

CEZA HUKUKUNDA VARSAYILAN RIZA

Zeynel T. KANGAL*

ÖZET

Varsayılan rıza Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanun üstü bir hukuka uygunluk nedenidir. Varsayılan rıza, ilgilinin gerçek iradesinin alınamadığı durumlarda, ilgiliye sorulabilse idi, müdahaleye rıza gösterirdi şeklindeki bir tahmine dayanmaktadır. Varsayılan rıza izin verilen risk görüşüyle açıklanabilir. Başkasının hukuksal alanına yapılan müdahalenin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olabilmesi için, ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakkının bulunması ve rıza açıklamaya ehil olması, ilgilinin rızasının alınamaması ve failin ilgilinin veya kendi yararına hareket etmesi gerekmektedir. İlgilinin gerçek iradesinin bilindiği durumlarda varsayılan rızaya dayanılamaz. Failin kendi ve üçüncü bir kişi yararına hareket ettiği durumlarda da, sınırlı da olsa, varsayılan rıza kabul edilmektedir. Varsayılan rızanın maddî koşullarında hata ve sınırın aşılması hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Rıza – İzin verilen risk – Hukuka uygunluk – Tıbbî müdahaleler – Vekâletsiz iş görme.

DEFAULT CONSENT IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Default consent is not regulated in Turkish Criminal Code. Therefore, its legal justification is considered superior to existing law. Default consent is based on the prediction that relevant person allow offender's intervention when his/her real consent could have been taken. Default consent can be explained in relation to acceptable risk. In order to justify the intervention to someone's legal field on the basis of default consent; relevant person must have a right to be concerned over the power of disposition in absolute terms and must be competent to explain consent or consent could not have been taken and the offender must have acted on his/her behalf or on behalf of the relevant person. When the relevant person's real consent is known, default consent has no application. Although to a limited extent, default consent is accepted as a justification when the offender acts on his/her behalf or behalf of the third person. In case of mistake on the objective conditions of default consent and exceeding the limit, the relevant provisions of Turkish Criminal Code will be applied.

Key Words: Consent – Acceptable Risk – Justification – Medical Interventions – Negotiorum Gestio (acting without authority)

* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (zeynelkangal@yahoo.com).

I. Giriş

TCK md. 26/2’de ilgilinin rızası düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”. Bu düzenleme gereğince, ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak vermiş olduğu rıza üzerine kanunî tipte tanımlanmış bir fiili gerçekleştiren kişi hukuka uygunluktan yararlanabilecektir. Yine bazı suç tiplerinde ilgilinin rızası tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak öngörülmüştür (Örneğin, TCK md. 116). Somut olayda ilgilinin rızasının alınmadığı durumlarda hukuka uygunluk ise, yazılı olmayan, böylece örf âdet hukuku tarafından kabul edilmiş olan varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni ile sağlanabilir¹. İlgilinin tipikliği ortadan kaldıran rızası veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızası o anda alınamıyorsa, somut olayın bütün koşullarının değerlendirilmesi, ilgiliye sorulabilse idi, rıza açıklamasında bulunurdu şeklinde bir tahmini haklı kılmaktaysa, varsayılan rızadan bahsedilebilir².

Varsayılan rızada ilgilinin bir rıza açıklaması bulunmamaktadır. Varsayılan rızada fail, başka birine ait bir konuya izinsiz bir şekilde müdahale ederek kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiili gerçekleştirmektedir. Ancak bu müdahale bakımından ilgilinin rızası objektif bir değerlendirmeye göre varsayılmak suretiyle fiilin hukuka uygunluğu kabul edilmektedir. Müdahale edilen konunun sahibinin gerçek iradesi ile fail tarafından varsayılan iradesi çatıştığı takdirde, hukuk düzeni, müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren varsayılan bir rızayı, her ne kadar konunun sahibinin gerçek iradesinin başka olduğu sonradan ortaya konmuş olsa bile, objektif kriterlere göre saptamak suretiyle bir çözüm bulmaktadır³. Varsayılan rızanın klişeleşmiş örneğini burada tekrarlayacak olursak; ağır yaralı olarak bilinçsiz bir şekilde hastaneye getiri-

¹ LK-StGB¹¹ (HIRSCH)], Vor § 32, No: 129; NK-StGB³ (PAEFFGEN)], Vor §§ 32 ff, No: 157; LACKNER/KÜHL, Vor § 32, No: 19; KÜHL, § 9, No: 46; ZIESCHANG, s. 80; WESSELS/BEULKE, No: 380; HEINRICH, No: 474.

² S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; KREY/ESSER, § 18, No: 677; FISCHER, Vor § 32, No: 4; SCHMIDT, No: 464; HAFT, s. 79-80; TRIFFTERER, 11/172; FABRIZY, § 90, No: 7. 2007 yılında kapsamlı bir değişiklik geçiren Portekiz Ceza Kanunu 38. maddesinde rızayı düzenledikten sonra 39. maddesinde de varsayılan rızaya yer vermiştir. Bu düzenleme şu şekildedir; “1. Varsayılan rıza gerçek rızayla bir tutulur. 2. Failin içinde bulunduğu durum, hukuken korunan yararın sahibi fiilin işlendiği koşulları bilseydi fiile geçerli rıza gösterirdi makul tahminini haklı kılmaktaysa, varsayılan bir rıza mevcuttur” (bkz. FERNANDES, s. 53).

³ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 18, No: 3; KINDHÄUSER, § 19, No: 2.

len hastanın tıbbî nedenlerden dolayı derhal ameliyata alınması gerekmektedirse, durumu bilmiş olsaydı rıza gösterirdi düşüncesiyle ameliyata alınması hukuka uygundur⁴.

İlgilinin rızası tipikliği ortadan kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza şeklinde ikiye ayrılabilirken, varsayılan rıza her zaman bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü bazı suç tiplerinde rıza tipikliğe dâhil bir unsur olarak gösterilmiştir ve ilgili rıza gösterdiği takdirde tipe uygun bir fiil bulunmadığından artık hukuka aykırılık değerlendirmesi yapmaya gerek kalmayacaktır. Bu tür suç tiplerinde ilgilinin gerçek rızası yoksa, varsayılan rızaya dayanılarak tipikliğin değil, hukuka aykırılığın ortadan kalktığı kabul edilebilir. Örneğin, komşusunun su basan evine onun rızasıyla girerek vanayı kapatan kişi bakımından konut dokunulmazlığının ihlâli suçunun (TCK md. 116) tipe uygun fiil unsuru oluşmaz. Buna karşılık fail, komşusunun yokluğunda evine girerek vanayı kapatırsa, fiil varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır⁵.

Varsayılan rıza, Alman hukukunda hekimin özel hukuk sorumluluğu için geliştirilen hipotetik rızadan (hypothetische Einwilligung) ayrılır. Hipotetik rıza, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle hastanın tıbbî müdahaleye rızasının geçerlilik kazanmadığı; ancak yeterli derecede aydınlatılrsa idi, tıbbî müdahaleye aynı şekilde razı olabileceği, böylece rızanın da geçerli olabileceği olaylarda sözkonusu olmaktadır⁶. Başka bir ifadeyle hipotetik rızada, kurallara uygun bir bilgilendirme olmadan hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığının, usulüne uygun bir bilgilendirmenin (aydınlatmanın) yapılmış olması hâlinde de hastanın tıbbî müdahaleye rıza göstereceği sonucuna varıldığı takdirde, ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁷. Böylece hekim hastayı kurallara uygun olarak aydınlatmış olsaydı,

⁴ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII, 1; SEELMANN, s. 65; ÖNDER, s. 260.

⁵ LK-StGB¹² (RÖNNAU)], Vor § 32, No: 216; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 131; KREY/ESSER, § 18, No: 677; TRIFFTERER, 11/172. Karşı düşünceye göre, varsayılan rıza madem ki gerçek rızanın alınmadığı durumlarda onun yerine üçüncü kişiler tarafından ikame edilen bir iradedir, öyleyse ilgili normun özelliğine göre tipikliği kaldıran varsayılan rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran varsayılan rıza şeklinde ayrılmalıdır (Bkz. DISPUT, s. 96, 98, 199; LUDWIG/LANGE, s. 450).

⁶ LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 230; FREUND, § 3, No: 44b; WESSELS/BEULKE, No: 384a.

⁷ KREY/ESSER, § 18, No: 682; MOSENHEUER, s. 69. Örneğin, hekim ameliyatta hastanın karınıda bir ameliyat malzemesini unuttur. Hastaya bunu açıklamamak için ikinci bir ameliyatın yapılmasını zorunlu kılan başka koşulların bulunduğunu ifade eder ve hastanın rızası-

hasta tıbbî müdahaleye rıza göstermeyecekti sonucuna ulaşıldığı takdirde, hekim yapmış olduğu tıbbî müdahaleden dolayı kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. Çünkü yerine getirilmemiş olan aydınlatma yükümlülüğünün koruma alanına dâhil olmayan bir risk gerçekleşmektedir⁸. Varsayılan rızada gerçek (ve geçerli) bir rızanın elde edilmesi mümkün olamazken (varsayılan rızanın gerçek rıza karşısında ikincilliği ilkesi); hipotetik rızada hastanın yeterince aydınlatılarak geçerli bir rızanın elde edilmesinin her hâlde mümkün olması, ancak bunun yapılmaması sözkonusudur⁹. Kanaatimizce hipotetik rıza, varsayılan rızadan farklı olarak fiili hukuka uygun hâle getirmemektedir. Hipotetik rıza, hukuka aykırılık aşamasından daha önce incelenmesi gereken ve objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir neden olarak ele alınabilir¹⁰.

II. Hukukî Niteliği

Varsayılan rıza, ilgilinin rızası ile zorunluluk durumu hukuka uygunluk nedenlerinin arasına sıkışmış, kendine dar bir uygulama alanı bulabilen bir hukuka uygunluk nedenidir¹¹. Bununla birlikte, varsayılan rızada hukuka uy-

nı olarak ikinci ameliyatı yapar. Burada varsayılan rıza yoktur. Çünkü hastanın ameliyattan önce bilgilendirilerek rızanın alınması olanağı mevcuttu. Hasta önceden doğru bilgilendirilseydi bile, rıza verecekti sonucuna ulaşıldığında hipotetik rıza söz konusu olmaktadır. Burada eksik aydınlatma ile rızanın nedenselliği sabit olmamaktadır (KINDHÄUSER, § 19, No: 15; MOSENHEUER, s. 69-70, 71).

⁸ ROXIN, *Stafrecht*, § 13, No: 119, 121.

⁹ LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 230; KREY/ESSER, § 18, No: 682. *Kuhlen*, Almanya'da özel hukuk alanında geliştirilen hipotetik rıza kavramını ceza hukuku alanına taşımak istemiştir. *Kuhlen*, hipotetik rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir neden olarak ele almaktadır. Yazara göre, aydınlatılması olanaklı bulunmasına rağmen bilgilendirilmeyen kişinin yine de bir müdahaleye rıza gösterecek olması yükümlülüğe aykırılıkta hiçbir değişiklik yapmamakta, ilgilinin yükümlülüğe uygun bir şekilde aydınlatılması hâlinde de müdahalenin yapılacağı olmasından dolayı, bu yalnızca, neticenin yükümlülüğe aykırı harekete objektif olarak isnad edilmesini ortadan kaldırmaktadır (KUHLEN, *Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung*, s. 227). Yazar, hastanın özellikle düşünülebilecek tedavi alternatifleri konusunda eksik aydınlatılması hâlinde gerçek rızanın kapsamına girmeyen tıbbî bir müdahalenin, hasta eksiksiz bir aydınlatılma hâlinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleye rıza göstermeyecekti ise, yalnızca kasten yaralama olarak isnad edilmesi gerektiği önerisini getirmiştir. Bu kesin olarak saptanamadığı takdirde, hekimin lehine bir uygulama yapılmalıdır – şüpheden sanık yararlanır ilkesi – (KUHLEN, *Hypothetische*, s. 713, 718). Ancak hipotetik rızanın ceza hukuku alanına aktarılması doktrinde eleştiriyi karşılaşmıştır. Öncelikle hipotetik rıza kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlâli olarak görülmektedir. İkincisi medenî usul hukukunun ispat kuralları ve amacı ceza hukukundan ve ceza muhakemesi hukukundan farklıdır. Dolayısıyla özel hukukta geliştirilen bir kavramın ceza hukukuna aktarılması hatalıdır (MOSENHEUER, s. 75-77, 78-79, 80).

¹⁰ Bkz. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 13, No: 122.

¹¹ MAURACH/ZIPF, § 28, No: 4.

gunluğun hangi esasa dayandığı doktrinde tartışmalıdır. Bu bağlamda doktrin-
de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

1. İlgilinin Rızasına Dayanan Görüş

Varsayılan rızayı ilk ortaya atan ya da en azından isim babası olan *Mezger*, bu hukuka uygunluk nedenini ilgilinin rızasına yakın bir şekilde ele almıştır. Yazara göre, varsayılan rızada ilgilinin iradesinin yönünün somut koşullara göre yorumlanması sözkonusudur¹². Varsayılan rızanın koşullarının ve sonuçlarının ilgilinin rızasıyla aynı olduğunu ifade eden *Mezger*, yapısında da yürürlükteki hukuka göre kabul edilen rıza düşüncesinin genişletilmesinin sözkonusu olduğunu ileri sürmüştür¹³.

Hruschka da varsayılan rızayı ilgilinin rızası çerçevesinde açıklamaya çalışmaktadır. Gerçek ve varsayılan rızanın birbirlerini tamamlayan bir ilişki içinde olduklarını belirten *Hruschka*'ya göre, varsayılan rıza, bizatihi hukuka aykırı olan bir davranışın, ilgilinin hâlihazırda kendisine yüklenebilirliğini açıklayamadığı yararına gerçekleştirilmesi hâlinde daima mevcuttur. Müdahalenin ilgili tarafından yasaklanması hâlinde, onun yararına gerçekleşmeyeceğinin ortaya çıkacağını ifade eden yazar, somut koşullardan bu “*potansiyel iradenin*” ortaya konulabilmesinin varsayılan rızanın kabulünün koşulu olduğunu, hareket noktalarının ilgilinin müdahaleye makul şekilde rıza göstermesinin gerekip gerekmediği düşüncelerinden de elde edilebileceğini ileri sürmüştür¹⁴.

Varsayılan rızayı ilgilinin rızası çerçevesinde açıklayan bu görüş eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, ilgilinin rızasında gerçek iradenin açığa vurulması sözkonusu iken, varsayılan rıza normatif bir yapıya sahiptir¹⁵. Varsayılan rızada ilgili ya fiili tasvip eden bir irade oluşturmamakta ya da en azından bunu açıklamamaktadır. Varsayılan rızada ilgili, tipe uygun bir fiile rıza göstermesi için kendisini motive edecek bir durumun ortaya çıkacağını bilmemektedir. Böyle bir durum ortaya çıktığında, ilgili herhangi bir nedenden dolayı iradesini oluşturma veya rıza açıklama yeteneğini kaybetmektedir. Böylece fiilin gerçekleştirildiği anda ilgilinin tipe uygun fiille o anda iradî ilişkisi eksiktir¹⁶.

¹² MEZGER, s. 220.

¹³ MEZGER, s. 221.

¹⁴ HRUSCHKA, s. 205.

¹⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 4.

¹⁶ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 115.

2. Zorunluluk Durumuna Dayanan Görüş

Varsayılan rızanın zorunluluk durumunun bir alt olayı olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur. Bu bağlamda *Welzel*'e göre; “*Hukuka uygun hâle getiren asıl neden, yararın mağdur tarafından genel olarak feda edilmesi (böylece rıza) değil, aksine onun yararına pozitif olarak hareket edilmesi-dir. Varsayılan rızanın sınırlı gerekliliği, yalnız üçüncü kişilerin işgüzar yardımlarını engellemelidir. Bu noktada rızaya ilişkin yaklaşımlarla maddî hak görüşünün kombinasyonu mevcuttur (maddî olarak ilgilinin yararına hareket edilmişse, şekli hak ihlali de yoktur)*”¹⁷.

Schmidhäuser de, varsayılan rızayı zorunluluk durumunun koşul ve ilkeleri üzerinde şekillendirmektedir. Yazara göre, başkasının otonom alanına tipe uygun-konuyu ihlâl eden bir müdahale, failin, ilgilinin acil yararı için hareket etmesi hâlinde hukuka uygundur. *Schmidhäuser*, ilgiliye ait bir konunun tehlikeye düşmüş olmasını ve bunun yalnızca ilgiliye ait konulardan objektif olarak daha az önemdeki başka bir konuya müdahale edilmek suretiyle kurtarılabilir olmasını varsayılan rızanın koşulları arasında saymaktadır¹⁸.

Yine *Schlehofer* varsayılan rızayı ağır basan yarar ilkesine dayandırmaktadır. Yazara göre, daima iki olasılık vardır; ilgilinin rıza gösterme olasılığı veya göstermeme olasılığı. Böylece fiilin işlenmesindeki yararlar (ilgilinin hareketin konusunun korunmasındaki potansiyel yararı ile) çatışan bir yararın mevcut olduğunu ifade eden *Schlehofer*, bu çatışmanın çözüme kavuşturulması için yararların birbirleriyle karşılaştırılmalarını ve ağır basan yarara öncelik verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁹.

Varsayılan rızayı zorunluluk durumuna dayandıran görüş de eleştirilmiştir. Buna göre, varsayılan rıza, hukuka uygunluğu yararların objektif olarak karşılaştırılmasına değil, hareketin konusunun sahibinin varsayılan iradesine bağlı olması nedeniyle zorunluluk durumundan ayrılır. Varsayılan rızada, ilgili kişi olayı tam olarak bilseydi, kendi açısından harekete izin verirdi şeklindeki bir olasılık yargısı sözkonusudur. Varsayılan rızada ilgilinin asıl yararına neyin uygun düştüğü değil, makul olmasa bile, tahminî olarak neyi isteye-

¹⁷ WELZEL, § 14 V.

¹⁸ SCHMIDHÄUSER, 9/49. Aynı şekilde *Heidner* de, hastanın rıza vermeye ehil olmadığı durumlarda sağlığına ilişkin yararlarının, kendi kararını vermeye ilişkin yararlarından önemli derecede ağır basması hâlinde hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun mevcut olduğunu ifade etmiştir (HEIDNER, s. 163-164).

¹⁹ MünchKommStGB (SCHLEHOFER)], Vor §§ 32 ff., No: 137. Aynı yönde bkz. OTTO, s. 682.

bileceği araştırılmaktadır²⁰. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu, yapılan müdahalenin ilgilinin karşı iradesine önem atfedilmeksizin hukuka uygun kılındığı veya yalnızca rıza gösterilmesinin tek başına yeterli olmadığı olaylarla ilgilidir. Bu nedenle de hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun katı koşulları varsayılan rıza olaylarına uygun düşmemektedir²¹. Ayrıca varsayılan rızada çoğu zaman korunan yarar ve ihlâl edilen yarar aynı kişiye ait olmakta²² ve yararlar karşılaştırması ilgilinin kendi geleceğini belirleme hakkına yönelmektedir²³. Bununla birlikte, varsayılan rızanın zorunluluk durumu kapsamında açıklanmasını reddedenler de, olayların çoğunda bir hakkına müdahale edilen kişinin varsayılan iradesinin zorunluluk durumundaki yararlar karşılaştırmasının sonucuyla örtüşmesi dolayısıyla, her iki kurumun birbirine yaklaştığını kabul etmektedirler²⁴. Ancak yararlar karşılaştırmasının varsayılan iradenin elde edilmesinde yardımcı bir araç vazifesi gördüğü dile getirilmiştir²⁵.

3. Vekâletsiz İş Görmeye Dayanan Görüş

Varsayılan rızanın özel hukuktaki vekâletsiz iş görmeden türetilen bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde görüşler de ileri sürülmüştür²⁶.

Varsayılan rızanın hukukî niteliğini *Jakobs*, özel hukuktaki vekâletsiz iş görme kavramının, zorunluluk durumunun ve ilgilinin rızasının bakış açılarını kaynaştırmak suretiyle açıklamaya çalışmaktadır. *Jakobs*'a göre, vekâletsiz iş görmede olduğu gibi, varsayılan rızada da (pozitif bir neticenin garantisi olarak) yarar ve (işgüzar bir ilgiden koruma olarak) varsayılan irade bir araya gelmek zorundadır. Yazara göre, müdahale, gerçi müdahale edene veya üçüncü kişiye yaradığında, fakat gerçekleştirilmesi aynı zamanda en azından, yerine getirilmesi varsayımsal olarak istenmiş olan resmî olmayan (hukukî olmayan) bir borca uygun düştüğü takdirde sınır durumu olarak kabul edilebilir²⁷.

²⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 5; ROXIN, Claus: "Über die mutmaßliche Einwilligung, s. 451-452; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 129; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214; DISPUT, s. 92.

²¹ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 129; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214.

²² JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 a).

²³ KINDHÄUSER, § 19, No: 2.

²⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 5.

²⁵ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 129, 132; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214, 217.

²⁶ Vekâletsiz iş görmenin ceza hukukunda da genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi yönündeki bir öneri için bkz. SCHROTH, s. 479.

²⁷ JAKOBS, 15/17.

Trechsel/Noll da varsayılan rızanın vekâletsiz iş görmeden türetilen bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunmaktadırlar. Yazarlara göre, fail hem ilgilinin yararına hem de varsayılan iradesine göre onun hukuksal alanına müdahale ettiğinde, fiilin hukuka uygunluğu borçlar hukuku kurallarından çıkarılabilir²⁸.

Türk ceza hukuku doktrinde de *Koca/Üzülmez*, vekâletsiz iş görmeye dayandığını belirttikleri varsayılan rızanın, özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan “*uydurma*” bir kavram olduğunu, varsayılan rızanın bulunduğu kabul edilen olaylarda aslında diğer hukuka uygunluk nedenlerinin veya mazeret nedenlerinin söz konusu olduğunu ifade ederek, varsayılan rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabulüne karşı çıkmaktadırlar²⁹.

Varsayılan rızayı vekâletsiz iş görmeye dayandıran bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşün, ilgilinin iradesine uygun düşen bir hareketin için yalnızca, bu iradenin objektif üçüncü bir kişinin düşüncesine göre ilgilinin gerçek yararına hizmet etmediği için cezalandırılabilceği sorusuna yanıt vermediği belirtilmiştir. Bu eleştiriye göre, ilgili, hukuksal alanına müdahale eden kişinin davranışına rıza göstermişse veya bundan hoşnut kalmışsa, devlet faili cezalandıramaz. Ayrıca özel hukukun bir hukuka uygunluk nedeninden istediği dar koşullar, bu hukuk dalında vekâletsiz iş gören kişinin sarf ettiği emek ve para için tazminat isteme hakkının söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Vekâletsiz iş görmede tek başına varsayılan iradeye dayanılmamakta, aksine yarar ve iradeye kümülatif olarak dayanılmaktadır. Üstelik iş görmenin üstlenilmesindeki yarar *ex-post* bir yaklaşımla değerlendirilirken, varsayılan rızada değerlendirme yöntemi her zaman *ex-ante*’dir. Bu nedenle de, varsayılan rıza ceza hukukuyla sınırlı olan ceza haksızlığını ortadan kaldıran bir nedendir³⁰. Vekâletsiz iş görmeye ilişkin kurallar, irade unsurunu merkez konuma yerleştiren varsayılan rızaya göre daha dar bir hukuka uygunluk alanı yaratmaktadır³¹.

²⁸ TRECHSEL/NOLL, s. 141. Aynı yönde bkz. TRECHSEL/JEAN-RICHARD, , Art. 14, No: 14; RIKLIN, , § 14, No: 69-70.

²⁹ KOCA /ÜZÜLMEZ, s. 287. Varsayılan rızayı reddeden görüşün eleştirisi için bkz. HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, s. 306.

³⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 7, 8; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 130; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 215; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 55; STRATENWERTH, § 10, No: 26; RIEGER, s. 70.

³¹ RIEGER, s. 70-71.

4. İzin Verilen Riske Dayanan Görüş

Varsayılan rızayı izin verilen risk görüşüyle açıklayan yazarlardan *Roxin*'e göre, kural olarak izin verilen risk, suç tipini ve böylece objektif tipikliğe isnadiyeti ortadan kaldıran bir faktördür. Çünkü trafiğe katılma, endüstriyel kuruluşların yapımı gibi riskli hareketlere yasal düzenlemelere uyulduğunda genel olarak, başka bir ifadeyle somut olaya ilişkin yararlar karşılaştırılması yapılmaksızın, izin verilmektedir. Bununla birlikte *Roxin*, bir suç tipinin gerçekleştirilmesine, çatışan noktaların somut olarak karşılaştırılmasına göre riske dayanılarak izin verildiği hukuka uygunluk nedenlerinin istisnâ olarak mevcut olduklarını kabul etmektedir. Yazara göre, varsayılan rızada başkasına ait bir konuya sadece varsayılan bir rıza temeline ve bu kişinin gerçek iradesiyle ters düşme tehlikesine dayanılarak müdahale edilebilmektedir³².

Varsayılan rızanın hukuka uygunluk etkisini izin verilen riskle açıklayan görüş de eleştiri almaktan kurtulamamıştır. Bu eleştiriye göre, izin verilen risk görüşüne dayanan yazarlar, olayın fail tarafından yükümlülüğe uygun bir incelenmesinden hareket etmektedirler. Oysa ki, hareket ilgilinin varsayılan rızasına uygun düşmekte ise, hukuka uygunluk fail tarafından yapılan ek bir incelemeye bağlı değildir. Buna karşılık, *ex-ante objektif* bir bakış açısıyla belirlenmesi gereken irade olasılığı ile örtüşme eksiğe, yükümlülüğe uygun bir inceleme de failin davranışını hukuka uygun hâle getiremez³³.

5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Varsayılan rıza, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin bir alt olayı değildir. Çünkü varsayılan rızanın en önemli koşulu, ilgilinin açık veya örtülü bir irade beyanının elde edilememesidir. Dolayısıyla da varsayılan rızada fail ilgilinin iradesi hususunda bir değerlendirmede bulunmaktadır. İlgilinin elde edilebilir bir irade beyanı varsa, artık böyle bir değerlendirme yapmanın da anlamı kalmamaktadır.

Varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun da alt olayı değildir. Yararlar karşılaştırması varsayılan rızada önemli bir yardımcı araç olarak vazife görmekle birlikte, varsayılan rızanın yararlar karşı-

³² ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 1; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 453. Aynı yönde bkz. BAUMANN/WEBER/IMITSCH, § 17, No: 116-118; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 217; GROPP, § 6, No: 203; RIEGER, s. 75-76.

³³ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 132.

laştırılması, bu bağlamda da ağır basan yarar ilkesi üzerinde temellendirilmesi doğru değildir. Çünkü zorunluluk durumunda yararlar objektif olarak karşılaştırılmakta ve ağır basan yarara önem verilmektedir. Bazı durumlarda mağdurun iradesine önem verilmiş olsa bile, bu irade zorunluluk durumunda ağır basan yararın tespitinde tek başına yeterli olan bir faktörü ifade etmemektedir. Buna karşılık varsayılan rızada, bir rıza varsayımının leh ve aleyhindeki noktaların birlikteliği vasıtasıyla varsayılan irade araştırılmaktadır. Başka bir ifadeyle, ilgilinin somut olayda iradesinin ne yönde olabileceği araştırılır ve bu varsayılan iradesi her zaman onun yararına uygun düşmek zorunda değildir. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu başka bir kişiyle toplumsal dayanışma yükümlülüğü düşüncesine dayanmasına karşın, varsayılan rızada bir çatışma durumunun ilgilinin varsayılan subjektif tercihinine göre çözüme kavuşturulması sözkonusudur. Ayrıca zorunluluk durumu olayla ilgisiz üçüncü bir kişinin sahip olduğu bir konuya zarar verdiği için somut bir olayda başvurulması gereken en son hukuka uygunluk nedeni olmalıdır. Bu nedenle de varsayılan rıza, koşulları varsa zorunluluk durumuna göre öncelikle uygulanmalıdır³⁴.

Varsayılan rızayı vekâletsiz iş görme kurallarıyla açıklayan görüşlerde de isabet yoktur. Varsayılan rızada önemli olan nokta, ilgilinin tahminî iradesinin ortaya konulmasıdır. Oysa vekâletsiz iş görmede hukuksal alanına müdahale edilen kişinin yararı ve varsayılan iradesi birlikte bulunmalıdır (TBK md. 526). Dolayısıyla vekâletsiz iş görme varsayılan rızaya göre daha dar koşullara sahiptir. Ayrıca varsayılan rızada, sınırlı da olsa, failin kendi yararına hareket etmesi kabul edilmektedir. Oysa ki, vekâletsiz iş görme failin kendi yararına hareket etmesini tamamen reddetmektedir. Her ne kadar TBK md. 530 failin (işgörenin) kendi yararına hareket edebileceğini kabul etse bile, iş sahibinin iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahip olduğunu ifade ederek vekâletsiz iş görmenin esas itibarıyla iş sahibinin menfaatine hareket edilmesi ilkesine dayandığını teyit etmektedir.

Varsayılan rızanın izin verilen riske dayanan, kanun üstü bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşündeyiz. Buna göre ilgilinin gerçek rızasına ulaşılamayan durumlarda, bu rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile rızanın beklenmeden müdahalede bulunulması sonucu ilgilinin iradesine aykırı davranmadan doğacak risk karşılaştırılarak, bunlardan daha az olanı se-

³⁴ KANGAL, s. 206-208.

çilmelidir. Eğer başkasının hukuksal alanına derhal müdahale edilmemesinin meydana getireceği risk, ilgilinin iradesine aykırı olarak müdahaleden kaynaklanan riskten daha yüksek ise, bu müdahale varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır³⁵.

III. Hukuka Uygunluğun Koşulları

1. İlgilinin Üzerinde Mutlak Surette Tasarruf Edilebileceği Bir Hakkının Bulunması ve Rıza Açıklamaya Ehil Olması

Varsayılan rızanın sözkonusu olabilmesi için, hukuk düzeninin ilgilinin rızasına geçerlilik tanıdığı bir konunun bulunması gerekir³⁶. Çünkü varsayılan rıza, ilgilinin gerçek iradesine ulaşamayan durumlarda onun yerine ortaya çıktığından, ilgilinin rızasına ilişkin koşulların, rıza açıklamasına ilişkin koşul hariç olmak üzere, varsayılan rızada da kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hakkın sözkonusu olması ve iradesi varsayılan kişinin rıza açıklamaya ehil olması koşulları varsayılan rızada da aranır³⁷. Böylece, varsayılan rızada müdahale edilen konunun sınırları da TCK md. 26/2 tarafından çizilmektedir. Buna göre varsayılan rıza, hukuksal alanına müdahale edilen kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakkına ilişkin olarak kabul edilebilir.

2. İlgilinin Rızasının Alınamaması

Varsayılan rıza yalnızca, ilgilinin (veya yasal temsilcisinin) gerçek rızasının mevcut olmaması hâlinde devreye girebilecek olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu nedenle, varsayılan rıza sadece, ilgilinin gerçek rızası çerçevesinde hareket edilmesinin olanaklı olmadığı durumlarda sözkonusu olabilir³⁸. Bu nedenle varsayılan rıza, gerçek rıza karşısında ikincil niteliktedir (Subsidiarität)³⁹. Hukuksal alanına müdahale edilmesi lüzumu doğan kişinin

³⁵ Aynı yönde bkz. ERMAN, s. 147, 149, 238; YENERER-ÇAKMUT, s. 211, 212-213; KANGAL, s. 195; ÖZTÜRK/ERDEM, No: 261.

³⁶ MAURACH/ZIPF, § 28, No: 11; SCHMIDT, No: 465; ERMAN, s. 149.

³⁷ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 135; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 220; NK-StGB³ (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 160; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; KREY/ESSER, § 18, No: 677; KLESCZEWSKI, No: 308; KINDHÄUSER, § 19, No: 4; ZIESCHANG, s. 80; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

³⁸ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1; JAKOBS, 15/16; MAURACH/ZIPF, § 28, No: 12; SCHMIDHÄUSER, s. 9/49; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 222; NK-StGB³ (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 159, 160; KREY/ESSER, § 18, No: 678; HAFT, s. 80, 81; SEELMANN, s. 65.

³⁹ S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; KÜHL, § 9, No: 46;

rızasının alınmasının mümkün olduğu durumlarda, onun gerçek iradesine ulaşamama riskinin göze alınması için bir sebep bulunmamaktadır. Örneğin, bayılmış olan bir hastanın sağlığı bakımından herhangi bir zarar meydana gelmeden uyanması beklenebiliyorsa, hekim, bu bilinci yerinde olmayan hasta üzerinde varsayılan rızaya dayanarak tıbbî bir operasyona girişemez⁴⁰.

Doktrinde bir görüş, hafif veya önemsiz ihlâllerde ilgilinin fikrinin sorulması olanağı bulunsa bile, varsayılan rıza sayesinde bir hukuka uygunluk kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş, bu tür yarar eksikliğinin bulunduğu hâllerde, rızaya riayet edilmesi için zorunluluk bulunmadığı yaklaşımından hareket etmektedir⁴¹. Ancak bu görüş doktrinde eleştiriyile karşılanmıştır. Bu eleştiriye göre, ya burada önceden ilgilinin gerçek rızasının bulunduğu ortaya konulabildiğinde (örneğin uygun ön davranışlar sayesinde), artık varsayılan rızayı araştırmaya gerek kalmayacağından mesele hukuka uygunluk içerisinde çözüme kavuşturulabilir⁴². Ya da diğer olaylardaki hafif ihlâllerde varsayılan rıza çerçevesinde bir hukuka uygunluk değerlendirmesi yapmaya gerek kalmayacaktır. Bu tür hafif ihlâllerde amaca uygun dar yorum yapıldığında tipiklik zaten oluşmamaktadır. Ancak tipiklik meydana geldikten sonra, ilgilinin açıkça belirttiği iradesi karşısında caiz olmayan ve cezalandırılabilir bir fiilin gizlice ve ilgiliye sorulmadan gerçekleştirilebileceğinin neden olanaklı olduğunu kavramak mümkün değildir⁴³.

Önemli olmayan bir tehlike bakımından varsayılan rıza esas itibariyle sözkonusu olmaz. Bu bağlamda, hemen veya daha sonra bir müdahalede bulunulmadığı takdirde, hastanın yaşamı veya sağlığı bakımından önemli bir tehlike meydana gelecekse, varsayılan rızayı kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, önemli bir tehlike mevcut olsa bile, bir ameliyat hastanın fikri alınmak suretiyle daha sonra da yapılabilecekse, varsayılan rıza kabul edilmemelidir⁴⁴.

GROPP, § 6, No: 204; ZIESCHANG, s. 80; RENGIER, § 23, No: 57; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

⁴⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 10; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 461; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 118; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136.

⁴¹ Bu görüş Tiedemann tarafından ortaya atılmış (TIEDEMANN, s. 109-110) ve doktrinde az da olsa taraftar bulmuştur. Bkz. S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 54; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1.

⁴² LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136.

⁴³ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 11; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 461; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 136, 139; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 228.

⁴⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 12; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No:

Hekim hastanın rızası ile gerçekleştirdiği ameliyat sırasında karşılaştığı bir bulgu karşısında, hastanın rızasının kapsamını genişleterek bu yönde bir tıbbî müdahalede bulunamaz. Çünkü hekim ameliyattan önce hastayı her türlü risk ve komplikasyonlar bakımından bilgilendirmek zorundadır (hekimin aydınlatma yükümlülüğü). Bu bilgilendirmeden sonra böyle bir ihtimal hâlinde nasıl davranması gerektiği konusunda hastanın rızasını alabilirdi. Hasta ameliyatın belirli kısmına veya belirli yöntemlere rıza göstermemişse, ameliyat sırasındaki bir komplikasyon durumunda hekim varsayılan rızaya artık dayanamaz⁴⁵. Bununla birlikte hekim, önceden öngörmediği bir bulgu veya komplikasyonla ameliyatta karşılaşmışsa, ameliyatın yarıda bırakılmasından doğabilecek risk, ameliyatın genişletilmesi riskinden yüksek ise, genişletmiş olduğu ameliyat varsayılan rıza kapsamında hukuka uygun olacaktır⁴⁶. Bunun için yaşam tehlikesinin bulunması şart değildir⁴⁷.

Doktrinde tartışmalı olan bir husus da failin, ilgilinin önceden mevcut olan açık bir rızasını alma olanağından taksirle faydalanmamışsa, taksirli nedeninde hukuka aykırı fiil (actio illicita in causa) yaklaşımı bakımından cezalandırılabilirliğinin sözkonusu olup olamayacağıdır⁴⁸. Doktrinde ağır basan görüşe göre, burada varsayılan rıza hukuka uygunluk etkisini yitirmez. Çünkü fail daha önce mevcut olan ilgilinin açık iradesini alma olanağını taksirli olarak kullanmamıştır. Yine de, bu görüşe göre, neticeli suçlarda bizatihi fiilde bir hukuka uygunluk bulunmasına rağmen, netice genel ilkelere göre isnad

221.

⁴⁵ JAKOBS, 15/16.

⁴⁶ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 168-169.

⁴⁷ “Tibben uygun olan hekim müdahalelerinde, özellikle de ameliyatın genişletilmesinde, hastanın varsayılan rızası temelinde hekimin hareketinin caizliği yaşamsal endikasyon hâllerıyla sınırlı değildir. Gerçi hastanın açık veya zımnî rıza göstermediği, fakat varsayılan rızasına uygun düşen tıbbî müdahaleler yalnızca halen mevcut olan yaşam tehlikesini savuşturmak için gerçekleştirilemezler. Hekim, hastanın rızasıyla başlanan bir ameliyatı genişletip genişletmemesi veya durdurup durdurmaması veya hastayı, belki büyük tehlikeler barındıran, fakat her halükarda başka fiziksel ve ruhsal zararlara yol açan yeni bir riske maruz bırakıp bırakmaması gerektiği sorunuyla karşıya bulunduğu anda mevcut olup olmadıklarıdır” [Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2. Ceza Dairesi’nin 25.03.1988 tarihli kararı, BGHSt 35, s. 249 (246-251)].

⁴⁸ NK-StGB³ (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 162.

edilebiliyorsa, taksirli nedeninde hukuka aykırı fiil yaklaşımı açısından cezalandırılabilirlik ortadan kalkmaz. Ancak bu sadece, ilgiliye daha önce inceleme yükümlülüğüne uygun bir şekilde sorulsa idi, varsayılan rızasından farklı bir karar verirdi sonucuna ulaşıldığında, yükümlülüğe aykırılıktan dolayı mümkündür⁴⁹.

İlgilinin fikrinin alınmasının olası olmasına karşın, varsayılan rıza görünümüne sahip bazı durumlarda, aslında zımnî ya da yorum yoluyla elde edilen gerçek bir rıza söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir yerde gazete okuyucularının, sahibinin kısa süreli yokluğunda büfeden gazeteleri parasını bırakarak izinsiz olarak alıp gitmeleri yerleşmişse, bu fiil varsayılan rıza ile değil, gerçek rıza ile (zımnî rıza veya yorum yoluyla ulaşılan rıza ile) hukuka uygun hâle gelmektedir. Yine bir hastanede hastaların beklentilerinin aksine, basit tıbbî müdahalelerin bir hekim tarafından değil, aynı kabiliyete sahip tıp öğrencileri tarafından gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluğu, bununla ilgili olarak fikri alınabilir olup da, fikri alınmayan hastanın varsayılan rızasına değil, gerçek rızasına dayanır. Çünkü işin esasına uygun olarak yapılan bir yorumda hastanın genel olarak tıbbî müdahaleye gösterdiği rızanın ehil bir tıp öğrencisi tarafından yapılan tedavileri de kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁰.

3. Failin İlgili veya Kendi Yararına Hareket Etmesi

a) Failin İlgilinin Yararına Hareket Etmesi

Varsayılan rıza öncelikle ilgilinin yararına bir fiilin gerçekleştirilmesi ihtimalinde ortaya çıkabilmektedir. Burada fail, üçüncü bir kişinin yararına olarak onun hukuksal alanına müdahale etmektedir⁵¹.

Fail varsayılan rıza çerçevesinde ilgilinin gerçek iradesine uygun bir sonuca ulaşmaya çalışarak hareket etmelidir. Hareketin yapılmasında rızanın beklenebilir olup olmamasının tespitinde *ex-ante objektif* bir kriter kullanılmalıdır. Buna göre, failin yerindeki makul üçüncü bir kişinin bakış açısından rızanın varsayılabilirliğine ilişkin isabetli karar ortaya çıktığında, ilgilinin rıza göstermeyeceği sonradan ortaya çıkmış olsa bile, fiil hukuka uygun ola-

⁴⁹ S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 59.

⁵⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 13; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 463; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 134, 138; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 219; KINDHÄUSER, § 19, No: 12.

⁵¹ STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 32.

caktır⁵². Failin somut olaya ilişkin bilgisi de bu değerlendirmeye dâhil edilmelidir. Buna karşılık, faili başarısız bir şekilde aydınlatmaya çalışan, olaya dâhil olmayan üçüncü bir kişinin özel bilgisinin ne dereceye kadar önem taşıdığı, bu çabanın makul üçüncü bir kişinin kararını değiştirip değiştirmemesine bağlıdır⁵³.

Üçüncü bir kişinin yaşamı hakkında verilen kararlar bakımından varsayılan rızaya dayanılıp dayanılamayacağı sorununun öncelikle ele alınması gerekmektedir. Bilinçsiz bir şekilde kendisine getirilen hastayı ameliyata alan bir hekim, hastanın kendine gelmesine ve fikrinin alınmasına kadar beklenmesi sağlığı bakımından bir tehlike yaratmayacaktı ise, varsayılan rızaya dayanamaz. Aynı şekilde hasta bilincini yitirmeden önce ameliyata alınmasını açık bir şekilde reddetmişse, varsayılan rıza artık sözkonusu olamaz⁵⁴.

Hastanın bilinçsizliği uzun süreli bir durum olup da, derhal müdahale edilmemesi sağlığı bakımından bir kötüleşme riski taşımamakta ise, sulh hukuk mahkemesine başvurularak bu konuda bir karar istenmelidir⁵⁵.

Acil müdahale edilmesi gereken ve iradesini açığa vurma yetisine o anda sahip olmayan bir hastanın yaşamını kurtarmaya yönelik bir ameliyat varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmelidir⁵⁶. Çünkü bu tür durumlarda derhal müdahale edilmediği takdirde doğabilecek zarar riski, müdahalenin yapılması ile doğabilecek zarar riskinden daha büyüktür⁵⁷. İlginin gerçek iradesiyle ters düşme riskinin göze alınmasına izin verildiği için, tipe uygun davranışın gerçekleştirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Bu riskin gerçekleşmesi hâlinde, başka bir ifadeyle failin ilginin gerçek iradesiyle uyum göstermediğinin sonradan ortaya çıkması hâlinde, hukuka uygunlukta hiçbir değişiklik olmaz⁵⁸.

⁵² LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 137; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 223; KLESCZEWSKI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, No: 311; KINDHÄUSER, § 19, No: 14; ZIESCHANG, s. 81; WESSELS/BEULKE, No: 382; RENGIER, § 23, No: 51.

⁵³ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 137, dn.: 252; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 223, dn.: 903.

⁵⁴ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 117; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 10, 12, 23; ROXIN, "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 468-469; FRISTER, 15/32.

⁵⁵ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 166, 167.

⁵⁶ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 a); WESSELS/BEULKE, No: 381; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 117; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 24; FRISTER, 15/32; STRATENWERTH/WOHLERS, , Vor Art. 14 ff. No: 3.

⁵⁷ YENİSEY, s. 875-876.

⁵⁸ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 117.

Bilinci yerinde olmayan hasta hakkında daha önce elde edilmiş ve onun genel yaklaşımını ortaya koyan bilgilerin veya belirtilerin nasıl değerlendirileceği sorunu da ortaya çıkmaktadır. Bu noktada özellikle kan verilmesi gibi bazı tıbbî müdahaleleri reddeden bir dinin veya mezhebin mensubu olan kişilere bilinci yerinde olmadığı zaman tıbbî müdahalede bulunulup bulunulamayacağı sorununun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu soruna ilişkin iki çözüm tarzı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, varsayılan rızada hekim, öncelikle hastanın iradesini belli edebilecek olsaydı, bunu ne yönde yapacağını gözönünde bulundurmalıdır. Hastaneye bilincini kaybetmiş bir şekilde getirilen ve üzerinde yehova şahidi olduğunu gösteren bir evrak veya dinî simge bulunan kişiye yapılacak müdahalede, bu kişinin bilinci yerinde olsaydı, kendisine kan naklinde bulunulmasını istemeyeceğini hekim düşünmeli ve yapacağı müdahalede bunu belirli sınırlar içinde dikkate alarak davranmalıdır. Ancak hekim, varsayılan rızası araştırılan kişinin iradesinin ne yönde olduğu konusunda hiçbir belirtiye ulaşamadığında, anlayışlı bir hasta ölçütüyle bu kişinin objektif olarak en yararına olan çözümü benimseyebilecektir⁵⁹. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, bir yehova şahidinin iradesinin alınmasının mümkün olmadığı bir vaziyette hastaneye getirilip de, hekimin kendisine kan vermesiyle yeniden hayata döndürülmesinde, bu tıbbî müdahale varsayılan rızaya dayandırılmalıdır. Hekimin hastanın yehova şahidi olduğunu bilmesi varılan sonucu değiştirmez. Çünkü normal koşullarda bilinci açık olmayan bir hastaya yapılan tıbbî müdahale, kendisine sorulabilse idi, tedaviye rıza gösterirdi şeklindeki bir düşünceye dayanmaktadır. Başka deyişle hastanın rızası varsayılmaktadır. Hasta daha sonra bilinci açık olsa idi bu tedaviyi aslında istemeyeceğini ifade etse bile, hekimin müdahalesi varsayılan rızadan yararlanır. Hastanın yehova şahidi olması, bilinci açık olmadığı zamanda kan nakline rıza göstermeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Bu sadece bir olasılıktır. Çünkü bu kişi, yaşamını din kurallarına göre şekillendirmeyen biri de olabilir. Ayrıca bir insanın ölüm karşısında gerçekten nasıl karar verebileceği de asla bilinemez. Daha önce sakat veya hasta bir vaziyette yaşamaktansa ölmeyi tercih edeceğini ifade etmiş olsa bile, ölümle burun buruna geldiği zaman kararını tekrar gözden geçirebileceği ve yaşamaya devam etmek isteyebileceği gözönünde bulundurulmalıdır. Hekimin müdahale etmemesi çok daha ağır sonuçlara yol açabileceğinden, müdahalenin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi gerekir⁶⁰.

⁵⁹ ERMAN, s. 140; SEELMANN, s. 65; TRECHSEL/NOLL, s. 141.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 35; ROXIN, *Strafrecht, All-*

Bazı somut olaylarda, objektif bir karşılaştırmada ilgilinin açıkça ağır basan yararını dikkate alan kişi varsayılan rızaya dayanabilir. Böyle durumlarda ilgili daha sonradan rızasının olmadığını beyan etse bile, fiilin hukuka uygunluğu etkilenmez. Örneğin, bir fırtınanın çıkması üzerine evde olmayan komşusunun arazisine girerek terasta bulunan koltuğu güvenli bir yere götüren veya komşusunun evini su basması hâlinde eve girerek vanayı kapatan kişi varsayılan rızadan yararlanır⁶¹. Bu tür ağır basan yararın korunmasına yönelik ilgilinin varsayılan rızası, üçüncü kişilerin işgüzar müdahalelerine karşı bir sınırlama fonksiyonu görmektedir⁶². Varsayılan rızanın koşulları olduğu zaman hareketin yapılmasına izin verildiğinde, kurtarmanın, yalnızca başarı

gemeiner Teil, § 18, No: 24; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 469; YENERER-ÇAKMUT, s. 232-233; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 168. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi’nin 2 Ağustos 2001 tarihli bir kararı da bu görüşü desteklemektedir. Karara konu olayda, bir yehova şahidi olan hasta cerrahî bir operasyona rıza gösterirken kendisine kan verilmemesini yazılı bir beyanla şart koşturmuştur. Normal koşullarda kan nakli yapılmadan gerçekleştirilebilecek bir operasyon olan müdahalenin yürüyüşü sırasında bir komplikasyon ortaya çıkar ve hasta kan verilmeksizin kurtarılmayacak hale gelir. Bunun üzerine Alman MK § 1896’daki sağlığın korunması düzenlemesine dayanılarak hastaya vasi atanması için başvurulmuş mahkeme, hastanın kocasını vasi olarak atamış, vasiinin izniyle hastaya kan verilmiş ve yaşamı kurtarılmıştır. Hasta iyileştikten sonra mahkemenin kararının kendi vücut bütünlüğüne aykırı sonuç doğurduğunu iddia etmiş, Anayasa Mahkemesi ise bunu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin kararına göre, hekime müdahale öncesinde verilen yazılı beyan, ölüm tehlikesinin doğumundan önceki iradeyi yansıtmaktadır; elinde hastanın dinsel inanışından başka veri bulunmayan mahkeme, hastanın tehlikenin ortaya çıkmasından sonra da aynı iradeyi sürdürüp sürdürmeyeceği konusunda şüpheye düşmekte haklıdır ve bu konudaki kararı kendisi vermeyip yasal ölçülere göre belirlenen vasiye bırakmakla da kişi haklarını mümkün olan en az ölçüde ihlâl ederek sonuca ulaşmıştır (Karar için bkz. ERMAN, s. 161-162.)

⁶¹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 20; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 465; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 a); SCHMIDHÄUSER, 9/49; GROPP, § 6, No: 202; FUCHS, 16/38. “Sanığın, davacının oturduğu evin sahibi olduğu ve aynı çatı altında, diğer bir dairede kendisinin ikamet ettiği, müşterikilerin oturduğu kısım duvarlarından rutubet dışarıya vurunca, su borularındaki patlama ihtimali ve böylece binanın tahribini önlemek için, bir defasında evde olan müdahilin muvafakatiyle, sanığın getirdiği usta ile birlikte eve giderek arıza mahiyetini öğrendikleri, tamir için ikinci defa başka bir usta ile gelince, esasen memur olan müşteki ve eşinin evde bulunmadıklarını görünce, bir başka anahatarla kapıyı açarak, aralarındaki ilişkilere ve evvelce de aynı maksatla girmesine güvenen sanığın, bu defa da getirdiği bu usta ile eve girerek, yeniden arızayı görüp çıktıkları, eve girdiğini akşam öğrenen müdahilin, sanığın eşi ile bu konuda tartıştığı, ancak ertesi sabah dairelerine kadar giden sanık, müdahilin eşine; eve girmeye mecbur kaldığını izah ettiği, böylece evini tamir etmeye matuf gerçek ve özel kastının mesken masuniyetini ihlâl olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, TCK.nun 45. maddesi açıklığına göre, eylemde suç kastı bulunmadığını izah eden mahkemenin, oluşa uygun olan kabul ve takdiri usule ve yasaya uygun bulunmuştur” (CGK 31.03.1975, E. 1975-53/K. 1975-72, SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 820-821). Bu kararda Yargıtay, varsayılan rızanın fiili hukuka uygun hâle getirmesi gerekçesine dayanmak yerine, yanlış bir yaklaşımla, kastın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

⁶² STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 35.

şansı mevcut olduğunda, başarılı olup olmaması önem taşımamaktadır⁶³. Bununla birlikte, fail, ilgilinin karşı düşüncede olduğunu gösteren koşulları biliyorsa, artık varsayılan rıza sözkonusu olmaz⁶⁴. Failin fiili işlemekle birlikte göze aldığı, bunun ilgilinin iradesine ters düşebileceği riski, bu tür durumlarda önemli derecede azalmakta veya ortadan kalkmaktadır⁶⁵. Buna göre, koltuk örneğinde yardım eden kişiye, koltuğun, maliki tarafından hava koşullarına dayanıklılığını test etmek için bilerek dışarıda bırakıldığı bilgisi diğer komşu tarafından verildiğinde, artık konut dokunulmazlığını ihlâl suçu oluşacaktır⁶⁶. İlgilinin tutum ve yaklaşımları, toplumda egemen olan ortalama makul davranışlardan sapıyor olsa bile, dikkate alınmalıdır⁶⁷. Çünkü burada kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı öncelik kazanmaktadır⁶⁸.

Bazı somut olaylarda ise, ilgilinin bireysel görüşü ön plâna çıkmaktadır. Bu tür durumlarda özel koşullar, ilgilinin müdahaleye rızası bulunduğu kabulünü akla yatkın hâle getirmede süreci, failin varsayılan rızaya dayanması mümkün değildir. Örneğin seyahatte olan komşusuna gelen acil bir mektubu açan ve bu sayede de muhatabı olası zararlardan korumak isteyen kişi, onun yaklaşımı hakkında hiçbir şey bilmediği takdirde, TCK md. 132/1'e göre cezalandırılacaktır. Buna karşılık, bir kişi eşine veya bir patron sekreterine, kendisinin yokluğunda gelen mektupları açmasına öteden beri izin vermektedirse, yeni bir seyahatin başlangıcında eş ya da patron postaların açılması konusunda hiçbir şey söylemediği takdirde, gelen mektupların açılması varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır. Çünkü böyle bir rızayı açıklamayı sadece unutmuş da olabilir. Her ne kadar bu kişiler, bu defa başkaları tarafından okunmasını istemedikleri bir mektup beklediklerini daha sonra söyleseler de, mektubun açılması yine hukuka uygun olacaktır⁶⁹.

⁶³ SCHMIDHÄUSER, 9/49.

⁶⁴ SCHMIDT, No: 466; RENGIER, § 23, No: 58; FRISTER, 15/30; HEINRICH, No: 475; FUCHS, 16/39.

⁶⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 116.

⁶⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 20; ROXIN, "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 465.

⁶⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 121; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 137; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 223; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 2; MünchKommStGB (SCHLEHOFER), Vor §§ 32 ff., No: 139; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 57, KINDHÄUSER, § 19, No: 9, 13.

⁶⁸ KREY/ESSER, § 18, No: 677; KÖHLER, s. 259; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

⁶⁹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 21; ROXIN, "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 466-467; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 224; NK-StGB³ (PAEFFGEN),

Rızası varsayılan kişi ile hareketin konusunun sahibi aynı kişi olmalıdır. Hiç kimsenin başkasının yaralanmasına rıza gösterdiği varsayılamayacağından, başkasının çocuklarının tedip ve terbiye edilmesi ebeveynlerin varsayılan rızasıyla hukuka uygun hâle gelemmez. Bununla birlikte, yaş küçüklüğü nedeniyle henüz rıza göstermeye ehil hâle gelmemiş bir çocuğun yasal temsilcisinin irade açıklamasına da o anda ulaşılamıyorsa, bu temsilcinin varsayılan rızasına dayanılabilir. Örneğin bir trafik kazasında beş yaşında bir çocuk ve ebeveynleri ağır yaralanarak bilinçlerini kaybetmişlerse, çocuğun acil bir ameliyata alınması ebeveynlerin varsayılan rızası gereğince hukuka uygun olacaktır⁷⁰.

b. Failin Kendi Yararına Hareket Etmesi

Varsayılan rızanın asıl şekli, failin hukuksal alanına müdahale ettiği kişinin yararına hareket etmesidir. Failin kendi yararına olarak başkasının hukuksal alanına müdahale etmesinin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, failin kendi yararına (veya üçüncü kişi bir yararına) hareket etmesi hâlinde varsayılan rıza sözkonusu olmaz. Bu görüşteki yazarlardan *Jakobs*'a göre, başkasının yararlarının denkleştirilemez şekilde eksiltilmesine izin verilmesi, yalnızca ilgilinin varsayılan rızasıyla sınırlıdır. Varsayılan rızanın fail veya üçüncü kişi yararına olarak da kabul edilmesi çok risklidir. Öncelikle cömertliğiyle tanınan kişiler bakımından potansiyel lehtarların kendine hizmetinin ceza hukukunun kapsamının artık dışında kalacağını ifade eden *Jakobs*, herkesin her hediye vermede, varsayılan rıza çerçevesinde ortaya çıkan istenilmeyen sonuçları savuşturmak istediğinde, davranışının emsal teşkil etmediğini aşırı derecede vurgulamaya zorlanacağını belirtmektedir. Bu tür durumlarda genelde basit haksızlıkların sözkonusu olduğunu kabul eden *Jakobs*, sonuçta bunların da birer haksızlık olduğunu vurgulamaktadır⁷¹. Yine ilgilinin egemenlik sahasına bu tür müdahalelerin hukuka uygun olmayacağını ifade eden *Schmidhauser*, aksi takdirde bu tür davranışların başkalarının üzerinde egemenlik kullanımını sonuçlayacağını, dolayısıyla bu tür durumlarda rızanın varsayılmasına önem verilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür⁷². *Se-*

Vor §§ 32 ff, No: 160.

⁷⁰ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17, No: 120; MAURACH/ZIPF, § 28, No: 19; ZIESCHANG, s. 80.

⁷¹ JAKOBS, 15/18.

⁷² SCHMIDHÄUSER, 9/50.

elmann ise, bu tür durumlarda değerlendirmenin varsayılan rıza çerçevesinde değil, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu kriterlerine göre yapılacağını dile getirmektedir⁷³.

İkinci görüşe göre, failin kendi yararına bir fiili gerçekleştirdiği durumlarda da varsayılan rıza kabul edilmelidir. Ancak böyle bir durumda son derece dikkatli olmak gerekir. Failin kendi yararına hareket ettiği durumlarda varsayılan rızanın tamamen reddedilmesi doğru değildir. Zira varsayılan rıza ilgilinin sadece hipotetik iradesine dayandığı için, bir kişinin başka bir kişiye küçük bir iyilik yapmak isteyebileceği tahmininin hiçbir zaman gerekçelendirilemeyeceği söylenemez. Ayrıca başkasının dostluğuna ve yardım severliğine haklı bir güven sonucunda gerçekleştirilen bir hareketin cezalandırılması suç politikası açısından da yanlıştır ve uygulanma kabiliyeti de bulunmamaktadır⁷⁴.

Failin kendi yararına hareket etmesinde varsayılan rıza, somut olayın koşulları ilgilinin rıza göstereceği hususunda çıkarımda bulunulmasına müsaade etmiyorsa, kabul edilmemelidir. Çünkü failin kendi yararına hareket etmesi hâlinde ilgili sadece zarar gördüğünden, fail onun yaklaşımı konusunda hiçbir bilgiye sahip değilse, asla rızasından hareket edilemez. Fakat bu tür olaylarda hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun koşulları mevcutsa, fiil bu hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilecektir. Bu bağlamda sahibinin seyahatte olduğu bahçeden ağaç dibine düşmüş ve bir süre sonra çürüyecek olan meyveleri toplayan komşu varsayılan rızadan yararlanamaz⁷⁵.

İlgilinin rızasının bulunduğu ilişkin somut bilgi ve belirtilerin mevcut olması hâlinde, varsayılan rıza kabul edilmelidir. Malik meyvelerinin toplanması için komşularına daha önce izin vermişse, onun seyahatte olduğu dönemde meyve toplayan komşu varsayılan rızadan yararlanır. İlgiliyle yakınlık ilişkisi ise, sadece, ilgilinin yararının ihlâlinin tamamen hafif olması

⁷³ SEELMANN, s. 66. Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, No: 261.

⁷⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 17; JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 b); LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 133; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 218; MünchKommStGB (SCHLEHOFER), Vor §§ 32 ff., No: 136; S/S-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, Vorbem. § 32 ff, No: 55; KREY/ESSER, § 18, No: 679; LACKNER/KÜHL, Vor § 32, No: 19; STRATENWERTH/KUHLEN, , § 9, No: 32; RENGIER, § 23, No: 53; HEINRICH, No: 474; FUCHS, 16/42; MÜLLER-DIETZ, s. 282.

⁷⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 27.

hâlinde varsayılan rızaya ilişkin bir çıkarımı haklı kılabilir⁷⁶. Acil bir arama için telefonunu kullanmak üzere evde olmayan komşunun evine girilmesi de bu bağlamda ele alınmaktadır⁷⁷. Yine önemli bir randevusuna geç kalmamak için bir arkadaşının bisikletini izinsiz olarak kullanan kişi varsayılan rızadan yararlanır⁷⁸.

Failin kendi yararına değil de, üçüncü bir kişi yararına hareket etmesi hâlinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. Örneğin, hizmetçinin ev sahibinin uzun zamandan beri giymek istemediği ve yıpranmış olan bir elbiseyi bir fakire vermesi varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygundur⁷⁹.

IV. Hata

Varsayılan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan, failin bu hukuka uygunluk nedeninin maddî koşullarında hataya düşmesi hâlinde TCK md. 30/3 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*.

Varsayılan rızanın maddî koşullarının oluşmamasına rağmen, fail bu koşulların oluştuğunu zannederek fiili gerçekleştirmişse, TCK md. 30/3 gereğince kastı ortadan kalkar. Failin tasavvuru gerçekte örtüşmüş olsaydı, gerçekleştirdiği fiil de bir haksızlık teşkil etmeyecekti. Somut olayı yanlış değerlendiren fail başkasının hukuksal alanına girdiğini bilmekle birlikte, kanunun davranışına izin veren koşulların gerçekleştiğine inanmakta ve hukuka uygunluk durumu içerisinde bulunduğunu zannetmektedir. Varsayılan rızanın maddî koşullarında kaçınılmaz hata durumunda failin kastı ortadan kalkar. TCK md. 30/3 bunu belirtmemiş olmakla birlikte, sınırlı kusur teorisi gereğince boşluk

⁷⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 28; ROXIN, “Über die mutmaßliche Einwilligung”, s. 473-474. “... katılan ile sanık kardeş olup, aynı evde ayrı ayrı odalarda oturmak-tadırlar. Olay gecesi sanık katılanın kullandığı odaya girmiştir. Sanık ile katılanın 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. Katılanın, sanığa odasına girmemesi konusunda rızasının bulunmadığını önceden açıkladığına ilişkin bir iddiası ve bu yönde bir kanıt bulunmaması karşısında, sanığa atılı konut dokunulmazlığını bozmak suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden ...” (2. CD., 31.01.2008, E. 2007-13957/K. 2008-1503, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.08.2011).

⁷⁷ STRATENWERTH/KUHLEN, § 9, No: 32.

⁷⁸ KREY/ESSER, § 18, No: 679; RENGIER, § 23, No: 54; ÖNDER, s. 260.

⁷⁹ JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 b).

bulunduğu takdirde fiilin maddî koşullarında hataya ilişkin TCK md. 30/1 uygulama alanı bulacaktır. Varsayılan rızanın maddî koşullarında hatanın kaçınılabilir olup olmadığının tespiti gerekir. Bu da taksir kriterlerine göre yapılır. Buna göre, fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, maddî koşullarda hataya düşmeyecekti sonucuna varılıyorsa, hata kaçınılmaz değildir. Dolayısıyla taksirle işlenmiş bir haksızlık sözkonusu olur. Ancak bu taksirli haksızlığın cezalandırılabilmesi için zarar verilen hukuksal değer taksirle ihlâlinin de kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. Örneğin, bir hekim ameliyatın genişletilmesini hastanın yararına olarak zorunlu addeder ve ilgilinin o anda sorulsaydı rıza vereceğini yanılarak varsayarsa, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin maddî koşullarının mevcudiyeti hakkında hataya düşmüş olur. Bu durumda kasten yaralama olarak değerlendirilecek bir fiil işlememiştir. Hekimin ameliyatın başlamasından önce, ileride gerçekleşecek genişlemiş bir müdahalenin zorunlu olacağını ve hastanın uygun bir şekilde aydınlatılması hâlinde bu müdahaleye rıza göstermeyeceğini öngörmesi gerekmekeyse, hata taksirli davranışına dayandığından, hekim taksirle yaralama suçundan dolayı sorumlu olur⁸⁰. Buna karşılık hekim, hastanın rızası ol-

⁸⁰ Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2. Ceza Dairesi'nin 25.03.1988 tarihli kararına konu olan olay şöyle gelişmiştir; Sanık Dr. O. 2 Ekim 1979 tarihinde E. Hastanesinin jinekoloji bölümünde M.'ye sezaryen ameliyatı uygular. M. bu ameliyatla sağlıklı bir kız çocuğu dünyaya getirir. Dar bir kalça kemiğine sahip olan hasta aynı hastanede daha önce de iki defa (8 Şubat ve 22 Aralık 1977 tarihlerinde) sezaryen yoluyla doğum yapmıştı. Dr. O. 2 Ekim 1979'daki operasyonun başlamasının hemen öncesinde beklentisinin tersine karın boşluğunda güçlü bir karışıklık şeklinde tehlikeli bir bulguyu tespit eder. Kadının rahmi alt bölgede karın derisi ve sidik torbası ile tamamen birbirine dolanmıştı. Bu da ameliyatın genişletilmesini gerektirmekteydi. Bu sorundan dolayı Dr. O. yeni bir hamilelik ve kaçınılmaz bir sezaryen durumunda yaşamı tehlikeye atan rahim yırtılmasından endişe duyar. Yeni bir hamileliğin mutlaka önlenmesi gerektiği inancıyla Dr. O. ve danıştığı Dr. D., yaşamsal endikasyondan dolayı yumurta kanalını kesmeye karar verirler. Böyle bir müdahaleye, O. ve D.'nin tespitlerinden sonra bile, M.'nin açık bir rızası bulunmamaktaydı. M. yapılacak sezaryen operasyonunun riskleri konusunda aydınlatılmamıştı. Başka bir çocuk isteyip istemediğini veya sterilizasyonu reddedip etmeyeceğini hekimler bilmemektedirler. Bu operasyona rağmen M. daha sonra yeniden hamile kalır ve 15 Eylül 1985 tarihinde son derece ağır bir sezaryen operasyonunun ardından yeni bir kız çocuğu dünyaya getirir. Mahkeme bu olayda, hekimlerin varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin maddî koşullarının mevcudiyeti hakkında yanıldıkları için kasten hareket etmediklerini belirtmişlerdir. Mahkemeye göre, iki hekim de sezaryen operasyonu sırasında saptadıkları bulgudan dolayı yeni bir hamileliğin anne ve çocuğun yaşamı bakımından tehlikeli olacağı ve yumurta yolunun kesilmesinin tıbben uygun olacağından hareket etmişlerdir. Bu yüzden de derhal müdahale edilmesini zorunlu saymışlardır. Çünkü onların bakış açısından daha sonra yumurta yolunun kesilmesi yüksek tehlikeli bir müdahale olabilirdi. Hekimlerin varsayılan rızanın maddî koşullarında taksirli hataya düştüklerini kabul eden Mahkeme, bu suç bakımından ise dava zamanaşımının dolduğu sonucuna ulaşmıştır [BGHSt 35, s. 250-251 (246-251)]. Bu somut olayın aslında kaçınılabilir bir yasak hatası çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. MÜLLER-DIETZ, "Mutmaßliche, s. 285-286.

madığını bilmekte, fakat yine de müdahaleyi kendisine tıbbî bakımdan amaca uygun ve izinli görüldüğü için caiz saymış ise, yasak hatası sözkonusudur⁸¹.

V. Sınırın Aşılması

Varsayılan rızanın sınırının kasten aşılmasında fail, hareketin konusuna bilerek ve isteyerek gereğinden fazla zarar vermektedir. Başka bir ifadeyle, fail kanunun öngördüğü ölçülülüğü bilerek ve isteyerek aşarak amaç dışına çıkmaktadır. Bu durumda varsayılan rızanın yerine getirilmesi artık hukuka uygun olmayacağından faile gerçekleştirmiş olduğu fiile uyan suç tipinin cezası tam olarak uygulanır. Fail sınırın aşılmasında doğrudan kastla hareket etmiş olabileceği gibi, olası kastla da hareket etmiş olabilir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının taksirle aşılması TCK md. 27/1’de düzenlenmiştir. Buna göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur”*. Varsayılan rızanın sınırının taksirle aşılması da bu bağlamda ele alınmaktadır. Varsayılan rıza kapsamında gerçekleştirilen fiil, failin objektif özen yükümlülüğüne uymaması nedeniyle gerekli ölçüyü aşmış olabilir. Fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, varsayılan rızanın hukuka uygunluk sınırını aşmayacaktı sonucuna varılıyorsa, sınır taksirle aşılmış demektir. Ancak sınırın taksirle aşılması durumunda failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için, fiilin taksirle işlenebilen hâlinin de kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. Fiilin kanunda kasten işlenebilen hâli düzenlenmiş, taksirli şekli düzenlenmemişse, hukuka uygunluğun sınırı taksirle aşılmış olsa bile, failin cezalandırılmasına imkân yoktur. Sınırın taksirle aşılması hâlinde, fiilin de taksirle işlenebileceği kanunda öngörülmüşse, TCK md. 27/1 gereğince, fail hakkında suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunacaktır.

VI. Hukuka Uygunluğun Sonuçları

1. Ceza Hukukuna İlişkin Sonuçları

Varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen fiil, tipe uygun olmasına karşın, hukuka aykırılık niteliğini taşımaz. Bu durumda hukuk düzeni, bu fiilin hareketin konusu üzerinde yol açtığı zarara izin vermektedir. Hareketin konusunun zarar görmesinin bu şekilde tasvip edilmesi sonucunda tipikliğin

⁸¹ KÜHL, § 9, No: 47; MÜLLER-DIETZ, s. 285.

uyarı fonksiyonu mevcudiyetini muhafaza etmektedir⁸². Fiil hukuka uygun olduğundan faile sadece ceza değil, kusur yeteneği olmasa ya da kısıtlı olsa bile, güvenlik tedbirleri de uygulanamaz⁸³.

Varsayılan rıza çerçevesinde işlenen fiil hukuka uygun olacağından, bu fiile azmettirme ve yardım etme de cezalandırılmaz. Bağlılık kuralını düzenleyen TCK md. 40/1, *“suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir”* ifadesini kullanarak bunu vurgulamıştır. Buna göre, varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen hukuka uygun fiile azmettirme ve yardım etme de hukuk düzeni tarafından tasvip edilmektedir. Bununla birlikte, bağlılık kuralı dolaylı faillik bakımından uygulama alanı bulamayacağından, araç kişi olarak fiili gerçekleştiren kişi varsayılan rıza çerçevesinde bir hukuka uygunluk içerisinde bulunsun bile, bu araç kişiyi fiili gerçekleştirmeye sevk eden arka plândaki kişi dolaylı fail olarak tipe uygun fiilden sorumlu tutulacaktır⁸⁴.

Varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen fiile karşı meşru savunma hukuka uygunluk nedenine başvurulamaz. Çünkü TCK md. 25/1 anlamında haksız bir saldırı bulunmamaktadır. Varsayılan rıza çerçevesinde hukuksal alanına müdahale edilen kişi lehine gerçekleştirilen savunma fiili meşru savunma ile hukuka uygun hâle gelmez.

Varsayılan rıza kapsamında gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olacağından haksızlık karakterini de taşımaz. Bu nedenle hukuksal alanına müdahale edilen kişi, kendisine yönelik haksız bir fiil bulunmadığı için, bu müdahaleye tepki olarak işlemiş olduğu suç bakımından haksız tahrik indiriminden yararlanamaz.

2. Ceza Muhakemesine İlişkin Sonucu

Varsayılan rıza çerçevesinde işlenen fiil hukuka uygun olacaktır. Böylece bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısıyla CMK md. 223/2-d gereğince beraat kararı verilir. Bu düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır; *“Beraat kararı ... yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, ... Hallerinde verilir”*. Bu düzenlemeden tipikliğin sanık tarafından gerçekleştirildiği tespit edildikten son-

⁸² Bkz. KANGAL, s. 208-209.

⁸³ Bkz. KANGAL, s. 210.

⁸⁴ Bkz. KANGAL, s. 209.

ra fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısıyla beraat kararı verileceği sonucu çıkmaktadır. Beraat kararı verildiği takdirde, sanığa sadece ceza değil, güvenlik tedbirlerinin de uygulanması olanağı ortadan kalkmaktadır.

3. Özel Hukuka İlişkin Sonuçları

Varsayılan rıza çerçevesinde gerçekleştirilen fiil aynı zamanda vekâletsiz iş görmenin de kapsamına girmekteyse, sorun yoktur. Başka bir ifadeye, fail hukuksal alanına müdahale ettiği kişinin menfaatine ve varsayılan iradesine göre fiili gerçekleştirmişse, TBK md. 526 uygulama alanı bulacağından failin tazminat sorumluluğu doğmayacak, tam tersine yapmış olduğu masrafları ve uğramış olduğu zararları iş sahibinden talep etme hakkına sahip olacaktır (TBK md. 529).

Failin kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına hareket etmesi hâlinde ise, TBK md. 63/2'deki *“daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ... hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz”* ibaresi gereğince bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, failin kendi veya üçüncü bir kişi yararına olarak başkasının hukuksal alanına müdahale etmesi durumunda, kendisinin veya üçüncü kişinin bu yararı hukuksal alanına müdahale ettiği kişinin yararından daha üstün nitelikte ise, fiili TBK md. 63/2 gereğince hukuka uygun olacaktır.

Eğer failin başkasının hukuksal alanına müdahalesi vekâletsiz iş görmenin (TBK md. 526) veya daha üstün nitelikteki yararın korunmasının (TBK md. 63/2) kapsamına girmemekteyse, hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince bir çözüm yolu bulunmalıdır. Buna göre, hukuk düzeni bir bütün olduğundan ceza hukuku bakımından hukuka uygun olan bir fiil hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygun olacaktır. Varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiilin hukuka uygunluğu özel hukuk sorumluluğunu da ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- DISPUT, Anja: *Die (mutmaßliche) Zustimmung des Rechtsgutsträgers und deren Auswirkungen auf die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandes*, Frankfurt am Main 2009.
- ERMAN, Barış: *Ceza Hukukunda Tibbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003.
- FABRIZY, Ernst Eugen: *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 10. Auflage, Wien 2010.
- FERNANDES, João Manuel: *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, Berlin 2010.
- FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011.
- FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009.
- FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009.
- FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008.
- GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.
- HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004.
- HAKERİ, Hakan: *Tip Hukuku*, Ankara 2007.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HEIDNER, Hans-Hermann: *Die Bedeutung der mutmasslichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs*, Göttingen 1988.
- HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010.
- HIRSCH, Hans-Joachim: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff (son güncelleme: 01.04.1994)*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Berlin 2003.

- HRUSCHKA, Joachim: “*Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*”, Festschrift für Eduard DREHER, Berlin-New York 1977, sh: 189-210.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I: §§ 1-51*, München 2003.
- KANGAL, Zeynel T.: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010.
- KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009.
- KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ullrich: *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band I (§§1-145d)*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010. [Kısaltma: NK-StGB (PAEFFGEN)].
- KLESCZEWSKI, Diethelm: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bonn 2008.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010.
- KÖHLER, Michael: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997.
- KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011.
- KUHLEN, Lothar: “*Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen*”, JR 2004, sh: 227-230.
- KUHLEN, Lothar: “*Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung*”, JZ 2005, sh: 713-718.
- KÜHL, Kristian: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2008.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011.
- LUDWIG, Ingo/LANGE, Jérôme: “*Mutmaßliche Einwilligung und willensbezogene Delikte – Gibt es ein mutmaßliches Einverständnis?*”, JuS 2000, sh: 446-450.

- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.
- MEZGER, Edmund: *Strafrecht*, 2. Auflage, München-Leipzig 1933.
- MOSENHEUER, Andreas: “*Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza*”, (Çev.: Hakan HAKERİ), V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, sh: 69-80.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz: “*Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung*”, JuS 1989, sh: 280-286.
- OTTO, Harro: “*Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*”, Jura 2004, sh: 679-683.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006.
- RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München 2010.
- RIEGER, Gregor: *Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch*, Frankfurt am Main 1998.
- RIKLIN, Franz: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Zürich 2002.
- ROXIN, Claus: “*Über die mutmaßliche Einwilligung*”, Festschrift für Hans WELZEL zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1974, sh: 447-475.
- ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.
- RÖNNAU, Thomas: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Band: 2, Berlin 2006.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, c:1, 3. Baskı, Ankara 1999.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Tübingen 1975.
- SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010.

- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.
- SCHROTH, Ulrich: “*Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht*”, JuS 1992, sh: 476-480.
- SEELMANN, Kurt: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009.
- STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011.
- STRATENWERTH, Günter/WOHLERS, Wolfgang: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 2. Auflage, Bern 2009.
- TIEDEMANN, Klaus: “*Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder*”, JuS 1970, sh: 108-113.
- TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich 2008.
- TRECHSEL, Stefan/NOLL, Peter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Zürich 1998.
- TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994.
- WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, 10. Auflage, Berlin 1967.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg 2010.
- YENERER-ÇAKMUT, Özlem: *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.
- YENİSEY, Feridun: “*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, sh: 868-879.
- ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009.