmü gereğince sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı açıktır[874]. Nitekim bu düzenleme, serbestçe tasarruf edilemeyen tüm hakları kapsar nitelikte geniş düzenlenmiştir. Ancak hüküm sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ifade etmektedir. Mezkûr hüküm hukuki işlem benzeri olan rıza açısından ise uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Bu sebeple hangi hallerde rızanın nasıl bir geçersizlik oluşturacağı konusunda TBK'nın genel hükümleri kıyasen uygulanabilir niteliktedir.

b) YOKLUK

İlk olarak, yokluğu durumunda rıza, ne tazminattan indirim sebebi ne de hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Rızanın kurucu unsurlarında bir eksiklik varsa veya aykırılık

---

[873] Aksi yönde bkz. **Tiftik,** s. 387. Yazara göre bütün geçersizlik hallerinde rıza tazminattan indirim sebebidir.

[874] **Tunçomağ,** s. 436 vd.

söz konusuysa rıza yokluk yaptırımı ile karşılaşır[875]. Örneğin, irade beyanı yoksa, rıza yoktur. Bu noktada gösterilen rızanın sınırının aşılması halinde, sınırı aşılan kısım açısından rızanın bulunmadığını belirtmek gerekir[876]. Ancak sınırı aşılmayan kısım için ise rıza varlığını korumaya devam eder[877].

Ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin rızasının sonuçları da belirlenmelidir. Eğer ehliyetsizlik dolayısıyla geçerlilik unsurlarından biri bulunmadığı için, rızaya kesin hükümsüzlük yaptırımı öngörülür ise tazminattan indirim sebebi olacaktır. Bu ise ayırt etme gücü bulunmayanın korunmasına ilişkin TMK m. 15 hükmünün daraltılması

---

[875] İnsan vücudu ile ilgili her tasarrufun yokluk ile karşı karşıya kalacağına dair bkz: **Atabek,** s. 188 vd.

[876] **Helvacı,** Davalar, s. 109. Yargıtay**, 4. HD'nin E. 2015/8271 K. 2016/7847 T. 14.6.2016**, kararında taşkın yapının taşan kısmının yıkılmasına rıza gösteren kimsenin, diğer tarafın yıkılmasına da sebep olduğu dolayısıyla tazminattan indirime gidilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak kanaatimizce, bu alana dair bir rıza olmadığı gibi, taşkın kısmın yıkılmasının istenmesi, diğer alana zarar gelmesine sebep olma anlamına gelmeyeceği için yerinde bir karar değildir. Öte yandan cinsel yakınlaşmanın bulunduğu bir olayda cinsel ilişkiye rıza gösterilmediği yönünde bkz. Yargıtay, **CGK, E. 2010/5-176, K. 2010/226, T. 9.11.2010,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[877] **Demirtaş, Timur**; *Türk Ceza Kanunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması,* Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İÜHFM, İstanbul, 1995, s. 185.

anlamına gelir. Bizim de katıldığımız azınlık görüşüne göre[878], ayırt etme gücü bulunmayanın işlemleri yokluk yaptırımına tabidir. Bu sebeple tam ehliyetsizin rızası da yok hükmünde sayılmalıdır. Zira ayırt etme gücü olmayan kimsenin, kendi geleceğini belirleme yönünde otonom bir irade beyanı oluşturması mümkün değildir. Kişinin gösterdiği iradenin sonuçlarını anlama yeteneği bulunmuyorsa, rızasının da fiile yönelik olmayacağı ve böyle bir iradeden bahsedilemeyeceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla tam ehliyetsizin rızası tazminattan indirim sebebi teşkil etmez[879].

Aydınlatılmış rızanın gerektiği, ancak, aydınlatma bulunmadığı durumda rızanın otonom iradeyi yansıtmadığı ve dolayısıyla yok sayılması gerektiği kabul edilmelidir[880]. Ancak kişinin aydınlatma eksikliğine rağmen, fiile yönelik otonom iradesinin var olduğu kabul edilirse, aydınlatma eksikliği rızayı kesin hükümsüz kılmalı ve buna bağlı olarak da tazminattan indirime gidilebilmelidir. Özellikle en azından fiilin ne olduğunun rıza gösteren kimse tarafından bilinmesi ve rızanın bu fiile yönelik olması gerekir. Aksi durumda fiilin dahi ne olduğu bilinmiyorsa, bu durumda kişinin rızası yok kabul edilmelidir. Örneğin, prostat muayenesinin nasıl yapıldığını bilmeyen kimse için rızasının

---

[878] **Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek;** Ayırt Etme Gücü, AÜHFD, C. 60, S. 3, Y. 2011, s. 500.

[879] Aynı yönde sonuç için bkz. **Yılmaz M.,** s. 70; **Antalya,** s. 737; **Tiftik**, s. 388. Yazara göre hakkaniyet gerektirdiği ölçüde TBK m. 65 kıyasen uygulanabilir ve tazminattan indirime gidilebilir. Aksi yönde bkz. **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s.291.

[880] Aynı yöndeki sonuç için bkz. **Yılmaz M.,** s. 69 vd.

olmadığı varsayılırken, muayene sonucunda gelişebilecek komplikasyonların, müdahalenin gerekliliğinin, alternatif müdahalelerin neler olduğu hususlarında aydınlatması yapılmadan, sadece fiilin nasıl olduğunu bilen kimse açısından ise rızasının kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir.

Rızadan vazgeçme imkânı bulunan kimse rızasından vazgeçerse, bu durumda da artık rızasının bulunmadığı ve vazgeçmeden itibaren rızanın yok olduğu kabul edilmelidir.

Rıza, fiilin işlendiği ana kadar gösterilmelidir; fiil işlendikten sonra rıza gösteriliyorsa bu durumda rızanın varlığından bahsedilemez, yani rıza yokluk yaptırımına tabidir. Ancak şartları varsa bu tür bir iradenin tazminattan feragat anlamı taşıyacağı kabul edilebilir[881].

c) KESİN HÜKÜMSÜZLÜK

Rıza, şekle aykırılık, serbestçe tasarruf edilemeyecek bir alana ilişkin olması, irade beyanının sakatlanması ya da hukuka ve ahlaka aykırı olması hallerinde kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi olur[882]. Şekle aykırı ve serbestçe tasarruf edilemeyecek bir alana dahi rıza gösterilirse, hâkimin takdirine bağlı olarak tazminattan indirim sebebi

[881] Bkz. yukarıda "İkinci Bölüm – III – C – 3. İrade Beyanının Zamanı" başlığı, s. 190 vd.

[882] **Tiftik,** s. 387, **Tandoğan,** Sorumluluk, s.32; **Ekici Şahin,** s. 113 ve 214 vd.; **Kaneti,** Hukuka Aykırılık, s.245; **Akıncı,** Borçlar, s. 143; **von Tuhr,** s. 371; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 490.

teşkil eder[883]. Nitekim bir kimsenin hiç rızası olmaması halinde fiilin gerçekleştirilmesi ile geçersiz dahi olsa fiili isteyen ve buna yönelik irade beyanı bulunan kimsenin rızası üzerine fiilin gerçekleştirilmesi arasında fark olduğu açıktır. Öncelikle gerçekleşen zarar bakımından fark bulunmaktadır. Kişinin iradesine aykırı olarak malvarlığı veya şahıs varlığı alanında meydana gelen eksilmeler zararı teşkil etmektedir. O halde kişinin iradesi doğrultusunda meydana gelen eksilmeler, en azından irade dışında gerçekleşen eksilmelerden daha az zarar doğurmalıdır. Ayrıca kişinin iradesi fiile yönelik olduğu için, rızanın normun koruduğu bireysel menfaati de azaltacağı gerekçe olarak gösterilebilir.

Hukuka aykırı rıza bakımından değinilmesi gereken birkaç husus vardır. Bunlardan ilki, rızanın konusunun hukuka aykırı olması halidir. Ancak rızanın konusu, zaten rıza bulunmasaydı hukuka aykırı olacak müdahalelere ilişkindir. O halde, rıza gösterilmesinin müdahaleyi hukuka uygun hale getirmediği, serbestçe tasarruf edemeyeceği haklara ve hukukun sadece bireysel menfaati korumadığı, aynı zamanda kamusal veya başkalarının menfaatini koruduğu alanlara ilişkin olduğu durumlarda

[883] **Eren,** Genel, s. 629; **von Tuhr,** s. 371. Kişinin öldürülmeye rızası geçersiz olsa bile tazminattan indirim sebebi olacağına dair bkz: **Ayiter,** 140 vd.; **Tandoğan,** Sorumluluk, s.32; **Tunçomağ,** s. 484; **Kılıçoğlu**, **M,** s. 360. Kişinin spor kurallarının veya tıp kurallarının dışındaki bir müdahaleye rıza göstermek tazminattan indirim sebebi de teşkil etmeyeceğine dair bkz. **Tunçomağ,** s. 437. İslam hukukunda kişinin yaşam hakkına ilişkin müdahaleye rızasının sorumluluğu indirip indirmeyeceği yönündeki tartışmalar için bkz. **Ekşi**, Rıza, s.39 vd.

hukuka aykırı bir rızadan bahsedilebilir. Bununla birlikte rızanın konusu, rıza gösterenin menfaatleri dışındaki alanları korusa dahi, rıza gösterenin menfaatini ihlal ettiği kısım açısından geçerlidir. Alman Federal Mahkemesinin, 28 Mart 1972 tarihinde verdiği bir karara konu olayda, bedelde muvazaa yapan alıcı, daha sonra bu gayrimenkulü bir başkasına gerçek bedeliyle satmıştır. Bu sebeple iki satımın arasındaki farktan dolayı vergi ödemesi gerekmiştir. Bu sebeple, zararın giderilmesi için ilk satıcıya dava açan kişi, muvazaaya ilk satıcının sebep olduğunu ileri sürmüştür. Ancak mahkeme kişinin muvazaayı yaptığı durumda rızasının bulunması sebebiyle bir tazminat istenemeyeceğini kabul etmiştir[884]. Bu kararda kişinin bedelde muvazaa yapması ve buna bağlı olarak rızası geçersizdir. Fakat burada bireysel menfaatinin korunduğu kısım açısından rızası geçerlidir. Kaldı ki, kişinin kendi muvazaasına dayanarak tazminat talep etmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır[885]. İkinci olarak, rızanın konusu değil, rıza beyanı hukuka aykırı olabilir. Örneğin kanunun geçerlilik şartı olarak öngördüğü şekle aykırı olarak rıza vermesi durumunda, rıza geçersizdir. Bu noktada, hukukun şekil şartı öngörmesiyle sadece rıza gösterenin korunması amaçlanıyorsa, tazminatın kaldırılması veya tazminatın büyük oranda indirilmesi daha doğru olur. Örneğin, büyük ameliyatlara rıza gösterilmesi yazılı şekle tabidir. Bu düzenlemedeki amaç kişinin daha dikkatli olmasını sağlamaktır. Dolayısıyla buradaki şekil şartı rıza gösterenin korunmasını amaçlamaktadır. Bu sebeple şekle aykırı olduğu için rızası geçersiz olan kişinin, tazminat talebi büyük oranda

[884] BGE 98 II 23= JdT 1973 I 541 (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 490 dn. 9'dan naklen.)

[885] **Atamulu,** s. 232 vd.

indirilmeli, hatta tamamen kaldırılmalıdır. Özellikle şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda, bu prensip benimsenmelidir. Öte yandan, rızanın konusunun suç teşkil etmemesi gerektiği yönündeki Yargıtay kararına[886] katılmıyoruz. Nitekim suçun koruduğu hukuki değer sadece mağdur ise bu durumda suça rıza gösterilmesi mümkündür. O halde bu noktada değerlendirme yapılırken hukuken suç sayılan fiillerin öngörüldüğü normun koruduğu hukuki değere göre bir araştırma yapılmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre[887], kişilik haklarına ilişkin olan tüm rızalar kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla sadece tazminattan indirim sebebi teşkil eder. Kanaatimizce, bu görüş isabetli değildir. Nitekim örneğin, cinsel ilişkiye rızada olduğu gibi, konusu kişilik haklarına ilişkin olsa dahi, şartları varsa rıza hukuka uygunluk sebebi olur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kişilik haklarına aykırı bir rıza hükümsüz ise, bunun mutlak esnek hükümsüz olacağı, yani hükümsüzlüğün hükümlerinin amacına göre bir daraltmaya

---

[886] "*Haksız eyleme rıza göstermesi, o eylem suç niteliğinde bulunmadıkça veya vazgeçilemez haklara ilişkin olmadıkça tazminat isteğini düşürür."* Yargıtay, **4. HD., E. 1977/3137, K. 1978/3803, T. 20.3.1978;** Yargıtay, **4. HD, E. 2003/882 K. 2003/5867 T. 5.5.2003,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[887] **Tiftik,** s. 387; **Nart, Serdar,** Borçlar Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 52; **Reisoğlu,** s. 165; **Nomer,** s. 112; **Narter,** s. 423. Yargıtay'ın aksi yöndeki kararı için bkz. Yargıtay, **HGK. E. 2003/4-161, K. 2003/201, T. 26.3.2003,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

gidilebileceği belirtilmektedir[888]. Örneğin tıbbi müdahaleye rızanın aydınlatma eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunun ve buna bağlı olarak da sözleşmenin geçersiz olduğunun muhatap tarafından ileri sürülmesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, irade sakatlığı hallerinde hukuki işlemler için öngörülen iptal edilebilirlik yaptırımı rıza açısından uygun düşmemektedir. Nitekim fiilden sonra iptal hakkı kullanılır, iptal hakkından feragat edilir veya hak düşürücü süre geçirildiği takdirde, başlangıçta hukuka aykırı olan fiil, hukuka uygun olur veya başlangıçta hukuka uygun olan fiil sonradan hukuka aykırı hale gelir. Bu ise rızanın en geç fiilin tamamlanmasına kadar gösterilmesi gerektiği kuralını ihlal etmektedir. Kendi kusuruyla yanılmaya düşen taraf iptal hakkını kullanınca, muhatap için bir tazminat talep hakkı doğacaktır. Ayrıca kişi rızasını iptal ettiği için gerçekleştirilen haksız fiilden dolayı rıza gösterenin de tazminat hakkı doğar. Böylelikle aynı sebepten her iki tarafa da tazminat talebi hakkı doğar ve böylelikle çelişkili bir durum ortaya çıkar. Ayrıca aldatma veya korkutma sebebiyle iradesi sakatlanan kimsenin otonom şekilde rıza gösterdiğinin kabul edilmesi ise rızanın kendi geleceğini belirleme hakkına dayandığı gerçeğini göz ardı etmektedir.

[888] **Akbulut, Pakize Ezgi**; Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, XII Levha Yayınları, 2016, s. 245 vd.

Bu sebeple irade sakatlığı halinde rıza kesin hükümsüzdür[889]. Fakat tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir.

d) KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK

Rıza bölünebilir nitelikteyse ve sadece bir kısmı geçersiz olabiliyorsa, bu durumda kısmi hükümsüzlükten bahsetmek mümkün olur[890]. Bunun için rıza gösterenin farazi iradesinin[891], belirli bir kısmın geçersiz olmasına rağmen diğer kısımlar için var olacağı kabul edilmelidir[892].

Genel işlem koşulu niteliğinde olan rızanın, TBK m. 20 vd. hükümleri gereğince yazılmamış sayılması gerekir. Bu durumun en yaygın örneği ise kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesine ilişkin olan genel işlem koşullarıdır. Nitekim herhangi bir

---

[889] İrade sakatlığı hallerinde iradenin hiç oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Aydın, H.,** s. 4.

[890] **Başpınar,** Butlan, s.60 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** s. 598 vd.; **Kırkbeşoğlu, Nagehan,** Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 8, dn. 18. Kırkbeşoğlu'na göre, kısmi hükümsüzlük hukuki işlem benzeri fiillerde uygulanamaz.

[891] Bu noktada rıza gösterenin kısmi olarak geçersiz olan rızası olmasaydı hiç rıza göstermeyeceği kabul edilirse, rıza kesin hükümsüz olur. Fakat yine de rıza göstereceği anlaşılıyorsa geçerlidir. Ancak bu farazi irade objektif olarak değerlendirilmelidir. **Başpınar,** Butlan, s. 91 vd.

[892] **Başpınar,** Butlan, s. 28 vd.; **Ateş, D.,** s.280 vd.

elektronik yazılım sözleşmesinde kişisel verilerin işlenmesi, paylaşılması hakkındaki hükümler yazılmamış sayılır ve buna göre davranan kimsenin fiili hukuka aykırı olur. Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği ise tartışmalıdır[893]. Ancak kanaatimizce, muhatabın hüküm olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürme hakkının elinden alınabilmesi için bu hükümlerin sözleşmenin içeriğine baştan itibaren girmeden kurulması söz konusudur[894]. Bu durumda muhatabın davranışı hukuka aykırı olur. Ayrıca tazminattan indirim yolu da kapatılmış olur.

e) ASKIDA HÜKÜMSÜZLÜK

Hukuki işlem ehliyeti açısından sınırlı ehliyetsizin rızası kanaatimizce, yasal temsilcinin izin veya icazetine bağlıdır. Ancak hakkın kullanımı niteliğinde olan ve kişilik

---

[893] **Aydın, Ramazan,** *Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)*, EÜHFD, Y. 2016, C. XI, S. 1, s. 99 vd.; **Atamer, Yeşim M.,** *Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar,* Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 325 vd. Bunun dışında kısmi yokluk görüşü de aynı sonuca yöneliktir. Zira Aydın ve Atamaer'in ifade ettikleri şey bu hükümlerin sözleşmenin içeriğine dâhil olmaması, bu hükümlerde kabul beyanı bulunmaması sebebiyledir. Kısacası burada bu hükümler açısından yokluk bulunmaktadır. Dolayısıyla kısmi yokluk görüşü de kabul edilebilir. Bu yöndeki görüşler için bkz. **Eren,** Genel, s. 221 vd; **Akıncı,** Borçlar, s. 124. Kısmi hükümsüzlük görüşü için bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s.64 vd.; **Kayar,** s. 68. Kesin hükümsüzlük açısından bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 165 vd.; **Akipek Öcal,** s. 369.

[894] **Aydın, R.,** s. 99 vd. Aksi yönde bkz. **Akbulut,** s. 401 vd.

haklarına aykırı olmayan, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin iznine ihtiyaç duymaz. Malvarlığı veya şahıs varlığı haklarını ihlal edecek bir müdahaleye rıza gösteren kimsenin yasal temsilcisinin iznine tabi olması gerekmektedir. Nitekim kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tek başına kullanımına izin veren bu norm sadece hakkın kullanımına ilişkindir; ihlaline ilişkin değildir. Dolayısıyla bu hakka müdahaleye rıza kanaatimizce, yasal temsilcinin izin/icazetine tabi olmalıdır. İcazet gösterilmeden önce rızanın niteliğinin ve icazet gösterilmezse ise geçersizliğin niteliğinin ne olacağı belirlenmelidir.

Sınırlı ehliyetsizin hukuki işlemleri askıda hükümsüzdür. Kıyasen sınırlı ehliyetsizin, yasal temsilcisinin izni olmadan gösterdiği rıza da askıda hükümsüzdür. Sınırlı ehliyetsizin rızasından sonra, fakat failin fiilinden önce icazet verilirse, bu rızanın geçerli olacağı sonucuna kolayca ulaşılır. İcazet verilmeyeceği fiilden önce açıklanırsa, bu durumda normun koruduğu değer açısından sınırlı ehliyetsizin rızasının bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu durumda rızaya kesin hükümsüzlük yaptırımı öngörülürse, tazminattan indirim gündeme gelebileceği için koruma hükmü anlamını yitirir. Peki, fiilden önce icazet açıklanmadıysa durum ne olacaktır? Rıza bu belirsizliği, yenilik doğuran haklarda olduğu gibi[895] kaldıramaz. Dolayısıyla bu aşamada muhatabın fiili rıza ile hukuka uygun hale gelmez. Ancak rızanın var olup askıda hükümsüz olduğu kabul edilir ise de muhatabın fiili, tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir. Rıza yokluk yaptırımına tabidir denilirse, ayırt etme gücü bulunan sınırlı ehliyetsizin, fiil ehliyeti ve

[895] **Serozan,** s. 819.

dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkı yorum yoluyla kısıtlanmış olur. Bu durumda biz fiilin askıda hükümsüz olduğunu, dolayısıyla geçerli bir rızanın bulunmadığının kabulünü daha isabetli buluyoruz. Fiilden sonra yasal temsilci icazet verirse, bu icazet geçmişe etki ederek davranışı hukuka uygun hale getirir. Bu ise rızanın en geç fiil gerçekleşinceye kadar verilmesi gerektiği kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Zira icazet ile rıza geçerli hale gelir ve fiilden önce verilmiş geçerli bir rıza bulunur. Ancak rıza kesin hükümsüz kabul edilirse fiile sonradan icazet gösterilse dahi artık bu iradenin tazminattan feragat olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu tartışmanın pratik bir önemi bulunmamaktadır. Kaldı ki, sınırlı ehliyetsiz ve yasal temsilcisinin rızasının bulunduğu durumda tazminat talebi en azından hakkın kötüye kullanımını teşkil edecektir.

3. TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEBİ OLARAK RIZANIN UYGULAMA ALANI

Yukarıda ifade edildiği üzere, geçerli bir rıza varsa bu hukuka uygunluk sebebidir. Bu sebeple haksız fiil şartları oluşmayacağı gibi, rıza gösteren kimse tarafından diğer koruyucu davalar da açılamaz.

Türk Borçlar Kanunu m. 52 hükmü ise rızanın tazminatta indirim sebebi olduğunu ifade etmiştir. Ancak rızadan söz edebilmemiz için hukuken var olan bir rıza bulunmalıdır. Dolayısıyla yokluk yaptırımına tabi bir rıza tazminattan indirim sebebi olmaz. Rıza

geçersiz olmasına rağmen tazminattan indirime sebep olur. Bu halde diğer koruyucu davalar için ayrı bir hüküm öngörülmediği için, bu davaların açılması mümkün olur[896].

Rıza bulunmakta ancak geçerlilik şartlarını taşımadığı veya tamamlayıcı unsurları[897] bulunmadığı için kesin hükümsüz ise tazminattan indirim sebebi teşkil edeceği belirtilmelidir. Ancak her kesin hükümsüzlük halinin aynı derecede olmadığını belirtmekte yarar vardır. Örneğin rıza, gösterenin yanılması sebebiyle kesin hükümsüz ise tazminat büyük oranda indirilmeli veya tamamen kaldırılmalıdır. Ayrıca kesin hükümsüzlük, hakkın serbestçe tasarruf edilememesi sebebiyle söz konusu ise tazminat tamamen kaldırılmamalıdır. Nitekim tazminat tamamen kaldırıldığı takdirde kişinin rıza göstermesi ile aynı sonuç doğmakta ve serbestçe tasarruf etmesinin önü açılmaktadır.

Belirtelim ki, kesin hükümsüz olan rıza sebebiyle rıza gösteren değil de, yakınları tazminat talebinde bulunuyorsa, rıza yine tazminattan indirim sebebi teşkil etmelidir. Zira kişinin ölüm veya ağır bedensel zarar gördüğü durumlarda kabul edilen yansıma zararda, zarar görenin hiç rızası olmaması ile fiilin rızası sebebiyle işlenmiş olması arasında bir fark olması gerektiği açıktır.

---

[896] **Kılıçoğlu A.,** Basın, s. 378 vd.

[897] **Akipek,** Olgu, s. 278 vd.

Tazminattan indirim sebebi olarak rızanın hukuki niteliğinin ne olduğu da belirlenmelidir. Bazı yazarlara[898] ve Yargıtay'a[899] göre, rızanın tazminattan indirim sebebi olması birlikte kusur olarak değerlendirilmektedir[900]. Ancak kanaatimizce, rızanın tazminattan indirim sebebi olması için zarar görenin kusuru olarak değerlendirilmesi yerinde bir yaklaşım değildir. Nitekim kusurun oluşması için gerekli olan şartlar ile rızanın oluşması için gerekli olan şartlar birbirinden farklıdır. Bu durumda rıza ayrı bir tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir[901]. Zarar görenin kusuruna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması da rızanın mahiyetine uygun düşmemektedir. Örneğin,

---

[898] **Tandoğan,** Sorumluluk, s. 321; **Schwarz,** s. 142 vd.; **Yılmaz M.,** s. 65; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop;** s. 490 vd.; **Antalya,** s. 736 vd.; **Nomer**, s. 173; **Oğuzman/Öz,** C. 2, s. 24; **Kılıçoğlu, A.,** Sorumluluk, s.290; **Zitelmann,** s. 64 vd. (**Ohly,** s. 41'ten naklen)

[899] Yargıtay, **17 HD. E. 2013/3815, K. 2013/9854, T. 24.6.2013,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018. İlgili kararda kişinin yol yapım çalışması olan yola girerek aracına zarar geldiği halde bu riski gördüğü ve buna rızası olduğu ifade edilmekle birlikte, zarar görenin gerçek anlamda bir rızası bulunmamaktadır.

[900] Öğretideki bir görüşe göre tazminattan indirim sebebi olan rıza, eğer kişilik haklarına aykırı olduğu için, yani TMK m. 23'e aykırı olduğu için geçersiz ise, bu durumda zarar görenin kusuru olarak nitelendirilmekte, diğer hallerde ayrı bir indirim sebebi olmaktadır. Bkz. **Baysal,** s. 45 vd.

[901] Aynı yönde bkz: **Tiftik,** s. 386.

yaşam hakkının sonlandırılmasına rıza gösteren kimsenin kastı olduğu, ölüm tehlikesini göze almada ağır kusurlu olduğu gibi düşünceler rıza ile bağdaşmaz[902].

Rıza hukuki sonuca yönelik olmak zorunda olmadığı ve hukuki işlem benzeri fiil niteliğinde bir irade açıklaması olduğu için, hukuk, fiile yönelik bu iradeye kimi hallerde hukuka uygunluk sonucunu bağlarken kimi hallerde tazminattan indirim sebebi sonucunu bağlamıştır. Ancak rızanın kesin hükümsüzlüğü durumunda birtakım sonuçların doğması sebebiyle bu hükümsüzlük halinin kendine özgü bir hükümsüzlük olduğunu belirtmek gerekir.

Kanaatimizce, rızanın tazminattan indirim sebebi sayılmasının temelinde dört düşünce yatmaktadır. Öncelikle, kişinin bireysel menfaati kendi iradesine bakılmaksızın korunsa dâhi kişi bu korumadan vazgeçtiğinde, tam korumadan faydalanamaz. İkinci düşünceyi, konusu itibariyle değil de, irade beyanının bulunmasına rağmen bu iradenin şekle aykırılık, yasal temsilcinin izni/icazeti, irade sakatlığı, gibi sebeplerle sakat olduğu durumlar ile hiç iradesinin bulunmadığı durumlar arasındaki farktan dolayı kanun koyucunun menfaat dengesini tesisi oluşturmaktadır. Üçüncü düşünce, kişinin iradesi ile meydana gelen zararların iradesi dışında meydana gelen zararlar kadar ağır olmayacağı temelinde bulunmaktadır. Sonuncu düşünce ise, rıza varsa failin zarar verme konusundaki kusurunun daha hafif olacağı yönündeki fikre dayanmaktadır. O halde tazminattan indirim yapılırken bu düşünceler esas alınarak bir indirime gidilmelidir.

[902] **Tiftik,** s. 386.

Rıza, her ne kadar birlikte kusur olarak değerlendirilmese de birlikte kusurun belirlenmesine ilişkin kurallar, tazminattan indirim yapılırken hâkim tarafından göz önüne alınabilir. Şöyle ki eğer rızanın fiilin oluşmasında ne kadar katkı yaptığı belirlenebiliyorsa bu oranda indirime gidilmelidir.

Rızanın tazminattan indirim sebebi sayılabilmesi için rıza ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır[903]. Örneğin, taşkın yapının taşan kısmının yıkılmasına rıza gösteren kimsenin geri kalan kısma zarar gelmesine de rızasının bulunduğu varsayımı kanaatimizce, hatalıdır[904]. Nitekim rıza sadece taşan kısma yöneliktir. Geri kalan kısmın zarar görmesinin öngörülebilir olduğu durumlarda ise kişinin birlikte kusuru olduğu kabul edilebilir. Ancak bu durumda zarar görenin rızasına dayanarak bu husus tazminattan indirim sebebi yapılmamalıdır. Nitekim geri kalan kısım için zarar görenin rızası yoktur.

Tazminattan indirime gidilmesi için belirli bir tazminatın belirlenmiş olması gerekir. Manevi zararlarda kişinin zararının karşılığı belirli değildir. Bu sebeple de önce bir miktar belirlenip indirime gidilmesi doğru olmaz. Bunun yerine tazminat belirlenirken olayın özellikleri dikkate alındığında, tazminattan indirim sebebinin de manevi zararın belirlenmesindeki etkisi belirtilmelidir[905]. Ancak sonradan indirim sebebi olarak gerekçe kurulması kanaatimizce hatalı olacaktır. Nitekim böyle bir yöntem izlenirse manevi

---

[903] **Yılmaz M.,** s. 66.

[904] Yargıtay, **4. HD, E. 2015/8271, K. 2016/7847, T. 14.6.2016,** KİBB, Erişim Adresi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.11.2018**.**

[905] **Yılmaz M.,** s. 73.

zararın parasal karşılığının bulunduğuna dair bir sonuca varılacaktır[906]. Ek olarak bu yöntemin benimsenmesi usul ekonomisine de aykırıdır.

Son olarak, rıza geçersiz olsa dahi zarar görenin tazminat talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanımı olabileceği göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, evli kimse ile cinsel ilişkiye rıza gösteren kimsenin rızası ahlaka aykırı olması sebebiyle geçersizdir. Ancak, rıza gösteren kimse rızasının geçersiz olduğunu ileri sürerek müdahale sonucunda kişilik hakkının ihlal edilmesi sebebiyle tazminat talebinde bulunamaz.

V. RIZANIN GÖSTERİLMEDİĞİ HALLERE BAĞLANAN SONUÇLAR

Kişi kendi geleceğini belirleme hakkın sahip olduğundan belirli bir olayda rıza gösterip göstermemekte serbesttir. Ancak bazı hallerde kişinin rıza göstermesi beklenirken/gerekirken rıza göstermemesine hukuk birtakım sonuçlar bağlamıştır. Aynı şekilde, kanunen bir sonuç öngörülmese dahi, öğreti tarafından ileri sürülen birtakım sonuçlar da bulunmaktadır.

Kanunen sonuç bağlanan hallerden ilki TMK m. 284 f. 1 b. 2'de öngörülmüştür. İlgili düzenlemeye göre, *"Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza*

[906] Manevi zararın tazmininin para ile olmadığı, ancak bu konuda çıkan parasal miktarın zarar görenin zararını hafifleteceğine yönelik bkz. 11.2.1969 Tarih ve 968/33-12 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı

göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir." Buna göre rıza gösterme yükümlülüğü bulunan kişi rıza göstermezse, bu araştırma veya incelemeye bağlanan sonucu, rıza göstermeyen kimse aleyhinde sonuç bağlama konusunda hâkime takdir yetkisi verilmiştir[907]. Bunun en önemli örneğini DNA incelemesi oluşturmaktadır. Öte yandan HMK m. 292 hükmünün bu maddeyi, açıkça olmasa dahi, zımnen ilga ettiği ileri sürülmektedir[908]. Bu sebeple, artık soybağının belirlenmesi davalarında hâkimin zorla örnek alınmasına karar verme yetkisi bulunmaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu m. 48 f. 9'a göre "*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır*." Söz konusu madde teknik cihaz ile tespite rıza göstermeyen kişiye idari para cezası ve sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınması yaptırımını öngörmüştür. Bu durumda rıza göstermeyen kimseye ceza öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ise Anayasa Mahkemesi reddetmiştir[909].

---

[907] **Özbilen,** s. 109 vd.

[908] **Özbilen,** s. 114 vd.

[909] **AYM, 2.10.2014 T., 2014/65 E., 2014/150 K.** (12.12.2014 T. ve 29203 S. Resmi Gazete)

Rıza gösterip göstermemenin serbest olmasına rağmen rıza gösterilmediği takdirde birtakım sonuçlar bağlanan bu hallerin yanında, kişinin iradesine bakılmaksızın müdahalelerin yapıldığı haller birbirinden farklıdır. Kişinin iradesine bakılmadığı hallerde, kişilerin serbestçe tasarruf imkânı bulunmaz iken bu hallerde kişiler serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Ancak beklenen şekilde davranılmadığı hale kanun ayrıca sonuç bağlamıştır.

Belirtmek gerekir ki, kişinin iradesini esas almayan veya rıza gösterilmediği durumlara sonuç bağlayan düzenlemeler, kişinin, kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlanması niteliğindedir. Bu sebeple Anayasa m. 13 gereğince ilgili sınırlamalar sadece Anayasa'nın ilgili maddelerindeki sebeplerle ve kanunla sınırlanabilir. O halde kanun niteliği taşımayan kurallar[910] ile getirilen sınırlamalar Anayasa'ya aykırı olduğu için uygulama alanı bulunmaz.

Ölüm veya ağır bedensel zarar görme tehlikesi bulunmasına rağmen hasta tıbbi müdahaleye rıza göstermiyorsa, bu durumda rıza bulunmamasına rağmen yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim Tıbbi Deontoloji

[910] Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Üyelerinin Müşterilerinin Risk Merkezi Nezdindeki Bilgilerinin Kendilerine Ya Da Onay Vermeleri Koşuluyla Belirledikleri Gerçek Veya Tüzel Kişilere Verilmesine İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik, Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği, Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü.

Nizamnamesi m. 14 ve hakkın icrasına dayanılarak yapılan müdahaleler hukuka uygun kabul edilmektedir[911]. Ancak bazı yazarlar kamu düzenini ilgilendirmediği sürece bu tür müdahalelerin hukuka aykırı olacağını kabul etmektedir. Kanaatimizce, ölüm veya ağır bedensel zarar görme tehlikesi bulunsa dahi hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı niteliğinde olan tedaviyi ret hakkı mevcuttur. Bu sebeple hastaya zorla müdahalede bulunulacağı fikrine katılmıyoruz.

Kimi hallerde de sağlık kurumuna zorla yatırmanın mümkün olduğu kabul edilmelidir. Anayasa m. 19 gereğince *"...toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi... ...halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz*." Ayrıca, TMK 'Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması' başlıklı altıncı ayırımda yer alan 432 vd. maddeleri gereğince, "*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir*." kişiler zorla yatırılabilir. Son olarak da 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 13 bent F'ye göre, "*Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun*

[911] **Özbilen,** s. 104 vd. Yazar, tıbbi müdahalede zorunluluk bulunmasına rağmen rıza gösterilmiyorsa, bu durumda üstün tutulan özel menfaate göre hukuka uygunluğun olacağını düşünmektedir.

olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri… … eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar." Şu halde akıl hastasının, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısının, hastalık yayabilecek bir kişinin zorla hastaneye yatırılması mümkündür[912]. Kanunlarımız zorla yatırma noktasında tehlikelilik ve ölçülülük prensiplerini benimsemişlerdir[913]. Belirtmek gerekir ki, kişiler tam ehliyetsiz olsalar ve zorla yatırılsalar dahi yasal temsilcilerinin izni olmadan tedavi edilemezler. Yasal temsilcileri bulunmamaktaysa hemen ilgili makamlara başvuru yapılmalıdır[914].

Kişiler zorla bir sağlık kurumuna yatırılsalar dahi zorla tedavi edilemezler[915]. Nitekim zorla yatırma kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasına ilişkin iken, zorla tedavi beden bütünlüğünün ihlaline ilişkindir. Beden bütünlüğünün ihlaline ise zikredilen

---

[912] **İmamoğlu, Hülya,** Hukuki Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi, EÜHFD, Y. 2012, C. VII, S. 3-4, 50 vd.**; Günday,** s. 91 vd.; **Doğan, Murat,** *Psikiyatristlerin Hukuki Sorumluluğu,* IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012, s. 92 vd.; **Oğuz, Yasemin N./ Demir, Başaran,** *Hukuki ve Etik Yönüyle Hastaneye Zorla Yatırma*, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, Y. 1993, C. 1, S. 4, s. 369 vd.

[913] **Günday,** s. 85 vd.; **İmamoğlu,** Çocuk, 50 vd.

[914] **Doğan,** Psikiyatristler, s. 93.

[915] **İmamoğlu,** Zorla, s. 52 vd., **Günday,** s. 93.

maddeler izin vermemektedir[916]. Fakat kimi durumlarda kişilerin zorla tedavisi de mümkündür. Bu noktada Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 57, 64, 67, 72, 88, 101, 107; 119 ile Sıtmanın İmhası Hakkındaki Kanun m. 7 uyarınca bulaşıcı ve salgın hastalıklarda kişiler zorla tedavi edilebilir. Ayrıca Biyotıp Sözleşmesi m. 7 gereğince ciddi nitelikli akıl hastalığı bulunan kişi, tedavi edilmez ise sağlığına ciddi bir zarar gelmesi muhtemel olduğu durumlarda zorla tedavi edilebilir. Bu istisnai kurallar dışında kişilerin zorla yatırılması ve tedavi edilmesi mümkün değildir. Bu istisnalar da temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması olacağı için sadece kanunla sınırlanabilir. Bu sebeple Ruh Hekimliği Meslek Etiği Kuralları'na göre Türkiye'de paternalistik modelin kabul edildiğine dair görüşe katılmıyoruz[917].

[916] **Günday,** s. 93 vd.;

[917] Bu görüş için bkz. **Günday,** s. 93 vd.

SONUÇ

Bir kimse kendi geleceğini belirleme özgürlüğüne sahiptir. Bu noktada geleceğin belirlenmesinden kasıt tam ve kesin olarak geleceğin planlanması değildir. Kişinin gelecekte karşılaşacağı davranışların hangilerinin istediği hangilerinin istemediği davranışlar olduğunu seçme yetkisi bulunmaktadır. Kişinin bir hakkına müdahalede bulunulmasına dair rıza göstermesi, muhatabın davranışının kendi iradesi ve isteği doğrultusunda olmasını ve bu sebeple de bu davranışın hukuka uygun olmasını sağlamaktadır.

Rıza bir hakka müdahaleyi konu aldığı için hukukun neredeyse bütün alanlarını ilgilendiren bir kavramdır. Hukuki sorumluluk alanında rızanın en önem arz ettiği nokta sözleşme dışı sorumluluklar alanındadır. Kural olarak geçerli bir rıza bulunmakta ise muhatabın davranışı hukuka uygundur. Dolayısıyla haksız fiilden doğan sorumluluğun diğer şartlarının değerlendirilmesine gerek olmaz.

Rızaya, geçersiz olsa dahi tazminattan indirime sebep olacağına dair bir sonuç bağlanmıştır. Bu durumda rızanın, sorumluluğun unsurlarından sadece hukuka aykırılığa değil, kusura ve zarara dair etkileri de bulunmaktadır. Özellikle bir kimsenin iradesi dâhilindeki zararların, teknik anlamda zarar olmadığı göz önüne alınırsa rızanın önemli bir diğer etkisi de zarara ilişkindir. Ayrıca rıza muhatabın kusurunu da etkilemektedir. Zira hiç rızanın bulunmadığı bir zarara yol açan kişinin kusuru ile karşı tarafın rızası ile zarara yola açan kişinin kusuru eşit olamaz. Bu sebeple somut olay adaleti gereğince rıza kusuru da etkilemektedir.

Rızanın hukuki niteliği öğretide çok farklı görüşlerle açıklanmıştır. Ancak rızanın fiili hukuka uygun hale getirme sonucundan ziyade doğrudan davranışa yönelik olması sebebiyle hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul edilmesi daha uygundur. Bu durumda hukuki işlem için öngörülen kurallar, rızaya uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Rızanın hukuki işlem benzeri olarak kabul edilmesinin en önemli sonucunu tazminattan indirim sebebi olan rızanın hukuki açıklamalarının daha kolay ortaya konabilmesinde kendini gösterir.

Rızanın hukuki niteliğine ilişkin öğretideki görüşler, rızanın diğer kavramlarla farkının azalmasına sebep olmuştur. Gerçekten de rıza hukukun birçok alanında önem arz ettiği için bu alanlara has olaylar incelenerek genel bir rıza teorisi oluşturulmaya çalışılmışsa da bunlar yetersiz kalmıştır. Bu sebeple rızanın öneri, kabul, vekâlet sözleşmesi, temsil yetkisi, vekâletsiz iş görme, feragat, af, sorumsuzluk anlaşması ve sorumsuzluk beyanından farklı bir kavram olduğu, kendine has (sui generis) ve birçok durumda hukuki işleme ilişkin genel kurallardan farklı sonuçların ön görüldüğü bir hukuki müessese olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kavramlardan vekâletsiz iş görme ve temsilin, diğerlerine nazaran rızaya daha çok benzediği de kabul edilmelidir. Hatta somut olayda rıza ile bu kavramlar aynı olabilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, vekâletsiz iş görme ile varsayılan rıza birbiri ile örtüştüğü durumlar mümkündür.

Rızanın temelinde hangi ilkenin yattığının belirlenmesi ise rızanın yorumlanması açısından önem arz etmektedir. Uzun süre boyunca *volenti non fit inuria* ilkesine dayandırılan rızanın, son zamanlarda özellikle sağlık hukukunda daha çok tartışılır hale gelmesi sonucunda, kendi geleceğini belirleme hakkına dayandığı ifade edilmektedir.

Kanaatimizce, rızanın tek bir ilkeye dayanma zorunluluğu söz konusu değildir. Kaldı ki, kendi geleceğini belirleme hakkı ile volenti non fit inuria rıza açısından çok farklı ilkeler değildir. Kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olan volenti non fit inuria rızanın temelinde yatan ilkeyi oluşturmaktadır. Ancak kendi geleceğini belirleme hakkı sadece rızaya ilişkin olmayıp, başka alanları da ilgilendirmektedir.

Rızanın temelinde yatan ilkeyi etkileyen ve dolayısıyla rızayı etkileyen başka ilkeler de bulunmaktadır. Bunlar irade özgürlüğü, ifade serbestîsi gibi kişinin dilediğince geleceğini belirlemesine imkân veren ilkelerdir. Ancak ne rıza kapsamında ne de diğer alanlarda kişinin mutlak özgürlüğü bulunmaktadır. Bu sebeple irade özgürlüğünün sınırları ve bunun bir görünümü olan sözleşme özgürlüğünün sınırları, rızanın da sınırlarının belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir. Bu sınırlamaların sebebinin ise toplum sözleşmesi, din ve ahlak kurallarının etkisi ile kanunlar oluşturmaktadır. Eğer bu etkiler olmasaydı kişilerin serbestçe tasarruf edemeyeceği hakları bulunmayacaktı.

Rızanın sınırlanmasında ahlak kuralları etkili olsa dahi, doğrudan ahlaken iyi olmanın gerekliliğinin rızanın temelinde yatmadığı da belirtilmelidir. Aksine rıza ahlakın konusu olarak iyi veya kötü olarak nitelenebilir. Rızanın ahlaken iyi veya mantık kurallarınca mantıklı olması gerekmemektedir. Bu ise kişinin iyi ve kötü, mantıklı ve mantıksız arasında seçim yapma serbestîsinin bulunmasından kaynaklıdır. Ancak kimi ahlaken kötü davranışlar, toplumdaki genel ahlak kuralının ihlali niteliğinde ise rızanın sınırını oluşturması açısından esas alınabilir.

Türk hukuku genel itibariyle Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olduğu için rızanın tarihi gelişiminde Roma hukukunun önemli bir etkisi bulunmaktadır. Ayrıca

Cermen hukuku da rızanın gelişimini etkilemiştir. 19. yüzyıla kadar Roma hukukundaki volenti non fit iniuria ilkesinin rızanın temelinde olduğu ve etkisinin sürdüğü kabul edilmektedir. Ayrıca İslam-Osmanlı hukuku da Türk hukukunu etkilemiştir. Özellikle tıbbi müdahaleye rıza açısından ehven-i şer ilkesi tıbbi müdahalede zorunluluk bulunması gerekmesini etkilemiştir. Ayrıca İslam kültürünün Türk toplumundaki etkisi ile özellikle serbestçe tasarruf edilebilecek hakların belirlenmesi noktasında İslam hukukundaki *nass* ve *içtihatların* önemli bir yeri bulunduğu göz ardı edilmemelidir. İslam hukuku kuralları en azından toplumun genel ahlak yapısını önemli ölçüde etkilediği için ve rızanın ahlaka aykırı olmaması gerekçesiyle rızaya bir sınır oluşturmaktadır.

Rıza geçerli olduğunda hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Rızanın geçerli olması ise ancak serbestçe tasarruf edilebilecek haklara ilişkin olduğunda mümkündür. Özellikle yaşam hakkı ve kişilik haklarına ilişkin rızaların geçerlilik sınırları çok dardır. Rıza göstermede ehliyetin türleri nazara alındığında, birtakım yaş sınırları içeren düzenlemelerdeki istisnalar dışında, tam ehliyetlinin, rıza gösterme ehliyeti de bulunmaktadır. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin ise kural olarak, rıza gösterme ehliyeti bulunmamaktadır. Ancak bu koruma hükmünün yorumlanması neticesinde tıbbi müdahaleye rıza gibi birtakım kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından yasal temsilci, tam ehliyetsiz kişi yerine rıza gösterebilmektedir. Sınırlı ehliyetsizlerin rıza ehliyeti ise hukuki işlem ehliyetine benzemekle birlikte belli noktalarda farklıdır. Malvarlığına ilişkin alanlarda hukuki işlem ehliyetinin doğrudan uygulanabilir. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından ayırt etme gücü tek başına yeterli değildir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı niteliğinde olmayan ve bu hakları ihlal eden müdahalelere rıza gösterilmesi için

yasal temsilcinin izin/icazeti aranması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak rıza bu hakların kullanımı niteliğinde ise ayırt etme gücü TMK m. 16 hükmü gereğince ehliyet açısından yeterlidir.

Rıza bir irade açıklamasıdır. Bu sebeple iradeyi beyan eden, yani ispatlayan birtakım işaretlerin bulunması gerekmektedir. Kural olarak, iradenin açık şekilde ileri sürülmesi gerektiği belirtilse de, durumun hâl ve şartlarından rızanın varlığı anlaşılıyorsa örtülü olarak rıza gösterilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmelidir. Rıza açıklamasının muhatabı kural olarak fiili gerçekleştirecek kimsedir. Ancak objektif olarak rıza gösterdiği sonucuna varıldığı takdirde, rıza açıklamasının muhatabı failden başka kimse olabilir.

Rıza en geç fiilin işlendiği tarihte verilmiş olmalıdır. Ancak sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin icazeti fiilden sonra açıklanırsa, bu durum bu kuralın istisnasını oluşturur. Nitekim bu icazet ile rıza baştan itibaren geçerli hale gelir ve fiilden sonra geçerli hale gelen bir rıza bulunur.

İrade beyanını sakatlayan hallerde hukuki işleme bağlı sonuçlar önemli ölçüde terk edilmiştir. Zira rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayanıyorsa, sakat bir irade beyanı ile kişinin otonom iradesinin bulunduğunun kabulü zorlaşacaktır. Hangi hallerde rızaya ilişkin iradenin sakatlanacağı noktasında TBK hükümlerine başvurulmalıdır. Kişi yanılmaya düştüyse, bu rızayı kesin hükümsüz kılacaktır. Aldatma ve korkutma hallerinde de rıza kesin hükümsüzdür. Ancak iptal edilebilirlik yaptırımı rızanın niteliğine uygun düşmemektedir.

Rızanın konusu serbestçe tasarruf edilebilecek haklara müdahaleye ilişkindir. Ancak rıza kişilik haklarına, kamu düzenine, hukuka, genel ahlaka aykırı olamaz. Bunlara aykırı olarak verilen rıza kesin hükümsüzdür. Bu noktada kişilik haklarına aykırı olan rıza önem arz etmektedir. Zira bütün kişilik haklarına ilişkin verilen rızanın kesin hükümsüz olacağı sonucunu doğuracak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Bu durumda kişilik haklarının serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği, her kişilik hakkı bakımından değerlendirilmelidir. Özellikle cinsellik, resim gibi kişilik haklarında serbestçe tasarruf imkânı bulunmamaktadır.

Rızanın hukukun her alanında etki göstermesi sebebiyle kimi alanlarda özel düzenlemelere tabi olması, kimi alanlarda ise çok tartışılması sebebiyle birtakım çeşitleri bulunmaktadır. Ancak bağlayıcı rıza ve varsayılan rıza, rızanın bir türü olarak değil, sözleşme veya vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilmektedir.

Birden fazla kişinin hukuki menfaatini etkileyen alanlarda da kişilerin birlikte rıza vermesi gerekmektedir. Kural olarak bir başkasının yerine rıza göstermek mümkün olmasa da, ayırt etme gücü bulunmayan kimse yerine yasal temsilcinin istisnai bazı durumlarda rıza göstermesi, ayırt etme gücü bulunmayanın korunması ve onun menfaatinin gözetilmesinin bir gereğidir.

Rızadan vazgeçme kural olarak mümkündür. Vazgeçilebilirlik rızanın en önemli özelliğini oluşturmaktadır. Fiil gerçekleşene kadar kişi rızasından vazgeçebilir. Zira rıza kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayanıyorsa, kişi fiil gerçekleşmeden rızasından vazgeçerek de kendi geleceğini aksi yönde yeniden belirleyebilecektir.

Geçerli bir rıza bulunmakta ise rıza, muhatabın fiilini hukuka uygun hale getirir. Ancak rıza geçersiz olsa dahi TBK m. 52 hüküm gereğince tazminattan indirim sebebi sayılmıştır. Bu durumda rızanın yokluk yaptırımına tabi olmaması gerekir. Kesin hükümsüz veya kısmi hükümsüz olan rıza tazminattan indirim sebebi teşkil eder.

Rıza gösterilmemesine de kimi hallerde sonuç bağlanmıştır. Bu haller ise rıza gösterme yükümlülüğü bulunan alanlardadır.

KAYNAKÇA(*)

(*)Birden fazla eseri bulunan yazarların eserlerinde kısaltmalar kullanılmış ve kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Aasi, Ghulam-Haider, *Organ Nakil ve Bağışına İslam'ın Hukuki ve Ahlaki Yaklaşımı***,** Çev. Erdem, Mehmet**,** İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Y. 2010, S. 15.

Acıduman, Ahmet, *Türk Tıp Hukuku Tarihinde Hekim- Hasta Arasında Hukuki Bir Belge: Rıza Senedi*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012.

Adjukiewicz, Kazimierz, Felsefeye Giriş Temel Kavramlar ve Kuramlar, Çev: Dr. Ahmet Cevizci, 2. Bası, Gündoğan Yayınları,1994, Ankara.

Akbenlioğlu, Sevgi, Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010.

Akbıyık, Cem, *Temsil Yetkisi ve Temel İlişki*, İÜHFM, C. LV, Y. 1997, S. 4.

Akbulut, Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik

Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, XII Levha Yayınları, 2016.

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Sayram Yayınları, 10. Bası, Konya, 2017 (Kıs. Borçlar).

Akıncı, Şahin, *İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu*, SÜHFD (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), Y. 1998, C. 6, S. 1-2 (Kıs. İrade).

Akıncı, Şahin, *Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler – Bazı Çözüm Önerileri*, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007 (Kıs. Organ).

Akipek Öcal, Şebnem, *Genel İşlem Koşulları ile Haksız Şartlara Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım*, 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2017 (Kıs. Koşul).

Akipek, Şebnem / Küçükgüngör, Erkan, İngiliz Hukukunda Haksız Fiil Ehliyeti, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000 (Kıs. Ehliyet).

Akipek, Şebnem, *Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi*, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1-4 (Kıs. Olgu).

Akman, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Aksoy, Hüseyin Can, *Vekâletsiz İş Görende İşi Vekâletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?,* ABD, Y. 2017, C. 75. S. 1.

Akünal, Teoman, *2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun Açısından Hekimin Sorumluluğu Üzerin Düşünceler*, MHAUM, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, Türk Hukukunda Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Akyol, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (Kıs. Temsil).

Akyol, Şener, Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Kıs. Yorum).

Alagöl, Ayşin, *Anestezi Komplikasyonları*, İnternet Makalesi, Erişim Adresi: http://www.diyadinnet.com/sa%C4%9Fl%C4%B1k

-4377-anestezi-komplikasyonlar%C4%B1 (Erişim Tarihi: 10.11.2018).

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Beta, 2. Bası, İstanbul, 2013.

Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2007.

Arıncı, Atilla/Usta, Sevgi, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi*; Turkish Journal of Plastic Surgery, Y. 2017, C. 25, S. 2.

Arpacı, Abdülkadir, *Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları,* YÜHFD, Y. 2009, C. 4, S. 2.

Arslan, Mehmet, Radyo ve Televizyon Yayınlarında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2009.

Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner, *Ötenazi*, Hukuk ve Etik Boyutlarıyla Ötenazi, XII Levha Yayınları, 2011, İstanbul.

Aşkın, Zehra G. E., *"Tarihte Determinizm-İntederminizm Karşıtlığının Kategorial Çözümlenişi*", Araştırma Ankara

Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi, C: 19, S: 0, Y: 2008.

Atabek, Reşat, *İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar*, İÜHFM, Y. 1935, C.1, S.2.

Atamer, M. Yeşim, *Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar,* Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004 (Kıs. Açılım).

Atamer, M. Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, Beta, İstanbul, 1996 (Kıs. Norm).

Atamer, M. Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001 (Kıs. Denetlenmesi).

Atamulu, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Ateş, Zeynep, Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010.

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991.

Aydın, Elif; Sözleşme Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2009.

Aydın, Erdem; *Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu*, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y. 2003, S. 2, C. 46.

Aydın, Hakkı, *II- Türk Borçlar Hukukunda İkrah*, CÜİFD, Y. 1999, C. 3.

Aydın, Ramazan, *Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)*, EÜHFD, Y. 2016, C. XI, S. 1.

Aygörmez, Gülsüm Ayhan, *Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması,* YÜHFD, C.4, S.2, Y. 2009.

Aygün Eşitli, Ezgi, *Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti*, TBBD, Y. 2013, C. 106.

Ayiter, Nuşin, *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, AÜHFD, Y. 1968, C. 25, S. 1-2.

Aysal, Mert, Ölüme Bağlı Tasarruflarda İrade Sakatlıkları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE, İstanbul, 2009.

Bal, Zehra, İslam Hukuku Açısından Ötenazi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE, Çanakkale, 2011.

Baş Süzel, Ece / Yasan, Candan, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk;* MÜHAD, C. 22, S. 22.

Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Başpınar, Veysel, *Kişilik Hakkı Bakımından Kelepçeleme Sözleşmeleri*, ABD, Y. 1999, S.1(Kıs. Kelepçeleme).

Başpınar, Veysel, *Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü,* Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2007 (Kıs. Aydınlatma).

Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004 (Kıs. Özen).

Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998 (Kıs. Butlan).

Bayraktar, Köksal, **"***Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Sayısı (Kıs. Geleceğini).

Bayraktar, Köksal, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri*, Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, 2007 (Kıs. Uygunluk).

Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972 (Kıs. Sorumluluk).

Baysal, Başak, Zarar Görenin Kusuru, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Bell, Tom W., "Graduated Consent in Contract And Tort Law-Toward a Theory of Justification", Case Western Reserve Law Review, S. 611, Y.2010.

Berki, Şakir, *Borçların Sükûtu*, AÜHFD, C. 12, S. 1-2, Y. 1955.

Birtek, Fatih, *Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı*, İBD, C. 81, S. 5, Y. 2007.

Borokov, A.K., Orta Asya'da Bulunmuş Kur'an Tefsiri'nin Söz Varlığı, (Çev: Usta, Halil İbrahim) TDK Yayınları, Ankara, 2002.

Carlotta, Cassani, *Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza*, Çev: Özen, Muharrem; Özen Mustafa, TBB Dergisi, S. 77, Y. 2008.

Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, 7. Bası, İstanbul, 2010.

Coleman, Jules, "Theories of Tort Law", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2004 Edition), Edward N. Zalta (ed.).

Çağa, Tahir, *Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malül Sözleşmelerde Fesih Beyanı ve Bunun Süresi*,

Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 1980.

Çağlayan Aksoy, Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, Oniki Levha Yayınları, Ankara, 2015.

Çakmut, Özlem Yenerer, Tıbbı Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, 2003.

Çilingiroğlu, Cüneyt, Özel Hukuk Yönünden Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1991.

Dalgın, Nihat, *İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 1999, S. 11.

Demirbaş, Harun, Türk Borçlar Kanunu'nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2012.

Demirhan Erdemir, Ayşegül, *Türkiye'de Çocuk Hastalarda Aydınlatılmış Onamla İlgili Tıp Etiği Sorunları ve Yasalara Bir Bakış*, Terminal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar, Nobel Tıp Kitapevi, İstanbul, 2006.

Demirtaş, Timur, *Türk Ceza Kanunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması,* Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İÜHFM, İstanbul, 1995.

Deschenaux, Henri; Tercier, Pierre, Sorumluluk Hukuku, (Çev. Özdemir, Salim), Ankara, 1983.

Doğan, Murat, *Eczacının Tazminat Sorumluluğu*, EÜHFD, Y 2012, C. VII, S. 3-4, (Kıs. Eczacı).

Doğan, Murat, *İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde)*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C.7, S. 1-2 (Kıs. Kişilik).

Doğan, Murat, *Psikiyatristlerin Hukuki Sorumluluğu*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012 (Kıs. Psikiyatristler).

Doğan, Murat, *Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası*, AÜEHFD, Y. 2001, C. 5, S. 1-4 (Kıs. Önleme).

Doğan, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanmasının Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004 (Kıs. Tasarruf).

Dönmezer, Sulhi, *Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Maksatı Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler*, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, Y. 1949, S. 6.

Drobac, A. Jennifer/Goodenough, Oliver R., "*Exposing The Myth of Consent*", Indiana Health Law Review, Y.2015 S.3, Forthcoming Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2015-3.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt – II Kişiler Hukuk, Filiz Kitapevi, 19. Bası, İstanbul, 2018.

Dworkin, Ronald, Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom, Alfred A. Knopf pres., New York 1993.

Ekici Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Ekşi, Ahmet, İslam Hukukunda Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi,

Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2010 (Kıs. Tıbbi Müdahale).

Ekşi, Ahmet, İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2000 (Kıs. Rıza).

Emini, M. Emin, "*Hak Kavramı*", SÜSBED, Y. 2004, S. 12.

Ercoşkun Şenol, H. Kübra, *Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları*, GÜHFD, Y. 2013, C. 17, S. 4 (Kıs. Hile).

Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitapevi, 2. Bası, Ankara, 2013.

Erem, Faruk, *Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin*, AÜHFD, Y. 1968, C. 3, S. 25.

Eren, Fikret, "*Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi*", Mahmut Koloğlu'ya 70inci yaş Armağanı,1975 (Kıs. Norm).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara, 2017 (Kıs. Özel).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Yetkin Yayınları, 2017, s. 510 (Kıs. Genel).

Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975 (Kıs. İlliyet).

Erkan, Vehbi Umut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Verenin Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları*, AÜHFD, C. 62, S. 2, Y. 2013.

Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek, *Ayırt Etme Gücü*, AÜHFD, C. 60, S. 3, Y. 2011.

Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003.

Erol, Yasemin, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Erpek, Ayşe Güner, Organ Naklinde Rıza, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi SBE, İzmir, 2015.

Ersoy, Nermin/Özcan Şenses, Müesser/Aydın Er, Rahime, *Acil Tıp'ta Aydınlatılmış Onam*, Ulusal Cerrahi Dergisi, Y. 2010, S. 16, C. 1.

Ersoy, Nermin/Aydın, Erdem, *Tıbbi Etikte Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi*, T-klin Tıbbi Etik, 1994, S. 2.

Ertaş, Şeref/Petek, Hasan, Spor Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Eser, Ercan, İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2007.

Forken, Hans, *İnsan Vücudunun Parçaları Üzerinde Hukuki Tasarruflar*, Çev. Açar, Enis, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1976, S. 3, C. 1.

Francis, Leslie P., *Patient Registries: Patient Consent When Children Become Adults* St. Louis University Journal of Health Law & Policy, V.7, I.2, Y. 2014.

Gantz, Valentino M.; Bier, Ethan, *The Mutagenic Chain Reaction: A Method for Converting Heterozygous to Homozygous Mutations*, Science, Y. 2014 C. 348, S. 6233.

Gedikli, Fethi, *Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü Bir Fıtık Cerrahı*, Türk hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 4, Y. 2007 (Güz).

Grimm, Douglas Andrew, "*Informed Consent For All! No Exceptions*", New Mexico Law Review,Y. 2007, S. 37.

Gülriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2007.

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Günday, Harun Mirsad, Psikiyatristin Hukukî Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Güner, Semih, *Avukatın Özen Yükümlülüğü,* TBB Dergisi, Y. 2000, S:2.

Gürbüz, Meral, Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler, Yayınlanmamış Doktora Tez, Anadolu Üniversitesi SBE, Eskişehir, 2010.

Gürelli, Nevzat; *Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları*, İÜHFD, Y. 1979-1981, C. 45, S. 1-4.

Gürzumar, Osman Berat, *Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler,* Ankara Barosu Dergisi, Y. 1991, S. 3.

Güverçin, Sezgin, Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme, Ankara Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi , Ankara, 2007.

Hakeri, Hakan, *Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*, YÜHFD, Y. 2006, C. 3, S. 2 (Kıs. Taslak).

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı,* Toraks Cerrahi Bülteni, Y. 2014, C. 5, S.1.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, İstanbul, 2015 (Kıs. Tıp).

Hanbel, Ahmed b., Müsned, C. V, 72.

Hatemi, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık kavramı ve Sonuçları SÜSBED, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Hawking, Stephen, Does God Play Dice? Erişim Adresi: http://www.hawking.org.uk/does-god-play-dice.html, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

Helvacı, Serap, Kişilik İşlemi Hakları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 1993 (Kıs. İşlem).

Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), Beta, İstanbul, 2001 (Kıs. Davalar).

Hengstenberg, Nike, Die hypothetische Einwilligung im Straftrecht, Springer Yayınları, Düsseldorf, 2013.

Ilgın, Ayşe Nur, Kendi Kusuruyla Hataya Düşen Tarafın Tazminat Sorumluluğunun Şartları ve Kapsamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2009.

Işık Özcan, Funda, Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008.

İmamoğlu, Hülya, Hukuki Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi, EÜHFD, Y. 2012, C. VII, S. 3-4 (Kıs. Zorla).

İmamoğlu, Hülya; Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 2 (Kıs. Çocuk).

İnceoğlu, Sibel, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1993.

Kahn, Jennifer, *Life Edited*,11.15.2015 tarihli Sunday Magazine Gazetesi, s.63. (http://www.nytimes.com/2015/11/15/magazine/the-crispr-quandary.html?_r=0).

Kahveci, Nuri, İslam Borçlar Hukukunda Tazminat, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum, 1997.

Kalkan Oğuztürk, Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Kaneti, Selim, *Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1978 (Kıs. Çatışan).

Kaneti, Selim, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, 1980, (Kıs. Kusur).

Kaneti, Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2007 (Kıs. Hukuka Aykırılık).

Kaneti, Selim, *Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1983, İstanbul (Kıs. Hekim).

Kangal, Zeynep, *Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*, GÜFHD, C. XV, Y. 2011, S. 4.

Kara Kılıçarslan, Seda, *Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü*, HÜHFD, Y. 2015, C.5, S.2.

Karabağ Bulut, Nil, Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Karakaş, Fatma Tülay, Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Karaman, Hayrettin, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı – II, Diyanet İşleri Vakfı, Ankara, 2009.

Kaya, Ali, *İslam Hukukuna Göre Hekimin Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, İslami Araştırmalar Dergisi, C.17, S.4, Y. 2004.

Kayar, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara, 2014.

Kelsen, Hans, *Nedensellik ve İsnadiyet*, Çev. Hafızoğulları, Zeki, AÜHFD, C. 35, S. 1, Y. 1978.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi,* AÜHFD, Y. 1951, C. 29, S. 3 (Kıs. Ceza).

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırılar Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler,* TBBD, Y. 1990, S. 3 (Kıs. Basın).

Kılıçoğlu, Ahmet M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 4. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2013 (Kıs. Sorumluluk).

Kılıçoğlu, Mustafa, Sorumluluk Hukuk, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Gelişmeler*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, 1980 (Kıs. Manevi).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968 (Kıs. Hata).

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 6. Bası, İstanbul, 2014.

Korošec, Damjan, *Mağdurun Rızası Öğretisinin Slovenya'da Son Yıllardaki Değişimleri*, İÜHFM, Y. 2012, C. 70, S.1.

Koruk, İrfan, ERCP İşlemi ve Radyasyon Maruziyeti, Temel ECRP Kursu Sunumu, 12 Mayıs, 2012.

Kurşat, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2003.

Lewis, Penney, *Assisted Dying: What Does the Law in Different Countries Say?*, BBC News, 2015, Erişim Adresi: http://www.bbc.com/news/world-34445715, Erişim Tarihi: 10.11.2018.

Lilie, Hans, *Alman Hukukunda Hasta Hakları,* Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Sayısı.

Manson, Neil, *Normative Consent is not Consent*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Special Section Consent and Organ Donation, Y.2013, S. 22.

Mill, John Stuart, Hürriyet Üzerine, Çev. Dostel, M. Osman, Sadeleştiren: Çaha, Ömer, Liberte Yayınları, Ankara, 2012.

Mill, John Stuart, On Liberty, London, Oxford Press, 1859(https://books.google.com.tr/books?id=qCQCAAAAQAAJ).

Miller, Franklin G/Wertheimer, Alan, The Ethics of Consent: Theory and Practice, Oxford University Press, New York, 2010.

Mosenheuer, Andreas, *Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza*, Çev. Hakeri, Hakan, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1Mart 2008, Ankara.

Nart, Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Adalet Yayınları, Ankara, 2014. (Kıs. Hakkaniyet)

Nart, Serdar, Borçlar Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

Narter, Sami, Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Nomer, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 12. Bası, İstanbul, 2012.

O'SHEA, Tom, *Consent in History, Theory and Practice*, Oncology, Y. 1999, C. 15, S. 81.

Oehler, Wolfgang, *Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler,* Çev. Ünver, Yener, YÜHFD, C. 4, Y. 2009, S. 2.

Oğuz, Yasemin N./ Demir, Başaran, *Hukuki ve Etik Yönüyle Hastaneye Zorla Yatırma*, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, Y. 1993, C. 1, S. 4.

Oğuzman, Kemal M., *İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990.

Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Kıs. C. 2).

Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Kıs. C. 1).

Ohly, Ansgar, "Volenti non fit iniuria" - die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

Oser, H./Schönenberger, W., Borçlar Hukuku: Birinci Kısım Madde 1-40, Çev. Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1947 (Kıs. Birinci).

Oser, H./Schönenberger, W., Borçlar Hukuku: İkinci Kısım Madde 41-109, Çev. Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950 (Kıs. İkinci).

Owen, Richard, Essential Tort Law, 3rd Edition, Cavendish Publishing Limited, London,2010.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, *Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*, AÜHFD, Y. 2003, C.52, S.3.

Özbek, Zeynep Uyar, Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, Diyarbakır, 2009.

Özbilen, Arif Barış, *Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller,* İTÜSBD, Y. 2013, C. 12, S. 2.

Özdamar, Mehmet, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu*, İÜHFM, Y: 2013 C. LXXI, S. 2.

Özek, Çetin, *Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları*, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Y. 1995, C. 28, S. 4.

Özel, Çağlar, Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD, Y. 2002, C. 51, S. 1.

Özel, Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2004.

Özgül, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

Özkan, Aybars ve ark., *Keşke Bir Sünnet Hapı Olsaydı*, Düzce Tıp Dergisi, S. 15, C. 3, 2013.

Özsunay, Ergun, *Alman ve Türk hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları,* Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, 1983, İstanbul.

Paksoy, Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), XII Levha Yayıncılık, 2012.

Peck, Cornelius J., *A Symposium in Honor of Wex Malone; A New Tort Liability for Lack of Informed Consent in Legal Matters,*Louisiana Law Review, Y. 1984, C.44, S. 5.

Petek, Hasan, *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk,* DEUHFD, C. 1, S. 1, Y. 2006.

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku, Beta, 23. Bası, İstanbul, 2012.

Reyhani Yüksel, Sera, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, MÜHFHAD, Y. 2017, C. 12, S. 2.

Rithalia, A, et al., *A systematic review of presumed consent systems for deceased organ donation*; Health Technology Assesement, Y. 2009, C. 13, S. 26.

Rosenau, Henning, *Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*, Çev. Akkaş, Ahmet Hulusi, EÜHFD, Prof. Dr. Doğan Soyaslan

Armağanı, Seçkin Yayınları, Y. 2013, C. VII, S. 2 (Varsayılan).

Rosenau, Henning, *Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza*, Çev. Yıldız, Ali Kemal, YÜHFD, Y. 2006, C. 3, S. 2 (Ehliyet).

Ross, Josephine, *Blaming the Victim: 'Consent' within the Fourth Amendment and Rape Law,* Harvard Journal of Racial & Ethnic Justice, Y. 2010, C. 26, S. 1.

Sandel, Michael J., Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, Çev: Mehmet Kocaoğlu, Bigbang Yayınları, Ankara, 2013.

Sanlı, Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan, İstanbul, 2007.

Savcı, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.

Schuck, Peter H., *Rethinking Informed Consent*, Yale Law Journal, Y. 1994, C. 103, S. 4.

Serozan, Rona, *Sınırlı Ehliyetsizlik Rejimiyle İlgili Talihsiz Saplantılar*, Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006.

Sevindik, Ersin, İkrah, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008.

Sirmen, A. Lâle, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.

Sungur, Mehmet Z., *Beden Dismorfik Bozukluğu,* Psikiyatri Dünyası, Y. 1999, C. 3, S.1.

Sükten, Elvan, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Yapılan Saldırılardan Doğan Hukuki Sorumluluk,* EÜHFD, Y. 2013, C. VIII, S. 1.

Şahin, Mehmet, *Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması*, TBBD, S. 76, Y. 2008.

Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998 (Kıs. Hekim).

Şenocak, Zarife, *Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*, AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S.4 (Kıs. Rıza).

Tacir, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Tandoğan, Halûk, *Hukuka Aykırılık Bağı*, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukunda Yeni

Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977 (Kıs. Aykırılık).

Tandoğan, Halûk, *Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması*, AÜHFD, Y. 1963, C. 20, S. 1 (Kıs. Basın).

Tandoğan, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Sözleşme Dışı ve Sözleşmeye ilişkin Mes'uliyet), Vedat Kitapçılık, 1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası, İstanbul, 2010 (Kıs. Sorumluluk).

Tandoğan, Halûk, Vekâletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957 (Kıs. Vekâletsiz).

Tatlısumak, Uğur, *Ortadoğu İslam Halklarının Kültürel Psikolojilerinin Oluşumunda "Ehven-İ Şer" Düşüncesinin Etkisi, Tarihsel Kökleri; Kültürel-Sosyal Alanlardaki Yansımaları*, TİDSAD, C.2 , S. 5, Y. 2015.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1993.

Telkenaroğlu, M. Rahmi, *İslam Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Spor Faaliyetleri*, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 2011, S. 36.

Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016.

Tiftik, Mustafa, *Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanun'la Değişik m. 24 f. II Karşısında, Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası*, DÜHFD, C. 6, S. 6, Y. 1993.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. 1 Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

Turan Başara, Gamze/Başara, İzzet, *Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Turanboy, Kürşat Nuri, İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

Turgut, Cemile, Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

Tümer, Ali Rıza/Et. Al, Cerrahide Aydınlatılmış Onam ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ulusal Cerrahi Dergisi, Y. 2011, C. 27, S. 4.

Uygur, Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2009, s. 182.

Uzun Şenol, Pınar, *Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu*, FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S: 3 Y:2014 Bahar.

Ünal, Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2002.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987.

Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, (çev. Edege, Cevat), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

Yakışık, Müşerref, *İrade Sakatlığına Bağlı Olarak Tazminat Talebi*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3. S. 10.

Yardım, Mahmut/Eser, Erhan, *Ayaktan tanı ve tedavi başvurularında hasta başına kaç dakika ayrılmalıdır?,* Turkish Journal of Public Health, Y. 2017, S. 15, C.1.

Yavuz, Elif, Türk ve İngiliz Hukukunda Hile Kavramına Bakış, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007.

Yıldırım, Mustafa Fadıl, *Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması*, Erzincan ÜHFD, Y. 2007, C. 11, S. 3-4 (Kıs. Analiz).

Yıldırım, Mustafa Fadıl, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayınları, Ankara, 2002.

Yıldırım, Mustafa Fadıl, *Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı Halleri*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009 (Kıs. Sakatlık).

Yıldırım, Mustafa Fadıl, Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Engin Yayınları, Ankara, 2008 (Kıs. Teknik).

Yıldız, Abik, *Normun Koruma Amacı Teorisi,* AÜHFD, S.*59 C.*3, Y. 2010.

Yılmaz, Ejder, (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara, 2010.

Yılmaz, Mehmet, Zarar Görenin (Mağdurun) Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından

Sonuçlar, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1995.

Yılmaz, Süleyman, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler*, AÜHFD, S. 59, C. 3, Y. 2010.

Zevkliler, Aydın, *Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırı*, Dicle ÜHFD, Y. 1983, S. 1 (Kıs. Kişilik) .

ÖZET

Sorumluluk hukuku bağlamında, fiilin hukuka aykırı olup olmadığını belirleyen önemli faktörlerden birisi de 'rıza'dır. Ancak rıza sadece hukuka aykırılığa değil haksız fiilin diğer unsurlarına da etki edebilir.

Çalışmada rızanın hukuki, tarihi ve felsefi temelleri araştırılmıştır. Bu bağlamda geçerli bir rızanın varlığı için gerekli şartlar incelenmiştir. Haksız fiilin hangi unsurlarına etki ettiği tespit edilmiştir. Ayrıca hukuki niteliğine ilişkin tartışmalarda hukuki işlem benzeri fiil olduğu görüşü savunulmuştur. Öte yandan benzeri kavramlarla ilişkisi ortaya koyulmuştur.

Rızanın konusu ve unsurlarının yanında, bir irade beyanı olması sebebiyle irade beyanına ilişkin özellikleri ayrıca incelemeye tabi tutulmuştur. İrade sakatlıkları bakımından genel hükümlerden farkları açıklanmıştır.

Geçerli bir rızanın hüküm ve sonuçlarının yanında, rızanın geçersiz olması durumunda sonuçları incelenmiştir. Çalışmanın sonuç bölümünde ise konuya ilişkin tartışmalardaki görüşlerimiz ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Rıza, Sorumluluk Hukuku, Hukuka Uygunluk Sebepleri, Tazminattan İndirim Sebepleri, İrade Beyanı

ABSTRACT

In the context of liability law, ‘consent' is one of the justification grounds to determine whether an act is wrongful or not. Consent is not only effective on the justification of wrongful act but also affects other elements of torts.

In this study, legal, historical and philosophical principles and grounds of consent are examined. In this regard, the mandatory elements of a valid consent are investigated. Which elements of torts are affected by consent is determined. On the other hand, in the discussion of the legal character of consent is defended as quasi-legal action. Moreover, the relationship of consent with similar terms is revealed.

Besides the subject matter and elements of consent, the features of consent regarding the declaration of intent is examined, considering that consent is a declaration of intention. The difference between consent and general provisions is examined regarding the defects of consent.

Along with rules and consequences of a valid consent, the results of an invalid consent are analyzed. In the conclusion section of this study, our opinions on the arguments related to the subject are summarized.

Keywords: Consent, Liability Law, Justification Grounds, Reduction of Compensation, Declaration of Intention