

ankara

IBM



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

RIZANIN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ
ETKİSİ

Oğuz ERDOĞAN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BİLİM DALI

TEMMUZ 2019

RIZANIN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Oğuz ERDOĞAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

TEMMUZ 2019

Oğuz ERDOĞAN tarafından hazırlanan “Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

Kamu Hukuku, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Başkan : Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Kamu Hukuku, Çankaya Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Kamu Hukuku, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Tez Savunma Tarihi: 10/07/2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Figen ZALF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlâk kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Oğuz ERDOĞAN

10/07/2019



Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi

Yüksek Lisans Tezi

Oğuz ERDOĞAN

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TEMMUZ 2019

ÖZET

İlk kez Alman yazar *Birnbaum* tarafından kullanılan *hukuki değer kavramı*, 19.yy'da yapılan çalışmalar ile geliştirilerek, ceza hukuku doktrininde kendine yer edinmiştir. Ceza hukukunun amacının *hukuki değerleri korumak* olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Her hukuk dalı gibi ceza hukuku da insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemeyi ve böylece toplumsal düzeni sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek için hukuki değerler koruma altına alınmaktadır. Ceza hukuku bu şekilde, insanların birlikte yaşamalarının şartları ile çelişen fiilleri yasaklamakta, toplumsal düzeninin bozulmasını engellemekte ve insanların topluluk halinde ve barış içerisinde yaşamalarına hizmet etmektedir. Korunan hukuki değerler ile ilgili olarak, ilgisinin rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradesi, ceza hukuku bakımından önem taşımaktadır. Rıza, 765 sayılı eski TCK'nın aksine, 5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber, pek çok suç tipinde rızaya unsur olarak yer verilmiştir. Bazı suç tiplerinde, suç tanımında rızanın varlığı unsur olarak aranmakta iken, bazı suç tiplerinde rızanın yokluğu durumuna unsur olarak yer verilmiştir. Rıza açık ya da örtülü bir şekilde suç tanımında yer alıyorsa maddi unsur olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun dışındaki durumlarda, rızanın hukuka aykırılık unsuru ile bağlantılı olarak ele alınması yerinde olur. Ayrıca ifade etmek gerekir ki; rıza, sadece hukuka aykırılık ve maddi unsur kapsamında ceza hukuku sorumluluğuna etki etmez. Bu kapsamda kalmadığı durumlarda dahi rıza, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesinde etkilidir.

Bilim Kodu : 50301

Anahtar Kelimeler : Rıza, Hukuka Uygunluk Nedeni, Maddi Unsur, Hukuki Değer, Sorumluluk.

Sayfa Adedi : 258

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

Effect of Consent on Criminal Law Responsibility
M.Sc.Thesis

Oğuz ERDOĞAN

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
July 2019

ABSTRACT

The concept of legal value, which was used by the German writer *Birnbaum* for the first time, was developed in the 19th century and has taken its place in the doctrine of criminal law. It is generally accepted that the purpose of the criminal law is to *protect legal values*. Like any other branch of law, criminal law aims to regulate the relations among people and by this way to ensure social order. In order to realize this aim, legal values are put under protection. In this way, criminal law prohibits acts contradicting the requirements of living together in a society, prevents the deterioration of social order and contributes people to live together in peace. In relation to the protected legal values, the will of person in question which is in the form of consent or non-consent, is important in terms of criminal law. Consent is regulated as one of the justifications in the new Turkish Penal Code (Law No.5237), unlike the former Penal Code (Law No.765). In addition to this, consent is also included as an element of the crime in the definitions of many crimes. In this context, while consent is required as an element in the definitions of some crimes, the absence of consent is included as an element in others. If consent is explicitly or implicitly included in definition of a crime, it must be regarded relation to actus reus. In other cases, consent should be regarded relation to justification. It should also be stated that, consent doesn't only affect the responsibility of criminal law in relation to justification and actus reus. Consent is effective in determining the responsibility of criminal law even if it is not within this scope.

Science Code : 50301

Key Words : Consent, Justification, Actus Reus, Legal Value, Responsibility

Page Number : 258

Supervisor : Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

TEŞEKKÜR

Tez danışmanım değerli hocam Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN'e, tez konusunu belirlememde yol gösteren, tez çalışmam sırasında yoğun iş temposuna rağmen bana vakit ayırarak tezimi okuyan, kıymetli eleştirilerini ve yönlendirmelerini benden esirgemeyen, öğrencisi olmaktan onur duyduğum Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'e, yoğun akademik ve idari çalışma temposuna rağmen, her fırsatta değerli fikirlerini paylaşan Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ'e, tez çalışmalarım esnasında, sorduğum soruları sabırla dinleyen, cevaplayan ve çözümü zor problemlerin anlaşılmasında bana yardımcı olan Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK'e şükranlarımı sunarım.

Tezimin bütününe sabırla ve titizlikle okuyan Arş. Gör. Gökhan ÖLMEZ'e, tez çalışmam da dâhil yapmış olduğum çalışmalarda, gerek şekil gerek içerik yönünden fikirlerini benimle paylaşan Arş. Gör. Dr. Burcu BAYTEMİR KONTACI'ya ve tez konularımızın ilişkili olması vesilesiyle, çalışmalarım esnasında tartışmalı hususlarda, uzun süre fikir alışverişinde bulunduğum Arş. Gör. Fatma Umay GENÇ'e teşekkürü borç bilirim.

Son olarak, maddi-manevi desteklerini her zaman arkamda hissettiğim anneme ve babama, çalışmalarım esnasında hayatıma yeni bir renk katan, yüzümü güldüren, küçük bahçemin tazecik çiçeği kızım Esmâ Betül ERDOĞAN'a ve onun biricik annesi, hayat arkadaşım, eşim Zeynep ERDOĞAN'a minnettar olduğumu belirtmek isterim.

Oğuz ERDOĞAN

Ankara-2019

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	İV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR.....	X
1. GİRİŞ.....	1
2. KİŞİLERİN HUKUKİ DEĞERLERE İLİŞKİN TASARRUF YETKİLERİ, RIZANIN HUKUKEN TANINMASI VE RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	3
2.1. Kişilerin Hukuki Değerlere İlişkin Tasarruf Yetkileri.....	3
2.1.1. Genel Olarak	3
2.1.2. Hukuki Değer.....	6
2.1.2.1. Bireyle Doğrudan İlişkili Olan Hukuki Değerler ile Bireyle Doğrudan İlişkili Olmayan Hukuki Değerler Ayrımı ve Bu Ayrımın Rıza Açısından Önemi.....	12
2.1.3. Hukuki Değerlerle Bağlantılı Tasarruf Yetkisi.....	15
2.1.3.1. Mutlak Surette Tasarruf Yetkisinin Kabul Edildiği Hukuki Değerler.....	18
2.1.3.2. Sınırlı Şekilde Tasarruf Yetkisinin Kabul Edildiği Hukuki Değerler.....	20
2.1.3.3. Tasarruf Yetkisinin Kabul Edilmediği Hukuki Değerler.....	21
2.2. Rızanın Hukuken Tanınması.....	22
2.2.1. Genel Olarak	22
2.2.2. Kendi Geleceğini Belirleme (Bireysel Otonomi) Hakkı.....	22
2.2.3. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Temelleri	24
2.2.4. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Sınırları.....	27
2.3. Rızanın Hukuki Niteliği.....	28
2.3.1. Genel olarak	28
2.3.2. Rızanın Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler	28
2.3.2.1. Hukuki İşlem Teorisi	28
2.3.2.2. Hukuki Fiil Teorisi.....	31
2.3.2.2.1. Hukuki Menfaatten Vazgeçme (Haktan Feragat) Teorisi.....	31
2.3.2.2.2. Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorisi	32
2.3.2.3. Toplumsal Değer Teorisi (Hukuk Politikası Teorisi)	34
2.3.2.4. Kişinin Kendi Aleyhine Suç İşlemesi Teorisi (Vekâlet Teorisi)	36
2.3.2.5. Diğer Teoriler.....	36
2.3.2.6. Görüşümüz.....	37
3. RIZANIN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE RIZANIN ŞARTLARI	41
3.1. Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi	41
3.1.1. Genel Olarak	41
3.1.2. Tartışmalar	43
3.1.2.1. Hukuka Aykırılık ve Tipiklik Üzerinde Etkili Olan İki Farklı Rıza Türü Bulduğuna İlişkin Görüşler.....	44
3.1.2.2. Rızanın Tipiklik Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü.....	47
3.1.2.3. Rızanın Hukuka Aykırılık Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü	48
3.1.2.4. Görüşümüz.....	49

3.1.3. Maddi Unsurlar Kapsamında Rıza.....	52
3.1.3.1. Genel Olarak	52
3.1.3.2. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları	55
3.1.3.3. Suç Tanımlarında Rıza.....	56
3.1.3.3.1. Suç Tanımında Rızanın Varlığını Arayan Suçlar	57
3.1.3.3.2. Suç Tanımında Rızanın Bulunmamasını Arayan Suçlar	58
3.1.3.3.3. Suç Tanımında Rızaya Yer Vermeyen Suçlar	60
3.1.4. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza	62
3.1.4.1. Hukuka Aykırılık Kavramı	62
3.1.4.2. Rızanın Hukuka Aykırılığa Etkisi.....	68
3.1.5. Rızanın Kusurluluk Üzerindeki Etkisi	71
3.1.5.1. Kusurluluk.....	71
3.1.5.2. Rızanın Kusurluluğa Etkisi	73
3.1.6. Rızanın Cezanın Belirlenmesine Etkisi	78
3.1.6.1. Suçun Haksızlık İçeriği ve Cezanın Belirlenmesi	78
3.1.6.2. Somut Ceza – Soyut Ceza Ayrımı	80
3.1.6.3. Soyut Cezanın Belirlenmesinde Rızanın Etkisi	80
3.1.6.4. Somut Cezanın Belirlenmesinde Rızanın Etkisi	82
3.2. Rızanın Şartları	84
3.2.1. Genel Olarak	84
3.2.2. Rızanın Geçerlilik Şartları	85
3.2.2.1. Tasarruf Edilebilecek Bir Hukuki Değerin Varlığı.....	85
3.2.2.2. Rıza Gösteren Kişinin Ehil Olması.....	88
3.2.2.3. Rızanın Açıklanması	92
3.2.2.4. Rızanın Özgür İradenin Ürünü Olması	95
3.2.2.5. Fiilin Rızanın İlişkili Olduğu Konu ile İlgili Olması.....	98
4. RIZANIN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ DURUMLAR	99
4.1. Tasarruf Yetkisinin Tartışmalı Olduğu Bazı Hukuki Değerler ve Rıza	99
4.1.1. Yaşam Hakkı İhlallerine Yönelik Rıza	99
4.1.1.1. Ötanazi	103
4.1.1.1.1. Genel Olarak	103
4.1.1.1.2. Ötanazi Türleri	105
4.1.1.1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Ötanazi.....	118
4.1.1.2. Talep veya Rıza Üzerine Kasten Öldürme.....	120
4.1.1.3. İntihara Yönlendirme Suçu	125
4.1.2. Beden Bütünlüğü İhlallerine Yönelik Rıza.....	130
4.1.2.1. Tıbbi Müdahaleler.....	135
4.1.2.1.1. Genel Olarak	135
4.1.2.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları	137
4.1.2.1.3. Aydınlatılmış(Bilgilendirilmiş) Rıza	139
4.1.2.2. Organ ve Doku Nakli	177
4.1.2.2.1. Genel Olarak	177
4.1.2.2.2. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Nakli Yapılması	178
4.1.2.2.3. Ölüden Organ ve Doku Nakli Yapılması.....	181
4.1.2.3. Kürtaj	183
4.1.2.4. Zorunlu Aşısı	193

	Sayfa
4.1.2.5. Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Zorla Tedavi.....	201
4.1.2.5.1. Genel Olarak	201
4.1.2.5.2. Hükümlü veya Tutuklu Olmayan Kişilerin Başvurdukları Açlık Grevi veya Ölüm Orucu	202
4.1.2.5.3. Hükümlü veya Tutuklu Olan Kişilerin Başvurdukları Açlık Grevi veya Ölüm Orucu	203
4.1.3. Cinsel Dokunulmazlık ve Rıza	214
4.1.3.1. Genel Olarak	214
4.1.3.2. Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları	214
4.1.3.3. Çocukların Cinsel İstismarı.....	220
4.1.3.4. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu	226
5. SONUÇ.....	231
KAYNAKÇA.....	245
ÖZGEÇMİŞ.....	257

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
a.g.e.	Adı geçen eser.
a.g.m.	Adı geçen makale.
a.g.t.	Adı geçen tebliğ.
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm. AY	Alman Anayasası
Alm. CİK	Alman Ceza İnfaz Kanunu
Alm. CK	Alman Ceza Kanunu
Alm. MK	Alman Medeni Kanunu
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
BM	Birleşmiş Milletler
bkz.	Bakınız
CD.	Ceza Dairesi
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
dn.	Dipnot
DTB	Dünya Tabipler Birliği

E.	Esas
HD.	Hukuk Dairesi
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
İt. CK	İtalyan Ceza Kanunu
K.	Karar
KK	Kabahatler Kanunu
m.	Madde
No	Numara
NPHK	Nüfus Planlanması Hakkında Kanun
ODNHY	Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
RG	Resmî Gazete
s.	Sayfa
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	Türk Medeni Kanunu
UHK	Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
vd.	Ve devamı
vs.	Vesaire
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

1. GİRİŞ

Hukukun her dalında olduğu gibi ceza hukukunun amacı da hukuki değerleri koruma altına almaktır. Diğer hukuk dallarından farklı olarak, ceza hukukunda birlikte yaşamının temelini oluşturan hukuki değerler koruma altına alınmaktadır; bu ceza hukukunun son çare olması ilkesinin bir sonucudur. Bunu gerçekleştirmek amacı ile ceza normları vasıtasıyla suç oluşturan fiiller tanımlanmış, bu suçların karşılığında ise yaptırım olarak cezalar öngörülmüştür. Başkalarının hukuki değerlerini ihlal etmeyen ya da en azından bu değerler bakımından tehlike oluşturmeyen fiiller ceza hukukunun ilgi alanına girmez.

Razı olma, isteme, istek ve onam kelimeleri ile ifade edilen rıza kavramı, korunan hukuki değerlerle bağlantılı olarak, suçun konusuna meşru müdahaleyi mümkün kılan irade açıklamasıdır. Bu irade açıklaması ile rıza doğrultusunda ve kapsamında gerçekleştirilen müdahaleler hukuka uygun hale gelmektedir.

765 sayılı TCK'da, rıza açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte hem doktrinde hem de yargı kararlarında, rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK'da ise rıza açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, 5237 sayılı TCK'nın birçok suç düzenlemesinde, rızaya suç tanımlarında yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesine rağmen rıza ile ilgili suç tanımlarında geçen ifadelerin icra ettiği fonksiyon rıza ile ilgili tartışmalara neden olmuştur.

Bu düzenlemeler karşısında rıza, genel olarak suçun unsurlarından olan maddi unsur ve hukuka aykırılık unsuru kapsamında ele alınmaktadır. Bu kapsamda rızanın bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni olduğu, bazı durumlarda ise tipiklik üzerinde etkili olduğu kabul edilmiştir. Ancak rızanın ceza hukuku sorumluluğuna etkisi, bu iki unsurla sınırlanmayacak kadar geniştir. Bunlar dışında, rızanın ceza hukuku sorumluluğuna etki ettiği birçok nokta vardır. Bu gibi durumlar, rızanın geçersiz olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır. Yani, geçersiz dahi olsa rızanın ceza sorumluluğunun belirlenmesinde rol oynadığını söylemek mümkündür.

Görüldüğü gibi ceza hukukunda rıza, neredeyse her durumda ceza hukuku sorumluluğuna etki etmektedir; üzerinde sayısız çalışma yapılmasını hak eden bir konudur. Yaptığımız bu çalışma ile rızanın ceza hukuku sorumluluğu üzerindeki etkisini, doktrinde yapılan tartışmalar, yargı kararları ve yer yer karşılaştırmalı hukuktaki durumları göz önüne

olarak tartışacağız. Bu konudaki iddiamız, doktrinde yapılan tartışmaların doğru bir şekilde resmini çekmek, bu konuda 5237 sayılı TCK'nın benimsediği teorik konsepti de dikkate alarak, yapılan tartışmalara katkı sağlamaktır.

Üç bölüm olarak planlanan çalışmamızın ilk bölümünde, rızanın hukukten açıklanmasında kritik öneme sahip olan, "*hukuki değer*" kavramı açıklanmaya çalışılmış, bireylerin bu değerler ile bağlantılı olarak, suçun konusu üzerindeki tasarruf yetkileri üzerinde durulmuştur. Bu açıklamaların ardından, rızanın hukukten tanınmasının temelini oluşturan, "*kendi geleceğini belirleme*" hakkı üzerinde durulmuş, devamında rızanın hukuki niteliğini açıklayan görüşlere ve bu hususta yapılan tartışmalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde ise rızanın ceza hukuku sorumluluğu üzerindeki etkisi açıklanmaya çalışılmıştır. İlk olarak, geçerli kabul edildiği durumlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak mı yoksa maddi unsur olarak mı ele alınması gerektiğine ilişkin teorik tartışmalara yer verilmiş, rızanın bazı durumlarda hukuka aykırılığa engel olan, bazı durumlarda ise tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle, rızanın hukuka aykırılığa etkisi ve maddi unsurlar kapsamında rıza ayrı ayrı irdelenmiştir. Akabinde, rızanın geçersiz kabul edildiği durumlarda dahi, ceza hukuku sorumluluğuna çeşitli yönlerden etki ettiği ortaya konmaya çalışılmıştır; bu kapsamda rızanın kusurluluğa etkisi ve cezanın belirlenmesine etkisi irdelenmiştir. Bu bölümde son olarak, rızanın geçerlilik şartları ele alınmış, bu husustaki tartışmalara yer verilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise ilk iki bölümde yaptığımız açıklamalar ışığında, güncelliğini hâlihazırda muhafaza eden, rızanın özellik arz ettiği bazı tartışmalı konulara yer verilmiştir. Bu kısımda ele alınan konular genel olarak tasarruf yetkisinin tartışmalı olduğu hukuki değerleri korumayı amaçlayan suç tipleriyle ilgilidir.

Rıza, maddi ceza hukuku açısından önemli olduğu gibi özellikle medeni hukuk ve ceza muhakemesi hukuku olmak üzere tüm hukuk sistemleri açısından önemli bir kavramdır. Ancak diğer hukuk dallarında etkili olan rızanın bu tez kapsamında incelenmesi, konunun sınırlarını ciddi anlamda genişletecektir. Özellikle, hukuki değer, rıza kavramı, rızanın hukuki niteliği, rızanın hukukten tanınması ve rızanın geçerlilik şartları gibi konulara açıklama getirilirken, yer yer diğer hukuk disiplinlerinin rızaya atfettiği hukuki sonuçlara değinecek olsak da, bu çalışmamızda rızayı sadece maddi ceza hukuku alanındaki etkileriyle sınırlı olarak inceleyeceğiz.

2. KİŞİLERİN HUKUKİ DEĞERLERE İLİŞKİN TASARRUF YETKİLERİ, RIZANIN HUKUKEN TANINMASI VE RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. Kişilerin Hukuki Değerlere İlişkin Tasarruf Yetkileri

2.1.1. Genel Olarak

İnsan doğası gereği sosyal bir varlıktır; küçük de olsa topluluk halinde yaşamak onun için bir zorunluluktur. Sağlıklı bir şekilde hayatını devam ettirmesi ve kendisini geliştirmesi, insanın içinde bulunduğu toplumsal hayatın korunmasına bağlıdır. Bu durum, bireylerin yaşadıkları toplumda belli başlı kurallara uymasını gerekli kılmaktadır¹. Bu kurallar, hukuk kuralları olabileceği gibi din, ahlak, görgü ve gelenek kuralları da olabilir. Kurallara uyulmaması karşılığında öngörülen yaptırımların, devlet eli ile uygulanmaması, çoğu kez caydırıcı olmamaktadır². Bu nedenle yaptırımı devlet eliyle uygulanmakta olan hukuk kuralları, toplumsal hayatın korunmasında hayati öneme sahiptir³. Ceza hukuku da bu korumaya hizmet eden hukuk dallarından biridir⁴.

Ceza hukuku, haksızlık teşkil eden davranışlardan hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğini, suçlar karşılığında ceza olarak ne gibi yaptırımların uygulanabileceğini belirleyen hukuk disiplinidir. Bu kapsamda ceza hukuku, haksızlık oluşturan insan davranışlarından hangilerinin suç olarak tanımlanacağını ve bu davranışların hangi koşullar altında suç oluşturacağına dair esasları belirler. Suç oluşturan davranışları

¹ Öztürk, B. ve Erdem, M.R. (2017). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. 17.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 31. İnsanların toplu halde yaşamaları, aralarında belli bir disiplinin varlığı ile mümkündür. Bu kural, küçük ya da büyük bütün insan toplulukları için geçerlidir. Sosyal disiplin olmadığı takdirde insanların bir arada yaşamaları mümkün olmaz (Dönmezer, S. ve Erman, S. [1987]. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*. 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 1).

² Yaptırımı devlet eli ile uygulanmayan normların geçerliliği büyük ölçüde dış zorlamalara bağlı olmaksızın toplumdaki herkesin bu normlara uyulması gerekliliğinin idrakine dayanır. Norma aykırı hareket edilmesi durumunda, sosyal kontrol devreye girer ve aykırı hareket kendine özgü tepkiler ile karşılanır (Akbulut, B. [2017]. *Ceza Hukuk Genel Hükümler*. 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 3). Sosyal kontrol bir dış güce ihtiyaç duymadan, kendiliğinden oluşur. Zira her sosyal sistem, kendi düzenini korumak, mensuplarını sosyal normlara uygun biçimde davranmaya yöneltmek için sosyal kontrol mekanizmalarına sahiptir (Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*, s. 1). Sosyal normlar, kendiliğinden ortaya çıkan ve zamanla toplumu oluşturan kişiler tarafından benimsenerek güçlenen kurallardır. Sosyal düzenin, hukuk düzeni ile tamamlanması, düzenlenmesi ve güçlendirilmesi gerekir (İçel, K. [2017]. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Yenilenmiş 4.Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 41).

³ Gerçekten, çoğu kez hukuk kuralları, yaptırımı manevi olan din, ahlak, görgü ve gelenek kurallarına nazaran daha etkin bir konumdadır. Zira toplumun sınırlarının genişlemesi manevi yaptırımların caydırıcılığını azaltmaktadır. Bu nedenle, örgütlenmiş bir otorite olan devletin uyguladığı caydırıcı maddi yaptırımlara ihtiyaç duyulmaktadır.

⁴ Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 11.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 31; Artuk, M.E, Gökçen, A, Alşahin, E. ve Çakır, K. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 11.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 3.

gerçekleştiren kişiler hakkında ne tür cezai yaptırımların uygulanacağı ve bu yaptırımların infazına dair esaslar da ceza hukukunun ilgi alanına dâhildir⁵.

İnsanlık var olduğu günden bu yana, cezanın anlam ve amacının ne olduğu hususu üzerine düşünülmektedir. Bu hususta birçok görüş ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, yaklaşık iki yüz yıldır, ceza hukuku kurallarının amacının “*insanların birlikte yaşamasının koşullarını güvenceye almak*” olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş, her dönemde bir önceki dönemden daha fazla taraftar toplayarak, günümüze kadar ulaşmıştır⁶.

Buna karşılık Alman ceza hukukundaki önemli birçok eserde, ceza hukukunun amacının “*hukuki değerleri korumak*” olduğu savunulmuştur. İlk kez Alman yazar *Birnbaum* tarafından kullanılan “*hukuki değer kavramı*”⁷, 19.yy’da yapılan çalışmalar ile geliştirilerek⁸ Alman ceza hukukunda kendine yer edinmiştir. Günümüzde Alman doktrininde egemen olan anlayış, suçu, hukuki değer ihlali olarak görme yönündedir⁹.

Farklı şekilde formüle edilmesine rağmen, bu iki görüşün aynı şeyi ifade ettiği söylenebilir. Her hukuk disiplininde olduğu gibi, ceza hukuku da insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemeyi, böylece toplumsal düzeni sağlamayı amaçlamaktadır¹⁰. Bunu

⁵ Özgenç, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 14. Bası*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 50; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 5. Kamu hukukunun bir dalı olan ceza hukukunun konusu genel bir anlatımla suçlar ve cezalardır. Toplumsal düzeni sağlama ve bireysel çıkarları koruma gereği, devlet bazı davranışları yapma veya bunlardan kaçınma konusunda bireylere emirler verme ve bunlara uymayanlar için yaptırımlar öngörme hususunda yetkilendirilmiştir. İşte ceza hukuku, bu yasaklar ile emirleri ve yaptırımları inceler (Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. [2017]. *Türk Ceza Hukukuna Giriş. 10.Baskı*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 3, 211).

⁶ Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 37; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 5.

⁷ Suçun subjektif hakların ihlali olarak gören ve ihlal kavramını hak kavramına dayandıran görüşün hâkim olduğu bir dönemde, *Birnbaum* suçu bir değer ihlali kavramına dayandırmıştır. *Yazar’a* göre suç, yaşam, özgürlük ve şeref gibi bireysel değerler ve toplumsal değerler diye ayrılabilen, devlet gücü aracılığıyla eş düzeyde güvenceye alınan değerlerin zarara veya tehlikeye sokulmasıdır (Birnbaum, F. [1834]. *Archiv des Kriminalrechts*, s. 149 vd. aktaran Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 47).

⁸ Hukuki değer kavramı ilk kez *Binding* tarafından formüle edilmiştir. *Yazar*, suça teşebbüsün, hareketin hukuken değerli sayılan koşulları, yararları ihlal etmesi nedeniyle cezalandırıldığı ve tüm bu yararlarının hukuki değer kavramıyla adlandırılacağını belirtmiştir (Binding, K.[1872]. *Die Normen und ihre Übertretung*, s. 189 aktaran Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 48).

⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 37, 39, 432, 436, 440, 443, 445.

¹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 50. Ceza hukukunun işlevi, öncelikle toplum düzenini sağlamak ve bireylerin ilişkilerini düzenlemektir (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 4). Ceza hukuku emir ve yasaklarla, toplumsal yaşamın barış, huzur ve güvenlik içerisinde devam etmesini sağlar (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 32). Ceza hukuku sosyal topluluğun korunması amacıyla güden ve bu amacı gerçekleştirmek için bireysel özgürlüklere sınırlandırmalar getiren bir disiplindir (Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, [24. Baskı], Ankara: Savaş Yayınevi, s. 20). Ceza hukukunun işlevlerinden biri toplum düzenini sağlamaktır (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 5). Ceza hukukunun görevi sosyal düzenin korunmasıdır (Özen, M. [2017]. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 8). Ceza hukukunun amaçlarından biri toplum yaşamı bakımından önemli olan değerleri korumaktır (Hakeri, H. [2017]. *Ceza Hukuku Genel Hükümler. 21.Baskı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 2). Ceza normu, belirli yasaklar koyarak nihai amacını gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Bu amaç toplum barışının muhafazası ve gelişmesini

gerçekleştirmek amacıyla hukuki değerler koruma altına alınmaktadır¹¹. Hukuki değerlerin korunmasının amacı, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasının yanında¹², insanların birlikte yaşamalarının¹³ şartları ile çelişen fiillerinin yasaklanması, toplumsal düzeninin bozulmasının engellenmesidir. Ceza hukuku, bu şekilde insanların topluluk halinde ve barış içerisinde yaşamalarına hizmet etmektedir¹⁴.

Rıza düzenlenen suç tipine göre, haksızlığın oluşmasını önleyen¹⁵ ya da bir fiilin hukuka aykırı hale gelmesini engelleyen¹⁶ bir fonksiyon icra etmektedir¹⁷. Bazı suç tipleri bakımından ise rızanın varlığı, haksızlığı ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

sağlamaktır (Soyaslan, D. [2016]. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 79). Ceza hukuku diğer hukuk dalları gibi toplumsal yaşamın korunmasına katkı sağlar (Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 5). Hukuki değerler, sosyal düzen açısından korunması gereken değerlerdir (İçel, K., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F. S. ve Ünver, Y. [1999]. *İçel Suç Teorisi 2.Kitap*. 1. Baskı, İstanbul, s. 95). Ceza hukuku, cezalar vasıtasıyla topluma zarar verecek davranışların tekrarlanmasını önler. Bu, ceza hukukunun *koruyucu fonksiyonunun* bir sonucudur. (Demirbaş, T. [2017]. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 45-46). Ceza hukukunun görevi toplumsal ya da sosyal barışın tesis edilmesidir. Ceza hukuku bu amaca hukuki değerleri koruma altına alarak koruyucu işlevi ile hizmet etmektedir (Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. [2017]. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 43-44, 189). Ceza hukukunun görevi, sosyal açıdan zararlı davranışlarla mücadele etmektir (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 29). Ortaklaşarak yaşamak ve birlikte yapmak olgusundan doğan beşeri ilişkileri düzenlemek, yani çıkar çatışmalarını bağdaştırmak, irade uyumsuzluklarını çözmek ceza hukukunun ödevlerindedir (Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. [2017]. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 10. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 6). Toplumların devamı için sosyal düzenin sağlanması zorunludur; toplumun düzensiz olması toplumu dağılmaya yönlendirir. Hukuk düzeninin bir parçası olan ceza hukukunun genel işlevi sosyal ilişkileri düzenlemek ve böylece sosyal düzene yardımcı olmaktır (İçel, *Genel Hükümler*, s. 41).

Bu husus “ceza kanununun amacı” başlıklı TCK m. 1 hükmünde de vurgulanmıştır. Buna göre ceza kanunun amaçlarından birisi toplum barışını korumaktır. Anılan madde şu şekildedir:

“Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

Bu madde başlı başına uygulama kabiliyeti olmayan fakat doğrudan uygulanabilecek hükümlerin uygulanmasında bir yorum aracı mahiyetinde bir düzenleme ihtiva etmektedir (Özgenç, İ. [2005]. *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 66).

¹¹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 32, 41; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 5, 7. Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 31.

¹² Ceza hukuku birey hak ve özgürlüklerini koruma ile öngördüğü yaptırımlar sonucu birey hak ve özgürlüklerini sınırlama işlevini aynı anda yerine getirir (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 4).

¹³ Modern ceza hukukunda uygulanmakta olan birçok ilkeyi, bundan yaklaşık 255 yıl önce açıklamayı başaran ünlü İtalyan hukukçu *Cesare Beccaria Bonesana*, en önemli yapıtı olarak kabul edilen “*Suçlar ve Cezalar Hakkında*” adlı eserinde, yasaların birbirinden bağımsız ve ayrı yaşayan insanların “*toplum halinde yaşamalarını, birleşmelerini sağlayan koşulları*” belirlediğini ifade etmektedir. Bu yüzden insanlar, esenlik, güvenlik, dirlik düzenlik uğruna, özgürlüklerinin geri kalanından yararlanmak amacıyla onun bir parçasından vazgeçmişlerdir (Beccaria, C. [2010] *Suçlar ve Cezalar Hakkında [Çev. S. Selçuk]*. Ankara: İmge Kitapevi, s. 25).

¹⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 5; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 46.

¹⁵ “Tipikliği kaldırır rıza”

¹⁶ “Hukuka uygunluk nedeni olarak rıza”

¹⁷ Aygörmez, G.A. (2009). “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 135.

Tipik haksızlığın oluşması için rızanın arandığı durumlarda ise haksızlığın ortaya çıkması için rızanın varlığı aranacaktır.

Ceza hukukunda rıza, bireyin ceza hukuku normları ile korunan hukuki değerlerine ilişkin, suç konusu üzerinde tasarruf yetkisini kullanarak, diğer kişilerin fiillerine izin vermesi olarak ifade edilebilir. Rıza gösterme yetkisine sahip olan bu kişi, tasarruf yetkisini hukuk düzenince kendisine tanınmış sınırlar içerisinde kullanabilir. Rıza ancak bu durumda tipik haksızlığı ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir fonksiyon icra edebilir.

Görüldüğü gibi rıza, hukuki değer kavramı ile yakından ilişkili bir kurumdur. Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle hukuki değer kavramını ve bu değerlerle bağlantılı olarak suç konusu üzerinde bireylerin tasarruf yetkilerini ele alacağız.

2.1.2. Hukuki Değer

İnsan haklarının öznelere göre bireyler olduğu kabul edilmektedir. Bu düşünce, zayıf durumda olan bireyi, başta devlet olmak üzere gruplar veya topluluklardan gelebilecek baskılara karşı koruma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, temel olarak bireyi esas alan hukuk anlayışı açısından en yüksek değer, bireydir. Buna göre insan, birey olarak kendine özgü, diğer birey ve hukuksal kurumlardan bağımsız bir amaçtır¹⁸.

Hukuki değerler, temelde bireylerle ilişkilidir. Bu değerler, kişilerin hak ve özgürlüklerinden kaynaklanmakta, bu hak ve özgürlüklerin yaşanması, korunup geliştirilmesine her alanda hizmet etmektedir. Bu anlayışta birey, özgür tercihler yapabilen ve kendi yaşamını kendi belirleyen kişidir. Bu nedenle, bireyin kendi kişiliğini özgürce geliştirmesi sağlanmalıdır. Bireylerin yararları ön plana alınarak, insanların birlikte barış içinde yaşamaları için asgari koşullar sağlanıp muhafaza edilmelidir. Devlet ve hukuk düzeni, bu amaç doğrultusunda bireylere hizmet eder¹⁹. Nitekim bireylerin kendi kişiliklerini özgürce geliştirme hakları²⁰, toplum sözleşmeleri olan anayasalar ile de güvence altına alınmaktadır. Bu hak, 1982 Anayasa'sı (AY m. 17/1) hükmü ile de koruma altına alınmıştır. Bu hükme göre, "*herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*".

¹⁸ Erdoğan, M. (2011). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Orion Kitapevi, s. 84.

¹⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 425-426, 431, 436, 443.

²⁰ Kişinin kendisini maddi ve manevi bakımdan olgunlaştırması hususunda etik bir yükümlülük altında olduğuna dair Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 168. Ceza hukuku, sosyal hayatın gelişimini tetiklemekte, itici ve geliştirici bir fonksiyon icra etmektedir. Bu anlamda ceza hukuku icra ettiği diğer fonksiyonların yanında, toplumun gelişmesine de hizmet etmektedir. (Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 20-21).

Bu amaca hizmet etme adına, ceza hukukuna yüklenmiş olan ödev²¹, hukuki değerlerin korunmasıdır²². Ceza hukuku, ceza ve güvenlik tedbirlerinin caydırıcı etkisiyle, hukuki değerleri korumayı amaçlamaktadır²³. Bu kapsamda hukuki değer, kanunun, yasak veya emir hükmü²⁴ ve yaptırım ile açıkça korumayı amaçladığı hak ve çıkar olarak ifade edilebilir²⁵. Suçların karşılığında öngörülen cezalar vasıtasıyla hem suçla korunan hukuki değeri ihlal eden kişinin cezalandırılması ile özel önleme, hem de geleceğe ilişkin başkalarının hukuki değer ihlallerinin önlenmesi açısından genel önleme fonksiyonu icra edilmiş olmaktadır²⁶.

Her suçta bulunması gereken hukuki değer, suçun unsurlarından bağımsız nitelikte soyut, ideal bir değerdir. İnsan yaşamı, vücut bütünlüğü, kişisel hareket ve seyahat özgürlüğü, mülkiyet, mal varlığı, trafiğin güvenliği, ulusal güvenlik, uluslararası barış, hukuki değerlere örnek olarak gösterilebilir. Yaşamsal değer yanında, toplumdaki etik değer yargılarına göre yaşamsal değer sayılan şeyler de ceza hukuku tarafından korunmaktadır. Hayvanlara kötü muameleye ilişkin ceza hukuku hükümlerinin koruduğu hukuki değerler bu niteliktedir²⁷. Hukuki değer, kanun koyucuyu, kişilerin yararlarını korumak amacıyla suç tipleri belirlemede yönlendirici bir fonksiyon icra eder²⁸.

Hukuki değer kavramı, uzun süredir, Alman ceza hukukunda merkezi bir rol oynamaktadır. Yazarlar arasında içeriği bakımından farklı yaklaşımlar söz konusu olmasına

²¹ Ceza hukuku, bizzat kendisine ait bir amacı değil, kendisine yüklenmiş olan, hukuk toplumu tarafından korunmaya layık olarak görülen hukuki değerleri ihlallerden koruma amacına hizmet eder (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 466).

²² Bu kapsamda ceza hukukunun amacı, insanların toplum içerisinde beraber yaşamaları için gerekli olan, toplum ve özellikle birey açısından önem taşıyan yaşam, sağlık, özgürlük ve mal varlığı gibi hukuki değerleri koruyarak bireylerin güvenli, sağlıklı, özgür bir ortamda yaşamalarını sağlamaktır (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 442, 445, 489).

²³ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 50.

²⁴ Bir şahıs veya eşyanın ilişkin olduğu bir husus olan hukuki değer, kaynağını davranış normlarından almaktadır. Bu değerleri korumaya yönelik davranış normlarından kaynaklanan yükümlülükler aykırı davranışlar, hukuka aykırı davranışlardır. Bu itibarla, hukuki değer kavramı ile yükümlülük kavramı arasında sıkı bir ilişki mevcut olmakla birlikte, bu iki kavram aynı şeyi ifade etmemektedir. (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 95).

²⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 308.

²⁶ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 7-8. Suç işleyen kişinin cezalandırılması suretiyle diğer insanların ibret etkisiyle suç işlemekten çekinmelerinin sağlanması genel önleme, suç işleyen kişinin cezaevinde tutulması suretiyle tekrar suç işlemesinin engellenmesi ve bu süreçte bu kişinin ıslah edilmesinin sağlanması özel önleme olarak ifade edilmektedir (Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 2).

²⁷ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 7

²⁸ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 95.

rağmen, tüm sorunların hukuki değer kavramı²⁹ ile bağlantılı olarak tartışıldığını söylemek yanlış olmaz³⁰.

Hukuki değer kavramı, Türk hukuk doktrini tarafından da benimsenmiştir. Gerek ceza hukuku gerekse de diğer hukuk disiplinlerinde, hukuki değer kavramı sıklıkla kullanılmaktadır. Ülkemiz ceza hukuku doktrininde, hukuki değeri ifade etmek için farklı birçok terim kullanılmaktadır. Bunlardan en fazla kullanılanlar; suçun hukuki konusu, hukuki konu³¹, hukuki varlık, menfaat, suç tipi ile veya cezaen himaye edilen menfaat, hukuken korunan çıkar, hukuki menfaat, korunan hukuki menfaat, kişisel menfaat, değer, korunan veya korunması gereken hukuki menfaat, hukuken korunan yarar, hukuki yarar, hak veya yarar, hukuki çıkar ve hukuksal değer kavramlarıdır³².

Hukuki değer kavramı TCK'da açıkça yer almamakla birlikte, madde gerekçelerinde kullanılmıştır³³. Başta ceza kanununun amacını açıklayan 1. maddenin gerekçesinde³⁴ olmak

²⁹ Modern ceza hukuku doktrininin temel kavramlarından biri haline gelen hukuki değer kavramına ceza hukukunda çeşitli fonksiyonlar yüklenmektedir. Bu fonksiyonlar; “eleştirisel”, “suç politikası”, “ceza normlarının meşruluğu”, “suçları gruplandırma (tasnif)”, “ceza yaptırımını gerekçelendirme, sınırlandırma ve denetleme”, ve “yorum aracı olma” fonksiyonlarıdır. Bu kavramlarla ilgili geniş açıklamalar için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 601-925

³⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 42.

³¹ Hukuki değer ile maddi unsurlardan biri olan suçun konusu birbirine karıştırılmamalıdır. Suçun konusu eşya veya şahsın fiziki yapısıdır. Örneğin, öldürme suçlarında korunan hukuki değer yaşam hakkı iken, suçun konusu kişinin hayatıdır. Korunan hukuki değer, suçun işlenmesi ile ihlal edilmektedir. Bununla birlikte suç işlendiğinde suçun konusu zarara uğratılmakta veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 170-171, 213-214; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 191-192). Koruma altına alınan hukuki değer, bir kişi veya eşya ile ilişkili bir husustur. Hukuki değer nesnel bir yönü yoktur. Somut bir varlığa sahip olmaması nedeni ile hukuki değer doğrudan zarara veya tehlikeye uğramaz. Bu değerlerin ihlal edilmesinin anlamı, kişilerin işledikleri fiillerle bu ideal değerlere karşı çıkmaları, bu değerleri tanımamalarıdır (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 169; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 95). Ünver, hukuksal değer tanımına ilişkin günümüzdeki yaklaşımlarının birçoğunun, hukuki değeri manevi, düşünsel anlamda ele aldığını ifade etmektedir (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 130, 432. Aynı yönde Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 196). Suçun konusuna zarar verilmesi veya suçun konusunun zarar tehlikesine maruz bırakılmasıyla, korunan hukuki değer ihlal edilmiş olmaktadır (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 95-96). Suçun işlenmesiyle hukuki değer ihlal edilirken aynı zamanda suçun konusuna da zarar verilmekte veya suçun konusu tehlikeye uğratılmaktadır (Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 343). Bu bağlamda suçu, hukuki değere verilen zarar ya da yaratılan tehlike şeklinde tanımlayan görüşler yerinde değildir (Tanım için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 41; Öztürk/ Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 31).

Bazı yazarlar ise suçun konusunu suçun maddi konusu ve suçun hukuki konusu şeklinde ayırarak incelemektedir. Buna göre suçun maddi konusu suç tipinde yer alan maddi konu yani suç teşkil eden hareketin veya neticenin üzerinde gerçekleştiği kişi veya nesnedir. Suçun hukuki konusu ise, suç ile korunan hukuki değerdir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 307-308; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 234-235; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 232; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 109-110; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 50, 552-554; Hafızoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 199).

³² Hukuki değeri ifade etmek için Türk doktrininde kullanılan terimler için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 49-55.

³³ Biz bu çalışmamızda, TCK madde gerekçelerinde de tercih edilmiş olan, hukuki değer kavramını kullanmayı tercih ettik.

³⁴ Madde gerekçesi şu şekildedir:

üzere, TCK'nın suç tiplerini düzenlediği ikinci kitapta, bazı madde gerekçelerinde³⁵ hukuki değer kavramına yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Yargıtay, kararlarında farklı kavramları da kullanmakla birlikte, bazı kararlarında TCK madde gerekçelerinde de geçen hukuki değer kavramını tercih etmiştir³⁶.

Her suç tipi, düzenlenen haksızlığın içeriğinin az ya da çok olması önem taşımaksızın, bir hukuki değer korumasına hizmet eder. Herhangi bir hukuki değer korumasına hizmet etmeyen hükümler, ceza hukuku mevzuatına dahil edilmemelidir³⁷. Herhangi bir hukuki değerle ilgili olmayan bir suçtan bahsedilemez³⁸. Hukuki değer korumasına hizmet etmeyen bir ceza normu Anayasa'ya aykırı olacaktır. Zira ceza normu ile öngörülen yaptırımların uygulanmasıyla, bireyin özgürlük alanına müdahalede bulunmaktadır. Bu nedenle, ceza normu ancak belirli ve toplum tarafından kabul görmüş hukuki değerlerin korunmasına hizmet ettiği takdirde meşru olur³⁹. Ceza normunun meşruluğu, normun görmüş olduğu bu işleve dayanmaktadır⁴⁰.

Ceza hukuku yaptırımlarının öngörüldüğü haksızlıklar ile diğer hukuk dallarınca yaptırımların öngörüldüğü haksızlıklar arasında nitelik farkı değil; nicelik farkı söz konusudur. Bu durum cezalandırmaya layık hukuki değer ihlalleri ve cezalandırmaya muhtaç hukuki değer ihlallerini gündeme getirmektedir. Ancak, cezalandırmaya layık ve cezalandırmaya muhtaç haksızlıklar, suç olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla, suç,

*“Ceza kanunları bireyin hak ve özgürlüklerine derin biçimde müdahale eden yaptırımları içermektedir. Bu nedendir ki bir ülkedeki ceza kanununa hâkim felsefe, değer ve ilkeler, o ülkedeki siyasi rejimin niteliğini gösterir. Nitekim tarihte ve günümüzde totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da ortadan kaldırmışlardır. Demokratik hukuk devletleri ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemek için, bu kanunların temel ilkelerine anayasalarında yer vermektedirler. Yine insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve tedbirlere maruz kılınmaması amacıyla başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası sözleşme ve belgede bireyi ceza kanunlarının keyfi uygulanmalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer verilmiştir. Bu sözleşmelere taraf olan ülkemizin Anayasasında da aynı esaslar öngörülmüş olduğundan, ceza kanununun amacını tanımlayan maddeyle, bireyin sahip bulunduğu **hukukî değerler**, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ön plana çıkarılmıştır. Böylece kanunun özgürlükçü karakteri vurgulanmakta, bunun yanında bireyin; adalet ve güvenliğin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, ceza kanunun temel amaçları arasında sayılmaktadır.”*

³⁵ Bu maddeler şunlardır: TCK m. 94, TCK m. 102, TCK m. 106, TCK m. 109, TCK m. 125, TCK m. 155, TCK m. 220, TCK m. 235, TCK m. 327.

³⁶ Önek AYM kararları: AYM, 4.7.2018, B. No: 2014/18275, §. 51. AYM, 24.5.2018, B. No: 2015/16840. Örnek Yargıtay kararları: 19. CD., 24.9.2018, E.2018/3318, K.2018/9281. 18. CD., 11.7.2018, E. 2016/9106, K. 2018/11002.

³⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 468, 602; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 41.

³⁸ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 789 vd.; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 119; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 237; Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 96.

³⁹ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 2.

⁴⁰ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 31.

cezalandırmaya layık haksızlıktır. Bu anlamda, hukuki değer kavramı kanun üstü bir kavram olarak ele alınmakta ve kanun koyucunun sınırlanması aracı olarak kabul edilmektedir⁴¹.

Ceza hukukunda, insanların birlikte yaşama düzenlerini ağır şekilde zarara uğratan davranışlar ceza ile karşılaşır⁴². Bir hukuki değer var olması, mutlak surette ceza hukuku korumasını gerektirmez. Ceza hukukundaki “*ultima ratio*” ilkesi gereği⁴³, hukuki değerler ancak belli şartlar altında⁴⁴, ceza hukuku normu ile korunurlar. Haksızlık oluşturan fiillere diğer hukuk disiplinlerince uygulanan yaptırımların yetersiz kalması durumunda, ceza hukuku müdahalesi gündeme gelecektir⁴⁵. Zira ceza hukuku temel hak ve özgürlüklere en ağır müdahalede bulunan hukuk disiplinidir⁴⁶. Nitekim hukuki değerlerin korunmasında, ceza hukuku tek çare değil, son çaredir⁴⁷. Hukuki değerler, diğer hukuk dallarınca, örneğin özel hukuk veya kamu hukukunun diğer dalları aracılığı ile korunabilir⁴⁸.

Hukuki değerlerin, ceza hukuku normlarının korunmaları, onların birlikte yaşamının temel şartlarını oluşturmaları durumunda mümkün olabilir. Fransız yazar *Montesquieu*, kesin zorunluluktan kaynaklanmayan her cezayı zorbalık olarak ifade etmiştir⁴⁹. Burada ifade edilen kesin zorunluluğun, insanların birlikte yaşamalarının asgari şartlarını bozan durumları ifade ettiği söylenebilir.

Bu değerlendirmeler ışığında, bir haksızlık olarak suç, “*toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları*” olarak tanımlanabilir⁵⁰.

⁴¹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 430, 431, 466, 609, 672; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 266-267.

⁴² Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 5; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 31. Ceza hukuku toplumsal yaşamın en önemli değerlerini korur (İçel, *Genel Hükümler*, s. 47). Yalın ahlak ve etik veya doğal hukuk pozisyonları ceza hukukunca korunmamakta, toplum ve münferit birey açısından vazgeçilmez olan temel değerler korunmaktadır (Tag, B. [2006]. “*Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik*”. [Çev. Yener Ü.]. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), s. 196).

⁴³ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 4.

⁴⁴ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 31.

⁴⁵ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 446, 457, 468.

⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 42.

⁴⁷ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 30.

⁴⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 79-80.

⁴⁹ Beccaria, C. *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, s. 27.

⁵⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 168. Buna benzer bir tanım, “Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin bilerek ve istenerek ihlalini(kast) veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara karşı özensizliği (taksir) ifade eden insan davranışı” şeklindedir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 195).

Tanımdan da anlaşıldığı gibi ceza hukuku, hukuki değerleri bizzat insan fiillerine karşı korumaktadır. Ne kadar ağır sonuçları olursa olsun insan fiilinden kaynaklanmayan olaylar ceza hukukunun konusu değildir. Örneğin, hiçbir insanın etkisi olmadan çığ düşmesi durumunda, birçok kişi ölmüş ya da yaralanmış olabilir. Herhangi bir yönlendirici iradenin ürünü olan bir fiilin olmaması nedeni ile bu olay, ceza hukukunun konusu oluşturmaz⁵¹.

Hukuki değer, yalnızca ceza hukukunu ilgilendiren bir kavram değildir. Sadece ceza hukuku kurallarının değil, tüm hukuk kurallarının temelinde hukuki bir değer vardır. Bütün hukuk disiplinlerinin amacı, hukuki değerleri koruma altına almaktır⁵². Bu değerlerin korunmasına hizmet eden hukuk normları, belli davranış şekilleri için bir *değersizlik yargısının* oluşumunu sağlar⁵³. Bu normlar, belli davranışların doğru olmadığını, haksızlık oluşturduğu tespit eder⁵⁴.

Ceza hukuku üstlenmiş olduğu hukuki değerleri koruma fonksiyonunu, suç karşılığında öngörmüş olduğu cezalar aracılığı ile yerine getirir⁵⁵. Bu nedenle, hukuki değer bir suça ilişkin kanuni tanımın yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gereken

⁵¹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 33.

⁵² Özel hukukta “*hukuka aykırılık*” kavramı dahi hukuki değer ile bağlantılı olarak tanımlanmaktadır. Buna göre hukuka aykırılık, “*haklı bir sebep olmaksızın saldırıya uğramış hukuki değeri korumak amacıyla, hukuk düzenince konulmuş olan emir ve yasakları*” ifade etmektedir (Kara Kılıçarslan, S. [2015]. *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, Ankara: On İki Levha Yayınları, s. 16-17).

⁵³ Ünver, hukuki değerlerin zamana ve yere göre değişkenlik gösterebileceğini ifade etmektedir. Buna göre, hukuki değerler toplumsal yaşamın değişmesiyle birlikte değişkenlik gösterecektir. Zira hukukun kendisi sabit olarak varlığını devam ettiren bir şey olmayıp, şekil ve içeriği sürekli değişmektedir. Ülkedeki siyasi ve toplumsal değişiklikler, o ülkedeki hukuki değerler üzerinde doğrudan değişiklikler meydana getirir. Buna bağlı olarak ceza normları kaçınılmaz olarak değişliğe uğrayacaktır (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 490-491). Özgenç, hukuki değerlerin, zamana ve yere göre değişkenlik gösterdiği şeklindeki düşünceye karşı çıkmıştır. Hukuki değerler insanla ilişkili olması sebebiyle insanın var olduğu günden beri mevcut olup, insan var olduğu sürece de mevcudiyetini devam ettirecektir. Ancak hukuki değerlerin varlığı ile toplum bilincinde gündeme gelmesi aynı şey değildir. Önceden koruma altına alınmış bir hukuki değer, sonradan korumasız bırakılması ya da tam aksine önceden korumasız bırakılan bir hukuki değer sonradan koruma altına alınması, hukuki değerlerin varlığına ilişkin bir sorun değil, onun toplum bilincinde işgal ettiği yerle ilgilidir (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 171, dn. 116). Suçun hukuki konusu olarak ifade edilen hukuki değer, normdan önce mevcut bulunmakta, bir suçun tanımında açık veya örtülü bir şekilde yer almaktadır. Hukuki değer, ceza normu aracılığı ile oluşturulmamakta, ceza normu sadece onu bulmuş, tespit etmiş olmaktadır (Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 200-201).

⁵⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 168-169. Ceza hukuku, bu tespiti belli davranışları yasaklamak ve belli davranışları emretmek sureti ile gerçekleştirir. Örneğin ceza hukuku, kasten öldürme suçu ile “öldürme” şeklinde bir yasak getirmektedir. Kasten öldürmenin ihmali surette işlenmesinde ise, garantör durumda olan hekime ölmek üzere olan hastasını “yaşat” emrini vermektedir (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 33).

⁵⁵ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 32.

önemli hususlardan biridir⁵⁶. Bu çıkarım, diğer hukuk disiplinlerinde de geçerlidir⁵⁷. Doğrudan hukuki değer korumasına hizmet eden normlar, koruduğu hukuki değerden bağımsız yorumlanamaz.

Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, hukuki değerler kendi aralarında derecelendirmeye tabi tutulup, tasnif edilmektedir⁵⁸. TCK'da da suçlar, genel olarak korunan hukuki değerler göz önüne alınarak sınıflandırılmıştır. Örneğin, TCK'da, hayata karşı suçlar, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gibi tasnifler yapılmıştır. Bu derecelendirme çeşitli kurumların uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, genel olarak, zorunluluk halinin uygulanması bakımından daha önemli bir hukuki değer muhafazası için daha az derecedeki bir hukuki değer ihlal edilmiş olması gerekir⁵⁹.

2.1.2.1. Bireyle Doğrudan İlişkili Olan Hukuki Değerler ile Bireyle Doğrudan İlişkili Olmayan Hukuki Değerler Ayrımı ve Bu Ayrımın Rıza Açısından Önemi

Doktrinde egemen olan görüşe göre hukuki değerler, bireysel hukuki değerler ve bireysel olmayan hukuki değerler, olarak ayrıma tabi tutulurlar. Bu ayrımın temelinde, hukuki değerlerin bireylerin kişiliklerinin gelişmesine mi, yoksa toplumun tüm üyelerine mi hizmet ettikleri sorusu yatmaktadır⁶⁰. Bu ayrım, bir kişinin, hukuki değer ihlaline yönelik olarak geçerli bir rıza gösterip gösteremeyeceğinin belirlenmesi bakımından önemlidir.

⁵⁶ Ceza normları belirli hukuki değerlerin korunmasını amaçladığı için bir ceza normunun amaçsal yorumu bakımından, normun koruduğu hukuki değer ne olduğu çok önemlidir (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 846 vd.). Kanun amacı (*ratio legis*), korunmak istenen hukuki değer olup, amaçsal yorum yapılırken korunan hukuki değer dikkate alınması gerekir (Özen, *Genel Hükümler*, s. 20). Her suçun hukuki bir konusu vardır. Bu hukuki konu, suçun ihlal ettiği hukuki çıkar veya hukuki varlıktan oluşur. Suçların sınıflandırılmaları hukuki konuya göre yapılmakta, bu sınıflandırma ise ceza kuralının anlam ve amacının ortaya çıkarılması bakımından önem arz etmektedir (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 89). Kanun hükümleri, hukuki konularına göre bir sistem dâhilinde düzenlenmiştir. Herhangi bir hukuk kuralının yorumlanmasında hükmün kanununda yer aldığı kısım ve bölüm göz önünde bulundurulur (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 118). Her bir ceza normu yorumlanırken, doğru sonuçlara ulaşılmak isteniyorsa, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin göz önünde tutulması gerekir (Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 107, 203). Korunan hukuki değer, yorumun gerçekleştirilmesinde yararlanılması gereken araçlardan biridir (İçel, *Genel Hükümler*, s. 146). Hâkimin, normu doğru uygulayabilmesi için ilgili normla korunmak istenen hukuki değerle ilgili yorum yapması gerekir. Zira ceza kanunları hukuki değerleri korumayı amaçladıklarından, bir ceza normunun amaçsal yorumu bakımından o normun koruduğu hukuki değer belirlenmesi çok önemlidir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 112).

⁵⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 846 vd.

⁵⁸ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 96.

⁵⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 172.

⁶⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 536-537, 546-547, 551. Hukuki değer müstakil bireylerin korunmasına hizmet eden bireysel hukuki değerler ve öncelikle toplumsal değerlerin korunmasını amaçlayan genel hukuksal değerler olmak üzere iki gruba ayrılabilmesine dair Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 2.

Hukuki değerlerin yalnızca devlete, birey ile birlikte devlete veya topluma, yalnızca bireye ait olduğu ileri sürülmüştür⁶¹. Ünver'e göre, hukuki değer sahipleri yalnızca bireylerdir⁶². Kamusal makamlar haklara veya hukuksal değerlere sahip olamazlar; yalnızca hukuki değer taşıyıcısı sıfatını haiz olabilirler. Bu nedenle, onların genelde hak ve yetkileri olmadığı için, bireylere ait hukuki değerlerin ihlaline geçerli rıza gösteremeyecekleri kabul edilir. Ancak hukuki değer taşıyıcıları, bireyler olabileceği gibi, topluluk, organ veya tüzel kişiler de olabilir. Dolayısıyla, hukuki değerlerin türleri, bireyin hukuki değer taşıyıcısı olduğu hukuki değerler ve devletin hukuki değer taşıyıcısı olduğu hukuki değerler şeklinde ayrıma tabi tutulabilir. Bu görüş, devletin bireyin hizmetinde bir araç olduğu anlayışını benimseyen modern devlet ve hukuk anlayışı ile de örtüşmektedir⁶³.

Özgenç, hukuki değerlerin soyut nitelikte olmasından hareketle, bunların sahibinden ya da taşıyıcısından söz etmenin doğru olmadığı görüşündedir⁶⁴. Bu düşünceden hareketle, konuyu bireysel hukuki değerler bireysel olmayan hukuki değerler olarak değil, bireyle doğrudan ilişkili olan hukuki değerler, bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerler olarak ele almanın daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu kullanım, hukuki değerlerin temelde toplumdaki fertlere hizmet ettikleri düşüncesiyle daha uyumludur. Nitekim doğrudan ya da dolaylı, her hukuki değer, bireyle ilişkili olup temelde bireye hizmet etmektedir.

Bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerler toplumu, kamuyu ilgilendiren değerlerdir. Bu değerler, devletin varlığını ve onun var olan demokratik, özgürlükçü düzeninin bozulmasının engellenmesine hizmet eden değerlerdir. Tek bir kişiyi doğrudan ilgilendirmeyen bu değerler, sayısız insanı, yani toplumu ilgilendiren değerlerdir. Bunun dışında kalanlar ise, bireyle doğrudan ilişkili olan hukuki değerlerdir.

Bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerlere örnek olarak devlet sınırlarının korunması, trafik güvenliği, kamunun güvenliği, kamu sağlığı, çevrenin temizliği, imar

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 481-488, 546-582.

⁶² Aynı yönde Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 119. Devletin kendine has çıkarları olduğu kabul edilemez. Devletin güvenliğine, siyasal düzene ve devlet yönetimine karşı işlenen fiillerin cezalandırılmasının nedeni, bu tip fiillerle bireysel çıkarların zarara uğratılması ihtimalinin ortaya çıkmasıdır (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 6).

⁶³ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 142, 488, 580, 975, 982, 986; Ünver, Y. (2006). "Türk Tıp Hukukunda Rıza". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), s. 244.

⁶⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 170, dn. 109.

düzeni gibi değerler örnek verilebilir⁶⁵. Bireyle doğrudan ilişkili hukuki değerlere örnek olarak yaşam, vücut bütünlüğü, mal varlığı, hareket özgürlüğü, şeref, mülkiyet, cinsel özgürlük gibi haklar gösterilebilir.

Bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerler de, bireylerin çıkarlarına hizmet etmektedir. Bununla birlikte, bireylerin münferit olarak bu tip değerlerin koruduğu suçların konusu üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Bu tip hukuki değerlerin korunduğu suç tipleri bakımından, geçerli bir rızadan bahsedilemez. Başka bir ifadeyle, suçun mağdurunun tek bir kişi olmadığı, toplumda bulunan herkesin mağdur olarak kabul edildiği suç tipleri bakımından, rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi söz konusu değildir⁶⁶. Bu bağlamda, uluslararası suçlar, topluma, millete ve devlete karşı işlenen suçlar bakımından, rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi mümkün değildir.

Rızanın geçerlilik şartlarından birisi, tasarruf edilebilecek bir hukuki değer varlığıdır. Sadece belli kişiyi ya da kişileri doğrudan ilgilendiren hukuki değerleri koruyan suç tipleri bakımından, ilgili kişinin ya da kişilerin rızası, fiili hukuka uygun hale getirebilir. Toplumda bireylerin tamamını ilgilendiren bir değerle ilgili münferit kişilerin rızaları, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira toplumdaki herkesi ilgilendiren bir hususta, bireylerin tasarruf yetkilerinden bahsedilemez⁶⁷.

⁶⁵Dönmezer, S. ve Erman, S. (1986). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II (9. Bası)*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 79-80.

⁶⁶ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 294.

⁶⁷ Sadece kişiye ait hukuki değerleri koruyan suç tipleri bakımından ilgili kişinin rızası hukuka uygunluk nedeni olabilir. Bu nedenle mağdurun sadece bir kişi olmadığı, toplumdaki herkesin mağdur olduğu suçlar bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olamaz (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 294). Devletin ve toplumun menfaatini doğrudan etkileyen, bu menfaatlere zarar veren hallerde rızanın hiçbir önemi yoktur (Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 356). Doğrudan devlete ait menfaatleri ihlal eden suçlar yönünden rıza, hiçbir etkiye sahip değildir (Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 184). Kamusal nitelikte olan, devletin ve toplumun yararlarını ilgilendiren alanlarda, bireyin rızası hukuka uygunluk etkisi göstermez. Kullanılacak hakkın kişiye bağlı olmayıp asıl mağdurun Devlet(kamu) olduğu durumlarda, kişinin yapılan eyleme rıza göstermesi, ceza hukuku açısından önemsizdir (İçel, *Genel Hükümler*, s. 391). Mağdurun rızasının geçerli olabilmesinin şartlarından biri, hukuki değer taşıyıcının bireyler ya da birey olmasıdır. Buna göre hukuki değer taşıyıcısının devlet veya toplum olması durumunda, rızanın geçerli olmayacağı kabul edilir (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 975). Mağdurun rızasının hukuka uygunluk etkisi yaratabilmesi için mağdurun mutlak surette rıza gösterebileceği haklar söz konusu olması gerekir. Buna karşılık toplum veya devletin haklarını ihlal eden suçlarda kişinin subjektif bir hakkının bulunmaması nedeniyle, hak sahibi olmayan bir kimsenin açıklayacağı rıza ve muvafakat, eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Hatta saldırıya uğrayan hak ya da yarar, bireysel bir nitelik ve görünüş arz etse dahi, tenkil ve cezalandırma kollektif bir yarar için yapıldığı için rızanın hukuka uygunluk etkisinden bahsedilemez (Dönmezer, S. ve Erman, S. [1986]. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 9. Bası*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 79-80). İlgilinin rızası yalnızca bireysel hukuki değerler üzerinde mümkündür. Topluma karşı işlenen suçlar ile devlete ve millete karşı işlenen suçlarda rıza hukuka uygunluk etkisine sahip değildir (Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 445-446). Mağduru belli bir birey olmayan, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu durumlarda, bireylerin rıza açıklamasının hukuki bir değeri yoktur (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 474). Mağduru birey olmayan ve doğrudan doğruya devlete ait bir yararı ihlal eden suçlar hakkında kişilerin rızasına bir değer atfedilmemiştir

Bir hukuki değerin doğrudan bireylerle ilişkili olması da, kişilerin bu hukuki değer ile ilgili mutlak tasarruf yetkisinin bulunduğu anlamına gelmez. Örneğin, yaşam hakkı kişiler ile doğrudan ilişkili bir değer olmakla birlikte, kişinin yaşamı üzerinde genel olarak tasarruf yetkisi kabul edilmemektedir.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerlerle bağlantılı olarak kişilerin tasarruf yetkileri yoktur; bu kural mutlaktır. Ancak istisnaları olmakla birlikte, bireyle doğrudan ilişkili olan hukuki değerlerle bağlantılı olarak, kişilerin tasarruf yetkilerinin olduğu kabul edilmektedir.

2.1.3. Hukuki Değerlerle Bağlantılı Tasarruf Yetkisi

Hukuk düzeni bireye, kendisini doğrudan ilgilendiren bazı konularla ilgili, başkaları tarafından geręekleřtirilen belli tasarruflara rıza gösterme yetkisi tanımıştır. Kişinin bu yetkiyi kullanarak açıklamış olduğu rıza doğrultusunda ve kapsamında geręekleřtirilen davranışlar hukuka uygundur⁶⁸. Bu tasarruf yetkisi, rıza gösterme ehliyetine sahip olan kişinin, hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içerisinde, bir hukuki değerini ihlal edebilecek nitelikteki fiili kabul etmesi, onaylaması olarak tarif edilebilir⁶⁹. Görüldüğü gibi rıza, kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir konu üzerinde olmalıdır. Örneğin, kişi vücudu üzerinde, sahip olduğu mal varlığı üzerinde belli tasarruflarda bulunma yetkisine sahiptir⁷⁰.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukuki değer, üzerinde tasarruf edilebilecek bir Şey değildir. Birey kendisine karşı geręekleřtirilen fiile rıza göstermek suretiyle, hukuki değer üzerinde tasarruf etmez. Tasarruf, ilgili hukuki değer korumasına hizmet eden suçun,

(İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 192). Başkalarının haklarını ihlal eden suçlarda bireyin rıza göstermesinin bir etkisi yoktur. Örneğin, iftira suçunda korunan hukuki değer adliyenin işleyişi olduğu için, iftiraya uğrayanın rızası fiili suç olmaktan çıkarmaz (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 332). Topluma, millete ve devlete karşı işlenen suçlarda, doğrudan bir kişiyi veya belirli sayıda kişileri ilgilendiren bir hak söz konusu olmayıp, bütün toplumu ilgilendiren bir hak söz konusu olduğu için, bu haklar üzerinde kişilerin tasarruf yetkisi bulunmamaktadır (Özen, *Genel Hükümler*, s. 499-500). Suçun mağduru devlet ise, rıza fiili hukuka uygun hale getirmez. Buna göre devlete karşı işlenen suçlarda rızanın hukuka uygunluk etkisi yoktur (Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 332). Devletin Őahsiyeti aleyhine işlenen suçlar bakımından korunan değerler devlete, topluma, kamuya ait olduğu için bireyin bu değerlerle bağlantılı olarak tasarruf yetkisinden bahsedilemez (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 317). Hangi haklar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğunun belirlenmesinde, suç tipiyle korunan yararın bireysel olup olmadığı göz önünde bulundurulur. Bu yüzden mağduru doğrudan doğruya devlet ve toplum olan suçlarda, aynı anda bireysel yararlar korunuyor olsa dahi, bireyin tasarruf yetkisi yoktur (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 265).

⁶⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 367; Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 392.

⁶⁹ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 370

⁷⁰ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 393.

konusu üzerinde gerçekleştirilmektedir. Doktrindeki genel olarak tercih edilen “hukuki değerler üzerinde tasarruf” ifadesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, biz çalışmamızda, “hukuki değerlerle bağlantılı olarak tasarruf yetkisi” ifadesini kullanmayı tercih ettik.

Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için ilk olarak, kişinin serbestçe tasarruf edebileceği⁷¹ bir konunun bulunması şarttır. Bu durum, hem rızanın tipikliğin gerçekleşmesine engel olduğu durumda, hem de hukuka uygunluk nedeni olduğu durumda geçerlidir. Rıza, yalnızca kişilerin serbestçe yararlanmalarını garanti altına almak amacıyla hukuki koruma altına alınmış, kişilerle doğrudan ilişkili olan hukuki değerlerle bağlantı olarak etki doğurur. Bunlarla bağlantılı sadece ilgisinin rızası fiili hukuka uygun hale getirebilir. Buna göre kişinin yaşamı, beden bütünlüğü, cinsel özgürlüğü, malvarlığı, hareket hürriyeti, özel hayatı ve şerefine ilişkin hukuki değerleri ile bağlantılı olarak, suçun konusu üzerinde tasarrufu gündeme gelecektir. Ancak bu hukuki değerlerle bağlantılı tasarrufun mümkün olup olmadığı, mümkünse tasarrufun ne ölçüde kabul edildiği tartışmalıdır⁷². Zira hukuki değerlerin kişilerle doğrudan ilişkili olması, bu değerle bağlantılı kişilerin mutlak surette tasarruf yetkilerinin olduğunu göstermez.

Görüldüğü gibi toplumdaki bireylerden her birini ilgilendiren hukuki değerler hususunda kişilerin tasarruf yetkileri yoktur; tasarruf yetkisi bireyleri doğrudan ilgilendiren hukuki değerlerde gündeme gelecektir. Bununla birlikte, bireylerle doğrudan ilişkili olan hukuki değerler ilgili olarak kişilerin ne ölçüde tasarruf yetkilerinin bulunacağına ilişkin genel geçer bir kabulden bahsetmek mümkün değildir⁷³. Bu hususta genel ilkeler ve cari hukuk sistemi de dikkate alınarak her bir hukuki değer bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Ayrıca, kişinin belli bir değer üzerindeki tasarruf yetkisinin belirlenmesinde, tasarrufun hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde kişiliğin serbestçe gelişimine hizmet edip etmediği de dikkate alınmalıdır⁷⁴.

⁷¹ Bir konu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmek için kişinin irade serbestisine sahip olması gerekir. İrade serbestisi, kişinin başka yönde karar verebilme, seçme özgürlüğünün ve imkânının bulunması anlamına gelmektedir. Başka bir ifade ile irade serbestisi, kişinin önüne çıkan birden fazla tercihten istediğini seçme ya da hiçbirini seçmeme imkânına sahip olmasıdır. Bu serbestiden bahsedebilmek için ise kişi hangi hukuki değerine ilişkin ne tür bir fiile, ne zaman, hangi şartlar altında izin verdiğini bilmesi gerekir. Ancak bu durumda kişinin irade serbestisi ile hareket ettiği söylenebilir (Ekici Şahin, M. [2012]. *Ceza Hukukunda Rıza*, Ankara: On İki Levha Yayıncılık, s. 189).

⁷² Ekici Şahin, *Rıza*, s. 111.

⁷³ İleri sürülen görüşler için bkz. Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 81 vd.

⁷⁴ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 295.

Alman ceza hukukunda, rıza konusunda her suça ilişkin yazılı ve genel geçer bir kural bulunmamaktadır. Bu konuda genel kural, herkesin kendisini doğrudan ilgilendiren hukuki değerleri ile bağlantılı olarak tasarrufta bulunabileceğidir. Bu anlamda, yalnızca bireyle doğrudan ilişkili hukuki değerleri ihlal eder nitelikteki fiillere gösterilen rıza, geçerli kabul edilebilir; bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerlerle bağlantılı rıza geçerli sayılmamaktadır. Bunun dışında, bireyle doğrudan ilişkili hukuki değerlerle bağlantılı gösterilen rızanın geçerli olmayacağı ile ilgili istisnai düzenlemeler de mevcuttur⁷⁵. Zira hukuki değer salt bireyle doğrudan ilişkili olması, bu değerlerle ilgili olarak mutlak surette geçerli bir rıza gösterebileceği anlamına gelmez.

Her suç tipinin koruduğu bir hukuki değer vardır ve bazı durumlarda, bir fiil ile birden fazla hukuki değer ihlal edilmiş olabilir. Bu durum, bir fiil ile birden fazla suç tipinin oluşmasına sebebiyet verildiği durumlarda ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, her suç tipinin koruduğu hukuki değer bakımından bağımsız değerlendirme yapmak suretiyle bir sonuca ulaşmak gerekir. Yani, tek fiille meydana gelen farklı suçlar ayrı ayrı ele alınarak, korumayı amaçladıkları hukuki değerler belirlenmelidir. Bu belirlemeden sonra kişilerin bunlar bağlantılı tasarruf yetkilerinin olup olmadığı hususunda ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır. Çocukların oyun oynadıkları bir sokakta park halinde bulunan arabasına hedef alınarak silahla ateş edilmesine rıza gösteren bir kişinin durumu, buna örnek olarak verilebilir. Rıza doğrultusunda yapılan atışlardan birinin veya birkaçının arabaya isabet etmesi durumunda, hem mala zarar verme suçu (TCK m. 151) hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu (TCK m. 170/1-c) gündeme gelecektir. Mala zarar verme suçunda korunması amaçlanan hukuki değer mal varlığı haklarıdır; kişilerin mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunda ise korunması amaçlanan hukuki değer kamunun sükûn ve huzurudur. Bu tip bir değerle bağlantılı olarak suç konusu üzerinde bireylerin tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Bu durumda, silahla ateş ederek arabaya zarar veren kişi mala zarar verme suçundan dolayı sorumlu olmamakla birlikte, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

Diğer bir ihtimalde ise, bir suç tipiyle birden fazla farklı hukuki değer koruma altına alınmış olabilir⁷⁶. Örneğin, yağma suçunda kişinin vücut bütünlüğü, irade hürriyeti ve

⁷⁵ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 978.

⁷⁶ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 237; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 96.

malvarlığı hakkı korunan hukuki değerlerdir⁷⁷. Bu durumlarda rızanın suçla korunan hukuki değerlerin hepsini kapsayacak nitelikte olması gerekir. Bunlardan birine yönelik verilmiş olan rıza, diğer hukuki değerler bakımından bir sonuç doğurmayacaktır⁷⁸. Örneğin, malının alınmasına rıza göstermesine rağmen, malın kişinin elinden kasten yaralanmasına sebebiyet verilecek şekilde alınması durumunda, yağma suçundan sorumluluk söz konusu olmamakla birlikte, kasten yaralama suçundan dolayı sorumluluk gündeme gelecektir.

Tasarruf yetkisi bakımından hukuki değerler, tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler ve tasarruf yetkisinin kabul edilmediği hukuki değerler şeklinde ayrıma tabi tutulabilir. Tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler ise mutlak surette tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler ve sınırlı şekilde tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler şeklinde ayrıma tabi tutulabilir. Doktrinde bu konuda genel olarak yapılan ayırım, mutlak surette tasarruf edilebilen hukuki değerler, sınırlı şekilde tasarruf edilebilen hukuki değerler ve tasarruf edilemeyen hukuki değerler şeklindedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi biz hukuki değer üzerinde tasarruftan bahsedilemeyeceğinden, bu kullanımı esas almaktan imtina ettik.

Bu kısımda hukuki değerlerle bağlantılı olarak tasarruf yetkisi hususunda genel açıklamalar yapmakla yetineceğiz. İlgili hukuki değerler ile ilgili tasarruf yetkisi ile ilgili tartışmalara üçüncü bölümde, “Rızanın Özellik Arz Ettiği Bazı Durumlar” başlığı altında yer vereceğiz. Örneğin, yaşam hakkı ile ilgili tasarruf yetkisine, “Yaşam Hakkı ve Rıza” alt başlığı altında yer vereceğiz.

2.1.3.1. Mutlak Surette Tasarruf Yetkisinin Kabul Edildiği Hukuki Değerler

Kişilerin hangi hukuki değerlerle ilgili mutlak surette tasarrufta bulunabileceği, tüm hukuk sistemine egemen olan genel esaslardan çıkarılabilir⁷⁹. Kişinin malvarlığı, şerefi⁸⁰, özel hayatı, konut hakkı ve cinsel dokunulmazlığı ile bağlantılı, serbestçe tasarruf edebileceği genellikle kabul edilmektedir⁸¹. Ancak hukuk düzenince kişiye, serbestçe tasarruf edebilme yetkisinin tanınmış olması, kişinin bu yetkiyi sınırsızca kullanabileceği

⁷⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 171; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 119.

⁷⁸ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 113.

⁷⁹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 80.

⁸⁰ Şeref hakkının kişilerin mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan olmadığına dair İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 193; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 367-368.

⁸¹ Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 333-334.

anlamına gelmez. Burada kullanılan mutlak⁸² kavramı, ilgili kişinin kural olarak herhangi bir hukuki sınırlamaya tabi olmadan, o değer ile bağlantılı suç konusu üzerinde tasarruf edebilmesini ifade etmektedir⁸³. Bu nedenle, mutlak surette tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değer denilince, kural olarak hukuki sınırlamaya tabi olmaksızın yapılabilen tasarrufların akla gelmesi gerekir.

Bu açıdan bakıldığında mutlak surette, istisnasız tasarruf yetkisinin kabul edildiği hiçbir hukuki değer olmadığı söylenebilir. Kişinin mutlak tasarrufunun kabul edildiği hukuki değerler bakımından dahi, birçok sınırlama mevcuttur. Bu sınırlamalar, kişinin tasarruf ediş biçimine veya bu tasarrufun başka değerlere etkisine göre getirilebilir. Örneğin, kişi sahip olduğu tasarruf yetkisini, başka hukuki değerleri ihlal edecek şekilde kullanamaz. Hatta rıza gösteren kişinin, başkalarının hukuki değerlerini ihlal eden bir fiile rıza göstermesi, bu kişinin somut olayın şartlarına göre göstermiş olduğu rıza nedeniyle işlenen suçtan dolayı azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile sorumlu olmasına neden olacaktır. Örneğin, kişi, arabasının üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bu tasarruf yetkisi eşyayı yok etme hakkını da ihtiva eder. Ancak, kişinin arabasının alışveriş merkezinin otoparkında yakılmasına rıza göstermesi, tasarruf yetkisi kapsamında değildir. Zira bu tip bir fiil, başkalarını ilgilendiren hukuki değerleri ihlal eder niteliktedir. Bu rıza, fail bakımından TCK m. 170’de düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun oluşmasına engel değildir. Hatta fail somut olayın şartlarına göre, diğer kişilere verdiği zararlardan dolayı, TCK m. 151’de düzenlenen mala zarar verme suçunu da işlemiş olacaktır. Bu durumda, rıza gösteren kişinin de bu suçlardan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.

Sonuç olarak kişiler, mutlak surette tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler de dâhil olmak üzere tasarruf yetkilerini toplumsal tehlike yaratacak şekilde kullanamazlar. Mülkiyet hakkının içeriğini düzenleyen Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 683. maddesinde de, kural olarak kişilerin malik oldukları eşya üzerinde tasarruf yetkileri kabul edilmekte, bununla birlikte bu hakkın kullanımında hukuk düzeninin sınırları dışına çıkılmaması gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁴. Bu hakları kullanılırken hukuk düzeninin dışına çıkılmasını, ne ceza hukuku disiplini ne de başka bir hukuk disiplini korumayacaktır.

⁸² Mutlak kavramı ilgilinin rızasını düzenleyen TCK m. 26/2 hükmünde de kullanılmıştır. Düzenleme aşağıdaki gibidir:

“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

⁸³ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 112.

⁸⁴ Anılan hükmün ilk fıkrası şu şekildedir:

Aynı şekilde kişinin; kanuna, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba aykırı⁸⁵ bir şekilde yapacağı tasarruflar da geçersiz kabul edilecektir. Örneğin, kişilik haklarına ilişkin olan hukuki değerlerle bağlantılı tasarruf yetkisi, TMK m. 23'te belirtilen nedenlerle sınırlandırılmıştır. Madde hükmüne göre, “kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”

Kişilik haklarından tamamen vazgeçme veya devretme ya da hakkın kullanımını anlamsızlaştıracak ölçüde aşırı kısıtlamalar kabul edilemez. Bu tip sonuçlar doğuracak rızanın, hukuken geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Görüldüğü gibi kişilerin tasarruf yetkisi; o değeri terk etmeyi, yok saymayı içermemektedir⁸⁶.

2.1.3.2. Sınırlı Şekilde Tasarruf Yetkisinin Kabul Edildiği Hukuki Değerler

Hukuk düzeni kişilere, bazı hukuki değerle bağlantılı olarak, belirli şartların varlığına bağlı olarak tasarruf etme imkânı tanımıştır. Örneğin, kanun koyucu belli koşulların gerçekleşmesi şartıyla organ ve doku nakline yönelik olarak kişilere tasarruf yetkisi tanımıştır. Diğer şartların gerçekleşmesi şartı ile on sekiz yaşını doldurmuş kişilerin bu yönde tasarrufta bulunmaları mümkün iken, on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin bu yöndeki iradelerine değer atfedilmemiştir; bu kişilerin organ ve doku verme hususunda tasarruf yetkileri yoktur.

Öğretide aksini savunan yazarlar olmakla beraber⁸⁷, kişinin beden bütünlüğü üzerinde sınırlı bir şekilde tasarruf edebileceği kabul edilmektedir. Kişi kendi vücudu üzerinde, fiziki bütünlüğünü devamlı bir surette zaafa uğratmayan veya herhangi bir şekilde kanuna ve kamu düzenine aykırı olmayan tasarruflarda bulunabilir. Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş sınırlar içerisinde bu tasarruf hakkını kullanılabilir. Buna örnek olarak tıbbi müdahaleler, organ bağışları ve tıbbi deneylerle ilgili olarak rıza açıklamaları verilebilir⁸⁸.

“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”

⁸⁵ Rızanın geçerliliği konusunda, ahlak, etik ve adap gibi muğlak, hukuk dışı, suiistimale elverişli kavramların dikkate alınmaması gerektiğine dair Ünver, Y. (2006). “Türk Tıp Hukukunda Rıza”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), s. 254-258.

⁸⁶ Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 184.

⁸⁷ Bu tartışmalara, Üçüncü Bölümde yer alan, “Beden Bütünlüğü İhlalinde Rıza” başlığı altında yer verilecektir.

⁸⁸ Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 185.

2.1.3.3. Tasarruf Yetkisinin Kabul Edilmediği Hukuki Değerler

Rızanın geçerlilik şartlarından birisi, rıza açıklamasında bulunan kişinin hukuki değerle bağlantılı suç konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmasıdır. Rıza ancak bireyle doğrudan ilişkili hukuki değere ilişkinse geçerli olabilir. Rıza gösterilen fiilin ihlal ettiği hukuki değere ilişkin ceza hukuku korumasının rızada bulunan kişinin doğrudan bireysel yararlarına hizmet etmesi halinde, geçerli bir rızadan bahsedilebilecektir⁸⁹. Toplumun bütününe ilgilendiren hukuki değerlerin ihlaline, münferit bireylerin hukuken etkili bir rıza açıklamasında bulunabilmeleri olanağı kabul edilmemektedir. Zira bireylerin, hatta devletin bu konuda tasarruf yetkisinden bahsedilemez⁹⁰. Bu nedenle uluslararası suçlar (TCK m. 76-80), topluma karşı suçlar (TCK m. 170-246), millete ve devlete karşı işlenen suçlar (TCK m. 247-343) bakımından kişilerin rızası, hukuka aykırılık üzerinde etki doğurmayacaktır⁹¹. Bu kapsamda kalan hukuki değerler tasarruf yetkisinin kabul edilmediği hukuki değerlerdir.

Rıza, aile düzenine karşı suçlar bakımından da etkisizdir⁹². Zira bu alandaki hukuki değerler, toplumun bütününe ilgilendiren değerlerdir. Nitekim devlet, aile kurumu aracılığı ile toplumun menfaatlerini korumayı amaçlar. Bu bakımından eşlerden birinin evlilik birliği devam ederken, diğer eşin evlenmesine rıza göstermesi, TCK m. 230/1'de düzenlenen, birden çok evlilik suçunun oluşmasına engel olmayacaktır⁹³.

Bir hukuki değer salt bireyle doğrudan ilişkili olması, bu değeri koruyan suç konusu üzerinde tasarruf edilebileceği anlamına gelmemektedir. Örneğin, kişilerin yaşam hakkı, bireyle doğrudan ilişkili bir hukuki değer olmasına rağmen kişilerin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkileri olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle korunan hukuki değer yaşam hakkı olduğu suçlarda, rıza hukuka uygunluk etkisi doğurmayacaktır.

Tekrar ifade etmek gerekir ki, bireyin bir hukuki değerle bağlantılı olarak suç konusu üzerinde tasarruf edememesi, ilgili hukuki değer başka bir kişi tarafından ihlal edilmesine geçerli bir rıza gösteremeyeceği anlamına gelmektedir. Çünkü kişi, korunan değerleri ile ilgili kendisi de tasarrufta bulunmuş olabilir. Bir başkasının değerlerini ihlal etmemek kaydıyla, kişinin kendi değerleri ile ilgili tasarrufta bulunması, hukuka uygun olmasa da,

⁸⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 977

⁹⁰ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 80.

⁹¹ Özen, *Genel Hükümler*, s. 494; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 474.

⁹² İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 194.

⁹³ Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 184.

ceza hukuku sorumluluğunu doğurmayacaktır. Ceza normu, hukuki değerleri, üçüncü kişilerden gelecek ihlallere karşı korumayı amaçlamaktadır⁹⁴.

2.2. Rızanın Hukuken Tanınması

2.2.1. Genel Olarak

Rızanın hukuki temeli, kişinin “*kendi geleceğini belirleme hakkına*” dayanmaktadır. Demokratik anayasaların temel dayanaklarından biri olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, rızanın hukuken tanınmasının temelini oluşturur. Bu hak, anayasal bir hak olan maddi ve manevi gelişimi gerçekleştirme adına kişiye tanınan en önemli haklardan biridir⁹⁵.

Bireysel özerklik(otonomi) hakkı olarak da ifade edilen kendi geleceğini belirleme hakkı, kişiye korunan hukuki değerlerine yönelik fiilleri bizzat kendisi gerçekleştirme ya da bu değerlere yönelik başkaları tarafından gerçekleştirilen fiillere rıza gösterme imkânı tanımaktadır⁹⁶. Bu hak, kişiye kendi değerleri ile bağlantılı olarak, başkalarının fiillerine rıza gösterme konusunda tasarrufta bulunma yetkisini de içermektedir. Bu manevi kişilik değerleri arasında kabul edilen karar verme özgürlüğünün bir sonucudur⁹⁷.

2.2.2. Kendi Geleceğini Belirleme (Bireysel Otonomi⁹⁸) Hakkı

Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin kendi değerlerini ilgilendiren konularda, dilediği hukuki işlemleri yapabilmesini, hayatını ve davranışlarını dilediği gibi yönlendirebilmesini ifade etmektedir⁹⁹. Başka bir ifadeyle bu hak, genel olarak kişinin kendi kendisini yönetmesidir (self determinasyon). Bu hakkın tanınması, demokratik bir toplumun gereklerindedir¹⁰⁰.

Kendi geleceğini belirleme hakkı, özerklik kavramına bağlı olarak ortaya çıkmış bir haktır. Genel olarak, bir kişinin, bir grubun, bir topluluğun veya bir devletin kendi hukuki

⁹⁴ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 121.

⁹⁵ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 55-56; Turanlı Özcan, A.M. (2018). *Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, s. 9.

⁹⁶ Aygörmez Uğurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014). “*Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi*”. *Fasikül Hukuk Dergisi*, 6(53), s. 29; Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 137-138.

⁹⁷ Ertem, B. (2015). *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, s. 235.

⁹⁸ “*Self-determination*”

⁹⁹ Akıncı, Ş. (1998). “*İrade Muhtariyeti İlkesi Ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötanazi*”, *Açlık Grevi Ve Ölüm Orucu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi*, 6(1-2), s. 737.

¹⁰⁰ Yenisey, F. (2008, 28 Şubat-1 Mart 2008). “*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*”. *V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 871.

statüsü hakkında otonom irade göstermek suretiyle karar verebilmesini ve bu karara saygı duyulması gerekliliğini ifade etmektedir¹⁰¹. Bizim üzerinde durmaya çalıştığımız konu; grubun, topluluğun veya devletin değil, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkıdır.

Özgür bir birey kendi kendine karar alabilir ve kendi geleceğini belirler. Her bir bireyin, kendi seçimlerine ve tercihlerine saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu gibi başkalarının kendi geleceğini belirleme hakkına, seçimlerine, tercihlerine ve eylemlerine saygı gösterme yükümlülüğü vardır. Kişinin kendi geleceğini belirleyip, kendi menfaatlerine ilişkin olarak serbestçe tasarrufta bulunabileceğini kabul eden bir hukuk düzeni, aynı zamanda onun kendisini doğrudan ilgilendiren bir hukuki değere yönelik ihlal niteliğindeki fiillere izin verebileceğini de kabul eder¹⁰².

Kendi geleceğini belirleme hakkı, bireylere kendi farklılıklarını ortaya koyma imkânı tanımaktadır. Kişi geleceği ile ilgili kararları bizzat kendisi vermek sureti ile kendini gerçekleştirmektedir¹⁰³. Bu hak kişilere, mevcut duruma yönelik olarak birden fazla seçenek arasından, bir tercihte bulunma, hatta dilerse hiçbir tercihte bulunmama imkânı vermektedir. Bu şekilde kişi, gelecekte olabileceklere etkide bulunabilme, geleceği şekillendirebilme imkânına sahip olmaktadır. Kendi geleceğini belirleme hakkı, rıza gösterme hakkını ihtiva ettiği gibi, rıza göstermeme hakkını da ihtiva etmektedir. Kişi bu hakkı kapsamında, ceza hukuku normlarınca korunan hukuki değerlere yönelik diğer kişiler tarafından gerçekleştirilen fiillere rıza gösterebileceği gibi rıza göstermekten imtina da edebilir.

Bu hak, kişilerin yaşamlarına istedikleri biçimde yön vermelerini sağlamaktadır. Kişilerin yaşamları, hiçbir etki altında olmadan özgürce verilmiş kararlar ve bu kararların yaşama geçirilmesiyle anlam kazanacaktır. Bu bağlamda, özgür bir yaşam için kendi geleceğini belirleme hakkı önemli bir haktır. Bu hakkın tanınmadığı durumda, kişi tercih etmediği bir hayatı yaşamaya zorlanmış olacaktır. Kendi kararları ile şekillendiremedikleri bir hayatı yaşamaya zorlamak, bireylerin yaşantılarını anlamsız kılacaktır. Zira yaşam hakkı, sadece biyolojik anlamda hayatta kalmayı ifade etmez. Yaşam hakkının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile beraber ele alınması gerekir¹⁰⁴. Ancak bu şekilde yaşam hakkı anlam kazanacaktır.

¹⁰¹ Gülel, İ. (2018). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 92-93.

¹⁰² Ekici Şahin, *Rıza*, s. 59.

¹⁰³ Subaşı, İ. (2016). *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü-Aydınlatılmış Onam-Tazminat Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 33.

¹⁰⁴ Nitekim AY m. 17 bu hakları birlikte ele almaktadır.

Kendi geleceğini belirleme hakkının kabul edilmesi, insan onuruna duyulan saygının da bir gereğidir¹⁰⁵. Zira insanı diğer canlılardan ayıran en temel özelliği, düşünebilmesi, tercihler yapabilmesidir. Gerçekten insan yaşamının her anında, kendisine tanınan ya da kendi iradesi ile ortaya çıkarttığı seçenekler arasından tercihlerde bulunur. İnsan, bu tercihlerini şekillendirirken aklını kullanır. Tercihlerin doğru ya da yanlış olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan, tercihlerinin kendi iradesinin ürünü olmasıdır. İnsanın iradesini yok sayan bir hukuk anlayışının kabul edilmesi, insan onuruna aykırıdır. İnsanın iradesinin yok sayılması, onu diğer canlılardan ayıran en temel özelliği olan aklının yok sayılması anlamına gelir.

2.2.3. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Temelleri

Her hakta olduğu gibi kendi geleceğini belirleme hakkının da düşünsel ve hukuksal temelleri vardır. Biz çalışmamızın kapsamı gereği, kendi geleceğini belirleme hakkının düşünsel temelleri üzerinde ayrıntılı olarak durmaktan imtina edecek; bu hakkın hukuksal temelleri üzerinde duracağız.

Kendi geleceğini belirleme hakkının düşünsel temelini insan onuru (haysiyeti) oluşturmaktadır. İnsan onuru, insanın fiziki ve biyolojik özellikleri, sosyal konumu, dış görünüşü gibi kendine has özelliklerinden bağımsız, her insanın sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu bir haktır. Bu hakkın tanınması ile insan basit bir obje olmaktan çıkmakta, aklını kullanan, kararlar alabilen bir değer haline gelmektedir¹⁰⁶.

İnsan onuru kavramı, Anayasa'mızın giriş bölümünde de yer almaktadır. Başlangıç bölümünde “...her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...” ifade edilmiştir. Bu durum insan onurunu ahlaki bir değer olmanın yanında, Anayasa'nın koruma alanına dâhil hukuki bir değer durumuna getirmektedir. Yani insan onurunun korunması, pozitif bir hukuk kuralı ve Anayasa'nın emridir. Bu da devlete insan onuruna saygı duyma ve aktif koruma hususunda yükümlülük yüklemektedir¹⁰⁷.

Kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasa'da açıkça düzenlenen müstakil bir hak değildir. Anayasa hukukunda, müstakil bir temel hakkın koruma alanına girmeyen

¹⁰⁵ Turanlı Özcan, A.M. (2018). *İlgilinin Rızası*, s. 9, 15 vd.

¹⁰⁶ Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 138.

¹⁰⁷ Gören, Z. (1992). “*Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması*”. *Anayasa Yargısı Dergisi* (9), s. 169.

özgürlüklerin, genel davranış özgürlüğünün koruma alanına girdiği kabul edilmektedir. Genel davranış, eylem özgürlüğü, kişinin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını da kapsayan çerçeve bir haktır. Kişinin, kişiliğini serbestçe geliştirmesi amacına hizmet eden, kendi geleceğini belirleme hakkı da, kişinin genel eylem özgürlüğünün koruma alanında yer alan bir haktır¹⁰⁸.

Bu nedenle, ülkemiz bakımından kendi geleceğini belirleme hakkının temel dayanağını, AY m. 17 hükmünün oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Buna göre, “Herkes yasama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz”. Bu düzenleme, kişilere kural olarak kendi geleceklerini belirleme imkânı sunmaktadır¹⁰⁹.

Kendi geleceğini belirleme hakkı, AY m. 17 ile TMK m. 2, TMK m. 23 ve TMK m. 24 hükümleri ile koruma altına alınmış kişilik haklarına dâhildir. Bu hak da diğer kişilik hakları gibi mutlak¹¹⁰, kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez, vazgeçilemez, kanuna ve genel ahlaka aykırı olarak sınırlanamaz ve para ile ölçülemez haklardandır¹¹¹.

Ayrıca, AY m. 12 hükmü de kendi geleceğini belirleme hakkının dayanakları arasında gösterilmektedir¹¹². Madde hükmü şu şekildedir:

“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

Kişinin kendi geleceği ile ilgili vereceği kararlar özel hayatı ile de yakından ilgilidir¹¹³. Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin kendisini ve aile hayatını, kendi istekleri doğrultusunda düzenlemesini de kapsamaktadır. Bu anlamda, AY m. 20 ile düzenlenen özel hayatın gizliliği de, kendi geleceğini belirleme hakkının dayanaklarından

¹⁰⁸ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 58-59.

¹⁰⁹ Tacir, H. (2011). *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 116; Tacir, H. (2016). “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”. *III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme ve Ötanazi Hakkı” Sempozyumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 53.

¹¹⁰ Hakeri, H. (2018). *Tıp Hukuku (Ciltli) (13. Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 219.

¹¹¹ Subaşı, İ. (2016). *a.g.e.*, s. 28.

¹¹² Ekici Şahin, *Rıza*, s. 53.

¹¹³ Gürbüz, M. (2011). “Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), s. 113.

biridir. Bu husus madde ile ilgili Danışma Meclisi'nin gerekçesinde¹¹⁴ şu şekilde ifade edilmiştir:

“Özel hayatın korunmasının diğer bir yönü de resmî makamların özel hayata müdahale edememesi; yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesidir. Maddenin birinci fıkrasında “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini istemek hakkına sahiptir” demek suretiyle bu husus da sağlanmıştır.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bir kararında, bireyin kişiliğini geliştirmesinin ve gerçekleştirilmesinin, özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığını vurgulamıştır¹¹⁵. AYM, vermiş olduğu bazı kararlarda, *“özel hayatın, fiziksel ve ruhsal özerkliği kapsayan, bireyleri gerek kamusal makamların gerek özel hukuk kişilerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik saldırılarına karşı korumakta...”* olduğunu ifade etmiştir¹¹⁶.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) de açıkça düzenlenmiş değildir. AİHM, bu hakkı yaşam hakkı (AİHS m. 2), insani olmayan ya da küçültücü muamelelerden koruma (AİHS m. 3), özgürlüklerin (AİHS m. 5) ve özel hayatın korunması (AİHS m. 8) gibi haklar ile bağlantılı olarak ele almaktadır¹¹⁷.

Alman ceza hukuku doktrininde hâkim olan görüşe göre, kendi geleceğini belirleme hakkının normatif temelleri Alman Anayasa'sı (Alm. AY) 2. maddesi hükmüne dayanmaktadır¹¹⁸. Alm. AY m. 2/1 hükmü şu şekildedir¹¹⁹:

“Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.”

¹¹⁴ <https://acikerisim.tbmm.gov.tr> (Erişim Tarihi: 7.7.2018).

¹¹⁵ AİHM, *X ve Y/Hollanda*, 26.3.1985, B. No: 8978/80, §. 23, 24, 27.

¹¹⁶ AYM, 11.11.2015, B. No: 2013/1789, §. 48. AYM, 29.6.2016, B. No: 2014/4077, §. 51. Benzer değerlendirmeler için AYM, 21.1.2015, B. No: 2013/9660, §. 33-35.

¹¹⁷ Aygörmez Uğurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014). *a.g.m.*, s. 30.

¹¹⁸ Ertem, B. (2015). *a.g.e.*, s. 252-253; Gürbüz, M. (2011). *a.g.m.*, s. 114; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 60.

¹¹⁹ <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (Erişim Tarihi: 7.7.2018).

2.2.4. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Sınırları

Her hakta olduğu gibi kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımı da sınırsız değildir¹²⁰. Kendi geleceğini belirleme hakkının anayasal dayanağını oluşturan AY m. 17 ile koruma altına alınmış maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı açısından özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Bu durum, bu hakkın hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez. Hukuk düzeni, bu hakka meşru araçlar vasıtasıyla çeşitli sınırlamalar getirmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkına, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı ölçülerde sınırlama getirilebilir¹²¹.

Bu konuda diğer bir sınırlama ise insan onurudur. Kendi geleceğini belirleme hakkının düşünsel temelini oluşturan insan onuru, aynı zamanda kendi geleceğini belirleme hakkının doğal sınırını oluşturmaktadır. Kişiler bu hak kapsamında, hukuki değerlerle ilgili olarak tasarrufta bulunduğu anda, bu tasarruf insan onuruna uygun olduğu ölçüde kabul edilebilir; insan onuruna aykırı düşen tasarruflar geçersizdir¹²².

Sınırlamada belirleyici hususların ceza hukuku bakımından en önemlisi, hukuki değerler ile bağlantılı olarak bireylerin tasarruf yetkileridir. Kişinin, hukuki değerlerle ilgili olarak sınırsız bir tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Kendi geleceğini belirleme hakkının sınırı¹²³, hukuki değerle ilgili olarak tanınan tasarrufun sınırına göre belirlenecektir¹²⁴. Zira yukarıda da değindiğimiz gibi kişilerin bazı hukuki değerlerle bağlantılı olarak mutlak surette tasarruf edebilecekleri kabul edilmişken, bazı hukuki değerlerle bağlantılı olarak sınırlı bir şekilde tasarruf edebilecekleri kabul edilmiştir. Bazı hukuki değerlerle bağlantılı olarak ise kişilere hiçbir surette tasarruf yetkisi tanınmamıştır. Örneğin, genel kabul edilen görüşe göre, kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Özellikle Türk hukuku bakımından yaşam hakkı, bizzat kendi geleceğini belirleme hakkının sınırını oluşturmaktadır.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında, ilgili bölümlerde, kendi geleceğini belirleme hakkını ve bu hakkın sınırlarını, hukuki değer ihlallerine yönelik fiillere rıza gösterme yetkisinin kapsam ve sınırları ile bağlantılı olarak daha ayrıntılı açıklamaya çalışacağız.

¹²⁰ Akıncı, Ş. (1998). *a.g.m.*, s. 737; Tacir, H. (2011). *a.g.e.*, s. 146.

¹²¹ Aygörmez Uğurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014), *a.g.m.*, s. 30.

¹²² Turanlı Özcan, A.M. (2018). *İlgilinin Rızası*, s. 16-17.

¹²³ Bu husus, Anayasa hukukunda temel hakların sınırlandırılması başlığı altında tartışılmaktadır.

¹²⁴ Aygörmez Uğurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014), *a.g.m.*, s. 30.

2.3. Rızanın Hukuki Niteliği

2.3.1. Genel olarak

Rızanın ceza hukuku sorumluluğu üzerindeki etkisi incelenmeden önce, hukuki niteliğinin ortaya konması gerekir. Rızanın hukuki niteliği bakımından benimsenecek olan görüş, rızanın geçerli olabilmesi için aranan koşullar, rızanın etki alanının genişlemesi veya daralması bakımından önem arz etmektedir¹²⁵.

Rızanın hukuki niteliği, hem medeni hukuk alanında hem de ceza hukuku alanında tartışılmaktadır. Bu hususta, birçok değişik görüş ileri sürülmüştür. Çalışmamızın bu kısmında, rızanın hukuki niteliğini açıklayan teorilere ve bu teorilerin eleştirilerine yer vereceğiz.

2.3.2. Rızanın Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler

2.3.2.1. Hukuki İşlem Teorisi

Hukuki işlem teorisini benimsemiş olan yazarlar, iki guruba ayrılmıştır. Bunlardan ilki, rızayı özel hukuk alanına dâhil bir hukuki işlem olarak ele almıştır. Bu konuda ikinci grup ise, rızanın kamu hukuku alanına ait hukuki bir işlem olduğunu savunmaktadır¹²⁶.

Bazı yazarlar, rızayı, karşılıklı görüşmeye dayanan bir anlaşma olarak görmektedir. Buna göre rıza, özel hukuk alanına dâhil hukuki bir işlemdir. Hukuki bir işlem olan bu anlaşma, faile, rıza çerçevesinde istediği biçimde hareket etme hakkı verir; bu doğrultuda hareket eden fail cezalandırılmaz¹²⁷.

Bu görüş, medeni hukuk prensiplerine dayanılarak, ilk kez *Zitelmann* tarafından ortaya atılmış ve geniş bir taraftar kitlesi bulmuştur¹²⁸. *Zitelmann* 'a göre¹²⁹, rızanın etkisi konusunda herhangi bir yasal düzenleme olmasa da, hukukun temel ilkelerinden olan hukuki işlem kurumundan yola çıkarak, bir yargıya varmak mümkündür. Yapılan işlem ile hak sahibinin bir hakkının ya da korunan menfaatinin ihlaline olanak tanınacak, rıza bu ihlalin hukuka aykırılığına engel olacaktır. Hukuk düzenin bütünlüğü ilkesi gereği, medeni hukukunun izin verdiği ve hukuka uygun kabul ettiği bir hareket, ceza hukuku da dâhil

¹²⁵ İçel, *Genel Hükümler*, s. 390; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 186-187.

¹²⁶ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 70.

¹²⁷ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 70.

¹²⁸ Mağdurun rızasının hukuki niteliğini açıklama hususunda en çok taraftar toplamış görüş rızayı hukuk işlem olarak gören görüştür (Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 70).

¹²⁹ Zitelmann, E. (1906). *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*, s. 1 vd. (aktaran Yenerer Çakmut, Ö. [2003]. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 83).

olmak üzere diğerk hukuk disiplinlerince de hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Rıza gösterilen işlem, rıza gösteren bakımından yarar sağlayabileceği gibi bir zararın doğmasına da neden olabilir. Bu yüzden hukuki işlemin kanun tarafından aranan şartları taşıması ve rıza gösterecek kişinin hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerekir.

Teoriye göre, mağdurun rızası hukuki bir işlem olarak kabul edilmiş, rızanın faile ihlale yönelik geri dönülebilir bir hak verdiği kabul edilmiştir. Buna göre, rıza açıklayan kişi, tek taraflı, hak doğurucu ve her zaman geri alabileceği hukuki bir işlem tesis etmektedir¹³⁰. Mağdurun rızası doğrultusunda hareket eden kişi, bir hakkını kullanan kişidir; bu nedenle yaptığı hareket hukuka uygundur¹³¹.

Rızayı, hukuki işlem olarak açıklayan yazarların bir kısmı ise rızayı kamu hukuku alanına ait hukuki bir işlem olarak ele almıştır. Buna göre rıza, ceza hukuku tarafından kendisine sonuç bağlandığı durumlarda, fiili hukuka uygun hale getiren hukuki bir işlemdir. Ceza hukukunun sonuç bağlamadığı bir rıza, diğerk hukuk dallarında sonuç doğursa dahi, ceza hukuku bakımından önemsiz bir irade beyanıdır¹³².

Rızayı kamu hukuku alanında hukuki bir işlem olarak gören yazarlara göre ceza normu, bütün hukuk kuralları gibi hukuk süjelerine ait maddi ve manevi yararların korunması amacını güden ve bu amaçla insan hareketlerini tespit edip sınırlayan bir hukuk kuralıdır. Hukuk süjesi olan hak sahibi bireyin, kendi yararını korumak istememesi durumunda, failin hareket serbestisini sınırlamak anlamsızdır. Zira bu tip bir durumda, ceza hukuku tarafından çözümlenmesi gereken uyuşmazlık kalmaz. Yararlar ihtilafı, tarafların anlaşması ile çözümlenmiş olmaktadır¹³³.

Rızayı kamu hukuku alanına ait hukuki bir işlem olarak gören yazarlara göre, rızanın geçerlilik şartları özel hukuktakinden farklıdır. Örneğın, iradeyi sakatlayan hallerin varlığı halinde, özel hukuk iyi niyetli üçüncü kişileri korumaktayken, ceza hukuku bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Ceza hukuku alanında rızanın geçerliliği, her türlü sakatlayıcı sebepten uzak olmasına bağlıdır . Ayrıca, hukuki işlem olarak rızanın etkisi, özel hukuk alanına nazaran ceza hukukunda daha dardır. Örneğın ceza hukukunda, mağdurun

¹³⁰ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 29.

¹³¹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 70; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 292-293.

¹³² Ekici Şahin, *Rıza*, s. 31.

¹³³ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 70-71.

rızası doğrultusunda hareket eden failin, kanunda yazılan cezadan daha hafif bir ceza alması hususunda bir hukuki işlem tesis edilmesi mümkün değildir¹³⁴.

Türk ceza hukuku öğretisinde *Dönmezer/Erman*, rızayı ceza hukuku alanına ait hukuki bir işlem olarak görmüştür¹³⁵. Buna göre rıza, ceza hukukunun kendisine bir takım neticeler bağladığı hukuki bir işlemdir. Rıza ceza hukuku alanında bir sonuç doğurduğu durumda, hukuki bir işlemdir. Diğer bir deyişle mağdurun rızasının hukuki işlem teşkil ettiği durumlarda, rıza hukuka aykırılığı giderici nitelik arz eder. Rızanın ceza hukuku alanında bir sonuç doğurmadığı durumlarda ise ortada ceza hukuku bakımından önemsiz bir irade beyanı mevcuttur¹³⁶.

Rızayı hukuki işlem olarak kabul eden bu görüşler birçok yönden eleştirilmiştir. *Keßler*'e göre,¹³⁷ rıza beyanı, bir hakkın kaybına neden oluyorsa, feragat söz konusu olacaktır. Feragatın istisnai olarak geri alınabileceğini kabul etmek ise sakıncalı sonuçların doğmasına neden olur. Ayrıca, mağdurun rızasının feragat olarak tanımlanması durumunda, feragat edilmesi mümkün olmayan hakların ihlali için rıza verilemeyeceğini mutlak surette kabul etmek gerekecektir¹³⁸. Bu nedenle rızanın konusu bir hak değildir. Rıza, rıza gösteren kişinin hiçbir hakkını ortadan kaldırmaz; sadece hukukun kayıtsız kaldığı bir durumun ortaya çıkmasına neden olur.

Hukuki işlem teorisine karşı çıkan yazarlara göre, rıza beyanında bulunan kişi, faile hareketi gerçekleştirme hakkını vermediği gibi kendisine suçun işlenmesine katlanma yükümlülüğü de yüklenmez. Ancak hukuki bir işlem tesis eden kişi, kendisini, rıza gösterdiği fiilin gerçekleştirilmesine katlanma hususunda yükümlülük altına sokar¹³⁹. Bu nedenle rızanın hukuki işlem olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Diğer yandan, kendisine karşı suç işlenmesine rıza gösteren kişi, hukuken geçerli sayılabilecek bir işlem de yapmış olmaz. Hukukun izin vermediği bir işlemle hukuka

¹³⁴ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 70-71.

¹³⁵ Aynı yönde Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 328.

¹³⁶ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 73.

¹³⁷ Keßler, R. (1884). *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, Berlin, s. 1 vd. (aktaran Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 85-87).

¹³⁸ Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişinin şerefi ile hareket hürriyeti, hukuki işleme konu edilemeyecek değerler arasında kabul edilmektedir. Gerçekten kişi mal varlığı hakları üzerinde hukuki bir işlem tesis edebilecekken, mutlak nitelikteki hakları üzerinde hukuk bir işlem tesis edemeyecektir (Ekici Şahin, *Rıza*, s. 33-34).

¹³⁹ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 370.

aykırılık ortadan kaldırılamaz. Hukuki bir işlemde söz edebilmek için hukuka uygun bir irade açıklaması gerekir¹⁴⁰.

2.3.2.2. Hukuki Fiil Teorisi

Rızanın hukuki işlem olarak açıklanamayacağını kabul eden yazarlar, rızayı hukuki bir fiil olarak açıklamaya çalışmıştır. Buna göre rıza, hukuki bir işlemde ziyade hukuki bir fiildir¹⁴¹. Zira rıza, faile fiili gerçekleştirme hususunda sübjektif bir hak vermez. Rıza hukukun kendisine sonuç bağladığı, dar anlamda hukuki fiiller kategorisine dâhildir. Bu düşünceye göre rıza, kişinin hukuki değerini ihlal eden fiilin gerçekleştirilmesini kabul ettiğini açıklamaktan ibarettir¹⁴².

Rızanın hukuki fiil olduğunu kabul eden yazarlar da kendi aralarında görüş ayrılığına düşmüştür. Bazı yazarlar, hukuki fiil olarak kabul ettikleri rızayı, menfaatten vazgeçme teorisi ile açıklarken, bazı yazarlar ise hukuki korumadan vazgeçme teorisi ile açıklamıştır¹⁴³.

2.3.2.2.1. Hukuki Menfaatten Vazgeçme (Haktan Feragat) Teorisi

Bir kısım yazarlar, rızayı bir haktan feragat, hukuki bir menfaatten vazgeçme olarak nitelendirmiş; rızanın temelini buna dayandırmıştır¹⁴⁴. Haktan feragat teorisine göre, bir hak üzerinde tasarrufa yetkili kişi, kanuni sınırlar içerisinde, dilerse bu haktan feragat edebilir. Bu feragat, özel hukuktakinden farklı olarak geri alınabilir. Bu şekilde, haktan feragat eden bir kişiye karşı gerçekleştirilecek olan fiil hukuka uygun olacaktır¹⁴⁵.

Teoriye göre, rıza yararlarını feda etmenin bir işaretidir. İlgili kişi kendisi için korumaya alınmış yararlarından, haklardan kendisi vazgeçmişse, bu karara saygı duymak hukuk toplumunun gereklerindedir¹⁴⁶. Rıza ile hukuken korunan bir menfaatin sahibi,

¹⁴⁰ Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 182.

¹⁴¹ Hukuki fiil, “*hukuki sonuç doğuran ve kişi elinden çıkan eylem*” olarak tanımlanmıştır (Yılmaz, E. [2011]. *Hukuk Sözlüğü*. 10.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 555). Başka bir tanımda hukuki fiil, “*hukuk düzeninin hukuki sonuç bağladığı insan iradesine dayanan insan davranışları*” olarak ifade edilmiştir. Buna göre hukuk, insan davranışlarından bir kısmında hukuki sonuç bağlamıştır. Örneğin, insanın yemek, içmek gibi eylemleri iradi de olsa hukukun sonuç bağladığı davranışlar değildir. Bunun yanında, hukuk bir kişiyi dövmek veya bir eşyayı satın almak gibi insan davranışlarına bazı sonuçlar bağlamıştır (Kayar, İ. ve Üzülmez, İ. [2018]. *Hukukun Temel Kavramları*, 11.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 354).

¹⁴² Ekici Şahin, *Rıza*, s. 34-35.

¹⁴³ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 35.

¹⁴⁴ Hak ve menfaat farklı kavramlar olmakla birlikte, bu iki kavram teoriler açıklanırken birlikte veya birbiri yerine geçecek şekilde kullanılabilir (Ekici Şahin, *Rıza*, s. 35, dn. 26).

¹⁴⁵ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt I, s. 68.

¹⁴⁶ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 293.

menfaatini terk etmeye yönelik iradesini ortaya koymaktadır. Hukuk düzeni kişilere, menfaatleri üzerindeki korumanın kaldırılması şeklinde bir karar alabilme hususunda hak tanımaktadır¹⁴⁷.

Türk ceza hukuku öğretisinde *Centel/Zafer/Çakmut*¹⁴⁸, rızanın hukuki temelini bir haktan feragat edilmesine, hukuk düzeninin izin vermesi olduğunu ifade etmiştir.

Öztürk/Erdem, rızanın hukuki temelini hukuki değerden vazgeçmeye dayandırmaktadır. Buna göre, suçla korunan hukuki değer sahibinin, bu yararın korunmasına herhangi bir değer atfetmemesi halinde bunun korunmasında herhangi bir yarar yoktur¹⁴⁹.

Bu teoriye, rızanın herhangi bir hak ya da menfaat kaybına neden olmadığı, dolayısı ile rızanın hukuki temelini menfaatten ya da haktan vazgeçme olarak kabul edilemeyeceğinden bahisle karşı çıkmıştır¹⁵⁰.

2.3.2.2.2. Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorisi

Bu konuda, ilk önemli çalışma *Keßler* tarafından yapılmıştır. *Keßler*'e göre¹⁵¹, önceden belirlenmiş ceza normlarının amacı, kişisel menfaatleri üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen fiillerin zararlarından korumaktır. Ceza hukukunun, menfaat sahibi istememesine rağmen, menfaati korumak gibi bir iddiası olamaz. Ancak, devlet veya kamu menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda, kişilerin isteklerinin bir önemi yoktur. Ceza kanunundaki hüküm, kişisel menfaatin korunmasına hizmet ediyorsa, bu korumayı reddetmek mümkündür.

Keßler'in yanında, *Binding* tarafından da ortaya konan ve açıklanan düşünceye göre¹⁵², rıza bir irade açıklamasıdır. Medeni hukukta, rıza açıklayan kişinin, fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Bunun mutlak surette kabul edilmesi, ceza hukukuna ilişkin bir kurumun medeni hukuktaki kurallar göre belirlenmesine neden olur. Bu ise her durumda sağlıklı bir sonuç ortaya koymaz. Örneğin, ceza hukukunda rıza açıklama yetkisine sahip olmak için reşit olmak, alelîtlak aranan bir husus değildir.

¹⁴⁷ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 84.

¹⁴⁸ Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 330.

¹⁴⁹ Öztürk/Erdem, *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 263.

¹⁵⁰ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 42.

¹⁵¹ Keßler, R. (1884). *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, Berlin, s. 1 vd. (aktaran Yenerer Çakmut, Ö. [2003]. *a.g.e.*, s. 87).

¹⁵² Binding, K. (1885). *Handbuch des Strafrechts*, 1.Band, Leipzig, s. 727 (aktaran Yenerer Çakmut, Ö. [2003]. *a.g.e.*, s. 88).

Pfersdorff ise *Keßler*'in düşüncesini geliştirmiş, ceza hukukunda saldırının konusunun kişisel menfaatler olduğunu belirtmiştir. İlgili kişi, kişisel menfaatinin korunmasını sağlayan norm ile menfaati arasındaki ilişkiyi rızası ile kaldırırorsa, saldırılan konuya yönelik fiil, mağdurun saldırıya vermiş olduğu izin nedeni ile cezalandırılmaz¹⁵³.

Hukuki korumadan vazgeçme teorisine göre, özetle rızanın hukuki niteliği, kişinin kendisi ile doğrudan ilişkili olan hukuki değerini koruma iradesinin olmaması, bu değere ilişkin hukuk sistemince öngörülmüş olan hukuki korumadan vazgeçmesi¹⁵⁴ olarak açıklanabilir. Kişi, bilinçli bir şekilde, özgür iradesi ile somut olayda hukuki değerine yönelik ihlal niteliğindeki fiile rıza gösteriyorsa, hukuk düzeninin o değeri koruması için nedeni kalmaz¹⁵⁵.

Türk ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlar, rızanın hukuki niteliğini hukuksal korumadan vazgeçme teorisi ile açıklamıştır.

Ünver'e göre¹⁵⁶, rıza yalnızca hak sahibi tarafından değil, ilgili kimsenin kanuni veya iradi temsilcisi tarafından gösterilir. Bu düşünceden hareketle, rıza yalnızca rıza gösterilen kişinin eylemi ile karşı çıktığı hukuki değer ihlaline, belli bir süre zarfında izin verilmesidir. Hukuki değer ihlal ile ortadan kalkmadığı gibi, bu değerlerden sürekli bir vazgeçiş veya bu değerlerin tüketimi söz konusu değildir.

Hakeri'ye göre¹⁵⁷, rıza hukuki değerle bağlantılı olarak, serbestçe tasarrufta bulunacak olan kişinin, bu hukuki değere ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından sağlanan soyut hukuki korumadan, somut olayda vazgeçmesidir.

Akbulut'a göre¹⁵⁸, eğer hukuk kişilere tasarruf edebileceği bir hak vermiş ve bu hakkın korunmasını kişi istemiyor ise hukuki korumanın kabul edilmemesi yerinde olur.

Ekici Şahin rızayı, serbestçe tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerlere ilişkin, hukuk düzeni tarafından sağlanmış olan korumadan vazgeçme olarak ifade

¹⁵³ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 88.

¹⁵⁴ Bu vazgeçme hukuki değere ilişkin genel korumadan vazgeçme değil, soyut hukuki korumadan somut olayda vazgeçilmesidir (Ekici Şahin, *Rıza*, s. 40).

¹⁵⁵ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 39.

¹⁵⁶ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 234.

¹⁵⁷ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 371.

¹⁵⁸ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 446.

etmektedir. Kişi hukuki değerinin ihlal eden bir fiile rıza göstermekle, hukuki değerine ilişkin hukuki korumadan somut olayda vazgeçmektedir¹⁵⁹.

Hukuki korumadan vazgeçme teorisi de eleştirilmiştir. Kişilerin gösterdikleri rıza marifetiyle, hukuki korumadan vazgeçebilmelerine olanak tanımak, devletin suçları re'sen takip etmekle görevli olması nedeniyle problemlili görülmüştür. Bireylerin hukuki korumadan vazgeçmelerinin bir anlam ifade etmediği, devletin hukuki değerleri koruma ödevinin ortadan kalkmayacağı ifade edilmiştir¹⁶⁰.

Ayrıca bu teori, kamusal hukuki koruma yükümlülüğü altında olan devletin, hukuka ve ahlaka aykırı vazgeçmeler karşısında, koruma yükümlülüğünün nasıl sona ereceğini açıklayamaması nedeniyle de eleştirilmiştir. Diğer yandan, bu teorinin kabulü halinde, kişisel vazgeçmeler sonucunda, ayrı bir düzen oluşturulacağı yönünde endişelerin giderilemediği ifade edilmiştir¹⁶¹.

2.3.2.3. Toplumsal Değer Teorisi (Hukuk Politikası Teorisi)

Alman doktrinde egemen olan *toplumsal değer teorisi*, mağdurun rızasının hukuksal niteliğini, hukuk politikası düşüncesine dayandırmaktadır¹⁶². Buna göre, hukuk düzeni, belirli sınırlar içerisinde, bireylerin sahip olduğu hakları kullanmalarına müsaade etmek zorundadır. Zira birey özgürlükleri, hukuk devletinde kabul edilmesi gereken toplumsal değerlerdir¹⁶³.

Buna göre, liberal hukuk devletinde, şahsi özgürlüklerin herhangi bir engelle karşılaşmadan kullanılabilmesi toplumsal bir değer olup, bu çerçevede bir kişinin hukuki değerle bağlantılı olarak suçun konusu üzerinde tasarrufta bulunması, kişiliğini serbestçe geliştirilmesi olarak görülmelidir. Rızanın bu sonucu doğurabilmesi ancak tasarrufun bireyi doğrudan ilgilendiren hukuki değerlerle ilgili olmasına bağlıdır¹⁶⁴.

Teori, bir hukuk devletinde sosyal bir değer olarak tanınan kişinin kendisi ile doğrudan ilişkili olan hukuki değerlerle ilgili tasarrufta bulunma özgürlüğü ile hukuki değerlerin korunması hususunda toplumsal faydanın çatıştığını kabul etmektedir. Bu nedenle, tasarruf hakkını kullanarak geçerli bir rıza ile hukuki değer ihlal edilmesine izin

¹⁵⁹ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 53.

¹⁶⁰ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 42-43

¹⁶¹ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 84.

¹⁶² İçel, *Genel Hükümler*, s. 390.

¹⁶³ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 187.

¹⁶⁴ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 293; Özen, *Genel Hükümler*, s. 493.

verilmesi, bu kişinin özgürlük alanında kalan bir durumu ifade etmektedir. Kişinin, kendisi ile doğrudan ilişkili olan hukuki değer ile ilgili tasarrufta bulunma özgürlüğü, söz konusu hukuki değerlerin korunması hususundaki menfaatten daha üstün ise rıza gösterilen fiil hukuka uygun olacaktır. Bu bakımdan öncelikle fiilin ihlal ettiği hukuki değer karşısında, kişinin bu hukuki değerle ilgili olarak tasarruf edebilme özgürlüğüne öncelik verilip verilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Hukuk düzeninin, değerlerle ilgili tasarruf yetkisi tanıdığı ölçüde, rızanın geçerlilik alanı genişleyecektir. Kişinin tasarruf edemeyeceği hukuki değerler ise rızanın sınırını oluşturacaktır¹⁶⁵.

Türk ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlar¹⁶⁶, rızanın hukuki esasını toplumsal değer teorisi ile açıklamaktadır.

İçel'e göre¹⁶⁷, rıza hukuki bir işlem olmakla birlikte, rızanın hukuka uygunluk etkisi doğurabilmesi için ceza hukuku normlarının rıza beyanına hukuksal bir etki tanınması gerekir. Aksi takdirde açıklanan rıza, başkaca hukuk dallarında etki doğursa da, ceza hukuku açısından önemsiz bir irade açıklaması olacaktır. Bu nedenle, *Yazar* toplumsal değer teorisine üstünlük tanınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Koca/Üzülmez' e göre¹⁶⁸ ise bir hukuk düzeninde kişilere belli hakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme yetkisinin tanındığı durumlarda, hak sahibinin bu haklarının başkaları tarafından ihlaline rıza göstermesine de izin verildiğinin kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle, bir hukuk devletinde, kişilerin kendilerine tanınan yetkileri kullanmak suretiyle, kendileri ile doğrudan ilişkili olan hukuki değerler bakımından cezai korumayı reddetmeleri mümkündür. Bu, anayasal dayanağı AY m. 12 ve AY m. 17 olan genel hareket hürriyetinin bir sonucudur.

Toplumsal değer teorisi de eleştirilmiştir. Buna göre, rızanın söz konusu olduğu durumlarda, menfaat çatışmasından söz etmek mümkün değildir. Zira rıza ele alındığında, bir tarafta kişinin karar verme özgürlüğü, diğer tarafta normun koruma amacı yer almaktadır. Bu durumda ise üstün menfaatler çatışmasından bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca, toplumsal değer teorisi menfaatler çatışmasına ilişkin şekli ölçütler getirdiği, üstün

¹⁶⁵ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 44-45.

¹⁶⁶ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 187.

¹⁶⁷ İçel, *Genel Hükümler*, s. 390.

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 293.

menfaatin belirlenmesi hususunda objektif maddi ölçütler ortaya koyamadığından bahisle de eleştirilmiştir¹⁶⁹.

2.3.2.4. Kişinin Kendi Aleyhine Suç İşlemesi Teorisi (Vekâlet Teorisi)

Bu teoriye göre rıza, bir kimsenin bizzat kendisi aleyhine suç işlemesinin özel bir şeklidir. Kişinin kendisine karşı suç işlemesi cezalandırılmadığı gibi razı olan kişiye karşı suç işlenmesi de cezalandırılmayacaktır. Kendi aleyhine suç işlemek isteyen kişi, adeta bu konuda başkasına vekâlet vermektedir. Asilin yaptığı fiil suç teşkil etmediği takdirde, vekilin cezalandırılması imkânsızdır. Bu nedenle, mağdurun rızası ile ona karşı suç işleyen kişi de cezalandırılmayacaktır¹⁷⁰.

Bu teori de eleştirilmiştir. Her ne kadar fail ile mağdur sıfatının birleştiği durumlarda, kişiyi cezalandırmak mümkün olmasa da, rıza gösteren ve fiiline rıza gösterilen kişi aynı kişiler olmadığı için bu görüş geçerliliğini yitirmektedir¹⁷¹.

Bu teoriye getirilen bir diğer eleştiri ise ceza hukukunda rızada fiiline rıza gösterilen kişinin rızayı kabul etmesi gerekmezken, vekâlet ilişkisinin kurulabilmesi için vekilin vekâleti kabul etmesi gerekmektedir. Ayrıca, fiiline rıza gösterilen kişi, fiili gerçekleştirmekle yükümlü değildir. Hâlbuki vekâlet ilişkisinde, vekâleti kabul eden vekile, vekâletin gereklerini yerine getirme yükümlülüğü yüklenmektedir¹⁷².

2.3.2.5. Diğer Teoriler

İtalyan ceza hukuku doktrininde kimi yazarlar rızanın hukuki esasını, sübjektif teori ile açıklamaya çalışmışlardır. Buna göre, suçun manevi unsurundan hareketle, ilgilinin rızasını alan failin saiklerinde kötülük olmaması nedeniyle fail kusurlu sayılmayacaktır¹⁷³.

İtalyan ceza hukuku doktrininde bazı yazarlar ise rızanın hukuki temelini objektif teoriye dayandırmıştır. Buna göre, rızanın hukuka aykırılığı kaldırmasının nedeni, sosyal zararın olmayışıdır. Devletin rıza üzerine gerçekleştirilen fiili cezalandırmamasının nedeni, suçun sosyal zarara neden olmamasıdır. Hak sahibi tarafından terkedilen hukuki menfaat, özel kişinin zararının olmadığını göstermektedir. Hak sahibinin zarar saymadığı bir şeyi, toplumun zarar sayması anlamsızdır. Bu nedenle, rızanın varlığı halinde, devletin ceza

¹⁶⁹ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 46.

¹⁷⁰ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*, s. 68.

¹⁷¹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*, s. 69.

¹⁷² Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*, s. 69.

¹⁷³ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 355.

vermekte menfaati yoktur¹⁷⁴. Türk hukukunda *Soyaslan*, bu görüşe daha yakın olduğunu ifade etmektedir¹⁷⁵.

Bazı yazarlar ise rızanın hukuki temelini, tek bir düşünceye dayandırılmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre, rıza somut durumda gösterdiği özelliğe göre hukuki şekil alacak, bazı durumlarda haktan feragat, bazı durumlarda ibra, bazı durumlarda ise bir hakkın temlik ile açıklanacaktır¹⁷⁶.

Alman ceza hukuku öğretisinde *Honig* bu düşüncededir. *Yazar*'a göre¹⁷⁷, rızanın hukuki esasını, tek bir teori ile belirlemek mümkün değildir. Ceza normunun koruduğu değere göre, hukuki yapı da değişiklik göstereceğinden, rıza bakımından farklı geçerlilik şartları söz konusu olacaktır.

2.3.2.6. Görüşümüz

Görüldüğü gibi açıklamaya çalıştığımız her bir teori, ceza hukuku doktrininde kendisine taraftar bulmuştur. Ceza hukukunda rızanın hukuki niteliğinin, medeni hukuk alanına ait hukuki işlem, hukuki fiil, feragat, vekâlet, ibra, yetki gibi kavramlarla açıklanmasını doğru bulmuyoruz. Rızanın bir irade beyanı olması ve hukuksal bazı sonuçlar doğurması nedeniyle hukuki bir işlem¹⁷⁸ olduğu doğrudur. Ancak bu durum, rızanın hukuki niteliğinin, hukuki işlem olarak açıklanması için yeterli değildir. Zira rızanın, hukuka uygunluk etkisi doğurabilmesi için ceza hukuku normlarının rızaya hukuki bir etki tanınması gerekir. Bu etkinin tanınmadığı durumlarda ise rıza başka hukuk dallarında etki doğursa da, ceza hukuku alanında geçerli olmayacaktır¹⁷⁹. Örneğin, bir kişinin taşınır malını onun rızası olmadan bulunduğu yerden alan kişi hırsızlık suçunu işlemiş olacaktır. Malın sahibinin, suç işlendikten sonra bu malın alınmasına icazet göstermesinin ceza hukuku sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır. Zira rızanın geçerli olabilmesi için fiil gerçekleştirilmeden önce ya da fiilin gerçekleştirildiği sırada açıklanmış olması gerekir. Ancak göstermiş olduğu bu rızanın

¹⁷⁴ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 355.

¹⁷⁵ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 355-356. Aynı yönde Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 182-183

¹⁷⁶ Sırma, Ö. (2011). *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, s. 30.

¹⁷⁷ Honig, R. (1919). *Die Einwilligung des Verletzten Teil I Die Geshichte des Einwilligungensproblem und die Methodenfrage*, Berlin, Leipzig, s. 140 vd. (aktaran Sırma, Ö. İlgilinin Rızası, s. 30).

¹⁷⁸ Hukuki işlem, "bir veya birden çok kişinin hukuksal bir sonuca yönelttikleri irade açıklaması" olarak tanımlanmış, vasiyetname düzenlenmesinde olduğu gibi tek yanlı olabileceği gibi sözleşmelerde olduğu gibi çok yanlı da olabileceği ifade edilmiştir (Yılmaz, E., *Hukuk Sözlüğü*, s. 556). Hukuki işlemin diğer bir tanımı ise "hukuksal sonuca yönelik olan bir irade açıklaması" şeklindedir (Kılıçoğlu, A. [2012]. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15.Baskı)*, Ankara: Turhan Kitapevi, s. 40).

¹⁷⁹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 187.

özel hukuk anlamında sonuçları olacaktır. Türk Borçlar Kanunu m. 52 hükmü, zarar görenin zarar doğuran fiile razı olmasını, tazminatta indirim nedeni olarak düzenlemiştir. Ayrıca, rıza açıklaması, faile fiili gerçekleştirme hususunda bir hak vermediği gibi rıza açıklayan kişiye de, her halde fiile katlanma yükümlülüğü yüklemes.

Rızanın, kamu hukukuna ait hukuki bir işlem olduğu da kabul edilebilir değildir. Kamu hukukunun mahiyeti gereği, bu alanda işlem tesis etme yetkisi bireylere ait değildir. Kamu hukukuna ait işlemler, mevzuatın verdiği yetkiler çerçevesinde, kamu makamları, istisnai durumlarda ise bireyler tarafından tesis edilir.

Rızanın hukuki esasının haktan feragat teorisi ile açıklanması da doğru değildir. Feragat özel hukuk alanına ait bir kavram olup, sonucunda bir hakkın kaybını gerektirir. Mağdur göstermiş olduğu rıza ile bir hakkını kaybetmek istememektedir¹⁸⁰. Sadece belirli bir fiile, belirli bir zaman diliminde, belirli şartlar altında, belirli gerekçelerle rıza göstermekte, müsaade etmektedir.

Rızanın hukuki esası, kendi aleyhine suç işleme teorisi ile de açıklanamaz. Zira ceza hukukunda, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği, bir kişinin bir kimseye kendi adına suç işlemesi konusunda vereceği yetkiye hukuki bir sonuç bağlamak mümkün değildir. Kişi, bir suçu kendi nam ve hesabına işlemesi hususunda, diğer bir kişiyi yetkilendirse, suç işleyen kişinin ceza hukuku sorumluluğu ortadan kalkmaz. Ayrıca, sözde yetki veren kişi, işlenen suç nedeni ile azmettiren olarak sorumlu tutulur. Aynı şekilde, bir kişinin kendisine karşı suç işlenmesi hususunda, bir başkasına vereceği sözde yetki, fiili gerçekleştiren kişinin ceza hukuku sorumluluğunu kaldırmaz. Bu durumda, kişinin kendisine karşı suç işleyememesi prensibi, yalnızca razı olan kişinin ceza hukuku sorumluluğunu ortadan kaldırır. Hâlbuki ceza hukukunda rıza, temelde, fiile rıza gösterenin değil rıza doğrultusunda fiili icra eden kişinin ceza hukuku sorumluluğuna etki eder.

Hukuki menfaatten vazgeçme teorisi de rızanın hukuki esasını açıklamakta yetersiz kalmıştır. Rıza ile kişi, bir menfaatinden ya da hakkından feragat etmez. Hukuki değerler, mahiyetleri itibarıyla, üzerlerinde tasarruf edilebilecek değerler değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi hukuki değerler üzerinde tasarruf yetkisi, rıza gösterme ehliyetine sahip olan kişinin, hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içerisinde, bir hukuki değerini ihlal eden fiili kabul etmesi, onaylaması olarak tarif edilmelidir¹⁸¹. Tasarruf yetkisinden

¹⁸⁰ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*, s. 69.

¹⁸¹ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 370.

bahsedildiğinde, suçun konusu akla gelir. Örneğin, kişi vücudu üzerinde, sahip olduğu mal varlığı üzerinde, belli tasarruflarda bulunma yetkisine sahiptir¹⁸². Sonuç olarak, hukuki değer soyut nitelikte olup, üzerinde tasarruf edilebilecek bir şey değildir. Dolayısıyla kişi rızası ile bir haktan, menfaatten ya da hukuki değerden vazgeçmemektedir.

Rızanın ilişkili olduğu hukuki değerler ile yine bir değer olarak kabul edilen kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir çatışmanın olmadığı ileri sürülmüş; hukuk politikası teorisi bu gerekçeyle eleştirilmiştir. Buna göre, rızanın ilişkin olduğu hukuki değer ile kendi geleceğini belirleme hakkı birbirini tamamlayan iki husustur. Kişi, hukuki değerle bağlantılı olarak tasarrufta bulunarak, kendi geleceğini belirler¹⁸³.

Bu görüş, bireyin tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler bakımından yerindedir. Gerçekten birey, hukuk sisteminin kendisine tanıdığı tasarruf yetkisini kullanmak suretiyle, kendi geleceğini şekillendirir. Bu nedenle, tasarruf yetkisinin kabul edildiği durumlarda, rızanın ilişkin olduğu hukuki değer ile kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir çatışmadan bahsedilemez. Zira bireyler, kendi geleceğini belirleme hakkının sonucu olan tercih haklarını, rıza marifeti ile kullanırlar. Ancak, hukuk sisteminin tasarruf edilemeyeceğini ya da belirli şartlar altında tasarruf edilebileceğini öngördüğü hukuki değerler bakımından, yapılan bu açıklama isabetli değildir. Zira hukuk sistemi, belirli nedenlerle, bazı hukuki değerlerle ilgili olarak tasarruf yetkisini kabul etmemektedir. Hatta tasarruf yetkisinin kabul edildiği durumlar da dahi sistem bazı tasarrufları hukuka aykırı kabul etmektedir. Örneğin, kişilerin hukuki değerleri ile ilgili tasarruf yetkilerini, başkalarının hukuki değerlerini ihlal edecek şekilde kullanmalarına müsaade edilemez. Bu tip tasarruflar bakımından hukuk sistemi, rızanın ilişkin olduğu hukuki değer konusunda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına sınırlandırmalar getirmektedir. Bu durumlarda, hukuki değer ile kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir mukayese yapılır. Bunun sonucu olarak, bu değer karşısında, kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik verilemez. İzlenen hukuk politikası gereği sistem, bu konuda bireylere tercih hakkı tanımamıştır. Bu yaklaşımlar, hukuk sistemine hâkim olan genel prensiplere göre belirlenecektir. Bu vesileyle ifade etmek gerekir ki, hukuk politikası teorisi, rızanın ceza hukuku bakımından hukuki niteliğini açıklamaktan ziyade, anayasal temellerini açıklamaktadır.

¹⁸² Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 393.

¹⁸³ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 52.

Kanaatimizce, rızanın hukuki niteliği açıklanırken ikili bir ayırım yapmak gerekir. Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rıza ile maddi unsurlar kapsamında kalan rıza bakımından, ayrı değerlendirmeler yapmak gerekir. Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rızanın ceza hukuku bakımından hukuki esasının, hukuki değer kavramı ile bağlantılı olarak açıklanması yerinde olur. Buna göre rıza, tasarruf yetkisi kabul edilmiş olan hukuki değere ilişkin olarak, hukuk düzeni tarafından sağlanan soyut hukuksal korumadan vazgeçilmesidir. Bu bağlamda rıza, ceza normunca korunan hukuki değer ihlaline izin veren bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı, hukuki bir sonuca yöneliktir ve bu yönü ile rıza hukuki bir işlemdir. Bu iradenin dayanağı, kişiye karşısına çıkan birden fazla tercihten herhangi birini seçme ya da hiçbirini seçmeme yetkisi veren kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Kişi, bu tercih hakkını açık ya da zımnî bir irade açıklaması marifeti ile kullanır. Bu açıklama, rıza şeklinde olabileceği gibi rızasızlık şeklinde de olabilir.

Maddi unsur kapsamında ele alınan rızaya gelecek olursak, bu rızanın fiili suç olmaktan çıkarmasının sebebi, kanun koyucunun yapmış olduğu suç teşkil eden haksızlık tarifidir. Rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade beyanının suçun unsuru olarak düzenlendiği bir durumda, rızanın varlığı tipik haksızlığın oluşmasına engel olan bir unsur olarak karşımıza çıkar. Bu tip bir durumda, hukuki değerle bağlantılı tasarruf yetkisi tartışılmaz. Bu suçlar bakımından kanun koyucu bir tercihte bulunmuş; tipik bir haksızlığın tanımında, rızaya ya da rızasızlığa unsur olarak yer vermiştir. Kanun koyucunun bu seçimini genellikle, tipik haksızlık olarak tanımlanan fiilin ontik yapısı belirler. Örneğin, “zilyedin rızası olmadan taşınır bir malı yarar sağlamak amacıyla alma” şeklindeki fiil, hırsızlık suçunun tipikliğini oluşturur. Tanımlanan bu fiilin unsurlarından biri, malı zilyetliğinde bulduran kişinin rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradesidir. Yani rızanın olmayışı, tanımlanan davranışın bir özelliğidir. Taşınır bir malı herhangi bir şekilde alma değil, zilyedin rızasızlığına rağmen alma, bu suçun oluşmasına sebebiyet verecektir.

Gerçekten, tipik haksızlığın dahi oluşmadığı bir durumda, ceza hukukunun korumayı amaçladığı hukuki bir değer ihlalden bahsedilemez. Rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade, tipik bir haksızlığın tanımlanmasında unsur olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, ortaya çıkan irade, şekli bir unsurdan ibarettir. Maddi unsurlar kapsamında ifade edilen rıza, suç oluşturan fiilin gerçekleştiriliş şeklidir.

3. RIZANIN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE RIZANIN ŞARTLARI

3.1. Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi

3.1.1. Genel Olarak

Arapça kökenli bir kelime olan rıza¹⁸⁴; razı olma, isteme, istek olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁵. Ceza hukuku bakımından ise rıza, Romalı hukukçu *Ulpian*'ın *Digeta*'nın 47. kitabında aktardığı, “*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, “*ilgilinin rızası ile gerçekleşen şey, haksızlık teşkil etmez*” kuralına dayanan bir alt yapıya sahiptir. Bu kural daha sonra, “*volenti non fit iniuria*”, “*rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez*” şeklinde ifade edilegelmiştir¹⁸⁶.

Bu kuralın, modern ceza hukuku bakımından geçerliliğini yitirdiğini söylemek mümkündür. Zira çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz gibi toplumdaki bireylerden her birini ilgilendiren hukuki değerle ilişkili olarak, bireylerin tasarruf yetkileri yoktur. Dolayısıyla, bu hususta açıklanan rızanın hukuka aykırılığa etkisi yoktur. Ayrıca, bireylerle doğrudan ilişkili olan hukuki değerlerle ilgili olarak dahi, kişilerin mutlak surette tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle, modern ceza hukukunda rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği durumların, kural değil istisna olduğunu söylemek yerinde olur.

Rızanın modern ceza hukukunda tartışıldığı zemini, onun hukuki esasını açıklarken ortaya koymaya çalıştık. Uzun süredir yapılan tartışmalar hâlihazırda devam etmektedir. Bununla birlikte gelinen aşamada, korunan hukuki değerle bağlantılı rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradenin ceza hukuku bakımından önem taşıdığını ifade etmemiz gerekir. Rıza, sadece fiili hukuka uygun hale getirdiği durumlarda değil, fiilin hukuka uygunluğu üzerinde etkili olmadığı durumlarda dahi, ceza hukuku sorumluluğuna etki etmektedir.

¹⁸⁴ Rızanın karşılığı olarak literatürde kullanılan birçok kavram vardır. Bunlardan bazıları: onam, olur verme, olur bildirme, müsaade, izin, ruhsat, muvafakat.

¹⁸⁵ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi: 18.8.2018).

¹⁸⁶ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 185; İçel, *Genel Hükümler*, s. 389; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 263; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 288-289; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 329; Koroşec, D. (2011). “*Mağdurun Rızası Öğretisinin Slovenya’da Son Yıllardaki Değişimleri*”. (Çev. Aykut Ersan). *İÜHFİM*, LXX(1), s. 364; Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 135; Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, s. 66.

Alman Ceza Kanunu'nda (Alm. CK) rıza, genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiş değildir. Buna gerekçe olarak, rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerine nazaran çok daha fazla suç tipine uygulanabilmesi nedeniyle şartlarının formüle edilemeyecek ve kanunlaştırılmayacak derecede karmaşık olması gösterilmiştir¹⁸⁷. Bunun yanında, kasten yaralama fiili bakımından rıza hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Yaralama fiillerinde rızayı düzenleyen Alman Ceza Kanunu m. 228 hükmü şu şekildedir¹⁸⁸:

“Yaralama fiilinin, yaralanan kişinin rızası ile gerçekleştirildiği hallerde, rızanın bulunmasına rağmen fiil ahlaka aykırı ise, sadece bu durumda hukuka aykırılık vardır.”

Alman Ceza Kanunu'nun aksine İtalya Ceza Kanunu (İt. CK), rızayı açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir¹⁸⁹. Rızayı genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenleyen İt. CK m. 50 hükmü şu şekildedir¹⁹⁰:

“Bir kimsenin, üzerinde muteber bir şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hakkı, onun rızasıyla, zarara uğratan veya tehlikeye sokan kimse cezalandırılmaz”.

Türk hukukunda rıza, 765 sayılı eski TCK'nın aksine¹⁹¹, 5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak, açıkça düzenlenmiştir¹⁹². TCK m. 26/2 hükmüne göre,

¹⁸⁷ Gropp, W. (1998). “Alman Bakışına Göre TCK 1989 Ön Tasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”. (Çev. Faruk T.). **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, Konya, s. 225 vd.

¹⁸⁸ Hükmün Almanca metni için: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf> (Erişim: 10.1.2018).

¹⁸⁹ Cassani, C. (2008), “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza” (Çev. Mustafa Ö. ve Muharrem Ö.). **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 21(77), s. 237.

¹⁹⁰ Hükmün İtalyanca metni için: <http://www.anvu.it/wp-content/uploads/2016/03/codice-penale-navigabile-4-marzo-2016.pdf> (Erişim: 10.1.2018).

¹⁹¹ 765 sayılı TCK, rızayı açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlememişti. Bununla birlikte hem doktrinde, hem de yargı içtihatlarında rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca 765 sayılı TCK'nın birçok maddesinde, mağdurun rızasının bulunmamasına unsur olarak yer verilmiştir.

¹⁹² Rıza, özel hukuk alanında da hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Rıza, hem Türk Medeni Kanunu 24/2 hükmü ile hem de “Hukuka aykırılığı kaldıran haller” başlıklı Türk Borçlar Kanunu 63. maddesi hükmü ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden biri olarak düzenlenmiştir. TBK m. 63 hükmü şu şekildedir:

“Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

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 hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

TMK m. 24/2'de rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

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.”

“kişinin¹⁹³ üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

Bununla beraber, pek çok suç tipinde rızaya unsur olarak yer verilmiştir. Bazı suç tiplerinde, suç tanımında rızanın varlığı bir unsur olarak aranmakta iken, bazı suç tiplerinde rızanın olmayışına unsur olarak yer verilmiştir.

Rıza, sadece suçun maddi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru bakımından özellik arz etmez. Bunların yanında, bir fiile rıza veya rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade beyanı, ceza sorumluluğunun belirlenmesine birçok açıdan etki etmektedir. Kusurluluk, cezanın belirlenmesi (somut-soyut) gibi konularda, rıza veya rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade önem arz etmektedir.

Bu kısımda ilk olarak, geçerli kabul edildiği durumlarda rızanın, hukuka uygunluk nedeni olarak mı yoksa maddi unsurlar kapsamında mı ele alınması gerektiği ile ilgili tartışmalar üzerinde duracağız. Bu tartışmalara yer verdikten sonra, rızanın hukuka aykırılık üzerinde etkisi ile maddi unsurlar kapsamında rıza üzerinde duracağız. Son olarak rızanın geçerli kabul edilmediği durumlarda dahi, ceza hukuku sorumluluğu üzerinde etkili olduğunu ortaya koymaya çalışacağız. Bu kapsamda rızayı; kusurluluk, cezanın belirlenmesi (somut-soyut) gibi konularla bağlantılı olarak ele almaya çalışacağız.

3.1.2. Tartışmalar

Rızanın ceza hukuku sorumluluğuna etkisi incelenmeden önce, bu hususta doktrinde ileri sürülen görüşleri ele almak, konunun daha iyi anlaşılması bakımından yerinde olacaktır. Bu tartışmalar, geçerli kabul edildiği durumlarda, rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak mı yoksa maddi unsurlar kapsamında mı ele alınması gerektiğine ilişkindir.

Doktrinde, rızanın hukuka aykırılık üzerinde etkili olduğu, rızanın tipiklik üzerinde etkili olduğu ve hukuka aykırılık ve tipiklik üzerinde etkili olan iki farklı rıza türü bulunduğu yönünde üç temel görüş bulunmaktadır. Bu görüş farkları, özellikle suçun manevi unsuru

¹⁹³ Kanun koyucu, “mağdurun rızası” ibaresi yerine, madde başlığında “ilgilinin rızası”, madde metninde ise “kişinin rızası” ibarelerini tercih etmiştir. Kanun koyucu, bu tercihinin nedenini madde gerekçesinde açıklamıştır. Buna göre, rıza suçun oluşumu açısından, fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklanması durumunda etkili olur. Bu nedenle, rızanın bulunması durumunda, herhangi bir mağduriyetten bahsedilemez (TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s. 432).

olan kastın kapsamının tespiti, rızanın geçerlilik şartlarında ve hata hallerinde ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır¹⁹⁴.

3.1.2.1. Hukuka Aykırılık ve Tipiklik Üzerinde Etkili Olan İki Farklı Rıza Türü Bulduğuna İlişkin Görüşler

İlgilinin rızası, suç teorisi kapsamında genel olarak hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilegelmiştir. Alman ceza hukuku doktrininde, 2. Dünya Savaşı sonuna kadar rıza konusunda yapılan tartışmalar, daha çok rızanın kapsamı, rıza açıklamasında bulunacak kişilerin algılama yeteneği ve rızada temsil konuları ile sınırlı kalmıştır¹⁹⁵.

Alman ceza hukukçusu *Geerds*'in, 1953 tarihli doktora tezi ile birlikte, rıza ile ilgili teorik değişiklikler gündeme gelmiştir. *Geerds* tezinde, ilgilinin rızasını tipikliği kaldıran rıza (tipikliğin unsuru olarak rıza) ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza (hukuka uygunluk nedeni olarak rıza) olarak ikiye ayırarak incelemiştir¹⁹⁶.

Alman doktrininde de desteklenen ve düalist teori olarak adlandırılan bu teoriye göre, bir suç tipinde fiilin ilgilinin iradesine karşı ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmesi istenmiş ise bu tip suçlarda rıza tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra edecektir. Zira bu tip suçlarda, fiilin niteliği gereği, ilgilinin rızasına aykırı olarak ya da ilgilinin rızası bulunmaksızın gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Bu tip suçlar dışında kalan suçlarda ise ilgili kişinin rızasını hukuka aykırılığı engelleyen bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekecektir¹⁹⁷. Buna göre, rızanın tipikliğe mi, yoksa hukuka aykırılığı mı etki ettiğinin belirlenmesi için ilk olarak suçun kanuni tanımına bakmak gerekecektir. Şayet suç tanımında rıza açıkça unsur olarak düzenlenmiş veya suçun tanımında açıkça yer verilmemesine rağmen, yorum yolu ile fiilin ancak ilgilinin iradesine karşı ya da iradesi bulunmaksızın işlenmesi gerektiği anlaşılıyorsa¹⁹⁸, bu tip suçlarda rıza, tipikliğin unsuru

¹⁹⁴ Göktürk, N. (2016) "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), s. 436.

¹⁹⁵ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 286.

¹⁹⁶ Geerds, F. (1953). *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Kiel, s. 8 vd. (Aktaran Rönneau, T. [2014]. "Özgürlüğün Gerçekleştirilmesi Aracı Olarak Rıza". [Çev. Mehmet Nihat K. Ve Salih Ö.] *Ceza Hukuku Dergisi*, 9[26], s. 172).

¹⁹⁷ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 264; Rönneau, T. (2014). *a.g.m.*, s. 172-173.

¹⁹⁸ Örneğin, cebir ve tehdidin bir unsur olduğu suç tiplerinde, fiil ilgili kişinin iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle, bu tip suçlarda rızanın maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda rızanın varlığı, tipikliğin oluşmasına engel olacaktır (Ekici Şahin, *Rıza*, s. 71).

olarak ele alınmalıdır. Bunun dışında kalan durumlarda ise rızanın hukuka aykırılığı engelleyen bir fonksiyon icra ettiği kabul edilmelidir¹⁹⁹.

Türk ceza hukuku doktrininde birçok yazar²⁰⁰ rızayı, tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı engelleyen rıza şeklinde ayırarak incelemektedir. Rızayı tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığa engel olan rıza şeklinde ayırma tabi tutan düalist teori taraftarları, bu ayırma bazı sonuçlar bağlamaktadır.

Öncelikle, bu ayırımın hata halleri bakımından bazı sonuçları vardır. Fail, olayda ilgilinin rızası olmasına rağmen, rızanın olmadığını zannederek fiili icra etmiş olabilir. Diğer bir ihtimalde ise fail olayda ilgilinin rızası olmamasına rağmen rızanın olduğu zannı ile hareket etmiş olabilir. Bu iki durumda, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi için öncelikle rızanın tipikliği kaldıran rıza mı yoksa hukuka uygunluk nedeni olan rıza mı olduğunun belirlenmesi gerekir.

Tipikliği kaldıran rızada, ilgili kişinin rızası olmasına rağmen kişi bundan haberdar olmadan fiili icra ediyorsa, fiil tipik değildir. Her ne kadar kişi, suç işleme kastıyla hareket etmişse de, tipiklik objektif olarak gerçekleşmediği için ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır²⁰¹. Örneğin, hırsızlık suçunda rıza tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra eder. Taşınır bir malını vermeye razı olmuş bir kişiden, rızası olmadığı zannıyla malını alan bir kişi suç işlediğini zannetmektedir. Ancak malın sahibinin rızasının olması, hırsızlık suçunun tipikliğinin oluşmasına mani olur. Tipikliğin oluşmadığı durumda, ceza hukuku sorumluluğu söz konusu değildir.

Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği suç tiplerinde, ilgilinin rızası olmasına rağmen kişi bundan haberdar olmadan fiili icra ediyorsa, ceza hukuku sorumluluğunun olup olmadığı tartışmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif veya subjektif nitelikte kabul edilmesine göre fiili icra eden kişinin ceza hukuku sorumluluğunun doğru ya da yanlış sorusuna verilen yanıt değişiklik arz edecektir²⁰². Hukuka uygunluk nedenlerini objektif nitelikte olduğunu kabul eden çoğunluk görüşüne göre, bu durumda ceza

¹⁹⁹ Rönneau, T. (2014). *a.g.m.*, s. 172; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 289; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 371.

²⁰⁰ Öztürk/Ertem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 264; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 366; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 370 vd.; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 354; Özen, *Genel Hükümler*, s. 491-492; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 444; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 291; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 83 vd.

²⁰¹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 290, dn. 807; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 444; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 75; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 441, dn. 109.

²⁰² Bu husustaki ayrıntılı tartışmalara, ilerleyen kısımda, “Rızanın Hukuka Aykırılığa Etkisi” başlığı altında yer verilecektir.

hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. Zira hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak varlığı, kişinin bundan yararlanması için gerekli ve yeterlidir; failin ayrıca bu nedenin varlığından haberdar olması gerekmez. Hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmesi için failde hukuka uygun hareket ettiği yönünde bir bilincin olması gerektiğini savunan sübjektif teori taraftarlarına göre ise failin bilmediği ancak objektif olarak var olan hukuka uygunluk nedeni, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Buna göre, ilgilinin rızası olmasına rağmen, fail bunu bilmeden fiili icra ediyorsa, rıza fiili hukuka uygun hale getirmeyecek; ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁰³. Örneğin, hasta tıbbi bir müdahaleye rıza göstermesine rağmen bundan haberdar olmayan bir hekim, uyuduğu bir esnada hastaya müdahalede bulunması durumunda kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

Olayda ilgilinin rızası olmamasına rağmen rızanın olduğu zannı ile hareket eden kişinin, rızanın tipikliği kaldırdığı suç tipleri bakımından, suçun maddi unsurlarında hataya düştüğü kabul edilir. Kişi bu hatası nedeniyle varsa taksirinden dolayı sorumlu tutulabilecektir (TCK m. 30/1). Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği suç tipleri bakımından ise ilgili kişinin rızası olmamasına rağmen, rızanın olduğu zannı ile hareket eden kimse, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşmüştür. Bu durumda ceza hukuku sorumluluğu, TCK m. 30/3 hükmüne göre²⁰⁴ belirlenecektir²⁰⁵.

Düalist teoriye göre, tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığa engel olan rıza şeklindeki ayrımın, rızanın geçerliliğiyle ilgili de bazı sonuçları vardır. Buna göre, rızanın maddi unsurlar kapsamında ele alındığı durumlarda, geçerliliği için bilinçli bir onaylama yeterlidir; rızanın açıklanması zorunlu değildir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise iradenin şüpheye yer vermeyecek netlikte açık veya zımni olarak açıklanması gerekir²⁰⁶. Teoriye göre, rıza ehliyeti bakımından da tipikliği kaldıran rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasında fark vardır. Tipikliği ortadan kaldıran rızada, doğal irade yeteneği yeterli görülür. Rıza gösteren kişinin iradi hareket etme yeteneğine sahip olması yeterlidir; ayrıca fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğine sahip olması aranmaz. Buna karşılık, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerli olabilmesi için kişinin iradi hareket etme yeteneğinin

²⁰³ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 444; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 75-76; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 441, dn. 109.

²⁰⁴ Bu durumda ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceğiyle ilgili ayrıntılı tartışmalara "Rızanın Hukuka Aykırılığa Etkisi" başlığı altında yer verilecektir.

²⁰⁵ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 444; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 77; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 441, dn. 109.

²⁰⁶ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 264; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 290, dn. 807; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 72; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 441, dn. 109.

yanında, rızanın anlam ve sonuçlarını anlayabilme yeteneğinin de bulunması gereklidir²⁰⁷. Ayrıca tipikliği ortadan kaldıran rızaya irade sakatlıkları herhangi bir etkide bulunmazken, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza irade sakatlıkları nedeniyle geçersiz hale gelmektedir. Yani hukuka uygunluk nedeni olan rızada, ilgili kişinin anlama ve isteme yeteneğine sahip olması, verdiği kararın kapsamına ve özelliğine müzahir olması aranırken, maddi unsur olan rızada ise kişinin doğal irade yeteneğinin varlığı yeterli görülmüş; rızanın varlığı ya da yokluğu şeklen aranmıştır²⁰⁸.

3.1.2.2. Rızanın Tipiklik Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü

Bazı yazarlar ise rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını, tipikliği kaldıran rıza ve hukuka uygunluk nedeni olarak rıza şeklinde ayırım yapmanın gereksiz olduğunu, rızanın tüm suçlar bakımından tipiklik unsuru üzerinde etkili olduğunu, rızanın tamamıyla bir tipiklik sorunu olduğunu savunmaktadır.

Monist teori olarak da bilinen bu görüş, Alman ceza hukuku doktrininde, özellikle Roxin tarafından savunulmaktadır. Yazar bu görüşünü, “liberal ve bireyle bağlantılı hukuki değer öğretisi” olarak ifade etmektedir. Buna göre, tipikliği kaldıran rıza-hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklindeki ayırımda belirleyici bir kriter ortaya koymak ve bu ayırıma farklı hukuki sonuçlar bağlamak mümkün değildir. Zira rıza, esas olarak norm ile korunan hukuki değer ile bağlantılı bir problemdir. Rızanın tipikliği ortadan kaldırıcı etkisi, tek başına fiilin sosyal uygunluğu ile açıklanamaz. Aksine rızanın tipikliği ortadan kaldırması öncelikle anayasa ile güvence altına alınmış olan hareket serbestisinden, yani kendi geleceğini belirleme hakkından ileri gelmektedir. Bu serbesti, bireyin kendisine ilişkin hukuki değerlerle bağlantılı olarak serbestçe tasarrufta bulunabilmesini de sağlar. Bireyin kendisine ile ilgili bir hukuki değerle ilgili tasarruf yetkisini kullanması sonucu gerçekleştirilen bir fiilin, norm ile korunan hukuki değeri ihlal etmesi mümkün değildir. Hukuki değer ihlalinin olmadığı bir durumda, tipiklik unsurunun gerçekleşmesinden söz edilemez²⁰⁹.

²⁰⁷ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 264; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 290, dn. 807; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 372; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 73; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 441, dn. 109.

²⁰⁸ Rönneau, T. (2014). *a.g.m.*, s. 173; Gropp, W. (1998). *a.g.m.*, s. 229; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 264; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 290, dn. 807; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 74; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 441, dn. 109.

²⁰⁹ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage*, Verlag C. H. Beck, München, § 13, kn. 12-14 (aktaran Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 290-291; Göktürk, N. [2016]. *a.g.m.*, s. 436-438).

Hukuki değer ile bu değere ilişkin tasarruf yetkisi ayrılmaz bir bütündür. Örneğin, mülkiyet hakkı hak sahibinin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini marifetiyle kullanılır. Tasarruf yetkisi olmaksızın, mülkiyet hakkının varlığı tek başına bir anlam ifade etmez. Kişi, malının tahrip edilmesine rıza gösteriyor ise bu fiil mülkiyet hakkını ihlal etmez; aksi düşünce suçun konusu ve normla korunan hukuki değer birbirine karıştırılmasını sonuçlar. Benzer bir diğer örnek kasten yaralama suçu bakımından verilebilir. Kasten yaralama suçunun konusunu oluşturan vücut ancak ruh ile anlam kazanır. Örneğin, estetik bir cerrahi müdahale, kişinin vücut dokunulmazlığına bir saldırı olarak nitelendirilemez. Tam aksine, kişinin bu tasarrufu, bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine hizmet eder. Bunun sonucu olarak, hukuki değer ancak hak sahibinin rızasının bulunmaması durumunda ihlal edilebileceği söylenebilir²¹⁰.

Roxin'in ileri sürdüğü diğer bir gerekçe ise tüm hukuka uygunluk nedenlerinin temel dayanağı olan değerler çatışmasının, rıza bakımından mevcut olmamasıdır. Değerler çatışmasının söz konusu olduğu durumda, daha önemli kabul edilen değer korunması için gerekli olması koşuluyla, daha az önemli kabul edilen değer feda edilmektedir. Daha az önemli sayılan değer korunmasından vazgeçilmekte ve hukuk düzenince bu durum meşru görülmektedir. Rızada ise fiili icra eden ile fiilin icrasına rıza gösteren kişinin değerleri arasında bir çatışma bulunmadığı gibi fiilin gerekliliğinden de söz edilemez. Rızanın varlığı halinde, korunması gereken bir değer bulunmamaktadır; bu ise hukuka uygunluk ile ilgili değil, tipiklik ile ilgili bir sorundur²¹¹.

3.1.2.3. Rızanın Hukuka Aykırılık Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü

Bazı yazarlar, rızayı her durumda hukuka uygunluk nedeni olarak görmektedir. Suçun unsurlarını ikiye ayırarak inceleyen, hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsur olarak değil maddi unsur kapsamında ele alan yazarlar, rızayı “*tipikliğin negatif unsurları*” teorisi ile açıklamaya çalışırlar. Buna göre, maddi unsurun varlığından bahsedebilmek için işlenen fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Dolayısıyla hukuka aykırılık, bağımsız bir unsur değil, maddi unsurun içinde yer alan fiilin özelliğidir²¹². Suçun unsurları, gerçekleşmesi gereken pozitif unsurlar ile gerçekleşmemesi gereken negatif unsurlar olmak üzere ikiye

²¹⁰ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 13, kn. 12-14 (aktaran Göktürk, N. [2016]. *a.g.m.*, s. 436-438).

²¹¹ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 13, kn. 22 (aktaran Göktürk, N. [2016]. *a.g.m.*, s. 436-438).

²¹² Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 156 vd.; Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 210 vd.

ayrılır. Pozitif unsurlar objektif(maddi) ve sübjektif(manevi) unsurlar olmak üzere iki tanedir. Negatif unsurlar ise hukuka uygunluk nedenleridir. Hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması ile tipikliğin negatif unsuru da gerçekleşmiş olur. Pozitif ve negatif bütün unsurların gerçekleşmesiyle fiil tipik hale gelir²¹³.

Teoriye göre, rızanın suç tipinde yer almasıyla almaması arasında bir fark yoktur. Rıza da diğer hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi suçun negatif unsurudur; Suç tipinde belirtilmese de negatif unsur olarak maddi unsur kapsamında yer alır. Bu nedenle rızayla gerçekleşen yaralama fiili ile rıza doğrultusunda kişinin konutuna girilmesi arasında yapısal olarak bir fark yoktur. Her iki fiil de, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle tipik değildir²¹⁴.

3.1.2.4. Görüşümüz

Rızayı her durumda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşe katılmıyoruz. Hukuka aykırılık, bağımsız bir unsur olarak kabul edilmesi gereken geniş bir kavramdır. Zira hukuka aykırılık, bütün hukuk düzenini ilgilendirir. Hukuka aykırılığı ceza hukuku kapsamında ele almak, sadece suç tipine indirgemek doğru bir yaklaşım değildir²¹⁵. Bu nedenle, hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak görmeyen, suçun maddi unsuru kapsamında ele alan görüşlere katılmıyoruz. Bu husus üzerinde yapılan tartışmalara, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında, hukuka aykırılık kavramını açıklarken, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza” başlığı altında, daha geniş yer vereceğiz. Burada, hukuka aykırılığın ve rızanın tipikliğin negatif unsuru olduğu görüşünü reddettiğimiz belirtmekle yetiniyoruz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, rıza açık ya da zımni bir irade açıklamasından ibarettir. Rızasızlık da rıza gibi açık ya da örtülü bir irade beyanıdır. Bir fiili kabul etmekle, bu fiili reddetmek arasında ontik olarak bir fark yoktur. Her ikisi de, kişinin iradesine dayanan bir düşüncenin açıklanmasından ibarettir. Bu düşüncenin reddetme, kabul etmeme şeklinde ortaya çıkması onu negatif unsur haline getirmez. Bu nedenle, rıza ve rızasızlık arasında ontik olarak bir zıtlıktan bahsedilemez. Bir şeyin var olması ile yok olması arasında bir zıtlıktan bahsedilebilir. Örneğin, bir eşyanın olmayışı, var olmasının negatiftir. Ancak, rızasızlık, varlıksal anlamda rızanın negatifi olarak kabul edilemez. Rıza ile rızasızlık

²¹³ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 65-66; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 366.

²¹⁴ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 67.

²¹⁵ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 83 vd.

arasındaki zıtlık, dūşünsel, deęerlendirmeye dayanan bir zıtlıktır. Bir fiili kabul etme veya reddetme Őeklinde ortaya çıkan iradenin varlıksal anlamda zıttı, kiŐinin bu konuda dıŐ dūnyaya akseden hiçbir dūŐüncesinin bulunmamasıdır.

Hukuk sistemi bazı hukuki değerlerle ilgili olarak suç konusu üzerinde, belli Őartlar altında, kiŐilere tasarruf etme imkânı tanımıŐtır. KiŐi bu tasarruf yetkisini farklı Őekillerde kullanabilir. Bu kapsamda, kiŐi fiile rıza gōsterebilir veya rıza gōstermeyebilir ya da belli sınırlandırmalar getirerek rıza gōsterebilir ya da fiille ilgili açık ya da örtölü hiçbir fikir beyan etmeyebilir. Bütün bu durumlarda kiŐi, hukuk sisteminin kendisine tanımıŐ olduğu tasarruf yetkisini kullanmaktadır. Bir fiile gōsterilen rıza, rızasızlık veya kısmi rıza, kiŐilerin iradesine dayanan dūŐüncelerini açıklamaları anlamına gelir; bu açıklama soyut da olsa bir varlığa sahiptir. Bunlar arasında varlıksal anlamda bir zıtlıktan bahsedilemez. Bu nedenle, her ne kadar dūŐünsel anlamda negatif bir çaęrıŐım yapsa da, rızasızlığın da rıza gibi pozitif bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiğini dūŐünüyoruz.

Rızayı, her halde maddi unsurlar kapsamında değerlendiren, monist teoriye de katılmıyoruz. Rızanın suç tanımında yer alan fiilin özelliğine göre maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Yapılan suç tanımları gereği, rızanın birçok suç tipi bakımından, maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Suç olarak tanımlanan fiiller, mahiyetleri gereği, genel olarak rıza hilafına gerçekleştirilen fiillerdir. Ancak bu kural her suç tanımı bakımından geçerli değildir. Bazı suç tanımları bakımından, rızanın varlığı ya da yokluğu tipik haksızlığın belirlenmesinde önemsizdir.

Monist teorinin, hukuki değer ile bu değerle bağlantılı tasarruf yetkisinin ayrılmaz bir bütün olduğu Şeklindeki görüşü de, izaha muhtaçtır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi hukuki değerler soyut kavramlardır; mahiyetleri gereği, üzerinde tasarruf edilebilmesi mümkün değildir. Üzerinde tasarruf edilen Şey suçun konusudur. Ayrıca, ceza normlarıyla kişilerin tasarruf yetkilerinin de korunduğu görüşü eleŐtirilmektedir. Bu durumun kabul edilmesi halinde, hukuki değerlerle ilgili tasarrufta bulunamayacak olan kişilere karşı işlenen suçların cezasız kalabileceği ifade edilmiŐtir²¹⁶.

Suçun maddi unsurunda yer aldığı durumlarda, rızanın fiili suç olmaktan çıkarmasının sebebi, kanun koyucunun yapmış olduğu suç teşkil eden haksızlık tarifidir. Rızanın maddi unsur olarak düzenlendiği suç tipleri bakımından, kanun koyucu bir tercihte

²¹⁶ Amelung, K. (1981). *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, Berlin, s. 26 vd. (aktaran Ekici Şahin, *Rıza*, s. 83).

bulunmuş, tipik bir haksızlığın tanımında rızaya ya da rızasızlığa²¹⁷ unsur olarak yer vermiştir. Bu seçimi belirleyen genellikle, tipik haksızlık olarak tanımlanan fiilin doğal yapısıdır. Örneğin, “*zilyedin rızası olmadan taşınır bir malı yarar sağlamak maksadıyla alma*” şeklindeki fiil, hırsızlık suçunun tipikliğini oluşturur. Tanımlanan bu fiilin unsurlarından biri, malı zilyetliğinde bulunduran kişinin rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradesidir. Rızanın olmayışı, suç tanımında yer alan hareketin bir özelliğidir. Taşınır bir malı herhangi bir şekilde değil, zilyedin rızasızlığına rağmen alma, bu suçun tipikliğinin oluşmasına sebebiyet verecektir. Ancak kasten yaralama suçunun fiil unsurunu, “*başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*” oluşturur. Bu fiilin, ilgilinin rızasıyla ya da rızası hilafına gerçekleşmesi arasında bir fark yoktur. Bu nedenle, kasten yaralama suçu bakımından rıza maddi unsurlar kapsamında değerlendirilemez.

Bazı suç tipleri bakımından ise rızanın bulunması tipikliğin gerçekleşmesi için gereklidir. Örneğin, TCK m. 104’de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için cinsel birlikteliğin tarafların rızası doğrultusunda gerçekleşmesi gerekir. Bu suç tipinde, rızaya açıkça yer verilmemiş olsa da, suç tanımından fiilin rıza ile gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. TCK m. 104/1 hükmü “*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı*” suç olarak tanımlamıştır. Suç tanımında geçen “*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın*” ifadesi, fiilin tipik olması için rızanın varlığını gerekli kılmaktadır. On beş yaşını tamamlamış çocuğun fiile rıza göstermemesi durumunda veya rıza göstermekle birlikte rızanın; cebiri, tehdit veya hile ile elde edilmiş olması durumunda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliği gerçekleşmemiş olacaktır. Bu durumda TCK m. 103/1-b gereği, çocukların cinsel istismarı suçu oluşur.

Bazı suç tiplerinde ise geçerli bir rızanın varlığı tipikliğin gerçekleşmesine engel olmakla birlikte, tipikliğin gerçekleşmesi için geçersiz bir rızanın varlığı aranmıştır. Yapılan haksızlık tanımı gereği, tipikliğin gerçekleşmesine neden olan rıza, geçersiz bir rızadır. Bu rızanın hususiyeti, yapılan suç tanımına göre belirlenecektir. Örneğin, geçerli bir rızanın varlığı, dolandırıcılık suçu bakımından, tipikliğin oluşmasına engel olacaktır. Bununla birlikte, fiilin tipik olabilmesi, hileyle elde edilmiş bir rızanın varlığına bağlıdır. Bu suç tipi

²¹⁷ Rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade beyanının, suçun unsuru olarak düzenlendiği bir durumda, rızanın varlığı, tipik haksızlığın oluşmasına engel olan bir unsur olarak karşımıza çıkar.

bakımından, kanun koyucunun aradığı unsur, hileyle elde edilmiş bir rızadır. Zira ilgili kişinin rızası olmasa veya rıza cebir veya tehdit ile elde edilmiş olsa dolandırıcılık suçunun tipikliğinin gerçekleştiğinden bahsedilemez. Rızanın bulunmadığı durumlarda hırsızlık suçu, rızanın cebir veya tehditle elde edildiği durumlarda yağma suçu gündeme gelecektir.

Kanaatimizce rızayı tutarlı bir şekilde açıklamayı başaran teori, TCK'nın da benimsediği düalist teoridir. Fiilin oluşturduğu haksızlığın esasını, kanun koyucunun yapmış olduğu suç tanımı belirleyecektir. Kanun koyucu yapmış olduğu tanım ile haksızlık oluşturan fiilin şablonunu çizer. Kanun koyucu, çizdiği bu şablonda açık ya da örtülü rızaya yer vermişse, rızanın bu kapsamda değerlendirilmesi yerinde olur. Bununla birlikte yapılan tanım gereği, rıza açık ya da örtülü olarak fiilin işlenişi bakımından bir fonksiyon icra etmiyorsa, bu rızanın maddi unsur kapsamında değerlendirilmesi anlamsızdır. Bu durumlarda rıza hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkar.

Nitekim 5237 sayılı TCK m. 26/2 hükmü, ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir. Madde gerekçesinde²¹⁸ de ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir. TCK m. 26/2 hükmünün yanında bazı suç tiplerinde rızaya unsur olarak yer verilmesi, rızanın sadece bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğini göstermektedir. Zira rıza, sadece bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilseydi, bazı suç tiplerinde rızaya ayrıca yer verilmesi anlamsız hale gelirdi. Görüldüğü gibi 5237 sayılı TCK, hukuka uygunluk nedeni olan rıza ve tipikliği kaldıran rıza ayırımına yer vermiş, rızaya ilişkin düzenlemelerde düalist teoriyi esas almıştır.

Sonuç olarak, suçun yasal tanımında, rızanın varlığı ya da yokluğu açıkça bir unsur olarak düzenlenmişse yahut açıkça düzenlenmemekle beraber diğer unsurların yorumundan fiilin hukuki değerini ilişkili olduğu kişinin rızasıyla, rızasına aykırı şekilde ya da rızası olmaksızın işlenmesi gerektiği sonucuna ulaşıyorsa, rızanın maddi unsur olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun dışında kalan durumlarda ise rıza hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınmalıdır.

3.1.3. Maddi Unsurlar Kapsamında Rıza

3.1.3.1. Genel Olarak

Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz gibi ceza hukukunun amacı, insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemek, bu yolla toplumsal düzeni sağlamaktır. Bu amacı

²¹⁸ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s. 432.

gerçekleştirmek için hukuki değerler koruma altına alınmakta, insanların birlikte yaşamalarının şartları ile çelişen fiiller yasaklanmaktadır. Böylece ceza hukuku, insanların topluluk halinde ve barış içerisinde yaşamalarına hizmet etmektedir. Kanun koyucu, ceza hukukuna yüklenen bu amaçtan hareketle, ceza hukuku korumasını gerekli kılan haksızlıkları belirler. Bu tip haksızlıklara neden olan tipik²¹⁹ davranışlar, ceza normlarınınca belirlenir²²⁰.

Bir icrai veya ihmali hareketin suç teşkil edebilmesi, ceza normları tarafından yasaklanmış veya emredilmiş olmasına bağlıdır²²¹. Hangi ihmali veya icrai davranışın cezaya layık olduğunu belirleme görevi, toplum adına kanun koyucuya tevdi edilmiş bir görevdir²²². Buradan çıkarılabilecek bir diğer sonuç; ister ihmali olsun ister icrai olsun fiil, sonuçları ne kadar ağır olursa olsun, kanun koyucu tarafından suç olarak tanımlanmamışsa, ceza hukuku koruması dışında kalır²²³.

Doktrinde tipiklik, geniş anlamda tipiklik ve dar anlamda tipiklik olarak ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda tipiklik, cezalandırılabilirliğin tüm koşullarını içine alır. Bu anlamda tipiklik, cezanın verilebilmesi için gerekli unsurların hepsini bünyesinde barındırır. Buna göre, haksızlık tipinin unsurları (objektif ve sübjektif unsurlar), hukuka aykırılık, kusur, objektif cezalandırılabilirlik koşulları, şahsi cezasızlık sebepleri geniş anlamda tipikliğin içine dâhildir. Dar anlamda tipiklik ise her bir suça kendi özelliğini veren, suçun haksızlık içeriğini tasvir eden tanımdaki unsurları ifade eder²²⁴. Çalışmamızın bu kısmında suçun unsuru olarak ele aldığımız tipiklik, dar anlamda tipiklikdir.

Tipiklik, insan hareketlerinin soyut kavramlar kullanılarak tanımlanmasıdır. Tipik haksızlığın tanımlanmasıyla, ceza hukuku bakımından önemli hareketler ile önemsiz hareketler birbirinden ayrılmış olmaktadır²²⁵. Bu tanıma uyan somut hareketler ise tipikliğin

²¹⁹ Suçun yapısı içerisinde haksızlığın temelini oluşturan bir davranışı karakterize eden unsurlara tipiklik denir (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 183).

²²⁰ Suç tipleri belli hukuki değerleri korumak amacıyla meydana getirilirler. Bu nedenle, tipik fiilin bir kısmı olarak hareketin tipte korunan hukuki değeri ihlal etmemesi, hareketin ceza hukuku anlamında haksız olmaması sonucunu doğuracaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 193).

²²¹ Suçun maddi unsurundan bahsedebilmek için icrai ya da ihmali bir hareket gereklidir (Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 228).

²²² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 221.

²²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 222.

²²⁴ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 106-107; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 225-226.

²²⁵ Tipiklik, cezayı gerekli kılan ve cezaya layık haksızlık şekillerini belirleyen, kanundaki soyut nitelendirmelerdir. Bu bağlamda suç, cezayı gerekli kılan haksızlık şekillerini belirleyen özel bir tiptir (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 183).

gerçekleşmesine neden olur²²⁶. Suç oluşturan haksızlığın esasını, kanunda tanımlanan tipin gerçekleştirilmesi oluşturur. Bir davranışın, kanuni tipte tanımlanan haksızlık ile örtüşmesi durumunda, tipik haksızlık gerçekleşir²²⁷. Davranışın az ya da çok kanuni tipe benzemesi, ceza hukuku bakımından bir şey ifade etmez²²⁸. Davranışın, kanuni tipe birebir uyması gerekir²²⁹. Bu, kanunilik ilkesinin de bir sonucudur²³⁰.

Kanuni tanımda mutlaka bir fiile unsur olarak yer verilir. İnsan fiilini ihtiva etmeyen bir suç tanımından bahsedilemez²³¹. Bir fiile ilişkin olarak yapılan ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi sürecinde, fiilin tipik olması merdivenin ilk basamağıdır²³². Fiilin tipik olmaması durumunda, tabir caizse ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi başlamadan biter. Tipik haksızlık tanımına uymayan fiil, esasında haksızlık oluştursa dahi, ceza hukukunun kapsamının dışında kalır²³³. Bu nedenle, suç teorisini ele alan eserlerde, suçun unsurları kapsamında ilk ele alınan unsur tipiklik unsurudur.

Tipikliğin gerçekleşmesi, fiilin aleliltlak hukuka aykırı olduğunu göstermez²³⁴. Tipikliğin unsurlarının gerçekleşmesine rağmen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden bulunabilir. Böyle bir nedenin bulunmaması durumunda ise tipik haksızlık aynı zamanda hukuka aykırı olur²³⁵. Bununla birlikte, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tipikliğin gerçekleşmediği bir durumda, fiil hukuka aykırı olsa dahi, ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalır²³⁶.

²²⁶ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 137. Tipiklik, fiilin ceza yasasındaki yazılı tanıma uymasıdır (Alacakaptan, U. [1975]. *Suçun Unsurları*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 29).

²²⁷ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 106-108; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 222.

²²⁸ Aksi bir kabul, kıyas (benzetme) yoluyla suç oluşturma tehlikesi ile karşı karşıya kalınmasına neden olur (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 236).

²²⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 222; Cezalandırılabilen fiilin mutlaka yasalarda tanımı bulunan çerçeve modellerden birine uygun olması gerekir (İçel, *Genel Hükümler*, s. 299).

²³⁰ Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 29.

²³¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 174; Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 203. Fiil denildiğinde insanla ilgili bir olay akla gelmelidir (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 53). Modern ceza hukuku bakımından suç, fiilden ibarettir. Bu doğadan ya da hayvandan kaynaklanan bir hareket değil, insandan sadır olan bir fiil olmalıdır (Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 131). Suç, hukuk düzeninin kendisine ceza müeyyidesi bağladığı beşeri her fiildir (Hafızoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 151).

²³² Tipe uygunluk, suçun diğer unsurlarından önce gelir. Bu unsurun gerçekleşmemiş olması durumunda, diğer unsurların incelenmesi anlamsızdır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 192).

²³³ Suç teorisini ilgilendiren fiil yasal tanıma uyan fiildir (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 53).

²³⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 194; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 236.

²³⁵ Suç, tipe uygun, hukuka aykırı bir haksızlık olarak tanımlanabilir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 221).

²³⁶ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 109; Öztürk/Ertem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 187.

Doktrinde tipikliğin unsurları ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bunlar: tipikliğin maddi unsurları (objektif unsurlar) ve tipikliğin manevi unsurları (sübjektif unsurlar)²³⁷.

Suç tanımında rızaya ya da rızasızlığa yer verildiği durumlarda, rıza tipikliğin unsurlarından biridir. Rıza tipikliğin maddi unsurları kapsamında ele alınabilir. Rızanın suç tanımındaki durumuna göre suçları açıklamaya geçmeden önce, tipikliğin maddi unsurlarını kısaca açıklamakta fayda görüyoruz.

3.1.3.2. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

Tipikliğin maddi unsurları, fiilin dış dünyadaki görünüş biçimi ile ilgilidir; haksızlık oluşturan fiilin objektif tarafını oluşturur. Başka bir deyişle, fail ve fiil arasındaki manevi ilişkiden bağımsız olarak düzenlenen unsurlar, tipikliğin maddi unsurlarıdır²³⁸.

Bu unsurlar sayesinde, fiillerin birbirinden ayırt edilmesi mümkündür. Bu bağlamda, maddi unsurlar, bir suçun diğer suçlardan ayrılması noktasında bir fonksiyon icra etmektedir²³⁹. Ayırt edici bu unsurlar, faile veya fiile ilişkin unsurlar olabilir²⁴⁰.

Maddi unsurlar, suçun manevi unsurunun²⁴¹ belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Zira suçun manevi unsuru olan kastı tanımlayan TCK m. 21/1 hükmüne göre, “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”. Ayrıca, suçun maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/1 hükmüne göre, “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz”. Suçun kanuni tanımındaki unsurlar, tipikliğin maddi unsurlarıdır. Taksirin tanımı da, suçun kanuni tanımından hareketle yapılmıştır. TCK m. 22/2 hükmüne göre, “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun

²³⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 173; Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 202; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 136; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 111 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 195 vd. Tipte yer alan objektif unsurların objektif tipikliği, sübjektif unsurların ise sübjektif tipikliği oluşturduğu kabul edilmektedir (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 183).

²³⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 229.

²³⁹ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 211.

²⁴⁰ Suçun kanuni tanımından yer alan objektif unsurlar; fail, mağdur, suçun konusu, hareketin tür ve şekilleri, varsa suçun nitelikli halleri, gerektiği durumlarda netice ve nedensellik bağı olarak ifade edilebilir (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 112; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 173 vd.; Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 202 vd.; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 188; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 215 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 230). Suçun pozitif unsurlarının yanında negatif unsurlarının da bulunduğu, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasının suçun maddi unsurları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 131-132. Hukuka aykırılığın fiilin menfi şartı olduğuna dair Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 212.

²⁴¹ Suçun manevi unsuru, fail ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade eder (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 146).

kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir". Taksirli suçlarda, tipiklik netice üzerine bina edilmektedir.

Her suç tanımında maddi unsurların hepsine açıkça yer verilmeyebilir. Bu durum, suç tanımında yer almayan unsurların maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesine engel değildir²⁴². Bazıları açık bazıları kapalı bir şekilde yer almakla birlikte, her suç tipinde maddi unsurlar bulunmaktadır²⁴³.

Rızayla ya da rıza hilafına gerçekleştirilen bir fiilde, rıza fiilin bir özelliği olarak ele alınmış olabilir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda, "konuta, konutun eklentilerine girmek" şeklindeki fiil değil, söz konusu yerlere "ilgili kişinin rızasına aykırı olarak girmek" şeklindeki fiil tipik haksızlık olarak tanımlanmıştır. Bu tip durumlarda, rıza maddi unsurlar kapsamında ele alınmaktadır.

Bazı durumlarda ise rızanın varlığı ya da yokluğu, tanımlanan suçun mahiyeti gereği, fiilin niteliğine etki etmez. Örneğin, kasten yaralama fiilinin tipikliği bakımından rıza ile gerçekleşmesi ya da rıza hilafına gerçekleşmesi arasında bir fark yoktur. Kasten yaralama suçu bakımından, kanuni tanım gereği, tipikliğin oluşmasına neden olan fiil, "kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan" herhangi bir fiildir. Bu fiilin rızayla ya da rıza hilafına gerçekleştirilmesinin, suç tanımı bakımından hiçbir önemi yoktur. İşte bu tip suçlar bakımından, rızanın maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu tip suçlarda rıza, hukuka aykırılık ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır.

3.1.3.3. Suç Tanımlarında Rıza

Bir davranışın suç teşkil etmesinin temel dayanağının, kanun koyucunun yapmış olduğu suç tanımı olduğunu belirttik. Kanun koyucunun böyle bir tanım yapmasının nedeni, tipikliğe dâhil unsurların belirlenmesi sureti ile haksızlığın sınırlarının çizilmesidir. Yasal tanımda yer alan ve haksızlık üzerinde etkili olan unsurlar tipikliğe dâhil olup, tipikliğin maddi unsurlarını oluştururlar. Yani tipiklik, haksızlık içeren bir davranışın tanımlanmasıdır. Kanuni tanıma uymayan bir fiilin suç oluşturması mümkün değildir. Bu ceza hukukunun

²⁴² Yazılı ve yazılı olamayan unsur ayrımı ve açıklamalar için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 226-227

²⁴³ Özen, *Genel Hükümler*, s. 236.

güvence fonksiyonu ve bu güvencenin sonucu olan kanunilik ilkesinin gereğidir. Tipik olmayan fiil ceza hukuku bakımından önem taşımaz²⁴⁴.

Bu kısımda, TCK'da düzenlenmiş olan suçları; tanımlarında rızanın varlığını arayan suç tipleri, tanımlarında rızanın bulunmamasını arayan suç tipleri ve tanımlarında rızaya yer vermeyen suç tipleri şeklinde ayırma tabi tutarak, örnekler üzerinden inceleyeceğiz. Bu bakımdan rızanın, maddi unsurlar kapsamında ele alındığı durumlar ile hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği durumları belirlemeye çalışacağız.

3.1.3.3.1. Suç Tanımında Rızanın Varlığını Arayan Suçlar

TCK'da bazı suç tanımlarına göre, fiilin tipikliğe uyması, ilgili kişinin rızası ile gerçekleştirilmesi şartına bağlanmıştır. Bazı suç tipleri bakımından rızanın suç tanımında açıkça yer alması, rızayı suçun maddi unsuru haline getirir. Örneğin, TCK m. 99/2 hükmü gereği, rıza bu suçun oluşması için gerekli bir unsurdur. Suç tanımına göre, “*tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi*” cezalandırılacaktır. Suç tanımında geçen rıza, suçun maddi unsurudur. Her ne kadar “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesinden, rıza olsun ya da olmasın suçun tipikliği gerçekleşecekmiş gibi bir anlam çıkartılsa da, TCK m. 99/1 hükmü, bu konudaki duraksamayı ortadan kaldırmaktadır. Zira çocuk düşürme suçunun kadının rızası hilafına işlenmesi durumunda, TCK m. 99/1 hükmünde tanımlanan suçun tipikliği gerçekleşmiş olacaktır. Hükme göre, “*rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi*” cezalandırılacaktır.

Rızaya suç tanımında açıkça yer veren suç tiplerinden biri, TCK m. 234/3 hükmü ile düzenlenen, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçudur. Madde hükmü, “*kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan*” kişinin cezalandırılacağını öngörmüştür. Bu suç bakımından tipikliğin gerçekleşmesi için fiilin çocuğun rızası doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması gerekir. Zira kişinin evi terk eden bir çocuğu, rızası hilafına yanında tutması durumunda, TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipikliği gerçekleşmiş olacaktır.

Tipikliğin gerçekleşmesi için rızanın unsur olarak arandığı suç tiplerinin özelliğine ve bu suçların tanımlarında kullanılan ifadelere bakıldığında, kanun koyucunun bu suç tipleri

²⁴⁴ Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 414-415.

bakımından, rızanın varlığının suçun oluşmasına engel olmayacağına dikkat çekmek istediği görülmektedir. Bu şekilde kanun koyucu, korunan hukuki değerlerle ilgili olarak, ilgililerin tasarruf yetkisini kabul etmediğine dikkat çekmek istemektedir²⁴⁵. Bunu da rızaya unsur olarak yer vermek suretiyle gerçekleştirmektedir. Esasen bu tip fiillerin, rıza hilafına gerçekleştirilmesini suç olarak düzenleyen kanun koyucu, izlediği hukuk politikasının gereği olarak, aynı fiilin rıza doğrultusunda gerçekleşmesini de suç olarak tanımlamayı tercih etmektedir.

3.1.3.3.2. Suç Tanımında Rızanın Bulunmamasını Arayan Suçlar

İlgilinin rızası, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Yine, bazı suç tiplerinde “*rızası olmaksızın*” veya “*rızasına aykırı olarak*” gibi ifadelerle yer verilmek suretiyle, yeni TCK sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen ilgilinin rızasının yokluğuna özel olarak işaret edilmektedir. Gerçekten bazı suç tipleri bakımından, tipikliğin gerçekleşmesi için fiilin ilgili kişinin rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerektiğine açıkça yer verilmiştir. TCK m. 141 hükmü ile düzenlenmiş hırsızlık suçunun tipikliğinin gerçekleşmesi için “*failin zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almış*” olması gerekir.

TCK'da düzenlenen bazı suç tiplerinde, rızasızlığa işaret eden, “*rızası olmadan*”²⁴⁶, “*rıza olmaksızın*”²⁴⁷, “*rızası olmaksızın*”²⁴⁸, “*rızasına aykırı olarak*”²⁴⁹ gibi ifadelerin özel bir anlamının olup olmadığı tartışmalıdır.

Bu tip ifadelerin ne anlama geldiği ile ilgili görüşlerden ilki, rızanın yokluğunun ilgili suçun maddi unsurları kapsamında değerlendirilmesi gereken olumsuz bir unsur olduğu görüşüdür (Tipikliğin negatif unsurları teorisi). Bu teoriye göre, bu tip durumlarda, mağdurun rızasının bulunmaması durumunu, söz konusu suçun maddi unsurları kapsamında incelenmesi gereken olumsuz unsur olarak ele almak gerekir²⁵⁰. Buna göre, suçun yasal tanımında yer alan unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru birlikte tipikliğin unsurunu oluştururlar. Suçun yasal tanımında yer alan unsurlar ise tipikliğin sadece bir bölümüdür;

²⁴⁵ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 93.

²⁴⁶ Örnek: TCK m. 141

²⁴⁷ Örnek: TCK m. 90/4

²⁴⁸ Örnek: TCK m. 99/1

²⁴⁹ Örnek: TCK m. 116/1

²⁵⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 366.

bunun hukuka uygunluk nedeninin olmayışı ile tamamlanması gerekir. Aksi bir durumda, fiilin tipikliğinden bahsedilemez. Suç tanımında yer alan unsurların işlevi, haksızlığın tanımlanması ve sınırlarının çizilmesidir. Hukuka uygunluk nedenleri ise bu işlevi olumsuz yönde icra etmektedir. Bu nedenle, suç tipine uymayan bir fiilin cezalandırılmaması ile hukuka uygunluk nedeni bulunduğu hallerde fiilin cezalandırılmaması aynı nedene dayanmaktadır. Bu teoride hukuka uygunluk nedenleri maddi unsur kapsamında ele alınmaktadır²⁵¹.

Diğer bir görüş²⁵², bu tip ifadelerin hukuka özel aykırılık halleri olduğunu ve failin kastının hukuka özel aykırılığı da kapsamı gerektiğini ifade etmiştir. Diğer bir görüş²⁵³ ise hukuka aykırılığın bu tip durumlarda tipiklikte özellikle işaret edildiği, bir nevi unsur özelliği kazandığı ve failin, fiilin ilgilinin rızası hilafına işlendiğini bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesinin arandığı görüşüdür.

Bu konuda son bir görüş ise suçun kanuni tarifinde geçen ve rızanın bulunmamasına işaret eden bu tip ifadelerin geçtiği durumlarda ikili bir ayırım yapmak gerektiğini ifade etmiştir. Şayet bu kavram suçun kanuni tanımında geçen unsurlardan birini niteliyorsa, gerçek bir tipiklik unsuru söz konusudur. Buna karşılık bu ifadeler, suçun ihtiva ettiği haksızlığın bütününe niteliyorsa, söz konusu rızanın hukuka aykırılık unsuru olduğuna işaret etmekten başka bir anlam taşımaz²⁵⁴. Bu değerlendirmeleri rıza bakımından doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Zira rıza mahiyeti gereği fiile ilişkin bir husustur. TCK'da rızanın haksızlığın bütününe nitelendirdiği bir suç tipi bulunmamaktadır. Nitekim bu konuda literatürde gösterilmiş herhangi bir örnek de mevcut değildir.

Daha öncede ifade ettiğimiz gibi rıza açık ya da zımni bir irade açıklamasıdır. Rızasızlık da rıza gibi açık ya da örtülü bir irade açıklamasıdır. Bir fiili kabul etmekle, bu fiili reddetmek arasında ontik olarak bir fark yoktur. Her ikisi de kişinin iradesine dayanan bir düşüncenin açıklanmasıdır. Bu düşüncenin ret şeklinde ortaya çıkması, onu negatif unsur

²⁵¹ Göktürk, N. (2014). "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği". *CHD*, 9(26), s. 9-10.

²⁵² İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 118; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 302; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 270; İçel, *Genel Hükümler*, s. 318-319

²⁵³ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 312; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 408; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 419-420.

²⁵⁴ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 99. Suç tanımında geçen ve hukuka aykırılığa işaret eden ifadeler bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 268-269; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 427-428. Aynı yönde Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 315-316; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 231-232.

haline getirmez. Rıza ile rızasızlık arasındaki zıtlık değerlendirmeye dayanan bir zıtlıktır. Bu nedenle rızasızlığın da rıza gibi pozitif bir unsur olarak kabul ettiğimizi belirtmek isteriz.

Hukuka aykırılık, bağımsız bir unsur olarak kabul edilmesi gereken çok geniş bir kavramdır. Hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak görmeyen, suçun maddi unsuru kapsamında ele alan görüşlere katılmıyoruz. Hukuka aykırılığın ve rızanın tipikliğin negatif unsuru olduğu görüşünü reddettiğimiz belirtmekle yetiniyoruz.

Sonuç olarak, fiilin tipikliğinin gerçekleşmesi için, ilgilinin bu fiili reddetmesi, kabul etmemesinin gerekli olduğu suç tipleri bakımından rızanın unsur olarak ele alınması gerekir.

Rızanın bulunmamasına unsur olarak yer verilen suç tipleri bakımından, failin mağdurun rızasının varlığı hususunda hataya düşmesi halinde, ceza hukuku sorumluluğu suçun maddi unsurlarında hata hükümlerine göre belirlenecektir. Fail, geçerli bir rızaya rağmen rızanın olmadığını düşünebilir. Bu durumda, tipiklik objektif olarak gerçekleşmediği için ceza hukuku sorumluluğu söz konusu değildir. Diğer ihtimalde ise geçerli bir rıza olmamasına rağmen fail geçerli bir rızanın var olduğunu düşünebilir. Bu durumda failin rızanın bulunduğu yönündeki hatası kastını ortadan kaldıracaktır; taksirli sorumluluk hali saklıdır (TCK m. 30/1).

Örneğin, hırsızlık suçunda, rızanın bulunmaması maddi unsurdur. Fail, ilgili kişinin rızası olmasına rağmen, rızanın olmadığı zannıyla bu kişinin taşınır malını bulunduğu yerden alması durumunda, tipiklik objektif olarak gerçekleşmediği için suç oluşmayacaktır. Failin suç işlediğini zannetmesinin bir önemi yoktur. Fail, ilgili kişinin rızası olmamasına rağmen, rızasının olduğu zannıyla taşınır malını bulunduğu yerden alması durumunda ise fiil hırsızlık suçunun tipikliğine uyacaktır. Bununla birlikte, fail suçun maddi unsuru olan rıza konusunda hataya düşmüştür; kasten hareket ettiği söylenemez (TCK m. 30/1). Hırsızlık suçu taksirle işlenebilen bir suç değildir. Dolayısıyla failin ceza hukuku sorumluluğunun olmadığını söylemek mümkündür.

3.1.3.3.3. Suç Tanımında Rızaya Yer Vermeyen Suçlar

Çoğu suç tipinde, rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradeye unsur olarak yer verilmemiştir. Bu tip suçlarda, rızanın ceza hukuku sorumluluğuna etkisinin belirlenmesinde üçlü bir ayrımın yapılması gerekir.

İlk grup, sadece belli bir kişiyi ya da kişileri doğrudan ilgilendirmeyen, toplumdaki bireylerin tamamını ilgilendiren hukuki değer korunduğu suç tipleridir. Çalışmamızın

başında da ifade ettiğimiz gibi, rızanın geçerlilik şartlarından birisi, tasarruf edilebilecek bir hukuki değer varlığıdır. Toplumda bireylerin tamamını ilgilendiren bir değerle ilgili münferit kişilerin rızaları, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira toplumdaki herkesi ilgilendiren bir hususta, bireylerin tasarruf yetkilerinden bahsedilemez. İşte bu tarz suç tipleri bakımından, rızanın fiili hukuka uygun hale getirme veya tipikliği ortadan kaldırma gibi bir fonksiyonu yoktur. Örneğin, yalan tanıklık suçunda, aleyhine tanıklık yapılan kişinin rızası geçerli değildir. Bu nedenle, ilgilinin rızası failin fiilini hukuka uygun hale getirmez. Zira bu suç bakımından korunan hukuki değer bireylerle doğrudan ilişkili bir hukuki değer değildir. Bu tip suçlarda rıza ceza hukuku sorumluluğuna farklı yönlerden etki etmekle birlikte, hiçbir şekilde fiili hukuka uygun hale getirmez veya tipikliği ortadan kaldırmaz.

İkinci grup ise suçun tanımında rızaya açıkça yer vermeyen ancak yorum yolu ile tipik fiilin ilgilinin rızasıyla veya rızası hilafına ya da rızası bulunmaksızın işlenmesi gerektiğinin açıkça anlaşıldığı suç tipleridir. Bu tip suçlarda, rıza tipikliğin unsuru olarak ele alınmalıdır²⁵⁵. Örneğin, cebir ve tehdidin bir unsur olduğu suç tiplerinde, fiil ilgili kişinin iradesine aykırı olarak icra edilmelidir. Bu nedenle, bu tip suçlarda rızanın maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir; rızanın varlığı, bu suçlarda tipikliğin oluşmasına engel olacaktır²⁵⁶. Örneğin, yağma suçunu düzenleyen TCK m. 148 hükmüne göre, “*bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi*” cezalandırılacaktır. Suç tanımına bakıldığında, rızaya ya da rızasızlığa, açıkça unsur olarak yer verilmediği görülecektir. Ancak, tipik haksızlık tanımına bakıldığında, tipe uyan fiilin ilgili kişinin geçerli rızası olmaksızın işlenmesi gerektiği açıkça görülmektedir. Zira ilgili kişinin, cebir veya tehditle fesada uğratılmamış olan rızasının varlığı, bu suçun tipikliğinin oluşmasına engel olacaktır.

Suç tanımında rızaya açıkça yer vermemesine rağmen, bazı suç tipinin oluşması için rızanın varlığı gerekir. Aksi takdirde fiil suç oluşturmaz ya da başka bir suçun oluşumuna neden olur. Örneğin, on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış bir

²⁵⁵ Aksi yönde Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 292. Yazarlar, “tipikliğin uyarı fonksiyonunu” genişletmemek adına, suçun kanuni tanımında yer almayan rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Buna göre, ilgilinin rızasına suç tanımında açıkça yer verilmemiş ve fiilin kişinin rızasına karşı işlenmesi gerektiğine yorum yolu ile ulaşıyorsa, bu tip suçlarda rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekir.

²⁵⁶ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 71.

çocuk ile rızası ile cinsel ilişkiye girmek, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmasına neden olacaktır. TCK m. 104 hükmüne göre, “*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi*” cezalandırılacaktır. Görüldüğü gibi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için cinsel birlikteliğin tarafların rızası doğrultusunda gerçekleşmesi gerekir. Her ne kadar bu suç tipinde rızaya açıkça yer verilmemiş olsa da, suç tanımından, fiilin rıza ile gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. On beş yaşını tamamlamış çocuğun fiile rıza göstermemesi durumunda veya rıza göstermekle birlikte rızanın cebir, tehdit veya hile ile elde edilmiş olması durumunda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliği gerçekleşmemiş olacaktır. Bu durumda, TCK m. 103/1-b gereği, çocukların cinsel istismarı suçu oluşur.

Üçüncü grup ise suçun tanımında rızaya yer verilmeyen ve yorum yolu ile dahi fiilin ilgilinin rızası hilafına ya da rızası bulunmaksızın işlenmesi gerektiğinin anlaşılmadığı suç tipleridir. Bu suç tiplerinde, rızanın hukuka aykırılığı engelleyen bir fonksiyon icra ettiği kabul edilmelidir. Örneğin, mala zarar verme suçunda tipik fiil, “*başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, bozmak, kullanılamaz hale getirmek veya kirletmek*” şeklinde ifade edilmiştir. Yapılan tanım gereği, tipikliğin gerçekleşmesi için aranan fiillerin, ilgilinin rızası hilafına veya rızası doğrultusunda yapılmasının maddi unsurun oluşumu bakımından bir fonksiyonu yoktur. Bu tip suçlarda, rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekir.

3.1.4. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza

3.1.4.1. Hukuka Aykırılık Kavramı

Daha önce ifade ettiğimiz gibi bir davranışın hukuka aykırı olması, alelihlak ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez. Hukuka aykırı fakat tipik olmayan bir davranış, ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalır. Bu vesileyle tekrar ifade etmek gerekir ki, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren fiiller, hukuka aykırı fiiller olmakla birlikte, her hukuka aykırı fiil ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez.

Ceza hukukunda hukuka aykırılık, kanuni tarife uyan fiilin, hukuk düzenince tasvip edilmemesi, uygun bulunmaması; sadece ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni²⁵⁷ ile

²⁵⁷ Hukuk düzeninin bütünlüğü ve ihlal edilmezliği ilkeleri gereği, bir hukuk disiplinince yasaklanmış fiillere, başka bir hukuk disiplini cevaz veremez. Hukuka uygun olan bir fiil, tüm hukuk disiplinlerinde hukuka uygundur. Fiilin bir hukuk dalında hukuka uygun, diğer bir hukuk dalında hukuka aykırı kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir fiil özel hukuk ya da idare hukuku anlamında hukuka uygun, ceza hukuku bakımından hukuka aykırı kabul edilemez (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 101, 109;

çelişki ve çatışma halinde bulunmasıdır²⁵⁸. Hukuka uygunluk nedenleri, bu çelişki ve çatışmayı engelleyen, dolayısıyla hukuka aykırılığın ortaya çıkmasına mani olan nedenlerdir. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı, fiilin suç oluşturmasını engeller²⁵⁹.

Hukuka aykırılığın, suçun bağımsız bir unsuru olup olmadığı tartışmalıdır. Suçun yapısal unsuru olarak hukuka aykırılığın, suç genel teorisinde suçun objektif yanını oluşturan bir unsur olduğu görüşü, ilk olarak 1880’li yıllarda Alman hukukçu *Franz von Liszt* tarafından açıkça ifade edilmiştir²⁶⁰. Bundan önce hukuka aykırılık, suçun bağımsız ve kendine özgü yapısal bir unsuru olarak görülmemekte, kusurluluk içinde veya cezalandırmaya engel olan nedenler kapsamında ele alınmaktaydı²⁶¹.

Türk ceza hukuku doktrinde çoğunluk görüş, hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul etmektedir²⁶². Bazı yazarlar ise hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak değil, kanuni(yasallık) unsur kapsamında ele almaktadır. Hukuka aykırılığı kanuni unsur kapsamına ele alan yazarlara göre, bir fiilin kanuni tarife uyduğunu

Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 244; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 261; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 265, 269; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 291-292; İçel, *Genel Hükümler*, s. 331; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 419). Tartışmalar ve aksi yöndeki görüşler için bkz. Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 8-11; Katoğlu, T. (2003). *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 21 vd.)

Bu bağlamda ceza hukukundan kaynaklanmayan ve ceza hukuku sorumluluğuna etki eden birçok hukuka uygunluk nedeni vardır (Jünemann, A. [2014]. “*Alman Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sistemi*” [Çev. İ.Tepe]. *Ceza Hukuku Dergisi*, 9[26], s. 279; Göktürk, N. [2014]. *a.g.m.*, s. 17). Özel hukuk bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. Durgun, Ç. [2013]. “*Hukuka Uygunluk Sebeplerinden Rıza*”. *Prof. Dr. Mustafa Durala Armağan*. İstanbul: Filiz Kitapevi, s. 481-482).

²⁵⁸ Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 23; Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 2; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 95; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 403; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 290; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 313; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 417; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 228-229.

Tipe uygunluk belirlenirken fiil, yalnızca ceza hukuku bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulurken, hukuka aykırılık unsuru bakımından fiil tüm hukuk düzeni tarafından bir değerlendirmeye tabi tutulur (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 266; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 229; Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 24).

²⁵⁹ Hukuka uygunluk nedenleri mutlak surette ceza hukukundan kaynaklanmaz. Hukukun farklı dallarından kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri de mevcuttur. Ayrıca, hukuka uygunluk nedenlerinin mutlaka kanunlarda yazılı olması da gerekmez. Yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri de vardır (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 110; İçel, *Genel Hükümler*, s. 313).

²⁶⁰ Önder, A. (1989). *Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 148.

²⁶¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 101.

²⁶² Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 95; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 305 vd.; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 264 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 260; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 228 vd.; Önder, *Genel Hükümler II*, s. 147; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 403 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 290 vd.; İçel, *Genel Hükümler*, s. 305 vd.; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 417 vd.

söyleyebilmek için, bu fiilde hukuka uygunluğu barındıran bir sebebin bulunmaması gerekir. Böyle bir sebebin varlığı halinde, fiilin kanuni tarife uyduğu söylenemez²⁶³.

Bir kısım yazarlar²⁶⁴ ise hukuka aykırılığı maddi unsurlar kapsamında ele almaktadır. Bu yazarlara göre, suçun maddi unsurunu oluşturan fiil, ceza hukukuna aykırı olan fiildir. Ceza hukukuna aykırı olan fiilin, genel hukuk düzenine de aykırı olup olmadığını ayrıca araştırmak hatalıdır. Maddi unsurun varlığından bahsedebilmek için işlenen fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Dolayısı ile hukuka aykırılık, bağımsız bir unsur değil, maddi unsurun içinde yer alan fiilin özelliğidir²⁶⁵.

Bazı yazarlar ise hukuka aykırılığı manevi unsur ve kusurluluğu etkileyen haller içerisinde değerlendirmektedir. Buna göre, tipe uygun fiil ile hukuka aykırılık, kusurlu iradeye varabilmenin ön şartıdır. Bir kimsenin iradi durumu belirlenmeden, gerçekleştirdiği fiilin hukuka uygunluğu veya aykırılığı hakkında bir sonuca ulaşılamaz. Fiilin hukuka aykırı olup olmadığı, fiilin içinde bulunduğu psikolojik duruma göre belirlenir. Bu görüş, akıl hastalarının gerçekleştirdiği fiillerin aleliltlak hukuka uygun sayılması gerektiğini kabul eder²⁶⁶.

Hukuka aykırılık, bağımsız bir unsur olarak kabul edilmesi gereken çok geniş bir kavramdır²⁶⁷. Zira hukuka aykırılık, sadece ceza hukukunu değil, bütün hukuk düzenini ilgilendirmektedir. Hukuka aykırılığı, sadece suç tipine indirgemek doğru bir yaklaşım değildir. Aksi bir durumda kanunda yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerini çelişkisiz açıklamak mümkün olmaz²⁶⁸. Bir fiilin tipik olması başka bir şey, o eylemin hukuka aykırı olması başka bir şeydir. Bir suç tanımı kapsamında tipik olan bir fiil, kural olarak hukuka aykırı kabul edilmelidir. Ancak fiilin tipik olması, her durumda hukuka aykırı olduğunu göstermez. Fiil, tipik olmakla beraber hukuka uygun olabilir²⁶⁹. Hukuka aykırılık, tipiklik ile ilişkili fakat suçun bağımsız bir unsuru olarak ele alınmalıdır²⁷⁰.

²⁶³ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 3-4.

²⁶⁴ Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 156 vd.; Hafızoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 210 vd. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenleri, fiilin menfi şartını oluşturmaktadır.

²⁶⁵ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 3-4.

²⁶⁶ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 5. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 98.

²⁶⁷ Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 265-266.

²⁶⁸ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 104-107; İçel, *Genel Hükümler*, s. 308 vd.; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 96.

²⁶⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 260; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 417-418.

²⁷⁰ Hukuka aykırılık tipikliğin bir unsuru olmamakla beraber, tipikliğin yanında haksızlığın, dolayısıyla suçun bağımsız bir unsurudur (Göktürk, N. [2014]. *a.g.m.*, s. 15).

Alman ceza hukukunda suç teorisi yapılandırmasındaki temel ayırım; suçun yasal tanımındaki unsurlar, eylemin haksızlığı ve failin sorumlu tutulabilmesi için kusurluluk olmak üzere üçe ayrılarak yapılmaktadır²⁷¹. Bu sistemde ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi üç aşamadan oluşmaktadır. Sorumluluğun belirlenmesi fiilin yasal tanımdaki unsurlara uyup uymadığı değerlendirilmesiyle başlar. Yasal tanıma uymayan bir fiil karşısında, ceza hukuku sorumluluğunun tartışılması başlamadan biter. Böyle bir durumda, fiilin haksızlığının ve failin kusurunun bir önemi kalmaz. Fiil yasal tanımdaki unsurlara uyuyorsa, sırasıyla haksızlık değerlendirilmesi ve kusur değerlendirmesine geçilir. Kurulan bu yapının geliştirilmesi süreci öğretide farklı yaklaşımlarla yapılsa da, yapının bu temel içeriği büyük ölçüde bu şekliyle kabul edilmektedir. Bu durum ülkemiz ceza hukuku öğretisi için de geçerlidir²⁷². Sonuç olarak ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken, öncelikle yasal tanımdaki unsurlara bakılır. Yasal tanıma uyan bir fiil varsa, tipik fiilin haksızlık değerlendirilmesi yapılır. Son aşamada ise failin kusur değerlendirilmesi yapılarak, cezalandırmaya müstahak olup olmadığı araştırılır.

Bir suç tanımı karşısında fiilin tipik olması, hukuka aykırı olduğuna karinedir. Ancak, ceza hukuku anlamında bir haksızlıktan söz edebilmek için, fiilin tipik ve hukuka aykırı olması gerekir²⁷³. Tipik bir fiil, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması durumunda, haksızlık özelliğini kazanır²⁷⁴. Buna karşılık, somut olayda hukuka uygunluk

²⁷¹ Dursun, S. ve Bozbayındır, A.E. (2015). “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 73(1), s. 67.

²⁷² Dülger, M. V. (2014). “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”. *Ceza Hukuku Dergisi* 9(24), s. 153-154.

²⁷³ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 100-101; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 311; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 265; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 260; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 265; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 290-291; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 314; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 405; İçel, *Genel Hükümler*, s. 306; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 418.

²⁷⁴ Görüldüğü gibi “haksızlık” kavramı ile “hukuka aykırılık” kavramı, yakından ilişkili olmakla birlikte farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk normu ile çelişmesidir. Haksızlık ise hukuka aykırı olarak değerlendirilen davranıştır. Hukuka aykırılık, fiilin bir özelliğidir; azlığından ya da çokluğundan bahsedilemez. (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 102; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 229; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 405, 409; İçel, *Genel Hükümler*, s. 307; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 314).

Bu nedenle doktrinde yapılan maddi ve şekli hukuka aykırılık ayırımının gereksiz olduğuna dair (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 102, dn. 17; İçel, *Genel Hükümler*, s. 308, 315; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 260).

Suçun hukuka aykırılık unsuru, doktrinde genellikle iki cephesiyle, şekli (biçimsel) ve maddi hukuka aykırılık olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Şekli hukuka aykırılık eylemin ceza hukuku normu ile çelişmesini ifade ederken, maddi hukuka aykırılık, bir hareketle ilgili normun koruduğu hukuki değer ihlal edilmesini ifade eder (Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 340-341; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 266-269; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 292-295; İçel, *Genel Hükümler*, s. 314-315; Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 36-37; Hakeri, H. [2007]. “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, [69], s. 57, 63, 83).

nedenin bulunması durumunda, tipikliğin ifade ettiği hukuka aykırılık karinesi çürümüş olacaktır²⁷⁵. Bu nedenle, tipikliğe uyan bir fiil karşısında araştırılması gereken şey hukuka aykırılık değil, bir hukuka uygunluk nedeninin olup olmadığıdır²⁷⁶.

Suç teşkil eden haksızlık, yalnızca hukukten izin verilmeyen hukuki değer ihlalleridir. Yani tipik bir davranış söz konusu olmakla birlikte; hukuk, hukuki değer ihlaline izin vermiş olabilir²⁷⁷. Bu tip bir durum, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde ortaya çıkmaktadır. Yani bir hukuka uygunluk nedeni varsa, hukuki değer ihlal edilse dahi²⁷⁸, tipik haksızlık ortadan kalkmaktadır²⁷⁹. Çünkü ceza normlarının uygulanması, tipik ve hukukten izin verilmemiş hukuki değer ihlallerinin varlığına bağlıdır. Eğer izin verilmiş bir ihlal söz konusu ise suç teşkil eden bir haksızlık yoktur; fail hakkında ceza normu uygulanmaz²⁸⁰. Bir zamanlar pozitif hukukta yer almamakla birlikte, özellikle mağdurun rızası²⁸¹ gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin kabul edilmesi ile bu şekilde bir ayrıma gidilmiştir²⁸². Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak ceza kanunu

Hukuka aykırılıktan farklı olarak, hukuka aykırı bir fiilin ifade ettiği haksızlığın derecelendirilmesi mümkündür. Haksızlık içeriğinin azlığı ya da çokluğundan bahsedilebilir; bu derecelendirmenin bazı hukuki sonuçları vardır (Dursun, S. ve Bozbayındır, A.E. (2015). *a.g.m.*, s. 65). Bu sonuçlar üzerinde, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında, rızanın cezanın belirlenmesine etkisini incelerken duracağız.

²⁷⁵ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 101; İçel, *Genel Hükümler*, s. 306.

²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 405.

²⁷⁷ Üzülmöz, İ. (2011, 23-24 Eylül). "Diş Hekimlerinin Cezai Sorumluluğu". *IV. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 265.

²⁷⁸ Bir hukuka uygunluk nedeninin var olması, tipik fiil ile gerçekleşen hukuki değer ihlalinin ortadan kaldırmaz; sadece bu ihlale izin verir (Göktürk, N. [2016]. *a.g.m.*, s. 418).

²⁷⁹ Dülger, M. V. (2014). *a.g.m.*, s. 127. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde dahi, korunan hukuki değer ihlal edilmektedir. Fiil hukukun çelişmezliği ilkesi gereği hukuka uygun sayılmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı durumunda, hukuk düzeninin bütününden çıkarılan, hukukun o fiil ile ilgili farklı bir tercihte bulunduğu bahsedilebilir (Katoğlu, T. [2003]. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 78). Özgenç, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin varlığına rağmen hukuki değer ihlalden söz etmenin çelişkili olacağını düşünmektedir (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 313, dn. 434).

²⁸⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 971-972; benzer değerlendirmeler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 293; Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 14, dn. 23.

²⁸¹ Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rızanın varlığı, ilgili hukuki değerden vazgeçildiği anlamına gelmez. Bunun sonucu olarak, rızanın varlığı halinde hukuki değer ihlali ortadan kalkmaz. Dolayısıyla rıza, hukuki değeri ceza normunun koruması dışına çıkarmaz. Rızanın varlığı halinde dahi hukuki değer, fiiline rıza gösterilen kişiler de dâhil olmak üzere tüm kişilere karşı ceza normlarınca korunmaya devam eder. Zira rıza ile hukuki değerden sürekli bir vazgeçiş veya hukuki değerinin tüketimi söz konusu değildir. Rızaya rağmen hukuki değer ihlali devam etmektedir. Rıza gösteren kişi, rıza gösterilen kimsenin yalnızca rızanın kapsamında olan fiillerine; konu, zaman, araç, fiilin gerçekleştiriliş biçimi ve koşulları gibi birçok açıdan sınırlama getirmekte, belirli bir fiilin icrasıyla o hukuki değer ihlaline belirli bir süre etki gösterecek biçimde muvafakat etmektedir (Ünver, Y. [2006]. *a.g.t.*, s. 234-235). Özel hukuk açısından aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Durgun, Ç. [2013]. *a.g.m.*, s. 482. Bu şekilde hukuka uygunluk nedeni olarak rıza, tipik fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır (Göktürk, N. [2016]. *a.g.m.*, s. 421).

²⁸² Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 16.

tarafından yasaklanmış olan bir fiilin işlenmesine yetki veren ya da onu emreden bir normun varlığı nedeniyle fiilin suç olmasını engelleyen özel durumlar olarak ifade edilebilir²⁸³.

Fiilin tipik olması, aynı zamanda fiilin hukuka aykırı olduğuna dair karine teşkil ettiğinden dolayı, fiil tipikse ayrıca hukuka aykırılık araştırması yapılmasına gerek yoktur. Buna bağlı olarak, hukuka aykırılığın, suçun yasal tanımında ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bununla beraber, bazı suç tiplerinde “*hukuka aykırılık*” veya buna benzer hukuka aykırılığı belirten ifadelerle özel olarak yer verildiği görülmektedir²⁸⁴. Bu ifadelerin, ceza hukuku sorumluluğu bakımından ne gibi bir işlev gördüğü tartışmalıdır. Bu konuda, doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁸⁵.

Bu görüşlerden ilki tipikliğin, suçun olumsuz unsuru olduğu görüşüdür (Tipikliğin negatif unsurları teorisi). Buna göre, suçun yasal tanımından yer alan bu unsurlar tipikliğe dâhildir²⁸⁶. Diğer bir görüş ise, bu tip ifadelerin hukuka özel aykırılık halleri olduğunu ve failin kastının hukuka özel aykırılığı da kapsamı gerektiğini ifade etmiştir²⁸⁷.

Diğer bir görüş ise hukuka aykırılığın bu tip durumlarda tipiklikte özellikle işaret edildiği, bir nevi unsur özelliği kazandığı ve failin, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesinin arandığı görüşüdür. Bu tip bir durumda ceza hukuku sorumluluğu için failin gerçekleştirmiş olduğu fiil ile ilgili maddi unsurların yanında bu fiilin hukuka aykırı olduğu bilincinde olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır; aksi takdirde failin kasten hareket ettiği söylenemez²⁸⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vermiş olduğu bazı kararlarında aynı hususu vurgulamıştır²⁸⁹.

Bu görüş eleştirilmiştir. Buna göre, suçun kanuni tarifinde geçen “*hukuka aykırılık*” ifadesinin geçtiği durumlarda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Şayet bu kavram, suçun kanuni tanımında geçen unsurlardan birini niteliyorsa, gerçek bir tipiklik unsuru söz konusudur. Bu

²⁸³ Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 157.

²⁸⁴ TCK’da hukuka aykırılık ifadesi kullanım şekilleri: hukuka aykırı olarak (TCK m. 91/2), hukuka aykırı yollarla (TCK m. 91/5), hukuka aykırı başka bir davranışla (TCK m. 112), hukuka aykırı bir şekilde (TCK m. 124/3), hukuka aykırı diğer davranışlarla (235/2-c).

²⁸⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 122 vd.

²⁸⁶ Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 424.

²⁸⁷ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 118; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 302; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 270; İçel, *Genel Hükümler*, s. 318-319

²⁸⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 312; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 408; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 419-420.

²⁸⁹ YCGK, T. 15.12.2015, E. 2015/10, K. 2015/510; YCGK, T. 17.6.2014, E. 2012/12-1510, K. 2014/331; YCGK, T. 10.6.2014, E. 2012/12-1514, K. 1999/312; YCGK, T. 10.6.2014, E. 2013/14-551, K. 2014/311. YCGK, T. 21.1.2014, E. 2013/14-462, K. 2014/13; YCGK, T. 12.11.2013, E.2013/14-511, K. 2013/449; YCGK, T. 3.7.2012, E. 2012/1-407, K. 2012/262.

durumda hukuka aykırılık ifadesi de tipikliğin bir unsuru olarak değerlendirilecek; kastın hukuka aykırılığı da kapsamı gerekecektir. Bu tür suçlar, sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin, TCK m. 91/5'te “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an*” kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu suçun unsuru olan organ veya dokunun özelliği hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olmasıdır. Buna karşılık, “*hukuka aykırılık*” ifadesi suçun ihtiva ettiği haksızlığın bütünü niteliyorsa, bu hukuka aykırılığın suçun genel bir unsuru olduğuna işaret etmekten başka bir anlam taşımaz. Burada, kanun koyucunun hâkime, olayda bir hukuka uygunluk nedeni olabileceğini düşünmesi noktasında ikazda bulunduğu söylenebilir. Hukuka aykırılığın bu şekilde kullanıldığı durumlarda, kast kapsamında değerlendirilmesi gerekmez. Sorun haksızlık bilinci çerçevesinde ele alınmalıdır²⁹⁰.

3.1.4.2. Rızanın Hukuka Aykırılığa Etkisi

Hukuka uygunluk nedenlerinin mutlak surette ceza hukukundan kaynaklanmadığını ifade etmiştik. TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin yanı sıra, ceza hukukundan kaynaklanmayan ve ceza hukuku sorumluluğuna etki eden birçok hukuka uygunluk nedeni mevcuttur. Görevin ifası (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleridir²⁹¹.

Rıza, 765 sayılı TCK'da açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle rıza, “ceza kanununda yer almayan hukuka uygunluk nedenleri” başlığı altında incelenmekteydi. 5237 sayılı TCK ise rızayı açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir²⁹². TCK m. 26/2 hükmüne göre; “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*”

²⁹⁰ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 268-269; Göktürk, N. [2016]. *a.g.m.*, s. 427-428. Aynı yönde Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 315-316. Bu tip kavramlar bazı durumlarda tipikliğin unsuru olarak karşımıza çıkar. Eğer bu unsur olmadan haksızlık yeteri kadar dışa yansımıyorsa ve bu ifadeler tipikliğin unsurlarından birini nitelendirmek için kullanılmışsa, bunlar da tipikliğin bir unsuru olarak ele alınması gerekir. Bu durumda yanılma suçun maddi unsurlarında yanılma olarak ele alınmalıdır. Bu ifadeler herhangi bir unsur değil, davranışı niteliyorsa, kullanılan ifadeler gereksiz bir göndermeden ibarettir. Bu durumda ise yanılma haksızlık yanılığısı kapsamında ele alınmalıdır (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 231-232).

²⁹¹ Doktrinde bazı yazarlar TCK m. 25/2 hükmünde düzenlenen zorunluluk halini de hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadır.

²⁹² Rıza aynı zamanda özel hukuk kaynaklı bir hukuka uygunluk nedenidir (TMK m. 24/2 ve TBK m. 63).

Fiilin suç tanımı karşısında tipiklik arz etmesi, korunan hukuki değerin ihlal edildiğini gösterir. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, bunu değiştirmez. Yani hukuka uygunluk nedenin var olması, hukuki değerin ihlal edilmediği anlamına gelmez²⁹³. Hukuka uygunluk nedeni, sadece hukuki değerin ihlaline izin verir ve bu suretle tipik fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkar. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı durumunda, suç teşkil eden bir haksızlıktan bahsedilemez. Mağdurun rızası, hukuki değerin ilişkili olduğu kişinin başka bir kimse tarafından o değerin ihlal edilmesini kabul ettiğine ilişkin irade beyanıdır. Hukuka uygunluk nedeni olarak rıza hukuki değerin ihlalini engellemekte, daha doğru bir ifade ile ihlale rağmen failin cezalandırılmasını engellemektedir²⁹⁴.

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği durumlarda, mağdurun geçerli bir rızası olmasına rağmen, fail bunu bilmeden fiili icra ediyorsa ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Olayda hukuka uygunluk nedeni olan rızanın maddi koşulları gerçekleşmiş olmakla beraber, fail bunun bilincinde değildir. Bu husus, hukuka uygunluk nedenlerinin objektifliği tartışmasını beraberinde getirmektedir²⁹⁵.

Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu kabul eden baskın görüşe göre²⁹⁶, olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, failin bunu bilip bilmemesinin bir önemi yoktur. Fail hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olmasa dahi fiili hukuka uygun olacak; ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. Yani mağdurun rızası olmasına rağmen, fail rızasının olmadığı zannıyla hareket ediyorsa, fiili hukuka uygun olacaktır; haksızlık neticeye göre tespit edilecektir.

²⁹³ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 971.

²⁹⁴ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 976.

²⁹⁵ Bu sorun “*hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurları meselesi*” veya “*hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları*” başlıkları altında tartışılmaktadır. Alman hukukunda da hukuka uygunluk nedenlerinin fiili(maddi) unsurları ve sübjektif (manevi) unsurlarından söz edilmektedir. Daha ayrıntılı değerlendirmeler, tartışmalar ve görüşler için bkz. Dursun/Bozbayındır, *a.g.m.*, s. 64-85.

²⁹⁶ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 22-23; Önder, *Genel Hükümler II*, s. 172; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 273, 275; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 119; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 299; İçel, *Genel Hükümler*, s. 320; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 157; Hafızoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 212; Hakeri, H. (2008, 28 Şubat-1 Mart). “*Tip Ceza Hukukunda Yanılgı*”. *V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 924.

Bir diğere göre²⁹⁷ ise böyle bir durumda, fiil kasten icra edilen bir haksızlık olma özelliğini devam ettirmektedir. Tipiklikte olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin de objektif ve sübjektif unsurları vardır²⁹⁸. Hukuka uygunluk nedeninin objektif unsuru gerçekleşmiş olmakla birlikte sübjektif unsuru gerçekleşmediği için hukuka uygunluk nedeni, tipikliğin haksızlık olarak ortaya çıkmasını engelleyici bir fonksiyon icra etmez. Bunun için tipik fiil haksızlık olarak ortaya çıkar ve fail kasten işlemiş olduğu haksızlıktan sorumlu tutulur. Failin hukuka uygunluk nedeninden istifade edebilmesi için, fiili hukuka uygun hale getiren nedeni bilmesi, kendisine verilen yetkinin veya hakkın bilincinde hareket etmiş olması gerekir.

Doktrinde bir kısım yazarlar bu tip bir durumda failin işlediği suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür. Zira böyle bir durumda, fiilin ifade ettiği haksızlık varlığını korumasına rağmen, netice gerçekleşmediğinden dolayı ortaya çıkan haksızlık teşebbüse eş değer olacaktır. Bu nedenle, fail suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır²⁹⁹. Bu konuda Alman öğretisinde baskın görüş de bu yöndedir³⁰⁰.

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği durumlarda, mağdurun rızası olmamasına rağmen, fail rızasının olduğunu zannederek fiili gerçekleştiriyorsa ceza hukuku sorumluluğu hata hükümlerine göre belirlenmelidir. Bu durumda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hali söz konusudur. Hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulu gerçekleşmediğinden dolayı tipik fiil haksızlık olarak ortaya çıkar. Fakat failin yanılığında dolayı bu haksızlık bakımından kasten hareket etmiş olduğu söylenemez. Her ne kadar fail suçun tanımında yer alan unsurların gerçekleştiğinin bilincinde olsa da, bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının oluştuğu bilinci ile

²⁹⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 312; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 264; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 412-421; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 233.

²⁹⁸ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 233; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 298. Hukuka uygunluk nedenlerinin yapısında sübjektif unsurun da bulunduğu ve içeriği ile ilgili açıklamalar için bkz. Göktürk, N. (2015). “*Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?*”. *CHD*, 10(27), s. 15 vd.

²⁹⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 472; Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 19-22; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 272. Öztürk/Erdem, hukukumuz bakımından suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmış olacağından, failin teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğini vurgulamışlardır (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 234). *Yazarlar*, aynı eserin farklı bir bölümünde, rıza ile ilgili yapmış oldukları açıklamalarda, bu tip durumlarda neticenin haksızlığı ortaya çıkmayacağı için failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini belirtmişlerdir (Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 270).

³⁰⁰ Ayrıntılı açıklamalar ve görüşler için bkz. Dursun/Bozbayındır, *a.g.m.*, s. 76-82.

hareket ettiği için haksızlık kastından³⁰¹ söz edilemez. Failin bu yanılığı, kasten hareket etmediğini göstermektedir. TCK m. 30/3 gereği failin düştüğü yanılığı kaçınılmaz ise fail bu yanılığından yararlanır. Bu yanılığ kusur üzerinde değil tipikliğin manevi unsuru üzerinde etkili olan bir yanılığdır. Bu nedenle fail hakkında verilmesi gereken hüküm, beraat hükmüdür. Failin düşmüş olduğu yanılığ kaçınılabilir ise tipe uyan fiil taksirle işlendiğinden de cezalandırılıyorsa, fail taksirli suçtan dolayı cezalandırılacaktır³⁰².

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği durumlarda, mağdurun geçerli bir rızası var ve fail rızanın varlığını biliyor ve fakat işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu zannı ile hareket ediyorsa hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hem objektif hem de sübjektif koşulu gerçekte iştiği için tipik haksızlık gerçekte işmiş olmaz. Dolayısı ile failin ceza hukuku sorumluluğu yoktur. Failin düştüğü değerlendirme yanılığının bir önemi yoktur. Tersine dolaylı haksızlık yanılığı olarak ifade edilmekte olan bu tip durumlarda, mefruz (işlenemez) suç söz konusu olmaktadır³⁰³.

3.1.5. Rızanın Kusurluluk Üzerindeki Etkisi

3.1.5.1. Kusurluluk

İlkel ceza hukukunda, objektif sorumluluk (netice sorumluluğu) kabul edilmekteydi. Neticenin meydana gelmesi, sorumluluk için yeterli görülmekte, failin davranışının kusurlu olup olmamasının ceza hukuku sorumluluğuna bir etkisi bulunmamaktaydı. Modern dönemde, bu anlayış terk edilerek, kusursuz ceza olmaz ilkesi benimsendi. Kusur, modern ceza hukukunun en temel kavramlarından biri haline geldi³⁰⁴.

Kusur kavramına yüklenen anlam, benimsenen suç teorisine göre farklılık arz etmektedir. Klasik suç teorisinin esas aldığı psikolojik kusur teorisi, kastı kusur kavramı ile eş anlamlı olarak kullanmaktadır. Onu takip eden neo-klasik suç teorisi, kastı kusur kavramı içerisinde ele almakla birlikte, kusur için ek normatif unsurların olduğunu ileri sürmüştür. Finalist (Gai) teori ise kastı, kusur kavramının içerisinde çıkarılmış, kusurluluğu bağımsız

³⁰¹ Bu görüş Alman doktrininde ve uygulamasında baskın olan sınırlı kusur teorisini savunan yazarlar tarafından ortaya atılmıştır. Buna göre, tipikliğin manevi unsuru olan kastın, tipikliğin maddi unsurlarının yanında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını da kapsaması gerekir (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 299).

³⁰² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 472-473; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 276; Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 22-24. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın TCK m. 30/1 kapsamında ele alınması gerektiğine dair Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 301-302.

³⁰³ Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 30.

³⁰⁴ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 290-291.

olarak ele almış, kastın haksızlığın münhasır bir unsuru olduğunu savunmuştur³⁰⁵. TCK'nın benimsediği sistem gereği kast, haksızlığın bir parçasıdır; kusurun bir unsuru değildir. Bu görüş, Türk öğretisinde de ağırlık kazanmaya başlamıştır. Türk ceza hukuku öğretisinde birçok yazar³⁰⁶, kusurluluğu suçun manevi unsurundan bağımsız olarak incelemektedir.

5237 sayılı TCK'nın esas aldığı suç teorisinde suçun unsurları; maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu sistemde kusurluluk, suçun bir unsuru değildir³⁰⁷. Kusurluluk, işlediği suç nedeniyle, fail hakkında bulunulan bir değerlendirme yargısından ibarettir³⁰⁸. Bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığı hususu değerlendirilmeden, failin kusurluluğu konusunda bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, öncelikle fiil ile ilgili suçun unsurları bakımından bir değerlendirme yapılacaktır; fiil suçun üç unsuru bakımından tamamlanmış bir suça vücut veriyorsa, fail hakkında kusur değerlendirmesine geçilecektir. Failin işlediği suçtan dolayı muaheze edilebilmesi mümkün ise sorumluluğu yoluna gidilecektir³⁰⁹. Görüldüğü gibi bu sistemde cezalandırmaya giden yol, merdivenin basamakları gibi kurgulanmıştır. Kusurluluk ise bu merdivenin son basamağı olarak düşünülebilir.

Haksızlık oluşturan bir fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, haksızlığı gerçekleştiren kişinin özelliklerine bakılmadan, işlediği fiille ilgili bir değerlendirme yapılır. Ancak bu değerlendirme sonucunda fiilin haksızlık oluşturup oluşturmadığı hususunda bir sonuca ulaşılar. Fiilin haksızlık değerlendirmesi, fiili gerçekleştirenden bağımsız, objektif bir değerlendirme değildir. Buna karşılık, kusur söz konusu olduğunda, ortaya çıkan haksızlık sonucunda, failin hangi şartlarda sorumlu tutulabileceğine ilişkin bir değerlendirme yapılır. Bu değerlendirme, failin kişisel özellikleri ve fiili işlediği andaki durumunun göz önüne alındığı subjektif bir değerlendirme değildir. Burada failin özelliklerinden işlediği fiille bağlantılı olanlar dikkate alınır. Örneğin, kusur değerlendirmesinde failin suçu işlemeyen önceki sosyal, ekonomik, kültürel durumu önemsizdir. Burada incelenen husus, işlediği haksızlıkla

³⁰⁵ Meraklı, S. (2017). *Ceza Hukukunda Kusur*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 339-340.

³⁰⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 390 vd.; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 310 vd.; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 392 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 512 vd.; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 484 vd. Bazı yazarlar ise kusurluluğu, suçun manevi unsurundan ayrı incelemekle birlikte, kusur ile kusurluluğun farklı kavramlar olduğunu ileri sürmekte, kusuru suç oluşturan bir fiilin kusur yeteneği bulunan bir kimse tarafından bilerek ve istenerek (kasten), en azından bilerek (taksirle) işlenmesi olarak tanımlamaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 332 vd.).

³⁰⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 172; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 311.

³⁰⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 172; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 484.

³⁰⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 390-391; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 311; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 484.

ilgili olarak faildeki iradenin oluşum şartlarıdır. Ancak bu şartların değerlendirilmesiyle, failin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulup tutulmayacağına karar verilir³¹⁰.

Görüldüğü gibi kusurun gerçekleştirilen fiilin haksızlık olma özelliğine bir etkisi yoktur. Kusur, gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak, faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin şahsen muaheze edilmesinin gerekli olup olmadığı hususundaki yargıyı ifade eder. Buradan çıkan sonuç, failin kusur yeteneği olmasa dahi, tipik fiil haksızlık oluşturmaya devam edecektir³¹¹.

Suçun manevi unsuru, işlenen fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eder. Bu manevi bağı kurulamaması durumunda suçtan bahsedilemez. Kusur, faille gerçekleştirdiği fiil arasındaki manevi bağı ifade etmez. Zira kusur, failin tipikliği gerçekleştirdiğini bilmesi değildir. Bu nedenle, haksızlığın gerçekleştirilme şekilleri olan kast ve taksirden farklıdır³¹². Kast ve taksir, gerçekleştirilen tipik haksızlığın bir unsurudur. Kusurluluk ise, kasten veya taksirle gerçekleştirilmiş bir haksızlık nedeniyle fail hakkındaki değerlendirme yargısıdır³¹³. Örneğin, akıl hastası bir kişinin, bir insanı kasten öldürmesi, tipik haksızlığın dolayısıyla suçun oluşmasına neden olur. Bununla birlikte akıl hastası kişi, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaz ve buna bağlı olarak davranışlarını yönlendiremez. Bu nedenle, bu kişinin kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilir ve işlediği suç nedeniyle cezalandırılmaz³¹⁴.

3.1.5.2. Rızanın Kusurluluğa Etkisi

Rıza, genel olarak hukuka aykırılık unsuru ve maddi unsurlar kapsamında ele alınmaktadır. İster maddi unsur olarak kabul edilsin ister hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilsin, rıza tasarruf edilebilecek bir hukuki değerle bağlantılı suç konusu üzerinde gösterilmekteyse ve geçerliliğini etkileyecek başkaca bir neden yoksa fiili hukuka uygun hale getiren bir etkiye sahiptir. Rızanın kişilere tasarruf yetkisi tanınmamış bir hukuki değer koruduğu bir suçun konusu üzerinde gerçekleşmesi ya da geçerliliğini etkileyen bir

³¹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 390; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 333; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 485.

³¹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 390; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 311-312; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 485; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 493.

³¹² Bunun yanında kusur suçun manevi unsurundan tamamen bağımsız bir kavram değildir. Kast veya taksirle gerçekleştirilmiş olan haksızlık olmadan kusur yargısında bulunulması mümkün değildir. Değerlendirme yargısının konusu, failin kasten veya taksirle gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktır (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 312).

³¹³ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 312; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 492-493.

³¹⁴ Bu durumda fail hakkında beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir (CMK m. 223/3-a).

nedenden dolayı geçersiz hale gelmesi durumunda, rıza doğrultusunda icra edilen fiil hukuka uygun olmayacaktır. Bununla birlikte, rızanın geçersiz olduğu bazı durumlarda, failin kusurluluğu üzerinde etki doğurması mümkündür.

Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemesine rağmen, fail işlediği fiilde hukuk düzenince tanınmış bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu zannı ile hareket edebilir. Ya da hukuk düzeninin tanıdığı bir hukuka uygunluk nedeninin sınırları noktasında bir yanılığa³¹⁵ düşmüş olabilir. Bu durumlar izin yanılığası veya dolaylı haksızlık yanılığası kavramları ile açıklanmaktadır³¹⁶. Bu tip durumlarda failin ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken TCK m. 30/4'te düzenlenen haksızlık yanılığası hükümlerinin dikkate alınması gerekir. Zira burada failin düştüğü yanılığası, somut vakiyaya yönelik değil, değerlendirmeye yönelik bir yanılığasıdır. Bu yanılığası haksızlığa etki eden bir yanılığası olmayıp, bu yanılığasının tipikliğin sübjektif unsuru olan kast ile herhangi bir ilgisi yoktur. Fiil, kasten icra edilen bir haksızlık olma özelliğini korur. Fail bir hukuka uygunluk nedeninin sınırları içerisinde hareket ettiğini düşünmekte; kendisine izin veren bir normun bulunduğunu zannetmektedir³¹⁷.

Bu yanılığasının kaçınılmaz olması halinde, failin haksızlık bilinci ile hareket ettiği söylenemez ve kusurunun tamamen ortadan kalktığı kabul edilir. Dolayısıyla, faili meydana gelen haksızlıktan sorumlu tutmak mümkün değildir. TCK m. 30/4 ve CMK m. 223/3-d hükümleri gereği, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir. Failin düştüğü hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise bu durum, cezanın

³¹⁵ Bu durumu, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata ile karıştırmamak gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, somut olayda şartları gerçekleşmemesine rağmen, failin bir hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiği zannıyla hareket etmesi anlamına gelir. Örneğin, rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği bir suç tipinde, ilgilinin rızası olmamasına rağmen, failin rızanın var olduğunu zannederek fiili gerçekleştirmesi durumunda, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın maddi şartlarında hataya düşülmüştür. Hukuka uygunluk nedeninin sınırları hususunda bir hataya düşülmesi durumunda ise hukuka uygunluk nedeni maddi şartlarıyla gerçekleşmiştir. Fakat fail hukuka uygunluk nedeninin kendisine vermiş olduğu izin kapsadığı yetki hususunda bir değerlendirme yanılığasına düşmektedir. Örneğin, tıbbi bir müdahaleye gösterilen rızanın kapsamına girmemesine rağmen, yaptığı değerlendirme sonucu rızanın kapsamında kaldığını düşündüğü fakat bu rızanın kapsamına girmeyen bir müdahaleyi gerçekleştiren kişinin durumu izin yanılığasına örnektir. Bunun yanında, ilgilinin rızası olmamasına rağmen rızasının olduğunu düşünerek tıbbi müdahalede bulunan bir kişi hukuka uygunluk nedeni olan rızanın maddi şartlarında hataya düşmüştür.

³¹⁶ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 369; Göktürk, N. (2016). *Haksızlık Yanılığasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 125.

³¹⁷ Göktürk, N. (2016). *a.g.e.*, s. 126. Failin, gerçekte var olmamasına rağmen somut olayda fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunduğu zannıyla hareket etmesi haksızlık yanılığasının ikinci görünüm şeklidir (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 369).

belirlenmesinde dikkate alınacak; cezada aşağı sınıra yaklaşma nedeni olarak değerlendirilecektir³¹⁸.

Bu kısımda yaptığımız değerlendirmeleri bir örnek üzerinden açıklamakta fayda görüyoruz. Belgede sahtecilik suçlarında korunan hukuki değer³¹⁹, kişilerin belgenin ve belgenin ortaya koyduğu hukuki durumun geçerli olduğuna dair güvenidir. Bu suç tipinde, kamu güveninin korunması amaçlanmaktadır³²⁰. Kamunun güveni, bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerler arasında yer almaktadır. Kişilerin bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerlerle bağlantılı olarak tasarruf yetkileri kabul edilmemektedir. Bu nedenle, bu suç tipinde rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez.

İlgilinin rızası ya da isteği doğrultusunda sahte belge düzenlenmesi durumunda, failin ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği tartışılmıştır³²¹. Bir görüşe göre, her ne kadar ilgilinin rızası belgede sahtecilik suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni olmasa da, failde zarar verme kastının bulunmaması nedeniyle ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilemez³²². Bu görüş, belgede sahtecilik suçunda ilgili kişinin rızasını, suçun manevi unsurları kapsamında ele almaktadır. Yargıtay da söz konusu durumu suçun manevi unsurları kapsamında değerlendirmektedir. Yüksek mahkemeye göre, failin haksızlık ya da zarar verme bilincinin ve iradesinin bulunmaması nedeniyle suçun manevi unsuru oluşmayacağından, fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekir³²³.

Diğer bir görüşe göre³²⁴ fail, muhataplarını aldatma maksadı ile hareket etmediği için sahtecilik kastına sahip değildir. Dolayısı ile manevi unsur eksikliği nedeniyle suç oluşmaz.

İlgilinin rızası ya da isteği doğrultusunda sahte belge düzenlenmesi durumunda, failin ceza hukuku sorumluluğunu, suçun manevi unsurları ile bağlantılı olarak açıklayan

³¹⁸ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısı*, s. 128-129; Göktürk, N. (2016). *a.g.m.*, s. 430-431; Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 28-29.

³¹⁹ Gerek yerleşik yüksek mahkeme içtihatlarında gerekse de doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, belgede sahtecilik suçlarında korunan hukuki değer kamunun güvenidir. Bununla birlikte, bu konuda farklı yaklaşımlar da vardır. Belgede sahtecilik suçlarına korunan hukuki değerle ilgili tartışmalar için bkz. Gökçen, A. (2013). *Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m. 204-212)*, (Gözden Geçirilmiş 3.Baskı), Ankara: Adalet Yayınları, s. 144-147.

³²⁰ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (5. Baskı)*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 714.

³²¹ Bu durumda, failin ceza hukuku sorumluluğunun ortadan kalkmayacağına dair Ekici Şahin, *Rıza*, s. 119.

³²² Erman, Ö. ve Özek, Ç. (1996). *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, s. 290.

³²³ YCGK, T. 14.12.1999, E. 1999/6-302, K. 1999/313; 11. C.D., T. 13.11.2017, E. 2015/9309, K. 2017/7688; 11. C.D., T. 25.10.2017, E.2017/4239, K. 2017/7156; 15. C.D., T. 23.10.2017, E. 2017/1865, K. 2017/20946; 15. C.D., T. 18.10.2017 E. 2017/1767, K. 2017/20732; 21. C.D., T. 30.3.2017, E. 2016/10731, K. 2017/1638.

³²⁴ Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 736.

görüşler kabul edilemez. Bu belgeyi düzenleyen kişinin, belgede sahtecilik suçları bakımından kastının olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek³²⁵ gerçekleştirilmesidir. Zarar verme kastının olmaması, aldatma maksadının bulunmaması, haksızlık bilincinin ya da zarar verme bilincinin ve iradesinin bulunmaması kastı ortadan kaldırmaz. Bahsi geçen hususlar, belgede sahtecilik suçunun tanımındaki unsurlar kapsamında değerlendirilemez.

Doktrindeki diğer bir görüş ise ilgilinin rızası doğrultusunda belgede değişiklik yapılmasını, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata kapsamında değerlendirmektedir³²⁶. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadan söz edebilmek için öncelikle olayda uygulanabilecek bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olması gerekir. Fail, olayda bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının gerçekleşmemesine rağmen, bu şartların gerçekleştiği hususunda hataya düşmüş olması gerekir³²⁷. Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata söz konusu olabilmesi için “somut olayda hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları gerçekleşmiş olsaydı, failin fiili hukuka uygun hale gelecek, fail ceza almayacaktı” şeklinde bir sonuca ulaşıyor olması gerekir³²⁸. Belgede sahtecilik suçlarında korunan hukuki değer bireyle doğrudan ilişkili olmayan (toplumsal) hukuki değerlerden kabul edilen kamunun güvenidir. Bu nedenle, ne ilgilinin rızası, ne de hakkın icrası hukuka uygunluk nedenleri, belgede sahtecilik suçları bakımından kabul edilmemektedir. Kabul edilmeyen bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşülmesi de söz konusu olamaz.

Kanaatimizce, bu hususun TCK m. 30/4 kapsamında değerlendirilmesi gerekir³²⁹. Zira fail, verilen örnekte bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında kaldığı düşüncesiyle fiilini icra etmektedir. Bu durumda haksızlık yanılığının bir görünümü olan dolaylı haksızlık yanılığısı söz konusu olacaktır. Adına belge düzenlenen kişinin bilgisi ve rızası dâhilinde, bu

³²⁵ Kastın sadece bilme unsurunu ihtiva ettiği; kanunda geçen isteme unsurunun kast kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine dair Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 246-247.

³²⁶ Gökçen, A. (2013). *a.g.e.*, s. 227, 284-285.

³²⁷ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ile gerçekte bulunmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu zannıyla hareket etmenin farklı şeyler olduğu ve bu konularda hataya düşülmesinin hukuki sonuçları bakımından yaklaşımlar ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 10 vd. Kaldı ki *Yazar*, söz konusu durumu, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hata olarak ifade etmektedir (Gökçen, A. [2013]. *a.g.e.*, s. 226).

³²⁸ Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 11.

³²⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda, çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Başkanı ve altı Genel Kurul üyesi, olayda failin kötüye kullanma amacının olup olmadığının belirlenmesi ve bu konunun hata hükümleri çerçevesinde tartışılması gerektiğini belirtmiştir (YCGK, T. 04.02.2014, E. 2013/11-332, K. 2014/26).

kişi adına bir başkası tarafından düzenlenmiş ve imzalanmış bir belge gerçek değil, sahte bir belgedir. Ancak, somut olayın durumuna göre haksızlık hatası söz konusu olabilir. Belgenin düzenlenmesiyle, failde herhangi bir kötüye kullanma amacının olmaması durumunda, her iki kişinin de haksızlık bilinci ile hareket etmedikleri söylenebilir. Bu hatanın kaçınılmaz olması durumunda, bu kişilere kusurlarının olmaması sebebiyle TCK m. 30/4 hükmü gereği ceza verilmeyecektir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise bu husus temel cezayı belirlerken dikkate alınabilecektir³³⁰.

Örneğin, ücra bir köyde öğretmenlik yapmakta olan bir kişinin, ilçeye giden birinden, maaşını çekmesi yönünde talepte bulunması, bu kişinin maaşı bankadan çekebilmek için öğretmen adına yetki belgesi düzenleyerek bankaya ibraz etmesi ve maaşı çekerek öğretmene teslim etmesi durumunda, herhangi bir kötüye kullanma amacının olmadığı açıktır. Burada, kaçınılamaz haksızlık hatası (dolaylı haksızlık hatası) söz konusu olacak, TCK m. 30/4 hükmü gereğince kişiler cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise hâkim ilgilinin rızasını, TCK m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde aşağı sınıra yaklaşma nedeni olarak dikkate alacaktır.

Rızanın kusurluluk üzerinde etkisiyle ilgili bir diğer tartışmalı husus aktif ötanazidir. Türk hukukunda aktif ötanazi yasaktır. Yaşam hakkının korunduğu suç tipleri bakımından rıza, hukuka uygunluk nedeni değildir; bireylere bu konuda tasarruf imkânı tanınmamıştır.

Doktrinde kimi yazarlar, hastanın ızdıraplarına son vermek, onu içinde bulunduğu durumdan kurtarmak amacıyla öldüren kişinin, zorunluluk hali kapsamında hareket ettiğini ileri sürmüştür³³¹. Buna göre, bir hekimin veya hasta yakınının, hastanın ısrarlı talebi üzerine veya çektiği acılara dayanamayarak onu öldürmesi durumunda, failin içinde bulunduğu bu durumun, davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğini ortadan kaldırması veya önemli derecede azaltması halinde, kişinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak zorunluluk halinde hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Bu düşünceye göre rıza, bazı durumlarda kusurluluğu ortadan kaldıran bir etkiye sahiptir. Bu husustaki ayrıntılı açıklamalara ve tartışmalara, çalışmamızın üçüncü bölümünde yer vereceğiz.

³³⁰ Göktürk, N. (2016). *a.g.e.*, s. 128-129; Göktürk, N. (2014). *a.g.m.*, s. 11; İtişgen, R. (2013). “Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(84), s. 57-58.

³³¹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 94.

3.1.6. Rızanın Cezanın Belirlenmesine Etkisi

Kişiler, hukukun kendilerine yüklemiş olduğu yükümlülüklerle aykırı davranışları halinde sorumlu olurlar. Yükümlülüklerle aykırı, dolayısıyla haksız bir davranış gerçekleştirilmesinden sonra, bu haksızlığı tam olarak gidermek, haksızlığı gerçekleşmemiş hale döndürmek mümkün değildir. Ancak yükümlülüklerle aykırılık dolayısıyla gerçekleşen haksızlık karşısında, hukuk düzeninin kayıtsız kalması da düşünülemez³³².

Ceza hukuku, hukuki değerleri korumak amacıyla, belli haksızlıkları ceza hukuku normlarıyla tanımlamış³³³, kişilere belli bir davranışı yapma ya da yapmama şeklinde yükümlülükler yüklemiştir. Bu yükümlülüklerle aykırı davranışlar, suç olarak düzenlenmiş, suçlar karşılığında ise ceza ve güvenlik tedbiri şeklinde yaptırımlar öngörülmüştür. Ceza normuyla suç olarak tanımlanan haksızlığın içeriğinin az ya da çok olması önemsizdir. Önemli olan, ceza normunun bir hukuki değer korumasına hizmet edip etmediğidir. Herhangi bir hukuki değer korumasına hizmet etmeyen hükümler, ceza hukuku mevzuatına dâhil edilmemelidir³³⁴.

3.1.6.1. Suçun Haksızlık İçeriği ve Cezanın Belirlenmesi

Ceza hukuku, haksızlık oluşturan iradi insan davranışlarıyla ilgilenir. Haksızlık kavramı çoğu kez hukuka aykırılık kavramı ile birbirine karıştırılmaktadır. Bu iki kavram, yakından ilişkili olmakla birlikte farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk normu ile çelişmesidir. Haksızlık ise hukuka aykırı olarak değerlendirilen davranıştır. Hukuka aykırılık, fiilin bir özelliğidir; azlığından ya da çokluğundan bahsedilemez, derecelendirmeye tabi tutulamaz. Bir fiil ya hukuka aykırıdır ya da hukuka uygundur. Hukuka aykırılığın azlığından ya da çokluğundan bahsetmek mümkün değildir³³⁵.

Haksızlığın ise nicelik olarak derecelendirilmesi mümkündür. Hukuka aykırı iki ayrı fiil, haksızlık içerikleri itibarıyla farklılık arz edebilir. Örneğin, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir bir yaralama fiilinin (TCK m. 86/2), daha ağır bir yaralama fiiline göre daha az

³³² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 697.

³³³ Ceza kanunlarının korumayı amaçladığı hukuki değerler, yalnızca çok önemli kabul edilen hukuki değerlerdir. Ceza hukukunun amacı suç tipleri ile bütün hukuksal değerlerin listesini yapmak değildir. Ceza hukukundaki *ultima ratio* ilkesi gereği, hukuki değerler ancak belli şartlar altında, ceza hukuku normu ile korunurlar (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 430, 457, 672).

³³⁴ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 468, 602; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 41.

³³⁵ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 102; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 229; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 405, 409; İçel, *Genel Hükümler*, s. 307; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 314; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 267; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 309.

hukuka aykırı olduğu söylenemez. Ancak, her iki yaralama fiili arasında haksızlık içeriği bakımından fark vardır. Fiilin ifade ettiği haksızlık, nicelik itibarı ile derecelendirmeye tabi tutulabilir³³⁶.

Cezanın belirlenmesinde suçun haksızlık içeriği dikkate alınır. Hem kanun koyucu soyut cezayı belirlerken³³⁷, hem de hâkim somut cezayı belirlerken³³⁸ suçun haksızlık içeriğini dikkate alır. Ancak haksızlığı tüketen bir ceza amacına hizmet edecektir. Nitekim TCK m. 3/1 düzenlemesine göre, suç işleyen kişi hakkında hükmolunacak cezanın ve güvenlik tedbirinin, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olması gerekir. Bu orantıyı, fiilin haksızlık içeriğine göre belirlemek gerekir.

Fiilin haksızlık içeriği öncelikle, tipteki unsurlar içinde ifade edilir³³⁹. Yani kanun koyucu tipik haksızlıklar karşısında soyut cezayı belirlerken fiilin ifade ettiği haksızlık içeriğini dikkate alır. Örneğin, kanun koyucunun soyut ceza belirlerken kasten öldürme suçunun temel şekli için öngördüğü ceza müebbet hapis cezası iken, kasten yaralama suçunun temel şekli için öngördüğü ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Buradaki farkın temel nedeni suçun haksızlık içeriğidir. Yani bir kişinin haklı bir neden olmaksızın öldürülmesiyle, haklı bir neden olmaksızın yaralanması arasındaki temel fark, suçların işlenmesiyle ortaya çıkan haksızlığın niceliksel olarak farklı olmasıdır.

Aynı şekilde somut cezanın belirlenmesinde, kanun koyucunun suç tiplerinde soyut cezalar için belli bir aralık öngördüğü suçlar bakımından, farklı cezaların ortaya çıkması da, ortaya çıkan haksızlıkların niceliksel olarak farklı olduğunu gösterir. Hâkim, çoğu ortaya çıkacak olan haksızlığın niceliği ile ilgili olan, TCK m. 61 hükmünde sayılan nedenleri dikkate alarak, somut cezayı belirleyecektir. Hâkim, deyim yerindeyse, ortaya çıkan haksızlığı, ceza skalasında bir noktaya yerleştirerek, haksızlığı tüketen cezayı belirleyecektir. Ortaya çıkan haksızlığı tüketmeyen ceza adil olmadığı gibi, haksızlığı aşan cezalar da adil olmayacaktır.

³³⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 309; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 267; İçel, *Genel Hükümler*, 307-308; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Unver, *Suç Teorisi*, s. 102.

³³⁷ Ceza belirlenirken ilk olarak, fiilin haksızlık içeriği, sonrasında ise gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle kusur durumu dikkate alınır (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 896). Soyut cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken temel kriter, suçla korunan hukuki değer ve fiilin haksızlık içeriğidir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 649, dn. 106).

³³⁸ Temel cezanın belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden TCK m. 61/1-f dışındakiler fiilin haksızlık içeriğine ilişkin unsurlardır (Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 673).

³³⁹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 106.

3.1.6.2. Somut Ceza – Soyut Ceza Ayrımı

Cezanın belirlenmesinin, soyut cezanın belirlenmesi ve somut cezanın belirlenmesi olmak üzere iki aşaması vardır³⁴⁰. Yasa koyucu tarafından, cezanın yasada belirlenmesi, soyut ceza belirlenmesidir. Somut olaya bakan hâkim tarafından, suç ve suçlu dikkate alınarak cezanın belirlenmesi ise somut ceza belirlenmesidir. Çalışmamızın bu kısmında, sırasıyla, soyut cezanın ve somut cezanın belirlenmesinde rızanın etkisini açıklamaya çalışacağız.

3.1.6.3. Soyut Cezanın Belirlenmesinde Rızanın Etkisi

Kanunlar, belli bir kişiye uygulanmak üzere değil, herkese yönelik uygulanan genel, objektif ve soyut nitelikte kurallardır. Suç ve ceza içeren normların kanunla konulması ilkesi, Anayasa ile güvence altına alınmış önemli ilkelerden biridir. Bu ilke neticesinde, kişi hangi eylemlerin suç olarak düzenlendiğini ve bu suça karşılık verilecek cezayı, ceza kanunlarına bakarak tespit edebilecektir. Sonuç olarak suç oluşturan fiiller karşısında ön görülen cezalar, kanunla, kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlenmektedir.

Cezaların soyut belirlenmesi kendi içerisine ikiye ayrılır. Öncelikle yasa koyucu, cezalar ve güvenlik tedbirleri sistemini belirler; kanunda ceza türleri gösterilir. Bu soyut genel belirlemedir. İkinci aşamada ise kanun koyucu, tanımlanan her bir suç tipi için hangi türden ceza veya güvenlik tedbiri uygulanacağını belirler. Yani kanunda her bir suç karşılığında ayrı cezalar öngörülür. Bu ise soyut özel belirlemedir³⁴¹.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi fiilin ifade ettiği haksızlığı tipteki unsurlar belirler. Kanun koyucu tipik haksızlıklar karşısında soyut cezayı belirlerken, fiilin ifade ettiği haksızlık içeriğini dikkate alır. Maddi unsur olarak yer aldığı suç tipleri bakımından rızanın, haksızlık içeriğinin belirlenmesinde etkili olduğu söylenebilir. Bu durum, rızanın varlığının unsur olarak yer aldığı suç tipleri bakımından geçerlidir.

Bu düşünceden hareketle kanun koyucu, çocuk düşürtme suçlarında, kadın rızasının varlığı durumunda, rızanın olmaması durumuna göre, soyut cezayı daha hafif belirlemiştir.

³⁴⁰ Dönmezer, S. ve Erman, S. (1985). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt III (10. Bası)*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 113; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 853; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 649-650; Özen, *Genel Hükümler*, s. 967; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 576; Centel, N. (2001). "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi". *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir, s. 356; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 858; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 663.

³⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 577; Centel, N. (2001). *a.g.m.*, s. 356; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 663.

TCK m. 99/1 hükmüne göre, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırken, TCK m. 99/2 hükmü gereği, tıbbi bir zorunluluk bulunmaması şartıyla, on haftadan fazla olan gebeliği, kadının rızası doğrultusunda sonlandıran kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu iki suç tipinin oluşturduğu haksızlık bakımından, aradaki fark rızanın varlığıdır. Geçersiz de olsa, rızanın varlığı soyut cezanın belirlenmesinde, haksızlık içeriğini azaltan bir neden olarak dikkate alınmıştır.

Bu konuda, kanunumuzda verilebilecek bir diğer örnek on beş yaşını tamamlamış olan çocuklara karşı gerçekleştirilen, cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlardır. Bu yaş grubunda bulunan bir çocuk ile rızası doğrultusunda cinsel ilişkiye girmek, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmasına neden olacaktır. TCK m. 104 hükmüne göre, *“cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi”* cezalandırılacaktır. On beş yaşını tamamlamış çocuğun fiile rıza göstermemesi durumunda veya rıza göstermekle birlikte rızanın; cebir, tehdit veya hile ile fesada uğratılmış olması durumunda ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, TCK m. 103/1-b gereği, çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Bu durumda kanunda öngörülen ceza, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasıdır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezası ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. On beş yaşını tamamlamış bir çocukla, geçerli rızası doğrultusunda, cinsel ilişkiye giren fail en fazla beş yıl ceza alacakken, geçerli rızası olmadan cinsel ilişkiye giren bir fail, en az on altı yıl ceza alacaktır. Bu durumda da ortaya çıkan haksızlık içeriğini rıza belirlemiştir.

İster somut ceza belirlenirken, ister soyut ceza belirlenirken dikkate alınsın, rızanın haksızlık içeriğinin belirlenmesinde etkili olduğu açıktır. Rıza ile gerçekleştirilen fiil, rıza hilafına gerçekleştirilen fiile nazaran nicelik itibarıyla daha az bir haksızlık ortaya çıkaracaktır.

Bu düşünceden hareketle, talep veya rıza üzerine öldürmenin, kasten öldürme suçuna nazaran daha hafif bir cezayla cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira talep veya rıza üzerine öldürme fiili sonucunda ortaya çıkan haksızlıkla adi bir öldürme sonucunda ortaya çıkan haksızlık arasında niceliksel olarak ciddi bir fark mevcuttur. Bununla birlikte, her iki fiil, ceza hukuku sistemimizin öngördüğü kurallar gereği aynı ceza ile cezalandırılmaktadır.

Zira kasten öldürme suçunun cezası, müebbet hapis cezasıdır. Bu nedenle, hâkime somut cezayı belirlerken, takdir hakkı da tanınmış değildir³⁴².

3.1.6.4. Somut Cezanın Belirlenmesinde Rızanın Etkisi

Hâkimin, soyut olarak belirlenmiş olan cezaları, somut olaya uygulaması, somutlaştırması gerekmektedir. Bazı suçlar bakımından kanunda, işlenen fiilin karşılığında öngörülen ceza açıkça ve kesin olarak belirlenmişken³⁴³, çoğu suç tipinde, suç için öngörülen soyut ceza için belli aralıklar öngörülmüştür³⁴⁴. Örneğin, TCK m. 81’de düzenlenen kasten öldürme suçunun temel şekli için öngörülen ceza, müebbet hapis cezası iken, hırsızlık suçunun temel şeklini düzenleyen TCK m. 141’de bu suç için öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Bazı suç tiplerinde ise aralık belirlenmemiş, suç karşılığında öngörülen cezanın alt sınırı³⁴⁵ ya da üst sınırı³⁴⁶ belirlenmiştir.

Soyut cezanın açıkça ve kesin olarak belirlenmediği durumlarda hâkime, somut cezanın belirlenmesinde takdir alanı bırakılmıştır. Bu takdir hakkı sınırsız değildir. Hâkimin temel cezayı belirlemedeki takdir yetkisi cezaların aşağı ve yukarı sınırlarına, cezanın ölçü birimine ilişkin kurallarla sınırlandırılmış olup, hâkim yetkisini bu kurallara uygun olarak kullanmakla yükümlüdür³⁴⁷. Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı belirlerken, TCK’da gösterilen (TCK m. 61/1) kriterleri kullanmak ve gerekçe³⁴⁸ göstermekle yükümlüdür³⁴⁹. Yargıtay, bu takdir yetkisinin ve takdirin dayandığı gerekçelerin temyiz merciinin

³⁴² Bu husus üzerinde, üçüncü bölümde, “talep üzerine öldürme” başlığı altında tekrar ve ayrıntılı olarak durulacaktır.

³⁴³ Tek ve maktu cezaların öngörüldüğü suçlarda temel cezanın belirlenmesinde bir sorunla karşılaşmaz (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 896). Bu durumda hâkim ayrıca temel ceza belirlemeyecektir. Bu cezaların kendileri temel ceza niteliğindedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 652). Suçun için öngörülen ceza, yasada takdire yer bırakmayacak şekilde belli yükseklikte hapis veya adli para cezası ise mutlak ceza söz konusudur (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 578).

³⁴⁴ Kanun koyucu bu hususta hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Bu suretle hâkim, önceden öngörülmesi mümkün olmayan birçok farklı durum karşısında, cezayı somut olaydaki duruma göre belirleyecektir. İnsan davranışlarını önceden bir kalıba sokmak ve onları sınırlamak mümkün değildir. Ne kadar çok birbirine benzerse benzesin, her olay kendine özgü özellikleri ihtiva eder. Kanun koyucu bu gerçeği göz önüne alarak, somut olayda hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun biçimde somut olay adaletinin sağlanması amacı ile hâkime takdir yetkisi tanımıştır (Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt III*, s. 119).

³⁴⁵ Ceza Kanunu’nda alt sınırın belirlendiği suça örnek olarak TCK m. 188/3 hükmü verilebilir.

³⁴⁶ Ceza Kanunu’nda üst sınırın belirlendiği suça örnek olarak TCK m. 91/2 hükmü verilebilir.

³⁴⁷ Centel, N. (2001). *a.g.m.*, s. 356.

³⁴⁸ Mahkeme hükümlerinin gerekçeli olması, AY m. 141/3 ve CMK m. 34’de düzenlenmiştir. Hükmün mantıksal dayanağını oluşturan gerekçe; somut olaya, akla, mantığa, bilimsel görüşlere ve yargısal içtihatlarla dayalı olmalıdır. Bu özellikleri taşıyan bir gerekçe, kararların daha isabetli verilmesini sağlar, tarafları tatmin eder, yasa yolu aşamasında kararların denetimine olanak sağlar (1.CD, 18.12.2014, E. 2014/3990, K. 2014/6353).

³⁴⁹ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 721; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 583, 589-590; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 651-652; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 673.

denetimine tabi olduğu görüşündedir³⁵⁰. Temel cezanın belirlenmesinde kanunun gösterdiği bu kriterlere uyulmaması, hükmün bozulmasını gerektiren bir nedendir³⁵¹.

Hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir (TCK m. 61). Somut ceza belirlenirken kullanılan bu kriterler, fiilin haksızlık içeriği ile yakından ilgilidir³⁵². Bu kriterleri, suç oluşturan fiilin haksızlık içeriğinin belirlenmesinde kullanılan araçlar gibi görmek mümkündür. Temel cezanın belirlenmesi esnasında, bunlar dışında bir nedenle, cezanın artırılması ya da azaltılması mümkün değildir.

Rızanın unsur³⁵³ olarak düzenlenmediği, rızanın hukuka aykırılığı³⁵⁴ ortadan kaldırmadığı suç tipleri bakımından, fiilin ilgilinin rızası ile işlenmesi durumunda, bu durumun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması yerinde olur³⁵⁵. Zira diğer bütün şartlar aynı olmak şartıyla, her ne kadar geçerli olmasa da³⁵⁶ bir suçun mağdurun rızası ile

³⁵⁰ YCGK, 21.4.2015, E. 2014/1-671, K. 2015/118; YCGK, 6.10.2009, E.2009/8-124, K.2009/224; YCGK, 4.5.2010, E.2010/1-30, K. 2010/99; 1.CD, 29.12.2011, E. 2010/1006, K. 2011/8662.

³⁵¹ İçel, *Genel Hükümler*, s. 763

³⁵² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 896; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 673.

³⁵³ Rızanın varlığı bir unsur olarak düzenlendiği suç tiplerinde, rızanın varlığı maddi unsurlar kapsamında dikkate alınacak, TCK m. 61/3 gereği rıza temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu mükerrer değerlendirme yasağının bir sonucudur (Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 855; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 653; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 866; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 675; İçel, *Genel Hükümler*, s. 765).

³⁵⁴ Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği suçlarda, geçerli rızanın varlığı suçun oluşmasına engel olacaktır. Suçun oluşmadığı bir durumda cezanın belirlenmesi gündeme gelmeyecektir.

³⁵⁵ Mağdurun suçun işlenmesini kolaylaştırması, suçun işlenmesine neden olması, failin hukuka uygunluk nedenlerine benzer bir durumda bulunması cezanın takdirinde failin lehine olarak değerlendirilebilecek hususlardır. Bu husus suçun işleniş biçimi kapsamında değerlendirilebilecek bir husustur (Centel, N. [2001]. *a.g.m.*, s. 360-361; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 654; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 670).

³⁵⁶ Kanun koyucu, ceza hukukunda olduğu gibi özel hukukta da geçersiz rızaya hukuki olarak sonuç bağlamıştır. Özel hukuk alanında, haksız fiil nedeniyle tazminat miktarı belirlenirken, zarar göreninin fiile rıza gösterdiği durumlarda hâkime tazminat miktarında indirim yapması ya da tazminatı tamamen kaldırması hususunda takdir hakkı tanınmıştır (TBK m. 52/1). Bu husus, rızanın fiili hukuka uygun hale getirmediği durumlarda söz konusu olmaktadır. Zira rıza fiili hukuka uygun hale getirmiş olsaydı, ortada haksız bir fiil olmayacak, sorumluluk gündeme gelmeyecekti. Örneğin, ahlaka aykırı bir amaçla verilen rıza, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bununla birlikte, geçersiz bu rıza dahi, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Hâkim bu durumda, tazminatı kaldırabileceği gibi tazminattan belli oranda bir indirim yapılmasına da karar verebilecektir (Badur, E. [2017]. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 65).

Hâkime tazminat miktarının belirlenmesi hususunda takdir hakkı tanıyan TBK m. 52/1 hükmü şu şekildedir: “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.”

işlenmesi ile rızası hilafına işlenmesi durumunda haksızlık içeriği bakımından bir farklılık söz konusudur. Örneğin, kasten yaralama suçunda yaralanan kişinin rızasının bulunması suçun oluşumunu etkilemediği durumda, bu rızanın cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekir. Bir otomobil yarışına katılan kişinin kazaya karışması durumunda da aynı sonuç geçerli olacak, mağdurun rızasıyla yarışa katılmış olması cezanın belirlenmesinde failin lehine olarak değerlendirilecektir.

3.2. Rızanın Şartları

3.2.1. Genel Olarak

Rızanın geçerli olabilmesi için gerçekleşmesi gereken bazı şartlar vardır. Bu şartlardan birisinin eksik olması durumunda, rıza üzerine gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olmayacaktır.

Rıza birçok suçta tipikliğin gerçekleşmesine engel olan bir fonksiyon icra etmektedir. Yapılan suç tanımlarına bakıldığında, tipikliğe engel olan rızanın geçerliliğinin, suç tipinin özelliğine göre değiştiği görülecektir. Bu nedenle, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın geçerlilik şartları, ilişkin olduğu suç tipi açısından icra ettiği fonksiyona göre belirlenecektir. Bu değerlendirme yapılırken, söz konusu suç tanımı, suçla korunan hukuki değer ve ceza normunun yorumu göz önüne alınacaktır³⁵⁷.

Bazı suç tiplerinde ise rızanın varlığı unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tip durumlarda, rızanın varlığı suçun oluşması için gereklidir. Tipikliğin gerçekleşmesi için aranan rıza, geçerlilik şartlarından birini veya birkaçını ihtiva etmeyen rızadır. Bununla birlikte, diğer geçerlilik şartları bakımından da ayrıca değerlendirme yapmak gerekecektir. Örneğin, mal varlığına karşı işlenen suçlarda, rızanın hile ile fesada uğratılmış olması durumunda dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Rızanın cebir veya tehdit ile fesada uğratılması durumunda ise yağma suçu oluşacaktır. Bu iki suç tipi bakımından rızanın geçerlilik şartlarından biri olan “rızanın özgür iradenin ürünü olması şartı” gerçekleşmediğinden rıza geçersizdir. Bu tip suçların tipikliğinin gerçekleşmesi bakımından aranan rıza, fesada uğratılmış rızadır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından verilebilecek örnek ise reşit olmayanla cinsel ilişki ve çocukların cinsel istismarı suçudur. Bu düzenlemeler

³⁵⁷ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 91.

incelendiğinde, TCK'nın, on sekiz yaşını tamamlamamış kişilerin cinsel ilişki boyutuna varan tasarruflarını geçerli kabul etmediği görülecektir. Yani on sekiz yaşını tamamlamayan kişilerin, bu konuda tasarruf yetkileri yoktur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliğinin oluşması için, on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişinin cebir, tehdit ve hile ile fesada uğratılmamış rızasının varlığı gereklidir. Görüldüğü gibi bu düzenlemeler bakımından, rızanın şartlarından biri olan, “tasarruf edilebilecek bir hukuki değer varlığı” şartı gerçekleşmemiştir. Bu suç tipleri bakımından, tipikliğin gerçekleşmesi için gerekli olan rıza geçersiz rızadır.

3.2.2. Rızanın Geçerlilik Şartları

Tipikliği kaldıran rızanın geçerlilik şartlarının her suç tipi bakımından ayrı ayrı ele alınması gerektiğini ifade etmiştik. Biz bu kısımda, genel olarak hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın geçerlilik şartları üzerinde duracağız. Bu kısımda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza için yapmış olduğumuz açıklamalar, kural olarak tipikliği ortadan kaldıran rıza için de geçerlidir. Bununla birlikte, bu şartları ayrı ayrı ele alırken, tipikliği kaldıran rıza ile ilgili ayrı değerlendirilmesi gereken hususları ayrıca ele alacağız.

Genel olarak rızanın geçerlilik şartları şunlardır:

- Tasarruf Edilebilecek Bir Hukuki Değerin Varlığı
- Rıza Gösteren Kişinin Ehil Olması
- Rızanın Açıklanması
- Rızanın Özgür İradenin Ürünü Olması
- Fiilin Rızanın İlişkili Olduğu Konu ile İlgili Olması

Bu şartlardan birini veya birden fazlasını bünyesinde taşımayan rıza, geçerli değildir. Bu rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen fiil, hukuka uygun değildir. Çalışmamızın bu kısmında, bu şartları tek tek ele alacağız.

3.2.2.1. Tasarruf Edilebilecek Bir Hukuki Değerin Varlığı

İlgilinin rızasını düzenleyen TCK m. 26/2 hükmüne göre, “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*”. Bu hüküm, rızanın geçerliliğini, kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olması şartına bağlamıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz gibi hukuki değer veya hak, üzerinde tasarruf edilebilecek bir şey değildir; üzerinde tasarruf edilen şey suçun konusudur. Rıza açıklamasının hukuka uygunluk etkisi doğurabilmesi için öncelikle, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konunun bulunması ve tasarrufun hukuken tanınan sınırlar kapsamında gerçekleştirilmiş olması gerekir³⁵⁸.

Rızanın geçerli olabilmesi için gerçekleşmesi gereken ilk şart, serbestçe tasarruf edilebilecek bir hukuki değer var olmasıdır. Tasarruf edilebilecek hukuki bir değer söz konusu değilse, geçerli bir rızadan da bahsedilemeyecektir.

Türk Ceza Kanunu, hangi hukuki değerlerle ilgili kişilerin mutlak surette tasarruf edebileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bir kimsenin, hangi hukuki değerler ilgili olarak ne surette tasarrufta bulunabileceği, tüm hukuk düzenine hâkim olan ilkeler çerçevesinde belirlenecektir³⁵⁹; bu konuda genel geçer bir ölçüt koymak zor görünmektedir³⁶⁰. Rızanın tipikliğin oluşmasına engel olduğu durumlar, hangi hukuki değerlerle bağlantılı olarak ne surette tasarrufta bulunabileceğine ilişkin fikir vermesi bakımından önemlidir. Örneğin, çocuk düşürtme suçunda on haftayı doldurmamış gebelikler bakımından rıza, tipikliğin oluşmasına engel olur. Bu düzenleme ile kanun koyucu, çocuk düşürtmeye yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller bakımından, kadının hangi şartlar altında ne surette tasarrufta bulunabileceğini belirtmiştir.

Doğrudan doğruya bireyle ilişkili olmayan, toplumda yaşayan herkesi ilgilendiren hukuki değerleri koruyan suçlar konusunda, bireylerin rızalarının bir önemi yoktur. Bu gibi değerlerle ilgili bireyin münferit tasarruf yetkisinden bahsedilemez. Bu nedenle suçun mağdurunun sadece bir kişi olmadığı, toplumdaki herkesin mağdur olduğu uluslararası suçlar, topluma, millete ve devlete karşı suçlarda ilgilinin rızası, fiili hukuka uygun hale getirmez³⁶¹.

³⁵⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 367; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 293.

³⁵⁹ Dönmez/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 80; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 294-295; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 317.

³⁶⁰ Kişinin belirli bir hakkı üzerindeki tasarrufunun, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde, kişiliğinin serbestçe gelişimine hizmet edip etmediğine bakılması gerektiğine dair Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 295.

³⁶¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 188, 192-193; İçel, *Genel Hükümler*, s. 391, 397; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 358-359; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 294; Dönmez/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 80; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 332; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 446; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 317; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 265.

Ayrıca doğrudan doğruya bireylerle ilişkili olmasına rağmen tasarruf yetkisinin kabul edilmediği hukuki değerleri koruma altına alan suçlar bakımından da rıza hukuka uygunluk nedeni değildir. Sınırlı şekilde tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerleri koruyan suçlar bakımından ise rızanın tasarruf yetkisi kapsamında kalmadığı durumlarda, rıza fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir³⁶².

Her ne kadar kanun üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek bir haktan bahsetmiş olsa da, çalışmamızın en başında da ifade ettiğimiz gibi hiçbir hak üzerinde, esas itibarı ile kişilerin mutlak surette tasarruf yetkileri yoktur. Haklar bakımından kişilere tasarruf yetkisi tanınmışsa da, bu tasarrufun dahi doğal sınırları mevcuttur.

Öncelikle tasarruf yetkisi, kişilerin menfaatlerini zarara uğratacak veya tehlikeye sokacak şekilde kullanılamaz. Ayrıca özgürlüklerden tamamen vazgeçme anlamına gelecek veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırma sonucunu doğuracak tasarruflar da, kabul edilebilir değildir. Bir hakkın üzerinde ahlaka ya da hukuka aykırı olarak tasarruf edilebilmesi mümkün değildir. Bu durum bazen hak üzerinde tasarruf yetkisinin tamamen ortadan kalkması sonucunu doğururken, bazı haklar bakımından tasarruf yetkisinin sınırlı bir şekilde ortadan kalkmasına neden olur³⁶³.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızadan farklı olarak, tipikliği kaldıran rıza, ahlaka veya hukuka aykırı amaçla gösterilmiş olsa dahi, bazı durumlarda, tipikliğin oluşmasına engel olacaktır³⁶⁴. Örneğin, hırsızlık suçunda rıza maddi unsurdur. Bir kişinin satın aldığı uyuşturucu karşılığında satıcıya rızasıyla para vermesi durumunda, rızanın geçersizliği tartışılmayacaktır. Her ne kadar uyuşturucu ticareti hukuka ve ahlaka aykırı bir eylem olsa da, hırsızlık suçu bakımından, bu rızanın geçersizliğinden bahsedilemeyecektir. Ancak bu para, suçtan elde edildiği için müsadere edilecektir. Cinsel saldırı suçunda da, rızanın varlığı tipikliğin oluşmasına engel olacaktır. Evli bir kişinin, eşini aldatması, eşi dışında bir kişiyle, rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi durumunda, cinsel saldırı suçunun tipikliği oluşmayacaktır. Ancak bu tasarrufun ahlaka ve boşanma nedeni olarak hukuka aykırı olduğunda şüphe yoktur.

³⁶² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 367-368; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 447.

³⁶³ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 192; İçel, *Genel Hükümler*, s. 397; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 361; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 367-368; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 332; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 481; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 446-449; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 190.

³⁶⁴ Aksi yönde Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 190.

Bazı durumlarda ise maddi unsurlar kapsamında ele alınan rıza, ahlaka veya hukuka aykırı amaçla gösterilmişse, geçerli sayılmayacaktır. Örneğin, bir kişinin, menfaat karşılığı, özgürlüğünden tamamen vazgeçmesi durumunda, rızanın varlığı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmasına engel olmayacaktır.

Tipikliğin oluşmasına engel olan rızada, ahlaka ve hukuka aykırı olarak verilen rızanın geçerliliğini, yapılan suç tanımına göre belirlemek gerekir. Bu belirleme yapılırken suçla korunan hukuki değer göz önüne alınması gerekir. Suçla korunan hukuki değer kullanımını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran tasarruflar bakımından ahlaka ve hukuka aykırı tasarrufların, rızayı geçersiz saydığı kabul edilmelidir.

3.2.2.2. Rıza Gösteren Kişinin Ehil Olması

Rızanın geçerli olabilmesinin şartlarından biri, rıza açıklayan kişinin, rızayı açıklamaya yetkili olmasıdır. Bu koşul, bünyesinde iki unsuru barındırır. Bunlardan ilki, rızanın, normun koruduğu hukuki değer doğrudan ilişkili olduğu kişi tarafından açıklanmasıdır. Diğer unsur ise hukuki değer ile ilgili tasarrufta bulunacak olan kişinin, rıza açıklama yeteneğine sahip olmasıdır³⁶⁵.

Rıza, normun koruduğu hukuki değer doğrudan ilişkili olduğu kişiye ait olmalıdır. Bir başka deyişle, suç işlendiğinde pasif süje kim olacaksa, onun rızasının var olup olmadığı araştırılmalıdır. Bir başkasının adına, bir hukuki değerle ilgili olarak tasarrufta bulunulması söz konusu değildir. Ancak, rıza iradesi ortaya çıktıktan sonra, bunun başkası tarafından açıklanması mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, rızanın ilgili kişinin özgür iradesinin ürünü olmasıdır³⁶⁶.

Hukuki değerle ilgili olarak tasarrufa birden fazla kişi yetkiliyse, bu kişilerin hepsinin fiile rıza göstermesi gerekir. Bu kişilerden birinin dahi fiile rıza göstermemesi durumunda, fiil hukuka aykırı olacaktır. Buna örnek olarak bir malın üzerinde müşterek mülkiyetin söz konusu olduğu durum verilebilir. Bu durumda, malın mülkiyeti birden fazla kişiye aittir; maliklerden birisinin rızasının olmaması fiili hukuka aykırı³⁶⁷ hale getirecektir³⁶⁸. Ancak,

³⁶⁵ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 188.

³⁶⁶ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 74; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 188.

³⁶⁷ Fail, malın bir kişiye ait olduğunu düşünerek fiili icra etmişse, ceza hukuku sorumluluğu, hata hükümlerine (TCK m. 30) göre belirlenecektir.

³⁶⁸ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 68; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 359; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 374. Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 330; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 450; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 188; Özen, *Genel Hükümler*, s. 502; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 330; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 265-266.

bazı suç tiplerinde kanun, muhataplardan birinin rızasını yeterli görmüştür. Örneğin, konut dokunulmazlığının ihlali suçunda (TCK m. 116/3), birlikte yaşayan kimselerden birinin rızasının bulunması, fiili hukuka uygun hale getirmesi için yeterlidir. Konut dokunulmazlığının ihlali suçunda, “*evlilik birliğinde aile bireylerinden ya da konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda, bu kişilerden birinin, meşru bir amaca yönelik rızasının*” varlığı yeterli görülmüştür.

Rıza iradesiyle hukuki değerle bağlantılı olarak tasarrufta bulunacak kişinin, bu rızayı açıklamaya ehil olması gerekmektedir. Rıza açıklamasında bulunan kimsenin ruh ve akıl sağlığının yerinde olması, rıza açıklama yeteneğini ortadan kaldıran bir durumun bulunmaması gereklidir³⁶⁹. Rıza ehliyetini kaldıracak düzeyde bir akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, yaş gibi süre gelen durumlarla, aşırı yorgunluk, var olan ağır acılarda yoğunlaşma, şok hali, uyuşturucu madde ya da alkol etkisi altında olma gibi geçici durumlar, rıza açıklama yeteneğini ortadan kaldıran durumlara örnek olarak verilebilir.

Rızanın objektif olarak makul ve mantıklı olmaması, kişinin rıza ehliyetinin olmadığını göstermez. Kendi menfaatlerini bilebilecek ve bunlara ait değerlendirmelerde bulunabilecek olan kişilerin kararlarına saygı gösterilmesi gerekir. Diğer insanlar tarafından mantıksız kabul edilse de, özgür iradeye dayanan bir rıza hukuken geçerli bir rızadır³⁷⁰.

Rıza gösteren kimse, suç tipi ile muhafaza edilen hukuki değer korumasından hangi oranda vazgeçtiğini, gerçekleştirilen fiil neticesinde karşılaşılabileceği risk ve zararları biliyorsa, anlama yeteneğinin, dolayısıyla rıza açıklama yeteneğinin var olduğu kabul edilir³⁷¹. Anlama yeteneğinin varlığı, somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir.

Tüzel kişiler, mahiyetleri gereği kişi haklarından mahrum olduklarından, mal varlığı hakları ile ilgili konularda rıza açıklamaya ehildirler. Bu konuda rıza açıklamasını, yetkili organları marifetiyle yaparlar³⁷². Kamu tüzel kişileri ise ancak özel hukuk alanına giren yararları söz konusu olduğunda, bunları terk etmek konusunda rıza açıklamasında bulunulabilir³⁷³.

³⁶⁹ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 359; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 374.

³⁷⁰ Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 329.

³⁷¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 188; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 359; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 450-451.

³⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 326; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 266.

³⁷³ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 188; Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 74-75; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 330.

Rıza ehliyetini etkileyen durumlardan süreklilik arz edenlerin, ayrıca ele alınması gerekir. Bu kapsamda medeni hukukta, fiil ehliyetine bağlı olarak gerçek kişilerin sınıflandırılması için kullanılan tam ehliyetliler, sınırlı ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler ayırımına göre, rıza gösterme ehliyetinin ayrıca incelenmesi yerinde olacaktır.

Tam ehliyetliler, hukuki işlem ehliyetinin (fiil ehliyeti) tüm şartlarına sahip olan kimselerdir³⁷⁴. Bu kişilerin, rıza gösterme ehliyeti bakımından özel bir durum söz konusu değildir; genel açıklamalar bu kişiler bakımından geçerlidir.

Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerdir; bu kişilerin hukuki işlem ehliyetleri yoktur. Küçük de olsa ergin de olsa ayırt etme gücünden yoksun olan kişi tam ehliyetsizdir³⁷⁵. Tam ehliyetsizlerin, geçerli rıza açıklamasında bulunmaları mümkün değildir. Tam ehliyetsiz kişi adına, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının yasal temsilcisi tarafından kullanılması mümkün değildir. Ancak bu kuralın istinası vardır. Bu hakların mutlak surette kullanılmaması bazı durumlarda tam ehliyetsize zarar verebilir. Özellikle tıbbi müdahaleler bakımından böyle bir durum söz konusu olabilir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmelere, “Tıbbi Müdahaleler” başlığı altında yer vereceğiz.

Sınırlı ehliyetliler, kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamasına rağmen, hukuki işlem ehliyetleri belli işlemler bakımından sınırlandırılmış ve kendilerine yasal danışman atanmış kişilerdir. Bu kişiler kural olarak hukuki işlem ehliyetine sahiptirler. Ancak kanun koyucu belli sebeplerden dolayı³⁷⁶, bazı işlemleri yapma hususunda³⁷⁷, bu kişilerin yasal danışmanın onayını almaları şartını getirmiştir³⁷⁸. Bu kişilerin ceza hukuku bakımından geçerli bir rıza açıklamasında bulunmaları mümkündür. Bu kişiler, sadece kanunun belirlediği işlemler bakımından yasal danışmana ihtiyaç duyarlar.

Rıza gösterme ehliyeti bakımından özellik arz eden husus, sınırlı ehliyetsizlerin durumudur. Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlıdır. Bu kişilerin kural olarak hukuki işlem ehliyetleri yoktur. Bu kişiler, yasal temsilcinin izni veya onayı olmadan, geçerli hukuki işlem yapamazlar. Bu durumun kanuni istisnaları vardır. Sınırlı ehliyetsizlerin tek başlarına yapabildikleri hukuki işlemler de

³⁷⁴ Ayan, M ve Ayan, N. (2016). *Kişiler Hukuku (8.Baskı)*, Ankara; Seçkin Yayıncılık, s. 61-62.

³⁷⁵ Ayan/Ayan, *Kişiler Hukuku*, s. 77.

³⁷⁶ TMK m. 429 hükmüne göre, “kısıtlanması için yeterli sebep bulunmama ile beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlemlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır”.

³⁷⁷ TMK m. 429 hükmünde sayılan işlemler. Örneğin, dava açma ve sulh olma gibi.

³⁷⁸ Ayan/Ayan, *Kişiler Hukuku*, s. 63.

mevcuttur. Ayrıca bu kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kendileri kullanmaları gerekir³⁷⁹. Nitekim TMK m. 16'ya göre, “*ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*”.

Buradan çıkarılan sonuç, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların söz konusu olduğu durumlarda, rızanın bizzat kullanılması gerekir. Tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler adına yasal temsilciye verilen rıza gösterme yetkisi, ilgili adına rıza gösterme hususunda bir yetkinin ya da hakkın devredilmesi değil, kişilerin üstün nitelikteki özel yararlarının söz konusu olduğu durumların kanunla koruma altına alınmış halidir. Yani burada yasal temsilci, temsil ettiği kişi adına rıza açıklamaz³⁸⁰. Aksine yasal temsilci, kanunun verdiği yetkiye dayanarak, kendi adına rıza açıklamaktadır. Bu nedenle, bu durumlarda fiilin hukuka uygun olmasını sağlayan neden rıza değil, kişinin üstün nitelikteki özel yararına dayanan kanunun hükmünün icrasıdır.

Burada, mal varlığı hakları bakımından farklı bir değerlendirme yapılması mümkündür. Mal varlığı hakları, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan değildir. Bu nedenle, mal varlığına ilişkin haklar üzerinde yapılan tasarruflarda, yasal temsilci temsil ettiği kişi adına hareket etmektedir. Dolayısıyla açıkladığı rızayı, temsil ettiği kişinin adına açıklamaktadır.

Sınırlı ehliyetsiz kabul edilen ayırt etme gücüne sahip olan çocukların³⁸¹ ceza hukuku alanında gösterdikleri rızanın geçerliliği hususu üzerinde, ayrıca durulması gerekir. Zira çocuklar, fiziki ve psikolojik yapıları ve hukuki statüleri gereği yetişkinlerden ayrılmaktadır. Bu nedenle çocuklar rıza gösterme ehliyeti bakımından, ayrıca değerlendirilmeleri gereken bir konumdadır³⁸².

TCK, bu konuda açık bir düzenleme getirmemiştir. TCK m. 31 çocukların işledikleri suçlarla ilgili olarak isnat yetenekleri, dolayısı ile ceza sorumlulukları hususunda getirilen bir düzenlemedir. Bazı yazarlar³⁸³, bu yaş ayrımının, rıza gösterme ehliyeti bakımından da kullanılabilmesini ileri sürmüştür. Buna göre, çocuklar bakımından; on iki yaşından küçük

³⁷⁹ Ayan/Ayan, *Kişiler Hukuku*, s. 67.

³⁸⁰ Benzer değerlendirmeler için bkz. Ertem, B. (2015). *a.g.e.*, s. 250-251.

³⁸¹ TCK m. 6/1-b hükmü çocuğu; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlamaktadır.

Temyiz kudretine sahip olmayan çocuklar rıza göstermeye ehil değildir. Bu nedenle bu kişilerin geçerli bir rıza açıklamaları mümkün değildir. Ancak temyiz kudretine sahip olmakla birlikte, henüz ergin olmayan kişilerin göstermiş oldukları rızanın geçerliliği hususu tartışmalıdır.

³⁸² Aygün Eşitli, E. (2013). “*Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti*”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (106), s. 278.

³⁸³ Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 330-331.

olanların rıza gösterme yeteneklerinin bulunmadığını, on sekiz yaşından büyüklerin ise kural olarak rıza gösterme yeteneğine sahip olduklarını kabul etmek gerekir. On iki-onsekiz arası yaş grubunda bulunanlar bakımından ise somut olayın özelliğine göre, rıza gösterenin korunmasından vazgeçmek istediği hukuki değerinin, kendisi açısından taşıdığı önemi kavrayabilme yeteneğine sahip olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapmak gerekir. Rızada bulunan kişi, korunmasından feragat etmek istediği hukuki değer, kendisi açısından taşıdığı değeri kavrayabilme yeteneğine sahip ise gösterdiği rıza geçerli, aksi durumda ise geçersiz kabul edilecektir.

Rıza ehliyeti açısından, ceza hukukuna özgü yaş sınırları koymak doğru değildir. Nitekim TCK'da özel düzenlemeler hariç böyle bir yaş sınırı da öngörülmemiştir. Ayrıca, medeni hukukta kabul edilen fiil ehliyetine ilişkin kuralların, ceza hukukunda rızanın geçerliliği belirlenirken kullanılması da her zaman doğru sonuç vermez³⁸⁴.

Bu konuda yapılması gereken, çocuğun somut olayda rıza açıklama yeteneğine sahip olup olmadığını, fiilin kapsam ve sonuçlarını anlayıp anlayamadığının belirlenmesidir. Kanunda özel yaş sınırı ön görülmediği durumlarda, rızayı açıklamaya ehil olan kişi, gerçekleştirilecek olan fiilin esasını, amaç ve kapsamını, sonuçlarını, öngörülen risk ve külfetlerin etkisini ölçebilmeli, muhtemel fayda ve zararlarını değerlendirebilecek durumda olmalıdır. Sonuç itibarıyla, değerlendirilmesi gerekli nokta, o kimsenin o somut olaya münhasır olarak, rıza açıklama yeteneğine sahip olup olmadığı, somut olayda fiilin kapsam ve sonuçlarını anlayıp anlayamadığıdır³⁸⁵. Her bir hukuki değer bakımından, somut olayda, rıza gösteren kişinin; eğitim durumu, görgüsü, yetişme tarzı, algı düzeyi gibi durumlar da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacaktır³⁸⁶. Bu kısımda yapmış olduğumuz değerlendirmeler, ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar bakımından da geçerlidir.

3.2.2.3. Rızanın Açıklanması

Rıza, kişinin özgür iradesine dayanan düşüncesini açık veya örtülü herhangi bir şekilde açıklamasından ibarettir. Rızanın ceza hukuku sorumluluğu üzerinde etki

³⁸⁴ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 189; İçel, *Genel Hükümler*, s. 395.

³⁸⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 374-375; Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 154-155; Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 206-207; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 189; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 330; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 324-325; Öztürk/Ertem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 266; Ekici Şahin, *Rıza*, s. 150.

³⁸⁶ Özen, *Genel Hükümler*, s. 501.

doğurabilmesi için, açık veya örtülü bir şekilde açıklanmış olması gerekir. Herhangi bir şekilde açıklanmamış düşüncenin, hukuk dünyasında bir sonuç doğurması düşünülemez³⁸⁷.

Rıza gösteren kişi, rızasını çeşitli biçimlerde açıklayabilir. Rıza açıklaması, yazılı, sözlü hatta işaretle dahi yapılabilir. Rıza beyanı açık bir şekilde yapılmış olabileceği gibi eylemin gerçekleştirilmesine tepkisiz kalma, kabullenme biçiminde, zımninden de yapılmış olabilir. Ancak bu kabullenmenin cebir, şiddet veya kendisine zarar verileceği korkusunun sonucu olarak gerçekleşmemiş olması gerekir. Bu nedenle, zımninden rızanın kabul edilebilmesi için somut olaydaki durumun iyi tetkik edilmesi gerekir. Zımninden rıza belirlenirken, olayın oluş şekli, kişilerin olay esnasındaki tutum ve davranışları, rıza gösteren kişi ile fiili gerçekleştiren kişinin arasındaki ilişkinin niteliği göz önüne alınmalıdır. Bütün bu hususlar beraber değerlendirildiğinde, ilgilinin fiile rıza gösterdiği anlaşılıyorsa, rızanın varlığı kabul edilmelidir. Ortaya çıkan ve rıza açıklaması sayılabilecek durumun, şüpheden uzak bir şekilde, rızanın varlığına işaret ediyor olması gerekir. Aksi takdirde, rızanın varlığı kabul edilmemeli, açık bir rıza açıklaması aranmalıdır³⁸⁸. Örneğin, suçüstü yakalatmak ya da yakalamak için susmak, rıza açıklaması olarak yorumlanamaz³⁸⁹.

Genel olarak rıza açıklaması herhangi bir şekil şartına bağlanmış değildir. Ancak bazı istisnai düzenlemelerde, rıza açıklaması için özel şekil şartları öngörülmüştür. Bu durumda, şekle uyulmadan açıklanan rızanın geçerli olduğu söylenemez³⁹⁰.

Türk Ceza Kanununun 26. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur³⁹¹. Rızanın fiilin işlenmesinden sonra açıklanması, suçun oluşmasını engellemez. Bu nedenle, rızanın fiil icra edilmeden önce veya fiilin icra edildiği esnada açıklanmış olması ve fiil icra edilirken geri alınmamış olması gerekir³⁹². Bununla birlikte, kovuşturma yapılması mağdurun kişisel şikâyetine bağlı suçlar bakımından, fiile sonradan rıza gösterilmesi ya da rızanın fiilin işlenmesinden sonra

³⁸⁷ İçel, *Genel Hükümler*, s. 396.

³⁸⁸ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 376; Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 228.

³⁸⁹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 77.

³⁹⁰ Özgenç, İ. (2007). "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezaî Sorumluluk", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan İkinci Cilt*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 2177.

³⁹¹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 77; İçel, *Genel Hükümler*, s. 396; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 361; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 377; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 330; TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s. 432.

³⁹² Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 332; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 480-481; Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 228; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 331.

açıklanması, şikâyet koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle suçun soruşturulmasını ve kovuşturulmasını engelleyecektir³⁹³. Zira bir kişinin sonradan da olsa fiile rıza göstermesi, şikâyet hakkını kullanmadığını gösterir.

Rıza, fiil tamamlanıncaya kadar geri alınabilir. Rızanın fiilin icrası sırasında da varlığını koruması, geri alınmamış olması gerekir. Daha önce fiile rızasını açıklamış bir kişi, rızasını geri almışsa, buna rağmen gerçekleştirilen fiil hukuka aykırıdır. Bununla birlikte, rıza geri alınana kadar, varsa gerçekleştirilen fiiller, hukuka uygun olacaktır³⁹⁴. Bazı hallerde rızanın geri alınması mümkün olmayabilir. Bu durum, fiilin icrasına başladığı durumlarda ortaya çıkabilir. Örneğin, ameliyata rıza gösteren bir kişi, ameliyat esnasında rızasını geri aldığını bir şekilde açıklasa, bu rıza ameliyata son vermenin tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartıyla geçerli olacaktır³⁹⁵.

Rızanın açıklanmasının özel şekil şartına bağlı olduğu durumlarda, rızanın geri alınması için de özel bir düzenleme öngörülmediyse, rıza hiçbir şekil şartına bağlı olmadan geri alınabilir³⁹⁶. Örneğin, organ bağıışı için rıza gösteren³⁹⁷ bir kişinin, ameliyathaneye götürülürken, organ bağıışından vazgeçtiğini açıklaması, rızasını geri aldığını gösterir. Özellikle düzenlenmediği müddetçe, geri almanın geçerli olabilmesi, rıza için aranan şekil şartlarının gerçekleşmiş olmasına bağlı değildir.

Kullanılması kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından, hukuki değerlerin korunmasından vazgeçme anlamına gelen rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak ele alınmalıdır. Bu yüzden rızanın bizzat hak sahibi tarafından açıklanması gerekir. Bu bakımdan, bu hakkın devredilmesi ve rızanın temsil yolu ile açıklanması mümkün değildir³⁹⁸. Ancak bu durum, rıza açıklanmasının başkası aracılığı ile bildirilmesine engel değildir. Burada önemli olan, rıza gösteren kişinin, bu kararı bizzat kendisi vermiş

³⁹³ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 247.

³⁹⁴ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 191; İçel, *Genel Hükümler*, s. 397; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 377; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 190.

³⁹⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 377.

³⁹⁶ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 77.

³⁹⁷ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un (ODASANHK) 6. maddesi hükmü, organ naklinin hususiyetinden dolayı, rıza için belli şekil şartları öngörmüştür. Buna göre, organ bağıışlayan kişinin rızasının geçerli olabilmesi için “*en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmış olması gerekir*”.

³⁹⁸ İçel, *Genel Hükümler*, s. 395; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 480; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 188; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 325. Bazı istisnai durumlarda kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlere ilişkin olarak gerçekleştirilecek fiillere, temsilci aracılığıyla rıza gösterilebileceğine dair Ekici Şahin, *Rıza*, s. 164-165.

olmasıdır³⁹⁹. Hak sahibi tarafından ortaya konmuş olan rızanın, temsilci vasıtasıyla açıklanması mümkündür. Rızanın faile iletilmek üzere, üçüncü bir şahsa söylenmesi buna örnektir. Ayrıca, kanunun rızanın bizzat ilgili kişi tarafından açıklanması gerektiğini öngörmediği durumlarda, rızanın, telefon, mesaj, faks, mail ve bunlar gibi vasıtalarla açıklanması da mümkündür⁴⁰⁰.

3.2.2.4. Rızanın Özgür İradenin Ürünü Olması

Hukuki değer ile ilgili tasarruf yetkisini kullanan kişinin düşüncesinin özgür iradesine dayanması gerekir. Rızanın geçerli olabilmesi için rızanın kişinin özgür iradesinin ürünü olması gerekir. Rızanın herhangi bir işleve sahip olması veya hiçbir objektif mantıklı gerekçeye dayanması gerekli değildir. Önemli olan husus, rızanın özgür iradeye dayanmasıdır. Rızanın özgür iradeye dayanması ise rıza gösteren kişinin iradesinin, herhangi bir nedenle fesada uğratılmamış olmasını ifade eder⁴⁰¹.

Rıza açıklamasının iradeyi etkileyen nedenlerden biri ile sakatlanmış olması, onun özgür iradenin ürünü olmasını engeller. Cebir, tehdit⁴⁰², şaka⁴⁰³, hata ve hile gibi hallerin bulunması durumunda rıza gösteren kişinin iradesi fesada uğrar⁴⁰⁴. Ancak failin rızanın bu nedenlerden biri ile sakatlanmış olduğunu bilinmemesi durumunda, ceza hukuku sorumluluğu hata hükümlerine (TCK m. 30) göre belirlenecektir⁴⁰⁵.

Burada iradeyi etkileyen hallerden hata ve hile durumları üzerinde, ayrıca durmak gerekir. Her türlü hata ve hile durumu, rızanın geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Rızayı, yalnızca hukuki değerle ilişkilendirilen öngörü eksikliğine dayanması halinde

³⁹⁹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 75; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 359; İçel, *Genel Hükümler*, s. 395; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 334-335; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 331; Hacıfazlıoğlu, T. (2015). "Yaşam Hakkı ve Rıza". *Fasikül Hukuk Dergisi*, 7(69), s. 17-19; Oktay Özdemir, S. (2010). "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği". *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt-2 (1. Basım)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 1335.

⁴⁰⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 331-332; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 378; Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 331.

⁴⁰¹ İçel, *Genel Hükümler*, s. 397; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 326-327.

⁴⁰² Hangi derecedeki cebir veya tehdidin rızayı etkisiz hale getireceği tartışmalı olmakla birlikte, her türlü cebir ve tehdidin değil, hukuki değerle ilişkili olduğu kişinin karar verme özgürlüğünü önemli derecede etkileyen durumlarda rızanın etkisiz olduğu kabul edilmektedir (Yenerer Çakmut, Ö. [2003]. *a.g.e.*, s. 214).

⁴⁰³ İrade ile yapılan açıklama arasında fark bulunduğu, örneğin, şaka durumunda gerçek irade esas alınmalıdır (Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 189-190). Ciddi olmadığı durumdan anlaşılan şaka halleri fiili hukuka uygun hale getirmez (Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 332).

⁴⁰⁴ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 378; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 189.

⁴⁰⁵ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 78.

geçersiz kabul etmek gerekir. Yani, rızada bulunmanın dayandığı nedenle bağlantılı olarak saldırının tür ve ağırlığında bir yanıtma var ise rıza geçersiz sayılmalıdır⁴⁰⁶.

Hukuki değer ihlalinin tür ve kapsamı konusundaki yanılığında farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Somut olayda, saik yanılığının hukuki değer ve onun önem ve değeri bakımından burada bulunanda bir irade eksikliğine yol açarsa, bu takdirde rızanın etkili olmadığı kabul edilmelidir. Yani kişi düştüğü yanılığa rağmen, korunmasından vazgeçtiği hukuki değer anlamını, etkisini, boyutlarını ve sonuçlarını biliyorsa bu tip bir yanılma rızayı etkisiz hale getirmeyecektir. Örneğin, tıbbi müdahale hususunda operasyonun ücreti konusundaki hata bu niteliktedir.⁴⁰⁷

Geçerli bir rızadan bahsedebilmek için iradeyi etkileyen başka davranışların da söz konusu olmaması gerekir. Kişi, uyku ilacı, uyuşturucu, aşırı alkolün etkisi altında ya da uyku hali veya baygınlık durumunda irade açıklama yeteneğine sahip değildir. Bu gibi geçici durumlarda, kişilerin geçerli bir rıza açıklaması mümkün değildir. Bu nedenle, bu durumda olan kişilerin, rızaları doğrultusunda gerçekleştirilen fiillerin hukuku uygun olduğu söylenemez. Bu durumda da, rıza açıklama yeteneğinin bulunup bulunmadığı, somut olaydaki durum göz önüne alınarak belirlenecektir.

Bazı özel durumlarda ise rızanın geçerliliği için ilgilinin bilgilendirilmesi gerekir. Bir kişinin kendisi üzerinde yapılacak olan müdahale konusunda özgürce ve sağlıklı bir karar verebilmesi, yapılacak işlemin içeriğini, muhtemel zararlarını, faydalarını ve sonuçlarını bilmesine bağlıdır; bu kapsamda ilgili kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir. Buna örnek olarak tıbbi müdahalelere gösterilen rızada, aydınlatma yükümlülüğü verilebilir. Açıklanan rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi, uygulanacak olan teşhis ve tedavi yönteminin kapsam, etki ve sonuçları bakımından, kişinin yeterince bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır. Bu tıbbi müdahalelerde, “aydınlatılmış rıza” kavramını ortaya çıkarmıştır⁴⁰⁸.

İrade sakatlıkları bakımından, tipikliği kaldıran rızada, suç tipine göre değerlendirme yapmak gerekir. Tipikliği ortadan kaldıran rızanın, hangi şartlarda geçerli olacağına, ilgili suç tipine bakarak karar vermek gerekecektir⁴⁰⁹. Örneğin, cinsel saldırı suçunda, iradeyi

⁴⁰⁶ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 979.

⁴⁰⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 979; Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 215.

⁴⁰⁸ Aydınlatılmış rıza kavramı üzerinde, çalışmamızın üçüncü bölümünde, tıbbi müdahaleleri ele alırken, daha ayrıntılı olarak duracağız.

⁴⁰⁹ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 264.

fesada uğratan her türlü hata ve hile hali değil, yalnızca suç tipiyle korunan hukuki değerle bağlantılı olan hata ve hilenin rızanın geçerliliği açısından dikkate alınması gerekir⁴¹⁰. Kız arkadaşını evleneceğinden bahisle cinsel ilişkiye razı eden, amacına ulaştıktan sonra onu terk eden kişinin fiili, cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır⁴¹¹. Aynı şekilde parası olmamasına rağmen, para karşılığı cinsel ilişkiye giren ve bunu meslek haline getirmiş bir kadınla ilişki yaşadıkdan sonra, ona ödeme yapmayan kişinin fiili, cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır⁴¹². Bu iki örnekte de rızanın hile ile elde edildiği hususunda herhangi bir duraksama yoktur. Bu hususta verebileceğimiz diğer bir örnek, başkası ile evlenmek istemesine rağmen, ailesinin mirastan mahrum bırakmakla tehdit ettiği bir kişinin, ailesinin telkinleri doğrultusunda, ailesinin gösterdiği kişi ile göstermelik olarak evlenmesi ve çok kısa bir süre sonra boşanmak için onu terk etmesi durumudur. Bu göstermelik evlilik birliği içerisinde yaşanan cinsel birliktelikler bakımından, bu kişi nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulmamalıdır.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, sanığın on beş-on sekiz yaş aralığında bulunan mağdureye, kendisi ile evleneceğini vaat etmesinin hile olarak kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla failin nitelikli cinsel saldırı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir⁴¹³.

Başka bir kararında⁴¹⁴ Yargıtay, tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergâh açan, mağdurların dini duygularını istismar ederek, manevi derecelerinin yükseleceğinden bahisle, mağdurlarla çeşitli şekillerde cinsel ilişkiye giren sanığın, nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediğini kabul etmiştir. Yüksek mahkemeye göre, mağdur kişilerin rızaları hileyle fesada uğratılmış, rıza geçersiz hale gelmiştir. Yargıtay'ın nitelikli cinsel saldırı fiiline gösterilen rıza bakımından yapmış olduğu değerlendirme doğru değildir. Zira mağdurlar, rıza gösterdikleri fiillerin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumdadırlar. Cinsel ilişkiye girme sebepleri, manevi mertebelerinin yükseleceğine olan inançlarıdır. Bu inancın akıl dışı olması, mantıksız olmasının rızanın geçerliliği bakımından bir etkisi yoktur. Önemli olan,

⁴¹⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 979; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 378.

⁴¹¹ Bu tip fiillerin cezalandırılmasını öngören bir düzenlemeye, 765 sayılı TCK'da yer verilmişti. 765 sayılı TCK m. 423 hükmü, "on beş yaşını dolduran bir kızı alacağım diyerek kandırıp kızlığını bozan kişinin" cezalandırılmasını öngörmekteydi.

⁴¹² Taner, F.G. (2017). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, (2.Bası), Ankara; Seçkin Yayıncılık, s. 135.

⁴¹³ 14. CD., 20.1.2014, E. 2012/2494, K. 2014/515.

⁴¹⁴ 14. CD., 3.10.2012, E. 2012/11328, K. 2012/9412.

mağdurun suçla korunan hukuki değerin tür ve kapsamını bilmesi, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarına vakıf olmasıdır.

3.2.2.5. Fiilin Rızanın İlişkili Olduğu Konu İle İlgili Olması

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin rızanın ilişkin bulunduğu konuda işlenmiş olması gereklidir⁴¹⁵. Rıza hangi konuya ilişkin ise fiil de o konuda işlenmiş olmalıdır. Örneğin, malın kullanılmasına ilişkin olarak verilmiş rıza, faile o malı yok etme yetkisini vermez⁴¹⁶.

Kişi belli sınırlandırmalar getirmek suretiyle, fiile rıza göstermiş olabilir. Örneğin, kişi, fiile rıza gösterirken, belirli bir kişi tarafından, belirli tarz ve biçimlerde, belirli bir zaman diliminde gerçekleştirilmesi gibi koşullar öne sürmüş olabilir. Bu tip durumlarda, bu sınırlandırmaları aşan müdahaleler hukuka uygun kabul edilmeyecektir⁴¹⁷.

Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rızada, ilgilinin çizmiş olduğu sınırının aşılması durumunda, failin ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken TCK m. 27/1 hükmünün dikkate alınması gerekir. Fail, sınırı kasten aşmış ise rıza hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacak, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Sınırı taksirle aşması durumunda ise fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın belli oranda indirilerek cezaya hükmolunur. Örneğin, elinde bulunan bir kitle nedeniyle, sadece kitlenin alınması için ameliyat olmaya razı olan bir hastanın, tıbbi gereklilik olmaksızın, elinin kesilmesi durumunda, kasten yaralama suçu oluşacaktır.

Tipikliği kaldıran rızada sınırın aşılması durumunda ise ceza hukuku sorumluluğu suçun maddi unsurlarında hata hükümlerine göre belirlenecektir. Örneğin, ilgili kişinin masasının üzerinde bulunan bir miktar paranın alınmasına rıza göstermesine rağmen, çekmecede bulunan paraları da alan fail hataya düşmüşse, sorumluluk TCK m. 30/1 hükümlerine göre belirlenecektir. Rızanın, çekmecede bulunan paraların alınmasını kapsamadığının fail tarafından bilinmesi durumunda ise konusu çekmecede bulunan paralar olan hırsızlık suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir.

⁴¹⁵ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, s. 79.

⁴¹⁶ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 379.

⁴¹⁷ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 192; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 268.

4. RIZANIN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ DURUMLAR

4.1. Tasarruf Yetkisinin Tartışmalı Olduğu Bazı Hukuki Değerler Ve Rıza

Çalışmamızın bu bölümünde, birinci ve ikinci bölümde yaptığımız açıklamalar ışığında, rızanın özellik arz ettiği bazı tartışmalı konuları ele alacağız. Bununla bağlantılı olarak, TCK’da düzenlenen çeşitli suç tiplerinde rızayla ilgili tartışmalara değinilecektir. Bu kısımda ele alınacak olan konular, özellikle tasarruf yetkisinin tartışmalı olduğu hukuki değerleri korumayı amaçlayan suç tipleriyle ilgilidir. Biz bu suç tiplerini, yalnızca rıza ile bağlantılı olarak ele alacağız. Bu konularda, rızanın ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesindeki etkisini ortaya koymaya çalışacağız. Çalışmanın kapsamı gereği, bunun dışındaki konulara ayrıntılı olarak girmekten imtina edeceğiz.

4.1.1. Yaşam Hakkı İhlallerine Yönelik Rıza

Diğer tüm hakların kullanımının ön şartı niteliğindeki yaşam hakkı, en temel insan hakkıdır. Yaşam hakkı elinden alınmış bir insanın diğer haklarını kullanabilmesi mümkün değildir. Yaşam hakkı, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ile Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nden bu yana evrensel olarak tanınan insan haklarından biri ve en önemlisidir⁴¹⁸. Güncel bütün insan hakları belgelerinde olduğu gibi⁴¹⁹, AIHS ve 1982 Anayasası, yaşam hakkını en temel insan hakkı olarak kabul etmiş, bu hakkı koruma altına almıştır. Yaşam hakkını düzenleyen, AIHS m. 2/1 hükmü şu şekildedir; “*herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır*”. Bu madde, devletlere vatandaşlarının yaşam hakkını korumaları için gerekli tedbirleri alma hususunda yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülük, devletlere kişilerin yaşam hakkını kamu otoritelerinin müdahalelerinden koruma yükümlülüğü getirdiği gibi özel kişilerden gelen müdahalelerden koruma ve bu müdahalelerde bulunan kişileri cezalandırma yükümlülüğü getirmektedir. Devlete getirilen bu yükümlülük, kişilerin bu hakka yönelen müdahalelere karşı savunma hakkını ortadan kaldırmaz. Nitekim bizzat yaşam hakkının istisnalarından biri, AY m. 17’de “meşru müdafaa hali” olarak belirlenmiştir. Yaşam hakkının korunması, haksız saldırıda bulunan bir kişinin yaşam hakkının üstünde kabul edilmektedir⁴²⁰.

⁴¹⁸ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 182.

⁴¹⁹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin yaşam hakkını düzenleyen 3. maddesi şu şekildedir:

“Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır.”

⁴²⁰ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 182-183.

1982 Anayasası'nda ise yaşam hakkı 17. maddede düzenlenmektedir. Bu maddeye göre *“herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”*. Daha önce de belirttiğimiz gibi, 1982 Anayasası yaşam hakkını, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile bir bütün olarak ele almaktadır.

AİHS'nin yaşam hakkına getirmiş olduğu bazı istisnalar mevcuttur. AİHS m. 2/2'de yaşam hakkına istisna olabilecek durumlar sayılmıştır. Bu maddeye göre; ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, yaşam hakkının ihlaline neden olmuş sayılmayacaktır:

- Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması,
- Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme,
- Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.

Ayrıca, AİHS m. 2/2'de mahkemeler tarafından kanuna uygun olarak verilen ölüm cezası yaşam hakkının istisnası olarak saymakla beraber, 2002 yılında kabul edilip 2003 yılında yürürlüğe girmiş olan 13. Protokol ile ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır. Türkiye de bu protokolü onaylamış, 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile ölüm cezasını tamamen kaldırmıştır.

1982 Anayasası, AİHS'nin yaşam hakkına getirdiği üç istisnanın yanına bir dördüncüsünü eklemiştir. AY m. 17/3 hükmüne göre, *“bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri”*, yaşam hakkının istisnasını oluşturmaktadır. Getirdiği dördüncü istisna ile Anayasa'mız, AİHS'ne göre yaşam hakkının kapsamını daraltmıştır⁴²¹.

Yaşam hakkı, devlete sadece negatif yükümlülük getirmemekte pozitif bir yükümlülük de yüklemektedir. Yaşam hakkına, devlet müdahale etmeme gibi negatif bir yükümlülük altında olduğu gibi yaşam hakkını korumaya yönelik önlemler alma şeklinde devletin pozitif bir yükümlülüğü de mevcuttur⁴²². Bu yükümlülük devletlere yaşam hakkı

⁴²¹ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 184-185.

⁴²² Pozitif yükümlülükler, AİHM içtihatları ile geliştirilmiş bir kavramdır. Bununla birlikte, benzeri yükümlülükler yeni dönem İnsan Hakları belgelerinde yer almaktadır. AİHM, pozitif yükümlülüklerle ilişkin içtihatları ile 1950'li yıllarda hazırlanan Sözleşmeyi günümüz insan hakları standartlarına uyarlamaya çalışmaktadır. Bu anlamda, sözleşmenin AİHM aracılığı ile aktüel bir belge olma özelliğini koruduğu söylenebilir. AİHS'i diğer insan hakları belgelerinden ayıran en önemli özelliği, koruma altına aldığı haklara

ihlallerini önlemeye yönelik tedbirler almanın yanında, bu hakka yönelik fiillerin caydırıcı cezalarla yaptırım altına alındığı bir hukuk düzeni inşa etme ödevi yüklemektedir. Bunun yanında, AİHM ve AYM, hakların getirdiği pozitif yükümlülüğün usul boyutu üzerinde dahi durmaktadır. Yani, devlet yaşam hakkı ihlali niteliğinde olan fiilleri soruşturmada, etkili(etkin) soruşturma yapma yükümlülüğü altındadır. AİHM ve AYM bu nedenle birçok ihlal kararı vermektedir⁴²³. Nitekim CMK m. 172 hükmüne 11.4.2013 tarihli 6459 sayılı kanunla yeni fıkra eklenerek, AİHM' in etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit etmesi durumunda, soruşturmanın yeniden açılacağı öngörülmüştür⁴²⁴.

Birçok ülkede yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi kabul edilmemiştir. Bu nedenle, yaşam hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşıyan rıza geçersiz sayılmaktadır. Bununla beraber, bu hususta verilen rıza, bazı ülkelerde cezada indirim nedeni olarak kabul edilmiştir⁴²⁵. Alman doktrininde kabul gören baskın görüş de aynı doğrultudadır; kişinin, kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi yoktur⁴²⁶. Alman ceza hukukunda, talep üzerine veya rıza üzerine öldürmenin, kasten öldürmenin temel şekline göre, daha az ceza ile de olsa cezalandırması (Alm. CK m. 216), yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin kabul edilmediğini göstermektedir.

yönelik ihlal iddialarını incelemek için bir denetim mekanizması kurmuş olmasıdır. Koruma altına aldığı haklar bakımından, daha yeni tarihli insan hakları belgelerinin gerisinde kalan Sözleşme, denetim organı olan AİHM'nin verdiği kararlarla, zaman içerisinde genişlemiş ve Sözleşme'nin metninde yer almayan birçok kavram ve yükümlülük Sözleşme'nin koruma alanına dahil edilmiştir (Şenol, C. [2013]. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararların Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 62).

⁴²³ Örnek kararlar: AİHM, *Tanrıkulu/Türkiye Kararı*, 8.7.1999, B. No: 23763/94. AİHM, *Opuz/Türkiye*, 9.6.2009, B. No: 33401/02. AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, 17.9.2013, B. No: 2012/752.

⁴²⁴ Anılan hüküm şu şekildedir:

“Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.”

⁴²⁵ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 216.

⁴²⁶ Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 145.

Türk hukukunda baskın görüşe göre⁴²⁷, kişinin, yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Bireyin yaşamına son vermesi, sadece kendisini ilgilendiren bir konu değildir. Bireyin yaşamı üzerindeki tasarruf yetkisinde, toplumun menfaati de söz konusudur⁴²⁸.

Kanaatimizce, yaşam hakkı üzerinde bireylerin tasarruf yetkisi kabul edilemez. Zira kendi hayatına son vermeye karar vermiş bir kişinin, bu konuda almış olduğu kararın, özgür iradesine dayandığı hususu şüphelidir. Doğumdan itibaren, tüm yaşamı boyunca, hayatta kalabilmek için mücadele etmiş⁴²⁹ bireyin, yaşamı üzerinde geri dönüşü mümkün olmayan bir tasarrufta bulunma noktasında bir karar vermesi, çok önemlidir. Yaşadığı psikolojik rahatsızlıklardan dolayı aldığı bu kararın, geri dönüşü yoktur. Bu kararın sağlıklı bir iradeye dayandığını söylemek oldukça zordur. Nitekim olumsuz duyguların etkisi altındayken, yaşamına son verme kararı alan birçok kişinin, psikolojileri normale döndüğünde bu kararlarından vazgeçtikleri görülmektedir.

Aslında kişi, yaşamına son vererek, kendi geleceğini belirlemekten ziyade kendi geleceğini yok etmektedir. Üzerinde tasarruf yetkisi kabul edilen haklar üzerinde dahi, haktan tamamen vazgeçme veya devretme ya da hakkın kullanımını anlamsızlaştıracak ölçüde aşırı kısıtlamalar kabul edilmemektedir. Kişilerin hukuki değerler ile ilgili tasarruf yetkisi, o değeri terk etmeyi, yok saymayı içermemektedir⁴³⁰. Yaşam hakkı üzerinde tasarruf, yaşam hakkını terk etme anlamına gelir ki; bu durum kabul edilemez. Sonuç olarak yaşam hakkı, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hak değildir. Bu nedenle, hukuki değer olarak yaşam hakkının korunduğu suçlar bakımından, ilgilinin rızası geçerli değildir ve rıza fiili hukuka uygun hale getirmez.

Yaşam hakkı ile ilgili olarak tartışmalı olan husus, iyileşmesi olanaksız olan bir hastalığa yakalanmış ve buna bağlı olarak acı çeken bir kimsenin, kendi isteği ile yaşamına

⁴²⁷ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 195; Tezcan, D., Erdem, M.R. ve Önok, M. (2018). *Ceza Özel Hukuku (16. Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 190; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (4.Bası)*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 25, 31; Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar(5. Baskı)*, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 37; Toroslu, N. (2018). *Ceza Hukuku Özel Kısım (9. Baskı)*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 28; Artuk, M.E, Gökçen, A, Alşahin, E. ve Çakır, K. (2018). *Ceza Hukuku Özel Hükümler (17.baskı)*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 107; Soyaslan, D. (2016). *Ceza Hukuku Özel Hükümler (10. Baskı)*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 146; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 93; Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (13. Bası)*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 101, 142, 171; Özen, Mus. (2018). *Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2.Baskı)*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 102, 115.

⁴²⁸ Soyaslan, D. (2009). "Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu". *Sağlık Hukuku Digestası*, 1(1): Ankara Barosu Yayınları, s. 119.

⁴²⁹ İnsan, tabiatı gereği, yaşamak, daha iyi yaşamak, az emekle çok şey elde ederek varlığını sürdürmeyi hedefleyen bir yapıdadır (Soyaslan, D. [2009]. *a.g.m.*, s. 120).

⁴³⁰ Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, s. 184.

son verilmesi durumudur. Bu konu üzerindeki tartışmalar, ötanazi başlığı altında incelenecektir.

4.1.1.1. Ötanazi

Bu başlık altında, öncelikle genel olarak ötanazi kavramı üzerinde durulacaktır. Ardından aktif ötanazi, hekim destekli intihar, pasif ötanazi ve dolaylı ötanazi kavramları açıklanacak, son olarak da ötanazinin karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığı, bazı ülke uygulamaları üzerinden değerlendirilecektir.

4.1.1.1.1. Genel Olarak

Yaşam hakkı ve rıza denilince ilk akla gelen hususlardan biri olan ötanazi, genelde insan hakları, özelde ise hasta hakları kapsamında tartışılan bir konudur. Ötanazi, yaşam hakkı bakımından, kendi geleceğini belirleme hakkının⁴³¹ sınırı olarak ele alınmaktadır. İlk defa *Francis Bacon* tarafından kullanıldığı ifade edilen ötanazi, Yunanca “*eutanasia*” kelimesinden gelmekte, “*eu: güzel*” ve “*tanasium: ölüm*” kelimelerinin birleşmesiyle oluşan, “*eutanasiyum*” yani güzel ölüm anlamına gelmektedir⁴³².

Ötanazi ile ilgili öğretilerde birçok tanım yer almaktadır. TDK'nin, ölme hakkı olarak tanımladığı⁴³³ ötanazi, “*ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi*” olarak ifade edilmektedir⁴³⁴. Benzer diğer bir tanımda⁴³⁵ ise ötanazi, “*tıbbi açıdan iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken hastanın, acılarını dindirmek amacıyla aktif veya pasif bir hareketin icra edilmesi suretiyle, ölmesine yardım edilmesi*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, ötanazi talep üzerine ya da rıza ile öldürme kavramlarına benzemekle birlikte, bunlardan ayrı ve bağımsız bir kavramdır. Ötanazi, talep üzerine öldürme fiillerinden farklı olarak, yalnızca iyileşmesi imkânsız olan bir hastalığa

⁴³¹ Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, birey özgürlüklerinin gelişimi ile birlikte güçlenen “kişi özerkliği” kavramıyla birlikte, tedavisi mümkün olmayan hastalıklara yakalanmış ve buna bağlı olarak acı çeken hastaların ötanazi taleplerini “kişi özerkliği” çerçevesinde değerlendirenler olmuştur. Buna bağlı olarak, ötanazi uygulamasının suç olmaktan çıkarılması gerektiği savunulmaya başlanmıştır. Bu kapsamda, kişinin kendi yaşamı, bedeni ve ölümü gibi en önemli konularda karar verme hakkının kısıtlanamayacağı ifade edilmiştir (İnceoğlu, S. [2006]. “*İnsan Hakları Bakımından Ötanazi*”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3[2], s. 290).

⁴³² Artuk, M.E. ve Yenidünya, C. (2001). “*Ötanazi*”. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir, s. 297-298; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 32.

⁴³³ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi: 18.5.2018).

⁴³⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 980-981.

⁴³⁵ Özen, M. ve Ekici Şahin, M. (2010). “*Ötanazi*”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2010(4), s. 17.

yakalanmış kişilerin, acılarını dindirmek amacıyla uygulanır. Bununla birlikte talep üzerine öldürme, herhangi bir nedenle gerçekleştirilebilir. Acı dindirme amacı ile hareket etme, talep üzerine öldürme suçu açısından tek başına belirleyici değildir. Bu iki fiil arasındaki bir diğer fark ise fiili icra eden failin kişiliğinden kaynaklanır. Ötanazi yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilebilecek bir fiil iken, talep üzerine öldürme herkes tarafından gerçekleştirilebilir. Ötanazi, talep üzerine öldürme ve rıza ile öldürmenin bir şeklidir⁴³⁶.

Yukarıdaki tanımlardan çıkan diğer bir sonuç, bir kimsenin kendisini öldürmesi ötanazi değil, intihardır. Kendisini öldürmeye çalışan bir kişiye, maddi ya da manevi yardımda bulunmak ise intihara yardımdır. Ötanaziden bahsedilebilmesi için öldürme fiilinin başka bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi şarttır⁴³⁷.

Ötanazi uygulamasının bünyesinde bazı şartları⁴³⁸ barındırması gerekir. Bu şartlar şunlardır:

- Müdahale hekim tarafından yerine getirilmelidir⁴³⁹.
- Günümüz tıp verilerine göre, kişinin iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış olması gerekir.
- Ötanazi uygulamasının, kişinin acılarının dindirilmesi amacıyla gerçekleştirilmiş olması gerekir.
- Ötanazinin kişinin aydınlatılmış rızası doğrultusunda uygulanması gerekir.

Kişilerin yaşama hakkına sahip oldukları gibi ölme hakkına da sahip olup olmadıkları hususunda hem doktrinde hem de uygulamada çok fazla tartışma yaşanmaktadır. Bu tartışmalar pasif ve dolaylı ötanazi ile aktif ötanazi bakımından farklı görüş ve gerekçeler etrafında yapılmaktadır. Aktif ötanazi genel olarak kabul edilmemekte, bu tip fiillerin cezalandırılması gerektiği görüşü çoğunlukla taraftar bulmaktadır.

⁴³⁶ Özen/Ekici Şahin, *a.g.m.*, s. 17.

⁴³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 191.

⁴³⁸ Güven, M. (2017). "Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme". *TBBD*, 2017(131), s. 48-49; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 34-35; Artuk/Yenidünya, *a.g.m.*, s. 303-304.

⁴³⁹ Genel olarak ötanazinin hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, hekim olmayan kişilerin de iyileşmesi mümkün olmayan hastaları talep üzerine öldürmelerinin, ötanazi olarak kabul eden görüşler mevcuttur (Akıncı, Ş. (1998). *a.g.m.*, s. 739-740).

4.1.1.1.2. Ötanazi Türleri

Ötanazi, çeşitli kıstaslara göre farklı ayrımlara tabi tutulmuştur. Biz çalışmamızda, bu ayrımlardan sadece aktif ötanazi, hekim destekli intihar, pasif ötanazi ve dolaylı ötanazi ayrımı üzerinde duracağız.

Aktif Ötanazi

Aktif ötanazide ölüm neticesi, tıbbi yöntemler kullanılarak, hastanın acılarına son vermek amacıyla doğrudan doğruya kasıtlı şekilde, icrai bir hareketin sonucu olarak meydana gelir⁴⁴⁰. Aktif ötanazi, sona ermek üzere olan yaşamın, hastalığa ve ölüm sürecine aktif etkide bulunmak suretiyle kısaltılmasıdır. Ani ölümü sağlayacak ölçüde ilacın verilmesi, aktif ötanaziye örnek teşkil eder⁴⁴¹. Aktif ötanazi, tıp mensuplarınca çok benimsenmeyen bir ötanazi şeklidir⁴⁴².

Aktif ötanazi ile ilgili temelde üç görüş bulunmaktadır. Bu görüşler, ötanaziyi kabul eden, ötanaziyi kabul etmeyen ve ötanaziyi kabul etmemekle birlikte kasten öldürmeye nazaran daha hafif bir ceza yaptırımının öngörülmesini savunan görüşler olarak sıralanabilir⁴⁴³.

Bu görüşlerden ilki aktif ötanazinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten görüştür. Bu görüşte olan yazarlar farklı gerekçeler ileri sürmüşlerdir⁴⁴⁴. Buna göre, tedavisi mümkün olmayan bir hastanın acılarına son vermek için kendi isteği ile yaşamına son verilmesinde, fail hastanın acılarına son vermek amacı ile insani sebeplerle hareket etmektedir. Bu husus, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Hastasını rahata kavuşturan hekim, insani ve ahlaki bir amaçla hareket etmektedir. Bu nedenle ahlaka uygun olan bir fiilin cezalandırılması söz konusu değildir⁴⁴⁵.

Ayrıca ötanazi ile intiharın birbirlerine yakın kavramlar olduğu, intiharı cezalandırmayan bir sistemin bu fiilin başkasına yaptırılmasını da cezalandırmaması

⁴⁴⁰ Dönmezer, S. (2001). *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (16. Baskı)*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 34.

⁴⁴¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 985.

⁴⁴² Artuk/Yenidünya, *a.g.m.*, s. 302.

⁴⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 191.

⁴⁴⁴ Görüşler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 33; Bayraktar, K. (2017). *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), İstanbul: On İki Levha yayıncılık, s. 18-19.

⁴⁴⁵ Özen/Ekici Şahin, *a.g.m.*, s. 23; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 33; Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), s. 18-19.

gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yaklaşım, kimseden yardım almadan hayatına son veren bir kişinin fiili ile ötanazi uygulaması yapan doktorun fiilini eş değer görmektedir⁴⁴⁶.

Ötanazinin cezalandırılmaması için ileri sürülen bir diğer görüş ise konuyu suçun manevi unsuru kapsamında ele almıştır. Buna göre, burada yaşamı sonlandıran kişinin kastının mağdura acı ve ızdırap vermek olmadığı, aksine onun acılarına, ızdıraplarına tatlı bir şekilde son vermek olduğu belirtilmiştir⁴⁴⁷.

Bir diğer görüş ise ötanaziyi nedensellik bağıyla bağlantılı olarak ele almaktadır. Buna göre, hekim veya üçüncü kişinin fiili, ölümü meydana getirecek diğer sebebin önüne geçmekte, ölüm son öldürücü sembolik eylemden gelen tabii fizyolojik nedenlerden dolayı gerçekleşmektedir⁴⁴⁸.

Koca/Üzülmez ise konuyu kusurlulukla bağlantılı olarak ele almıştır. Buna göre, bir hekimin veya hasta yakınının, hastanın ısrarlı taleplerine veya onun çektiği acılara dayanamayarak onu öldürmesi halinde, bu kişinin zorunluluk hali içinde hareket ettiğini kabul etmek gerekir; bu kişinin kusurlu kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bu durumda hareket eden kişi, davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde kaybetmiştir. Bu durumda kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak zorunluluk halinin varlığı kabul edilmelidir⁴⁴⁹. Biz de talep üzerine öldürmenin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekle birlikte, TCK'nın mevcut sisteminde, somut olaydaki koşullar dikkate alınarak, istisnai de olsa bu görüşün uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Türk hukukunda *Ünver*, aktif ötanazinin suç olmaktan çıkartılması ve talep üzerine adam öldürmenin de cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. *Yazar'a* göre, aktif ötanazinin hak olarak kabul edilip, tüm detay ve koşullarının düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁵⁰.

Öztürk/Erdem, iyileşmesi olanaksız bir hastalığa yakalanmış ve çektiği ızdırabın dindirilemez duruma geldiği durumlarla sınırlı olarak ötanazi uygulaması yapılabileceğini, bu yönde bir düzenleme getirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Buna göre, bir dâhiliye ve onkoloji uzmanının daima yer alacağı, hastalığın türüne göre ilgili uzmanların da bulunacağı,

⁴⁴⁶ Bayraktar, K. (1972). *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul: Sermet Matbaası, s. 151-152; Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), s. 18.

⁴⁴⁷ Artuk/Yenidünya, *a.g.m.*, s. 309; Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), s. 18-19.

⁴⁴⁸ Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), s. 19.

⁴⁴⁹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 94.

⁴⁵⁰ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 261; Ünver, Y. (2007). "Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması". *Ceza Hukuku Dergisi*, 2(3), s. 212.

en az beş kişiden oluşan bir kurulun, talep üzerine oy birliği ile vereceği kararla ötanazi uygulanabilmesinin mümkün olması gerekir. Ayrıca, suiistimallerin önlenmesi amacıyla kurulun yapacağı toplantılara bir ceza hâkimi ile hastanın bir yakını gözlemci olarak katılmalıdır⁴⁵¹.

İkinci görüş ise ötanazinin hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşle ilgili olarak da birçok farklı gerekçe ileri sürülmüştür⁴⁵². İlk olarak, ötanazinin kabul edilmesi durumunda, bu hakkın kötüye kullanılabilmesi⁴⁵³ ileri sürülmüştür. Ayrıca, tıbbın geldiği noktada, yakın bir zamanda ölecekleri öngörülen birçok hastanın, uygulanan tedaviler ile hayatta kalabildikleri gözlemlenmektedir. Yaşam hakkı en önemli haktır ve bütün hakların üzerindedir. Bu hak, ızdırap çekmeme uğruna feda edilebilecek bir hak değildir. Bu nedenlerle, bu görüşe taraftar olan yazarlar, ötanazinin tasarlayarak kasten insan öldürmeye denk olduğunu savunmaktadır⁴⁵⁴.

Konu, tıbbi yönden de ele alınmıştır. Her bilim dalında olduğu gibi tıp biliminde de hata olasılığı her zaman mevcuttur. Bir hastalığın tedavisinin mümkün olmadığını söylemek hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Ayrıca, ötanazi uygulaması tıp biliminin gelişmesini de yavaşlatabilmektedir. Hekimler, bu tip hastalarının tedavisini bulmak yerine, kolay olan yolu, ötanaziye seçebilirler⁴⁵⁵.

Aktif ötanazi ile ilgili son görüş ise ötanazinin kasten insan öldürmeden farklı, daha az cezayı gerektiren bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağını ileri sürmektedir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, ceza kanunlarında en çok kabul edilen görüşün bu olduğu söylenebilir. Bu tip fiiller, suç olarak tanımlanmakla birlikte, fiili karşılığında yaptırım olarak, kasten insan öldürme suçuna nazaran daha az bir ceza öngörülmektedir. İtalya, Almanya ve İsviçre ceza yasalarındaki düzenlemeler bu yöndedir⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 266.

⁴⁵² Görüşler ve gerekçeleri için bkz. Özen/Ekici Şahin, *a.g.m.*, s. 24-25; Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), s. 19-21.

⁴⁵³ Örneğin, hasta yakınlarının bir an önce mirasa sahip olmak için hastayı öldürebilecekleri ya da üçüncü kişilere öldürtebilecekleri ileri sürülebilir. Kanaatimizce, bu görüş yerinde değildir. Ötanazi bu yaklaşımla tartışılmayacak kadar önemli bir husustur. Her hakkın kötü niyetli kişiler tarafından amacı dışında kullanılması mümkündür. Bir hakkın kötüye kullanılma tehlikesi, o hakkı kişilerin elinden almak için yeterli bir neden değildir. Devletin görevi, tanıdığı bir hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmektir.

⁴⁵⁴ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 195.

⁴⁵⁵ Artuk/Yenidünya, *a.g.m.*, s. 305.

⁴⁵⁶ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 195-196.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dâhil olmak üzere, ölme hakkını açıkça düzenleyen herhangi bir insan hakları belgesi bulunmamaktadır. AİHS 2. maddesi “yaşama hakkını” koruma altına almıştır. AİHS, bir hakkı koruma altına almakla esasında bu hakkın zıttı olarak kabul edilen durumları da koruma altına aldığı kabul edilmektedir⁴⁵⁷. Örneğin, AİHS m. 12 ile koruma altına alınan evlenme hakkı, içeriğinde evlenmeme hakkını da barındırmaktadır. Bu maddenin, evlenmek istemeyen bir kişinin, bu tercihini de koruma altına aldığı kabul edilmektedir. Yaşam hakkının zıttı sayılabilecek olan ölme hakkının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Ölme hakkı, devletin koruma altına alabileceği bir nitelik arz etmez. Nitekim intiharın ve intihar girişiminin cezalandırılmadığı ya da yaşamına son vermek isteyen bir kişi için hukuki olarak başkaca bir yaptırımın öngörülmediği bir sistemde, devlet ölmeyi isteyenlerin taleplerine hâlihazırda müdahalede bulunmuyor demektir. Bununla birlikte, ölme hakkının ayrıca devlet koruması altına alınması, ölmek isteyen bir kişiye devlet eli ile yardımda bulunulması ya da kişilere yaşamlarına son vermeleri yönünde maddi manevi destekte bulunanlar karşısında devletin hareketsiz kalması söz konusu olamaz. Aksi takdirde, devlet koruma altına alması gereken ve en önemli insan hakkı niteliğinde kabul edilen yaşam hakkını korumasız bırakmış olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Pretty-İngiltere* kararında, devletin görevinin yaşamı korumak olduğunu belirtmiş, 2. maddede koruma altına alınan yaşam hakkının olumsuz yönde yorumlanmaya müsait bir hak olmadığını ifade etmiştir. AİHM ayrıca, “*bu maddeden başkası eliyle veya bir kamu kurumunun yardımıyla ölme hakkını çıkarmanın mümkün olmadığını ve devletin bireye ölüm hakkını tanımak ya da bunu kolaylaştırmak gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını*” vurgulamıştır. Aynı kararında AİHM, devletlerin ötanazi hususunda pozitif düzenlemeler yapmasının, sözleşmedeki herhangi bir hakkı ihlal edip etmediği ile ilgili bir değerlendirme yapmamıştır. Alman doktrinindeki genel olarak kabul gören görüş de AİHM anılan içtihadı ile paraleldir. Buna göre, ölme hakkı temel bir hak olarak değerlendirilemez⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 982.

⁴⁵⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 982; Hakeri, H. (2006). *Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, (1.Bastı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 49; Olgun, E. (2013). “*Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi*”. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, İstanbul: Pasifik Ofset, s. 1641; Ünver, Y. (2007). *a.g.m.*, s. 211.

Ötanazi üzerine ceza hukuku anlamında tartışmalar yapılırken, ötanazinin dini ve ahlaki boyutundan⁴⁵⁹ ziyade, ceza hukuku boyutu ile ele alınması daha doğru görünmektedir. Yani ötanazinin hukuka uygunluk nedeni olarak mı kabul edileceği, yoksa ötanazinin kusurluluğu etkileyen bir neden mi olduğu, ötanazinin hukuken kabul edilmediği bir sistemde ötanazi uygulamasının nasıl cezalandırılacağı hususu tartışılması gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aktif ötanazinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. Kendi geleceğini belirleme hakkı, onu yok etme hakkını da bünyesinde barındırmaz. Zira insan yaşamına son vermek sureti ile kendi geleceğini belirlemekten ziyade yok etmektedir.

Ölmek üzere olan, özellikle acılar içinde kıvrılmakta olan bir hastanın ayırt etme gücünün tam olduğunu söylemek oldukça zordur. Bu tip bir durumda olan bir kişiden, hayatın en önemli kararı olan yaşamına son verilmesi noktasında rıza göstermesini beklemek ve bu rızaya hukuki değer atfetmek mümkün değildir⁴⁶⁰. İntihar vakıaları incelenecek olursa, kişilerin kendi yaşamlarına son vermelerine yönelik fiilleri, genellikle ani verilen kararlar sonucunda gerçekleştirdikleri görülecektir. Ayrıca, bazı kişilerin intihara daha meyilli oldukları da bilimsel bir gerçektir. Her ne şekilde olursa olsun, insanın kendisini yok etmek istemesi psikolojik bir sorundur⁴⁶¹. Zira insan da her canlı gibi varlığını devam ettirmek için yaşar. İnsanın kendi yaşamına son vermesi onun fitratına aykırı bir davranıştır. Bu psikolojik rahatsızlık, tedavi edilmesi gereken bir hastalıktır⁴⁶². Bundan çıkan sonuç, yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi kabul edilse dahi, yaşam hakkı ihlaline ilişkin bu rızanın geçerliliği dahi tartışmalı hale gelecektir. Bu itibarla, ötanazi konusunda gösterilen rızanın, bilinçli bir rıza olduğunu söylemek zordur. Bu durumda olan birinin, serbest iradesi ile hareket ettiği söylenemez⁴⁶³. İradesi serbest olmayan bir kişinin, ceza hukuku alanında geçerli rıza açıklaması ise mümkün değildir.

⁴⁵⁹ Bazı toplumların ve üç büyük dinin intihara ve ötanaziye yaklaşımları ile ilgili açıklamalar için bkz. Güven, M. (2017). *a.g.m.*, s. 32-37.

⁴⁶⁰ Artuk/Yenidünya, *a.g.m.*, s. 306; Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 153.

⁴⁶¹ Polat, O. (2017). *Klinik Adli Tıp, 8. Baskı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 252-253.

⁴⁶² Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 152; Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), s. 59. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde "Sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kişinin yaşamış olduğu ruhsal hatta sosyal problemler hastalık olarak kabul edilmektedir.

⁴⁶³ Akıncı, Ş. (1998). *a.g.m.*, s. 742-746.

Ötanazi, normal bir intihar vakası da değildir. Hasta, çok şiddetli acıların etkisi altında inlemekte iken, yaşamına son verme kararını almaktadır. Bu tip bir hastanın, tam bir irade serbestisi içinde olduğunu söylemek zordur⁴⁶⁴. Hastalık, korku veya şiddetli ağrı çekmek gibi durumlar kural olarak iradeyi sakatlayan nedenler arasında yer almasa da, her somut olay bakımından, ayrıca hastanın rıza gösterme ehliyeti bağlamında bir değerlendirme yapmayı gerekli kılar⁴⁶⁵.

Ayrıca insan yaşamına son vermekle kendi acılarını dindirmenin yanında, yakınlarının maddi manevi acılarını artırabilmektedir. Kişinin, içinde yaşadığı topluma karşı sorumlulukları olduğu gibi ailesinden akrabalarına kadar birçok kişiye karşı da sorumlulukları vardır⁴⁶⁶. Örneğin, küçük yaşta bir çocuğun babasını ya da annesini kaybetmesi, onun hayatını her anında etkileyebilecek ölçüde maddi ve manevi problemler yaşamasına neden olabilecektir.

Her bilim dalında olduğu gibi, tıp bilimi de kademeli olarak gelişmektedir. Şu an itibarı ile uygulanan tedavilerin, zamanında uygulanamayan yöntemler olduğu bir gerçektir. Günümüzde çok basit müdahaleler ile kurtarılabilecek hastaların, tedavi yöntemi geliştirilmemesi sebebiyle, belli bir dönemde, sakat kaldığı hatta öldüğü bilinmektedir. Bir hastalığın şu an için tedavisinin mümkün olmaması, yakın ya da uzak bir gelecekte tedavi edilemeyeceği anlamına gelmez⁴⁶⁷. Kaldı ki, kişilerin hastalıklarının tespitinde dahi çok sık hatalarla karşılaşmaktadır. İlk anda tespit edilemeyen durumlar sonradan tespit edilebildiği gibi ilk tespit edilen durumların yanlış nitelikte olduğu dahi müşahede edilmektedir.

Türk hukukunda aktif ötanaziye açıkça izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Ötanazinin, herhangi bir ayırım yapmadan, yasak olduğunu düzenleyen HHY m. 13 hükmü konuyu ele almaktadır⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Aksi görüş için Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 283, dn. 49.

⁴⁶⁵ Yüksel Orhun, M. (2016). "Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararının Çeviri ve Değerlendirmesi (5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar)", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2016 (1), s. 377; Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 146.

⁴⁶⁶ Bu husus AY m. 12/2'de de belirtilmektedir. Buna göre, "temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder".

⁴⁶⁷ Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 265.

⁴⁶⁸ HHY'nin "Ötanazi Yasağı" başlıklı 13. maddesi şu şekildedir:

"Ötanazi yasaktır.

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez."

Türk ceza hukuku sisteminde aktif ötanazi, hukuka uygun kabul edilmemektedir⁴⁶⁹. Ölüm olayı, hayatına son vermek isteyen kişinin hiçbir dahili olmadan, yalnızca failin eylemi sonucu meydana geliyorsa, failin tasarlayarak kasten öldürmeden (TCK m. 82/1-a) dolayı sorumlu tutulması gerekir. Örneğin, hastanın talebi üzerine zehirli bir iğne ile yaşamına son veren sağlık çalışanının, tasarlayarak kasten insan öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir.

Bununla birlikte, hekimin insani hislerle hareket etmesi nedeniyle, bu hususun cezanın bireyselleştirilmesinde, takdiri indirim nedeni olarak (TCK m. 62) dikkate alınabileceği belirtilmektedir⁴⁷⁰. Acıma duygusu ile bir kişiyi öldüren kişi ile hiçbir dış etki altında kalmadan hatta bazı durumlarda zevk için bir kişiyi öldürene aynı cezayı vermenin adil olmayacağı izahtan varestedir⁴⁷¹. Bu iki fiil, TCK düzenlemeleri bakımından tipik olarak aynı suça vücut vermektedir. Bu bakımdan TCK'da bu haksızlığı giderici bir düzenleme yapmak yerinde olacaktır⁴⁷².

Talep üzerine veya rıza üzerine kasten öldürme suçunun, ötanaziyi de içine alacak şekilde Türk hukukunda da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır⁴⁷³. Zira kasten bir kimseyi öldüren failin fiili ile bir kişinin acısını dindirmek amacı ile ondan gelen talep ya da rızası doğrultusunda bir kişiyi öldüren kişinin fiili, haksızlık içeriği bakımından denk değildir. Her iki fiilin de aynı ceza ile cezalandırılması adalet duygusuna ters düşmektedir.

Hekim Destekli İntihar⁴⁷⁴

Doktrinde aktif ötanaziden bağımsız bir ötanazi türü olarak değerlendirilen⁴⁷⁵ hekim destekli intihar, hekimin kişinin isteği doğrultusunda, kendi yaşamına son verebilmesi için gerekli ortamı hazırlamasıdır. Hekim aktif ötanazide olduğu gibi kişinin ölümüne doğrudan

⁴⁶⁹ Yazarlar, hiçbir ayırım yapmaksızın, ötanazi hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Özel Hükümler*, s. 107).

⁴⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 194; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 985.

⁴⁷¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 37, dn. 50.

⁴⁷² 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın "acıyı dindirmek saiki" başlıklı 140. maddesi "iyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığı tutulmuş olan kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek amacıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir" şeklindeki düzenleme ile ötanazi yasal bir zemine oturtulmak istenmiştir. Benzer düzenlemelere, 1997 TCK tasarısının 137. maddesinde ve 2000 TCK tasarısının 138. maddesinde yer verilmiştir.

⁴⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 194.

⁴⁷⁴ "physician assisted suicide"

⁴⁷⁵ Yaşar, Y. ve Turan, I. (2013). "Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(1) s. 54.

doğruya etki etmemekte ya da pasif ötanazide olduğu gibi tedaviye başlamama veya daha önce başlamış olduğu tedaviye devam etmeyerek kişinin ölümüne neden olmamaktadır. Ölüme neden olan fiili ölen kişi bizzat kendisi gerçekleştirmekte, hekim sadece kişinin yaşamına son vermesi için gerekli ortamı hazırlamaktadır. Bu itibarla hekim destekli intihar, aktif ötanazi ile birebir örtüşmemektedir⁴⁷⁶.

Aktif ötanazi belli şartlar altında hastanın bilinci kapalıyken de uygulanabilmektedir. Bununla birlikte, hekim destekli intihar kişinin bilinci kapalıyken gerçekleştirilemez. Zira hekim destekli intiharda, öldürmeye yönelik olarak gerçekleştirilen fiil, bizzat kişinin kendisi tarafından icra edilmektedir⁴⁷⁷.

Hekim destekli intihar Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Bu tip bir fiil ile ilgili ceza hukuku sorumluluğunun genel kurallara göre belirlenmesi gerekir. Ölüm olayı hayatına son vermek isteyen kişinin fiili ile meydana geliyor ve fakat fail bunun gerçekleşmesine yardımda bulunuyor ise failin intihara yardımdan (TCK m. 84) dolayı sorumlu tutulması gerekir. Örneğin, hastanın talebi üzerine hazırladığı zehirli bir karışımı hastaya veren hekim, TCK m. 84/1 hükmüne göre cezalandırılacaktır. Bu suçun oluşması için hastanın karışımı içmesi şart değildir. Hastanın bu karışımı içmesi ve ölmesi durumunda hekim TCK m. 84/2 hükmüne göre cezalandırılacaktır⁴⁷⁸.

Dolaylı Ötanazi

Dolaylı ötanazide, aktif ötanazide olduğu gibi yaşamına son verilmesi için doğrudan kişinin hayatına son verecek bir müdahalede bulunulması söz konusu değildir. Bu ötanazi türünde, hastanın acısını dindirmek amacı ile verilen ilaçların yan etkileri hastanın yaşamını kısaltmakta, uzun vadede ise ölümüne neden olmaktadır⁴⁷⁹. Dolaylı ötanazi yavaşlatılmış aktif ötanazi olarak görülebilir. Hasta acılarını dindiren ilaçları, ölümüne neden olması pahasına almaktadır. Dolaylı ötanazinin aktif ötanaziden farkı, ölümün bir anda değil, süreç içerisinde gerçekleşmesidir.

⁴⁷⁶ Alan Akcan, E. (2013). "Ötanazi", *Prof. Dr. Füsun Sokullu Akıncıya Armağan*, Cilt-1, İstanbul, s. 7; Yaşar/Turan, *a.g.m.*, s. 54-55; Biton Serdaroğlu, E. (2016). "Ötanazi- Ölme Hakkı". *MÜHF- HAD Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağan Cilt I*, İstanbul, s. 464.

⁴⁷⁷ Yaşar/Turan, *a.g.m.*, s. 55.

⁴⁷⁸ Yabancı ülke uygulamalarına bakıldığında, bazı ülkelerde ötanazinin uygulanış şekli bu örnekteki gibidir. Örnek uygulama için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=Z8kctDN4ZjA>; "Ölümü seçmek" isimli belgeselde, Smedley isimli şahıs, İsviçre'deki Dignitas kliniğinde imzaladığı ötanazi anlaşmasının ardından, klinik çalışanının kendisine verdiği ilacı içip yaşamına son veriyor (Erişim Tarihi: 25.4.2018).

⁴⁷⁹ Artuk/Yenidünya, *a.g.m.*, s. 302.

Hastanın ilacın yan etkileri konusunda bilgilendirilmesinden sonra açıklayacağı rıza üzerine ilacın kullanılması durumunda, dolaylı ötanazi söz konusu olur. Burada hekimin amacı hastanın yaşamına son vermek veya yaşamı kısaltmak değildir. Fakat hekim, kullanılan ilacın bu şekilde bir yan etkisi olduğunu bilmektedir⁴⁸⁰. Aktif ötanazinin aksine, dolaylı ötanazi genel olarak kendi geleceğini ve tedaviyi belirleme hakkı bağlamında değerlendirilmektedir⁴⁸¹. Bu konudaki genel eğilim, sadece acılarını dindirmek amacı ile tıbbi müdahaleyi kabul eden bir kişiye, bunun sınırlarını aşarak istemediği bir müdahalede bulunmanın, hukuka aykırı olacağı yönündedir. Hastanın rızası kapsamında gerçekleştirilen fiiller ise hukuka uygun olacaktır.

Gerçek ölüm yardımı olarak da adlandırılan dolaylı ötanazi, Alman ceza hukuku öğretisinde genel olarak hukuka uygun kabul edilmektedir⁴⁸². Bazı yazarlar, dolaylı ötanazinin zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun olduğunu ileri sürerken, bazı yazarlar ise hareketin sosyal uygunluğundan yola çıkarak dolaylı ölüm yardımının öldürme suçunu oluşturmayacağını ileri sürmektedir. Dolaylı ötanazi veya ölüm yardımının, hekim öldürme kastıyla hareket etmediği için kusurunun bulunmadığı veya izin verilen risk ya da yükümlülükler çatışması nedeniyle hukuka uygun olduğu için cezalandırılmayacağını söyleyenler de vardır⁴⁸³.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/1 düzenlemesinden⁴⁸⁴ hareketle Türk hukukunda dolaylı ötanazi uygulanmasının önünde yasal bir engelin bulunmadığı söylenebilir. Hatta hastanın iyileşmesinin mümkün olmadığı durumlarda, acısını dindirmenin hekim için bir görev olarak düzenlendiği görülmektedir.

Neredeyse her ilacın, az ya da çok olumsuz etkisi mevcuttur. Ağır hastalara verilen ağrı kesici ilaçların, acıları dindirmenin yanında nispeten insan ömrünü kısaltması ötanazi olarak değerlendirilemez. Mevzuata uygun olarak üretilmiş ve piyasaya sürülmüş olan bir

⁴⁸⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 986.

⁴⁸¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 35, 38.

⁴⁸² Rosenau, H. (2008, 28 Şubat-1 Mart 2008). "Aktif Ötanazi". (Çev. Ali İhsan E.) *V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 109; Özen/Ekici Şahin, *a.g.m.*, s. 21.

⁴⁸³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 986-987.

⁴⁸⁴ Anılan hüküm şu şekildedir:

"Tabip ve dış tabibi hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını dindirmeye veya azaltmaya çalışmakla mükelleftir."

Benzer hüküm HHY m. 14 hükmünde de mevcuttur. İlgili hüküm şu şekildedir:

"Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur."

ilacın, acıyı dindirmesinin yanında hayatı nispeten kısaltıyor olması, onun kullanılmasına engel değildir. Yalnız bu ilaca alternatif bir ilacın ya da tedavi yönteminin bulunmasına rağmen kullandırılması doğru değildir⁴⁸⁵. Zira böyle bir durumda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından olan tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş bir müdahaleden söz edilemez. Bu şartın eksik olması ise rızaya rağmen uygulanan tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirir. Ancak, ağrı kesici tedavinin uygulanması, tıp biliminin mevcut verileri kapsamında uygulanacak tek tedavi yolu ise hastanın rızası ile bu tedavinin uygulanmasını hukuka uygun kabul etmek gerekir⁴⁸⁶. Bu kabul, TDN m. 14/1 ve HHY m. 14 hükümleri ile uyum arz etmektedir⁴⁸⁷.

Pasif Ötanazi

Kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında en çok tartışma yaratan konu pasif ötanazidir. Aktif ötanazinin aksine, pasif ötanazi genel olarak kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi reddetme hakkı bağlamında değerlendirilmekte ve kabul edilmektedir. Pasif ötanazide, ölüme etkin bir eylemle yardımda bulunma değil, edilgen bir yardım söz konusudur⁴⁸⁸. Ölmek üzere olan bir kişiye gereken tedavilerin uygulanmaması, hayatta kalması için gerekli besinlerin ve ilaçları verilmemesi durumu, pasif ötanaziye örnek olarak gösterilebilir. Pasif ötanazide ölüme neden olan fiil, ihmali bir nitelik arz etmektedir⁴⁸⁹. Görüldüğü gibi, pasif ötanazide yapma şeklindeki aktif bir eylemden ziyade, yapmama şeklinde pasif bir durum söz konusudur.

Pasif ötanazi, baştan itibaren hareketsiz kalmak suretiyle gerçekleşebileceği gibi başlatılan tıbbi bir müdahaleyi sonlandırmak suretiyle de gerçekleşebilir. Ayrıca, hasta tedaviyi reddetmemekle birlikte tedavinin kapsamını sınırlamış olabilir. Bu sınırlama da hekim bakımından ölüme engel olamayacağı bir durumu ortaya çıkarıyorsa, yani hastanın talep ettiği müdahale onu hayatta tutmaya yetmeyecek bir tedaviyse, bu halin de pasif ötanazi bağlamında tartışılması gerekir. Hastanın yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan

⁴⁸⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 987.

⁴⁸⁶ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 94.

⁴⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, “onurlu ölme hakkına” ve HHY m. 14 hükmüne dayanarak dolaylı ötanazinin cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır (Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 194).

⁴⁸⁸ Pasif ötanazinin örtmece olduğu, pasif ötanazinin uygulanma biçimlerinden çoğunda fiilin icrai olduğuna dair Rosenau, H. (2008, 28 Şubat-1 Mart 2008). *a.g.t.*, s. 112. *Yazar*, bu noktadan hareketle aktif ötanazinin dahi bazı durumlarda cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır.

⁴⁸⁹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 35; Özen/Ekici Şahin, *a.g.m.*, s. 18.

beslenmenin, hastadan gelen talep üzerine durdurulması da pasif ötanazi kavramı içinde ele alınır⁴⁹⁰. Zira bu tip bir besleme, çoğu zaman tıbbi müdahale yolu ile yapılmaktadır.

Pasif ötanazide ölüm olayı vaktinden önceye alınmaz. Sadece ölümü geciktirici bir takım müdahalelere başvurulmasından imtina edilmektedir. Söz konusu durumda ölüme neden olan şey, hastanın sağlığının çok kötüleşmesine neden olan iyileşme olanağı kalmayan hastalığıdır. Hastanın bir süre daha yaşamasını sağlayan yaşam destekleyici tedavi hastaya sunulmamakta veya yaşam destekleyici tedaviye son verilmek suretiyle, ölümün gecikmesi için alınması gereken tedbirler alınmamaktadır⁴⁹¹.

Pasif ötanaziyle ilgili ilk görüş, bu tip fiillerin suç olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı vardır; bu hakka dayanarak kişi tedaviyi reddedebilir veya başlamış tedaviye son verilmesini isteyebilir. Ölecek olsa da, hastanın tedaviyi ret hakkı⁴⁹² mevcuttur⁴⁹³. Kişi bu şekilde ölümü erteleyen bir tedaviyi reddederek ölmek isteyebilir⁴⁹⁴. Bu nedenle, tedaviyi reddeden bir hastanın bu isteğini kabul ederek tedaviye başlamayan ya da başlamış olan tedaviye son veren veya yaşamı kısaltmasına rağmen hastanın rızasıyla acı dindirici tedavi yöntemleri uygulayan hekim cezalandırılmamalıdır.

Diğer bir görüş ise meseleye illiyet bağı yönünden yaklaşmaktadır. Buna göre, pasif ötanazide ölüm hekimin eylemi ile değil, bundan önce beliren hastalık nedeni ile meydana gelmektedir. Bu nedenle hekimin ölüm neticesinden sorumlu tutulması mümkün değildir⁴⁹⁵.

Ünver, pasif ötanazi bağlamında, hastanın tedaviyi ret hakkının kullanılmasını ifade eden fiillerin, TCK m. 26/1 hükmü gereği, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde izah edilebileceğini belirtmektedir. Buna göre, tedaviyi ret hasta açısından bir haktır. Bunun sonucu olarak, kişi kabul etmemesine rağmen, kendisine tedavi amaçlı tıbbi bir müdahalede bulunulamaz. Bu nedenle pasif ötanazi ilgilinin rızasını ilgilendiren bir konu olmayıp, hakkın icrası ile açıklanmalıdır⁴⁹⁶. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira hastanın tedaviyi reddetmesi, hasta bakımından ceza sorumluluğunu gerektirmediği için hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanması söz konusu olamaz. Burada ceza

⁴⁹⁰ Artuk/Yenidünya, *a.g.m.*, s. 302.

⁴⁹¹ Güven, M. (2017). *a.g.m.*, s. 45.

⁴⁹² Tedaviyi ret hakkının pasif ötanazi olarak adlandırılmaması gerektiğine dair Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 666.

⁴⁹³ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 95; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 178.

⁴⁹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 666, 988.

⁴⁹⁵ Bayraktar, K. (1972). *a.g.e.*, s. 151-152.

⁴⁹⁶ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 261.

hukuku sorumluluğu tartışılan kişi hasta değil, hekimdir. Ayrıca, söz konusu durumda, hekim bakımından da herhangi bir hak söz konusu değildir. Hekim için, ancak belirli şartlar altında görevin ifası (kanun hükmünü icra) hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilir.

Tezcan/Erdem/Önok, ötanaziyi herhangi bir ayırım yapmadan yasaklayan HHY m. 13 hükmünden hareketle, Türk hukukunda pasif ötanazinin de aktif ötanazi gibi yasak olduğunu, bu tip fiilleri gerçekleştiren kişilerin, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) dolayı cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pasif ötanazi ile ilgili olarak vermiş olduğu *Widmer-İsviçre* kararında, pasif ötanazi ile yaşam hakkının bir kimsenin elinden alınmış olmayacağını ifade etmiştir. AİHM ayrıca, yaşam hakkını düzenleyen AİHS m. 2 hükmünün, taraf devletlere, tedaviyi reddeden bir hastanın tedavi edilmeyerek ölmesine izin verilmesini, suç olarak düzenleme yükümlülüğünü getirmediğini ifade etmiştir⁴⁹⁸.

Pasif ötanazi, Alman hukukunda tedavinin hukuken kabul edilmiş bir sınırı olarak ele alınmaktadır. Buna göre, hastalık iyileşme sürecine girse dahi, tedaviyi reddeden hastaya müdahalede bulunmak mümkün değildir⁴⁹⁹.

Pasif ötanazi ile ilgili de Türk hukukunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Pasif ötanazinin kişinin tedaviyi ret hakkı bağlamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira kişiler kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olarak, kendilerine uygulanacak tıbbi tedavileri belirleme hakkına sahiptir. Bu belirleme tedaviyi reddetme şeklinde de olabilir. Tedavinin amacının ve sonuçlarının burada bir önemi yoktur.

Pasif ötanazinin, hastadan herhangi bir talep gelmeden gerçekleşmesi durumunda, hareketsiz kalan ve görevini yerine getirmeyen kişinin, bu ihmalden dolayı ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidileceği kuşkusuzdur. Zira hekimin garantör olduğu bir durum söz konusudur⁵⁰⁰. Sağlık çalışanı, herhangi bir talep olmadan, hasta olan bir kişinin acılarına son vermek amacıyla uygulaması gereken tedaviyi uygulamaz ve hastanın ölümüne neden olursa, TCK m. 83'te düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden dolayı sorumlu olacaktır. Kaldı ki, hastanın rızasının olmadığı bir durumda, ötanaziden dahi bahsedilemeyecektir.

⁴⁹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 193-194.

⁴⁹⁸ Lucan, M.C. "The Right To Death. Fiction Or Reality?". *Journal of legal studies*, 17(31/2016), p. 40.

⁴⁹⁹ Rosenau, H. (2008, 28 Şubat-1 Mart 2008). *a.g.t.*, s. 111.

⁵⁰⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 988.

Burada tartışmalı olan husus, hastanın kendisine müdahale edilmemesi ya da başlamış müdahalenin sonlandırılması hususunda bir talepte bulunması veya tıbbi müdahaleyi etkisiz kılacak şekilde sınırlandırması durumunda, bu talep üzerine hareketsiz kalan veya hastanın verdiği sınırlar içerisinde etkisiz bir müdahalede bulunan ve hastanın ölümüne neden olan kişilerin, ceza hukuku sorumluluğudur. Hastanın bu şekilde bir talebi ötanazi olarak mı, yoksa kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında “müdahaleyi reddetme, müdahalenin sınırlarını belirleme ya da daha önce vermiş olduğu rızayı geri alma” olarak mı değerlendirilmelidir.

Burada ortaya çıkan durum, kendi geleceğini belirleme hakkının, tıbbi tedaviler bakımından bir görünümüdür. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış, Türkiye'nin de taraf olduğu⁵⁰¹, Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi, “sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceğini” öngörmüştür. Aynı maddeye göre, kişi vermiş olduğu rızayı her zaman geri alabilecektir. Görüldüğü gibi kişilere sağlık alanında müdahalede bulunmak, bilgilendirilmiş olmalarına, dolayısı ile özgür iradenin ürünü olan rızanın varlığına bağlıdır. Ayrıca, bu rıza müdahale sonuçlanana kadar devam eden bir rıza olmalıdır. Bunun aksi bir müdahaleyi hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir.

Bunun sonucu olarak, tedaviyi reddeden bir hasta karşısında, sağlık çalışanının hareketsiz kalması, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez⁵⁰². Bu nedenle, pasif ötanazinin hukuka uygun olarak kabul edildiği söylenebilir⁵⁰³. Örneğin, tedaviyi reddetmiş bir hasta karşısında hareketsiz kalan sağlık çalışanını, söz konusu hastanın ölmesi durumunda, TCK m. 83'te düzenlenen “Kasten öldürmenin ihmali suretle işlenmesi” suçundan ya da TCK m. 98'de düzenlenmiş olan “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçundan dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir. Ayrıca, bu hareketsizliğin, intihara

⁵⁰¹ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, 3.12.2013 tarihinde 5013 sayılı yasayla kabul edilmiştir. Bu sözleşme 20.4.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. AY m. 90/5 hükmüne göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”. Sonuç olarak, Biyotıp Sözleşmesi iç hukuk normu niteliğindedir (Katoğlu, T. [2006]. “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55[1], s. 157-158).

⁵⁰² Soyaslan, D. (2009). *a.g.m.*, s. 125; Özgenç, İ. (2006). “Hekimlik Mesleğinin İcrası ve Ceza Sorumluluğu”. *Ankem Dergisi*, 20(Ek 2), s. 11.

⁵⁰³ Hakeri, H. (2006). *a.g.e.*, s. 50. Pasif ötanazinin hukuka uygun kabul edilmesinin sakıncalı olduğuna dair Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, s. 319-320.

yardımlar olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir⁵⁰⁴. Ancak tedaviyi reddeden veya yardımları bırakılmasını talep eden hastanın, kendi geleceğini belirleme hakkını kullandığını söyleyebilmek için hastalığı hakkında aydınlatılmış olması ve tedavinin yardımları bırakılması halinde ortaya çıkabilecek riskler hususunda bilgilendirilmiş olması gerekir⁵⁰⁵.

Buna karşılık, hastanın tedaviyi açık bir şekilde reddetmesi karşısında, hastaya müdahalede bulunan ya da başlamış müdahaleyi sonlandırmayan sağlık çalışanının ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır⁵⁰⁶. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olarak, hastanın rızası ile başlamış olan bir müdahaleye, hasta tarafından açıkça karşı çıkılması durumunda devam edilmemesi gerekir. Hukuk düzeni, hastanın açık talebine rağmen tedavide bulunma yetkisi öngörmediğinden, hekim hastanın iradesine göre hareket etmelidir. Bu durumda hekimin garantörlük durumu ortadan kalkmakta, ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelmemektedir⁵⁰⁷. Hekim aklen sağlıklı, bilinci kapalı olmayan bir kişinin tedaviyi reddetmesi karşısında, zorla müdahalede bulunamaz⁵⁰⁸. Örneğin, sağlık çalışanı tedavi maksadıyla da olsa, tedaviyi açıkça reddeden hastaya iğne yapması durumunda, kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır⁵⁰⁹.

4.1.1.1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Ötanazi

Aktif ötanazi, genel olarak kabul görmemekle birlikte, bazı ülkelerde yasaldır ve uygulanmaktadır. Bu ülkelere örnek olarak Hollanda, Belçika, Lüksemburg verilebilir.

Hollanda, ötanazi uygulamasına izin veren ilk ülke olmuştur. Hollanda'da ötanaziye ilişkin gelişmeler, 1973 yılından itibaren mahkeme içtihatları ile birlikte başlamıştır. 1984 tarihli Yüksek Mahkeme kararı ile belli şartlar altında ötanazi uygulayan hekimin cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Aynı yıl Hollanda Tabipler Birliği'nin bildirisinde, yargı kararlarında yer alan ötanaziye ilişkin koşullar ortaya konmuş, 1994 yılında ise bu koşullara yasal bir düzenlemede yer verilmiştir. Koşullara uygun hareket edilmesi halinde, dava açılmayacağı öngörülmüştür. Belirlenen koşullar doğrultusunda uygulanan ötanaziye yönelik fiillere, 1984 yılından itibaren zorunluluk haline dayandırılarak ceza verilmemiştir.

⁵⁰⁴ Benzer değerlendirmeler için bkz. Özen/Ekici Şahin, *a.g.m.*, s. 19-20.

⁵⁰⁵ Çelen, Ö. (2007). "Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi II*, (3- 4), s. 66.

⁵⁰⁶ Aynı yönde Erman, B. (2010). "Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı". *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, (4), s. 32.

⁵⁰⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 988; Aynı yönde Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 150-151.

⁵⁰⁸ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 38.

⁵⁰⁹ Öztürk, B. (2001). "Hasta Hakları ve Ötanazi". *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir, s. 582.

1994 yılından itibaren ise bu fiillere dava dahi açılmamıştır. Nihayet, 10 Nisan 2001 tarihinde yapılan yasal düzenleme ile ötanazi, suç olmaktan tamamen çıkartılmıştır. Bu yasaya göre, tıbbın ulaştığı seviye itibarıyla iyileşmesi olanaksız bir hastalığa yakalanan, buna bağlı olarak kalıcı ve ciddi acılar içinde bulunan hastanın, bilinci yerindeyken samimi talebini yazıyla ortaya koyması halinde, bu talep komisyon tarafından değerlendirilecektir. Başvuru kabul edilebilir bulunduğu takdirde, ötanazi uygulaması hekim tarafından gerçekleştirilecektir⁵¹⁰.

Ötanaziye yasalarında izin veren ikinci ülke Belçika'dır. 2002 yılında yürürlüğe giren ötanazi yasasıyla on sekiz yaşından büyük kişilerin, taleplerini bilinçli ve kendi iradeleri ile birkaç defa açıklamaları şartıyla hekimin yapacağı ötanazi uygulamasına izin verilmiştir. Ayrıca, 2014 ilkbaharında yürürlüğe giren yasayla on sekiz yaş altındaki vatandaşlara da ötanazi hakkı tanınmıştır. On sekiz yaşından küçük kişilere ötanazi hakkı veren ilk ülke Belçika'dır. Bu yasaya dayanarak yapılan ilk uygulama, 2016 yılında gerçekleştirilmiştir⁵¹¹.

Ötanaziyi yasalaştıran üçüncü Avrupa ülkesi Lüksemburg'da ise 2009'dan beri ötanazi yasaldır. Hastanın dayanılmaz acılar içinde bulunması şartıyla, aydınlatılmış rızası doğrultusunda ötanazi uygulanabilmektedir. Hastanın bilincinin yerinde olmadığı durumlarda, ailesinin ve doktorunun istemi, uzmanlardan oluşan kurulun olumlu görüşüyle ötanazi uygulanabilmektedir⁵¹².

İsviçre Ceza Kanunu'nda ise ötanazi tam anlamıyla yasal olmasa da, "desteklenmiş intihar (asiste intihar)" adı altında kişinin yaşamına son verilebilmektedir⁵¹³.

Alman Ceza Kanunu aktif ötanaziyi, kasten öldürmenin daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hali olarak cezalandırmaktadır. Aktif ötanazi talep üzerine öldürme kapsamında değerlendirilmektedir⁵¹⁴. Aynı şekilde İtalya (İt. CK. m. 579), Avusturya (Av. CK § 77), Norveç (NCK m. 235/2), İsviçre (İs. CK Art. 114) ve Portekiz (PCK § 134) gibi ülkeler ceza kanunlarında yaptıkları düzenlemelerle, kişinin yaşamına geçerli rızasıyla son verilmesini,

⁵¹⁰ Inceoğlu, S. (2006). *a.g.t.*, s. 291; Alan Akcan, E. (2013). *a.g.m.*, s. 16-17; Biton Serdaroğlu, E. (2016). *a.g.m.*, s. 471-472; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 34-35.

⁵¹¹ Güven, M. (2017). *a.g.m.*, s. 50.

⁵¹² Bayraktar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Öldürme), s. 21, dn. 22; Biton Serdaroğlu, E. (2016). *a.g.m.*, s. 475.

⁵¹³ Güven, M. (2017). *a.g.m.*, s. 50; Biton Serdaroğlu, E. (2016). *a.g.m.*, s. 475.

⁵¹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 34.

kasten adam öldürme suçundan ayrı bir suç olarak düzenlemiştir⁵¹⁵. Fransa hukukunda ise Türk hukukunda olduğu gibi, aktif ötanazi uygulaması kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilmektedir⁵¹⁶.

Pasif ötanazi, aktif ötanaziye oranla, daha yaygın bir şekilde farklı ülkelerde uygulanmaktadır. Avrupa genelinde, pasif ötanazi hususundaki eğilim cezalandırmama yönündedir⁵¹⁷. Pasif ötanazi hususunda Almanya’da yasal bir düzenleme öngörülmemekle birlikte, doktrinindeki yaygın görüş, tedavinin hastalığı iyileştirmeyeceği, sadece ölümü erteleyebileceği, bu nedenle hastanın özgür iradesi ile tedaviyi reddetmesi karşısında, hekimin garantör yükümlülüğü olmasına rağmen, fiilin suç teşkil etmeyeceği yönündedir⁵¹⁸. Hastanın rızasından hareketle, uygulamada pasif ötanazi kabul edilmektedir. Alman Yüksek Mahkeme içtihatları bu konuda istikrarlı bir şekilde hekimin ne surette olursa olsun rızası hilafına hastaya tedaviye başlayamayacağı veya başlamış tedaviye devam edemeyeceği yönündedir⁵¹⁹.

4.1.1.2. Talep veya Rıza Üzerine Kasten Öldürme

Kasten öldürme suçu ile korunan hukuki değer yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı, en temel insan hakkıdır; diğer tüm hakların kullanılmasının ön şartıdır. Bu hakka yönelen haksız saldırılar, her ceza kanununda suç olarak düzenlenmiştir. Devletler bu şekilde, kişilerin yaşam haklarını koruma altına almaktadır. Kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olmamasından dolayı, kişilerin bu korumadan vazgeçmeleri mümkün değildir. Yani rıza ya da talep üzerine gerçekleşse dahi bir kişinin yaşamına haksız yere son verilmesi hukuka aykırıdır.

Mağdurdan gelen yoğun ve ciddi talep üzerine, failin öldürme fiilini gerçekleştirmesine talep üzerine öldürme denir⁵²⁰. Failden gelen öldürme isteğine, mağdurun onay vermesi üzerine gerçekleşen öldürme fiili ise rıza üzerine öldürme olarak ifade edilmektedir.

⁵¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 34.

⁵¹⁶ Alan Akcan, E. (2013). *a.g.m.*, s. 19.

⁵¹⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 989.

⁵¹⁸ Olgun, E. (2013). *a.g.m.*, s. 1659.

⁵¹⁹ Öztürk, B. (2001). *a.g.m.*, s. 582; Alan Akcan, E. (2013). *a.g.m.* s. 18; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 989; Gökcan, H. T. (2014). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (2.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 61; Tacir, H. (2016). *a.g.t.*, s. 47.

⁵²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 191.

Ötanazi de gerçekleşme biçimine göre, talep üzerine öldürme ya da rıza üzerine öldürme kapsamında değerlendirilebilir. Ancak, her türlü talep üzerine ya da rıza üzerine öldürmeyi ötanazi kavramı içinde değerlendirmek mümkün değildir. Zira ötanazide iyileşmesi imkânsız bir hastalığa yakalanan kişi, acılarından kurtulmak amacıyla, failden yaşamına son vermesini istemektedir. Talep üzerine öldürmede ise kişinin sebebi ne olursa olsun ciddi ve samimi bir şekilde, failden yaşamını sonlandırmasını istemesi söz konusudur.

5237 sayılı TCK'da, talep üzerine kasten öldürme ve rıza üzerine kasten öldürme müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmiş değildir. Talep üzerine, yani rızası doğrultusunda bir kişiyi öldüren fail, kasten öldürme (TCK m. 81) suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. TCK m. 81'e göre kasten öldürme suçunun cezası mübbet hapis cezasıdır. Bu suç bakımından sistemimizde, temel cezanın belirlenmesi esnasında hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Temel cezanın belirlenmesini düzenleyen TCK m. 61 hükmü, kanun koyucunun suç karşılığında öngördüğü soyut cezanın, maktu olarak belirlenmediği durumlarda uygulanabilecektir.

Talep üzerine veya rızası doğrultusunda bir kişiyi öldüren kimse, mübbet hatta somut olaydaki duruma göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Burada hâkimin cezada indirme gidebilmesi için kullanabileceği tek araç, TCK m. 62'de düzenlenmiş olan takdiri indirim nedenleridir⁵²¹. Ancak TCK m. 62'de sayılan cezanın bireyselleştirilmesi enstrümanlarından hiçbiri mağdur ve fiilin icrasına yönelik göstermiş olan rıza ile ilgili nedenler değildir. Failin işlediği fiilden bağımsız, sübjektif durumunu ilgilendiren nedenlerdir. Bu nedenler, "*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri*" gibi hususlardır. Dolayısıyla, TCK m. 62 hükmü bakımından, ilgilinin rızası doğrudan bir fonksiyon icra etmez.

Bazı hukuk sistemlerinde talep üzerine veya rıza üzerine öldürme, kasten öldürme suçundan ayrı olarak ele alınmıştır. Alman ceza hukukunda, rıza üzerine öldürme müstakil bir suç olarak tanımlanmıştır. Alman Ceza Kanunu m. 216, rıza üzerine öldürme suçunu düzenlemektedir. Mağdurun isteğiyle adam öldürme başlıklı 216. madde şu şekildedir⁵²²:

⁵²¹ Ötanazi uygulamaları bakımından, hekimin hastaya acıyarak fiili gerçekleştirmesi nedeni ile TCK m. 62 gereği takdiri indirim uygulanabileceğine dair Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 194; Hakeri, *Tip Hukuku*, s. 985.

⁵²² Yenisey, F. ve Plagemann, G. (2015). *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch STGB*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 322.

“(1) Öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.”

İtalya ceza hukukunda da rıza üzerine öldürme, kasten öldürme suçundan bağımsız, müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Rıza üzerine öldürme başlıklı, İt. CK m. 579 hükmü şu şekildedir⁵²³:

“(1) Bir kimse diğer bir kimsenin rızası ile onu öldürürse altı yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Ancak şu durumlarda kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanır:

-On sekiz yaşın altında bir kişiye karşı işlenmişse,

-Bir akıl hastasına karşı ya da herhangi bir hastalık ya da alkol veya uyuşturucu madde sebebiyle akli melekeleri yerinde olmayan kişilere karşı işlenmişse,

-Kişinin rızasının failin cebir, tehdit veya hile veya iradesini etkileyerek işlenmesi halinde”

Rıza üzerine öldürmenin nasıl cezalandırılacağı, İslam ceza hukuku doktrininde de tartışılmıştır⁵²⁴. Ağırlıklı görüş, rıza doğrultusunda gerçekleştirilen öldürme fiillerinin, kasten öldürme suçu için öngörülen cezadan farklı bir ceza ile cezalandırması yönündedir. Aksi görüşler bulunmasına rağmen, rıza üzerine kasten öldürme durumunda, failin kasten öldürme suçundan daha farklı bir ceza ile cezalandırılması öngörülmektedir. Bu görüşler doğrultusunda bütün İslam hukukçularının, suça rızanın suçu yasaklıktan çıkarmadığı

⁵²³ <http://www.anvu.it/wp-content/uploads/2016/03/codice-penale-navigabile-4-marzo-2016.pdf> (23.4.2018).

⁵²⁴ Hanefi mezhebine göre, bir kişinin kendisinin öldürülmesine rıza göstermesi, fiili hukuken serbest hale getirmez. Çünkü şer'i bir nass (kanun hükmü) bulunmadıkça, kişilerin canlarının dokunulmazlığı genel bir ilkedir. Kişinin kendisinin öldürülmesine rızası ise bu dokunulmazlığı kaldıracak nitelikte hukuki bir gerekçe ya da dayanak olamaz. Bu nedenle, ölenin rızası hukuken yok hükmündedir. Fiile etkisi olmadığı için, öldürme fiilinin yasaklılığı devam eder. Dolayısıyla bu fiili işleyen şahıs, kasten öldürme suçunu işlemiş olarak kabul edilir. Hanefi mezhebi hukukçuları, işlenen fiilin kasten öldürme suçu kapsamında ele alınacağını ifade etmekle birlikte, ölenin rızasının suçluya uygulanacak cezaya etkisi noktasında farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, ölenin izni şüphe olarak değerlendirilmeli ve suçluya kısas cezası uygulanmamalıdır. Bunun yerine, fail diyet ödemekle yükümlü tutulmalıdır. Hanefi mezhebinin önde gelen fakihlerinden İmam Züfer ise öldürmeye rızanın şüphe olarak değerlendirilmeyeceği, dolayısıyla suçludan kısas cezasının düşürülmeyeceğini ifade etmiştir.

Şafii mezhebinde de mağdurun öldürmeye rızasının cezaya etkisi konusunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre, öldürmeye rıza kısas ve diyet cezalarını düşürse de, fiili yasak olmaktan çıkarmaz. İkinci görüş ise öldürmede rıza, fiili serbest hale getirmediği gibi cezayı da düşürmez.

Hanbeli mezhebinin görüşü de Şafii mezhebinin görüşlerinden ilki ile aynıdır. Yani Hanbeli mezhebine göre, öldürmeye rıza kısas ve diyet cezalarını düşürse de fiili yasak olmaktan çıkarmaz.

Maliki mezhebinde baskın görüşü ise mağdurun rızasının suçu yasaklılıktan çıkarmadığı ve failden de cezayı düşürmediği şeklindedir (Yiğit, Y. [2003]. “İslam Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi”. *İslami Araştırmalar Dergisi*, 16[3], s. 342-343).

hususunda görüş birliği içinde oldukları söylenebilir. Ancak rızanın cezaya etkisi noktasında görüş ayrılıkları vardır. Çoğunluğa göre, suçun işlenmesine rıza şüphe olarak değerlendirildiğinden, suçluya asli ceza olan kısas yerine bedel ceza olan diyet uygulanır. Örneğin, kasten öldürme suçunu işleyen faile uygulanacak olan asli ceza kısas iken, ölenin suça rızası nedeni ile bedel ceza (ikincil ceza) konumunda olan diyet cezası uygulanır⁵²⁵.

Rızanın şüphe olarak değerlendirilmesinin sebebi, affin İslam ceza hukukunda cezayı düşüren sebepler arasında değerlendirilmesi⁵²⁶, rızanın cürümden önce açıklanmış bir af olarak kabul edilmesidir. Bu görüşü savunanlardan *Ahmed İbn Hanbel*'e göre, nasıl ki suçun işlenmesinden sonra mağdurun affi cezayı düşürür veya hafifletirse, suçtan önce verilen izin de aynı şekilde cezayı düşürür veya hafifletir. Öldürmeye izin ise öldürme cezasından affetmeye eşittir. İzin cezayı düşüremeyeceğini savunanlar ise, affi hakiki manasında kullanırlar⁵²⁷.

Bu değerlendirmeler İslam Ceza Hukuku bakımından geçerlidir. Yani yaptığımız açıklamalar talep üzerine birini öldüren kişinin ne şekilde cezalandırılacağı ile ilgili değerlendirmelerdir. Zira İslam dininde, kişinin intihar etmesi tartışmasız bir şekilde haram olarak kabul edilmektedir⁵²⁸.

Cezanın belirlenmesinde rızanın etkisini incelerken belirttiğimiz gibi hem soyut ceza belirlenirken, hem de somut ceza belirlenirken rızanın dikkate alınması gerekir. Rızanın suçun haksızlık içeriğine etki ettiği açıktır. Rıza ile gerçekleştirilen fiil, rıza hilafına gerçekleştirilen fiile nazaran niceliksel olarak daha az bir haksızlık ortaya çıkaracaktır. Bu

⁵²⁵ Yiğit, Y. (2003). *a.g.m.*, s. 342-343.

⁵²⁶ Özgenç, İ. (2018). “*İnsan Öldürme ile İlgili Kur’an Hükmünün Günümüz Ceza Hukuku Düşüncesine Aktarılması*”. *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 508.

⁵²⁷ Ekşi, A. (2011). *a.g.m.*, s. 354.

⁵²⁸ Ötanazi ile ilgili Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığının yaptığı açıklama şu şekildedir:

“*Tıbbi verilere göre, yaşama ümidi kalmamış veya şiddetli acılar hisseden bir insanın, hayatına bir başkası eliyle son verdirmesi demek olan ötanazi, talepte bulunan kişi açısından intihar, bunu uygulayan açısından cinayettir.*

Kur’an-ı Kerim’de, “Ey iman edenler!... Kendinizi öldürmeyin Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir. Kim düşmanlık ve haksızlık ile bunu (haram yemeyi veya öldürmeyi) yaparsa (bilsin ki) onu ateşe atacağız; bu ise Allah’a çok kolaydır.” (Nisâ, 4/29-30), “...Allah’ın haram kıldığı cana haksız yere kıymayın. Allah, bunları size düşünesiniz diye söylemektedir.” (En’am, 6/151) buyurulmuştur. Peygamberimiz (s.a.s.), acı ve sıkıntılardan dolayı ölümün temenni edilmemesini istemiştir (Buhârî, Merdâ, 19). Temennisi bile yasak olan bir işi gerçekleştirmek elbette büyük bir cürüm olur. Bu deliller de gösteriyor ki, Allah’ın emanet ettiği cana haklı bir gerekçe olmadan kıymak asla caiz değildir. Çünkü bu, hem Allah’ın koyduğu sınırları çiğnemek hem de O’nun takdirine karşı isyan anlamına gelir (Tahtâvî, Hâşiye, 602).

Çekilen dertler ve acılar, mü’minin günahları için keffarettir. Üstelik bugün, yaşamından ümit kesilen hasta için hızla gelişen tıpta yeni bir tedavi imkânının ortaya çıkması, ihtimal dışı değildir” (Kaynak: <https://kurul.diyabet.gov.tr/Cevap-Ara/992/otanazi-caiz-midir>- Erişim Tarihi: 15.02.2018).

nedenle, talep veya rıza üzerine öldürmenin, kasten öldürme suçuna nazaran daha hafif bir cezayla cezalandırılması gerekir. Zira talep veya rıza üzerine öldürme fiili sonucunda ortaya çıkan haksızlıkla, adi bir öldürme sonucunda ortaya çıkan haksızlık arasında niceliksel olarak ciddi bir fark mevcuttur. Sistemimizde, her iki fiil karşılığında öngörülen cezalar aynıdır. Zira kasten öldürme suçunun cezası, müebbet hapis cezasıdır. Bu nedenle hâkim somut cezayı belirlerken, takdir hakkını da kullanamayacaktır.

Bu hususta uygulamamıza da yansımış bir olay üzerinde durmakta fayda görüyoruz⁵²⁹. Sübuta göre olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Kolon kanserine yakalanan F'nin, uzun süre tedavi görmesine rağmen hastalığının nüksetmesiyle durumu kötüleşir. Hastalığın son evresinde çektiği acılara dayanamayarak ailesine, “manyak mısınız, geri zekâlı mısınız, ne biçim anne babasınız, beni öldürün ya da yaşatın” şeklinde beyanlarda bulunur. Olay günü de babasına hitaben benzer ifadeler kullanır. Oğlunun çektiği acılara ve söylediği sözlere dayanamayan babası S, evde bulundurduğu silahıyla, F'ye fark ettirmeden ensesine bir el ateş ederek öldürür.

Bu olayda yerel mahkeme olan Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi, S hakkında nitelikli kasten öldürme suçundan (TCK m. 82/1-d) mahkûmiyet hükmü kurar. Olayın öncesinde F'nin sarf ettiği sözler nedeniyle, S'nin suçu haksız tahrik etkisinde işlediğinden bahisle, TCK m. 29/1 hükmü gereği on sekiz yıl hapis cezasına hükmeder. Sonuç olarak mahkeme, TCK m. 62 gereği takdiren 1/6 oranında indirim uygulayarak, on beş yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verir. S'nin müdafii kararı temyiz eder. Yargıtay, olayda haksız tahrik oluşturan herhangi bir eylemin bulunmadığını, ayrıca şüphelinin kolluktaki ifadesinde F'nin kendisine hakaret ettiğine dair bir beyanın da bulunmadığını, bu nedenlerle haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, aleyhe temyiz söz konusu olmadığından, bu husus bozma nedeni yapılmamıştır. S hakkında verilen on beş yıl hapis cezası kesinleşmiştir.

Görüldüğü gibi yerel mahkeme, şartları oluşmamasına rağmen haksız tahrik hükümlerini uygulamıştır. Ayrıca mahkeme, TCK m. 62'deki takdiri indirim için öngörülen oranı en üst seviyeden uygulamıştır. Mahkemenin somut olayda sanığa verebileceği en az cezayı vermeye çalıştığı açıktır. Sanığı aleyhine olarak temyize de gidilmemesi nedeniyle karar onanarak kesinleşmiştir.

⁵²⁹ 1.CD., 1.10.2018, E. 2018/2353, K. 2018/3788.

Olay ve yargılama süreci dikkate alındığında, bu tip olaylara kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması sonucu ortaya çıkan ceza tatmin edici değildir. Bu durum uygulayıcıları, şartları oluşmamış olmasına rağmen, ceza hukukuna ait farklı kurumları kullanarak, ceza miktarını azaltmaya yönlendirmektedir. Kaldı ki bu yanlış uygulamaya rağmen verilen cezanın adil olmadığı aşikârdır. Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, talep üzerine veya rıza üzerine kasten öldürme fiilleri, Türk hukukunda da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Hiçbir sebep olmaksızın kasten insan öldüren bir kişinin fiili ile acısını dindirmek amacı ile ondan gelen talep üzerine ya da rızası doğrultusunda bu insanı öldüren kişinin fiili, eşit nicelikte haksızlığa vücut vermez.

4.1.1.3. İntihara Yönlendirme Suçu

Kişilerin hayatlarına son verme yönünde ortaya koydukları iradeye hukuk bir değer atfetmemiştir. Zira kişilerin yaşam hakları üzerinde tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Dolayısıyla yaşamına son verme noktasında bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı söz konusu olamaz. Bir kimsenin toplumsal ve ruhsal nedenlerin etkisiyle kendi hayatına son vermesi şeklinde tanımlanan⁵³⁰ intihar, 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmemiştir. Gerçekten, intihar girişiminde bulunup, bu girişiminde başarılı olamayan kişinin ceza hukuku sorumluluğu yoktur. İntiharın suç olarak kabul edilmemesi, bu fiilin hukuken korunan ya da tasvip edilen bir fiil olduğunu göstermez. Bu eğilim izlenen suç siyasetinin bir sonucudur⁵³¹.

İştirakte bağlılık kuralı (TCK m. 40/1) gereğince, suç olmayan bir davranışa azmettirme, iştirak veya yardım etme ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez. Zira bağlılık kuralı gereği, asıl fiilin suç teşkil etmediği bir durumda, bu fiile iştirak edenlerin cezalandırılması söz konusu değildir. Bununla birlikte, intihara yönlendirme ve yardım müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. TCK m. 84'e göre, başkalarını intihara azmettiren, teşvik eden, başkalarının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkalarının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişiler cezalandırılacaktır⁵³². İntihar ve intihara

⁵³⁰ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi: 30.6.2018)

⁵³¹ Koca, M. (2010). "İntihara Yönlendirme Suçu". *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(12), s. 20; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 153.

⁵³² Bu suçla korunan hukuki değer öldürme suçlarının olduğu gibi yaşam hakkıdır (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Özel Hükümler*, s. 160).

teşebbüs suç olarak düzenlenmemesine rağmen intihara yönlendirmenin suç olarak düzenlenmesinin nedenleri madde gerekçesinde⁵³³ şu şekilde açıklanmıştır:

“Canlı türü olarak insan, hayatını sürdürme konusunda bir içgüdüye sahiptir. Ancak, algılama yeteneğinin olmaması nedeni ile ya da yakalandığı hastalıktan kaynaklanan acı ve ızdırabın etkisiyle kişide hayatını sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkabilir ve bunu bir irade açıklaması ile ortaya koyabilir. Belirtmek gerekir ki, kişinin bu şartlar altında hayatını sona erdirmeye yönündeki iradesinin hukuki geçerliliği söz konusu değildir. Başka bir deyişle, belirtilen durumlarda hukuken muteber bir iradede söz etmek mümkün değildir.

Ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf olan intihar veya intihara teşebbüs olgusu, bizzatihi cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımamaktadır. Buna karşılık, bir başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin bu fiilleri cezalandırılabilir niteliktedir.”

İtalya Ceza Kanunun’da intihara yönlendirme bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. “İntihara teşvik veya intihara yardım” başlıklı İt. CK m. 580 hükmüne göre⁵³⁴; “Bir kişinin intiharına yardım eden veya başkalarının intihar niyetlerini pekiştiren ya da herhangi bir şekilde intiharın gerçekleşmesini kolaylaştıran kişiler; intihar durumunda beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İntihar gerçekleşmezse, intihar girişimi ciddi veya çok ciddi bir kişisel yaralanma ile sonuçlandığı sürece bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İntihar eden kişi on dört yaşından küçükse veya gerçekleştirdiği fiilin sonuçlarını anlama kapasitesine sahip değilse, kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanır.”

Alman Ceza Kanunun’da ise intihara yönlendirme müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir⁵³⁵. Alman ceza hukukunda benimsenen fikir, “asıl suç yoksa buna iştirak da olmaz” şeklindedir. Bir kişiyi intihara azmettiren, teşvik eden kişiler kasten insan öldürme ya da taksirle insan öldürme hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır⁵³⁶. Alman Federal Mahkemesi’nin *Sirius* kararı bu konuda uygulamayı belirlemiştir. Mahkeme, mağduru çeşitli telkinlerle intihara sürükleyen, fakat mağdurun son anda vazgeçmesiyle

⁵³³ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s. 488 vd.

⁵³⁴ <http://www.anvu.it/wp-content/uploads/2016/03/codice-penale-navigabile-4-marzo-2016.pdf> (23.5.2018).

⁵³⁵ Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 146; Yaşar/Turan, *a.g.m.*, s. 51.

⁵³⁶ Hakeri, H. (2006). *a.g.e.*, s. 206.

işlemek istediği suç teşebbüs aşamasında kalan failin, kasten öldürme suçunun dolaylı faili olacağına ve kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu olacağına hükmetmiştir⁵³⁷.

Ölenin rızası intihara yardımı hukuka uygun hale getirmez. Rıza, bu suç tipi bakımından maddi unsur olmadığı gibi hukuka uygunluk nedeni olarak da kabul edilemez. Zira hukukumuzda yaşam hakkı üzerinde kişilere tasarruf yetkisi tanınmamıştır. İntihar eden kişinin, intihara yönlendirme suçunun tipikliğini oluşturan fiillere göstermiş olduğu rıza geçerli kabul edilemez. İntihar edenin rızası, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir⁵³⁸.

Aynı yönde birden çok kişi karşılıklı olarak intihar etmek için rıza göstermiş olabilir. Örneğin, iki kişi intihar etmeye karar verirler ve ölüm için gerekli eylemi karşılıklı olarak yapacakları hususunda anlaşmaya varırlar. Ya da iki kişi aynı anda el ele tutuşarak yüksek bir yerden atlayarak intihar etmeye karar verip, bu kararı icra ederler.

Karşılıklı intihar girişimi sonucu iki taraf ölmüşse, ceza hukuku sorumluluğu tartışılmayacaktır. Taraflardan her ikisi ya da biri hayatta kalmışsa, hayatta kalan kişinin ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olacaktır. Taraflar öldürme neticesine yönelik olan fiilleri karşılıklı olarak gerçekleştirdilerse, hayatta kalan kişi(ler) kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin, birbirlerine zehir enjekte etmek suretiyle intihar etmek için anlaşan iki arkadaş, birbirlerine öldürücü seviyede zehir verse ve her ikisi de hastaneye kaldırılarak yapılan müdahale sonucu kurtarılsa, kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaklardır. Taraflar öldürme neticesine yönelik olan fiilleri bizzat kendileri gerçekleştirmişse, hayatta kalan kişiler intihara yönlendirme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin, sevgilisi ile anlaşarak, aynı anda intihar etmek için anlaşan ve bir şekilde hayatta kalan kişi, intihara yönlendirme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu suçtan sorumluluk için intiharın gerçekleşmesi şart değildir; intiharın gerçekleşmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir.

İntihara yönlendirme suçu ile bağlantılı olarak ele alınması gereken konulardan biri de Rus ruletidir. Karşılıklı rızaya dayanan bir oyun olan Rus ruleti, toplu bir tabancaya, tek bir kurşun yerleştirilmek sureti ile oynanır. Tabancaya yerleştirilen kurşunun yeri belli

⁵³⁷ Olgun, E. (2013). *a.g.m.*, s. 1643.

⁵³⁸ Özen, *Özel Hükümler*, s. 175. Koca/Üzülmez, rızanın bu suç bakımından maddi unsur kapsamında ele alınması gerektiği görüşündedir. Buna göre, suç tanımında açıkça belirtilmemekle birlikte rıza bu suçun unsurudur. Zira ölenin rızası olmasa, olayın oluş şekline göre fiil kasten öldürme kapsamına girecektir (Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 165).

olmayacak şekilde top çevrilir ve oyuncular sırayla tabancayı şakaklarına dayar ve tetiği çekmek suretiyle şanslarını denerler. Bu oyunu oynayan kişilerin ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesinde farklı olasılıklara göre değerlendirme yapmak gerekir.

Birinci ihtimalde, taraflardan birinden gelen teklif sonucunda, iki kişi karşılıklı anlaşmak suretiyle, yani tarafların rızasıyla bu oyunu oynayabilirler. Bu ihtimalde sırası gelen taraf, toplu tabancayı şakağına dayayacak ve ateşleyecek, silahın ateş almaması durumunda sıra karşı tarafa geçecektir. Oyun, merminin denk geldiği atış sonucu, atışı yapan kişinin ölümü ile son bulacaktır. Bu durumda oyunun tamamlanması, yani silahın patlaması durumunda hayatta kalan kişinin TCK m. 84'te düzenlenen intihara yönlendirme suçundan sorumlu tutulması gerekir. Zira kişi ölümle sonuçlanması kesin bir oyunu karşı tarafa teklif etmekle, karşı tarafın intihar kararı almasını sağlamaktadır. Karşı taraftan gelen teklifi kabul etmekle ise alınmış olan bir intihar kararını kuvvetlendirmektedir. Silah patlamadan oyuna tarafların elinde olmayan nedenlerle son verilmesi durumunda ise oyuna katılan her iki tarafın da intihara yönlendirme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir. Zira bu suçun oluşabilmesi için ölüm sonucunun gerçekleşmesi şart değildir.

İkinci ihtimalde, taraflardan biri, oyuna rıza göstermemesine rağmen karşı koyamayacağı bir cebri veya tehdidin etkisiyle oyunu dahil olmuş olabilir. Bu oyunda, tabancanın rızası bulunmayan kişinin atışı esnasında patlaması durumunda, onu zorlayan kişi ya da kişilerin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmaları gerekir. Oyunun, diğer kişinin ölümü ile sonuçlanması halinde ise oyuna rızası bulunmayan kişinin ceza hukuku sorumluluğu yoktur. Bu kişi, ölen kişiyi intihara yönlendirmiş değildir. Silah patlamadan tarafların elinde olmayan bir nedenle oyuna son vermeleri durumunda ise oyunu oynamaya zorlayan kişi ya da kişilerin kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmaları gerekir.

Üçüncü ihtimalde, oyun taraflarından her ikisinin de rızası dışında, üçüncü bir kişinin cebri veya tehdidi ile oynanmış olabilir. Oyunun taraflardan birinin ölümü ile son bulması durumunda, oyunu oynamaları için zor kullanan bu kişi kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Ayrıca bu kişi, hayatta kalan kişiye karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Ölüm gerçekleşmeden oyuna son verilmesi durumunda, tarafları zorlayan kişinin kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekir.

İntihara yönlendirme suçu ile bağlantılı olarak ele alınması gereken bir diğer konu düellodur. İntihara benzeyen bir çekişme olan düello, birbirine husumeti olan iki kişinin, tanıklar önünde ve belli kurallara göre yaptığı silahlı dövüş, vuruşma anlamına gelmektedir. Rus ruletinden farklı olarak taraflar, tabanca ile kendilerine değil birbirlerine ateş etmektedir. Bu oyun kazanan tarafın hayatta kalması, kaybedenin ise ölmesiyle neticelenen bir oyundur. Oyun sonucunda iki taraf da hayatını kaybederse ceza hukuku sorumluluğu tartışılmayacaktır. Tartışma taraflardan birinin ölmesine rağmen diğer tarafın hayatta kalması ya da bir şekilde her iki tarafın da hayatta kalması durumunda ortaya çıkacaktır.

Tarafların karşılıklı olarak anlaşmış olmaları, düello sonucunda meydana gelen neticeler bakımından, ceza hukuku sorumluluğunun doğmasına engel olmayacaktır⁵³⁹. Taraflar oyuna rızalarıyla dahil oldularsa, oyun sonucunda hayatta kalan kişinin ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu kişinin, kastı öldürmeye yönelikse kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir. Hatta şartları oluşmuşsa fail kasten öldürme suçunun nitelikli hali olan tasarlamadan (TCK m. 82/1-a) dolayı sorumlu tutulmalıdır⁵⁴⁰. Failin kastı yaralama olmasına rağmen kişi ölmüşse, TCK m. 87/4 hükmüne göre neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır⁵⁴¹.

Düelloda kişiler birbirlerine ateş etmektedir. Bu kişiler kendilerine karşı gerçekleşen bir saldırıyı bertaraf etmek amacıyla hareket ettiklerinden bahisle, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanamazlar. Zira meşru savunma, kişinin kendisinin neden olmadığı haksız bir saldırıya karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla yapılır. Burada ise, kişi haksız saldırıya söz konusu oyuna rıza göstererek kendisi neden olmaktadır. Ayrıca bu kişinin saldırıyı etkisiz kılmak gibi bir amacı da yoktur. Amacı, karşı taraftaki kişi bir şekilde öldürmekten ibarettir.

Bununla birlikte, oyuna karşı koyamayacağı cebrin veya tehdidin etkisiyle dahil olan kişinin, düelloyu kazanması durumunda, meşru savunma hükümlerinden yararlanması mümkündür. Zira bu haksız saldırıya kendisi neden olmamıştır. Önemli olan bu kişinin kendisine yönelik olan haksız saldırıyı bertaraf etmek amacıyla hareket etmiş olmasıdır.

⁵³⁹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 103; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 335.

⁵⁴⁰ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 103.

⁵⁴¹ Özen, M. (2011). "İntihara Yönlendirme Suçu". *Ceza Hukuku Dergisi*, 6(16), s. 46.

4.1.2. Beden Bütünlüğü İhlallerine Yönelik Rıza

Rızanın yoğun olarak tartışıldığı bir diğer konu ise beden bütünlüğü ihlallerine gösterilen rızadır. Yaşam hakkına nazaran, beden bütünlüğü ihlallerine rıza daha zor tartışmaları beraberinde getirmektedir. Zira yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi ya vardır ya da yoktur. Ancak, beden bütünlüğü üzerinde kişilerin tasarruf yetkisinin kabul edilip edilmeyeceği hususunun belirlenmesi tek başına tartışmayı bitirmemektedir. Tasarruf yetkisinin kabul edildiği durumlarda, beden bütünlüğü üzerinde hangi koşullarda, ne ölçüde tasarruf edileceği ayrı bir tartışma konusudur. Bu konuda, her duruma uygulanacak ortak bir standart bulmak neredeyse imkânsızdır.

Çalışmamızın bu kısmında, ilk olarak kısaca beden bütünlüğü hakkı üzerinde duracağız. Bu hak üzerinde bireylerin tasarruf yetkisinin olup olmadığı, varsa bu yetkinin kapsamının ve sınırlarının ne olması gerektiğine ilişkin yapılan tartışmalara yer vereceğiz. Daha sonra beden bütünlüğü ihlallerine yönelik gösterilen rıza ile ilgili özellik arz eden bazı konuları ele alacağız. Bu kapsamda sırasıyla, tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli, kürtaj, zorunlu aşı, açlık grevi, ölüm orucu ile zorla tedavi konularını ele alacağız.

AY m. 17/1 hükmü yaşama hakkını, nefes alıp vermektan ibaret olan biyolojik olarak hayatta kalma ile sınırlı olarak değil, kişinin maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile birlikte ele almıştır. Buna göre, yaşam hakkı sadece biyolojik olarak bir şekilde hayatta kalmayı ifade etmez. Yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile beraber ele alındığı takdirde bir anlam ifade eder⁵⁴². Anayasa'nın başlangıç kısmında da aynı husus vurgulanmıştır. Buna göre, “*her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahiptir*”. Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen AY m. 5 hükmünde ise “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” devletin temel görevleri arasında sayılmıştır.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, bir hak kategorisi olarak insan hakları arasında yer alan vücut dokunulmazlığı, çeşitli vasıtalarla koruma altına alınmıştır. Bu vasıtalarından biri de ceza hukuku korumasıdır. TCK'da “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenen suç tipleri bu korumanın bir görünümüdür⁵⁴³. Bu bölümde düzenlenen suçların

⁵⁴² Kalabalık, H. (2017). *İnsan Hakları Hukuku (5.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 430; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 200; Bayraktar/Keskin Kızıroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Yaralama), s. 126

⁵⁴³ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 195.

korudukları hukuki değer vücut dokunulmazlığıdır. Bu kısımda düzenlenmemesine rağmen koruduğu hukuki değer vücut dokunulmazlığı olduğu başkaca suç tipleri de vardır. Bu tip suçlarda korunan hukuki değer genellikle karma niteliktedir. Örneğin, çocuk düşürtme suçunda ceninin gelecekteki yaşam hakkı ile birlikte kadının vücut bütünlüğü de korunmaktadır⁵⁴⁴.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi için başvurulan araçlardan biri de rızadır. Hastalandığında doktora başvuran ve doktorun uyguladığı tedaviye rıza gösteren kişi, bu şekilde maddi varlığı olan vücut bütünlüğünü korumaktadır. İlerde maruz kalacağı bir virüse bağışıklık kazanmak için aşı yaptırılmasına razı olan kişi de rıza marifetiyle maddi varlığını korumaktadır. Ya da inancı gereği, sünnet olmaya rıza gösteren Müslüman veya Yahudi bir kişi, rıza marifetiyle manevi varlığını korumakta ve geliştirmektedir. Görüldüğü gibi maddi-manevi varlığını korumak ve geliştirmek amacıyla kişiler, rıza marifetiyle kendi geleceklerini belirlemektedir.

“Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı AY m. 17/2 hükmü, vücut bütünlüğüne yönelen müdahaleler bakımından, rızanın bulunması şartını aramıştır. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz.”

Madde düzenlemesinin lafzına bakıldığında, beden bütünlüğüne müdahalede bulunulabilecek nedenler arasında rıza sayılmamış, rıza bilimsel ve tıbbi deneyler kapsamında ele alınmıştır. Beden bütünlüğüne müdahalede bulunabilecek durumlar arasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller üzerinde durulmuştur. Bu düzenleme rızanın beden bütünlüğü ihlallerine rızanın hiçbir fonksiyon icra etmediği anlamına gelmez. Bu husus 17. maddenin gerekçesinde⁵⁴⁵ de ifade edilmiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“... Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir...”

⁵⁴⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 301.

⁵⁴⁵ <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 25.2.2018).

Görüldüğü gibi beden bütünlüğüne yönelik müdahaleleri hukuka uygun hale getiren nedenlerden biri, ilgili kişinin rızasıdır. Başkaca bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olmadığı durumlarda, ilgili kişinin rızası alınmadan ya da onun rızası hilafına, vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılan müdahaleler hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla müdahalede bulunan kişilerin ceza hukuku sorumlulukları gündeme gelecektir. Ancak istisnai bazı durumlarda, kişilik değerlerine zarar veren müdahale, ilgili kişinin rızası olmamasına rağmen hukuka uygun kabul edilmektedir⁵⁴⁶.

Üstün nitelikteki özel yarar, üstün nitelikteki kamu yararı ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi durumlar kişilik değerlerine müdahalede bulunurken rızanın aranmadığı durumlar olarak ele alınmaktadır. Üstün nitelikteki özel yarar ve üstün nitelikteki kamu yararının söz konusu olduğu yerlerde aslında, kanunun verdiği yetkiden bahsedilmektedir. Bu yetki özel hukuktan kaynaklanabileceği gibi kamu hukukundan da kaynaklanabilmektedir⁵⁴⁷. Bu istisnaları, ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak ayrıca ele alacağız.

Düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, beden bütünlüğü üzerinde bireylerin sınırlı da olsa tasarruf yetkileri kabul edilmiştir. Bununla birlikte insanın kendi vücudu üzerindeki tasarruf yetkisi dahi sınırsız ve mutlak değildir⁵⁴⁸. Bu tasarruf yetkisinin kapsamı ve sınırları hususunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Beden üzerinde tasarruf hakkının sınırının nasıl belirleneceği hususu da ayrı bir tartışmanın konusudur. Sınırlama aracı olarak öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki, beden üzerinde tasarruf yetkisinin sınırında ahlaka ve adaba uygunluğun esas alınmasıdır. Kişinin bedeni üzerinde ahlaka ve adaba aykırı bir tasarrufu kabul edilmez⁵⁴⁹. Alman Ceza Kanunu hükümlerine bakıldığında, müessir fiiller bakımından öngördüğü ölçütün ahlaka uygunluk ölçütü olduğu görülecektir⁵⁵⁰. Alm. CK m. 228 hükmüne göre, rızaya rağmen ahlaka aykırı olan fiil hukuka aykırı olacaktır.

⁵⁴⁶ Özbilen, A.B. (2013). “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12(24), s. 100.

⁵⁴⁷ Özbilen, A.B. (2013). *a.g.m.*, s. 107-108.

⁵⁴⁸ Toroslu, N. (1978). “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”. *AÜHFD*, 35(1), s. 95.

⁵⁴⁹ Ekici Şahin, *Rıza*, s. 289-290.

⁵⁵⁰ Alman ceza kanununda, rıza açıkça genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Alm. CK m. 228 hükmü rızayı yaralama fiiller bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Yaralama fiilinin, yaralanan kişinin rızası ile gerçekleştirildiği hallerde, rızanın bulunmasına rağmen fiil ahlaka aykırı ise, sadece bu durumda hukuka aykırılık vardır.”

Ahlaka aykırılık kavramının kesin kapsam ve sınırlarının belirlenmesinin mümkün olmamasından dolayı, sorun mahkeme kararları ve bu mahkeme kararlarına ilişkin olarak doktrinde yapılan yorumlara göre çözümlenmeye çalışılmaktadır. Alman Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, ahlaka aykırılığın her somut olay bakımından, toplumda doğru ve adil düşünen insanların ortak terbiye hislerinden oluşan genel ve objektif nitelikte ahlak anlayışı dikkate alınarak, hâkim tarafından belirleneceğine hükmetmiştir⁵⁵¹. Bu kararda dahi ahlaka aykırılık kavramının belirlenmesinde kullanılacak ölçütlerin tam olarak belirlenebilir kavramlar olmadığı görülmektedir. Bu durumlarda hâkimin kendi ahlak ölçütlerini merkeze alarak karar vermesi kaçınılmazdır.

Türk hukuku bakımından ahlaka aykırılık, sadece beden bütünlüğü için değil, bütün kişilik hakları ile ilgili tasarrufların doğal sınırını oluşturmaktadır. TMK m. 23/2 hükmü gereği; “kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.” Bununla birlikte, ahlaka ve adaba aykırılık da tek başına beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırının belirlenmesinde kullanılamaz. Örneğin, hamileliğin kaçınıcı haftasında olursa olsun, hiçbir haklı gerekçe olmadan çocuk düşürtmenin bir canlının hayatına son vermek olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bir canlının varlığına hiçbir haklı gerekçe olmadan son vermenin ahlaka aykırı olduğu izahtan varestedir. Ancak kanun koyucu annenin kendi geleceğini belirleme hakkını yok saymamış, belli şartlar altında annenin bu tasarrufunu kabul etmiştir⁵⁵².

İkinci görüş ise “demokratik toplum düzeni kurallarına uygunluktur”. Buna göre, beden üzerindeki tasarruflar, demokratik toplum düzeni kurallarına uygun olduğu ölçüde kabul edilebilir. Bu görüşe göre, beden üzerinde tasarruf yetkisinin sınırları belirlenirken, ahlak ve adap gibi belirsiz kavramların yerine, AY m. 13’te de açıkça anılmış olan, “demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine uygunluğun” kriter olarak kullanılması gerekir⁵⁵³. Kanaatimizce “ahlaka ve adaba uygunluk” kriterine getirilen belirsizlik eleştirisi, “demokratik toplum düzeni kurallarına uygunluk” kriteri için de geçerlidir. Her ne kadar içeriği ahlak ve adap kavramlarına nazaran daha belirlenebilir bir kavrammış gibi görünse de, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının neleri kapsadığı tam olarak belirlenebilmiş değildir. Ayrıca AY m. 13 düzenlemesi temel hak ve hürriyetlerin devlet

⁵⁵¹ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 218-219.

⁵⁵² Cinsiyet değişikliği ameliyatları da genel olarak ahlaka aykırı kabul edilmekle birlikte, kanun belli şartlar altında psikolojik nedenlerle kişilere cinsiyet değiştirme hususunda tasarruf yetkisi tanımıştır.

⁵⁵³ Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 153.

eliyle sınırlandırılmasını düzenlemektedir. Kişinin kendi özgürlüklerini sınırlandırması için bu ölçütlerin tek başına kullanılması yeterli değildir.

Bir diğer görüş ise⁵⁵⁴, kanunda yazılı haller dışında ve yaralama suçunun şikâyete tabi halleri dışında mağdurun rızasıyla beden bütünlüğünün ihlal edilemeyeceği yönündedir. Yargıtay da bir kararında⁵⁵⁵ aynı yönde karar vermiştir. Ceza muhakemesinde, muhakeme şartı olarak düzenlenmiş olan bir kurumun⁵⁵⁶, beden üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde kullanılabilir bir kriter olmadığı düşüncesindeyiz⁵⁵⁷. Zira şikâyet koşulu ceza hukukunda fiilin hukuka aykırı olmasını engelleyen bir husus değildir. Suç oluşturan hukuka aykırı bir fiilin soruşturulması ve kovuşturulması için getirilmiş bir koşuldur⁵⁵⁸.

Başka bir görüş ise tıbbi müdahale gibi özellik arz eden bir durumun olmadığı hallerde, kişinin bedeni üzerinde tasarruf yetkisini, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan müdahaleler bakımından geçerli kabul etmektedir. Buradan hareketle, mağdurun rızasının şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenen TCK m. 86/2 hükmü için fiili hukuka uygun hale getireceği söylenebilir⁵⁵⁹.

Diğer bir görüş ise vücut üzerinde belli ölçüde acı veren müdahaleler bakımından kişilerin tasarruf hakları kabul edilmekle birlikte, kişinin kendisini geliştirme⁵⁶⁰ kapsamında değerlendirilemeyecek, insan onuru ile bağdaşmayan fiillere gösterilecek rızaların geçerli kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁶¹. Bu kapsamda, basit müessir fiillere rıza, fiili hukuka uygun hale getirecektir. Ağır müessir fiiller açısından ise farklı bir değerlendirme yapmak zorunludur. Bu tip bir müdahale genel olarak kabul görmüş üstün bir değer korunmasına yönelik olarak gerçekleştirilmesi durumunda meşru sayılabilir⁵⁶². Örneğin, tedavi amacı ile ağır bir cerrahi müdahaleye gösterilen rıza böyledir. Kangren olmuş bir uzvunun cerrahi bir operasyonla alınmasına rıza gösteren bir kişinin rızası fiili hukuka uygun

⁵⁵⁴ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 195; İçel, *Genel Hükümler*, s. 399.

⁵⁵⁵ YCGK, 01.02.2005, E. 2004/9-213, K. 2005/3.

⁵⁵⁶ Şahin, C. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (9. Bası), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 61

⁵⁵⁷ Aynı yönde Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 252.

⁵⁵⁸ Bayraktar/Keskin Kızıroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Yaralama), s. 137-138.

⁵⁵⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 200, 229; Bayraktar/Keskin Kızıroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Yaralama), s. 138.

⁵⁶⁰ Rızaya geçerlilik tanınmasının nedeni, kişinin kendi geleceğini belirleme ve maddi manevi geliştirme hakkıdır (AY m. 17). Buna bağlı olarak beden bütünlüğü ihlallerine yönelik rızanın geçerliliğinde kıstas olarak bu hususun dikkate alınması gerekir. Rıza gösterilen fiil, kişiliğin serbestçe dışa vurulmasına ve gelişmesine hizmet etmekteyse rıza geçerli kabul edilmelidir (Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 270).

⁵⁶¹ Üzülmöz, İ. (2013). *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (1.Basım), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 28; Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 210-211.

⁵⁶² Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 216-217.

hale getirecekken, girdiği iddiayı kaybetmesi sonucunda herhangi bir uzvunun kesilmesine rıza gösteren kişinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Kişilerin basit müdahalelere dahi rıza gösteremeyeceğini kabul etmek genel hareket özgürlüğünü kullanılamaz hale getirecektir. Ayrıca, bu tip bir kabul kendi geleceğini belirleme hakkına da ağır bir müdahale anlamına gelecektir. Ağır müdahaleler bakımından ise mutlak surette bir tasarruf yetkisinin kabul edilmesi, kişilerin toplumsal hayatlarını gerektirdiği gibi sürdürmelerine engel olacaktır. Ayrıca ağır müdahalelerin neticesinde ölümün meydana gelme olasılığı da mevcuttur. Yaşam hakkı ihlallerine rızaya hukuki değer atfetmeyen bir hukuk sisteminin, ağır müessir fiillere rızayı geçerli sayması düşünülemez. Bununla birlikte ağır müdahaleler bakımından rızanın mutlak surette geçersiz kabul edilmesi de sakıncalıdır. Zira ağır müessir fiil ihtiva eden tıbbi müdahalelere gösterilen rızanın geçersiz kabul edilmesi halinde, daha üstün nitelikte bir yararın zarara uğraması ya da tehlikeye atılması söz konusu olacaktır. Daha üstün sayılabilecek bir hukuki değer korunmasına hizmet eden ağır müdahalelere gösterilen rıza fiili hukuka uygun hale getirecektir.

Özellikle beden bütünlüğüne yönelik ağır müdahalelerin söz konusu olduğu durumlarda, kanun koyucunun getireceği açık düzenlemelerle, beden bütünlüğüne karşı yapılan müdahalelerde, rızanın hangi fiiller için hangi durumlarda geçerli olacağını göstermesi yerinde olacaktır⁵⁶³. Bu durum, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi noktasında tartışmaların önüne geçecektir. Olması gereken düzenlemeler bakımından tartışmaların devam edeceği ise muhakkaktır.

4.1.2.1. Tıbbi Müdahaleler

4.1.2.1.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahale, beden bütünlüğü ihlallerine rıza hususundaki en önemli konudur. Hayatın olağan şartlarında uygulanan müdahaleler bakımından önem taşıdığı gibi, tıbbi müdahaleler açlık grevi, ölüm orucu, zorla tedavi, zorunlu aşı, organ ve doku nakli, kürtaj gibi birçok konuda da önem arz etmektedir. Bu nedenle, bu konuları ele almadan önce, tıbbi müdahaleleri rıza ile bağlantılı olarak açıklamakta fayda görüyoruz.

Tıbbi müdahale, “*tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet*” olarak ifade

⁵⁶³ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 217.

edilmektedir⁵⁶⁴. HHY m. 4/g hükmü tıbbi müdahaleyi, “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim*” şeklinde tanımlamıştır. AYM ise, bebeklik dönemi aşuları ile ilgili vermiş olduğu bir kararda⁵⁶⁵, tıbbi müdahaleyi, “*hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler*” olarak tanımlamıştır. Bunlar dışında tıbbi müdahalelerle ilgili öğretide birçok tanım yapılmıştır⁵⁶⁶. Tanımlardan anlaşılacağı üzere, aşı vurulması veya gebeliği önleyici spiral takılması gibi basit tedbirlerden en ağır ameliyatlara, kök hücre tedavisi ve organ naklinden, kısırlık tedavisi ve tüp bebek uygulamalarına, ortodontik diş tedavisinden ağızda yapılan bir dolguya kadar pek çok faaliyet, tıbbi müdahale kavramının içinde değerlendirilmektedir⁵⁶⁷.

Hakeri ise amaç unsurunun önemsiz olduğundan bahisle, “*insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahaleyi*” tıbbi müdahale olarak kabul etmiştir⁵⁶⁸. Yargıtay da tıbbi müdahaleler konusunda benzer bir tanımı esas almaktadır. Yargıtay’a göre⁵⁶⁹; “*Tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale tıbbi bir müdahaledir*”. Günümüzdeki teknolojik ve tıbbi gelişmeler de dikkate alındığında, amaç unsuruna (tedavi) yer vermeyen bu tanımların daha yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle estetik amaçlı yapılan operasyonlar, organ ve doku nakli, cinsiyet değişikliği ameliyatları, muhakeme sürecinde delil elde etmek amacı ile yapılan müdahaleler ve insan üzerinde deney yapılması gibi konuların da gündeme gelmesiyle, tıbbi müdahalenin kapsamı çok genişlemiştir. Bu nedenle, tıbbi müdahalelerin sadece hastalıkların tedavisi aşamasında ortaya çıkmadıkları, bireysel korunma ve teşhis yöntemlerinin uygulanmasının da tıbbi müdahale kapsamında kaldığının kabul edilmesi gerekir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁴ Ayan, M. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara: Kazancı, s. 5

⁵⁶⁵ AYM, Halime Sare Aysal, B. No: 2013/1789, §. 52.

⁵⁶⁶ Doktrinde yapılan diğer tanımlar için bkz. Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 23-26.

⁵⁶⁷ Aykın, A.C. (2016). “*Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası- Komplikasyon Ayrımı*”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119), s. 58; Kaya, M. (2012). “*Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*”. *TBBD*, 1(8), s. 46-47.

⁵⁶⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 47.

⁵⁶⁹ 19.CD., 5.11.2015, E. 2015/87, K. 2015/6676.

⁵⁷⁰ Bu bağlamda tıbbi müdahaleler; koruyucu sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tıbbi müdahaleler, tedavi edici hizmetlerden kaynaklanan tıbbi müdahaleler, rehabilitasyon hizmetlerinden kaynaklanan tıbbi müdahaleler, tıbbi araştırma ve denemelerden kaynaklanan tıbbi müdahaleler ve adli nitelikteki görev ve

Tıbbi müdahalenin tarafları hasta ve hekimdir. Hekim hasta arasındaki bu ilişki, aynı zamanda borçlar hukuku sözleşmesine dayanan özel hukuk ilişkisidir⁵⁷¹. Hekimin kamu hastanesinde çalışması durumunda ise hasta ile hekim arasındaki ilişkisi idare hukukunu ilgilendiren bir ilişkidir. Burada hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi, hekim ise kamu hizmetini sunan kişi durumundadır. Bu bakımdan kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden doğan zararlar bakımından sorumluluk özel hukuk kurallarına göre değil, idare hukuku esaslarına göre belirlenecektir⁵⁷². İster sözleşmeye dayansın, ister idare hukuku anlamında bir kamu hizmeti ilişkisine dayansın, bu ilişkiler ile hastanın kişilik değerlerine müdahale anlamına gelen tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren rıza konusu, birbirine karıştırmamalıdır. Tedavi için özel hukuk alanında bir sözleşmenin kurulmuş olması ya da bir kamu hastanesine başvurulmuş olması, yapılacak her türlü tıbbi müdahaleye hastanın rıza vermiş olduğu anlamına gelmez⁵⁷³.

4.1.2.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Tıbbi müdahalenin meşruluğundan söz edebilmemiz için gerçekleşmesi gereken dört temel şartın olduğu söylenebilir⁵⁷⁴. Bunlar:

muayenelerden kaynaklanan tıbbi müdahaleler gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır (Arslan Hızal, S. [2012]. “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7[18], s. 226 vd.).

⁵⁷¹ Öğretide hâkim olan görüşe göre hekim ile hasta arasındaki borçlar hukuku sözleşmesi vekalet sözleşmesidir (Şenocak, Z. [2001]. “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *AÜHFD* 50[4], s. 66-67). Bazı tıbbi müdahaleler bakımından bu sözleşmenin eser, hizmet ya da isimsiz sözleşme kabul edilebileceğine dair Arat, A. (2006). “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, I(2), s. 226.

⁵⁷² Hakeri, H. (2009). “Türkiye’de Sağlık Hukuku - Tıp Hukuku”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 126-128

⁵⁷³ Hastanın rızasının alınmasının, doktor ile hasta veya üçüncü kişi tarafından imzalanan tıbbi müdahale sözleşmesinden bağımsız olduğuna dair Oehler, W. (2009). “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”. (Çev. Yener Ü.) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 18. Şenocak, Z. (2001). *a.g.m.*, s. 69.

⁵⁷⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 248; Kaya, M. (2012). *a.g.m.*, s. 46-47; Şimşek, U. (2015). “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”. *Prof. Dr. Hakan Pekcanuteze Armağan Cilt-3*, s. 3537-3543; Özgenç, İ. (2007). *a.g.m.*, s. 2176-2187; Erman, B. (2010). *a.g.m.*, s. 31 vd.; Yenerer Çakmut, Ö. (2009). “Hekimler Tarafından Tutuklu Veya Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 232 vd.; Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 26 vd.

- Tıbbi müdahalenin yetkili⁵⁷⁵ sağlık personeli⁵⁷⁶ tarafından gerçekleştirilmesi⁵⁷⁷,
- Müdahalenin gerekliliği (endikasyon),
- Aydınlatılmış rıza⁵⁷⁸,
- Tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş bir müdahale⁵⁷⁹.

Müdahalenin gerekliliği (endikasyon) dışındaki diğer üç şart bakımından öğretilerdeki birçok yazar fikir birliği içerisinde. Yargıtay hukuk daireleri de bu üç şartı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gerekli şartlar olarak esas almaktadır⁵⁸⁰.

Bununlar birlikte tıbbi gereklilik (endikasyon) konusunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Diğer şartların gerçekleşmesi şartı ile tıbbi gerekliliğin geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁸¹. Psikolojik nedenlerle⁵⁸² başvuru alan estetik ameliyatlara ve cinsiyet değişikliği ameliyatları⁵⁸³ ile sosyal nedenlerle yapılan erkek çocukların sünnet

⁵⁷⁵ Halk arasında alternatif tıp olarak bilinen ve hekim olmayan kişiler tarafından uygulanan tedavi yöntemlerinin, tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira tıbbi bir müdahaleden, tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar doğrultusunda, kanunun yetkilendirdiği kişiler tarafından yapılan müdahalelerle anlaşılmalıdır. Alternatif tıp olarak anılan tedavi yöntemleri ise genellikle etkileri bilimsel metotlarla kanıtlanmamış ve kanunen yetkilendirilmemiş kişilerin uyguladıkları yöntemlerdir.

⁵⁷⁶ Almanya’da 1939 tarihinde çıkarılan bir kanunla, hekim olmayan kişilerin belirli şartlar altında sağlıkçı olarak çalışabilecekleri düzenlenmiştir. Bu kişiler ruhsat almak şartı ile hastalıkların, acıların veya beden zararlarının tespiti, tedavisi veya azaltılması için mesleki veya ticari olarak faaliyette bulunurlar (Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 603-604.). Türk hukukunda sünnetçiler ile ilgili özel düzenleme dışında hekim olmayanlara yetki veren böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Hatta TŞSTİDK m. 25 diploması olmadığı halde hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan kişilerin cezalandırılacağını öngörmüştür.

⁵⁷⁷ Yetkili olmayan kişilerin uyguladıkları alternatif tedavi yöntemlerinin, tıbbi müdahale olarak kabul edilmemesi, geçerli rıza ile gerçekleşen bu tıbbi müdahalelerin mutlak surette hukuka aykırı olduğunu göstermez. Kişinin beden bütünlüğü üzerinde sınırlı bir şekilde tasarruf edilebileceği genel olarak kabul edilmektedir (Badur, E. [2017]. *a.g.e.*, s. 37-38). Kişinin, beden bütünlüğü ihlallerine gösterilecek rıza bakımından kabul edilen tasarruf sınırları içerisinde kalmak şartıyla, rızası doğrultusunda kendisine uygulanan fiiller, kasten yaralama suçunun oluşmasına neden olmayacaktır. Örneğin, ayağının burkulması veya kırılması üzerine, tedavi amacıyla toplumda kırıkçı, çıkıkçı olarak bilinen kişilere başvuran bir kişiye karşı uygulanacak iyileştirici yöntemlerden dolayı, bu kişiler kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olmazlar. Ancak, somut olayın durumuna göre, bu kişiler TŞSTİDK m. 25 düzenlenen suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Ayrıca bu kişilerin uyguladıkları yöntem ve meydana gelen sonuca göre taksirli sorumluluk halleri söz konusu olabilecektir.

⁵⁷⁸ “*Informed consent*”

⁵⁷⁹ Uygulanan müdahalenin tıp biliminin gerekliliklerine uygun olması gerekir. Tıbben kabul edilmeyen ya da yeteri kadar denenerek faydalı olduğu konusunda tam bir kanaat oluşmamış yöntemlerin hastalar üzerinde uygulanması mümkün değildir (Yenerer Çakmut, Ö. [2009]. *a.g.t.*, s. 236).

⁵⁸⁰ 4.HD., T. 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/254.

⁵⁸¹ Tıbbi müdahale kavramının, içinde hem iyileştirme amaçlı hem de iyileştirme amacı olmayan müdahaleleri barındıran, geniş bir kavram olduğuna dair Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 139.

⁵⁸² Sadece fiziki tamlığa değil, ruh sağlığına yönelik girişimlerin de tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 24, 35, 181.

⁵⁸³ Cinsiyet değişikliği ameliyatlarında endikasyon durumunu tedaviyi uygulayan hekim değil, kurul belirleyecektir. TMK m. 40 gereği bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu doğrultusunda, mahkemenin izin vermesi durumunda, cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılabilecektir.

edilmesi de gereklilik kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁸⁴. Doktrinde bu tip durumları da içine alan sosyal ve psikolojik endikasyon durumlarının tıbbi gereklilik olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁸⁵.

Bu şartın tıbbi gereklilikten ziyade, müdahalenin gerekliliği olarak ele alınması daha yerinde olacaktır. Zira bu kullanım, tıbbi gerekliliğin yanı sıra kanun hükmünden doğan bazı müdahaleler ile sosyal ve psikolojik nedenlerle yapılan müdahaleleri de kapsayacaktır⁵⁸⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, psikolojik ve sosyal endikasyonun varlığının kabul edilebilmesi için söz konusu tıbbi müdahaleler ile ilgili kanuni düzenlemeler yapılması gerekir. Aksi takdirde sosyal ve psikolojik endikasyon kavramları, suiistimal edilmeye açık bir yapıdadır. Zira sosyolojik ve psikolojik etkenler, yöreden yöreye, kişiden kişiye, hatta zamandan zamana göre farklılık göstermektedirler. Bu nedenle hekim tarafından yapılacak olan müdahalenin tıbbi nitelikte sayılabilmesi için kanunda öngörölmüş amaçlardan en az birine hizmet etmesi aranmalıdır⁵⁸⁷.

Tıbbi bir müdahalenin hukuka uygun olması için gerekli olan şartların her biri çok önemli olmakla birlikte, çalışmamızın kapsamı gereği, bu şartlardan sadece “aydınlatılmış rızayı” ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz⁵⁸⁸.

4.1.2.1.3. Aydınlatılmış(Bilgilendirilmiş) Rıza

Tıbbi müdahaleler kişinin maddi veya manevi bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen tasarruflardır. Sağlık çalışanlarının hastaya yaptıkları tıbbi müdahalelerin neredeyse tamamı, kasten yaralama suçunun tipikliğine uyan nitelik arz etmektedir. Uygulanan tedavinin mahiyetine ve uygulanış şekline göre; cebir, tehdit, kişi hürriyetinden yoksun kılma gibi başka suçların da oluşması mümkündür⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Üzülmez, İ. (2013). *a.g.e.*, s. 38-39.

⁵⁸⁵ *Hakeri*, tıbbi gereklilik şartının, tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş bir müdahale şartının içinde ele alınabileceğini belirtmektedir (*Hakeri*, *Tıp Hukuku*, s. 292).

⁵⁸⁶ Tedavi amacını taşımayan tıbbi müdahalelerin de bulunduğu, bu tip tıbbi müdahalelerde, "kişinin sağlık kazanması, iyileşmesi" yönündeki üstün bir amacın yerini, nüfus planlaması veya bir başkasının sağlık ve yaşamı gibi hukukun korumaya değer gördüğü başka bir amacın aldığı, bazı durumlarda ise estetik ameliyatlarda ya da cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahalelerde olduğu gibi dolaylı bir tedavi amacı (psikolojik sağlığın korunması ve kazandırılmasına yönelik olarak) yeterli görüldüğüne dair değerlendirmeler için bkz. Şenocak, Z. (2001). *a.g.m.*, s. 66-67. Tüm tıbbi müdahaleleri yalnızca kişinin yaşam ve sağlığını tehdit eden fiziki veya ruhsal anomalilere yönelik eylem sayılması yönündeki görüşlerin eleştirisi için bkz. Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 250. Hekim tarafından uygulanacak müdahalenin tıbbi nitelikte kabul edilebilmesi için yasanın izin verdiği amaçlardan en az birine yönelik olması gerektiğine dair Yenerer Çakmut, Ö. [2009]. *a.g.t.*, s. 233-235.

⁵⁸⁷ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 35.

⁵⁸⁸ Bu şartların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Özgenç, İ. (2007). *a.g.m.*, s. 2175 vd.

⁵⁸⁹ *Hakeri*, *Tıp Hukuku*, s. 947.

Hipokrat'a dayanan geleneksel anlayışa göre, hekimin ödevi, hastanın görüşü ne olursa olsun onun yararına davranmak, ona zarar vermekten kaçınmaktır. Bu nedenle, tedavinin uygulanma şeklinin belirlenmesi hastaya bırakılmadan, en faydalı yöntem tespit edilerek hekim tarafından belirlenmekteydi. Zira hastaların yanlış yönelim sonucu daha kötüyü seçebilecekleri kabul edilirdi. Ancak yirminci yüzyıldan itibaren bu yaklaşım terk edilmiştir⁵⁹⁰. Hastanın özerkliği ve kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı, tıbbi müdahalelerin sınırını oluşturmakta, hastanın rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradesine göre tıbbi müdahale gerçekleştirilebilmektedir⁵⁹¹.

Sağlık çalışanın gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan ana unsur rızadır. Hastanın vermiş olduğu geçerli bir rıza, tıbbi müdahalenin sonunda bir zarar ortaya çıksa bile ceza hukuku sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır⁵⁹². Ancak taksirli sorumluluğu gerektiren bir durum olması halinde, taksirli sorumluluk gündeme gelecektir.

Hekimlik mesleği, hastalıkların teşhisi ve tedavisi amacına yönelik olarak yürütülen çok önemli bir faaliyettir. Ancak salt bu amaç, kişi üzerinde bulunulan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeye yetmez. Belirtilen bu amaca yönelik olarak tıbbi müdahalede bulunmanın hukuka uygunluğu kural olarak rıza, rızanın alınamadığı bazı durumlarda ise görevin ifası ile izah edilebilir⁵⁹³.

Tedaviyi uygulayan hekim çok önemli bir rol üstlenmekle birlikte, tıbbi müdahale bakımından tek belirleyicinin hekim olduğunu kabul etmek bireylerin kendi geleceğini belirleme haklarını yok saymak anlamına gelir. Bu bağlamda kişi, vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleye ilişkin olarak olumlu veya olumsuz bir karar verecektir. Hür iradeye dayanan hasta talepleri, hastanın iyiliğinden önce gelmektedir⁵⁹⁴. Söz konusu bu seçimler, hekimin müdahalesinin koşul ve sınırlarını oluşturacaktır.

Aydınlatma Yükümlülüğü

Açıklanan rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi, uygulanacak olan teşhis ve tedavi yönteminin kapsam, etki ve sonuçları bakımından, kişinin yeterince bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır. Bu husus, "aydınlatılmış rıza" kavramını gündeme getirmektedir⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ Aykın, A.C. (2016). *a.g.m.*, s. 61; Tag, B. (2006). *a.g.t.*, s. 193.

⁵⁹¹ Ünver, Y. (2007). *a.g.m.*, s. 200.

⁵⁹² Arat, A. (2006). *a.g.m.*, s. 228.

⁵⁹³ Özgenç, İ. (2006). *a.g.m.*, s. 10.

⁵⁹⁴ Hakeri, H. (2015, 6-7 Kasım). "Aydınlatma ve Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları". *VI. Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara, s. 25.

⁵⁹⁵ Özgenç, İ. (2006). *a.g.m.*, s. 10.

Tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatma, rızanın tek geçerlilik şartı değildir. Rızanın genel geçerlilik şartlarında bir eksiklik olması, aydınlatma olsa dahi rızanın geçersiz olmasına neden olur⁵⁹⁶. Mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hakkın varlığı, rıza gösteren kişinin ehil olması, rızanın açıklanması, rızanın özgür iradenin ürünü olması, fiilin rızanın ilişkili olduğu konu ile ilgili olması şartları da tıbbi müdahalelere rıza bakımından aranması gereken şartlardır. Bu şartları “Rızanın Şartları” başlığı altında ayrıntılı olarak ele aldığımız için bu kısımda ayrıca incelemeyeceğiz.

İlgilisinin aydınlatılmış (bilgilendirilmiş) rızası olmadan yapılacak olan tıbbi bir müdahale, hastanın yararına da olsa hukuka uygun olarak kabul edilemez. Bir kişinin kendisi üzerinde yapılacak olan tıbbi bir işlem hakkında özgürce ve sağlıklı bir karar verebilmesi, yapılacak işlemin içeriğini, muhtemel zararlarını, faydalarını ve sonuçlarını bilmesine bağlıdır. Yani hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir⁵⁹⁷. Bu da söz konusu tıbbi müdahale ile ilgili ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi ile mümkün olacaktır. Bu kendi geleceğini belirleme hakkının da bir sonucudur⁵⁹⁸.

Bilgilendirme olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahale, hastanın rızası doğrultusunda yapılsa bile, hukuka uygun hale gelmeyecektir. Zira bilgilendirilmemiş bir rıza, geçerli bir rıza değildir. Geçerli olmayan bir rızaya dayanan tıbbi bir müdahale hukuka aykırıdır⁵⁹⁹. Görüldüğü gibi, rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan temel unsurlardan biri, aydınlatma ise rızanın geçerliliğinin ön koşuludur. Aydınlatma, hastanın iradesinin serbestçe oluşmasına hizmet eden bir fonksiyon icra etmektedir⁶⁰⁰.

Aydınlatılmış rıza kavramı, aydınlatma ve rıza olarak iki kavramın bir araya gelmesiyle ortaya çıkmıştır. Bunlardan birinin eksikliği ile müdahale hukuka aykırı hale gelecektir. Yani aydınlatma olmadan sadece hastanın rızası olması müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi aydınlatılmış bir hastanın hiçbir irade açıklamasında bulunmaması, yani müdahaleye rıza göstermemesi durumunda müdahale hukuka aykırı olacaktır⁶⁰¹. Bu durum AY m. 17’de de belirtilmektedir⁶⁰². Madde hükmüne göre, “tıbbi

⁵⁹⁶ Ünver, Y. (2007). *a.g.m.*, s. 205.

⁵⁹⁷ Oehler, W. (2009). *a.g.t.*, s. 21.

⁵⁹⁸ Şimşek, U. (2015). *a.g.m.*, s. 3543.

⁵⁹⁹ Özgenç, İ. (2007). *a.g.m.*, s. 2176.

⁶⁰⁰ Adıgüzel, S. (2014). “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *TAAD*, (5)19, s. 950.

⁶⁰¹ Arslan Hızal, S. (2012). *a.g.m.*, s. 237.

⁶⁰² Madde düzenlemesinin lafzına bakıldığında, rıza bilimsel ve tıbbi deneyler kapsamında ele alınmıştır. Tıbbi müdahaleler bakımından ise rıza değil, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller üzerinde durulmuştur. Bu düzenleme rızanın tıbbi müdahaleler bakımından aranmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu yorum

zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz.”

Ülkemizin de taraf olduğu, dolayısı ile iç hukuk normu olarak değerlendirilebilecek olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin⁶⁰³ 5. maddesi de “*sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin ancak ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra*” gerçekleştirilebileceğini öngörmüştür. Bir kişiye tıbbi müdahalede bulunmadan önce, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. Aksi durumda verilen rıza hukuken sakat bir rıza olacak, müdahale hukuka aykırı olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel bir hastanede uygulanan tıbbi müdahale sonucu ani gelişen alerjik reaksiyon sonucunda ölen bir hastanın yakınlarının yaşam hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvuru sonucunda vermiş olduğu kararda, aydınlatılmış rıza üzerinde durmuştur. Buna göre, insan haklarına saygılı bir tıbbi müdahale için aydınlatılmış rızanın varlığı şarttır. AİHM, taraf devletlerin hastaların aydınlatılarak rıza göstermelerini sağlayacak düzenlemeleri yapma yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir. Bu yükümlülükler kapsamında, hekimlerin uygulanacak olan tıbbi müdahalenin hastanın fiziksel bütünlüğü ile ilgili olarak meydana getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında, hastaları aydınlatmaları gerekmektedir⁶⁰⁴.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesine göre, “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.*” Aynı madde bu hükme aykırı hareket edenlere, iki yüz elli Türk Lirası idarî para cezası verileceğini öngörmüştür.

Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı bir yorumdur. Kaldı ki hem Biyotıp Sözleşmesi, hem de mevzuatımızda muhtelif düzenlemeler rızayı tıbbi müdahalelerin esası olarak düzenlemiştir. Anayasa'nın kanunda yazılı hallere atıf yapmış olması, Anayasa'nın dolaylı da olsa tıbbi müdahalelerde rızayı düzenlemiş olduğunu gösterir. Ayrıca, insan üzerinde tıbbi deney, tıbbi müdahalenin özel bir şeklidir; Anayasa tıbbi deney bakımından rızaya doğrudan yer vermiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu husus AY m. 17 hükmünün gerekçesinde de ifade edilmiştir.

⁶⁰³ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim tarihi 1.7.2018)

⁶⁰⁴ Altuğ ve diğerleri/Türkiye, 30.6.2015, Başvuru No: 32086/07, §. 65.

Hasta Hakları Yönetmeliği⁶⁰⁵ de bilgilendirilmiş (aydınlatılmış) rızanın üzerinde durmaktadır. Yönetmeliğin 22. maddesi, “*kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimseye, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahalede bulunulamayacağını*” öngörmektedir. Bu rızanın özgür bir iradenin ürünü olabilmesi için bilgilendirilmiş bir rıza olması gerekir. Yönetmeliğin 15. maddesi ise “*Hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verileceğini*” öngörmüştür.

Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün temelini tedavi sözleşmeleri oluşturmaktadır. Alman Medeni Kanunu (Alm. MK) m. 630c hükmü, aydınlatmayı tedavi sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Buna göre hekim, tedavinin başında ve gerektiği durumlarda tedavi devam ederken hastaya tedavi ile ilgili her durum, özellikle teşhis, hastanın durumunda öngörülen gelişmeler, tedavi, alınacak tedbirler ve tedavi sonrası ile ilgili anlaşılır ve kapsamlı bir bilgilendirme yapmalıdır⁶⁰⁶.

Bütün bu açıklamalardan çıkan sonuç, sağlık çalışanının hastaya müdahalede bulunmadan önce, onun aydınlatılmış rızasını alması zorunludur. Bu hekim için hem etik⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ Bu yönetmelik 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hasta hakları ile ilgili sistemimizde henüz kanuni bir düzenleme yapılmamıştır.

⁶⁰⁶ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 71.

⁶⁰⁷ Nitekim hekimlik meslek etiği kurallarının aydınlatılmış onam başlıklı 26. maddesi şu şekildedir:

“*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.*

Acil durumlarda, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.”

hem de yasal bir zorunluluktur⁶⁰⁸. Rıza alınmadan yapılan müdahaleler ile rızasına aykırı gerçekleştirilen müdahaleler ve verilen rızanın kapsamını önemli ölçüde aşan müdahaleler hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. Hastanın aydınlatılmış rızası tıbbi müdahalenin temelini oluşturduğu gibi sınırını da çizmektedir⁶⁰⁹. Hasta açıklamış olduğu iradesiyle doktorun harekette bulunup bulunmayacağını ve bulunabileceksen bu hareketin ara ve nihai sonuçlarının nereye kadar meşru sayılacağını belirlemektedir⁶¹⁰.

Tıp biliminin kendine özgü bir terminolojisinin olması nedeniyle, hastanın hekimi tam anlamıyla anlaması çok zor hatta çoğu durumda imkânsızdır. Hekimin görevi, yapılacak tıbbi müdahalenin bilimsel anlamda doğru bir şekilde ortaya konulması değil, müdahaleyle bağlantılı olan olumlu ve olumsuz tüm neticeleri anlaşılır kılmaktır⁶¹¹. Hastanın en iyi şekilde aydınlatılmasının yolu, tıp terimleri yerine günlük hayattan terimler kullanarak bilgilendirme yapılmasıdır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumu dikkate alınarak yapılmalıdır. Müdahaleye ilişkin bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Burada önemli olan husus, hastanın aydınlatma sonrasında, tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması bakımından serbestçe ve durumun gerektirdiği bir kararı verebilecek keyfiyete gelebilmesidir⁶¹².

Kişinin, kendisine belli bir tıbbi müdahalenin yapılması amacı ile hekime başvurması, rızanın mevcudiyetine karine olsa da, hekime hastaya karşı her türlü tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisini vermez⁶¹³. Hastanın herhangi bir rahatsızlığından dolayı hekime başvurmasını, tıbbi müdahale öncesinde alınması gereken aydınlatılmış (bilgilendirilmiş) rıza beyanı ile karıştırmamak gerekir. Kişinin teşhis ve tedavi amacı ile hekime başvurması durumunda, hastalığın teşhisi amacı ile basit tıbbi müdahalelere karşı çıkmayarak, zımnem rıza gösterdiği kabul edilebilir⁶¹⁴. Ancak bu seviyeyi aşan müdahalelerde, mutlaka hastanın

⁶⁰⁸ Acıduman, A. (2011, 23-24 Eylül). "Türk Tıp Hukuku Tarihinde Hekim-Hasta Arasında Hukuki Bir Belge Rıza Senedi". *IV. Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara, s. 39; Hakeri H. (2006). "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), s. 35.

⁶⁰⁹ Rosenau, H. (2006). "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza". (Çev. Ali Kemal Y.). *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), s. 49.

⁶¹⁰ Tag, B. (2006). *a.g.t.*, s. 201.

⁶¹¹ Scaramuzzino, D.F.M. (2009). "İtalya'da Hekimlerin Sorumluluğu ve Consenso Informato (Bilgilendirilmiş Rıza)". (Çev. Gülsün Ayhan A.). *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 32.

⁶¹² Oral, T. (2011). "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü". *Ankara Barosu Dergisi*, 2011 (2), s. 188.

⁶¹³ Kişinin sırf hastaneye gelmesi, teşhis, tedavi veya hastalık hakkında bilgi almak için ilgili tıp mensubuna başvurmasını hukuken gerekli ve geçerli rıza olarak sayan görüşün eleştirisi için bkz. Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 237-238.

⁶¹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 332.

ayrıca aydınlatılmış rızasının alınması şarttır⁶¹⁵. Bununla birlikte hasta müdahaleye rıza gösterdikten sonra, uygulanacak tedavi, yöntem ile bu amaca matuf yapılacak ve müdahalenin doğasından kaynaklanan diğer müdahaleler bakımından ayrıca tek tek rızaya ihtiyaç yoktur⁶¹⁶. Bu husus HHY m. 31/2 hükmü ile de düzenlenmiştir. Buna göre, “*hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.*”

Hasta yalnız tıbbi müdahalenin tür, biçim, yöntem ve araçları konusunda değil, tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekim konusunda da tercih hakkına sahiptir. Bu nedenle, aydınlatılmış rızanın hekime ve müdahalenin uygulanacağı sağlık kuruluşuna⁶¹⁷ da ilişkin olması gerekir. Hastanın hekim hakkında yeterli bilgiye sahip olması ve hangi hekime rıza göstermişse, ancak onun müdahalede bulunması gerekir. Hastaya rızasının ilişkin olduğu hekim dışında bir kimsenin müdahalede bulunması hukuka aykırı nitelik arz eder⁶¹⁸.

Tıbbi müdahaleler mahiyetleri gereği her zaman tehlike ve önemli riskleri bünyesinde barındırırlar⁶¹⁹. Tıbbi müdahalelere rıza ile ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer kavram ise “*izin verilen risk*” kavramıdır. Bu kavram bazı Yargıtay kararlarında da kendine yer bulmuştur. Yargıtay izin verilen riski, objektif isnadiyetle⁶²⁰ bağlantılı olarak ele almaktadır⁶²¹.

Tıbbi terminolojideki karşılığı komplikasyon olan “*izin verilen risk*” kavramı, tıbbi müdahalenin gerekli olduğu hallerde, hekim tarafından gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen meydana gelen istenmeyen durumlar olarak ifade edilmektedir. İzin verilen risk, tıbbi müdahalede oluşabilecek, tıp biliminin öngördüğü önlenemez bazı zararlı sonuçların bulunduğu alanı ifade etmektedir. Bu alan içinde kalan ve müdahale esnasında gerçekleşen istenmeyen sonuçlar, hastanın rızası ile hukuka uygun hale gelmektedir. Bu durumda gerekli dikkat ve özeni göstermiş olan hekimin veya sağlık çalışanın ceza hukuku sorumluluğu olmayacaktır. Öngörülen ve fakat önlenemeyen zararlı sonuçlar izin verilen risk

⁶¹⁵ Bir kimsenin, kendisine gereken her türlü tıbbi müdahalenin yapılması için soyut ve genel nitelikli rıza beyan etmesinin hukuken geçerli sayılmayacağına dair. Arpacı, A. (2009). “*Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Yolları*”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 11.

⁶¹⁶ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 221

⁶¹⁷ Scaramuzzino, D.F.M. (2009). *a.g.t.*, s. 33.

⁶¹⁸ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 241, 259.

⁶¹⁹ Ünver, Y. (1998). *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 334.

⁶²⁰ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 208-209.

⁶²¹ YCGK, 16.5.2017, E. 2017/271, K. 2017/278; YCGK, 1.12.2015, E. 2013/653, K. 2015/430; YCGK, 5.5.2015, E. 2014/790, K. 2015/146; YCGK, 9.12.2014, E. 2014/103, K. 2014/552.

alanına dâhil değildir. Önlenebilen bir zarar söz konusu ise tıbbi uygulama hatası(malpraktis) söz konusu olacaktır. Bu durumda ise uygulayıcının taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir⁶²².

Mahiyeti gereği her bir tıbbi müdahalenin barındırdığı riskler mevcuttur. Tıbbi uygulama ise bu riskler ile tıbbi müdahaleden beklenen yarar arasında yapılacak fayda-zarar dengesi gözetilerek yapılmaktadır. Örneğin, yayılmasına engel olmak amacı ile kanserli bir hormonal dokunun alınması durumunda, söz konusu hormonun hastanın vücudunda üretilmemesi nedeniyle hormonal bozukluklar ortaya çıkması öngörülebilir bir durumdur⁶²³. Fakat hasta müdahale öncesinde bu hususlarda bilgilendirilmiş, buna rağmen müdahaleye rıza göstermiş ise ortaya çıkan bu sonuçtan sağlık çalışanı sorumlu olmayacaktır. Bu konuda bilgilendirilmemiş ise rızası geçerli olmayacak, müdahale hukuka aykırı hale gelecektir. Zira izin verilen risk alanı da aydınlatma yükümlülüğü kapsamına dâhil olan bir husustur⁶²⁴.

Aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı ile ilgili mevzuatımızda genel bir kural yoktur⁶²⁵. O halde tıbbi müdahalenin özelliğinden dolayı, aydınlatma için özel bir düzenleme öngörülmediği hallerde aydınlatma; yazılı, sözlü ya da hem yazılı hem sözlü yapılabilir⁶²⁶. Bu durum HHY m. 28/1 hükmünde de belirtilmiştir. Hükme göre, mevzuatın öngördüğü istisnalar⁶²⁷ dışında, rıza herhangi bir şekilde⁶²⁸ bağlı değildir. Bununla birlikte ispat açısından sorun yaşanmaması adına sağlık çalışanın aydınlatmayı yazılı olarak yapmasında yarar vardır. Zira yeterli aydınlatma hususunda ispat külfeti sağlık çalışanındadır⁶²⁹.

Yalnızca yetersiz doldurulan genel aydınlatma formları, belirli tıbbi müdahale konusunda somut bir aydınlatma yapıldığını göstermez. Hastanın yaşı, eğitim durumu, sosyal ve kültürel yapısı ile uygulanacak müdahalenin o olaya özgü farkları göz önüne

⁶²² Arslan Hızal, S. (2012). *a.g.m.*, s. 229-232.

⁶²³ Arslan Hızal, S. (2012). *a.g.m.*, s. 229-232.

⁶²⁴ Risk aydınlatması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 265-270.

⁶²⁵ Rıza açıklamasının ne surette yapılacağına dair mevzuatımızda bir hükmün bulunmaması özellikle ispata ilişkin sorunları ortaya çıkarabilir (Özgenç, İ. [2006]. *a.g.m.*, s. 10).

⁶²⁶ Kaya, M. (2012). *a.g.m.*, s. 65.

⁶²⁷ TŞSTİDK m. 70. hükmü “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lâzımdır.*” şeklinde düzenlemesiyle rızanın bu tip müdahaleler bakımından yazılı olarak alınması gerektiğini belirtmiştir.

⁶²⁸ Mevzuatın şekil şartı öngördüğü durumlarda, şekle aykırılığın ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmediği ileri sürülmüştür (Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 332). Bu görüşe iştirak etmiyoruz. Organ nakli gibi önemli müdahaleler bakımından öngörülen şekil şartlarının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi gerekir. Yasa koyucu bu tip müdahalelerin önemine binaen rızanın açıklanması bakımından özel şekil şartları öngörmüştür. Şekil şartına uyulmadan yapılan müdahalelerin hukuka uygun olmayacağına dair Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 73-74.

⁶²⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 323.

alınmadan hazırlanmış olan matbu formlarla, aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmesi mümkün değildir. İdeal olan, sözlü olarak yapılan ve daha sonra sözle ifade edilen durumun yazılı belgelere geçirilmesi şeklinde yapılan aydınlatmadır⁶³⁰. Nitekim HHY m. 26 hükmünde düzenlenen rıza formlarında, bu formlarda yer alan bilgilerin hastaya sözlü olarak aktarılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca uygulamada bazı rıza formlarına cezai bakımdan sorumsuzluk kaydı içerdiği görülmektedir. Bu şekilde düşülen kayıtların, ceza hukuku sorumluluğu yönünden etkisiz olduğu izahtan varestedir.

Bazı durumlarda, tıbbi müdahale ile ilgili bir kısım bilgilerin hastaya verilmesi sakıncalı olabilir. Çok ayrıntılı bir aydınlatma hastanın korkularını arttırıp müdahaleden kaçmasına sebep olacaksa ya da her şeyin çok ayrıntılı olarak anlatılması hastanın manevi durumunu olumsuz olarak etkileyecek ve bu durum tedavinin beklenen olumlu neticeyi vermesini engelleyecekse, hekimin bir kısım bilgileri saklama yetkisinin olduğu kabul edilmelidir⁶³¹. HHY m. 19 hükmüne göre, *“hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.”* Bu konuda takdir hakkı, maddede geçen şartların oluşması şartı ile hekime aittir. Ancak bu düzenleme aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Bu durumda dahi asgari bir aydınlatma gerekli ve yeterlidir.

Hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesi mümkündür⁶³². Bu durumda, kanuni özel bir zorunluluk bulunmadıkça, hastanın rızası aydınlatılmış bir rızanın etkisini doğuracak, bu rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Aydınlatılma hakkından vazgeçmenin hukuken geçerli olabilmesi için hastanın bu yöndeki iradesinin sağlıklı olması gerekir. Ayrıca vazgeçmenin duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıkça yapılmış olması gerekir. Zımnî vazgeçme hukuken kabul edilebilir değildir. Hastanın açık olarak beyan edeceği iradesinden, kendisini tam olarak hekime teslim ettiğinin kesin olarak anlaşılması gerekir. Vazgeçmenin yazılı olarak belirtilmiş olması ispat bakımından kolaylık sağlayacaktır. Bununla birlikte

⁶³⁰ Kaya, M. (2012). *a.g.m.*, s. 65; Yıldız, P. (2015, 6-7 Kasım). *“Rıza ve Rıza Formlarının Hukuki Niteliği”*. *VI. Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara, s. 64.

⁶³¹ Arat, A. (2006). *a.g.m.*, s. 233; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 312-313.

⁶³² Yılmaz, B. (2015, 6-7 Kasım). *“Aydınlatma ve Rıza”*. *VI. Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara, s. 46-47; Ünver, Y. (2007). *a.g.m.*, s. 205; HHY m. 20 hükmü hastanın bilgi verilmemesi yönünde talepte bulunabileceğini öngörmüştür. Anılan hüküm şu şekildedir:

“İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

aydınlatmadan vazgeçme ancak müdahalenin yürüyüşü ve tehlikelerine ilişkin noktalar bakımından kabul edilmelidir. Bir kimsenin hakkında hiçbir şey bilmediği bir konu hakkında, bilgilenmekten vazgeçmesi mümkün değildir. Vazgeçme bile asgari düzeyde bir bilgilendirmeyi gerektirir⁶³³.

Hasta, hastalığı ve uygulanacak tedavi hakkında bilgi sahibi olabilir. Özellikle sağlık çalışanlarının hasta konumunda olması durumunda, bu tip bir durum ortaya çıkabilir. Bu tip bir durumda, aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Zira aydınlatmanın amacı, hastanın hastalığı ve uygulanacak tedavi hakkında bilgi sahibi olması ve sağlıklı bir irade ortaya koyabilmesidir. Bu işin uzmanı olan bir kişinin sağlıklı bir rıza ortaya koyabilmesi için aydınlatılmaya ihtiyacı yoktur. Ancak bu kural mutlak olarak uygulanacak bir kural değildir. Her bir somut olay bakımından değerlendirme yapmak gerektirir. Örneğin, göz doktoru olan bir kişinin, vücudunun başka bir bölgesine yapılacak olan tıbbi müdahalelerle ilgili ayrıntılı bilgi sahibi olması düşünülemez. Burada her somut olayda aydınlatma yükümlülüğünün kalkıp kalkmadığı irdelenmelidir. Hekimin, hastanın uygulanacak müdahale ile ilgili bilgi sahibi olduğundan emin olması gerekir. Ayrıca, hastanın daha önce başka bir hekim tarafından aydınlatılması da aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

Aydınlatma tıbbi müdahaleden makul bir süre önce yapılmalıdır. Bu konuda her müdahaleye uygun düşecek bir sürenin öngörülmesi mümkün değildir. Her bir tıbbi müdahalenin özelliğine göre süre belirlenmelidir. Önemli olan husus, hastanın tıbbi müdahale konusunda oluşacak iradesinin sağlıklı bir düşünme sürecine dayanmasıdır. Bu süre basit müdahaleler bakımından çok kısa olabileceken, daha ağır ve önemli müdahaleler bakımından daha uzun olabilecektir.

Hekimin gözetimi ve denetimi altında yapılan işlemler bakımından hemşirenin aydınlatma yükümlülüğü yoktur. Hekim aydınlatma yükümlülüğünü hemşireye veya bir başka sağlık personeline bırakamaz. Hekimin aydınlatmayı bizzat kendisi yapması gerekir. Ancak hemşirenin sorumluluk alanındaki tıbbi müdahaleler bakımından hemşirenin aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Örneğin, bir kan alma işleminde, hemşire yapacağı işlemi ve varsa rizikolarını açıklamalıdır⁶³⁴.

⁶³³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 308.

⁶³⁴ Hakeri H. (2006). *a.g.t.*, s. 35.

Aydınlatma yükümlülüğü, gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyle bağlantılı olan, müdahalenin öncesinde veya sonrasında uygulanan asıl müdahaleden bağımsız olarak uygulanan müdahaleleri de kapsar. Aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahalenin başından sonuna kadar süren bir süreçte varlığını korur. Örnek olarak ameliyattan önce uygulanan anestezi için ameliyattan ayrı bir aydınlatmaya ihtiyaç vardır. Sadece ameliyat için yapılan aydınlatma, anestezi kapsamında uygulanan müdahaleler bakımından, aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır⁶³⁵.

Yetersiz ya da yanlış bir aydınlatma yaptığını sonradan fark eden hekim, aydınlatmayı düzeltmekle yükümlüdür. Hatasını fark etmesine rağmen, müdahale başlamadan önce aydınlatmayı düzeltmezse sorumluluktan kurtulamaz. Yani hatalı aydınlatma durumunda, aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaz. Hekim bilerek ve isteyerek yetersiz ya da yanlış bir aydınlatma yapmış ve bunun düzeltmeden müdahalede bulunmuşsa, geçerli bir rızanın yokluğundan dolayı fiili hukuka aykırı olacaktır⁶³⁶.

Ancak gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, aydınlatma yükümlülüğünü sağlıklı bir şekilde yerine getirmeyen hekim, bunu düzeltme imkânı bulamadan müdahalede bulunmuş ise aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği zannı ile hareket etmiş olmaktadır. Hekim geçerli bir rızanın varlığı zannıyla hastaya müdahalede bulunmakta, mevcut rızanın müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiğini zannetmektedir. Burada hekimin düşmüş olduğu hata, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadır. TCK m. 30/3 hükmü gereği hekimin düştüğü hata kaçınılmaz ise kastı ortadan kalkacak, ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. Hata kaçınılabilir ise hekim taksirle yaralamadan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Rıza Açıklayabilecek Durumda Olmayanların Durumu

Tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatılacak kişi kural olarak hastanın bizzat kendisidir. Hasta rıza açıklayabilecek bir durumda ise aydınlatma bizzat ona yapılmalı, tıbbi müdahale bakımından onun iradesi esas alınmalıdır. Rıza açıklayabilecek durumda olmasına rağmen, uygulamada sıkça rastlanan hastanın eşinin, çocuğunun ya da akrabasının bilgilendirilmesi ve onların rızaları doğrultusunda hastaya müdahale edilmesi hukuka uygun olmayacaktır⁶³⁷.

⁶³⁵ Scaramuzzino, D.F.M. (2009). *a.g.t.*, s. 33.

⁶³⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 323.

⁶³⁷ Ünver, Y. (2007). *a.g.m.*, s. 205-206.

Ancak tıbbi müdahalede bulunulacak şahıs ayırt etme gücünden yoksun ise geçerli bir rıza açıklamasında bulunması ondan beklenemez. Bu durumlarda sırf hastanın rızasının yokluğu nedeniyle, tıbbi müdahalede bulunmaktan imtina etmek her zaman için doğru olmaz.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise kişinin rıza veremeyecek halde olmasının geçici bir durum mu yoksa kalıcı bir durum mu olduğudur. Zira kişiler irade açıklama yetisini geçici olarak kaybedebileceği gibi bazı durumlarda kalıcı olarak kaybetmiş olabilir.

Kişiler irade açıklama yetisini geçici olarak kaybetmişler ve uygulanacak tedavi hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından önemli bir tehlike arz etmiyorsa, kişinin irade açıklama yetisinin yerine gelmesi beklenmelidir. Basit tıbbi müdahaleler bakımından hastanın rıza verebilecek duruma gelmesi beklenebilirse de, müdahalede bulunulmaması hastanın sağlığı ya da hayatı bakımından ciddi bir tehlikenin ortaya çıkmasına neden olarsa, hastanın rızası aranmadan ona müdahalede bulunmak hukuka uygun olacaktır. Kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından yakın ve önemli bir tehlike söz konusu ise acil durum nedeni ile kişiye müdahale edilmelidir. Bu müdahale, görevinin ifası hukuka uygunluk nedeni ile meşru hale gelmektedir.

Kişinin irade açıklama yetisini kalıcı olarak yitirildiği durumlarda ise mevzuatımızda bu kişilerin rızalarının değil kanunla öngörülmüş üçüncü kişilerin (yasal temsilciler) rızalarının müdahaleyi hukuka uygun hale getireceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur⁶³⁸. Bu durumda bulunan kişilerin yasal temsilcisi yoksa yasal temsilci atanmalı; onların rızalarına göre tıbbi müdahale şekillendirilmelidir. Kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından yakın ve önemli bir tehlike söz konusu ise acil durum nedeniyle kişiye müdahale edilmeli, temsilci atanması beklenmemelidir. Bu müdahale, görevin ifası hukuka uygunluk nedeni ile meşru sayılacaktır.

Tıbbi müdahalenin uygulanması esnasında hasta rıza veremeyecek durumda olabilir. Örneğin, geçirdiği kaza sonucu kan kaybederek bilincini kaybeden kimselere, gerekli miktardaki kanın nakline yönelik müdahalelere rıza gösterip göstermediği sorulamayacaktır. Bu kişinin müdahaleye rıza gösterebilecek bir hale gelmesini beklemek, hastanın ölümüne neden olabilecektir. Bu gibi durumlarda, hastanın rızası olmaksızın tıbbi müdahalede

⁶³⁸ Hastanın bilinç kaybı geçici değilse ve yasal temsilcisi yoksa TMK hükümlerine göre, kendisine vasi atanmalıdır (TMK m. 405).

bulunulması mümkündür. Bu durumda olan hastaya yapılan müdahale hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali niteliği taşımaz. Bu tip müdahaleler, bizzat bu hakkın korunmasına hizmet etmektedir.

Biyotıp Sözleşmesi'nin, acil durumlar başlıklı 8. maddesi bu hususu düzenlemektedir. Bu hükme göre, acil bir durum nedeniyle ilgisinin rızasının alınmadığı durumlarda, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan müdahaleler derhal yapılabilecektir. Bu husus sözleşmedeki hükme paralel olarak, AY m. 17' de ve 1219 sayılı TŞSTİDK m. 70'de de düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 7.fıkrası bu hususta daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, *“hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur”*.

Tıbbi müdahalenin genişletilmesinin zorunlu olduğu bazı durumlarda da hastanın rızası alınmadan, gerekli bazı müdahalelerin uygulanması söz konusu olabilmektedir⁶³⁹. Örneğin, rızası doğrultusunda ameliyata alınmış bir hastaya, ameliyat esnasında, rızanın kapsamı dışında kalan bir müdahale yapılması gerekebilir. Böyle bir durumda hastanın bu müdahale hususunda rızasının alınmasının beklenmesi, hastanın hayatı ya da sağlığı bakımından ciddi bir tehlike oluşturabilir. Bu gibi bir durumda, hastaya müdahalede bulunulması hukuka aykırı sayılmayacaktır⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Bu konuda NPHK 4. maddesi açık bir düzenlemeye yer vermiştir:

“Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.

Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.”

⁶⁴⁰ Farklı gerekçelerle aynı yönde değerlendirmeler için Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 422.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31/4 hükmü, bazı durumlarda tıbbi müdahalenin hastanın rızası alınmadan genişletilebileceğini açıkça ifade etmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir”.

Bu açıklamalar ışığında ifade etmek gerekir ki, hastanın rızasının alınmadığı durumlarda, tıbbi müdahalede⁶⁴¹ bulunulabilecek haller şunlardır:

- Bilinci kapalı bir hastanın, hayati tehlikesinin bulunduğu acil durumlar,
- Bilinci kapalı bir hastanın, bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak acil durumlar,
- Hastanın rızası doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbi müdahale esnasında, müdahalenin genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek durumlar.

Bunun dışındaki durumlarda, hastaya müdahalede bulunabilmek için rıza açıklayabilecek duruma gelmesi beklenmelidir.

Hastanın rızasının aranmadığı durumlar da dahi, tıbbi müdahalenin şekli ve içeriği belirlenirken, hastanın daha önceden açıklamış olduğu irade beyanları dikkate alınmalıdır. Biyotıp Sözleşmesi m. 9 ile HHY m. 24/5 hükümleri de, tıbbi müdahale esnasında rızasını açıklayamayacak durumda olan hastanın tıbbi müdahaleden önce açıklamış olduğu rızasının uygulanacak müdahale bakımından dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir⁶⁴².

Hastanın rıza veremeyecek durumda olduğu ve tıbbi müdahalenin genişletilmesinin zorunlu olduğu hallerde, rıza aranmadan uygulanacak olan müdahaleler *“varsayılan rıza”* kavramı ile açıklanmaya çalışılmıştır. *“Varsayılan rıza”* kavramı, özel hukukta uzun süredir

⁶⁴¹ Bu durumlarda hekimin uygulayacağı her müdahale değil, belirtilen durumların önlenmesine matuf acil olan müdahaleler hukuka uygun kabul edilecektir.

⁶⁴² Sözleşmenin 9. maddesi şu şekildedir:

“Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”

HHY m. 24/5 hükmü ise şu şekildedir:

“Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.”

tartışılan bir kurumdur⁶⁴³. Bu tip durumlarda kişilerin üstün nitelikte özel yararları bulunması nedeniyle⁶⁴⁴, rıza olmadan yapılan müdahale hukuka uygun olarak⁶⁴⁵ kabul edilmektedir⁶⁴⁶.

Tıbbi müdahaleler bağlamında, ilgili kişinin rızasının müdahaleden önce ya da müdahale esnasında alınmadığı durumlarda “varsayılan rıza” kavramından bahsedilmektedir. İlgilinin tipikliği ortadan kaldıran rızası veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızasının geçerli bir şekilde alınmadığı durumlarda, somut olayın koşullarının değerlendirilmesi sonucunda, “ilgiliye sorulsaydı rıza açıklamasında bulunurdu” şeklinde bir tahminde bulunmak haklı görülebiliyorsa, varsayılan rızadan bahsedilebilir. Varsayılan rızada ilgilinin herhangi bir rıza açıklaması bulunmamaktadır. Fail, başka birine ait bir hakka izinsiz bir şekilde müdahale ederek, kanunda suç olarak tanımlanan tipik bir fiil gerçekleştirmektedir. Ancak bu müdahale bakımından, ilgilinin rızası objektif bir değerlendirmeye göre varsayılmak suretiyle, fiil hukuka uygun addedilmektedir. Rızanın varlığı hususunda varsayımda bulunulurken, somut olaydaki kişinin değil⁶⁴⁷, orta zekâ seviyesine sahip makul bir kişinin, böyle bir durum karşısında nasıl hareket edeceği dikkate alınarak, objektif bir değerlendirme yapılmalıdır⁶⁴⁸. Müdahale edilen hakkın sahibinin gerçek iradesi ile fail tarafından varsayılan iradesi uyuşmadığı takdirde, hukuk düzeni

⁶⁴³ Acil müdahalelerde hukuka uygunluk sebebinin varsayılan rıza olduğuna dair Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 239-240. Türk ve İsviçre hukuklarında varsayılan rızanın yasal dayanağının Türk Borçlar Kanunu m. 410 ve İsviçre Borçlar Kanunu m. 419 vd. hükümleri ile düzenlenmiş olan “vekaletsiz iş görme” hükümlerinin olduğuna dair Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 418.

⁶⁴⁴ “Varsayılan rıza” sadece tıbbi müdahalelerle bağlantı olarak ele alınmamaktadır. Rızanın alınmadığı özel durumlarda, her olay bakımından uygulanabilir bir kurum olarak ele alınmaktadır. Örneğin, sigara içerken uyuya kalan, buna bağlı olarak çıkan yangından zarar görme ihtimali bulunan bir kişinin, evinin kapısı kırılmak suretiyle kurtarılması durumunda rızasının olduğu varsayılmakta, fiil bu nedenle hukuka uygun kabul edilmektedir (İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 191).

⁶⁴⁵ Varsayılan rızanın isnat edilebilirlik öğretisine dair bir kurum olarak ele alındığına dair Rosenau, H. (2013). “*Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*”. (Çev. Ahmet Hulusi A.). *Prof.Dr.Doğan Soyaslan’a Armağan*, s. 633.

⁶⁴⁶ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, s. 191; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s. 458; Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 240.

⁶⁴⁷ Hastanın varsayılan rızası belirlenirken makul bir kişinin bakış açısı değil, somut olaydaki hasta kişinin kişisel durumu, bireysel yararları, arzuları, ihtiyaçları ve değer yargıları esas alınması gerektiğine dair Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 419. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira varsayılan rızaya başvurmadaki temel neden kişinin o andaki iradesinin belirlenmemesidir. Kişinin normalde ortaya koyduğu iradesinin, yaşadığı olaylardan sonra değişmesi kuvvetle muhtemeldir. Örneğin, vücuduna “kendisine başkasından kan nakledilmemesi” şeklindeki beyanı dövme ile yazan bir kişinin, ölümle buruna gelmesi durumunda bu irade açıklamasını tekrar edeceğinin garantisi yoktur. Kişinin iradesinin şekillenmesinde içinde bulunduğu durumun çok önemli etkileri vardır. Hastanın hem objektif menfaatinin hem de subjektif menfaatinin dikkate alınması gerektiğine dair Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 242.

⁶⁴⁸ Erman, B. (2003). *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık: Ankara, s. 140.

müdahaleyi hukuka uygun hale getiren varsayılan bir rızayı kabul etmektedir. Bu durumda objektif kriterlere göre belirlenen rızanın varlığı varsayımsal olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁹.

Varsayılan rıza ile ilgili en açık yasal düzenleme, Alm. MK m. 630d hükmüdür. Buna göre, acil bir tıbbi müdahalenin gerekli olduğu bir durumda, hastanın rızası zamanında alınamayacaksa, bu müdahale hastanın varsayılan rızasına uygun olmak koşulu ile uygulanabilecektir⁶⁵⁰.

Farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, varsayılan rıza kavramının diğerlerinden tamamen bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğu savunulmaktadır⁶⁵¹.

Koca/Üzülmez' e göre, varsayılan rıza uydurma bir kavramdır; varsayıma dayanan bir rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yazarlara göre, varsayılan rıza kavramı vekâletsiz iş görmeye dayanan, özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan uydurma bir kavramdır. Varsayılan rızanın bulunduğu kabul edildiği olaylarda, hukuka uygunluk nedenlerinden görevin ifası⁶⁵² ve hakkın kullanılması, bazı durumlarda ise mazeret nedenleri⁶⁵³ gündeme gelecektir⁶⁵⁴. Dolayısıyla varsayıma dayanan bir değerlendirmeye ihtiyaç duymadan, acil durumlarda rıza olmaksızın yapılan müdahaleler hukuka uygun olacaktır.

Özgenç de belirli tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun varsayılan rıza kavramı ile açıklanmasını doğru bulmamaktadır. Zira pozitif hukukta varsayıma dayalı olarak hüküm tesis edilmesi söz konusu olamaz⁶⁵⁵. Çünkü hukuk kurallarının dayanağını oluşturan davranış normları gerçeklik üzerine bina edilmiştir. Kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olduğu hallerde, hekim rızanın olup olmadığını araştırmaksızın, kişiye tıbbi

⁶⁴⁹ Mosenheuer, A. (2008, 28 Şubat - 1 Mart 2008). "Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları" (Çev. Hakan H.). *V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 71; Kangal, Z.T. (2011). *a.g.m.* s. 224; Özbilen, A.B. (2013). *a.g.m.*, s. 104; Rosenau, H. (2006). *a.g.t.*, s. 55-57.

⁶⁵⁰ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 245.

⁶⁵¹ Varsayılan rızada hukuka uygunluğunun dayanağına dair doktrinde yapılan açıklamalar için bkz. Kangal, Z.T. (2011). "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(4), s. 226-233.

⁶⁵² Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 213

⁶⁵³ Özel hukukta, varsayılan rızanın hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını yok saydığı ve hastanın iradesinin belirlemenin imkânsız olması nedeni ile varsayılan rızaya karşı çıkmıştır. Bu durumlarda, varsayılan rızanın değil, zorunluluk halinin müdahaleyi hukuka uygun hale getireceği ileri sürülmüştür (Tacir, H. [2011]. *a.g.e.*, s. 174).

⁶⁵⁴ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 297.

⁶⁵⁵ Varsayılan rızanın soyut düşüncelere dayanması nedeni ile hukuki açıdan yeterli ve doyurucu bir kurum olmadığı, bu tip durumlarda izin verilen risk öğretisinden yararlanılması gerektiğine dair görüş Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 212.

müdahalede bulunması gerekir. Çünkü tabiplik icra eden veya icra etmek hususunda yetkilendirilen kişiler, tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan bir kişinin iyileştirilmesi için gerekli müdahalelerde bulunmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün varlığı halinde ise görevin yerine getirilmesi nedeniyle müdahale hukuka uygun olacaktır⁶⁵⁶.

Hakeri, varsayılan rızayı kabul etmeyen bu görüşlere karşı çıkmaktadır. *Yazar'a* göre rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ediliyorsa, bu rızanın açıkça belirtilemediği ancak somut olaydaki koşullardan rızanın bulunduğu varsayımsal olarak çıkarılabildiği durumlarda, rızanın yine hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekir. Örneğin, ameliyat esnasında hastanın karnı açılıp daha önce karında unutulmuş gazlı bir bezin bulunması durumunda, hastanın uyandırılıp rızasının alınması akla uygun değildir. Bir mesleğin icrası veya görevin yerine getirilmesi bu bakımdan yeterli olmayabilir. Zira hastanın rızasının olmadığı bir yerde istisnalar dışında doktorun görev ve yetkisinden bahsedilemez. Ayrıca varsayılan rıza sadece yaşamsal tehlikenin bulunduğu durumlarda değil, hastanın beden veya ruhsal bütünlüğüne yönelik büyük tehlikeler söz konusu olduğu durumlarda da kabul edilmelidir⁶⁵⁷.

Bayraktar, bu gibi durumlarda, müdahalede bulunan hekimin hareketinin hukuka uygunluğunu, hakkın icrası hukuka uygunluk nedenine dayandırmaktadır⁶⁵⁸.

Ünver ise tıbbi müdahaleler bakımından önemli olanın hastanın iradesi olduğunu belirtmektedir. Müdahaleyi yarıda kesmek ya da müdahale esnasında yeni ortaya çıkan veya öğrenilen durumlarda, müdahalede bulunmamak, hastanın yaşamı veya vücudu bakımından önemli tehlike veya zarara neden olacaksa, müdahaleyi yarıda kesmeden müdahalenin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. *Yazar'a* göre, söz konusu müdahalelerin meşruluğunu açıklamak için üçüncü kişi lehine ıztırrar hali (hukuka uygunluk nedeni olarak)⁶⁵⁹ ve/veya hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanılması gerekir⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 386-387; Özgenç, İ. (2007). *a.g.m.*, s. 2180-2184.

⁶⁵⁷ *Yazar* muhtemel rıza ile varsayılan rıza kavramlarının farklı olduğunu belirtmektedir. Alman hukukunda varsayılan rızanın yanı sıra yeni bir kavram olarak “muhtemel rıza” kavramı ortaya atılmıştır. Buna göre, hasta tıbbi müdahale konusunda aydınlatılırken, eksik ya da yanlış aydınlatılmasına rağmen geçerli bir aydınlatma yapılmış olsaydı müdahaleye rıza gösterecekse muhtemel rızadan bahsedilir (Hakeri, *Tip Hukuku*, s. 416-417, 436). *Yazar'ın* muhtemel rıza olarak ifade ettiği bu durumu hipotetik rıza ile ilgili açıklamalarda bulunurken ele alacağız.

⁶⁵⁸ Bayraktar, K. (1972). *a.g.e.*, s. 142.

⁶⁵⁹ Ünver, Y. (1998). *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 195.

⁶⁶⁰ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 246, 251.

Kanaatimizce varsayılan rıza kavramı, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılabilir bir kavram değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi pozitif hukukta varsayım dayanan bir değerlendirme hukuki olmaktan uzaktır. Kanuni bir dayanağı olmayan “varsayılan rıza” kavramı ile kişilerin ceza sorumluluklarının ortadan kalkacağını söylemek sorunludur. Ayrıca, intihar girişiminde bulunmuş ve henüz ölmeden hastaneye ulaştırılmış bilinci kapalı veya baygın bir hastanın, hekimin onu hayatta tutmak için gerçekleştireceği tıbbi müdahalelere rıza göstermeyeceği açıktır. Bu durumda hekimin, bu kişinin rızasının olduğunu varsayması da mümkün olmayacaktır. Sırf bu nedenle hekimin, ölmek üzere olan bir hastaya müdahale etmemesi düşünülemez. Her ne kadar kendisi neden olmuşsa da, tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan bir kişinin iyileştirilmesi için gerekli müdahalelerde bulunmakla yükümlü olan hekim, bu yükümlülüğün sonucu olarak, görevin yerine getirilmesi dolayısı ile müdahalesi hukuka uygun olacaktır. Aksi bir tutum halinde, hekimin cezai sorumluluğu doğacaktır.

İlgili kişinin rızasının alınmasının mümkün olduğu durumlarda, onun gerçek iradesine ulaşmanın yolları aranmalıdır. Örneğin, bayılmış olan bir hastanın sağlığı bakımından herhangi bir zarar meydana gelmeden uyanması beklenebiliyorsa, hekim bu kişinin rızasını almadan tıbbi müdahalede bulunmamalıdır. Aynı şekilde rızası doğrultusunda ameliyata alınan bir kişinin, ameliyat esnasında, rızasının kapsamına girmeyen yeni bir tıbbi müdahaleyi gerektiren hastalığı tespit edilmiş olabilir. Bu durumda söz konusu tıbbi müdahalenin derhal gerçekleştirilmemesi durumunda hastada kalıcı bir hasar meydana gelmeyecek ya da hayatını kaybetmesine neden olacak bir durum ortaya çıkmayacak ise hastanın bu müdahaleye ayrıca rıza göstermesi aranmalıdır. Aksi durumda müdahalede bulunan kişilerin sorumlulukları gündeme gelecektir.

Rızanın alınamaması durumunu, hastanın rıza vermeye muktedir olmaması şeklinde anlamak gerekir. Müdahaleye rıza gösterdiğini açık bir biçimde ifade edemeyen, buna karşılık rıza iradesini ifadenin yerini tutan davranışlarla dışarı vurabilen bir hasta, bu kapsamda değerlendirilemez. Bu tip bir durum ile karşı karşıya kalan hekim, yardımcı kişiler vasıtasıyla hastasının anlayabileceği tarzda ona yönelik açıklamalarda bulunmalı ve onun gerçekleştirdiği hareket ve davranışlarla müdahaleye rıza verdiği konusunda yeterli kanaate ulaştıktan sonra bu müdahaleyi gerçekleştirmelidir. Örneğin, sağır dilsiz ya da felç olması nedeniyle ifade gücü bulunmayan, buna karşılık kendisine uygulanacak tedavi hakkında olumlu ya da olumsuz bir irade ortaya koyabilecek yeterlilikte olan bir hastaya müdahalede

bulunulması söz konusu olduğunda, doğrudan doğruya rıza şartının aranmayacağını söylemek mümkün değildir⁶⁶¹.

Çocukların ve Kısıtlıların Durumu

Çocuklara uygulanan tıbbi müdahaleler bakımından rıza özellik arz etmektedir. Tıbbi tedavi uygulanacak kişi reşit değilse, rızanın ne şekilde ve kim tarafından gösterileceği tartışmalı bir husustur. Hem yasal temsilci hem de tedavi uygulanacak çocuk müdahaleye rıza göstermiş ise sorun yoktur.

Çocuk ayırt etme gücüne sahip olmayıp irade açıklayabilme yetisine sahip değilse, işlem yasal temsilcinin iradesi doğrultusunda icra edilecektir. Burada ortaya çıkabilecek sorun, ortak velayet durumunda, rızanın kim tarafından verileceği ile ilgili olabilir. Sadece annenin ya da sadece babanın çocuğa yapılan müdahaleye rıza göstermesi, yeterli sayılmalıdır. Diğerinin arzusuna aykırı hareket edildiğine ilişkin bir işaret bulunmuyorsa bu durum kabul edilebilir. Ancak, özellikle ağır bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda, hem anneden hem de babadan rıza alınması gerekir. Örneğin, tıbbi bir müdahale kapsamında çocuğun kolunun kesilmesi gerekiyorsa, anne ve babanın her ikisine de danışılmalı, aydınlatılmalı ve rızaları alınmalıdır⁶⁶². Bu noktada, somut olayda uygulanan müdahale bakımından bir değerlendirme yapılması gerekir.

Ayrıca, çocuğun doğrudan yararına hizmet etmeyen bir müdahalenin, sırf yasal temsilcisi muvafakat verdi diye uygulanması söz konusu değildir. Çocuğun yararına hizmet etmeyen tıbbi bir müdahale, yasal temsilcisi rıza gösterdi diye icra edilemez. Bu husus Biyotıp Sözleşmesi m. 6 hükmü ile de belirtilmiştir⁶⁶³. Madde hükmüne göre “*muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.*”

Asıl sorun, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Yasal temsilcinin rızasıyla, fakat ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün iradesine aykırı olarak ya da tam tersine ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasıyla, fakat yasal temsilcinin iradesine aykırı olarak, bu kişiye müdahalede bulunup bulunulamayacağı hususları

⁶⁶¹ Özbilen, A.B. (2013). *a.g.m.*, s. 105.

⁶⁶² Rosenau, H. (2006). *a.g.t.*, s. 53.

⁶⁶³ Benzer düzenlemeye, çocuğun bakım ve eğitimi bakımından, TMK m. 339/1 hükmünde yer verilmiştir. Tıbbi müdahaleler çocuğun bakımı kapsamında değerlendirilir. Anılan düzenleme şu şekildedir: “*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.*”

sorunludur. Ayırt etme gücüne sahip çocuğa yapılacak tıbbi müdahaleye rızanın kim tarafından gösterileceği öğretilerde tartışmalıdır. Bu konuda öğretilerdeki görüşleri üçe ayırmak mümkündür.

Bir görüş, tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasını şart koşturmakla beraber, ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir görüş ise yasal temsilcinin ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını birlikte aranması gerektiğini savunmaktadır. Son görüş ise ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını tek başına yeterli saymaktadır⁶⁶⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK m. 16/1 hükmüne göre⁶⁶⁵, ayırt etme gücüne sahip küçükler, karşılıksız kazanmalar ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar hariç olmak üzere, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Bu maddeden çıkan sonuçlardan biri, ayırt etme gücüne sahip olan çocukların, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını, bizzat kendilerinin kullanmaları gerektiğidir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki de borçlandırıcı bir hukuki işlem olup, bununla küçük hekime ücret ödeme borcu altına girmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün bu sözleşmeyi (kendi ad ve hesabına) yapabilmesi için yasal temsilcinin (izin veya icazet şeklinde) rızasına ihtiyacı vardır (TMK m. 16). Aksi takdirde yapılan sözleşme geçersiz olacaktır. Bu durumda, özel hukuk sözleşmesi çocuk ile birlikte hekime başvuran anne ve/veya baba ile hekim arasında kurulmaktadır.

Ancak, konunun giriş kısmında da belirttiğimiz gibi tıbbi müdahalelerde, sözleşmeye dayanan ilişki ile bu sözleşme dolayısıyla hastanın kişilik değerlerine müdahale anlamına gelen tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren rıza konusu birbirinden farklıdır. Anne ve baba ile hekim arasında kurulan özel hukuk sözleşmesi, hekime tıbbi müdahale için sınırsız bir yetki vermemektedir. Bu nedenle her bir tıbbi müdahale bakımından rızanın varlığının ayrıca araştırılması gerekir⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Görüşler ve ayrıntılı açıklamaları için bkz. Şenocak, Z. (2001). *a.g.m.*, s. 73 vd.; Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 114-117.

⁶⁶⁵ TMK m. 16 hükmü şu şekildedir:

“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”

⁶⁶⁶ Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin fiil ehliyetlerinin olmaması sebebiyle, tıbbi müdahalelerde yasal temsilcisinin rızasının mutlak surette aranması yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir (Boran, B. [2007]. *“Aydınlatılmış Rıza”*. *Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara Barosu yayınları: Ankara, s. 90).

TMK m. 16/1 hükmü, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat kullanabileceğini öngörmektedir. Beden bütünlüğü ihlali niteliğinde olan fiillere rıza gösterme, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan biridir.

Kanaatimizce, ayırt etme gücüne sahip küçüğe tıbbi müdahalede rızanın kim tarafından verileceği hususu değerlendirilirken, tıbbi müdahalenin özelliği ve önemi ile çocuğun bu müdahalenin sonuçlarını algılayıp algılayamadığı hususları dikkate alınmalıdır⁶⁶⁷. Burada ayırt etme gücüne sahip küçüğün karar verme özgürlüğü ve sınırlı ehliyetsizi koruma ihtiyacı arasında bir denge kurulması gerekir. Çocuk somut olaydaki tıbbi müdahalenin önemi ve kapsamını değerlendirebilmek için gerekli ruhsal ve ahlaki olgunluğa⁶⁶⁸ sahip ise çocuğun iradesine öncelik tanınmalı, onun istekleri doğrultusunda tedavi yürütülmelidir⁶⁶⁹. Aksi takdirde yasal temsilcinin iradesine öncelik tanınmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken çocuğun yaşı ile ruhsal gelişimi dikkate alınmalıdır. Bunun yanında, tıbbi müdahaleyi gerektiren durumun ağırlığı ve önemi ile müdahalenin ağırlığının ve muhtemel sonuçlarının da dikkate alınması gerekir⁶⁷⁰. Burada yapılan değerlendirme ceza hukukundaki kusur yeteneği ya da özel hukuktaki fiil ehliyetine ilişkin bir değerlendirme değildir.

Ayrıca kanun, belli tıbbi müdahaleler bakımından, çocuğun ve yasal temsilcisinin rızasını birlikte aramış olabilir. Örneğin, NPHK m. 6 gereği, gebeliğin sonlandırılması için

⁶⁶⁷ Rosenau, H. (2006). *a.g.t.*, s. 50.

⁶⁶⁸ Bu görüş Alman hukukunda “doğal olgunluk” olarak ifade edilmektedir. Bu teoriye göre, rıza açıklama ehliyeti hukuk dışı doğal bir olgudur. Rıza ehliyetini tespit etmek için sosyolojik, psikolojik ve biyolojik bir takım ölçütlerin kullanılması gerekir. Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sırma, Ö., Saygılar Kırıt, Y.F. ve Özyayın, Ö. (2013). *“Türk, Alman ve İtalyan Ceza Hukuklarında Sünnet”*. *Fasikül Hukuk Dergisi*, 5(44), s. 19. Amerikan hukukunda bu durumun “mature minor” şeklinde ifade edilen “olgun küçük” prensibi ile açıklandığına, İngiliz hukukunda ise “rule of sevens”, “yedi yaş kuralı” ile yedi yaşın altındaki küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusunda ehliyetli olmadıkları, yedi on dört yaş arası küçüklerin karine gereği rıza gösterme ehliyetleri olmadığı, on dört yaşın üstündeki küçüklerin ise karine gereği rıza gösterme konusunda ehliyetli olduklarına dair Durgun, Ç. (2013). *a.g.m.*, s. 497.

⁶⁶⁹ Benzer değerlendirmeler için bkz. Rosenau, H. (2006). *a.g.t.*, s. 50-52; Tag, B. (2006). *a.g.t.*, s. 202. Hukuken geçerli bir rıza gösterme ehliyetinin varlığı açısından, her somut durum bakımından ayrı değerlendirme yapılması gerektiğine dair Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 248, 259; Yıldız, P. (2015, 6-7 Kasım). *a.g.t.*, s. 70-72; Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 154. Çocuklar bakımından mutlak ve koşulsuz bir yaş sınırı belirlemenin mümkün olmadığına dair Boran, B. (2007). *a.g.t.*, s. 87. Biyotıp Sözleşmesi m. 6/2 hükmü de, tıbbi müdahalelerde küçüğün kararının, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artarak göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Paralel bir düzenleme TMK m. 339/3 hükmünde de mevcuttur. Hükme göre; “Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar”.

⁶⁷⁰ Bu konuda 1989 tarihli BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddesi dikkat çekicidir. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınlar.”

küçüğün rızası ile velisinin izni birlikte aranmaktadır. Bu tip durumlarda, çocuğun algılama yeteneği gelişmiş dahi olsa, müdahale için yasal temsilcisinin rızasının varlığı aranmalıdır.

Çocuklarda olduğu gibi kısıtlılar bakımından da tıbbi müdahalelere rıza hususu özellik arz etmektedir. Kısıtlılık, TMK hükümlerine göre düzenlenmiş bir kurumdur. TMK m. 405 vd. hükümleri çeşitli kısıtlılık nedenleri öngörmüştür. Bu nedenler şu şekilde sıralanabilir:

- Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK m. 405),
- Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (TMK m. 406),
- Özgürlüğü bağlayıcı ceza (TMK m. 407),
- İstek üzerine (TMK m. 408).

Kısıtlılar, bu nedenlere dayanarak kısıtlanarak kendilerine yasal temsilci atanmış olan kişilerdir. Belirtilen nedenlerden de anlaşılacağı üzere kısıtlı kişi ayırt etme gücüne sahip olabileceği gibi, ayırt etme gücünden yoksun da olabilir. Çocuklarda olduğu gibi, kısıtlıların tıbbi müdahaleye rıza göstermeleri bakımından da ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları önem taşımaktadır.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından yukarıda yapmış olduğumuz değerlendirmeler, ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar bakımından da geçerlidir. Zira TMK m. 16 hükmü kısıtlıları da kapsamaktadır ve kısıtlıların da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanmaları gerekir.

Ayırt etme gücünden yoksun olan kısıtlılar ise kendilerine uygulanacak olan müdahalenin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda değildirler. Bu nedenlerle kendileri bizzat geçerli bir rıza açıklama yetisine sahip değildir. Bu nedenle tıbbi müdahaleler bakımından yasal temsilcilerinin rızası alınacaktır. Bu husus Biyotıp Sözleşmesi m. 6/3 hükmü ile de düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.”

Benzer düzenleme mevzuatımızda da vardır. 1219 sayılı TŞSTİDK m. 70 hükmüne göre, “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar*”.

Burada rıza gösterme hususunda bir yetkinin ya da hakkın devredilmesi değil⁶⁷¹, kişilerin üstün nitelikteki özel yararlarının söz konusu olduğu durumların kanunla koruma altına alınması söz konusudur. Yani burada yasal temsilci, temsil ettiği kişi adına rıza açıklamamaktadır. Aksine kanunun verdiği yetkiye dayanarak, kendi adına rıza açıklamaktadır⁶⁷². Bu gibi durumlarda fiilin hukuka uygun olmasını sağlayan neden rıza değil, kanunun hükmünün icrasıdır.

Rızanın yasal temsilcisi tarafından açıklandığı durumlarda, bu kişilerin aydınlatılması gerekir⁶⁷³. Ayırt etme gücünden tamamen yoksun olan ya da ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte, somut olayda uygulanması söz konusu olan tıbbi müdahale gerektiren durumun ağırlığını ve önemini, müdahalenin ağırlığını ve muhtemel sonuçlarını bilmeyen bir hastanın içinde bulunduğu durum müdahaleyi zorunlu kılmasına rağmen, hastanın kanuni temsilcisi müdahaleye rıza göstermiyorsa, TMK hükümleri uyarınca hâkimin müdahalesi talep edilecek ve rızanın hâkim kararıyla verilmesi mümkün olacaktır⁶⁷⁴. Daha doğru ifade ile hâkim kararı rızanın yerini alacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği de bu düzenlemeye paralel düzenlemeler içermektedir. HHY m. 24/4 gereği “*kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır*”.

TMK m. 346 çocuklarla ilgili önlem alınabileceğini öngörmekte iken, TMK m. 487 vesayet altında bulunan kişiler bakımından gerekli tedbirlerin mahkeme tarafından alınacağını öngörmüştür⁶⁷⁵. Ancak, derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati

⁶⁷¹ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 85.

⁶⁷² Oktay Özdemir, S. (2010). *a.g.m.*, s. 1324, 1348.

⁶⁷³ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 70.

⁶⁷⁴ Boran, B. (2007). *a.g.t.*, s. 91; Bayraktar, K. (1972). *a.g.e.*, s. 134-135.

⁶⁷⁵ TMK m. 346 hükmü şu şekildedir:

“*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*”

TMK m. 487 hükmü ise şu şekildedir:

“*Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.*”

organlardan birisini tehdit eden acil hallerde, durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli tıbbi müdahalenin derhal uygulanması mümkündür. Zira böyle bir durumda mahkeme kararının beklenmesi telafisi mümkün olmayan kötü sonuçlara neden olabilecektir. Bu müdahaleden dolayı, hekimin fiili görevin ifası (HHY m. 24/7) nedeniyle hukuka uygun hale gelecektir⁶⁷⁶.

Görüldüğü gibi çocuğun ve kısıtlının üstün yararı söz konusu olduğu durumlarda, yasal temsilcisinin iradesi ikinci planda kalmaktadır. Örneğin, dini inançları gereği, çocuklarına uygulanması gereken tıbbi bir müdahaleye rıza göstermeyen ebeveynin iradesine hukuken değer atfetmek mümkün değildir⁶⁷⁷.

Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlalinin Sonuçları

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi, rızanın geçerliliğini ortadan kaldıracaktır. Zira tıbbi müdahalelerde rızanın özgür iradenin ürünü olması, ancak kişinin bu konuda aydınlatılması ile mümkün olur. Rızanın geçersiz olmasının ceza hukuku ve özel hukuk alanında sonuçları olacaktır. Bununla birlikte bu tip ihlallerin, kamu görevi icra eden sağlık çalışanları bakımından idari yaptırımları⁶⁷⁸ da olacaktır.

Ceza hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususu tartışmalıdır. Zira aydınlatma yükümlülüğü, ceza hukuku normları ile getirilmiş bir yükümlülük değildir.

Bir görüş, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda rızanın geçersiz hale geleceğini, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olan aydınlatılmış rızanın alınmadığı durumlarda ise müdahalede bulunan kişinin kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Kişinin müdahale sonucunda iyileşip iyileşmemesi önemli değildir⁶⁷⁹. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı mutlak bir haktır ve buna saygı gösterilmesi gerekir. Hastanın tedaviye rıza göstermemesi hekimin müdahalesini hukuka aykırı hale getirir⁶⁸⁰. Örneğin, aydınlatma yapılmaksızın rızasıyla

⁶⁷⁶ Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 157; Bayraktar, K. (1972). *a.g.e.*, s. 134-135; Bu tip bir durumda üçüncü kişi lehine zorunluluk hali (TCK m. 25/2) söz konusu olacağına dair Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 356.

⁶⁷⁷ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 139.

⁶⁷⁸ Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği m. 4/s bu konuda idari para cezası öngörmektedir. Madde metninde, “Hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunmak” idari para cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmaktadır.

⁶⁷⁹ Oehler, W. (2009). *a.g.t.*, s. 22; Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 140; s. 238; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 319.

⁶⁸⁰ Nuhoğlu, A. (2008, 28 Şubat - 1 Mart 2008). “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları” *V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 48-49.

cerrahi bir müdahalede bulunulan hasta iyileşmiş olsa da, rızası hilafına kişiye neşter vurulmasıyla kasten yaralama suçu tamamlanmış olacaktır.

Hakeri, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali durumlarında hekimi kasten yaralama suçundan sorumlu tutmanın, kanunilik ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesini ihlal edebileceğini ileri sürmektedir. *Yazar'a* göre, bugün hiç bir hukukçu veya hekim mahkemelerin hangi risklerin hastaya söylenmesini gerekli göreceğini önceden bilemeyecektir. Bu nedenle aydınlatma eksikliği nedeniyle, ceza hukuku araçlarının kullanılması kanunilik ilkesine aykırı olabilecektir⁶⁸¹.

Bu görüşe iştirak etmek mümkün değildir. Söz konusu endişeleri gidermenin yolu aydınlatma yükümlülüğünü yok saymak, geçersiz olan bir rızaya dayanan fiilleri hukuka uygun kabul etmek değildir. Anılan endişeler, TCK'nin hata hükümlerinin uygulanması ile giderilecektir. Zira hekim, somut olayda yanlış değerlendirmede bulunmuş, söz konusu tıbbi müdahalede bulunması için kişinin aydınlatılmasına gerek olmadığını, hatta bazı durumlarda rızasının dahi alınmasına gerek olmadığını düşünmüş olabilir.

Hekim, aydınlatma yükümlülüğü konusunda hataya düşmüş olabilir. Hekim hastanın rızasını almakla birlikte, aydınlatma yükümlülüğünün olduğunu bilmiyor olabilir. Ya da hekim hastayı yeterince aydınlatmamasına rağmen gerekli ve yeterli bir şekilde aydınlatma yaptığını düşünüyor olabilir. Bu durumlarda hekim, geçerli bir rıza kapsamında hareket ettiğini düşünmektedir. Buna rağmen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle geçerli bir rıza söz konusu değildir. Bu tip bir durumda ceza hukuku sorumluluğu, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) hükümlerine göre belirlenecektir⁶⁸². Hekimin düştüğü bu hatanın kaçınılmaz olması halinde, kastı ortadan kalkacak, ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır⁶⁸³. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise hekim taksirle yaralamadan sorumlu tutulabilecektir⁶⁸⁴.

Hekimlik mesleği, uzmanlık gerektiren bir meslek olması sebebiyle, bu çeşit bir hata hali istisnai durumlarda kaçınılmaz kabul edilebilir. Genel olarak, hekimin tıbbi müdahale esnasında hastanın aydınlatılmış rızasına gerek olmadığını düşünmesi kaçınılmaz bir hata olarak değerlendirilemez. Ancak istisnai durumlarda somut olayın özelliğine göre hareket

⁶⁸¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 974-975.

⁶⁸² Hakeri, H. (2008, 28 Şubat-1 Mart). *a.g.t.*, s. 924.

⁶⁸³ Hakeri, H. (2008, 28 Şubat-1 Mart). *a.g.t.*, s. 922.

⁶⁸⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 473.

etmek gerekir. Burada en adil çözümlü, somut olayın şartlarında göre hâkimin belirlemesi gerekir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali durumunda ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesine yönelik bir diğler görüş ise teşhis ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin, sadece kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi sebebiyle kasten yaralama suçunun oluşmasına neden olmayacağı yönündedir⁶⁸⁵. Aydınlatılmamış rızaya dayanan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacak ve sorumluluk gerektirecektir. Ancak, bu gibi hallerde ilgilinin aydınlatılmış onamını almamaya bağlanmış olan yaptırımın 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinde olan idari para cezasıdır⁶⁸⁶. Rıza hilafına gerçekleştirilmiş olmasına rağmen hekimin tıbbi müdahalede bulunurken yaralama amacıyla hareket etmemesi ve ilgili haksızlığın mevzuatta başka bir yaptırımla (1219 sayılı Kanunun 70. maddesi) karşılanmış olması sebebiyle, kasten yaralama suçundan sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁶⁸⁷.

Buna benzer diğler bir görüş ise kişinin rızası olmadığı için hukuka aykırı hale gelen tıbbi müdahalenin kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu tip hukuka aykırı tıbbi müdahaleler için özel ceza kanunlarında özel suç tiplerine yer verilmelidir. Bu değerlendirmeler teşhis ve tedavi amacı ile yapılan tıbbi müdahaleler için geçerlidir. Örneğin, teşhis ve tedavi amacı olmadan, kişinin vücudundan rızası hilafına kan alınması durumunda, kasten yaralama suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir⁶⁸⁸.

Alman öğretisinde bir görüşe göre, tıbbi bir müdahale şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinden ve sonucun başarılı olup olmamasından bağımsız olarak kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturur. Tipik fiilin hukuka uygun olması için ise ilgili kişinin rızası gerekir; rıza alınmadan gerçekleştirilen tıbbi müdahale, her halde kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁸⁹.

Bunun yanında diğler bir görüş ise hastanın sağlığının düzeltilmesi için gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin, kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturmayacağı yönündedir. Zira

⁶⁸⁵ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 214-215.

⁶⁸⁶ Üzülmez, İ. (2011, 23-24 Eylül). *a.g.t.*, s. 267-268

⁶⁸⁷ Üzülmez, İ. (2013). *a.g.m.*, s. 33-34.

⁶⁸⁸ Özgenç, İ. (2007). *a.g.m.*, s. 2188.

⁶⁸⁹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 211-212; Bayraktar/Keskin Kızıroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Yaralama), s. 142-143.

tipik bir yaralama sağlığın düzeltilmesinden ziyade, kişinin sağlığının bozulmasına ve vücut tamlığının ihlal edilmesine yönelik olmalıdır. Buna göre tıbbi müdahaleler başarılı ve başarısız tıbbi müdahaleler şeklinde bir ayrıma tutulmalı, gerçekleştirilen tıbbi müdahale bir bütün halinde değerlendirildiğinde hasta bakımından olumlu bir sonuç ortaya koymuş ise tipik bir yaralama fiilinin olmadığı kabul edilmelidir. Tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlanmışsa, müdahale rızayla örtüştüğü ölçüde hukuka uygun sayılmalıdır⁶⁹⁰.

Türk ceza hukuku sistemimiz bakımından bu görüş kabul edilebilir değerdir. Zira kasten yaralama suçunu düzenleyen TCK m. 86 hükmüne göre, “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi*” cezalandırılacaktır. Başkasının vücuduna acı verilmesi, sağlığın bozulmasına neden olunması veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olunması durumunda, tipiklik gerçekleşmiş olur. Hangi amaçla yapılırsa yapılsın, tıbbi bir müdahalenin hastanın vücuduna acı vereceği ya da algılama yeteneğini bozacağı muhakkaktır. Müdahalenin gerçekleştirilmesindeki amaç ya da müdahale sonucu hastanın sağlığı bakımından ortaya çıkacak durum, tipiklik bakımından bir fonksiyon icra etmez.

Alman ceza kanunda yaralamaya ilişkin tipik fiil daha farklı tanımlanmıştır. Yaralama suçunu düzenleyen Alm. CK m. 223 hükmüne gre⁶⁹¹, “*başka bir kişiye bedenene kötü muamelede bulunan veya sağlığını bozan kişi*” cezalandırılacaktır. Alman kanun koyucu, yaralama suçu bakımından, bedenene kötü muamelede bulunma veya sağlığın bozulmasını tipiklik kapsamında ele almıştır. Tıbbi müdahalenin bedenene kötü muamele olmadığı açıktır. Müdahale sonucunda hastanın sağlığı bozulmamışsa, yaralama suçunun tipikliğinin oluşmadığını söylemek mümkündür.

Hekimin iyileştirme amacıyla hareket etmesi ne fiilin tipikliğinin oluşması bakımından ne de suçun manevi unsuru olan kastın belirlenmesi bakımından bir fonksiyon icra etmez. Türk hukukundaki mevcut hukuki düzenlemeler dikkate alındığında, aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle geçersiz rıza doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler bakımından, hekimin fiilinin kasten yaralama suçunu oluşturmayacağını söylemek mümkün değerdir. Ancak, bu fiillere uyan özel bir ceza hukuku düzenlemesi yapılması durumunda, özel norm-genel norm ilişkisi dikkate alınarak hekimin kasten

⁶⁹⁰ Koca/zlmez, *Genel Hükümler*, s. 211-212; Bayraktar/Keskin Kiziroğlu, *zel Ceza Hukuku Cilt II* (Kasten Yaralama), s. 142-143.

⁶⁹¹ Yenisey/Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch STGB*, s. 332.

yaralama suçundan sorumlu olmayacağı söylenebilir. Aksi takdire, aydınlatma yükümlülüğünün varlığını devam ettirdiği durumlarda, geçersiz rızası doğrultusunda hastaya her ne sebeple olursa olsun müdahale eden hekim, kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Zira rıza kasten yaralama suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Geçerli bir rıza olmadığı durumda ise fiil hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir.

Hastanın rızasının alınması gerektiği durumlarda, rızasını almadan tıbbi müdahalede bulunanlar hakkında özel bir suç tipi bulunmamakla birlikte, bazı özel yasalarda idari yaptırımlar öngörülmüştür. Örneğin, yukarıda da belirttiğimiz gibi TŞSTİDK 70. maddesi⁶⁹² rıza alınmadan tıbbi müdahalede bulunulması durumunda, ilgili kişilere iki yüz elli Türk Lirası idari para cezası verileceğini öngörmüştür. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi de rızanın gerektiği gibi alınmadığını gösterir. Uygulanan idari para cezası ceza hukuku sorumluluğuna etki etmez. Bir fiil ile ilgili idari bir yaptırımın öngörülmüş olması ceza hukuku sorumluluğuna etki eden bir husus değildir⁶⁹³.

Aydınlatılmış rızanın yokluğu sadece idare hukuku ve ceza hukuku alanında değil, özel hukuk alanında sonuçları⁶⁹⁴ olan bir durumdur. Hasta ile hekim arasındaki ilişki özel hukuk anlamında vekâlet ilişkisi olup⁶⁹⁵, borçlar kanunu hükümlerine tabiidir. Aydınlatılmış rızanın hukuksal dayanağı tüm vekâlet sözleşmelerine hitap eden bir özelliğe sahiptir. Hekim-hasta arasında akdedilen vekâlet sözleşmesi ve bu akitten kaynaklanan özenle ve basiretli bir vekil gibi hareket etme borcu kapsamında, hekim hastasını bilgilendirme yükümlülüğü altındadır. Vekil (hekim), vekil edenin (hastanın) sağlıklı karar alabilmesi için uygun zemini hazırlar; onu teşhis ve tedavi, riskler, vs. hakkında bilgilendirir, aydınlatır. Bu konuda karar verme yetkisini artık iradesi ve rızası aydınlanmış olan vekil edene bırakır. Verilecek karar kişinin kendi tasarrufundadır. Diğer yandan özel hukukta yani tazminat davalarında zarardan bahsedilmek için kişinin malvarlığında maddi açıdan bir eksilme veya azalma meydana gelmelidir. Bu sebeple aydınlatılmış rıza alınmadan yapılan müdahale

⁶⁹² 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önce aydınlatma yükümlülüğünün ihlali suç olarak düzenlenmişti. Kabahat suç ayrımının benimsenmesi ile birlikte 3.1.2008 tarihli 5728 sayılı kanunun 38. maddesi ile yapılan değişiklikle aydınlatma yükümlülüğünün ihlali kabahat olarak düzenlenmiştir.

⁶⁹³ Bununla birlikte aynı fiilin hem suç hem kabahat oluşturması halinde, KK m. 15/3 hükmü gereği, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacaktır.

⁶⁹⁴ Aydınlatma yükümlülüğü ihlalinin hukuki sonuçları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel, S. (2014). *a.g.m.*, s. 978 vd.

⁶⁹⁵ Aydın, Ö. (2013). "Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Kaldıran Nedenler". *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), s. 36.

neticesinde hasta iyileşmiş ise genel olarak maddi bir zarar söz konusu olmaz. Ancak hasta kişilik değerlerinin zarar gördüğünden bahisle manevi zarara uğradığını ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunabilir⁶⁹⁶.

Hastanın yeterince ya da hiç aydınlatılmadığı her durumda rızanın geçersiz olmayacağı ileri sürülmüştür. Buna göre, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali rızanın geçersizliği açısından nedensel ise ancak o zaman rızayı geçersiz kılacaktır. Hasta zaten kurallara uygun bir aydınlatma halinde de rıza gösterecek idiyse, nedensellik ilişkisi yoktur ve hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelmez. “Hasta gerekli şekilde aydınlatılsa dahi rıza gösterir miydi?” sorusunda karşılaşılabilecek her şüphe, hekimin lehine yorumlanmalı ve rıza geçerli kabul edilmelidir. Bu şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bir sonucudur⁶⁹⁷.

Bu husus “*hipotetik rıza*” kavramıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Hipotetik rıza, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle hastanın tıbbi müdahaleye yönelik rızasının geçerli olmadığı, ancak yeterli derecede aydınlatılsa idi, tıbbi müdahaleye aynı şekilde rıza gösterebileceği, böylece rızanın geçerli olabileceği durumlarda söz konusu olmaktadır⁶⁹⁸. Hipotetik rızada, kurallara uygun bir bilgilendirme olmadan hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığının, usulüne uygun bir bilgilendirmenin (aydınlatmanın) yapılmış olması halinde de hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstereceği sonucuna varıldığı takdirde, ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Hekim hastayı kurallara uygun olarak aydınlatmış olsa dahi, hasta tıbbi müdahaleye rıza göstermeyeceği sonucuna ulaşıyorsa, hekim yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı ilgili suçlardan sorumlu olacaktır⁶⁹⁹.

Hipotetik rıza ile varsayılan rıza kavramları birbirlerine karıştırılmamalıdır. Varsayılan rızada ilgili rıza veremeyecek durumda olduğundan dolayı, ortada bir rıza yoktur. Hipotetik rızada ise rıza bulunmakla birlikte aydınlatılmış bir iradeye dayanmamaktadır. Ancak, ilgili yeterli derecede aydınlatılsaydı dahi iradesi aynı yönde tezahür edebileceği söylenebiliyorsa hipotetik rızadan bahsedilir.

⁶⁹⁶ Şimşek, U. (2015). *a.g.m.*, s. 3544-3555.

⁶⁹⁷ Hakeri, H. (2015, 6-7 Kasım). *a.g.t.*, s. 32; Alman Federal Mahkemesi aydınlatma yükümlülüğünün ihlali edilmesinin her durumda rızanın geçersizliğine neden olmayacağını, hastanın gerektiği biçimde aydınlatılması bu müdahaleye rıza göstereceği ve olayın aynı şekilde gerçekleşecek olduğuna ilişkin bilgilerin olması durumunda, rızanın geçerli kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Örnek karar için bkz. BGH NSTZ-RR 2004, s. 16 (aktaran Ünver, Y. [2009]. “*Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları*”. *Sağlık Hukuku Digestası*, 1[1]: Ankara Barosu Yayınları, s. 142-143)

⁶⁹⁸ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 245.

⁶⁹⁹ Kangal, Z.T. (2011). *a.g.m.*, s. 225-226; Jünemann, A. (2014). *a.g.m.*, s. 281.

Kimi yazarlar ise hipotetik rızayı varsayılan rızadan farklı olarak hukuka aykırılığı değil objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir neden olarak ele almaktadır. Buna göre, hipotetik rıza hukuka aykırılık aşamasından daha önce objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir neden olarak ele alınmalıdır⁷⁰⁰.

Tıbbi Veto (Tedaviyi Red) Hakkı

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi, başlangıçta göstermiş olduğu rızayı tedavi sırasında geri alması ya da hastanın tıbbi müdahaleye belirli kısıtlamalar koyarak rıza göstermesi durumlarında hastanın tedaviyi reddetme hakkı gündeme gelmektedir.

Tıbbi veto hakkı olarak ifade edilen tedaviyi ret hakkının üç görünümü vardır. Açıklamalarımızı bu üç ihtimali göz önünde bulundurarak yapacağız. Bunlar:

- Tedavi başlamadan önce, müdahalenin hasta tarafından reddedilmesi,
- Tedavinin sınırlarının hasta tarafından belirlenmesi,
- Tedavi için hasta tarafında önceden verilen rızanın, tedavi devam ederken geri alınması.

Tedavi başlamadan önce hasta tarafından reddedilmesi durumunda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarında olan aydınlatılmış rızanın eksik olması nedeniyle müdahale hukuka uygun olmayacaktır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bilgilendirilmiş bir rızanın varlığı şarttır. Rıza var ise geri alınmadığı müddetçe, rızaya dayalı fiil gerçekleştiği ilk andan itibaren hukuka uygundur. Fiil gerçekleştirilmeden önce veya gerçekleştirildiği sırada rıza yoksa sonradan verilen rıza önceki fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Rızada olduğu gibi tıbbi vetonun da geçerli kabul edilebilmesi için aydınlatılmış bir iradeye dayanması gerekir. Zira sağlık çalışanı tedavi uygulanması için hastayı bilgilendirdiği gibi hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda karşılaşılabilecek olasılıkları, bilimsel dayanakları ile hastanın anlayabileceği bir şekilde açıklamalıdır. Aksi durumda geçerli bir tıbbi vetodan söz edilemez.

Tedavinin sınırlarının hasta tarafından belirlenmesi durumunda, bu sınırlar kapsamında kalan müdahaleler hukuka uygun olacaktır. Verilen rızanın sınırlarını aşan müdahaleler ise rızanın bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olacaktır⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ Kangal, Z.T. (2011). *a.g.m.*, s. 226.

⁷⁰¹ Hakeri, *Tip Hukuku*, s. 663.

Tıbbi veto hakkı kapsamında ortaya çıkabilecek son ihtimal ise hasta tarafından verilen rızanın tedavi devam ederken geri alınması durumudur. Kural olarak müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için rızanın müdahalenin başından sonuna kadar varlığını devam ettirmesi gerekir. Yani hasta müdahale başladıktan sonra rızasını her zaman geri alabilir⁷⁰². Bu durumda hekim müdahaleye derhal son vermelidir. Bu kural, müdahaleye derhal son vermenin hasta bakımından hayati tehlike arz etmediği durumlar bakımından geçerli kabul edilmelidir. Örneğin, uygulanan bir ilaç tedavisi esnasında hastanın rızasını geri alması durumunda müdahaleye derhal son verilmesi yakın hayati tehlike ortaya çıkarmaz. Fakat cerrahi bir müdahale esnasında, rızanın geri alınması durumunda müdahaleye son verilmesi başlı başına hasta bakımından hayati bir tehlike oluşturacağından, müdahaleye derhal son vermek mümkün olmayacaktır.

Fiilin icrası rıza nedeniyle hukuka uygun başlamış ve fakat rıza fiil devam ettiği esnada geri alınmışsa, fiilin rıza geri alınmadan önceki kısmı hukuka uygunluğunu koruyacaktır. Bu durumda, fiilin rızanın geri alındığı andan itibaren icra edilmeye devam edilen kısmı hukuka aykırı hale gelecektir. Hekim, tıbbi veto hakkını kullanmış bir hastanın kararının tıp biliminin gereklerine aykırı olduğu iddiasıyla müdahaleyi gerçekleştiremez. Hekim, bu kişileri bilgilendirmeli, tedavinin yapılmaması veya yarıda kesilmesinin sonuçları ile ilgili hastayı aydınlatmalıdır.

Tedaviyi ret hakkı ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmektedir⁷⁰³. Bir görüşe göre tedaviyi ret hakkı henüz uygulanmaya başlanmamış müdahaleler bakımından mutlak kabul edilmelidir. Buna karşılık tedavinin sonradan kesilmesi ancak tıbbi yönden bir sakınca bulunmadığı durumlarda kabul edilmelidir. Diğer bir görüş ise tedaviyi ret hakkı ölümle sonuçlanma ihtimalinin bulunmadığı durumlar bakımından kabul edilmelidir.

Bu konuda bir diğer görüş ise kendi geleceğini belirleme hakkı gereği hasta hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın ve hiçbir zaman sınırlaması bulunmaksızın rızasını geri alabileceğini kabul etmektedir. Rızanın geri alınması, ancak fiilin eski hale getirilmemesinin mümkün olmadığı bir durumda kabul edilmeyebilir. Örneğin, apandeksi alınan bir hastanın, rızasını geri almasının pratik bir anlamı olmayacaktır⁷⁰⁴.

⁷⁰² Arat, A. (2006). *a.g.m.*, s. 235; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 439.

⁷⁰³ Görüşler için bkz. Aynı yönde Erman, B. (2010). *a.g.m.*, s. 32.

⁷⁰⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 440.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tedaviyi kabul etmeyen bir hasta karşısında, sağlık çalışanının müdahalede bulunmaması, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecektir⁷⁰⁵. Buna karşılık, hasta tedaviyi reddetmesine rağmen, hastaya müdahalede bulunan ya da müdahaleyi sonlandırmayan sağlık çalışanının gerçekleştirdiği tipik fiillerden dolayı ceza hukuku sorumluluğu ortaya çıkacaktır⁷⁰⁶. Kendi geleceğini belirleme hakkının sonucu olarak, hastanın rızası ile başlamış olan bir müdahaleye, hasta tarafından açıkça karşı çıkılması durumunda, müdahalenin sonlandırılması gerekir. Cari hukuk düzeni, hastanın açık talebine rağmen tedavide bulunma hakkı ve yetkisi öngörmediğinden, hekim hastanın iradesine göre hareket etmek zorundadır. Bu durumda, hekimin garantörlük durumu da söz konusu olmaz. Zira hastanın müdahaleye karşı çıkması garantörlük durumunu ortadan kaldırır⁷⁰⁷. Hekim aklen sağlıklı, bilinci kapalı olmayan bir kişinin tedaviyi reddetmesi karşısında, zorla müdahalede bulunamaz⁷⁰⁸. Tıbbi müdahaleye rıza göstermeyen hastaya zorla tedavi uygulamak insan onuruyla da bağdaşmaz⁷⁰⁹. Kaldı ki böyle bir müdahalenin beklenen sonucu vermesi de çok zordur.

Rıza hilafına uygulanan tıbbi müdahalelerin görevin yerine getirilmesi nedeni ile hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira hekimin mesleğini yerine getirme görevinin söz konusu olabilmesi için öncelikle hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekir. Hekimin bilinci yerinde olan ve iradesini açıklayabilecek bir durumda olan hastaya, kendiliğinden müdahale yetkisi bulunmamaktadır. Kendi geleceğini belirlemenin ifadesi olan bireysel özerklik hakkı, hekimin mesleğini icra hakkının önündedir⁷¹⁰. Bu çıkarım Türkiye'nin de taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ile de uygun düşmektedir. Aksi bir kabul hastayı tıbbi müdahalenin objesi haline getirecektir⁷¹¹.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre, “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceğini” öngörmüştür. Aynı maddeye göre, kişi vermiş olduğu rızayı her zaman geri alabilecektir. Görüldüğü gibi kişilere sağlık alanında müdahalede bulunmak, bilgilendirilmiş, dolayısı ile özgür iradenin ürünü olan rızanın varlığına bağlıdır. Ayrıca, bu

⁷⁰⁵ Soyaslan, D. (2009). *a.g.m.*, s. 125; Özgenç, İ. (2006). “Hekimlik Mesleğinin İcrası ve Ceza Sorumluluğu”. *Ankem Dergisi*, 20(Ek 2), s. 11.

⁷⁰⁶ Aynı yönde Erman, B. (2010). *a.g.m.*, s. 32.

⁷⁰⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 988; Aynı yönde Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 150-151.

⁷⁰⁸ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 38.

⁷⁰⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 381.

⁷¹⁰ Ünver, Y. (2007). *a.g.m.*, s. 209.

⁷¹¹ Aygörmez, G.A. (2009). *a.g.t.*, s. 141.

rıza müdahale sonuçlanana kadar devam eden bir rıza olmalıdır. Bunun aksi bir müdahaleyi, hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir.

Alman hukukunda, hekime yetki veren yasal bir düzenleme olmadığı durumlarda, hastanın özgür iradesiyle açıkladığı tedaviyi ret talebine hekimin uymak zorunda olduğu, bu durumun yaşam tehlikesinin bulunduğu hallerde de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Tedavi sonucunda hastanın iyileşip iyileşmediğinin hiçbir önemi yoktur. Hasta iyileşse bile, söz konusu müdahaleye rıza göstermemişse, müdahalede bulunan hekimin kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekecektir. Bu konuda Alman Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar da bu doğrultudadır⁷¹².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Rusya’da yaşayan yehova şahitleri ile ilgili vermiş olduğu bir kararda⁷¹³, rıza ehliyetine sahip yetişkin bir kişinin, rızası hilafına yapılacak olan tıbbi bir müdahalenin, kişiyi mutlak surette ölüme götüren bir durum olsa dahi, Sözleşme’nin 8. maddesi ile korunan özel hayata saygı hakkını ihlal edeceğine karar vermiştir. AİHM’e göre, tedaviyi ret hakkının, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı⁷¹⁴ ve bireysel otonomi⁷¹⁵ kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Tıbbi veto hakkı ile ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer husus hasta vasiyetleridir. Hasta vasiyetleri ile kişiler henüz daha söz konusu olmamış tıbbi bir müdahalenin akıbetine yönelik olarak, rıza ehliyetine sahip oldukları bir anda, istek ve arzularını açıklamaktadır. Hasta vasiyeti ile kişi, ileride irade açıklayamayacak duruma gelmesi halinde, hangi tıbbi müdahalelere rıza gösterdiğini ve hangilerini reddettiğini belirleyebilir. Örneğin, kişi bir kaza ya da hastalık sebebiyle ileride tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanır ve o anda rıza açıklayamayacak duruma gelirse, yakınlarından kendisinin hayatını uzatacak tedbirleri almamalarını ya da onu hayatta tutacak beslenme, solunum gibi tedbirlere başvurulmamasını isteyebilir. Bu tür vasiyetler Alman hukukunda 2009 yılında, Avusturya’da 2006 yılında, İsviçre’de 2013 yılında yapılan yasal düzenlemelerle meşrulaşmıştır⁷¹⁶.

⁷¹² Ulsenheimer, K. (2003). *Arztstrafrecht in der Praxis (3. bearbeitete und erweiterte auflage)*, Heidelberg, s. 72 (Aktaran: Nuhoğlu, A. (2008). *a.g.t.*, s. 49).

⁷¹³ Moskova yehova şahitleri ve diğerleri/Rusya, 22.11.2010, Başvuru No: 302/02, §. 85.

⁷¹⁴ “Individual autonomy”

⁷¹⁵ “Self-determination”

⁷¹⁶ Aygörmez Uğurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014). *a.g.m.*, s. 30.

Hasta vasiyeti⁷¹⁷, esasen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olup, bu hakkın güçlendirilmesi amacına hizmet etmektedir. Gerçekten kişiler hasta vasiyeti ile kendi geleceği belirleme hakkını ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde de koruyabilmektedir⁷¹⁸. Hasta vasiyetinin ceza hukuku ve özel hukuk alanında sonuçları vardır. Biz bu tip bir vasiyetnamenin, özel hukuk alanındaki sonuçları üzerinde durmadan, ceza hukuku üzerinde sonuçları üzerinde duracağız.

Türk hukukunda hasta vasiyeti ile ilgili özel bir düzenleme olmamasına rağmen bu tip bir vasiyet ceza hukuku bakımından, rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade açıklaması olarak kabul edilebilir. Bu vasiyet ile hasta kendisine belirli tedavilerin uygulanması ya da uygulanmaması yönünde irade beyan etmiş olabilir.

Bu vasiyet ile hasta kendisine tıbbi müdahalede bulunulması yönünde bir irade ortaya koymuş, yani tıbbi bir müdahaleye rıza göstermiş ise bu rıza bilgilendirilmiş olması şartı ile ceza hukuku anlamında geçerli bir rızadır. Tıp biliminin gereklerine uygun olmak şartıyla, bu rızaya dayanarak yapılan bir müdahale hukuka uygun olarak kabul edilmelidir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu tıbbi müdahalenin güncelliğini koruyor olması gerektiğidir. Yani, tıbbi gelişmeler ve gereklilikler de dikkate alındığında, hâlihazırda o tıbbi müdahalenin uygulanıyor olması gerekir. Örneğin, bir kişi bıraktığı vasiyet ile kendisine belirli bir tıbbi müdahalenin uygulanması yönünde rıza açıklamasında bulunmasına rağmen, geçen zaman içinde söz konusu müdahale güncelliğini yitirmiş ve yerini daha etkin müdahalelere bırakmış olabilir. Sırf hastanın rızası o yönde diye güncel olmayan bir müdahalenin uygulanması kabul edilemez. Bu tip bir durumda, rızanın değişen şartlar nedeniyle geçerliliğini yitirdiğinin kabul edilmesi gerekir.

Bu vasiyet ile hasta kendisine tıbbi müdahalede bulunulmaması yönünde bir irade ortaya koymuş olabilir. Bu durumda hekimin hastanın bu iradesini dikkate alması gerekir. Ancak, hastaya tıbbi müdahalede bulunulmadığı durumda, hastanın ağır ve muhakkak bir tehlike altına girmesi söz konusu ise sırf hasta vasiyetinde tıbbi müdahaleye rıza göstermedi diye, hekimin hareketsiz kalması düşünülemez. Zira Biyotıp Sözleşmesi'nin acil durumlar başlıklı 8. maddesi, AY m. 17 ve sair mevzuattaki hükümler acil bir durum nedeniyle ilgilisinin rızasının alınmadığı durumlarda, bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan

⁷¹⁷ Hasta vasiyeti ile ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar ve ülke uygulamaları için bkz. Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 92-105.

⁷¹⁸ İmamoğlu, S. H. (2016). “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”. *AÜHFD*, 65 (1), s. 203.

müdahalelerin derhal yapılabileceğini belirtmektedir. Her ne kadar hasta vasiyeti ile tıbbi müdahaleyi kabul etmediği yönünde iradesini açıklamışsa da, bu onun güncel iradesi değildir⁷¹⁹. Hastanın değişen durumlar karşısında fikrini değiştirmesi olasıdır. Bu tip bir durumda hasta iradesini açıklayabilecek durumda değilse, acil bir durumun varlığı kabul edilmeli, hastaya müdahale edilmelidir. Hasta, iradesini açıklayabilecek bir durumda ise müdahale esnasında müdahaleyi reddetmeye devam ediyorsa, bu rıza geçerli bir rıza olarak dikkate alınmalıdır. Bu durumda hastaya müdahalede bulunmak hukuka aykırı olacaktır.

Örneğin, tedavi tekniklerinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan ve özellikle yehova şahitlerine⁷²⁰ uygulanan kansız ameliyatlarda, müdahale sırasında bir komplikasyon ortaya çıkması ve hastanın hayatının tehlikeye girmesi durumunda, hayatını kaybetmemesi için ona acilen kan verilmesi gerekebilir. Acil bir durumun ortaya çıkması halinde dahi, vücuda dışarıdan kan nakledilmeyeceği konusunda hastasına karşı taahhütte bulunan hekimin, operasyon sırasında böyle bir durumla karşılaşması halinde, hastanın iradesine mi yoksa onun hayatta kalmasına mı öncelik vermesi gerektiği hukuki, etik ve dini tartışmalara yol açmaktadır. Böyle bir durumda hekim, hastasına karşı aksi yönde bir taahhütte bulunmuş olsa dahi, ölümüne seyirci kalamaz⁷²¹. Zira hasta böylesi bir durumda, daha önce reddettiği kan alımı kararından dönebilecek ve müdahaleye rıza gösterebilecek bir durumda değildir. Bu nedenle hastanın güncel iradesinin belirlenmesi mümkün değildir. Ölüm tehlikesi ile karşı karşıya gelmesi durumunda, kişinin fikir değiştirmesi ihtimal dâhilindedir. Zaten bu yöndeki bir anlaşma, TMK m. 23 hükmü gereği kesin hükümsüz sayılmalıdır. Kişi,

⁷¹⁹ Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre; "müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır". Benzer düzenleme HHY m. 24/5 hükmünde de mevcuttur. Bu hükümler hastanın önceden belli müdahalelerin uygulanmaması yönünde vermiş olduğu iradenin mutlak surette kabul edilmesi anlamına gelmemektedir. Bu hüküm müdahalenin tür ve şekli belirlenirken dikkate alınması gereken bir hükümdür.

⁷²⁰ Yehova şahidi inancına bağlı olan kişiler, başka insanlardan alınan kanın, herhangi bir gerekçe ile kendi vücutlarına nakledilmesine rıza göstermemektedirler.

⁷²¹ Alman hukukunda da hastanın vasiyetinin mutlak surette bağlayıcı olmasına karşı çıkmıştır. Münih Mahkemesi 2003 yılında verdiği kararında, Yehova Şahidi bir hastanın sağlığında belirttiği tedavi şeklinin bağlayıcı olmadığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, "ağır hasta veya ölüm döşeginde olan bir insanın, ani iyileşme gibi, yaşam şartlarındaki önemli değişiklikler sebebiyle kişilik değiştireceği, bir başka insan olacağı bilinen bir gerçektir. Ayrıca tıbbi müdahale veya tedaviye ilişkin vasiyetnamenin yapıldığı anda, hata, baskı, bir anlık umutsuzluk veya depresyon sebebiyle hastanın iradesi etkilenmiş olabilir. Bu nedenle vasiyetname veya benzeri açıklamalar hastanın gerçek iradesini yansıtmayabileceğinden mutlak bir bağlayıcılıktan söz edilemez, sadece hastanın iradesinin tespitinde yol gösterici olabilir. Bu halde hastanın iradesi tespit edilirken yakınlarının, arkadaşlarının, davranışlarının da göz önüne alınması gerekir. Hasta vasiyetnamesinin hazırlandığı zamanın tıbbi müdahale zamanına kronolojik olarak yakınlığı, bu vasiyetnamenin hastanın kendi ve gerçek iradesini yansıttığı ilişkin deliller (noter şahit gibi), hekimin açıklamalarından sonra arkadaşları ve akrabalarının hastanın vasiyetini doğrulaması, hastanın vasiyetnamesindeki ayrıntılar, örneğin hangi tıbbi tedbirleri hangi hastalık durumunda istemediği gibi hususlar göz önüne alınarak vasiyetnamenin bağlayıcılığının değerlendirilmesi gerekir" (aktaran Nuhoğlu, A. [2008]. *a.g.t.*, s. 55).

kimseden kendi ölümüne neden olabilecek bir konu hakkında taahhütte bulunmasını talep edemez⁷²². Hatta hastanın kan nakline rıza göstermemiş olmasından hareketle, hastaya gerekli kanı vermeyerek onun ölümüne sebebiyet veren sağlık personelinin ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Nitekim hastanın üstün yararı, ona karşı acil olarak müdahalede bulunulmasını gerektirir⁷²³.

Nitekim Biyotıp Sözleşmesi de bu değerlendirmelere paralel bir düzenlemeyi bünyesinde barındırmaktadır. Sözleşmenin 9. maddesi, hastanın müdahale esnasında isteğinin belirlenemediği durumlarda, varsa önceden açıklamış olduğu isteklerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme'nin 9. maddesi hükmü, "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır*" şeklindedir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hastanın önceden tedaviyi reddetmesi mutlak anlamda bağlayıcı olmamakla birlikte, tamamen göz ardı edilebilecek bir husus da değildir.

Tıbbi Müdahalede Rızanın Aranmadığı Bazı Özel Durumlar

Tedavi kapsamında kişilere uygulanan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun en önemli şartının kişilerin bu müdahalelere göstermiş oldukları rıza olduğunu belirtmiştik. Bu husus Anayasada da açıkça ifade edilmiştir. AY m. 17/2 hükmüne göre, "*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*".

Maddede geçen "*kanunda yazılı haller*" kavramı ile kanunda yazılı bazı durumlarda, hastanın rızası aranmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Kanunda öngörülmeleyen bir durumda, hastanın rızasına aykırı olarak, tıbbi müdahalede bulunmak mümkün değildir. Bu husus HHY m. 25 hükmü ile de belirtilmiştir. "Tedaviyi Reddetme ve Durdurma" başlıklı 25. madde "*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip*" olduğunu öngörmektedir.

Bu hükümler çerçevesinde bazı özel kanunlarda, kişinin rızası aranmadan tıbbi müdahalede bulunabileceğine dair hükümlere yer verilmektedir. Bu haller üstün nitelikte

⁷²² Aksi yönde Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 242.

⁷²³ Bu tip durumlarda, hasta kesin olarak hayatını kaybedecek dahi olsa, hekimin müdahalede bulunmaması gerektiğine dair Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 663-664.

kamusal yararın bulunduğu hallerdir. Bu tip durumlarda kişilerin rızası olmasa dahi, tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir. Burada söz konusu olan üstün nitelikteki kamusal yarar bazı durumlarda muhakeme sürecinin sağlıklı yürütülebilmesi için delil elde etme amacına hizmet ederken, bazı durumlarda kamu sağlığının bozulmasını engelleme amacına hizmet eder.

Ceza muhakemesi sürecinde delil elde etme amacı ile kişiler üzerinde bazı tıbbi müdahaleler gerçekleştirilmektedir. CMK m. 74/1, m. 75, m. 76, m. 78 hükümleri delil elde etmek amacı ile rıza aranmaksızın başvurulabilen tedbirleri düzenlemektedir. Muhakeme sürecinin sağlıklı yürütülmesi için delillerin zamanında ve sağlıklı bir şekilde toplanması çok önemlidir. Bu bakımdan kişilerin delil toplanması hususunda rızaları aranmamaktadır. HHY m. 22/2 de bu konuda bir düzenleme öngörmektedir: *“Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimın kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir”*. Bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi, usulüne uygun olarak verilmiş olan mahkeme kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık kararına binaen, ilgililerin rızası aranmaksızın, delil elde etmek amacı ile tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi mümkündür.

Rıza göstermemesine rağmen, kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilecek diğer durum ise kamu sağlığının korunması durumudur. Diğer bir ifadeyle kamu sağlığını korumak için, rıza göstermemesine rağmen, elverdiği ölçüde kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilir⁷²⁴. Bu durumun dahi kanunla⁷²⁵ öngörülmüş olması gerekir. Yani kanunun öngörmediği bir durumda, salt kamu sağlığı gerekçesiyle kişilere tıbbi müdahalede bulunulamaz.

Mevzuatımızdaki tıbbi müdahalede rızanın aranmadığı diğer bazı özel düzenlemeler ise şunlardır:

⁷²⁴ Özgenç, İ. (2006). *a.g.m.*, s. 11.

⁷²⁵ Kanunun kamu sağlığını ilgilendiren durumlarda kişilere tedaviye katılma yükümlülüğü getirdiği bazı durumlar şunlardır:

-1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 72 hükmü uyarınca belirli salgın hastalıkların zuhur etmesi durumunda uygulanacak olan tıbbi tedaviler.

- 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 129 hükmü uyarınca fuhsu meslek edinen kadınlarda belirli hastalıkların zuhur etmesi durumunda uygulanacak olan tıbbi tedaviler.

-7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanunu m. 7 hükmü uyarınca sıtma hastalığının teşhisi, yayılmasının önlenmesi, tedavisine yönelik olarak yapılan kan verme ve ilaç tatbiki işlemleri.

-TCK m. 57’de düzenlenen, fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişiye karşı, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbiri uygulanması.

-TCK m. 57/7 hükmü gereği suç işleyen alkol ya da uyuşturucu ve uyarıcı madde bağımlısı kişilerin güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi tedbiri uygulanması.

-TCK m. 227/8 hükmü uyarınca fuhşa sürüklenen kişi hakkında tedavi veya psikolojik terapiye tabi tutma⁷²⁶.

-CGTİHK m. 82/3 ile düzenlenen, bir sağlık sorunundan dolayı sağlık veya hayatlarının ciddi tehlikede olması veya infaz kurumunda bulunan diğer kişilerin sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutuklular için zorunlu tedavi uygulanması.

Yukarıda açıkladığımız durumlarda kişinin rızası aranmadan tıbbi müdahalede bulunulabilecektir. Ancak bu durumda dahi yapılan müdahalelerin insan onuruna aykırı olmaması gerekir. Tıbbi müdahalenin beklenen etkiyi göstermesi için hastanın müdahale süreci ve sonuçları ile ilgili bilgi sahibi olması gerekir. Bu durumlarda dahi aydınlatma yükümlülüğünün devam ettiğinin kabul edilmesi yerinde olur. Her ne kadar kanunen zorunlu olsa da, kişilerin olabildiğince sürece katılımları sağlanmalı, hangi gerekçelerle kişilere tıbbi müdahalede bulunduğu anlatılmalıdır. Bunun aksine uygulamalar, insan onuru ile bağdaşmaz nitelik arz edecektir.

⁷²⁶ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 276-277. Yazar bir diğer eserinde kamusal tehlike bulunmadığı hallerde, fuhşu meslek edinen kadının rızası yoksa, kadına tıbbi müdahalede bulunulmaması gerektiğini belirtmiştir (Ünver, Y. [2008]. “*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*”. *Türk Ceza Kanunu’nun 2.Yılı*, İstanbul, s. 341). Kadının fuhuş suçunun mağduru olması sebebiyle bu düzenlemenin ceza hukuku yaptırımı olmadığına dair Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 400. Düzenlemenin bir güvenlik tedbiri olmadığı, fuhuş suçu mağduru bakımından özel bir düzenleme türü olduğuna dair Atalay, A.Ö. (2013). *Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 96. Bu hükmün, UHK m. 129 hükmü ile getirilen fiziki bir rahatsızlıktan ötürü müdahale yetkisi vermenin yanında, psikolojik terapi yetkisini de ihtiva ettiğine, tedavi ve terapi sürecine tabi tutulması için hâkim kararına gerek olmadığına dair Özgenç, İ. (2018). “*Fuhuş ve Hukuk*”. *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 501.

4.1.2.2. Organ ve Doku Nakli

4.1.2.2.1. Genel Olarak

Organlarda ve dokularda doğuştan gelen veya sonradan ortaya çıkan bozulmalar organ ve doku naklini gündeme getirmektedir. Organ veya doku nakli, bir vericiden bir alıcıya iyileştirme amacı ile doku veya organların nakledilmesi olarak ifade edilmektedir⁷²⁷.

Organ ve doku naklinin gelişmesi ve yaygınlaşması, organ ve dokulara olan talebi artırmış, bu talep artışı kötüye kullanımları beraberinde getirmiştir. Bu kötüye kullanımların engellenmesi için hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Organ ve doku nakli ile ilgili yapılan hukuki düzenlemelerin bir kanadını ceza hukuku düzenlemeleri oluşturmaktadır.

Organ veya doku nakillerinde iki ayrı tıbbi müdahale gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, vericiden organ veya dokunun alınması için gerçekleştirilen müdahaledir. İkinci müdahale ise alınan organın veya dokunun alıcıya nakledilmesi işlemidir. Organ veya doku nakline rıza gösterme, vücut üzerinde çok önemli bir tasarruftur. Bu nedenle bu tasarrufun kullanılmasına belli sınırlamalar ve şartlar getirilmiştir.

Organ veya doku nakillerinde diğer tıbbi müdahalelere nazaran özellik arz eden husus verici üzerinde yapılan müdahaledir. Zira vericiye yapılan müdahale ağır ve kalıcı bir müdahaledir. Hatta bazı durumlarda ölen bir kişiden dahi organ veya doku alınabildiği düşünülecek olursa, vericiden organ veya doku alınması daha özellikli bir duruma gelmektedir.

Ülkemizde, organ nakli ile ilgili yapılan ceza hukuku alanındaki ilk hukuki düzenleme 29.05.1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 15. maddesidir. Bu madde 15.11.2018 tarihinde 7151 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır. Maddenin son şekline göre, *“hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşıl原因an, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler”* TCK m. 91 hükmüne göre cezalandırılacaktır.

5237 sayılı TCK m. 91/1 hükmü geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ alınmasını suç olarak düzenlemiştir. Buna göre, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ veya doku alınması suçtur. Bu işlemin hukuken geçerli bir rıza doğrultusunda yapılması

⁷²⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 463.

durumunda suç oluşmayacaktır. Geçerli bir rızanın varlığı bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak değil, maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁷²⁸. Zira bu suç tanımında rızaya açıkça unsur olarak yer verilmiştir. Bazı yazarlar ise bu suç tipi bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri sürmüştür⁷²⁹.

Açıklanan rızanın hukuken geçerli olup olmadığına ilişkin TCK'da bir düzenleme mevcut değildir. Rızanın geçerlilik şartları 2238 sayılı ODASANHK hükümlerine göre belirlenecektir. Geçerlilik şartlarından birinin veya birkaçında eksiklik olması durumunda, organ veya doku nakli geçerli bir rızaya dayanmadığı için rıza tipikliği ortadan kaldırmayacak, nakli gerçekleştiren kişinin ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bu kanun hükümleri dikkate alındığında, rızanın geçerlilik şartları bakımından, yaşayan kişiden organ ve doku nakli alınmasıyla ölüden organ ve doku nakli yapılmasının şartlarının farklılık arz ettiği görülecektir. Esasında ölüden organ ve doku alınmasını hukuka uygun hale getiren şey rıza değil, kanunun ölenin yakınlarına belli şartlar altında vermiş olduğu bir hakkın kullanılmasından ibarettir. Zira ölen kişi organ ve doku nakli hususunda ölmeden önce bir tasarrufta bulduysa, kanunda gösterilen yakınlarının nakil hususunda açıkladıkları iradenin bir önemi kalmamaktadır.

4.1.2.2.2. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Nakli Yapılması

Yaşayan bir kişiden organ veya doku alınması, sıradan bir tıbbi müdahale değildir; bu müdahalenin çoğu zaman telafisi mümkün olmayan çok önemli sonuçları vardır. Bu nedenle bu konuda çeşitli sınırlandırmalar getirilmiştir.

Bu konuda getirilen sınırlamaların ilki ODASANHK m. 5 hükmüdür. Bu maddeye göre, on sekiz yaşını doldurmamış kişiler ile mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır⁷³⁰. Bu kişilerden rızaları ile dahi olsa organ veya doku alan kişi TCK m.

⁷²⁸ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 276; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 267; Özen, *Özel Hükümler*, s. 322; Bayraktar/Yıldız, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Organ ve Doku Ticareti), s. 303

⁷²⁹ Hafizoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 107; Soyaslan, D. (2008, 28 Şubat-1 Mart). “*Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*”, *V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 335.

⁷³⁰ Biyotıp Sözleşmesi 20. maddesi hükmü gereği, on sekiz yaşını doldurmamış kişilerden organ ve doku alınması mümkündür. Buna göre rıza açıklama yeteneğine sahip olan çocuktan organ ve doku alınması mümkündür. Bu madde ODASANHK m. 5 hükmü ile uyumlu değildir. Kanun düzenlemesi temel hak ve özgürlükler bakımından daha geniş bir koruma sağladığı için kanunun düzenlemesi esas alınmalıdır. Sözleşmenin 26. maddesine göre; “*Sözleşmedeki hükümlerden hiçbiri, Tarafların, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu Sözleşmede belirtilenden daha geniş bir koruma sağlama imkanını kısıtlayacak veya etkileyecek şekilde yorumlanmayacaktır*”.

Hatta anılan hükme göre, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan kişilerden dahi istisnai belli durumlarda kendisini yenileyen dokuların alınması mümkündür. Türkiye, sözleşmenin 20. maddesinin, muvafakat verme

91 hükmü gereği cezalandırılacaktır. Hukuk sistemimiz, bu kişilerin organ ve doku nakli hususunda açıkladıkları rızaya değer atfetmemiş, bu konuda açıklamış oldukları rızaya hukuki bir sonuç bağlamamıştır. Bu sınırlama, yaşayan kişilerden organ ve doku alınması için geçerlidir. Ölü kişilerden organ ve doku alınması hususunda bu şekilde bir sınırlama yoktur.

Organ veya doku nakli ile yapılan tasarrufun önemine binaen kanun, verilecek rızada özel şartlar aramıştır. ODASANHK m. 6 hükmüne göre, “*rızanın geçerli olabilmesi için on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmış olması*” gerekir.

Nakil amacıyla organ alınması tıbbi bir müdahale olduğu için organ veya doku alınacak kişinin aydınlatılması (bilgilendirilmesi) gerekmektedir. İlgilisinin aydınlatılmış (bilgilendirilmiş) rızası olmadan yapılacak olan organ veya doku nakli hukuka uygun olarak kabul edilemez⁷³¹. Bir kişinin organ veya doku nakli işlemlerine rıza göstermeye özgürce ve sağlıklı karar verebilmesi, yapılacak işlemin içeriğini, muhtemel zararlarını, faydalarını ve sonuçlarını bilmesine bağlıdır. Bu da söz konusu işlemlerle ilgili ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi ile mümkün olacaktır. ODASANHK m. 6 hükmü de, organ veya doku nakline rızanın bilinçli olmasını şart koşmakta, bu hususa dikkat çekmektedir⁷³².

Bu şartların yanında, yaşayan bir kişiden organ veya doku alınabilmesi için alınan organ veya dokunun alınmasının, vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokmayacak organ veya dokulardan olması gerekir. Vericinin yaşamını çok ciddi bir tehlikeye sokan ya da ölümüne sebep olan bir nakil hukuka uygun kabul edilemez. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere sistemimiz, bireyin kendi vücudu üzerinde sınırsız ve mutlak bir tasarruf yetkisini kabul etmemiştir.

Organ ve doku nakli için geçerli olarak verilen rıza, müdahale gerçekleşene kadar geri alınabilir. Verici hayatta ise rıza verici tarafından şekil şartlarına da riayet edilerek geri

yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un 5.madde hükmü ile uyumsuz olması nedeni ile çekince koymuştur (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>-Erişim Tarihi: 11.11.2018).

⁷³¹ Sert, S. ve Cihan, A.H. (2014). “Organ ve Doku Nakillerinde Rıza Kavramı”. **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan** Cilt-2, Ankara, s. 1739-1741.

⁷³² Ayrıca, ODASANHK m. 7/a hükmü gereği; “*vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek*” gerekir.

alınmalıdır. Ancak verici şekil şartına uymadan rızasını geri aldıysa bu hususun da göz ardı edilmemesi gerekir. Örneğin, organ bağıışı için rıza gösteren kişi, ameliyathaneye götürülürken, organ bağıışından vazgeçtiğini açıklasa, rızasını geri aldığıının kabul edilmesi gerekir. Zira rızanın geri alınması için özel bir şekil şartı öngörölmüş değıildir.

Verici hayatta değıilse ve hayatta iken organ veya doku nakline rıza göstermişse rızanın yakınları tarafından geri alınması mümkün değıildir. Vericiden organ veya doku alınmasına ölümden sonra yakınları rıza göstermiş ise rıza yakınları tarafından geri alınabilir. Ancak burada da kanuni sıralamaya⁷³³ dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, çocukların verdiğıi rıza çocuklar tarafından geri alınabileceğıi gibi eş tarafından da geri alınabilir. Ancak, eşin verdiğıi rıza sadece eş tarafından geri alınabilir. Çocukların eşin vermiş olduğıu rızayı geri alma yetkileri yoktur⁷³⁴.

Kanunun getirdiğıi bir diğeri sınırlama ise organ ve dokunun bir bedel veya başkaca çıkar karşılığıi alınması ve satılmasıdır⁷³⁵. TCK m. 91/3 ise organ veya doku ticaretini suç olarak düzenlemektedir. Buna göre, “geçerli bir rıza ile elde edilmiş ya da ölen bir kişiden hukuka uygun olarak elde edilmiş dahi olsa, organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişiler” cezalandırılacaktır. Rıza bu suç tipi bakımından fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Nitekim suç tanımı kapsamında yer alan fiil organın veya dokunun nakledilmesi değıil, organ veya dokunun ticari bir menfaat ilişkisine konu edilmesidir⁷³⁶. TCK m. 91/3 hükmü bağıımsız bir suç tipini düzenlemekte, sadece suça karşılık öngörölen ceza bakımından birinci fıkraya hükmüne atf yapmaktadır. Bu nedenle geçerli rızaya dayalı olmaksızın bir kişiden organ veya doku alan kişi, bilahare bunları satsa iki farklı suçu işlemiş olacaktır. Burada tek fiille birden fazla suçun oluşması söz konusu değıildir; organı alma ve organı satma şeklinde gerçekleşen iki farklı fiil ile iki farklı suçun işlenmesi söz konusudur. Bu nedenle farklı neviden fikri içtima kurallarının uygulanması mümkün değıildir. Fail, her

⁷³³ Hayatta iken herhangi bir tasarrufta bulunmamak şartıyla ölüden organ veya doku alınmasına rıza göstermeye sırasıyla eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi yetkilidir.

⁷³⁴ Sert, S. ve Cihan, A.H. (2014). *a.g.m.*, s. 1749.

⁷³⁵ Organ ticaretinin engellenmesi amacı ile canlıdan organ nakli için alıcı ve vericinin iki yıldan fazla süredir evli ya da dördüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımları olması gerekir. Bunun dışındaki organ nakilleri için ise illerde oluşturulacak Etik Komisyonu onayı gereklidir (Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğıi m. 16).

Yaşayan insanlar arasında organ ve doku nakli işlemlerine ilişkin rızanın geçerli sayılabilmesi için tedavi ve teşhis amacına yönelik olması gerekir. Bu nedenle, ilgilinin rızasına dayansa bile, bilimsel veya ticari amaçlarla yaşayan insanlar üzerinde bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesi kabul edilemez (Toroslu, N. (1978). *a.g.m.*, s. 101).

⁷³⁶ Alman hukukunda organ ticareti ile bağılantılı olarak organ nakli yapan hekimin, ayrıca kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir. Zira bağıışlayanın rızası ahlaka aykırılık nedeni ile geçersiz sayılacak, kasten yaralama suçu oluşacaktır (Hakeri, *Tip Hukuku*, s. 1061).

iki fiilden ayrı ayrı cezalandırılır. TCK m. 91/5 hükmü ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişilerin cezalandırılmasını öngörmüştür.

TCK m. 92'de⁷³⁷ bu suç bakımından özel bir zorunluluk hali öngörülmektedir. Bu hal yalnızca kendi organ veya dokularını para ya da menfaat karşılığında satan kişiler bakımından öngörülmüştür. Buna göre, “*organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*”. Burada hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim organ veya dokularını satan kişinin sosyal ve ekonomik durumunu araştırarak, içinde bulunduğu zor durumun etkisiyle bu fiili işlediği kanaatine varırsa, cezada indirim yapacak veya ceza vermekten vazgeçebilecektir. Hâkim ceza vermekten vazgeçtiği durumlarda beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir (CMK m. 223/3-b).

Alınan organların veya dokuların alıcıya nakledilmesi hususuna gelecek olursak, organ veya doku alınmasında olduğu gibi verilen bu organın veya dokunun alıcıya nakledilmesi için alıcının rızasının alınması gerekir. HHY m. 22'ye göre, “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz*”. Bu nedenle, bağışçıdan alınan organın alıcıya nakledilmesinin hukuka uygun olmasının koşulunu da, organın nakledileceği kişinin rızası oluşturmaktadır. Bununla birlikte alıcının rızası, ehliyet, şekil, kapsam ve geçerlilik şartları bakımından tıbbi müdahale için aranılan rızanın şartları ile aynı olacaktır. Bağışçının rızasında aranan özel şartlar alıcının müdahaleye rıza göstermesi bakımından aranmayacaktır⁷³⁸.

4.1.2.2.3. Ölüden Organ ve Doku Nakli Yapılması

Hukukumuzda belli şartlar altında yaşayan kişiden organ veya doku alınması mümkün olduğu gibi yine belli şartlar altında ölmüş kişiden de organ veya doku alınması mümkündür. TCK m. 91/2 hükmü, ölüden organ veya doku alınmasını suç olarak düzenlemektedir. Buna göre, “*hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse*” cezalandırılacaktır. Ölüden organ veya doku almanın şartları, ODASANHK'nın, “*Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası*” başlıklı 14.

⁷³⁷ Hükmün eleştirisi için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 1064.

⁷³⁸ Nar, A. (2009). “*İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması*”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, (55-56), s. 20-22; Sert, S. ve Cihan, A.H. (2014). *a.g.m.*, s. 1742.

maddesi ile düzenlenmiştir. Bu şartlara uymayan nakiller hukuka aykırı olacak, faillerin ceza hukuku sorumlulukları gündeme gelecektir. Buna göre, “bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise” kanunda belirtilen yakınlarının rızası ile öldükten⁷³⁹ sonra organ veya dokularının alınması mümkündür. Rıza⁷⁴⁰ vermeye yetkili olan kişiler sırasıyla, “ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınıdır”.

Bu kapsamda kanunda sayılan sıraya riayet edilerek öncelik sırası belirlenmelidir. Yani rıza göstermeye sıra ile eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi yetkilidir. Örneğin eşinin rıza gösterdiği bir bağışa çocukların ya da kardeşin karşı çıkması bir şey ifade etmemektedir. Yalnızca eşin rızası ile organın ya da dokunun alınması hukuka uygun olacaktır⁷⁴¹. Burada ortaya çıkabilecek problemlerden biri de aynı sırada yer alan birden fazla kişinin ölüden organ veya doku alınması hususunda farklı yönde irade açıklamış olmaları durumudur. Örneğin, ölüm anında ölenin yanında bulunan reşit çocuklardan biri organların bağışlanmasına rıza gösterirken, diğer reşit çocuk rıza göstermiyorsa geçerli bir rıza söz konusu olacak olmayacaktır. Aynı sırada bulunan kişilerin her biri aynı yönde irade beyan etmemesi durumunda geçerli bir rızadan bahsedilemez⁷⁴². Zira burada bir kişinin iradesini diğerinin önüne geçirmeyi gerektiren yasal bir düzenleme mevcut değildir⁷⁴³. Ancak aynı sırada yer almakla birlikte, ölüm anında yanında bulunmayan kişilerin iradeleri dikkate alınmayacaktır. Örneğin, birden fazla çocuğu olan bir kişinin ölüm anında çocuklarından birinin yanında olması halinde, sadece bu çocuğun göstermiş olduğu rızası ölüden organ veya doku alınması için yeterli olacaktır.

Ölen kişi sağlığında, kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, yakınlarının rızası olsa dahi cesedinden organ ve doku alınmaz. Aynı şekilde kişi sağlığında organ veya doku alınması yönünde geçerli bir irade ortaya koymuşsa,

⁷³⁹ Hukukumuzda ölüm kriteri olarak beyin ölümü kriteri benimsenmektedir (ODNHY Ek-1).

⁷⁴⁰ Rıza TCK m. 91/2 hükmünde düzenlenen suç tipi bakımından hukuka uygunluk nedenidir (Bayraktar/Yıldız, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* [Organ ve Doku Ticareti], s. 303). Ölenin kanunda yazılı yakınlarının organ ve doku nakline rıza göstermesi, yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Ancak burada fiili hukuka uygun hale getiren TCK m. 26/2’de düzenlenen ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni değildir. Burada hukuka uygunluğu sağlayan TCK m. 26/1 hükmünde düzenlenen hakkın kullanılmasıdır. Ölenin yakınları, kanunun kendilerine vermiş olduğu hakkı, rıza marifetiyle kullanacaklardır.

⁷⁴¹ Ünver, Y. (2008). “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”. *CHD*, 3(7), s. 204.

⁷⁴² Hakeri, *Tip Hukuku*, s. 474.

⁷⁴³ Karşı görüş için Sert, S. ve Cihan, A.H. (2014). *a.g.m.*, s. 1744.

ölümü halinde yakınlarının aksi yöndeki iradelerine rağmen kişiden organ veya doku alınabilecektir. Kişi, organlarından biri veya bir kaçının bağışlanmasını isteyebileceği gibi vücudunun tamamını da bağışlayabilir. Kişi sağlığında sadece belirli organlarının alınmasına rıza göstermişse, belirlenen organlar dışındakilerin alınması hukuka uygun değildir. Ayrıca kişi organlarını belirlediği bir kişiye bağışlamışsa, sadece o kişiye nakledilmek üzere organların alınması mümkündür. Aksi takdirde yapılan işlemler hukuka aykırı olacaktır⁷⁴⁴.

Kendisinden öldükten sonra organ ve doku alınmaması hususunda herhangi bir vasiyeti bulunmayan kişinin yanında kanunda sayılan yakınları bulunmadığı durumlarda, cesedinden kural olarak organ ve doku alınması mümkün değildir. Ancak kanun koyucu bu durumda dahi iki istisna öngörmektedir. Bu istisnanın ilki, aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınmasıdır. Bu halde kanunda öngörülen kişilerin rızası aranmayacaktır.

Diğer istisna ise kaza ve doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan kişiden organ veya doku alınması durumudur. Yanında kanunda öngörülen kimseler yoksa ölen kişinin sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin organlara bağlı olmadığını alacak hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın nakledilebilir.

4.1.2.3. Kürtaj

Beden üzerinde tasarruf yetkisi hususunda önem arz eden durumlardan biri, gebeliğin sonlandırılması, yani kürtajdır.

Kürtaj, kendi geleceğini belirleme hakkı bakımından da önem arz etmektedir. Bu hususta annenin kendi geleceğini belirleme hakkı ile ceninin potansiyel yaşam hakkı⁷⁴⁵ arasında bir çekişme söz konusudur. Nitekim birçok farklı görüş ileri sürülmekle birlikte⁷⁴⁶,

⁷⁴⁴ Nar, A. (2009). *a.g.m.*, s. 9-10.

⁷⁴⁵ Çocuk düşür(t)me suçları ile öngörülen cezaların, kasten öldürme suçuna göre çok az olmasının sebebi cenine yaşam hakkı tanınmadığını göstermez. Bu farkın nedeni objektif yararlar çatışmasıdır (Hakeri, *Tip Hukuku*, s. 1067).

⁷⁴⁶ Görüşler için bkz. Otacı, C. (2008). “*Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları*”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 3(8), s. 34. Korunan hukuki değer her suç tipi (çocuk düşürtme suçları) bakımından farklı olduğuna dair açıklamalar için bkz. Topaç, T. H. (2013). “*Çocuk Düşürtme Suçu*”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 8(22), s. 157.

genel kabul edilen görüşe göre, çocuk düşür(t)me suçlarında korunan hukuki değer ceninin yaşam hakkı ve gebe kadının sağlığıdır⁷⁴⁷.

Hukuk sistemimiz on haftayı aşmayan gebelikler bakımından annenin kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik verirken⁷⁴⁸, on haftayı geçmiş gebelikler bakımından, ceninin yaşam hakkına öncelik vermektedir. Bu kural tıbbi zorunluluk bulunmadığı durumlarda geçerlidir. Zira anne ya da cenin bakımından gebeliğin sona erdirilmesi, tıbbi bir zorunluluğun gereği ise gebeliğe herhangi bir süre araştırması yapılmaksızın son verilebilir⁷⁴⁹.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, tıbbi zorunluluk durumlarını belirlemiştir⁷⁵⁰. Kanunun 5. maddesine göre, tıbbi zorunluluk durumu, “*gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır mahaliyete neden olacağı haller*”⁷⁵¹ olarak belirtilmiştir. Bu durumun tespitini, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile yapacaktır. Ancak “*derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde, durumu tespit eden yetkili hekim tarafından*” gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilebilir. Bu durumda dahi kadının geçerli rızası

⁷⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 346; Topaç, T. H. (2013). *a.g.m.*, s. 155-156.

⁷⁴⁸ Özgenç, on haftayı aşmayan gebelikler de dahi annenin gebeliği sonlandırma gibi bir hakkının olmadığı görüşündedir. Bu nedenle, on haftanın altındaki gebeliklerin sonlandırılması için sosyal endikasyonun aranması gerekir. Bu gibi hallerde hukuka uygunluk nedeninden değil, kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinden bahsedilebilir (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 371). Kanaatimizce, bu suç bakımından (TCK m. 99/1) rıza, tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra etmektedir. Cenin de olsa bir canlının yaşamına son vermek, hukuka ve ahlaka aykırı bir fiil niteliği taşır. İzlenen ceza siyaseti gereği bu tip fiiller ceza layık olarak görülmemeyen haksızlıklar kapsamında ele alınması gerekir. Yargıtay kocasının rızasını almadan, ortak çocuklarını aldırarak kadının bu fiilinin kusur değerlendirilmesi yapılırken dikkate alınmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Yüksek mahkeme, kocasının gerçekleştirdiği başkaca fiiller karşısında kocasına nazaran daha az kusurlu olduğunu kabul etmekle birlikte, yerel mahkemenin kocasından habersiz kürtaj yaptırmanın kusur değerlendirmesinde dikkate alınmasının yerinde olduğunu belirtmiştir (2.HD., 10.9.2012, E. 2010/827, K. 2012/467). Rızanın TCK m. 99/1’de düzenlenen suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair Hafızoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 141.

⁷⁴⁹ Türk hukukunda 1965 yılında kürtaj mutlak olarak yasaklanmıştır. 1965 yılında 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun tıbbi zorunluluk hallerinde gebeliğe son verilebileceğini kabul etti. Bu kanun 2827 sayılı NPHK hükümleri ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun hükümlerine göre, belli şartlar altında isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılabilmesi de mümkün kılınmıştır (Bayraktar/Keskin Kiziroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Çocuk Düşürtme), s. 422).

⁷⁵⁰ Bu kanun hükümlerinin tıbbi zorunluluk kavramı açısından bağlayıcı olmadığı, ancak yorum kaynağı olarak yararlanılabilecek bir kaynak olduğuna dair Bayraktar/Keskin Kiziroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Çocuk Düşürtme), s. 443.

⁷⁵¹ Ülkemizde bu şarta dayanarak on haftayı geçen gebeliklerde özür olduğu düşünülen çocuklar alınmaktadır. Bu uygulamanın eleştirisi için bkz. Hakeri, *Tip Hukuku*, s. 1079-1080. Bu şartların gebe kadın açısından hiçbir sağlık sorunu olmamakla birlikte, sadece ceninin anne rahminde canlılığını sürdürmeyecek olduğu durumlar için geçerli kabul edilip, ceninin özürsüz doğacak olmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine dair Bayraktar/Keskin Kiziroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Çocuk Düşürtme), s. 444.

yoksa gebeliğin sonlandırılması mümkün değildir⁷⁵². Kadın rıza açıklayamayacak durumda ve gebeliğin devamı kadının hayatı ve vücudu yönünden ağır bir tehlike oluşturacağı öngörülüyorsa, acil durumda uygulanan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi hekim gebe kadına müdahale edebilecek, gerekirse gebeliğe son verebilecektir⁷⁵³. Somut olayda tıbbi bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verileri esas alınarak belirlenecektir.

Bu kapsamda tıbbi bir müdahalede bulunan hekim, bu kanunun kendisine yüklemiş olduğu görevi ifa etmektedir. Dolayısı ile hekimin bu kapsamda yapmış olduğu müdahaleler, görevin ifası kapsamında hukuka uygun kabul edilecektir. Ayrıca, doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak hallerin her durumda zorunluluk hali ile açıklanması zordur. Örneğin, ceninin engelli olması, hatta engelli doğma ihtimalinin bulunması nedeniyle bu kapsamda gebeliklere son verilebilmektedir. Çocuğun özürlü yaşamaktansa hiç yaşamaması şeklindeki bir anlayışı tıbbi zorunluluk hali ile açıklamak mümkün değildir⁷⁵⁴.

Alman ceza kanununda, hayata karşı suçlar bölümünde, çocuk düşürtme müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Alm. CK m. 218 vd.⁷⁵⁵ hükümlerinde düzenlenen çocuk düşürtme, on iki haftaya kadar olan gebelikler bakımından belli şartlar altında cezalandırılmamaktadır. On iki haftayı aşmamak şartıyla, danışmanlık almış gebe kadının hamileliğine hekim tarafından son verilebilir. Danışmanlık alma Alm. CK m. 219’da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bir ceza kanununda böyle bir düzenlemenin yer alması ilgi çekicidir. Bu düzenleme kanun koyucunun cenininin yaşam hakkına ne kadar önem verdiğini göstermektedir. Bir ceza hukuku kuralından ziyade aile hukuku düzenlemesini andıran bu düzenleme şu şekildedir⁷⁵⁶:

⁷⁵² Annenin hayatını tehdit eden durumlarda rızası aranmaksızın müdahale edilebileceğine dair Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Özel Hükümler**, s. 308. Tıbbi zorunluluk olması durumunda gebe kadının rızası olmasa bile rahim tahliyesi yapılabileceğine dair Bayraktar/Keskin Kızıroğlu, **Özel Ceza Hukuku Cilt II** (Çocuk Düşürtme), s. 443. Madde metninde geçen “rıza dayalı olsa bile” ifadesinden hareketle, kadının rızası olmasa dahi, gebeliğin sonlandırılmasının bu suçu oluşturmayacağına dair Tezcan/Erdem/Önok, **Ceza Özel Hukuku**, s. 354.

⁷⁵³ Nitekim NPHK m. 5/3 hükmü de bu tip acil durumlarda hekime müdahale görevi vermiştir. İlgili hüküm şöyledir:

“Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.”

⁷⁵⁴ Söz konusu müdahaleler, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden olan zorunluluk hali kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1075-1077.

⁷⁵⁵ Yenisey/Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch STGB**, s. 322-323.

⁷⁵⁶ Yenisey/Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch STGB**, s. 327-328.

“Kadına verilen danışmanlık hizmetinin amacı, doğmamış olan bir hayatı korumaktır. Danışmadaki ana fikir, kadını gebeliğini sürdürmesi açısından cesaretlendirmek ve ona çocuğu ile birlikte yaşayacağı hayatın açılımlarını anlatmaktır; danışma kadına, vicdani ve sorumluluğu çerçevesinde bir karar verme sürecinde yardımcı olmalıdır. Danışma sırasında, kadının, henüz doğmamış olan ceninin gebeliğin her aşamasında kadına karşı da, yaşam hakkının bulunduğunu ve bu nedenle, hukuk düzeninin çocuk düşürtmeyi sadece istisnai durumlarda kabul ettiği ve sadece kadının çocuğu doğurmasının neticesinde, çok ağır ve olağüstü bir yük altına girecekse, adeta kabul edilmez bir mağdur durumunda olacaksa, çocuk düşürtmenin kabul edildiği konularında bilinçlenmiş olması şarttır. Danışma sürecinin, kadına tavsiyede bulunmak ve yardım etmek suretiyle, gebelikten doğan çelişkili kararlar vermek durumu ile baş edilmesine ve zaruret halinin bertaraf edilmesine katkıda bulunmalıdır. Bu konudaki ayrıntılar, Gebelikle İlgili Sorunlar Hakkında Kanun⁷⁵⁷ ile düzenlenir ”.

Düzenlemenin ikinci fıkrasına göre, danışma mercii tarafından gebe kadına kanuna uygun olarak düzenlenmiş bir belge verilir. Düzenlemelere bakıldığında, Alman kanun koyucusunun çocuk düşürtmeyi ceza hukuku sorunundan ziyade psikolojik ve sosyolojik bir sorun olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca Alm. CK çocuk düşürme hususunda propaganda yapmayı (Alm. CK m. 219a) ve çocuk düşürtme araçlarını ekonomik amaçla olmasa da piyasaya sunmayı (Alm. CK m. 219b) da müstakil suç olarak düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK m. 99 çocuk düşürtme suçunu, TCK m. 100 ise çocuk düşürme suçunu düzenlemektedir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki; rızası olmayan kadının gebeliğine son verilmesi, TCK m. 99/1 gereği suçtur. Bu hüküm, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişinin cezalandırılacağını öngörmektedir. Rıza, bu suç tanımında tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra etmektedir⁷⁵⁸. Bu suç bakımından gebelik süresinin bir önemi yoktur. Gebelik kaçınıcı haftada olursa olsun, gebe kadının geçerli rızası hilafına gebeliğe son veren kişi cezalandırılacaktır. Son verilen gebeliğin süresi, bu fıkra bakımından temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

Çocuk düşür(t)me suçları bakımından özellik arz eden husus, kadının rızası doğrultusunda bu gebeliğe son verilmesi durumudur. Düzenlemelerden anlaşılacağı üzere,

⁷⁵⁷ “Schwangerschaftskonfliktgesetz”

⁷⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 305-306; Özen, *Özel Hükümler*, s. 382.

geçerli bir rızanın varlığı, çocuk düşür(t)me suçları bakımından, bazı durumlarda suçun oluşmasına engel olurken, bazı durumlarda suçun oluşması için gereklidir. Hatta bazı durumlarda rıza gösteren kadın da, rızası nedeniyle suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.

Kadının geçerli rızası olsa dahi, on haftayı doldurmamış gebeliklerde, gebeliğe son vermeye yönelik işlemlerin, yetkisiz kişi tarafından yapılması da suç olarak tanımlanmıştır (TCK m. 99/5). Bu durumda kadının müşterek fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira kanun koyucu on haftayı doldurmamış gebeliklerde, kadına gebeliği sonlandırma hakkı tanımıştır. Burada cezalandırılan gebeliğe son verilmesi değil, gebeliğin sona erdirilmesine yönelik işlemlerin yetkisiz kişiler tarafından gerçekleştirilmesidir.

On haftayı doldurmamış gebeliklerde, kadının geçerli rızası ile gebeliğe yetkili kişi tarafından son verilmesi suç değildir. Burada kural gebe kadının geçerli rızası doğrultusunda yapılan işlemlerdir. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun rızayı gösterecek kişiler bakımından ayırık bazı durumları düzenlemiştir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un, "Gebeliğin sona erdirilmesinde izin" başlıklı 6. maddesine göre, rahim tahliyesi küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakîminin izin vermesine bağlıdır. Akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. Rızaları aranılacak kişiler evli iseler, rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Bu ayırık durumlarda bulunan kişilerin, rahim tahliyesi hususunda tek başına gösterdikleri rıza geçerli değildir. Kanunda öngörülen kişilerin açık rızaları olmadıkça, bu durumda olan gebelere karşı yapılan rahim tahliyesi işlemleri, yetkili kişiler marifeti ile yapılırsa dahi hukuka aykırı olacaktır.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un, rıza hususunda ayırık tuttuğu durumlarda, rahim tahliyesi işlemlerinin sadece kadının rızası doğrultusunda yapılmasının, ceza hukuku sorumluluğuna etkisinin nasıl belirleneceği hususu tartışmalıdır. Zira TCK m. 99 düzenlemesinde sadece kadının rızasından bahsedilmiştir. Örneğin, evli bir kadının gebeliğine eşin rızası olmadan son verilmesinin ceza hukuku sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği hususu duraksamalara neden olmuştur. Doktrinde yaygın görüşe göre⁷⁵⁹, bu

⁷⁵⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 307; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 350; Bayraktar/Keskin Kızıroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Çocuk Düşürtme), s. 433; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.

durumda NPHK hükümlerine aykırılık söz konusudur⁷⁶⁰; failin çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Burada eşin rızasını aramayan kişinin idari açıdan sorumlu tutulması gerekir.

Yargıtay bir kararında⁷⁶¹, eşin rızası alınmadan yapılan rahim tahliyesi işlemlerinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren bir durumun olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay'ın da kararlarında esas aldığı bu görüşe katılmıyoruz. Zira TCK m. 99 düzenlemesinde, kadının rızasından bahsedilmektedir. Bununla birlikte NPHK m. 6 düzenlemesi bazı durumlarda, bu rızanın geçerliliğini ek şartlara bağlamıştır. Bu durumda kadının rızası tek başına geçerli bir rıza olarak kabul edilmemeli, NPHK m. 6'da öngörülen ek şartların gerçekleşmesi aranmalıdır⁷⁶². Zira TCK m. 99 hükmünün gerekçesinde⁷⁶³ de belirttiği gibi, çocuk düşür(t)me suçları bakımından 2827 sayılı NPHK' da yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Rıza bakımından, NPHK m. 6'da belirtilen ayırık durumlar söz konusu olduğunda, kadının rızasının yanında ilgili kişilerin rızası alınmadan yapılan müdahale hukuka uygun kabul edilemez. Örneğin, Yargıtay kararına konu olan olayda evli kadının eşinin rızası alınmadan rahim tahliyesi yapılması durumunda, işlemi yapan yetkilinin TCK m. 99/1'de düzenlenen çocuk düşürtme suçundan sorumlu tutulması gerekecektir. Evlilik birliğinin niteliği düşünüldüğünde, eşlerin birlikteliklerinden meydana gelen cenin hakkında, eşin rızasının aranması son derece yerinde bir düzenlemedir. Her ne kadar annenin vücudunda hayat bulsa da, cenin babanın sperm hücreleri olmaksızın meydana gelemez. Kadının rızası olmadan, kocasının rızasına dayanarak çocuğun düşürülmesi durumunda ise failin çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu olacağından şüphe yoktur.

Tıbbi zorunluluk ve kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halleri müstesna, on haftayı geçen gebelikler bakımından, geçerli bir rıza suçun oluşmasına engel

334, 1074; Topaç, T. H. (2013). *a.g.m.*, s. 179-180; Bu aykırılığın ceza hukuku sorumluluğunu değil, idari yaptırımını gerektirdiğine dair Ünver, Y. (2009). "Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme Ve Düşürme Suçları". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s. 191. Evli eşin rızasının aranmasına gerek olmadığına dair Otacı, C. (2008). *a.g.m.*, s. 41.

⁷⁶⁰ 2008 yılında yapılan değişiklikten önce, bu düzenlemeye aykırı hareket edenlerin, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmemesi koşulu ile ağır para cezası ile cezalandırılmaktaydı. 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, bu madde yürürlükten kaldırılmış, bu yaptırımın yerine bir yaptırım öngörülmemiştir (Bayraktar/Keskin Kızıroğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* [Çocuk Düşürtme], s. 433).

⁷⁶¹ 5.CD., 10.3.2015, E. 2014/11481, K. 2015/8083.

⁷⁶² Burada söz konusu olan rıza NPHK'da yer alan hükümlere göre geçerli olan rızadır (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 370).

⁷⁶³ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s. 506 vd.

değildir⁷⁶⁴. Hatta bu durumda, rıza gösteren kadının da, fiile rıza göstermesi nedeniyle ceza hukuku sorumluluğu doğmaktadır (TCK m. 99/2).

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, kadının rızası doğrultusunda, yirmi haftayı doldurmamış gebeliği sona erdiren kişiye ceza verilmeyecektir (TCK m. 99/6). Rıza bu düzenleme bakımından tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra etmektedir⁷⁶⁵. Bu durumda, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir. Bu nedenle kadının gebeliğine son verilmesi için ayrıca eşin rızası aranmamıştır.

Doktrinde TCK m. 99/6 hükmünün hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, gebe bırakılan kadın açısından kusurluluğu kaldıran özel bir zorunluluk hali söz konusudur⁷⁶⁶. Bu görüşe göre, burada verilen rızaya rağmen, gebeliği sona erdirme hukuka uygun olmayacaktır. Böyle bir durumda kadının verdiği rıza sonucu onun içinde bulunduğu zorunluluk halinden yetkili hekim de yararlanacaktır. Dolayısıyla bu düzenleme bakımından rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez⁷⁶⁷.

Bu değerlendirmeler suç mağduru kadın bakımından yerindedir. Çocuğu bir başka kişinin müdahalesi olmadan, kendi kendine düşüren kadın, TCK m. 99/6 hükmü kapsamında değerlendirilmemektedir⁷⁶⁸. Bu hüküm gebeliğe son veren üçüncü kişileri kapsayan bir hükümdür. Bu nedenle kadının gebeliğe son vermesi somut olayın durumuna göre zorunluluk hali kapsamında kabul edilebilir. Ancak işlemi yapan yetkili doktor bakımından, bu işlemi zorunluluk hali ya da cezasızlık nedeni olarak kabul etmek yerinde değildir. Zira TCK m. 99/6 hükmünün uygulanması için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi şartı aranmaktadır. Hastane ortamında uzman bir hekim, gebeliğe son verme işlemi kendisine resmi olarak başvuruda bulunan kişiye, hasta doktor ilişkisi

⁷⁶⁴ Rızanın varlığının bu suç bakımından unsur olarak ele alınması gerekir. Madde metninde geçen “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesinden rıza olsun ya da olmasın suçun tipikliği gerçekleşecekmiş gibi bir anlam çıkmakta ise de, bu düzenleme TCK m. 99/1 hükmü ile bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Çocuk düşürtme suçunun kadının rızası hilafına işlenmesi durumunda, TCK m. 99/1 hükmünde tanımlanan suçun tipikliği gerçekleşmiş olacaktır (Aynı yönde Özen, *Özel Hükümler*, s. 383).

⁷⁶⁵ Aynı yönde Özen, *Özel Hükümler*, s. 383.

⁷⁶⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 1088.

⁷⁶⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 370. Bir diğer görüşe göre, bu düzenleme ile özel bir cezasızlık nedeni öngörülmüştür (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 308). Görüşler için bkz. Can, S. (2015). “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2015 (1), s. 97.

⁷⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 355; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 313. Hukukta genel geçerli evleviyet (öncelik) kuralı ve normun *ratio legis*'inden hareketle, gebe kadının da bu hükümden yararlanması gerektiğine dair Ünver, Y. (2009). *a.g.t.*, s. 211, 215, 220, 221, 229.

içerisinde, görevi olması ve yetki verilmesi nedeni ile uygulamaktadır. Her ne kadar NPHK'da suç mağduru kadınlarla ilgili bir düzenleme olmasa da, hekim TCK m. 99/6 hükmünün kendisine tevdi ettiği görevi ifa etmektedir. Buradaki çelişkinin giderilmesi için NPHK'ya suç mağduru kadınların gebeliklerine son verilmesi hususunda düzenleme eklenmesi yerinde olur.

Madde metninde, hamileliğe yol açan fiilin ispatı bakımından veya tıbbi müdahalenin öngörülen süre içerisinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi bakımından bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. TCK m. 99/6 hükmünün uygulanabilmesi için kadının salt beyanına dayanarak kürtajın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Kadının mağduru olduğu suç için mutlaka soruşturma veya kovuşturmayla başlanmış olması gerekir. Kürtajın, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında davanın yürütüldüğü mahkemenin bilgisi dâhilinde yapılması gerekir⁷⁶⁹. Aksi durumda kürtajı gerçekleştiren kişilerin ceza hukuku sorumluluğundan kurtulmaları söz konusu değildir⁷⁷⁰. Bu konuda yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır. Yapılacak ayrıntılı bir düzenleme ile oluşturulacak olan denetim mekanizması gereksiz tartışmaların önüne geçeceği gibi söz konusu hükmün kötüye kullanılmasını da engelleyecektir.

Burada akla gelen diğer bir husus, kadının rızası ile cinsel ilişkiye girdiği durumlarda, mağduru olduğu suçtan dolayı on haftayı geçmiş ve fakat yirmi haftayı geçmemiş bir gebeliğe son verilip verilemeyeceği hususudur. Kadın, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği bazı durumlarda da suçun mağduru olarak kabul edilmektedir. Bir kadının rızası ile gerçekleştirdiği cinsel bir ilişkiden gebe kalması durumunda, TCK m. 99/6 hükmünden yararlanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Örneğin, on sekiz yaşını doldurmamış bir kadın, rızası ile cinsel ilişkiye girse dahi somut olaydaki duruma göre, TCK m. 103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun veya TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olacaktır. Ya da fuhuş yapan reşit bir kadının para karşılığı gerçekleştirdiği cinsel ilişki sonucu gebe kalması durumunda, kadın mağduru olduğu bir suç sonucunda gebe kalmaktadır. TCK m. 99/6 hükmü, kadının mağduru olduğu bir suç sonucunda gebe kalması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.

⁷⁶⁹ Gebe kadın, mağduru olduğu bir suçtan dolayı hamile kalmamasına rağmen, yalan söyleyerek TCK m. 99/6 hükmü kapsamında rahimini tahliye ettirse, yapılan yargılama sonucuna kadının yalan söylediği anlaşılırsa, gebe kadını TCK m. 99/2 hükmü gereği sorumlu tutmak gerekir. Rahim tahliyesini gerçekleştiren yetkilinin ceza hukuku sorumluluğunu, gerçek durumu bilip bilmemesine göre belirlemek gerekir (Özen, *Özel Hükümler*, s. 379).

⁷⁷⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 370, dn. 532. Aynı yönde Topaç, T. H. (2013). *a.g.m.*, s. 184.

Kanaatimizce, TCK m. 99/6 hükmünün, sadece kadının geçerli rızasının olmadığı durumlarda, mağduru olduğu suçlar bakımından uygulanması gerekir⁷⁷¹. Zira TCK m. 99/6 düzenlemesinin amacı, bir erkeğin zorla gerçekleştirdiği fiil neticesinde oluşan gebelikte, kadının bu erkeğin çocuğunu karnında taşımasının, onun bakımından ortaya çıkaracağı travmaların önlenmesidir. Böyle bir durumla karşılaşan kadının ruhsal durumunun bozulacağı, cinsel saldırı neticesinde dünyaya gelen çocuğun anaya daima cinsel saldırı fiilini hatırlatacağı ve kadının uğradığı haksızlığın bedelini onu bakımsız bırakarak çocuğa ödeyebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenlerle, kadının mağduru olduğu suç sonucu oluşan bir gebelikte, çocuğun düşürtülmesine belli şartlar altında müsaade edilmektedir⁷⁷². Bunun sonucu olarak, reşit olmayanla cinsel ilişki ve fuhuş suçları sonucu meydana gelen çocuklar bakımından, TCK m. 99/6 hükmünün uygulanması mümkün değildir⁷⁷³. Çocukların cinsel istismarı suçunda ise çocuğun cinsel ilişkiye rızası, hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilmediği için TCK m. 99/6 hükmü uygulanabilecektir. Unutulmamalıdır ki, TCK m. 99/6 hükmünün uygulanabilmesi için, kadının çocuk düşürtmeye yönelik rıza göstermiş olması gerekir. Mağduru olduğu bir suçtan gebe kalmasına rağmen, çocuğunu doğurmak isteyen bir kadına zorla müdahale edilmesi mümkün değildir.

Çocuk düşürtme suçu bakımından, rıza gösteren kadının ceza hukuku sorumluluğunu değerlendirecek olursak, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın da müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 99/2). Bu suç bakımından, kanun koyucu genel iştirak kurallarından ayrılarak, rıza gösteren kadının daha az ceza ile cezalandırılmasını öngören özel bir iştirak hükmü öngörmüştür.

Ayrıca, gebe kadının on haftayı doldurmuş gebeliklerde, kendi imkânları ile gebeliğe son vermesi müstakil suçtur (TCK m. 100). Bu suç bakımından gebe kadın, herhangi bir kişiden yardım almadan, kendi imkânları ile gebeliğe son vermektedir. Bu anlamda bu suç özgü bir suç olup, fail yalnızca gebe kadının kendisi olabilir. Bu durumda bulunan kadına karşı çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak araç tedarik eden kişi suça

⁷⁷¹ Hükmün, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için uygulanabileceğine dair görüş için Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 1089. Hiçbir ayırım yapmadan bütün suçlar bakımından uygulanabileceğine dair Ünver, Y. (2009). *a.g.t.*, s. 219-220. Gebeliğin, doğrudan suçun işlenmesi ile gerçekleştiği suç tipleri bakımından uygulanması gerektiğine dair Topaç, T. H. (2013). *a.g.m.*, s. 183.

⁷⁷² Önder, A. (1994). *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul: Filiz Kitapevi, s. 181; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 1087-1088.

⁷⁷³ Alm. CK m. 218a, bu tip bir düzenlemeye (TCK m. 99/6), her suç tipi bakımından değil, kanununun 176, 177, 178 ve 179. maddelerinde düzenlenen suçlar bakımından yer vermiştir. Bu suçların özelliği kadının rızası hilafına veya kadının rızasının geçerli olmadığı (çocukların cinsel istismarı) durumlarda işlenen suçlar olmasıdır. Bu suçlar dışında kalan suçlar bakımından, genel kurallar geçerli olacaktır.

yardım eden olarak çocuğun düşürmesi hususunda onu teşvik veya tahrik eden kişi suça azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir.

Gebeliği on haftayı geçen hamile bir kadın, kendi müdahalesi olmaksızın, herhangi bir nedenle cenini düşürme tehlikesi ile karşı karşıya kalsa ve çocuğunu düşürmek amacıyla kendisine uygulanacak olan tedaviyi reddetse, bunun sonucu olarak çocuk düşse, kadının ve hareketsiz kalan hekimin ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. Burada tıbbi bir müdahale söz konusu olduğu için annenin rızası olmaksızın yapılacak müdahale hukuka uygun olmayacaktır. Her ne kadar ceninin yaşam hakkı korunacak bir değer olsa da anneye müdahalede bulunmaksızın cenine müdahalede bulunmak mümkün olmadığından dolayı, annenin rızası olmadan ona tıbbi müdahale bulunmak mümkün değildir⁷⁷⁴. Zira Türk Hukuku'nda ceninin sağ olarak dünya gelmesi için kadının rızası hilafına gerçekleştirilen müdahaleye katlanma yükümlülüğü getiren yasal bir düzenleme de mevcut değildir⁷⁷⁵. Böyle bir durumda, hareketsiz kalan hekimin ceza hukuku sorumluluğu söz konusu değildir.

Gebe kadının müdahaleye rıza göstermemesinden dolayı cenin düşse dahi ceza hukuku sorumluluğu yoktur. Kadın ceninin düşmesine neden olacak bir fiili işlemediği gibi bu tip bir fiile rıza göstermemiştir. Kadının kendi fiili dışında bir nedenden dolayı cenin düşmektedir. Kadın, tıbbi müdahaleyi reddetmek sureti ile ceninin düşmesine ihmali bir davranışla neden olmaktadır. Kadının buradaki fiili ihmali bir fiildir. Kadın, ceninin düşmesinin engellenmesi için gerekli tıbbi müdahaleyi yaptırmaktan imtina etmektedir. Görüldüğü gibi burada ortaya çıkan sorun, çocuk düşürme suçunun ihmali⁷⁷⁶ bir hareketle işlenip işlenemeyeceği sorunudur. Burada gebe kadının ceza hukuku sorumluluğu yoktur. Zira çocuk düşürme suçunun ihmali davranışla işlenebileceğini öngören yasal bir düzenleme mevcut değildir. Ayrıca gebe kadın bu durumda garantör durumunda da değildir⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 1074.

⁷⁷⁵ Badur, E. (2017). *a.g.e.*, s. 79.

⁷⁷⁶ İhmali suçlar, gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak ayrılmaktadır. Gerçek ihmali suçlarda ihmali hareketin ne olduğu kanuni tanımda belirtilmiştir. Görünüşte ihmali suçlarda ise kanun koyucu esasen icrai hareketle işlenen bir suçu, ayrı bir düzenleme ile ihmali davranışla da işlenebileceğini öngörmektedir. Örneğin, TCK m. 98 hükmü ile düzenlenen “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçu gerçek ihmali bir suçtur. Kanun koyucu kasten öldürme suçunu düzenlemekle birlikte, bu suçun ihmali davranışla işlenmesini TCK m. 83 hükmü ile ayrı bir suç tipi olarak düzenlemiştir. Bu suç ise görünüşte ihmali bir suçtur. Görünüşte ihmali suçlar bakımından failin engellemediği tipe uygun neticeden sorumlu olabilmesi için özel bir yükümlülük altında bulunması gerekir (garantörlük). Ayrıca, yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 229-230; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 396-398).

⁷⁷⁷ Kanun koyucunun bazı suç tipleri bakımından, ihmali davranışla işlendiği durumları ayrıca suç olarak düzenlemesi icrai olarak işlenen bütün suçların ihmali olarak da işlenip işlenemeyeceği hususunu tartışmalı hale getirmiştir. İhmali davranışla işlenebileceği açıkça öngörülme suçların, ihmali davranışla işlenmesi mümkün değildir. Zira aksi bir kabul, kanun koyucunun belli suç tipleri bakımından getirmek istediği

4.1.2.4. Zorunlu Aşı

Bebeklik döneminde rutin olarak uygulanan aşuların zorunlu olup olmadığı, ebeveynlerin rızası hilafına bebelere aşı uygulanıp uygulanamayacağı, uzun süredir hem dünyada hem ülkemizde önemli bir tartışma konusu olmuştur. Son yıllarda bu tartışmalar AYM ve Yargıtay kararlarına da yansımıştır.

Bu tartışmanın bir tarafında, aşuların çocukları hastalıklara karşı koruduğunu, aşı yapılmadığı takdirde çocukların ciddi ölümcül hastalıklarla karşı karşıya gelebileceğini, bunun yanında toplum sağlığının da ağır darbe alacağını, salgın hastalıkların yaygınlaşacağını, aşuların önemli yan etkileri olmadığını ileri süren uzmanlar yer almaktadır. Tartışmanın diğer tarafını ise aşılamanın artmasıyla otizm, MS, dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu ve alerji gibi rahatsızlıkların artış gösterdiğini, aşılamanın abonelik sistemine benzer bir sistemde yapılmasının tıp biliminin verilerine ve tıp etiğine aykırı olduğunu, hiçbir test yapılmadan uygulanan aşuların henüz bağışıklığı gelişmemiş bazı çocuklarda ani ölümlere ve kalıcı sakatlıklara neden olduğunu, ileri süren uzmanlar yer almaktadır. Bu tartışmalar, aileleri endişeye sevk etmekte, bazı aileler çocuklarına aşı yaptırmaktan imtina etmektedir.

Aşı, birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için vücuda kas, damar ya da ağız yolu ile verilen, ilgili hastalığın mikrobu ile hazırlanmış olan eriyik(çözelti) olarak tanımlanmaktadır⁷⁷⁸. Aşının amacı, hastalıklara karşı vücuda korumak için bağışıklık sistemine yardımcı olmaktır. Aşı ile vücuda bağışıklık sağlamak amacı ile ilgili hastalığa neden olan mikrobu zayıflatılmış ya da etkisiz hale getirilmiş şekli verilir. Bu sayede vücut o mikroba karşı bağışıklık kazanır⁷⁷⁹. Hayatının ilerleyen dönemlerinde, hariçten bu mikroba maruz kalan kişi, vücudunun kazandığı bağışıklık sayesinde mikroplarla daha kolay mücadele edecek ve yakalandığı hastalığı kolay bir şekilde atlatacaktır.

Aşı bireysel korumaya hizmet eden bir müdahaledir. Bunun yanında, özellikle bebeklik döneminde uygulanan aşuların, kamusal yarara da hizmet ettiği söylenebilir. Yapılan aşular ile belli hastalıkların ortaya çıkışının engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu durum Sağlık Bakanlığı'nın 25.2.2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama

düzenlemeyi yok saymak anlamına gelir. Kanun koyucu genel bir düzenleme yerine, belli suç tipleri bakımından suçun ihmali davranışla işlenebileceğini öngörmüştür. Çocuk düşürtme suçunun ihmali davranışla işlenebileceğine dair Hafizoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 139-140.

⁷⁷⁸ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.11.2018).

⁷⁷⁹ http://www.ttb.org.tr/kutuphane/asi_rehberi.pdf (Erişim Tarihi: 11.11.2018).

Programı Genelgesinin⁷⁸⁰ giriş kısmında da ifade edilmektedir. Buna göre, “bağışıklama hizmetlerinde temel amaç; toplumda, özellikle bebek ve çocuklarda aşı ile korunulabilir hastalıkların ortaya çıkışını engellemek, dolayısıyla bu hastalıklardan kaynaklanan ölümlerin ve sakatlıkların önüne geçmektir.”

Rızası bulunmamasına rağmen, kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilecek durumlardan biri kamu sağlığıdır. Bu tip bir durumda hekimin tedavi yükümlülüğü bulunduğu gibi kişilerinde bu tedaviye katılma yükümlülükleri vardır. Bu husus toplum yararının söz konusu olduğu durumlarda, kişilerin yararlarının ikinci plana atılması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Zira bu durumda daha üstün kamusal bir yararın olduğu kabul edilmektedir⁷⁸¹. Bu nedenle bireysel bakımdan gerekli olmayan müdahalelere de başvurulmaktadır. Ancak bu tip bir müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir.

Aşı, koruyucu tedavi niteliğine sahip tıbbi bir müdahaledir. Tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale, tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir. Kanunla öngörülen istisnalar dışında, bütün tıbbi müdahaleler açısından aydınlatma ve rıza şartı aranmaktadır. Dolayısıyla, diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, bu müdahalenin hukuka uygunluğunun şartlarından biri de aydınlatılmış rızadır.

Bebeklik dönemi önleyici aşılarının⁷⁸² Sağlık Bakanlığı'nın bir programı⁷⁸³ çerçevesinde rutin olarak uygulanması, aydınlatma ve rıza zorunluluğunu ortadan

⁷⁸⁰ <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbp Genelge2008pdf.pdf> (Erişim Tarihi: 11.11.2018).

⁷⁸¹ Arslan Hızal, S. (2012). *a.g.m*, s. 241; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 365-366; Kara Kılıçarslan, S. (2015). *a.g.e.*, s. 118-119.

⁷⁸² Genelgeye göre doğumdan itibaren çocuklara uygulanan aşılar ve aşılama takvimi şu şekildedir:

“Okul Öncesi Aşılamalar:

-Doğumda (İlk 72 saat içinde) Hep B-1 (Hepatit B)

- 1. Ayın bitiminde (4 haftalık) Hep B-2

- 2. Ayın bitiminde (8 haftalık) DaBT-İPA-Hib-1 (Difteri, Aselüler Boğmaca, Tetanoz, İnaktif Polio, Hemofilus influenza tip b aşısı (Beşli Karma aşı), BCG (Bacille Calmette-Guerin aşısı)

- 4. Ayın bitiminde (16 haftalık) DaBT-İPA-Hib-2

- 6. Ayın bitiminde (24 haftalık) DaBT-İPA-Hib-3, OPA (Oral Polio aşısı), Hep B-3

- 12. Ayın bitiminde (52 haftalık) KKK (Kızamık, Kızamıkçık, Kabakulak aşısı)

- Rapel doz (18-24 aylık) DaBT-İPA-Hib-R, OPA (DaBT-İPA-Hib-3'den 1 yıl sonra)

Okul Aşılamaları:

- İlköğretim 1. sınıfta OPA, KKK, Td (Erişkin Tipi Difteri-Tetanoz aşısı)

- İlköğretim 8. sınıfta Td”

⁷⁸³ Bebeklik dönemi aşıları Sağlık Bakanlığı'nın 25.2.2008 tarihli, Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesine göre yürütülmektedir. Genelgeye göre, “...program çerçevesinde temel hedef aşısız çocuk bırakmamaktır. Bu konuda düzenleme yapılırken dünyadaki çeşitli gelişmeler takip edilmekte ve akademisyenlerden oluşan Sağlık Bakanlığı Bağışıklama Danışma Kurulu'nun tavsiyeleri dikkate alınmaktadır.”

kaldırmamaktadır. Aydınlatma ve rıza zorunluluğu ancak açık bir kanun hükmü ile kaldırılabilir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda açık bir şekilde zorunlu olduğu belirtilenler⁷⁸⁴ dışında hiçbir aşı zorunlu değildir⁷⁸⁵. Koruyucu aşilar hususunda da hekim riskler ile ilgili özellikle üretici firmanın uyarılarını, aşılana hastaya aktarmakla yükümlüdür⁷⁸⁶. Alman Federal Mahkemesi’nin kararına konu olan bir olayda, ebeveynleri aydınlatılmadan çocuk felci aşısı uygulanan bebek, uygulanan aşı sonrasında çocuk felcine uğramıştır. Bu olayda genel olarak enfeksiyon riski çok az olmasına rağmen, Alman Federal Mahkemesi bu hususta, aşiyı uygulayan sağlık çalışanınin bilgi verme yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir⁷⁸⁷.

Sağlık Bakanlığı’nın 25.2.2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesine göre; aşılama sonrası sıklıkla hafif, oldukça nadir olarak da yaşamı tehdit edecek kadar ciddi istenmeyen etkiler gözlenebilir⁷⁸⁸. Kişiler aşı uygulanmadan önce, bu hususlarda aydınlatılmalıdır.

Ayrıca genelgeye göre, aşiların nadirde olsa yapılmaması gereken durumlar vardır. Bu durumlar genelgede, “genel aşı kontrendikasyonları”⁷⁸⁹ olarak belirtilmiştir⁷⁹⁰. Bunlar:

“Bir aşıya karşı gelişen anafilaktik⁷⁹¹ reaksiyon, o aşının sonraki dozları için kesin kontrendikasyon oluşturur.

⁷⁸⁴ Bu konuda UHK m. 88 vd. maddelerinde getirdiği bazı düzenlemeler vardır. Bu düzenlemeler sırası şu şekildedir:

“Türkiye dahilinde her fert çiçek aşısı ile mükerreren aşılamağa mecburdur...”

“Türkiye hudutları dahilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılır. Çocuğun peder ve validesi aşı mecburiyetinin ifa edilmesinden aynı suretle mesuldürler. Ebeveyni olmayan çocuklar veya ebeveyni nezdinde bulunmayan çocuklar için çocuğu bakmak üzere kabul eden şahıslar veya müesseseler müdürleri mesuldürler.”

“Otuz yaşına kadar olan her şahıs çiçek aşısını beş senede bir tekrar ettirmeğe mecburdur. Çiçek salgını vukuunda sıhhat memurları tarafından lüzum görülecek bütün eşhasa çiçek aşısı tatbiki mecburidir.”

⁷⁸⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 372; Hakeri, H. (2015, 6-7 Kasım). *VI. Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara, s. 159 (soru-cevap bölümü).

⁷⁸⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 270.

⁷⁸⁷ BGHZ 126, 386; aynı doğrultuda Alman Temyiz Mahkemesi NJW 2000, 1784, 1785. (aktaran Fischer, G. [2006]. "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü". [Çev.Efe D.]. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3[2], s. 9).

⁷⁸⁸ Aşı uygulanan bir kişide aşı sonrası ortaya çıkan, bilinen aşı yan etkisi ya da aşıya bağlı olduğu düşünülen herhangi bir istenmeyen tıbbi olay ASİE (Aşı sonrası istenmeyen etkiler) olarak tanımlanmakta, bu etkiler sisteme kaydedilmektedir.

⁷⁸⁹ Bu terim TDK’nın tıp terimleri kılavuzunda “sakınca” olarak tanımlanmaktadır (Kaynak: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5bcb6e1555bcf9.62464220- Erişim Tarihi: 12.7.2018).

⁷⁹⁰ <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117.gbpgenelge2008pdf.pdf?0> (Erişim Tarihi: 12.7.2018)

⁷⁹¹ Bu terim TDK terimler sözlüğünde “Genellikle parenteral ilaç veya aşı uygulamalarından sonra, uyarılmış mast hücrelerinden ve bazofillerden antikora karşı kimyasal araçların salınımı sonucu damarların

Bir aşı bileşenine karşı gelişen anafilaktik reaksiyon, bu maddeyi içeren tüm aşular için kesin kontrendikasyon oluşturur.

Ateşli veya ateşsiz ciddi hastalık durumunda, izleyen hekime danışılmadan aşı uygulanmaz.”

Görüldüğü gibi aşı uygulaması sonucunda bir aşuya ya da aşı bileşenine karşı gelişen ani ağır alerjik reaksiyonlar ve ateşli veya ateşsiz ciddi hastalıklar, sonraki aşuların uygulanmasına engel durumlar arasında sayılmaktadır. Bu tip durumlar, önceden herhangi bir tetkik yapılmaması halinde, ancak aşının uygulanması sonucu tespit edilebilecektir. Bu ise ilk aşının uygulanması sonucunda istenmeyen sonuçların⁷⁹² ortaya çıkmasına neden olabilecektir⁷⁹³. Zira özellikle *anafilaktik reaksiyon* vücudun bütün sistemlerini etkileyen, ölümcül sonuçları olabilen bir rahatsızlıktır.

Beden bütünlüğü ihlali niteliğinde olan fiillere rıza gösterme kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Tıbbi bir müdahale niteliğinde olan aşuya rıza gösterme de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır.

Bebeklere uygulanan tıbbi müdahaleler bakımından rıza gösterme yetkisi ebeveynlerindedir. Bu rıza gösterme hususunda bir yetkinin ya da hakkın devredilmesi değildir. Kişilerin üstün nitelikteki özel yararlarının söz konusu olduğu durumlarda, onlar adına başkalarının rıza göstermesini öngören kanuni düzenlemelerdir. Bu durumda, ebeveyn bebek adına rıza açıklıyor değildir. Aksine kanunun verdiği yetkiye dayanarak kendi adına rıza açıklamaktadır. Bu nedenle bu tip durumlarda fiilin hukuka uygun olmasını sağlayan neden rıza değil, kişinin üstün nitelikteki özel yararına dayanan kanunun hükmünün icrasıdır.

Ebeveynlere verilen bu yetkinin kullanımı sınırsız değildir. Ebeveynin rızası olsa dahi, bebeğin yararına hizmet etmeyen tıbbi bir müdahale hukuka uygun olmayacaktır. Aynı şekilde müdahalede bulunulmaması durumunda, bebeğin sağlığı ve hayatı bakımından önemli ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkacak olması durumunda, tıbbi müdahale ebeveynin

genişlemesi ve geçirgenliğin artmasıyla belirgin, yerel veya yaygın, şiddetli ve çabuk gelişen alerjik reaksiyon” olarak tanımlanmaktadır.

⁷⁹² Bu etkilerin yanı sıra, uygulanan aşı programına, tıp alanında bazı akademisyenler çeşitli nedenlerle itiraz etmektedir. İtirazlar, tartışmalar ve açıklamalar için bkz. <http://www.radikal.com.tr/hayat/asiyla-otizm-arasinda-bilimsel-bir-iliski-yok-1397353/> (Erişim Tarihi: 12.7.2018).

⁷⁹³ Toplumsal yaşamda bazı ebeveynler, çocuklarına aşı yaptırdıktan sonra ortaya çıkan olumsuz durumlardan sonra aşı yaptırmaktan imtina etmektedirler (<http://www.radikal.com.tr/hayat/bir-cocuk-daha-yapacak-olsam-hicbir-asiyi-yaptirmazdim-1396540/>- Erişim Tarihi: 12.7.2018).

reddetmesine rağmen gerçekleştirilebilecektir. Durum acilse hekim derhal müdahalede bulunacak, bu müdahale görevin ifası nedeni ile hukuka uygun hale gelecektir. Durumun acil olmadığı olaylarda ise hastanın içinde bulunduğu keyfiyetin müdahaleyi zorunlu kılması nedeniyle, TMK hükümleri çerçevesinde hâkimin müdahalesi talep edilecek ve rızanın hâkim kararıyla verilmesi sağlanacaktır.

Ebeveynin aşya rıza göstermemesi, rıza yetkisini kötüye kullandığını göstermez. Zira aşının koruyucu niteliği uzun vadelidir; çocuğun sağlığı bakımından acil bir tehlike söz konusu değildir⁷⁹⁴. Bir yasal hüküm ile aş zorunluluğu getirilse dahi, haklı gerekçeleri olmadığı takdirde bu yasa hükmü Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ile Anayasa'ya aykırı olacaktır⁷⁹⁵.

Kanaatimizce de acil bir tehlike⁷⁹⁶ söz konusu olmadığı hallerde aşılamanın zorunlu kılınması, hatta aş yaptırmaktan imtina eden kişilerin cezalandırılması Anayasa'ya ve Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı olacaktır⁷⁹⁷. Rızası hilafına bir kişinin beden bütünlüğüne müdahalede bulunmak AY m. 17 gereği tıbbi zorunluluk olduğu durumlarda ve yasanın öngördüğü durumlarda mümkündür. Her ne kadar AY m. 17 ile ilgili özel sınırlama nedenleri öngörülmemiş ise de, demokratik toplumun ve laik Cumhuriyetin gereklerine, anayasanın sözüne ve ruhuna, ölçülülük⁷⁹⁸ ilkesine aykırı bir sınırlama kabul edilebilir değildir (AY m. 13)⁷⁹⁹.

Ayrıca, Türkiye'nin de taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi bu konuda sınırlama nedenleri öngörmüştür. Sözleşmenin 26. maddesine göre; “*Bu Sözleşmede yer alan haklar*

⁷⁹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 373, 375.

⁷⁹⁵ Bu hususta, Türk Tabipler Birliği'nin, kamuoyu ile de paylaştığı yasa değişikliği önerisi hem TCK'da hem de UHK'da düzenleme öngörmektedir. Düzenlemenin amacı bebeklik dönemi aşları için yasal alt yapı hazırlamaktır. Öngörülen düzenlemeler ile UHK ile bebeklik dönemi aşlarının zorunlu olduğu vurgulanmakta, TCK m. 195'te yapılan düzenleme ile zorunlu aşları reddederek sorumluluğu altında olan bebeklerin aşılınmalarını engelleyen kişilerin cezalandırılacağı öngörülmektedir. (Teklif metni için bkz. http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509).

⁷⁹⁶ Salgın bir hastalığa karşı aşının zorunlu kılınabileceğine dair Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 127

⁷⁹⁷ Bebeklik dönemi aşlarının kanunla düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte, bu düzenlemenin meşru bir amacının bulunmasının yanında, demokratik toplumda zorunlu bir ihtiyacı karşılaması, elverişli ve ölçülü bulunması gerekir (Gökcan, *a.g.e.*, s. 258).

⁷⁹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 34 yaşında bir vatandaşa yönelik olarak uygulanan zorunlu aş ile ilgili vermiş olduğu bir kararında, kanunilik şartını sağlamak koşuluyla, aş uygulamasının bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaatin karşılaştırılması ve bu ikisi arasında dengenin kurulması gerekmektedir (Solomakhin/Ukrayna, 15.3.2012, Başvuru No: 24429/03, §. 33-38).

⁷⁹⁹ AYM, Halime Sare Aysal, B. No: 2013/1789, §. 57-59.

ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır.”

Tıbbi bir müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri de müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesidir. Müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olup olmadığının tespitinde müdahalenin gerçekleştiği tarih itibarıyla tıp biliminin gelişmişlik düzeyi göz önünde bulundurulacaktır. Tıp bilimindeki gelişmeler karşısında, bir müdahale yönteminin bilahare sakıncalı ve hatta yanlış olduğu tespit edilmiş olabilir. Ancak bu tespit, gerçekleştirildiği tarihte tıp biliminin verilerine uygun olması itibarıyla, bir tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olarak kabul edilmesini gerektirmez⁸⁰⁰.

Bebeklik dönemi aşularının zorunlu kabul edilmesi, bu aşuların ve uygulanış yöntemlerinin geliştirilmesinin önünde engel olacaktır. Ayrıca aşılama yönteminin, bağışıklık kazandırmada ve hastalıkların yayılmasının engellenmesinde tek yol olarak görülmesi gibi bilimsel olmayan bir sonuca ulaşmamıza neden olacaktır. Tıp biliminin geldiği düzey göz önüne alındığında, aşuların geliştirilerek yan etkilerinin en aza indirilebilmesi ve daha etkin bir hale getirilmesi mümkündür. Tıbbi bir müdahale olsa da, aşı ticari bir üründür. Aşuların zorunlu olduğu bir durumda, aşı üreticilerinin aşuları daha güvenli hale getirmek için hiçbir makul objektif nedenleri kalmayacaktır. Bu durumda ise ticari kaygılarla hareket eden ilaç şirketleri, aşuların geliştirilmesi için herhangi bir adım atmaktan imtina edecektir.

Yargıtay’ın bebeklik dönemi aşuları ile ilgili vermiş olduğu çeşitli kararlar vardır. Bir kararında⁸⁰¹ Yargıtay, aşının tıbbi bir müdahale olduğunu, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından birinin aydınlatılmış rıza olduğunu belirtmiş, aşının zorunlu olmasının aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Birçok kararında Yargıtay⁸⁰², bebeklik dönemi aşularının gelecekte ortaya çıkması muhtemel hastalıklardan çocuğu bireysel olarak korumanın yanında, toplum sağlığı

⁸⁰⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 388.

⁸⁰¹ 2.HD., 3.3.2014, E.2013/21336, K.2014/4508.

⁸⁰² 19.CD., 5.11.2015, E.2015/87, K.2015/6676; 19.CD., 5.11.2015, E.2015/16, K.2015/6675; 2.HD., 9.6.2015, E.2015/11141, K.2015/12106; 2.HD., 1.6.2015, E.2014/9985, K.2015/11141; 2.HD., 26.5.2015, E.2014/28082, K.2015/10714; 2.HD., 13.5.2015, E.2015/637, K.2015/10057; 2.HD., 7.5.2015, E.2015/1170, K.2015/9552; 2.HD., 4.5.2015, E.2014/22611, K.2015/9162; 2.HD., 1.4.2015, E.2014/26980, K.2015/6339.

açısından gerekli, Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" çerçevesinde yapılması zorunlu aşılarından olduğunu belirtmiştir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcilerinin uygulanacak aşı hakkında aydınlatılmalarına rağmen, hiç bir haklı gerekçe göstermeksizin rıza göstermemeleri çocuğun menfaatine aykırı olduğundan, bu tavra hukuki sonuç bağlanamayacağına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu ihlal kararlarının ardından Yargıtay vermiş olduğu kararlarında⁸⁰³, ihlal kararının derece mahkemelerinde devam eden davalarda da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir⁸⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin bebeklik dönemi aşılı ile ilgili vermiş olduğu iki önemli karar vardır. Bu iki kararında da AYM, zorunlu aşı uygulamasının AY m. 17 ile koruma altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirmesi hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Bu kararlardan ilki, 11.11.2015 tarihinde verilen karardır⁸⁰⁵. Başvurucu, başvurusunda, velayet altında bulunan çocuğa uygulanan bebeklik dönemi aşılı, ebeveyn olarak kabul etmemeleri üzerine, çocuğa mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına⁸⁰⁶ ilişkin verilen kararın, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM, kanuni bir dayanak olmaksızın rızası hilafına kişilere aşı

⁸⁰³ 2.HD., 12.1.2016, E.2015/24695, K.2016/361; 2.HD., 5.5.2016, E.2016/6766, K.2016/9249; 2.HD., 18.9.2017, E.2017/3976, K.2017/9562.

⁸⁰⁴ Kararın gerekçesi şu şekildedir:

"... benzer uygulamalarda, bireysel başvuru konusu yapılması halinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da muhakkak görülmektedir. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye'nin "taraf olduğu eki protokollerin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir yoldur. Bu husus, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin birçok kararında ifade edilmiştir. O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında, hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmiştir."

⁸⁰⁵ AYM, 11.11.2015, B. No: 2013/1789.

⁸⁰⁶ Karara konu olay özetle şu şekilde gerçekleşmiştir:

Çocuğun bebeklik dönemi aşılılarının anne ve babası tarafından reddedilmesi nedeni ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü, mahkemeden, çocuk hakkında 3.7.2005 tarihli ve 5395 sayılı ÇKK m. 5/1-d hükmüne dayanarak sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesi; "Genişletilmiş bağışıklama programında yer alan aşılıların önemiyle alakalı olarak yapılan açıklama ve eğitime rağmen ebeveynleri tarafından aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların 5395 sayılı ÇKK m. 5/1-a hükmü uyarında korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiğinden, ÇKK m. 5/1-d hükmü gereğince" sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir.

Bu karara karşı ebeveyn tarafından Uşak Aile Mahkemesine yapılan itiraz reddedilmiştir.

Bunun üzerine ebeveynler, AYM' ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

yapılmasının, AY m. 17 ile güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirmesi hakkının⁸⁰⁷ ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir⁸⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin aşı hakkında vermiş olduğu diğer karar, 29.6.2016 tarihinde vermiş olduğu karardır⁸⁰⁹. Bu karar, ebeveyn velayeti altında bulunan çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına ve yeni doğan topuk kanı alınmasına rıza göstermemesi üzerine, çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına ilişkin kararın uygulanmasının, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir⁸¹⁰. AYM bu konuda vermiş olduğu ilk kararına atıf yaparak, benzer değerlendirmelerde bulunmuş, aşı uygulaması bakımından AY m. 17 ile korunan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bununla birlikte AYM, topuk kanı alınması bakımından herhangi bir ihlal kararı vermemiştir. Topuk kanı alınmasında, bireysel yarar ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulduğunda, aşının aksine çocuk bakımından muhtemel sağlık sorunlarına neden olmayacağı için uygulamanın maddi ve manevi varlığını korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmeyeceği sonucuna varmıştır⁸¹¹.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu bu iki kararda da AY m. 17 bakımından sınırlama kriterlerini de ortaya koymuştur. AYM'nin yapmış olduğu değerlendirmeler bakımından çıkan sonuç bebeklik dönemi aşılarının zorunlu olduğuna dair bir kanun, her ne kadar kanunilik şartını sağlasa da, AY m. 13'teki kıstaslara uymayan bir düzenlemeyi ihtiva etmesi

⁸⁰⁷ Yüksek Mahkeme; AİHM kararlarına atıfla, "bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi" kavramının, özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığını, özel hayatın sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceğini, kişiliğin gerçekleştirilmesiyle uyumlu çıkarların da özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bunun yanında AY m. 17/2 hükmünün de fiziksel ve ruhsal bütünlük bakımından getirilmiş olan bir güvence olduğunu belirtilmiştir (§. 46-50).

⁸⁰⁸ Yüksek Mahkeme; Bakanlık görüşünde, aşı uygulamasına kanuni dayanak olarak gösterilen ve belirlilik ilkesinden yoksun, 5395 sayılı ÇKK m. 3/1-a,1 ve m. 5/1-d hükümlerinin, bir kişiye rızası hilafına, idare tarafından belirlenecek müdahalelere izin veren kanuni bir düzenleme olarak değerlendirilemeyeceğini, ayrıca bebeklik döneminde uygulanan aşılardan 1593 sayılı UHK m. 57 ve m. 72 hükümlerinde sayılan aşılardan birinin yer almadığını vurgulamıştır (§. 62-74).

⁸⁰⁹ AYM, 29.6.2016, B. No: 2014/4077.

⁸¹⁰ Karara konu olay özetle şu şekilde gerçekleşmiştir.

Çocuğuna bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına ve topuk kanı alınmasına, anne ve babası tarafından karşı çıkılması üzerine, Mersin Aile Danışma Merkezi Müdürlüğü, mahkemeden, çocuk hakkında 3.7.2005 tarihli ve 5395 sayılı ÇKK m. 5/1-d hükmüne dayanarak sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesini talep etmiştir. Mersin 2. Çocuk Mahkemesi; ÇKK m. 5/1-d hükmü gereğince sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. Bu karara karşı Mersin 3. Çocuk Mahkemesi yapılan itiraz yapılan işlemlerin çocuğun yüksek yararına hizmet etmesi nedeni ile reddedilmiştir.

Bunun üzerine ebeveynler, AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

⁸¹¹ AYM, vermiş olduğu bu kararlarında aşı için genelgeyi yasal dayanak olarak kabul etmemişken, topuk kanı için 2006/130 sayılı ve 2014/7 sayılı Neonatal Tarama programı konulu Genelge ile Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'yi sınırlamanın kanuniliği bakımından yeterli görmüştür.

durumunda Anayasa'ya aykırı olacaktır. AY m. 17'de sınırlama sebeplerinin öngörülmemiş olması, kanun koyucuya sınırlama yaparken sınırsız bir takdir hakkının tanındığını göstermeyecektir. Buna göre, AY m. 13 hükmü, bütün temel haklar bakımından sınırlamanın doğal sınırını oluşturmaktadır⁸¹². Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, zorunlu kılınan müdahale bakımından, bireysel yarar ile kamu yararı arasında adil bir denge olup olmadığına bakacaktır. Bu dengenin kurulamaması halinde, düzenleme Anayasa'ya aykırı olacaktır.

4.1.2.5. Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Zorla Tedavi

4.1.2.5.1. Genel Olarak

Açlık grevi ya da ölüm orucu, genel olarak cezaevleri veya tutukevlerinde bulunan kişilerin, devlete yönelik bazı taleplerini gerçekleştirmek amacı ile başvurdukları yöntemlerdir. Açlık grevi, kendisine veya başkalarına yapılan bir haksızlığı protesto etmek için bir kimsenin aç durarak gösterdiği tepki olarak ifade edilirken, ölüm orucu⁸¹³ ise *“herhangi bir amaca ulaşmak için sonunda ölümü bile göze alarak tutulan oruç”* şeklinde ifade edilmektedir.

Açlık grevlerinde ve ölüm oruçlarında asıl amaç ölüm değildir; bu yönüyle intihardan ayrılır. Eylemcinin amacı beslenmeyi reddederek kamuoyunun dikkatini çekmek, bu suretle karar vericiler üzerinde baskı oluşmasını sağlamaktır. Eylemin uzun süreli olması durumunda ölüm tehlikesi ya da bedensel ağır zararlar her zaman olasıdır. Zira insan bedeninin beslenmemeye ya da yetersiz beslenmeye dayanma süresi sınırsız değildir. Eylemci, amacına ulaşma pahasına, muhtemel ölüm neticesini göze almaktadır.

Açlık grevi ve ölüm orucu gibi eylemlerin hukuki, idari, insani, dini, ahlaki ve toplumsal yönlerden birçok sonucu vardır. Biz açlık grevi ve ölüm orucu gibi eylemleri, ceza hukuku sorumluluğu ile bağlantılı olarak ele almakla iktifa edeceğiz.

Açlık grevi ve ölüm orucunda ceza sorumluluğu hususunda ortaya çıkan iki sorun vardır. Bunlardan ilki, açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişi ile bunları azmettiren ya da bunlara yardım eden kişilerin ceza hukuku sorumluluklarıdır. Bu hususta ikinci ve en önemli sorun ise açlık grevi yapan veya ölüm orucuna giren kişilerin, yetkili ya da yetkisiz kişiler tarafından zorla beslenmeleri ya da tedavi edilmeleridir. Bu kişilere rızası hilafına

⁸¹² AYM, 19.12.2013, B. No: 2013/2187, §. 33-36.

⁸¹³ <http://www.tdk.gov.tr>. (Erişim Tarihi: 21.1.2018).

müdahalede bulunan kişilerin ceza hukuku sorumluluklarının nasıl belirleneceği tartışmalıdır.

Hükümlü ve tutuklu olan kişilerin başvurdukları açlık grevi ile ölüm orucu eylemleri ile ilgili sorumluluk belirlenirken, hükümlü ve tutuklu olmayan kişilerin başvurdukları açlık grevi ve ölüm orucu eylemlerinin farklı ele alınması gerekir.

4.1.2.5.2. Hükümlü veya Tutuklu Olmayan Kişilerin Başvurdukları Açlık Grevi veya Ölüm Orucu

Açlık grevi veya ölüm orucu genel olarak tutuklu ve hükümlülerin başvurdukları yöntemler olmakla birlikte, bunlar dışında kalan kişilerin de bu yöntemlere başvurdukları görülmektedir.

Tutuklu veya hükümlü kişiler dışında kalan kişilerin açlık grevi yapması veya ölüm orucu tutması ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez. Yani kişiler yalnızca açlık grevine girdikleri için ya da ölüm orucu tuttıkları için cezalandırılmayacaktır. Her ne kadar kişilerin yaşam hakları üzerinde tasarruf yetkileri kabul edilmese de, hukuk sistemimizde kendi hayatına son vermeye teşebbüs edenler için herhangi bir ceza öngörülmüş değildir. Bununla birlikte, bu kişileri, ölümle sonuçlanması kuvvetle muhtemel bir eyleme yönlendiren veya eylemi gerçekleştirmelerinde bu kişilere yardımda bulunan kişiler, somut olaydaki fiillerine göre intihara yardım suçundan dolayı sorumlu tutulabilecektir (TCK m. 84).

Tutuklu ve hükümlü olanların dışında kalan kişilerin açlık grevi veya ölüm orucu eylemlerine başvurması halinde, bu kişilere karşı hangi fiillerin ceza hukuku sorumluluğunu gerektireceği tıbbi müdahaleler ile ilgili genel kurallar çerçevesinde belirlenecektir. Beslenmeyi reddeden kişilerin zorla beslenmeleri mümkün değildir. Tutuklu ya da hükümlü olmayan bir kişinin, açlık grevi yapması ya da ölüm orucu tutması durumunda, yetkili ya da yetkisiz kişilerin, rızası dışında bu kişiye müdahale etme yetkileri yoktur. Rızası dışında bu kişiye müdahalede bulunan kişi, eylemine uyan suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Zira mevzuatımızda irade açıklayabilecek durumda olan kişilere, rızaları hilafına zorla besleme veya tıbbi müdahalede bulunma noktasında imkân veren bir düzenleme mevcut değildir⁸¹⁴.

Ancak, söz konusu kişi gerçekleştirdiği eylem sonucunda şuurunu yitirir ve irade açıklayamayacak duruma gelirse, yetkili ya da yetkisiz kişilerin bu kişiye müdahalesi hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir. Hatta eylemi nedeni ile irade açıklama

⁸¹⁴ Bu hususta tutuklu ve hükümlülere ilişkin istisnai düzenlemelere ilerleyen kısımlarda yer vereceğiz.

kabiliyetini kaybetmiş olan kişinin durumu yetkili kişilere haber verilmesine rağmen bu kişiler hareketsiz kalmışlarsa, ortaya çıkacak sonuçtan dolayı, ceza hukuku sorumlulukları gündeme gelecektir⁸¹⁵.

Ayrıca bu durumda olan bir kişiye karşı hareketsiz kalan kişinin de ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu kişiler yetkili olmadıkları için meydana gelen sonuçtan dolayı değil, TCK m. 98 hükmü gereği cezalandırılacaktır. TCK m. 98, “yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişilerin” cezalandırılacağını öngörmektedir.

4.1.2.5.3. Hükümlü veya Tutuklu Olan Kişilerin Başvurdukları Açlık Grevi veya Ölüm Orucu

Tutuklu ve hükümlü kişilerin açlık grevi veya ölüm orucu gibi yöntemlere başvurmaları daha sık rastlanılan bir durumdur. Tutuklu ve hükümlü olan kişiler, devletin gözetimi altında olmaları sebebiyle, diğer kişilere göre farklı değerlendirilmektedir. Zira bu kişilerin can güvenliğinin sağlanması bakımından devlet aktif bir yükümlülük altındadır.

Ölümlü sonuçlanması muhtemel olan bir uygulamaya (açlık grevi, ölüm orucu vs.), tutuklu veya hükümlü kişileri azmettiren, bu konuda onlara yardım eden kişiler, TCK m. 84 hükümleri gereği, intihara yönlendirme suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Ayrıca, TCK m. 298/2 hükmü, hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesini de suç olarak düzenlemiştir⁸¹⁶. TCK m. 298/3 hükmü gereği, “beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolünür.”

Görüldüğü gibi açlık grevi yapan hükümlü veya tutuklu bakımından ceza hukuku sorumluluğu öngörülmüş değildir. Bununla birlikte açlık grevi yapmak, hükümlü ve tutuklu

⁸¹⁵ Hastanın rızasının alınmadığı, hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı olmadığına dair bazı mevzuat hükümleri: AY m. 17, TŞSTİDK m. 70, TMK m. 24/2, HHY m. 24/7.

⁸¹⁶ TCK m. 298/2 hükmü şu şekildedir: “Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.”

bakımından disiplin cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır (CGTİHK m. 40/2-g)⁸¹⁷. Bu vesileyle ifade etmek gerekir ki, açlık grevi veya ölüm orucu eylemine başvurmak suretiyle kendi vücuduna zarar veren kişinin eylemi hukuka aykırıdır⁸¹⁸. Zira hak ve özgürlükleri, kişinin ailesine, topluma ve diğer kişilere olan hak ve ödevlerini de ihtiva etmektedir (AY m. 12/2). Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi hukuka aykırı her davranış ceza hukukunun kapsamına girmemektedir.

Açlık grevi yapan ya da ölüm orucu tutan tutuklu veya hükümlü kişilere müdahalede bulunulması durumunda ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Bu kişilere müdahale edilmesinin mümkün olup olmadığı, mümkünse hangi andan itibaren müdahale bulunabileceği hususları tartışmalı hususlardır. Tedaviyi ve beslenmeyi açıkça reddetmesi karşısında, tutuklu veya hükümlüye tıbbi müdahalede bulunan hekimin ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Açlık grevinin, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir şekli olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, düşünceyi açıklama özgürlüğü sadece düşünceyi değil, düşüncenin açıklanma şeklini de korumaktadır. Düşüncenin açıklanması için kullanılan araçlara herhangi bir sınırlama getirilmiş değildir⁸¹⁹. Burada önemli olan husus, kişinin başvurduğu eyleme özgür iradesiyle başlamış ve eylemini özgür iradesiyle devam ettiriyor olmasıdır. Bunun için eylemcinin özgür iradesini etkileyecek iç ya da dış bir unsurun bulunmaması gerekir.

Bununla birlikte kişilerin kendi varlıklarını zarara uğratma hakları bulunmaması nedeniyle, eylemin kişilerin bedensel bütünlüğüne zarar vermeye başladığı andan itibaren hukuka aykırı sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, müdahale eden ve zorla tedavi uygulayan hekim ile diğer kişilerin, meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı ileri sürülmüştür. Davranış eylemci için vücut bütünlüğü ve hayatı için önemli bir tehlike oluşturacak seviyeye gelmişse, eylemci kendisine karşı haksız bir müdahalede bulunmakta, kendisine kalıcı zararlar vermektedir. Bu aşamaya gelmiş bir kişiye müdahale etmek ise meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir⁸²⁰.

⁸¹⁷ Açlık grevinin düşünceyi açıklama şekillerinden biri olması sebebiyle, öngörülen disiplin cezasının yerinde olmadığına dair Özbek, V.Ö. (2018). *İnfaz Hukuku*, (10.Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 142.

⁸¹⁸ Aynı yönde Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 186.

⁸¹⁹ Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 143; Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 184; Soyaslan, D. (1990). “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”. *Yargıtay Dergisi*, 16(3), s. 272.

⁸²⁰ Feyzioğlu, M. (1-3 Kasım, 2007). “Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi”. *Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara Barosu yayınları: Ankara, s. 313. Çakmut da aynı görüşe katıldığını ifade etmiştir (Yenerer Çakmut, Ö. [2003].

Diğer bir görüşe göre, hekimin ilgilinin rızası hilafına hastaya müdahalede bulunması zorunluluk hali kapsamında değerlendirmesi gereken bir husustur. Hastanın rızasını açıklamış olup olmamasının bir önemi yoktur. Hiçbir ayırım yapmadan genel olarak kanun vatandaşlara birbirine yardım ödevini yüklemiştir. Bu nedenle kurtarılan kimsenin rıza göstermemesi halinde zorunluluk durumuna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁸²¹. Hatta hekimin hareketsiz kalması durumunda, 765 sayılı TCK'nın zor durumdaki kişilere yardım edilmesini emreden 476/2 hükmünün⁸²² dolayısı sorumlu olacağı ileri sürülmüştür⁸²³. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira zorunluluk halinin var sayılabilmesi için kişinin tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş olması gereklidir. Açlık grevi ve ölüm orucu sonucu oluşan hayati tehlikeye kişi kendisi neden olmaktadır. Bu nedenle zorunluluk haline ilişkin kurallar uygulama alanı bulamayacaktır. Ayrıca zaruret halinde failin, tehlikeye neden olmamış başka bir kişiye zarar vermesi gerekir⁸²⁴.

Rıza dışı tıbbi müdahaleyi açıklayan bir diğer görüş ise bu müdahalenin hukuka uygunluğunu suçun manevi unsuru kapsamında açıklamaktadır. Bu durumda suçların manevi unsuru oluşmayacağından fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Zira bu hallerde kasten ya da taksirle adam öldürme ya da yaralama suçlarının manevi unsurunun oluşmadığı kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, hekim sadece tedavi ve iyileştirme amacıyla hareket etmektedir. Bu açıdan hekimin kişinin sağlığına zarar verme veya öldürme kastı bulunmamakta, öte yandan hekimlik mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni gösterdiğinden taksiri de söz konusu olmamaktadır⁸²⁵. Bu görüş kabul edilebilir değildir. Zira kast suçun maddi unsurlarının bilerek gerçekleştirilmesidir. Müdahalede bulunan hekim ilgili suç tipini oluşturan müdahaleleri bilerek gerçekleştirmektedir. Hekimin amacının hastayı kurtarmak olmasının, suçun manevi unsurunun belirlenmesinde bir etkisi yoktur.

a.g.e., s. 190). Meşru müdafanın açlık grevlerine yapılan müdahaleler bakımından hukuka uygunluk nedeni olamayacağı ileri sürülmüştür. Zira ulusal ve uluslararası düzenlemelerle kişilerin tedaviyi ret hakları koruma altına alınmıştır. Bu hakkını kullanan kişiyi hukuka aykırı davrandığı söylenemez (Aydın, A. [2018]. “*Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuku Açısından Bir Değerlendirme*”. **IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 190-191).

⁸²¹ *Yazar* bu görüşünü açlık grevi yapan kişinin başkasına ait bir hak üzerinde tasarruf yapmasına dayandırmaktadır. *Yazar* hayatın topluma ait bir hak olduğunu vurgulamıştır (Soyaslan, D. [1990]. *a.g.m.*, s. 278-279). Hastanın bilinci yerinde değil ve ölüm tehlikesi içinde ise rızası aranmaksızın yapılacak müdahalenin üçüncü kişi lehine meşru müdafaa veya zaruret hali olarak değerlendirileceğine dair Soyaslan, D. (2009). *a.g.m.*, s. 120.

⁸²² Bu hükmün 5237 sayılı TCK'daki karşılığı “*Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi*” başlıklı 98. madde hükmüdür.

⁸²³ Soyaslan, D. (1990). *a.g.m.*, s. 279-280.

⁸²⁴ Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 189-190.

⁸²⁵ Nuhoglu, A. (2008). *a.g.t.*, s. 52.

Bir görüşe göre hasta tedaviyi açıkça reddetmesine rağmen hekimin hastaya müdahalede bulunması hukuka uygun değildir. Uygulanan tedavi sonucunda hastanın iyileşmiş olması sonucu değiştirmeyecektir. Bu kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucudur. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı hem ulusal hem de uluslararası hukuk bakımından mutlak bir hak olup, bu hakka saygı gösterilmesi gerekir. Bu ret talebine rağmen hastaya müdahalede bulunan hekimin kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir⁸²⁶.

Açlık grevlerinde hekim tutumu üzerine temel belge olarak kabul edilen Dünya Tabipler Birliği'nin 1991 Malta Bildirgesi'nin giriş kısmında yer alan açıklamalar şu şekildedir⁸²⁷:

“Açlık grevleri genellikle taleplerini başka yollardan ortaya koyma imkanları bulunmayan kişilerin başvurdukları bir protesto biçimidir. Hükümlüler ve tutuklular önemli bir süre için besin almayı reddederek, yetkililerin kamuoyundaki görünümüne olumsuz bir yön katarak belirli hedeflere ulaşmak isteyebilirler. Kısa süreli yiyecek almama durumları nadiren etik sorunlarına yol açar. Uzun süren açlık grevleri ise grevciler için ölüm ve kalıcı hasar gibi risklere yol açabilirken hekimler açısından da değer çatışmalarına neden olabilir. Açlık grevcilerinin gerçekten ölümü istedikleri durumlar nadirdir; ancak aralarında amaçlarına ulaşmak için bunu göze alanlar da olabilir.”

Bu tür durumlarda hekimin kişileri zorla beslemesi ya da tıbbi müdahalede bulunmasının hukuka uygun olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğunu belirttik. Bu tartışmanın bir kanadını bir kimsenin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu oluştururken, diğer tarafını düşünceyi açıklama özgürlüğü ile kendi geleceğini belirleme hakkı ve özerkliğe saygı ilkesi oluşturur.

Malta Bildirgesi m. 4 hükmü gereği, *“özerkliğe saygı ilkesi gereği, açlık grevcilerine, tedaviyi reddetmeleri halinde zorla tıbbi girişim uygulanmamalıdır. Bilinçli olarak ve gönüllülük temelindeki bir redde karşı zorla besleme uygulanması, bu yönde talimat verilmesi ya da buna yardımcı olunması kabul edilemez. Buna karşılık açlık grevcisinin açık ya da zorunlu olarak örtük onayı üzerine yapay besleme kabul edilebilir bir durumdur.”*

⁸²⁶ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 283.

⁸²⁷ <http://www.ttb.org.tr/userfiles/files/DTB-Malta%20bildirgesi-2017.pdf> (Erişim: 15.2.2018).

Bildiri açık ya da zorunlu olarak örtük onaydan bahsetmektedir. Zira özellikle toplu olarak gerçekleştirilen açlık grevleri ve ölüm orucu gibi eylemlerde, bazı kişiler rızaları hilaflarına eyleme katılabilmektedir. Bu kişilerin baskı, tehdit ve zorlama gibi nedenlerden dolayı iradeleri fesada uğratılmış olabilir. Bu gibi durumlarda olanların tespit edilmesi ve gruptan ayrılarak gerekli önlemlerin alınması gerekir. Bildirinin giriş kısmında bu husus ayrıca vurgulanmıştır:

“Özellikle toplu grevlerde ya da yakın kişilerin basıncının bir etken olabileceği durumlarda hekimlerin kişinin gerçek niyetini belirlemesi gerekir. Yaşama döndürücü müdahale istemediklerini açıkça belirtmiş olan açlık grevcileri bilişsel hasar aşamasına geldiklerinde duygusal açıdan zorlu bir durum ortaya çıkar. Yarar ilkesi hekimleri bu kişileri yaşama döndürmeye yöneltirken kişisel özerkliğe saygı ilkesi, ortada geçerli ve bilinçli bir ret varken hekimlerin müdahale alanlarını sınırlar. Bu durum, yaşam kurtarıcı tedavinin reddedilmesi dahil diğer birçok klinik örnekte ortaya çıkmıştır. Ek bir güçlük de kişilerin gözetim altında oldukları durumlarda ortaya çıkar; çünkü açlık grevcisinin önceki beyanlarının gönüllülük temelinde, sonuçlar hakkında gerekli bilgilerle donanmış olarak verilip verilmediği her zaman net değildir”.

2005, 2006 ve 2016 yıllarında güncellenmiş olan 1975 tarihli Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi de yukarıdaki hususları yinelemiştir. Anılan bildirinin 8. maddesi şu şekildedir⁸²⁸:

“Bir mahkum gıda almayı reddettiğinde ve hekim tarafından böyle bir kararı sonuçlarını bilerek kendi başına ve kendi tercihiyle alabilecek yeterlikte görüldüğü durumda, Dünya Tabipler Birliği'nin Açlık Grevleriyle ilgili Malta Bildirgesi'nde belirtildiği gibi ilgili kişinin yapay beslenmesi yoluna gidilmeyecektir. Mahkumun böyle bir kararı verme yeterliğine sahip olduğu en az bir bağımsız hekim tarafından daha teyit edilmelidir. Gıda almayı reddetmenin sonuçları hekim tarafından mahkuma anlatılacaktır”.

Söz konusu bildirgenin⁸²⁹ 10. Maddesi, hekimlerin açlık grevi yapmayı düşünen kişilerin zihinsel yeterliliklerini değerlendirmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Açlık grevi yapmayı düşünen kişinin sağlığıyla ilgili doğru karar verme yetisini ciddi biçimde etkileyen

⁸²⁸ http://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_Tokyo_Bildirgesi_2016.pdf (Erişim:15.2.2018).

⁸²⁹ <http://www.ttb.org.tr/userfiles/files/DTB-Malta%20bildirgesi-2017.pdf> (Erişim: 15.2.2018).

bir zihinsel sorunu olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Zihinsel yeterlilikleri ciddi zarar görmüş kişiler, açlık grevinde yer almaları halinde, bu eylemin sonuçlarını takdir edebilecek durumda olmayabilirler. Tedavi edilebilir zihinsel sorunları olanlar, gereksinimlerine uygun bir hizmet alabilmeleri için yönlendirilmeli ve gerekli tedaviyi almaları sağlanmalıdır.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, hekim ilk olarak grevcinin eylem kararının sağlıklı bir iradeye dayanıp dayanmadığını belirlemelidir. Bunun için grevcinin zihinsel yeterlilikleri değerlendirilmelidir; zihinsel yeterliliği bulunmayan kişilerin açıkladıkları iradeye itibar edilmemelidir. Bunun yanında, eylemcinin iradesini etkileyen tehdit, baskı, zorlama gibi hususlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu hususlarda da bir duraksama yoksa sağlıklı bir iradeye dayanan greve zorla müdahale edilmemesi gerekir. Bununla birlikte eylemci eylemin başından sonuna kadar izlenmeli ve hukuki yollardan ikna edilmeye çalışılmalıdır. Bundan da bir sonuç alınamaması durumunda, eylemciye gerekli müdahale, ancak rıza açıklayamayacak duruma geldiğinde gerçekleştirilebilir.

Konuyu kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında ele aldığımızda, açlık grevinin ya da ölüm orucunun hukuka aykırı olmadığını söylemek mümkündür. Zira kişilere beslenme külfeti yükleyen ya da kendisine eziyet etmesini engelleyen genel bir hüküm mevcut değildir⁸³⁰. Ayrıca bu tip eylemler anayasal bir hak olan (AY m. 26) düşünce ve kanaatin açıklanmasının bir yolu olarak da görülmelidir⁸³¹. Bu tip bir eylemi daha başlamadan yasaklamak ya da kişi bu tip bir eyleme başladıktan kısa bir süre sonra müdahale bulunmak, onun düşünce ve kanaatini açıklama hürriyetine de ağır bir müdahale olacaktır⁸³². Özgürlüğün kısıtlanmış olması, bireylerin belirli bir süre için devletin sorumluluğu altına girmelerine neden olsa da, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ve kendi geleceğini belirleme hakkının askıya alındığını ya da ortadan tamamen kalktığını göstermez⁸³³. Tutuklu ve hükümlü kişilerin özgürlüklerinin haklı olarak sınırlandırılmış olması, onların insan haklarının öznesi olmaktan alıkoymaz⁸³⁴.

Buradaki sorun, açlık grevi ya da ölüm orucu kişinin sağlığında kalıcı hasarlara ya da ölüme neden olabilecek bir safhaya ulaştığında ortaya çıkmaktadır. Kişilerin kendisini ölüme

⁸³⁰ Akıncı, Ş. (1998). *a.g.m.*, s. 737.

⁸³¹ Tezcan, E., Erdem, M.R., Sancakdar, O. ve Önok, R.M. (2016). *İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 6.Baskı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 609; Sırma, Ö. (2012). "Açlık Grevi". *Fasikül Hukuk Dergisi*, 4(26), s. 20; Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *a.g.e.*, s. 184.

⁸³² Ünver, Y. (2007). *a.g.m.*, s. 208.

⁸³³ Yenerer Çakmut, Ö. (2009). *a.g.t.*, s. 250.

⁸³⁴ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 244.

götürecek bir sürece girmesi durumunda, yetkili kişilerin nasıl hareket etmeleri gerektiği hususu duraksamalara neden olmaktadır.

Burada kişilerin vücut bütünlüğü ve yaşam hakları ile düşünce ve kanaatlerini açıklama hürriyeti arasında bir çekişme söz konusu olmaktadır⁸³⁵. Kişilerin vücut bütünlüklerinde kalıcı hasar meydana gelmesi ya da ciddi ölüm tehlikesinin ortaya çıktığı durumlar dışında, düşünce ve kanaati açıklama hürriyetine öncelik tanımak gerekir. Kişilerin girişmiş olduğu eylem, vücutlarında kalıcı bir hasar verecek ya da hayati tehlike oluşturacak bir niteliğe ulaşmışsa veya bu kişiler irade açıklayamayacak hale gelmişlerse, yetkili kişilerin bu durum karşısında hareketsiz kalması kabul edilemez. Özellikle bu kişiler, devletin denetimi ve gözetiminde bulunan kişilerdir. Bu kişilerin yaşam haklarının ve vücut bütünlüklerinin korunması devletin sorumluluğu altındadır. Bu kişilerin söz konusu bu duruma, kendi fiilleri ile düşmelerinin bir önemi yoktur. Bu durumda bulunan bir kişiye karşı kayıtsız kalması, özellikle devlet yetkilileri bakımından ceza hukuku sorumluluğunu doğuracaktır. Bu durumda olan bir kişiye yetkililerin müdahalede bulunması kanunun onlara yüklediği bir ödevdir. Bu ödevin yerine getirilmemesi durumunda, yetkili kamu görevlisinin, ortaya çıkan sonuçtan dolayı cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Nitekim AİHM de, açlık grevini hem düşünceyi ifade etme hak ve özgürlüğü, hem de yaşama hakkı çerçevesinde değerlendirmektedir⁸³⁶. Yüksek Mahkeme, açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahale edilebileceğini kabul etmekle birlikte, müdahalenin şekline de önem vermekte ve müdahale biçimine göre sözleşmeye aykırılık olup olmadığını saptamaktadır; insan onuruna ve ölçülülük ilkesine aykırı, eziyet ve acı veren müdahaleler kabul edilmemektedir⁸³⁷. Bunun yanında, üye devletin yaşam hakkını korumak konusunda etkin ve yerinde müdahalesine rağmen, kendi iradesiyle açlık grevi ya da ölüm orucuna giren

⁸³⁵ Sırma, Ö. (2012). "Açlık Grevi". *Fasikül Hukuk Dergisi*, 4(26), s. 21; Ömeroğlu, Ö. (2011). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(3-4), s. 83.

⁸³⁶ Ömeroğlu, Ö. (2011). *a.g.m.*, s. 89-90.

⁸³⁷ AİHM, bilinci yerinde bile olsa rıza olmaksızın yaşam hakkını korumak amacıyla hükümlülerin açlık grevi ve ölüm oruçlarına, insanlık onuruna uygun ve ölçülü biçimde müdahale edilebileceğini ve zorla besleme yapılabileceğini belirtmiştir. Yaşam hakkının korunması açısından zorunluluk varsa, rızasız yani zorla beslemenin ve diğer tıbbi müdahalelerin de sözleşmeye aykırı olmadığını kabul etmektedir. Mahkeme, sırf protesto eylemini sona erdirmek amacıyla yapılan müdahaleleri ise kabul etmemektedir. Bu müdahaleler bakımından yaşam hakkının korunması amacının yanında yapılan müdahalelerin insanlık dışı muamele biçiminde olmaması; insani ve ölçülü olması ve kişiye bulunduğu durumdan daha fazla acı ve eziyet vermemesi aranmaktadır (C10rap/Moldova, 19.6.2007, Başvuru No: 12066/02).

hükümlü ve/veya tutuklunun ölümü halinde, üye devlet açısından yaşam hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁸³⁸.

Tutuklu⁸³⁹ ve hükümlülerin beslenmeyi sürekli olarak reddetmeleri halinde ne yapılması gerektiği CGTİHK’da düzenlenmiştir. CGTİHK “Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi” başlıklı 82. maddesi şu şekildedir⁸⁴⁰:

“Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psikososyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

⁸³⁸ AİHM cezaevinde açlık grevi yaparken kaldırıldığı hastanede beslenmeyi ve tedaviyi reddetmeye bağlı olarak ölen kişinin yakınlarının başvurusunu, devletin yeterli tedavi imkânı sunmasına rağmen, ölenin bilinci yerindeyken beslenmeyi reddetmiş olması nedeniyle, yaşam hakkı açısından sözleşmeye aykırı görmemiştir (Horoz/Türkiye, 31.3.2009, Başvuru No: 1639/03).

⁸³⁹ Her ne kadar kanun maddesi hükümlüler için düzenlenmiş olsa da, CGTİHK m. 116/1 hükmü gereği bu hüküm tutuklular için de uygulanacaktır.

⁸⁴⁰ Maddenin özellikle 2. 3. ve 4. fıkralarının, hastanın rızası alınmadan müdahale imkânı tanınması nedeniyle, genel hukuk ilkelerine ve tıp hukuku ilkelerine aykırı olduğuna dair Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 283.

Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.”

Düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan bir kişiye yetkili kişiler iki şekilde müdahalede bulunabilir: besleme ve tıbbi müdahale.

CGTİHK m. 82/1 düzenlemesine göre, hükümlüler kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettiler takdirde, bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimlerince bilgilendirilecektir⁸⁴¹. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılacak⁸⁴², sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum hekimlerince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanacaktır⁸⁴³. Bu kapsamda, kişilerin zorla beslenmeleri “görevin ifası” hukuka uygunluk nedeninden dolayı hukuka aykırı hale gelmeyeceği söylenebilir de, kişinin doğal yollardan (ağız yolu ile) beslenmeyi kabul etmemesi durumunda, bu kişiyi ağız yolu ile beslemek fiilen imkânsızdır. Zira beslenme ağza lokmanın koyulması ile başlayan, çiğneme, yutma gibi fiiller ile devam eden bir süreçtir. Zorla bir kişinin ağızına besin koyulsa bile, bunun zorla çiğnetilmesi veya yutturulması fiilen mümkün değildir. Ayrıca bu yolda bir zorlama insan onuru ile de bağdaşmayacak, aynı maddenin 5. fıkra hükmü ile çelişecektir. Ayrıca bu düzenlemede beslemenin kim tarafından yapılacağı düzenlenmemiştir. Madde beslenme ile ilgili sadece kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanacağını belirtmiş, beslemenin kim tarafından yapılacağını belirtmemiştir. Beslemenin sağlık personeli tarafından mı yapılacağı yoksa kurumun herhangi bir çalışanı tarafından mı yapılacağı hususu belirsizdir.

Açıkladığımız nedenlerle, zorla besleme bakımından, CGTİHK m. 82/1 hükmünün uygulama kabiliyetinin olmadığı kanaatindeyiz.

⁸⁴¹ Hekimin bilgilendirme görevini yerine getirmeyerek söz konusu eylemi övmesi ya da teşvik etmesi durumunda TCK m. 298/2 hükmü gereği ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir (Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 144).

⁸⁴² Protesto amacıyla başlayan eylem, tedrici de olsa intihar girişimidir. Bu girişimi önleme yükümlülüğü altına bulunan kişilerin, gerekeni yapmayarak eylemcinin ölmesine neden olması durumunda TCK m. 84 hükmü gereği intihara yönlendirme suçunu ihmali davranışla işlediklerinin kabul edilmesi gerekir. İntihara yönlendirme suçunun ihmali davranışla işlenip işlenemediği tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. Bayraktar/Sınar, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (İntihara Yönlendirme), s. 75-76. Gerekçede de belirtildiği gibi intiharı önleme hususunda yükümlülük altında bulunan bir kişinin, duruma kayıtsız kalması halinde, intihara ihmali davranışla yardımın kabul edilmesi gerekir (Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 163). Açlık grevi intihar olarak kabul edilemez; ihmali davranışla hareketsiz kalan doktorun intihara yardımdan sorumlu tutulamayacağına dair Aydın, A. (2018). *a.g.t.*, s. 173-174.

⁸⁴³ Henüz acil bir durum söz konusu değilken hükümlünün zorla beslenebilmesine imkân verilmesinin doğru olmadığına dair Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 145.

Bu durumda bir kişinin zorla beslenmesi⁸⁴⁴ ancak tıbbi yöntemlerle mümkün olabilecektir. Zorla besleme ağız yolu ile değil de farklı tıbbi yöntemlerle yapılıyorsa, bu tıbbi müdahale sayılacağından, CGTİHK m. 82/2 hükmü gündeme gelecektir. Bu hükme göre, alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen açlık grevinde ve ölüm orucunda bulunan kişinin hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenirse, rızaları aranmaksızın, kurumda, olanak bulunmadığı takdirde hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanacaktır. Bu çerçevede sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanacaktır.

Bu düzenleme yetkililere, kişinin bilinci bozulduğu durumlarda müdahale imkânı tanıdığı gibi bilinci açık olmakla birlikte hayati tehlike söz konusu olduğu durumlarda da müdahale imkânı tanımaktadır. Madde hükmüne göre, bilincini kaybetmemiş dahi olsa, kişilerin hayati tehlikeye girdiği tespit edilirse, rızaları hilafına onlara tıbbi müdahalede bulunmak mümkündür.

Tıbbi bir müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için hekimin hastasının aydınlatmış rızasını almış olması gerekir. Hasta müdahaleye baştan itibaren rıza göstermemişse veya önceden verdiği rızayı daha sonra geri almışsa, onu tedaviye zorlamak mümkün değildir. Çünkü kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde ulusal ve uluslararası düzenlemelerde, kişinin bedeni üzerinde uygulanacak tıbbi müdahaleyi reddetme veya durdurma hakkı bulunmaktadır. Böyle bir kişiye iradesine aykırı olarak müdahalede bulunmak, bunu yapan kişiyi, tamamen insani amaçlarla hareket etse dahi, sorumluluk altına sokacaktır. Bazı durumlarda ise bu kurallara yasa ile istisnalar getirilmektedir (AY m. 17/2). Böyle durumlarda yasalar tarafından düzenlenmiş bulunan hal ve koşulların oluşması şartıyla müdahale kaçınılmaz olmakta, hatta müdahalenin yapılmaması sorumluluğu doğurmaktadır. CGTİHK m. 82/2 hükmü de bu nitelikte bir düzenlemedir.

⁸⁴⁴ Zorla besleme kişinin özgür iradesinin ortadan kaldırılarak beslenmesidir. Bu işkence, kötü muamele, cebir-şiddet kullanma gibi yöntemlerle olabilir (Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 139).

Bu düzenleme, Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ve genel prensiplerle çelişmektedir⁸⁴⁵. Kişinin tedaviyi ret hakkı kapsamında ancak irade beyan edemeyecek hale gelmesi durumunda müdahale edilebilecektir; aksi tutum tıp ve hukuk ilkelerine aykırı olacaktır⁸⁴⁶.

AY m. 90/5 hükmüne göre, bir kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme ile aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda sözleşme hükümleri esas alınır. Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ile CGTİHK m. 82/2 hükmü çelişki halindedir⁸⁴⁷. Biyotıp Sözleşmesi hükümlerine göre, kişiye ancak irade açıklayamayacak duruma geldiği durumlarda müdahalede bulunulabilir. Buradan hareketle, açlık grevi veya ölüm orucu eylemi yapan bir kişiye kural olarak rıza hilafına müdahalede bulunmak mümkün değildir. Ancak kişi rıza açıklayamayacak duruma gelmiş ve hayatı veya vücudu bakımından önemli bir tehlike söz konusu ise bu kişiye derhal müdahalede bulunulmalıdır. Bu kapsamda yapılan müdahaleler görevin ifası (TCK m. 24) hukuka uygunluk nedeni ile hukuka aykırı olmayacaktır.

Müdahale şartları oluşmasına rağmen müdahalede bulunmayan kamu personelinin ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Eylemcinin hayatının tehlikeye girmesi ve şuurunu yitirmesi durumunda, müdahalede bulunmayan görevli meydana gelen sonuca göre ihmali davranışla kasten öldürme (TCK m. 83) veya ihmali davranışla kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olacaktır (TCK m. 88). Zira hekim, CGTİHK kendisine yüklemiş olduğu görevi ifadan imtina etmekte, bu ihmaliyle bir kişinin ölümüne ya da yaralanmasına neden olmaktadır.

Bunun dışında, “bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde” hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın müdahalede bulunulabilecektir (CGTİHK m. 82/3). Bu düzenleme, tedaviyi reddetmenin ceza infaz kurumunda bulunan diğer kişilerin sağlık veya hayatları için tehlike oluşturması durumunda, zorla tedavi öngörmesi bakımından yerindedir. Bununla birlikte, tedaviyi reddetmenin sağlık veya hayatları bakımından ciddi bir tehlike oluşturması

⁸⁴⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 411, *Yazar* buna rağmen hükmün AY m. 17/2 hükmüne aykırı olmadığını belirtmiştir.

⁸⁴⁶ Ünver, (2006). *a.g.t.*, s. 283-284.

⁸⁴⁷ CGTİHK 82/3 hükmü bakımından benzer değerlendirmeler için Feyzioğlu, M. (1-3 Kasım, 2007). *a.g.t.*, s. 313-314.

durumunda, kişilerin zorla tedaviye tabi tutulmaları, Anayasa'ya ve Biyotıp Sözleşmesi hükümlerine aykırıdır. Anayasa'ya aykırılığın, pratikte bir sonucu olmasa da, sözleşmeye aykırılığın pratik bir sonucu vardır. Zira AY m. 90/5 hükmünde geçen kanunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme ile çelişmesi söz konusudur. Bu durumda, Biyotıp Sözleşmesi karşısında, CGTİHK m. 82/3 hükmünün uygulanmaması gerekir⁸⁴⁸.

4.1.3. Cinsel Dokunulmazlık ve Rıza

4.1.3.1. Genel Olarak

Kişilerin cinsel özgürlükleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri genellikle kabul edilmektedir⁸⁴⁹. Bununla birlikte hukuk düzenince herhangi bir konuda tanınan tasarruf yetkisi, kişinin bu yetkiyi sınırsızca kullanabileceği anlamına gelmez. Bu kural, cinsel özgürlük bakımından da geçerlidir. Örneğin, kişinin cinsel özgürlüğünden tamamen feragat ettiğini ifade eden rıza açıklaması hukuken geçersizdir. Cinsel özgürlük, ceza hukuku normları ile korunan hukuki değerler arasında yer almaktadır. Bireylerin cinsel özgürlükleri ve tercihleri, TCK'nın kişilere karşı işlenen suçlar kısmında⁸⁵⁰, 102-105. maddeler arasında düzenlenen suçlarla koruma altına alınmıştır. Bu suçlarla, bireylerin cinsel davranışlar bakımından kendi vücutları üzerindeki tasarrufunu hedef alan fiiller cezalandırılmaktadır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda, korunan hukuki değer birden fazladır. Bunlar kişinin cinsel özgürlüğü⁸⁵¹ ve vücut bütünlüğüdür⁸⁵². Bu suçlar bu değerlerin korunmasına hizmet etmektedir. Çalışmamızın bu kısmında, TCK'da düzenlenmiş olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçları, rıza ile bağlantılı olarak ele alacağız. Bu kapsamda sırasıyla cinsel saldırı (TCK m. 102), cinsel taciz (TCK m. 105), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) ve reşit olamayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) suçlarında, rızanın ceza hukuku sorumluluğuna etkisini açıklamaya çalışacağız.

4.1.3.2. Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları

TCK m. 102 hükmü ile düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şeklinde, cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi cezalandırılırken (TCK m.

⁸⁴⁸ Feyzioğlu, M. (1-3 Kasım, 2007). *a.g.t.*, s. 313-314.

⁸⁴⁹ Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 333-334.

⁸⁵⁰ 765 sayılı TCK cinsel suçları Genel Adap ve Aile Düzeni Aleyhine İşlenen Suçlar babında düzenlemiştir.

⁸⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 319; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 324; Bayraktar/Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Cinsel Saldırı), s. 469.

⁸⁵² Cinsel saldırının bazı gerçekleşme şekilleri bakımından mağdurun vücut bütünlüğünün de korunduğu söylenebilir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 320).

102/1), nitelikli şekilde fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi cezalandırılmaktadır (TCK m. 102/2). Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması ise daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir (TCK m. 102/1). TCK m. 103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu dikkate alındığında, cinsel saldırı suçunun sadece on sekiz yaşını tamamlamış olan kişilere karşı işlenebileceği söylenebilir.

Cinsel saldırı suçunda rızanın maddi unsurlar kapsamında ele alınması gerekir⁸⁵³. Her ne kadar rıza bu suç tipinde açıkça unsur olarak düzenlenmemişse de, suç tanımından fiilin rıza hilafına gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Zira rıza ile gerçekleştirilen cinsel davranışların vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Bu yorum madde başlığı ile de uyumludur. Zira rıza ile gerçekleştirilen cinsel bir davranışın cinsel saldırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle cinsel saldırı suçu bakımından geçerli bir rızanın varlığı, tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra edecektir.

Cinsel saldırı suçu bakımından rızayı fesada uğratan geçersiz hale getiren cebir, tehdit ve hile üzerinde ayrıca durulması gerekir. Cebir, mağdurun fiile karşı göstereceği maddi direnci kırarak ölçüde, failin kullandığı fiziki güçtür. Bunun neticesinde mağdur, failin arzu ve istekleri doğrultusunda hareket etmek zorunda kalmaktadır. Fail amacını gerçekleştirmek için cebri araç olarak kullanmaktadır⁸⁵⁴. Cebirin amaca ulaşmak için uygulanması gerekli ve yeterlidir. Cebirin cinsel saldırı fiillerinin işlenmesi sırasında kullanılması şart değildir. Aşamalardan birinde kullanılan cebir yeterlidir⁸⁵⁵. Önemli olan husus cebirin özgür iradeyi fesada uğratması, sağlıklı karar alma sürecine etkide bulunmasıdır. Kullanılan cebirin kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yol açtığı durumlarda fail ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır (TCK m. 102/4). Bu seviyeye varmayan cebir suçun unsuru olarak kabul edilecek, fail kullanmış olduğu cebir nedeniyle ayrıca cezalandırılmayacaktır.

⁸⁵³ Rızanın bu suç tipi bakımından hukuka aykırılık unsuru ile bağlantılı olarak ele alınması gerektiğine dair Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 404; Bayraktar/Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Cinsel Saldırı), s. 477; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 333.

⁸⁵⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 322; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 373.

⁸⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 322; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 373; Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 230-231.

Tehdit ise cinsel davranışa rıza gösterilmemesi durumunda, mağdurun veya bir yakınının⁸⁵⁶ ileride bir zarara uğratılacağı beyanını içerir⁸⁵⁷. Tehdit mağdurun veya bir yakınının hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına veya şeref ve haysiyetine yönelik olabilir. Tehdidin objektif olarak ciddi olması gerekir. Gerçekleştirileceğinden bahsedilen zarar, cinsel saldırı sonucu meydana gelecek zarardan daha ağır nitelikte olması, tehdidin objektif olarak ciddi olduğunu gösterir⁸⁵⁸. Burada önemli olan husus, tehdidin mağdurun karar alma sürecine etkide bulunabilecek nitelikte olmasıdır. Cebrin mağdurun yakını üçüncü bir kişi üzerinde gerçekleşmesi durumunda da tehdit gündeme gelecektir. Mağdur bu tehdidin etkisi ile cinsel davranışlara razı olmuşsa, failin cinsel saldırı suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir⁸⁵⁹.

İradeyi sakatlayan hallerden biri olan hile, mağdurun cinsel davranışlara yönelik olarak vereceği rızayı elde etmek amacıyla kullanılan başka bir araçtır. Hile, mağdurun iradesini etkileyen, bu yolla onun vücudu üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesini mümkün hale getiren, aldatıcı nitelikteki hareketlerdir⁸⁶⁰. Hilenin cinsel saldırı suçlarında ihtiyatlı olarak ele alınması gerekir. Cinsel ilişkiye rıza gösterme noktasında söylenen basit yalanların hile olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira rızanın geçerliliği için failin cinsel davranışlara yönelik olarak rıza gösterirken güttüğü saik tek başına esas alınmamalıdır. Hile bakımından önemli olan husus, fiile gösterilen rızanın dayandığı özgür iradenin fesada uğratılmış olmamasıdır. Kişinin hangi fiile hangi şartlar altında rıza gösterdiğini biliyor olması, rızanın geçerliliği için yeterlidir. Kişiyi rıza göstermeye motive eden hususların tek başına bir önemi yoktur. Önemli olan kişinin özgür iradesiyle fiile rıza göstermiş olmasıdır. Örneğin, kendisini zengin olarak tanıtan bir kişiyle cinsel birliktelik yaşayan bir kişi, onun zengin olmadığını anlaması durumunda, salt bu nedenle kendisine cinsel saldırıda bulunduğunu iddia edemez⁸⁶¹. Aynı husus evlenme vaadinde de geçerlidir. Evleneceklerine olan güven sonucu cinsel davranışlara rıza gösteren kişi, karşı tarafın

⁸⁵⁶ Tehdidin cinsel saldırıya maruz kalan kişiye doğrudan yönelmesine gerek yoktur; onun yakınlık duyduğu bir kişi üzerinde gerçekleştirileceği bildirilen bir zarar da tehdit niteliğindedir. Bu şekilde alınan bir rıza geçerli değildir (Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 375).

⁸⁵⁷ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 329.

⁸⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 322; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 375-376; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 329.

⁸⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 373.

⁸⁶⁰ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 330.

⁸⁶¹ Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 133-134. Aksi yönde Ünver, Y. (2013). "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi" II. *Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku* 16/17.05.2013 İstanbul/Türkiye, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 28-29.

evlenmekten vazgeçmesi durumunda cinsel saldırıya maruz kaldığını iddia edemez. Evlenmekten vazgeçen kişinin evlenme düşüncesinin hiç olmaması sonucu değiştirmeyecektir⁸⁶². Bu hususta verilebilecek bir diğer örnek maddi menfaat karşılığı cinsel ilişkiye giren bir kadının, anlaştığı kişinin ilişkiden sonra eksik ödeme yapması veya hiç ödememe yapmaması nedeniyle cinsel saldırıya uğradığını iddia etmesidir. Bu örnekte de cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Mağdurun bilincinin etkisiz hale getirilmesi durumunda da geçerli bir rızadan bahsedilemez. Örneğin, mağdura uyku ilacı ya da uyuşturucu madde vermek suretiyle bilinci etkisiz hale getirilebilir. Bu durumda mağdurun geçerli bir rıza açıklamasında bulunması mümkün değildir. Bu durumda cinsel davranışlar, mağdurun rızası olmaksızın ya da geçersiz rızası doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

Rızanın hem cinsel davranışa hem de cinsel davranışın gerçekleştiriliş şekline yönelik olarak verilmesi gerekir. Sadece basit cinsel davranışlara yönelik olarak verilen rıza, bunun kapsamını aşan davranışlar bakımından geçerli kabul edilemez. Örneğin, sadece basit cinsel davranışlar için rızanın varlığı, cinsel ilişkiye de rıza gösterildiği anlamına gelmeyecektir⁸⁶³.

Cinsel saldırı suçunun, eşe karşı işlenip işlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır⁸⁶⁴. Kanuni düzenlemeye bakıldığında, kanun koyucunun cinsel saldırının sadece nitelikli şeklinin eşe karşı işlenebileceğini düzenlediği görülecektir⁸⁶⁵. TCK m. 102/2 hükmünün son cümlesi fiilin eşe karşı işlenmesi durumunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasının mağdurun şikâyetine bağlı olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin şikâyete tâbi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi nedeniyle, resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki gerçekleşen eyleminin TCK m. 102/1’de düzenlenen

⁸⁶² Evlenme vadinin hile olarak değerlendirilemeyeceğine dair Ünver, Y. (2013). *a.g.t.*, s. 38-39. Aksi yönde Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 377-378.

⁸⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 338; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 373, 404; Bayraktar/Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku Cilt II* (Cinsel Saldırı), s. 477; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 333.

⁸⁶⁴ Tartışmalar için bkz. Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 88-92.

⁸⁶⁵ Eşler arasında normal yollardan gerçekleştirilen cinsel davranışların, zorla gerçekleştirilmiş olsa dahi, nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağına dair Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 326. Eşler arasında cinsel saldırının temel şeklinin de suç olarak düzenlenmesi gerektiğine dair Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 229.

cinsel saldırı suçunun basit şeklini oluşturmayacağını kabul etmiştir⁸⁶⁶. Kanaatimizce de kanunun düzenlemeler karşısında, cinsel saldırının sadece nitelikli şeklinin eşe karşı işlenebileceğini kabul etmek yerinde olacaktır⁸⁶⁷. Nitelikli cinsel saldırı fiili kapsamına girmeyen davranışlar, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecektir⁸⁶⁸. Bu durum söz konusu davranışların hukuka uygun olduğunu göstermez. Ancak izlenen ceza siyaseti gereği, kanunu koyucu aile mahremiyetini ilgilendiren konulara ceza hukuku ile müdahale etmeyi doğru bulmamıştır. Aksi yorumlar kanun koyucunun iradesini yok saymak anlamına gelecek, kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.

Aile mahremiyeti içerisinde gerçekleşen cinsel davranışlar bakımından rızanın var olduğu karene olarak kabul edilmelidir. Devam eden bir evlilik, tarafların diğer eşin cinsel davranışlarına devam edegelen bir rızasının olduğunu gösterir. Eşler arasında cinsel davranışlara rızanın olup olmadığı belirlenirken bu hususun dikkate alınması gerekir. Geçerli bir rızanın varlığı somut olaydaki şartlar da dikkate alınarak belirlenmelidir. Örneğin, uyku halinde eşini öpüp okşayan ve onunla cinsel ilişkiye giren kişi bakımından, görünüşte bir rıza beyanı olmamakla birlikte, nitelikli cinsel saldırı suçunun oluştuğunu söylemek her durumda mümkün değildir. Zira ifade ettiğimiz gibi evlilik cinsel davranışlar noktasında eşlerin devam eden bir rızasının varlığının kabulünü zorunlu kılar. Açık bir şekilde ortaya konmadığı durumlarda, geçerli rızanın varlığının kabul edilmesi gerekir. Şüpheye yer vermeyecek şekilde rızanın olmadığı somut olaydan anlaşılıyorsa, cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Eşlerden biri rızasının olmadığını açıkça ortaya koyarsa buna rağmen gerçekleştirilen fiil hukuka aykırı olacaktır. Bu fiilin nitelikli cinsel saldırı kapsamında bir fiil olması durumunda ise ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir; fiil basit cinsel saldırı kapsamına giriyorsa kanuni düzenlemeler gereği ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Örneğin, boşanma davası açmış bir kişiye karşı eş tarafından gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı boyutuna varmayan cinsel davranışlar ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecektir.

⁸⁶⁶ 14. CD., 13.2.2014, E. 2012/4276, K. 2014/1689.

⁸⁶⁷ Bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir. Madde gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “...Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur...”

⁸⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, **Ceza Özel Hukuku**, s. 369. Aksi yönde Ünver, Y. (2013). *a.g.t.*, s. 30-31; Taner, **Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, s. 91-92.

Evli bir kişinin eşinden başka bir kişi ile rızası ile cinsel ilişkiye girmesi olarak ifade edilen zinada, söz konusu fiilin hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir⁸⁶⁹. Zira evlilik birliğinde, eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü vardır. Nitekim TMK m. 161 de zinayı hukuka aykırı kabul etmekte, mutlak boşanma nedeni olarak düzenlemektedir. Cinsel saldırı suçu bakımından ise rıza maddi unsurdur. Evli bir kişinin eşi dışında bir kişi ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda cinsel saldırı suçunun tipikliği oluşmayacaktır; rıza doğrultusunda gerçekleştirilen cinsel davranışlar ise izlenen ceza siyaseti gereği ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecektir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise rıza ile gerçekleştirilen sadomazoşist cinsel davranışlardır. Bu durumda rızanın geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu tip cinsel davranışlar, bünyesinde yaralama fiilini de barındırmaktadır. Burada bireylerin beden bütünlüğü üzerinde ne ölçüde tasarrufta bulunabilecekleri hususu göz önüne alınmalıdır. Bu yönde verilmiş olan rızanın basit yaralama dışında kalan yaralamalar bakımından geçersiz kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle, cinsel ilişki öncesinde, sonrasında veya cinsel ilişki sırasında rıza üzerine gerçekleştirilen basit yaralama dışındaki yaralamalar bakımından kasten yaralama suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte ister ağır ister basit yaralama niteliğinde olsun, yaralama niteliğindeki davranışlara gösterilen rıza, cinsel saldırı suçu bakımından önem arz etmeyecektir. Zira burada cinsel özgürlüğün ihlalden bahsetmek mümkün değildir⁸⁷⁰.

Cinsel taciz suçu ise TCK m. 105’de düzenlenmiştir. Buna göre bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi cezalandırılacaktır. Kanun koyucu cinsel tacizin tanımına madde metninde yer vermemiştir. Cinsel tacizin tanımı madde gerekçesinde⁸⁷¹ açıklanmaya çalışılmıştır. Madde gerekçesine göre, “*Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir*”. Madde metninde ve madde gerekçesinde, cinsel tacizin ayrıntılı bir tanımına yer verilmediğinden, cinsel tacizin kapsamı Yargıtay içtihatları ile belirlenmeye çalışılmıştır. Yargıtay’ın cinsel taciz için belirlediği kriter vücuda temas edilmesidir. Buna göre, hareket nasıl olursa olsun, vücuda temasın gerçekleşmediği bir durumda cinsel saldırı suçu değil, cinsel taciz suçu gündeme

⁸⁶⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 171-172, 378.

⁸⁷⁰ Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 179.

⁸⁷¹ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s. 514.

gelecektir⁸⁷². Cinsel taciz suçunun oluşması için hareketin mağdurun rızası hilafına yapılmış olması şarttır. Bu suç bakımından rızanın maddi unsur kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Her ne kadar suç tanımında açıkça rızaya unsur olarak yer verilmemişse de, suç tanımından bu suçun mağdurun rızası hilafına işlenebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Zira ilgili kişinin geçerli rızası doğrultusunda gerçekleştirilen davranışların taciz niteliğinde kabul edilebilmesi, mağduru rahatsız etmesi mümkün değildir.

4.1.3.3. Çocukların Cinsel İstismarı

Çocukların cinsel özgürlükleri noktasındaki tasarrufları farklı değerlendirilmelidir. Zira çocukların cinsel farkındalıkları yetişkinlere nazaran gelişmemiştir. Bu nedenle kanun koyucu çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar ve buna yönelik rızaları bakımından farklı düzenlemeler getirmiştir. Bu hususta yapılan düzenlemeler TCK m. 103 ve TCK m. 104 hükümlerinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçudur. Çocukların cinsel istismarı suçu 5237 sayılı TCK m. 103 hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre, çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılacaktır. İstismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumu, daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumu ise daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler cinsel saldırı suçunda yapılan düzenlemelerle paralellik arz etmektedir.

Cinsel istismardan ne anlaşılması gerektiği yine TCK m. 103 hükmü ile belirlenmiştir. Buna göre cinsel istismar oluşturacak fiiller şunlardır:

- On beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış.
- On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış.
- On beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar⁸⁷³.

⁸⁷² Çakıcı Gerçek, L. (2011). “Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60(1), s. 56; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 283.

⁸⁷³ Cinsel saldırı suçunu açıklarken cebir, tehdit ve hile ile ilgili yapmış olduğumuz açıklamalar çocukların cinsel istismarı suçu bakımından da geçerlidir.

Kanun koyucu, bu suç bakımından rızanın suça etkisini, mağdur çocukları yaş gruplarına ayırmak sureti ile düzenlemiştir⁸⁷⁴. Kanun koyucunun burada esas aldığı tek kriter yaş kriteri değildir; çocukların gerçekleştirilen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yetenekleri de önem arz etmektedir.

On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla beraber fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı rızaları ile gerçekleştirilen fiiller bu suçun oluşmasına neden olacaktır. Yani bu kapsamda kalan çocuğun rızası bu suçun oluşmasına engel değildir. Bununla birlikte bazı durumlarda rızanın temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir. Failin on beş yaşını tamamlamamış bir çocuğun rızası hilafına gerçekleştirdiği cinsel davranışlar ile rızası ile gerçekleştirdiği cinsel davranışlar çocukların cinsel istismarı suçunun oluşmasına neden olacaktır. Ancak bu tip bir fiilin rıza ile gerçekleştirilmesiyle rıza hilafına gerçekleştirilmesi sonucu ortaya çıkacak olan haksızlıklar her durumda denk değildir. Bu nedenle her ne kadar gerçekleştirilen fiilleri hukuka uygun hale getirmese de, çocuğun rızası temel cezanın belirlenmesinde somut olaydaki duruma göre dikkate alınmalıdır. Rızanın varlığı ya da yokluğu, temel cezanın belirlenmesi için TCK m. 61 hükmünde öngörülen hususlardan, suçun işleniş biçimi bakımından önem arz etmektedir. Bunun yanında TCK m. 103/4 hükmü, cinsel istismarın on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir veya tehdit ile gerçekleştirilmesini cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Aynı düşünceden hareketle kanun koyucu, on beş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlar bakımından rızayı soyut cezanın belirlerken dikkate almıştır. Bu yaş grubunda bulunan çocukların rızaları doğrultusunda gerçekleştirilen cinsel ilişki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmasına neden olacakken, rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel ilişki çocukların cinsel istismarı suçunun oluşmasına neden olacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezası, çocukların cinsel istismarı suçuna nazaran daha azdır.

On beş yaşını tamamlamış fakat on sekiz yaşını tamamlamamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı geçerli rızaları doğrultusunda gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocukların cinsel istismarı suçunun

⁸⁷⁴ Bu düzenlemeler bakımından önemli olan mağdurun yaşıdır; failin yaşı genel hükümler dışında özellik arz etmez. Bu suçun failinin çocuk olması da mümkündür. Örneğin, somut olaydaki duruma göre on üç yaşındaki bir çocuğun on yedi yaşındaki bir çocuğa karşı bu suçu işlemesi mümkündür (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 351).

oluşmasına neden olmayacaktır⁸⁷⁵. Ancak bu kişilerin rızaları cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak fesada uğratıldı ise rızaları geçersiz hale gelecek, dolayısıyla çocukların cinsel istismarı suçu oluşmuş olacaktır. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması ise cezayı artırım nedeni olarak öngörülmüştür.

Cinsel davranışların on beş yaşını doldurmamış ya da on beş yaşını doldurmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmayan çocuklar arasında karşılıklı rızaları doğrultusunda gerçekleşmesi durumunda, ceza hukuku sorumluluğu doğmaz⁸⁷⁶. Cinsel davranışlar, cinsel ilişki boyutuna varan davranışlar olabileceği gibi bu aşamaya varmamış davranışlar da olabilir. Bu durumda failin ve mağdurun belirlenmesi mümkün değildir. Aynı şekilde on beş yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olan çocuklar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışlar da ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Doktrinde farklı yaklaşımlar⁸⁷⁷ olmakla birlikte bir kişi bir suçun hem faili hem mağduru olarak kabul edilemeyeceğinden dolayı, faili ve mağduru belirlenemeyen bir suç tanımı olamaz⁸⁷⁸. Bu nedenle bu tip durumlarda, ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁸⁷⁹.

Taraflardan biri on beş yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip, bununla birlikte diğer taraf on beş yaşını doldurmamış veya on beş yaşını doldurmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip değilse, cinsel davranışlar karşılıklı rıza ile gerçekleşmiş olsa dahi, gerçekleştirilen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olan kişinin TCK m. 103 hükmü gereği sorumlu tutulması gerekir⁸⁸⁰.

On sekiz yaşını tamamlamadan evlenen bir kişiye karşı eşi ya da bir başka kişi tarafından gerçekleştirilen rızaya dayalı cinsel davranışlar bu suçun oluşmasına neden

⁸⁷⁵ Fiilin cinsel ilişki boyutuna varması durumunda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelecektir.

⁸⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 419.

⁸⁷⁷ Bu konudaki görüş ve açıklamaları için bkz. Aydın M. (2014). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 21.

⁸⁷⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 378; Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 806; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 354.

⁸⁷⁹ Sorunun isnat yeteneğinden hareketle çözülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, TCK m. 31 hükmü gereği cinsel davranışlarda bulunan çocuğun on iki yaşını tamamlamamış olması durumunda isnat yeteneği yoktur. On iki yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocuğun ise cinsel davranışların fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olduğu kabul edilmelidir (Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 310-311).

⁸⁸⁰ Cinsel istismar suçunda failin çocuk olması halinde verilecek cezanın çok fazla olması nedeniyle, bu konuda özel bir düzenleme yapılması gerektiğine dair Aydın M. (2014). *a.g.e.*, s. 22.

olmayacaktır⁸⁸¹. TCK m. 103 hükmü gereği on beş yaşını tamamlamış bu çocukların fiilin anlam ve sonuçlarını algıladıkları kabul edilmelidir. Evlenmiş bir çocuğun cinsel davranışlar noktasında fiilin anlam ve sonuçlarını algılamadığını söylemek çelişkili olacaktır. Bu nedenle, evli çocuklara karşı geçerli rızaları ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmemektedir⁸⁸². Evli bir çocuk bakımından ortaya çıkacak bir diğer sorun ise rızası hilafına maruz kaldığı cinsel davranışlardır. Bu davranışlar eşi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi başka bir kişi tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir. Evli olan çocuğa karşı eşi tarafından rızası hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar, TCK'da düzenlenmiş olan iki suç tipinin tipikliğinin gerçekleşmesine neden olacaktır⁸⁸³. Cinsel davranışlar cinsel ilişki boyutuna varmış ise TCK m. 102/2 ile TCK m. 103 hükmündeki suçlar oluşacaktır. Bir kişinin çocuk olması, onun eş olduğu gerçeğini değiştirmez. TCK m. 102/2 hükmü herhangi bir ayırım yapmadan, fiilin eşe karşı işlenmesinden söz etmektedir. Burada eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçundan dolayı sorumluluk söz konusudur⁸⁸⁴. Zira bir kişinin çocuk olmasına nazaran eş olması daha özel bir durumdur⁸⁸⁵. Özel norm genel norm ilişkisi gereği, eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçundan dolayı sorumluluk gündeme gelecektir.

Cinsel saldırı suçunun sadece nitelikli şekli eşe karşı işlenebileceğinden dolayı, nitelikli cinsel saldırı fiili kapsamına girmeyen davranışlar, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Bu nedenle, çocuk eşin rızası hilafına gerçekleştirilen basit cinsel davranışlar hukuka aykırı olmakla birlikte, kanun koyucunun tercihi gereği ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecektir.

Evli olan çocuğa karşı rızası hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar, eşi dışında bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olabilir. Böyle bir durumda, failin çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir. Zira bir kişinin evlenmiş olması, onun çocuk olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu evlilik rıza ya da rızası dışında gerçekleşmiş olsun,

⁸⁸¹ TMK m. 124 hükmü gereği, hukukumuzda on altı yaşını tamamlamış kişilerin mahkeme kararı ile on yedi yaşını tamamlamış kişilerin ise yasal temsilcilerinin izni ile evlenmeleri mümkündür.

⁸⁸² Bu kişilere karşı cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlar, reşit olamayanla cinsel ilişki suçunun tipikliğine uymaktadır. Bu konudaki tartışmaya "Reşit olmayanla cinsel ilişki" suçunu incelerken yer vereceğiz.

⁸⁸³ Bu konuda ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceğine dair tartışmalar için bkz. Aydın M. (2014). *a.g.e.*, s. 24-26

⁸⁸⁴ Aynı yönde Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 172-173. Evlenen kişi ergin kılınmakla birlikte çocuk olarak kalacağından, bu tip bir durumda failin TCK m. 103/1-b hükmü gereği, çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğine dair Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 245.

⁸⁸⁵ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 354.

çocuğun eşi ile yaşadığı cinsel münasebet bakımından özellik arz eder. Eş dışında kalan kişiler bakımından, evliliğin böyle bir etkisinden söz etmek mümkün değildir.

Mahkeme kararı⁸⁸⁶ ile reşit kılınmış çocukların söz konusu olduğu durumlarda ise reşit olmayan çocuklar bakımından yapılan değerlendirmelerimiz aynen geçerlidir. Bu kişilere karşı cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan dolayı, ceza hukuku sorumluluğunun genel kurallar çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir⁸⁸⁷. Zira on sekiz yaşını doldurmamasına rağmen ergin kılınan kişi çocuktur. Ergin kılınma hali, sadece kanunen sınırlı sayıda kabul edilmiş hallerde özgü bir durumdur. Bir başka deyişle, ergin olmayı gerektiren o hukuki işlemle sınırlı olmak üzere talep edilir ve uygun görülmesi halinde o işlemle sınırlı olarak geçerli olur. Dolayısıyla, ergin kılınma durumu, tüm hukuki işlemlere, özellikle on sekiz yaşını doldurmamış bir kişinin çocuk sayılmamasına neden olacak şekilde etki edemez. Bu kişiler aynı zamanda evli iseler ceza hukuku sorumluluğu evli çocuklar bakımından yaptığımız açıklamalara göre belirlenmelidir.

Ülkemizin özellikle gelişmemiş bölgelerinde, yasal evlenme yaşına gelmemiş çocukların, resmi nikah olmaksızın evlendirilmelerine sıkça rastlanmaktadır. Burada hukuki anlamda bir evlenmeden bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte bu birlikteliklerde taraflar karı koca hayatı yaşamaktadırlar. Bunun neticesinde gerçekleşen cinsel ilişkiden yetkili makamlar çoğu kez kadının doğum için hastaneye başvurması ya da doğan çocuğun resmi makamlara bildirilmesi ile haberdar olmaktadır. Bu vesile ile başlatılan yasal süreç, kocanın uzun yıllar ceza evinde kalmasına dolayısıyla kadının ve çocuklarının mağdur olmasına neden olmaktadır. Ayrıca burada evliliğe rıza gösteren ebeveynlerin de çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı sorumlulukları gündeme gelmektedir. Bu tip olaylarda ceza hukuku sorumluluğunun nasıl belirleneceği uygulamada çok ciddi tartışmalara neden olmuştur. Burada çocukların cinsel istismarı suçunun oluşup oluşmadığı hususu yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmelidir.

On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte henüz yasal evlenme yaşına gelmemiş bir çocuğun rızası ile evlenmesi durumunda, çocukların cinsel istismarı suçu değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikâyete tabi bir suçtur. Bu nedenle, on beş yaşını tamamlamış bir çocuğun rızası ile resmi nikâh

⁸⁸⁶ TMK m. 12 hükmü gereği, on beş yaşını dolduran çocuk, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.

⁸⁸⁷ Küçüğün ergin kılınması, on sekiz yaşından küçüklere yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışın niteliğini değiştirmez (Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 325-326, 354).

olmaksızın evlendirilmesi durumunda, şikâyeti olmadığı müddetçe ceza muhakemesi süreci başlamamaktadır. Başlamış bir muhakeme süreci şikâyetin geri alınmasıyla sona ermektedir. Bu değerlendirmelerimiz on beş yaşını tamamlamış fakat fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından geçerli değildir. Evlendirilen çocukların her ikisi on beş yaşından küçükse, ceza hukuku sorumluluğu söz konusu değildir. Zira faili ve mağduru belirlenemeyen bir suçtan bahsedilemez. Bu tip durumlarda çocuklar bakımından ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Ancak her iki çocuğun da ailesi bakımından çocukların cinsel istismarı suçu gündeme gelecektir.

Bu hususta esas sorun evlenen kişilerden sadece birinin on beş yaşını tamamlamamış olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu yaş grubunda bulunan bir çocuğun rızası, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşmasına engel olmayacaktır. Bu durumda on beş yaşından büyük olan koca çocukların cinsel istismarı suçunu işlemiş olacaktır. Bu suçun cezası göz önüne alındığında bu kişi uzun yıllar cezaevinde kalacaktır. Bu durum ise birlikteliğe rıza göstermiş eş ve bu birliktelikten dünyaya gelmiş çocuklar bakımından ciddi mağduriyetlere neden olabilecektir. Bu tip durumlarda somut olayın gerçekleşme koşulları da dikkate alınarak TCK m. 30/4'te düzenlenen haksızlık hatasına⁸⁸⁸ ilişkin hükmün uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Zira çoğu kez olayın yaşandığı sosyal çevrede, öteden beri süregelen örf ve adet uygulamaları gereği, on beş yaşını doldurmamış küçük bir kız ailesinden istenmekte, ailenin de uygun görmesi sonucunda yapılan düğünle çocuk evlendirilmektedir. Kızını evlendiren aile, yaşadığı çevrede geçerli olan kurallar gereği normal, hukuka uygun bir iş yaptığını hatta aile olarak bir görevi icra ettiği düşünülmektedir. Bu nedenle haksızlık bilinci ile hareket ettiği söylenemez. Bu bilince sahip olmayan bir kişinin kusurlu sayılabilmesi ve cezalandırılması mümkün değildir. Bu nedenle failin düştüğü hata kaçınılmaz ise fail cezalandırılmayacaktır. CMK m. 223/3-d hükmü gereği fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Hata kaçınılabilir ise bu husus temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁸⁸⁹.

Yargıtay ise bu sorunu, haksızlık hatası kapsamında değil mağdurun yaşı ile bağlantılı olarak suçun maddi unsurlarında hata kapsamında ele almaktadır. Yargıtay failin

⁸⁸⁸ Haksızlık hatasında, fiilin maddi şartlarına ilişkin bütün hususlar fail tarafından bilinmekte, bununla birlikte fail toplumda geçerli değerler sistemi açısından fiilin bir haksızlık teşkil etmediğini düşünmektedir (Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 477).

⁸⁸⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 480, dn. 825-826; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 361-362. Görüşün eleştirisi için bkz. Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 328.

çocuğun on beş yaşını doldurduğu zanıyla hareket ettiğine kanaat getirdiği durumlarda, çocukların cinsel istismarı suçu bakımından kasten hareket etmediğini kabul etmektedir⁸⁹⁰.

İster suçun maddi unsurlarında hata kapsamında isterse de haksızlık hatası kapsamında değerlendirilsin, bu tip durumlarda rızanın üzerinde özenle durulması gerekmektedir. On beş yaşını doldurmamış bir çocuğun cinsel ilişkiye göstermiş olduğu rızanın dikkatli bir şekilde ele alınması gerekir. Hukuka uygunluk etkisi doğurmayan, dolayısıyla geçersiz bu rızanın özgür iradenin ürünü olup olmadığına iyi tetkik edilmesi gerekir. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenden dolayı çocuğun iradesinin fesada uğratılmamış olması gerekir. Aksi takdirde hata hükümlerinin tartışılması dahi mümkün değildir. Somut olay bakımından hata hükümlerinin tartışılabilmesi için çocuğun rızasının özgür iradesine dayanması gerekir.

4.1.3.4. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu 5237 sayılı TCK m. 104 hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre; “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine*”, cezalandırılacaktır. Düzenleme on beş-on sekiz yaş grubunda bulunan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olan çocukları kapsamaktadır. Bu yaş grubunda bulunan çocukların cinsel ilişkiye girme hususundaki rızalarına itibar edilmemiş, cinsel ilişki niteliğindeki cinsel davranışlar yönünden tasarruf yetkileri kabul edilmemiştir. TCK m. 103 düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinde ise on beş yaşını tamamlamış çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar yönünden tasarruf yetkilerinin olduğu söylenebilir.

Çocuklardan her ikisi de on beş yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahipse ve cinsel davranışlar her iki tarafın rızası ile gerçekleşmiş ise, ceza hukuku sorumluluğu söz konusu değildir. Fiil cinsel ilişki boyutuna varmış olsa da ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olmaz. Her ne kadar yaşanan cinsel ilişki TCK m. 104 hükmünde düzenlenen suçun tipikliğine uysa da, fail ve mağdurun belirlenememesi nedeniyle, bu suçtan sorumluluk yoluna gitmek mümkün olmayacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için rıza ile gerçekleştirilen cinsel ilişkinin taraflarından birinin on sekiz yaşını tamamlamış olması gerekir. Aksi takdirde fail ve mağdurun

⁸⁹⁰ YCGK, 15.9.2015, E. 2013/14-749, K. 2015/277; YCGK, 14.1.2014, E. 2013/743, K. 2014/8; YCGK, 14.1.2014, E. 2013/744, K. 2014/9.

belirlenemediği bir durum ortaya çıkacaktır⁸⁹¹. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu durumda ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelmeyecektir⁸⁹². Yargıtay vermiş olduğu bir kararında⁸⁹³, on beş-on sekiz yaş grubunda bulunan iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel ilişkide, karşı taraftan gelen teklifi kabul ederek cinsel ilişkiye giren erkek çocuğu fail, ilişkiyi teklif eden kız çocuğu ise mağdur saymıştır.

Rıza bu suç tipi bakımından hukuka uygunluk nedeni değil maddi unsur olarak ele alınmalıdır. Suç tanımında rızaya açıkça unsur olarak yer verilmemesine rağmen bu suçun oluşabilmesi için ilişkinin rızaen gerçekleşmesi gerekir. Bu durum, madde metninde geçen “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*” ifadesinden de anlaşılmaktadır. Cinsel ilişkinin on beş yaşını bitirmiş çocuğun rızası ile gerçekleşmesi halinde bu suç oluşabilir. Çocuğun rızası olmadan ya da çocuğun rızasının cebir, tehdit veya hile ile fesada uğratılması durumlarında bu suç oluşmayacaktır. Bu tip durumlarda TCK m. 103 düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır⁸⁹⁴. Fail bu tip bir fiilli nedeni ile TCK m. 103/2 gereği cezalandırılacaktır.

TCK m. 104’ün başlığı “reşit olmayanla cinsel ilişki” olmasına rağmen suç tanımında on beş yaşını bitirmiş çocukla geçerli rızası ile cinsel ilişkiye girmek suç olarak tanımlanmıştır. TCK m. 6/1-b hükmü, çocuğu henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlamaktadır. Bu suç kapsamına on beş yaşını doldurmuş ve fakat on sekiz yaşını henüz doldurmamış çocuklar girmektedir.

Reşitlik için esas alınan yaş kural olarak on sekizdir. TMK m. 11 hükmü gereği, on sekiz yaşını dolduran kişiler reşit sayılır. Bununla birlikte, on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin de reşit kılınması mümkündür. On sekiz yaşını doldurmamakla birlikte on beş yaşını doldurmuş kişiler TMK m. 12 gereği ergin kılınabilmektedir. Kazai rüşt olarak da bilinen bu durum, on beş yaşını doldurmuş kişilerin belirli şartların oluşması halinde, mahkeme kararı ile ergin kılınmasıdır. Türk hukukunda olağan evlenme yaşı on yedi, olağanüstü evlenme

⁸⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 441; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 372.

⁸⁹² Aksi yönde Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 288. Tarafların her ikisi de ilişkiye aktif olarak katılmışsa ortada birden fazla suç olduğu, her failin kendi gerçekleştirdiği fiil bakımından fail olarak kabul edilmesi gerektiğine dair Ünver, Y. (2013). *a.g.t.*, s. 44-45.

⁸⁹³ 14. CD., 17.2.2014, E. 2012/8899, K. 2014/1766.

⁸⁹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 447; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 374.

yaşı ise on altıdır⁸⁹⁵. TMK m. 11/2 hükmü gereği, evlenme kişiyi ergin kılacaktır. Yani on sekiz yaşını doldurmamış bir çocuk, evlenme ile reşit olacaktır.

Gerek mahkeme kararı ile gerekse de evlenme ile reşit olan bir kişi on sekiz yaşını tamamlayana kadar çocuk olarak kabul edilmeye devam edecektir. Bu kişi ile geçerli rızası ile ilişkiye giren kişinin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususu duraksamalara neden olmaktadır. Zira TCK m. 104 başlığı olan “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” esas alınacak olursa bu kişi 104. maddeden dolayı sorumlu tutulmayacak, madde metninde geçen “*on beş yaşını bitirmiş olan çocukla*” ifadesi esas alınırsa TCK m. 104 hükmünden dolayı sorumluluk gündeme gelecektir. Doğaldır ki burada esas alınması gereken husus madde başlığı değil, madde metnidir. Zira madde başlıkları, madde metnine dâhil değildir. Başlıklar maddenin yorumunda dikkate alınabilir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz hususta yoruma ihtiyaç duyulan bir durum söz konusu değildir. Her ne şekilde olursa olsun on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişi ile cinsel ilişkiye giren kişi, bu suçun tipikliğini gerçekleştirmiş olacaktır. Yani kazai rüştle ya da evlenmek sureti ile reşit olan ve on sekiz yaşını doldurmamış kişi ile cinsel ilişki bu suçun tipikliğinin oluşmasına neden olmaktadır⁸⁹⁶.

Her ne kadar Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁸⁹⁷; daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağını ifade etmekte ise de hem TCK m. 6/1-b hükmü gereği hem de Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1-a hükmü⁸⁹⁸ gereği, kanuni nedenlerle reşit sayılmak, çocuk olma vasfını değiştirmeyecektir. Ayrıca Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin⁸⁹⁹ 1. maddesi de, sözleşmenin on sekiz yaşını tamamlamamış kişilere uygulanacağını ifade etmek sureti ile çocukluk yaşı olarak on sekiz yaşı esas almış, erginlikle ilgili herhangi bir istisnai düzenlemeye yer vermemiştir. Cari mevzuatımız dikkate alındığında on sekiz yaşını

⁸⁹⁵ TMK m. 124 hükmü, “*erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.*” şeklindedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, diğer yasal şartların gerçekleşmesi koşulu ile ülkemizde on altı yaşını doldurmuş çocukların evlenmeleri mümkündür. Hatta normal evlenme yaşı kapsamında, özel şartlar aranmadan, yasal temsilcisinin onayı ile on yedi yaşını doldurmuş bir çocuğun evlenmesi mümkündür.

⁸⁹⁶ Aksi yönde Aydın, M. (2018). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (3.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 105.

⁸⁹⁷ 2.9.1990 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme, Türkiye tarafından belli maddelere (m. 17, m. 29 ve m. 30) çekince konularak imzalanmıştır. Sözleşme 9.12.1994 tarihinde, 4058 sayılı kanunla onaylanmış, 27.1.1995 tarihli, 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁹⁸ ÇKK m. 3/1-a hükmü; çocuğu, daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak ifade etmiştir.

⁸⁹⁹ Türkiye bu sözleşmeyi; 9.7.1999 tarihinde imzalamış, 18.1.2001 tarihli, 4620 sayılı kanunla uygun bulmuştur. Söz konusu kanun 1.12.2001 tarih, 24305 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

doldurmamakla birlikte, kanuni nedenlerle reşit olmak, kişilerin çocuk sayılmasını engellemektedir. Görüldüğü gibi bu suçun düzenlendiği madde metni ile madde başlığı arasında ciddi çelişkiler mevcuttur⁹⁰⁰. Ayrıca 104. madde düzenlemesi ile TMK hükümleri arasında da çelişkiler mevcuttur. TMK hükümlerinden anlaşılacağı üzere, hukuk sistemimiz normal şartlar altında on yedi yaşını tamamlamış kişilerin cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf yetkilerini belli şartlarda kabul etmektedir. Zira cinsel birliktelik evlenmenin doğal bir sonucudur. On sekiz yaşını doldurmamış kişilere dahi evlenme konusunda izin veren bir hukuk sisteminin, on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını doldurmamış kişilerle cinsel ilişkiye girilmesini suç olarak tanımlaması sorunludur. Zira evlenen kişilerden biri on sekiz yaşını doldurmamış ise bu kişiler arasında yaşanacak olan cinsel ilişkiler, bu suçun tipikliğinin oluşmasına neden olacaktır.

Hukuka uygun olarak yapılan evlilik eşler arasında karşılıklı rızaya dayanan cinsel birliktelikleri hukuka uygun hale getirmektedir. Zira rızaya dayanan cinsel birliktelik evliliğin tabii bir sonucudur⁹⁰¹. Ancak evli çocuğun eşi dışında bir kişi ile rızası ile yaşadığı cinsel ilişki ya da kazai rüşt ile ergin kılınmış çocuğun rızası ile yaşamış olduğu cinsel ilişkiler bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tip durumlarda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁹⁰². Kazai rüşt ile ergin kılınan çocuklar bakımından da aynı şey geçerlidir. Bu kişinin rızası ile gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişkiler bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir⁹⁰³. Yargıtay evlenmenin kişiyi ergin kılacağını, ergin olan kişi ile rızası ile cinsel ilişkide bulunmanın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacağını kabul etmektedir⁹⁰⁴.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu takibi şikâyete bağlı bir suçtur. Rıza ile gerçekleştirilmiş bir fiil sonucunda oluşan bir suçun şikâyete tabi bir suç olarak

⁹⁰⁰ Benzer yöndeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Polat, H. (2010). “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(13), s. 192; Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 38. TCK m. 104 düzenlemesinin, madde başlığında reşitlik kavramına yer verilmesine karşılık madde metninde on beş-on sekiz yaş dilimini esas alarak düzenleme getirmesi ve bu nedenle de evlenme veya kazai rüşt kavramlarını gözden kaçırarak sanki evli kimselerin başkasıyla rızayla kuracağı cinsel ilişkinin TCK m. 104 hükmü ile düzenlenen suçu oluşturabileceği gibi yanlış yorum ve uygulamaya yol açacak bir düzenleme olduğuna dair Ünver, Y. (2009). *a.g.t.*, s. 220.

⁹⁰¹ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 245.

⁹⁰² Aksi yönde Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 372; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 444; Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 369.

⁹⁰³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, s. 378; Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 369. Aksi yönde Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 444.

⁹⁰⁴ 14.CD., 19.1.2012, E.2011/12610, K.2012/460; 18.CD., 13.4.2016, E.2015/15750, K.2016/7611.

düzenlenmesi eleştirilmektedir⁹⁰⁵. Rızası ile gerçekleşen bir fiilden dolayı kişinin şikâyetçi olması doğal değildir. Şikâyet ile rıza bir arada bulunması çelişkilidir⁹⁰⁶. Bu durum, şikâyet hakkını istismara açık bir hale getirmektedir. Rızası ile birlikte olduğu bir kişiyi sırf onunla yaşadığı sorunlardan dolayı şikâyet ederek cezalandırılmasını sağlamak, ceza hukukunun genel prensipleri ve adalet duygusu ile bağdaşmamaktadır⁹⁰⁷.

Bu suç bakımından şikâyet hakkının bakım ve gözetim yükümlülüğünün bir sonucu olarak yasal temsilciye verilmesi gerekir. Bunla bağlantılı olarak bu suç tipinin kişilere karşı suçlar dışında bir yerde düzenlenmesi yerinde olacaktır⁹⁰⁸. Bu şekilde bir kabul TMK hükümleri ile de uyumlu olacaktır. Zira olağan evlenme yaşında bir kişinin evlenebilmesi için TMK m. 126 hükmü gereği yasal temsilcisinin izni gereklidir. Olağanüstü evlenme bakımından ise mahkeme bu yönde bir karar vermeden önce mümkünse ana ve baba veya yasal temsilcinin dinlenilmesini öngörmektedir. Evlenmenin tabii bir sonucu ise cinsel birlikteliktir. Bu düzenlemelere bakıldığında, ana ve baba ile yasal temsilcinin bakım ve gözetim yükümlülüğü gereği, küçüklerin cinsel tasarruflarında söz sahibi oldukları görülmektedir. Bu hususta tercih edilebilecek diğer bir yöntem ise suçun re'sen takip edilen bir suç haline getirilmesidir⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 367, 391.

⁹⁰⁶ Polat, H. (2010). *a.g.m.*, s. 194.

⁹⁰⁷ Ünver, Y. (2008). *a.g.m.*, s. 327; *Yazar* şikâyet hakkı ile şikâyeti kullanma ehliyetinin birbirinden ayrılması gerektiğini belirtmiş, reşit olmayan çocuğun adına şikâyet kanuni temsilcisi tarafından yapılabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte *Yazar'a* göre, tartışmaların ortadan kaldırılabilmesi ve çocuğun şikâyeti menfaat temin aracı haline dönüştürmesinin önüne geçilebilmesi için yasal bir düzenleme yapmak yerinde olacaktır (Ünver, Y. [2013]. *a.g.t.*, s. 50).

⁹⁰⁸ Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 391.

⁹⁰⁹ Ünver, Y. (2008). *a.g.m.*, s. 327.

5. SONUÇ

Sosyal bir varlık olan insan, topluluklar halinde yaşamını sürdürür. İnsanın hayatta kalması, maddi manevi gelişimini sağlaması, toplumsal hayatın korunmasına ve geliştirilmesine bağlıdır. Bu ise bireylerin belli başlı kurallara uyması ile mümkün hale gelir. Ceza hukuku, haksızlık teşkil eden davranışlardan önemli olanlarını suç olarak tanımlayan, suçlar karşılığında ceza ve güvenlik tedbiri gibi yaptırımlar öngören hukuk disiplini. Suç karşılığında öngörülmüş olan cezanın ve/veya güvenlik tedbirinin caydırıcı etkisiyle ceza hukuku toplumsal hayatın korunmasına, hatta geliştirilmesine hizmet eder. Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin amacı, birlikte yaşama koşullarını önemli ölçüde tehdit eden davranışların önlenmesidir. Bu amaç son dönemde, hukuki değerlerin korunması olarak formüle edilmektedir. Her hukuk disiplini gibi ceza hukukunun amacı da hukuki değerleri koruma altına almak, bu vesileyle toplum düzenini sağlamak, insanların topluluk halinde ve barış içerisinde yaşamaları için gerekli asgari koşulları tesis etmektir.

Ceza hukukunda rıza, bireyin ceza hukuku normları ile korunan hukuki değerleri ile ilgili tasarruf yetkisini kullanarak, diğer kişilerin fiillerine izin vermesi olarak ifade edilebilir. Kişi, hukuk düzenince kendisine tanınmış sınırlar içerisinde suç konusu üzerinde tasarruf yetkisini kullanarak, diğer kişiler tarafından kendisine karşı gerçekleştirilen fiillere izin verir.

Bireylerin suç konusu üzerinde tasarruf yetkileri, ilgili suçla korunan hukuki değere göre belirlenecektir. Suçla korunan hukuki değer bireyle doğrudan ilişkili olmayan, sadece toplumu oluşturan kişilerin tamamını ilgilendiren bir hukuki değer ise bu suç tipi bakımından münferit bireylerin tasarruf yetkisinden bahsedilemeyecektir. Zira bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerler, toplumu oluşturan sayısız insanı ilgilendiren değerlerdir. Bu değerleri koruyan suç tiplerinde, kişi ya da kişilerin suç konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu suç tiplerinde geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir; uluslararası suçlar, topluma, millete ve devlete karşı işlenen suçlar bakımından, rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi mümkün değildir. Rıza ancak bireylerle doğrudan ilişkili hukuki değerleri koruyan suç tipleri bakımından geçerli kabul edilebilir. Bununla birlikte, bir hukuki değer doğrudan bireylerle ilişkili olması da kişilerin bu hukuki değer ile ilgili mutlak tasarruf yetkisinin bulunduğu anlamına gelmez. Örneğin, yaşam hakkı kişiler ile doğrudan ilişkili bir değer olmakla birlikte, kişinin yaşamı üzerinde genel olarak tasarruf yetkisi kabul edilmemektedir. Özetle, bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerlerle

bağlantılı olarak kişilerin tasarruf yetkileri yoktur; bu kural mutlak ve bireylerin bu hususta açıkladıkları rıza geçerli değildir. Ancak istisnaları olmakla birlikte, bireyle doğrudan ilişkili olan hukuki değerlerle bağlantılı olarak, kişilerin tasarruf yetkilerinin olduğu kabul edilmektedir.

Kişilerin bu değerlerle ilgili olarak, ne ölçüde tasarrufta bulunabileceklerine ilişkin genel geçer bir kabulden bahsetmek mümkün değildir. Bu hususta hukukun genel ilkeleri ve cari hukuk sistemi de dikkate alınarak, her bir hukuki değer bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Ayrıca, kişinin belli bir değerle ilgili tasarruf yetkisinin belirlenmesinde tasarrufun hukuk düzenin belirlediği sınırlar içerisinde, kişiliğin serbestçe gelişimine hizmet edip etmediği hususu da dikkate alınacaktır.

Bu bağlamda hukuki değerler, mutlak surette tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler, sınırlı şekilde tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerler ve tasarruf yetkisinin kabul edilmediği hukuki değerler şeklinde ayrıma tabi tutulabilir. Geçerliliğini etkileyen başkaca bir nedenin olmadığı durumlarda rıza, ancak tasarruf yetkisinin kabul edildiği hukuki değerlere ilişkinse geçerlidir. Tasarruf yetkisinin kabul edilmediği bir hukuki değere ilişkin açıklanan rıza geçerli değildir.

Rızanın hukuki temelini, “*kendi geleceğini belirleme hakkı*” oluşturur. Bu hak, anayasal bir hak olan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının bir sonucudur. Zira kendi geleceğini belirleme hakkı, 1982 Anayasası’nda müstakil olarak düzenlenmiş bir hak değildir; Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

Kendi geleceğini belirleme hakkının düşünsel temelini insan onuru oluşturmaktadır. Bununla birlikte 1982 Anayasa’sının başlangıç kısmında “*...her Türk vatandaşının...onurlu bir hayat sürdürme*” hakkının olduğu vurgulanmıştır. Bu durum, insan onurunu manevi bir değer olmanın yanında, Anayasa’nın koruma alanına dâhil hukuki bir değer durumuna getirmektedir.

Kişi, kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olarak, hukuk sistemince korunan hukuki değerleri ile ilgili, belli konular üzerinde tasarrufta bulunabilir. Örneğin, kişi daha güzel görünmek için bedeni üzerinde bizzat belli değişikliklerde bulunabilir. Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişiye, bizzat tasarrufta bulunmanın yanı sıra, korunan hukuki değerlerine yönelik başkaları tarafından gerçekleştirilen fiillere rıza gösterme imkânını da

vermektedir. Örneğin, kişi, yakalandığı bir hastalıktan dolayı tıbbi bir müdahaleye rıza göstererek hekimin bedenine müdahale etmesine müsaade edebilir. Görüldüğü gibi bu hak, kişiye, kendi değerleri üzerinde başkalarının fiillerine rıza gösterme konusunda tasarrufta bulunma yetkisini de ihtiva etmektedir. Bu, manevi kişilik değerleri arasında kabul edilen karar verme özgürlüğünün bir sonucudur.

Rızanın hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda fikir birliği yoktur. Bu hususta ortaya atılan birçok teori vardır. Bunlardan en önemlileri, rızayı özel hukuk alanına veya kamu hukukuna dâhil hukuki bir işlem olarak gören hukuki işlem teorisi, rızayı hukuki bir fiil olarak gören hukuki menfaatten vazgeçme (haktan feragat teorisi) ve hukuki korumadan vazgeçme teorileri, rızayı toplumsal bir değer olarak gören hukuk politikası teorisi, rızayı bir kişinin kendisi aleyhine bizzat suç işlemesinin özel bir hali olarak gören kişinin kendisi aleyhine suç işlemesi teorisidir (vekâlet teorisi). Bu teorilerden her biri kendisine taraftar bulmuştur.

Rızanın hukuki niteliği açıklanırken, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rıza ile maddi unsurlar kapsamında kalan rıza bakımından ayrı değerlendirmeler yapmanın yerinde olacağı kanısındayız. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızanın ceza hukuku bakımından hukuki esasının hukuki değer kavramı ile açıklanması yerinde olacaktır. Buna göre rıza, tasarruf yetkisi kabul edilmiş olan hukuki değerle ilgili, hukuk sistemi tarafından öngörülmüş korumadan, somut olayda vazgeçilmesidir. Bu bağlamda rıza, ceza normunca korunan hukuki değer ihlaline izin veren bir irade beyanıdır. Maddi unsur kapsamında kalan rıza bakımından ise farklı değerlendirme yapmak gerekir. Bu durumda rızanın fiili suç olmaktan çıkarmasının nedeni, kanun koyucunun yapmış olduğu suç teşkil eden haksızlık tarifidir. Bu tip bir durumda, hukuki değerle ilgili olarak suç konusu üzerinde tasarruf yetkisi tartışılmaz. Kanun koyucu, bu suçlar bakımından bir tercihte bulunmuş; tipik bir haksızlığın tanımında, açık ya da örtülü olarak, rızanın varlığına veya yokluğuna unsur olarak yer vermiştir. Kanun koyucunun bu seçimini genellikle tipik haksızlık olarak tanımlanan fiilin yapısı belirler. Yapılan suç tanımı gereği, tipikliğe uyan fiilin, ilgisinin rızası hilafına ya da rızası doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması gerekir. Örneğin, “*zilyedin rızası olmadan taşınır bir malı yarar sağlamak maksadıyla alma*” şeklinde tanımlanan fiil, hırsızlık suçunun tipikliğini oluşturur. Suç tanımında yer verilen fiilin unsurlarından biri, malı zilyetliğinde bulduran kişinin rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradesidir. Taşınır bir malı herhangi bir şekilde alma değil, zilyedin rızasızlığına rağmen alma, bu suçun oluşmasına sebebiyet

verecektir. Tipik haksızlığın dahi oluşmadığı bir durumda, ceza hukukunun korumayı amaçladığı hukuki bir değer ihlalinden bahsedilemez. Rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade, suç tipi ile tanımlanan haksızlığın bir unsurudur. Bu nedenle, ortaya çıkan irade, şekli bir unsurdan ibarettir.

Romalı hukukçu Ulpian'ın *Digeta*'nın 47. kitabında aktardığı, “*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” (“*ilgilinin rızası ile gerçekleşen şey, haksızlık teşkil etmez*”) kuralına dayanan bir alt yapıya sahip olan rıza, daha sonra, “*volenti non fit iniuria*” (“*rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez*”) şeklinde ifade edilegelmiştir. Bu kuralın modern ceza hukuku bakımından geçerliliğini yitirdiğini söylemek yanlış olmaz. Modern ceza hukukunda, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği durumların kural değil istisna olduğunu söylemek yerinde olur. Zira sadece toplumdaki bireylerden her birini ilgilendiren hukuki değerlerle ilişkili olarak, bireylerin tasarruf yetkileri yoktur; bu hususta açıkladıkları rızanın hukuka aykırılığa etkisi yoktur. Ayrıca, bireylerle doğrudan ilişkili olmasına rağmen bazı hukuki değerlerle ilgili olarak kişilerin tasarruf yetkileri yoktur. Bazı hukuki değerler bakımından ise sınırlı bir tasarruf yetkisi öngörülmüştür.

765 sayılı TCK'da açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemesine rağmen hem doktrinde hem de uygulamada hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilegelen rıza, 5237 sayılı TCK'da açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. TCK m. 26/2 hükmüne göre; “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” Bununla birlikte rıza, özel hukuk alanında da hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu m. 24/2 ve Türk Borçlar Kanunu m. 63'te, rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin yanı sıra, 5237 sayılı TCK'daki birçok suç tanımında rızaya suçun bir unsuru olarak yer verilmiştir. Bazı suç tiplerinde, rızanın varlığına, bazı suç tiplerinde ise rızanın olmayışına unsur olarak yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK'da açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesine rağmen, suç tanımlarında yer alan rızaya ilişkin ifadelerin icra ettiği fonksiyon da rıza ile ilgili birçok tartışmalara neden olmuştur. Bu kapsamda, rızanın ceza hukuku sorumluluğu üzerindeki etkisi ile ilgili üç temel yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bunlar; rızanın hukuka aykırılık üzerinde etkili olduğu görüşü, rızanın tipiklik üzerinde etkili olduğu görüşü ve hukuka aykırılık ve tipiklik üzerinde etkili olan iki farklı rıza türü bulunduğu görüşüdür. Rıza ile ilgili bu görüş farkları, özellikle suçun manevi unsuru olan kastın

kapsamının tespiti, rızanın geçerlilik şartlarında ve hata hallerinde ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Genel olarak hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınan rıza ile ilgili teorik yaklaşımlar Alman ceza hukukçusu *Geerds*'in 1953 tarihli doktora tezi ile birlikte değişmiştir. *Geerds* tezinde, ilgilinin rızasını tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak ikiye ayırarak incelemiştir. Düalist teori olarak da adlandırılan bu teoriye göre, bir suç tipinde fiilin ilgilinin iradesine karşı ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmesi istenmiş ise bu suçlarda rıza tipikliği ortadan kaldıracaktır. Bu tip suçlar bakımından, fiilin niteliği gereği, ilgilinin rızasına aykırı olarak ya da ilgilini rızası bulunmaksızın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun dışında kalan suçlarda ise ilgili kişinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak ele almak gerekecektir.

Bazı yazarlar ise rızanın bütün suçlar bakımından tipiklik unsuru üzerinde etkili olduğunu savunmuştur. Monist teori olarak da bilinen bu görüşe göre, tipikliği kaldıran rıza-hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklindeki ayırımı belirleyici ortak bir kriter koymak mümkün değildir. Dolayısı ile bu ayırımı farklı hukuki sonuçlar bağlamak yerinde değildir. Buna göre, rızanın norm ile korunan hukuki değer ile bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Rızanın tipikliği ortadan kaldırması Anayasa ile güvence altına alınmış olan hareket serbestisinden, kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır. Bu serbesti, bireyin kendisine ilişkin hukuki değerlerle bağlantılı olarak serbestçe tasarrufta bulunabilmesini de ihtiva eder. Bireyin kendisi ile ilgili bir hukuki değerle bağlantılı olarak, tasarruf yetkisini kullanması sonucu gerçekleştirilen bir fiilin, norm ile korunan hukuki değeri ihlal etmesi mümkün değildir. Hukuki değer ihlalinin olmadığı bir durumda, tipiklik unsurunun gerçekleşmesinden söz edilemez. Hukuki değer ve bu değerle ilgili olarak tanınan tasarruf yetkisi ayrılmaz bir bütündür.

Bir kısım yazarlar ise rızayı her durumda hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadır. Suçun unsurlarını maddi unsur ve manevi unsur olmak üzere ikiye ayırarak inceleyen, hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak değil maddi unsur kapsamında ele alan yazarlar, rızayı "*tipikliğin negatif unsurları*" teorisi ile açıklamaya çalışırlar. Bu teoriye göre, maddi unsurun varlığından bahsedebilmek için işlenen fiilin hukuka aykırı olması şarttır. Suçun unsurları, gerçekleşmesi gereken pozitif unsurlar ile gerçekleşmemesi gereken negatif unsurlardan oluşur. Pozitif unsurlar objektif (maddi) ve sübjektif (manevi) unsurlar olmak üzere iki tanedir. Negatif unsurlar ise hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka

uygunluk nedeninin bulunmaması ile tipikliğin negatif unsuru da gerçekleşmiş olur. Pozitif ve negatif bütün unsurların gerçekleşmesiyle fiil tipik hale gelir. Teoriye göre, rızanın suç tipinde yer almasıyla almaması arasında bir fark yoktur. Rıza da diğer hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi suçun negatif unsurudur; suç tipinde belirtilmese de negatif bir unsur olarak maddi unsur kapsamında yer alır.

Hukuka aykırılık bütün hukuk düzenini ilgilendiren, bağımsız bir unsur olarak kabul edilmesi gereken geniş bir kavramdır. Hukuka aykırılığı sadece suç tipine indirgemek, ceza hukuku kapsamında ele almak doğru olmaz. Bu nedenle, hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak görmeyen, suçun maddi unsuru kapsamında ele alan, rızayı her durumda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşlere iştirak etmiyoruz.

Rızanın suç tanımında yer alan fiilin özelliğine göre maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Birçok suç tipi bakımından rıza maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira özellikle bireyle doğrudan ilişkili olan hukuki değerleri koruma altında alan suç tipleri bakımından tipik fiiller, mahiyetleri gereği, genel olarak rıza hilafına gerçekleştirilmesi gereken fiillerdir. Ancak bu kural, her suç tipi bakımından geçerli kabul edilebilecek mutlak bir kural değildir; bazı suç tanımları bakımından rızanın varlığı ya da yokluğu tipik haksızlığın belirlenmesinde önemsizdir. Örneğin, kasten yaralama suçunun fiil unsuru; *“başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma”*, şeklinde ifade edilmiştir. Yapılan suç tanımı gereği, bu fiilin, ilgilinin rızasıyla ya da rızası hilafına gerçekleşmesi arasında bir fark yoktur. Bu nedenle, kasten yaralama suçu bakımından rıza maddi unsurlar kapsamında değerlendirilemez. Bu konuda TCK’da düzenlenen suç tipleri bakımından verilebilecek diğer örnekler mala zarar verme suçu ve hakaret suçudur. Bu suçlar bakımından da rızanın hukuka aykırılık unsuru ile bağlantılı olarak ele alınması gerekir.

Rızanın maddi unsur kapsamında ele alındığı durumlarda, fiili suç olmaktan çıkarmasının nedeni, kanun koyucunun yapmış olduğu suç teşkil eden haksızlık tarifidir. Kanun koyucu, bu suçlar bakımından bir tercihte bulunmakta, tipik bir haksızlığın tanımında rızaya ya da rızasızlığa unsur olarak yer vermektedir. Bu seçimi, genellikle, tipik haksızlık olarak tanımlanan fiilin doğal yapısı belirler. Örneğin, kanun koyucu hırsızlık suçunda, taşınır malın herhangi bir şekilde değil zilyedin rızasızlığına rağmen alınmasını tipik fiil olarak kabul etmiştir. Bazı suç tipleri bakımından ise rızanın varlığı tipikliğin gerçekleşmesi için gereklidir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun (TCK m. 104) tipikliğinin

gerçekleşmesi için cinsel birlikteliğin tarafların rızası ile gerçekleşmiş olması gerekir. Rızaya açıkça yer verilmemiş olsa da suç tanımından fiilin tarafların rızası ile gerçekleştirilmiş olması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Suç tanımında geçen “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*” ifadesi, fiilin tipik olması için rızanın varlığını gerekli kılmaktadır. Nitekim on beş yaşını tamamlamış çocuğun fiile rıza göstermemesi durumunda veya mevcut rızanın cebir, tehdit veya hile ile elde edilmiş olması durumunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliği değil, TCK m. 103/1-b gereği çocukların cinsel istismarı suçunun tipikliği gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenlerle rızayı tutarlı bir şekilde açıklamayı başaran teorinin, TCK’nın da benimsediği düalist teori olduğu kanaatindeyiz. Kanun koyucu yapmış olduğu suç tanımı ile haksızlık oluşturan fiilin şablonunu çizer. Bu tanımda açık ya da örtülü rızaya unsur olarak yer verilmişse, rızanın bu kapsamda değerlendirilmesi yerinde olur. Ancak yapılan suç tanımı gereği, rıza açık ya da örtülü olarak fiilin işlenişi bakımından bir fonksiyon icra etmiyorsa, bu rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınması gerekir. Nitekim 5237 sayılı TCK’da da düalist teorinin benimsendiğini söylemek yanlış olmaz. TCK m. 26/2’de ilgilinin rızası açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesine rağmen bazı suç tiplerinde rızaya unsur olarak yer verilmiştir. Bu durum rızanın sadece bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğini göstermektedir.

TCK’da düzenlenmiş olan suçlar; tanımlarında rızanın varlığını arayan suç tipleri, tanımlarında rızanın bulunmamasını arayan suç tipleri ve tanımlarında rızaya açık ya da örtülü yer vermeyen suç tipleri şeklinde ayrılabilir. Bu ayırım, bütün suç tipleri bakımından rızanın ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesine ne şekilde etki edeceğinin tespiti bakımından önemlidir. Bu şekilde rızanın maddi unsurlar kapsamında ele alındığı durumlar ile hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği durumlar belirlenebilir. Ayrıca, bu ayırmada, rızanın maddi unsur ya da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediği durumlar da ortaya konmuş olacaktır.

Bazı suç tiplerinde rızanın varlığına açıkça suç tanımında yer verilmiştir. Suç tanımında rızanın açıkça yer alması, rızayı suçun maddi unsuru haline getirir; tipikliğin gerçekleşmesi için fiilin ilgili kişinin rızası doğrultusunda icra edilmiş olması gerekir. Bu suç tiplerinin özelliğine ve suçların tanımlarında kullanılan ifadelere bakıldığında kanun koyucunun bu suç tipleri bakımından rızanın varlığının suçun oluşmasına engel olmayacağına dikkat çekmek istediği görülecektir. Bunu da rızaya unsur olarak yer vermek suretiyle gerçekleştirmektedir. Esasen bu tip fiillerin rıza hilafına gerçekleştirilmesini suç

olarak düzenleyen kanun koyucu, izlediği hukuk politikasının gereği olarak, aynı fiilin rıza doğrultusunda gerçekleşmesini de suç olarak tanımlamayı tercih etmektedir. Buna örnek olarak TCK m. 99 hükmü ile düzenlenen çocuk düşürtme suçu verilebilir. TCK m. 99/2 hükmü gereği, rıza bu suçun oluşması için gerekli bir unsurdur. Suç tanımına göre; *“tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi”* cezalandırılacaktır. Suç tanımında geçen rıza, suçun maddi unsurudur. Her ne kadar madde metninde geçen *“rızaya dayalı olsa bile”* ifadesinden rıza olsun ya da olmasın suçun tipikliği gerçekleşecekmiş gibi bir anlam çıkartılsa da TCK m. 99/1 hükmü bu konudaki duraksamayı ortadan kaldırmaktadır. Zira çocuk düşürme suçunun kadının rızası hilafına işlenmesi durumunda, TCK m. 99/1 hükmünde tanımlanan suçun tipikliği gerçekleşmiş olacaktır. Hükme göre; *“rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi”* cezalandırılacaktır. Bu hususta verilebilecek diğer bir örnek ise TCK m. 234/3 düzenlemesidir. Madde hükmünde; *“kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan”* kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu suç bakımından tipikliğin gerçekleşmesi için fiilin çocuğun rızası doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması gerekir. Zira kişinin, evi terk eden bir çocuğu, rızası hilafına yanında tutması durumunda TCK m. 109’da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipikliği gerçekleşmiş olacaktır.

Bazı suç tiplerinde ise tipikliğin gerçekleşmesi için fiilin ilgili kişinin rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerektiğine açıkça yer verilmiştir. Örneğin, TCK m. 141 hükmü ile düzenlenmiş hırsızlık suçunun tipikliğinin gerçekleşmesi için *“failin zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almış”* olması gerekir. Hırsızlık suçunda da olduğu gibi TCK’da düzenlenen bazı suç tiplerinde, rızasızlığa işaret eden, *“rızası olmadan”, “rıza olmaksızın”, “rızası olmaksızın”, “rızasına aykırı olarak”* gibi ifadeler kullanılmaktadır. Rızasızlık da rıza gibi açık ya da örtülü bir irade açıklamasıdır. Bir fiili kabul etmekle bu fiili reddetmek arasında ontik olarak bir fark yoktur. Her ikisi de kişinin iradesine dayanan bir düşüncenin açıklanmasıdır. Bu düşüncenin ret şeklinde ortaya çıkması onu negatif unsur haline getirmez. Rıza ile rızasızlık arasındaki zıtlık değerlendirmeye dayanan bir zıtlıktır. Bu nedenle rızasızlığı da rıza gibi pozitif bir unsur olarak kabul ettiğimizi belirtmek isteriz. Fiilin tipikliğinin gerçekleşmesi için ilgilinin bu fiili reddetmesinin, bir başka deyişle kabul

etmemesinin gerekli olduğu suç tipleri bakımından da rızanın pozitif bir unsur olarak ele alınması gerekir.

Birçok suç tipinde ise rıza ya da rızasızlık şeklinde ortaya çıkan iradeye açıkça unsur olarak yer verilmemiştir. Bu tip suçlarda, rızanın ceza hukuku sorumluluğuna etkisinin belirlenmesinde üçlü bir ayırımın yapılması gerekir. İlk grup, sadece belli bir kişiyi ya da kişileri doğrudan ilgilendirmeyen, toplumdaki bireylerin tamamını ilgilendiren hukuki değerler veya değerlerin korunduğu suç tipleridir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, rızanın geçerlilik şartlarından birisi, tasarruf yetkisi kabul edilmiş hukuki bir değer varlığıdır. Toplumdaki bireylerin tamamını ilgilendiren bir değerle ilgili olarak münferit kişilerin rızaları, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. İşte bu tarz suç tipleri bakımından rızanın fiili hukuka uygun hale getirme veya tipikliği ortadan kaldırma gibi bir fonksiyonu yoktur. Örneğin, yalan tanıklık suçunda aleyhine tanıklık yapılan kişinin rızası geçerli değildir. Bu tip suçlarda rıza ceza hukuku sorumluluğuna farklı yönlerden etki etmekle birlikte, hiçbir şekilde fiili hukuka uygun hale getirmez veya tipikliği ortadan kaldırmaz.

İkinci grup ise suçun tanımında rızaya açıkça yer vermeyen ancak yorum yolu ile tipik fiilin ilgilinin rızasıyla veya rızası hilafına ya da rızası bulunmaksızın işlenmesi gerektiğinin açıkça anlaşıldığı suç tipleridir. Bu tip suçlarda, rıza tipikliğinin unsuru olarak ele alınmalıdır. Örneğin, cebir ve tehdidin bir unsur olduğu suç tiplerinde fiil ilgili kişinin iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle, bu tip suçlarda rızanın maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir; bu suçlarda, rızanın varlığı tipikliğinin oluşmasına engel olacaktır. Örneğin, on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış bir çocuk ile rızası ile cinsel ilişkiye girmek, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmasına neden olacaktır. TCK m. 104 hükmüne göre, “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi*”, cezalandırılacaktır. Her ne kadar bu suç tipinde rızaya açıkça yer verilmemiş olsa da, suç tanımından fiilin rıza ile gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. On beş yaşını tamamlamış çocuğun fiile rıza göstermemesi veya rıza göstermekle birlikte, rızanın cebir, tehdit veya hile ile elde edilmiş olması durumlarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliği gerçekleşmemiş olacaktır. Bu durumda, TCK m. 103/1-b gereği çocukların cinsel istismarı suçu oluşur.

Üçüncü grup ise suçun tanımında rızaya yer verilmeyen ve yorum yolu ile dahi fiilin ilgilinin rızası hilafına ya da rızası bulunmaksızın işlenmesi gerektiğinin anlaşılmadığı suç

tipleridir. Bu suç tiplerinde rızanın hukuka aykırılığı engelleyen bir fonksiyon icra ettiği kabul edilmelidir. Örneğin, mala zarar verme suçunda tipik fiil; “başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, bozmak, kullanılamaz hale getirmek veya kirletmek”, şeklinde ifade edilmiştir. Yapılan tanım gereği, tipikliğin gerçekleşmesi için aranan fiillerin, ilgilinin rızası hilafına veya rızası doğrultusunda gerçekleştirilmesinin maddi unsurun oluşumu bakımından bir fonksiyonu yoktur. Bu tip suçlarda, rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekir. Bu konuda verilebilecek diğer örnekler ise kasten yaralama ve hakaret suçlarıdır.

Genel olarak, suçun unsurlarından olan maddi unsur ve hukuka aykırılık unsuru kapsamında ele alınan rızanın ceza hukuku sorumluluğuna etkisi, bu iki unsurla sınırlandırılmayacak kadar geniştir. Bunlar dışında, rızanın ceza sorumluluğuna etki ettiği birçok nokta vardır. Bu gibi durumlar, rızanın geçersiz olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Kusurluluk ve cezanın belirlenmesi (somut-soyut) gibi konularda da rıza veya rızasızlık şeklinde ortaya çıkan irade önem arz etmektedir.

İlgili kişinin göstermiş olduğu rızanın belli durumlarda kusurluluk üzerinde etkisi vardır. Kusurlulukla ilgili farklı yaklaşımlar olmakla birlikte 5237 sayılı TCK'nın esas aldığı suç teorisinde kusurluluk suçun bir unsuru değil, fail hakkında bulunulan bir değerlendirme yargısıdır. Bu sistemde suçun unsurları; maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığı hususu değerlendirilmeden, failin kusurluluğu konusunda bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, öncelikle fiil ile ilgili suçun unsurları bakımından bir değerlendirme yapılacak; fiil suçun üç unsuru bakımından tamamlanmış bir suça vücut veriyorsa, fail hakkında kusur değerlendirmesine geçilecektir. Failin işlediği suçtan dolayı muaheze edilebilmesi mümkün ise sorumluluğu yoluna gidilecektir.

Kusurluluğu etkileyen nedenlerden biri de TCK m. 30/4 hükmünde düzenlenmiş olan haksızlık yanılığıdır. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediği bir durumda fail, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği zannı ile hareket ediyor olabilir. Örneğin, belgede sahtecilik suçlarında, rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. İlgilinin rızası ya da isteği doğrultusunda sahte belge düzenlenmesi durumunda konunun TCK m. 30/4 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira verilen örnekte fail, bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında kaldığı düşüncesiyle fiilini icra etmektedir. Bu durumda, haksızlık yanılığının bir görünümü olan dolaylı haksızlık yanılığı söz konusu olacaktır. Adına belge

düzenlenen kişinin bilgisi ve rızası dâhilinde, bu kişi adına bir başkası tarafından düzenlenmiş ve imzalanmış bir belge gerçek değil, sahte bir belgedir. Ancak, somut olayın durumuna göre haksızlık yanılması söz konusu olabilir. Belgenin düzenlenmesinde failde herhangi bir kötüye kullanma amacının olmaması durumunda, her iki kişinin de haksızlık bilinci ile hareket etmedikleri söylenebilir. Bu hatanın kaçınılmaz olması durumunda bu kişilere kusurlarının olmaması sebebiyle TCK m. 30/4 hükmü gereği ceza verilmeyecektir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise bu husus temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.

Rızanın kusurluluğa etki ettiği diğer bir örnek ise rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği bir durumda, sınırları noktasında bir yanılığa düşülmüş olmasıdır. Örneğin, fail yaptığı değerlendirme sonucu tıbbi bir müdahaleye gösterilen rızanın kapsamına girmemesine rağmen rızanın kapsamında kaldığını düşündüğü bir fiili gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumlar izin yanılması veya dolaylı haksızlık yanılması kavramları ile açıklanmaktadır. Bu tip durumlarda failin ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken TCK m. 30/4'te düzenlenen haksızlık yanılması hükümlerinin dikkate alınması gerekir. Zira burada düşülen yanılığ, somut vakıya yönelik değil, değerlendirmeye yönelik bir yanılığdır. Bu yanılığ meydana gelen haksızlığa etki etmez; tipikliğin sübjektif unsuru olan kast ile herhangi bir ilgisi yoktur. Fiil, kasten icra edilen bir haksızlık olma özelliğini korur. Fail bir hukuka uygunluk nedeninin sınırları içerisinde hareket ettiğini düşünmekte, kendisine izin veren bir normun bulunduğunu zannetmektedir.

Rızanın cezanın belirlenmesinde de etkili olduğu söylenebilir. Cezanın belirlenmesinde suçun haksızlık içeriği de dikkate alınır. Hem kanun koyucu soyut cezayı belirlerken, hem de hâkim somut cezayı belirlerken suçun haksızlık içeriğini dikkate alır. Haksızlığı tüketen bir ceza amacına hizmet edecektir. Nitekim TCK m. 3/1 düzenlemesine göre, suç işleyen kişi hakkında hükmolunacak cezanın ve güvenlik tedbirinin, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olması gerekir. Bu orantıyı, fiilin haksızlık içeriğine göre belirlemek gerekir.

Fiilin haksızlık içeriği, öncelikle tipteki unsurlar içinde ifade edilir. Kanun koyucu, tipik haksızlıklar karşısında soyut cezayı belirlerken fiilin ifade ettiği haksızlık içeriğini dikkate alır. Örneğin, kanun koyucunun soyut ceza belirlerken kasten öldürme suçunun temel şekli için öngördüğü ceza müebbet hapis cezası iken, kasten yaralama suçunun temel şekli için öngördüğü ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Buradaki farkın temel

nedeni suçun haksızlık içeriğidir. Yani bir kişinin haklı bir neden olmaksızın öldürülmesi ile haklı bir neden olmaksızın yaralanması arasındaki temel fark, suçların işlenmesiyle ortaya çıkan haksızlığın niceliksel olarak farklı olmasıdır.

Rızanın, maddi unsur olarak yer aldığı suç tipleri bakımından, haksızlık içeriğinin belirlenmesinde etkili olduğu söylenebilir. Bu durum, rızanın varlığının unsur olarak yer aldığı suç tipleri bakımından geçerlidir. Bu düşünceden hareketle kanun koyucu, çocuk düşürtme suçlarında kadının rızasının varlığı durumunda, rızanın olmaması durumuna göre soyut cezayı daha hafif belirlemiştir. TCK m. 99/1 hükmüne göre, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırken, TCK m. 99/2 hükmü gereği, tıbbi bir zorunluluk bulunmaması şartıyla, on haftadan fazla olan gebeliği kadının rızası doğrultusunda sonlandıran kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu iki suç tipinin oluşturduğu haksızlık bakımından, aradaki fark rızanın varlığıdır. Geçersiz de olsa rızanın varlığı soyut cezanın belirlenmesinde haksızlık içeriğini azaltan bir neden olarak dikkate alınmıştır. Bu konuya ilişkin olarak kanunumuzdan verilebilecek bir diğer örnek, on beş yaşını tamamlamış olan çocuklara karşı gerçekleştirilen, cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlardır. Bu yaş grubunda bulunan bir çocuk ile rızası doğrultusunda cinsel ilişkiye girmek, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmasına neden olacaktır. TCK m. 104 hükmüne göre, “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi*” cezalandırılacaktır. On beş yaşını tamamlamış çocuğun fiile rıza göstermemesi durumunda veya rıza göstermekle birlikte rızanın cebir, tehdit veya hile ile fesada uğratılmış olması durumunda ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, TCK m. 103/1-b gereği çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Bu durumda Kanun’da öngörülen ceza, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasıdır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezası ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. On beş yaşını tamamlamış bir çocukla, rızası doğrultusunda cinsel ilişkiye giren fail en fazla beş yıl ceza alacakken, rızası olmadan cinsel ilişkiye giren bir fail en az on altı yıl ceza alacaktır. Bu durumda da ortaya çıkan haksızlık içeriğini rıza belirlemiştir.

Aynı şekilde somut cezanın belirlenmesinde, kanun koyucunun suç tiplerinde soyut cezalar için belli bir aralık öngördüğü suçlar bakımından, farklı cezaların ortaya çıkması da ortaya çıkan haksızlıkların niceliksel olarak farklı olduğunu gösterir. Hâkim, TCK m. 61 hükmünde sayılan ve çoğu ortaya çıkacak olan haksızlığın niceliği ile ilgili olan nedenleri dikkate alarak somut cezayı belirleyecektir. Deyim yerindeyse, ortaya çıkan haksızlığı ceza

skalasında bir noktaya yerleştiren hâkim, haksızlığı tüketen cezayı belirleyecektir. Ortaya çıkan haksızlığı tüketmeyen ceza adil olmadığı gibi haksızlığı aşan cezalar da adil olmayacaktır.

Rızanın unsur olarak düzenlenmediği, geçerli rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığı suç tipleri bakımından, fiilin ilgilinin rızası ile işlenmesi durumunda, bu hususun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması yerinde olur. Zira diğer bütün şartlar aynı olmak şartıyla her ne kadar geçerli olmasa da bir suçun mağdurun rızası ile işlenmesi ile rızası hilafına işlenmesi durumunda haksızlık içeriği bakımından bir farklılık söz konusudur. Örneğin, kasten yaralama suçunda yaralanan kişinin rızasının bulunmasının suçun oluşumunu etkilemediği durumda, bu rızanın cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekir. Alkollü olarak bir otomobil yarışına katılan kişinin kazaya karışması durumunda da aynı sonuç geçerli olacak, mağdurun rızasıyla yarışa katılmış olması, cezanın belirlenmesinde failin lehine olarak değerlendirilecektir. Bu düşünceden hareketle, talep veya rıza üzerine öldürmenin, kasten öldürme suçuna nazaran daha hafif bir cezayla cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira talep veya rıza üzerine öldürme fiili sonucunda ortaya çıkan haksızlıkla, adi bir öldürme sonucunda ortaya çıkan haksızlık arasında niceliksel olarak ciddi bir fark mevcuttur. Bununla birlikte, her iki fiil, ceza hukuku sistemimizin öngördüğü kurallar gereği aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Zira kasten öldürme suçunun cezası, müebbet hapis cezasıdır. Bu nedenle, hâkime somut cezayı belirlemekte takdir hakkı da tanınmış değildir.

Rızanın hukuka uygunluk etkisi doğurabilmesi için gerçekleşmesi gereken bazı şartlar vardır. Bu şartlar; tasarruf edilebilecek bir hukuki değer varlığı, rıza gösteren kişinin ehil olması, rızanın açıklanması, rızanın özgür iradenin ürünü olması ve fiilin rızanın ilişkili olduğu konu ile ilgili olması şeklinde sıralanabilir. Bu şartlardan birisinde eksiklik olması durumunda, rıza üzerine gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olmayacaktır. Yapılan suç tanımlarına bakıldığında, tipikliğe engel olan rızanın geçerliliğinin, suç tipinin özelliğine göre belirlenmesi gerekir. Bu nedenle, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rızanın geçerlilik şartları, ilişkin olduğu suç tipi açısından icra ettiği fonksiyona göre belirlenecektir. Bu değerlendirme yapılırken; söz konusu suç tanımı, suçla korunan hukuki değer ve ceza normunun yorumu göz önüne alınacaktır.

Tipikliğin gerçekleşmesi için aranan rızada ise yapılan tipik haksızlık tanımı gereği, rızanın geçerlilik şartlarından birini veya birkaçını ihtiva etmeyen rızanın söz konusu olduğu

görülebilecektir. Örneğin, mal varlığına karşı işlenen suçlarda, rızanın hile ile fesada uğratılmış olması durumunda, dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Rızanın cebir veya tehdit ile fesada uğratılması durumunda ise yağma suçu oluşacaktır. Bu iki suç tipi bakımından rızanın geçerlilik şartlarından biri olan “rızanın özgür iradenin ürünü olması şartı” gerçekleşmediğinden rıza geçersizdir. Bu tip suçların tipikliğinin gerçekleşmesi bakımından aranan rıza, fesada uğratılmış rızadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından verilebilecek örnek ise reşit olmayanla cinsel ilişki ve çocukların cinsel istismarı suçlarıdır. Bu düzenlemeler incelendiğinde, TCK’nın, on sekiz yaşını tamamlamamış kişilerin cinsel ilişki boyutuna varan tasarruflarını geçerli kabul etmediği görülecektir. Yani on sekiz yaşını tamamlamayan kişilerin bu konuda tasarruf yetkileri yoktur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliğinin oluşması için on beş yaşını tamamlamış ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişinin cebir, tehdit ve hile ile fesada uğratılmamış rızasının varlığı gereklidir. Görüldüğü gibi bu düzenlemeler bakımından, rızanın şartlarından biri olan “üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hukuki değer varlığı” şartı gerçekleşmemiştir. Bu suç tipleri bakımından, tipikliğin gerçekleşmesi için gerekli olan rıza, geçersiz rızadır. Bu tip durumlarda, geçersiz olsa dahi rızanın, diğer geçerlilik şartları bakımından da değerlendirmeye tabi tutulması gerekecektir. Sonuç olarak, maddi unsurlar kapsamında kaldığı durumlarda, rızanın geçerlilik şartlarının suç tanımına uygun olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Acıduman, A. (2011, 23-24 Eylül). "Türk Tıp Hukuku Tarihinde Hekim-Hasta Arasında Hukuki Bir Belge Rıza Senedi". **IV. Sağlık Hukuku Kurultayı** Ankara.
- Adıgüzel, S. (2014). "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **TAAD**, (5)19.
- Akbulut, B. (2017). **Ceza Hukuk Genel Hükümler** (4. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akıncı, Ş. (1998). "İrade Muhtariyeti İlkesi Ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötanazi", **Açlık Grevi Ve Ölüm Orucu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi**, 6(1-2)
- Alacakaptan, U. (1975). **Suçun Unsurları**, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Alan Akcan, E. (2013). "Ötanazi", **Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncıya Armağan**, Cilt-1, İstanbul.
- Arat, A. (2006). "Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, I(2).
- Arpacı, A. (2009). "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Yolları". **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 6(2).
- Arslan Hızal, S. (2012). "Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı", **Ceza Hukuku Dergisi**, 7(18).
- Artuk, M.E, Gökçen, A, Alşahin, E. ve Çakır, K. (2017). **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (11.Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M.E, Gökçen, A, Alşahin, E. ve Çakır, K. (2018). **Ceza Hukuku Özel Hükümler** (17.Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M.E. ve Yenidünya, C. (2001). "Ötanazi". **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir.
- Atalay, A.Ö. (2013). **Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Ayan, M. (1991). **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: Kazancı, s. 5
- Ayan, M. ve Ayan, N. (2016). **Kişiler Hukuku** (8.Baskı), Ankara; Seçkin Yayıncılık.
- Aydın, A. (2018). "Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuku Açısından Bir Değerlendirme". **IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Aydın, M. (2018). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (3.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Aydın, Ö. (2013). "Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Kaldıran Nedenler". *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1).
- Aygörmez Uğurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014). "Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi". *Fasikül Hukuk Dergisi*, 6(53).
- Aygörmez, G.A. (2009). "Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2).
- Aygün Eşitli, E. (2013). "Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (106).
- Aykın, A.C. (2016). "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası-Komplikasyon Ayrımı". *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119).
- Badur, E. (2017). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Bayraktar, K. (1972). *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul: Sermet Matbaası.
- Bayraktar, K. ve diğerleri (2017). *Özel Ceza Hukuku Cilt II*, İstanbul: On İki Levha yayıncılık.
- Beccaria, C. (2010) *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. S. Selçuk). İmge Kitapevi. (Eserin orijinali 1764'te yayımlandı)
- Biton Serdaroğlu, E. (2016). "Ötanazi- Ölme Hakkı". *MÜHF- HAD Prof. Dr. Cevdet Yavuza Armağan Cilt I*, İstanbul.
- Can, S. (2015). "Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi". *Ankara Barosu Dergisi*, 2015 (1).
- Cassani, C. (2008), "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza" (Çev. Mus. ÖZEN, Muh. ÖZEN). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 21(77).

- Centel, N. (2001). “*Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*”. **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). ***Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*** (4.Bası), İstanbul: Beta Yayınları.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). ***Türk Ceza Hukukuna Giriş*** (10.Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Çakıcı Gerçek, L. (2011). “*Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu*”. **AÜHFD**, 60(1).
- Çelen, Ö. (2007). “*Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu*”. **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi II**, (3- 4).
- Demirbaş, T. (2017). ***Ceza Hukuku Genel Hükümler*** (12. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Dönmezer, S. (2001). ***Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*** (16. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1985). ***Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt III*** (10. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1986). ***Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*** (9. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1987). ***Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I*** (10. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Durgun, Ç. (2013). “*Hukuka Uygunluk Sebeplerinden Rıza*”. **Prof. Dr. Mustafa Durala Armağan**. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Dursun, S. ve Bozbayındır, A.E. (2015). “*Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi*”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** 73(1).
- Dülger, M. V. (2014). “*Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme*”. **Ceza Hukuku Dergisi** 9(24).
- Ekici Şahin, M. (2012). ***Ceza Hukukunda Rıza***, Ankara: On İki Levha Yayıncılık.
- Erdoğan, M. (2011). ***İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*** (2. Baskı), Ankara: Orion Kitapevi.
- Erman, B. (2003). ***Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu***, Seçkin Yayıncılık: Ankara.

- Erman, B. (2010). "*Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı*". *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, (4).
- Erman, Ö. ve Özek, Ç. (1996). *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul.
- Ertem, B. (2015). *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Feyzioğlu, M. (2007, 1-3 Kasım). "*Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi, Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara Barosu.
- Fischer, G. (2006). "*Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*". (Çev.Efe D.). *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2).
- Gökcan, H. T. (2014). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (2.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gökçen, A. (2013). *Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m. 204-212) (Gözden Geçirilmiş 3.Baskı)*, Ankara: Adalet Yayınları.
- Göktürk, N. (2014). "*Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği*". *CHD*, 9(26).
- Göktürk, N. (2015). "*Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?*". *CHD*, 10(27).
- Göktürk, N. (2016) "*Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon*". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1).
- Göktürk, N. (2016). *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gören, Z. (1992). "*Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması*". *Anayasa Yargısı Dergisi* (9).
- Gropp, W. (1998). "*Alman Bakışına Göre TCK 1989 Ön Tasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri*". (Çev. Faruk T.). *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, Konya.
- Gülel, İ. (2018). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gürbüz, M. (2011). "*Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1).

- Güven, M. (2017). "Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme". *TBBĐ*, 2017(131).
- Hacıfazlıoğlu, T. (2015). "Yaşam Hakkı ve Rıza". *Fasikül Hukuk Dergisi*, 7(69).
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı), Ankara: US-A Yayıncılık.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı), Ankara: US-A Yayıncılık.
- Hakeri H. (2006). "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2).
- Hakeri, H. (2006). *Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83*, (1.Bası), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2007). "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2007,(69).
- Hakeri, H. (2009). "Türkiye'de Sağlık Hukuku - Tıp Hukuku". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2).
- Hakeri, H. (2015, 6-7 Kasım). "Aydınlatma ve Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları". *VI. Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara.
- Hakeri, H. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21.Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hakeri, H. (2018). *Tıp Hukuku (Ciltli)*, Güncellenmiş Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, H. "Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı". *V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara.
- İçel, K. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş 4.Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- İçel, K., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F. S. ve Ünver, Y. (1999). *İçel Suç Teorisi, 2.Kitap* (1. Baskı), İstanbul.
- İmamoğlu, S. H. (2016). "Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler". *AÜHFD*, 65 (1).
- İnceoğlu, S. (2006). "İnsan Hakları Bakımından Ötanazi". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2).
- İtişgen, R. (2013). "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu". *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(84).

- Jünemann, A. (2014). “*Alman Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sistemi*” (Çev. İ.Tepe). *Ceza Hukuku Dergisi*, 9(26).
- Kalabalık, H. (2017). *İnsan Hakları Hukuku (5.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kangal, Z.T. (2011). “*Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(4).
- Kara Kılıçarslan, S. (2015). *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, Ankara: On İki Levha Yayınları.
- Katoğlu, T. (2003). *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Katoğlu, T. (2006). “*Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(1).
- Kaya, M. (2012). “*Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1(8).
- Kayar, İ. ve Üzülmez, İ. (2018). *Hukukun Temel Kavramları (11.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15.Baskı)*, Ankara: Turhan Kitapevi.
- Koca, M. (2010). “*İntihara Yönlendirme Suçu*”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(12).
- Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (5. Baskı)*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (11.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Korošec, D. (2011). “*Mağdurun Rızası Öğretisinin Slovenya’da Son Yıllardaki Değişimleri*”. (Çev. Aykut Ersan). *İÜHFİM*, LXX(1).
- Lucan, M.C. “*The Right To Death. Fiction Or Reality?*”. *Journal of legal studies*, 17(31/2016).
- Meraklı, S. (2017). *Ceza Hukukunda Kusur*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Mosenheuer, A. (2008, 28 Şubat - 1 Mart 2008). “*Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*” (Çev. Hakan H.). *V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara.

- Nar, A. (2009). “İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması”. **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, (55-56).
- Nuhoğlu, A. (2008, 28 Şubat – 1 Mart 2008). “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”. **V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Ankara.
- Oehler, W. (2009). “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”. (Çev. Yener Ü.) **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 6(2).
- Oktay Özdemir, S. (2010). “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”. **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt-2** (1.Basım), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Olgun, E. (2013). “Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”. **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, İstanbul: Pasifik Ofset.
- Oral, T. (2011). “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”. **Ankara Barosu Dergisi**, 2011 (2).
- Otacı, C. (2008). “Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları”. **Ceza Hukuku Dergisi**, 3(8).
- Ömeroğlu, Ö. (2011). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”. **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15(3-4).
- Önder, A. (1989). **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Önder, A. (1994). **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2017). **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (8. Bası), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2018). **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, (13. Bası), Ankara: Seçkin Yayınları.

- Özbek, V.Ö. (2018). *İnfaz Hukuku (10.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbilen, A.B. (2013). “*Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller*”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12(24).
- Özen, Muh. ve Ekici Şahin, M. (2010). “*Ötanazi*”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2010(4).
- Özen, Muh. (2011). “*İntihara Yönlendirme Suçu*”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 6(16).
- Özen, Mus. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özen, Mus. (2018). *Ceza Hukuku Özel Hükümler (2.Baskı)*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özgenç, İ. (2006). “*Hekimlik Mesleğinin İcrası ve Ceza Sorumluluğu*”. *Ankem Dergisi*, 20(Ek 2).
- Özgenç, İ. (2018). “*Fuğuş ve Hukuk*”. *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2018). “*İnsan Öldürme ile İlgili Kur'an Hükümlerinin Günümüz Ceza Hukuku Düşüncesine Aktarılması*”. *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özgenç, İ. (2007). “*Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezaî Sorumluluk*”. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan İkinci Cilt*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Özgenç, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Bası)*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Öztürk, B. (2001). “*Hasta Hakları ve Ötanazi*”. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir.
- Öztürk, B. ve Erdem, M.R. (2017). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (17.Baskı)*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Polat, H. (2010). “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(13).

- Polat, O. (2017). *Klinik Adli Tıp* (8. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Rosenau, H. (2006). "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza". (Çev. Ali Kemal Y.). *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2).
- Rosenau, H. (2008, 28 Şubat-1 Mart 2008). "Aktif Ötenazi". (Çev. Ali İhsan E.) V. *Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara.
- Rosenau, H. (2013). "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza". (Çev. Ahmet Hulusi A.). *Prof.Dr.Doğan Soyaslan Armağan*.
- Rönneau, T. (2014). "Özgürlüğün Gerçekleştirilmesi Aracı Olarak Rıza". (Çev. Mehmet Nihat K. Ve Salih Ö.) *Ceza Hukuku Dergisi*, 9(26).
- Scaramuzzino, D.F.M. (2009). "İtalya'da Hekimlerin Sorumluluğu ve Consenso Informato (Bilgilendirilmiş Rıza)". (Çev. Gülsün Ayhan A.). *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2).
- Sert, S. ve Cihan, A.H. (2014). "Organ ve Doku Nakillerinde Rıza Kavramı". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan* Cilt-2, Ankara.
- Sırma, Ö. (2011). *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul.
- Sırma, Ö. (2012). "Açlık Grevi". *Fasikül Hukuk Dergisi*, 4(26).
- Sırma, Ö., Saygılar Kırıt, Y.F. ve Özaydın, Ö. (2013). "Türk, Alman ve İtalyan Ceza Hukuklarında Sünnet", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 5(44).
- Soyaslan, D. (1990). "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu". *Yargıtay Dergisi*, 16(3).
- Soyaslan, D. (2008, 28 Şubat-1 Mart). "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", V. *Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara.
- Soyaslan, D. (2009). "Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu". *Sağlık Hukuku Digestası*, 1(1): Ankara Barosu Yayınları.
- Soyaslan, D. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Soyaslan, D. (2016). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (10. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

- Subaşı, İ. (2016). *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü-Aydınlatılmış Onam-Tazminat Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şahin, C. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (9. Bası), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şenocak, Z. (2001). “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *AÜHFD* 50(4).
- Şenol, C. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Şimşek, U. (2015). “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”. *Prof. Dr. Hakan Pekanteze Armağan Cilt-3*.
- Tacir, H. (2011). *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Tacir, H. (2016). “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”. *III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme ve Ötanazi Hakkı” Sempozyumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tag, B. (2006). “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik”. (Çev. Yener Ü.). *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2).
- Taner, F.G. (2017). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, (2.Bası), Ankara; Seçkin Yayıncılık.
- Tezcan, D., Erdem, M.R. ve Önok, M. (2018). *Ceza Özel Hukuku* (16. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tezcan, D., Erdem, M.R., Sancakdar, O. ve Önok, R.M. (2016). *İnsan Hakları El Kitabı* (Güncellenmiş 6.Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Topaç, T. H. (2013). “Çocuk Düşürtme Suçu”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 8(22).
- Toroslu, N. (1978). “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”. *AÜHFD*, 35(1).
- Toroslu, N. (2018). *Ceza Hukuku Özel Kısım* (9. Baskı), Ankara: Savaş Yayınevi.
- Toroslu, N. ve Toroslu, H. (2018). *Ceza Hukuku Genel Kısım* (24. Baskı), Ankara: Savaş Yayınevi.
- Turanlı Özcan, A.M. (2018). *Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Ünver, Y. (1998). *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul: Beta Yayınları.
- Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Ünver, Y. (2006). “Türk Tıp Hukukunda Rıza”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2).

- Ünver, Y. (2007). “*Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması*”. ***Ceza Hukuku Dergisi***, 2(3).
- Ünver, Y. (2008). “*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*”. ***Türk Ceza Kanununun 2 Yılı***, İstanbul.
- Ünver, Y. (2009). “*Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme Ve Düşürme Suçları*”. ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 6(2).
- Ünver, Y. (2013). “*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi.*” ***II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*** 16/17.05.2013 İstanbul/Türkiye, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Üzülmez, İ. (2011, 23-24 Eylül). “*Diş Hekimlerinin Cezai Sorumluluğu*”. ***IV.Sağlık Hukuku Kurultayı*** Ankara.
- Üzülmez, İ. (2013). ***Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*** (1.Basım), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yaşar, Y. ve Turan, I. (2013). “*Alman, Avusturya Ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi*”. ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 19(1).
- Yenerer Çakmut, Ö. (2003). ***Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi***, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2009). “*Hekimler Tarafından Tutuklu Veya Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme*”. ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 6(2).
- Yenisey, F. (2008, 28 Şubat-1 Mart 2008). “*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*”. ***V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları***, Ankara.
- Yenisey, F. ve Plagemann, G. (2015). ***Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch STGB***, İstanbul: Beta Yayınları.
- Yıldız, P. (2015, 6-7 Kasım). “*Rıza ve Rıza Formlarının Hukuki Niteliği*”. ***VI. Sağlık Hukuku Kurultayı*** Ankara.
- Yılmaz, B. (2015, 6-7 Kasım). “*Aydınlatma ve Rıza*”. ***VI. Sağlık Hukuku Kurultayı***, Ankara.
- Yılmaz, E. (2011). ***Hukuk Sözlüğü*** (10.Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Yiğit, Y. (2003). "İslam Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi". *İslami Araştırmalar Dergisi*, 16(3).

Yüksel Orhun, M. (2016). "Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararının Çeviri ve Değerlendirmesi (5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar)", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2016 (1).

İnternet Kaynakları

<http://www.adalet.gov.tr>

<http://www.anvu.it>

<https://www.diyamet.gov.tr>

<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

<http://www.radikal.com.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.ttb.org.tr>

<https://www.youtube.com>

ÖZGEÇMİŞ



Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : ERDOĞAN Oğuz
Uyuğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum tarihi ve yeri : 11.11.1989-Ankara
Medeni hali : Evli
Telefon : 0538 303 32 89
Faks : -
e-mail : avoguzerdogan@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Lisans	İstanbul Ticaret Üniversitesi	2014
Lise	Yenimahalle Anadolu Teknik Lisesi	2007

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2014-2015	Ankara Barosu	Stajyer Avukat
2015-2017	Ankara Barosu	Avukat
2017-Halen	Yozgat Bozok Üniversitesi	Araştırma Görevlisi
2017-Halen	AHBVÜ (Görevlendirme)	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce

Yayımlar

-

Hobiler

Bisiklete binmek, kitap okumak, futbol oynamak, masa tenisi oynamak, film izlemek





Oğuz ERDOĞAN

**RIZANIN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU
ÜZERİNDEKİ ETKİSİ**

TEMMUZ 2019



le.ahbv.edu.tr