

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR  
ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER  
ENSTİTÜSÜ**

**YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA İLGİLİNİN RIZASI**

**DOKTORA TEZİ**

**ÖZGE SIRMA**

**0510110006**

**Anabilim Dalı: Hukuk  
Program: Kamu Hukuku**

**Tez Danışmanı:  
Prof. Dr. BAHRİ ÖZTÜRK**

**ARALIK 2011**

## ÖNSÖZ

Doktora çalışmamızın konusu, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan " ilgilinin rızası"dır. Bilindiği gibi, ilgilinin rızası kavramı bir hukuka uygunluk nedeni olarak, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk kez ceza yasasında yer almış olmakla birlikte, temellerini Roma hukukundan alan bu kavram ceza hukuku öğretisi tarafından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi. İlgilinin rızası kavramı; kaynağı, hukuki niteliği, koşulları ve konusu gibi çeşitli noktalarda tartışılmakla birlikte, özellikle ötanazi ve tıbbi müdahaleler gibi konularda pek çok ülke hukukunda tartışılmaya başlanmasıyla önemini arttırmıştır.

Çalışmamın tüm aşamalarında yoğun çalışma temposuna rağmen, katkı ve desteği ile ilgisini esirgemeyen ve her konuda yanımda olup, bilimsel ve insani yönüyle bizlere örnek olan sayın hocam, danışmanım Prof. Dr. Bahri Öztürk'e teşekkürü bir borç bilirim.

Ana bilim dalımızın öğretim üyesi ve saygıdeğer hocam Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a, değerli katkıları ve tez yazımında gerekli zamanı sağlamamız için büyük özverilerde bulunduğu için teşekkürlerimi sunarım.

Bana her konuda yol gösteren ve desteğini her zaman yanımda hissettiğim hocam, değerli büyüğüm Prof. Dr. Tayfun Akgüner'e herşeyden önce nasıl bilim insanı olunacağı konusunda bana örnek olduğu için, ne kadar teşekkür etsem azdır.

İyi bir hukukçu olmam için önüme her zaman ışık tutan, değerli hukukçu dedem Kemal Akgüner'e ve doktora çalışmam sırasında kaybettiğimiz saygıdeğer eğitimci anneannem Şükran Akgüner'e bu yolda ilerlemem hususundaki desteklerini her zaman hissettirdikleri için sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Doktora kaynak çalışması sırasında bulunduğum süre zarfında desteklerini esirgemeyen, Trier Üniversitesi öğretim üyesi, Prof. Dr.Dr.h.c.mult. Hans- Heiner Kühne'ye ve Giessen Justus Liebig Üniversitesi öğretim üyeleri, Prof. Dr. Walter Gropp ve Dr. Liane Wörner'e, ayrıca çalışmamın başlangıcından itibaren desteklerini esirgemeyen İstanbul Kültür Üniversitesi'nin ve özellikle Hukuk Fakültesinin değerli yöneticilerine, hocalarıma ve çalışma arkadaşlarıma, doktora çalışmamıza birlikte başladığımız ve tamamladığımız süreçte her zaman yanımda ve destek olan sevgili dostum, kardeşim Yasemin Saygılar'a ve çalışma arkadaşım Özdem Özaydın'a, bu zorlu dönemde beni yalnız bırakmayan ve her türlü güçlüğü benimle birlikte göğüs geren annem Ömür Sırma, babam Halil Sırma ve kardeşim Kemal Sırma başta olmak üzere tüm değerli aileme ve son olarak yardımlarını esirgemeyen İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yönetici ve çalışanlarına teşekkürü bir borç bilmekteyim.

Aralık 2011

Özge SIRMA

<b>İÇİNDEKİLER</b>	<u>Sayfa</u>
ÖNSÖZ.....	i
KISALTMALAR.....	vi
KISA ÖZET.....	vii
ABSTACT.....	viii
GİRİŞ.....	ix-x

## BİRİNCİ BÖLÜM

### RIZA KAVRAMI, TARİHÇE, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA

#### I. Rıza Kavramı

- A. Hukuka Aykırılık Kavramı.....1
- B. Hukuka Uygunluk Kavramı ve TCK’da Yer Alan  
Hukuka Uygunluk Nedenleri.....13

#### II. Tanım.....19

#### III. Hukuki Niteliği

##### A. Tipikliği Ortadan Kaldıran Kabullenme –

- Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Rıza Ayrımı.....20

##### B. Rızanın Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler

1. Genel Olarak.....28
2. Rızanın Tek Bir Hukuki Temele Dayanmadığını  
İleri Süren Teori.....29
3. Vekalet Teorisi.....30
4. Haktan Feragat Teorisi.....30
5. Hukuki İşlem Teorileri
  - a. Rızanın Bir Özel Hukuk İşlemi Olduğu Görüşü..... 34
  - b.Rızanın Bir Kamu Hukuku İşlemi Olduğu Görüşü.....35
6. Türk Öğretisi.....37
7. Görüşümüz.....39

II. Tarihçe	
A. Antik Çağ Hukukunda İlgilinin Rızası.....	40
1. Roma Hukukunda İlgilinin Rızası.....	41
2. Kanonik ( Katolik Hıristiyan) Hukukta İlgilinin Rızası.....	42
3.Cermen Hukukunda İlgilinin Rızası.....	43
4. İslam ve Osmanlı Hukuklarında İlgilinin Rızası.....	44
B. Karşılaştırmalı Hukukta Rıza.....	47

## İKİNCİ BÖLÜM

### YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA İLGİLİNİN RIZASI

I. Genel Olarak.....	53
II. Rızanın Koşulları	
A. Genel Olarak.....	55
B. Rızaya Ehliyet	
1. Kişinin Rıza Göstermeye Ehliyetinin Bulunması	
a.Genel Olarak.....	56
b. Ön Koşullar	
aa. Yaş Küçüklüğü.....	57
bb.Sağır ve Dilsizlik.....	67
cc. Akıl Hastalığı.....	68
dd. Geçici Nedenler.....	69
3. Rıza Gösterilecek Hakkın Sahibi(İlgili) Olmak.....	70
III Rıza Açıklaması	
A. Rıza Açıklamasının Ön Koşulu: Kişinin İradesinin Sağlıklı Olması.	73
B. Rıza Açıklaması.....	81
C. Varsayılan Rıza.....	82
IV. Rızanın Konusu	
A.Genel Olarak.....	89
B. Hayata Karşı Suçlar Bakımından Rıza	
1. Genel Olarak.....	90
2. Ötanazi	

a. Genel Olarak.....	91
b. Tanımı.....	91
c. Ötanazi Hakkındaki Tartışmalar	
aa. Antik Çağda Yapılan Tartışmalar.....	93
bb. Dinlerin Bakışı	
aaa. Hıristiyanlık.....	96
bbb. Musevilik.....	97
ccc. İslamiyet.....	98
cc. Çağımızda Yapılan Tartışmalar ve Teoriler	
aaa. Yaşamın Kutsallığı Teorisi.....	100
bbb. Yaşamın Niteliği Teorisi.....	101
d. Türleri	
aa. Genel Olarak.....	103
bb. Aktif Ötanazi- Pasif Ötanazi.....	105
cc. Kazai Ötanazi- Medikal Ötanazi.....	109
e. İstem Üzerine Öldürme.....	109
f. Uygulaması	
aa. Genel Olarak.....	113
bb. Anglo- Amerikan Hukuk Sistemlerindeki Uygulamalar	
aaa. İngiltere.....	117
bbb. Amerika Birleşik Devletleri.....	118
ccc. Avustralya.....	123
ddd. Kanada.....	124
cc. Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerindeki Uygulamalar	
aaa. Hollanda.....	125
bbb. İsviçre.....	130
ccc. Belçika.....	131
ddd. Almanya.....	132
eee. Fransa.....	136
fff. İtalya.....	137
ggg. Avusturya.....	137
dd. Diğer Ülkelerin Uygulamaları.....	138
ee. Ülkemizdeki Uygulama.....	139
ff. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakışı.....	140

C. Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar Bakımından Rıza	
1. Genel Olarak.....	142
2. Tıbbi Müdahaleler Bakımından Rıza	
a. Genel Olarak.....	145
b. Koşulları	
aa. Müdahalenin Tıp Eğitimi Almış ve Kanunen Müdahale Etmeye Yetkili Kişi Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	149
bb. Tıbbi Müdahalenin Teşhis, Tedavi Ya da Koruma Amacıyla Gerçekleştirilmesi.....	151
cc. Tıbbi Müdahalenin Genel Kabul Gören İlke ve Kurallara Uygun Yapılması.....	153
c. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulu Olarak Rıza	
aa. Rıza Gösterebilmenin Ön koşulları.....	154
bb. Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü	
aaa. Genel Olarak.....	158
bbb. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları.....	163
ccc. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Konusu.....	165
ddd. Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı.....	170
cc. Tıbbi Müdahalelerde Rızanın Açıklaması.....	179
3. Açlık Grevleri ve Rıza.....	180
D. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Rıza.....	186
E. Hürriyete Karşı Suçlar Bakımından Rıza.....	188
F. Şerefe Karşı Suçlar Bakımından Rıza.....	201
G. Malvarlığına Karşı Suçlar Bakımından Rıza.....	203
SONUÇ.....	208
KAYNAKÇA.....	215
ÖZGEÇMİŞ.....	230

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ACY</b>	: Alman Ceza Yasası
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>BMJ</b>	: British Medical Journal
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>ÇeGTİK</b>	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<b>CGK.</b>	: Ceza Genel Kurulu
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>ÇKK</b>	: Çocuk Koruma Kanunu
<b>ÇMKYUK</b>	: Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
<b>E.</b>	: Esas
<b>ETCK</b>	: Eski Türk Ceza Kanunu
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK.</b>	: Medeni Kanun
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>no.</b>	: Numara
<b>nr.</b>	: Nummer
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>StGb</b>	: Strafgesetzbuch
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TMK</b>	: Terörle Mücadele Kanunu
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>YCGK</b>	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>yy.</b>	: Yüzyıl

Enstitüsü : Sosyal Bilimler  
Anabilim Dalı : Hukuk  
Programı : Kamu Hukuku  
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Bahri Öztürk  
Tez Türü ve Tarihi : Doktora-Aralık 2011

## KISA ÖZET

### YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA İLGİLİNİN RIZASI

Özge SIRMA

Bu çalışmanın konusu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ilgilinin rızasına ilişkin düzenlemenin ayrıntılı bir şekilde incelenmesidir. . Bilindiği gibi, ilgilinin rızası kavramı bir hukuka uygunluk nedeni olarak, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk kez ceza yasasında yer almış olmakla birlikte, temellerini Roma hukukundan alan bu kavram ceza hukuku öğretisi tarafından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi.

İlgilinin rızası kavramı; kaynağı, hukuki niteliği, koşulları ve konusu gibi çeşitli noktalarda tartışılmakla birlikte, özellikle ötanazi ve tıbbi müdahaleler gibi konularda pek çok ülke hukukunda tartışılmaya başlanmasıyla önemini arttırmıştır.

Birinci bölüm “Rıza Kavramı, Tarihçe, Karşılaştırmalı Hukukta Rıza” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde rızanın hukuka uygunluk nedeni olması bakımından, genel olarak, hukuka aykırılık kavramı, kavramı açıklayan teoriler, hukuka özel aykırılık ve hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir.

İlk bölümde ayrıca rıza kavramının tanımı ve hukuki niteliği Türk ve Alman öğretilerinde yer alan görüşlere değinilerek açıklanmıştır. Bölümde ayrıca rıza kavramının tarihçesine değinilmiştir.

İkinci bölüm “ Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, genel olarak TCK'da yer alan ilgilinin rızası hükmü ele alındıktan sonra; rızanın koşulları Türk ve Alman öğretisi dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Bu bölümde ayrıca rızanın konusu kavramı ele alınarak, Türk ve Dünya ceza hukuku öğretileri ile konunun uygulama alanına yer verilmiştir. Bu kısımda yargı kararları da dikkate alınarak rızanın geçerlilik koşullarına değinilmiştir.

Bu kısımda son olarak, yeni TCK'nun sistematigi kullanılarak, rızanın genel olarak tartışıldığı ve kabul gördüğü alanlar yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Hukuka aykırılık, Hukuka uygunluk nedenleri, Rıza, Ötanazi, Tıbbi Müdahaleler

Bilim Salı Sayısal Kodu:



University : Istanbul Kültür University  
Institute : Institute of Social Sciences  
Department : Law  
Programme : Public Law  
Supervisor : Prof. Dr. Bahri Öztürk  
Degree Awarded and Date : Phd-December 2011

**ABSTRACT**  
**CONSENT IN THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE**

**Özge SIRMA**

The subject of this study is the detailed analysis of the regulation on consent as covered in the Turkish Criminal Code numbered 5237. As is known, the notion of consent as a legality, is included in the criminal law for the first time with the Turkish Criminal Code numbered 5237, although this concept, based on Roman law, has been accepted as a reason for legality in the doctrine of criminal law.

The notion of consent, although debated on various points such as its source, legal attributes, clauses and scope, has been gaining importance while being discussed in the laws of many countries, in particular as it relates to such matters as euthanasia and medical intervention.

The first section is titled “The Notion of Consent, History, Consent in Comparative Law”. In this section, in respect to the legality of consent, a general layout of the concept of illegality, theories explaining this concept, contrariety specific to law, and causes of legality are included.

In the first part also the definition of the notion of consent and its legality is explained in reference to the Turkish and German legal doctrines. The section also outlines the history of the notion of consent.

The second section carries the title “Consent in the New Turkish Criminal Code”. In this section, following the discussion of consent provision in the TCC generally, the conditions of consent is evaluated in accordance with Turkish and German doctrines. In addition, this section outlines the subject of consent, discussing Turkish and international criminal law principles and the field of application on this subject. This section also explains the conditions for the validity of consent, focusing on court decisions.

Lastly, in this section, using the systematic of the new TCC, the areas where consent is generally discussed and recognized are analysed, in line with court decisions and the opinions in the doctrine.

**Keywords:** Illegality, Reasons for Legality, Consent, Euthanasia, Medical Interventions

**Department Digital Code**

## GİRİŞ

İlgilinin rızası, bir hukuka uygunluk nedeni olarak, kaynağını teamül hukukundan alan ve temelini “insan onuru” kavramından alan bir kavramdır. Roma hukukundan kaynaklanan kavram, ülkemizde ve Dünyada özellikle rızaya konu olan haklar bakımından tartışılan bir konudur.

Konuyu, bir doktora tezi çerçevesinde incelemek ve kavrama açıklık getirmek amacıyla hazırladığımız Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İlgilinin Rızası isimli çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölüm “Rıza Kavramı, Tarihçe, Karşılaştırmalı Hukukta Rıza” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde rızanın hukuka uygunluk nedeni olması bakımından, genel olarak, hukuka aykırılık kavramı, kavramı açıklayan teoriler, hukuka özel aykırılık ve hukuka uygunluk nedenlerine yer verilecektir.

İlk bölümde ayrıca rıza kavramının tanımı ve hukuki niteliği Türk ve Alman öğretilerinde yer alan görüşlere değinilerek açıklanacaktır. Bölümde ayrıca rıza kavramının tarihçesine değinilecektir.

İkinci bölüm “ Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İlgilinin Rızası” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, genel olarak TCK’da yer alan ilgilinin rızası hükmü ele alındıktan sonra; rızanın koşulları Türk ve Alman öğretisi dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bu bölümde ayrıca rızanın konusu kavramı ele alınarak, Türk ve Dünya ceza hukuku öğretileri ile konunun uygulama alanına yer verilecektir. Bu kısımda yargı kararları da dikkate alınarak rızanın geçerlilik koşullarına değinilecektir.

Bu kısımda son olarak, yeni TCK’nun sistematigi kullanılarak, rızanın genel olarak tartışıldığı ve kabul gördüğü alanlar yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler doğrultusunda incelenecektir.

Çalışmamızın başlığından da anlaşılacağı üzere, rıza konusunda yaptığımız değerlendirmeleri yalnızca TCK ve ceza hukuku çerçevesiyle sınırlandıracaktır. Çalışmamızda, rıza hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması konusunda bir özellik göstermediğinden, bu hususa değinilmeyecektir. Bunun gibi, rıza kavramı sadece öğreti ve yargı tarafından benimsenen ya da tartışılan suçlar bakımından değerlendirilecektir.

## **I. BÖLÜM**

### **RIZA KAVRAMI, TARİHÇE, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA**

#### **I. Rıza Kavramı**

##### **A. Hukuka Aykırılık Kavramı**

Rıza kavramından önce Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeye sadık kalarak hukuka uygunluk nedenleri hakkında kısaca bilgi vereceğiz.

Hukuka aykırılık, Roma hukukunda bugünkü anlamıyla varlık göstermemekteydi. Bu dönemde meşru savunma, zorunluluk hali ya da hırsızlık veya zina ederken suçüstü halinde yakalanan kimsenin öldürülmesi gibi kimi durumlarda, kastın ortadan kalktığı düşüncesi hakimdi. Bu düşünce Ortaçağda da egemenliğini korumuştur. Özellikle meşru savunma uzun bir süre öldürme yetkisi veren bir durum olarak algılanmış; 18'inci yüzyıldan itibaren ise, hukuk öğretisi tarafından ayrı bir kurum olarak benimsenmeye başlanmıştır<sup>1</sup>.

Hukuka aykırılık kavramının, eski hukukta “cüz'ü hak” ya da “rükünü hak” adlarıyla, teorik temellerinin ortaya konulması, 1870'li yıllarda gerçekleşmiştir. Hukuka aykırılık unsurunun suçun unsurlarından biri olarak kabul edilmesi tartışmaları ise, çok daha sonraları olmuştur. Hukuka aykırılık kavramını sistemleştiren ilk yazarın İtalyan hukukçu Rocco olduğu dile getirilmekle birlikte; kavramın suçun

---

<sup>1</sup> Tuğrul Katoglu; “*Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 19-20.

unsurlarından biri olarak kabul edilip, edilmeyeceği tartışması, ilk olarak, Alman hukuk öğretisinde Von Liszt, Von Hippel ve Mezger tarafından gerçekleştirilmiştir<sup>2</sup>.

1870 tarihli Alman Ceza Yasası, hukuka uygunluk nedenlerini “cezalandırılabilirliği kaldıran nedenler” başlığı altında düzenlemekteydi. Öte yandan yine 18’inci yüzyılda, hukuka aykırılık, Böhmer tarafından ilk defa suçun unsurlarından biri olarak kabul edildi<sup>3</sup>.

Ancak, hukuka aykırılık kavramının suçun temelinde yer aldığı düşüncesi çok eski zamanlara dayanmaktadır. Gerek Hıristiyan, gerek İslam düşüncesinde suç; hukuk düzenini ihlal eden/bozan bir hareket olarak algılanmaktadır<sup>4</sup>.

Hukuka aykırılığın tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Bu konuda iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, temellerini Binding’in “norm teorisi”nde bulan, hukuka aykırılığın tüm hukuk düzenince geçerli olduğuna ilişkin görüştür. Norm teorisine göre suç, ceza kanunları ile korunan, yasalaşmamış, yazılı olmayan, kamu hukukuna dayanan örtülü normları ihlal etmektedir ve ceza kanunları yalnızca, bu normun ihlal edilmesine yaptırım uygulanmasına yönelik bir yetki içermektedir. Binding, ceza yasalarının her zaman yasakları ve yükümlükleri düzenlemediğini ve fakat bunların tipikliğin arka planında yer aldığını dile getirmektedir. Bu nedenle suç işleyen kimse, genel olarak bir hukuk kuralını ihlal etmektedir. Bu hukuk kuralları ceza normlarının ön koşulu niteliğindedirler ve ceza kurallarına göre önceliklidirler. Suç tipine yer veren ceza normu ise, doğrudan doğruya ihlal edilmemektedir. Bu nedenle yazar hukuka aykırılığı, menfaat ihlali olarak tanımlamaktadır<sup>5</sup>.

Aynı görüşü benimseyen Beling ise, hukuka aykırılığın cezai düzenlemelerden de önce var olduğunu dile getirmektedir. Yazara göre, ceza kuralları norm değildir;

<sup>2</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman; “*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I*”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Yayınları, 1999, İstanbul, s.1, Ayhan Önder; “*Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I*”, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 148.

<sup>3</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut; “*Türk Ceza Hukukuna Giriş*”, 5237 Sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ve ilgili mevzuata göre yenilenmiş Üçüncü Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 286, 287.

<sup>4</sup> Katoğlu; s. 20.

<sup>5</sup> Katoğlu; s. 21-22, Zeynel Kangal; “*Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*”, Seçkin yayınları, Ankara, 2010, s. 167- 168;

ancak tamamlayıcı bir fonksiyonu vardır. Yapılmaması gereken bir davranışı düzenleyen norm, ceza kuralı (yaptırım) olmaksızın yalnızca, emir düzeyinde kalır<sup>6</sup>.

Emile Durkheim da, Binding'in norm teorisini benimsemiş ve ceza hukukunun yükümlülükleri dile getirmeyip, yalnızca yaptırımları düzenlediğini ileri sürmüştür. Bu yönüyle ceza hukuku, medeni hukuktan da ayrılmaktadır. Dolayısıyla bir ceza kanununda yaşama saygı gösterilmesi ile ilgili bir yükümlülüğe yer verilmemekle birlikte; yaşamı sonlandıran kimseye yaptırım öngörülmektedir<sup>7</sup>.

Ceza kuralları ile yaptırıma bağlanan yükümlülükler ise, dışsal, öncel, arka planda ve açıklayıcı niteliktedirler. Bu öğretinin bir sonucu olarak, tipe uygunluk ile hukuka aykırılığın birbirinden farklı kavramlar olduğu; tipe uygunluktan farklı olarak hukuka aykırılığın tüm hukuk düzenini kapsayan bir kavram olduğu ileri sürülmüştür<sup>8</sup>.

Norm teorisi hakkında yapılan eleştirilerin başında; Binding'in norm teorisinde, ceza hukukunun yaptırım koruması altına aldığı normların kamu hukukuna ilişkin normlar olarak kabul edilerek, özel hukuk dallarının öğretinin dışında tutulması gelmektedir. Norm teorisini bu yönüyle eleştirenlere göre, ceza hukukunun yaptırım ile korunan "norm" özel hukuktan da kaynaklanabilir. Bu düşünceden hareket eden Mayer, "kültür normları teorisini" ortaya koymuştur. Yazara göre, normlar hukuk üstüdür; ahlaki yasaklar ya da emirler olarak ortaya çıkmaktadırlar ve çoğu yasalaşmamıştır. Aynı görüşteki Willey de, ceza yasalarının sadece yaptırım verme yetkisi olduğunu; adam öldürmeme, hırsızlık yapmama gibi yasakların ise, ahlaktan doğduğunu ileri sürmüştür<sup>9</sup>.

Hukuka aykırılığın geçerlilik alanı ile ilgili bir diğer görüş ise, hukuka aykırılık kavramının sadece ceza hukuku bakımından geçerli olduğu düşüncesindedir. Binding'in norm kuramı, ceza hukukuna sadece yaptırım koyma işlevi verdiği için eleştirilmektedir. Bu görüşü benimseyenlere göre, ceza yasaları, ceza hukuku tarafından yapılan değerlendirmeler neticesinde oluşan davranış normlarına yer vermektedir. Bu nedenle bu görüşü benimseyenlere göre suç, anılan davranış

---

<sup>6</sup> Katoğlu; s. 22, Kangal; s. 168

<sup>7</sup> Kangal; s. 168- 169.

<sup>8</sup> Katoğlu; s. 22.

<sup>9</sup> Kangal; s. 170, 171.

normunu, bunu düzenleyen ceza kuralını ve genel anlamda ceza hukukunu ihlal eden bir harekettir. Bu davranış normu başka hukuk dalları tarafından da yasaklanmış olabilir. Bu durum ceza kuralının özerk yapısını değiştirmedığından, ceza hukukuna sadece yaptırım koyma işlevi de kazandırmamaktadır. Ceza hukuku bakımından davranış normu ile yaptırım bir bütündür<sup>10</sup>.

Bu görüşü benimseyen yazarların bir kısmına göre, bir hareketin genel olarak hukuk düzenince izin verilen bir davranış biçimi olması halinde, bu durum bütün hukuka etki etmektedir. Ancak bir hukuk kuralı ile çatışan bir davranışın varlığı halinde, bu durumu her bir hukuk dalı bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Yani hukuka aykırılık değerlendirmesi tüm hukuk dalları bakımından ayrı ayrı yapılmalıdır. Ancak, hukuka uygunluk nedenlerinin etki alanı bakımından, bu görüşü benimseyenler arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir grup yazara göre, hareket hukukun hangi alanlarında yasaklandıysa, sadece bu alanlar bakımından etki edecek; yani, hukuka uygunluk nedenleri de sadece bu alanlar bakımından geçerli kabul edilecektir. Buna karşın, bir diğer grup yazara göre, her ne kadar suç ile öncelikli olarak ceza hukuku ihlal edilse de, hukukun başka dalları tarafından kabul edilmiş olan hukuka uygunluk nedenlerinin, ceza hukuku bakımından da geçerliliği bulunmaktadır<sup>11</sup>.

Hukuka aykırılık, gerçekleştirilen fiilin hukuk düzenince izin verilmeyen, uygun bulunmayan bir hareket olması, hareketin hukuk düzeni ile çatışması olarak tanımlanabilir<sup>12</sup>. Aykırılık, sadece ceza hukukuna değil; tüm hukuk düzenine

<sup>10</sup> Katoğlu; s.24 vd.

<sup>11</sup> Katoğlu; s. 26, 27.

<sup>12</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, A. Caner Yenidünya; “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*” , Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 523, Katoğlu; s. 19, İzzet Özgenç; “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.263, Timur Demirbaş; “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.244, Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız; Koray Doğan, İlker Tepe; “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.256, Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem; “*Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”, TCK’daki Yeni Değişikliklere Göre Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.194, Dönmezer, Erman; s. 1-2, Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz; ; “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 262, Hakan Hakeri; “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 10. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s.252, Doğan Soyaslan; “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.378, Hamide Zafer; “*Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75 Ders Kitabı*”, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 208, Centel, Zafer, Çakmut; s. 286, Kayıhan İçel, Ali Hakan Evik; “*Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*”, yenilenmiş 4. bası, Beta Yayınları, İstanbul, s.83, Ersan Şen; “*Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları*”, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s. 385.

karşıdır<sup>13</sup>. Yani bir hareket hukuka uygun ise, bu durum sadece ceza hukuku bakımından bağlayıcı değildir; tüm hukuk dalları bakımından geçerliliğini korur. Söz gelimi, kişi konusu suç olan hareketi gerçekleştirdiğinde bu durum hukuka uygunluk nedeni ile suç olmayacağı gibi, aynı zamanda bir tazminata da konu olamaz<sup>14</sup>. Ancak yaptırımlar her hukuk dalı bakımından farklılık göstermektedir<sup>15</sup>. Bu durum hukuk düzeninin tekliği prensibine dayanmaktadır<sup>16</sup>. Çünkü bu prensip gereği, hareketin, hukukun bir alanında hukuka uygun bir diğer alanında hukuka aykırı olması olanaksızdır<sup>17</sup>. Hukuka aykırılığın tüm hukuk düzenince geçerli bir kavram olarak kabul edilmesi, kavramın aynı zamanda suçun bağımsız bir unsuru olarak da benimsenmesi neticesini doğurmaktadır. Hukuka aykırılığı hukukun belirli bir bölümü bakımından geçerli saymak, ceza hukukunun ultima- ratio (son çare olma) özelliğini kabul etmemek anlamına gelebilecektir<sup>18</sup>.

Bu noktada hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu dile getirilmektedir. Hukuka aykırılık hareketin norma aykırılığı iken, haksızlık bir değer yargısını ifade eder<sup>19</sup>. Hareket ya hukuka aykırıdır ya da değildir. Bu nedenle hukuka aykırılığın miktarı da yoktur. Ancak, hukuka aykırı olan hareketlerin haksızlık içerikleri farklı olabilir<sup>20</sup>. Antik çağda haksızlık özel bir menfaatin ihlali olarak tanımlanmaktayken; çağımız hukukunda, hukuk kuralına karşı olma şeklinde tanımlanmaktadır. Bu nedenle kimi yazarlara göre, hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarını eş anlamlı olarak algılamak gerekmektedir. Aksi durumun kabulü, yani haksızlığın özel bir menfaati ihlal ettiği düşüncesiyle, haksızlık ve hukuka aykırılık kavramlarını farklı değerlendirmek, antik çağ hukukuna geri dönmek anlamına gelebilecektir<sup>21</sup>.

Hukuka aykırılık içerik bakımından, maddi ve şekli hukuka aykırılık olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrım ilk olarak Franz von Liszt tarafından yapılmıştır.

<sup>13</sup> Dönmezer,Erman;s.1-2; Özgenç; s.263, Demirbaş; s.244 , Katoğlu; s. 19.

<sup>14</sup> Özgenç; s.276.

<sup>15</sup> Demirbaş; s. 244.

<sup>16</sup> Bahri Öztürk, Veli Özer Özbek, Mustafa Ruhan Erdem; “ Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku”, 7. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.147 , Demirbaş; s. 248.

<sup>17</sup> Koca, Üztülmez;s. 256.

<sup>18</sup> Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 258.

<sup>19</sup> Önder; s. 150, Artuk, Gökçen, Yenidünya; s. 480.

<sup>20</sup> Özgenç; s. 266.

<sup>21</sup> Katoğlu; s. 24.



Yazara göre, hareket, hukuk düzenince ortaya konulan bir kuralı, emri ya da yasağı ihlal ediyorsa; ortada şekli bir hukuka aykırılık bulunmaktadır. Buna karşılık hareket, bir menfaati ihlal etmekteyse; bu durumda, maddi hukuka aykırılıktan söz etmek gerekir<sup>22</sup>.

Şekli hukuka aykırılık subjektif ve objektif hukuka aykırılık olmak üzere, iki farklı görüşle açıklanmaktadır. Subjektif hukuka aykırılık, bireyin iradesinden bağımsız olarak açıklanamaz. Birey kendisine ait yükümlülükleri bilerek ve isteyerek yerine getirmemektedir. Bu görüşe göre, hukuka aykırılık kavramının temelinde irade yer almaktadır. Bu nedenle bu düşüncenin savunucularına göre, iradenin bulunmadığı yerde hukuka aykırılıktan da söz etmek mümkün olmayacaktır<sup>23</sup>.

Objektif hukuka aykırılık görüşü ile şekli hukuka aykırılığı açıklayan teorisyenler ise, hukuka aykırılığın gerçekleşmesi bakımından failin iradesini göz önünde bulundurmamaktadırlar. Bu görüşe göre, haksızlık objektif bir tespittir ve tipe uygun her hareketin hukuka aykırı olduğu neticesine ulaşmaktadır<sup>24</sup>.

Buna karşılık Özgenç'e göre,

“ Bizatihi haksızlık teşkil eden fiilin hukuka aykırılık vasfını somut olayda ortadan kaldıran bir durum söz konusu olmamalıdır. Bir fiilin kanunda muayyen suç tanımlarından birine uygun olması, bu fiilin mutlaka hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Ancak, bu uygunluk, işlenen fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğu hususunda karine teşkil eder. Bir başka ifadeyle; işlenen fiilin kanunla muayyen suç tanımlarından birine uygun düşmesi halinde, bu fiilin hukuka aykırılığının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Aksine, kanunla muayyen suç tanımlarından birine uygun düşen bu fiilin, buna rağmen hukuka uygun olmasını gerektiren bir durumun mevcut olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Şayet işlenen fiile ilişkin olarak bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti sonucuna varılırsa, artık işlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinden bahsedilemez<sup>25</sup>.”

<sup>22</sup> Katoğlu; s. 36, 37, Kangal; s. 173, 182.

<sup>23</sup> Kangal; s. 174.

<sup>24</sup> Kangal; s. 174.

<sup>25</sup> Özgenç; s. 267.

Demirbaş, hukuka aykırılığın şekli anlamda anlaşılması gerektiği düşüncesindedir. Buna karşılık, hukuka uygunluk nedenlerini yalnızca pozitif hukukla sınırlamak da yanlıştır. Aksi bir durumun kabulü, hukuka uygunluk nedeninin yasada düzenlenmemiş olması halinde, meşruyetine bakılmaksızın, fiilin hukuka aykırı kabul edilmesi ile sonuçlanacaktır. Yasa koyucunun suç tiplerini belirlerken, her bir suç için ayrı bir amacı vardır. Demirbaş, şekli hukuka aykırılığı yasa koyucunun öngördüğü maksada aykırılık olarak algılamaktadır. Yazara göre; yeni TCK'nın "hata" başlıklı 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına eklenen hükümlerle<sup>26</sup>, hukuka aykırılığın, maddi hukuka aykırılık olarak anlaşılmasına olanak tanınmıştır. Bu hükümlerle, objektif hukuka aykırılık yanında subjektif hukuka aykırılığın da gerçekleşmiş olması aranacak; hakim dosyayı incelerken, failin zarar verme, kurallara aykırı hareket etme ve haksızlık bilincinin varlığını da araştırması gerekecektir<sup>27</sup>.

Öztürk- Erdem'e göre, hukuka uygunluk nedenleri hareketin hukuka aykırı olma durumunu ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle bu nedenler cezayı ortadan kaldıran objektif koşullarla, şahsi cezasızlık nedenlerinden farklıdır<sup>28</sup>.

Özbek- Kanbur- Bacaksız- Doğan- Tepe;

"... bir fiilin suçla korunan menfaati gerçekten ihlal etmiş olup olmadığı ancak bir yorum yöntemi olarak kabul edilebilir. Bu da fiilin yasakoyucu tarafından neden tipleştirildiğini ve bununla güdülen amacın ne olduğunun sağlanması bakımından değer taşıyabilir. Ama fiili suç olmaktan çıkarmaz. Olsa olsa cezanın tayini bakımından cezayı şahsileştiren bir araç olarak kullanılabilir." diyerek, hukuka aykırılığın şekli manada anlaşılması gerektiği düşüncesinde olduklarını dile getirmektedirler<sup>29</sup>.

Sauer'e göre, devlete yarardan çok zararı olan hareket, maddi olarak hukuka aykırıdır<sup>30</sup>. Maddi hukuka aykırılığın varlığı, hırsızlık suçunda malın değerinin önem

<sup>26</sup> TCK m. 30/4: "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."

<sup>27</sup> Demirbaş; s. 247. Ayrıca bkz. Şen; s. 388,389.

<sup>28</sup> Öztürk, erdem; s. 195.

<sup>29</sup> Özer, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 256.

<sup>30</sup> Soyaslan; s. 380.

arzetmesi gibi haksızlığın derecelendirilmesinde ve kimi hukuka uygunluk nedenlerinin geliştirilmesi dayanağını oluşturması bakımından önem taşımaktadır<sup>31</sup>.

Öte yandan maddi hukuka aykırılığın varlığı bazı olağanüstü rejimlerde tehlikeli sonuçlar doğurabilmektedir. Nazi Almanyası'nda " haklı amacın aracı da haklı kıldığı" düşüncesiyle ortaya çıkan kimi hukuka uygunluk nedenleri keyfi uygulamalara neden olarak, hukukun güvence işlevine zarar vermiştir<sup>32</sup>.

Hukuka aykırılık kavramının suçun bağımsız bir unsuru olup olmadığı hususu ise, tartışmalıdır. Hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak kabul etmeyen yazarların, konu ile ilgili iki temel savı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hukuka aykırılığın diğer unsurların içinde yer aldığı savı; diğeri ise, hukuka aykırılığın suçun özünü oluşturması nedeniyle ayrı bir unsur olarak kabul edilemeyeceğidir<sup>33</sup>.

Öğretide, hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak nitelendirmeyen yazarların bir bölümü, anılan kavramı, cezalandırılabilme unsuru içinde kabul etmektedirler. Hareket hukuka uygunsa ya da diğeri bir deyişle, ortada bir hukuka uygunluk nedeni varsa; hukuka aykırılık unsurunun değil, cezalandırılabilme unsurunun yokluğu söz konusudur<sup>34</sup>.

Hukuka aykırılığın bağımsız bir unsur olmadığını ileri süren bir diğeri görüşe göre, hareketin tipikliğe uygun olduğunu kabul edebilmek için bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. "Tipikliğinin olumsuz unsurları" adı verilen eski öğretide, tipiklik ile hukuka aykırılık unsurlarını ayırmamakta; hukuka uygunluk nedenlerini ise, tipikliğinin olumsuz öğeleri olarak tanımlanmaktaydı. Bu görüş, suçun unsurlarını haksızlık ve kusur olarak belirlemede; tipikliğinin gerçekleşmesiyle hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleştiğini kabul etmekteydi. Bu görüşü benimseyen Welzel'e göre, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin varlığı durumunda bir insan ile bir sineğin öldürülmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Hareket, hukuka uygunluk nedenlerini içinde barındırırsa zaten kanuni tanıma uygun değildir, bu nedenle hukuka aykırılık kanuni unsurun

<sup>31</sup> Kangal; s. 182, 183.

<sup>32</sup> Önder, s. 151.

<sup>33</sup> Dönmezer, Erman; s. 2.

<sup>34</sup> İçel, Evik; 85.

(tipiklik) içinde yer almaktadır. Bu görüş hukukun birliği gerekçesine dayanılarak eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, hukuka aykırılığı tipikliğin içinde kabul eden görüş kabul edilirse, hukuka aykırılık değerlendirmesi yalnızca suçlar bakımından söz konusu olabilecektir. Tipe uygun eylem ile tipe uygun eylemin hukuka aykırı olması, farklı kavramlardır. Bu nedenle, tipe uygun bir eylem hukuka uygun olabilir<sup>35</sup>.

Bir diğer görüş ise, hukuka aykırılık unsurunu maddi unsurun içinde kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, ceza hukukuna aykırı bir eylemdir ve aynı nedenden suçtur. Bu görüş hareket ile suçu eşdeğer kabul ettiğinden, hareket suç oluşturuyorsa hukuka aykırılığın varlığının araştırılmasını gerekli görmemektedir. Bu görüş de, kabul edilmesi halinde, yalnızca hukuka aykırılık unsurunu değil, manevi unsuru da kapsar nitelikli bir hale geleceğinden eleştirilmektedir<sup>36</sup>.

Hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak kabul etmeyen görüşlerin sonuncusu da, kavramın manevi unsurun içinde değerlendirilmesini savunmaktadır. Bunlar kusurluğu ön planda tutan, iradi ceza hukuku görüşünü benimseyen yazarlardır. Anılan görüşe göre, hukuka aykırılık haksızlık olarak adlandırılmalıdır ve haksızlığı bilme kastın, dolayısıyla da kusurluluğun bir parçasıdır. Bir hareketin hukuka aykırı olup, olmadığını anlamak için failin iradesini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Hareketin suç olup olmaması, failin o harekete yüklediği anlama göre değişmektedir. Bu görüş de, kusur yeteneği olmayan kimsenin eylemine ilişkin hukuka aykırılık ya da uygunluk tespitinin yapılamaması ve doğal olaylar ile kusur yeteneği olmayanların gerçekleştirdikleri fiillerin hukuken eşit değerde kabul edilmesi nedeniyle eleştirilmiştir<sup>37</sup>.

Hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak kabul eden yazarlar ise, bir hareketin suç olarak kabul edilebilmesi için, fiili hukuka uygun duruma getiren bir durumun bulunmamasını aramaktadırlar<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> İçel, Evik; s. 86, Öztürk, Erdem; s. 195.

<sup>36</sup> İçel, Evik; s. 86, 87.

<sup>37</sup> İçel, Evik; s. 87.

<sup>38</sup> Dönmezer, Erman; s.3.

İçel- Evik, hukuka aykırılık kavramını bağımsız bir unsur olarak kabul eden görüşü benimsemektedir. Yazarlar, yukarıda sözünü ettiğimiz hukuka aykırılık unsurunu bağımsız bir unsur olarak kabul etmeyen görüşleri de çeşitli gerekçelerle eleştirmektedirler. Yazarlara göre, hukuka aykırılığı tipiklik unsuru içinde kabul etmek, manevi ve maddi unsurların da, bu unsurun içinde olup, olmadığı tartışılır hale getirecektir. Bunu kabul ise, hem hukuka aykırılık unsurunun tekliği ilkesi ile çelişecektir hem de haksız fiil ile suç kavramlarını eş kavramlar haline getirecektir<sup>39</sup>.

İçel- Evik, hukuka aykırılık unsurunu manevi unsur içinde değerlendiren görüş için de şu eleştiriyi getirmektedir:

*“ Bu iki kavramın suçun birer yapısal unsuru olmaları ve iradi bir eyleme ilişkin bulunmaları dolayısıyla birbirleriyle ilişkili ve fakat temelde birbirinden tamamen farklı kavramlar olduğu görmezlikten gelinemez. Tipik bir eylemin hem kusurlu hem de hukuka aykırı olması olanaklı olduğu gibi, tipik eylemin kusurlu veya hukuka aykırı olmaması da olanaklıdır. Eylemin iradi olması veya failin sorumlu tutulabilmesi için kusur yeteneğine sahip olması gerekleri, hukuka aykırılığın bağımsızlığını yitirerek kusurluluk içinde bir alt unsur olduğu anlamına gelmez<sup>40</sup>.”*

Yazarlar ayrıca hukuka aykırılık kavramının objektif, manevi unsurun (kusurluluk) ise, subjektif olduğu düşüncesindedirler. Yargıtay da, yazarlarla aynı görüşü benimseyerek, hukuka aykırılığın objektif nitelikte olduğunu dile getirmiştir<sup>41</sup>.

Hukuka aykırılık kavramı, özellikle Alman ceza hukukçuları tarafından, hukuka aykırılık bilinci biçiminde kullanılmaktadır. Ancak bu iki kavram birbirinden farklıdır. Hukuka aykırılık, hareketin hukuk ile çelişmesi anlamına gelmekteyken; hukuka aykırılık bilinci, hareketin hukuka aykırı olduğu değerlendirmesini yapılması anlamındadır. Bu nedenle hukuka aykırılık bilinci de tıpkı haksızlık da olduğu gibi bir derecelendirilmeye tabi tutulabilirken; hukuka aykırılık böyle bir derecelendirmeye tabi tutulamamaktadır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> İçel- Evik; s. 87, 88.

<sup>40</sup> İçel, Evik; s. 88.

<sup>41</sup> İçel, Evik; s.88.

<sup>42</sup> İçel, Evik; s. 84.

Yasa koyucunun hukuka aykırılığı yasa metninde ayrıca ve açıkça düzenlediği durumlar hukuka özel aykırılık ya da tam olmayan suçlar<sup>43</sup>, olarak adlandırılmaktadır. Normal olarak hukuka aykırılığın suç tipinde ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Hukuka aykırılık, hareket ile hukuk arasındaki çatışma nedeniyle doğal olarak vardır<sup>44</sup>. Ancak özel hukuka aykırılık durumunda, yargıcin karar verirken bu özel aykırılığa ilişkin bir değerlendirme yapması gerektiği düşüncesi bulunmaktadır. Nitekim Betiol de, tipiklikte hukuka aykırılığın ayrıca belirtilmediği hallerde de hukuka aykırılığın bulunduğunu; açıkça ve ayrıca hukuka aykırılığın belirtildiği hallerde ise, hukuka aykırılığın ancak bu özel hukuka aykırılık halinin gerçekleşmesi durumunda mevcut olacağını ileri sürmüştür<sup>45</sup>.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan kimi suç tanımlarında hukuka aykırı hareket etme bilinci özel olarak aranmaktadır<sup>46</sup>. Kanun koyucu bu tip suçlarda failin hukuka aykırı olarak hareket ettiği bilincinde olmasını, bu yönde doğrudan kastla hareket etmesini de aramaktadır. Kanunun açıkça hukuka aykırılık bilinci aradığı durumlarda; failin sorumluluğundan söz edebilmek için, hukuka aykırılık bilincinin de araştırılması gerekmektedir<sup>47</sup>. Bu tip suçlarda hukuka aykırılık, tipikliğin bir bölümünü oluşturmaktadır. Hukuka özel aykırılık durumları, her suç bakımından aynı nitelikte kabul edilemediklerinden; hukuki nitelikleri ile ilgili olarak da çeşitli görüşler ileri sürülmektedir<sup>48</sup>.

Bu görüşlerden ilki, burada hukuka genel- özel aykırılıktan çok, kanun koyucunun hukuka aykırılığı açık ya da örtülü olarak düzenlediğini söylemenin daha yerinde olacağı kanısındadırlar.

Welzel'e göre hukuka özel aykırılık, hukuka aykırılık unsurunun bir parçasıdır. Yasa koyucu çeşitli nedenlerle, bu özel hukuka aykırılık şeklini suç tipinin içine yerleştirmiştir. Dolayısıyla, bu özel hukuka aykırılık durumunun bulunmaması

---

<sup>43</sup> Demirbaş; s. 249.

<sup>44</sup> İçel, Evik; s. 83, 84.

<sup>45</sup> Katoğlu; s. 123.

<sup>46</sup> TCK m. 91/2-5, 109/1,112, 113,114/2,115/2, 117/1 118/2, 120, 124/1-2-3, 132/2, 135/1-2,136, 139, 209/2, 223/1-3,224/1, 235/2, 239/1, 243/1,250/1-2, 252/3,257/1-2, 260/1, 277.

<sup>47</sup> Özgenç; s.269.

<sup>48</sup> Kangal; s.184.

halinde, tipiklikte yer alan bir hareket gerçekleşmemiş sayılmayacaktır. Bu durumda fiil, hukuka aykırılık unsuru bulunmadığında, hukuka uygun olacaktır<sup>49</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise, hukuka özel aykırılık, her ne kadar hukuka aykırılık suçun unsurlarından biri olmasa da, istisnai olarak suçun temel unsurlarından biridir<sup>50</sup>.

Üçüncü görüş, hukuka özel aykırılığı, manevi unsurun bir parçası olarak nitelenmektedir. Bu görüşe göre, yasa koyucunun suç tipinde özel olarak hukuka aykırılıktan söz etmesi, hukuka özel bir aykırılık değil; özel bir amacın varlığına işaret etmektedir<sup>51</sup>. Katoğlu da bu görüştedir. Yazara göre;

“ Bu özel amacın yokluğu halinde, ya fiil suç teşkil etmeyecek, ya da başka bir suçu oluşturacaktır. Ancak özel kasıt, manevi unsurun içinde, genel kastın gelişmiş, incelmış, zenginleşmiş bir biçimindedir. Bu noktada, davranışın bir parçası değildir. Davranışın bir parçası olmadığı gibi, iki farklı değerlendirme bakımından da hukuka aykırılığın bir türü olarak karşımıza çıkamaz. İlk olarak, hukuka aykırılık suçun unsuru olarak kabul edildiğinde, özel kastın manevi unsurun içinden çıkartılıp ‘hukuka aykırılık unsuru’ kapsamına alınmasının yöntemsel hiçbir açıklaması olamaz. İkinci olarak, hukuka aykırılık bir unsur değil de bir değerlendirme olarak kabul edildiğinde, özel kasıt ancak bu değerlendirmenin, suçun diğer unsurları gibi sadece nesnesini oluşturacak, ancak nesne ve değerlendirme birbirine karışmayacaktır.”<sup>52</sup>.

Konuyla ilgili olarak bir diğer görüş ise, özel hukuka aykırılığı, suçun maddi unsurunun özel nitelikteki koşulları olarak tanımlamaktadır. Bu koşullar, hukuka aykırılığın özel bir şekli değil, suç oluşturan hareket bakımından alt kurucu unsur niteliğindedir. Bu konudaki son görüşe göre, anılan düzenlemeler bakımından, hukuka özel aykırılıktan değil, özel hukuka uygunluk nedenlerinden söz etmek gerekmektedir<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Demirbaş; s. 249.

<sup>50</sup> Katoğlu; s. 123.

<sup>51</sup> Katoğlu; 123.

<sup>52</sup> Katoğlu; s. 123- 124.

<sup>53</sup> Katoğlu; s. 124.

## B. Hukuka Uygunluk Kavramı ve TCK'da Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk, genel olarak, yasalar tarafından hukuka aykırı olarak tanımlanan bir hareketin hukuka uygun olmasıdır. Aslında bu hareketin gerçekleşmesi halinde suç ya da haksız fiil oluşacaktır; fakat hukuk, bu hareketin yapılmasına izin vermektedir. Hukukun, aslında hukuka aykırı olan bir harekete izin vermesi, hukuka uygunluk olarak tanımlanabilir<sup>54</sup>. Dolayısıyla, yasadaki suç tanımına uygun her hareket suçu oluşturmaz. Suçun oluşabilmesi için, yasadaki tanıma uygun olan bu hareketin aynı zamanda hukuka aykırı olması, yani, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması gerekir<sup>55</sup>.

Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki temelini açıklayan, ikisi subjektif, biri objektif olmak üzere, üç temel görüşün varlığından söz edilebilir. Subjektif görüşlerden ilki, eski öğretiden ileri sürülmekteydi ve hukuka uygunluğu ruhun zorlanması neticesinde gerçekleştirilen hareket olarak tanımlamaktaydı. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk hallerinde insan ruhu zorlanmaktadır, baskı altında bulunmaktadır; bu nedenle de gerçekleştirdiği hareketi düşünme ve değerlendirme yeteneğine sahip değildir<sup>56</sup>.

Diğer subjektif görüş ise, hukuka aykırılığı manevi unsurun içinde değerlendirmektedir. Bu görüş, hareketin hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı durumunda bile suç oluşturduğu görüşündedir; ancak bu hallerde fail hukuka uygun ve iyi dürtüleri ile amacı nedeniyle cezalandırılmamaktadır<sup>57</sup>.

Objektif görüşe göre ise, hukuka uygunluk nedenleri sosyal zararın bulunmaması nedeniyle hareketteki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadırlar. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hareket, toplum menfaati ile çelişmez. Bu nedenle devletin ceza ile müdahale etmesine gerek yoktur<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Demirbaş; s.249.

<sup>55</sup> Özgenç; s.267.

<sup>56</sup> Soyaslan; s. 382.

<sup>57</sup> Soyaslan; s. 382.

<sup>58</sup> Soyaslan, s. 382.



Gerçekleştirilen hareketin hukuka uygun sayılabilmesi için, hukukumuzda farklı görüşler yer almaktadır. Yukarıda da söz ettiğimiz gibi, şekli hukuka aykırılığı objektif görüşle açıklayan teorisyenlere göre, gerçekleştirilen harekette hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edebilmek için, o nedene ait koşulların objektif olarak yer alması yeterli görülmekteydi<sup>59</sup>. Klasik suç teorisinde yer alan bu görüş, olayda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığını yeterli görmektedir. Buna karşılık bir diğer görüş, bu mevcudiyetin yanında hareketi gerçekleştiren kişinin hukuka aykırılık bilincinin de araştırılması gerektiği kanaatindedir. Bu görüşe göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), pek çok suç bakımından failin hukuka aykırı hareket ettiğinin bilincinde olmasını, yani doğrudan kastı aramaktadır. Bu nedenle sadece hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının gerçekleşmesi yetmez; ayrıca failin hukuka aykırı hareket ettiğinin bilincinde olmaması aranır. Meşru savunma bakımından savunma iradesi, zorunluluk hali bakımından korunma iradesinin bulunması gibi<sup>60</sup>.

Bununla birlikte, kural olarak, hukuka uygunluk nedenleri ister kasten, ister taksirle; ister icrai, ister ihmali bir hareket ile işlenmiş olsun, elverişli bütün suçlar bakımından geçerliliğini korumaktadır. Ancak bazı hukuka uygunluk nedenleri yalnızca belli suçlar bakımından mümkün olabilirler<sup>61</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuka uygunluk nedenleri bütün hukuka etki eder ve hareketi hukuka uygun duruma getirir. Hukuka uygunluk nedenleri kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ile de karıştırılmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere failin iradesine yönelik bir hareket neden olmaktadır. Zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere örnek olarak gösterilebilir<sup>62</sup>. Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda değildirler. Diğer hukuk dallarında yer alan hukuka uygunluk nedenleri dışında, örf ve adet hukukunda yer alan hukuka uygunluk nedenleri de bulunabilir<sup>63</sup>. Diğer hukuk dallarından kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri, ceza hukukunda uygulama alanı bulabileceği gibi; ceza hukukundan

<sup>59</sup> Nevzat Toroslu; “*Ceza Hukuku Genel Kısım*”, Savaş Yayınları, Ankara, 2005, s. 99.

<sup>60</sup> Özgenci; s. 268, Öztürk, Erdem; s. 198.

<sup>61</sup> Örneğin TCK m. 127 isnadın ispatı ya da m. 128 iddia ve savunma dokunulmazlığı gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, Üzülmöz; s.257.

<sup>62</sup> Hakeri; s.221.

<sup>63</sup> Koca, Üzülmöz; s.256, Hakeri; s.221.

kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni de, başka hukuk dalları bakımından bu niteliğini koruyacaktır<sup>64</sup>.

Bilindiği gibi, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı kimi hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bunlardan ilki, yaptırım konusundadır. Hareket hukuka uygunsa, bu hareket nedeniyle, hiçbir hukuk dalı herhangi bir yaptırım öngöremez<sup>65</sup>. Bu bağlamda ceza hukukunda da, hukuka uygun hareket neticesinde, yalnızca cezaya değil, güvenlik tedbirlerine de hükmedilemez. Yine hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı, iştirakte bağlılık prensibi gereği, iştirakte asıl fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması arandığından, şeriklere yaptırım uygulanmasını engellemektedir<sup>66</sup>.

Hukuka uygun bir harekete karşı meşru savunmada bulunulması da olanaksızdır. Çünkü TCK'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı.." denilerek, hukuka aykırı, haksız bir fiile karşı meşru savunmada bulunabileceği açıkça belirtilmektedir<sup>67</sup>.

Hukuka uygunluk nedenleri arasında bir sıralama ya da derecelendirme yapmak, olası değildir. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedeni ya vardır, ya da yoktur. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, bunun etki derecesi de, farklı farklı değildir. Birden fazla hukuka uygunluk nedeninin bir arada bulunması halinde de, bu nedenler birbirlerinden bağımsız olarak, birlikte göz önünde bulundurulacaklardır<sup>68</sup>.

Failin hukuka uygun hareket ettiği ve bu harekete bağlı bulunan başka hareketlerin varlığı halinde, bu hareketlerin hukuka uygun sayılıp, sayılmayacağı konusu ayrıca incelenmelidir. Bu hususta, failin gerçekleştirdiği hareketle doğal bağlantısı bulunan hareketlerin, hukuka uygun sayılacağına ilişkin bir ölçüt kullanılmaktadır. Yargıtay da bu ölçüte dayanarak; sanıkların, salatalık çalarken yakaladıkları mağduru zincire vurup, köyde ellerini çözmeleri şeklinde gerçekleşen fiilleri, CMUK m. 127'ye göre, (CMK. m. 90'da yer alan yakalama) her ne kadar yasa tarafından düzenlenmiş meşru

<sup>64</sup> Özgenç: s. 269.

<sup>65</sup> Koca, Üzülmez; s. 267.

<sup>66</sup> Öztürk, Erdem; s. 196.

<sup>67</sup> Öztürk, Erdem; s. 196, Hakeri, s. 255.

<sup>68</sup> Hakeri, s. 254.

bir fiil ise de, mağduru bağlamaları nedeniyle yaralama suçundan cezalandırılmalarına karar vermiştir<sup>69</sup>.

5237 sayılı TCK'da yer alan ve "Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı kısımda hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler birlikte yer almaktadır. Nitekim öğretide, TCK'da yer alan ve anılan başlık altında toplanan hükümlerin bir kısmının hukuki niteliği tartışmalıdır. Örneğin zorunluluk hali, gerek öğretide gerek bazı ülke ceza yasalarında bir hukuka uygunluk nedeni değil; kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmektedir. Yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi de, öğretide çoğunlukla hukuka uygunluk nedeni olarak görülmekle birlikte; kimi yazarlarca kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak da görülmektedir<sup>70</sup>.

Hükümet tasarısı aşamasında 5237 sayılı TCK'nun, Birinci Kitap İkinci Kısmı "Hukuka Uygunluk Nedenleri" başlığını taşımaktaydı. Ancak, TBMM Adalet Alt Komisyonunda gerçekleştirilen çalışmalar sırasında, maddelerde, hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere yer verildiğinden, bölüm başlığı yukarıda belirttiğimiz gibi, "Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler" şeklinde değiştirilmiş ve bu biçimde yasalaşmıştır<sup>71</sup>.

Bu düzenleme biçimi de, öğretide kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Centel, Zafer, Çakmut'a göre,

"...hukuka aykırılık, suçun bağımsız bir unsuru olduğuna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin de hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler (nedenler) olarak incelenmesi gerekir. Yeni Türk Ceza Yasası'nda kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik gibi kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte " Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmesi yerinde değildir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, ceza sorumluluğunun kalkması değil, eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesi sonucunu doğuran sebeplerdir.

<sup>69</sup> Hakeri, s.256.

<sup>70</sup> Özgenç; 270.

<sup>71</sup> Özgenç; s. 270.

Bu sebepler yeni Yasa'da, kusurluluğu etkileyen hallerden ayrı bir başlık altında düzenlenmeliydi.”<sup>72</sup>.

Biz de yapılan eleştirilere katılıyoruz. Yasada, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğa etki eden nedenler başlıklarının kullanılması ve bu iki grup nedenin ayrı başlıklar altında, ayrı bölümlerde düzenlenmesi bizce de daha isabetli olacaktı. Bilindiği gibi, hukuka aykırılık nedenleri ile kusurluluğa etki eden nedenler birbirinden farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık olumsuz nitelikte bir değer yargısı iken, kusurluluk hareketin faile isnad edilebilirliği ile ilgili bir kavramdır<sup>73</sup>. Düzenlemeler bakımından yapılabilecek bir diğer eleştiri de, bu başlık altında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğa etki eden hallerin hemen hemen tamamının madde metninde, “ ceza verilmez” ibaresine yer verilmesidir<sup>74</sup>. Başka bir deyişle, hukuka uygun nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenleri maddedeki metne bakarak ayırma zorluğu bulunmaktadır.

Bu kısımda sırasıyla 24'üncü maddede “Kanun Hükümü ve Amirin Emri” başlığı ile kanun hükümünü icra ve yetkili amirin emrini ifa; 25'inci maddede, “Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali” başlığıyla, meşru savunma ve zorunluluk hali ile son olarak 26'ıncı maddede “Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası” başlığı ile anılan hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmektedir.

Bu hükümlerden zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olmadığı; zorda kalma durumunun kişinin davranışına etki ederek, failin hukuka uygun hareket etme yeteneğini etkilediği için, kusurluluğa etki eden bir nitelik taşıdığı düşüncesinde olan yazarlar da bulunmaktadır. 5237 Sayılı TCK'nun kabulü esnasında zorunluluk halinin kusurluluğa etki eden bir hal olarak düzenlenmesi ve failin gerçekleştirdiği fiile ilişkin olarak ceza verilmemesi ya da cezai indirim yapılmasına ilişkin kararın mahkemece tayinine ilişkin bir öneri kabul görmemiştir. Buna karşılık TCK'nın organ ticareti ve çocuk düşürtme gibi kimi suçlarda, bu görüşe uygun olarak

<sup>72</sup> Centel, Zafer, Çakmut; s. 294, Benzer görüş için ayrıca bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya;s. 481, 482.

<sup>73</sup> Öztürk, Erdem; s. 196.

<sup>74</sup> Koca, Üzülmöz; s. 269.

zorunluluk halinin kusurluluğa etki eden bir durum olarak yer verdiği görülmektedir<sup>75</sup>.

Yukarıda da söz ettiğimiz gibi, anılan hükümlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedeni olduğu tartışılmaktadır. Bu noktada Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK'nun) 223'üncü maddesi, TCK'nda yer alan düzenlemelerden hangilerinin hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin yasal bir veri içermektedir. Anılan hükmün ikinci fıkrasına göre:

“Beraat kararı;

- a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
  - b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
  - c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
  - d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
  - e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,
- hallerinde verilir.” Buna karşılık kusurun olmaması nedeniyle ceza tayinine yer olmadığına ilişkin karar anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre,
- “a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,
  - b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,
  - c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,
  - d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi,” hallerinde verilecektir.

---

<sup>75</sup> Özgenç; s. 271.

Maddeden açıkça anlaşıldığı gibi, yüklenen suçun hukuka aykırı, fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi ve zorunluluk hali dışındaki haller hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılmalıdır<sup>76</sup>. Bu maddeyle birlikte, tüm hukuka şamil olma ölçütünden de yola çıkarak, TCK'nunda yer alan hukuka uygunluk nedenleri; hakkın kullanılması, kanunun hükmünü yerine getirme, meşru savunma ve ilgilinin rızası olarak sayılabilir<sup>77</sup>.

## II. Tanım

Haklar ve bu haklara sahip olanlar hukukun koruması altındadır. Haklara sahip olanların bu haklar üzerindeki tasarruf yetkilerini ne şekilde kullanacakları gerek ceza hukuku anlamında, gerek özel hukuk bakımından önem taşımaktadır. Üstelik ceza hukuku bakımından, hak sahiplerinin gerçekleşen harekete rıza göstermemesi, konut dokunulmazlığını ihlal gibi bazı suçlar bakımından suçun oluşması için gerekli görülmektedir<sup>78</sup>. Bunun yanında ceza hukuku anlamında rıza, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle suçun tüm maddi unsurlarının gerçekleşmesi durumunda dahi kişilerin mutlak şekilde tasarruf edebilecekleri haklar bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir işleve sahip hale gelmiştir. Bu durumda bir suç tipi bakımından rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak mı yoksa hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak mı yer aldığı tespit için suçun kanunda yer alan tanımına bakmak gerekmektedir. Bu noktada rızanın yokluğu suçun kanuni tanımında yer alıyor ise, rıza tipikliğe etki etmektedir; aksi halde ise, bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>79</sup>.

Rıza kavramı sözlük anlamı olarak, istek, onam, razı olma, isteme, onama anlamlarına gelirken; ceza hukuku anlamında hak sahibi ilgilinin bu hakkına yönelik fiili onaylaması olarak tanımlanmaktadır<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan; “ *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*”, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 529.

<sup>77</sup> Özgenç; s. 271.

<sup>78</sup> Toroslu, Nevzat; s. 158.

<sup>79</sup> Koca, Üzülmez; s. 268

<sup>80</sup> Öztürk, Özbek, Erdem; s.175.

Rıza, hukuki anlamda kişilerin kendi geleceklerinin belirleme hakkına dayanmaktadır.<sup>81</sup> Rıza kişinin sahip olduğu haklara yönelik olarak yapılan müdahaleye izin vermesi, bunu onaylaması yönünde yaptığı bir irade açıklaması olarak tanımlanabilir. Rıza sahibi bu irade açıklaması ile sahip olduğu hakkı/ hakları kaybetmez, ancak bu haklara yönelik gerçekleştirilen hareketi ya da hareketleri onayladığını beyan eder.

### III. Hukuki Niteliği

Hukuki nitelik; rıza için aranan şartlardan, gösterilen rızanın etki alanına kadar pek çok noktada önem arz ettiğinden, açıklayıcı teorilerin de hukuki niteliğe şekil vermesi bakımından önemi tartışmasıdır<sup>82</sup>.

Burada ilk olarak, Alman ceza hukukçusu Geerds'in ileri sürdüğü ve benimsenerek Alman hukukçular tarafından geliştirilen ve tipikliği ortadan kaldıran kabullenme (einverständnis), hukuka aykırılığı kaldıran rıza (einwilligung) ayrımına; daha sonra rızanın hukuka uygunluk nedeni olmasının temeline ilişkin önemli gördüğümüz ve genel olarak kabul gören teorilere yer vereceğiz.

#### A. Tipikliği Ortadan Kaldıran Kabullenme – Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Rıza Ayrımı

Pek çok suç tipikliğinde mağdurun iradesine aykırı bir eylem öngörülmektedir. Kabullenme ile tipiklik ortadan kalkar. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu buna örnektir (TCK m.116, ACY m.123)<sup>83</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, bu ayrım ilk olarak Alman hukukçu Geerds tarafından, 1953 yılında yayınlanan tezinde ortaya konulmuştur<sup>84</sup>. Türk öğretisinde

<sup>81</sup> Özlem Yenerer Çakmut; "Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 195.

<sup>82</sup> Dönmezer, Erman; s. 63.

<sup>83</sup> Helmut Frister; "Strafrecht Allgemeiner Teil Ein Studienbuch", 2. Auflage, Nördlingen, 2007, 170.

<sup>84</sup> Koca, Üzülmöz; s. 280.

anılan ayırım<sup>85</sup>, tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak kabul görmektedir. Ancak biz daha anlaşılır ve ayırt edici olması bakımından, “tipikliği ortadan kaldıran kabullenme” ve “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza” terimlerini kullanmayı tercih ettik.

Geerds’e göre, tipikliği ortadan kaldıran kabullenme, mağdurun onaylayıcı irade beyanı durumu olarak kabul edilir ve bu irade beyanıyla suçun tipikliği ortadan kalkar. Tipikliğin ortadan kalkması için ise, daima, suç tipinin içinde suçlunun objektif bir şekilde mağdurun iradesine aykırı hareket etmesi, yani zor kullanması (invito laeso) ve karşı tarafın aksi yönde olan iradesinin aşılmasına sebep olması gerekmektedir<sup>86</sup>.

Yazar, mağdurun tipikliği ortadan kaldıran kabullenme ehliyeti ile ilgili olarak anlaşılması gerekenin, ehliyetin olayın içindeki fonksiyonu olduğunu dile getirmektedir. Geerds’e göre, mağdurun hareketin haksızlığına dair görüşü burada ağırlık kazanabilir. Sadece gerçekte olanı, zor kullanımını bir özellik olarak kabul etmek ve varsaymak, ancak mağdurun doğal kabullenmesi ile mümkün olabilmektedir. Çünkü gerçekte mağdurun iradesi aşılmamaktadır. Fakat tipikliğin gerçekleşmesi için bu gerekmektedir. Örneğin, 9 yaşında bir kız kendisine ait patenleri korumakla yükümlü iken, patenlerini kendiliğinden 15 yaşında bir delikanlıya veriyorsa, bu takdirde bu delikanlı objektif olarak hırsızlık suçunu işlememektedir, çünkü bu davranışı sahibinin iradesi ile gerçekleştirmektedir. Diğer taraftan, aslında küçük kız ne medeni hukuk bakımından ne de ceza hukuku bakımından geçerli bir rıza açıklamasında bulunmaya ehil değildir; bu nedenle delikanlının fiili aslında cezalandırılabilir niteliktedir<sup>87</sup>.

Yazara göre, tipikliği ortadan kaldıran kabullenmede hata konusunda, irade beyanın yönü teorisini kabul etmek gerekir; çünkü burada bir suç unsuru özelliğinin mevcut ya da eksik olmasının suçlu tarafından bilinmesi, büyük bir önem taşımamaktadır. Buna göre, neticelenmemiş bir hırsızlık için objektif olarak verilecek örnekte, suçlunun mağdur tarafından kendisinin alması için hazırlamış olduğu bir kitabı

<sup>85</sup> Öztürk, Erdem; s. 222, Koca, Üzülmez; s. 280, Hakeri; 297, 298.

<sup>86</sup> Friedrich Geerds; “*Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*”, Goldammer’s Archiv für Strafrechts, 1954, s. 264, 265.

<sup>87</sup> Geerds; s. 265, 266.



alması, hatta mağdurun onayının olduğunu dahi bilmemesi durumunda da, yine hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusudur. Çünkü gerçekte bu şekilde suçlu esas sahibin iradesi ile olsun veya olmasın mülkiyeti ele geçirmektedir<sup>88</sup>.

Geerds'e göre, mağdurun rıza gösterme yetkisi, ceza kanunlarında devletin çıkarının bulunmadığı yerlerde mevcut olduğu varsayılmaktadır. Yani bir veya birden çok şahıs korunan hakkın sahibi durumunda ise ve hakkın sahibi devlet veya toplum değilse, bu durumda rıza gösterilmesi mümkündür<sup>89</sup>.

Geerds, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak rızanın hukuki niteliğini, her hangi bir hukuki işlem fonksiyonu olarak görmemektedir. Yazara göre, rızanın ceza hukukunun içinde görülmesi gerekir. Burada şartlı olarak hukuksal korumadan feragatten ya da sadece ceza hukuku açısından hukuku aşan bir irade açıklamasından bahsedilebilir. Bu feragat ya da irade açıklamasının gücü ise teamül hukukundan kaynaklanmaktadır<sup>90</sup>.

Yazara göre, rızanın kamu bakımından dikkate değer bir hal alması için, mağdurun şahsen rıza gösterebilecek durumda olması gerekir. Rıza gösterme yetkisinin olabilmesi için ise, rıza gösterenin somut olayın haksızlığı konusunda gereken olgunluk ve görüşe sahip bulunması ve davranışının etkilerinin farkında olması gereklidir<sup>91</sup>.

Ayrıca, mağdurun rızasının olayın öncesinde kesinlikle ve bağlayıcı olarak beyan edilmiş olması, yani, mağdurun irade beyanının suçu işleyen tarafından bilinmesi ve halen mevcut olması gerekir. Rızada yanılma konusunda irade beyanı teorisine, tipikliği ortadan kaldıran kabullenmeden farklı olarak, irade beyanı yönü teorisine oranla, öncelik tanımak gerekecektir. Bu ise, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran gerekçelerin yapısı için ölçüt olan, haksızlık öğretisinden kaynaklanmaktadır. Meşru savunma kavramını bilmeyen kişinin hiçbir şekilde meşru savunmaya kalkışamaması

---

<sup>88</sup> Geerds; s. 266.

<sup>89</sup> Geerds; s.263.

<sup>90</sup> Geerds; s. 263.

<sup>91</sup> Geerds; s. 263.

gibi; suçlunun suçu bilerek işlerken rızayı bilmemesi de, benzer bir hukuksal değerlendirmeye tabi tutulacaktır<sup>92</sup>.

Geerds, tüm bu saptamalardan yola çıkarak, bu iki kavram arasında çok büyük farklar olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, rızayı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir irade olarak tanımlamaktadır. Kabullenme ise, tipikliğin iradeye karşı bir biçimde ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Mağdurun rızasının geçerli olması için, rıza, açık ve bağlayıcı bir biçimde, suç işlenmeden önce açıklanmalıdır. Buna karşılık kabullenmede uygun iradenin yönü, tamamen yeterli olmaktadır<sup>93</sup>.

Geerds'in geleneksel bakış açısı ile gelişen bu düşünce, tipikliği ortadan kaldıran kabullenme ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızayı birbirinden ayırmaktadır. Bu görüşe göre, kabullenme, tipiklik unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Tipikliği oluşturan hareket kanun maddesinde "mağdurun arzusu hilafına" veya "mağdurun iradesi olmaksızın" ibarelerini de içermekteyse; yani tipiklik özel olarak mağdurun rızasının bulunmamasını ya da onun isteği dışında hareket edilmesini arıyorsa, bu durumda verilmiş olan rıza (kabullenme), tipikliği ortadan kaldırmaktadır. Alman hukuku bakımından bu suçlar özellikle zorlama suçlarıdır<sup>94</sup>.

Alman Ceza Yasası'nın 240'inci maddesinde düzenlenen "cebir (zorlama)" suçu, kişinin cebir ya da tehdit yoluyla bir şeyi yapmasını, yapmamasını ya da yapılmasına tahammül göstermesini düzenlemektedir. Bu suç bakımından mağdurun durumu kabullenmesi, tipik hareketin doğası gereği mağdurun rızası olmaksızın ya da isteği dışında gerçekleşmesi gerektiğinden, tipikliği ortadan kaldıracaktır. Bunun gibi bir kadın cinsel ilişki için rıza gösterdiğinde, adamın tipik hareketi, yasada cebir

---

<sup>92</sup> Geerds; s. 264.

<sup>93</sup> Geerds; s. 266.

<sup>94</sup> Claus Roxin; "Strafrecht Allgemeiner Teil, Band: I, Grundlagen- Der Aufbau der Verbrechenslehre", 4. Auflage München, 2006, s. 540, Thomas Rönau; "Grundwissen- Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis", JuS,18, s. 20, Knut Amelung, Frieder Eymann; "Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht", Juristische Schulung, 41. Jahrgang, Oktober 2001, s. 937, Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch; "Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch", 11. neubearbeitete Auflage, Bielefeld, 2003, s.391, Walter Gropp; "Strafrecht Allgemeiner Teil", 3. Auflage, 2005, s. 197, Rolf Schmidt; "Strafrecht- Allgemeiner Teil Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens", 7. Auflage, Bremen,2008, p. 430 vd.

kullanılması arandığından, tecavüz suçunu oluşturmayacaktır (ACY madde 177/2 nr.1)<sup>95</sup>.

Bu görüşe göre, tipiklikte mağdurun rızası bulunmadan ya da isteği dışında hareketin gerçekleşmesinin aranmadığı durumlarda rıza tipikliğe etki etmeyecektir. Bu durumda tipiklik gerçekleşecek; ancak verilen rıza hukuka uygunluk nedeni olarak ayrı bir değerlendirme tabii tutulacaktır<sup>96</sup>.

Ev sahibinin eve gelen ziyaretçiyi içeri alması durumunda, kişi zorla girmediğinden, konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmayacaktır (ACY madde 123). Bir kimsenin kabulü durumunda, kişinin hakimiyet alanındaki eşyanın alınması hırsızlık suçundaki tipik hareketi yani “alma” hareketini oluşturmaz. Çünkü “alma” hareketinin gerçekleşebilmesi için bir başkasının hakimiyet alanını ihlal etmesi gerekmektedir. Bu iki örnekte kabullenme, korunan hukuki değer ihlalini ortadan kaldırmaktadır. Hukuki değere sahip olan kişinin rızasının varlığı fiili meşrulaştırmaktadır. Ancak rızanın varlığı, fiilin tipiklik unsurlarının gerçekleşmesini engellememektedir. Alman hukukunda, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rıza bakımından örnek olarak, mala zarar verme ve yaralama suçları gösterilebilir. Bir malın malikinin, bir başkasının eşyasına hasar vermesine ya da yoketmesine rıza göstermesi halinde; Alman hukukundaki baskın görüşe göre, bu rıza, eşyanın hasar görmesi ya da yokedilmesini ortadan kaldırmaz, yani tipik hareket gerçekleşmiş olur. Bu görüşe göre, rıza sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Bu görüşün temelinde ise, rıza ile hukuki değer korunmasından vazgeçmenin yer aldığı düşünülmektedir<sup>97</sup>.

Alman hukukunda yer alan bir diğer görüş ise, bu durumda, kişilerin sahip oldukları hakları kullanma özgürlüklerinin baskın olduğunu ve böylelikle rızanın fiili meşru hale getirdiğini ileri sürmektedir<sup>98</sup>.

Roxin tipikliği ortadan kaldıran kabullenme ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza arasındaki farkları şöyle sıralamaktadır:

---

<sup>95</sup> Roxin, s. 540.

<sup>96</sup> Koca, Üzülmüş, s. 280.

<sup>97</sup> Roxin; s. 540, 541, Ayrıca bkz. Röna; s. 19.

<sup>98</sup> Roxin; s. 541.

1. Tipikliği ortadan kaldıran kabullenme, kişinin iradesine önem verir; iradenin herhangi bir biçimde dışarıya aksettirilmesi geçerlilik bakımından önemli değildir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızada ise, iradenin dış dünyaya kelimeler ya da eylemler yoluyla açıklanması gerekmektedir.
2. Tipikliği ortadan kaldıran kabullenmenin etkin hale gelmesinin koşulu, mağdurun doğal isteğidir (irade). Akıl hastalarının ve çocukların anlama (idrak) yeteneği olmamasına rağmen, önemli olan, bu içten gelen istektir. Buna karşılık, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızanın, etkin hale gelmesinin ön koşulu, ilgilinin gereken muhakeme gücüne sahip olmasıdır. Bunun nedeni, rıza gösterenin yapacağı irade açıklamasının önemini anlaması, lehte ve aleyhte olan hususları idrak etmesidir. Örneğin; fail idrak yeteneğine sahip olmayan bir çocuğun cüzdanını kendisine hediye etmesi yönünde bir teşvikte bulunursa, hırsızlık söz konusu olmaz, Çünkü hakimiyet alanı ihlal edilmemiştir.
3. Tipikliği ortadan kaldıran kabullenmede, irade sakatlığının önemi yoktur. Buna karşılık hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza açıklamasında ise, irade noksanlığı rızayı geçersiz hale getirir.
4. Baskın görüşe göre, Alman hukukunda yaralamadaki rızanın fiili meşrulaştıran bir güç olmasının temelini, ACY madde 228’de yer alan fiilin “ahlaki değerlere karşı davranış” biçiminde yapılması halinde, rıza bulunmasına rağmen, hukuka aykırı olacağı hükmü oluşturmaktadır.  
  
Öğretide hakim olan görüşün bir kısmı, bu durumun genel bir kural olarak algılanması halinde, sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza için geçerli sayılabileceğini, ancak tipikliği ortadan kaldıran kabullenme bakımından geçerli olmayacağı kanaatindedir.
5. Rızanın varlığına rağmen bu durumun fail tarafından bilinmemesi durumunda, tipikliği ortadan kaldıran kabullenme ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza bakımından, farklı neticeler ortaya çıkmaktadır. Tipikliği ortadan kaldıran kabullenmede, objektif unsurlar gerçekleşmediğinden sadece

teşebbüs söz konusu olabileceken; hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza bakımından, yaralama ya da mala zarar verme suçlarında failin mağdurun rızasından haberdar olmaması durumunda, tamamlanmış suçun olduğu düşünülmektedir.

6. Hata yüzünden gerçekte olmayan bir rıza açıklamasının var olduğunun düşünülmesi durumunda da, beşinci farkta dile getirilen sonuçlar gerçekleşecektir. Tipikliği ortadan kaldıran kabullenmede mağdurun iradesi konusunda hataya düşüldüyse, kast ortadan kalkar. Buna karşılık, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza açıklaması konusunda hataya düşülmesi durumunda, Alman hukukundaki baskın görüşe göre, hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hatadan söz edilecektir<sup>99</sup>.

Alman hukuk öğretisinde bir görüş, tipikliği ortadan kaldıran kabullenme ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızanın sistematik farklarını kabul etmemekte ve hak sahibinin etkin rızasını, tipikliği ortadan kaldıran durum olarak görmektedir. Roxin'e göre, bu görüşün kabul edilmesi halinde kabullenme ile rıza arasındaki pratik farklar ortadan kalkacaktır<sup>100</sup>.

Bir diğer görüş, yukarıda değindiğimiz ilk dört farka şüpheyle bakmaktadır. Bu görüş, tipikliği ortadan kaldıran kabullenme ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza ayırımından ve bundan doğan sistematik sonuçlardan yola çıkar; fakat aynı zamanda, en azından tipikliği ortadan kaldıran kabullenme için sayılan geçerlilik (etkinleştirme) şartlarına ilişkin bir genellemenin yapılamayacağını, dile getirir. Buna göre, geçerlilik şartları suçun tipikliğine göre değişiklik göstermektedir. Anılan görüş, bu eleştirinin, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza için de kısmen geçerli olduğu kanısındadır<sup>101</sup>.

Blei, mağdurun iradesine aykırı bir fiilin gerçekleşmesi halinde rızanın söz konusu olmayacağını dile getirmektedir. Bazı durumlarda rızanın olması suçta tipikliğin oluşmasına engel olmaktadır. Örneğin, Alman Ceza Yasası'nın 248 b maddesinde

---

<sup>99</sup> Roxin; s. 541- 543.

<sup>100</sup> Roxin; s.544.

<sup>101</sup> Roxin; s.544.

yer alan izinsiz araç kullanma suçunda; kişi aracı kiralarsa, maddede yer alan “hak sahibi olmadan bir motorlu aracı ya da bir bisikleti kullanmak” fiili yani tipiklik gerçekleşmeyecektir. Çünkü burada mağdurun iradesine aykırı bir fiil değil, rızasına uygun gerçekleşen bir hareket söz konusudur<sup>102</sup>.

Yazara göre, bazı durumlarda mağdurun rızası olsa da, hareket hukuka aykırılığını korumaktadır. Söz gelimi, Alman Ceza Yasası’nın 174 a maddesinde yer alan ve mahpusların, bir makamın kararı ile muhafaza altında tutulan veya kurumlarda bulunan hasta ve muhtaç kimselerin üzerinde, mevkiini kötüye kullanarak cinsel davranışlarda bulunan ya da kendi üzerinde yapılmasını isteyen kimseye, fiil mağdurun rızası ile gerçekleşse bile ceza verilecektir<sup>103</sup>.

Türk öğretisinde Koca- Üzülmüş, bu ayrımın Türk hukuku bakımından da uygulanması gerektiği kanısındadırlar. Yazarlara göre, suçun kanuni tanımında açıkça fiilin rıza olmaksızın işlenmesinin öngörüldüğü hallerde, rıza, tipikliğin olumsuz bir unsuru durumuna gelmektedir. Çünkü tipiklik, sadece maddi ve manevi unsurları değil, suçun haksızlık içeriğini de kapsamaktadır. Böylelikle, tipiklikte mağdurun rızasının yokluğunun arandığı durumlarda, rıza tipikliğin unsuru niteliğindedir ve failin kastının rızanın bulunmamasını da kapsar nitelikte olması gerekir. Rızanın yokluğu konusundaki yanlış failin kastını da ortadan kaldıracaktır. Bu kabul, TCK’nın 21’inci maddesinde yer alan kast tanımına da uygundur<sup>104</sup>.

Koca- Üzülmüş’e göre, tipiklikte açıkça yer almayan rızayı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza olarak değerlendirmek gerekir. Yasakoyucunun TCK’da “ilgilinin rızası”nı bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemesi de, bu sonuca ulaşılmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan tipiklikte kişinin rızasının yokluğu bir unsur olarak açıkça öngörülüyorsa; ancak yorum yoluyla kişinin rızasına karşı işlendiği anlaşılıyorsa, söz konusu rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza konusunda bir yanlış olma halinde de, bu durum kasta etki etmez. Bu durumda fail rızanın subjektif unsuru bulunmadığından, teşebbüsten cezalandırılacaktır. Ancak failin yanlış olması rızanın maddi unsurlarına

<sup>102</sup> Hermann Blei; “*Strafrecht I*”, 18. Baskı, Münih, 1983, s.133.

<sup>103</sup> Blei; s. 133.

<sup>104</sup> Koca, Üzülmüş; s. 282.

ilişkin ise, failin kastı ortadan kalkar. Tipikliği ortadan kaldıran kabullenmede yanılma durumunda ise, failin kastı ortadan kalkacağından, fail ceza almayacaktır<sup>105</sup>.

Ünver, rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir unsur mu, yoksa bir hukuka uygunluk nedeni mi olduğuna ilişkin tartışmanın belirleyici unsurunun kabul edilecek hareket teorisi olduğu görüşündedir. Yazara göre, gai hareket teorisinin kabul edilmesi durumunda fiile hakim olma dışında, amaç gibi, subjektif nitelikteki unsurlar da aranacağından rıza tipikliğe etki edecektir. Ancak subjektif nitelikteki unsurların kusurlulukla ilgili olduğu kabul edilirse, rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilecektir<sup>106</sup>.

## B. Rızanın Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler

### 1. Genel Olarak

Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin temelini açıklayan pek çok teori ortaya konulmuştur. Bu görüşlerin bir kısmı, durumu medeni hukuk esaslarına göre açıklamaya çalışmaktaysa da, zamanla kavramın ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından farklı temellere oturtulması zorunluluğu gündeme gelmiştir<sup>107</sup>.

Buna karşılık Tarihsel Hukuk Okulu yanlıları, ilke olarak rızanın geçerliliğini reddetmektedirler. Onlara göre, tüm suçların mağduru (zarar göreni), devlettir. Bu nedenle etkin bir rızanın varlığından söz etmek olanaksızdır. Toplumun menfaati, kişilerin menfaatinden öndedir; bu nedenle, ceza hukuku yalnızca toplum adına kullanılmalıdır<sup>108</sup>.

Hegselci görüş, ihlal edilebilir hukuki menfaatler üzerinde tasarruf edilebilirlik anlayışını yeniden benimseyerek; geçerli bir rıza varsa, subjektif tek bir kişinin

<sup>105</sup> Koca, Üzülmez; s. 282, 283.

<sup>106</sup> Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 314.

<sup>107</sup> Yenerer-Çakmut; s. 83.

<sup>108</sup> Yenerer-Çakmut; s. 82.

iradesi, objektif bir toplum iradesinin ihlali olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>109</sup>.

Hukuk politikası öğretisi'ne göre, liberal hukuk devletinde kişisel özgürlüklerin bir engelle karşılaşmadan kullanılması bir sosyal değer olarak kabul edilir. Bu nedenle, bir hak sahibinin menfaatinden vazgeçmesi, kişiliğinin özgürce gelişimi, özgürlüğünü kullanma biçimi olarak algılanmalıdır. Rızanın hukuka uygun kabul edilmesinin iki koşulu vardır: rızanın kişisel hukuki menfaatlere ilişkin olması ve rıza gösterenin hakkın tek sahibi olması<sup>110</sup>...

Sosyolojik hukuk okulu taraftarlarına göre, hareketin cezalandırılabilir niteliği, menfaat ihlalden kaynaklanır. Bu nedenle kişi kendi hayatından vazgeçme kararını verecek dahi olsa, menfaati yoksa hareket hukuka uygundur. Çünkü menfaat yokluğu durumunda, cezalandırma yalnızca menfaat ihlali nedeniyle yapılacağından, hareket cezalandırılmaz<sup>111</sup>.

Mezger de bu düşünceden hareket ederek, hukuka uygunluk nedenlerini menfaatin yokluğu ve üstün menfaat prensibine göre sınıflandırmaktadır. Menfaatin yokluğu, ihlal edilen menfaati ortadan kaldıran olayları içermektedir. Yazara göre, rıza buna örnek olarak gösterilebilir. Mezger bu sınıflandırma yoluyla, rızanın etki kapsamını da ortaya koymaktadır. Kişi kendi menfaati hakkında kendisi karar verebileceği için, rıza geçerlidir<sup>112</sup>. Yazar sonraları yaptığı bu sınıflandırmayı, üstün hak ile haksızlığın bulunmaması biçiminde değiştirmiştir<sup>113</sup>.

## 2. Rızanın Tek Bir Hukuki Temele Dayanmadığını İleri Süren Teori

Rıza ile ilgili teorilerin bir kısmı rızanın hukuki niteliğinin tek bir hukuki temele dayanmadığını ileri sürmektedirler. Bu nedenle, rızanın tek bir hukuki şekli kapsamadığını ve rızanın içinde bulunduğu durumda gösterdiği özelliklere göre

<sup>109</sup> Yenerer- Çakmut; s. 82.

<sup>110</sup> Koca- Üzülmöz; s. 283, Centel, Zafer, Çakmut; s. 325, İçel, Evik; s. 153.

<sup>111</sup> Yenerer- Çakmut; s. 82.

<sup>112</sup> Yenerer- Çakmut; s. 94.

<sup>113</sup> Yenerer- Çakmut; s. 98.



hukuki şekil aldığını, bazen bir haktan feragat, bazen ibra, bazen de bir hakkın temlik şeklinde açıklanabileceğini düşünmektedirler<sup>114</sup>.

Honig de bu düşüncededir. Yazara göre, rızanın hukuki niteliğini tek bir biçimle belirlemek olası değildir. Ceza kuralının koruduğu konuya göre hukuki yapı da değişiklik gösterdiğinden, rıza bakımından farklı geçerlilik koşulları söz konusu olacaktır<sup>115</sup>.

Bu teori, hukukta kendi başlarına bağımsız bir yerleri olan kimi hukuki olguların bu teorinin kabul edilmesi ile bağımsızlıklarını yitireceklerini, yani bu şekilde nitelendirilebilecek her olgunun rıza teorisi ile de açıklanmasının mümkün olabileceğinden söz edilerek eleştirilmektedir<sup>116</sup>.

### 3. Vekalet Teorisi

Vekalet teorisi yanlılarına göre, rıza, bir kimsenin kendisine karşı suç işleminin bir biçimidir. Öyle ki bu görüşe göre, kişi rıza göstererek kendi aleyhine işleyeceği suç, bir başkasına vekalet vererek işlemiş olur. Bir kimsenin kendisine karşı suç işlemesi cezalandırılmayacağından, rıza gösterilen kişi de cezalandırılmaz<sup>117</sup>. Bu teoriye yapılan eleştirilerin ilki, her ne kadar bir suçta mağdur ile fail sıfatının birleşmesi halinde kişiyi cezalandırmak mümkün olmasa da, burada rıza veren ile rıza gösterdiği kişiler aslında ayrı kişiler olduğu için bu kuralın geçerliliğini yitirmesidir. Bu teoriye getirilen bir başka eleştiri ise, vekalet ilişkisinin vekalet alanın vekaleti kabulüne bağlı olması ile vekaleti kabul eden kimsenin bu kabul ile vekaletin gereklerini yerine getirme yükümlüğünü de yüklenmesidir. Oysa, rıza bakımından rıza gösterilen kişinin rızayı kabul etmesi beklenmez ve anılan kişi rıza konusu şeyi gerçekleştirmekle de yükümlü değildir<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Dönmezer, Erman; s. 63

<sup>115</sup> Yenerer- Çakmut; s. 92.

<sup>116</sup> Dönmezer, Erman; s. 64

<sup>117</sup> Dönmezer, Erman; s.63.

<sup>118</sup> Dönmezer, Erman; s.64.

### 3. Haktan Feragat Teorisi

Alman hukukçular Kleinschrod ve Klein, cürümleri başka şahısların hak ihlali veya kısaca hukuk ihlalleri olarak tanımlamışlardır. Kleinschrod suçu, kişilerin doğumla kazandıkları haklarına yönelik gerçekleşen ve pozitif hukukun cezalandırdığı saldırı olarak tanımlamaktadır. Klein da benzer görüştedir. Yazara göre, suçlar cezalandırılabilir, başkasının hakkını ihlal eden yasadışı fiillerdir. Her iki yazar da suçun tanımını doğumla kazanılan hakların devlet tarafından korunma altına alınması ve ceza tehdidi ile yapmışlardır<sup>119</sup>.

Haktan feragat teorisini savunanlar, rızanın hukuki niteliğinin bir haktan feragat olduğunu ileri sürmektedirler. Buna göre, rıza gösteren bir hak sahibi olduğundan bu hak üzerinde tasarruf yetkisi vardır ve gösterdiği rıza ile hakkından feragat etmektedir. Hak sahibi bu haktan feragat yetkisini kanunların izin verdiği ölçüde yapabilir ve bu durum ceza hukukunda özel hukuktan farklılıklar arz etmektedir. Şöyle ki, rıza gösteren özel hukuktan farklı olarak bu feragatini yani rızasını geri alabilmektedir. Bu teoriyi savunanlardan bir bölümüne göre rıza, özel hukuk bakımından tazminat hakkından; kamu hukuku bakımından ise şikayette bulunma hakkından feragat olarak tanımlanabilir.<sup>120</sup>

Bu görüş, rızanın temelinde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bulunduğu düşüncesindedir. Kişi kendi geleceğini belirleme hakkını kullanarak yasal koruma hakkından feragat etmektedir<sup>121</sup>.

Amelung ve Eymann'a göre, rızanın hukuka uygunluğunun haktan feragat teorisinden kaynaklandığının ileri sürülmesi için haklı bir gerekçe bulunmalıdır. Yazarlara göre, gerekçe olarak meşru bir hedef tespit etmelidir. Bu hedef ise şudur: rıza gösterme ehliyeti bulunan kişiye, rıza, başkalarının hak ihlallerini onaylamasına

<sup>119</sup> Richard Honig; " *Die Einwilligung des Verletzten Teil I Die Geschichte des Einwilligungsproblem und die Methodenfrage*", 1919,s. 33.

<sup>120</sup> Dönmezer, Erman,; s. 64, İçel, Evik; s. 153.

<sup>121</sup> Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen; " *Strafrecht Allgemeiner Teil I Die Straftat*", 5., neu bearbeitete Auflage, Köln, 2004,s.136.

izin vermektedir. Bu ihlalleri aslında kanunkoyucu yasaklamıştır. Anca rıza ile kanun koyucunun yasakladığı ihlali hak sahibi tarafından onaylanmış olmaktadır<sup>122</sup>.

Rızanın feragat olarak nitelendirilmesi, feragat kurumunun bir haktan vazgeçme biçiminde tanımlanması nedeni ile eleştirilmiştir. Çünkü, rıza da bir haktan tamamen vazgeçilmesi söz konusu değildir. Rızanın şikayetten feragat olarak algılanması ise, kamu davası gerektiren suçlar bakımından, rızanın etkisiz hale gelmesini gerektirir<sup>123</sup>.

Honig'e göre, doğal hukuk öğretisi tarafından ortaya konulan haktan feragat (menfaatten vazgeçme) teorisi, rızayı bütün suçlar bakımından geçerli saymaktadır. Çünkü rıza ile mağdur saldırıya uğrayan hakkından feragat etmektedir ve bu hak başka bir kişi tarafından da ihlal edilemez. Yani feragat yalnızca fail tarafından işlenen suç bakımından geçerli olacaktır; genel nitelikli değildir. Ancak bu öğretiyeye, subjektif hakların kabul görmediği zamandan beri, sınırlama getirilmiştir. Bu zamandan beri, geçerli bir rıza, mağdurun saldırıya uğrayan hakka sahip olduğu suçlarda mümkündür. Rıza, suç oluşturan fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü suçun içeriğini subjektif hakların ihlali oluşturmaktadır<sup>124</sup>.

1880 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi yaşam, vücut bütünlüğü ve onuru vazgeçilemez nitelikli değerler olarak tanımlayıp, yaralama suçunda rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmemiştir. Anılan karar üzerine, Alman hukukçu Keßler, rızanın temelini yanlış tanımlandığını dile getirerek bu görüşü eleştirmiştir. Keßler, rızanın temelini hak devriyle ya da yeni bir hakkın kurulması ile açıklayan görüşlere karşı çıkmıştır. Yazara göre, rıza açıklaması bir hakkın kaybına neden olacaksa feragatten söz edilebilir. Ancak bu izin değildir. İzinde hak kaybı yoktur. İzin geri alınabilirken, feragatin geri alınması olası değildir. Rızanın hukuka uygunluk temeli feragat ile açıklanırsa, bu durumda feragat mümkün olmayan haklar bakımından rıza açıklaması da, yapılamayacaktır. Yazara göre, rızanın konusunu

---

<sup>122</sup> Amelung, Eymann; s. 938.

<sup>123</sup> Dönmezer, Erman; s.64, 65.

<sup>124</sup> Honig; s.32.

haklar oluşturmaz. Rıza ile hiçbir hak sahibinin hakkı ortadan kaybolmayacağı gibi hak, müdahalenin gerekçesini de oluşturmaz<sup>125</sup>.

Keßler'e göre, rıza medeni hukuktaki vekalet ilişkisine benzer bir müessese olarak kabul edilebilir. Vekil de, rıza gösterilen kimse gibi kendiliğinden hareket etmemekte; ancak vekalet verenin belirlediği ve tasarruf ettiği haklar bakımından hareket kabiliyeti bulunmaktadır. Ancak yazara göre, vekalet ile rıza arasında temel bir fark bulunmaktadır. Vekalet hukuki bir temsil iken, rıza gerçek bir olanak sağlamaktadır. Rıza söz konusu olduğunda, cezalandırılması gereken bir hareket cezasız kalmaktadır. Ancak rıza bir hukuki işlem değildir; çünkü, rızanın varlığı hareketin yapılmasını zorunlu kılmaz. Rıza sadece hukuk düzeninin kayıtsız kaldığı bir hali oluşturmaktadır<sup>126</sup>.

Keßler'e göre ceza hukuku, kişisel çıkarları insanların verdiği zararlardan korumayı, amaçlamaktadır. Bir suç işlendiğinde, suç mağduru olan kimsenin çıkarı, suça ilişkin belirlenen yaptırım ile korunmaktadır. Kamunun ya da devletin çıkarının söz konusu olduğu durumlarda, rıza geçerli değildir. Ancak, kişinin çıkarlarına yönelik bir korumayı istememek, yani kişinin çıkarına yönelik bir suçta rıza göstermek mümkündür<sup>127</sup>.

Pfersdorff, Keßler'in düşüncesini benimseyerek ileri götürmüştür. Yazara göre, ceza hukuku bakımından saldırının konusunu kişisel çıkarlar oluşturmaktadır. İlgili rıza açıklaması ile yaptığı iradi tasarrufla, çıkarına yönelik saldırının cezasız kalmasını sağlamaktadır. Yazar, öte yandan devredilemeyen haklar söz konusu olduğunda rızanın geçersiz olacağını da ileri sürmüştür. Konuyla ilgili Klee de benzer bir anlayışı ortaya koymaktadır. Yazara göre, suçun konusunu irade oluşturmaktadır. Bu nedenle, işlenen suç rıza açıklaması yapan kimsenin iradesine uygun olduğundan cezalandırılmamaktadır. Yazar düşüncesiyle, Keßler ve Pfersdorff'tan şu noktada ayrılmaktadır: Rıza ile hukuken korunan çıkarların ihlal edilmesi mümkün değildir; ceza hukuku hukuken korunan çıkarların irade ile ihlaline karşıdır. Ceza hukuku,

---

<sup>125</sup> Yenerer- Çakmut; s. 85, 86.

<sup>126</sup> Yenerer- Çakmut; s. 86.

<sup>127</sup> Yenerer- Çakmut; s. 87.

rızanın sahip olduğu anlamla ilgilenmez; dolayısıyla rıza ile kimseye hak, yetki verilmez, yalnızca yapılan harekete hukuken kayıtsız kalınmaktadır<sup>128</sup>.

Alman hukuk öğretisinin ve uygulamasının çoğunlukla benimsediği görüşe göre, rıza açıklamasında bulunan kimse haklarından vazgeçerek, cezai korumayı reddetmektedir<sup>129</sup>. Özetle, bu teorinin kabul edilmesi hukuk düzenin menfaat sahibine menfaati üzerinde kendisine sağlanan hukuki korumanın kaldırılmasına karar verebilme olanağını tanıyabilecektir<sup>130</sup>.

#### 4. Hukuki İşlem Teorileri

Rızanın hukuki niteliği ile ilgili olarak en fazla kabul gören teoriler, rızanın bir hukuki işlem olduğunu kabul etmektedirler. Bu teoriler, rızayı bir özel hukuk işlemi olarak kabul eden teori ile, rızayı kamu hukuku işlemi olarak kabul eden teori olarak iki ana grupta toplanmışlardır.

##### a. Rızanın Bir Özel Hukuk İşlemi Olduğu Görüşü

Hukuki işlem teorisi, ilk defa Zitelmann tarafından ortaya konulmuş ve oldukça geniş taraftar bulmuştur. Zitelmann, rızanın etkinliği ile ilgili yasalarda açık bir hüküm olmasa da, herhangi bir pozitif hukuk ilkesinden yola çıkarak bir yargıya varılabileceği kanısındaydı. Bu ilke Zitelmann'a göre özel hukukta yer alan hukuki işlem kurumuydu. Kişi böylelikle, ilişkilerini düzenlemek konusunda bir güç sahibi olacaktır. Hukuki işlem, hak sahibinin bir hakkının ya da menfaatini ihlal eder nitelikte iken, rıza ile her zaman hukuka uygun hale gelmektedir<sup>131</sup>.

Bunun yanında yazara göre, hukuk düzeni bir bütün olduğunda hukukun bir alanınca kabul gören bir hareket, diğer hukuk dallarınca da yasaklanamaz. Bu nedenle, özel hukuk kurallarına göre, geçerli bir rızayı tüm hukuk düzeni kabul edecektir. Rıza gösterilecek hukuki işlemin yasa tarafından aranan koşullara sahip olması ve rıza

<sup>128</sup> Yenerer- Çakmut; s. 88-90.

<sup>129</sup> Koca, Üzülmöz; s. 283.

<sup>130</sup> Yenerer- Çakmut; s. 84

<sup>131</sup> Yenerer- Çakmut; s. 83, Çilingiroğlu; s. 43.

gösterecek kimsenin işlem ehliyetine sahip bulunması, gerçekleşen hukuki işlemle yarar değil zarar da oluşabileceğinden bir gerekliliktir<sup>132</sup>.

Rızayı özel hukuk işlemi olarak gören teoriye göre, rıza hukuki sonuca yönelen bir irade açıklamasıdır. Rıza, verilen kişiye rıza konusu hareketi yapma hakkı verir. Diğer bir deyişle rıza, rıza gösterilen kimseye söz konusu olan hakka zarar verme yetkisi vermektedir<sup>133</sup>. Rıza gösterilen kişi, bu hakkını kullandığı için gerçekleştirdiği hareket hukuka uygundur. Rıza ile hareket hukuka uygun hale geldiğinden, bu durum ceza hukuku bakımından da bağlayıcıdır ve hareket ceza hukuku bakımından da hukuka uygun sayılır<sup>134</sup>.

#### **b. Rızanın Bir Kamu Hukuku İşlemi Olduğu Görüşü**

Rızayı kamu hukuku işlemi olarak kabul eden görüşe göre ise, kişiler rıza göstererek rıza konusu haklarını korumak istemezlerse, amacı bu kişilerin maddi ya da manevi yararlarını korumak olan ceza hukukunun amacı da ortadan kalkar. Bu noktada rıza gösterilen bir hakka yönelik bir hareket gerçekleştiren faili cezalandırmak ceza hukukunun amacına ters düşmektedir<sup>135</sup>.

Rızanın kamu hukuku işlemi olarak kabul edilmesi halinde özel hukuk işlemi olduğunun kabulüne nazaran bir takım farklar ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, rıza bir kamu hukuku işlemi ise, rıza gösteren kişinin iradesinin herhangi bir şekilde sakatlanması rızayı ortadan kaldırır. Oysa özel hukuk kurallarına göre, rızanın herhangi bir şekilde sakatlanması iyi niyetli üçüncü kişileri bağlamaz<sup>136</sup>.

İlgilinin rızasını hukuki işlem olarak nitelendiren bu görüşler, rıza hukuki işlem olarak kabul edilirse, rıza üzerine hareket eden kimsenin bu konuda bir hakkının bulunması gerektiği düşüncesi ile eleştirilmektedir. Bunun yanında rızasını açıklayan kimse faile hareketi gerçekleştirme hakkını da vermemektedir. Bu görüşe göre, böyle

<sup>132</sup> Yenerer- Çakmut; s. 83.

<sup>133</sup> Yılmaz, Mehmet; "Zarar Görenin (Mağdurun) Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, 1995, s. 7, Centel, Zafer, Çakmut; s. 325, İçel, Evik; s. 153, Önder; s. 234.

<sup>134</sup> Dönmezer; Erman; s. 65.

<sup>135</sup> Dönmezer, Erman; s. 67.

<sup>136</sup> Dönmezer, Erman; s. 66.

bir hakkın kabulü ceza hukuku bakımından rızanın her zaman hak doğurucu etkisi olmadığı kabul edildiğinden mümkün olmamaktadır. Yani ceza hukuku bakımından rızanın varlığı her zaman bir hakkın ya da bir hukuki ilişkinin oluşması, ortadan kalkması veya değişmesi ile sonuçlanmaz<sup>137</sup>.

Yine hukuki işlem teorisine karşı çıkanlara göre, kişi kendisine karşı suç işlenmesine rıza gösterirse, aslında bunun ile hukuk düzeninin izin verdiği bir işlem yapmış olmaz; böylece yani hukukun izin vermediği bir işlem ile de hukuka aykırılığı ortadan kaldıramaz. Bu görüşe göre, bir hukuki işlemden söz edebilmek ve bir yararın elde edilmesi için hukuka uygun bir irade açıklaması gereklidir. Rıza veren kimselerin de her zaman böyle bir yarar için hareket ettikleri söylenemez<sup>138</sup>.

Kiehl'e göre, rıza hukuk yaşamında bir değişiklik yaratmayı amaçlamadığından, hukuki işlemin koşullarından biri olan hukuki sonuç doğurmak amacıyla yapılan irade açıklaması da gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla rıza hukuki işlem niteliğinde değildir<sup>139</sup>.

Honig de, rızanın hukuki işlem olarak nitelendirilmesini eleştirmiştir. Yazara göre, hukuki işlem hukuk dünyasında zorunlu bir değişiklik meydana getirmekteyken, rıza böyle bir değişiklik meydana getirmediği gibi, rıza alana hareketi devamlı gerçekleştirme gibi bir hak da tanımamaktadır<sup>140</sup>.

Kimi yazarlar ise, rızanın kusurluluğa etki eden bir neden olarak kabulünün de, hukuki işlem olarak kabulünün de, mümkün olmayacağını düşünmektedirler. Çünkü, rızayı kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmek, failin suç işleme amacının olmadığı düşüncesini ortaya çıkartır. Bu durum ise, anılan düşüncenin, ceza hukukunun tamamına etki etmesi ve rıza sonucunda yaşam hakkına yönelik bir hareket ile yine rıza üzerine mal varlığına yönelik bir hareketi gerçekleştiren failin aynı şekilde kabul edilmesi anlamına gelir ki, bu kabul edilemez. Yine bu görüşe göre, rızanın hukuki işlem olarak nitelendirilmesi de, hak ehliyetine sahip olmayan

<sup>137</sup> Dönmezer, Erman; s. 66, Toroslu; s. 117.

<sup>138</sup> Dönmezer, Erman; s. 67, Toroslu; s. 117.

<sup>139</sup> Yenerer- Çakmut; s. 91.

<sup>140</sup> Yenerer- Çakmut; s. 93.

bir kimsenin rızasının hukuki işlem gerçekleştirmeye yetkin olmadığı için geçersiz sayılması sonucunu doğurur<sup>141</sup>.

Rızayı bir hukuki işlem olarak kabul eden görüş, hukuki işlem den anlaşılması gerekenin, hukukun sonuç bağladığı ve değer verdiği irade açıklamaları olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda bakıldığında rıza, hukuki işlem benzeri niteliğindedir ve ceza hukuku anlamında bu irade beyanı hukuka aykırılığı etkilediği ölçüde değer arz etmektedir. Açıklanan rıza, hukuki bir sonuçtan çok fiili bir sonuca yönelmektedir. Bu nedenle hukuk düzeni de açıklamanın içeriği ile ilgilenmemekte; rıza açıklamasına bir hukuki sonuç bağlamaktadır<sup>142</sup>. Rıza açıklamasında bulunan kimsenin, bu açıklamaya bağlanacak hukuki sonucu yani açıklama ile hukuka aykırılığın sona ereceğini bilmesi ve istemesi gerekmez. Burada hukuka uygunluk hukuk düzeni tarafından öngörüldüğü için gerçekleşmektedir<sup>143</sup>.

## 6. Türk Öğretisi

Türk ceza hukuku öğretisinde, rızanın hukuki niteliği ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmekle beraber, baskın görüş rızanın hukuki işlem olduğu yönündedir<sup>144</sup>.

Dönmezer- Erman, rızayı yalnızca kusurluluğa etki eden bir neden olarak kabul etmenin imkânsız olduğu görüşündedirler. Yazarlara göre, rıza ile hareketi gerçekleştiren kimsenin herhangi bir suç işleme amacının bulunmadığı savı da, rızayı her suç tipi bakımından geçerli saymak anlamına gelecektir. Bu kabul ise, failin amacını dikkate alıp rıza ile kusurluluğun ortadan kalktığını ileri süren Pozitivistlerin bile karşı çıktığı bir durumdur. Bu nedenle, rızanın hukuka aykırılık unsuru bakımından incelenmesi gerekmektedir. Yazarlara göre, rızayı hukuki işlem olarak kabul eden teoriler, medeni haklarını kullanma ehliyeti bulunmayan kimselerin rıza göstermemesi neticesini doğuracaktır. Bu durum gerek 765 Sayılı eski TCK ile gerek 5237 sayılı mevcut TCK'da yer alan ve 15 yaşındaki kimselerin rıza gösterebileceklerine dair hükümlerle bağdaşmamaktadır. Eğer hukuki işlem den maksat, hukukça değer gören ve sonuç bağlanan irade açıklamaları ise, rıza bir

<sup>141</sup> Dönmezer, Erman; s. 68.

<sup>142</sup> Dönmezer, Erman; s. 68, Çilingiroğlu; s. 44.

<sup>143</sup> Çilingiroğlu; s. 44.

<sup>144</sup> Demirbaş; s. 303.



hukuki işlemdir. Ancak rızanın hukuki işlem olarak kabul edilmesi, hukuki işlemlerin sonuç doğurucu etkisi dikkate alındığında, rızanın da mutlaka bir sonuç doğuracağı anlamına gelecektir ki, bu kabul, ceza hukuku bakımından her zaman geçerli değildir<sup>145</sup>.

Yazarlara göre rıza, ceza hukuku bakımından, hukuka aykırılık unsuruna etki etmediği durumlarda önem arzetmeyen bir irade açıklaması niteliğindedir. Hukuka aykırılık unsurunu etkilediği durumlarda ise, rıza, hukuki işlem niteliğindedir<sup>146</sup>.

Koca – Üzülmöz, rızanın hukuka uygunluk kaynağının anayasa tarafından garantilenen hareket etme hürriyetinden kaynaklandığı görüşündedirler. Bu görüşe göre, bir hukuk düzeni kişilere serbestçe tasarruf edebilecekleri hakları verdiği, kişilerin haklarının ihlal edilmesine rıza gösterme yetkisini de kendilerine tanıdığı kabul etmek gerekir. Bu bağlamda kişilerin kendilerine tanınan yetkilerini kullanarak hakları üzerindeki cezai korumayı reddetmesini, kişiliğin özgürce geliştirilmesi bağlamında değerlendirmek gerekmektedir<sup>147</sup>. İçel de benzer görüştedir<sup>148</sup>.

Centel, Zafer, Çakmut'a göre, rızanın hukuki temelini kişinin bir haktan vazgeçmesine hukuk düzeninin izin vermesi oluşturmaktadır. Yazarlara göre, kişilerin kimi hakları üzerinde özgürce tasarruf edebilmesine olanak tanıyan bir hukuk sisteminin, bu hakların zarar görmesine rıza gösterilmesini de, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmesi gerekmektedir<sup>149</sup>.

Zafer'e göre, rıza açıklaması rıza gösterilen kimseye rıza konusu hareketi yapma hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla hareketi gerçekleştiren fail hak sahibi ile aralarındaki anlaşmadan doğan hakkını kullanmaktadır<sup>150</sup>.

Şen'e göre ise, rızanın suç işleme kastı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Rıza, mağdurun ceza hukuku bakımından üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisinin bulunduğu bir hakka gerçekleştirilen müdahalelere verdiği izne ilişkin bir irade

<sup>145</sup> Dönmezer, Erman; s. 68.

<sup>146</sup> Dönmezer, Erman; s. 68.

<sup>147</sup> Koca- Üzülmöz; s. 283.

<sup>148</sup> İçel; s. 154.

<sup>149</sup> Centel, Zafer, Çakmut; s. 325.

<sup>150</sup> Zafer; s. 236, 237.

açıklamasıdır. Böylelikle hareket hukuka uygun hale gelmektedir. Mağdurun iradesini açıklaması ile hareket ceza hukuku bakımından hukuka uygun bir hale gelmekte; suç oluşmamaktadır<sup>151</sup>.

Soyaslan, rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmasını sosyal zararın bulunmaması ile açıklayan görüşleri benimsemektedir. Yazara göre, rızanın varlığı halinde failin cezalandırılmamasının nedeni kusursuzluk değil, zararın objektif olarak gerçekleşmemesidir. Çünkü fail, rızanın varlığı konusunda yanıldıysa, bu hatasından faydalanacaktır. Bu durumda, kanun, zararın objektif olarak gerçekleşmesini dikkate almaktadır<sup>152</sup>.

Ünver, rızanın hukuki niteliğini haktan feragat düşüncesiyle açıklayanları eleştirmektedir. Yazara göre, rıza yalnızca hak sahibi tarafından gösterilmez, kişinin rıza gösteremediği durumlarda yasal ya da iradi temsilcisi tarafından da rıza açıklaması yapılabilmektedir. Rızanın bulunması, hukuki değerden feragat anlamına gelmemektedir. Rıza gösterilen kimsenin sadece rıza gösterdiği harekete ilişkin olarak, çeşitli bakımlardan sınırlandırılmış, belli bir davranışın gerçekleştirilmesiyle sahip olduğu hukuksal değerini belli bir süre ile ihlal edilmesine verdiği izindir<sup>153</sup>.

## 7. Görüşümüz

Görüldüğü gibi, rızanın hukuki niteliğine ilişkin pek çok görüş ileri sürülmektedir. Rızanın bir irade açıklaması olduğu konusunda ise, neredeyse bir görüş birliği bulunmaktadır. Nitekim, rızanın geçerli olabilmesi için aranan koşullara bakıldığında (iradenin sakatlanmamış olması, küçük olmamak vb.), rızanın bir irade açıklaması olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Kanımızca, rızanın hukuki niteliği sorusuna yanıt verebilmek için rızanın temelini oluşturan iradeyi irdelemek gerekir. Rızanın temelinde kişilerin iradelerini kullanarak yaşamlarını yönlendirmeleri yatmaktadır. Yaşamı yönlendirme konusunda tanınan ve

<sup>151</sup> Şen; s.460.

<sup>152</sup> Soyaslan; s. 390 vd.

<sup>153</sup> Yener Ünver; "Türk Tıp Hukukunda Rıza", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C: III, S: 2, Yıl: 2006, s. 234.

kişinin iradesine bırakılan seçimlerin temelinde kişiye özgü değer ve inançlar yer alır<sup>154</sup>. Tüm bunların temelini ise insan onuru oluşturmaktadır<sup>155</sup>.

Anayasanın başlangıç kısmında ve 17'inci maddesinde “insan haysiyeti ve onuru”ndan söz edilmekle birlikte; Anayasamızda insan onurunun korunmasına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 17'inci maddesini insan onurunu koruyan bir madde olarak değerlendirmek doğru olacaktır.

Alman Anayasası'nın ilk maddesi, “İnsanın Onurunun Korunması” başlığını taşımaktadır. Maddeye göre “ İnsan onuru dokunulmazdır<sup>156</sup>.” Alman Anayasa Mahkemesi, insan onurunu kamusal bir hak olarak nitelemektedir. Bu hakkın kapsamına onurlu yaşamın korunması da girmektedir. Onurlu yaşam ise, kişilerin kendilerini geliştirebilmesi için geniş bir özgürlük alanının onlara tanınmasını gerektirmektedir<sup>157</sup>.

İnsanların karar verme ve kendisini geliştirme yetenekleri, insan onurunun nedenini oluşturmaktadır. Kant'a göre, insan onurunun içinde, insanın kişiliğinden ayrılması imkansız özü bulunmaktadır. İnsanın özüne ait bu kavram bu nedenle dokunulmazdır<sup>158</sup>.

İradenin dolayısıyla insan onurunun bir gereği olarak kişiler, sahip oldukları haklar üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahiptirler. Bu bağlamda kişiler rızalarını açıklayarak, dış dünyaya, rıza gösterdikleri kişi bakımından ve rıza gösterdikleri biçimde bir hareket izni vermekte ve bu şekilde bu hak üzerindeki iradelerini ortaya koymaktadırlar. Hukuk düzeninin rıza gösterilmesine izin vermesinin temelinde, iradeye duyulan saygı ve bunu da kapsar biçimde insan onurunun dokunulmazlığı yer almaktadır.

---

<sup>154</sup> Hamide Tacir; “ *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* ” , On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 118.

<sup>155</sup> Oğuz Şimşek; “ *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*”(yayınlanmamış doktora tezi), İzmir, 1999, s. 89.

<sup>156</sup> M. 1/1: “ *Die Würde des Menschen ist unantastbar.*”

<sup>157</sup> Şimşek; s. 90, 91.

<sup>158</sup> Şimşek; s. 3 vd.

## II. Tarihçe

### A. Antik Çağ Hukukunda İlgilinin Rızası

Bu dönemde doğrudan doğruya rıza düşüncesi ortaya çıkmamakla birlikte; ilk defa kişilerin yaşam hakları üzerinde tasarruf haklarının varlığı tartışılmaya başlanmıştır. Bu çağda kişilerin, kişisel nedenlerle, örneğin; bir hastalık ya da yaşlılık nedeniyle ölme istekleri ile ortaya çıkan intiharlar sonucu ilk defa ölüm hakkı gündeme gelmiştir. Tüm bu nedenlerle Pitagoras, Platon, Aristoteles, Stoa ve Epikuros gibi önemli felsefi akımlar bu dönemde kişilerin yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin varlığını tartışmışlardır<sup>159</sup>.

### B. Roma Hukukunda İlgilinin Rızası

Suç ya da haksız fiile maruz kalan kişinin (mağdurun, ilgilinin) rızasının gerçekleştirilen fiilin haksızlık niteliğini ortadan kaldırması düşüncesi, temelini Roma hukukundan almaktadır. Önceleri “*Nulla iniura est, quae in volentem fiat*<sup>160</sup>” sonraları “*Volenti non fit iniura*” (rıza gösterene karşı suç işlenmez) olarak ifade edilen bu kurala göre, rıza gösterene karşı gerçekleştirilen fiil haksızlık teşkil etmemektedir; yani kişi rıza gösterdiği suçun sonuçlarından dolayı şikayetçi olamamaktadır<sup>161</sup>.

Roma hukukunda rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran genel bir hüküm olarak mı uygulandığı, yoksa özel ceza hukuku bakımından mı uygulama alanı bulduğu tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluk görüşü, özel ceza hukukunda uygulandığı yönündedir<sup>162</sup>. Bu görüş temelini Roma ceza hukuku sistemindeki ikili ayırmadan alır. Bilindiği gibi, Roma Hukuku Devlet tarafından yasaklanmış ve ceza öngörülmüş olan suçların (delicta publica) yanı sıra, kişiler arasında kimi ödevler doğuran haksız fiilleri de (delicta privata) tanımaktaydı<sup>163</sup>. Söz konusu bu ayırım doğrultusunda ilk

<sup>159</sup> Sibel İnceoğlu; “*Ölme Hakkı- Ötanazî*”, Ayrıntı Yayınları, 1999, İstanbul, s.17.

<sup>160</sup> Koca, Üzülmez; s. 279.

<sup>161</sup> Blei, s. 132, Yenerer Çakmut; s. 55.

<sup>162</sup> Yenerer Çakmut; s. 58.

<sup>163</sup> Richard Honig (çev: Şemseddin Talip); “*Roma Hukuku Dersleri*”, 1935.

gruba giren suçlar kamu ceza hukukunu oluştururken; diğer gruba giren suçlar haksız fiil niteliğinde kabul edilmekteydi. Her iki grup farklı yargılama usullerine tabi idi<sup>164</sup>. Bu nedenle kamuya karşı işlenen suçlar (ki bunlar devlete karşı işlenen suçlar yanında öldürme, zina ve kısırlaştırma gibi suçlardı), kamu düzenini ihlal ettiklerinden ve re'sen kovuşturulduklarından bu suçlar bakımından rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemekteydi<sup>165</sup>.

Tüm bu sayılan nedenlerden ötürü, Roma hukukunda ilgilinin rızasının, kişinin iradesini kullanabildiği alanlarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edildiğini söylemek gerekir. Yukarıda belirtilen alanlarda ve söz ettiğimiz gibi sadece kişilere karşı işlenen suçlar bakımından mümkündür. Öldürme suçu, kural olarak, kamuya karşı işlenen bir suç sayılmakta ve bu nedenle bu suç bakımından rıza kabul edilmemekle birlikte; gladyatör dövüşleri hukuka uygun kabul edildiğinden, öldürme suçunun istisnasını oluşturmaktaydı. Roma hukukunda öldürme suçu dışında bedene, şerefe ve özgürlüğe yönelik işlenen suçlar bakımından, kural olarak, rızanın kabul edilip hukuka uygunluk nedeni olarak uygulandığını söylemek mümkündür<sup>166</sup>. Roma Devletinin kuruluşu ile birlikte intihara yönelik, dini kimi bazı yasaklamaların da büyük ölçüde ortadan kalktığı görülmektedir. Bu dönemde intihara ilişkin önemli bir yaptırıma rastlanılmamaktadır<sup>167</sup>.

### C. Kanonik ( Katolik Hıristiyan) Hukukta İlgilinin Rızası

Kanonik Hukuk, Katolik Hıristiyan inancına göre oluşturulan kaynağını pek çok eserle birlikte *Corpus Iurus Canonici*'den alan<sup>168</sup> ve Hıristiyan Hukuku bakımından önemli bir ağırlığı bulunan bir hukuktur<sup>169</sup>. Ortaya çıkışının daha eski zamanlara dayanmasına karşın, Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılması ile etkisini arttıran kiliselerde doğan ihtiyaç sonucunda önem kazanan Kanonik Hukukun, kanunlaşması ve etkinlik kazanması papalar ile hükümdarlar arasındaki iktidar savaşlarının yaşandığı onuncu ve onbeşinci yüzyıllar arasında gerçekleşmiştir<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> Yenerer, Çakmut; s. 58.

<sup>165</sup> Yenerer, Çakmut; s. 58, 59.

<sup>166</sup> Yenerer Çakmut; s. 59,60.

<sup>167</sup> Inceoğlu; s. 29.

<sup>168</sup> Yenerer Çakmut; s. 60.

<sup>169</sup> Tuncay Başoğlu; "Hristiyan Hukuku", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 9, s. 38.

<sup>170</sup> Başoğlu, s. 39 vd.

Söz konusu hukuk, hakları, ilahi ve dünyevi olarak ayırmakla birlikte her iki grupta yer alan hakların, Tanrı tarafından yaratıldığı görüşündedir. Bu görüşe rağmen, ilahi hukuk değiştirilemez iken, dünyevi hukuku değiştirmek olasıdır. Suçlar da ilahi hukuku ihlal eden fiillerin oluşturduğu suçlar ve dünyevi hukuku ihlal eden fiillerin oluşturduğu suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu fiillerin gerçekleşmesi ile verilen cezalarla hem faili cezalandırıp onun cezasını çekmesi ile Tanrı önünde de affedilmesi ( failin cezasını gönüllü olarak çekmesi durumunda); hem de toplumun da faili affetmesi ile bozulan kamu barışını onarmak hedeflenmekteydi<sup>171</sup>.

Rıza konusuna bakıldığında ise, gerek yaşam hakkı gerek beden bütünlüğünün ihlali bakımından, Kanonik Hukuk rızanın geçersiz olduğunu kabul etmektedir<sup>172</sup>. Özellikle, Hristiyanlığın henüz devlet dini olmadığı ilk yıllarda, “masum insanı öldürme yasağı” nedeniyle, intihar gibi savaşa katılmak ve idam cezası da yasaklanmaktaydı. Bu dönemde, yaşam hakkına yönelik herhangi bir müdahale mutlak bir şekilde yasaklanmışken; Hristiyanlığın devlet dini olarak kabulüyle birlikte önce savaşlara katılmak ve idam cezası, ardından meşru savunma kabul edilmiştir<sup>173</sup>. Ancak, gerek intihar gerek kısırlaştırma ve kastrasyon fiilleri ağır suçlar olarak kabul edilerek, Tanrının insan üzerindeki ilahi gücünün elinden alınması olarak nitelendirilmiştir<sup>174</sup>.

#### **D. Cermen Hukukunda İlgilinin Rızası**

Roma hukuku’nda geçerli olan “Volenti non fit iniuria” ilkesi, Eski Cermen Hukuku’nda da büyük ölçüde uygulanmaktaydı. Cermen hukukunda, suçtan zarar görenin rızasının varlığı durumunda, gerçekleştirilen fiil suç olarak nitelendirilmemektedir. Rızanın kabul edilmediği fiiller ise, kamu barışını bozar nitelikli vatana ihanet gibi suçlardı<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Yenerer Çakmut; s. 60, 61.

<sup>172</sup> Yenerer Çakmut; s. 62.

<sup>173</sup> İnceoğlu; s. 39, 40.

<sup>174</sup> Yenerer Çakmut; s. 62; İnceoğlu; s. 41.

<sup>175</sup> Yenerer-Çakmut; s. 62.

Cermen Hukuku bakımından rızanın büyük ölçüde kabul görmesinin nedenlerinden bir diğeri de, kısas ve diyet gibi yaptırımların öngörülmesiydi. Bu dönemde kısas cezasını gerektiren suçlarda, kamusal nitelikli bir ceza olarak kabul edilen diyet ödenerek cezanın çekilmesi yoluna gidilmekteydi. Constitutio Criminalis Carolina'nın kabulü ile birlikte, eski Cermen Kanunlarının kaldırılması hareketi ile rızanın varlığının suçun oluşmasına engel bir durum olarak kabul edildiği görülmektedir. Rızanın varlığı, cinsel suçlar ya da şerefe karşı suçlar bakımından fiilin cezalandırılmasına engel bir durum olarak varlığını korurken; vücut bütünlüğüne yönelik kürtaj ya da kısırlaştırma gibi kimi fiillerde, fiilin suç oluşturmaya engel olmamaktaydı<sup>176</sup>. Yaşam hakkına yönelik olarak rızanın geçerli olup olmadığı konusunda ise, Carolina'da açık bir hüküm yoktur. Bu konuda, kimi yazarlar bir hükmün bulunmaması nedeniyle; kimi yazarlar ise, öldürme suçlarında ancak bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması halinde fiilin cezalandırılacağı düşüncesi ile, rızanın geçerli olduğunu kabul ederlerdi<sup>177</sup>.

#### E. İslam ve Osmanlı Hukuklarında İlgilinin Rızası:

Bilindiği gibi, İslam hukukunda suç kavramı, Allahın had ve tazir cezaları ile cezalandırdığı hareketler olarak tanımlanmaktadır. Bu suçlar ya ihmal yoluyla ya da icrai olarak işlenebilmektedirler<sup>178</sup>. Cezalar ise ya Kur'an veya Sünnet ile belirlenmekteydi ve hakimin takdirine bırakılmakta idi. İslam Hukukunda verilen cezalar bakımından suçları ikiye ayırmak mümkündür: İlk grup kul hakkına ilişkin suçlardır ve cezası kısastır. İkinci grup suçlar ise, Allah hakkına yönelik suçlardır ve cezaları had cezasıdır. Allahın haklarına yönelik suçlar kamu düzenine karşı işlenen suçlar iken, kul hakkına yönelik suçlar kişilere ve malvarlığına yönelik işlenen suçlardır<sup>179</sup>. İslam hukukunda suçun unsurları, kanuni unsur, maddi unsur ve manevi unsur olarak sayılabilir. Ancak klasik teoride yer alan hukuka aykırılık unsuru her ne kadar açıkça belirtilmemekteyse de, uygulamada karşımıza çıkmaktadır<sup>180</sup>. Hukuka uygun hareketleri düzenleyen kurallara İslam hukukunda ruhsat adı verilmektedir.

<sup>176</sup> Yenerer-Çakmut; s. 63, 64.

<sup>177</sup> Yenerer-Çakmut; s. 64.

<sup>178</sup> Ahmet Ekşi; "İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, s.6., kaynak [www.yok.gov.tr](http://www.yok.gov.tr).

<sup>179</sup> Ekşi; s.16.

<sup>180</sup> Ekşi; s.7,8.

Yapılan hareket, ruhsat adı verilen bu kuralların bulunması durumunda mübah sayılmaktadır ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır<sup>181</sup>. İslam hukuku bakımından hukuka aykırılığı gideren yani hareketi mübah sayan bu nedenlerin başlıcaları hakkın icrası, mağdurun rızası, meşru müdafaa, zilyetliğin korunması ve görevin ifasıdır<sup>182</sup>.

İslam ceza hukuku bakımından mağdur, kişiliğine, malvarlığına ya da herhangi bir hakkına yönelik bir tecavüzde bulunulan kişidir. İslam hukukuna göre, mağdur gerçek ya da tüzel kişi olabilir<sup>183</sup>. Bu hukuk kurallarına göre, fail olmak için temyiz kudreti aranırken, mağdur olmak için hak sahibi olmak ve hak ehliyetine sahip olmak yeterlidir. Hak ehliyeti ise, sağ ve tam doğmak koşulu ile ceninken kazanılmaktadır<sup>184</sup>. Ancak bu kişiler, sahip oldukları haklar üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip değildirler. Kişiler malvarlığı hakları ile bazı kişilik hakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler ve bu hakların başkaları tarafından kullanılmasına yönelik verdikleri izin de mağdurun rızası olarak tanımlanmaktadır<sup>185</sup>.

Rıza kavramı İslam hukuku bakımından büyük bir öneme sahiptir. İslam hukuku gerek mağdura gerek onun mirasçılarına ya da yasal temsilcilerine suçluyu af ve ibra yetkilerini vermektedir. Bu yetkinin mağdurun ölümünden önce ya da sonra verilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Anılan yetki ile mağdur ya da yasal temsilcisi veya mirasçısı diyet ve kısas isteme haklarını kaybederler<sup>186</sup>.

Rızada bulunabilmek için rızayı açıklama ehliyetinin bulunması aranmaktadır. Bu nedenle çocuklar ya da akıl hastaları rıza açıklama ehliyetleri bulunmadığından bunların açıkladıkları rıza geçersizdir. Rıza veren, haklarının kullanılması için vekalet vermiş sayıldığından, vekalet veren hak sahibinin iradesinin açıklama yetkisinin bulunması şarttır. Bunun yanında rıza gösteren kişi rıza konusu hakkın sahibi olmalıdır. Hak sahibi rıza açıklama konusunda ehliyetli değilse kanuni

---

<sup>181</sup> Ekşi; s.11.

<sup>182</sup> Mustafa Avcı; "Osmanlı Ceza Hukukunda Genel Hükümler", Mimoza Yayınları, Konya, 2010, s. 83 vd.

<sup>183</sup> Ekşi; s.19.

<sup>184</sup> Ekşi, s. 20.

<sup>185</sup> Ekşi; s. 21.

<sup>186</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya; s. 585.



temsilcisi rıza gösterebilmektedir. Suçun birden fazla mağduru var ise, hepsinin rıza göstermesi halinde fiil hukuka uygun hale gelir<sup>187</sup>.

Rıza açıklaması herhangi bir şekilde yapılabilir. Ancak susmak rıza beyanı anlamına gelmemektedir. Acil bir durumun varlığı nedeni ile hak sahibi kimse rıza beyanında bulunamamış ise, rızası var sayılır. Rıza açıklamasının herhangi bir nedenle sakatlanmamış olması gerekmektedir. Aksi halde rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz<sup>188</sup>. Yine rıza açıklamasının suçun işlenmesinden önce yapılması gerekmektedir. Suçun işlenmesinden sonra verilen icazet İslam Ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığı kaldıran bir hal değildir<sup>189</sup>.

Rıza bakımından bir diğer önemli husus hangi suçlar bakımından rızanın mümkün olduğudur. Yukarıda da değindiğimiz gibi İslam ceza hukukunda suçlar kul hakkına ve Allahın haklarına yönelik suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır ve Allahın haklarına yönelik kişilerin tasarrufta bulunma yetkileri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu haklara yönelik suçlar bakımından mağdurun rızası bir hukuka uygunluk nedeni değildir<sup>190</sup>. Bunun yanında İslam inancına göre kişilerin ruh ve bedenleri kendilerine yaşamları süresince emanet edilmiştir ve bunların mülkiyeti Tanrıya aittir. Bu nedenle de kişilerin yaşam hakları üzerinde tasarruf etme yetkileri bulunmamakta iken, bedenleri üzerinde tasarruf hakları sınırlıdır. Örneğin kişiler sadece zevk için kendilerine zarar veremez ya da verdirmezler. Yine bir kimsenin cinsiyet değiştirmesi caiz olmadığından bu işlemi gerçekleştirmek için yaptıracağı tıbbi müdahaleye gösterdiği rıza da geçersiz olacaktır<sup>191</sup>. İslam hukukçuları yaralama suçu bakımından rızanın etkisi konusunda da farklı görüşlere sahiptirler. Rızanın varlığının kısas ve diyet cezalarını düşüren ancak tazir cezasına etki etmeyen bir niteliğe sahip olduğunu düşünen Hanefi, Şafi ve Hanbeli mezheplerine mensup hukukçuların yanında, Maliki mezhebinin kurucusu olan İmam Malik, yaralama fiilinden önce yapılan rıza açıklamasının cezaları ortadan kaldırma konusunda bir

---

<sup>187</sup> Ekşi; s. 22,23.

<sup>188</sup> Ekşi; s. 23.

<sup>189</sup> Ekşi; 23.

<sup>190</sup> Ekşi; 24.

<sup>191</sup> Ekşi; 24.

etkisinin olmadığı, fiilden sonra şikayetin geri alınması durumunda kısas cezasının düşeceği düşüncesindedir<sup>192</sup>.

İslam hukukuna göre, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuka uygun sayılabilmesi için bazı şartların varlığı gereklidir. Bunlar, müdahaleyi yapanın bir hekim olması, hekimin müdahaleyi tedavi amacıyla gerçekleştirmesi, müdahaleyi tıbbi metodlara uygun gerçekleştirmesi ve hekimin müdahale sırasında fahiş bir hata yapmaması ile müdahaleye hastanın ya da velisinin izninin olmasıdır<sup>193</sup>. Osmanlı Hukukunda ise, gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler için hasta ya da velisinin yapılacak tıbbi müdahale konusunda aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu gerçekleştirecek bir endikasyon halinde hekimden hak talep etmeyeceğini kadı huzurunda beyan etmesi gerekmektedir<sup>194</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, kişilerin yaşam hakkı üzerinde ise tasarrufta bulunma hakları kesinlikle yoktur. Yaşam hakkı bakımından rızanın fiil üzerinde etkisi çeşitli mezheplerde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Fıkıhçıların bir kısmı, rızanın varlığını hem kısas hem de diyet cezasını ortadan kaldıran bir etken olduğunu düşünürken (Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Ahmet b. Hanbel gibi), diğer bir kısım sadece kısas cezasını ( İmam Şafi ve İmam Muhammed) düşürdüğünü; bir diğer görüş ise, rızanın faile kısas cezasının verilmesine engel olmadığını (Züfer) ileri sürerler. Maliki mezhebine mensup olanlar ise, rızanın varlığının öldürme suçu bakımından geçerli olmadığını ve rızanın varlığı halinde de kişinin kasten öldürme suçundan yargılması gerektiğini düşünmektedirler<sup>195</sup>.

Varsayılan (mefruz) rıza, rızanın geçerli sayıldığı alanlar bakımından geçerlidir. Ancak mefruz rızanın varlığı için zaruret halinin bulunması gerekmektedir<sup>196</sup>.

Tüm bu açıklamalar ışığında, İslam Hukuku bakımından rızanın ancak suçun unsurlarından birini ortadan kaldırması halinde suça etki edeceğini ve bu nedenle de

---

<sup>192</sup> Avcı; s. 103.

<sup>193</sup> Avcı; s.97; Halil Cin, Gül Akyılmaz ; “*Türk Hukuk Tarihi*”, Sayram Yayınları, Konya, 2009, s. 203.

<sup>194</sup> Avcı; s. 98.

<sup>195</sup> Avcı; s. 102, 103.

<sup>196</sup> Avcı; s.104.

ancak malvarlığına yönelik suçlar bakımından mümkün olduğunu söylemek gerekmektedir<sup>197</sup>.

Osmanlı Hukukunda, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, kaynağını Mecelle'den almaktadır. Mecellede yer alan “cevaz-i şer’i zamana münafidir” kuralı ile kanuni bir iznin varlığı, tazminat isteme hakkını ortadan kaldıran bir durum olarak öngörülmüştür. Böylelikle, hak sahibinin verdiği izin hareketi hukuka uygun hale getirmektedir<sup>198</sup>.

### III. Karşılaştırmalı Hukukta Rıza

#### A. Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Rıza

Rızanın hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı ülke hukuk ve hukuk öğretilerinin farklı bakış açılarına sahip olduğu söylenilebilir. Almanya’da hukuk bilimi ve özellikle özel hukuk mahkemelerinin içtihatları, 20 yy’dan itibaren rızayı bir irade beyanı olarak geçerli kabul etmeye başladı. İrade beyanının geçerli kabul edilmesi nedeniyle rıza gösterme ehliyeti ve irade eksikliği konusunda Alman Medeni Kanunu’nun 104 ve 119’uncu maddelerinden yararlanılmaktaydı. Ancak bu maddelere dayanan içtihatla göre, kişiler mal üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği gibi, vücut bütünlüğü ve şeref gibi subjektif haklar üzerinde tasarruf edememekteydi<sup>199</sup>.

Rıza kavramı, Alman Ceza Yasası’nın 32 ve 34. maddelerinde yer alan meşru savunma ve zorunluluk hali gibi genel bir hüküm olarak ceza kanununda yer almasa da, ceza hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Böylece, rızanın yasal dayanağını teamül hukuku oluşturmaktadır (volenti non fit iniuria)<sup>200</sup>.

Alman Ceza Yasası rızayı, bir hukuka uygunluk nedeni olarak yalnızca yaralama suçları bakımından öngörmekteyken, Alman içtihatları ve Alman hukuk öğretisi,

---

<sup>197</sup> Ekşi; s. 25.

<sup>198</sup> Ekşi; s.31.

<sup>199</sup> Amelung, Eymann; s. 937.

<sup>200</sup> Baumann, Weber, Mitsch; s.390.

yüzyıllık bir geleneğe ve teamül hukukuna dayanarak, bireylere yönelik suçlar bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmektedir<sup>201</sup>.

Alman hukuk öğretisine göre, rızanın hukuka uygun sayılması için Şu koşulların gerçekteşmesi gerekir:

- Rıza bizzat suçtan zarar gören (mağdur) tarafından gösterilmelidir. Çünkü kişi rıza göstererek hakkına ilişkin hukuki korumayı askıya almaktadır.
- Rıza gösterenin rıza gösterilen hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmalıdır.
- Rızanın hakka yönelen hareketten önce gösterilmesi gerekir; hareket gerçekteştikten sonra verilen rıza geçersizdir.
- Rızanın etkin bir şekilde gösterilmesi gerekir. Rıza gösterme ehliyeti özel hukuktaki ehliyetten farklıdır. Rıza gösterenin karar verme ehliyetinin bulunması gerekir. Bunun anlamı Şudur; rıza gösteren hakkına ait hukuki korumayı askıya almasının anlamını, sonuçlarını algılamalı, gerçekteşecek hareketin bir hak ihlali olduğunu anlamalıdır. Rızanın zorla ya da aldatarak alınması durmunda, rıza iradi olmadığından geçersizdir. Bunun gibi, mağdurun hak ihlalinin önemini bilmeden rıza göstermesi durumunda da rıza geçersiz olacaktır.
- Fiili gerçekteştiren kimsenin rızanın varlığından haberdar olması gerekir.
- Son olarak, ACY'nin 228'inci maddesinde yer alan hükme dayanarak, rıza ile gerçekteştirilecek hareketin ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir<sup>202</sup>.

Alman hukuku rızayı özellikle devlete ve kamuya karşı işlenen suçlar başta olmak üzere öldürme ve iftira gibi pek çok suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmemektedir<sup>203</sup>.

Buna karşılık, malvarlığına yönelik suçlar, şerefe karşı suçlar ve kişi özgürlüğüne karşı suçlar bakımından rıza, yasanın öngördüğü özel haller ve fiilin ahlaka karşı olması gibi durumlar dışında kabul edilmektedir<sup>204</sup>.

<sup>201</sup> Stratenwerth, Kuhlen; s. 136.

<sup>202</sup> Udo Ebert; "*Strafrecht Allgemeiner Teil*", 3., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2001, s. 87.

<sup>203</sup> Robert v. Hippel; "*Lehrbuch des Strafrechts*", Berlin, 1932, s. 122.

<sup>204</sup> Hippel; s. 122.

Avusturya hukuk öğretisi rızayı, Alman öğretisiyle aynı çerçevede değerlendirmektedir. Nitekim Avusturya Ceza Yasası'nın 90'ıncı maddesinin ilk fıkrası Alman Ceza Yasası'ndaki benzer hüküm gibi yaralama ile ilgili rızayı düzenlemektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise, kısırlaştırma ile ilgili rızaya ilişkin bir hüküm yer almaktadır<sup>205</sup>, <sup>206</sup>.

Fransada ceza hukukunun kamu hukuku karakterli olması ve m. 65'de düzenlenmiş olan "légalité des excuses" ( yasal mazeretler) ilkesi nedeniyle rıza, kullanılabilir yasal bir metin olduğu takdirde ya da yasal izin (autorisation légale) olayla örtüşmesi halinde kabul edilmektedir. Buna karşılık rıza, eski Ceza Yasası'nda olduğu gibi, 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda da bir hüküm olarak yer almamıştır. Rıza konusunda Belçika hukuku da Fransız hukukuna benzemektedir<sup>207</sup>.

İspanyol Ceza Yasası, rızaya genel bir hüküm olarak yer vermemektedir. Anak bazı suçlar bakımından rıza tipikliğin bir unsuru olarak yer bulmaktadır. Örneğin tecavüz suçu bakımından rızanın olmaması suçun negatif bir unsurunu oluşturmakta; rızanın varlığı ise, kişiyi ceza sorumluluğundan kurtarmaktadır<sup>208</sup>. Buna karşılık İspanya, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir. İspanyol öğretisi, tipikliği ortadan kaldıran kabullenme ile hukuka uygunluk nedeni olan rızayı birbirinden ayırmaktadır; ancak bu ayrımı hukuki yorumun bir sorunu olarak algılamaktadırlar<sup>209</sup>.

Hollanda'da rıza konusunda, ceza hukukunun kamusal karakteri ve dolayısıyla istisna olarak rızanın doğası vurgulanmaktadır<sup>210</sup>.

---

<sup>205</sup> Hans- Heinrich Jescheck, Thomas Wiegand; Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996, s.384.

<sup>206</sup> Avusturya Ceza Yasası m. 90/1: Yaralanan ya da tehlikeye giren kimsenin rızası ve fiilin ahlaka aykırı olmaması durumunda yaralama veya vücut bütünlüğünün tehlikeye girmesi hukuka aykırı değildir.

90/2: Kişi 25 yaşını doldurmuşsa veya müdahale başka nedenlerden dolayı ahlaka aykırı değilse, doktor tarafından ve rıza ile gerçekleştirilen kısırlaştırma hukuka aykırı değildir.

<sup>207</sup> Jescheck, Wiegand; s. 138.

<sup>208</sup> Carlos Gomez, Jara Diez, Luis E. Chiesa; "The Handbook of Comparative Criminal Law", Edited by Kevin Jon Heller and Markus D.Dubber, Stanford Law Books, 2011, s. 510.

<sup>209</sup> Jescheck, Wiegand; s. 138.

<sup>210</sup> Jescheck, Wiegand; s. 138.

İsviçre ceza hukuku öğretisi ve mahkemeler rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmekle birlikte, İsviçre Ceza Yasası'nda rıza ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Burada da rıza kaynağını teamül hukukundan almaktadır<sup>211</sup>.

İsviçre hukukunda rıza, özellikle cebir (m. 181), yağma (m. 156), cinsel saldırı ya da cebir içeren diğer suçlarla ( m. 187, 188) konut dokunulmazlığını ihlal (m. 186), hırsızlık (m.137) gibi suçlar bakımından tipikliği kaldıran bir unsur olarak tipikliğin içinde yer almaktadır<sup>212</sup>.

İsviçre, rızanın geçerli olabilmesi için; rızanın hak sahibi ve aynı zamanda suçun mağduru tarafından verilmesini aramaktadır. Rıza gösteren kimsenin gerçekleşecek olan zararın amacını ve kapsamını doğru değerlendirebilecek bir muhakame yeteneğine sahip bulunması da gerekmektedir. Ayrıca rızanın özgür irade ile verilmiş olması ve hareketten önce verilmiş bulunması gerekmektedir. Hareketten sonra verilen icazet geçerli değildir. Rıza her zaman geri alınabilir. Rıza varolmasına karşın fail tarafından bilinmiyorsa teşebbüs söz konusu olacaktır<sup>213</sup>.

İtalyan öğretisi İtalyan Ceza Yasası'nın 50'inci maddesi temelinde rızayı kabul etmekte ve rızayı Alman öğretisi ile aynı çerçevede ele almaktadır<sup>214</sup>.

## B. Anglo Amerikan Hukuk Sistemlerinde Rıza

Amerikan hukuku ise, “kamu ahlakı” (public morals) ve “ kamu barışı” (public peace)’in bireyin karar verme özgürlüğüne göre öncelikli kavramlar olduğunu biçimde vurgulamaktadır<sup>215</sup>.

İngiliz ceza hukuku öğretisinde rızanın, tipikliği ortadan kaldıran bir unsur mu yoksa hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden mi olduğu hususu tartışmalıdır. Öğretide rızaya ilişkin iki karşıt görüş bulunmaktadır. İlk görüş rızayı meşru savunma gibi

<sup>211</sup> Günter Stratenwerth; “*Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teik I Die Straftat*”, Bern, 1982, s. 184.

<sup>212</sup> Stratenwerth; s.186.

<sup>213</sup> Peter Noll, Stefan Trechsel; “*Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*”, 2. Auflage, 1986, s.126.

<sup>214</sup> Jescheck, Wiegend; s. 138.

<sup>215</sup> Jescheck, Wiegend; s. 138, 139.

genel bir savunma aracı (hukuka uygunluk nedeni) olarak görmemekte, bu görüşe göre rıza maddi unsurun (actus reus) negatif unsurudur. Mağdur hak ihlaline rıza gösterdiğinde hareket ile tipiklik örtüşmemektedir. Diğer bir grup yazar ise, rızayı meşru savunma gibi bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmektedir<sup>216</sup>. İngiliz hukuku rızayı özellikle genel öğretileri de dikkate alarak somut olaylar üzerinden tartışmaktadır<sup>217</sup>. Cinsel Suçlar Kanunu'nun 74. bölümüne göre, kişi özgür bir iradeye ve seçim yapabilme yeteneğine sahipse rıza gösterebilecektir. Rıza mala karşı suçlar bakımından da geçerlidir. Ancak İngiliz hukukunda, ölümcül nitelikte olmayan yaralanmalar bakımından rızanın geçerliliği tartışılmaktadır<sup>218</sup>.

Kanada ceza hukuku rızaya genel bir def'i olarak yer vermemektedir. Kanada Mahkemeleri de, temel adalet ilkesine (principle of fundamental justice) dayanarak, konusu suç olan hareketler ile rıza ilişkisini yasaklanmaktadır. Kanada Ceza Yasası'nın 14'üncü bölümü, hiç kimsenin öldürme fiilinde rıza ile cezai sorumluluktan kaçamayacağını düzenlemektedir<sup>219</sup>.

### C. Diğer Ülke Hukuk Sistemlerinde Rıza

Brezilya hukuku ise, rıza ile ilgili Alman hukukuna benzer yapılar geliştirmiştir. Buna karşılık Brezilya Ceza Yasası'nda (Código penal) rızaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır<sup>220</sup>.

Çin Ceza Yasası, rıza sorununu içeren bir hüküm içermemekle birlikte, Çin hukuk öğretisi, altı koşulun varlığı halinde rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir:

-Kişi vücudu, hakları ya da çıkarları üzerinde rıza gösterebilir.

-Rıza gösterenin tam anlamıyla algılama yeteneğinin bulunması gereklidir.

<sup>216</sup> Jens Watzek; "Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive", Freiburg im Breisgau, 1997, s.211,212.

<sup>217</sup> Jescheck, Wiegand; s. 139.

<sup>218</sup> Andrew J. Ashworth; "The Handbook of Comparative Criminal Law", Edited by Kevin Jon Heller and Markus D.Dubber, Stanford Law Books, 2011, s.542.

<sup>219</sup> Kent Roach, "The Handbook of Comparative Criminal Law", Edited by Kevin Jon Heller and Markus D.Dubber, Stanford Law Books, 2011, s.116.

<sup>220</sup> Jescheck, Wiegand; s. 139.

- Rıza, bilinçli ve gönüllü olarak mağdur tarafından açıklanmalıdır.
- Rızaya konu olabilecek haklar kişisel haklarla sınırlıdır. Kimse devlete ya da toplumun çıkarlarına ilişkin konularda rıza açıklamasında bulunamaz.
- Rıza açıklamasının kişisel çıkarın ihlalden önce yapılması gerekmektedir.
- Rıza konusu hareketi gerçekleştirecek kişinin, mağdurun rızasının olduğunu açıkça anlaması ve hareketi mağdurun rızası kapsamında gerçekleştirmesi gerekmektedir<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> Wei Luo; “*The Handbook of Comparative Criminal Law*”, Edited by Kevin Jon Heller and Markus D.Dubber, Stanford Law Books, 2011, s.406.



## II. BÖLÜM

### TÜRK CEZA KANUNUNDA İLGİLİNİN RIZASI

#### I. Genel Olarak

Rızanın bulunup bulunmaması ya da diğer bir deyişle, hak sahibinin hakkı üzerindeki iradesi, ceza hukuku bakımından önem arz etmektedir. Ceza hukuku yönünden önem taşıyan bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan ve kendisine bir takım sonuçlar bağlanan rızanın en önemli etkisi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırma şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>222</sup>. Ayrıca, yukarıda da değindiğimiz gibi, TCK, rızaya, tipikliğin içinde yer vermektedir<sup>223</sup>.

765 sayılı TCK'da, ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak ayrıca düzenlememle birlikte; rıza özel olarak suç tiplerinin içinde yer almaktaydı<sup>224</sup>. Öğretide de rıza kavramı, TCK'da yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak kabul edilmekteydi.

İlgilinin rızası 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda “ Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenen 26'ncı maddede, hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedeni ile birlikte düzenlenmektedir.

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

Madde gerekçesinde ise yasakoyucu,

“Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir.

<sup>222</sup> Yenerer- Çakmut; s. 194.

<sup>223</sup> Demirbaş; s. 303.

<sup>224</sup> 765 Sayılı TCK m. 182/1-2,193, 430/2, 468, 471, 491/1 gibi.

Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir.” diyerek, maddenin gerçekleşme koşullarını saymıştır. Buna göre, rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak suçun hukuka aykırılık nedenini ortadan kaldırabilmesi için, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olması ve kişinin hak üzerinde rıza açıklaması yapmaya ehliyetli olması gerekmektedir.

TCK ilgilinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak genel hükümlerde düzenleme yolunu seçmiştir. İtalyan Ceza Yasası da, rızayı TCK gibi genel bir hükümle düzenleme yolunu seçmiştir. Yasanın 50’inci maddesine göre, “ *Üzerinde geçerli bir şekilde tasarrufta bulunulabilen bir hakka kişinin rızası ile zarar veren veya tehlikeye sokan kimse cezalandırılmaz.*”

Ancak, bazı ülkeler rızayı ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak genel hükümlerde yer vermek yerine, sadece kimi fiiller bakımından öngörmüşlerdir. Alman Ceza Yasası’nın 228’inci maddesinde düzenlenen rıza başlıklı madde şu biçimdedir: “Yaralama fiili, yaralanan kişinin rızasının bulunmasına rağmen, ahlaka aykırı ise, hukuka aykırıdır<sup>225</sup>.”

ACY. madde 228 uyarınca, yaralama suçu bakımından, ahlaka aykırı bir harekete rıza verilemez. Ahlaka karşı olmak terbiye ile adil ve hakkani düşünceye aykırılık olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım hakime çok geniş bir değerlendirme yetkisi verdiğiinden eleştirilmektedir<sup>226</sup>.

Görüldüğü gibi, Alman Hukukunda rıza, sadece yaralama fiili bakımından öngörülmekte, genel hükümlerde rızaya yer verilmemektedir. Hüküm, kişinin vücut bütünlüğü hakkı bakımından mağdura rıza gösterme imkanı tanımakla birlikte; rızanın ahlaka aykırı olmaması koşulunu da getirmektedir. Nitekim Alman öğretisi, rızanın koşullarını; rızanın etkin bir biçimde verilmesi, failin fiilini rıza üzerine gerçekleştirmesi ve yaralama suçu bakımından fiilin ahlaka aykırı olmaması olarak belirlemektedir<sup>227</sup>.

<sup>225</sup> Yenisey,Plagemann; s.301.

<sup>226</sup> Wolf- Dietrich Brodag; “ *Strafrecht Kurzlehrbuch zum Allgemeinen Teil des StGB*”, 10., überarbeitete Auflage, 2005, s. 111.

<sup>227</sup> Blei; s. 134, 135.

Rızanın ahlaka aykırı olmaması koşulunun Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Dönmezer- Erman'a göre, "mağdurun açıkladığı rızanın konusu, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olduğu takdirde, üzerinde mutlak tasarruf yetkisi bulursa da, rıza geçerli değildir ve fiil hukuka aykırı olmak niteliğini korur."

Mağdurun rızasının suç tipinde yer alan bir unsur olması durumunda, rıza, tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak nitelendirilmektedir. Bu konu ile ilgili olarak teorik açıklamalarımıza yukarıda yer verdiğimiz için burada tekrarlamıyoruz.

## **II. Rızanın Koşulları**

### **A. Genel Olarak**

Rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için, rızayı gösteren kişi bakımından birtakım ön koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar kişinin rıza göstermeye ehliyetinin bulunması, rıza gösterecek kişinin iradesinin sakatlanmamasıdır<sup>228</sup>.

Rızanın geçerli olması için gereken koşullar ise, rıza açıklamasının rıza ehliyetine sahip bir kişi tarafından yapılması, kişinin mutlak surette tasarrufta bulunacağı bir hakka sahip bulunmasıdır. Biz bu koşullardan rızaya ehliyet ve rıza açıklamasından söz ettikten sonra, kimi haklar bakımından rızayı irdedeceğiz.

### **B. Rızaya Ehliyet**

#### **1. Kişinin Rıza Göstermeye Ehliyetinin Bulunması**

##### **a.Genel Olarak**

Rıza gösterenin rıza ehliyetine sahip bulunması gerekmektedir<sup>229</sup>. Ehliyet, kısaca anlama ve kavrama yeteneği olarak tanımlanabilir. Ehliyet, kişinin algılayabilme ve karar verme yeteneğidir<sup>230</sup>. Kişinin ehliyetli sayılabilmesi için; yaş küçüklüğü, akıl

<sup>228</sup> Erman; s. 80.

<sup>229</sup> Baumann, Weber, Mitsch; s. 396.

<sup>230</sup> Yenerer Çakmut; s. 205.

zayıflığı ya da akıl hastalığı gibi bir nedenle gerçekleştirdiği ya da kendisine yönelen hareketlerin anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğinin zarar görmemesi gerekmektedir<sup>231</sup>.

Ehliyet sahibi olan kimse, somut olayda idrak ve muhakeme kabiliyetlerine sahip olan kimsedir<sup>232</sup>. Kişinin ruhi ve akli olgunluğa erişmiş; cezai korunmadan vazgeçtiği hakkının ve bu hakla ilgili aldığı kararın anlamını, kapsam ve niteliğini ve sonuçlarını idrak eden kimse rıza gösterme ehliyetine sahiptir<sup>233</sup>.

Ehliyet, ceza hukukunda medeni hukuk kurallarına göre belirlenemez; her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilir. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik gibi kimi nedenler yüzünden ehliyet mevcut değilse, kişinin açıkladığı rıza geçersiz sayılacak ve hareket hukuka aykırı nitelikte olacaktır. Bu durumda yasal temsilci tarafından yapılan rıza açıklaması hareketi hukuka uygun hale getirir<sup>234</sup>.

## **b. Ön Koşullar**

### **aa. Yaş Küçüklüğü**

Rıza gösterenin yaşı rızaya ehliyet bakımından en çok tartışılan konudur<sup>235</sup>. Rıza ehliyeti yaşı özellikle temyiz kudretine sahip ancak henüz reşit olmayan kişiler bakımından tartışma yaratmaktadır<sup>236</sup>.

Rızaya ehliyet bakımından, hangi yaşın dikkate alınacağı konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, dikkate alınacak yaşlar: ceza ehliyeti yaşı, temyiz kudreti yaşı ve erginlik yaşıdır<sup>237</sup>.

<sup>231</sup> Erman; s. 80.

<sup>232</sup> Kristian Kühl; "Strafrecht Allgemeiner Teil", 5.neu bearbeitete Auflage, München, 2005, s. 256.

<sup>233</sup> Yenerer- Çakmut; s. 205-206.

<sup>234</sup> Yenerer- Çakmut; s. 206.

<sup>235</sup> Erman; s. 80.

<sup>236</sup> Yenerer Çakmut; s. 206.

<sup>237</sup> Erman; ,s. 80.

Rızanın özel hukuka ilişkin bir hukuki işlem olduğunu düşünen yazarlara göre, rıza ehliyetinin bulunduğu yaş, borç altına girebilme ehliyeti yaşı, yani erginlik yaşı iken; rızanın tek taraflı bir hukuki işlem olduğu düşüncesinde olanlar, fiil ehliyeti yaşını kabul etmektedirler<sup>238</sup>.

Rızanın hukuki niteliğinin kişinin kendisine karşı suç işlemesinin özel bir şekli olduğu (Vekalet Teorisi) görüşündeki yazarlara göre rıza ehliyeti yaşı, ceza ehliyeti yaşıdır. Ceza sorumluluğundan söz edebilmek için kişilerin gerçekleştirdikleri eylemin hüküm ve sonuçlarını kavrayabilecek nitelikte bir olgunluğa erişmeleri aranmaktadır<sup>239</sup>.

Keşler'e göre, rıza ehliyetine sahip olmak için, en azından fiil ehliyetine sahip olmak gerekmektedir. Kişinin rıza göstermesi için reşit olmasını istemek ise, medeni hukuka ait bir kurumu ceza hukukunda da kabul etmek anlamındadır; bu kabulü ise reddetmek gerekir. Yasakoyucunun rıza gösterme yaşını belirtmemesi durumunda bu hükmün kıyas yoluyla doldurulması da yanlıştır. Yazara göre, rıza göstermek için kişinin reşit olmasına gerek yoktur. Rıza göstermek için kişisel olgunluk- yeterlilik gerekmektedir. Bu nedenle rızanın hukuki niteliğini hukuki işlemle açıklayan teorileri reddetmek gerekir. Binding de yazarla aynı görüştedir<sup>240</sup>.

Pfersdorff da, yaş konusunda medeni hukuk hükümlerinin uygulanmasına taraftar değildir. Yazara göre her olay ayrı ayrı incelenerek, değerlendirilmelidir<sup>241</sup>.

Klee, reşit olmayan kimselerin rıza gösterebilmesi için kişinin ruhi olgunluğa erişmesini aramaktadır. Yazar ceza hukuku bakımından rıza gösterecek kişide kesin olarak belirlenmiş bir yaş sınırını reddetmektedir. Yazar yalnızca kişinin iradesinin dikkate alınması için o dönemde kabul edilen cezai ehliyet yaşını alt sınır olarak kabul etmektedir<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> Erman; s. 80, 81.

<sup>239</sup> Hamide Zafer; "Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Ders Kitabı", Beta Yayınları, Haziran 2010, İstanbul, s. 252 vd.; Öztürk- Erdem; s.233; Özgenç; s. 344 vd.

<sup>240</sup> Yenerer- Çakmut; s. 87, 88.

<sup>241</sup> Yenerer- Çakmut; s. 89.

<sup>242</sup> Yenerer- Çakmut; s. 90.

Bunun gibi Kiehl de, medeni hukuktaki esasların ceza hukukunda uygulanmasına taraftar değildir. Yazar, subjektif haklar ve bu haklarla ilgili olarak sahip olunan yetkilerle ilgili düzenlemelerin ceza hukukunda kabul edilemeyeceği kanısındadır. Çünkü yazara göre yaşam ve sağlık subjektif hakların konusu olamaz. Yazar reşit olmayanların rıza gösterme ehliyetleri konusunda cezai ehliyet yaşı ve şikayet kurallarının kıyasen uygulanmasına da karşıdır. Bu konuda yeknesak bir düzenleme yapmak yanlıştır. Her bir olayın özelliğine göre ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir<sup>243</sup>.

Honig, kişilerin rıza ehliyetinin, yaralama suçu da dahil olmak üzere, konusu subjektif hakların ihlali olan suçların dışında kalan suçlar bakımından, medeni hukuk bağlamındaki hukuki işlem ehliyetinden önce elde edileceğini kabul etmektedir. Yazara göre, ceza hukukunda rıza açıklamasında bulunabilme yaşı bakımından çeşitli sınırlar dikkate alınabilir. Buna göre 18 yaşını tamamlayan herkes rıza ehliyetine sahiptir; ancak kişi 14 yaşını bitirmemiş kimseler rıza açıklamasında bulunamazlar. Bu iki yaş aralığında olanlar bakımından ise, mevcut olayın durumuna göre değerlendirme yapılacaktır. Bu durumdaki kimseler bakımından algılama yeteneği, hakkı ihlal eden hareketin önemini anlama gibi hususlar dikkate alınacaktır<sup>244</sup>.

Temyiz kudretine sahip ancak henüz reşit olmayan kişiler bakımından sorunun çözümü için, öncelikle yasada mevcut bir düzenleme olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Yasakoyucu rıza gösterme yaşı bakımından özel bir yaş öngördüyse, bu yaş dikkate alınacaktır. Almanya’da kastrasyon müdahalesi için 25 yaş sınırının bulunması gibi...<sup>245</sup>

Dönmezer’e göre yasa, belirli bir suç bakımından mağdurun yaşı için bir düzenleme yoluna gittiyse, o suç bakımından belirlenen yaştan küçük bir kimsenin yapmış olduğu rıza açıklamasının geçerliliği yoktur. Yazar, böyle bir düzenlemenin bulunmaması halinde, ceza hukukunun belirlediği yaş gruplarını dikkate almanın da doğru olmayacağı kanısındadır. Yazara göre, konuyu temyiz gücü bakımından

---

<sup>243</sup> Yenerer- Çakmut; s.90,91.

<sup>244</sup> Yenerer- çakmut; s. 93-94.

<sup>245</sup> Yenerer- Çakmut; s. 207.

değerlendirmek ve mağdurun akla uygun hareket ettiğine dair yeterli nedenlerin bulunması durumunda rızanın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir<sup>246</sup>.

Öztürk- Erdem de benzer düşüncededir. Yazarlara göre, ilgilinin yaşı, hareketin niteliği, önemi ve neticeleri önemli değildir; önemli olan ilgili kimsenin harekete konu olan haktan vazgeçmesinin anlamını, kapsamını ve önemini algılayacak bir durumda bulunmasıdır. Bunun için mağdurun belirli bir yaşa ulaşmış olmasına bakılmamalıdır<sup>247</sup>.

Soyaslan ise, yasada özel bir yaş sınırının öngörülmediği ve rızanın özel hukuk işlemi olarak değerlendirilebileceği kimi durumlarda, örneğin malvarlığına yönelik işlenen suçlar bakımından, medeni hukuktaki yaş sınırının kabul edilmesi gerektiği kanısındadır<sup>248</sup>.

Bizce de yasakoyucunun özel olarak öngördüğü bir yaş sınırının bulunması halinde, bu yaş sınırının altındaki yaş grubunun rıza göstermesi durumunda rıza geçersizdir. Nitekim TCK'nun 103 ve 104'üncü maddelerinde öngörülmüş olan onbeş yaş sınırı, kişilerin cinsel özgürlüklerini kullanmaları bakımından bir sınır teşkil etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 11.03. 2008 tarihinde vermiş olduğu kararla, daha önceden verilmiş olan içtihadı uygun davranarak, onbeş yaşını tamamlamış bir kimsenin kendi isteğiyle ve cinsel birliktelik amacıyla gitmesinin, rıza ile hukuka uygun hale geldiğine, cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşmadığına, karar vermiştir<sup>249</sup>. Öte yandan yasada böyle bir yaş sınırının

<sup>246</sup> Dönmezer, Erman; s. 71.

<sup>247</sup> Öztürk, Erdem; s. 225.

<sup>248</sup> Soyaslan; s. 395.

<sup>249</sup> "Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklı 5237 sayılı TCY'nın 26/2. maddesinde, 'Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.' Şeklindeki düzenleme ile ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır. Sözü edilen hukuka uygunluk nedeninin doğabilmesi, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasına ve kişinin bu hakka ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunmasına bağlıdır. Yine rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olması gerekir. Fiilin işlendiği sırada olmayıp sonradan ortaya çıkan rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

Burada uyumsuzluğun sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için 'onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz tamamlamamış olan' çocukların bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasaya başvurulması gerekmektedir.

olmadığı hallerde, kişinin hakkına yönelik hareketin anlam ve sonuçlarını kavrayabilmesi ölçüt olarak kullanılmalıdır.

Aşağıda da değineceğimiz gibi çeşitli ülke yasalarında farklılıklar gösterse de, yasalar belli bir yaşın altındaki kimseleri “küçük” olarak değerlendirmekte ve bu kimseler bakımından algılama yeteneğini ölçüt olarak kullanarak, ikili bir ayırım yapmaktadırlar. İlk grubu kendisine yapılacak bilgilendirmeyi, hukuki yararına yönelik fiilin anlam ve sonuçlarını algılamaktan yoksun kimseler oluşturmaktadır. İkinci grupta yer alan kimseler ise, yapılan açıklamaları, gerçekleştirilecek fiilin anlam ve sonuçlarını kavrama ve karar verme yeteneği gelişmiş kimselerdir<sup>250</sup>.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu 18 yaşın altındaki kimseler bakımından üç dönem öngörmekteydi: 11 yaşını tamamlamamış çocuklar ile 11 ile 15 yaş arasındaki kimseler için 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’unda (ÇMKYUK) hükümler yer almaktaydı. 1990 yılından imzalanan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 1994 yılında Türkiye tarafından

---

4721 Sayılı Medeni Yasanın 13. maddesinde, yaşın küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükmüne bağlanmaktadır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar yasada tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi... Bundan da anlaşılacağı üzere bir kişinin “ bir yere gitmek veya bir yerde kalmak” özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının sadece kendisine ait olacağı açıktır.

Bununla birlikte, 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İ.B. Kararı ile CGK’nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 ve 44-58 sayılı kararlarında, ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde;

Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure Fatma’yı rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY’nın 109/1- 3f/5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasanın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle özel dairenin kararı isabetli olup Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.”(Yarg. CGK 11.03.2008, 5-253/52).

<sup>250</sup>Tacir; s.123.



kabulünün ardından; 2004 yılında ÇMKYUK'da bir değişiklik yapılarak, çocuk mahkemelerinin 15 yaş olan görev sınırı anılan Sözleşme'ye uygun hale getirilerek 18 yaşına çekilmiştir. Ancak bu düzenleme yalnızca 15 ile 18 yaş arasındaki çocukların yargılanmasının çocuk mahkemelerince yapılmasını sağlamış; buna karşılık, kanunun kapsamını düzenleyen 41'inci madde değiştirilmediğinden; kanun hükümleri, 15 yaşını bitirmeyen çocuklar bakımından uygulanabilmiştir<sup>251</sup>.

Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) yürürlüğe girmesinin ardından çocuğun tanımı "*daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi*" biçiminde yapılmıştır.

Her ne kadar, gerek 5237 Sayılı TCK'nun 6. maddesi, gerek ÇKK'nun 3'üncü maddesi, "çocuk" deyiminden 18 yaşını doldurmamış bireyin anlaşılması gerektiğini söylese de; TCK 18 yaş altındaki bireyler için üç ayrı grup öngörmektedir. Bu ayrıma göre; yaş grupları 0- 12; 12- 15 ile 15- 18'dir.

TCK'nın 31'inci maddesinin ilk fıkrasına göre; on iki yaşını tamamlamamış kimselerin ( kanuni deyimler çocuklar), ceza sorumlulukları yoktur. Bu kural cezai sorumluluk bakımından kesindir. Çünkü kanuna göre, bu yaş grubundaki çocukların kusur yeteneklerinin varlığı araştırılmaz. Çünkü bu kimseler bu yetenekten mutlak olarak yoksundurlar<sup>252</sup>. Bu yaş grubundaki çocuk, ruhsal ve fiziki gelişimi hangi aşamada olursa olsun, kanunda mutlak bir karine yer aldığından, suç işlemesi halinde kusurlu sayılmayacaktır<sup>253</sup>.

Anılan maddenin metni incelendiğinde, "çocuk" ibaresinin yalnızca 0-12 yaş grubundaki mutlak olarak kusur yeteneği bulunmayan kimseler için kullanıldığı da dikkat çekmektedir. Kanun, bu yaş grubundaki kimseler bakımından yalnızca güvenlik tedbiri sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir<sup>254</sup>. Bu yaş grubundaki çocuklar hakkında TCK'nın 31'inci maddesi uyarınca, işledikleri suç niteliğindeki haksız davranışlarından ötürü tehlike durumları da dikkate alınarak çocuklara özgü

<sup>251</sup> Uğur Alacakaptan; "Suçun Unsurları", İkinci Bası, Ankara, 1975, s. 128 vd., Demirbaş; s. 322.

<sup>252</sup> Özgenc; s. 344, 345.

<sup>253</sup> Öztürk, Erdem; s. 234.

<sup>254</sup> Öztürk, Erdem; s. 234.

güvenlik tedbirleri uygulanmasına karar verilebilir<sup>255</sup>. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri Çocuk Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmektedir. Bunlar:

*a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,*

*b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,*

*c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,*

*d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan Maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,*

*e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya,”*

yönelik tedbirlerdir. Çocuğun tehlike altında bulunmadığının tespit edilmesi ya da çocuğun tehlike altında bulunmakla birlikte veli ya da vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi ile tehlikenin ortadan kalkacağına anlaşılması halinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir (ÇKK md. 5/3). Gerekli görülmesi halinde bu çocuklar hakkında da yukarıda belirtilen tedbirlerin uygulanmasına karar verilebilir (ÇKK md.5/3).

Alman Hukukuna göre de, bir kimsenin suçlu sayılabilmesinin ön koşulu kusur yeteneğinin bulunmasıdır. Alman Ceza Kanunu'nun 19. maddesine göre, 14 yaşın altındaki çocuklar gerçekleştirdikleri fiiller bakımından kusursuzdurlar<sup>256</sup>. Alman

<sup>255</sup> Özgenç; s. 346; Öztürk, Erdem; s. 234.

<sup>256</sup> Johannes Wessels; Werner Beulke; "Strafrecht Allgemeiner Teil", 31., neubearbeitete Auflage, Müller, Heidelberg, 2001, s. 127; Hans- Heinrich Jescheck; Ulrich Sieber (Tercüme Eden ve Yayına

hukukuna göre, bu kimseler işledikleri suçtan ötürü haklarında ceza kovuşturması da yapılamaz. Bu çocuklar hakkında cezai yaptırım uygulanamacağından bu çocuklar hakkında “yetiştirmede yardım” adı verilen tedbir uygulanır<sup>257</sup>.

Fransız hukukunda, kişilerin yaptıkları fiillerden dolayı mutlak sorumsuz oldukları dönem 13 yaşını tamamlayıncaya kadardır. İtalyan hukukunda ise, yaş sınırı 14’tür. İngiltere’de kişilerin gerçekleştirdikleri fiillerden ötürü mutlak olarak sorumsuz oldukları yaş sınırı 7’dir. Ancak bu sınır şartlı olarak 14’e kadar uzatılabilmektedir. Romanya’da bu sınır 12 yaşken; Yugoslavya, Bulgaristan ve Arjantin’de 14, Finlandiya ve Danimarka’da 15; Küba’da ise 16’dır<sup>258</sup>.

Kanun, bu yaş grubundaki çocukların algılama ve irade yeteneklerinin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesine ilişkin bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, bu kişilerin işlediği fiillerin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumlulukları yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşledikleri fiilleri algılama ve bu fiiller ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında işledikleri suç için öngörülen ceza indirilerek hükmolunacaktır<sup>259</sup>.

12- 15 yaş arasındaki kişilerin işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin bulunup bulunmadığı ya da davranışlarını yönlendirme kabiliyetine sahip olup olmadıklarına kısacası kusur yeteneklerinin bulunup bulunmadığına hakim karar verecektir<sup>260</sup>.

Ancak bu görüş başkalarına karşı suç işleyen ve işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayan küçüğün; kendi haklarına yönelen bir fiil için de aynı yargılamayı yapamayacağı savıyla eleştirilmiştir<sup>261</sup>.

---

Hazırlayan: Feridun Yenisey); “ Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur İlkesi- Ceza Hukukunun Sınırları”, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 38.

<sup>257</sup> Özdem Özyayın; “*Türk-Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı:5, Nisan 2010, s. 49.

<sup>258</sup> Bekir Aksay; “*Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü Kusur Yeteneğine ve Sorumluluğa Etkisi*”, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s.44,45.

<sup>259</sup> Öztürk- Erdem; s. 234.

<sup>260</sup> Özgenç; s. 347.

<sup>261</sup> Erman; s.81.

Temyiz gücünün ne şekilde inceleneceğine dair hüküm ÇKK'nun 35'inci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmektedir. "Sosyal İnceleme" başlığını taşıyan bu hükme göre: *"Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur."*

ÇKK'nun 35'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, derhal tedbir alınmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde sosyal inceleme sonra yapılabilecektir.

12- 15 yaş grubundaki çocuklardan temyiz gücü bulunmadığı anlaşılanlarına yukarıda değindiğimiz ÇKK'nun 5'inci maddesinde yer alan çocuklara özgü koruma tedbirleri uygulanacaktır.

Bu yaş grubundaki çocukların temyiz gücünün bulunması durumunda ise TCK'nun 31'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükme göre cezai indirim yapılacaktır. Ancak 12- 15 yaş grubundaki çocuğun temyiz gücüne sahip olması, yani gerçekleştirdiği fiilin anlam ve sonuçlarını algılaması ilgili maddede yer alan cezai indirim uygulanarak cezalandırılmasını gerektirmez. Yargıtay da 1991 tarihli kararında bu yönde bir karar vermiştir. Ancak 2007 yılında vermiş olduğu bir başka kararın da aksi görüşte olduğunu belirtmek gerekir<sup>262</sup>.

Alman hukuku bakımından ikinci dönem 14- 18 yaş arasındadır ve kişinin fiilin hukuka ve ahlaka aykırılığını kavrayabilecek durumda olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Çocuk fiilin hukuka ve ahlaka aykırılığını kavrayacak durumda ise, cezai sorumluluğu vardır. İtalyan ve Fransız hukukları ise iki dönem öngörmektedir. Fransız hukukunda ikinci dönem 13- 18 yaş arasındayken; İtalyan hukukunda 14- 18 yaş aralığındadır. İngiltere'de ise, ikinci dönem 14 ile 16 yaş arasındadır. Ülkede 17 yaşındaki bir bireyin cezai ehliyeti vardır ve cezai sorumluluğu da tamdır<sup>263</sup>.

<sup>262</sup> Demirbaş; s. 326.

<sup>263</sup> Aksay; s. 44.

15- 18 yaş grubundaki çocuklarda, yasaya göre, temyiz gücünün varlığı araştırılmamaktadır. Bu kimseler, TCK'nun 31'inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen cezai indirimler uygulanarak, cezalandırılırlar.

İkinci ve üçüncü grup çocuklar bakımından cezai indirim dışında kimi başka sonuçlar da doğmaktadır:

-TCK'nun 53'üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bu grup çocuklara belli haklardan yoksun bırakma güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.

-Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmayan kimselerin işledikleri suçlar tekerrüre esas alınmaz.

-Bu kimselerin cezaları çocuk eğitimevlerinde çektirilir; ancak bu sonucun gerçekleşebilmesi için infaza başlanıldığı tarihte çocuğun onsekiz yaşını tamamlamamış olması gerekmektedir.

-Çocuklar hakkında verilen kısa süreli hapis cezaları adli para cezasına ya da tedbire çevrilmek zorundadır. Hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi durumunda, bu ceza hapis cezasına çevrilemez.

-Bu yaş grubundakiler için hükmedilen hapis cezaları üç yıla kadar ertelenebilir.

-Hükümlü çocuğun şartla salıverilme süresi hesaplanırken, onbeş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün iki gün olarak hesap edilir.

-Çocuklar için dava ve ceza zamanaşımı süreleri daha kısadır.

-ÇKK'nun 15'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, suça sürüklenen çocuklara ilişkin soruşturmalar çocuk bürosunda görevli savcı tarafından yapılacaktır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı halinde soruşturma çocuk bürosunda görevli olmayan savcılarca da yürütülebilir.

-Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (CMK) koşulların bulunması halinde, çocuklar hakkında açılan kamu davasının açılmasının üç yıl süre ile ertelenmesine karar verilebilir.

-Çocuklar hakkında açılan kamu davalarına bakmakla görevli mahkemeler ÇKK ile kurulan çocuk mahkemeleridir.

-Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı geçmeyen suçlarla ilgili olarak tutuklama kararı verilemez.

-Onsekiz yaşını tamamlamayan çocukların yargılamaları gizli yapılır; hüküm de kapalı oturumda verilir.

-CMK'nda yer alan uzlaşmaya ilişkin hükümler çocuklara da uygulanır. Bu yaş grubundaki çocuklar için barolar tarafından zorunlu müdafî atanır.

-CMK'ndaki koşulların varlığı halinde, bu çocukların yargılanmalarının sonunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak çocuklar bakımından denetim süresi üç yıl olarak öngörülmüştür.

-Örgütlü suçlarla ilgili yapılan yargılamalar bakımından da çocuklara özgü bir düzenleme yapılması yolu seçilmiştir. CMK'nun 250'inci maddesine 2010 yılında yapılan değişiklikle eklenen hükme göre, çocuklar özel yetkili mahkemelerde değil ÇKK ile kurulan çocuk mahkemelerinde yargılanacaktır. Bunun gibi Terörle Mücadele Kanunu'nda (TMK) yapılan değişiklik ile de, TMK kapsamındaki suçlardan ötürü verilen hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği ve bu cezaların ertelenemeyeceğine dair hüküm çocuklar bakımından uygulanmayacaktır<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> Demirbaş; s. 325, 326.

## **bb. Sağır ve Dilsizlik**

Sağır ve dilsizlik de kişinin ehliyetine etki eden durumlardan biri olarak kabul edilmektedir. TCK'nun 33'üncü maddesi, sağır ve dilsizleri tıpkı küçüklere gibi üç gruba ayırmış ve bu gruplar hakkından farklı rejimler öngörmüştür.

Bu gruplardan ilki, 15 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizleri kapsar. Bu yaş grubundaki sağır ve dilsizler için 12 yaşını doldurmamış küçüklere bakımından uygulanacak rejim uygulanacaktır. Yani 15 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin kusur ehliyetleri yoktur.

Sağır ve dilsizler için ikinci grup, 15- 18 yaş arasındaki sağır ve dilsizleri kapsamaktadır. Bu yaş grubundaki sağır ve dilsizler, 12 ile 15 yaş arasındaki küçüklere ilişkin hükümlere tabidirler.

Son grup ise, 18 ile 21 yaş arasındaki sağır ve dilsizleri kapsar. Bu grup kimseler için de 15 ile 18 yaş arasındaki küçüklere ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Kanun 21 yaşın tamamlanması ile, sağır ve dilsizliği kusurluluğa etki eden bir hal olarak görmemektedir. 765 Sayılı TCK, 24 yaşını tamamlamış ve gerçekleştirdiği hareketin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan sağır ve dilsizler hakkında tam akıl hastalarına ilişkin hükümlerin uygulanması yönünde bir düzenleme yapma yolunu seçmiştir. 5237 sayılı TCK ise, bu konuda ÇKK md. 12'ye gönderme yapmaktadır. Anılan hükme göre, sağır dilsiz akıl hastasına, 18 yaşına kadar çocuklara; 18 yaşından sonra ise akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır<sup>265</sup>.

## **cc. Akıl Hastalığı**

Rıza gösterilebilmesi için öncelikle temyiz kudreti aranmaktadır. Nitekim MK m. 15'e göre, "*Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.*" Akıl hastaları bu nedenle rıza

<sup>265</sup> Öztürk- Erdem; s. 242.

açıklamasında bulunamazlar<sup>266</sup>. Bu kimselerin yerine yasal temsilcileri rıza açıklamasında bulunacaktır<sup>267</sup>.

Akıl hastalığı, psikiyatri bilmince anlama ve isteme yeteneklerine etki eden, süreklilik gösteren, akli melekelerdeki her türlü bozukluk olarak tanımlanabilir<sup>268</sup>. Rızaya ehliyetin bulunması bakımından bir diğer ön koşul da kişinin akıl hastası olmamasıdır. Eski ve yeni TCK akıl hastalığının tanımını yapmamaktadır<sup>269</sup>. 5237 Sayılı TCK ile 765 Sayılı TCK'da yer alan tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımı görünüşte kalkmış olsa da, düzenlemenin yer aldığı 31'inci maddenin ilk fıkrasında tam; ikinci fıkrasında ise kısmi akıl hastalığına ilişkin düzenlemenin yer aldığı söylenebilir. Maddenin ilk fıkrasında, "*Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi*" nin cezai sorumluluğunun olmadığı düzenlenmişken; ikinci fıkrada "*Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi*"ler bakımından cezai indirim öngörülmektedir. Böylelikle yeni TCK bakımından da tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımının devam ettiği söylenebilir.

Eski ve yeni TCK'daki akıl hastalığına ilişkin hükümler, psikolojik ve biyolojik unsurların birlikte yer aldığı karma niteliklidir. Yani hastanın yalnızca önemli ölçüdeşuur bozukluğu içinde bulunması yetmez; aynı zamanda bu bozukluğu hastanın şuur ve hareket serbestisini psikolojik olarak tamamen ya da kısmen ortadan kaldırması gerekmektedir<sup>270</sup>.

ÇKK'nun 12'inci maddesine göre, küçüğün aynı zamanda akıl hastası olması halinde, çocuk TCK m. 31 ve 32'deki yaş gruplarına giriyorsa, çocuklara ilişkin güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

<sup>266</sup> "Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporuna göre suç tarihinde 17 yaşında bulunup, hekim olmayanlarca da anlaşılabilir derecede akıl hastası olduğu tespit edilen mağdurenin rızasının hukukten geçerli olamayacağı gözetilerek önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanıp sonuçlarının birbirleriyle karşılaştırılarak sonucuna göre hüküm kurulması yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi.." (Yarg.5. CD.,23.3.2006, 37/2325)

<sup>267</sup> Çilingiroğlu; s. 55.

<sup>268</sup> Demirbaş; s. 328.

<sup>269</sup> Alacakaptan; s. 131.

<sup>270</sup> Faruk Erem; "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt:1", Ankara, 1973, s.315, Demirbaş; s. 330.



#### dd. Geçici Nedenler

Geçici nedenler, kusur yeteneğini tamamen kaldıran ya da azaltan, ancak tıbbi olarak akıl hastalığı olarak değerlendirilemeyen nedenlerdir. TCK'nun 34'üncü maddesinin ilk fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; *“Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.”*

Ateşli bir hastalık, uyku hali ya da aşırı heyecan gibi akıl hastalığı olarak nitelendirilemeyecek ancak kişinin gerçekleştirdiği hareketin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasını önemli ölçüde azaltacak ya da tamamen ortadan kaldıracak nitelikteki durumlar geçici neden olarak kabul edilir ve bu durumda failin ceza sorumluluğu da yoktur<sup>271</sup>.

TCK'da yer alan geçici nedenlere ilişkin hükmün uygulanabilmesi için failin geçici nedenin oluşmasına bizzat neden olmaması gerekmektedir. Fail kusur yeteneğini hareketten önce kasten ortadan kaldırdıysa, geçici nedenin varlığından söz edilemez<sup>272</sup>.

#### C. Rıza Gösterilecek Hakkın Sahibi(İlgili) Olmak

Rıza açıklamasının geçerli olmasına ilişkin koşulların ikincisi, metin başlığında kullanılan ilgili teriminin birçok kişiyi kapsar nitelikte olmasına karşın, hak sahibi tarafından rıza gösterilmesidir. Rıza verecek hak sahibinin isnad kabiliyetinin olması öncelikli şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Isnad kabiliyeti, temyiz kudretine sahip olunması ile kişinin özgür iradesinden oluşur. Yani rızanın geçerliliği için temyiz kudretine sahip kişinin özgür iradesiyle rıza beyanında bulunması gerekmektedir<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> Demirbaş; s. 335.

<sup>272</sup> Öztürk, Erdem; s. 243.

<sup>273</sup> Demirbaş, ak., s.293.

Bilindiği gibi hak, hukuken korunan menfaat, kişilere tanınan yetki, davranış özgürlüğü, edinebilme, sahiplik ileri sürebilme yetkisi gibi pek çok anlamı ifade etmektedir<sup>274</sup>.

Hak, medeni hukukçular tarafından hukuken korunan ve kişilere tanınan; böylelikle sahibine bu korunmadan faydalanma yetkisi veren ve kullanılması sahibinin iradesine bağlı olan menfaat olarak tanımlanmaktadır<sup>275</sup>. Ceza hukuku anlamında hak, sınırları hukuk düzeni tarafından belirlenmiş, kişilere özgür iradeleri ile kendi kaderini tayin ve kendi çevresini belirleme yeteneklerini veren güç olarak tanımlanabilir<sup>276</sup>. Hak sahibi ise, hukukun menfaatini koruduğu varlıktır<sup>277</sup>.

Kural olarak, rıza, ihlal edilecek hakkın/hukuki menfaatin sahibi tarafından gösterilmelidir. Başka bir anlatımla, hakkı bakımından cezai korunmadan vazgeçen kişi rıza açıklamasında bulunmalıdır.. Kişi rıza göstermemesi durumunda hareketin gerçekleşmesi ile suç mağduru olacaktır<sup>278</sup>. Bu kişi gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Tüzel kişilerde rıza açıklama yetkisi, tüzel kişiliği temsil etmeye yetkili organa aittir. Hak sahibi kişilerin birden fazla olması durumunda, hakkın ihlali için her ikisinin de rızasının bulunmasının gerektiği; aksi halde hareketin hukuka aykırı olacağı ileri sürülmektedir<sup>279</sup>.

Rızanın başka bir kimse tarafından açıklanıp, açıklanamayacağı sorusu öğretilde çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Mağdurun rızasının tamamıyla kişisel bir nitelik taşıdığını düşünen kimi yazarlar, bu nedenle, akdi ya da yasal bir temsilci tarafından açıklanan rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını ileri sürmektedirler. Öte yandan bir başka görüş, malvarlığına yönelik suçlar bakımından başka bir kimsenin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederken; bunun dışındaki konular bakımından hak sahibi dışında bir kimsenin rızasını kabul etmemektedir. Bir başka görüş ise, konuyla ilgili olarak, sözleşme ile atanan temsilci ile yasal temsilcinin durumunu ayırmaktadır. Sözleşme ile temsil yetkisi almış

<sup>274</sup> Ejder Yılmaz; “*Hukuk Sözlüğü*”, Genişletilmiş 6. bası, Yetkin yayınları, Ankara, 2001, s. 333.

<sup>275</sup> Kemal Oğuzman; “*Medeni Hukuk Dersleri*”, Gözden geçirilmiş 7. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.78; Aydın Zevkliler; “*Medeni Hukuk*”, Savaş yayınları, Ankara, 1995, s. 97.

<sup>276</sup> Koca, Üzülmüş; s. 278.

<sup>277</sup> Oğuzman; s. 97.

<sup>278</sup> Dönmezer, Erman; s. 69, Yenerer- Çakmut; s. 205.

<sup>279</sup> Dönmezer, Erman; s. 69.

bulunan kimseler bakımından, sözleşmede rıza gösterebilme yetkisinin verilmiş olması gerekmektedir. Bu koşulun yanında, sözleşme ile atanan temsilci, sözleşme ile verilen yetkinin konusunda rıza gösterilecek konuya ilişkin olması ve ceza hukukunda etkili olabilmesi için gerekli koşullara sahip bulunması gerekmektedir. Rıza gösterenin yasal temsilci olması halinde ise, daha geniş bir temsil yetkisi vardır. Hatta tedip hakkına sahip bir babanın bunu devredebilmesinin mümkün olduğunu dahi ileri sürenler bulunmaktadır. Buna karşılık, yasal temsilcinin yetkisinin yalnızca temsil olunanın yararına olduğu durumlarda kullanılabileceğini ileri sürenler de bulunmaktadır<sup>280</sup>.

Dönmezer- Erman, bir kimsenin suç işlenmesine rıza göstermesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Yazarlar, rıza açıklaması konusunda temsil ve vekaletin geçerli olmayacağı kanısındadırlar<sup>281</sup>.

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerle rıza ehliyetine sahip olmayan kimseler, rızanın bizzat hak sahibi tarafından gösterilmesi kuralının istisnasını oluşturmaktadırlar. Özellikle tıbbi müdahaleler bakımından hem hastanın hem de yasal temsilcisinin onayının gerekli olduğu durumlar ortaya çıkmaktadır. Tebabet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesi bu duruma örnektir. Maddeye 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 muvafakatın tahriri olması lazımdır.*" Görüldüğü gibi hastanın küçük ya da kısıtlı olması durumunda, herhangi bir tıbbi müdahalenin gerçekleşebilmesi için yalnızca hastanın rızası yeterli değildir. Öncelikle yasal temsilcinin rıza göstermesi gerekmektedir. Her ne kadar küçüğün rızası müdahale için yeterli sayılmasa da, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26'ncı maddesi gereğince, hasta da dinlenerek müdahaleye katılımı sağlanacaktır<sup>282</sup>. Anılan Yönetmeliğin 24'üncü maddesine göre, yasal temsilcinin müdahaleye rıza göstermemesi durumunda, müdahale tıbben gerekliyse, mahkeme kararı ile müdahale gerçekleştirilir. Yokuş- Sevük'e göre, bu durumda, Yönetmelik'te her ne kadar mahkeme kararı öngörülüyse de, hastanın yapılan

---

<sup>280</sup> Dönmezer, Erman; s. 69,70.

<sup>281</sup> Dönmezer, Erman; s.70.

<sup>282</sup> Yenerer- Çakmut; s. 208.

müdahalenin niteliğini, sonuçlarını algılaması ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunması halinde, bizzat kendi rızasına başvurulması gerektiği kanısındadır. Yasal temsilcinin rızası bulunduğu halde küçük ya da kısıtlının rıza göstermemesi durumunda da ilgilinin müdahalenin niteliğini, sonuçlarını algılayıp algılamadığı anlaşılabilir, müdahalenin gerekliliği durumunda hayati tehlike de bulunmuyorsa, mahkeme karar vermelidir<sup>283</sup>.

İlgilinin rızasını düzenleyen 26'ncı maddenin gerekçesinde yasada neden "mağdur" yerine "ilgili" teriminin kullanıldığı açıklanmaktadır. Gerekçeye göre; "*Madde metnindeki "mağdurun rızası" ibaresi "ilgilinin rızası" veya "kişinin rızası" olarak değiştirilmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, "mağdur" yerine "ilgili" veya "kişi" kelimesi tercih edilmiştir.*"

Özbek ve diğerlerine göre, "mağdur", uygulama ve teoride benimsenmiş, üzerinde herhangi bir tartışma olmayan bir terimdir. Diğer taraftan bir hareketin hukuka uygun olup olmadığı, ancak yapılacak bir yargılamanın sonucunda belirlenecektir. Bu durumda mağdur ve faili belirlemek önem taşır. Fiil şikayete bağlı ise, fiilin kovuşturulması için şikayetin bulunması aranacağından ve şikayette bizzat suçtan zarar gören kimse tarafından yapılabileceğinden, mağdur sıfatını kullanmak zorunludur. Bu nedenle yasakoyucunun rızanın suç işlemeden önce açıklanan bir beyan olması nedeniyle "mağdur" yerine "ilgili" teriminin kullanıldığına ilişkin gerekçesi doğru değildir. Ayrıca ilgili, oldukça geniş ve hukuki niteliği olmayan bir terimdir<sup>284</sup>.

Mağdur, doğrudan doğruya suçtan zarar göreceği olan kimseyi karşılayan bir terim iken; ilgili suç konusu hakla alakalı olan pek çok kimseyi içine alabilecek, oldukça geniş anlamda kullanılacak bir terimdir. Oysa ki, gerekçede de belirtildiği gibi rızanın, hak sahibi tarafından ve ancak mutlak surette tasarruf edebileceği haklar bakımından gösterilmesi mümkündür. Bu durumda, "ilgili" teriminin kullanılarak,

<sup>283</sup> Handan Yokuş Sevik; "*Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler*", Sağlık Hukuku Sempozyum Özel Sayısı:1, 2007, s.221 vd.

<sup>284</sup> Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 314.

hak sahibi dışında geniş bir kişi topluluğunda rıza gösterebileceği biçimde anlaşılmasını sağlanmıştır. Bu nedenlerle maddede “mağdur” teriminin kullanılmasının daha teknik olacağı kanısındayız. Ancak kanımızca rıza tüm hukuk düzenine etki eden bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan ve sadece suçtan zarar göreni değil daha geniş bir topluluğu ifade etmesi gereken durumlar söz konusu olabileceğinden “ilgili” teriminin kullanılması da yanlış olmamıştır.

Gerek Türk gerek dünya hukuk öğretilerinde, hak sahibinin hangi haklar üzerinde tasarruf edebileceği konusu tartışılmış; farklı görüşler ve uygulamalar ortaya konulmuştur. Bu husustaki açıklamalarımızı rızanın konusu başlığı altında yapacağız.

### III. Rıza Açıklaması

#### A. Rıza Açıklamasının Ön Koşulu: Kişinin İradesinin Sağlıklı Olması

Rıza ciddi olmalı ve ilgilinin kendi isteğiyle yapılmalıdır. Rıza, rıza gösteren kimsenin gerçek iradesine dayanmalıdır. İlgilinin irade serbestisinin etkilenmesi durumunda rızanın etkinliği ortadan kalkar<sup>285</sup>.

Rızanın geçerli olabilmesi cebir, şiddet, tehdit, korkutma, şaka gibi irade özgürlüğünü engelleyici bir durumun varolmamasına bağlıdır. Aksi durumda kişi özgür iradesi ile rıza açıklamasında bulunamayacak, bu durum da rızanın temelini oluşturan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasına engel bir durum arzedecektir. Kişinin iradesine etki edebilecek nitelikli her neden rıza açıklamasını etkisiz hale getirmektedir. Hatta Medeni hukuk bakımından feshi mümkün olan bir irade beyanı, ceza hukuku bakımından tamamiyle batıl sayılır<sup>286</sup>. Biz TCK’da düzenlenen nedenler üzerinde duracağız.

Kişilerin irade serbestisine etki eden nedenlerin bir kısmı, TCK’da “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmektedir.

<sup>285</sup> Blej; s. 135.

<sup>286</sup> Dönmezer, Erman; s. 73, İçel, Evik; s. 157.

TCK'nun 28'inci maddesi, "cebir, şiddet, korkutma ve tehdit" başlığı altında iradeye etki ederek ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenleri düzenlemektedir. Maddede cebir ve şiddet birarada düzenlenmektedir. Ancak Öztürk- Erdem, şiddetin olduğu her halde cebir de varolacağından, şiddet deyiminin ayrı bir anlam taşımadığı düşüncesindedirler. Bunun gibi korkutma ve tehdit deyimleri de cebir kavramının içinde ele alınmalıdır<sup>287</sup>. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Cebir kavramı, Roma hukukundan bu yana kişinin iradesini ve dolayısıyla cezai sorumluluğunu ortadan kaldıran bir haldir. Zorlama neticesinde bir hareketi yapmak/ bir suçu işlemek zorunda kalan kimsenin içinde bulunduğu durum, cebir olarak adlandırılmaktadır. Cebir iki biçimde gerçekleşebilir: Ya irade üzerinde bir zorlama biçiminde ( vis absoluta), ya da karşı koyma imkanını büyük ölçüde güçleştirmek şeklinde<sup>288</sup>...

Cebir halinde bir hareket yapmaya zorlanan kimsenin, başka türlü hareket etme yeteneği tamamen ortadan kalkmıştır. Bu kişi artık kendiliğinde hareket etmemekte, hareket ettirilmektedir. Bu görüşe göre, cebir altında bulunan kimse, cebri uygulayan kimsenin adeta aleti durumuna gelmektedir<sup>289</sup>. Ceza hukukunda bir davranışın fiil olarak kabul edilebilmesi için davranışın iradi olması gerekmektedir<sup>290</sup>. Bu nedenle cebir etkisiyle suç işleyen kimseler cezalandırılmamaktadır. Burada cezai sorumluluk cebri uygulayan kimseye aittir<sup>291</sup>.

Bilerek sebebiyet verilmeyen ve başka türlü bir biçimde karşı konulamayacak ya da kurtulanamayacak mevcut ağır ve kesin bir zarardan kendisini ya da bir başka kimseyi korumak amacıyla bir hareket gerçekleştiren/bir suç işleyen kimsenin durumu korkutma olarak tanımlanabilir. Korkutma mevcut olan bir zarardan korunmak amacıyla gerçekleşen bir hal iken, tehdit henüz mevcut olmayan fakat olası bir zarardan kendisini ya da bir başka kimseyi korumak amacıyla fiilin

<sup>287</sup> Öztürk, Erdem; s. 269, 270.

<sup>288</sup> Öztürk, Erdem; s. 269,270, Demirbaş; s. 405, 406.

<sup>289</sup> Demirbaş; s.406.

<sup>290</sup> Koca, Üzülmöz; s. 314.

<sup>291</sup> Dönmezer, Erman; s. 312.

gerçekleştirilmesidir. Görüldüğü gibi tehditte henüz gerçekleşmeyen bir zarar vardır. Tehdit bu fark nedeniyle korkutmadan ayrılmaktadır<sup>292</sup>.

Bir kimsenin aç bırakılması durumunda, kişi mevcut bir zarar ile karşı karşıyadır. Bu zarar karşısında kişi bir hareket gerçekleştirirse/suç işlerse bu durumda korkutmadan söz etmek gerekir. Çünkü ortada gelecekte gerçekleşecek değil; mevcut bir tehlike vardır, bu nedenle tehditten söz edilemez. Ayrıca kişi fiili gerçekleştirmek yerine açıklıktan ölmeyi tercih edebilir yani ne kadar sakatlanmış olursa olsun iradesi cebirdeki gibi ortadan kalkmamaktadır<sup>293</sup>.

Tehdit altında verilen rıza da geçersizdir. Ancak tehdidin rızanın geçerliliğini hangi ölçüde etkilediği tartışmalıdır<sup>294</sup>. Korkutma ve tehdidin iradeyi sakatladığının kabul edilebilmesi için, ihlal edilen hakla korunmak istenen zarar arasında en azından eşitlik olmasıdır. Başka bir deyişle hafif nitelikteki bir zarardan korunmak amacıyla suç işleyen kimsenin fiili korkutma ya da tehdidin varlığı nedeniyle cezasız kalmayacaktır. Korkutma veya tehdidin geçerli sayılmasının bir diğer koşulu da korkutma veya tehdit konusu zarardan başka türlü kurtulma olanağının bulunmamasıdır. Zarara bilerek sebebiyet verilmemesi de, bir diğer koşuldur<sup>295</sup>.

Mağdurun fail tarafından yanıltılarak rızasının alınması durumunda da rıza geçersizdir. Bu yanıltmanın, gerçekleştirilecek hareketin kapsamının ve anlamının bilinmemesini içermesi gerekir<sup>296</sup>.

İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, hareketi gerçekleştiren kişinin bu hareketi hak sahibi tarafından gerçekleştirilen geçerli bir rızaya dayanarak yapması gerekmektedir. Hareketi gerçekleştiren kişi rıza konusunda yanıltılmışsa, TCK md. 30/3’de yer alan “ Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.” hükümden yararlanır ve sorumluluğu ortadan kalkar<sup>297</sup>.

<sup>292</sup> Dönmezer, Erman; s. 312, Öztürk, Erdem; s.270, Demirbaş; s. 406.

<sup>293</sup> Dönmezer, Erman; s. 312, Öztürk, Erdem;s. 270.

<sup>294</sup> Kühl; s. 257.

<sup>295</sup> Dönmezer, Erman; s. 313.

<sup>296</sup> Kühl; s.257

<sup>297</sup> Öztürk- Erdem; s. 227.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, kural olarak failin bunu bilip bilmemesinin, bu nedenin geçerliliğine herhangi bir etkisi yoktur. Fail bu nedeni bilmese de, işlediği fiilden ötürü cezai sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>298</sup>.

Bir suçun faili mağdurunun rızası olduğunu bilmeden hareket ettiyse, bu durumda failin bilgisizliği, mefruz suça ilişkin kurallar dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Mefruz suçta fail tipikliğe uymayan hareketini, tipikliğe uygun sanarak gerçekleştirmekte ve bu nedenle cezalandırılmamaktadır. Bu durumda, rızanın var olduğunu bilmeden, yok sanarak hareket eden fail de, hukuka uygun hareketini hukuka aykırı olduğu kanısı ile hareket ettiğinden, cezalandırılmayacaktır. Hukuka aykırılık objektif bir unsur olduğundan, hukuka uygunluk nedeninin geçerliliği failin bu durumu bilmesine bağlı değildir<sup>299</sup>.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 59'uncu maddesi, cezayı ağırlaştırıcı, hafifleten veya ortadan kaldıran nedenlerin fail tarafından bilinmesi de fail lehine etki edeceğini düzenlemektedir<sup>300</sup>.

Alman hukukunda, rızanın geçerliliğinin failin durumu bilmesine bağlı olup olmadığına ilişkin iki teori geliştirilmiştir. İlk teori durumu medeni hukuk açısından değerlendirmektedir. Bu teoriye göre, açıklanan rızanın hukuki işlem niteliğinde olması gerekmektedir. Bunun da olabilmesi için, rıza gösterenin medeni hak ehliyetine sahip bulunması ve irade açıklamasının faile ulaşması gerekir. İradenin yönü teorisi göstermektedir ki ceza hukukundaki rızanın medeni hukukla ilgisi yoktur. Bu teoriye göre, fail bunu bilsin bilmesin, rıza, hak sahibinin iradesinin yönü olduğu için geçerlidir<sup>301</sup>.

Buna karşılık cezalandırıcı beyan teorisine göre, fail rızanın bilincinde hareket etmelidir ki hareketi geçerli olsun. Bu somut bakış, fiilin icra edildiği somut olayda

---

<sup>298</sup> Yenerer- Çakmut; s. 200.

<sup>299</sup> Dönmezer, Erman; s. 21.

<sup>300</sup> Dönmezer, Erman; s. 21.

<sup>301</sup> Eberhard Schmidhäuser, Heiner Alwart; " *Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch*", Zweite, neu bearbeitete Auflage, Tübingen, 1984, s.119-120.



özellikle hakkın anlamının ne olduğu, bizi rızanın geçerliliği için herhangi bir şekilde bağlı kalmamaya götürür<sup>302</sup>.

Hukuka uygunluk nedeninin olmaması ve bunun fail tarafından da bilinmesi halinde, ne objektif ne de subjektif olarak hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemeyeceğinden, fiil hukuka aykırıdır. Bu durumda fail gerçekleştirdiği fiil nedeniyle sorumludur<sup>303</sup>.

Aslında varolmayan bir hukuka uygunluk nedenini varsayarak fiilin gerçekleştirilmesi halinde ise, problemin nasıl çözüleceğine dair çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilki, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasında hataya düşülmesi durumunda ceza verilmemesini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar görüşlerini kusurluluğa dayandırmaktadırlar. Manzini olayı bir örnekle açıklamaktadır: Evin hizmetçisi tarafından eve alınan asker, dışarıya çıkmak için kapalı kilidi kasatura ile açmaya çalışırken ev sahibi eve girse ve karanlıkta gördüğü askeri tabancası ile yaralasa, aslında varolmamasına rağmen ev sahibinin meşru savunmadan yararlanması gerekir. Bu görüşe göre, olayda failin hataya düşmek hususunda herhangi bir kusurunun bulunmaması halinde ceza sorumluluğu da bulunmamalıdır. Öte yandan, taksir seviyesinde bir kusurunun bulunması halinde, suç da taksirle işlenebilen bir suçsa; fail, taksiri nedeniyle cezalandırılır. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, fail tarafından hukuka uygunluk nedeninin varsayılması, fiilin hukuka aykırılığını etkilemez. Bu durum kusurluluğa etki ederek failin cezalandırılmamasına yol açar. Hukuka uygunluk nedeninin gerçekte olmaması durumunda hukuka uygun bir durum bulunmasa da, fail, iyiniyetle hareket etmektedir. İyi niyet kastı ortadan kaldırır<sup>304</sup>.

Kusur teorisini benimseyen yazarların bir bölümü, fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki yanılğı gibi, hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarında hataya düşülmesi halinde de haksızlık yanılığının olduğu görüşündedirler. Bu kabul, suç

---

<sup>302</sup> Schmidhäuser, Alwart; s. 120.

<sup>303</sup> Dönmezer, Erman; s. 22.

<sup>304</sup> Dönmezer, Erman; s. 23.

bakımından kastın varlığını devam ettirdiği anlamına gelir ve sorun haksızlık yanılığısına ilişkin açıklamalarla çözülebilir<sup>305</sup>.

Bir diğer görüş ise, hukuka uygunluk nedeninin hata sonucu varsayılması halinde faile ceza verilmemesini kusurluluk ile değil; fiilin esasen hukuka aykırı olmaması ile açıklarlar. Bu görüşe göre, anılan durumlarda yani hukuka uygunluk nedeninin varsayıldığı hallerde, fiil objektif anlamda hukuka aykırıdır; subjektif anlamda değil. Ancak hata taksirden kaynaklanıyorsa, zorunluluk sınırının aşılması nedeniyle fail cezalandırılacaktır. Hukuka uygunluk nedeninin fail tarafından varsayıldığı hallerde, hukuka uygunluk nedeni vardır; fiil hukuka aykırı değildir. Ancak fail kusuru ile zorunluluk sınırını aştığından cezalandırılmaktadır. Failin cezalandırılabilmesi için önkoşul, fiilin taksirle de işlenebilen bir suç olmasıdır<sup>306</sup>.

Pozivistler ise, hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu sanarak hareket eden failin, hukuka uygun amaçlarla hareket ettiğinden, tehlike hali göstermediğini ve bu nedenle cezalandırılmadığını ileri sürmektedirler. Ancak failin cezalandırılmaması için makul nedenlerle, makul bir biçimde hataya düşmesi gerekmektedir<sup>307</sup>.

Bir diğer görüş ise, hatanın niteliğine göre bir ayırım yapmaktadır. Buna göre hata fiili nitelikteyse ve failin bu hataya düşmekte herhangi bir kusuru yoksa fiil hukuka uygundur ve faile ceza verilmez. Ancak hata hukuki nitelikteyse ve kanunu bilmemekten kaynaklanıyorsa, fiil hukuka aykırıdır. Örneğin yaş küçüklüğü nedeniyle rıza açıklamasında bulunamayacak bir kimsenin malı üzerinde açıkladığı rızası nedeniyle, malı alan failin fiili, mağdurun yaşını büyük olduğunu düşünerek, rızasını geçerli sayması durumunda hukuka aykırı değildir. Buna karşılık, fail, mağdurun yaşının küçük olduğunu biliyorsa, ancak yaş küçüklüğü nedeniyle rıza gösteremeyeceğini bilmiyorsa; fiil hukuka aykırı olacaktır. Çünkü ikinci halde fiili bir neden yoktur; hukuki bir neden vardır<sup>308</sup>.

Suçun olumsuz unsurları teorisine göre, tipiklik, sadece suçun maddi ve manevi unsurlarını belirlememekte; bu tariflerle fiilin hukuka aykırılık unsurunu da

<sup>305</sup> Özgenç; s. 398.

<sup>306</sup> Dönmezer, Erman; s. 23.

<sup>307</sup> Dönmezer, Erman; s. 23.

<sup>308</sup> Dönmezer, Erman; s. 24.

kapsamaktadır. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları, suçun olumsuz unsurları olarak anlaşılmalı ve bu unsurların yokluğu halinde fiil hukuka aykırı olmaktadır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleşmediği bilgisi kasta dahil kabul edilmelidir. Yani hukuka uygunluk nedenlerinde hata ile suçun unsurlarında hata aynıdır<sup>309</sup>.

Dönmezer- Erman, hatanın niteliğine göre ayırım yapan görüşü benimsemekte ve hata fiili nitelikteyse hukuka aykırılığın gerçekleşmeyeceğini dile getirmektedirler. Bununla birlikte yazarlar fiili hata konusunda da ikili bir ayırım yapmaktadırlar. Bu ayırma göre hata esaslı ise fiil subjektif olarak hukuka aykırı değildir; esaslı değilse fiil, hem subjektif hem de objektif bakımdan hukuka aykırı niteliktedir. Dönmezer-Erman hatanın esaslı olup olmadığı hususunun tesbiti için şöyle bir yöntem öngörmektedir: Eğer fail yanılmamış olsaydı fiil hukuka uygun sayılırsa esaslı bir hata; buna karşılık, fail yanılmasaydı da fiil hukuka aykırı kabul edilecekse, esaslı olmayan hata mevcuttur<sup>310</sup>.

Kunter, hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiği konusunda yanılığa düşen failin bu yanılığın ortaya çıkmasında da herhangi bir kusuru yoksa, failin hukuka uygunluk nedeninde faydalanacağı düşüncesindedir<sup>311</sup>.

Öztürk- Erdem de, failin hukuka uygunluk nedeni konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi durumunda bu hatadan yararlanacağı düşüncesindedirler. Hukuka uygunluk nedeninin koşullarının varlığı hususundaki yanılığın kaçınılmaz bir yanılığa ise, suçun kasıtlı biçiminden cezalandırılmalıdır<sup>312</sup>.

Özgenç ise, hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarında yanılığa ile haksızlık yanılığının karıştırılmaması gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre, haksızlık yanılığının söz konusu olduğunda fiilin maddi oluşumuna ilişkin bütün unsurlar bilinmektedir; ancak, fiilin toplumda geçerli değerler bakımından bir haksızlık oluşturduğu bilinmemektedir. Buna karşın, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılığın söz konusu ise, işlenen fiil aslında haksızlık oluşturduğu

<sup>309</sup> Özgenç, s. 397, 398.

<sup>310</sup> Dönmezer, Erman; s. 24 vd.

<sup>311</sup> Nurullah Kunter; "Suçun Kanuni Unsurlar Nazariyesi", İstanbul, 1949, s. 152.

<sup>312</sup> Öztürk, Erdem; s. 276, 277.

bilinmektedir; ancak işlenen fiili, söz konusu olay bakımından, hukuka uygun hale getiren nedenin varlığı konusunda hataya düşülmektedir. Buradaki yanılığın maddi olaya ilişkindir. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılma söz konusu olduğunda, failin bu fiile ilişkin bir kastı yoktur; olayı kusur kapsamında değil, suçun manevi unsuru yani haksızlık kapsamında değerlendirmek gerekir<sup>313</sup>.

Blei, rızanın hata sonucu varsayılması durumunda rıza olsaydı fiilin hukuka uygun olacağı gerekçesiyle failin kasten suç işlemekten sorumlu tutulamayacağını dile getirmektedir<sup>314</sup>.

Biz de, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılığının, unsur yanılığına ilişkin esaslar çerçevesinde çözülmesi gerektiği kanısındayız. Failin hatası kaçınılabileceği nitelikte bir hata ise, bu durumda cezalandırılacaktır. Ancak fail hatasından kaçınamayacak durumdaysa, hatasından faydalanacak ve fiili hukuka uygun hale gelecektir. Kaçınılabilirlik ise, somut olay, failin bilgi ve deneyimlerine göre belirlenecektir<sup>315</sup>.

## B. Rıza Açıklaması

Yukarıda da değindiğimiz gibi, rıza açıklamasının geçerli olması için ehliyetli hak sahibi tarafından yapılması ve rıza gösterenin iradesinin herhangi bir nedenle sakatlanmamış bulunması gerekmektedir.

Rıza açıklamasının fiil gerçekleşmeden önce yapılması gerekmektedir<sup>316</sup>. Rızanın fiilden önce açıklanması hususunda belirli bir süre yoktur. Ancak rıza bakımından önem arzeden olgularda bir değişiklik varsa bunu değerlendirmek gerekir<sup>317</sup>.

Mağdurun rızasının geçmişe etkisi yoktur. Aksi halde, yani rıza açıklamasının fiilin gerçekleşmesinde sonra yapılması halinde icazet söz konusu olacaktır. İcazet ise, fiili

<sup>313</sup> Özgenç; s. 398, 399.

<sup>314</sup> Blei; s. 137.

<sup>315</sup> Öztürk, Erdem; s. 278.

<sup>316</sup> Vidal- Magnol(Çev: Şinasi Z. Devrin); "Ceza Hukuku", Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1946, s.274, Blei, s. 136, Baumann, Weber, Mitsch, s. 397, Fritjof Haft; "Strafrecht Allgemeiner Teil Eine Einführung für Anfangssemester", 9. Auflage, München, 2004, s. 75..

<sup>317</sup> Öztürk, Erdem; s. 225.

hukuka uygun hale getiren etkiye sahip değildir. Rızanın en geç fiilin işlendiği sırada verilmemesi durumunda, fiil hukuka aykırı doğmuş sayılacaktır<sup>318</sup>. Kaldı ki, rızanın geçerlilik şartı, en geç fiil işlendiği sırada açıkça ve özgür irade ile yapılmasıdır. Mağdurun, faili, fiil gerçekleştikten sonra affetmesi ya da fiili onaylaması gerçekleşen fiili ortadan kaldırmaz<sup>319</sup>.

Fiilin gerçekleşmesinde sonra faili affetmek ya da fiili onaylamanın fiilin hukuka aykırılığına bir etkisi bulunmadığı gibi; hukuksal menfaatten önceden ve peşin olarak vazgeçme biçiminde yapılan açıklamalar da, fiilin hukuka aykırılığına etki etmemektedir<sup>320</sup>. Bu gibi açıklamalar ancak hafifletici neden olarak dikkate alınabilir<sup>321</sup>.

Rıza her zaman geri alınabilir. Rıza açıklaması geri alınmadığı sürece geçerliliğini korumaktadır<sup>322</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesi, bu durumu açık olarak düzenlemektedir. Maddeye göre; *“Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.”* Görüldüğü gibi, maddeye göre, yaşamı tehdit eden bir durumun varlığı dışında rıza geri alınabilecektir. Anılan maddeye göre, rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması koşuluna bağlıdır<sup>323</sup>.

Rıza fiil devam ettiği süre içinde de geçerliliğini sürdürmelidir<sup>324</sup>. Hareketin yapıldığı sırada rıza geriye alındıysa, fiil hukuka aykırı nitelikte olacaktır. Mağdurun rızasını geri alması, geri alma anından itibaren geçerli olur. Bu nedenle bu ana kadar gerçekleştirilen hareketler hukuka uygun kabul edilecektir. Ancak rızanın geri alınmasından sonra gerçekleştirilen hareketler hukuka aykırı nitelikte olacaktır<sup>325</sup>.

Rıza açıklaması çeşitli biçimlerde yapılabilir. Açıklamanın, açık ya da örtülü; yazılı veya sözlü biçimde ya da işaretlerle yapılmasının önemi yoktur. Mağdurun(İlgilinin)

<sup>318</sup> Dönmezer, Erman; s.73; Yenerer- Çakmut; s. 209, 210, İçel, Evik; s. 157, Blei, s. 136.

<sup>319</sup> Vidal- Magnal; s. 274, 275.

<sup>320</sup> Öztürk, Erdem; s. 225.

<sup>321</sup> Zafer;s. 242.

<sup>322</sup> Öztürk, Erdem; s. 225.

<sup>323</sup> Yenerer- Çakmut; s. 210.

<sup>324</sup> Blei; s. 136.

<sup>325</sup> Dönmezer, Erman; s. 73.

rızasının bulunduğu anlaşılması yeterlidir. Bu nedenle rızanın varlığı, mağdurun fiilin gerçekleşmesini engellemeye çalışmaması, hareketsiz kalmasından bile anlaşılabilir<sup>326</sup>. Yasanın rıza açıklaması için özel bir şekil öngördüğü durumlarda, açıklamanın bu biçimde yapılmaması halinde geçerli bir rıza söz konusu olmayacaktır<sup>327</sup>

### C. Varsayılan Rıza

Kişinin rıza gösteremediği bazı durumlarda örf ve adet gereği ya da olayın özelliği ve aciliyeti yüzünden rızanın bulunduğu kabul edilmekte, buna varsayılan rıza denilmektedir<sup>328</sup>. Varsayılan rıza, ilgilinin gerçek rızasının bulunmadığı, ilgili yerine rıza gösterebilecek kimselere de ulaşamadığı takdirde, ilgilinin yararına gerçekleştirilen fiilin, hukuka aykırı olmasını engelleyen bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>329</sup>. Komşunun evde olmadığı bir anda su borusunun patlaması nedeniyle musluğunu kapatmak için onun evine giren kişinin fiili ya da bir doktorun trafik kazası geçirmiş kendinde olmayan mağduru ameliyat etmesi olaylarında gerçek ve etkin bir rıza yoktur. Fakat bu durumlar için genel kabul şudur: mağdur bu durumu bilseydi ve bu konuda karar verme imkanı olsaydı rıza gösterirdi. Bu nedenden ötürü varsayılan rıza, gerçekten verilmiş bir rıza gibi görülmektedir<sup>330</sup>.

Blei'ya göre, terminolojik açıdan açısından bu ifade isabetsizdir. Çünkü burada söz konusu olan sanı(tahmin) değildir; (yani ilgili olan kişi rızasını gösterirdi demek değil) burada önemli olan objektif sanıdır. Burada dikkate alınan suçtan zarar gören gerçek olayı bilseydi ve karar verme imkanı olsaydı rızasını göstereceğidir. Bu objektif tespit, gerçek rızanın yerine geçmektedir<sup>331</sup>.

Varsayılan rıza birçok açıdan ilgilinin rızasına benzemektedir. Aralarındaki en büyük fark ise, ilgilinin rızasında, mağdurun hukuki menfaatine yönelik harekete serbest bir irade ile izin vermesidir. Varsayılan rıza da ise, mağdurun harekete yönelik gerçek bir iradesinden söz edilemez. Burada ilgilinin hukuki menfaatine yönelik harekete

<sup>326</sup> Dönmezer, Erman; s.71,72.

<sup>327</sup> Zafer; s. 242.

<sup>328</sup> Önder; s. 239, 240, Demirbaş; s. 305.

<sup>329</sup> Yenerer- Çakmut; s. 211, Blei; s. 138.

<sup>330</sup> Blei; 138.

<sup>331</sup> Blei; s. 138.

izin vereceği kabul edilmektedir. Bu kabul için mağdurun yararı, istekleri, ihtiyaçları ve değer yargıları göz önünde bulundurulmaktadır<sup>332</sup>.

Nitekim, Yargıtay 2. CD. vermiş olduğu bir kararda:

“ Sanık ile mağdur kardeş olup, aynı evde ayrı ayrı odalarda oturmaktadır. Olay gecesi sanık, mağdurun kullandığı odaya girmiştir. Sanık ile mağdurun ayrı ayrı kullandıkları odalara, birinin diğerinin odasına girmeyeceği konusunda açıkça iznin bulunmadığı belirtilmediği sürece, yaşamın doğal akışına göre birbirlerinin odalarına girmelerinde rızanın var sayılması gerekir<sup>333</sup>” diyerek, varsayılan rızanın tespitinde örf, adet ve hayatın gereklerini dikkate almıştır.

Varsayılan rızada kişinin gerçek bir rıza bildirim olmamakla birlikte yukarıda da söz ettiğimiz çeşitli nedenler nedeniyle rıza varsayılmaktadır. Burada korunan hukuki yarar feda edilenden üstündür. Zarar verilecek hukuksal menfaatin değeri, müdahalenin olası üstün yararın karşısında ikinci planda yer almaktadır. Bu düşünce nedeniyle varsayılan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir<sup>334</sup>. Örneğin bilincinin kapalı olması durumunda acil ameliyata alınması gereken kişinin rızasını açıklayamayacak bir halde bulunmasına karşın ameliyat edilmesi ya da ameliyat sırasında önceden öngörülme bir başka işlem yapılması halinde kişinin rızası olmaksızın fiil gerçekleştirilmekte, mağdurun rızası olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir durumda mağdurun iradesinin başka türlü olduğu sonradan anlaşılrsa dahi, gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olmaya devam edecektir<sup>335</sup>.

Varsayılan rızanın koşulları şunlardır;

- Mağdurun rızasının önceden alınmasına imkan bulunmaması,
- Mağdurun hukuki yararına ilişkin müdahalenin varsayılan iradesine uygun olması,
- Mağdurun hukuki menfaatinin beklenmedik bir tehlikeyle karşılaşması, tehlikenin derhal müdahaleyi gerektirmesi ve varsayılan rızanın kabul edilmesiyle başka çıkarların korunması,

<sup>332</sup> Öztürk, Erdem; s. 226.

<sup>333</sup> Yarg. 2. CD., 31.01.2008, Hakeri; s. 306.

<sup>334</sup> Öztürk- Erdem; a.k., s.226, İçel, Evik; s. 157.

<sup>335</sup> Demirbaş; s. 287.

- Mağdurun müdahale edilen hakkına ilişkin tasarruf yetkisinin bulunması<sup>336</sup>.

Varsayılan rızanın iki uygulama alanı olduğu kabul edilmektedir: Başkasının menfaatine hareket ve kendi menfaatine hareket. Başkasının menfaatine hareket söz konusu olduğunda, zorunluluk haline benzer bir durum söz konusudur. Fail burada hak sahibinin imkan bulunsaydı fiile rıza göstereceği düşüncesiyle ve hak sahibine ait bir değeri koruma altına almak amacıyla hareket etmektedir. Somut olay değerlendirildiğinde, hak sahibinin, acillik ve özellik itibarıyla gerçekleşen fiile rıza göstereceği ve failini de fiilini varsayılan rızanın bulunduğu kabul edileceği an gerçekleştirildiği kabul ediliyorsa, varsayılan rıza ile açık rıza aynı etkiyi doğuracaktır<sup>337</sup>.

Kendi yararına hareket durumunda ise, fail yine hak sahibinin rıza göstereceği kanısındadır. Bu kanı ile fiili gerçekleştirmektedir. Ancak bu düşüncede failin fiilinin amacı hak sahibine değil, kendisine çıkar sağlamaktır. İlk düşünceye örnek olarak tıbbi müdahaleler; ikincisine ise, tatilde olan komşusunun bahçesine düşen meyvaları kullanmak için toplayan komşu, gösterilebilir<sup>338</sup>.

Yargıtay, varsayılan rızayı kabul etmektedir. Mahkeme bir kararında, sanığın müşteki ile olan ilişkisine güvenerek, tamirat için müştekinin evine girmesini konut dokunulmazlığını ihlal olarak değerlendirmemiştir. Bir diğer kararda ise, sanığın dayısının yanında çalıştığı süre içinde, akrabalık ilişkisine dayanarak rıza göstereceği kanısıyla, dokuz defa telefon görüşmesi yaptığının altını çizmiştir<sup>339</sup>.

Hak sahibinin menfaatine dayanmayan ihlaller söz konusu olduğunda varsayılan rıza için daha katı şartlar aranmaktadır. Örneğin, hiç bir ebeveyn çocuğunun tedip edilmesini tamamen bir başkasına bırakılmasına izin vermez. Bu gibi durumlarda varsayılan rıza kabul edilemez. Ama çocuğun bakımını üstlenen kişiler tarafından

<sup>336</sup> Öztürk, Erdem; s. 226, 227, Yenerer- Çakmut; s. 211.

<sup>337</sup> Barış Erman; "Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu", Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 141, Köksal Bayraktar; "Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 130, 131, Haft; s.79, 80, Ebert; s. 88, 89.

<sup>338</sup> Erman; s. 141, 142.

<sup>339</sup> Hakeri, s. 306.



kısmen tedip edilmesi (büyükanne- büyükbabanın belli saatlerde çocukla ilgilenmesi gibi) kabul edilebilir<sup>340</sup>.

Hak sahibinin menfaatine yönelik hareketler bakımından tipik örnek tıbbi müdahalelerdir. Her tıbbi müdahale yaralamanın tipikliğini oluşturur ve müdahalenin hukuka uygunluğu rızaya bağlıdır. Bu nedenle, bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni olan varsayılan rızaya başvurulması kaçınılmazdır. Ancak varsayılan rızanın alınması belirli koşullara bağlıdır: Gereken rızanın hastadan alınamaması ve yaşam ya da sağlığa ilişkin ciddi bir tehlike bulunması<sup>341</sup>...

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "önceden açıklanmış istek" başlıklı 9'uncu maddesi, bilinci kapalı olan hastaya uygulanmak istenen tıbbi müdahale ile ilgili önceden dile getirdiği isteklerinin gözönünde bulundurulmasını öngörmektedir.

Dünya Sağlık Örgütü'nün 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi de, varsayılan rızayı düzenlemektedir. Bildirge'nin 3.7'inci maddesine göre, irade açıklamasında bulunamayacak durumdaki hastanın rızası, önceden aksi yönde bir açıklamada bulunmadıysa varsayılabilecektir<sup>342</sup>.

Varsayılan rıza, başka bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğu durumlarda söz konusu olamaz<sup>343</sup>.

Alman öğretisi, hastanın rızası olmaksızın kendiliğinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu ve hekimin cezai sorumsuzluğunu varsayılan rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederek çözmektedir. Avusturya Ceza Yasası'nın 110'uncu maddesi de, hastanın rızasının olmaksızın, kendiliğinden

---

<sup>340</sup> Blei; s. 140.

<sup>341</sup> Blei; s. 139.

<sup>342</sup> Erman.; s. 140.

<sup>343</sup> Blei'ya göre bu durum özellikle Alman Medeni Kanunu(BGB) m. 904, m. 228 ve Alman Ceza Kanunu(StGb) m. 34'de yer alan ve bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen zorunluluk durumu (diğer zorunluluk durumu kusurluğu ortadan kaldıran bir hal olarak Alman Ceza Kanunu(StGB) m. 35'de düzenlenmektedir) Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 677'de yer alan vekaletsiz ticari yönetim (Geschaeftsführung ohne Auftrag) ve Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 229'da yer alan kendiliğinden hak alımı(erlaubte Selbsthilfe) bakımından söz konusudur. Blei; s. 138.

gerçekleşen tıbbi müdahalelerin, hastanın sağlığının tehlikede bulunması ve rızasının da alınamaması koşullarıyla, hukuka uygun kabul etmektedir<sup>344</sup>.

Varsayılan rızanın hukuki niteliği ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, varsayılan rızayı gerçek vekaletsiz iş görme kurumunun ceza hukukundaki yansıması olarak kabul eden görüştür. Temelini, mağdurun rızasını özel hukuk sözleşmesine dayandıran teoriden alan bu görüş, varsayılan rıza için gerçek vekaletsiz iş görme kurallarının uygulanabileceği kanısındadır. Bu görüşe göre, başkasının yararına işlem yapan kimse, gerçek vekaletsiz iş görme kurallarına göre bir yükümlülük altına girmektedir. Kişinin bu yükümlülük çerçevesinde gerçekleştirdiği fiil nedeniyle, herhangi bir cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Bu teoriye göre, gerçek rızanın alınmadığı durumlarda, kişiye gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerinin sağladığı hak ile fiil hukuka uygun hale gelmektedir<sup>345</sup>.

Varsayılan rızanın hukuki niteliğini açıklayan bir diğer görüş, hukuka uygunluğun temelini mağdurun rızasına dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, varsayılan rıza, mağdurun rızasının alt türüdür. Nitekim bu görüşü benimseyen yazarlar varsayılan rızayı, failin açıklanmadığını bildiği halde, mağdurun açıklayacağını varsaydığı rıza, olarak tanımlamaktadırlar. Varsayılan rıza ile hem kişisel hem de hukuki menfaatler korunmakta, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının gerçekleşmesi sağlanmaktadır. Bu ise, varsayılan rıza ile rızanın ortak temelini oluşturmaktadır. Türk öğretisi genellikle bu görüşü benimsemektedir<sup>346</sup>.

Haft'a göre, varsayılan rıza bir zorunluluk durumu değildir; daha çok rıza gibi değerlendirilmelidir. Burada yetkilinin varsayımsal iradesi sözkonusudur; nesnel bir menfaat dengesi yoktur<sup>347</sup>.

Bir diğer öğreti varsayılan rızanın zorunluluk halinin özel bir biçimi olduğunu ileri sürmektedir. Varsayılan rızada ön plandaki hukuka uygunluk nedeni hukuki değerden vazgeçme değil; yararına gerçekleşen pozitif nitelikli bir eylemdir. Bu görüşe göre, varsayılan rızanın tanımının, kişinin rızasının bulunduğu

<sup>344</sup> Yenerer- Çakmut; s. 212.

<sup>345</sup> Erman; s. 143.

<sup>346</sup> Erman; s. 144, 145.

<sup>347</sup> Haft; s. 80.

varsayılması biçiminde yapılması, varsayılan rızayı ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmeyi gerektirmediği gibi, onu mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeninin içinde değerlendirmeyi de gerektirmez<sup>348</sup>.

Varsayılan rızanın hukuki niteliğini açıklayan son teori, varsayılan rızanın izin verilen risk temelli kendine özgü bir hukuka uygunluk görüşü olduğu kanısındadır. Bu görüşe göre, rızanın bulunmadığı durumlarda mağdurun rızasının bulunduğu varsayılarak, bir olasılık değerlendirmesi ile fiil hukuka uygun hale gelmektedir. Yapılan değerlendirmenin yerindeliğini ise, hak sahibinin görüşü alınsaydı yanıtının ne olacağı sorusunun objektif kriterlere dayanılarak yanıtlanması oluşturmaktadır. Bu görüşü benimseyenlere göre, rızanın alınmadığı bir hal söz konusu olduğunda, rızanın beklenmesinden doğacak risk ile müdahalede bulunulması halinde mağdurun iradesine aykırı davranıştan kaynaklanan risk karşılaştırılarak, daha az risk içeren seçenek tercih edilmelidir<sup>349</sup>.

Demirbaş, varsayılan rızanın özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan “uydurma” bir kavram olduğu kanısındadır. Yazara göre, varsayılan rıza ile hukuka uygun duruma getirilen fiillerin, kanun hükmünün yerine getirilmesi ya da hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleriyle de hukuka uygun hale getirilmesi mümkündür<sup>350</sup>.

Özgenç de, bu tip durumların hukuka uygunluğunu varsayılan rızaya dayanarak açıklayan görüşlere katılmamaktadır. Yazara göre, varsayıllara dayanılarak hüküm tesis edilmesi mümkün değildir. Çünkü hukuk kurallarının dayanağını oluşturan davranış kuralları gerçeklere dayanmaktadır. Teşhis ve tedaviye yönelik olarak hastanın rızasının alınmadığı durumlarda, hastanın rızasının varlığını araştırmaya gerek yoktur. Bu gibi durumlarda tıp mensubu kişilerin müdahale etme konusunda bir yükümlülükleri bulunmaktadır. Dolayısıyla böyle müdahaleler görevin yerine getirilmesi nedeniyle hukuka uygundur<sup>351</sup>.

Yenerer- Çakmut, hal ve koşulların dikkate alınarak farklı hukuka uygunluk nedenlerinde faydalanılması gerektiği kanaatindedir. Yazar, ağır müessir fiil

<sup>348</sup> Erman; s. 145.

<sup>349</sup> Erman; s. 147.

<sup>350</sup> Demirbaş; s. 287.

<sup>351</sup> Özgenç, s. 324 vd.

niteliğindeki tıbbi müdahaleler bakımından “izin verilen risk” teorisinin benimsenmesinin daha yerinde olacağı kanısındadır. Çünkü varsayılan rıza da bir takım faraziyelerle hareket edilmektedir. Bu ise hukuki açıdan doyurucu ve yeterli bir gerekçe olarak nitelendirilmemelidir. Öte yandan bu kabul, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile de bağdaşmaz. Bir yandan bu serbestiyi tanıırken öteki taraftan kısıtlamak anlamına gelir ki, bu doğru bir yaklaşım değildir. Ancak izin verilen risk teorisinin kabulü halinde, hekim kendisine tanınan yetki ve görevleri tıp bilim ve ilkelerine uygun yerine getirmesi halinde gerçekleştirdiği fiil hukuka uygun olacaktır. Üzerinde tasarruf olanağının bulunmadığı hallerle, yasaların zorunlu müdahaleyi öngördüğü ya da rıza aranmadığı durumlarda( aciliyet halinde), tıbbi müdahale, rıza aranmaksızın gerçekleştirilecek ve hukuka aykırı sayılmayacaktır<sup>352</sup>. Erman da, varsayılan rızanın hukuki niteliğini izin verilen risk ile açıklayan görüşü benimsemektedir<sup>353</sup>.

Buna karşılık, Hakeri bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazara göre, rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde, rızanın açıkça belirtilmediği ancak varsayılmasının mümkün olduğu durumlarda, varsayılan rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Yazar, tıbbi müdahaleler bakımından da, rızanın olmadığı durumlarda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığını yeterli gören görüşe karşı çıkmaktadır. Yazara göre, tıbbi müdahaleler bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni yeterli olsaydı, hastanın rızası aranmayacaktır<sup>354, 355</sup>.

<sup>352</sup> Yenerer- Çakmut; s. 212, 213.

<sup>353</sup> Erman; s. 149.

<sup>354</sup> Hakeri, s. 306.

<sup>355</sup> Hakeri mesleğin icrası ya da görevin yerine getirilmesi gibi durumların söz konusu olmadığı hallerde de varsayılan rızanın kabul edildiğini ileri sürerek; Yargıtay’ın aşağıdaki kararını örnek olarak vermektedir: “ Sanığın, daha önceden tanıdığı şikayetçinin evinin önündeki merdane tabir edilen tarım aletini tarlasında kullanıp iade etmek amacıyla aldığı sırada, şikayetçinin hizmetçisi Kaya Aslan’ın “ alma, beyim kızar” demesi üzerine, sanığın kendisini tanıtarak, “ bana kızmaz” cevabını verdiği, olayı öğrenen şikayetçinin sanığın yanına gittiğinde merdane ile tarlasında çalıştığını gördüğü dosya kapsamından anlaşılmasına göresanığın kırsal kesim dayanışması ve yardımlaşması içinde ve şikayetçinin zimni ve peşinen rızası olduğu düşüncesi yerine, hırsızlık kastı ile hareket ettiğine ilişkin delillerin nelerden ibaret olduğu karar yerinde gösterilip tartışılmadan yazılı düşüncelerle mahkumiyetine karar verilmesi” kanuna aykırıdır.(11. CD, 23.10.2002, 8302)”

Öğretide varsayılan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak genellikle kabul görmektedir<sup>356</sup>.

#### IV. Rızanın Konusu

##### A. Genel Olarak:

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, mağdurun rızasına konu olan haklar bakımından genellikle kabul edilen haklar kişisel haklardır. Devlete ya da topluma karşı işlenen suçların mağduru devlet ya da toplum olduğundan; bu suçlar bakımından mağdurun rıza gösterme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>357</sup>. Ancak ceza yasalarıyla korunan yararın devlete ait olduğu düşüncesiyle mağdurun hangi haklar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu da tartışılmaya başlanmıştır<sup>358</sup>.

Buna karşılık, malvarlığına ilişkin suçlar bakımından mağdurun serbestçe tasarruf edebileceği yönünde öğretide görüşbirliği bulunmaktadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve şerefe karşı suçlar bakımından da kişilerin tasarruf yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir; ancak hareketin genel ahlaka ve adaba aykırı olmaması gerekmektedir. Vücut bütünlüğüne yönelik suçlar bakımından da rıza bu koşula aykırılık teşkil etmediği sürece mümkün sayılmaktadır. Buna karşılık kural olarak yaşam hakkı üzerinde kişilerin tasarruf etme yetkisi kabul edilmemektedir<sup>359</sup>.

Bu kısımda genel olarak rızanın kabul edildiği ve tartışıldığı noktalar TCK'nun düzenleme sırasına uygun biçimde ele alınacaktır.

<sup>356</sup> Dönmezer, Erman; s. 72, İçel, Evik; s. 157, Artuk, Gökçen, Yenidünya; s. 590, Zafer; s. 242, Centel, Zafer, Çakmut; s. 327, Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 325, Yenerer- Çakmut; s. 211.

<sup>357</sup> Dönmezer, Erman; s. 74, Hippel; s. 122.

<sup>358</sup> M. Tahir; "Ceza Hukuku", Güneş Matbaası, İstanbul, 1934, Önder; s. 279.

<sup>359</sup> Özge Sırma; "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 186, 187.

## B. Hayata Karşı Suçlar Bakımından Rıza

### 1. Genel Olarak

Rıza bakımından en çok tartışılan husus kişinin yaşamı üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağı konusudur. Bu konuda gelenekçi görüş, sosyal yükümlülükler görüşü ve insan hakları görüşü olmak üzere üç görüş bulunmaktadır<sup>360</sup>.

Gelenekçi görüşe göre, yaşam Tanrı'dan gelmektedir ve yaşamı sonlandırma hakkı da yalnızca Tanrı'ya aittir. Bu yüzden kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.

Sosyal yükümlülükler görüşü ise, dünyaya gelen kimsenin bazı sosyal sorumluluklarla doğduğunu ve yaşamını sonlandırmakla bu sorumluluklarını yerine getirmekle mükellef olduğunu dile getirmektedir. Bu yükümlülükleri nedeniyle kişi kendi isteği ile dünyadan ayrılamaz ve bu nedenle yaşamı üzerinde tasarruf yetkisi yoktur.

İnsan hakları görüşü ise, yaşama hakkının en temel insan hakkı olmasından hareket eder. Yaşama hakkı, kullanılması için, hiçbir makam ya da merciiden izne ya da onaya ihtiyaç duyulmayan bir haktır. Kişi bu hakkını istediği gibi kullanabilir; dolayısıyla istediği tasarrufta bulunabilir. Bu durum Türk hukukunda genellikle kabul görmemekte, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklar arasında yaşam hakkı sayılmamaktadır. Ancak TCK md. 26/2'nin bu konuda yasal bir zemin hazırladığı düşüncesinde olanlar da bulunmaktadır<sup>361</sup>.

### 2. Ötanazi

#### a. Genel Olarak

Ötanazi ve genel olarak ölme hakkı, tıp biliminin gelişmesi ve buna bağlı olarak insan yaşamının uzaması ile birlikte ölüm algısının dini ve ahlaki bir algı yerine tıbbi

<sup>360</sup> Öztürk, Erdem; s.224.

<sup>361</sup> Öztürk- Erdem; s. 224.

bir algı haline gelmesi, kişilerin kendi yaşamları kadar ölümleri konusunda da söz sahibi olmak istemeleri gibi nedenlerle geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısından itibaren ilgi çekmeye başlamıştır<sup>362</sup>.

Bu ilgi sonucunda ötanazi; Tıp, Felsefe, Hukuk gibi çeşitli bilim dalları tarafından tartışılmış ve incelenmiştir. Bu bilim dalları ötanazi konusunu çeşitli dalları ve bakış açılarıyla incelemektedir<sup>363</sup>.

## b. Tanımı

Ötanazi Latince “eu” ile “thatatos” kelimelerinden türeyen, ilk olarak 1623 senesinde Bacon tarafından kullanılan ve Türkçe karşılığı kolay, iyi, hoş ölüm olan bir sözcüktür<sup>364</sup>. Öğretide pek çok tanımı olmasına rağmen ötanaziyi; iyileşemez bir hastalık nedeniyle, dayanılmaz acılar çeken ve durumu yakınları ile kendisi tarafından bilinen, zihinsel yeterliliği bulunan bir hastanın hukuken geçerli bir rıza beyanı vermesi sonucunda yaşamının acısız bir biçimde hekim tarafından tıbbi yardımın kesilmesi ya da tıbbi yollarla ölümün gerçekleştirilmesi yoluyla sonlandırılması olarak tanımlanabilir<sup>365</sup>.

İyileşemez hastalık deyiminden uygulanan tedaviyle tamamen iyileşmeyen ya da tedaviye hiç yanıt vermeyerek hastada başkaca rahatsızlıklara neden olan hastalık anlaşılmaktadır<sup>366</sup>. Dayanılmaz acı deyiminden anlaşılması gereken ise, yalnızca ağrı değildir. Buradaki acı, ıstırap, üzüntü, sıkıntı gibi durumları da içine almaktadır<sup>367</sup>.

---

<sup>362</sup> İnceoğlu, s.13-14.

<sup>363</sup> İnceoğlu; s. 15.

<sup>364</sup> Erdem Özkara; “*Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s.11; Kudret Güven; “*Kişilik Hakları ve Ötanazi*”, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000, s.5, Mehmet Emin Artuk, A. Caner Yenidünya; “*Ötanazi*”, Prof. Dr. Tufan Turan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s.297; Michale Manning; *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: Killing or Caring?*, Paulist Press, New Jersey, 1998, s.1, Muharrem Özen, Meral Ekici Şahin; “*Ötanazi*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, S: 2010/4, Ocak 2010, s. 17.

<sup>365</sup> Özkara; s.11; Artuk- Yenidünya; “*Ötanazi*”, s. 298; Köksal Bayraktar; “*Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, 151.

<sup>366</sup> Özkara; s.12.

<sup>367</sup> Özkara; s.12.

Hastanın durumunun kendisi ve yakınları tarafından bilinmesi; hastalığın seyrinin ve bu seyir sırasında izlenecek tedavi şekilleri konusunda hasta ve yakınlarının ayrıntılı bilgi sahibi olmasıdır<sup>368</sup>.

Ötanazi konusunda iradesini beyan edecek hastanın kanunen rıza beyan edebilecek yaşta bulunması ve akıl hastalığına tutulmuş olmaması; sağlıklı değerlendirme yapma kabiliyetine sahip olması gerekmektedir. Bunun yanında yapılan irade beyanının herhangi bir baskı olmadan özgür irade ile verilmesi gerekmektedir. Özellikle sosyal güvenlik konusunda problem yaşayan hastaların maddi baskı nedeniyle karar verme ihtimalinin bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır<sup>369</sup>.

Ötanazinin mutlaka hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Bunun yanında ötanazinin hangi koşullarda, hangi yöntemle ve ne zaman yapılacağını hasta belirleyecek ve hekim hastasıyla yapacağı görüşme sonucunda acısız olarak ölme konusunda hastasına yardımcı olacaktır<sup>370</sup>.

### **c. Ötanazi Hakkındaki Tartışmalar**

#### **aa. Antik Çağda Yapılan Tartışmalar**

Ötanazi Antik Çağ'dan bu yana tartışılan bir kavramdır. Bu dönemde özellikle intiharın meşruiyeti tartışılmaya başlanmıştır; bu döneme kadar toplum dayatması neticesinde gerçekleşen intihara rastlanırken, bu çağdan itibaren kişisel nedenlerle (hastalık, yaşlılık gibi) intihara rastlanmaya başlanmıştır<sup>371</sup>. Bu dönemde soylu kişiler hastalık ya da yaşlılık dönemlerinde bedenlerinde gerçekleşecek değişimleri onurlarıyla bağdaştırmamakta ve bu şekilde yaşamayı ya da başkalarınca bu durumdayken görülmeyi istememektedirler<sup>372</sup>.

---

<sup>368</sup> Özkara; s.13.

<sup>369</sup> Özkara; s.12,13, 14.

<sup>370</sup> Özkara; s.14.

<sup>371</sup> İnceoğlu; s. 17.

<sup>372</sup> İnceoğlu; s.17.



Bu dönemde yer alan büyük düşünce akımları kişilerin yaşamlarına son verme hakkının bulunup bulunmadığı konusuna eğilmişlerdir<sup>373</sup>. Antikçağ düşünürlerinden Pitagoras kişinin ölme hakkına sahip olmadığı düşüncesindedir. Bu düşüncesiyle Pitagoras yaşamın kutsallığı öğretisinin temelini oluşturmuş, sonraları tektanrılı dinler tarafından da savunulmuştur. Pitagoras'ın düşüncesi üç temele dayanmaktadır. Bunlar: Tanrı vardır; insanlar Tanrı'ya itaat etmekle mükelleftir ve son olarak Tanrı'nın emirleri kişinin kendi yaşamına son vermesini yasaklamaktadır. Pitagoras bu düşüncesini kişilerin ilahi güce karşı görevleri olması nedenine dayandırmaktadır. Düşünöre göre, ruh ölümden sonra da yaşamaya devam etmektedir ve dünyevi yaşam Tanrıların insanlara verdiği cezadır. Pitagoras bu nedenle yaşamı ruhani yaşam olarak nitelendirmekte, ölümsüz insan ruhunun geçici olarak dünyada bulunduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla kişi yaşamı boyunca çalışarak ve arınarak kendini ölümden sonraki yaşama ulaştıracak çabalar içinde olmalıdır. Bu nedenle kişinin kendisinden beklenen çalışmaları yapmadan yaşamını sonlandırması Tanrı buyruklarına karşı bir hareket olacağından uygun bir davranış şekli değildir<sup>374</sup>.

Platon (Eflatun) konu ile ilgili olarak farklı eserlerde farklı görüşler ileri sürmektedir. Düşünür Phadeo adlı eserinde ruhun ölümsüz olması nedeniyle intihara karşı olduğunu ileri sürmekte; dünyevi yaşamın ölüme hazırlık olduğunu bu dönemde ruhun bedeninde hapsedildiğini, bu tutsaklığın ölümlerle son bulacağını düşünmektedir. Bununla birlikte yaşamı Tanrıların verdiği ceza olarak niteleyen Pitagoras'ın düşüncesine de yaşamın bir prova olduğundan bahisle katılmamaktadır<sup>375</sup>.

Platon, Devlet ve Kanunlar adlı eserlerinde ise, kişinin ölmesinin yaşamasından daha lehine bir durum oluşturması halinde ne olacağı sorusuna yanıt vermektedir. Bu eserlerinde Platon'un intihara yönelik düşüncelerinin kısmen de olsa değiştiği görülmektedir. Platon Devlet adlı eserinde, tedavisi bulunmayan hastalıklarla ve sürekli sakatlık durumunda hekim tarafından tedavinin kesilmesi şeklinde yapılan ötanazinin (pasif ötanazinin) gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul etmekte ve hatta bu

---

<sup>373</sup> İnceoğlu; s.17.

<sup>374</sup> İnceoğlu; s. 18.

<sup>375</sup> İnceoğlu, s. 18.

durumu bir hak olarak nitelemektedir<sup>376</sup>. Kanunlar adlı eserinde ise, duyduğu acı nedeniyle intihar edenlerin din ve ahlak kurallarına aykırı bir davranış sergilemediği kanısını dile getirmektedir<sup>377</sup>. Platon belirttiğimiz bu görüşleri nedeniyle kişinin kendi ölümüne karar verme hakkı bakımından oportünist (fırsatçı) olarak nitelendirilmiştir<sup>378</sup>.

Aristo kendi yaşamına son vermeyi (intihar) ilahi ya da bireysel bir problem olarak nitelememektedir. Aristo'ya göre bu durum devlete karşı bir saldırdır. İntihar eden kişi devletin yasalarına aykırı hareket etmekte, böylelikle devlete karşı bir saldırı gerçekleştirmektedir. Bu noktada düşünür devlete mutlak itaat düşüncesinden hareket etmektedir. Bireylerin devlete karşı görevleri vardır ve intihar ederek bu görevlerini yerine getirmedikleri için suç işlemektedirler. Aristo, bu düşüncesini desteklemek amacıyla sakat çocukların öldürülmesinin yasal olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>379</sup>.

Stoacılık ve Epiriküsçülük felsefelerindeki düşünceler insan onuruna dayalı insancıl düşüncenin hakim olmasına neden olmuştur. Bu düşünce akımları ilk defa, ölümü dini bir olgu olarak değil, akıl ile açıklama yoluna gitmişlerdir<sup>380</sup>.

Stoacılık temelini doğaya uygun davranıştan almakta bu nedenle de doğadaki her şeyin kutsal olduğunu savunmaktadır. Doğada yer alan her şey doğanın bir parçası olduğundan ölüm de bir doğa olayıdır ve yaşam ile ölüm arasında bir fark bulunmamaktadır. Stoacılar ve özellikle de Zenon, intihar ile erdem kavramlarının birlikte kabul edilirliliği sorusunu gündeme getirmiştir. Stoa felsefesinin kurucusu Zenon, dayanılmaz ve tedavi edilmez bir yaşam yerine rahat ve erdemli bir ölüm için intihar etmenin daha arzulanacak bir hedef olduğunu söyleyerek Aristo ve Sokrates'i geride bırakmıştır<sup>381</sup>. Ölüm ilahi ya da ahlaki bir durum olmadığından kişiler ölümden sonra çekecekleri cezalardan ötürü korku duymamalıdır. Bu nedenle de intihar herhangi bir şarta bağlı olmadan, her zaman mümkündür. Kişinin herhangi bir

<sup>376</sup> Özkara; s.21, İnceoğlu; s. 20.

<sup>377</sup> İnceoğlu; s. 20.

<sup>378</sup> İnceoğlu; s. 19-21.

<sup>379</sup> İnceoğlu; s. 22.

<sup>380</sup> İnceoğlu; s. 24

<sup>381</sup> Ulf Bade; "Der Arzt an den Grenzen von Leben und Recht", Schmidt Römhild, 1988, s. 38.

nedenle, örneğin; bir hastalık nedeniyle ya da kötü bir davranışta bulunmaktan çekindiği için dahi intihar etmesi ahlaki açıdan uygun bir davranış şekli olacaktır<sup>382</sup>.

Epikürcüler, felsefelerini tıpkı Stoacılar gibi doğa olaylarına dayandırmaktadırlar. İntiharı suç ya da günah olarak nitelememekle birlikte intihara karşıdırlar. Bu tezlerini yaşamın değerli olması düşüncelerine dayandırmaktadırlar. Onlara göre, kişinin yaşamına son vermesi ahlaki ya da dini açıdan bir aykırılık oluşturmamakla birlikte akla uygun olmadığı için yanlış bir davranıştır<sup>383</sup>.

Çiçero, Epikürcüler gibi ölümü nahoş bir durum olarak nitelemekle birlikte, intiharı ağır hastalıklarda Tanrılar tarafından verilen bir fırsat olarak değerlendirir<sup>384</sup>.

Seneca da Epikürcü felsefenin önde gelen filozoflarından biridir ve Platon gibi ötanaziyi özürlü çocukların öldürülmesi olarak anlamaktadır. Ama aynı zamanda bugünkü anlamıyla ötanazi teriminin yansımaları bulunmaktaydı<sup>385</sup>.

## **bb. Dinlerin Bakışı:**

### **aaa. Hıristiyanlık:**

Her ne kadar Hıristiyanlığın kutsal kitabında (İncil'de) intihar ile ilgili olarak olumsuz bir görüş belirtilmemişse de<sup>386</sup>; intihar St. Augustine tarafından Hıristiyanlığın emirlerinden biri olarak kabul edilen öldürme yasağının içine alınmış ve böylece büyük günahlar arasında sayılmaya başlanmıştır<sup>387</sup>. Sonradan gerçekleşen bu inancın nedeni, intiharın, inanç eksikliği olarak kabul edilmesi, intihar eden kişinin Tanrı'nın yardım edeceğine dair inancını yitirmesi olarak yorumlanmıştır<sup>388</sup>. Buna karşın; altıncı emir olan "öldürmeyeceksin" emrinin İbranice metinden yanlış tercüme edildiğini ve burada asıl kastedilenin cinayet işleme yasağı olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde aktif ötanazi dahil

<sup>382</sup> İnceoğlu; s. 24 vd.

<sup>383</sup> İnceoğlu; s. 26,27.

<sup>384</sup> Bade; s. 39.

<sup>385</sup> Bade; s. 39.

<sup>386</sup> Hasan Atilla Güngör; "Yaşam Hakkı"(yayınlanmamış doktora tezi),İstanbul, 2007, s. 224, İnceoğlu; s. 47.

<sup>387</sup> Güngör; s. 224, İnceoğlu; s.48.

<sup>388</sup> İnceoğlu; s. 47.

olmak üzere cinayet dışındaki öldürme fiillerinin Hıristiyanlık tarafından yasaklanmadığını söylemek te mümkün olabilecektir<sup>389</sup>. Ancak, Musevi- Hıristiyan geleneği kasıtlı öldürmeyi idam cezası, savaş ve meşru savunma gibi bazı durumlarda kabul etmektedir. Bunun için öldürme yasağı mutlak bir ilke değildir<sup>390</sup>.

Bunun yanında diğer bütün tek tanrılı dinlerde de olduğu gibi yaşamın kaynağı Tanrı'dır ve yaşamı sonlandırma hakkı da ancak Tanrı'nındır<sup>391</sup>. Kişiler yaşamlarını sürdürme sorumluluğuna sahiptirler ancak yaşamları üzerinde kontrol yetkileri yoktur. Sadece Tanrı'nın, kişinin ne zaman öleceğine karar verme hakkı vardır ve bir kişi masum bir insanı öldürürse Tanrı'nın otoritesini yadsımış ve doğal hukuka karşı gelmiş olur. Bu gerçeği kişinin rıza göstermesi dahi değiştirmez<sup>392</sup>. Bu bağlamda, Roma İmparatorluğu döneminden farklı olarak, Katolik inancına göre, kişi yaşamını katlanılmaz ya da gereksiz bulsa da; yaşamını sonlandırmamalıdır<sup>393</sup>.

Nitekim Hıristiyan - Yahudi geleneğinde intihar edenlere, cezalandırmak amacıyla, dini tören yapılmaması geleneğinin bulunduğu bilinmektedir. 1789 Frnasya Devrimi'nden önce, çıkarılan kanunlarla intihar eden kimselerin cesetlerinin, aşağılanmak maksadıyla sergilendiği de bilinmektedir<sup>394</sup>.

II. Vatikan Ekümenik Konsüller Bileşiminde Papalık tarafından ötanazi konusunda bir bildiri yayımlanmıştır<sup>395</sup>. Bu bildiride insan yaşamının bütün iyiliklerin temeli, insan faaliyetinin ve toplumun da kaynağı olduğu vurgulanarak; inanan kimselerin yaşamı Tanrı sevgisinin bir hediyesi olarak görerek, bu hediye muhafaza etmek ve verimli kılmakla sorumlu olduğu belirtilmiştir. Böylelikle kişinin kendi yaşamına son vermek için yapacağı faaliyetlerin Papalık tarafından hoş karşılanmadığı dile getirilmiş oldu<sup>396</sup>.

<sup>389</sup> Margeret Otlowski; "*Voluntary Euthanasia and The Common Law*", Oxford University Press, New York, 1997, s.214, 215.

<sup>390</sup> Otlowski; s.215.

<sup>391</sup> Güngör; s.224; Inceoğlu; s. 47, Otlowski; s. 213.

<sup>392</sup> Otlowski; s.213, 214.

<sup>393</sup> Inceoğlu; s. 49.

<sup>394</sup> Doğan Soyaslan; "*Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu*", Yargıtay Dergisi, C: 16, S:3, Temmuz- 1990, s.270.

<sup>395</sup> Güven; s. 64.

<sup>396</sup> Güven; s. 64.

### bbb. Musevilik

Musevi inancının kutsal kitabı olan Tevrat'ın Tekvin bölümünde,  
“ Ve Allah dedi; Suretimizde, benzeyişimize göre insan yapalım; ve denizin balıklarına, ve göklerin kuşlarına, ve sığırlara, ve bütün yeryüzüne, ve yerde sürünen herşeye hakim olsun. Ve Allah insanı kendi suretinde yarattı... Ve Allah onları mübarek kıldı; ve Allah onlara dedi; Semereli olun, ve çoğalın, ve yeryüzünü doldurun, ve onu tabi kılın... yer üzerinde hareket eden her canlı şeye hakim olun” denilmektedir<sup>397</sup>.

Musevi inancına göre hayatın yüce bir değeri vardır ve bu değerini kişi ilahi emirleri ihlal etse bile korur. Bu düşüncenin tek istisnası birinin öldürülmesidir. Diğer bir deyişle, bir kimse bir başkasını bir yarar uğruna öldürürse, bu nefret uyandırıcı olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle de ötanazi Museviliğe tamamen yabancı bir kavramdır<sup>398</sup>.

İnsan hayatına verilen yüce değer nedeniyle, insan hayatı korunmalıdır ve hayatı kısaltacak her türlü işlem de yasaklanmaktadır. Kişilerin hayatları kendilerine ait değildir. Bütün hayatların süresi ve kalitesine bakılmaksızın sonsuz bir değeri vardır; Çünkü bütün insanlar Tanrı'nın suretinden gelmektedir. Ağrı bir kimsenin yaşamının korunmaması için bir neden oluşturmamaktadır<sup>399</sup>.

Musevi inancı ölmek üzere olan kimseye dokunulmasını da yasaklar ve bu durumda bir kimseye dokunan kişinin de kan dökmekle suçlanacağını kabul eder<sup>400</sup>.

### ccc. İslamiyet

İslamiyete göre temel haklar, kişilerin üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceği haklar değildir. Bunlar Tanrı'nın insanlara sunduğu ve belli koşullarla kullanımını insana devrettiği birer emanet niteliğindedirler. Yaşama hakkı da bu niteliktedir<sup>401</sup>.

<sup>397</sup> İnceoğlu; s. 36.

<sup>398</sup> Walter Jacop; “ *End – Stage Euthanasia- Some other consideration*”, *Death and Euthanasia in Jewish Law: Essays and Responsa* (Edited by: Walter Jacop and Moshe Zemer), Rodef Shalom Press, 1994, s.89.

<sup>399</sup> <http://www.bbc.co.uk/religion/religions/judaism/jewishethics/euthanasia.shtml>

<sup>400</sup> İnceoğlu; s.55.

İslamiyet'e göre, yaşamın ve ölümün üzerindeki egemenlik Tanrı'ya aittir. Kişinin dünyaya gelmek için söz hakkı bulunmadığı gibi, yaşamını sonlandırma konusunda da söz hakkı bulunmamaktadır<sup>402</sup>. Bu nedenle kişiler, bedenlerine diledikleri şeyleri yapma özgürlüğüne sahip değildirler. Kişilerin yaşam süreleri doğdukları anda belirlenmiştir<sup>403</sup>.

İslam tasavvuf anlayışı, “fenafillâh” adı verilen ve Tanrıyla bütünleşmek, buluşarak yücelmek anlamına gelen kavramı kabul eder. Bu kavrama göre, kişi, bu mertebeye ulaşmak için yaşamalı ve nefs-i emmare'yi (özvarlığının kötülüğe yönelten kısmını) yoketmelidir. Nefs bir cevherdir ve bu cevherin yok edilmesi en büyük günahdır<sup>404</sup>.

Hıristiyanlık'ta olduğu gibi İslam'da da insan öldürmek yasaklanmaktadır<sup>405</sup>. Kur'an da genel bir öldürme yasağından söz edilmekle birlikte genel olarak “haksız yere öldürme”nin yasaklandığı görülmektedir. Bu nedenle belirli durumlarda öldürmeye izin verildiği söylenebilir. Bu durumlar; savaş durumu, meşru savunma ve idam cezasıdır<sup>406</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz gibi İslam'da bir başka kimsenin öldürülmesi yasaklandığı gibi, kişinin kendisini öldürmesi de açıkça yasaklanmaktadır. Kişi intihar ederek, iyi bir müslümanın niteliklerinden biri olan, yaşamın acı ve sıkıntılarına karşı sabırlı davranmak yükümlülüğünü yerine getirmemektedir<sup>407</sup>.

İslamiyet, intiharı, hatta ölmek istemeyi ve bunun için yakarmayı dahi yasaklamaktadır. İslam hukuku sadece iki nedenle intihara cevaz vermektedir: Dini

---

<sup>401</sup> <http://www.diyaret.gov.tr/turkish/basiliyayin/weboku.asp?sayfa=12&yid=36>

<sup>402</sup> <http://www.diyaret.gov.tr/yayin/basiliyayin/ydinikavramlaryazdir.asp?id=874>

<sup>403</sup> İnceoğlu; s. 53.

<sup>404</sup> Bahri Savcı; “Yaşam Hakkı ve Boyutları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 31.

<sup>405</sup> İsrâ suresi 33. ayet :“Haklı bir sebep olmadıkça, Allah'ın, öldürülmesini haram kıldığı cana kıymayın.”

Nisâ suresi 93. ayet: “Kim bir mümini kasten öldürürse, cezası, içinde ebedi kalacağı cehennemdir. Allah ona gazap etmiş, lânet etmiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır.”

En'am suresi 151. ayet, Maide suresi 32. ayet, Furkân suresi 68. ayet, Elmalılı M. Hamdi Yazır(sadeleştirilenler: Lütfullah Cebeci, Sadık Kılıç); “*Hak Dini Kur'an Meali*”, Akçağ Yayınları, Ankara, 2006, s. 128, 147,180, 313, 388.

<sup>406</sup> İnceoğlu; a.g.e, s. 39 vd.

<sup>407</sup> <http://www.diyaret.gov.tr/yayin/basiliyayin/ydinikavramlaryazdir.asp?id=874>

korumak amacıyla ya da dini bir durum yüzünden... İntihara teşebbüs eden kimseye tazir cezası verilmiş; ölenlerin cenaze namazı kılınmayarak cezalandırılmıştır. İntihara yardımcı olanların da cezalandırılması İslam Hukuku'nca bir gereklilik olarak görülmüştür<sup>408</sup>.

## cc. Çağımızda Yapılan Tartışmalar ve Teoriler

### aaa. Yaşamın Kutsallığı Teorisi

Yaşama hakkının devredilmez bir hak olduğu düşüncesi yaşamın kutsallığı tezinden gelmektedir. Bu tez kasten insan öldürmeyi herhangi bir neden ve hatta mağdurun isteği olsa bile yasaklamaktadır<sup>409</sup>. Bu nedenle aktif ötanaziye karşı olunması fikrinin merkezinde yaşamın kutsallığı düşüncesi yatmaktadır. Artık yalnızca dini bir kavram olarak nitelenmemesine rağmen, yaşamın kutsallığı ilkesi, dini temeller taşımaktadır. Bu teoriye göre, insan hayatı taşıdığı içsel değer nedeniyle saygı görmek ve korunmak zorundadır<sup>410</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz gibi Hıristiyan inancına göre, kişiler yaşamlarını sürdürme hakkına sahiptirler; ancak yaşamlarına son vermeleri Tanrı'nın egemenliğini yok saymaları anlamına gelir. İlahi güç teorisinin (divine monopoly theory) kabul edilmesi durumunda, hayatı uzatmaya yönelik faaliyetlerin de bu teoriye aykırı hareket olarak nitelendirilmesi söz konusu olacağından bu teoriye karşı çıkmıştır. Ancak Hıristiyan geleneğine göre insan müdahalesi ile yaşamın uzaması Tanrının hakimiyeti inkar etmek değil böyle bir müdahalenin insan yaşamına saygı gösterilmesi nedeniyle Tanrı'nın hakimiyetini teyid etmektir.

Yaşamın kutsallığı ilkesi, tıbbın gelişmesi ile elde edilen yaşamı uzatma imkanları nedeniyle ciddi tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş, her ne olursa olsun yaşamın korunması gerektiği düşüncesindedir. Diğer bir görüşe göre ise, ilkinin aksine, kişinin yaşamını nasıl sürdüreceği konusunda karar verme hakkı bulunmaktadır. Yaşamı dayanılmaz hale gelen bir kimsenin, kendi bedeni ve ölümü üzerinde

<sup>408</sup> Inceoğlu; s. 53-54.

<sup>409</sup> John Griffiths, John; Alex Bood, Helen Weyers; " *Euthanasia and Law in the Netherlands*", Amsterdam University Press, Amsterdam, 1998, s. 174.

<sup>410</sup> Otlowski; s. 213.

sözhakkı olmalıdır. Bu görüş farklılıkları kimi ülkeleri ölme hakkı ve bunun kullanılması konularında harekete geçirmiştir<sup>411</sup>.

Yaşamın kutsallığı teorisi özünde dini temeller bulunduğundan, masum bir kişinin öldürülmesine karşıdır. Bu nedenle bu teori, intihara ve ötanaziye karşıdır<sup>412</sup>.

### **bbb. Yaşamın Niteliği Teorisi**

Bu yaklaşım, dini temelleri olan ve ötanaziyi reddeden yaşamın kutsallığı tezine alternatif olarak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan ve ölme hakkını kabul eden bir düşünceye dayanmaktadır. Bu tez laik bir düşüncenin etkisiyle ortaya çıkmıştır; ancak bu tezin savunucuları arasında düşüncelerini dini temellere dayandıranlar da mevcuttur<sup>413</sup>.

Amerika'nın New York şehrinde Protestan ve Musevi din adamlarından oluşan bir grup ötanaziyi insani nitelikli bir eylem olarak tanımlamışlardır. Hıristiyanlığa daha esnek bir bakış açısına sahip olan Protestan inancının yanında kimi Katolik din adamları da yaşamın niteliği ölçütünü dikkate alarak ötanaziyi yorumlamışlardır. Bu görüş sahiplerinden biri, Aquinolu Tommaso'nun ahlak anlayışını kabul eden, Katolik filozof Daniel Maguire'dir. Maguire'e göre, kişilerin içinde bulunduğu iyi ve kötü koşullar yaptıkları eylemlerin ahlaki niteliğini belirler. Bu nedenle yapılan eylemin ahlaki bir eylem olup olmadığını belirlerken içinde bulunulan koşulların dikkate alınması gerekmektedir. Aksi durum hareketin doğru ya da yanlış olduğunu belirlemeyi imkansız kılar. Savaş, idam cezası, meşru savunma gibi durumlar içinde bulunulan koşullar nedeniyle öldürme fiilini meşrulaştırmaktadır. Buna karşın, ötanazi pek çok inanç grubu tarafından adeta tabu haline getirilmiştir ve istisnası öngörülmemektedir. Maguire, kişilerin yaşamlarının korunmasının bir görev olduğunu, ancak, bu görevin mutlak bir nitelikte olmadığını dile getirir. Düşünöre

---

<sup>411</sup> Ayşegül Yıldırım; "Yaşamın Kutsallığı ve Yaşama Hakkından Vazgeçme", Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Vol:1, No:1, s. 2.( Kaynak:<http://www.insanbilimleri.com/ojs/index.php/uib/article/view/62> ).

<sup>412</sup> İnceoğlu; s.84.

<sup>413</sup> İnceoğlu; s. 83.



göre, ölmekte olan hasta bir kimsenin onurlu bir şekilde yaşamına son verilmesini sağlamak yapılması gereken davranış biçimidir<sup>414</sup>.

Maguire'nin dışında Piskopos Joseph Fletcher'da yaşamın niteliği ölçütünü benimseyenlerdendir. Fletcher, Hıristiyan inancının yasalara dayanan bir inanç olmadığını, sevgiye dayandığını dile getirir. Düşünürce göre, yasa merkezli yaklaşımlar önceliği haklara tanırken; sevgi merkezli yaklaşımlar önceliği ihtiyaçlara tanımaktadır. İhtiyaçlar haklardan üstün tutulmalıdır ve bu nedenle yaşama ya da ölme hakkında değil, yaşama ya da ölme ihtiyacından sözedilmelidir. Fletcher, yaşamı sürdürmekten daha önemli şeyler de olduğunu dile getirmekte ve bu düşüncesiyle klasik Hıristiyan inancından uzaklaşmaktadır<sup>415</sup>.

Yaşamın niteliği teorisi yukarıda da belirttiğimiz gibi laik temelleri olan bir teoridir. Yaşamın niteliği ölçütünü dikkate alarak ötanaziyi savunan yazarların başında Ronald Dworkin gelmektedir<sup>416</sup>.

Dworkin ötanazi ile ilgili verilen kararlarda üç önemli nokta üzerinde durulması gerektiğini dile getirmektedir. Bunlar; hastanın özerkliği, menfaatleri ve yaşamının kutsallığıdır. Kimilerinin bilinçsiz bir şekilde de olsa yaşamını sürdürmek istemesi yanında kimilerinin ölmek istemesi durumu anlaşılmalıdır bu sorunun yanıtı yoktur. Bazı kimseler için, inanışları ya da başka bir etken nedeniyle ne olursa olsun, hangi koşulda olursa olsun, yaşamda kalmak önemlidir. Öte yandan bazı kimselerin böyle bir durumda yaşamlarını sonlandırmak için birçok nedenleri vardır. Devlet yaptığı yasalarla, toplumun tek tip bir görüşe sahip olmasını sağlamamalı, kişileri kendi geleceklerini belirlemeleri yolunda desteklemelidir<sup>417</sup>.

Ronald Dworkin, insan yaşamının kutsal olduğu fikrinin dünyevi olmasının yanında dini bir anlamı da olduğunu ileri sürmektedir. Dworkin'in tezinin aslı şudur: hastaların onuru ve içsel değerlerine saygı nedeniyle vicdan hürriyeti ile kendi yaşamlarına son vermeye karar verebilmelerine izin verilmelidir. Dworkin, bu görüşünü ileriye götürerek; ne olursa olsun ötanazi konusunda kişilerin karar verme

---

<sup>414</sup> İnceoğlu; s. 88.

<sup>415</sup> İnceoğlu; s. 89-90.

<sup>416</sup> İnceoğlu; s.91-97.

<sup>417</sup> İnceoğlu; s. 103 vd.

hakkının bulunmasının ve bu hakkın anayasal güvence altına alınmasının bir gereklilik olduğunu dile getirmiştir<sup>418</sup>.

Olwer'e göre yaşamın niteliği prensibi, yaşamın kutsallığı ilkesinin yerini alırsa sınırlar daha öznel hale gelecektir. Yaşamın niteliğinin kendine has değer yargılarını içinde barındırması, üçüncü bir kimsenin yaşamın kalitesini değerlendirmesini güç hale getirmektedir. Bu nedenle toplumun istenilen yasal düzenlemenin kabulü için karar vermesi de güçtür. Alternatif olarak yaşamın en yüksek değer olduğunu ileri süren politikalar hala yaşamın içsel ve önde gelen bir değer olduğu düşüncesini içermektedir ve bu durum sınırları daha nesnel hale getirmektedir<sup>419</sup>.

#### d. Türleri

##### aa. Genel Olarak

Ötanazi, kişinin iradesiye yapılıp yapılmadığına ve uygulanan usullere göre bir takım ayrımlara tabi tutulmaktadır. İradeye dayanan ayrımı iradeye bağlı - bağlı olmayan ötanazi; uygulanma biçimine göre ayrımı aktif- pasif ötanazi; ötanazi kararını veren veren merciiye göre ise , kazai- medikal ötanazi şeklinde yapmak mümkündür<sup>420</sup>.

Bu türlerden biri olan iradeye bağlı - irade dışı ötanazi kavramı Anglo- Sakson ülkeleri tarafından yapılan bir ayrımdır. İradeye bağlı gerçekleştirilen ötanazi, bilinci yerinde olan ve rızasını bildirmeye ehil bir ölümcül ve acı çeken bir hasta tarafından açıklanan irade beyanı üzerine gerçekleştirilen ötanazi biçimidir. Rızasını açıklamaya ehliyeti olan kimseden anlaşılması gerekenin hangi tip ehliyet olduğu, genel olarak rıza gösterme ehliyetinde olduğu gibi, tartışmalıdır. Ötanazi isteminde bulunan kimsenin asıl olarak temyiz kudretine sahip olması aranmaktadır. Hasta kendisine yapılan müdahalenin anlamını ve önemini algılayabilmelidir. Kişi içinde bulunduğu durumu algılayıp, karar verebilecek durumda olmalıdır. Hastanın temyiz kudretine sahip olup olmadığı, özellikle ötanazi isteminde bulunan kişiler için dikkatle incelenmelidir. Çünkü kişi, hastalığı nedeniyle içinde bulunduğu psikolojinin etkisi

<sup>418</sup> Otlowski; s.214.

<sup>419</sup> Ian N. Olwer; "Is death ever preferable to life?", Kluwer Academic Publishers, 2002, s.108.

<sup>420</sup> Güven; s.12.

altında, makul şekilde karar verme yeteneğinden mahrum olabilir<sup>421</sup>. Bunu engellemek amacıyla gerek aktif ya da pasif ötanaziye ve gerek ölüme yardımı kabul eden ülkelerdeki yasal düzenlemelerde bu hususun dikkate alındığı ve bu soruna çözüm üretilmeye çalışıldığı göze çarpmaktadır.

Ötanazi kural olarak istemeye (rıza, isteğe) bağlı yapılmaktadır. Rızaya dayanan (isteğe bağlı) ötanazinin gerçekleşebilmesi için, temyiz gücünün bulunmasının yanında, aydınlatılmış onam (informed consent) koşulu da aranmaktadır<sup>422</sup>. Bu üç koşulun bulunması yani kişinin kendi durumunun farkında olması ve karar verme yeteneğine sahip bulunması; içinde bulunduğu durum; gelecekte kendisini bekleyen süreç ve tedavisi konusunda bilgi sahibi olması ile herhangi bir etki altında olmadan karar vermesi durumunda ötanazi isteğe bağlı olarak gerçekleşmiştir<sup>423</sup>.

İsteğe bağlı olmayan (rıza dışı - non voluntary) ötanazi ise, hastanın iradesini açıklayamayacağı durumlarda, hasta yakınlarının isteği ile gerçekleştirilen ötanazidir. Hastanın iradesini açıklayamadığı durumlardan kasıt, bilinç kaybıdır. Bilinç kaybı, hastanın iradesinin nörolojik ya da psikolojik nedenlerle alınamaması durumudur. Bu durumun ötanazi için gerekli koşulların olduğu bir anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar altında hasta yakınlarının ya da hastayı temsile yetkili kimsenin açıkladığı iradeye dayanarak isteğe bağlı olmayan ötanazi gerçekleştirilebilmektedir. Buna karşın, hastanın bilincinin kapalı olması ve sayılan kimselerin de bulunmaması durumunda hastanın varsayılan (mefruz) rızasına dayanılarak ötanazinin doktor iradesi ile gerçekleşmesine isteksiz (unvoluntary) ötanazi adı verilmektedir<sup>424</sup>. Ancak bu uygulama, hastanın iradesinin ön planda tutulmasının bir zorunluluk halini aldığı yaşam hakkına yönelik böyle bir müdahale bakımından mümkün olmamalıdır. Biz irade dışı ötanazinin kasten adam öldürme olarak değerlendirilmesinin bir zorunluluk olduğu kanısındayız. Nitekim Kıta Avrupası hukuk sistemleri irade dışı ötanaziye izin vermemektedir. Kişinin önceden bu yönde irade açıklamasında bulunması durumunda da, bunun rıza açıklamasına ilişkin kurallar içinde kabul görebileceği kanısındayız.

<sup>421</sup> Güven; s. 12 vd., s. 148 vd; İncooğlu; s. 159.

<sup>422</sup> Özkara; s.19,20.

<sup>423</sup> Özkara; s.20.

<sup>424</sup> Güven; s. 13,14 ;Özkara; s.20.

Bu ayrımların yanında istem üzerine adam öldürme ve erken ötanazi gibi uygulamalarda ötanazinin türleri olarak nitelendirilmektedir<sup>425</sup>.

#### **bb. Aktif Ötanazi- Pasif Ötanazi:**

Aktif ötanazi, hekimin aktif bir davranışla, örneğin; önce sakinleştirici ardından ölümcül dozda ilaç vererek hastanın hayatına son vermek şeklinde gerçekleştirilmesi halidir. Pasif ötanazi ise, pasif bir davranışla yani hekimin hastanın yaşamını sürdürmesi için gerekli olan yaşamı destekleyici tedaviyi vermeyerek ya da uygulanan tedaviyi sonlandırarak ölümün gerçekleşme süresinin kısaltılması yoluyla gerçekleştirilir<sup>426</sup>.

Genellikle aktif ötanazinin bir türü olarak kabul edilen dolaylı ötanazide ise, ölüm ikincil bir etki olarak ortaya çıkmaktadır. Burada asıl amaçlanan hastanın ağrılarını son vermektir. Ancak, hastaya verilen ağrı kesicinin yan etkisi olarak yaşam süresi kısaltılmaktadır<sup>427</sup>. Kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre dolaylı ötanazi, kişinin kendi kaderini belirleme hakkının içinde kabul edilmeli ve hastaya acılarına son verme hakkı, yan etki olarak ölüm neticesi doğsa bile, tanınmalıdır. Ancak bu uygulama yapılırken öncelikli olarak amaçlanan hastanın ağrılarını dindirmek olmalıdır. Bunun yanında hastanın tedavi edilemez bir hastalığa yakalanmış olması nedeniyle ölümünün yakın olması, yapılacak uygulama konusunda aydınlatılmış olması ve yapılacak uygulamaya rıza göstermesi gibi, ötanazi uygulamalarında aranan genel koşulların bulunması da gerekmektedir<sup>428</sup>.

Birçok araştırma, pasif ötanazinin aktif ötanaziye göre daha çok benimsediğini göstermektedir. Örneğin İngiltere’de 346 hekim üzerinde yapılan anket araştırmasında, hekimlerin 235’inin aktif ötanaziyi reddettiği; sadece 13 hekimin

<sup>425</sup> Bahri Öztürk; “ *Hasta Hakları ve Ötanazi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 581-582.

<sup>426</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut; “ *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:1* “, Beta Yayınları, İstanbul, s. 29; Özkara; s.19.

<sup>427</sup> Hennig Rosenau(çev: Ali İhsan Erdağ); “*Aktif Ötanazi*”, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- V. Türkisch- Deutsches Symposium zum Medizinrecht ( Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları,28 Şubat- 1 Mart 2008- Ankara), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142, Nisan 2008, Ankara, s. 110, Öztürk; s. 581.

<sup>428</sup> Erman; s.128.

aktif ötanaziye benimsediği, 72 hekimin ise çekimser kaldığı tespit edilmiştir<sup>429</sup>. Yine İngiltere’de 308 denek üzerinde gerçekleştirilen araştırmada, deneklerin 276’sının pasif ötanaziye olumlu baktığı ortaya çıkmıştır<sup>430</sup>.

1988 yılında ABD’de tıp öğrencileri ve hekimler üzerinde yapılan bir çalışmada da, pasif ötanazinin aktif ötanaziye nazaran daha çok benimsendiği saptanmış; aynı ülkede yapılan bir diğer araştırmada ise, deneklerin %62’si ötanazi ile yaşam desteğinin kesilmesinin farklı uygulamalar olarak kabul etmiştir. Şikago’da hekimler üzerinde yapılan anket çalışmasında, hekimlerin ötanazi uygulayıp uygulamadıkları sorulmuş; 156 hekimden 61’i ötanazi uygulandığı yanıtını vermiştir<sup>431</sup>.

Yine hekimler üzerinde Türkiye’de yapılan araştırmalar, Türk hekimlerinin pasif ötanaziye, aktif ötanaziye oranla daha çok benimsediklerini ortaya koymaktadır<sup>432</sup>.

Bu benimsemenin bir sonucu olarak; pasif ötanazi, aktif ötanaziye nazaran, daha az kovuşturulur, yasal düzenlemelerle ya da mahkeme kararlarıyla hukuka uygun duruma getirilen bir uygulamadır<sup>433</sup>.

Tüm bunların yanında aktif ötanazi - pasif ötanazi ayrımının yapay bir ayrım olduğunu, özünde her iki uygulamanın da ahlaki açıdan aynı sonucu doğurduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır<sup>434</sup>.

Buna karşılık aktif ve pasif ötanazi ayrımının korunmasının gerekliliğini ileri süren iki tez bulunmaktadır. Bunlardan ilki ötanazi uygulamasında gerçekleştirilen hareketin niteliğine dayanmaktadır. Bu teoriye göre, aktif ötanazi uygulaması aktif bir hareketle gerçekleştiğinden öldürme fiili gerçekleşmektedir. Pasif ötanazide ise, sadece kaçınma vardır, ölüme doğrudan doğruya neden olabilecek aktif bir davranış gerçekleştirilmemektedir. Bu nedenle pasif ötanazi ölüme terketmektir. İkinci teori “çifte etki teorisi” olarak adlandırılmaktadır. Bu teori ise, saiki (amacı) dikkate

---

<sup>429</sup> Güven; s. 15.

<sup>430</sup> Inceoğlu; s.135.

<sup>431</sup> Inceoğlu; s. 136.

<sup>432</sup> Inceoğlu; s. 136.

<sup>433</sup> Inceoğlu; s. 140.

<sup>434</sup> Inceoğlu; s. 141.

almakta; aktif ötanazide ölümün amaçlandığını, pasif ötanazi de ise ölüm neticesinin amaçlanmadığını yalnızca öngörüldüğünü ileri sürmektedir<sup>435</sup>.

Ötanaziye karşı olanların savlarından biri de, Hipokrat Yemini'nde aktif ötanazinin yasaklanmasıdır. Yemin'de şu ibare yer almaktadır: “ *Benden talep edilse dahi, hiç kimseye ne öldürücü ilaç vereceğim ne de öldürücü bir etkiye neden olacak bir şey tavsiye edeceğim*”<sup>436</sup>.

Hipokrat yemini aktif ötanaziye yasaklamanın yanında kürtaj ve ameliyatı da yasaklamaktadır. Oysa yeminin yazıldığı dönemde bu üç uygulama da serbestçe yapılmaktaydı. Yine bu dönemde tedavisi olanaksız olan bir hastanın yaşamına son vermesi de günah olarak nitelendirilmemekteydi. Hatta hekimin yaşamına son vermek isteyen sağlıklı bir kimsenin intihar etmesine yardım etmesi dahi eleştirilen bir davranış değildi. Bu nedenle Hipokrat Yemini'nde bulunan aktif ötanazi yasağının bu dönem uygulamalarıyla ve halkın bu konudaki düşünceleriyle bağdaşmadığı dile getirilmektedir. Hatta bu yeminin Hipokrat tarafından yazılmadığı; çünkü, yeminde yasaklanan ameliyatın Hipokrat'ın başka yazılarında kabul edildiğini iddia edenler de bulunmaktadır<sup>437</sup>.

Hipokrat Yemini'nde tıbbın üç işlevinden söz edilmektedir. Bunlar: hastalıktan kaynaklanan ağrıları dindirmek, hastalığın şiddetini azaltmak ve hastalığın iyileşmesi olanaksız hale gelmesi durumunda tedaviyi reddetmek. Tedaviyi reddetmek hakkı hekime aittir. Bu hakla Hipokrat Yemini'nde pasif ötanaziye izin verildiği söylenebilir<sup>438</sup>. Ancak tüm bu açıklamalara karşın günümüzde pek çok hekim, Hipokrat Yemini'ne dayanarak, ötanazinin tıp meslek değerlerine aykırılık oluşturduğunu iddia etmektedir<sup>439</sup>.

Türkiye'de ötanazi, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinde yer alan; “*Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin*

<sup>435</sup> İnceoğlu; s. 141.

<sup>436</sup> İnceoğlu; s. 170.

<sup>437</sup> İnceoğlu; s. 170 vd.

<sup>438</sup> İnceoğlu; s. 172.

<sup>439</sup> İnceoğlu; s.29.

*hayatına son verilemez.*” hükmüyle kesin olarak yasaklanmaktadır. Yönetmelik aktif ya da pasif ötanazi ayrımı yapmadığından, anılan hükmün Türk Hukuku bakımından ötanazinin iki türünü de engelleyen nitelikli bir hüküm olduğu söylenebilir. Ancak aynı yönetmeliğin 24. maddesinde yer alan “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.*” hükmü nedeniyle pasif ötanazinin Türk hukukunca yasaklanmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır<sup>440</sup>.

Anılan maddenin son fıkrasında yer alan “*Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*” hükmü, pasif ötanazi 24. maddeye dayanılarak kabul edilse dahi; rızanın henüz tıbbi bir sakınca oluşturacak aşamaya gelinmeden geri alınmasını gerektirmektedir. Aksi bir durumda, tedavi edilmek istemeyen bir hastanın tedavisine, tıbbi zorunluluk nedeniyle devam edilmesi gerekmektedir<sup>441</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24 ve 25’inci maddelerinden kaynaklanan çelişkinin giderilmesi bakımından Türk öğretisi farklı çözümler öngörülmektedir. Bir görüşe göre tedaviyi reddetme, ancak icrasına başlanmamış müdahaleler bakımından koşulsuz olarak kabul edilmelidir. Eğer tedaviye başlanmışsa, tedavinin reddedilmesi 25’inci maddede yer alan tıbbi yönden bir sakınca bulunmaması koşuluna bağlıdır<sup>442</sup>.

İkinci bir görüş ise, tedavinin reddinin ölüme yol açması durumu dışında, tedavinin reddedilmesini kabul etmektedir. Ancak bu görüş de pasif ötanazinin kabul edilmesini, modern tıbbın geldiği nokta nedeniyle sakıncalı bulmaktadır<sup>443</sup>.

Bu noktada 09.12. 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak 5013 Sayılı yasa ile onaylanan İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi de önem kazanmaktadır. Bilindiği gibi, 2004 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri kanunların üzerinde yer almış ve iç hukuk bakımından önemli bir bağlayıcılık kazanmıştır. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesinin 5’inci maddesi, tıbbi müdahalelere ilişkin olarak verilen rızanın her zaman geri

<sup>440</sup> Erkan Şenses; “*Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi*”, Suç ve Ceza- Crimen e Poena Ceza Hukuku Dergisi, Ekim Kasım Aralık 2008, S. 4, s. 217,218.

<sup>441</sup> Şenses; s. 218.

<sup>442</sup> Barış Erman; “*Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Mart 2010, s. 32.

<sup>443</sup> Erman; “*Türk Hukukunda ...*”, s. 33.

alınabileceğini düzenlemektedir. Bu durumda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm ortadan kalkmış ve hastanın tedaviyi reddetme hakkı her hal ve koşulda mümkün duruma gelmiştir. Bu hal pasif ötanazinin, Türk hukuku bakımından, hukuka uygun sayılması konusunda önemli bir gelişmedir<sup>444</sup>.

### **cc. Kazai Ötanazi- Medikal Ötanazi:**

Ötanazi uygulamalarının yapıldığı kimi ülkelerde ötanazinin gerçekleştirilebilmesi mahkeme kararına bağlı tutulmaktadır. Mahkeme kararıyla yapılan ötanazi uygulamaları "kazai ötanazi" olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık, ötanazi uygulamasının hekim kararıyla yapıldığı ülkeler de mevcuttur. Hekim kararıyla yapılan ötanazi uygulamalarına "medikal ötanazi" adı verilmektedir. Medikal ötanazi için Hollanda örneği verilebilir. Ülkede iki hekimin konsültasyonu ile ötanazi kararı verilmesi mümkündür<sup>445</sup>.

### **e. İstem Üzerine Öldürme**

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ötanazi iyileşemez bir durumda bulunan ve acı çeken bir hastanın acılarına son vermek amacıyla gerçekleştirilen bir fiil iken; istem üzerine adam öldürme, mağdurun isteği üzerine gerçekleştirilmekte ve herhangi özel bir amaç gütmemektedir. Tartışmalı olsa da ötanazinin hekim tarafından yapılması gerekliliği genellikle kabul gören bir durum iken, istem üzerine adam öldürme fiili herhangi bir kimse tarafından gerçekleştirilebilmektedir<sup>446</sup>.

İntihara yönlendirme suçunda ise, yaşamı sonlandıran hareket bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmekte; fail sadece azmettirmekte, teşvik etmekte, mağdurun intihar kararını kuvvetlendirmekte ya da intihara yardım etmektedir. Fail ölüme

<sup>444</sup> Şenses; s. 218, 219.

<sup>445</sup> Güven; s. 17.

<sup>446</sup> Özen; Ekici- Şahin; s. 17, Çakmut; s.146.



neden olan fiili bizzat gerçekleştirirse, kasten adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır<sup>447</sup>.

İstem üzerine öldürme, mağdurun isteği üzerine öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilir<sup>448</sup>. Bu tanımıyla istem üzerine öldürme, ötanaziden daha geniş bir kavram olarak nitelenebilir.

İstem üzerine öldürme fiilinden doğan cezai sorumluluk konusu tartışmalıdır. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>449</sup>:

Bu görüşlerden ilki istem üzerine gerçekleştirilen öldürme fiilinin cezalandırılmaması gerektiği yönündedir. Bu görüşün savunucularından Ferri, Omicidio Suicido (Cinayet ve İntihar) adlı eserinde, intiharın başkası tarafından gerçekleştirilmesi halinde cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>450</sup>. Ferri'ye göre, insan kendi hayatının egemenidir. Bu nedenle kendi yaşamına son verme hakkına da sahip bulunmaktadır. İntihar cezalandırılan bir fiil değildir. Bu fiilin bizzat kişi tarafından ya da üçüncü bir kimse tarafından gerçekleştirilmesinde bir fark bulunmaması gerekmektedir. Bu nedenle intiharın başka bir kimsenin yardımı ile gerçekleştirilmesi durumunda cezalandırılmaması gerekir. Ferri bu durumda ceza verilmemesini ifade etmekle birlikte, failin amacının da göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre fail burada sadece mağdurun rızası ile harekete geçmemiştir; faili harekete geçiren bazı gayeler vardır. Faili harekete geçiren bu gayeler, toplum dışıysa faile ceza verilmeli; ancak fail ümitsizlikle, mağduru maddi ya da manevi acıdan kurtarmak amacıyla yani insani ve ahlaki saiklerle harekete geçtiyse cezalandırılmamalıdır<sup>451</sup>.

Jost'un 1895 yılında yayınlanan "öldürme hakkı" isimli eserinde talep üzerine öldürmeyi kabul ettiği görülmektedir. Jost ölme hakkının, tedavisi mümkün olmayan

<sup>447</sup> Emin Artuk; "Talep Üzerine Öldürme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, C.7, S. 1-3, 1992-1993, s. 20.

<sup>448</sup> Artuk; "Talep...", s. 19.

<sup>449</sup> Artuk; "Talep..", s. 25, Sulhi Dönmezer; "Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler", Sosyal Hukuk ve İktisat Dergisi, Sene:1,S. 6, Şubat 49, s. 243.

<sup>450</sup> Artuk; "Talep ...", s. 25; Dönmezer, "Talep Üzerine..." , s. 243.

<sup>451</sup> Artuk; "Talep ...", s. 25; Dönmezer, "Talep Üzerine..." , s. 243, Baha Arıkan; "Ötanezi (Euthanasia)", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1954, S: 2, s.121.

akıl hastalarına değil; ölmeyi isteyen ve tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa tutulmuş olan kişilere ait olduğunu dile getirmektedir. Çünkü burada dikkate alınması gereken en önemli husus, hastanın iradesidir. Jost'a göre, devletin bu tip hastaların hayatlarına son vermeleri için yardımda bulunma yükümlülüğü de bulunmalıdır. Bu yardım onların intihar etmelerini kolaylaştırma biçiminde olabileceği gibi, devlet intiharı teşvik ettirmek istemezse, birkaç doktorun teşhisi ile bir kimsenin ölümüne izin vermek şeklinde de olabilir. Ancak akıl hastalarının ölmelerine izin verilmemelidir. Çünkü bu kişilerin irade ve bilinçleri yoktur<sup>452</sup>.

Hélie ve Chauveau'e göre; istem üzerine adam öldürme fiili kanunda yer almamaktadır ve bu fiiller öldürme suçunu da, manevi unsur bulunmadığından, oluşturmamaktadır. Öldürme suçunda manevi unsorda anlaşılması gereken, zarar verme iradesidir. Böyle bir iradenin bulunmaması durumunda yapılan fiil öldürme suçunu oluşturmamaktadır. Böyle fiiller intihar gibi değerlendirilmelidir. Çünkü kişinin ölüme neden olan fiili bizzat gerçekleştirmesi ile bir başkasının aracılığı ile gerçekleştirmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. İstem üzerine öldürmede de böyledir. Bu suçlar kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmelidirler<sup>453</sup>.

Binding ve Hocke ise, üç tip hastadan söz etmektedirler. Bunlar:

- Hastalıklarının tedavisi imkansız olan ve ölümü isteyen hastalar... Binding ve Hocke'a göre, bu tip hastaların ölümüne izin verilmelidir. Bu hastaların ölümüne yardım edilmesinin cezai bir yaptırımının olmaması gerekir.
- Tedavisi mümkün olamayan ve bilincini kaybetmiş akıl hastaları... Yazarlara göre, bu hastaların da öldürülmesi doğrudur.
- Bir kaza geçirmiş ve ağır yaralanarak bilincini kaybetmiş hastalar... Binding ve Hocke'a göre, bu hastaların bilinçleri yerinde değilken öldürülmeleri doğru değildir. Yazarlara göre, tüm bu hastaların yaşamlarının sonlandırılması işi devletin sorumluluğundadır ve bu nedenle devlet kurallar koyarak bu konuda düzenlemeler yapmalıdır<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> M. Muhtar Çağlayan; “*Ötanaz ve İntihar*”, Adalet Dergisi, Yıl: 57, Ocak 1966, s. 7.

<sup>453</sup> Artuk; “*Talep ...*”, s. 26; Dönmezer, “*Talep Üzerine...*”, s. 243, Arıkan; s. 121.

<sup>454</sup> Çağlayan; s. 8.

İkinci bir görüşe göre, istem üzerine öldürme kasten öldürme suçunu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre; istem üzerine öldürme fiilinde kasten öldürme suçunun bütün unsurları bulunmaktadır<sup>455</sup>.

Son olarak, bazı yazarlar istem üzerine öldürmenin öldürme suçu olarak kabul edilmesi gerektiğini; buna karşılık, mağdurun gösterdiği rızanın da dikkate alınarak farklı bir cezayla cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşteki yazarlar, istem üzerine öldürmenin ayrı bir suç olarak ceza kanunlarında yer alması gerektiği düşüncesindedirler<sup>456</sup>.

Genellikle kabul gören düşünce, istem üzerine adam öldürmenin ayrı bir suç olarak ceza kanunlarında düzenlenmesi şeklindedir<sup>457</sup>. Alman Ceza Kanununda olduğu gibi, fiilin ayrı bir suç olarak düzenlendiği ve cezai indirim yapıldığı ülke mevzuatları bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 216'ıncı maddesinde de mağdurun açık ve ciddi isteği üzerine gerçekleştirilen öldürme fiili için cezai indirim öngörülmektedir<sup>458</sup>.

Garraud, istem üzerine öldürme fiilinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesine ve az indirim yapılmasına karşı çıkmaktadır. Garraud'a göre, yasakoyucu rızanın nasıl alındığını, rıza iradesinin ilk olarak kimde bulunduğunu, failin hangi amaçla fiilini gerçekleştirdiğini öngörmesi mümkün olmayabilir. Ancak tüm bu koşullar suçun niteliğini belirlemek için önemlidir. Bu nedenle bu koşulları belirleyerek suçun niteliğini ve cezanın miktarını belirleme yetkisi hakime verilmelidir<sup>459</sup>.

Artuk'a göre, istem üzerine öldürme, basit nitelikli insan öldürme suçudur. Kanunkoyucu suçun basit haline eklemeler yaparak başka suç tipleri yaratabilir. Çünkü, öldürme suçunun bütün unsurları istem üzerine öldürme suçunda da

<sup>455</sup> Dönmezer; "Talep Üzerine...", s. 245.

<sup>456</sup> Dönmezer; "Talep Üzerine...", s.246; Artuk; "Talep ...", s. 28.

<sup>457</sup> Centel, Zafer, Çakmut; s. 34.

<sup>458</sup> Yenisey, Plagemann; s. 287.

<sup>459</sup> Dönmezer; "Talep Üzerine...", s.247.

gerçekleşmektedir. Burada kasten öldürme suçu, mağdurun isteminin eklenmesiyle daha hafif nitelikte bir suç haline gelmektedir. İstem üzerine öldürme, öldürme suçunun hafifletici nedenini oluşturmaktadır<sup>460</sup>.

İstem üzerine öldürme ile rıza üzerine öldürmenin farklı kavramlar olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, öldürme fiili öldürenin önerisine karşılık yapılan kabulle gerçekleşirse, rıza üzerine öldürme; mağdur tarafından belirtilen istekle yapılırsa, istem üzerine öldürme olarak adlandırılmalıdır<sup>461</sup>. Badr'a göre, rıza ile öldürmenin, istem ile öldürmeye nazaran daha ağır cezalandırılması gerekir<sup>462</sup>. İtalyan Ceza Yasası gibi rıza üzerine adam öldürmenin farklı bir suç olarak düzenlendiği yasalar bulunduğu gibi, rıza ile öldürmeye yer verilen ülkelerde genel kabul, rıza ile gerçekleştirilen öldürme fiilinin kasten öldürme olarak nitelendirilmesi ve takdiri olarak cezai indirim yapılmasıdır<sup>463</sup>. İtalyan Ceza Kanunu'nun 579'uncu maddesinde, mağdurun rızası üzerine bir kimseyi öldüren failin öldürme suçundan daha az bir ceza ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Bu fail bakımından aynı kanunun 61'inci maddesinde öngörülen ağırlatıcı sebepler de uygulanamayacaktır. Ancak suç, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi sebeplerle rızasını açıklayamamak durumunda bulunan bir kimseye karşı işlendiyse ya da mağdurun rızası cebir, şiddet ya da telkin ile alındıysa, işlenen fiil kasten öldürme olarak nitelendirilmektedir<sup>464</sup>.

## f. Uygulaması

### aa.Genel Olarak

Ötanazinin suç olarak kabul edilmemesini; hastanın rızasının önemi, mağdurun acılarını sonlandırmak gibi insancıl bir amaca hizmet etmesi nedenlerle ya da adam öldürme suçunun manevi unsurunun gerçekleşmediği, intihar etmenin suç olmadığı

<sup>460</sup> Artuk; "Talep ...", s. 28.

<sup>461</sup> Artuk; "Talep ...", s. 20.

<sup>462</sup> Dönmezer; "Talep Üzerine...", s.247, 8 no'lu dipnot.

<sup>463</sup> Artuk; "Talep ...", s. 20.

<sup>464</sup> Dönmezer; "Talep Üzerine...", s.246.

bir ceza hukuku düzeninde aynı amacın bir diğer kimseye yaptırılmasının da suç olmaması gerektiği gibi kimi gerekçeleri ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Bunun yanında tıbbi gelişmeler nedeniyle çaresiz sayılan bir hastalığın tedavisinin mümkün olabileceği, insanlığın gelişiminin kişileri öldürmekle değil ancak iyileştirmeye çalışmakla mümkün olabileceği gibi kimi modern gerekçeler yanında, Tanrının vereceği canın ancak Tanrı tarafından alınması gerektiği, ötanazinin kamu düzenine ve genel ahlaka karşı olduğu gibi geleneksel dayanaklarla da ötanaziye karşı olan yazarlar bulunmaktadır. Bu iki görüşün yanında ötanazinin cezalandırılması gerektiği düşüncesinde olmakla birlikte, ayrı bir suç olarak düzenleyerek, kasten öldürme suçuna nazaran daha az ceza verilmesi görüşünde olanlar da bulunmaktadır<sup>465</sup>.

Yukarıda da söz ettiğimiz gibi, belirli bir döneme kadar (VI. YY) intihar gerek Kilise Hukuku ve gerek Sivil Hukuk bakımından cezalandırılmayan bir fiildir. Braga Konseyi ile ilk defa cezayı gerektiren bir fiil haline gelen intihar; sonraları yapılan Antidor ve Toledo Konseyleri ile bu niteliğini korumakta ve hatta dinden çıkarma (aforoza edilme) cezasına neden olan bir fiil haline getirilmektedir. İntiharın dini bakımdan cezalandırılmasının ardından sivil yasalar tarafından da suç niteliği kazandığı görülmektedir. İntihara ilişkin kurallar ilk defa 967 yılında Kral Edgar tarafından devlet yasalarına uyarlanmıştır<sup>466</sup>. 18. YY sonlarına kadar intihar Avrupa ülkelerinde hem maddi hem bedensel cezalarla cezalandırılmaktadır. Sivil Hukukta daha ağır cezalar öngörülmesinin nedeni, bu dönemde derebeylik (feodal) sisteminin çökmeye başlaması sebebiyle intiharın hem dini hem de topluma karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmesidir<sup>467</sup>.

Ötanazi yapan kişinin cezasının hafifletilmesi düşüncesinin hukuk metinlerine ilk yansımaları 1794'te yürürlüğe giren bir kanunla olmuştur. Büyük Frederik zamanında yürürlüğe giren bu kanunla ölmek üzere olan bir hastayı ya da yaralıyı öldüren kimse taksirle adam öldürmekten sorumlu tutuluyordu<sup>468</sup>.

<sup>465</sup> Centel- Zafer-Çakmut; a.k., s.30-31.

<sup>466</sup> İnceoğlu; s. 50.

<sup>467</sup> İnceoğlu; s. 52.

<sup>468</sup> Bayraktar; s. 152.

Ondokuzuncu yüzyılda morfinin ağrı kesici olarak yaygın kullanımı ötanazi tartışmasında yeni bir çağın başlamasına neden olmuştur. Bu dönemde Samuel Williams isimli bir kişi, morfinin sadece terminal dönemdeki hastaların ağrısını kesmek için değil; hastaların yaşamına son vermek için de kullanılabilmesini savunmuştur. 1800'li yılların sonlarında bu öneri tıp dergilerinde ve bilimsel toplantılarda büyük ilgi görmüştür<sup>469</sup>.

1903 yılında, New York Hekimler Birliği Kurulu kanser, ileri derecede verem gibi anılan dönem için tedavisi mümkün olmayan kimi hastalıklarda, doktorun hastanın yaşamına son verme görevinin bulunduğu karar vermiştir. Yine bu yıllarda Ohio ve Iowa Eyaletlerinde “ *acular içinde kıvranan hastaların öldürülebilmesine*” yönelik yasa tasarıları hazırlanmış ancak bu girişimler başarısızlıkla sonuçlanmıştır<sup>470</sup>.

1922 tarihli Sovyet Ceza Kanunu'nda istem üzerine, merhamet duygusu ile işlenen adam öldürme suçlarında, ceza indirimi öngörülmekteydi<sup>471</sup>.

İngiltere'de Lordlar Kamarasında ötanazinin yasalaşması için bir yasa tasarısı tartışılmış ancak reddedilmiştir. Bu tasarıya göre; tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan hastanın, biri görevli iki tanığın önünde rızasını açık ve yazılı olarak bildirmesi ve bu isteğin biri Sağlık Bakanlığı'nca görevlendirilen; diğeri hastayı tedavi eden olmak üzere iki doktor raporu ile desteklenmesi gerekir. Hastanın kararını bildirmeden ve ölümünden üç gün önce en yakını ile görüşürülmesi gerekmektedir. Ayrıca hastanın bu kararı yedi gün içinde uygulama kabiliyeti kazanır<sup>472</sup>.

1934 yılında yürürlüğe giren Uruguay Ceza Kanunu'nun 27. maddesine göre; hakim, merhamet duygusu ile işlenen adam öldürme suçlarında ceza vermeyebilir<sup>473</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ötanazi tartışmaları 1930'lu yıllarda canlandı<sup>474</sup>. 1938 yılında ötanazinin yasallaşması için Amerikan Ötanazi Derneği kuruldu<sup>475</sup>. Bu

<sup>469</sup> Manning; s.11.

<sup>470</sup> Bayraktar; s. 152, 153; Manning; s. 12.

<sup>471</sup> Bayraktar; s. 154.

<sup>472</sup> Bayraktar; s. 153, 154; Manning; s. 12.

<sup>473</sup> Bayraktar; s. 153; [http://www.assistedsuicide.org/suicide\\_laws.html](http://www.assistedsuicide.org/suicide_laws.html)

yıllarda Nebraska Senatörü John Comstock aktif ötanazinin yasalaşması için bir çağrıda bulundu. Kamuoyunun ilgisini çeken bu çağrı asla oylanmadı. İngiltere’de yasa tasarısı üzerine başlayan ötanazi tartışmalarına; II. Dünya Savaşı sırasında Nazi ölüm kamplarının ortaya çıkması ve bu imha kamplarında Alman doktorların işbirliği yapmaları nedeniyle ara verilmiştir. Benzer bir durum Amerika Birleşik Devletleri bakımından da geçerliydi. II. Dünya Savaşı çıkana dek, pek çok kişi ötanazinin kabul edilmesini sadece zaman meselesi olarak görürken; Nazilerin özürsüz çocuklara ilişkin uygulamaların duyulmasının ardından ötanazi yanlıları savundukları ile Nazi uygulamalarının aynı olmadığını dile getirmeye çalışıyorlardı<sup>476</sup>.

II. Dünya Savaşının ardından New York’ta 1776 Komitesi ( The Community of 1776)<sup>477</sup> adı altında ikibin doktor bir yasa tasarısı hazırladı. Bu tasarıya göre, tedavisi olanaksız bir hastalığa yakalanan 21 yaşını doldurmuş ve özgürce ötanazi talebinde bulunmuş bir hastaya, belirli koşullarla ötanazi uygulanabilecekti. Bu koşullar biri hukukçu ikisi doktor olan bir heyet tarafından gerekli incelemelerin yapılması ve bu incelemenin olumlu sonuçlanması ile anılan bu incelemelerin ardından hastaya birkaç gün sonra talebinin yeniden sorulması ve hastanın isteğini yinemesidir. Bu durumda hastaya ilaç (morfin) verilerek yaşamının sonlandırılabilirdi. Bu teklif aynı dönemlerde İngiltere Parlamento’sunda yapılan teklifle büyük benzerlikler taşımaktadır<sup>478</sup>.

Anılan tasarıya bazı doktorlar tarafından, böyle bir yasanın meslek saygınlığını ortadan kaldıracığı ve tıbbın tedavisi imkansız hastalıklar bakımından çözüm aramaktan vazgeçeceği gerekçeleriyle karşı çıkılmıştı<sup>479</sup>.

1970’lerden itibaren Hollanda’da; 1980’lerin sonundan itibaren de Amerika Birleşik Devletleri ile İngiltere’de ötanazi tartışmaları yeniden hız kazanmıştır<sup>480</sup>.

---

<sup>474</sup> Manning; s. 12.

<sup>475</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia\\_in\\_the\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia_in_the_United_States)

<sup>476</sup> <http://euthanasia.procon.org/view.resource.php?resourceID=000130>

<sup>477</sup> <http://euthanasia.procon.org/view.resource.php?resourceID=000130>

<sup>478</sup> Dönmezer, Sulhi; “*Talep Üzerine...*”, s. 153.

<sup>479</sup> Dönmezer; “*Talep Üzerine...*”, s.245.

<sup>480</sup> Manning; s.13; Güven; s. 39.

## bb. Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerindeki Uygulamalar

### aaa. İngiltere

İngiltere’de 1962 yılına kadar suç olarak düzenlenen intihara teşebbüs, her ne kadar yürürlükte olduğu son yıllarda düşük cezalarla cezalandırılmış olsa da, ötanaziye bakışın anlaşılması bakımından önemli bir göstergedir<sup>481</sup>. Ötanazi, İngiltere’de 1980 yılında İngiltere’de doğan down sendromlu John Pearson’un ölümünden sonra yapılan otopsisinde hastalığından değil, besin almama ve ağrı kesici bir ilaç verilmesi nedenleriyle öldüğü anlaşılmıştır. Bebeğin anne ve babasının hastalığı nedeniyle bebeği istememesi nedeniyle Dr. Arthur’un talimatıyla gerçekleştirilen ve “hemşire bakımı” adını alan bu işlemler neticesinde bebeğin öldüğünün anlaşılması üzerine, Dr. Arthur adam öldürme suçlamasıyla karşı karşıya kalmıştır. Bebek üzerinde yapılan patolojik incelemeler neticesinde ölüm sebebinin zatürre olduğu anlaşılmış; ancak verilen ilaç yüzünden mi yoksa bebekte bulunan anomalilerin mi zatürreye sebep olduğu konusu tartışmalara neden olmuştur. Dava görüldüğü esnada doktorlar Dr. Arthur’u desteklemişler; sakat bir çocuğun yaşamına son verilmesinin ahlaki bir davranış olduğunu ileri sürmüşlerdir. Tıbbi görüşlerin bu yönde olması ve geleneksel hukuk (Common Law) ile çakışması nedeniyle iki öntasarı hazırlanmış ve belirli bir yaşam kalitesine (hastanın hoşlanmayacağı) sahip olmayacak 28 günlükten ufak bebeklere ölüm hakkının tanınacağı kabul edilmiştir<sup>482</sup>.

Aynı tarihlerde doğan bir başka bebeğe de down sendromu tanısı konulmuş; bebekte bağırsak tıkanıklığı da tespit edilmiştir. Herhangi bir cerrahi müdahale olmaksızın birkaç gün içinde öleceği belirlenen bebeğe müdahale yapılması ailesi tarafından istenmemiştir. Ailenin rıza vermemesi üzerine doktorlar mahkemeye başvurmuş; mahkeme de cerrahi müdahalenin yapılmasına karar vermiştir. Müdahale yapılmış ve bebek başka bir hastaneye nakledilmiştir. Ancak nakledildiği hastanede ailenin rızası olmadığı için doktorlar, bebeğe gerekli operasyonları yapmaktan kaçınmışlar ve konuyla ilgili yeniden yargı makamlarına başvurulmuştur. İstinaf mahkemesi; gerekli

<sup>481</sup> İnceoğlu; s. 62, 63; Güven; s. 40.

<sup>482</sup> Güven; s. 39,40.



operasyonlar yapılırsa ve bu müdahaleler başarılı olursa bebeğin yirmi, otuz yıl kadar daha yaşaması ihtimali nedeniyle, her türlü müdahalenin yapılması gerektiğine karar vermiştir<sup>483</sup>.

### bbb. Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de, 1982 yılında; down sendromu ve esophageal atresia hastalıkları ile doğan bebeklerini açlığa terk ederek ölmesine izin verdikten sonra; 1983 yılında hidrosefali ve bir dizi konjenital hastalıkla doğan bebeklerini de, diğer çocuklarının böyle bir kardeşle birarada yaşamasının haksızlık olacağından söz ederek, tedaviyi reddetmek suretiyle ölümüne izin verilmesini isteyen Dole ailesinin isteği Federal Mahkeme tarafından reddedilmiştir<sup>484</sup>.

Cruzan kararı bu dönemde ötanazi konusunda ABD’de verilmiş bir diğer dikkat çekici karardır. 1983 yılında 33 yaşındayken geçirdiği trafik kazası sonucunda devamlılık gösteren bitkisel hayata giren Bayan Cruzan’ın kazadan bir yıl sonra da nörolojik bulgularında bir değişiklik olmamış; hastanın beslenmesi için tüp bağlanmıştır. Üç yıl boyunca devam eden bu durum neticesinde Bayan Cruzan’ın ailesi, hastaneden, beslenmenin kesilmesi yönünde bir talepte bulunmuşlardır. İsteğin yargıya intikal etmesinin ardından; Bayan Cruzan’ın ölmek istediği yönünde herhangi bir beyanının bulunmaması sorunu ile karşı karşıya kalınmıştır. Bayan Cruzan’ın kazadan sonra bu yönde bir irade beyanında bulunacak olanağı olmamıştır. Ancak, kazadan bir yıl önce evinde çalışan işçisine böyle bir durumda bir bitki gibi yaşamak istemeyeceği yönündeki açıklaması ve ailenin de Cruzan’ın böyle yaşamak istemeyeceği yönündeki beyanı mahkemece yeterli görülmüş; 1988 yılında Missouri Kaza Mahkemesi beslenmenin kesilebileceğine karar vermiştir. Kaza mahkemesinin bu kararı, yaşam desteğinin ancak sıkı formalitelerle kesilmesi gerektiği ve Bayan Cruzan’ın ölme isteği ile ilgili açık ve yeterli delil elde edilmemiş olması gerekçesiyle, Missouri Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Bu kararın da temyiz edilmesi üzerine Amerikan Yüksek Mahkemesi, Missouri Yüksek Mahkemesi’nin verdiği kararı onamıştır. Ancak kararda da belirtildiği gibi, anayasal koruma altında bulunan özgür kimsenin istemediği bir tedaviyi reddetme hakkı

---

<sup>483</sup> Güven; s. 39, 40.

<sup>484</sup> Güven; s. 34.

bulunmaktadır. Ehliyetsiz hastalar bu haklarını doğrudan doğruya kullanamamakla birlikte böyle hastalar için özel birtakım önlemler alınmak suretiyle haklarını kullanmaları sağlanabilir. Yüksek Mahkeme, hastanın böyle bir duruma geldiği zamana yönelik düzenlenmiş veya belirtilmiş bir ölme istemi yoksa, devletin kişinin yaşamını kollama ve koruma görevi bulunduğundan, kendisi dışında hiç kimsenin yaşam desteğini kesme kararı vermeye hakkı olmadığına hükmetmiştir. Bu karar çeşitli eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştirilere göre; eğer bir kimsenin tedavinin kesilmesi yönünde beyanda bulunma ve tedavinin kesilmesini sağlama hakkı varsa; bu beslenmenin kesilmesini de kapsar nitelikte olmalıdır. Yapay beslenmenin diğer tıbbi müdahalelerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Bayan Cruzan'ın ailesi kaza mahkemesine bir kere daha başvurarak, yeni tanıklar sunmuşlar; bu tanıkların da Cruzan'ın bu şekilde yaşamını sürdürmek istemeyeceğini beyan etmesi üzerine, beslenmenin kesilmesi yönünde bir karar alınmıştır. Beslenmenin kesilmesinden oniki gün sonra Bayan Cruzan yaşamını kaybetmiştir<sup>485</sup>.

ABD'de verilen kararlar arasında en tartışılan kararlardan biri de hiç kuşkusuz Bouvia davasıdır. Bouvia davasına konu olan Bayan Bouvia'nın ölümcül bir hastalığı bulunmamaktadır; ancak, hasta kendi kendine hayatını sürdüremeyecek durumdadır. Bayan Bouvia ölme konusundaki isteğini defalarca beyan etmiş; aç kalarak yaşamına son vermek ve bu süreci bir Devlet hastanesinde geçirmek yönündeki istemi de 1983 yılında Kaza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu tarihten iki yıl sonra Bayan Bouvia, tedavi gördüğü hastanede günlük ihtiyacından daha az kaloriyle beslenmeye başlamış; hastane çalışanlarının kendisini zorla beslemelerine izin vermemiş ve konuyla ilgili yargı yoluna başvurmuştur. Bouvia beslenmemesinin nedenini fiziksel durumuna bağlamakta; intihar etmek gibi bir amacının olmadığını dile getirmekteydi. Kaza Mahkemesi Bouvia'nın talebini hastanın beslenmeyi reddetmekle ölmeyi amaçladığı gerekçesi ile reddetmiştir. Buna karşılık California Yüksek Eyalet Mahkemesi, Kaza Mahkemesinin hastanın intihar etme isteğiyle ilgili kanı edinmek için yeterli delile sahip olmadığına ve kişinin beslenme tüpünü reddetme hakkının bulunduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre; kişinin sonunda öleceğini bilirse dahi tedaviyi reddetme hakkı vardır<sup>486</sup>.

<sup>485</sup> Güven; s. 36; İlkin İçelli, Murat M. Demet; "Rasyonel İntihar", Anadolu Psikiyatri Dergisi, 2001; S. 2(4); s. 230-235, İnceoğlu; s. 190.

<sup>486</sup> İnceoğlu; s. 186 vd.; Özkara; s. 28 vd.; <http://www.lawlink.com/research/caselevel3/63073>

Devam eden süreçte ABD’de hastalar ve onların vekilleri tedaviyi ve yaşamı uzatmaya yönelik önlemleri almayı reddetme hakları için savaştılar ve bu hakları kazandılar. Amerika Birleşik Devletleri’nde 1991 yılında Hastanın Kendi Kaderini Tayin Kanunu (Patient Self Determination Act) yürürlüğe girdi. Anılan kanun; muayane, tıbbi bakım, hemşirelik ya da evde bakım hizmetlerini veren her türlü sağlık kurumunun hastalarına ve danışanlarına, tedaviyi ve yaşamı uzatmaya yönelik önlemleri almayı reddetme hakkı olduğunu hatırlatmayı zorunlu kılmaktadır. Bunun yanında medikal ya da cerrahi tedaviyi red ya da kabul etme hakkının bulunduğunu hatırlatmak ve bu konuda bir ön talimat<sup>487</sup> hazırlayıp bunu onaylatması gerekmektedir<sup>488</sup>.

1991 yılında Washington Eyaletinde yapılan halk oylaması girişimi başarısızlıkla sonuçlandıktan sonra<sup>489</sup>; 1994 yılında yapılan 16 sayılı halk oylaması neticesinde Oregon Eyaletinde Onurla Ölüm Yasası (Death with Dignity Act) kabul edilerek doktor yardımıyla intihar hakkı kabul edilmiştir<sup>490</sup>. Yasa % 51.3 evet; % 48.7 hayır oyu ile yürürlüğe girmiş ve kabul edildikten sonra da kaldırılması yönünde girişimlerde bulunulmasına rağmen, bu girişimler başarısızlıkla sonuçlanmıştır<sup>491</sup>.

Yasaya göre; 18 yaşını doldurmuş ve Oregon Eyaletinde yaşayan, tedavisi olmayan bir hastalığının ( Yasa “terminal disease” terimini kullanmış ve bu terimi tanımlar maddesinde tedavi edilemez, geri dönüşü bulunmayan ve altı ay içinde ölüme neden olabilecek nitelikte bulunduğu tıbben onaylanmış hastalık olarak tanımlanmıştır.) bulunduğu iki doktor tarafından ( hastalığı tedavi eden ile danışman doktor) saptanmış bulunan kişi, insancıl ve onurlu bir şekilde hayatını sona erdirmeye amacıyla, ölmek için ilaç isteyebilir. Yaşlılık ve sakatlık nedeniyle bu talepte bulunulamaz<sup>492</sup>.

<sup>487</sup> Advance directive (tr.ön talimat) Kişinin, kendisine uygulanacak tıbbi tedaviyi kabul veya reddetme hakkını, bu yöndeki iradesini dile getirme yetisini zihinsel veya fiziksel olarak tamamen kaybettikten sonra bile koruyan ve söz konusu kişi tarafından hazırlatılarak onaylanan bir tür belge. Bu bir vasiyet, noter onaylı bir irade beyanı, ya da süresiz bir vekaletname olabilir. (Kaynak: <http://www.termbank.net/psychology/5279.html>)

<sup>488</sup> Manning; s.13.

<sup>489</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia\\_in\\_the\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia_in_the_United_States)

<sup>490</sup> Inceoğlu; s. 185.

<sup>491</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia\\_in\\_the\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia_in_the_United_States)

<sup>492</sup> “ 127.805 §2.01. Who may initiate a written request for medication. (1) An adult who is capable, is a resident of Oregon, and has been determined by the attending

Hastayı tedavi eden doktor ya da danışman doktor hastanın psikolojik ya da psikiyatrik bir rahatsızlığı olduğuna ilişkin belirtilere rastlarsa hastayı psikolojik danışma alması için sevk edebilir.

Doktor yardımıyla ölüme yardım için hastadan sözlü ve yazılı olarak isteğini beyan etmesi talep edilmektedir. Hastanın sözlü beyanından sonra en az onbeş gün; yazılı beyanından sonra ise, en az kırksekiz saat sonra hastanın ölümüne yardım için reçete yazılabilir. Rıza gösteren hastanın ehliyetli olduğunu ve kimsenin etkisi/ baskısı altında bulunmaksızın kendi iradesi ile karar verdiğini doğrulayan iki tanığın da beyanı imzalaması gerekmektedir. Tanıklardan birinin hasta ile kan, evlilik ya da evlatlık bağının bulunmaması, yaptığı tanıklık beyanı ile hastanın ölümü halinde ölenin mirasına ilişkin bir hak elde edecek durumda olmaması, hastanın kaldığı hastanenin sahibi ya da hastaneden görev yapan bir sağlık çalışanı olmaması, hastanın danışman hekimi olmaması gerekmektedir.

1999 yılında Texas Eyaletinde kabul edilen Yararsız Bakım Kanunu (Texas Futile Care Law) ile bazı durumlarda doktorların yaşam destek ünitelerini kapatabilme hakkı sağlandı. Örneğin; tedavi edilemeyecek derecede hasta olanlara uygulanan suni solunum cihazının kapatılması gibi bir uygulama kanunla hukuka uygun hale gelmiştir<sup>493</sup>.

5 Aralık 2008 tarihinde Montana'da Kaza Mahkemesi yargıcı Dorothy Mc Carter; tedavisi mümkün olmayan bir hastanın açtığı davada, davacı lehine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış bir kimsenin doktor tarafından (reçete ile) verilen öldürücü dozda ilacı kendisine uygulama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Böyle bir reçeteyi yazan doktor herhangi bir cezai yaptırımla karşılaşmayacaktır ( Bexter v. Montana). Montana Yüksek Mahkemesi anılan dava ile ilgili olarak ötanazi konusunda bir emsal

---

physician and consulting physician to be suffering from a terminal disease, and who has voluntarily expressed his or her wish to die, may make a written request for medication for the purpose of ending his or her life in a humane and dignified manner in accordance with ORS 127.800 to 127.897.

(2) No person shall qualify under the provisions of ORS 127.800 to 127.897 solely because of age or disability. [1995 c.3 §2.01; 1999 c.423 §2]"

<sup>493</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia\\_in\\_the\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia_in_the_United_States)

kararının ve eyalet kanunlarında da ölmek üzere olan bir hastaya yardım eden bir doktorun kamu yararına aykırılık oluşturacak bir fiil gerçekleştirdiğine ilişkin bir maddenin bulunmadığına dikkat çekmiştir<sup>494</sup>.

Aynı yıl Washington Eyaleti seçmeni yapılan halkoylaması neticesinde 1000 sayılı kanun teklifini kabul etmiş ve Washington Onurla Ölüm Yasası ( Washington Death with Dignity Act ) yürürlüğe girmiştir ve yasa ölmeye yardımcı hukuka uygun hale getirmiştir<sup>495</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde tüm bu gelişmelerin yanı sıra başarısızlıkla sonuçlanan kimi girişimler de olmuştur. Söz gelimi yukarıda değindiğimiz Washington Onurla Ölüm Yasası kabul edilmeden önce, 1999 yılında getirilen yasa teklifi halk tarafından reddedilmiştir. 1992 yılında California'da; 1998'de de Michigan'da benzer bir girişim başarısızlıkla sonuçlanmıştır. 2000 yılında Maine Eyaleti doktor yardımı ile ölmeyi kanunlaştırma girişimi de % 51 hayır oyu ile reddetmiştir<sup>496</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nin ötanaziyi yasal bir zemine oturtma çabaları devam ederken; sözü edilmesi gereken en önemli kişilerden biri de şüphesiz Dr. Jack Kevorkian'dır<sup>497</sup>. Dr. Kevorkian ölmeye ( intihara) yardımın suç oluşturmadığı Michigan Eyaleti'nde faaliyetlerini sürdürmüş; icat ettiği bir makine ile yaklaşık 120 hastanın ölümüne yardım ettiğini dile getirmiştir<sup>498</sup>. Dr. Kevorkian'ın eylemlerini engellemek amacıyla Michigan Eyaletinde gerçekleştirilen yasal düzenlemenin ardından; 1993 yılında iki hastaya ölmelerine yardım ettiği için yargılanan Dr. Kevorkian jüri tarafından suçsuz bulunmuştur<sup>499</sup>. 22 Kasım 1998 tarihinde televizyonda yayınlanan "60 Dakika" isimli programda; 52 yaşında amiotrofik lateral skleroz hastası Thomas Youk'un ölümüne yardım görüntüleri yayımlandıktan sonra, hakkında açılan davada mahkum olmuştur<sup>500</sup>.

<sup>494</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Baxter\\_v.\\_Montana](http://en.wikipedia.org/wiki/Baxter_v._Montana)

<sup>495</sup> <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=70.245&full=true>

<sup>496</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia\\_in\\_the\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia_in_the_United_States)

<sup>497</sup> Mahmut Tokaç; "Ötanazi", SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi İlkbahar 2010; S: 14, s.74-79.

<sup>498</sup> İnceoğlu; s. 184, 185, Tokaç; s. 75.

<sup>499</sup> İnceoğlu; s.185; Güven,; s. 37.

<sup>500</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Jack\\_Kevorkian](http://en.wikipedia.org/wiki/Jack_Kevorkian)

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ABD’de kimi eyaletlerde doktor yardımlı intihar (ölmeye yardım) kabul edilmekle birlikte; aktif ötanazi yasal değildir. Aktif ötanazi uygulaması ABD yasalarına göre adam öldürme suçu olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada rıza, fiili hukuka uygun hale getiren bir durum olarak görülmemektedir<sup>501</sup>.

### ccc. Avustralya

25 Mayıs 1995 tarihinde, Avustralya’nın Kuzey Yasama Meclisi, ölümcül hastaların doktor yardımı ile intihar etmelerine ilişkin yasayı kabul etti. Yasa sadece Avustralya’nın kuzeyinde uygulanmaktadır ve tedavi edilmesi mümkün olmayan bir hastalığa sahip ve kabul edilemez acılar çeken ve durumu uzman bir hekim tarafından tespit edilmiş, yetişkin Avustralyalılara uygulanabilir. Kanun, hastanın ölümcül bir hasta olduğundan ve depresyonda olmadığından emin olmak için, biri ölümcül hastalıklar, diğeri psikiyatri konusunda uzman iki doktorun muayanesini zorunlu kılmaktadır. Hastanın ağrısını kabul edilebilir seviyelere indirecek alternatif bakım seçenekleri varsa, hastayı muayane eden danışman doktorların da tavsiyesi dikkate alındıktan sonra, ölmek için tıbbi yardım yapılmayabilir. Yasa da ayrıca hastanın bilinçli bir seçim yaptığından emin olunması amaçlanmaktadır. Doktor, hastalığın doğal seyri ve uygulanabilir tedavi yöntemleri konusunda hastayı bilgilendirmek zorundadır. Hasta bu bilgileri aldıktan sonra ölme isteğini dile getirebilir. Doktorun ayrıca, hastanın karar alırken ölümü halinde ailesi bakımından gerçekleştirilecek sonuçları da gözönünde bulundurduğundan ve hür iradesiyle gönüllü olarak karar verdiğinden de emin olması gerekmektedir. Kanun iki aşamadan oluşan dokuz günlük bir bekleme süresi öngörmektedir. Yaşamı sonlandırmak için müdahale etmek için, hastanın ilk talebinin ardından yedi gün; talep belgesinin imzalanmasından sonra 48 saat geçmesi gerekmektedir. Talep belgesinin imzalanması için iki doktorun şahitliği gerekmektedir. Hasta fiziksel engeli nedeniyle belgeyi imzalayamıyorsa; belgeyi tanık olarak imzalayacak olan doktorlar dışında 18 yaşını doldurmuş ve hastanın ölümünden herhangi bir çıkarı olmayan bir kimse belgeyi imzalayabilir. Kanun 1996 yılının temmuz ayında yürürlüğe girdi ve

---

<sup>501</sup> İnceoğlu; s. 186.

takip eden dokuz ay içinde anılan kanun hükümlerine dayanarak dört hasta doktor yardımıyla intihar talebinde bulundu. Anılan kanun, 1997 yılının Mart ayında “Milletler Topluluğu Ötanazi Kanunları ” (Commonwealth Euthanasia Laws)’nın kabulüyle yürürlükten kalkmıştır. Yasa, Avustralya eyaletlerinde bir başkasının kasti olarak öldürülmesi şekli olan ötanaziye ya da bir kişinin kendi hayatını sona erdirmesine yardımcı olmaya izin veren yasal düzenlemeleri kabul etmelerini engellemektedir. Ancak anılan düzenleme, yaşam destek tedavilerinin geri çekilmesine veya kısıtlanmasına yönelik ve ölmekte olanlara palyatif (geçici) ve acı dindirici/yatıştırıcı tedaviyi düzenleyen yasaların çıkarılmasına, hastanın kasti olarak öldürülmesini onaylamadığı sürece, izin vermektedir<sup>502</sup>.

### ddd. Kanada

Kanada’da ötanazi konusunda hukuk kuralları ile tıbbi etik kurallarının çakıştığı, bu nedenle de yaşam desteğinin kesilmesi ya da ötanazi konularında tıbbi etikin önerilerinin toplum tarafından da genel kabul görmesine karşın, hukuk kurallarının bu ihtiyaca cevap vermediği görülmektedir. Kanada Anayasası ölme hakkını düzenlememektedir; Ceza Yasası’na göre, doğrudan ya da dolaylı olarak bir kimsenin ölümüne neden olan kimse, mağdur rıza göstermiş ya da talep etmiş olsa da cezalandırılmaktadır. Mevzuatta yer almamasına rağmen Kanada Mahkemelerinin pasif ötanaziye olanak tanıdığı kararlar bulunmaktadır. 1988 yılından beri geçirdiği hastalık nedeniyle felç olan ve durumu devamlılık arzeden Nancy B., 1991 yılından itibaren yaşam desteğinin çekilmesini talep etmiştir. Ancak Nancy B.’nin doktoru hukuki ve ahlaki nedenlerle tedaviyi sürdürmüştür. Olay, 1993 yılında, Quebec Yüksek Mahkemesi’ne taşınmış; mahkeme Nancy B.’nin talebini bilinci yerinde olan bir hastanın rızası dışında tedavi edilmesinin tecavüz ya da yaralama suçunu oluşturacağı gerekçesiyle kabul etmiştir. Buna karşılık, hekim yardımı ile intihar hukuka uygun değildir. Amyotrofik lateral skleroz hastası olan Rodriquez’in, Kanada Ceza Kanunu’nda ölüme yardımcı suç sayan hükmün Kanada Hak ve Özgürlükler Anlaşmasına aykırılığı iddiasıyla, Yüksek Mahkeme’ye yaptığı başvuru reddedilmiştir. Mahkeme’nin gerekçesi, devletin yaşamı koruma yararının, bireysel yarardan üstün olmasıdır. Ceza Kanunu’ndaki hüküm, Anlaşma’ya aykırı olsa da bu

<sup>502</sup> Raphael Cohen Almagor, “*Euthanasia in the Netherlands: the policy and practice of mercy killing*”, Kluwer academic Publishers, 2004, s. 3-4.

menfaat çatışması nedeniyle ceza hükmünün temel haklara aykırılık teşkil etmemektedir<sup>503</sup>.

## cc. Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Uygulama

### aaa. Hollanda

Hollanda ise, ötanazinin yasal olarak kabul edildiği ilk örnektir. Ötanazi, Hollanda hukukunda hastanın açık istemiyle doktor tarafından yaşamının sonlandırılması olarak tanımlanmaktadır<sup>504</sup>.

Her ne kadar Hollanda'da, ötanaziye ilişkin ilk yargı kararı 1952 tarihli olsa da; ötanazinin tartışılmaya başladığı karar 1973 tarihli Leeuwarden Bölge Mahkemesinin verdiği karardır<sup>505</sup>. Anılan davada pratisyen bir hekim, beyin felci geçirmiş, konuşma zorluğu çeken ve duyma yetisini kaybetmiş olan annesinin yaşamını sonlandırdığı için yargılanmış; ölme isteğini defalarca dile getiren ve bir sandalyeye bağlı olarak bakımevinde yaşamını sürdüren annesinin isteğini morfin enjekte ederek yerine getiren hekim, mahkeme tarafından suçlu bulunmuştur. Söz konusu kararda, pratisyen hekim, annesine yavaş yavaş morfin enjekte edip, ömrünü kısaltmak suretiyle değil, birden öldürücü doz enjekte edip, ölüme sebebiyet verdiği için suçlu bulunmuş ve az miktarda bir ceza ile cezalandırılmıştır<sup>506</sup>.

İlk kararı izleyen kararlarda, doğrudan ölüme sebebiyet veren durumlarda suç olarak nitelendirilmemeye başlanmıştır. Örneğin Alkmaar davasında, iyileşme olanağı bulunmayan 95 yaşındaki bir kadın hastanın defalarca bu isteğini doktoruyla paylaşması ve bilincini yitirip tekrar yerine geldikten sonra ısrar etmesinin ardından, doktoru asistanıyla görüşüp hastanın isteği yönünde hareket etme kararı almıştır. Doktor birbirini izleyen üç iğne yapmış, bunun üzerine hasta önce komaya girmiş ardından yaşamı son bulmuştur. 10.05.1983 tarihinde alınan kararda, Yüksek Mahkeme, olayı kişinin kendi kaderini belirleme hakkı altında inceleme yoluna gitmemiş; burada doktorun görevlerinin çatışmasından doğan zorunluluk hali

<sup>503</sup> Güven; s. 42.

<sup>504</sup> İnceoğlu; s. 192.

<sup>505</sup> Güven; s. 26.; İnceoğlu; s. 194.

<sup>506</sup> Güven; s. 26; İnceoğlu; s. 194, 195.



olduğunu dile getirmiştir. Karara göre; doktorun, biri hastanın acılarına son vermek, diğeri hastanın yaşamını korumak olan iki görevi çatışmaktadır. Doktor, bu iki görev arasında seçim yaparken, dikkatli bir şekilde inceleyerek karar verir ve kararı objektif bir şekilde doğrulanırsa; liste halinde sayılan tıbbi koşullara uygun davranırsa suçlanmamalıdır. Bu koşullar tedavisi olmayan ya da uzun süren ve ızdırap veren bir hastalık olacak, yetişkin hasta özgür ve yinelenen bir şekilde hayatına son vermek istediğini dile getirecek ve bu kararından vazgeçtiğine ilişkin herhangi bir belirti de olmayacaktır. Bu koşullar altında doktor, hasta ile konuşarak, hastanın yakınlarına danışarak ve son olarak diğeri hekimlerle görüş alışverişi (konsültasyon) yaparak ötanaziyi uygulamak zorundadır. Bu karar hakim kanunu aşarak, kanun koyma yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>507</sup>.

Benzer bir olay olan Groningen davasında ise, Yüksek Mahkeme danışman doktorun hastayı görmediği gerekçesiyle ötanazi uygulayan hekimi suçlu bulmuştur<sup>508</sup>.

Bu yıllarda, Hollanda Kraliyet Tabipler Birliği, yayınladığı bir bildiri de, kürtaj ve ötanazi gibi kimi konularda tam bir görüş birliğinin (konsensusun) sağlanmasının olanaksızlığını dile getirerek; hangi koşullar altında ötanazinin mümkün olacağını ortaya koymuştur. Bu koşullar:

1. Hastanın açık, etki altında kalmadan verilmiş, şüpheye yer bırakmayan, ısrarlı, üzerinde iyice düşünülmüş, aydınlatılmış bir talebi olmalı ve istek muhakkak hastadan gelmelidir.
2. Tedavi imkanı bulunmamalı ya da hastanın mevcut durumunu iyileştirebilecek bir başka yöntem bulunmamalı, hasta dayanılmaz acılar çekiyor olmalıdır.
3. İşlem gerçekleştirilmeden önce, ötanazi konusunda deneyimi olan başka bir doktora danışılmalı, konsültasyon (görüş alışverişi) sonrası işlem mutlaka bir hekim tarafından gerçekleştirilmelidir<sup>509</sup>.

<sup>507</sup> İnceoğlu; s. 196; Güven; s. 26-27.

<sup>508</sup> Güven; s. 28- 29, 74 no'lu dipnot.

<sup>509</sup> Güven; 29- 30; İnceoğlu; s. 196.

1986 yılında Yüksek Mahkeme, Kraliyet Tabipler Birliği tarafından belirlenen koşullara uygun davranılması durumunda ötanaziye izin verileceğini dile getirmiştir<sup>510</sup>.

Bu sırada bir başka sorun ortaya çıkmıştır. Ötanazi doğal bir ölüm biçimi olarak görülmediğinden, ötanaziye gerçekleştiren doktor ölüm belgesi düzenleme yetkisi bulunmamaktaydı. Bu durumlarda olay, yerel tıbbi denetçiler tarafından Savcılığa rapor edilmek zorundaydı. Ancak uygulamada ötanazi uygulamaları doktorlar tarafından doğal ölüm olarak rapor edilmekteydi. Hollanda Tabipler Birliği bu durumun düzeltilmesi için Adalet Bakanlığı'na baskı yapmıştır<sup>511</sup>. 1990 yılında Kraliyet Tabipler Birliği ile Adalet Bakanlığı bildirim zorunluluğu olmaması konusunda anlaşılabilir<sup>512</sup>. Buna göre, tıbbi denetçi, ötanazi uygulamasının kurallara uygun gerçekleştiği kanısında ise, savcılığa haber verecek; aksi kanıda ise, kovuşturma talep edecektir<sup>513</sup>.

Diğer taraftan 1982'de kurulan Devlet Ötanazi Komisyonu tarafından ötanazinin yasallaşması için izlenecek yol için hazırlanan rapor ve yasa taslağı kabul görmemiştir. Rapor ceza yasasında bir değişiklik öngörmektedir. Buna göre, yasanın 293. maddesinde düzenlenmiş olan talep üzerine öldürme suçu, ötanazi koşullarına (hastanın ciddi ve açık istemi ile tedavisi ya da daha iyi bir duruma gelmesi olanaksız olan ve dayanılmaz acılar çeken bir hastaya; gerekli özen gösterilerek inceleme yapıp, hastanın yaşamına son verilmesi durumunda) uygun davranan hekimler için uygulanmamalıydı<sup>514</sup>.

Raporun yayınlanmasından önce muhalefet partilerinden biri tarafından sunulan benzer bir tasarı, parlamentonun çoğunluğunun sıcak bakmasına rağmen, kabul görmemiştir. Ardından hükümet tarafından da parlamentoya öncekinden oldukça farklı bir tasarı sunulmuştur. Bu tasarıya göre, hastaya ötanazi uygulanması;

---

<sup>510</sup> İnceoğlu; s. 197.

<sup>511</sup> Güven; s. 31.

<sup>512</sup> Gerrit van der Wal, Robert JM Dillmann; "Euthanasia in the Netherlands", BMJ(British Medical Journal), Mayıs 1994, S: 308, s.1347.

<sup>513</sup> Güven; s. 31.

<sup>514</sup> İnceoğlu; s. 197.

olağanüstü bir durumun varlığı ile tıbbi uygulamanın gerektirdiği kimi koşullara uymak şartı ile suç olmaktan çıkmaktaydı<sup>515</sup>.

Tüm bu gelişmelerin ardından 1 Nisan 2002 tarihinde Ötanazi Kanunu ( İstek Üzerine Hayata Son Verme ve İntiharda Yardım Teşvik Kanunu) yürürlüğe girmiş; kanunla doktorun belirli koşullarla ötanazi uygulaması ve intihara yardım etmesi cezasız bir fiil haline getirilmiştir. Hollanda Ceza Yasası'na suçu kaldıran özel bir durumun eklenmesiyle, ötanazi ve intihara yardım suç olmaktan çıkartılmıştır. Ancak bu sebebin işlerlik kazanmasının ön şartı istemdir. Ötanazi ya da intihara yardım fiilleri ancak hastanın istemi ile hukuka uygun hale gelmektedirler. Yasal düzenleme pasif ötanaziye kapsamıyor gibi gözükse de; tedavinin gereksiz bulunduğu durumlarda kesilebilmesi ya da palyatif (geçici, ağrı dindirici) tedavilerin yan etkisi olarak ölümün gerçekleşmesi durumlarında, bu iki fiil de tedavi kapsamında değerlendirildiğinden, pasif ötanazi de mümkün gözükmektedir<sup>516</sup>.

Hollanda örneğinde ilgi çeken bir diğer konu da psikiyatri hastalarına da ötanazi ve intihara yardım yapılabilmesidir. Senede ortalama 320 psikiyatri hastası ötanazi talebinde bulunmakta ve bunlardan iki ile beşinin talebi olumlu yanıtlanmaktadır<sup>517</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, Hollanda'daki ötanaziye ilişkin yasal düzenleme kaynağını iki kanundan alır. Bunlardan ilki Hollanda Ceza Yasası'dır ve anılan kanunun 293 ve 294'üncü maddelerinde ötanazi ve intihara yardıma ilişkin düzenlemeler yer almaktadır<sup>518</sup>.

Hollanda Ceza Yasası'nın 293'üncü maddesinde, doktor tarafından ve ilgili kanunlarda yer alan koşullara uygun davranan bir doktor tarafından yapılan yaşamı sonlandırma fiilinin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Buna karşın, söz konusu fiilin mağdurun açık ve ciddi istemi üzerine yapılması durumunda azami 12 yıl hapis cezası ve para cezası öngörülmektedir<sup>519</sup>.

---

<sup>515</sup> Güven; s. 30.

<sup>516</sup> F. Pınar Ölçer; " *Hollanda Hukukunda Ötanazi*", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S.4, s.18.

<sup>517</sup> Ölçer; s. 19.

<sup>518</sup> Ölçer; s. 20.

<sup>519</sup> Ölçer; s. 20.

Anılan madde hekim olan ya da olmayan kimselerin gerçekleştirdiği veya doktor olmakla birlikte ilgili yasalarda yer alan düzenlemelere aykırı davranan doktorların ötanazi uygulamaları hakkındadır. Ceza yasasının 294'üncü maddesi ise, intihara yardım fiili ile ilgilidir. Bu maddeye göre; kasten bir kimsenin intihar etmesine yardım eden, araç temin eden kişiye intiharın gerçekleşmesi durumunda hapis ve para cezası öngörmüştür. Bu fiilerin, hekim tarafından ilgili yasalarda yer alan koşullara uygun olarak gerçekleştirilmesi durumunda, yine, cezayı gerektirmeyen bir durum söz konusudur<sup>520</sup>.

Hollanda Ötanazi Kanunu, ötanazi yapan doktor için birtakım özen koşulları öngörmektedir. Kanunun 2'nci maddesinde yer alan koşullar şunlardır:

- Ölme isteminin hasta tarafından gönüllü ve üzerinde düşünülmüş bir istek olduğu kanısına varmak,
- Ölmek isteyen hastanın dayanılmaz bir ıstırap çektiği düşüncesinde olmak,
- Hastaya bulunduğu durum ve yaşamı devam ettiği takdirde gerçekleşebilecek koşullarla ilgili bilgi vermek,
- Hasta ile birlikte hastanın bulunduğu duruma ilişkin bir başka makul çözümün olmadığı kanısına varmak,
- Hastanın durumu ile ilgili olarak, bir başka hekime danışarak, hekimin hastayı muayane etmesini sağlamak ve hekimden yazılı görüş almak,
- Ötanazi ya da intihara yardım uygulaması sırasında gerekli özeni göstermek<sup>521</sup>.

Ötanazi ya da intihara yardım sırasında hekimin gerekli özeni gösterip göstermediği, bir hukukçu, bir doktor ve bir etik uzmanının yer aldığı bir komisyon tarafından denetlenmektedir. Komisyonun, hekimin gerekli özeni göstermediği kanısında olması durumunda ise, bu düşüncesini savcılık ve bölge sağlık hizmetleri müfettişine bildirmesi gerekmektedir<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> Ölçer; s. 20.

<sup>521</sup> Ölçer; s. 20.

<sup>522</sup> Ölçer; s.20.

### bbb. İsviçre

Hollanda ve Avustralya ile ABD'nin çeşitli önerilerinin aksine, İsviçre Hukuku doktor olmayan kimselerin ölümüne yardım etmelerini olanaklı kılmaktadır<sup>523</sup>.

İsviçre Tıp Bilimleri Akademisi 1976 yılında ilk ötanazi yönergesini yayınladı. 1993 yılında yayınlanan ve üzerinde çalışılan "Ölmek Üzere Olan ve Beyinsel Olarak Ağır Hasar Görmüş Hastaların Tıbbi Bakımı ve Yardımı Hakkında Tıbbi- Etik Direktifi" başlıklı bir yönerge de İsviçre Akademisi Senatosu tarafından 1995 yılında kabul edilmiştir<sup>524</sup>.

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nun 114 ve 115. maddelerinde intihara yardım düzenlenmektedir. 114. maddeye göre, bir kişinin hayatına, merhamet gibi onurlu gerekçeler ya da acı çeken kişinin talebiyle bile olsa, son verilmesi cezalandırılmaktadır. Buna karşın yargıç, tüm bu gerekçeleri de dikkate almaktadır. Ceza Kanunu'nun 63'üncü maddesine göre yargıç, suçlunun önceki yaşamını, kişisel durumunu ve suç işleme gerekçesini dikkate alarak ceza tayin etmektedir. İsviçre yasaları, intihara yardım eden kimselerin bu yardımlarını kişisel çıkar için değil insani nedenlerle yapmalarını şart koşmaktadır. İsviçre Ceza Kanunu'na göre, yardım eden kişinin maddi bir yararı yoksa ve ölümüne neden olan son hareketi gerçekleştirmezse, intihara yardımın cezalandırılabilir bir fiil değildir. İsviçre Hukuku pasif ötanaziye ve dolaylı aktif ötanaziye (hastanın acılarını azaltmak amacıyla verilen ilacın hastanın yaşamını kısaltması suretiyle yapılan ötanazi) de izin vermektedir. İsviçre'de hekim olmayan kimselerin de ölmeye yardım edebilmesine ilişkin düzenleme İsviçre Tıbbi Bilimler Akademisi ile aralarında Amerikan Tıp Derneğinin de bulunduğu pek çok sağlık kuruluşu tarafından eleştirilmektedir<sup>525</sup>.

---

<sup>523</sup> Almagor; s. 11.

<sup>524</sup> Hans- Ludwig Schreiber (çev. Mahmut Koca); "Federal Tabipler Odasının Yeni Bir "Ötanazi Direktifi Tasarısı", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi II- Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 127- 128.

<sup>525</sup> Almagor; s. 11-12.

### ccc. Belçika

Belçika uygulamasının Hollanda'yı izlediği söylenebilir. Bir dönem Belçika'daki tıbbi uygulamada ölüme karar verme konusunda bir izin ve resmi kayıt prosedürü bulunmamaktaydı. Ceza hukukuna göre, yasadışı kabul edilmesine rağmen, ötanazi, kovuşturmalarda kuraldışı olarak genellikle gözardı edilmektedir<sup>526</sup>.

Her ne kadar, geçmişte Liège Barosu'nun tedavisi bulunmayan ve dayanılmaz ızdırap duyan hastaların talep üzerine öldürülmelerinin cezalandırılmaması yönünde bir çalışması olsada<sup>527</sup>; Belçika ötanazi tartışmalarıyla ilk olarak 1981 yılında karşılaşmıştır. Bu yıl sinemada çıkan bir yangın sırasında panikle kapıya yüklenen izleyicilerden birine saplanan demir parmaklığın çıkarılması olanaksız görülmüş; yaralının bilinçli olarak yalvarmasına dayanamayan bir hekim tabancasıyla ateş ederek, öldürmüştür. Olay neticesinde yapılan yargılamadan beraat eden hekim, meslek odasından çıkarılma cezası almıştır. Sonraları Belçika Sağlık Bakanı Marcell Cola'nın annesi için yaptığı ötanazi talebi de mahkemece kabul edilmiştir<sup>528</sup>.

1996 yılından beri, hem Belçika Parlamentosu hem de resmi Biyoetik Danışma Komitesinde ötanazinin yasalaşmasına ilişkin tartışmalar yapılmaktaydı. Ceza Hukukuna dayanılarak ötanazinin kaldırılması önerisi, kendilerine danışılmadığı için hekimleri kızdırdı. Belçika'daki hekimlerin üçte ikisini oluşturan bir çoğunluğun üyesi olduğu Hekim Sendikaları Derneği Başkanı Dr. Marc Moens, ötanazinin hukuk sisteminden çıkarılmasının ihlalleri önlemeyeceğini, istisnai bir kural olarak korunması gerektiğini savunmuştur<sup>529</sup>.

2002 yılının Mayıs ayında Belçika, Hollanda'dan sonra ötanaziyi kabul eden ikinci devlet olmuştur<sup>530</sup>. Hollanda'dan farklı olarak Belçika yasanın kabulünden önce ötanazi ve ölüme yardımla ilgili bir içtihat hukuku geliştirmedeği gibi, istem üzerine adam öldürme de ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemekteydi<sup>531</sup>. Yasa, ötanazi

<sup>526</sup> Almagor; s.12.

<sup>527</sup> Bayraktar; s.154.

<sup>528</sup> Güven; s. 43.

<sup>529</sup> Almagor; s. 13.

<sup>530</sup> Almagor; s. 13; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1992018.stm>

<sup>531</sup> Sibel İnceoğlu; “*İnsan Hakları Bakımından Ötanazi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 291.

isteyen hastanın 18 yaşından büyük olması, bu talebini kendi iradesi ile yapması, bu isteğini birkaç defa tekrarlanması şart koşulmaktadır. Bu isteklerini yazılı olarak ortaya koymaları gerekir. İstem kabul edilebilmesi için hastanın tedavisi imkansız olan bir hastalığa sahip olması, sürekli acı çekiyor olması ve akli dengesinin bulunması gerekmektedir. Ötanazi istemiyle ötenazinin gerçekleşmesi arasındaki sürenin de en az bir ay olması öngörülmektedir. Hasta isteğini yazamayacak durumdaysa, bir başka yetişkin kişi isteği yazabilir. Hastanın tedavi edenden farklı bir doktor tarafından muayene edilmesi gerekmektedir. Yasa ötanazi uygulamalarını inceleyen bir inceleme komitesi öngörülmektedir. Bu komite; 12 doktor, 4 hukukçu, 4 ötanazi ve ağrı dindirme uzmanı yer alacaktır. Komitenin üçte ikisinin onayını almayan ötanazi uygulamaları adli takibat başlatılması için savcılığa bildirilecektir<sup>532</sup>.

### **ddd. Almanya**

Almanya'da 20. yüzyılın başlarında tıp ve hukuk fakültelerinde ötanazi tartışmaları başlamıştır. II. Dünya Savaşı sırasında ötanazi yetkisi verilmeden önce, Alman aileler, ağır derecede sakat olan çocuklarının yaşamlarına son verilmesini istemişlerdir. 1939 yılında Hitler, doktorlara geniş bir ötanazi yapma yetkisi vermiş, böylelikle istemsiz ötanazi uygulamaları başlamıştır. Bu dönemde öncelikle neslin ve ırkın bozulmasını önlemek amacıyla yaşlılar, hastalar ve engelli kişilere istemsiz ötanazi uygulamaları başlamış; bu kişilerin topluma faydalı olmadığı; bu nedenle yaşamlarının değersiz olduğu topluma, ideolojik olarak benimsetilmeye çalışılmıştır. 1 Eylül 1939 tarihli kararlar ötanazi kampları kurulmuş; bu kamplarda istemsiz ötanazi ( kendisinin ya da kendisi irade beyan edemeyecek durumda ise, yakınlarının veya kişinin yerine irade beyan etmeye yetkili kimsenin istemi olmadan uygulanan ötanazi) uygulamaları yapılmış; toplum için faydasız görünen insanları öldürmek için kullanılmıştır. Hasta, yaşlı ve sakat kimseler öldürülerek hem saf ırk yaratmak hem de tıp ekonomisinde tasarruf yapmak amaçlanmıştır<sup>533</sup>.

Bu dönemde akıl hastaları sistematik bir biçimde öldürülmüş; yaşlıların hayatlarına ise, hastanelerde son verilmiştir. Ancak ötanazi yalnızca hasta, yaşlı ve sakatlara

<sup>532</sup> Almagor; s.14.

<sup>533</sup> Güven; s. 20; İnceoğlu; s. 247.

uygulanmamış; politik nedenlerle de uygulamalar yapılmıştır. İdeolojisi nedeniyle kişilere, psikiyatri raporlarıyla ( Kronik Alman düşmanı teşhisi konularak), ötanazi uygulanmıştır<sup>534</sup>.

1941 yılında yukarıda anılan sözde ötanazi uygulamaları, toplumsal tepkinin ortaya çıkması nedeniyle, “sadık Almanlar” için sona ermiştir. Bu tarihten sonra ötanazi uygulamaları ideolojik ya da ırki nedenle istenmeyen kimselere uygulanmaya başlanmıştır<sup>535</sup>.

1979 yılında Alman Cerrahi Birliği tarafından yayımlanan ölümcül ya da ölmek üzere olan hastaların tedavisi ile ilgili bir yönerge yayınlamış; bu yönerge daha sonraları genişletilerek, cerrahide tıbbi sorumluluğun kapsamı ve sınırları konusunda bir metne dönüşmüştür<sup>536</sup>.

Doğuştan anomali sahibi bebeklere ötanazi uygulaması da Alman hukukunda tartışılan bir diğer konudur. Bu konuya ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmamakta, kişilerin tedaviyi reddetme hakkı bulunduğu, buna karşılık Alman Medeni Kanunu'na göre; ana- babaların da çocuklarının yaşamını korumak yükümlülüğü bulunduğundan, tedaviyi reddetme hakkının kullanılması çocuğun yaşamının tehlikeye girmesine sebep olursa, böyle bir durumda ileri sürülen iradenin geçersiz kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Tüm bu sayılan nedenlerle, bu konuda genel olarak kabul edilen görüş anomali sahibi yeni doğan bebeklerin de sağlıklı olanlar kadar özenle tedavi edilmeleri gerektiğidir<sup>537</sup>.

1986 yılında hukukçu ve tıpçılardan oluşan bir grup alternatif ötanazi kanunu tasarısı hazırladılar. Tasarı farklı yönlerden tartışılmasına karşın kabul edilmedi<sup>538</sup>.

Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi, 31 Temmuz 1987 tarihinde verdiği kararda, hastanın ehliyetli iken tedavinin kesilmesi yönünde yaptığı irade beyanının, sonradan bu isteğinden vazgeçmeyeceğinin anlaşılması durumunda geçerli olacağını

---

<sup>534</sup> Inceoğlu; s. 247, 248.

<sup>535</sup> Inceoğlu; s. 248.

<sup>536</sup> Schreiber;,s. 128.

<sup>537</sup> Güven; s. 23, 24.

<sup>538</sup> Schreiber;,s. 127.



belirterek, istemin geçerli olabilmesi için tedavi kesilene kadar hastanın bilincinin yerinde olması gerektiğini kabul etmiştir<sup>539</sup>.

Alman Federal Mahkemesi 8 Mayıs 1991 tarihli kararında, tedavisi bulunmayan bir hastalığa sahip bir hastanın karar veremediği ve hasta adına karar verecek bir kimsenin de bulunmaması durumunda; doktorun yaşamı uzatmak için hangi müdahaleleri, hangi süreyle yapacağını tespit etmek için yapılan müdahalenin tıbbi gerçeklerle örtüşmesi ya da bu konuda hastanın varsayılan rızasının bulunması gerektiğini dile getirmiştir<sup>540</sup>.

Federal Mahkeme, Kemptener kararında, tedavisi olanaklı olmayan hastaların tedavisinin kesilmesi, Federal Tabipler Odasının yönergesine uygun olarak, kabul etmiş; ölüm süreci henüz başlamamış olan hastaların tedavisine ilişkin de tespitler yaparak, tartışmalara neden olacak bir karar vermiştir. Bu karar daha sonra Federal Tabipler Odasının yeni bir yönerge yazmasına neden olmuş, Oda 1996 yılında başladığı yönerge çalışmalarını 1998 yılında halka arz edene değin sürdürmüştür<sup>541</sup>.

Yönerge esasen, tıbbi tedavinin sınırıyla ilgilidir ve ölmek üzere olan ya da önceki aşamalarda bulunan hastalara ne yapılması gerektiği düzenlenmeye çalışılmıştır. Yürürlükte olan Alman Ceza Yasası'na uygun olarak aktif ötanazi kabul edilmemektedir. Bu kabul yukarıda sözünü ettiğimiz, İsviçre Tıp Bilimleri Akademisi tarafından kabul edilen yönergede de benzerdir. Aktif ötanazi dışında, doktor yardımı ile intihar da kabul görmemiştir. Pasif ötanazi konusunda ise, Alman Cerrahi Birliği'nin genel kabulüne uygun olarak, farklı bir terminoloji tercih edilerek, acı dindiren (palyatif) terapi ya da tıbbi olarak ölmeye yardım terimleri tercih edilmiştir. Tıbbi olanakların ilerlemesi yüzünden yaşamın uzatılmasına yönelik tedavilerin hasta tarafından reddedilmesi ile hastanın isteği dikkate alınmadan tedavinin kesilmesi yönergenin dikkate aldığı iki husustur. Yönerge bu iki uç arasında bir çözüm üretmeye çalışmış; yaşamı uzatan tedavilerin reddedilebilmesini, buna karşılık, tedavinin kesilmesinin ardından acıyı dindirme, besleme gibi birtakım tıbbi görevlerin yerine getirilmeye devam edilmesini öngörmüştür. Bunun yanında

---

<sup>539</sup> Güven; s. 24.

<sup>540</sup> Güven; s. 24.

<sup>541</sup> Schreiber; s. 128.

doktorun görevinin yalnızca yaşamı uzatmak değil, gerektiğinde ölmeye yardım etmek olduğu da kabul edilmiştir. Özetle yönerge aktif ötanaziye ve intihara yardımı kabul etmemekte, buna karşılık, pasif ötanaziye ağrıyı dindirmek için yapılan tedavinin istenmeyen sonucu olarak niteleyip, kabul etmiştir<sup>542</sup>.

Güven'e göre, Alman Hukuku ötanaziye iki seçenekli bir temelde ele almakta; iradeye dayandığı ya da tıbbi gereklere uygun olduğu takdirde ötanaziye meşruiyet tanımaktadır<sup>543</sup>.

Rosenau'ya göre; Almanya'da dolaylı ve pasif ötanazinin kabulü tartışılmamaktadır. Hatta pasif ötanazi bazı hallerde zorunlu olarak uygulanmaktadır. Buna karşılık Rosenau, hekimlerin ACY'nın 216. maddesi'ne göre, hastanın açık ve ciddi talebi sonucu dolaylı ötanazi uygulamaları yapması durumunun cezalandırılmasını; burada dolaylı ötanazi uygulamasının aktif ötanazinin bir türü olarak kabul edilmesini eleştirmektedir<sup>544</sup>.

Günümüze değin, Almanya'da ötanaziyle ilgili herhangi bir yasal düzenleme yapılmamış; Parlamento konuyu kendi yetkisini aşan bir iş olarak kabul etmiştir<sup>545</sup>. Alman Ceza Yasası, ötanaziye hukuka uygun bir fiil olarak kabul etmemekle birlikte; mağdurun isteğiyle adam öldürme adı altında bir düzenlemeye yer vermiştir. ACY'nın 216'ncı maddesine göre: "*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 ile cezalandırılır*"<sup>546</sup> Bu hüküm Alman Ceza Yasası'ndaki kasten adam öldürme hükmüyle karşılaştırıldığında önemli bir ceza indirimi<sup>547</sup> sağlandığı görülmektedir<sup>548</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 2010 yılının Temmuz ayında hastanın izin vermesi durumunda, ölmekte olan bir kişinin yaşam desteğinin kesilmesinin suç olmadığı yönünde bir karar vermiştir. Bayan Küllmer daha önceden yapay bir şekilde

<sup>542</sup> Schreiber, s. 130, 131.

<sup>543</sup> Güven; s. 25.

<sup>544</sup> Rosenau; s. 110.

<sup>545</sup> Schreiber, s. 127.

<sup>546</sup> Yenisey, Pagemann,; s. 287.

<sup>547</sup> Alman Ceza Kanunu'nun 212'nci maddesine göre, nitelikli adam öldürme durumlarında ömür boyu hapis cezası; basit adam öldürme durumlarında beş yıldan başlayan hapis cezası verilmektedir.

<sup>548</sup> Yenisey, Pagemann,; s. 286.

hayatta tutulmak istemediğini dile getirmiş ve 2002 yılında geçirdiği beyin kanamasının ardından komaya girmiştir. Hasta beş yıl boyunca, kızı beslenme tüpleriyle beslemeyi kesene kadar, bitkisel hayatta kalmıştır. Hastanın kızının beslenme tüpünü çıkartmasının ardından hastane personeli tüpü, hastanın çocuklarının isteğinin aksine, yeniden yerleştirmişler, ancak hasta iki hafta sonra kalp yetmezliğinden hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, komada yatan hastanın kızına besin desteğinin kesilmesi yönünde tavsiye veren avukat Wolfgang Putz'a, ceza verilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Fulda Bölge Mahkemesi'nin verdiği dokuz ay ertelenmiş cezanın ardından, sanık avukat Federal Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme suç oluşmadığına kanaat getirmiştir<sup>549</sup>.

Alman Yüksek Mahkemesi hastanın rızasını ön planda tutan bir içtihat benimsemektedir. Tedavinin yapılması ya da reddedilmesi konusunda hastanın rızası önem taşımaktadır, bu nedenle Alman uygulamasında pasif ötanazinin hastanın rızasına dayandırılarak uygulandığı söylenebilir<sup>550</sup>.

### eee. Fransa

Fransız Ceza Yasasında, istem üzerine öldürme de kasten öldürme gibi cezalandırılırken; intihara yardım fiili bir suç olarak düzenlenmemektedir. Bu durum, mağdurun talebi üzerine bir zehir hazırlayıp bunu mağdura enjekte eden kimsenin öldürme suçundan yargılanmasını gerektirirken; aynı zehrin hazırlanıp mağdura verilmesi ve mağdurun eneksiyonu kendisinin yapması durumunda failin ceza almamasına neden olmaktadır. Fransız içtihatları da, istem üzerine yapılan adam öldürmenin, kasten adam öldürme gibi cezalandırılması yönündedir. Fransız Ceza hukukçusu Morice Garçon'un bu konuda birkaç örnek içtihat nakletmiştir. Bunlardan ilki, 1815 yılında hasatalığı nedeniyle dayanılmaz acılar çeken kocası Louis François'yı öldüren, Catherine Lhuciller davasıdır. Mahkeme önünde Lhuciller, kocasının zaten kendisini öldürme hakkına sahip olduğunu, kendisinin de kocasının yalvarmalarına dayanamayarak onun ölümünü sağlayan bir araç olduğunu dile

<sup>549</sup> <http://www.bbc.co.uk/news/10414647>,

<http://www.nytimes.com/2010/06/26/world/europe/26berlin.html>

<sup>550</sup> Öztürk; "Hasta Hakları..",s. 583.

getirmiştir. Bu davada, mahkeme, mağdurun rızasının öldürme suçunun tamamlanmasına engel olmadığı gerekçesiyle, mahkumiyet kararı vermiştir<sup>551</sup>.

Bir diğer davada, Montdidieu belediye başkanı Delaccurt intihar etmek istemiş; bunu kendi kendine yapamadığından bir genç kızın yardımını istemiştir. Başkanın ısrarlı talebine karşılık genç kız, başkanın göğsüne bıçağı saplamış ve korkup kaçmıştır. Başkan bu hareket neticesinde yaralanmış ve tedavi edilmiştir. Bu olayın yargılanması sırasında başkanın, fiilin kendi ısrarlı telebi üzerine gerçekleştiğini söylemesine rağmen genç kız mahkûm olmuştur<sup>552</sup>.

### fff. İtalya

1931 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nu da rıza üzerine öldürmeyi ayrı bir suç tipi olarak düzenlemektedir. Bu düzenleme, rıza gösteren kimseye karşı işlenen öldürme fiilinin daha az ceza ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Fiil, onsekiz yaşından küçük bir kimseye ya da akıl hastası veya alkol yada uyuşturucu madde bağımlısına karşı işlendiyse veya mağdurun rızası şiddet, telkin, tehdit ya da aldatma yolu ile sakatlanarak işlendiyse, fail kasten adam öldürme suçunun cezası ile cezalandırılacaktır<sup>553</sup>.

### ggg. Avusturya

Avusturya'da da Almanya 'da olduğu gibi istem üzerine adam öldürme ayrı bir suç olarak düzenlenmektedir. Avusturya Ceza Kanunun'un 77'inci maddesinde; mağdurun ciddi ve ısrarlı talebi üzerine öldürme fiilinin gerçekleşmesi durumunda ceza indirimi öngörülmüştür<sup>554</sup>.

Avusturya'da, hastanın rızasının bulunması durumunda pasif ötanazi uygulamada kabul görmektedir<sup>555</sup>.

<sup>551</sup> Çağlayan; s. 12.

<sup>552</sup> Çağlayan, s. 12.

<sup>553</sup> Çağlayan, s. 11, Dönmezer; "Talep Üzerine...", s.246.

<sup>554</sup> "§ 77 StGB Tötung auf Verlangen Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen."

<sup>555</sup> Öztürk; "Hasta Hakları..", s. 583.

#### dd. Diğer Ülkelerin Uygulamaları

Güney Afrika Cumhuriyeti ötanaziyi suç kabul eden ülkelerdendir. Bu anlayışın temelinde, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa sahip bir kimsenin bile, ölüm anını ve ölüm koşullarını seçme hakkı yoktur düşüncesi yer almaktadır<sup>556</sup>.

1886 tarihli Japon Ceza Kanunu, Japon toplumu tarafından genel kabul gören ve özel bir intihar şekli olan harakiriyi dahi cezalandırmaktadır. Güven'e göre, ötanaziye yer verilmemesi Japonya'nın konservatif yapısının bir göstergesidir<sup>557</sup>.

1932 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nun 227'inci maddesinde istem üzerine ve merhamet duygusuyla öldürme suçunu işleyen kimsenin beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmekteydi<sup>558</sup>. 1997 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte olan Polonya Ceza Kanunu'nun 150'inci maddesinde de aynı hüküm korunmuştur. Maddeye göre, mağdurun talebi üzerine ve acıma hissiyle bir kimseyi öldüren kişi üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Ancak olağanüstü durumlar söz konusu ise, mahkeme cezanın indirilmesine ve hatta ceza verilmemesine dahi karar verebilecektir<sup>559</sup>.

Brezilya'da 1984 tarihli Deontoloji Kanunu ile 1988 tarihli Tıbbi Ahlak Kanunu hükümleri; hem Medeni Kanunla hem de Ceza Kanunu ile yasaklanan ötanazinin bazı istisnai durumlarda uygulanabilmesini sağlamıştır<sup>560</sup>.

Çin'de ötanazi yasal olmamakla birlikte; karısına ötanazi uygulayan bir kimseye az ceza verilmesi, talep üzerine öldürme daha az cezayı gerektiren bir durum olarak değerlendirilmiştir<sup>561</sup>.

Tel Aviv Bölge Mahkemesi, Kudüs Haddasah Hastanesi hekimlerinden Prof. Dr. Avinoam Reches'in verdiği olumlu görüş sonucunda, tedavisi mümkün olmayan bir

<sup>556</sup> Güven; s. 41.

<sup>557</sup> Güven; s. 41.

<sup>558</sup> Çağlayan; s. 11.

<sup>559</sup> [http://km.undp.sk/uploads/public/File/AC\\_Practitioners\\_Network/Poland\\_Penal\\_Code.pdf](http://km.undp.sk/uploads/public/File/AC_Practitioners_Network/Poland_Penal_Code.pdf)

<sup>560</sup> Güven; s. 41.

<sup>561</sup> Güven; s. 43.

hastalığa sahip olan ve yaşam destek ünitesine bağlanmayı reddeden ile yaşlı bir hastanın ötanazi istemini kabul etmiştir<sup>562</sup>.

### ee. Ülkemizdeki Uygulama

Türk Hukuku ötanazi ya da istem üzerine öldürmeyi kasten adam öldürme suçunda kabul eden ve cezalandıran ülkeler arasındadır. Öztürk'e göre; Türkiye'de sıklıkla ötanazi uygulaması yapılmaktadır. Ötanazinin ülkemizde uygulanan en yaygın biçimi ise, pasif ötanazidir<sup>563</sup>.

Ege Üniversitesi Hastanesi Hastane Etik Kurulu'nun konuyla ilgili almış olduğu bir karar oldukça çarpıcıdır. 2000 yılında doğan ve bir aylıkken kusma, diyare ve kilo kaybı şikayetleri ile hastaneye yatırılan ve metabolik bir hastalık ve mental retardasyon tespit edilen bir bebeğin ailesi, 2002 yılında aynı şikayetlerle hastaneye yatan bebeğin durumunun kötüleşmesi ve mekanik solunum cihazına bağlanması üzerine, ötanazi konusunda fikir almak için Etik Kurul'a başvurmuştur. Etik Kurul, ötanazinin Türkiye'de hukuken geçerli bir kavram olmadığı ve ötanazi yapmanın yasak olduğunun altını çizerek, olyala ilgili ötanazi kararı verilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak Etik Kurul, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan haklar konusunda da aileyi bilgilendirmiştir. Etik Kurulun kararının ardından aile klinikle temasa geçmiş ve çocuklarının bakımını evde sürdürmek için bilgilenecek istediklerini söyleyerek, yazılı bir rıza açıklaması ile bebeklerini hastaneden taburcu etmişlerdir<sup>564</sup>.

Bu somut olay da göstermektedir ki, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25'inci maddesinde yer alan “ Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” hakkı kapsamında, hastanın istemi ile pasif ötanazinin gerçekleştirilmesi mümkündür. Nitekim anılan yönetmeliğin 13'üncü maddesinde yer alan “Ötanazi Yasağı” başlıklı hükmün ikinci fıkrasında yer alan “Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.” hükmü, hukuk düzenince yasaklanan pasif ötanazi değil, aktif ötanazi olduğunun bir göstergesidir. Buna göre, hekim aktif bir müdahale ile

<sup>562</sup> Güven; s. 43.

<sup>563</sup> Öztürk; “Hasta Hakları..”, s.586- 587.

<sup>564</sup> Çağatay Üstün; “10 Yılın Ardından Ege Üniversitesi Hastanesi Hastane Etik Kurulu”, İzmir, 2011, s.19,20.

hastanın rızası bulunsa bile hastanın yaşamına son veremez. Ancak hastanın belli koşullar altında tedavinin kesilmesini talep etmesi mümkündür.

1997 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu tarafından 85.857 kişi üzerinde yapılan kamuoyu araştırmasında katılanların % 53.58'i iyileşemez ve çok ağrılı bir hastalığa yakalanan kimseye ötanazi uygulaması yapan doktorun cezalandırılmaması yönünde görüş bildirmiştir<sup>565</sup>.

Ancak Yeni TCK'nın kabulünden önce Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlık ettiği Ceza Kanunu Ön Tasarı Komisyonunda istem üzerine öldürmenin daha az cezalandırılmasına ilişkin bir hüküm kabul edilmesine rağmen, anılan hüküm yeni TCK'da yer almamıştır. Anılan Tasarı'nın 138'inci maddesinde yer alan hüküm, tedavisi mümkün olmayan ve dayanılmaz bir acıya neden olan bir hastalığa yakalanmış olan hastanın bilinci yerindeyken yaptığı ısrarlı istemi üzerine, sadece hastanın duyduğu acıya son vermek amacıyla öldürme fiilini gerçekleştiren kimseye cezai indirim öngörmekteydi. Görüldüğü gibi, hüküm oldukça ayrıntılı bir şekilde öngörülmekteydi. Tasarının gerekçesinden, düzenlemenin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla böyle bir yol izlendiği anlaşılmaktadır<sup>566</sup>.

#### **ff. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakışı**

AİHS'in 2'inci maddesinin ilk fıkrası yaşam hakkını düzenlemektedir. Maddeye göre: “ *Herkesin yaşama hakkı hukuken korunmalıdır.*” Anılan madde, devlete bireylerin yaşama hakkını koruma yükümlüğü yanında, hiç kimsenin yaşam hakkından bilinçli olarak mahrum bırakılmamasını öngörmektedir. Dolayısıyla yaşam hakkı konusunda devletin yalnızca yaşama hakkına yönelik müdahaleleri engelleme yükümlülüğü yoktur; devlet, aynı zamanda hayatı riske sokacak tehlikeli durumlar konusunda da önlem alma mükellefiyeti vardır<sup>567</sup>.

Öte yandan, ötanazi konusu AİHM'ne de taşınmış ve kararın verildiği dönemde tartışmalara neden olmuştur. Anılan karar, ölmeye yardım konusunun ilk defa

<sup>565</sup> Öztürk; “Hasta Hakları..”, s.587.

<sup>566</sup> Erman; s. 131.

<sup>567</sup> Arzu Besiri; “ *Ötanazi ve Yaşam Hakkı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 86, Şubat, 2010, s. 195, 196.

Mahkeme tarafından incelenmiş olması nedeniyle önem arz etmektedir. AİHS 11 No'lu Ek Protokolün kabul edilmesinden önce bu konuyla ilgili olarak yapılan iki başvuru Mahkeme tarafından reddedilmiştir<sup>568</sup>.

29.04.2002 tarihli Pretty/ Birleşik Krallık davasının konusu şöyledir: 43 yaşındaki Bayan Pretty, merkezi sinir sistemi içinde yer alan motor hücrelerinin zayıflamasına sebep olan, motor nöron hastalığına(MND- Motor Neourone Disease) sahiptir. Bu hastalık, ileri safhalarında, kol, bacak ile nefes alıp vermeyi kontrol eden kaslar gibi, istemli kaslara zarar vermektedir. Nefes alıp vermeyi sağlayan kaslarla birlikte, konuşma ve yutkunmayı sağlayan kasların zayıflamasıyla, solunum sisteminde meydana gelen bozukluklar, kişinin ölümüne neden olmakta ve hastalığın tedavisi bulunmamaktadır. Pretty'nin boyundan aşağısı felçlidir; konuşamamakta ve tüp yardımı ile beslenmektedir. İngiliz hukuku intihar etmeyi cezalandırmamaktadır; ancak başvuran kendi başına intihar edebilecek durumda değildir. Bunun yanında, intihara yardım İngiliz hukukuna göre suçtur. Bayan Pretty, 2001 yılında Savcılığa başvurarak, kocasının yardımı ile intihar etmesi halinde, kocasının intihara yardım suçundan sorumlu tutulmamasını istemiştir. Ancak, Pretty'nin yaptığı başvuru Savcılık tarafından reddedilmiş; red kararının ardından bütün iç hukuk yollarını da tüketen başvurucu, AİHM'e başvurmuştur. Bayan Pretty'nin iddiası şu yöndedir: devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün kapsamına, kişinin yaşamına son vermesi konusunda da düzenleme yapma yükümlülüğü de girmektedir.

Mahkeme'nin yaşam hakkıyla ilgili olan davalarda dile getirdiği en önemli husus devletin yaşamı koruma yükümlülüğüdür. Ancak Mahkeme'ye göre bu yükümlülük negatif yükümlülüğü de (ölme hakkını) kapsadığı yorumuna katılmamaktadır. Buna karşılık mahkeme, sözleşmedeki bazı haklar bakımından devletin negatif yükümlülüğü de kabul etmektedir. Ancak mahkeme yaşama hakkı bakımından 2'inci maddenin böyle bir negatif yükümlülüğü barındırmadığı kanısındadır. Bunun yanında başvurucunun, eğer ölme hakkı kabul edilmezse bu durumda ölme hakkını kabul eden üye devletlerin Sözleşme'yi ihlal etmiş olacağı yönündeki yorumunu da

---

<sup>568</sup> Erman; s. 131.



değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, bu yönde bir düzenleme yapılması sadece o devleti bağlamakta Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyecektir<sup>569</sup>.

Mahkeme, ölüme yardım ile ilgili olarak, özetle, sözleşmenin devlete bireye ölüm hakkı tanımak veya ölümü kolaylaştırmak gibi bir yükümlülük yüklememekle birlikte bu yönde yapılan bir düzenlemenin de sözleşmenin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkına aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir<sup>570</sup>.

### C.Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar Bakımından Rıza

#### 1. Genel Olarak

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasına göre; “ *Herkes, ... maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*”, aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” denilerek vücut bütünlüğünün Anayasal korunma altına alındığını görmekteyiz.

Vücut bütünlüğü konusunda da kişinin belli tasarruflarda bulunabileceği kabul edilmektedir. Kişinin vücudu üzerinde kalıcı hasarlara neden olabilecek ya da kanuna, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba aykırı sayılabilecek nitelikte bir tasarrufta bulunması yani bu nitelikteki bir fiile rıza göstermesi geçerli sayılmamaktadır<sup>571</sup>. Bu düşüncede kişilerin vücut tamlığının sadece kişi bakımından değil toplum için de önem arzettiği, kişinin topluma karşı bazı ödevlerinin bulunduğu ve böyle bir tasarrufla bu ödevlerinden feragat etmeye yetkisinin bulunmadığı fikirleri yer almaktadır<sup>572</sup>. Bu nedenle kişinin vücut tamlığına ilişkin önem arzetmeyen yani kişide devamlı bir organ zaafiyetine neden olmayacak nitelikli fiiller bakımından rıza mümkünken, diğerleri için geçersiz olacaktır. Nitekim “Organ

<sup>569</sup> Pretty v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 2346/02, Karar Tarihi: 29.04.2002, (Kararı İngilizce aslından çevirerek özetleyen ve yorumlayan Mehmet Özcan), Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi, C.1, S. 2, s.341.

<sup>570</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rıfat Murat Önok; “*İnsan Hakları El Kitabı*”, Seçkin Yayınları, Ankara, s.71 vd.

<sup>571</sup> Toroslu; s. 119.

<sup>572</sup> Toroslu; s. 119,120; Hakeri; s. 260.

ve Doku Alınması, Saklanması Nakli Hakkında Kanun'un 8. maddesinde organ veren kişinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve doku alınması mutlak olarak yasaklanmıştır<sup>573</sup>.

Yargıtay ise basit nitelikli yaralama fiilleri bakımından rızayı kabul ederken, daha ağır nitelikteki fiiller bakımından rızanın kabul edilemeyeceği görüşündedir<sup>574</sup>.

<sup>573</sup> Toroslu; s. 120.

<sup>574</sup> "...Ayrıca mağdurun rızası suçu ortadan kaldırmaz. Yasa müessir fiil suçunda hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızasını kabul etmemiştir. Beden bütünlüğü ile ilgili haklar üzerinde kişinin sınırsız tasarruf yetkisi yoktur. Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz. Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikayete bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re'sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötenaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukukunda ötenazi, kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır ( Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, c. IV s. 416; İçel, Suç Teorisi, s. 188, Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. 2, s. 78, Önder, Ceza Hukuk Dersleri, s. 260 ).

*İstisnai iki halde vücut bütünlüğüne karşı yapılan müdahaleler hukuka uygunluk sebepleri arasında kabul edilmiştir. Bunlar spor karşılaşmaları ve tıbbi müdahalelerdir. Spor oyunları sırasında oyun kuralları içerisinde rakibe karşı müessir fiilde bulunulması durumunda hukuka uygunluk sebebi mevcuttur. Çünkü bizzat Devlet veya uluslararası kuruluşlar bu faaliyetleri organize etmekte, izin vermektedir. Tıbbi müdahaleler konusunda ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Aşılınması ve Nakli Hakkında Kanunlarda özel düzenlemeler mevcuttur ( Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 2, s. 44 vd. ). Örf ve adet ise Ceza Hukukunun kaynağını oluşturmaz ve örf adet bir mazeret sebebi olarak kabul edilemez ( Erem-Damışman-Artuk, Ceza Hukuk Genel Hükümler, s. 556 ). Kaldı ki kan kardeşliği bir örf ve adet değildir. Sadece bazı kimselerin hangi amaçla yaptıkları belirlenemeyen sınırlı sayıdaki eylemleridir.*

*Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; mağdur, kan kardeşi olmak amacıyla sanıktan bileğini kesmesini istemiştir. Sanığın meyve bıçağı ile mağdurun bileğini kesmesi üzerine, mağdur 5 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralanmıştır. Sanık bilerek ve isteyerek mağdurun bileğini bıçakla kesmiştir. Esasen kan kardeşi olabilmek için mağdurun vücudunda yapılan bir kesi sonucu kanamanın meydana gelmesi gerekmektedir. Sanık eyleminin sonucunda bir yaralamanın meydana geleceğini öngörmekte ve bu sonucu istemektedir. Ayrıca sanık bıçakla mağdurun bileğine bir çizik atarak amacına ulaşabileceği halde, onu 5 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralamıştır. Rapor süresi de sanığın kastının yoğunluğunu göstermektedir. Bu nedenle sanığın eylemi taksirle yaralama değil, kasten yaralamadır. Mağdurun rızası eylemi suç olmaktan çıkarmadığına, sanığın amacı ve saiki hukuka uygunluk nedenleri arasında yer almadığına ve bir mazeret sebebi olamayacağına göre; sanık kasten müessir fiil suçundan cezalandırılmalıdır..." görüşü ile itiraz yasa yoluna başvurarak özel daire kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesini istemiştir.*

*Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda okundu, gereği konuşulup düşünüldü:*

**KARAR :**

*Sanık hakkında taksirle etkili eylem suçundan açılan kamu davasının vazgeçme nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilen olayda özel daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, silahla yaralama eyleminin taksirle mi yoksa kasten mi gerçekleştirildiği, buna bağlı olarak da suçun takibinin şikayete bağlı olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.*

İsviçre hukuk öğretisi vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler bakımından, basit nitelikte yaralama söz konusu olduğunda, mağdurun rızasının fail dikkate alınmaksızın geçerli sayılacağı görüşüdedir. Basit yaralam dışındaki müdahaleler bakımından ise fail dikkate alınmalıdır. Tıbbi müdahaleler bakımından ise, rıza genellikle geçerlidir. Bu kuralın istisnasını, kısırlaştırma, organ nakli gibi iyileştirme amacı olmayan müdahaleler oluşturmaktadır. Örneğin kısırlaştırma bakımından, müdahalenin kişi için çok önemli olması ölçütü geçerliliğini yitirmektedir. Çünkü kişinin cinsel dürtüleri ilaçlarla durdurulabilmektedir<sup>575</sup>.

Tüm bu açıklamaların yanı sıra kişinin vücut bütünlüğüne yönelik tasarrufuna ilişkin olarak en çok tartışılan konular; tıbbi müdahaleler ve açlık grevleridir.

---

*İnceleme konusu olayda;*

*Olay gecesi sanık ile mağdurun yanlarında arkadaşları tanık O. da olduğu halde evde sohbet edip içki içtikten sonra kan kardeş olmaya karar verdikleri, önce tanık O'nun ardından da sanık Ö'nün bıçakla bileklerini kestikleri, kendi bileğini kesemeyen mağdur M'nin bıçağı verip sanıktan bileğini kesmesini istediği, alkollü olması nedeniyle kendi bileğini de derin biçimde kesmiş bulunan sanığın yanlışlıkla mağdurun bileğini de fazlaca kesmesi ve kanı durduramamaları üzerine birlikte hastaneye gidip tedavi oldukları, aldırılan doktor raporuna göre mağdurun sağ ön kol bilek üst kısmında cilt ve cilt altını ilgilendiren 4 cm. uzunluğundaki enine kesi nedeniyle dikiş atıldığı, mevcut yaralanmanın ( 5 ) gün iş ve gücüne engel oluşturduğu anlaşılmaktadır.*

*....Bu açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirdiğimizde;*

*Kan kardeş olmak amacıyla, mağdurun isteği üzerine bıçakla kan çıkacak kadar çizik atmak isterken aldığı alkolün doğurduğu kontrolsüzlükle bileğini biraz derinden kesip ( 5 ) gün iş ve gücüne engel biçimde yaralanmasına neden olan sanığın etkili eyleme ilişkin sorumluluğu özensiz davranış biçiminde beliren taksire dayalıdır.*

*Bu itibarla, yaralamanın kasten gerçekleştirildiğine ilişkin Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.*

*Çoğunluk görüşüne katılmayan kurul başkanı ile bir kısım kurul üyeleri; "Kastın unsurlarından ilki; hareketin sonucunu da kapsayan ( bilme ) düşünme ve öngörme, diğeri ise; ( isteme ) iradedir. Sanığın düşünüp öngördüğü ve irade ettiği husus, mağdurun bileğinin kan çıkacak biçimde kesilmesidir. Bu eylem sonucunda mağdurun cismen eza görmesi ve sağlığının bozulması kaçınılmaz olup, bu netice faike de bilinmekte ve istenmektedir. Olayda, kastın hareketi ve neticeyi kapsayan bu iki unsuru da mevcut olduğundan, saiki ne olursa olsun failin fiili kasten etkili eylem suçunu oluşturur. Öte yandan mağdurun rızası, etkili eylem suçunun sadece takibi şikayete bağlı bulunan basit biçimi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir.*

*Bu nedenle, kan kardeş olmak amacıyla bıçakla mağdurun bileğini kesen sanığın eylemi, re'sen takibe konu silahla kasten etkili eylem suçunu oluşturmaktadır" gerekçesiyle, itirazın kabulü gerektiği yolunda karşı oy kullanmışlardır.*

*SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının REDDİNE, dosyanın yerine gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığı'na tevdiine, 01.02.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi."* (Yarg. CGK 2005/9-213 E., 2005/3 K.)

<sup>575</sup> Robert Hauser, Jörg Rehberg; "Strafrecht I Verbrechenslehre", Zürich, 1980, s.101.

## 2. Tıbbi Müdahaleler Bakımından Rıza

### a. Genel Olarak

Tıbbi müdahale; kişilerin fiziksel ya da ruhsal hastalıklarının ya da eksikliklerinin teşhis ve tedavi edilmesi, eğer tedavisi mümkün olmayan bir hastalık ya da noksanlık söz konusu ise hastanın acılarının azalmasına yardımcı olunması ya da kişilerin hastalıktan korunması veya istenmeyen gebelikleri önlemek için doğum kontrolünün sağlanması amaçlarıyla, tıp eğitimi görmüş kişiler tarafından tıbbi gereklerine uygun gerçekleştirilen her türlü teşhis ve tedavi yöntemine verilen isimdir<sup>576</sup>.

Tıbbi müdahalenin yaralama suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Bu konuda iki temel görüş bulunmaktadır: İlk görüşe göre, tıbbi müdahaleler yaralama suçunun kanuni unsurunda yer alan tanıma uymalarına rağmen hukuka aykırılık unsuru bulunmadığından, suç oluşturmazlar. Bu genel görüş altında, farklı yazarlar tarafından çeşitli hukuka uygunluk sebepleri, tıbbi müdahalelerin suç oluşturmamasına sebep olan nedenler olarak dile getirilmiştir<sup>577</sup>.

Örneğin Von Listz'e göre, tıbbi müdahaleler hukuk düzeninin amaçları ve insanlığın ilkeleri ile bağdaştığından hukuka uygun fiillerdendir. Bir diğer görüşe göre, hekim hastaları tedavi ederken ahlaki bir amaç taşımaktadır ve bu davranışı toplumun ahlaki kurallarına uygundur. Oppenheim'e göre ise, tıp ilmi çok eskilere dayanmaktadır ve hekimlerin yaptığı müdahaleler o zamandan bu zamana hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Özetle bu fiiller gelenek hukukuna uygun olduklarından suç değildirler. Foriers, tıbbi müdahaleleri hukuka uygun duruma getiren etken olarak zorunluluk halini göstermektedir<sup>578</sup>.

Türk hukukunda en çok taraftar bulan görüşe göre; tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmalarının nedeni, yasakoyucunun bu hareketlere izin vermesidir. Hekim tıbbi müdahalelerde bulunurken, hakkını icra etmektedir<sup>579</sup>.

<sup>576</sup> Yenerer Çakmut; s. 24.

<sup>577</sup> Bayraktar; s. 71.

<sup>578</sup> Bayraktar; s. 73 vd.

<sup>579</sup> Dönmezer, Erman; s. 51 vd., Bayraktar; s. 92, Kayıhan İçel ; “ *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*”, 1967, İstanbul, s. 207, Öztürk, Erdem; s. 219, Erman, B.; s. 50.

Tıbbi müdahalelerin hakkın kullanılması nedeniyle hukuka uygun hale geldiğinin kabul edilmesinin en önemli sonucu, tedavi için hastanın görüşünün ikinci derecede önem arzemesine neden olmasıdır. Burada hastanın görüşünün önemi yoktur; önemli olan tedavinin yapılmasıdır. Hekimin hakkını kullanması sınırsız değildir; hakkın kötüye kullanılması şeklinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hukuka uygun değildir. Bu düşünceye göre, hastanın görüşünün birinci derecede öneme sahip olduğu, rızanın mutlaka alınmasının gerekli olduğu müdahaleler ise, tıbbi müdahale zorunluluğunun bulunmadığı (estetik operasyonlar gibi) hallerdir<sup>580</sup>. Öte yandan, tıbbi zorunluluk gerekmeden yapılan bu tür müdahalelerde, rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği düşüncesinde olan yazarlar da bulunmaktadır<sup>581</sup>.

Tıbbi müdahalelerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığı nedeniyle suç oluşturmadığına ilişkin görüş, hasta iradesini ikinci plana attığından eleştirilmektedir. Buna göre, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı karşısında; hekimin mesleğini icra etme hakkından söz edilemez<sup>582</sup>.

Yukarıda bazılarını kısaca saydığımız ve tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılık unsurunun noksanlığı nedeniyle suç oluşturmadığına ilişkin teorilerin bir diğeri de rızaya ilişkindir. Bu teoriye taraf olanlar, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu mağdurun ( hastanın) rıza vermesine bağlarlar<sup>583</sup> Rızanın bulunmaması durumunda gerçekleştirilen müdahale hukuka aykırı bir hal alacaktır ve müdahalede bulunan hekim gerçekleştirdiği fiilden ötürü sorumlu tutulabilecektir<sup>584</sup>.

Hastanın rızasını ölçüt alan bu görüşe göre, tıbbi müdahalede üç önemli hukuki değer bulunmaktadır. Bunlar; hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, vücut bütünlüğünü koruma hakkı ve sağlık hakkıdır<sup>585</sup>.

Bu görüş, hastanın geçerli rızasının her zaman alınamaması nedeniyle eleştirilmektedir. Hastanın bilincinin yerinde olmaması, yerine rıza gösterecek

<sup>580</sup> Öztürk, Erdem; s. 219.

<sup>581</sup> Dönmezer, Erman; s. 49.

<sup>582</sup> Erman, B.; s. 54.

<sup>583</sup> Bayraktar; s. 78.

<sup>584</sup> Dönmezer, Erman; s. 47.

<sup>585</sup> Erman ; s. 57

yakınlarının bulunmaması gibi bir durumda hekim rıza olmadan müdahalede bulunabilecek midir; ya da ameliyat sırasında hekimin hastaya öngörülenden farklı bir müdahalede bulunması gerekliliği doğarsa, bu müdahale için rıza nasıl alınacaktır, gibi sorular sorulmaktadır. Bu soruların yanıtı, rızaya taraftar olan yazarlarca çeşitli biçimlerde verilmiştir. Bir grup yazar, böyle durumlarda, zorunluluk hali koşulları varsa, bu durumun söz konusu olacağını ileri sürerken; bir diğer grup yazar ise, vekaletsiz iş görme kurallarının uygulanması gerektiği düşüncesindedir. Son olarak bu tip durumlarda hastanın örtülü rızasının bulunduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır<sup>586</sup>.

İkinci görüş, tıbbi müdahalelerin tipe uygun olmadığını, bu nedenle suç oluşturmadıklarını ileri sürmektedir. Bu görüşün ortaya koyduğu ölçüt bakımından üç farklı anlayışa ayrıldığı söylenebilir. Bazı yazarlar tıbbi müdahalenin bir bütün olarak ele alınması gereğinden yola çıkarak; müdahale sırasında hastanın acı duyması, bedeninde yaralar oluşturulması gibi hususların, tedavinin belli bir kısmını oluşturduğundan, dikkate alınmaması gerektiğini dile getirmektedirler. Bu görüşe göre, burada önemsenmesi gereken, sağlığın genel olarak iyiye gitmesidir. Hastanın zararına sonuç doğurmadığı için yapılan müdahale hukuka uygundur<sup>587</sup>.

Lex- artis teorisi olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre, hareketin tipik olup olmadığını belirleme ölçütü, müdahalenin tıp mesleğinin gereklerine uygun yapıp yapılmadığıdır. Müdahale tıp mesleğinin gereklerine uygun yapıldıysa sonucuna bakılmaksızın, yaralama suçunu oluşturmayacaktır<sup>588</sup>.

Son görüşe göre, tıbbi müdahalelerde kasten yaralama suçunun kanuni unsuru gerçekleşmemektedir. Bu suçun oluşabilmesi için, failin mağdura zarar vermek amacının bulunması gerekmektedir. Halbuki tıbbi müdahalelerde amaçlanan tedavi etmek; yani zarar vermek değil, yarar sağlamaktır. Amaç hastayı iyileştirmek olduğundan kanuni unsuru tam anlamıyla karşılamadıklarından bu fiiller suç oluşturmazlar<sup>589</sup>.

<sup>586</sup> Dönmezer, Erman; s. 48. Bu teorilere karşı ileri sürülen eleştiriler için ayrıca bkz. Dönmezer, Erman; s. 49,50.

<sup>587</sup> Erman; s. 35.

<sup>588</sup> Erman, B.; s. 36.

<sup>589</sup> Bayraktar; s. 65, Dönmezer, Erman; s. 46, Yenerer- Çakmut; s. 106, 107, Erman; s. 38.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Türk hukukunda, tıbbi müdahalelerin suç oluşturmaması, hukuka aykırılık unsurunun bulunmaması görüşüne dayandırılmaktadır. Ancak hangi hukuka uygunluk nedeninin fiili suç olmaktan çıkardığı ile ilgili bir görüş birliği bulunmamaktadır<sup>590</sup>.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenine dayanan yazarlar, hekimlere yasayla tanınan subjektif bir hakkın kullanılmasından söz etmektedirler. Hatta bu yazarlara göre; müdahale tedavi amacını taşıyorsa, hekim için bu fiili gerçekleştirmek hakkın kullanılmasından çok, bir görevin yerine getirilmesidir. Bu nedenle tedavi için yapılan müdahaleler bakımından hastanın rızasının herhangi bir rolü yoktur. Bunun dışında kalan operasyonlar bakımından da, tıbbın gelişimi dikkate alındığında genel kabul gören nitelikte iseler, benzer bir tespit yapmak mümkündür. Ancak bu operasyonlar bakımından hastanın rızasının da bulunması gerekmektedir<sup>591</sup>.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin yanı sıra, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk nedenini kanunların tıbbi müdahalelere izin vermesi olarak açıklayan bir görüş de bulunmaktadır<sup>592</sup>.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun hem hakkın icrasından hem de ilgilinin rızasından kaynaklandığını ileri sürenlere göre, tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi için öncelikle ilgilinin rıza göstermesi gerekmektedir. Rıza sonucu gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için ise, başarılı olması, yapılan müdahaleye tıp bilmince izin verilmesi koşulları yerine gelmelidir. Tüm bunların bulunması durumunda, hekim müdahalede bulunma hakkına sahip olacak ve hakkını icra edecektir<sup>593</sup>.

Öte yandan, hukuka uygunluğun kaynağını hakkın kullanılması olarak belirlemekle birlikte; sadece hakkın kullanılmasının kabul edilmesinin hastanın iradesi ve kişisel hürriyetleri bakımından sakıncalı olabileceği düşüncesiyle, hakkın kullanılması ile ilgilinin rızasının tıbbi müdahaleleri birlikte hukuka uygun duruma getirmesi

<sup>590</sup> Çakmut; s. 118.

<sup>591</sup> Dönmezer, Erman; s. 51 vd.

<sup>592</sup> Yenerer- Çakmut; s. 119.

<sup>593</sup> Yenerer- Çakmut; s. 119.

gerektiği görüşü de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, hukuka uygunluğun asıl kaynağı hekimin hakkını kullanmasıdır. Ancak, hekim bu hakkını kullanmak için, kanunda yazılı olan istisnai durumlar dışında, hastanın rızasını almak durumundadır. Rıza ile hakkın kullanılması yolunun açılmasının dışında yapılacak müdahalenin sınırları da belirlenmiş olacaktır<sup>594</sup>.

## **b. Koşulları**

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi rıza dışında bazı koşullarının varlığına bağlıdır. Bu koşullar: Müdahalenin tıp eğitimi almış ve kanunen müdahale etmeye yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi ile müdahalenin teşhis (tanı), tedavi ya da koruma amacıyla gerçekleştirilmesidir<sup>595</sup>.

### **aa. Müdahalenin Tıp Eğitimi Almış ve Kanunen Müdahale Etmeye Yetkili Kişi Tarafından Gerçekleştirilmesi**

Bu şartlardan ilki olan müdahalenin tıp eğitimi almış ve ve kanunen müdahale etmeye yetkili kişi tarafından yapılması koşulunu karşılayan ilk meslek grubu hiç kuşkusuz hekimlik mesleğidir<sup>596</sup>. 11.04. 1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzını İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesinde hekimlik mesleğinin koşulları yer almaktadır. Bu hükme göre, hekimlik mesleğini yapabilmek için Tıp Fakültesi mezunu olmak ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerekmektedir. Hekimlik mesleğini gerçekleştirebilmek için aranan son koşul ise, kişinin hekimlik mesleğini yerine getirmesi için sürekli ya da geçici nitelikte bir engelinin bulunmamasıdır. 1219 sayılı Kanun'un 28. maddesinde hekimlik mesleğinin gerçekleştirilmesini sürekli olarak yasaklayan nedenler yer almaktadır. Hükme göre;

“Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli

<sup>594</sup> Bayraktar; 97, 107, 108.

<sup>595</sup> Yenerer- Çaknut; s. 26 vd; Mehmet Yılmaz; “Zarar Görenin ( Mağdurun) Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995, İstanbul, s. 41 vd.

<sup>596</sup> Erman; s.93.



savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak” ile hekimin tedavisi mümkün olmayan bir akıl hastalığına sahip olduğunun saptanmasıdır. Hekimin mesleğini yerine getirmesinin geçici olarak men edildiği durum ise hekimlerin tabii olduğu Oda Haysiyet divanı tarafından disiplin cezası verilmesi halidir<sup>597</sup>.

1219 sayılı Kanuna göre tıbbi müdahale yapmaya bazı sağlık görevlileri de yetkilidir. Bu sağlık görevlileri ise; dişçiler, ebeler, sünnetçiler, küçük sıhhiye (sağlık) memurları, görev süresince olmak kaydıyla sıhhiye sınıfına mensup er ve erbaşlar ile hemşirelerdir<sup>598</sup>. Sağlık görevlileri kanun tarafından izin verilen tıbbi müdahaleleri gerçekleştirebilirler<sup>599</sup>.

Tabipler ve sağlık görevlileri dışında kimselerin de küçük bazı tabbi müdahalelerde (ilk yardım gibi) bulunmasında kanunen bir engel olmamakla birlikte vücut bütünlüğüne yönelik bir fiilin varlığı halinde bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması aranacaktır<sup>600</sup>.

Tıbbi müdahalelerin kanunda yazılı kimseler tarafından yapılmasının ve mesleğin sıkı kurallara bağlı tutulmasının altında, gerek toplumun gerek bireyin menfaatlerinin korunması amacı yer almaktadır. Tıbbi müdahalelerin, tıp eğitimi almamış kimseler tarafından, belirlenmiş kurallara aykırı olarak yapılması durumunda kamu sağlığı tehlikeye girecektir. Bu nedenle, kanunda belirtilen kimseler dışında bir kimsenin

<sup>597</sup> Erman; s. 93 vd.

<sup>598</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

m. 3: “...Sağlık Bakanlığı'nca açılan ve yönetilen okullardan mezun olan sağlık memurları ve bu okullara eşdeğer okullardan mezun olup mezuniyet belgeleri Sağlık Bakanlığı'nca onaylanıp kayıt edilenler -yönetmeliklerinde yazılı olanlar ile sınırlı kalma koşulu ile- küçük ameliyeleri yapabilir.

Nitelik ve koşulları bu kanunla saptanmış olan sünnetçiler sünnet ameliyesini yapabilirler.

(Ek fıkralar:3954-27.12.1993)

Türk Silahlı Kuvvetlerince yetiştirilen sıhhiye sınıfına mensup erbaş ve erler de, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere, küçük sıhhi işlemleri yapmaya yetkilidirler.”

m. 29: “Dişçilik sanatı; dişlerin ve diş etleri ile esnanın tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyelerin icrasına munhasırdır.”

<sup>599</sup> Erman; s. 95.

<sup>600</sup> Erman;s. 96.

yine kanunda belirtilen kurallara aykırı gerçekleştirdiği müdahaleler, hastanın rızası bulunsa da, hukuka aykırı olacaktır<sup>601</sup>.

### **bb. Tıbbi Müdahalenin Teşhis, Tedavi Ya da Koruma Amacıyla Gerçekleştirilmesi**

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için gerekli olan ikinci şart ise, gerçekleştirilecek işlemin teşhis (tanı), tedavi ya da koruma amacıyla gerçekleştirilmesidir<sup>602</sup>. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesinde de açıkça belirtilmiştir. Maddeye göre:“...*Tabip ve dış tabibi teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın her hangi bir şey yapamaz.*”.

Sayılan amaçlardan teşhis (tanı), bir kimsede bulunduğu düşünülen fiziksel ya da psikolojik bir hastalığı araştırıp sonucunda elde ettiği belirti ve bulgulara dayanarak ortaya çıkarmak, tanılamak olarak tanımlanabilir<sup>603</sup>. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, teşhis (tanı), hasta ve yakınlarına soru sormayı, hastayı elle ya da çeşitli aletlerle muayane etmeyi, hastadan çeşitli örnekler almayı da içermektedir ve yapılan işlemlerin teşhis olarak nitelendirilmesi için bu tetkikler neticesinde mutlaka bir hastalığa rastlanılması gerekmektedir<sup>604</sup>.

Tıbbi müdahalenin amaçlarından ikincisi olan tedavi; fiziksel ya da psikolojik bir hastalık teşhisi (tanısı) konulan kişinin iyileştirilmesi, hastalıktan kurtarılması; eğer hastalıktan kurtarılması olanaksızsa hastalığın etkilerini hafifletmek, hastalığı ya da kişinin duyduğu acıları dindirmek amacıyla yapılan müdahaleler olarak tanımlanabilir<sup>605</sup>. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13'üncü maddesinin son fıkrasında maddesinde “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*” denilerek tedavinin sınırları belirtilmiştir. Hekim kullanacağı tedavi metodunu kendisi seçecektir. Ancak bu metodun genel

<sup>601</sup> Bayraktar; s. 112.

<sup>602</sup> Yenerer-Çakmut; s.35; Yılmaz; s.54.

<sup>603</sup> Yenerer-Çakmut; s. 35, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=tan%FD&ayn=tam> , <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=te%FEhis&ayn=tam>

<sup>604</sup> Yenerer-Çakmut; s. 36.

<sup>605</sup> Yenerer-Çakmut; s. 36; <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=tedavi&ayn=tam>

olarak kabul gören bir tıbbi yöntem olması gerekmektedir<sup>606</sup>. TCK'nın 90 maddesine göre<sup>607</sup>, insan üzerinde tedavi amaçlı dahi olsa rıza bulunmaksızın yapılan bilimsel deney cezalandırılmaktadır.

Maddeye göre rızaya dayalı bilimsel deneyin cezai sorumluluğu ortadan kaldırması için: deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması; deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması; insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılmaması; deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması; deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması; deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması ve deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekmektedir. Çocuklar üzerinde hiçbir koşulda bilimsel deney yapılması kabul edilmezken, rızaya dayalı olarak tedavi amaçlı bilimsel deney yapılabilmesi için bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması, hasta tarafından açıklanan rızanın, denemenin içeriği ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmenin ardından yazılı olarak verilmesi ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekmektedir.

Tıbbi müdahalenin amaçlarından sonuncusu ise korumaktır. Koruma kişileri hastalıklardan korumanın yanında nüfus planlaması aracılığıyla istenmeyen

---

<sup>606</sup> Yenerer Çakmut; s. 37.

<sup>607</sup> 765 sayılı TCK'nın kabulünden önce benzer bir hüküm Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesinde yer almaktaydı. Hükme göre: "*Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamıyacağı gibi aynı maksatla kimyevî, fizikî veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.*"

*Klasik medotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedaviinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmıyacağı muhtemel bulunması şarttır.*

*Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir."*

gebelikleri engellemeyi de içermektedir. Hastalıklardan koruma; fiziksel ya da psikolojik bir rahatsızlığı bulunmayan kişiye ileride gerçekleşmesi olası hastalığa karşı önlem alınması amacıyla yapılan müdahaleler olarak tanımlanabilir<sup>608</sup>. Nüfus Planlaması ise, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un ilk maddesinde kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları, olarak tanımlanmaktadır. Kişilerin istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olmalarını sağlamak ya da psikolojik ya da fiziksel bir hastalığın oluşumunu engellemek amacıyla gerçekleştirilen kısırlaştırma, gebeliğin sonlandırılması ya da hastalığı engelleme amaçlı herhangi bir operasyon koruma amacı kapsamında değerlendirilecektir<sup>609</sup>.

### cc.Tıbbi Müdahalenin Genel Kabul Gören İlke ve Kurallara Uygun Yapılması

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hekim, hekimlik faaliyetini iki aşamada gerçekleştirmektedir. Hekim, hastada bulunan hastalığı teşhis etmesinin ardından uygun bir tedavi yöntemi kullanarak hastalığı tedavi edecektir. Hekim teşhis ve tedavi yaparken, tıp meslek ve sanatının gerektirdiği biçimde hareket etmekle ve tıbbın genel kabul gören kural ve ilkelerine uygun davranmakla mükelleftir. Bu koşul tıbbi müdahalelerin objektif sınırı olarak adlandırılmaktadır<sup>610</sup>.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13'üncü maddesinin 1'inci ve 2'inci fıkraları bu durumu açıkça düzenlemektedir. Maddeye göre; “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder....*

*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.”*

Hekim bu koşulu yerine getirirken tıpta gerçekleşen yenilikleri de izleyecektir. Ancak bu izleme de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13'üncü maddesi gereği sınırsız değildir. Böylece hekim, yerleşmiş yenilik ve değişiklikleri uygulamakla

<sup>608</sup> Yenerer- Çakmut; ,s. 37.

<sup>609</sup> Yenerer- Çakmut; s. 37.

<sup>610</sup> Bayraktar; s. 147, Yenerer- Çakmut; s. 38.

mükellef kılınmıştır. Aksi durum, yukarıda da değindiğimiz insan üzerinde deneye ilişkin hukuki kurallara tabidir<sup>611</sup>.

### **c. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulu Olarak Rıza**

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak kabul edilme koşullarından biri de, hastanın rıza göstermesidir. Kimi yazarlara göre bu koşul hekimin hakkını (hekimlik mesleğini icra etme) kullanabilmesini sağlamaktadır. Diğer taraftan rıza ile tıbbi müdahalenin sınırları da belirlenmiş olacaktır<sup>612</sup>.

#### **aa. Rıza Gösterebilmenin Ön Koşulları**

Tıbbi müdahalelere rıza gösterilmesi için kimi ön koşullar aranmaktadır. Bu koşulların varlığı halinde geçerli bir irade açıklamasının varlığından söz etmek olanaklı hale gelecektir. Ancak tüm bu ön koşullara rıza göstermeye ilişkin koşullar konusunda değindiğimizden burada sadece tıbbi müdahaleler bakımından önem arzeden kısımları ele alacağız.

Tıbbi müdahaleler bakımından rızanın geçerli sayılabilmesi için; genel olarak rızanın geçerliliği bakımından aranan koşulların var olması gerekmektedir. Bu koşulların başında rıza gösterecek kişinin rıza gösterme ehliyetine sahip olması yer almaktadır. Ehliyetin rıza gösterecek kişide bulunması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleler bakımından rıza gösterecek yani ehliyet sahibi olması gereken kimse ise, müdahalenin gerçekleştirileceği kişidir<sup>613</sup>. Kişi, yasa koyucu tarafından tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecek yaşta bulunmalı ve akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle rıza gösterdiği tıbbi müdahalenin içeriğini, önemini ve sonuçlarını algılayamayacak durumda bulunmamalıdır. Kişi bu sebeplerle rıza açıklamasında bulunamayacak durumda ise; tıbbi müdahale, kanuni temsilci tarafından yapılan rıza açıklaması ile hukuka uygun hale gelecektir<sup>614</sup>.

---

<sup>611</sup> Bayraktar; s. 148.

<sup>612</sup> Bayraktar; s. 123.

<sup>613</sup> Yenerer-Çakmut; s. 205.

<sup>614</sup> Yenerer-Çakmut; s. 205-206, Erman; s. 80.

Tıbbi müdahalede rıza açıklamasında bulunabilme yaşı tartışılmaktadır. Rıza açıklamasını özel hukuka ilişkin bir hukuki işlem olarak değerlendiren yazarlarca yaş sınırı erginlik yaşı olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, ceza hukukunda rıza gösterme ehliyeti ve rızanın koşulları bakımından her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılacaktır. Bu nedenle rızaya ehliyet bakımından belirli bir yaş sınırı vermek oldukça güçtür. Kişinin rıza açıklaması yapma ehliyetine sahip olup, olmadığı her somut olay bakımından ayrı ayrı incelenecek ve karar verilecektir<sup>615</sup>. Bu konuda yasada düzenlenen bir yaş sınırı varsa, bu sınırın kural olarak kabul edilmesi görüşü<sup>616</sup>, kanımızca da yerindedir. Eğer yasada açık bir düzenleme yer almıyorsa; kişinin temyiz gücünün bulunup, bulunmadığı dikkate alınarak, rıza gösterme ehliyetinin bulunup, bulunmadığı konusunda bir karar verilmesi yerinde olacaktır<sup>617</sup>. Alman İmparatorluk Mahkemesi de, yedi yaşından küçük çocukların rıza ehliyetlerinin bulunmadığı; buna karşılık, bu yaştan büyük kimselerin ehliyetlerinin bulunup bulunmadığına somut olayda temyiz kudretinin bulunup, bulunmamasına göre karar verilmesi gerektiği düşüncesini ifade etmiştir<sup>618</sup>.

Alman içtihadının hastanın rıza ehliyetine sahip bulunup bulunmadığına ilişkin bir ölçütü vardır: Buna göre, hasta aydınlatıldıktan sonra da gerçekleştirilecek müdahalenin nitelik, anlam ya da kapsamını idrak edecek durumda değilse, rıza gösterme ehliyeti yoktur<sup>619</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta genellikle benimsenen sistem, ehliyet sorununun uygulanacak tıbbi müdahalenin ağırlığına göre tespiti şeklindedir. Dolayısıyla bazı hukuki işlemler bakımından küçüklerin de rıza gösterme hakları bulunmaktadır. Küçüğün üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için, müdahalenin içeriğini, sonucunu ve önemini kavrayabilecek durumda olması gerekmektedir<sup>620</sup>.

<sup>615</sup> Dönmezer, Erman; s. 70, Yenerer-Çakmut; s. 206.

<sup>616</sup> Yenerer-Çakmut; s. 207.

<sup>617</sup> Dönmezer, Erman; s. 71.

<sup>618</sup> Erman; B. ; s. 81.

<sup>619</sup> Hennig Rosenau (Çev: Ali Kemal Yıldız); "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 51.

<sup>620</sup> Erman; s. 81-82.

Alman hukukunda, ne Ceza Kanunu'nda ne de Medeni Kanun'da hastanın rıza gösterebilme yaşına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır<sup>621</sup>. Alman öğretisi, küçüğün rıza açıklama ehliyetini, kişiye yapılacak olan müdahalenin kalıcı olup, olmamasına göre bir ayırım yapmaktadır. Basit bir müdahale söz konusuysa daha küçük yaşlarda rıza açıklama ehliyetinin varlığı kabul edilirken; karmaşık ve kalıcı sonuçları olan bir müdahale için rıza ehliyetinin daha ileri yaşlarda var olduğu kabul edilmektedir. Konuyla ilgili olarak Alman Federal Mahkemesi'nin ölçütü ise şudur: Müdahale kapsamı ve sonuçları bakımından ciddi nitelikteyse ya da müdahale ertelenebilirse küçükler tek başlarına rıza açıklamasında bulunamazlar. Bu ölçüt aynı zamanda, tıbbi zorunluluk olmayan ya da gecikmesinde sakınca bulunmayan operasyonlar bakımından rıza ehliyeti yaşının erginlik yaşı olması anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, acil bir müdahale durumunda rıza açıklamasında bulunma konusunda daha toleranslı davranılması kabul edilirken; aciliyeti olmayan ya da zorunluluk bulunmayan tıbbi müdahaleler daha sıkı koşullara tabidir<sup>622</sup>. Bu görüş Alman doktrininde “doğal olgunluk” olarak adlandırılmaktadır ve bu teoriye göre, rıza açıklaması ehliyeti hukuk dışı bir kavramdır. Ehliyeti tespit etmek içi sosyolojik, psikolojik ve biyolojik bir takım kıstasların kullanılması gerekmektedir<sup>623</sup>.

İsviçre öğretisi ise, temyiz kudreti yaşını değil 12 yaşı tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti için yeterli görmektedir. Ancak bu yaş sınırı, Alman öğretisinin de benimsediği gibi, müdahalenin ciddiyeti oranında artmaktadır<sup>624</sup>.

İngiliz hukukunda rıza ehliyeti bakımından kullanılan ölçüt, tıbbi müdahaleye ilişkin bilgileri anlamak, müdahalenin avantaj ve dezavantajlarını mukayese ederek karar verebilmektir<sup>625</sup>.

Gerek Tebabet ve Şuabat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun; gerek Hasta Hakları Yönetmeliği ilgili maddelerinde, kişi küçük ya da kısıtlı ise, kendisi yerine veli ya da vasisinden rıza alınması şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Buradan

<sup>621</sup> Brigitte Tag (Çev: Yener Ünver); “*Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, 202.

<sup>622</sup> Erman; s. 83.

<sup>623</sup> Erman; s. 83.

<sup>624</sup> Erman; s. 82.

<sup>625</sup> Erman; s.. 83-84.

hareketle, yasa koyucunun tıbbi müdahaleye gösterilecek rıza bakımından erginlik yaşını esas aldığı söylenebilir. Ancak yasal temsilcinin açıkladığı rıza ile tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için; yapılacak müdahalenin küçüğün üstün yararına bir işlem olması gerekir<sup>626</sup>.

Küçüklerin ve kısıtlıların tıbbi müdahaleye rıza göstermelerinin mümkün olup, olmadığı, yukarıda sözünü ettiğimiz hükümlere rağmen tartışılmaktadır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre; her ne kadar Medeni Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilcisinin izni olmaksızın da kullanılabileceğini öngörmüşse de; bu durum tıbbi müdahalelere gösterilecek rıza bakımından geçerli sayılmamalıdır. Böyle kimselerin üzerinde tasarrufta bulunamayacakları haklardan biri de vücut bütünlüğünün korunması hakkıdır<sup>627</sup>.

Bir diğer görüşe göre, anılan hükümlerin lafzi ile bağlı kalmak, küçüğün ayırt etme gücü olup olmamasına bakılmaksızın, yasal temsilcinin rızasını aramak anlamına gelecektir. Tıbbi müdahale ile ilgili olarak, küçüğün görüşünün alınması da öngörülmektedir. Ancak bu görüş, son söz yasal temsilcinin olacağından, hekim bakımından önem arzetmeyecektir. Bu düzenlemenin Medeni Kanun'un 16'ncı maddeye aykırı olduğunu göstermektedir. Çünkü, tıbbi müdahaleye rıza, anılan hükme göre kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır ve ayırt etme gücüne sahip küçük bu hakkını bizzat kullanabilir<sup>628</sup>.

Çilingiroğlu ise sözünü ettiğimiz iki görüşü de birlikte ele alan karma bir görüş ileri sürmektedir. Yazara göre, rıza hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır. Bu nedenle hastanın hukuken geçerli bir rıza açıklamasında bulunması için tam ehliyetli olması da gerekmemekte; temyiz kudretine sahip bulunması yeterli görünmektedir. Temyiz kudretinden anlaşılması gereken ise, hastanın gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyi, sonuçlarını ve risklerini algılayabilecek fiziksel ve ruhsal olgunluğa sahip olmasıdır. Küçükler tıbbi müdahaleler bakımından rıza ehliyetine sahiptirler; Çünkü vücut dokunulmazlığının korunması hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve

<sup>626</sup>Çilingiroğlu; s. 55.

<sup>627</sup>Çilingiroğlu, s. 55-56.

<sup>628</sup>Zarife Şenocak; "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AUHFD, Yıl: 2001, S.50, C. 4, s. 74, Çilingiroğlu; s. 56.



Medeni Kanun'un 16'ncı maddesi açıktır. Ancak önemli tıbbi müdahaleler bakımından küçüklerin ve kısıtlıların rızalarının yanında, yasal temsilcilerinin de rıza açıklamasında bulunmasında yarar vardır<sup>629</sup>.

## bb. Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü

### aaa. Genel Olarak

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki iki temele dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisidir. Diğer ise, hastanın kendi geleceği hakkında karar verme hakkıdır. Hem hasta ile hekimin arasındaki güven ilişkisi, hem de hastanın kendi geleceği üzerinde karar verebilmesi, hastanın bilgilendirilmesini gerektirmektedir<sup>630</sup>.

Hastanın rıza göstermesi, hastalığı, tedavi yöntemleri, bu yöntemlerin olası risk ve sonuçları hakkında hekim tarafından açıklamada bulunulması ile yakından ilgilidir. Hekim hastaya bu konularda açıklama yaparak, vücut bütünlüğünü koruma hakkı üzerinde en doğru kararı almasını sağlayacaktır<sup>631</sup>. Hastanın bu açıklamaların ardından yaptığı rıza beyanına bilgilendirilmiş rıza (aydınlatılmış onam) adı verilmektedir<sup>632</sup>. Yeterli bilgilendirme yapılmaması hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlalini oluşturduğu; ayrıca, hastanın bilgilendirilmesi neticesinde alınan rıza açıklaması hukuken geçerlidir<sup>633</sup>.

Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü gerek ilgili mevzuatta, gerek Yargıtay kararları ile öngörülmektedir. Rızanın hukuken geçerli kabul edilebilmesi için gerekli koşulların başında hastanın aydınlatılmış olması gelmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14'üncü maddesinde yer alan "*Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır.*" ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31'inci maddesinde yer alan "*Rıza alınırken hastanın veya kanuni*

<sup>629</sup> Çilingiroğlu, s. 55-56.

<sup>630</sup> Çakmut; s. 224.

<sup>631</sup> Bayraktar; s. 125.

<sup>632</sup> Tacir; s. 148-149.

<sup>633</sup> Çakmut; s. 224.

*temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.”* hükümleri hekimin bu yükümlülüğünü düzenlemektedir. Hekim aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak Türk Hukukunda yer alan en kapsamlı düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği’nde yer almaktadır. Yönetmeliğin 31’inci maddesi “*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.”* hükmüne yer vererek, aydınlatma yükümlülüğünü rıza alınması bakımından bir zorunluluk olarak düzenlemektedir.

Yönetmeliğin 15’inci maddesi genel olarak hastanın bilgi isteme hakkını düzenlemektedir. Maddeye göre: “*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.*

*Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir.*

*Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.”* Maddenin gerek başlığı, gerek düzenlemesi incelendiğinde, bu hakkı hekimin yükümlülüğünden ziyade hastaya ait bir hak olarak kabul edildiği görülmektedir.

Yargıtay’ın da, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin önemli kararları bulunmaktadır. Söz gelimi 4. Hukuk Dairesinin 1964 yılında vermiş olduğu bir kararda; hekimin gerçekleştireceği ameliyatın ağır sonuçlar doğurabileceği konusunda hastayı bilgilendirmesi ve hastanın bu olası sonuçları da kabul ederek rıza açıklamasında bulunması gerektiği dile getirilmiştir<sup>634</sup>. Aynı Dairenin 1977 yılında vermiş olduğu bir diğer kararda da hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu

---

<sup>634</sup> Bayraktar; s. 125.

ve bilgilendirilmiş rıza (aydınlatılmış onam) alınmasının rızanın hukuka uygun sayılması için bir koşul olduğunun altı çizilmiştir<sup>635</sup>.

13. Hukuk Dairesi'nin 1993 yılında verdiği bir başka karar ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını belirlemektedir. Karara göre hekim, hastasına uygun tedaviyi önererek, gerekli önlemleri düşünüp, almalı ve tedaviyi gerçekleştirmelidir<sup>636</sup>.

Öte yandan hekimin farklı konularda aydınlatma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, hastanın sağlık durumu ile ilgili ve sağlıklı yaşam sürdürmek için genel bilgileri içeren aydınlatma biçimine "terapötik aydınlatma" adı verilmektedir. Bu aydınlatma biçimi, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin temel bir unsuru olarak kabul edilmekte; hastanın tek yanlı olarak bu hakkından cayması mümkün görülmemektedir. Hekimin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ise, özel hukuk bakımından bir tedavi kusuru olarak nitelendirilmektedir. Farklı konularda gerçekleşen aydınlatma yükümlülüklerine verilebilecek bir diğer örnek, hastanın tedavinin ekonomik sonuçları hakkında bilgilendirilmesidir. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü esas olarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında yapılan açıklamaları ifade etmektedir<sup>637</sup>.

Hastanın kendi geleceğinin belirleme hakkı, tıp etiğinin ana ilkelerinden biri olan özerklik ilkesine dayanmaktadır. Özerklik ilkesi, tıp etiği bakımından kişinin özgür iradesi ile kendisi hakkında karar vermesi ve uygulaması anlamına gelmekte ve çoğu zaman hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıyla aynı anlamda kullanılmaktadır<sup>638</sup>.

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, açıkça Anayasalarda düzenlenmemekle birlikte; kişi özgürlüğü, kişiliğin geliştirilmesi gibi temel hakların içinde yer aldığı kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17'inci maddesi de benzer şekilde bu hakkı kapsamaktadır. Hastanın

<sup>635</sup> Çakmut; s. 226, Çilingiroğlu; s. 57.

<sup>636</sup> Tacir; s. 161, aynı yönde bir diğer karar için bkz. Yarg. 13. HD., 2.4.1993, E.1993/31, K.1993/2741.

<sup>637</sup> Erman, s. 100.

<sup>638</sup> Tacir; s. 107,108.

kendi geleceğini belirleme hakkının, özel yaşamın gizliliğinin korunması hakkıyla da bağlantılı olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Öte yandan, Ülkemizin de taraf olduğu ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesiyle iç hukuk kuralı haline gelen Biyotıp Sözleşmesinin de; tıbbi müdahaleler bakımından hastanın aydınlatılmış rızasını araması, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını da içermektedir<sup>639</sup>.

Konuyla ilgili olarak ABD Yüksek Mahkemesi verdiği Bartling kararı ile, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sadece ölümcül hastalara özgü bir hak olmadığını altını çizmiştir. Karara konu olan olay ise şudur: ABD'nin California eyaletinde depresyon tedavisi için hastaneye başvuran Bay Bartling'e yapılan rutin bir muayane sırasında akciğerinde bir tümöre rastlanmıştır. Bu tümörün saptanması sırasında biyopsi iğnesinden kaynaklanan bir nedenle, hastanın ciğerlerinin büzüşerek küçülmesine neden olmuş; çektiği solunum yetmezliği nedeni ile de rahat nefes alması için ciğerlerine bir solunum cihazı yerleştirilmiştir. Ancak hasta bu cihazla yaşamak istememektedir ve hastalığı da ölümcül değildir. Cihazın çıkartılması durumunda hasta en fazla bir yıl kadar yaşayabilecektir. Hastanın kendi kendine cihazı çıkartmaya çalışmasının ardından, hastane çalışanları cihazı hastanın çıkartamayacağı biçimde yeniden yerleştirmiştir. Bay Bartling kendisine uygulanan bu tıbbi müdahalenin yaralama suçu oluşturduğu iddiasıyla mahkemeye başvurmuş, ancak mahkeme cihazın kalmasına karar vermiştir. Daha sonra dava Yüksek Mahkeme önüne gelmiş ve Mahkeme daha önce verilen bir karara istinaden yetişkin kimselerin terminal hasta olmasalar da kendi geleceklerini belirleme hakkına sahip olduklarının dile getirmiştir<sup>640</sup>.

Amerikan içtihat hukuku, rızanın temelini oluşturmak için gerekli olan bütün bilgilerin hastaya verilmesini yasal bir yükümlülük olarak nitelemektedir<sup>641</sup>.

Alman Hukukçular Birliği'nin 1978 yılında yaptığı toplantı sonucunda, hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünün yasal kurallarla düzenlenmesine gerek olmadığına,

<sup>639</sup> Tacir; s. 116, 117.

<sup>640</sup> Lawrence P. Ulrich; "Legal Case- Bartling" (Yazarın *The Patient Self-Determination Act: Meeting the Challenges in Patient Care* adlı eserinin taslak metni), Kaynak: <http://academic.udayton.edu/lawrenceulrich/315bartlingme.htm>

<sup>641</sup> Hazel Biggs; "Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis", Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 55.

karar verilmiştir. Aydınlatma yükümlülüğünde önemli olan, hekimin bu konuda etik ağırlıklı bir bilince sahip olmasıdır<sup>642</sup>.

Öte yandan Amerikan Pediatri Akademisi, çocuk hastaların aydınlatılması ve rıza alınmasına ilişkin dikkat edilmesi gereken kimi noktalar belirlemiştir. Öncelikle hasta bilgilendirilirken anlaşılır bir dil ve metod kullanılmalıdır. Hasta tıbbi müdahalenin başarı olasılığı, yararları ve olası riskleri konusunda bilgilendirilmelidir. Aydınlatma ve rıza açıklaması sırasında hastanın ya da yasal temsilcisinin rıza açıklama ehliyetinin bulunduğu kanaati oluşmalıdır<sup>643</sup>.

İngiltere’de 1981 yılında verilen Chatterson v. Gerson davası, ülkede aydınlatılmış rıza konusuna ilişkin ilk davadır. Anılan davada mahkeme, uygulanacak müdahalenin niteliği konusunda hasta en geniş biçimde bilgilendirildikten sonra rızasının alınması halinde, rızanın geçerli olacağına karar vermiştir<sup>644</sup>.

Alman hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğü, Alman Anayasası’nın 1’inci maddesinin ilk fıkrası ile 2’inci maddesinin ilk iki fıkrasında düzenlenen “kişinin kendi kaderini belirleme hakkı”na dayanmaktadır. Alman hukukunda aydınlatmanın genel bir şekil şartı yoktur. Alman mahkemeleri, aydınlatma yükümlüğünün gerçekleşmesi bakımından bazen hastayla konuşulmasını; bazen de hastaya soru sorma imkanının verilmesini yeterli görmektedir. Açıklayıcı broşürlerin aydınlatma için yeterli olup olmadığı ise, tartışmalıdır. Alman Yüksek Mahkemesi, bir kararında çocuk felcine karşı ağızdan yapılan bir aşının felç yapma riskini taşıdığına ilişkin bilginin broşürde yer almasını yeterli kabul etmiş; ancak bu karar öğretide benimsenmemiştir. Alman öğretisine göre, aydınlatma, hastanın müdahaleye rıza için gerekli muhakemeyi yapabileceği, özgür iradesinin bulunduğu zaman yapılmalıdır<sup>645</sup>.

<sup>642</sup> Çetin Aşçıoğlu; “*Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğa Sorumluluklar*”, Ankara, 1993, s. 29.

<sup>643</sup> Bedia Boran; “*Aydınlatılmış Rıza*”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 88.

<sup>644</sup> Biggs; s. 55.

<sup>645</sup> Gerfried Fischer (Çev: Efe Direnisa); “*Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 3 vd.

### bbb. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına; hastalığın nedenleri, nasıl bir hastalık olduğu, uygulanacak tedavi yöntemleri, bunların varsa yan etkileri ve sonuçları ile eğer bir operasyon yapılacaksa bu müdahalenin gerekliliği, içeriği, içerdiği riskler ve sonucu gibi oldukça geniş hususlar girmektedir. Bu nedenle hekimin yapacağı açıklamaların bu kadar kapsamlı olması genellikle kabul edilmemekte ve bazı sınırlar öngörülmektedir<sup>646</sup>.

Bu sınırlara ilişkin olarak Anglo- Amerikan hukuk sisteminde bazı kıstaslar öngörülmektedir. İlk ölçüt mesleki uygulama ölçütü adını almaktadır ve hekimin mesleki uzmanlığına dayanarak hangi konuları açıklayacağı konusunda karar vermesi ilkesine dayanmaktadır. Bu ölçüte göre, bir tıbbi uygulama konusunda nelerin, ne kadar açıklanması gerektiği konusunda hekimden daha fazla bilgi sahibi olan yoktur. Ancak bu ölçüt, ABD mahkemelerinin bir kısmınca kabul görse de, kimileri tarafından, geleneksel tıbbi ölçülerin varlığının tartışılması ve hekimin aydınlatmanın sınırını bileceği varsayımının yeterli veriye dayanmaması, nedenleriyle eleştirilmektedir<sup>647</sup>.

İkinci kıstas(makul hasta ölçütü), tıbbi uygulamanın yapılacağı kişiyi ölçüt olarak almaktadır. Buna göre, hekim makul bir insanın bilmesi gereken açıklamayı yapmalıdır. Risklerin açıklanması, hastanın kararını etki etmesi oranında belirlenecek, hastanın kararına etki edecek bir risk mutlaka açıklanacaktır<sup>648</sup>.

Subjektif kıstas, Oklahoma Yüksek Mahkemesi tarafından, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ileriye götürmek amacıyla ortaya konulmuştur. Bu ölçüt, hekimin hasta için somut risk oluşturabilecek tüm hususları açıklamasını öngörmektedir. Hastanın kararına etki edebilecek nitelikteki her risk, somut risk olarak

<sup>646</sup> Bayraktar; s. 125.

<sup>647</sup> Tacir; s. 154- 155.

<sup>648</sup> Tacir; s. 156.

adlandırılmaktadır. Hastanın riski bilmesi durumunda müdahalenin yapılmasına izin vermeyeceği anlaşılırsa, hekim sorumlu olacaktır<sup>649</sup>.

Almanya uygulamasında hekimin hastayı aydınlatması bakımından çeşitli kıstaslara yer vermektedir. Ancak belirtilmesi gereken ana kural, hekimin teşhis, tedavi ve alternatif yöntemler konusunda hastayı bilgilendirmekle yükümlü olduğudur. Alman Federal Mahkemesi, konuyla ilgili olarak çeşitli kararlar vermekte ve değişik ölçütler ortaya koymaktadır. 1958 yılında verilen ve “2. Eloktrşok Kararı” olarak adlandırılan karar, makul hasta ölçütünü ortaya koyulmuştur. Makul hasta ölçütü, ortalama bir kişi bakımından yeterli görülecek ölçüde aydınlatma, açıklamada bulunma anlamına gelmektedir. Kararda ayrıca, tipik risk (tehlike) ölçütüne de yer verilmektedir. Tipik riskten anlaşılması gereken ise, gerçekleşmesi muhtemel risktir<sup>650</sup>. Ancak Alman Hukuku’nda, makul hasta ölçütü yeterli bir ölçüt olarak görülmemekte; subjektif ölçüt tercih edilmektedir. Subjektif ölçüte göre, hekim hastanın ve durumun özelliklerini dikkate alarak gerekli gördüğü açıklamaları yapmakla mükelleftir. Konuyla ilgili olarak Stuttgart Eyalet Mahkemesi verdiği bir kararda; çocuğunun tedavisi için rıza açıklamasında bulunacak bir annenin sosyo-ekonomik düzeyi dikkate alınarak genel anestezinin riskleri konusunda bilgilendirilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>651</sup>.

Hollanda’da hastayı aydınlatma yükümlülüğü bakımından kullanılan ölçütün makul hasta ölçütü olduğunu söylemek mümkündür. Hekimlere yasa ile çağdaş, makul bir hastanın tedavisi için bilmesi gereken bilgileri hastaya verme yükümlülüğü getirilmiştir. Ülkede, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü özel yaşamın gizliliği ve vücut bütünlüğünün korunması gibi Anayasa ile de korunan temel haklar üzerine inşa edilmiştir<sup>652</sup>.

İngiltere’de hastayı aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını belirleyen ölçüt Sideway davası ile ortaya çıkmıştır. Anılan dava ile, hekimin açıklama yükümlülüğünün ölçütü makul hekim ölçütü olarak benimsenmiştir. Bu ölçüt, hastanın karşılaştacağı

---

<sup>649</sup> Tacir; s. 157.

<sup>650</sup> Çakmut; s. 227- 228, Tacir; s. 158.

<sup>651</sup> Tacir; s. 159.

<sup>652</sup> Tacir; s. 160.

riskin her makul hekimin açıklama yapmak zorunda hissedeceği açıklıkta olmasını ifade etmektedir<sup>653</sup>.

Türk hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sınırını belirleme konusunda en açık hüküm, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre: “ Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali”nin bulunması halinin dışında, hekimin hastaya açıklamada bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekim, hastayı korkutmadan, teşhis doğrultusunda uygulanacak tıbbi müdahale hususunda hastayı aydınlatmakla mükelleftir<sup>654</sup>.

### **ccc. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Konusu**

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak bir diğer sorun, hekimin hangi konularda aydınlatma yapacağıdır. Söz konusu konular; hastalığın nedenleri, içeriği, bulguları, tedavi, tedavinin riskleri, seçenek tedavi türleri, tedavinin yararları ve hekim hakkında bilgilendirme şeklinde sıralanabilir<sup>655</sup>.

Genel kabul gören görüşe göre, hekim hastayı hastalığı konusunda bilgilendirmekle yükümlüdür. Buna göre, hekim hastalığın türü, nedenleri, etkileri konusunda hastayı bilgilendirmelidir<sup>656</sup>.

Hekimin hastalık için hastaya gerçekleştirmeyi düşündüğü tedavinin özellikleri ve amacını da hasta ile paylaşmalıdır. Hekim açıklamayı yaparken, müdahale ile ilgili bütün ayrıntıları belirtmesine gerek olmadığı; yalnızca yapılacak müdahalenin ne olduğu ve müdahale ile elde edilmek istenen sonuç hakkında bilgi vermesinin yeterli olacağı kabul edilmektedir<sup>657</sup>. Eğer hastaya uygulanacak müdahale, tedaviye değil teşhise yönelikse, bu konuda da hastaya gerekli açıklamaların yapılması gerekmektedir<sup>658</sup>. Tedaviyi açıklama yükümlülüğünün, rıza almaya yönelik olmaması durumunda da, örneğin; hastaya verilen ilaçlar bakımından bile açıklama

<sup>653</sup> Tacir, s. 160, Biggs; s. 55.

<sup>654</sup> Çilingiroğlu; s. 64.

<sup>655</sup> Tacir; s. 162 vd, Bayraktar; s. 125, Çakmut; s. 225.

<sup>656</sup> Bayraktar, s. 125.

<sup>657</sup> Bayraktar, s. 126.

<sup>658</sup> Tacir, s. 162.



yapılması şeklinde, geniş yorumlanması görüşünde olan yazarlar vardır. Ancak bu bilgilendirme biçimi ile asıl amaçlanan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını sağlamak değildir. Burada hastanın, hastalığı ve tedavisi konusunda genel olarak bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır<sup>659</sup>.

Hasta kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin türü, süresi, hangi koşullar altında nerede gerçekleştirileceği ve etkileri konusunda bilgilendirilmelidir. Bu şekilde hastanın kendisine uygulanacak müdahale ve bu müdahalenin gerekliliği konusunda bilgi sahibi olması amaçlanmaktadır<sup>660</sup>.

Hekim, uygulayacağı tedavinin ya da yapacağı operasyonun riskleri konusunda da hastayı aydınlatmakla yükümlüdür. Bu hastanın bilgilendirilmesi hakkının temelini oluşturmaktadır. Hasta müdahaleyi bütün yönleriyle öğrendikten sonra sağlıklı bir karar verme imkanı bulacaktır<sup>661</sup>. Böylelikle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması olası hale gelecektir. Ancak hastaya hangi tip risklerden sözedilmesi gerektiği, örneğin nadir gerçekleşebilecek bir risk söz konusu ise bu konuda da bilgi verilmesinin gerekli olup olmadığı, tartışmalıdır<sup>662</sup>.

Bu konuda bir görüş, hekimin, estetik ameliyatlara gibi tıbbi gereklilik bulunmayan müdahalelerde risklerin daha kapsamlı bir biçimde açıklamasının gerekli olduğu; buna karşılık, normal bir tedavi sürecinde yalnızca öngörülebilir riskleri açıklamakla yükümlü bulunduğu yönündedir<sup>663</sup>. Diğer bir görüş ise, aciliyet ölçütüne dayanmaktadır. Buna göre, hastalığın tehlikeli ve müdahalenin gerekli olduğu durumlarda hastaya yapılacak risk açıklamasının daha az kapsamlı olması mümkündür. Öte yandan, bir aciliyet bulunmaması durumunda ise, hastanın kendi geleceğini belirlemesi hakkını tam anlamıyla kullanmasına yardımcı olacak biçimde daha ayrıntılı açıklamalarda bulunulabilir<sup>664</sup>.

Tıbbi müdahalenin riskleri konusunda açıklamada bulunacak hekimin hastayı, öncelikle riskin içeriği konusunda bilgilendirmesi gerekmektedir. Hasta yapılacak

---

<sup>659</sup> Tacir, s. 163.

<sup>660</sup> Tacir, s. 163.

<sup>661</sup> Çakmut; s. 230.

<sup>662</sup> Bayraktar, s.126- 127., Tacir, s. 164.

<sup>663</sup> Bayraktar, s. 127.

<sup>664</sup> Çakmut; s. 229.

müdahalede riskin gerçekleşmesi durumunda ne ile karşılaşacağını bilmelidir. Hekimin müdahalenin riskleri konusunda açıklamada bulunurken dikkat etmesi gereken bir diğer husus, riskin ne kadar büyük olduğudur. Hasta olası riskle karşılaştığında hayatının hangi derecede etkilenebileceği konusunda aydınlatılmalıdır. Bu risk tespit edilirken, her hastanın içinde bulunduğu durum dikkate alınmalı ve açıklama bu hastanın somut durumu dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir. Kimi yazarlara göre, riskin büyük olması her zaman açıklama yapılmasını gerektirmeyebilmektedir. Bu görüşe göre, hekimin riski açıklarken riskin gerçekleşme olasılığını da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Hekim gerçekleşme olasılığı yüksek olmayan ya da küçük etkileri olan bir riskse bunun açıklanması gerekliliği bulunmamaktadır. Benzer bir diğer görüş de, riskin gerçekleşme ihtimalinin düşük olması ya da riskin öngörülmesinin güç olması durumlarında açıklanmasının gerekli olmadığını dile getirmektedir<sup>665</sup>.

Risk açıklaması konusunda bizim de katıldığımız görüş ise, tıp bilmince kabul edilen ve müdahale için olası risklerin açıklanması gerektiğini dile getirmektedir<sup>666</sup>.

Bunun yanında gerçekleştirilecek müdahale, kendine özgü kimi riskleri de barındırıyor; bu risklerin de, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, hastaya açıklanması gerekmektedir<sup>667</sup>.

Alman ve Hollanda hukuklarında, riskin açıklanması bakımından asıl olarak kullanılan ölçütün, riskin gerçekleşme olasılığı değil; riskin büyüklüğü olduğu söylenebilir. Öte yandan Alman hukukunda, riskin gerçekleşme olasılığı düşük olsa dahi, eğer müdahale bakımından tipik bir riskse hekimin açıklamada bulunma yükümlülüğü doğmaktadır<sup>668</sup>.

Yargıtay'ın 1977 yılında verdiği bir kararda, muayane sırasında, düşük bir oranda da olsa gerçekleşebilecek bir riskin, hastaya bildirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Karara göre hekim, gerçekleşme ihtimali düşük olan(uzak) riskler konusunda da bilgilendirme yapmakla yükümlüdür. 2002 yılında Danıştay Dava

<sup>665</sup> Tacir, s. 165.

<sup>666</sup> Çakmut; s. 231.

<sup>667</sup> Çakmut; s. 231.

<sup>668</sup> Tacir, s. 166.

Daireleri Kurulu'nun vermiş olduğu bir diğer kararda da; hastanın kulak zarının delik olduğunu bilerek ilaç damlatan ve işitme sorununa neden olan bir doktorun, ilacın yan etkileri konusunda hastayı bilgilendirmediği için, ağır hizmet kusuru olduğuna karar vermiştir<sup>669</sup>.

Hekimin tanı, teşhis ya da tedavi konularında bilgilendirme yaparken nasıl bir yöntem izlemesi gerektiği de tartışılmakla birlikte; öğretilerde genellikle kabul gören, hastanın anlayacağı dilin kullanılmasıdır. Hekim, sadece tıp mensuplarının anlayacağı teknik ayrıntılarla açıklama yapmaktan kaçınmalıdır<sup>670</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18'inci maddeye göre: “ *Bilgi, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbi terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir.*” Görüldüğü gibi, düzenleme de hastanın yalnızca bilgilendirilmesi aranmamakta; hastanın hastalığını, uygulanacak tedavi biçimini, riskleri, sonuçları ve alternatif tedavileri anlamasını aramaktadır. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı'nın 14'üncü maddesinde, hekimin nasıl bilgilendirme yapacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün de kimi ayrık durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu durumların başında, müdahalenin zorunluluğu gelmektedir. Gerçekten tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin ivedi olması, hastanın bilincinin kapalı olması ve kendisi adına rıza açıklamasında bulunacak bir kimsenin de bulunmaması durumunda hekim, makul hasta ölçütünden hareketle müdahalede bulunmaya karar verecektir. Ancak bu durumda da hayati müdahale gerçekleştirilmeli; eğer başka bir müdahaleye de ihtiyaç duyuluyorsa bu müdahale

<sup>669</sup> “*Davalının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, az yukarda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davacı doktora aittir. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. O halde, nadiren de olsa böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği davacıya bildirilmeli idi. Olayımızda davalı doktor, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak, davacının anlayacağı biçimde bildirdiği iddia ve ispat edilmediğine göre, meydana gelen ve TCK. 418/2. maddesinde mayubiyet (ayıplanmış) olarak nitelendirdiği zararlı sonuçtan sorumludur. Kaldı ki; olayın özelliği, davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira tuşe rektumdan yapılmıştır. (Y. 4.HD.7.3.1977- 6297/2541)”., Aşçıoğlu; s. 30.*

<sup>670</sup> Bayraktar; s. 128.

için hastanın ya da yakınlarının rızası bekleneyecektir. Örneğin, depremde kafasından yaralanan hastaya yaşamı için gerekli müdahale yapılacak, ancak hastanın yüzü estetik müdahaleyi de gerektiriyorsa, bunun için hasta ya da yakınlarının rızası bekleneyecektir. Rıza için yapılan müdahaleye ara verilmesi de mümkündür. Ancak ara vermenin hastada yaşamsal bir tehlikeye neden olmaması gerekmektedir<sup>671</sup>.

Müdahalede zorunluluğun bulunması durumunda dahi , hastanın iradesinin dikkate alınması gerekmektedir. Hastanın, örneğin inancı nedeniyle, kendisine müdahale edilmesini istemediği öngörülüyorsa, bu durumda müdahalenin yapılmaması gerekir. Ancak, hastanın iradesi bilinçli iken dikkate alınabilecek, bilinci yerinde değilse, müdahale yapılacaktır<sup>672</sup>.

Aydınlatma yapılmasının gerekli olmadığı bir diğer durum ise, hastaya daha önce bir başka hekim tarafından yapılacak müdahaleye ilişkin olarak bilgi verilmesidir. Bunun gibi, hasta yapılacak müdahale konusunda bilgi sahibiyse ya da koşullar nedeniyle bilmesi gerektiği düşünülüyorsa, aydınlatma yapılması gerekli değildir<sup>673</sup>.

Öte yandan ölmek üzere olan ve karar verme yeterliliği bulunmayan bir hastaya acılarını dindirmek amacıyla yapılan (palyatif) tedavi için de hastanın aydınlatılmasının gerekli olmadığı düşünülmektedir<sup>674</sup>.

Hekim hastayı iyileştirme amacıyla aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir. Eğer yapılacak bilgilendirme nedeniyle, hastanın sağlığı kötüye gidecek; yaşamı tehlikeye girecek ise, hekim aydınlatma yapmayabilecektir. Alman Federal Mahkemesi, hastanın psikolojisinin bozulacağı gerekçesi ile hekimin aydınlatma yükümlülüğünden kaçınamayacağına karar vermiştir<sup>675</sup>. Ancak yukarıda da söz ettiğimiz gibi Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14'üncü ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19'uncu maddeleri, Türk hukukunda böyle bir durumda açıklama yapılmaması olanağını tanımaktadır<sup>676</sup>.

<sup>671</sup> Çakmut; s. 232.

<sup>672</sup> Çakmut; s. 232, 233.

<sup>673</sup> Bayraktar; s. 129.

<sup>674</sup> Çakmut; s. 233.

<sup>675</sup> Çakmut; s. 234.

<sup>676</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14/2 “ Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı

Hastanın bilgilendirme hakkından feragat etmesi de mümkündür. Ancak bu açıklama da açıkça yapılmalı ve hekim tarafından anlaşılmalıdır. Böyle bir feragatin varlığı halinde, hasta, kendisine yapılan müdahaleyi kabul etmiş olacaktır.<sup>677</sup>

Yukarıda da değindiğimiz gibi Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15'inci maddesinde hastanın bilgi alma hakkı düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 16'ncı maddesine göre ise, hastanın bilgilendirmeyi talep etme hakkı yanında, sağlık durumu ile ilgili tutulan tıbbi kayıtları inceleme hakkı da bulunmaktadır. Hasta bu incelemeyi bizzat yapabileceği gibi, yasal temsilcisi ya da vekili aracılığı ile de yapabilecektir. Hastanın kayıtlarda eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun duruma getirilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Anılan bu hak hastanın sağlık raporlarına itiraz etmesini ve yeni bir sağlık raporu düzenlenmesini isteme hakkını da içermektedir ( Hasta Hakları Yönetmeliği md. 17).

### **ddd. Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı**

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü Hasta Hakları Şubesi tarafından hazırlanan Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı<sup>678</sup>'nin ilk maddesine göre Yönetmelik; hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olan bilgilendirilmiş rızasının alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanmasını, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesiyle ilgili esas ve usulleri belirlemeyi amaçlamaktadır.

---

*takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.”*

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 19 “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*

*Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.*

*Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”*

<sup>677</sup> Çakmut; s. 233.

<sup>678</sup> [http://eskihsad.ohsad.org/ohsadb2c/contentweb.aspx?icerik\\_id=1620&dil=tr](http://eskihsad.ohsad.org/ohsadb2c/contentweb.aspx?icerik_id=1620&dil=tr) , Ayrıza bkz. Hakan Hakeri; “*Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 31 vd.

Yönetmeliğin kapsama alanı olarak ise, sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları ile bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgililer ve hizmetten faydalanan bütün bireyler belirlenmektedir. Yönetmelik bu madde ile tıbbi hizmet vermeye yetkili kurum veya kuruluşlar ile kişileri kapsama alanı içine almaktadır. Sayılan bu kurum ve kuruluşlar ile kişiler aydınlatma yükümlülüğü olanlar ile aydınlatılacaklardır.

Yönetmelik taslağında aydınlatma yükümlülüğü neticesinde elde edilen rıza; “bilgilendirilmiş rıza” olarak tanımlanmaktadır. Bilgilendirme ise, “Bireyin; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesini,” ifade etmektedir. Taslağa göre, bilgilendirme genel olarak; sağlık durumu, hastalık ve seyri ile tanı ve tedavi yöntemleri ile bunların yarar ve riskleri hakkında yapılacaktır. Yönetmelik bilgilendirmenin sınırını belirlemek amacıyla iki ölçüte yer vermektedir. Bunlardan ilki makul hasta sınırındır ve yönetmelikte “Bilgilendirmenin derecesi, profesyonel uygulamalar tarafından değil, hastanın mevcut durumda ne kadar bilgiye ihtiyaç duyabileceği çerçevesinde belirlenir. Bilgi, hastanın karar vermesini etkileyecekse, sözkonusu bilgi verilmelidir.” denilerek belirlenmiştir. Böylelikle, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 14’üncü maddesinin 2’inci fıkrasında yer alan hastanın maneviyatını kötü etkileyecek bilgiler de, hastanın kararını değiştirecek nitelikte risklere ilişkin ise, açıklanacaktır. Ancak, Taslağın 14’üncü maddesinde yer alan düzenlemeye göre, bilgilendirme hastanın ruhi durumu dikkate alınarak, nazik bir ifade ile yapılacaktır. Aynı maddede ayrıca hekimin hastaya gerçekleri söylemesi, ancak bunu yaparken hastayı korkutacak, tedirgin edecek bir uslup kullanmaması öngörülmektedir.

İkinci ölçüt ise, makul hekim ölçütüdür. Yönetmeliğe göre; “Tıbbi veya cerrahi tedaviyi yapacak kişinin, bilgili bir tıp doktorunun aynı veya benzer durumda yaptığı bilgilendirmeyi yapma görevi vardır.”.

Taslakta tıbbi müdahale kavramı ise, Hastanın vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılan her türlü müdahaleyi, iç organların tıbbi cihazlarla tetkik ve muayene edilmesini ve hasta mahremiyetine özen gösterilmesi gerektiren müdahaleleri, ifade etmektedir. Anılan madde tıbbi müdahalenin tanımlanması bakımından önem arz etmektedir. Hastaya teşhis, tedavi ya da koruma amaçlarıyla yapılan her türlü müdahale kapsam içine alınmaktadır.

Taslak 18 yaşını doldurmamış kimseleri “küçük” olarak, 15 ile 18 yaşları arasında evli, kendi parasını kazanan ve ebeveynlerinin bakımı altında olmayan kişileri de “özgürlüğüne kavuşmuş küçük” olarak nitelirmektedir. Yönetmeliğe göre kural, 18 yaşını doldurmuş kimselerin kendi başlarına rıza gösterebilmeleridir. Ancak 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte, evlenme ile rüştünü kazanan, kendi parasını kazanan ve ebeveynlerinin bakımın altında olmayan kimseler de tıbbi müdahaleye rıza göstermeye ehildirler. Bununla birlikte, Yönetmelik taslağı, yasal temsilcinin rızasının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu kadar onsekiz yaşın altındakilerin de bilgilendirilmesinin sağlanmasını öngörmektedir. Tanımlar maddesinde de “küçük” ve “özgürlüğüne kavuşmuş küçük” tanımlarının yanında “olgun küçük” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Taslağa göre olgun küçük; hekimin talimatlarını anlayabilecek olgunluktaki kişidir. Yönetmelik yedi yaşından büyük çocukların anlatılanların anlayabilecekleri kabul etmektedir.

Yönetmelik taslağı bilgilendirilmiş rıza verecek kişinin “yeterli” olmasını, bir koşul olarak, aramaktadır. Yönetmeliğin Tanımlar başlıklı 4’üncü maddesine göre yeterlilik; “Bireyin; yaş, akıl gücü, medeni durum gibi somut belirleyicileri ile algılama ve bilişsel işlevlerin sağlamlığını,” ifade etmektedir. Yönetmeliğe göre yeterli olmayan kimseler, olgunluğa erişmiş küçükler dışındaki küçükler, mental yetersizliği olanlar, bilinci kapalı olanlar ve Türkçe bilmeyenlerdir (md. 30). Bilgilendirilmiş rıza açıklamasında bulunan kişinin bu yeterliliklere sahip bulunması gerekmektedir. Aksi durumda vasisi, velisi ya da yakını hasta yerine bilgilendirilerek, rızası alınacaktır.

Yönetmelik Taslağı, rızanın ifade ediliş tarzına göre bir ayrıma gitmektedir. Rıza açıklaması kelimelerle sözlü ya da yazılı olarak açıklandıysa ekspres rıza adını alacaktır. Hasta rıza açıklamasını davranışlarıyla beyan ederse, varsayılan rıza

sözkonusu olacaktır. Kanımızca ekspres rıza terimi yerine, “açık rıza” teriminin kullanılması daha isabetli olacaktır.

Rızanın açıklanma biçimi yanında, yönetmelikte rızanın türleri adı altında bir başlığa yer verilmiş ve beş tür rıza düzenlenmiştir. Bunlar: sözlü rıza, yazılı rıza, genel rıza, geçici rıza ve hususi rızadır.

Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağına göre; sözlü rıza, varlığının ispatı halinde yazılı rıza kadar bağlayıcıdır. Ancak sözlü rızanın da hangi koşullar altında alınırsa kabul edileceği ya da hangi şekillerde kanıtlanacağına ilişkin bir bilgi yoktur. Her ne kadar, Yönetmeliğin tanımlar maddesinde şahitin tanımı yer alsa da, yine bu tanıma göre şahit bilgilendirilmiş rıza forumunu hastayla birlikte imzalayan kimsedir. Şahitin sözlü rıza alınmasındaki işlevi ile ilgili bir ibare yer almamaktadır. Yazılı rıza ise, hastanın bilgilendirilmiş rızasının görsel bir kanıtıdır. Genel rıza, hastanın hastaneye kabulünde, hastanın, rutin işlere, genel teşhis prosedürüne, tıbbi tedaviye ve günlük rutin muayeneye izin vermesidir. Ancak bu tip genel nitelikte bir rıza yüksek riskli tedavilerde, hukuka uygun bir rıza olarak değerlendirilmeyebilir. Geçici rıza olarak adlandırılan rıza türü, acil durumlarda, aileye veya rıza vermeye uygun diğer kişilere ulaşana kadar, sağlık kurumunu acil tedaviyi başlatmaya izin veren anlaşma olarak tanımlanmaktadır. Hususi rıza ise; hastaya herhangi bir ameliyat önerildiğinde, özel teşhis prosedürü uygulanacağı zaman veya önerilen tedavinin hastayı sıra dışı risklere maruz bırakacağı zaman alınan rıza olarak ifade edilmektedir.

Taslak rızanın verilmesi için iki koşul öngörmektedir. Bunlardan ilki rızanın gönüllü verilmesidir. Rıza baskı altında alınmış olması onu hukuken geçersiz duruma getirecektir. İkinci koşul ise, temyiz kudretine ilişkindir. Buna göre; rızanın yeterli olabilmesi için, hastanın veya onun adına rıza vermeye yetkili kişinin bilinçli, yasal olarak rıza verme kapasitesine sahip, tıbbi ve cerrahi tedaviyi anlayabilecek ve kendisine verilen bilgileri değerlendirebilecek durumda olmalıdır.

Taslakta, rızanın müdahaleden ne kadar zaman önce alınması gerektiği ile ilgili kesin bir süre öngörülmemiştir. Düzenlemeye göre, rıza müdahaleden makul bir süre önce



alınmalıdır. Düzenleme ile bilgilendirmenin ardından, rızanın verilmesinden önce, hastaya ya da yakınlarına düşünmek için makul bir süre tanınması amaçlanmaktadır.

Yönetmeliğe göre, hastanın yeterliği olmadığı durumlarda (yaş küçüklüğü ya da temyiz kudretinin bulunmaması gibi nedenlerle), bilgilendirilmiş rızası velisinden, yakınından veya vasisinden alınır. Yasal temsilcinin rızasının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu kadar onsekiz yaşın altındakilerin bilgilendirilmesi sağlanır.

Taslak, bilgilendirilmiş rıza açıklamasının alınması gereken tıbbi müdahaleleri sayarak düzenleme yoluna gitmiştir. Yönetmelik Taslağının 10'uncu maddesine göre bu tıbbi müdahaleler: Küçük cerrahi müdahaleler, büyük cerrahi müdahaleler, üremeye ilişkin prosedürler (bazı durumlarda), organ bağıışı, radyolojik tedavi, kanser için radyasyon tedavisi, elektrokonvulsiv tedavi (depresyon gibi bir takım psikiyatrik hastalıkların tedavisi amacıyla beyne elektrik akımı verilmesi), deney prosedürleri, kemoterapi, hastaya önemli derecede zarar verecek herhangi bir uygulama ile HIV testi (kimi durumlarda) yapılmasıdır.

Hastanın ne şekilde bilgilendirileceği de Yönetmelik Taslağı'nda ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Taslağın 14'üncü maddesine göre; Bilgi vermenin usul ve esasları şöyledir;

“a) Bilgi, bireyin anlayabileceği şekilde, sosyo-kültürel düzeyine uygun, tıbbi terimler kullanılmadan, mümkün olduğunca sadeleştirerek, tereddüt ve şüpheyeye yer verilmeden, hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir.

b) Birey; sağlık durumu konusunda sözlü olarak tıbbi müdahaleyi yapacak hekim tarafından bilgilendirilir, anlatılanlar bilgilendirilmiş rıza formuna yazılır.

c) Birey, yapılacak tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilerek, varsa kendisine tanınan müdahale seçenekleri arasından seçim yapabilmesine imkan tanınır.

ç) Bilgilendirme amacıyla aktarılan bilginin, yeterince anlaşılır ve açık olması ile hasta tarafından sorulacak soruların ilgili hekim tarafından cevaplandırılması zorunludur. Bunun yanında kişinin soru sorması teşvik edilmeli ve cesaretlendirilir.

d) Bilgi; bireyin yaşına, olgunluğuna ve tecrübelerine uygun olarak verilir.

e) Hekim bilgilendirme yaparken, gerçekleri söylemeli ancak bireyi tedirgin edecek, korkutacak üsluptan kaçınmalıdır.

f) Hekim, bireyi bilgilendirirken, onun anlayabileceği bir tarzda olmasına özen göstermeli, bilgileri yavaş yavaş ve gerekli tekrarları yaparak, tarafsız vermeli ve ders verir şekilde olmamasına dikkat etmelidir.

g) Bireye anlatılanları anlayıp anlamadığı sorulur, kendi ifadesiyle tekrar ettirilir ve anlaşılmayan hususlar tekrar anlatılır.

ğ) Hastanın veya yakınlarının bilgilendirilme hakkının kullanımını engelleyecek, sınırlandıracak veya ortadan kaldıracak bir düzenleme ya da uygulama yapılamaz.

h) Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgi, bizzat hasta veya hasta adına hareket edenler; hastanın, küçük, ayırt etme gücünden yoksun veya kısıtlı olması halinde kanuni temsilcisi tarafından istenebilir.

ı) Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak ve tıbbi müdahaleye rıza göstermek üzere bir başkasına da yetki verebilir. Verilen yetkinin belgelendirilmesi gereklidir.

i) Hasta, tedavisi ile ilgilenen hekim dışında bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.”

Görüldüğü gibi taslağa göre, hastanın ne kadar ve nasıl bilgilendirileceği hekim tarafından, hastanın somut durumuna (sosyo- kültürel durumu, yaşı ve tecrübesi dikkate alınarak, anlayabileceği biçimde) bakılarak belirlenecektir. Açıklamayı yapan hekimin üslubu konusunda da ayrıntılı bir düzenleme yapma yoluna gidilmiştir. Hastanın, kimin tarafından bilgilendirilmesi gerektiği de taslakta açıkça

öngörülmektedir. Buna göre, tıbbi müdahaleyi yapacak hekim, bilgilendirmeyi gerçekleştirecektir ve bilgilendirdiği konulara yazılı rıza açıklamasında da yer verilecektir. Bunun yanında hekimin hastayı soru sormaya teşvik etmesi de öngörülmektedir. Bu şekilde hastanın kendisine yapılacak müdahaleye ilişkin tam anlamıyla bilgi sahibi olması ve rıza göstermesi amaçlanmaktadır. Hasta müdahaleyi gerçekleştirecek hekim dışındaki hekimlerden de, sağlık durumu için, görüş isteyebilecektir.

Yönetmelik taslağı, bilgilendirilmiş rıza formu adı altında, hastanın yazılı rıza açıklamasını yapmasına yönelik matbu bir form da öngörmektedir. Bu form hastaya yapılan açıklamalar doğrultusunda, yönetmelikte öngörülen biçimde iki nüsha olarak düzenlenerek hastaya imzalatılacaktır (md. 15/2). Hukuk kurallarına, yönetmelikte yer alan forma, bilgi verilmeden ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür. Bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz (md. 19/b).

Rızanın çerçevesi ile ilgili olarak Yönetmelik taslağında yer alan bir diğer hüküm ise, 16'ncı maddedir. Hükmün (b) bendine göre; "Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği o müdahale sürecinin zorunlu bir parçası sayılabilecek tüm işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ve konu ile ilgili diğer mevzuatların belirlenen hakların ihlal edilmemesi esastır." Yönetmelik böylelikle rıza bulunsa bile yapılacak müdahalenin, Hasta Hakları Yönetmeliği başta olmak üzere hasta haklarını düzenleyen bütün mevzuatta yer alan haklara, aykırı olmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Yine aynı maddenin (c) bendinde; gerçekleştirilecek müdahalenin ancak hastanın rıza gösterdiği hususla sınırlı kalacağı düzenlenmektedir. Yönetmelik taslağına göre, hekim, yapacağı farklı nitelikteki her tıbbi ve cerrahi müdahale için hastayı bilgilendirmekle ve yeniden rızasını almakla yükümlüdür. Tıbbi müdahalenin genişletilmesi durumunda hastanın rızası beklenmeden müdahale gerçekleştirilir. Ancak, yeni gerçekleştirilecek müdahale, hastanın bir organının kaybına ya da işlevsiz duruma gelmesine neden olarsa ve müdahalenin gecikmesinde bir sakınca bulunmuyorsa, hastanın rızasının alınması için müdahale geciktirilecek ve hastanın rızası alınarak devam edilecektir.

Yönetmelik taslağında ayrıca bilgilendirilmemeyi isteme hakkı da düzenlenmektedir (md. 17). Yönetmeliğe göre, ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığı içeriğine göre yetkili mercilerce alınacak önlemlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir. Bunun gibi, hasta veya hastayı temsil edenler bilgi verilmemesini isteme ve verilen bilgiyi yeterli bularak bilgi verilmesinden vazgeçme hakkına sahiptir. Ancak, tedavisi tamamlanan hasta ve yakınına, istemese dahi, genel sağlık durumu, kullanacaksa ilaçları, ne zaman ve hangi aralıklarla kontrole geleceği ve tedavi sonrası bakım konusunda bilgi verilmesi zorunludur. Bu bilgi rapor ve epikriz (hastanın hastalık sürecinin, yapılan tahliller, uygulanan tedavi gibi bilgilerle anlatan rapor) şeklinde de verilebilir(md. 18).

Hastanın nasıl bilgilendirileceği hususunu ayrıntılı olarak düzenleyen Yönetmelik Taslağı; bilgilendirmenin hasta tarafından tam anlamıyla anlaşılmasını da verilen rızanın geçerliliği bakımından bir koşul olarak düzenlemektedir. Yönetmelik taslağının 20'inci maddesine göre, hukuken etki eden rıza bilgilendirilmiş rızadır. Bilgilendirilmiş rızanın yokluğu ise, hastanın tıbbi müdahale ile ne yapılmak istediğini tam olarak anlamaması ve bunun sonucunda herhangi bir yaralanmaya veya zarara maruz kalmasıdır. Yönetmeliğe göre, hasta kendisine gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi yapılmadan önce ne içerdiğini tam olarak bilseydi rıza vermezdi diyebiliyorsa, bilgilendirilmiş rıza yoktur. Böyle bir durumun varlığı halinde hekimin sorumluluğu da gündeme gelebilecektir.

Yönetmelik; hastadan yazılı rıza alınsa dahi, hastanın yeterli bilgi almadığını sonradan kanıtlaması durumunda rızanın geçersiz olacağını düzenlemektedir. Yine rıza açıklaması hileli bir şekilde elde edilmişse, rızanın yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Hastanın anestezi ya da ilaç etkisi altındayken yazılı rıza açıklamasını imzaladığı ve rızanın sonuçlarını tam anlamıyla kavrayamadığı anlaşılırsa, rıza yine geçersiz sayılacaktır. Her ne kadar yönetmelik bu son hükme ilişkin olarak sadece yazılı rıza açıklamasından söz etse de, kanun koyucunun hastanın açıkladığı rızasını, herhangi bir etki altında olmaksızın ve temyiz kudretinin yerinde olduğu bir anda vermesi hususunda hassas olduğu göz önüne alındığında, bu kuralın sözlü rıza açıklamaları için de geçerli sayılması gerektiği söylenebilir.

Taslağın 21'inci maddesinde, bilgilendirme yapılmasının istisnaları düzenlenmektedir. Bu hükme göre, herkesçe bilinen riskler hakkında doktor hastayı bilgilendirmek zorunda değildir<sup>679</sup>. Eğer doktor, risklerin açıklanmasının hastaya zarar vereceğini ve hastanın makul karar veremeyeceğini düşünüyorsa, açıklama yapmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Hastanın bazı riskleri bilmek istememesi durumunda da, doktor sözkonusu riskleri açıklamayacaktır. Ancak, ölüm veya sakat kalma riski varsa, bu durumda, hastaya bilgilendirilmiş rızadan feragat imzalatılmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Yönetmelik taslağına göre, rıza açıklaması eğer öngörülen koşullara sahipse hasta tarafından yapılacaktır. Nitekim Taslağın 22'inci maddesine göre: "Yeterliği kabul edilen hasta; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleri, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, alternatif tıbbi müdahale yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ile hastalığın seyri ve neticeleri konusunda ayrıntılı bir şekilde yazılı olarak aydınlatılır ve rızası bilinçli, gönüllü ve yazılı olarak yukarıda belirtilen her müdahale için ayrı hazırlanmış Bilgilendirilmiş Rıza Formuna alınır." denilerek, yönetmelikte öngörülen koşullara sahip kimselerin hangi koşullarda, nasıl rıza göstereceği düzenlenmektedir. Hastanın rıza açıklaması yapmaya yeterli olmaması ve kendisi yerine rıza açıklaması yapmaya yetkili bir kimseyi göstermemesi durumunda, kimlerin rıza göstermeye ehliyetli bulunduğu da, yönetmelik taslağında düzenlenmiştir. Taslak, kimlerin rıza gösterebileceğini hiyerarşik bir sıralama ile düzenleme yoluna gitmiştir. Bu sıralamaya göre, yasal koruyucu, hastanın eşi, hastanın yetişkin çocuğu, hastanın ana- babası, hastanın yetişkin kardeşi, hastaya bakan ve ilgilenen yetişkin akrabalar ve son olarak hastanın yakın arkadaşı rıza açıklamasında bulunma ehliyetine sahiptirler. Hiyerarşik bir sıralamadan söz edildiğinden, rıza açıklaması için yukarıda yapılan sıralamaya uygun olarak, kişilerin rıza açıklamasında bulunması istenebilecektir. Söz gelimi, eğer hastanın yasal koruyucusu varsa, yetişkin çocuğundan rıza açıklamasında bulunması istenemeyecektir.

---

<sup>679</sup> Bu hüküm Tacir tarafından eleştirilmektedir. Tacir;s. 167.

Yönetmeliğe göre, kural kimsenin, rızası olmadan ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamamasıdır. Ancak, kişi rıza beyanında bulunamayacak durumdaysa ve yasal temsilcisinin bulunmuyorsa ya da mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hastanın hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise hekim, izne gerek duymadan derhal yaşam kurtarıcı tıbbi müdahaleyi yapar. Hastanın bilinci açılmaya başlayınca, daha sonraki tıbbi işlemler için hastanın yeterlik durumuna göre mümkün olduğunca bilgilendirme ve rıza alma işlemleri gerçekleştirilecektir(md. 24, 25).

Yukarıda da değindiğimiz gibi, hastanın bilgilendirmeyi reddetme hakkının bir uzantısı olarak Yönetmelik taslağının 26'ncı maddesinde, hastanın rızasını geri alma tedaviyi reddetme ve durdurma hakları da yer almaktadır. Bu haklar Hasta Hakları Yönetmeliği'nde anılan haklara ilişkin düzenlemenin benzeri niteliğindedir. Yönetmeliğe göre red talebi; yaşamın korunması, intiharın önlenmesi, üçüncü tarafın korunması, tıp ahlakının korunması durumları dışında kabul edilebilecektir(md. 28).

Bunun yanında Yönetmelik taslağında, tıbbi gereklilikler dışında, teşhis, tedavi ya da korunma amacı olmadan, ölüme veya yaşamsal tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek, akli veya bedeni direnci azaltabilecek müdahaleler de yasaklanmaktadır (md. 29)

### **cc. Tıbbi Müdahalelerde Rızanın Açıklaması**

Yukarıda da değindiğimiz gibi tıbbi müdahaleler bakımından rızanın açıklanması kimi koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşulların başında hastanın hekim tarafından aydınlatılması gelmektedir<sup>680</sup>.

Rıza açıklaması kural olarak hasta tarafından yapılacaktır. Bu durum Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde açıkça düzenlenmektedir. Ancak hastanın

---

<sup>680</sup> Özgenç, s. 321.

küçük ya da kısıtlı olması halinde veli ya da vasisinin yerine rıza göstermesi gerekmektedir.

Buna karşılık, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinde organ ya da doku donörünün onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyiz olması aranmaktadır<sup>681</sup>.

Gerçekleştirilecek müdahale için hastanın en geç müdahale sırasında verilmesi gerekmektedir. Hastanın rıza vermesi halinde bu rıza müdahale sırasında hastanın iradesini kaybetmesi halinde (narkoz, sakinleştirici vs. gibi bir nedenle) de geçerliliğini koruyacaktır<sup>682</sup>.

Rızanın geri alınması da mümkündür. Ancak, bunun için hayati organlardan birini tehdit eden acil bir durumun bulunmaması gerekmektedir. Rızanın müdahale gerçekleştirildikten sonra geri alınması ise, tıbben bir sakınca bulunmamasına bağlıdır<sup>683</sup>.

Tıbbi müdahaleler bakımından rızanın açık ya da ötülü olarak yapılması yeterli görülmekteyken, uygulamada hastanın yazılı rızasına başvurulduğu görülmektedir. 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinde rızanın açıklanma biçimi açıkça düzenlenmektedir. Buna göre organ ve doku nakline rıza gösterecek kimsenin rızası, ya en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve etkiden uzak olarak önceden verilmiş yazılı bir beyan şeklinde ve imzalı olarak ya da en az iki tanık önünde sözlü olarak açıklayıp, imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması biçiminde alınacaktır<sup>684</sup>.

### 3. Açlık Grevleri ve Rıza

Açlık grevi genel olarak; "*Kendisine veya başkalarına yapılan bir haksızlığı protesto için bir kimsenin aç durarak gösterdiği tepki*"<sup>685</sup>." olarak tanımlanabilmekle birlikte;

<sup>681</sup> Ahmet Taşkın; "Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu", Adil Basım Yayın Dağıtım, Ankara, 1997, s.101.

<sup>682</sup> Deutsch Erwin; "Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten", NJW, 32. Jahrgang, 38, s. 1907.

<sup>683</sup> Yenerer- Çakmut; s. 210.

<sup>684</sup> Taşkın; s. 101.

<sup>685</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

ceza hukukçuları tarafından, belirli bir durumu, tutumu protesto etmek, isteklerinin yerine getirilmesini temin etmek ya da savunduğu görüşlerine kamuoyunun ilgisini çekmek için amaçlarıyla, yemek yememe eylemi olarak tanımlanmaktadır<sup>686</sup>.

Öte yandan, açlık grevlerini kişinin hak ve özgürlüklerini korumasının fiili bir yolu olarak nitelendirenler de bulunmaktadır. Feyzioğlu'na göre,

“ İnsanın doğasında dayanışma ve hencinsinin yaşamasını isteme duygusu vardır. Siyasi amaçla yapılan açlık grevlerinde grevcilerin amacı, bir insanın açlıktan ölümüne seyirci kalmak istemeyen yetkililerin vicdanlarını etkilemek suretiyle, belirli isteklerinin yerine getirilmesini sağlamaktır<sup>687</sup>.

Açlık grevi yapan kimsenin asıl amacı ölmek değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu eylemle amaçlanan, bir durumu protesto etmek, isteklerin yerine getirilmesini sağlamak ya da savunduğu görüşlerini kabul ettirmektir. Bununla birlikte, açlık grevi, ölümle neticelenme riski olan bir eylemdir<sup>688</sup>. Çünkü açlık grevleri, belirli bir süre devam eden eylemlerdir ve insan ancak belirli bir süre ile bir şey yemeden yaşayabilmektedir<sup>689</sup>.

Kişinin kendisini aç bırakmasını, yani açlık grevlerini bir tür intihar olarak değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır<sup>690</sup>. Buna karşılık, açlık grevleri ve ölüm oruçlarının ölümle neticelenme ihtimalinin bulunması, bu eylemleri intihar olarak nitelermeyi gerektirmez. İntihar'da kişi isteğe bağlı olarak, kişisel nedenlerle ve çoğu zaman depresyon sonucunda gerçekleşen ve ölüm neticesini amaçlayan bir harekettir. Açlık grevinde ise, kişisel bir karardan ziyade, toplulukça verilen bir kararı yerine getirilmesi söz konusudur ve ölüm neticesi amaçlanmamaktadır<sup>691</sup>.

Açlık grevleri, her ne kadar bu ülkelerde yapılan eylemler siyasi amaçla gerçekleştirilmese de, çok eski zamanlarda kimi Uzakdoğu ülkelerinde yapılmaktaydı. Protesto amacıyla ise, ilk kez Çarlık Rusya'sında gerçekleştirildiği

<sup>686</sup> Metin Feyzioğlu; “*Açlık Grevi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, 1993, S. 1-4, s. 157; Çakmut; s. 183, İnceoğlu; s. 69.

<sup>687</sup> Feyzioğlu; “*Açlık...*”, s. 158.

<sup>688</sup> Feyzioğlu; “*Açlık...*”, s. 158.

<sup>689</sup> Çakmut; s. 184.

<sup>690</sup> Soyaslan, Doğan; “*Türk Hukuk.*” s. 270.

<sup>691</sup> Çakmut; s. 184.



görülmektedir. Burada şartlarının iyileştirilmesini isteyen kimi mahkûmlar bu yolla seslerini duyurmayı amaçlamışlardır. Açlık grevlerinin Dünya çapında duyulmasını sağlayan olay ise, 1909 yılında İngiltere’de oy hakkı isteyen kadınların adi suçlu olarak kabul edildikleri iddiasıyla başlattıkları eylemdir. Bu kadınları canlı tutabilmek için çeşitli yollar denenmiş, başarı sağlanamayınca zorla besleme yoluna gidilmiştir. Ancak bu yöntem de çeşitli sorunlara yol açmış ve eleştirilmiştir. Bu yöntem daha sonraları savaş esiri olarak nitelendirilmek istemeyen İrlanda milliyetçilerinden, Hindistan’ın bağımsızlığı için pasif direnişteki Gandhi’ye kadar pek çok kimse tarafından kullanılmıştır<sup>692</sup>.

Açlık grevi konusunda iki temel hakkın çatıştığını söylemek mümkündür. Açlık grevlerini genel olarak ifadeyi açıklama özgürlüğünün kapsamında değerlendirmek mümkündür. Açlık grevi yapan kimse, yukarıda da söz ettiğimiz gibi, yaptığı eylemle, düşüncelerini yayma ve açıklama amacını taşımaktadır<sup>693</sup>.

Anayasa’nın 26’ncı maddesinde düzenlenen “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”, herkese, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkını tanımaktadır. Açlık grevi yapan kimsenin eylemini, anılan maddede başka yollarla ibaresinin içine girecek biçimde, düşüncesini açıklama özgürlüğünün kapsamı içinde değerlendirmek olasıdır<sup>694</sup>. Öte yandan bu hak sınırsız da değildir. Maddenin ikinci fıkrasında

“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” denilerek, söz konusu özgürlüğün sınırları çizilmiştir.

Öte yandan düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamı içinde ele alınabilecek açlık grevleri ile yaşama hakkının ihlal edilmesi ihtimali de doğmaktadır. Düşünceyi

<sup>692</sup> Feyzioğlu; “Açlık...”,s. 159-160.

<sup>693</sup> İnceoğlu; s. 69, Çakmut; s. 184.

<sup>694</sup> Feyzioğlu; “Açlık...”,s. 162.

açıklama özgürlüğü gibi, yaşam hakkı da en temel hak olarak Anayasa tarafından korunmaktadır. Anayasa'nın 17'inci maddesine göre, "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Bununla birlikte yaşama hakkının, ölme hakkını da içerip içermediği tartışılmaktadır ve Türk hukuk öğretisi bakımından genellikle kabul görmemektedir<sup>695</sup>.

Anayasa'nın 17'inci maddesinde yer alan " maddi ve manevi varlığını koruma hakkı" da, açlık grevi ile tehlikeye girmektedir. Dolayısıyla, ölüm neticesi gerçekleşmeden de, eğer kalıcı bir hasar tehlikesi doğuyorsa, eylem bu maddenin ihlalini oluşturacaktır<sup>696</sup>.

Açlık grevlerinde ölüm amaçlanmamakla birlikte, bir tehlike olarak varolmaktadır. Kaldı ki, ölüm neticesi doğmasa bile kişinin kalıcı bir hasarla maddi varlığını tehlikeye sokma ihtimali de mevcuttur. Böyle bir durumda, yukarıda da belirttiğimiz gibi, iki temel hakkın çatışması söz konusu olacaktır. Açlık grevlerinin, düşüncüyü açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi durumunda, kişinin ölme hakkının varlığı da kabul edilmiş olacaktır<sup>697</sup>.

Soyaslan'a göre;

" Kişinin yaşama hakkına sahip olması, daha iyi yaşaması, maddi- manevi varlık ve kimliğini geliştirmesi kişi için bir haktır ama ölüm kişi için bir hak değildir. Kişinin kendi kendini öldürme hakkının tanınması kişinin kişi olmak itibarıyla başına bir değer olduğunu inkar etmek demektir. Bu nedenle açlık grevi yaparak kişinin kendi kendisini ölüme terketmesi, kabul edilemez, çünkü yaşama hakkı kişinin kişi olmasına bağlı vazgeçemeyeceği temel bir haktır. Ayrıca bu hak kişinin ailesine ve topluma karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir<sup>698</sup>."

<sup>695</sup> Feyzioğlu; " Açlık..."s. 162.

<sup>696</sup> Feyzioğlu; " Açlık..."s. 163.

<sup>697</sup> Çakmut; s. 186.

<sup>698</sup> Soyaslan ayrıca " Anayasanın 17/3 maddesi de, kimseye işkence ve zeyyet yapılamayacağını, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamayacağını belirtmektedir. Kişinin açlık grevi yapması kendi kendine eziyet ve işkence yapması demektir. Nasıl ki insanların birbirine karşı işkence yapması tasvip edilmez ise, kişinin kendi kendine karşı da işkence yapması tasvip edilemez. Çünkü açlık grevi yapan kimsenin bu konuda vücudu üzerinde subjektif hakkı yoktur" diyerek, ancak vücut formunu koruyan kimsenin vücudu üzerinde tasarruf hakkını kullanan biri olarak nitelendirilebileceğini dile getirmektedir. Soyaslan; " *Türk Hukuk...*", s. 273.

Açlık grevi yapanların kendi iradelerine karşı çıkararak zorla beslenmeleri, yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız, yaşamın kutsallığı teorisinden kaynaklanmaktadır. Kişilere kendi yaşamlarına son verme hakkı tanınmadığından, böyle bir netice ile sonuçlanabilecek bir eylemi gerçekleştirme hakkı da tanınmamaktadır. Bu nedenle, açlık grevi yapan kimselere müdahale, üçüncü bir kimse lehine meşru savunma hükümleri çerçevesinde değerlendirilmekte ve suç olarak kabul edilmemektedir<sup>699</sup>.

Burada müdahaleyi meşrulaştırdığı iddia edilen bir diğer hukuka uygunluk nedeni de, zorunluluk halidir<sup>700</sup>. Ancak, açlık grevleri bakımından zorunluluk halinin kabulüne imkan yoktur. Çünkü zorunluluk halinin varlığının kabulü için, kanunda aranan koşullardan biri de, tehlikeye bilerek neden olmamaktır<sup>701</sup>. Burada ancak, üçüncü bir kişinin lehine gerçekleştirilen meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz etmek mümkün olacaktır<sup>702</sup>.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, açlık grevi yapan bir kimsenin yeme- içmeye zorlanamayacağı açıktır<sup>703</sup>. Açlık grevinin, kişinin maddi varlığını tehlikeye sokacak boyuta ulaşması halinde anayasal meşruyetinin bulunmadığı ile açlık grevi yapan kimse lehine meşru müdafada bulunulduğu gibi düşüncelerle, kişilerin zorla beslenmesi söz konusu olmaktadır.

Tebabet ve Şuabat Sanatlarının İcrası Hakkında Kanunun 70'inci maddesinde; hekimler ve diş hekimleri tarafından gerçekleştirilecek her türlü müdahale için hastanın ya da hasta küçük ya da kısıtlı ise veli ya da vasisinin rızasının gerektiği açıkça düzenlenmektedir. Bu durumda açlık grevi yapan kimselere gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler, hastanın rızası ile mümkündür. Ancak maddeye göre, veli ya da

<sup>699</sup> İnceoğlu; s. 69, Feyzioğlu, Metin; “*Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 313.

<sup>700</sup> “*O halde açlık grevi yapan kişi başkasına ait bir hak üzerinde tasarruf yapmakta ve buna da hakkı olmamaktadır. Bu durumda başkasını hayati bir tehlikeden kurtarmak –ki bu hayat toplumdur- için grevciye karşı müdahale edilerek açlığa son verilmesi ki- bunun anlamı aynı zamanda hürriyeti tahdid suçudur- TCK.nun 49/3. maddesinde belirtilen ıztırar haline girer.*”Soyaslan; “*Türk Hukuk...*”, s. 279.

<sup>701</sup> TCK m. 25/2: “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

<sup>702</sup> Feyzioğlu; “*Açlık...*”, s. 165.

<sup>703</sup> Çakmut; s. 186.

vasi yoksa, ve müdahale edilecek kimse kendisini ifade edebilecek bir durumda değilse, rıza olmadan da müdahale etmek mümkündür.

5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82'inci maddesi

“(1) 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. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

(2) 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 tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.” biçiminde bir düzenlemeye yer vererek, hükümlülerin açlık grevi ya da ölüm orucu biçiminde beslenmeyi reddetmeleri durumunda yapılacaklar düzenlenmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrası ise,

“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.” Şeklinde eleştirilen bir düzenlemeye yer vermektedir<sup>704</sup>. Maddeye göre, hükümlülerin bir hastalığa yakalanmaları durumunda muayene ve tedaviyi reddetme imkanları ancak yaşamsal bir tehlikenin bulunmamasına bağlıdır. Bu durum ise, genel olarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına ve dolayısıyla tıbbi müdahaleler için bilgilendirilmiş rıza alınması koşuluna aykırılık teşkil edecektir.

<sup>704</sup> Feyzioğlu; “*Türk Ceza*”, s. 314.

Mahkumun beslenmesi ve mevcutsa vücudundaki hasarların giderilmesi şeklinde gerçekleştirilen açlık grevine müdahalenin bir hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Eğer hekime ulaşmakta güçlük yaşıyorsa ve yakın tehlike mevcutsa, müdahalenin, bilgi ve becerileri nisbetinde başkalarınca da gerçekleştirilmesi mümkündür. Bir diğer koşul ise, rızadır. Tebabet ve Şuabat Sanatlarının İcrası Hakkında Kanun'un 70'inci maddesine göre, hasta bilinçliyken, bilgilendirilmiş bir rızanın bulunmaksızın yapılan müdahaleler, yaralama ya da kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçlarını oluşturabilecektir<sup>705</sup>.

Dünya Tabipler Birliği, açlık grevlerinde zorla müdahale konusunda, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını göz önünde bulunduran Tokyo ve Malta bildirgelerini yayınlamıştır. 1975 yılında yayınlanan Tokyo Bildirgesi, beslenmeyi reddeden kimsenin, gerçekleştirdiği fiilin sonuçlarını algılayabilecek bir durumda olduğuna hekim tarafından kanaat getirilmesi durumunda, zorla müdahale edilmemesini öngörmektedir. Öte yandan 1991 Malta Bildirgesi de, hekimin, hasta bilincini yitirmeden, koma halinde uygulanacak yapay beslenme ve yaşamsal riskler konusunda hastayı bilgilendirmesi gerektiğini dile getirmektedir. Hekim ayrıca hasta ile tedaviyi reddetme hakkı konusunda da görüşmelidir. Bildirge'de hastanın bilinç kaybı yaşamaması halinde de, tedavi uygulanıp uygulanmayacağı kararı hekime bırakılmıştır<sup>706</sup>.

Türk Tabipler Birliği de 1996 yılında yayınladığı "Acil Çağrı Metni"nde, Tokyo ve Malta Bildirgelerinde belirlenen hareket biçiminin, Türk hekimler tarafından da uygulanması gerektiğini dile getirmiştir<sup>707</sup>.

#### **D. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Rıza**

Cinsel suçlar 765 Sayılı TCK'nda " Genel Ahlak ve Aile Düzeni Aleyhine İşlenen Suçlar" başlığı altında düzenlenmişken; 5237 Sayılı TCK'nunda "Kişilere Karşı Suçlar" başlığı altında yer almıştır. Bu değişikliğin en önemli nedeni cinselliğe genel ahlak sorunu olarak bakmaktan vazgeçilmesidir. Böylelikle yerinde bir bakış açısıyla

<sup>705</sup> Feyzioğlu; " Açlık...", s. 164-165.

<sup>706</sup> İnceoğlu; s. 71.

<sup>707</sup> İnceoğlu; s. 72.

cinselliğin bir özgürlük sorunu olduğu ve cinsel suçlarda korunan yararın kişinin cinsel özgürlüğü olduğu kabul edilmeye başlanmıştır<sup>708</sup>.

Bu bakış açısı ile cinsel özgürlüğü, hukukun ya da örf ve adetin belirlediği sınırlar içinde, kişinin cinsel bakımdan kendi vücudu üzerinde dilediği gibi tasarruflarda bulunması, olarak tanımlanabilir<sup>709</sup>. Ancak TCK'daki kimi düzenlemeler nedeniyle bu anlayışın TCK'da yansımadağı söylenilebilir<sup>710</sup>.

Kural olarak kişinin cinsel bütünlüğü üzerinde de tıpkı malvarlığı üzerinde olduğu gibi tasarruf hakkı vardır. Ancak bu rızanın da yukarıda söz ettiğimiz genel sınır çerçevesinde kalması; kanuna, genel ahlaka ve adaba aykırı olmaması gerekmektedir<sup>711</sup>. Örneğin, TCK'nın 103 ve 104. maddelerinde düzenlenen “Çocukların cinsel istismarı” ve “Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçlarında olduğu gibi kanunun rızaya rağmen yaş sınırı nedeniyle suç vasfı yüklediği suçlarla ihlal edilen hak ya da yararın kişiye ait olmasının yanında topluma ait olması durumunda (müstehcenlik, TCK. md. 225 ve hayasızca hareketler TCK. md. 226'da öngörülen suçlarda olduğu gibi) rıza geçerli sayılmamaktadır<sup>712</sup>. Yukarıda da söz ettiğimiz gibi kişinin cinsel özgürlüğü bakımından mutlak tasarruf yetkisi bulunmasına rağmen bu yetki kişinin cinsel özgürlüğünden tamamen vazgeçmesi şeklinde kabul edilmemektedir<sup>713</sup>.

Rızanın kanuna, genel ahlaka, adaba aykırı olmaması yanında sadece cinsel davranışı değil, bu davranışın gerçekleştirme şeklini de kapsayacak nitelikte olması aranmaktadır<sup>714</sup>. Dolayısıyla mağdurun izin vermediği bir biçimde yapılan cinsel davranış türü rıza kapsamına girmeyecek ve şartları varsa suç oluşturacaktır.

Onuru zedeleyici ya da ağır bir bedensel zarara neden olabilecek nitelikteki fiillere rıza gösterilmesi de mümkün değildir. AİHM, 1997 yılında verdiği Laskey, Jaggard ve Brown davasında, sado- mazoşist ilişkide bulunup, bunları kameraya çeken

<sup>708</sup> Nevzat Toroslu; “*Ceza Hukuku Özel Kısım.*”, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 56.

<sup>709</sup> Toroslu; “*Ceza Hukuku Özel.*”, s. 56.

<sup>710</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok; “*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*”, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 292.

<sup>711</sup> Demirbaş; a.k., s. 297.

<sup>712</sup> Hakeri; s.259; Dönmezer, Erman; s. 77.

<sup>713</sup> Koca- Üzülmüş; s.272; Demirbaş; s. 303.

<sup>714</sup> Tezcan, Erdem, Önok;s. 306

davacılar, ulusal mahkemelerce çeşitli suçlardan mahkum edilmişlerdir. Davacılar, sado- mazoşist eylemlerinin belirli sınırlar içinde, sadece bu eğilime sahip insanlar arasında gerçekleştirdiklerini ve bu fiiller nedeniyle kimsenin zarar görmediğini ve hiç şikayet edilmediklerini iddia etmişlerdir. Bu iddialara karşı AIHM, ulusal mahkemeler tarafından ortaya konulan olaylarda, başvurucuların sado-mazoşist faaliyetlerinin önemsiz ve geçici sayılamayacak derecede önemli sakatlanma ve yaralamaları içerdiğinin anlaşıldığını dile getirerek; bu durumun rızaya dayalı ve kapalı yerde gerçekleştirilen cinsel ilişkiden farklı olduğunu dile getirmiştir<sup>715</sup>.

Çocuklara yönelik cinsel suçlar bakımından yasa ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, fiilin onbeş yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş kimselere karşı işlenmesi halinde suç oluşacaktır. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı işlenen fiiller ancak cebir, tehdit hile ya da iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanırsa istismar suçu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla onbeş yaşından büyük kimselerin iradeleri herhangi bir şekilde sakatlanmamışsa, bu fiil bakımından gösterdikleri rıza geçerlidir.

### **E. Hürriyete Karşı Suçlar Bakımından Rıza**

Hürriyet, kişilerin iradelerini herhangi bir etki altında kalmadan teşkil etmeleri ve bu iradeye uygun davranabilmeleri olarak tanımlanabilir. Kişi hürriyetine ilişkin haklar 5237 Sayılı TCK'nun 106 ve devamı maddelerinde yer almaktadır. Öğreti hürriyete karşı işlenen suçları, dar anlamda hürriyete karşı suçlar ve geniş anlamda hürriyete karşı suçlar olarak ikiye ayırmaktadır. Dar anlamda hürriyete karşı suçlar doğrudan doğruya kişisel özgürlüğe ilişkin suçları ifade etmektedir. Buna karşılık, geniş anlamda hürriyete karşı işlenen suçlar ise, başka bir amaca ulaşmak amacıyla kişi hürriyetine saldırı niteliğindeki suçları içermektedir. TCK, geniş anlamda hürriyete ilişkin suçlarda amaç suç farklı olduğundan, bu suçları, amaçlanan fiilin ait olduğu bölüm altında düzenleme yolunu seçmiştir. Örneğin TCK'nun 80'inci maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunda mağdurun özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Fakat fiil ile ulusal ve uluslararası toplumun menfaatleri daha çok zedelendiğinden, yasakoyucu

<sup>715</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 306, Ayrıca karar için bkz. <http://aihmedu.tr/aihmgoster.asp?id=630>

suçu “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar ” başlığı altında düzenleme yolunu seçmiştir<sup>716</sup>.

Kişinin hürriyetine karşı suçlar, bireylerin hak ve özgürlüklerine ilişkin pek çok menfaati korumaktadır. Biz mağdurun rızası bakımından önem arzeden konut dokunulmazlığını ihlal ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarını ele alacağız.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu TCK’nun 109’uncu maddesinde düzenlenmektedir ve kişinin “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden” yoksun bırakma biçiminde gerçekleştirilir. Yoksun bırakmanın hukuka aykırı biçimde yapılması gerekmektedir. Maddede hukuka aykır bir biçimde denildiği için yukarıda da değindiğimiz hukuka özel aykırılık mevcuttur. Yine yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuka özel aykırılık halinde failin hukuka aykırı hareket edip etmek istemediği de göz önünde bulundurulacaktır<sup>717</sup>. Dolayısıyla bir kimsenin gözaltında tutulması ya da tutuklanması halinde görevli olan kolluk kuvvetleri görevin ifası hukuka uygunluk nedeninden faydalanırlar. Bunun gibi, failin bir hakkını kullanması, örneğin CMUK m. 90’da yer alan suçüstü halinde yakalama yapması, durumunda da benzer bir (kanun hükmünün yerine getirilmesi) durum söz konusu olacaktır<sup>718</sup>.

İlgilinin rızası da, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilini hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak rızanın ahlaka ve hukuka aykırı olmaması gerekir. Dolayısıyla her ne kadar kişi özgürlüğü üzerinde tasarruf edilebilir bir hukuki değer de olsa, kişilerin sınırsız olarak bu değerden vazgeçmeleri mümkün değildir. Bu yönde gösterilen rıza da, fiilin hukuka aykırılığına etki etmeyecektir. Ancak kısa bir süre için hürriyetin yoksun bırakılmaya rıza gösteren kişinin rızası, kişi olarak işlevini sürdürmesini engellemeyeceğinden, geçerlidir<sup>719</sup>.

Dolayısıyla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması bakımından rıza, yoksunluğun sınırlı ölçüde ve önemsiz bir sınırlama biçiminde olması halinde geçerlidir. Bunun

<sup>716</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 348.

<sup>717</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya; “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 276, 277.

<sup>718</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 389.

<sup>719</sup> Soyaslan; “*Ceza Hukuku Özel...*”, s. 256.



gibi kişinin sosyal görevlerini önemli biçimde kısıtlayan rıza da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz<sup>720</sup>.

Nitekim Medeni Kanun'un 23'üncü maddesinin ikinci fıkrasında : " Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" hükmü yer almaktadır<sup>721</sup>.

Anayasa'nın " Kişi Hürriyeti ve Güvenliği" başlıklı 19'uncu maddesi de " Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir" hükmünü düzenlemektedir. Maddedeki "herkes" teriminin içine davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip bulunan 15 ile 18 yaş arasındaki çocuklar da dahildir. Dolayısıyla bu yaş grubu çocuklar Anayasa'da yer alan kişi hürriyetini diledikleri gibi kullanabilirler. Bu çocukların bu hak üzerinde açıkladıkları rıza da geçerlidir<sup>722</sup>.

Nitekim Yargıtay da 11.03. 2008 tarihinde verdiği Ceza Genel Kurulu kararında 15 yaşını tamamlamış ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip bulunan kimselerin rızasının cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçunu hukuka uygun hale getirdiğini dile getirmiştir<sup>723</sup>.

<sup>720</sup> Toroslu; "Ceza Hukuku Özel..", s. 84.

<sup>721</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya; "Ceza Hukuku Özel..", s. 280.

<sup>722</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya; "Ceza Hukuku Özel..", s. 280.

<sup>723</sup> "Ceza Genel Kurulu 2007/5-253 E., 2008/52 K.

#### "İçtihat Metni"

Hükümlü M..... Ö.....'in reşit olmayan mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoyma suçundan 765 sayılı TCY'nın 430/2.maddesi uyarınca 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesince verilen 05.07.2001 gün ve 164-161 sayılı hüküm Yargıtay 5. Ceza Dairesince 11.10.2001 gün ve 9857-6861 sayı ile onanmak suretiyle kesinleşmiştir.

Uyarılama istemi üzerine Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesince 06.07.2005 gün ve 269-290 sayı ile;

"...olay tarihinde henüz reşit olmayan mağdureyi alıkoymak suretiyle hürriyeti tahdit eylemine 5237 sayılı Yasanın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddeleriyle tayin olunacak cezanın öncesine göre daha ağır neticeler ortaya çıkaracağından bu suçtan 5237 sayılı TCK. nun uygulanmasına yer olmadığına..." karar verilmiştir.

Hükümlü tarafından temyiz edilen hüküm, dosyayı inceleyen Yargıtay 5.Ceza Dairesince 16.11.2005 gün ve 17579-22135 sayı ile;

"...15 yaş içindeki mağdurenin rızasıyla alıkonulması şeklinde ve 765 sayılı Yasanın 430/2. maddesi kapsamında kabul edilen eylemde 5237 sayılı Yasanın 109. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarını taşıyıp taşımadığı irdelenmeden... soyut gerekçeyle lehe olan yasanın belirlenmesi" isabetsizliğinden bozulmuş, Yerel Mahkeme ise 02.05.2007 gün ve 73-209 sayı ile; "...alıkoyma (kişiyi hürriyetinden yoksun kılma) suçu yönünden sanığın eylemine 765 sayılı TCK.nun uygulanması durumunda ortaya çıkan sonuç ceza ile eylemle 5237 sayılı TCK. hükümlerinin uygulanması durumunda ortaya çıkacak

sonuç cezalar karşılaştırıldığında 765 sayılı TCK. nun sanık lehine olduğuna..." karar vermiştir.

Hükümlü ve müdafinin temyiziyle Yargıtay 5.Ceza Dairesince incelenen hüküm 27.09.2007 gün ve 9857-6861 sayı ile;

"Dosyadaki nüfus kaydına ve müştekinin 09.05.2001 günlü dilekçesinde 02.05.2001'de kaçırıldığı belirtildiğine göre, suç tarihinde 15 yaşını bitirdiği anlaşılan mağdurenin rızası ile kaçırılması ve alıkonulması, 765 sayılı TCK.nun 430/2. maddesine muhalefet suçunu oluşturmakta ise de; 5237 sayılı Yasanın 109. maddesinin kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin üzerinde tasarrufta bulunabilmek hakkını koruduğu aynı yasanın rızayı hukuka uygunluk nedeni sayan 26/2. maddesinin "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez" hükmü karşısında, rızaya dayanarak fiili gerçekleştiren sanığın 109. madde anlamında hukuka aykırı davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. madde dikkate alınarak sanığın kaçırıp alıkoymak suçundan beraati yerine hükümlülük kararı verilmesi" isabetsizliğinden bozulmuştur. Yargıtay C.Başsavcılığı ise 02.11.2007 gün ve 168009 sayı ile özet olarak;

Rızaen işlenme halinin 5237 sayılı TCY'nın 109/1. maddesinde suçun basit şekli olarak düzenlendiği, bu nedenle rızaen suçun işlenmesi halinin suç tipi olarak kanunda düzenlendiği hallerde hukuka uygunluk sebebi olarak rızaya dayanılmayacağı, Yasanın 26. maddesinin şartlarının olayda gerçekleşmediği, çocuğun üçüncü kişilere karşı özgürlüğünün kısıtlanması konusunda rızasının geçerli olmadığı, aksi halde Mahkeme hükmü ile koruma altına alınıp, Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesinde koruma altında olan binlerce çocuğun üçüncü kişilerle cinsel amaçlı olarak rızası dâhilinde kaçırılıp alıkonulmasının suç oluşturmadığı sonucunu ortaya çıkaracağı, bunun hukuka ve ahlaka uygun olmadığı, 5560 s.K nun 10. maddesi ile 234. maddesine eklenen 3. fıkranın da çocukların rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediğini doğruladığını, ayrıca Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 26.04.2007 gün ve 44-44 sayı ile 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük çocukların rızalarıyla alıkonulmalarının yeni TCY döneminde de suç olmaya devam ettiğine karar verdiği görüşüyle itiraz yasayoluna başvurmıştır.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Hükümlünün reşit olmayan mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoyma suçundan 765 sayılı TCY'nın 430/2. maddesi uyarınca 1 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Yerel Mahkemece verilen hüküm Özel Daire tarafından onanmak suretiyle kesinleşmiştir.

5237 sayılı TCY'nın yürürlüğe girmesi ve uyarılma talebi üzerine Yerel Mahkeme yeni TCY'nın lehe olmadığına karar vermiş, hükümlünün temyiziyle dosyayı inceleyen Özel Daire, kesinleşen hükümde 765 sayılı TCY'nın 430/2. maddesi kapsamında kabul edilen 15 yaşı içindeki mağdurenin rızasıyla alıkonulması eyleminin 5237 sayılı Yasanın 109. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarını taşıyıp taşımadığının irdelenmemesi isabetsizliğinden hükmü bozmuştur.

Bozmaya uyan Yerel Mahkeme, eylemin her iki Yasada da suç oluşturduğu kabulüyle 765 sayılı TCY'nın sanık lehine olduğuna karar vermiş, hükümlü ve müdafinin temyizi üzerine Özel Daire, rızaya dayanarak fiili gerçekleştiren sanığın eyleminde 5237 sayılı TCY'nın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı davranışından söz edilemeyeceği ve rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği dolayısıyla da hükümlünün beraatına karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hükmü bozmuş, Yargıtay C.Başsavcılığı ise eylemin 5237 sayılı TCY döneminde de suç olmaya devam ettiği görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak Özel Dairenin bozma kararının kaldırılıp Yerel Mahkeme kararının onanmasını talep etmiştir.

Görüldüğü gibi Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; 5237 sayılı TCY'nda 15 yaşını bitirmiş olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" eylemlerinde küçüğün rızasının fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğine ilişkindir.

5237 sayılı TCY'nın 6/1-a maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanan çocuk

kavramının, yasakoyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "onbeş yaşını bitirmiş", "onbeş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCY'nın 103/1-a maddesinde, "onbeş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin b bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Yasa koyucu bu maddede "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. TCY'nın 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızalarının hukuken değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. İkinci kategoride yer alan "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda çocukların rızalarının bu suç açısından 5237 sayılı TCY'nın 26/2. maddesi anlamında hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığı konusu tartışmalı olup esasen uyuşmazlığın esasını oluşturmaktadır.

Çocukların cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun kılınması suçu 765 sayılı TCY'nın "Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler" başlıklı sekizinci babının "Kız, kadın ve erkek kaçırmak" başlıklı ikinci faslında yer alan 430/2 maddesinde, "Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapidir" şeklinde, 5237 sayılı TCY'nda ise "Hürriyete karşı suçlar" bölümünün "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" başlıklı 109. maddesinde, "(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2)...

(3)

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4)...

(5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır..." biçiminde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCY'nın 430/2. maddesindeki düzenlemede korunan hukuki değer "umumi adap ve aile düzenidir". 5237 sayılı TCY'ndaki düzenleme ile korunan hukukî değer ise, "kişilerin kendi istekleri ve iradeleriyle serbestçe hareket edebilme özgürlükleri"dir. Kişilerin bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda özgürlükleri olması nedeniyle bu suçun işlenmesi sonucu anılan özgürlükleri ihlâl edilmiş olmaktadır. Ancak suçun oluşabilmesi için bu ihlalin hukuka aykırı olarak yapılması zorunludur. Hukuka aykırılık, öğretilerde genel olarak hukuk düzeninin izin vermediği hâlleri ifade etmektedir.

"Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası" başlıklı 5237 sayılı TCY'nın 26/2. maddesinde, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklindeki düzenleme ile ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır. Sözü edilen hukuka uygunluk nedeninin doğabilmesi, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasına ve kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunmasına bağlıdır. Yine rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olması gerekir. Fiilin işlendiği sırada olmayıp sonradan ortaya çıkan rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

Burada uyumsuzluğun sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için "onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış olan" çocukların bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasaya başvurulması gerekmektedir.

4721 sayılı Medeni Yasanın 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükmüne bağlanmaktadır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar yasada tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi. Bundan da anlaşılacağı üzere kişinin "bir yere gitmek veya bir yerde kalmak" özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının sadece kendisine ait olacağı açıktır.

Bununla birlikte, 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İ.B.Kararı ile CGK'nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.

Bu açıklamaların ışığında somut olay incelendiğinde;

Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure Fatma Özdemir'i rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY'nın 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasanın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Dairenin kararı isabetli olup Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı;

"Hükümlünün itiraza konu eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 109. maddenin 1,3/f ve 5. fıkraları kapsamında kaldığı ve 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı bu suçun işlenmesi halinde rızanın suçun oluşumuna etkisi bulunmadığı tartışmasızdır. 15 yaşını tamamlamış çocuklara karşı işlenen cinsel amaçlı hürriyeti kısıtlama eylemlerinde rızanın hukuka uygunluk nedeni olup olmadığının belirlenmesi için rızalarının geçerliliğinin saptanması gereklidir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, 5237 sayılı TCY'nın 6. maddesinde çocuğun, 18 yaşını doldurmayan kişi olarak tanımlandığına ve uyumsuzluğa konu suçun düzenlendiği TCY'nın 109. maddesinde herhangi bir yaş ayırımı yapılmadan çocuk ifadesi kullanıldığına göre, Yasanın cinsel suçların düzenlendiği bölümünde yer alan ve "çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddenin 1-b maddesinde 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını bitirmemiş çocuklara yönelik cinsel davranışların suç oluşturacak türlerini sadece cebir tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle sınırlayarak rızasına dayalı eylemleri suç teşkil edecek cinsel istismar hallerinden dışlar görünen hükmüne dayandırarak yasakoyucunun 104. maddesindeki iradesini yok telakki etmek olanaksızdır.

4721 sayılı Medeni Yasanın 11. maddesinde; erginliğin onsekiz yaşını doldurulması veya evlenme ile başladığı,

16. maddesinde; ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanma ile kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı,

335. maddesinde; ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velâyeti altında olduğu,

339. maddesinde; ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde

tutarak gerekli kararları alıp uygulayacakları, çocuğun ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olduğu ve ana-babasının rızası dışında evi terk edemeyeceği,

340. maddesinde; ana ve babanın, çocuğu olanaklarına göre eğiterek onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruyacakları hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, 5237 sayılı TCY'nın 234. maddesine 5560 sayılı Yasa ile eklenen 3. fıkra, 'Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine "cezalandırılır." hükmü getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde, "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 339 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre, 'Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz'. Bu hükümle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu hükmü, ana ve babasının bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu yanında bulunduran kişiye çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yüklemek suretiyle tamamlamak gerekir. Çocuğun evi terk etmesinin ana ve babada büyük bir tedirginlik oluşturduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir' denilmektedir.

Velisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma fiilini suç sayarak cezalandıran ve buradaki rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyen, yine Medeni Yasamızın 340. maddesiyle bir yandan veliye, çocuğu olanaklarına göre eğiterek onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruma görevini, 339. maddesiyle de çocuğun eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulama yetkisini veren, öte yandan çocuğa da ana-babasının sözünü dinleme ve onların rızası dışında evi terk etmeme yükümlülüğünü yükleyen bir yasakoyucunun, çıkardığı başka bir yasa ile cinsel amaçlı olarak hürriyetinin kısıtlanması suçunda velinin iradesini çocuğunun rızasıyla bertaraf etmek istediği düşünülmemelidir.

Bu koşullarda, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, çocuğun kendisine tanınan sınırlar içinde bir tasarrufta bulunması gereklidir. Bu bağlamda, çocuğun arkadaşına ders çalışma için gitmesi halinde kendisine hukuken tanınan sınırlar içinde hareket ettiğinde tartışılır bir hal yoktur. Ancak çocuğun cinsel saldırıya uğrayacağını bilerek bir yere gitme ya da o yerde kalma özgürlüğü olduğunu kabullenmek ve bu yöndeki rızayı Yasanın 26/2. maddesi kapsamında hukuka uygunluk sebebi saymak isabetli bir yorum sayılmamalıdır. Bu alanda çocuklara sağlanan özgürlük mutlak olmayıp sınırlıdır. Bu sınırların Medeni Yasada açıklıkla öngörülen çerçevenin dışına çıkarılması ve çocuğu, suç mağduru haline dönüştürecek ortama sevk etmeye izin verir tarzda genişletilmesi düşünülmemelidir.

Bu açıklamalar ışığında, velisinin ya da yasal temsilcisinin rızası olmadan bir yere gitme ve bir yerde kalma özgürlüğüne mutlak olarak sahip olmayan çocuğun, hürriyetinin kısıtlanması hukuka aykırı olup, çocuğun rızası bu fiili hukuka uygun hale dönüştürmemektedir. Hukuk düzenimizde çocuğun velisinin izni olmadıkça bir yere gitme veya bir yerde kalmasına izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Velinin de bir başkasının cinsel tatminine muhatap kılmak niyetiyle çocuğunun hürriyetini tahdit için göstereceği rızanın geçerliliği bulunmamaktadır. Zihinsel ve fiziksel gelişimini tamamlamamış olduğu Medeni Yasa tarafından açıkça kabul edilen çocuklara böyle bir özgürlüğü verilmiş olabileceği de düşünülmemelidir. Kişisel özgürlüklerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve rızanın hukuka uygunluk nedeni olacağı yorumuyla ergin çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmakta özgür olacağına hükmetmek bunun ancak meşru amaçlarla yapılmasına bağlıdır. Gittiği yada kaldığı bu mekanda rızasıyla gerçekleşen cinsi teması, yasa koyucu, 104. maddesinde suç saydığına ve bu hali cinsel özgürlük kapsamında rızadan kaynaklanan hukuka uygunluk saymadığına göre, kabul edilemez bir yorumla cinsel amaçlı özgürlük kısıtlamalarını da, faileri yönünden suç saymak zarureti vardır. Bu nedenlerle Özel Dairenin kararında isabet bulunmadığından kaldırılmasına ve Yerel Mahkemenin direnme hükmünün onanmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim" görüşüyle, Çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım Kurul Üyesi de, benzer düşüncelerle "çocuğun rızasının bu suçta fiili hukuka uygun hale getirmediği" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

Konu ile ilgili son günlerde kamuoyunda tartışmalara neden olan, N.Ç. kararı bulunmaktadır. Davaya konu olay; mağdure N. Ç.'nin 2002 ile 2003 yılları arasında 26 ayrı kişi ile para karşılığı cinsel ilişkiye girmesi, buna aracılık edilmesi ve zorla alıkonulması iddialarından oluşmaktadır. Olayla ilgili olarak, ilgili savcılık, alıkoyma, ırza geçme ve fuhşa teşvik etmek suçlarından farklı zamanlarda 6 ayrı dava açmıştır. Mahkeme mağdureye ulaşamamış, bu nedenle ifade almak için bir buçuk yıl, Adli Tıp'tan rapor alabilmek için de iki yıl beklenilmiştir. Mağdurenin ırzına geçtiği iddiasıyla hakkında dava açılan erkek sanık sayısı yirmidokuzdur. Bu kimseler fiili aynı zamanda gerçekleştirmemişlerdir. N.Ç.'nin ırzına geçilme eylemine aracılık eden kişi sayısı ise ikidir. Bu 2 sanık hakkında ayrıca ırza geçme eylemine iştirakten de dava açılmıştır.

Suç mağduru suçun işlendiği tarihlerde nüfus kayıtlarına göre 13 yaşındadır. Ancak yaşından büyük gösterdiği iddiasının ortaya atılması nedeniyle, gönderildiği Adli Tıp tarafınca düzenlenen raporda 14 yaşını tamamladığı tespit edilmiştir. Mahkeme yasalar nedeniyle bu raporun belirlediği yaşa itibar etmiştir. Mahkeme, zamanaşımının dolması nedeniyle alıkoyma suçları hakkında açılan kamu davalarının ortadan kalktığına karar vermiştir.

Mağdur N.Ç. yargılama aşamasına kadar vermiş olduğu ifadelerinde zorla alıkonulduğuna dair hiçbir açıklamada bulunmamıştır. Bunun yanında fuhuş yapmak amacıyla çağrıldığı her yere kendi rızasıyla gittiği de mahkemece tespit edilmiştir. Mahkeme yargılama aşamasında beyanlarını değiştiren N.Ç.'nin bu açıklamalarına itibar etmemiştir.

Bu nedenlerle sanıkların eylemlerinin reşit olmayan mağdureyi rızaen kaçırap alıkoyma suçunu oluşturduğu ve yasada düzenlenen 7,5 yıllık zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle, açılan kamu davalarının ortadan kaldırılmasına; sanıklardan dördünün suçları kanıtlanamadığından beraatlerine karar verilmiştir. Mahkeme

---

2- Dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, birinci ve ikinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından 11.03.2008 günü yapılan üçüncü müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.”,

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%20ICM8%20ICMNLSD15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A08K03B44524E5137318%20A08K03B44524E513731%2014%201162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>

ayrıca, fuhşa ve ırza geçme suçuna aracılık eden iki sanık hakkında, bu suçta iştirakten 9'ar yıl hapis cezasına hükmetmiştir. Geri kalan 26 sanık hakkında da, küçüğün ırzına geçmek suçundan beşer yıl hapis cezasına hükmedilmiş, sanıkların durum ve özelliklerine göre kimi zorunlu ve takdiri artırım ve indirim nedenleri uygulanarak cezaları belirlenmiştir.

Davaların açıldığı tarih eski Türk Ceza Kanunu'nun, kararın verildiği tarih ise yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu tarihtir. Bu nedenle hangi yasanın uygulanacağı hususu mahkeme kararında tartışılarak, lehe olan eski Ceza Kanununun uygulanmasının yasal bir zorunluluk olduğu kanısına varılmıştır.

Dosyanın temyiz edilmesi üzerine ilk incelemeyi yapan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinde, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın onanmasını talep etmiştir. Dosya daha sonra Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin önüne gelmiş. Daire yaptığı inceleme sonucunda; fuhşa teşvik suçu ve zorla alıkoyma iddiasını rızaen alıkoyma suçu olarak kabul eden ve bu sebeple zamanaşımı nedeniyle davaları ortadan kaldıran kararların onanmasına, karar vermiştir<sup>724</sup>.

Anılan karar yoğun eleştirilere neden olsa da, kanımızca verilen hükmün hukuka uygunluğu hususunda birkaç noktayı belirtmek gerekir. Suç 765 Sayılı TCK döneminde işlenmiş; yargılama ise 5237 Sayılı TCK döneminde tamamlanmıştır. Bu durumda TCK'nun 7'inci maddesinin ikinci fıkrası gereği, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri farklı ise, failin lehine olan yasa hükümleri uygulanacaktır. Nitekim, ilk derece mahkemesi vermiş olduğu kararda, çeşitli noktalardan faillerin lehine olan yasayı saptayarak, 765 Sayılı TCK'nun lehe olduğuna karar vermiştir.

Kararda eleştirilen bir diğer nokta ise, küçüğün rızasının kabul edilmesidir. Bu noktada rızanın hangi suç bakımından kabul edildiği önem taşımaktadır. Rıza, 765 Sayılı TCK'nun 430'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan rızaen alıkoyma suçu bakımından dikkate alınmıştır. Maddeye göre; "Eğer reşit olmıyan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme

---

<sup>724</sup> Yarg. 14 CD, E. 2011/12479, K.2011/1056.

maksadiyle kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir.” Olayda kamu davasının 430’uncu maddenin ilk fıkrasında yer alan zorla alıkoyma suçundan açılmasına karşın; NÇ’nin verdiği ifadeler ve diğer kanıtlarla, mağdurenin söz konusu kimselerle rıza ile birlikte gittiği anlaşılmıştır. Bu durumda suç vasfı değişmiş ve failer rıza ile alıkoyma suçundan yargılanmışlardır.

Bu kabul nedeniyle rızaen alıkoyma suçunun zamanaşımının dolduğuna ve bu nedenle bu suç nedeniyle açılan kamu davalarının ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir. Saydığımız bu nedenlerden ötürü, Yargıtay’ın verdiği kararın hukuka uygun olduğu kanısındayız.

Her ne kadar, küçük rıza ile hürriyetinden yoksun kılma suçunu hukuka uygun hale getirirse de; verilen rıza, 234’üncü maddede yer alan velayet hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelere etki etmez. 234’üncü maddede yer alan düzenlemeler, MK. m. 339’da yer alan velayete ilişkin düzenlemeleri işler hale getirmek amacıyla konulmuştur. Bu nedenle bu madde bakımından 15 ile 18 yaş arasındaki küçüklerin rızasının etkisi yoktur<sup>725</sup>.

Kişi hürriyetine karşı işlenen suçlar bakımından rızanın önem taşıdığı bir diğer suç da konut dokunulmazlığını ihlal suçudur. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu TCK’nun 116’ıncı maddesinde düzenlenmektedir.

765 Sayılı TCK’nun 193 ve 194’üncü maddelerinde düzenlenmiş bulunan suç, Anayasa’nın 21’inci maddesi ile teminat altına alınmıştır. “Konut Dokunulmazlığını İhlal” başlıklı anılan hükme göre;

“Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin

<sup>725</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya; “*Ceza Hukuku Özel...*”, s. 281.



onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

5237 Sayılı TCK'nun 106'ncı maddesinde yer alan suçun maddi unsurlarından biri konuta sahibinin rızası olmadan girmek ya da çıkmamaktır. 765 Sayılı TCK'nda da benzer bir düzenleme yer almaktaydı. Maddede yer alan rıza tipikliği ortadan kaldıran kabullenmedir. Dolayısıyla, rızanın bulunduğu ilişkin yanılma, hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma kurallarına göre değil, tipiklikte yanılma kurallarına göre değerlendirilecektir<sup>726</sup>.

“Rızaya aykırı girmek” ile kastedilenin ne olduğu yasada açıkça yer almamaktadır. Bu ibare, günlük hayatta konuta girmek için her seferinde izin alınması gibi bir koşulun aranmasına izin vermediğinden, konuta izinsiz girmek anlamını taşımamaktadır. Burada anlaşılması gereken, failin hak sahibinin konuta girmek ya da çıkmamak yönünde bir iradesinin bulunduğunu bilmesi ya da bu hareketlere izin vermeyeceğini tahmin etmesidir<sup>727</sup>.

Rızaya aykırı olarak girmekten anlaşılması gereken, hak sahibinin konuta girilmesini istememesidir. İstememenin anlaşılması için, konut sahibinin faile bir direnç göstermesi şart değildir. Rızanın bulunmadığının belirtilmesi yeterlidir. Rızanın açıkça ya da örtülü olarak yapılmasının herhangi bir önemi yoktur. Herhangi bir açıklamanın bulunmaması halinde, varsayılan rızasına göre hareket edilecektir. Ancak bir açıklamanın bulunması ya da konut sahibinin izin vermeyeceği nitelikteki hareketleri gerçekleştirmek amacıyla konuta girilmesi durumunda varsayılan rızadan söz edilemez<sup>728</sup>.

“Çıkmamak” ise, konut sahibinin rızasıyla konuta girdikten sonra, rızasına aykırı olarak konutta kalmaya devam etmek biçiminde anlaşılmalıdır<sup>729</sup>.

<sup>726</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 422.

<sup>727</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya; “*Ceza Hukuku Özel..*”, s. 320.

<sup>728</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 423, Artuk, Gökçen, Yenidünya; “*Ceza Hukuku Özel...*”, s. 320, Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe; “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 449.

<sup>729</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe; s. 448.

Konuta girme konusunda rızanın olup olmadığını tespit için örf ve adette dikkate alınmaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında, mağdurun içeri girmek için izin verip vermediğinin köydeki gelenekler de gözetilerek araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Örf ve adet gibi rızanın bulunup bulunmadığını tespit ederken kullanılan bir diğer yol da mağdurla failin önceki ilişkileridir. Yargıtay, boşanmak üzere olan fakat ayrılık kararı verilmemiş eşlerin eve girme hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak ayrılık kararı verildikten sonra hareketin gerçekleşmesi durumunda suçun oluşacağını kabul edilmektedir<sup>730</sup>.

Bir kimsenin, hak sahibinin rızasına aykırı olarak bir konuta girebilmesi daha güçlü yasal bir nedenin varlığına bağlıdır. Hak sahibinin rıza hilafına konuta girmesi yasal olması yani bu hareketin yasa ile korunması gerekmektedir. Bu verilen bir hak biçiminde olabileceği gibi bir anlaşma ile de olabilir. Söz gelimi bu hak, CMK'da yer alan arama, el koyma, keşif gibi hükümlerden kaynaklanabilir. Ancak bu koruma tedbirlerini uygulayacak kimseler yasa ile belirlendiğinden, bu kişiler dışındaki kimselerin bu hakka dayanarak konuta izinsiz girmeleri olanaklı değildir<sup>731</sup>.

İsviçre öğretisi, acil bir onarım nedeniyle mahkemeden karar alınmasının da olanaklı olmadığı hallerde ev sahibinin konuta girebileceğini ve bu durumun özel hukuktan doğan güçlü bir haktan kaynaklandığını kabul etmektedir. Hafter, konuta sahibinin rızası bulunmadan girmek için daha güçlü bir yasal nedenin varlığını gerekli görmemektedir. Yazara göre örneğin, bir kimsenin kapısında kilit olmayan bir samanlıkta geceyi geçirmesi durumunda, samanlığın sahibinin rıza göstermeyeceğini bilse de suç oluşmayacaktır. Hafter'in görüşü, konutu korumadaki amacın orada oturan kimselerin hürriyetini korumak olduğu düşüncesiyle, eleştirilmektedir<sup>732</sup>.

Rızanın rıza sahibinin haberi olmadan hukuka aykırı bir amaçla alınması halinde de geçerli olmayacağı açıktır. Çünkü burada mağdurun rızası hile ile elde edilmektedir<sup>733</sup>. Nitekim Yargıtay 2. CD. vermiş olduğu bir kararda;

<sup>730</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 423, 424.

<sup>731</sup> Ali Rıza Çınar; "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürümleri"(yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 1989, s.163 vd.

<sup>732</sup> Çınar, s. 165.

<sup>733</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 425.

“Oluş ve dosya içeriğine göre; anne- kız olan sanıklar Nakihan ve Tuğçe'nin katılan Verda'nın dairesinin de bulunduğu apartmana geceleyin gelerek katılanın kapı ziline bastıktan sonra, “ anahtarı evde unutmuşuz” diyerek apartman dış kapısını hile ile açtırdıktan sonra katılanın rızası dışında apartmana girerek katılanın daire kapısı önünde tartışan sanıkların katılanın evine girmek üzere kapıyı itekledikleri şeklindeki eylemlerinde geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçunun tamamlandığı...” kararına varmıştır.

Dairenin bir diğer kararı da benzer yöndedir:

“ Olay günü sanıkların, katılanın konut olarak kullandığı kooperatife ait evdeki bir odadan kooperatife ait evrakları almak için, katılanın evde bulunmadığı bir sırada, evde bulunan kızına, babasının haberi olmadığı halde haberi olduğunu söyleyerek konuta girip, odadaki evrakları karıştırıp bir kısmını da almaları şeklinde gerçekleşen eylemde; sanıkların katılanın konutun ayasal olmayan ve hile ile elde edilmiş rıza ile girdiklerinden, ayrıca konutun mülkiyetinin anılan kooperatife ait olmasının, sanıklara konutta oturanların irade ve rıza özgürlüklerini ihlal ederek, iradelerine karşı olarak konuta girme hakkı vermeyeceğinden, böylece atılı suçun öğelerinin oluştuğu”na karar vermiştir. Görüldüğü gibi Yargıtay da rıza sahibinin bilmediği hukuka aykırı amaçlarla konuta girilmesi halinde alınan rızayı geçerli kabul etmemektedir<sup>734</sup>.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından kimin rıza açıklamasında bulunacak kimseler, hiç kuşku yok ki öncelikle konutta oturanlardır. Bu bakımdan konutun kime ait olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır. TCK'nun 116'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, evlilik birliğinde aile bireylerinden birinin ya da konut veya işyerinin birden fazla kimse tarafından kullanılması halinde, bu kişilerden birinin rızasının varlığı suçun oluşmasını engelleyecektir. Ancak varsayılan rıza konusunda yaptığımız açıklamalarda bulunduğu gibi, rızanın meşru bir nedenle verilmesi gerekmektedir<sup>735</sup>.

Rıza açıklamasında bulunma yetkisi konutta oturan ya da ona sahip olan kimselere aittir. Bir yeri zorla işgal etmiş kimse rıza gösteremez. Bunun gibi rıza göstermede

<sup>734</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 425.

<sup>735</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe; s. 479, 480, Tezcan, Erdem, Önok; s. 439 vd..

asıl olan konutta oturmak olduğundan, kiracının mal sahibine karşı rıza göstermesi ya da göstermemesi de olanaklıdır<sup>736</sup>.

#### F. Şerefe Karşı Suçlar Bakımından Rıza

Kişilerin onur, saygınlık ve şerefleri tarih boyunca hukukun koruması altında olmuştur. Roma döneminde özel hukuk kuralları tarafından korunan bu değerler, sonraları ihlallerinin şahsa değil kamu düzenine zarar verdiği gerekçesiyle, suç olarak düzenlenmeye başlamıştır<sup>737</sup>.

Şerefe karşı suçlardan kimileri insanların şeref ihlalini düzenlerken; kimileri de, insan şerefi dışındaki kimi değerlere yönelik ihlalleri düzenlemektedir. İnsan şerefine yönelik ihlalleri düzenleyen suçlara genel tahkir suçları, diğer değerlere ihlalleri düzenleyen suçlara ise özel tahkir suçları denilmektedir<sup>738</sup>.

Mukayeseli hukukta şerefe karşı suçlar üç ölçüte dayanarak, ayrıma tabi tutulmaktadır. Fransız, Alman ve Türk hukukları, hakaret içeren iddiaların fiili nitelikli olmaları ( bu ayırım Türk hukuku bakımından 5237 Sayılı Kanunla ortadan kalkmıştır.) veya yalnızca değer hükümlerine ilişkin olmalarına göre, Türk ve İtalyan hukukları, fiilin mağdurun huzurunda yapılıp yapılmamasına göre, Anglo- amerikan hukuk düzenleri ise, şerefe yönelik hareketin yazılı ya da sözlü yapılmasına göre bir ayırım yapmaktadır<sup>739</sup>.

Öğretide şeref kavramının tanımına ilişkin olarak birden fazla görüş ileri sürülmektedir<sup>740</sup>. Kavramı *fiili şeref* ( Subjektif şeref) ile açıklayan görüşe göre şeref, kişinin kendisinin şerefli olduğuna ilişkin iyi duyguları (bu yöndeki kanaati, kendi nitelikleri hakkında yaptığı değerlendirme) olarak açıklanabilirken; *normatif şeref (objektif şeref)* öğretisine göre insana tanınan değer ve bu değere gösterilmesi

<sup>736</sup> Doğan Soyaslan; “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 , s. 279.

<sup>737</sup> Soyaslan; “Ceza Hukuku Özel..”, s. 285.

<sup>738</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe; s. 496.

<sup>739</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman; “ *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*”Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onbeşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998 , s. 228.

<sup>740</sup> Tezcan, Erdem,Önok; s. 449.

beklenen saygıdır ( başkalarının kişi hakkındaki değerlendirmeleri)<sup>741</sup>. Buna karşılık öğretide egemen görüş karma görüş ya da fiili- normatif görüş olarak adlandırılan ve şeref kavramını karma bir hukuksal yarar olarak tanımlayan görüştür. Anılan görüşe göre şeref kavramı hem kişinin kendisine karşı beslediği içsel değeri ve hem de başkalarının gözündeki değeri içermektedir<sup>742</sup>. Gerek 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda ( halkın hakaret ve husumetine maruz kalmak; namus ve haysiyete taaruz etmek gibi) gerek 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ( onur, şeref; saygınlık gibi) yer alan deyimlerden kanun koyucunun her iki kanun bakımından da hem fiili şerefi ve hem de normatif şerefi koruma altına aldığı söylenilebilir<sup>743</sup>.

Kişinin şeref ve haysiyeti üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı da rıza konusunda tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kimi yazarlarca şeref ve haysiyet, kişinin üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği haklardan biridir<sup>744</sup> ve bu durum şerefin bireysel bir yarar olarak nitelendirilmesi nedeniyle mümkündür<sup>745</sup> ve ancak yukarıda da söz ettiğimiz ve rızada genel bir sınır olarak nitelendirebileceğimiz; rızanın kanuna, genel ahlaka ve adaba aykırı olması durumunda, örneğin; kişinin kendisine herkesin dilediği gibi hakaret edebileceğini açıklaması halinde<sup>746</sup> ya da haysiyet kırıcı, namus ve şerefi ihlal eden davranışın rıza ile hukuka uygun duruma gelmeyecek nitelikte bir suç oluşturması halinde de<sup>747</sup> tasarruf yetkisi geçersiz sayılabilir<sup>748</sup>. Bazı yazarlar, TCK'nun “ Soruşturma ve Kovuşturma Koşulu” başlıklı 131'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “ Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlıdır” hükmüne dayanarak kişilerin şerefleri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceklerini ileri sürmektedir<sup>749</sup>. Kimi yazarlar

<sup>741</sup> Tezcan, Erdem,Önok; s. 449, Nur Centel, Nur; Hamide Zafer, Özlem Çakmut ; “*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*”, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.221 vd.

<sup>742</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s.450 vd, Centel, Zafer ,Yenerer Çakmut; “*Kişilere...*”, s. 221 vd., Toroslu, “*Ceza Hukuku Özel...*”, s. 99.

<sup>743</sup> Tezcan- Erdem- Önok, s.450., Centel- Zafer- Yenerer Çakmut; “*Kişilere...*”, s. 222.

<sup>744</sup> Dönmezer, Erman;s. 76, Demirbaş; s. 307, Tezcan, Erdem, Önok; s. 469,Centel, Zafer, Çakmut; s.328.

<sup>745</sup> Tezcan, Erdem,Önok;s. 469.

<sup>746</sup> Demirbaş; s. 307

<sup>747</sup> Centel, Zafer,Çakmut; s. 329.

<sup>748</sup> Dönmezer, Erman;s. 81.

<sup>749</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 511.

ise, kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği haklar arasında şeref ve haysiyetin bulunmadığı görüşündedirler<sup>750</sup>.

Yargıtay şerefe karşı suçlar bakımından rızanın mümkün olduğu kanısındadır:

“ Oluşa ve kabule göre, sanığın söylediği ve daha sonra yayımladığı taşlamada katılanı ‘eşek’ olarak nitelediği saptanmıştır.

Mahkemenin ise, suçun maddi ögesinin oluştuğu ve fakat halk ozanları arasındaki taşlamalarda bu tür şakalaşmaların yapıldığı, o nedenler suçun manevi ögesinin bulunmadığı sonucuna vardığı anlaşılmaktadır.

Sövme suçu kişinin onuruna karşı bir suçtur ve kişinin korunan menfaat/değer konusunda tasarruf yetkisi bulunduğu, rıza göstermesinin hukuka aykırı eylemi, hukuka uygun kılacağı ve dolayısıyla söz konusu suçun hukuka aykırılık ögesinin ortadan kalkacağı açıktır.”<sup>751</sup>.

Şerefe yönelik suçlar bakımından rıza açık ya da örtülü biçimde verilebilir. Örtülü rızanın örf ve adetten kaynaklandığı durumlar da söz konusu olabilir. Sözelimi arkadaşlar arasında hakaret niteliği taşıyan kimi sözlerin söylenmesinin alışkanlık halini alması durumunda, hakaret içeren sözlere karşın arkadaşlığına devam ediyorsa, bu sözler bakımından rızası var demektir<sup>752</sup>.

Basın yoluyla işlenen hakaret suçunda rıza, mağdurun belirlediği ve açıkça ya da zımni olarak rıza gösterdiği sözler ve yazılar bakımından geçerli sayılacaktır<sup>753</sup>.

### **G. Malvarlığına Karşı Suçlar Bakımından Rıza**

Kişinin aktif ve pasif değerlerinin tamamı malvarlığı oluşturmakta; kişinin sahibi olduğu ve ekonomik değer taşıyan hak ve borçların tamamı malvarlığı olarak

<sup>750</sup> Özgenç; s.314, 315..

<sup>751</sup> Yarg. 4. CD., 24.02.1994, 9831-1502; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu; “Gerekçeli- Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ceza sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler”, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 139.

<sup>752</sup> Erol Çetin; “Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.288.

<sup>753</sup> Çetin; s. 288.

tanımlanmaktadır<sup>754</sup>. Ceza hukuku özel hukuktan farklı olarak malvarlığı değerlerinin daha geniş olarak yorumlamakta; ekonomik değeri olmasa dahi manevi değeri olan bir şey de malvarlığı değeri olarak kabul edilmektedir<sup>755</sup>. Bir tutam saç teli, şans getirdiğine inanılan bir eşya ya da bir mektup gibi maddi değeri olmayan ancak sahibinin manevi olarak değer yüklediği kimi eşyalar da, ceza hukuku bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku anlamında malvarlığı kavramının tanımını, kişinin aktif ve pasif değerleri ile kişinin sahibi olduğu ve maddi ya da manevi değer taşıyan şeyler ile ekonomik değeri olan hukuki ilişkiler, olarak yapılabilir<sup>756</sup>.

Malvarlığına ilişkin haklar bakımından tasarruf hakkının mutlak olduğu konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur<sup>757</sup>. Kişi malik olduğu mal üzerinde serbestçe tasarruf edebilir, dolayısıyla kişinin bu haklar konusunda rıza göstermesi halinde herhangi bir problem yaşanmayacaktır. Takibi şikayete tabi olan suçlar bakımından rızanın geçerli olduğuna dair herhangi bir şüphe yoktur<sup>758</sup>. Ancak burada da rızanın kanuna, kamu güvenliğine, genel ahlak ve adaba aykırı bulunmaması gerekmektedir<sup>759</sup>. Örneğin, TCK'nın 170. maddesinde yer alan "Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması" suçunda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda binanın yakılması ya da çökmesine neden olunması bina sahibi rıza gösterse bile suç oluşturacaktır<sup>760</sup>.

Bunun yanında hırsızlık suçunda olduğu gibi rızanın bulunmaması suç tipinin gerçekleşmesi için aranan şartlardan biri ise; rızanın varlığı halinde bu durum kimi yazarlara göre tipikliği kaldıran nitelikte bir rızadır. Böyle bir durumda rıza bir hukuka uygunluk nedeni vasfı taşımayacak, sadece tipikliği ortadan kaldıracaktır. Örneğin hırsızlık suçunun tipikliğinde taşınır malın zilyedinin rızası olmadan

<sup>754</sup> Soyaslan; "Ceza Hukuku Özel..", s. 353, Toroslu; "Ceza Hukuku Özel..", s. 124 .

<sup>755</sup> Soyaslan; "Ceza Hukuku Özel..", s. 353,.

<sup>756</sup> Toroslu; " Ceza Hukuku Özel...", s. 124, 125.

<sup>757</sup> Dönmezer, Erman; s. 76; Koca- Üzülmöz; s. 284; Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 321, Toroslu; s. 119; Hakeri; s. 302; Özgenç; s. 316; Demirbaş; s. 307, Centel, Zafer, Çakmut; s. 328, Artuk, Gökçen, Yenidünya; s. 586, İçel, Evik; s. 158, Soyaslan; s. 392, Şen; s. 463, Zafer; s. 239.

<sup>758</sup> Koca- Üzülmöz; s.285, Şen; s.457, 458.

<sup>759</sup> Hakeri; s.301; Öztürk, Erdem; s. 223, Koca, Üzülmöz, s. 284; Dönmezer, Erman; s.75, Centel, Zafer, Çakmut; s. 328, Soyaslan; s. 391, Toroslu; s. 118, 119, Zafer; s. 237.

<sup>760</sup> Artuk- Gökçen- Yenidünya; s. 586.

alınması hareketi tanımlanmaktadır. Özbek ve diğerlerine göre, bu durumda rızanın varlığı tipikliği ortadan kaldırmaktadır<sup>761</sup>. Öte yandan, Centel, Zafer, Çakmut, hırsızlık suçunda mağdurun rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirmektedir. Yazarlara göre, rızanın tipiklikte olumsuz bir unsur olarak yer alması, rızanın hukuka uygunluk nedeni olmasını değiştirmemektedir. Ancak rıza ile hırsızlık suçu hukuka uygun hale gelmekle birlikte, koşulları oluşmuşsa, örneğin mağdur yanılarak rıza gösterdiyse ya da rıza cebir ve tehditle veya hileli davranışlarla alınmışsa, güveni kötüye kullanma, yağma veya dolandırıcılık suçunun varlığı söz konusu olabilir<sup>762</sup>.

Malvarlığına yönelik haklarda tasarrufa ilişkin göz önünde bulundurulması gereken bir diğer nokta, Medeni Kanun (MK)'da mülkiyet hakkının içeriğine ilişkin düzenlemedir. MK'nun 683'üncü maddesine göre: “ Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.” Bilindiği gibi mülkiyet hakkı sahibine üç yetki sağlamaktadır: Kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf edebilme (abusus)... Malik bu yetkileri üzerinde sözleşme ile ya da tek taraflı olarak sınırlamalar yapma veya yetkilerini devretme yolunu seçebilir. Bu durumda mülkiyet hakkının malik tarafından tam bir serbesti içinde kullanılması olanaklı değildir. Malik bu durumda hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacaktır. Dolayısıyla hakkını devreden ya da sınırlandıran malikin, devrettiği ya da sınırladığı hak üzerinde göstereceği rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Söz gelimi konutunu kiraya veren kimsenin konut dokunulmazlığını ihlal suçuna rıza göstermesi, fiili hukuka uygun hale getirmez<sup>763</sup>.

Bazı durumlarda ise, tasarrufun geçerli olabilmesi için, bir başka kimse ile birlikte yapılması gerektirir. Birlikte yaşayan eşlerin ortak konutları üzerinde tasarrufta bulunmaları için her iki eşin de rızasının bulunması gerekmektedir. Rızanın birlikte, aynı anda açıklanmasına gerek yoktur; bunun gibi birinin açık rızası diğerinin varsayılan rızası ile de fiil hukuka uygun hale gelecektir. Nitekim Yargıtay konu ile ilgili bir kararında:

<sup>761</sup>Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe; “ *Türk Ceza Hukuku Özel...*”, s. 611.

<sup>762</sup>Centel, Zafer, Çakmut; “ *Kişilere...* ”, s. 292.

<sup>763</sup>Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 322.



“ Yerel mahkeme, Medeni Yasadaki son değişiklik ile kocanın aile reisi olmasının kalktığını belirterek sanığın, konuta katılanın eşinin rızasıyla girmesi eyleminde konut dokunulmazlığını bozma suçunun yasal öğeleri oluşmadığından beraat kararı vermiştir. Bu kabul yasaya aykırıdır. Çünkü 765 sayılı TCY’nin 193. maddesi irade ve rıza özgürlüğünü ihlal ederek konuta girmeyi yasaklamıştır. Konuta girmede rızadan söz edebilmek için ise failin başkalarının haklarını çiğnememesi zorunludur. Evli bir kadınla ilişki kurmanın, evlilikte bağlılık yükümlülüğünü öngören Türk Medeni Yasası’na, dolayısıyla hukuka aykırı olduğu ve kocasının haklarına saldırı niteliğinde bulunduğu açıktır. Böyle bir ilişkinin kendi evinde kurulmasına, kocanın rızasının olması elbette düşünülemez, varsayılmaz. Olay gecesini sanığın saat 23.30’da kocasının (katılanın) bulunmadığı bir sırada, katılanın (kocanın) eşinin rızasıyla eve girdiği, sanığın ikrarıyla ve tanık olarak dinlenen katılanın eşinin anlatımı ile kanıtlanmıştır. Oluşa uygun ve yerel mahkemece de kabul edilen böyle bir eylemde, yaşamın olağan akışına göre, kocanın rızasının bulunduğu düşünülemez ve varsayılmaz. Kaldı ki, yakınının iddiasına göre; gece evine geldiğinde kapının eşi tarafından geç açılması üzerine kuşulanarak evin içini araştırması sırasında, karyolanın altında yarı çıplak biçimde sanığı yakalaması biçimindeki eylemde ise kuşkusuz kocanın rızasının olduğu yine düşünülemez ve varsayılmaz.

Olay gecesini sanığın, kocasının rızasının söz konusu olmayacağını bilerek ve kendi iradesi ile konuta girdiği ve varsayılan rızasızlık nedeniyle de atılı suç oluştuğu gözetilmeden, yasal olmayan gerekçe ile sanığın beraatine karar verilmesi. Bozmayı gerektirmiş, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA .... karar verildi.”<sup>764</sup> biçiminde bir değerlendirme yapmıştır.

Öğretide malvarlığına ilişkin haklar bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak, failin toplumsal uygunluğu ve varsayılan rızadan sözedilmektedir. Nitekim 1987 tarihli kararında Yargıtay da, failin oyun oynarken mağdura ait bahçedeki ağaçtan birkaç elma koparıp yemesini, “törelere, örf ve adete” bağlı toplumsal bir alışkanlığın

<sup>764</sup> Yarg. 2. CD., 15.03.2006, 2005/7752 E., 2006/4882, K, Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe; s. 322, 323

ve hoşgörünün yansıması olarak nitelendirerek, hırsızlık suçunun oluşmadığına kanaat getirmiştir<sup>765</sup>.

Bu karar kimi yazarlarca eleştirilmektedir. Özbek ve diğerlerine göre, bu olayda töreler, örf ve adete dayanan toplumsal bir kabul ve genel hoşgörüden kaynaklanan varsayılan bir rızanın bulunmasından çok, fiilin haksızlık içeriğinin azlığı söz konusudur. Karara konu olan olayda malın değerinin azlığı sözkonusudur; TCK'nun 145'inci maddesi de bu durumu cezai indirim ya da cezadan vazgeçme nedeni olarak öngörmektedir. Anılan madde hakime takdir yetkisi vermektedir. Bu durum da, olayda fiilin hukuka aykırı kalmaya devam ettiğini göstermektedir<sup>766</sup>.

Öte yandan mala zarar verme suçu bakımından da hukuka uygunluk nedeni olarak ilk akla gelen ilgilinin rızasıdır. Çünkü yukarıda da değindiğimiz gibi, mülkiyet hakkı sahibine üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı vermektedir. Dolayısıyla mal üzerinde gerçekleştirilecek zarar verici hareketlere rıza gösterilmesi durumunda, fiil hukuka uygun hale gelecektir<sup>767</sup>.

---

<sup>765</sup> Tezcan, Erdem, Önok; s. 535.

<sup>766</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe; “ *Türk Ceza Hukuku Özel..*”, s. 612.

<sup>767</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe; “ *Türk Ceza Hukuku Özel..*”, s. 659.

## SONUÇ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile “İlgilinin Rızası” başlığı altında düzenlenen rıza kavramını incelediğimiz çalışmamızın temel noktalarını dört başlık altında toplayabiliriz.

Üzerinde durulması gereken ilk nokta, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olup, olmadığı sorunudur. Her ne kadar yasa koyucu anılan kavramı “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenleme yöntemini seçmiş olsa da, rızanın hukuka uygunluğunun kabulü teamül hukukundan kaynaklanmaktadır.

Nitekim TCK’nun ilgili kısmında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan ibaresine rağmen, CMK’nun 223’üncü maddesine bakıldığında, yasakoyucunun kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenler ile hukuka uygunluk nedenlerini ayırdığı görülmektedir.

Öte yandan, TCK’nun özel hükümler kısmında yer alan kimi suçlar bakımından, rızanın tipikliğin içinde, “tipikliği ortadan kaldıran kabullenme” biçiminde yer aldığı görülmektedir. Gerçekten de, madde metinlerinde yer alan “rızası olmaksızın<sup>768</sup>”, “rızasına aykırı<sup>769</sup>”, “zilyedinin rızası olmadan<sup>770</sup>” gibi ifadeler hareketin suç oluşturması için mağdurun rızasının olmaması ya da mevcut olan rızasına aykırı hareket edilmesini gerektirmektedir.

Burada rıza tipikliğin bir unsurudur. Alman öğretisinde genellikle kabul gören bu ayrımı, Türk öğretisinde benimseyen yazarlar da vardır. Biz de, bu ayrımın yapılmasını, yeni TCK’nun sistemine uygun olduğu gerekçesiyle kabul etmekteyiz. Çünkü, yeni TCK, failin yalnızca maddi unsurları bilip istemesini yeterli görmemektedir, fail de gerçekleştirdiği fiile ilişkin bir haksızlık bilincinin olmasını

---

<sup>768</sup> TCK. m. 99, TCK. m. 101.

<sup>769</sup> TCK. m. 116.

<sup>770</sup> TCK. m. 141.

da aramaktadır. Rızanın tipikliğin bir unsuru olarak yer aldığı durumlarda da, mağdurun “ rızasına aykırı” ya da “rızası olmaksızın” gerçekleştirilen hareket manevi unsurun içinde yer alacaktır.

Rıza konusunda tartışılan bir diğer nokta da, rıza gösterme konusunda kimlerin ehil olduğu yönündedir. Rızanın bir irade açıklaması olduğundan hareketle, burada her şeyden önce belirtilmesi gereken, kişinin, sağlıklı bir iradeye sahip bulunduğu varsayılacağı bir durumda olmasıdır. Bu varsayımın gerçekleşebilmesi için de, kişinin iradesini ifade edebileceği yaşta olması; hakkı üzerinde gerçekleştirilecek fiilin anlam ve sonuçlarını muhakeme edip, kavrayabilmesi yani iradesinin herhangi bir nedenle sakatlanmış ya da kaybedilmiş bulunmaması gerekmektedir.

İradenin sakatlanmış ya da kaybedilmiş olduğu durumlarda, rızanın geçersiz sayılacağı genellikle kabul edilmektedir. Kişilerin haklarının önemini ve haklarına yönelik müdahalelerin neden ve sonuçlarını algılayıp kavramaları, rıza gösterebilmeleri için öncelikli koşullardan biridir. Bu noktada, kişilerin bu yeteneklere sahip bulunmamaları durumunda, serbest bir iradeden ve kişinin bu iradesini serbestçe açıkladığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

Kişilerin hangi yaştan itibaren iradelerini serbestçe açıklama ehliyetine sahip oldukları konusu ise, tartışmalıdır. Bu noktada özel hukuktan ve ceza hukukundan kaynaklanan çeşitli görüşler olduğunu dile getirdik.

Kanımızca, yasa koyucunun rıza gösterme bakımından belirli bir yaş sınırını öngördüğü durumlarda, bu yaşın altındaki kimselerin rıza göstermeleri mümkün olamayacaktır. Ancak böyle bir sınırın bulunmadığı durumlar bakımından belirli bir yaş sınırı benimsemek yanlıştır. Somut olayda kişinin muhakeme ve algılama yeteneklerinin gelişip, gelişmediği tespit edilerek rıza gösterme ehliyetinin bulunup, bulunmadığı anlaşılmalıdır. Aksi kabul, kişilerin belirli bir yaşa kadar, özgürce gelişmelerinin bir parçası olan iradelerini serbestçe açıklayamamaları ve iradenin bir görünümü olan sahip oldukları haklar üzerinde serbestçe tasarruf edememeleri sonuçlarını doğuracaktır.

Rıza konusunda en çok tartışılan husus ise, hiç kuşkusuz rızanın hangi konularda gösterilebileceğidir. Öğretide genellikle benimsenen görüşe göre, devlete ya da topluma karşı işlenen suçlar bakımından, kişiler rıza gösteremezler. Çünkü bu suçlarda mağdur, devlet ya da toplumdur ve kişilerin bu suçlara konu bir hakları bulunmamaktadır. Bu görüşün temelinde, kişilerin hakları üzerindeki tasarruflarını ancak toplumdaki diğer kişilerin haklarına zarar vermemek koşuluyla gerçekleştirebilecekleri düşüncesi yatmaktadır. Ancak bu düşünce tarzı, rızanın doğrudan doğruya kişiye ait bulunan ve aslı itibarıyla devleti ya da toplumu ilgilendirmemesi gereken kimi haklar üzerinde de, “ toplum düzeni” ve“ genel ahlak” gibi gerekçelerle sınırlandırmalar yapma yolunu açmaktadır.

Kişilerin yaşam hakları üzerinde herhangi bir tasarruf yetkilerinin bulunup, bulunmadığı konusu tüm dünyada devam eden bir tartışmadır. Buna karşılık son yıllarda pek çok ülke, ölme hakkını yaşam hakkının bir parçası olarak değerlendirmektedir. Çünkü yaşam hakkı ile korunan, kişilerin sadece yaşamsal fonksiyonlarını devam ettirmelerini sağlamak değil; insana yakışır biçimde yaşamalarını temin etmektir. Bu bakış açısının bir görünümü olarak pek çok ülke ölmek isteyen kimselere, diledikleri biçimde ölme hakkının verilmesi için harekete geçmiştir.

Türk öğretisi de, özellikle ilgilinin rızası maddesinin Türk Ceza Kanunu’na girmesiyle birlikte, maddede yer alan “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına” ibaresi nedeniyle konuyu yeniden tartışmaya başlamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, gerek öğretisi, gerek Yargıtay, maddenin kişilere yaşamlarını sonlandırma konusunda bir yetki tanımadığı kanısındadır. Buna karşılık, maddenin ötanazinin yasal zemini olduğu kanısında bulunan yazarlar da vardır<sup>771</sup>.

Biz de maddenin ötanazi konusunda yasal bir zemin hazırladığı kanısındayız. Nitekim madde gerekçesinde de yasa metnine uygun olarak yalnızca “ kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak” ibaresi yer almaktadır. Hiç kuşku yok ki, yaşam hakkı kişinin en temel haklarından biridir ve onurlu bir yaşam sürmek de bu hakkın en önemli parçasıdır.

---

<sup>771</sup> Öztürk, Erdem; s. 224.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan, “ tedaviyi red hakkı” da, kanımızca pasif ötanazinin gerçekleştirilmesi için önemli bir yasal dayanaktır. Bu hususu reddeden yazarların en önemli itirazı, aynı yönetmelikte yer alan ve ötanaziyi yasaklayan hükümdür. Daha önce de belirttiğimiz gibi biz bu hükmün aktif ötanazi bakımından dikkate alınması gerektiği kanısındayız. Tedavinin reddedilmesi ve durdurulması başlığı altında pasif ötanazi uygulamasını engelleyen herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Maddede yer alan “ kanunen zorunlu haller dışında” ibaresi ile zorla tedavi yapılabilmesine olanak tanıyan durumlar da, 2003 yılında kabul edilen ve 2004 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile iç hukuk kuralı gibi anlaşılması gereken İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nde yer alan ve tedavinin her an kesilmesine olanak tanıyan hüküm nedeniyle geçerliliğini korumamaktadır<sup>772</sup>.

Rıza gösterme konusu bakımından tartışılan bir diğer önemli nokta da, tıbbi müdahalelerdir. Tıbbi müdahalelerde rızanın geçerliliği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Esasen tıbbi müdahaleler konusunda iki hukuka uygunluk nedeni bir aradadır. Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası... Ancak iyileştirme amacı bulunmayan kimi müdahalelerde hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni yerine, ilgilinin rıza göstermesinin ön planda olduğu söylenilebilir.

Tıbbi müdahaleler konusunda üzerinde durulması gereken en önemli nokta hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasıdır. Çünkü kişiler, kendi geleceklerini belirleme hakkına sahiptirler ve bu hakkı kullanabilmeleri için vücutları üzerinde gerçekleştirilecek müdahalenin nedenleri, sonuçları, riskleri gibi önemli konularda bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Bu konuda Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü Hasta Hakları Şubesi tarafından hazırlanan yönetmelik taslağının bir an önce yeniden ele alınıp, yürürlüğe koyulması gerekmektedir. Böylelikle, uygulamada matbu evraklar üzerinden yapılan yetersiz aydınlatma işlemlerinin bir düzene gireceği kanısındayız.

Açlık grevleri neticesinde, grev yapan kimselere zorla tedavi uygulama biçimindeki yaklaşım da, ancak 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82'inci maddesi çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Kişi bilinçli olarak aldığı

<sup>772</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi m.5/son: “İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.”.

kararın neticeleri konusunda bilgilendirilmeli; bilincini yitirdikten sonra müdahalede bulunulmalıdır.

Cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlar bakımından rıza genellikle kabul edilmektedir. Buradaki istisna hareketin “genel ahlak”a aykırı bir nitelikte olmamasıdır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, genel ahlak kavramı altında kişilerin hakları üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkileri büyük ölçüde kısıtlanmaktadır. Ancak bu kavramı tamamıyla yok saymak da, toplumun gereklerine aykırı olacaktır. Bu nedenle, kişilerin cinsel dokunulmazlığa ilişkin gösterdikleri rızanın kişi onuruna aykırı olmaması ya da bedensel anlamda çok ciddi hasarlara neden olacak bir harekete yönelik yapılmaması gerekir. Bunun yanında teşhircilik gibi hareketler zaten topluma yönelik bir zarar doğurduklarından, kişilerin rızası fiili hukuka uygun hale getirmemektedir.

Hürriyete yönelik suçlar bakımından da rıza, belli durumlar istisna olmak üzere, genellikle kabul edilmektedir. Yargıtay’ın bu konuda 15 yaşından büyük kimselerin cinsel amaçlarla bir yerde kalınmasına ya da bir yere gidilmesine izin veren bir yaklaşımı vardır. Bunun gibi, konut dokunulmazlığının ihlali de rızanın kabul edildiği bir alandır. Ancak buradaki rıza bir hukuka uygunluk nedeni değil; tipikliği ortadan kaldıran kabullenme biçiminde gerçekleşmektedir.

Şerefe karşı işlenen suçlar bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Öğretide kimi yazarlar kişilerin şeref ve haysiyetlerinin üzerinde tasarruf edemeyecekleri haklar olduğu kanısındadır. Ancak çoğunluk, bu suçlar bakımından da belli koşullarla rızanın geçerli olacağını ileri sürmektedir. Biz de bu suçlar bakımından rızanın geçerli olacağı kanısındayız.

Son olarak malvarlığına ilişkin suçlar bakımından, kişilere mutlak tasarruf yetkisinin tanındığı söylenilebilir. Bu haklar bakımından, kişilere neredeyse sınırsız bir özgürlük tanınmaktadır. Elbette bu haklar bakımından da verilecek rızanın toplumun ya da devletin çıkarlarına aykırı olmaması gerekmektedir.

Çalışmamızda rıza konusunda belirtmek istediğimiz son husus, rızanın hukuki niteliğine ilişkindir. Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin

ardından, hukuka uygunluğunun temeli tartışılmaya başlanılmıştır. Bu hususta önemlilerine değindiğimiz çeşitli teoriler ileri sürülmektedir.

Bu teorilerden en önemlilerinden biri haktan feragat teorisidir. Ancak haktan feragat teorisi çeşitli noktalardan eleştirilmektedir. Biz de, özellikle, anılan teorinin hukuka uygunluğunun temelini, haktan ya da hukuki yarardan tamamıyla vazgeçme/feragat etme biçiminde açıklamasını eleştirmekteyiz. Çünkü rıza gösteren hakkından tamamıyla vazgeçmemekte; belli bir süre ile bu hak üzerinde, hareketin gerçekleşmesine izin vermektedir.

Vekalet teorisi konusunda da öğretilerde yapılan eleştirilere katılmaktayız. Rıza veren kimse ile rıza verilen kimse arasında bir vekalet ilişkisinin olduğunu ileri sürmek, vekalet verilenin işi gerçekleştirmesi zorunluluğu bulunduğundan, rızanın hukuki niteliğini açıklayamaz.

Rızanın hukuki niteliğine ilişkin, öğretilerde en çok taraftarı olan görüş hukuki işlem teorileridir. Rızanın hukuki niteliğini özel hukuk işlemi olarak açıklayan teori, ceza hukuku bakımından uygulanmadığından; kamu hukuku işlemi olarak açıklayan teori de, rızanın varlığının ceza hukuku bakımından her zaman bir hakkın ya da bir hukuki ilişkinin oluşması, ortadan kalkması veya değişmesi ile sonuçlanmadığı düşünceleriyle eleştirilmektedir. Biz de yapılan eleştirilere katılmaktayız.

Bizce rıza, rıza açıklamasında bulunan kimsenin, rıza gösterdiği hareket ve bu hareket ile gerçekleştirilecek müdahaleyi zamanı, biçimi, oranı gibi çeşitli noktalar bakımından kendi iradesini ortaya koyacak biçimde sınırlayan ve ilgilisi bulunduğu hakkın belirli bir süre ile ihlaline verdiği izindir.

Rıza gösteren göstermiş olduğu rıza ile, sahip olduğu hakkını kullanma biçimini kendi belirlemektedir. Yani rıza gösteren rızasıyla iradesini ortaya koymaktadır. Bilindiği gibi irade serbestliği, kişinin kendisini özgürce geliştirmesi yani temelde insanın onurlu bir yaşam sürmesi anlamına gelmektedir. Kişiler özgürce iradelerini ortaya koyarak, yaşamlarını yönlendirir, kendilerini geliştirirler ve onurlu bir yaşam sürerler.



Tüm temel hakların kaynağını oluşturan bu kavram Kant'ın da dediği gibi, insanın özünü, çekirdeğini oluşturmaktadır. Rızanın hukuki niteliğinin “insan onuru”na dayanması görüşünün kabulü ile özellikle rızanın konusu bakımından yeni bir ölçüt söz konusu olabilecektir. Onurlu yaşam...

Rızanın hukuki niteliğinin “insan onuru”na dayanması görüşünün kabulü ile özellikle rızanın konusu bakımından yeni bir ölçüt söz konusu olabilecektir. Onurlu yaşam...

Alman Anayasası'nın ilk maddesinde yer bulan insan onuru kavramının önemi tartışılmazdır. Çünkü kişilere yalnızca yaşam hakkı, vücut bütünlüğünü koruma hakkı, cinsel dokunulmazlık gibi bir takım haklar vermek yeterli değildir. Kişi, bu haklarını onurlu bir biçimde yaşamını sürdürürken kullanırsa, bu haklar bir anlam taşıyacaktır. Bu nedenlerle, “insan onuru” kavramını gönüllere, vicdanlara ve zihinlere yerleştirmenin zamanı gelmiştir.

## KAYNAKÇA

**AKSAY, Bekir;** “*Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü Kusur Yeteneğine ve Sorumluluğa Etkisi*”, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.

**ALACAKAPTAN, Uğur;** “*Suçun Unsurları*”, İkinci Bası, Ankara, 1975.

**ALMAGOR, Raphael Cohen;** “*Euthanasia in the Netherlands: the policy and practice of mercy killing*”, Kluwer Academic Publishers, 2004.

**AMELUNG, Knut; EYMANN Frieder;** “*Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*”, Juristische Schulung, 41. Jahrgang, Oktober 2001, s. 937.

**ARIKAN, Baha;** “Ötanezi (Euthanasia)”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1954, S: 2.

**ARTUK, Emin;** “*Talep Üzerine Öldürme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, C.7, S. 1-3, 1992-1993, s. 20.

**ARTUK, Mehmet; YENİDÜNYA, A. Caner;** “*Ötenazi*”, Prof. Dr. Tufan Turan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

**ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN Ahmet; YENİDÜNYA, A. Caner;** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

**ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner;** “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

**ASHWORTH, Andrew J.;** “*The Handbook of Comparative Criminal Law*”, Edited by Kevin Jon Heller and Markus D.Dubber, Stanford Law Books, 2011, s.542.

**AŞÇIOĞLU, Çetin;** “ *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*”, Ankara, 1993.

**AVCI, Mustafa;** “*Osmanlı Ceza Hukukunda Genel Hükümler*”, Mimoza Yayınları, Konya, 2010.

**BADE, Ulf;** “*Der Arzt an den Grenzen von Leben und Recht*”, 1988.

**BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*”, 11. neubearbeitete Auflage, Bielefeld, 2003.

**BAŞOĞLU, Tuncay;** “ *Hıristiyan Hukuku*”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 9.

**BAYRAKTAR, Köksal ;** “*Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.

**BESİRİ, Arzu;** “ *Ötanazi ve Yaşam Hakkı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 86, Şubat, 2010.

**BIGGS, Hazel;** “ *Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis*”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008.

**BLEI, Hermann;** “*Strafrecht I*”, 18. Baskı, Münih, 1983.

**BORAN, Bedia;** “*Aydınlatılmış Rıza*”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008.

**BRODAG, Wolf- Dietrich;** “ *Strafrecht Kurzlehrbuch zum Allgemeinen Teil des StGB*”, 10., überarbeitete Auflage, 2005.

**CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem;** “*Türk Ceza Hukukuna Giriş*”, 5237 Sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ve ilgili mevzuata göre yenilenmiş Üçüncü Bası,  
Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

**CENTEL, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem;** “*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I*“, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

**CİN, Halil; AKYILMAZ, Gül;** “*Türk Hukuk Tarihi*”, Sayram Yayınları, Konya, 2009.

**ÇAĞLAYAN, M. Muhtar;** “*Ötanaz ve İntihar*”, Adalet Dergisi, Yıl: 57, Ocak 1966.

**ÇETİN, Erol;** “*Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

**ÇINAR, Ali Rıza;** “*Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürümleri*”(yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 1989.

**ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt;** “*Tıbbi Müdahaleye Rıza*”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

**DEMİRBAŞ, Timur** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

**DEUTSCH, Erwin;** “*Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten*”, NJW, 32. Jahrgang, 38.

**DÖNMEZER, Sulhi;** “*Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler*”, Sosyal Hukuk ve İktisat Dergisi, Sene:1,S. 6, Şubat 49.

**DÖNMEZER, Sulhi- ERMAN, Sahir;** “ *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: IP*”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Yayınları, 1999.

**DÖNMEZER, Sulhi- ERMAN, Sahir;** “ *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*”Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onbeşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

**EBERT, Udo;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil*”, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2001.

**EKŞİ, Ahmet;** “*İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları*”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2000.

**ELMALILI, M. Hamdi Yazır(sadeleştirenler: Lütfullah Cebeci, Sadık Kılıç);** “*Hak Dini Kur'an Meali*”, Akçağ Yayınları, Ankara, 2006.

**EREM, Faruk;** “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt:I*”, Ankara, 1973.

**ERMAN, Barış;** “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

**ERMAN, Barış ;** “*Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Mart 2010.

**FEYZİOĞLU, Metin;** “*Açlık Grevi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, 1993, S. 1-4.

**FISCHER, Gerfried( Çev: Efe Direnisa);** “*Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.

**FRISTER, Helmut;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil Ein Studienbuch*”, 2. Auflage, Nördlingen, 2007.

**GEERDS, Friedrich;** “*Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*”, Goldammer’s Archiv für Strafrechts, 1954.

**GRIFFITHS, John; BOOD, Alex Bood; WEYERS, Helen;** “*Euthanasia and Law in the Netherlands*”, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1998.

**GOMEZ, Carlos ; DÍEZ, Jara; CHIESA, Luis E.;** “*The Handbook of Comparative Criminal Law*”, Edited by Kevin Jon Heller and Markus D.Dubber, Stanford Law Books, 2011.

**GROPP, Walter;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil*”, 3. Auflage, 2005.

**GÜNGÖR, Hasan Atilla;** “*Yaşam Hakkı*”(yayınlanmamış doktora tezi),İstanbul, 2007

**GÜVEN, Kudret;** “*Kişilik Hakları ve Ötanazı*”, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000.

**HAFT, Fritjof;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil Eine Einführung für Anfangssemester*”, 9. Auflage, München, 2004

**HAKERİ, Hakan;** “*Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*”,Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.

**HAKERİ, Hakan;** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 10. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.

**HAUSER, Robert ; REHBERG, Jörg;** “*Strafrecht I Verbrechenslehre*”, Zürich, 1980.

**HIPPEL, Robert v.;** “*Lehrbuch des Strafrechts*”, Berlin, 1932.

**HONIG, Richard;** “ *Die Einwilligung des Verletzten Teil I Die Geschichte des Einwilligungsproblem und die Methodenfrage*”, 1919.

**HONIG, Richard**(çev: Şemseddin Talip); “ *Roma Hukuku Dersleri*”, 1935

**İÇEL Kayıhan;** “ *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*”,1967.

**İÇEL, Kayıhan; EVİK, Ali Hakan;** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*”, yenilenmiş 4. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

**İÇELLİ, İlkin;DEMET, Murat M.;** “*Rasyonel İntihar*”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, 2001; S. 2(4); s. 230-235

**İNCEOĞLU, Sibel;** “*Ölme Hakkı- Ötanazi*”, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

**İNCEOĞLU, Sibel;** “ *İnsan Hakları Bakımından Ötanazi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.

**JACOP, Walter;** “ *End – Stage Euthanasia- Some other consideration*”, Death and Euthanasia in Jewish Law: Essays and Responsa (Edited by: Walter Jacop and Moshe Zemer), Rodef Shalom Press, 1994.

**JESCHECK, Hans- Heinrich; WIEGEND, Thomas;** Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996.

**JESCHECK, Hans- Heinrich; SIEBER,Ulrich**(Tercüme Eden ve Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey); “ Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur İlkesi- Ceza Hukukunun Sınırları”, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

**KANGAL, Zeynel;** “ *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*”, Seçkin yayınları, Ankara, 2010.

**KATOĞLU, Tuğrul;** “*Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

**KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan;** ; “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

**KUNTER, Nurullah;** “*Suçun Kanuni Unsurlar Nazariyesi*”, İstanbul, 1949.

**KÜHL, Kristian;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil*”, 5.neu bearbeitete Auflage, München, 2005

**LAWRENCE, P. Ulrich;** “*Legal Case- Bartling*” (Yazarın *The Patient Self-Determination Act: Meeting the Challenges in Patient Care* adlı eserinin taslak metni)  
,(Kaynak:<http://academic.udayton.edu/lawrenceulrich/315bartlingme.htm>)

**LUO, Wei;** “The Handbook of Comparative Criminal Law”, Edited by Kevin Jon Heller and Markus D.Dubber, Stanford Law Books, 2011.

**MANNING, Michal;** “*Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: Killing or Caring?*”, Paulist Press, New Jersey, 1998.

**NOLL,Peter; TRECHSEL, Stefan;** “*Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*”, 2. Auflage, 1986, s.126.

**OĞUZMAN, Kemal;** “*Medeni Hukuk Dersleri*”, Gözden geçirilmiş 7. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

**OTLOWSKI, Margeret;** “*Voluntary Euthanasia and The Common Law*” , Oxford University Press, New York, 1997.



**ÖLÇER, F. Pınar;** “ *Hollanda Hukukunda Ötanazî*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S.4.

**ÖNDER, Ayhan;** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt:IP*”, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

**ÖZAYDIN, Özdem;** “*Türk-Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı:5, Nisan 2010.

**ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, M. Nihat; BACAKSIZ, Pınar; DOĞAN, Koray; TEPE, İlker;** “ *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

**ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, M. Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar;**  
**TEPE, İlker;** “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

**ÖZCAN, Mehmet**(Kararı İngilizce aslından çevirerek özetleyen ve yorumlayan); “*Pretty v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 2346/02, Karar Tarihi: 29.04.2002”, Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi, C.1, S. 2.

**ÖZEN, Muharrem; EKİCİ ŞAHİN, Meral;** “ *Ötanazî*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, S: 2010/4, Ocak 2010.

**ÖZGENÇ, İzzet;** “ *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

**ÖZKARA, Erdem;** “*Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

**ÖZTÜRK, Bahri; ÖZBEK, Veli Özer; ERDEM, Mustafa Ruhan;** “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku”, 7. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003

**ÖZTÜRK, Bahri;** “ *Hasta Hakları ve Ötanazi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

**ÖZTÜRK, Bahri; TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SIRMA, Özge; SAYGILAR, Yasemin F., ALAN, Esra;** “ *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*”, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

**ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, Mustafa Ruhan;** “ *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”, TCK’daki Yeni Değişikliklere Göre Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

**PARLAR, Ali; HATİPOĞLU, Muzaffer;** “*Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ceza sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*”, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005.

**ROACH, Kent;** “*The Handbook of Comparative Criminal Law*”, Edited by Kevin Jon Heller and Markus D. Dubber, Stanford Law Books, 2011.

**ROSENAU, Hennig**(Çev: Ali Kemal Yıldız); “*Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006

**ROSENAU, Henning** (çev: Ali İhsan Erdağ); “*Aktif Ötanazi*”, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- V. Türkisch- Deutsches Symposium zum Medizinrecht ( Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008- Ankara), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142, Ankara, Nisan 2008.

**ROXİN, Claus;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil, Band: I, Grundlagen- Der Aufbau der Verbrechenlehre*”, 4. Auflage München, 2006.

**RÖNNAU, Thomas;** “*Grundwissen- Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis*”, JuS,18.

**SAVCI, Bahri;** “*Yaşam Hakkı ve Boyutları*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.

**SCHMIDT, Rolf;** “*Strafrecht- Allgemeiner Teil Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*”, 7. Auflage, Bremen,2008.

**SCHREIBER, Hans- Ludwig** (çev. MahmutKoca); “*Federal Tabipler Odasının Yeni Bir “Ötanazi Direktifi Tasarısı*”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi II- Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

**SEVÜK, Handan Yokuş;** “*Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler*”, Sağlık Hukuku Sempozyum Özel Sayısı:1, 2007.

**SIRMA, Özge;** “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İlgilinin Rızası*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

**SOYASLAN ,Doğan;** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

**SOYASLAN ,Doğan;** “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları,Ankara, 2010.

**SOYASLAN, Doğan;** “*Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu*”, Yargıtay Dergisi, C: 16, S:3, Temmuz- 1990.

**STRATENWERTH, Günter;** “*Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teik I Die Straftat*”, Bern, 1982

**STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar;** “*Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat*”, 5., neu bearbeitete Auflage, Köln, 2004.

**ŞEN, Ersan;** “*Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları*”, Der Yayınları, İstanbul, 2002.

**ŞENOCAK, Zarife;** “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, AUHFD, Yıl: 2001, S.50, C. 4.

**ŞENSES, Erkan;** “*Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi*”, Suç ve Ceza- Crimen e Poena Ceza Hukuku Dergisi, Ekim Kasım Aralık 2008, S. 4.

**ŞİMŞEK, Oğuz;** “*Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*”(yayınlanmamış doktora tezi), İzmir, 1999.

**TACİR, Hamide;** “*Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*”, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

**TAG, Brigitte** (Çev: Yener Ünver); “*Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.

**TAHİR, M.;** “*Ceza Hukuku*”, Güneş Matbaası, İstanbul, 1934.

**TAŞKIN, Ahmet;** “*Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*”, Adil Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 1997

**TEZCAN Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK Rıfat Murat;** “*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*”, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

**TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz;**  
**ÖNOK Rıfat Murat;** “*İnsan Hakları El Kitabı*”, Seçkin Yayınları, Ankara,  
2010.

**TOKAÇ, Mahmut;** “*Ötanazî*”, SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi  
İlkbahar 2010; S: 14.

**TOROSLU, Nevzat;** “*Ceza Hukuku Genel Kısım*”, Savaş Yayınları, Ankara,  
2005.

**TOROSLU Nevzat;** “*Ceza Hukuku Özel Kısım.*”, Savaş Yayınevi, Ankara,  
2005.

**ÜNVER, Yener;** “*Türk Tıp Hukukunda Rıza*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III,  
Sayı: 2, Yıl: 2006

**ÜSTÜN, Çağatay;** “*10 Yılın Ardından Ege Üniversitesi Hastanesi Hastane  
Etik Kurulu*”, İzmir, 2011.

**Van der WAL, Gerrit; DILMANN, Robert JM;** “*Euthanasia in the  
Netherlands*”, BMJ(British Medical Journal), Mayıs 1994, S: 308

**VIDAL- MAGNOL;**(Çev: Şinasi Z. Devrin); “*Ceza Hukuku*”, Yeni Cezaevi  
Matbaası, Ankara, 1946.

**WATZEK, Jens;** “*Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen  
Strafrecht Eine Strukanalyse de allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus  
deutscher Perspektive*”, Freiburg im Breisgau, 1997.

**WESSELS, Johannes Wessels; BEULKE, Werner;** “*Strafrecht Allgemeiner  
Teil*”, 31., neubearbeitete Auflage, Müller, Heidelberg, 2001.

**YENERER ÇAKMUT , Özlem;** “Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.

**YENİSEY, Feridun; PLAGEMANN, Gottfried;** “ 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu -Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük”, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

**YILDIRIM, Ayşegül;** “Yaşamın Kutsallığı ve Yaşama Hakkından Vazgeçme”, Uluslar arası İnsan Bilimleri Dergisi, Vol:1, No:1, s. 2.

**YILMAZ, Ejder;** “Hukuk Sözlüğü”, Genişletilmiş 6. bası, Yetkin yayınları, Ankara, 2001.

**YILMAZ Mehmet;** “Zarar Görenin ( Mağdurun) Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1995.

**ZAFER, Hamide;** “Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75 Ders Kitabı”, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 208.

**ZEVKLİLER, Aydın;** “Medeni Hukuk”, Savaş Yayınları, Ankara, 1995.

## İNTERNET KAYNAKLARI

[www.yok.gov.tr](http://www.yok.gov.tr)

<http://www.bbc.co.uk/religion/religions/judaism/jewishethics/euthanasia.shtml>

<http://www.diyamet.gov.tr/turkish/basiliyayin/weboku.asp?sayfa=12&yid=36>

<http://www.diyamet.gov.tr/yayin/basiliyayin/ydinikavramlaryazdir.asp?id=874>

<http://www.insanbilimleri.com/ojs/index.php/uib/article/view/62>

[http://www.assistedsuicide.org/suicide\\_laws.html](http://www.assistedsuicide.org/suicide_laws.html)

[http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia\\_in\\_the\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia_in_the_United_States)

<http://www.lawlink.com/research/caselevel3/63073>

<http://www.termbank.net/psychology/5279.html>

<http://www.bbc.co.uk/news/10414647> ,

<http://www.nytimes.com/2010/06/26/world/europe/26berlin.html>

<http://academic.udayton.edu/lawrenceulrich/315bartlingme.htm>

<http://emsal.yagitay.gov.tr/>

[http://eskihsad.ohsad.org/ohsadb2c/contentweb.aspx?icerik\\_id=1620&dil=tr](http://eskihsad.ohsad.org/ohsadb2c/contentweb.aspx?icerik_id=1620&dil=tr)

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>

<http://aihml.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=630>

## Özge SIRMA

1980 yılında İstanbul'da doğan Özge Sırma, orta öğrenimini Nişantaşı Kız Lisesinde başarı ile tamamlayarak, 2002 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 2005 yılında "Adil Yargılanma Hakkının Bir unsuru Olarak Ceza Yargılamasında Yargıç Bağımsızlığı" konulu yüksek lisans tez çalışması oy birliği ile kabul edilmiştir. Nisan 2008 ile Ocak 2009 tarihleri arasında Erasmus Programı çerçevesinde Almanya Trier Üniversitesinde doktora tez araştırmaları yapmıştır. 2011 yılının Aralık ayında "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası" konulu doktora çalışması oybirliği ile kabul edilerek kamu hukuku doktoru ünvanını almıştır. 1 Ocak 2003 tarihinden beri İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Ceza ve Ceza Usul Hukuku ana bilim dalında araştırma görevlisi olarak akademik faaliyetlerini sürdüren ve bu alanda çok sayıda bilimsel çalışması bulunan Özge Sırma, İngilizce ve Almanca bilmektedir.