



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 15.11.2019
Revizyon Talebi: 08.05.2020
Son Revizyon: 20.07.2020
Kabul: 30.10.2020

Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza

Muhammed Demirel*

Öz

Yaşam, vücut ve cinsel özgürlük gibi birçok alana ilişkin olarak bireysel dokunulmazlıklar söz konusudur. Bu dokunulmaz alanlara kural itibarıyla hiçbir şekilde müdahale edilemez. Bununla birlikte kişi, müdahale teşkil eden davranışlara karşı rıza gösterebilir. Kişinin rızası ile birlikte belirli koşulların varlığı halinde bu fiiller haksızlık teşkil etmeyecektir. Bu durum, iki şekilde olabilir. İlk ihtimalde rıza, tipiklik kapsamında yer alabilir ve böylece tipikliğin gerçekleşmesine engel teşkil edebilir. Ya da rıza, hukuka aykırılık unsuru altında bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Böylelikle rızanın konumlandığı yere göre etkisi de değişiklik gösterecektir. Esasen her iki durumda da işlenen fiil, rıza ile meşru olacaktır. Ancak rızanın konumuna göre koşulları ve beraberinde getirdiği sonuçlar değişecektir. İşte bu incelemede konumlandığı yere göre rızanın koşulları ve beraberinde getirdiği sonuçlar, detaylı bir şekilde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İlgilinin rızası, Rıza ehliyeti, Hata, Cinsel suçlar, Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, Konut dokunulmazlığının ihlali, Hırsızlık

Two Aspects of Consent in Criminal Law: Consent, Which Prevents the Typical Act and Consent, which is the Justification

Abstract

There are individual immunities in many areas such as life, body and sexual freedom. As a rule, these untouchable areas cannot be affected in anyway. However, a person can give a consent against these kinds of acts. These acts do not constitute injustice in the presence of certain circumstances with the consent of the person. This can be done in two ways. Firstly, the consent can fall into the typicality and thus hinder the realization of the typicality. Secondly the consent can be a justification under the element of illegality. The effect of consent thus depends on where the consent is. In fact, in both cases, the act committed will be legal with consent. However, the conditions and consequences of consent vary according to the position of consent. In this review, the conditions of consent and the consequences of consent are discussed in detail according to its position.

Keywords

Consent of the concerned person, Consent capability, Mistake, Sexual crimes, Deprivation of liberty, Home invasion, Theft

* **Sorumlu Yazar:** Muhammed Demirel (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: muhammedemirel@gmail.com ORCID: 0000-0001-9162-1459

Atf: Demirel M, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0010>



Extended Summary

The importance of consent in the meaning of criminal law goes back to ancient times. Consent appears firstly in Digesta with the expression “*volenti non fit iniuria*”. This statement means that “what happens with the will of the injured person is not unjust.” There is no clear regulation regarding consent in the German Penal Code. With the reform of the criminal law in Turkish law carried out on June 1, 2005, however, the regulation of “consent of the concerned” was incorporated into criminal law and the conditions of consent were clearly defined.

Consent can be positioned in two places in the criminal system. In some cases, consent can be an element of typicality within the framework of typicality. In this case, consent prevents the objective element. In some cases, consent may be under the element of illegality. In this case, consent makes the typical act lawful. If consent is explicitly included in the definition of crime, it is in the objective element. Theft could be given as an example.

Sometimes the position of consent is determined with the interpretation of the elements of the crime. At this point, the function of the crime and the legally protected interest are taken into account. According to German law, the crime of deprivation of liberty (Section 239) can be an important example for that. Under Turkish law, consent exists both in teaching and in court decisions regarding deprivation of liberty under the element of illegality. Likewise, according to German law, consent regarding sexual crimes is found under the objective element. It is also accepted by some authors in Turkish law. In fact, we also share this opinion. However, according to the prevailing view in Turkish law, the victim’s consent lies in the element of illegality.

The position of consent will bring many important results in practice, especially in error. These results are shown as a table:

TWO DIFFERENT CONSENTS ¹	
CONSENT UNDER THE ELEMENT OF ILLEGALITY	CONSENT UNDER THE TYPICALLY ACT
• There is an effect that makes the act legitimate. • Typical act occurs, but that act becomes lawful because of the consent.	• The consent prevents the act from being typical. • Thus, the objective element does not occur.
• The ability to consent must be obtained for the consent.	• Due to the actual structure of the act, only the person's natural will is taken into account. • It is not necessary to have the ability to consent. • The will to consent alone is sufficient.
• The consent should be expressed clearly and specifically • The consent form should not be based on a lack of will, such as fraud, threats or errors. • Otherwise the consent is invalid and ineffective.	• It is not necessary to express the consent clearly and specifically. • It is sufficient that the consent actually exists. • However, consent must have been given deliberately. • Passive toleration is not enough due to fear. • The lack of will through fraud is as a rule insignificant.
In case of a mistake: • If the offender does not know the current consent, punishment for attempted crimes or for completed crimes will be according to subjective view. According to the objective opinion, there is no punishment. • If the offender believes that there is an existing and valid consent, the offender will not have acted deliberately. Negligent responsibility is affected. • In addition, according to the view prevailing in German teaching, the intention of guilt is lost. Two views emerged here. According to the first view, it is the error that cancels the intention. According to the second opinion, there is an error that influences guilt.	In case of a mistake: • If the perpetrator is not aware of the current consent, an impracticable attempt exists. The impracticable attempt will be punished according to German law. However, an impracticable attempt will not be punished under Turkish law. • If the offender believes that there is an existing and valid consent, the offender will not have acted deliberately. Negligent responsibility is affected.

¹ Schmidt's work was used as the basis for the preparation of the table. See Schmidt (n 2) kn 451.

Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza

I. Genel Olarak

Meşru savunma ve zorunluluk hali kapsamında iki menfaat arasında bir çatışma mevcut olup bir menfaat üzerinde mevzu bahis olan saldırı ya da tehlikeye karşılık bu menfaatin korunması adına söz konusu saldırı veya tehlikenin bertaraf edilebilmesi için başka bir menfaatin ihlal edilmesi söz konusudur. Oysa ki kişinin rızasında belirli koşullar altında belirli hukuki değerlerin yetkili olan, kural olarak bu değerlerin sahibi olan kişi tarafından, bu hukuki değer üzerinde bir *vazgeçiş* mevzu bahis olabilir. Bu durumda da hukuk düzeni açısından kural olarak bu menfaatin korunması için bir gereklilik kalmamakta, bu defa hukuk düzeni bu değeri korumamakta ve gerçekleştirilen hareket cezalandırılmamaktadır¹. Özellikle tıbbi müdahale gibi durumlarda rıza gösteren kişinin karşı tarafça ihlal edilmesine rıza gösterdiği değer, zaten önceden bir şekilde zarar görmüş yahut tehlikeye düşmüş ve tedavi edilmesi gereken bir durum olarak görünmektedir. Örneğin tedavi etmek üzere narkoz vererek hastasını uyuşturan hekim, her ne kadar hastasının vücut dokunulmazlığını ihlal etmekteyse de esasında bu hastanın vücudu zaten tedavi edilmesini gerektirecek şekilde zarar görmüş ya da zarar görme aşamasına gelmiş haldedir. Bu anlamda rızada, büyük ölçüde kişinin kendisi için ve yine kişinin kendisine ait bir değere yönelik saldırı gerçekleştirilirken meşru savunma ve zorunluluk halinde genel olarak kişinin kendisi için başkasına ait bir değere yönelik saldırı gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla meşru savunma ve zorunluluk halinden oldukça farklı olan ve bu anlamda farklı koşul ve kurallara tabi olan rıza kurumu da incelenmeye değer konulardan biri olarak öne çıkmaktadır.

Kişinin rızasının ceza hukuku anlamında öneminin tarihi olarak oldukça eski zamanlara kadar uzandığı ifade edilebilir². Bu çerçevede ilk defa *Digesta*’nın 27. Kitabında Roma hukukçusu *Ulpian* tarafından yer verilen ve “*Zarar verilen kişinin iradesiyle olan şey, haksız değildir.*” anlamına gelen “*volenti non fit iniuria*” şeklindeki ifade kapsamında rıza ile karşılaşılmaktadır³. Bu cümlede yer alan “*iniuria*” ibaresinin

¹ Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (14. Auflage, Bremen 2015) kn 428; Alfred Bergmann, ‘Die Grundstruktur des rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)’ (JuS 1989) 109; Thomas Rönnau, ‘Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis’ (JuS 2007) 18.

² Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot Berlin 1996) § 34 II 1; Rönnau (n 2) 18.

³ Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015) § 12 kn 1 dipnot 1; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2017) § 9 kn 20; Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch and Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016) § 15 kn 117; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006) § 13 kn 1; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Auflage, C. H. Beck, München 2017) § 23 kn 7; Jescheck and Weigend, § 34 II 1; Rönnau (n 2) ‘Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis’ 18; Wolfhard Kohte, *Die rechtfertigende Einwilligung* (Mohr Siebeck, 1985) 108; Knut Amelung, ‘Über die Einwilligungsfähigkeit’ (ZStW 104, 1992) 525; Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2012) 55; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Seçkin, Ankara 2018) 288, 289.

dar anlamda sadece hakaret olarak anlaşılmaması, kişilik haklarının her türlü şekilde ihlali olarak okunması gerektiği belirtilmektedir⁴. Bu bakımdan aynı zamanda bir ilke olarak görülen bu ifade, Roma hukukunda rızanın her “*iniuria*” durumunda (yaşamın ve vücudun zarar görmesi altında kişilik haklarının ihlali) hukuka uygun kılıcı etkisine karşılık gelir. Yani rızanın Roma hukukunda farklı şekilde ele alınmasına ve dogmatik anlamda günümüzdeki durumundan uzaklaşmasına neden olan⁵ bu ilkeye göre, kişinin iradesiyle sonuçlanan hukuki değerine yönelik saldırı, haksızlık teşkil etmeyecektir. Zira her vatandaş, “*kendi yaşam alanı*” üzerinde serbest şekilde tasarrufta bulunabilecektir. Böylelikle suçun yapısını sübjektif hakların ihlal edilmesinde gören doğal hukuk öğretisi için hukuk düzeninin ilgili kişiye ceza hukuku korumasından vazgeçme konusunda ne denli yetki verdiği açıklığa kavuşturulmuştur⁶.

Bununla birlikte her ne kadar tarihi süreç içerisinde hukuk okulları tarafından farklı görüşler⁷ ileri sürülmüş ve rıza konusu bu ifadeden bağımsız olarak tartışılmışsa da bu ifade, nihayetinde günümüzde de bazı sınırlandırmalarla birlikte kabul edilmiştir. Nitekim günümüzde Alman Ceza Kanunu’nda bazı suç tipleri kapsamında örtülü şekilde düzenlenmiş olma dışında rızaya ilişkin açık bir düzenleme yer almazken⁸ doktrinde yalnızca Alman Anayasası’nın 2’nci maddesinde *kendi geleceğini belirleme hakkı* çerçevesinde rıza kurumunun kendine bir yer bulduğuna dikkat çekilmektedir⁹. Bu çerçevede kendi geleceğini belirleme hakkının, sahibine kendisini başkasının yaralamasına izin verebilme de dahil olmak üzere hukuki değerler üzerinde tasarruf etme yetkisi verdiği kabul edilmiş ve kural olarak kişinin rızasına belirli bir değer atfedilmiştir¹⁰. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, kişilerin bireysel anlamda

⁴ Roxin (n 4) § 13 kn 1.

⁵ Kohte (n 4) 108, 109.

⁶ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 1.

⁷ Bir defa tarihi hukuk okulu savunucuları, ceza hukukunun sadece genel yapıya hizmet edebileceği argümanından hareketle rızanın cezalandırılabilirlik üzerindeki etkisini reddetmişler, devlet düzeninin tarihi görünüm şekli olarak ceza hukukunun her bir kişinin hevesine, isteğine tabi kılınmayacağını ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık doğal hukuk öğretisinin etkisinde olan yazarlar ve keza *Hegel* etkisinde kalan yazarlar, günümüzdeki hâkim görüşte olduğu gibi saldırıya maruz kalan hukuki değerlerin tasarruf edilebilirliği kriterine dayanmışlar ve böylelikle rızayı sadece sübjektif haklardan vazgeçiş durumunda etkili görmüşlerdir. Dolayısıyla bu görüşe göre her bir kişinin sübjektif iradesinin bir yansıması olan rızaları, çok fazla objektif genel iradesinin reddini de içermemelidir. Bu çerçevede de kişinin tasarruf edebilme ehliyetini dikkate almışlar ve objektif genel iradeye karşı yönelen saldırıları bu kapsamda telakki etmemişlerdir. Nihayet sosyolojik hukuk okulu ise cezalandırılabilir hareketin yapısını menfaatlerin ihlalinde görür ve dolayısıyla da rızanın hareket eden kişinin hayat ve vücut bütünlüğü de dahil olmak üzere hak ihlalinin kesin bir şekilde ortadan kaldıracığını kabul ederler. Bu açıklamalar için bakınız Roxin (n 4) § 13 kn 1; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 1. Rıza, 20. yüzyıla kadar bilhassa özel hukuk anlamında irade açıklaması olarak telakki edilmiştir. Nitekim bu sebepten dolayı da irade yeteneği ve irade eksikliğine ilişkin hususlar, medeni hukuk kuralları dikkate alınarak belirlenmiştir. Bu etkinin halen devam ettiğine vurgu yapılmıştır. Bununla birlikte irade açıklaması ile rıza arasında farklı norm tipleri kapsamında yer almaları bakımından da keskin bir ayrım olduğuna da işaret edilmiştir. Nitekim rızanın düzenleyici bir norm olduğu, yani insan vücudu gibi mevcut değerleri koruduğu, değerlerin dokunulmazlığının ilgili kişinin menfaatine olmaması halinde hak sahibinin bu normun korumasının kaldırılmasına dair iradesini açıkladığı, özel hukuk anlamındaki irade açıklamasının ise yapıcı bir norm niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir. Açıklamalar için bakınız Knut Amelung and Frieder Eymann, ‘Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht’ (JuS 2001) 937, 938.

⁸ Friedrich Geerds, ‘Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf’ (ZStW 1960) 48, 49.

⁹ Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht* (3. Auflage, C.H. Beck, München 2015) § 25 kn 116; Kühl (n 4) § 9 kn 20; Rengier (n 4) § 23 kn 7; Ekici Şahin (n 4) 55. Alman doktrininde çoğunlukla hukuka uygunluk nedeni olan rızanın örf-adet hukukundan kaynaklı olduğu ifade edilmektedir. Bakınız Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 117.

¹⁰ Kühl (n 4) § 9 kn 20.

kendileriyle ilgili olarak karar verebilme haklarının, korunan hukuki değerler karşısında üstün görülmesidir¹¹. Zaten bu hukuki değerlerin ceza hukuku anlamında korunmasının da bu değerlerin kişinin özgürlüğüyle yakından ilişkili olmasından kaynaklandığının altı çizilmekte, bu bakımdan da bu tür değerlerin ihlal edilmesinin, şayet ilgili kişinin iradesine uygun olarak rızası varsa haksızlık teşkil etmeyeceğine işaret edilmektedir¹². Ancak elbette kişinin kendisi için korunuyor olsalar da hukuki değerler üzerinde tasarruf yetkisinin belirli koşulları öngörülmüş, bu hususta Alman doktrininde bazı tartışmalara yer verilmiştir. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda 1 Haziran 2005 tarihinde yapılan ceza hukuku reformuyla birlikte ceza kanununda “ilgilinin rızası” düzenlemesi ihdas edilmek suretiyle rızanın koşullarına açıkça yer verilmiştir. Bu bağlamda hiç kuşkusuz Türk ceza hukukunda, rıza mevzusunun çok daha belirgin hale getirildiğinin altı çizilmelidir. Nitekim Alman Ceza Kanunu’nda bu konuya ilişkin genel nitelikte pozitif bir kanuni düzenlemenin bulunmaması nedeniyle Alman doktrininde hukuka uygunluk nedeni olan rızanın unsurları ve yapısına ilişkin tek bir görüş elde edilmesinin zorluğuna işaret edilmiş, rızanın koşulları ve temeli bakımından mahkeme kararları ve literatürdeki görüşler dikkate alındığında çok sayıda belirsiz şartın ortaya konulduğuna vurgu yapılmıştır¹³.

Buna mukabil Alman ceza hukuku doktrininde rızanın hukuka uygunluk nedeni olan ve tipikliğe engel olan rıza olmak üzere iki türü olduğu ileri sürülmüş, Alman doktrini bu yönde bir gelişim göstermiştir. Yoksa failin tipik olarak korunan hukuki değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişinin iradesiyle hareket etmiş olması durumunda, haksızlığın söz konusu olmayacağı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır¹⁴. Buna karşılık Alman doktrininde daha çok rızanın hangi suç tiplerinde hukuka uygunluk nedeni olduğu, hangi suç tiplerinde tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiği tartışması üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda çeşitli tartışmalarla birlikte birtakım sonuçlara ulaşılmış, hatta bu iki rıza türünün koşulları belirli noktalarda birbirinden ayrı olacak şekilde belirginleştirilmiş ve bu farklılıkların ne gibi neticeleri beraberinde getireceği hususu detaylı olarak irdelenmiştir. Ancak Türk hukukunda benzer tartışmalara ve görüşlere pek yer verilmediği, genel itibariyle hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile yetinildiği hususu dikkat çekmektedir. Halbuki bu iki rıza türünün ortaya çıkardığı farklı sonuçlar göz önüne alındığında bu ayrımın oldukça önemli olduğu, dolayısıyla da özel olarak irdelenmesi gerektiği belirtilmelidir.

Gerçi Alman Ceza Kanunu’nun aksine, Türk Ceza Kanunu’nda rızaya ilişkin açık bir düzenlemenin var olmasından dolayı Türk hukukunda bu türden bir tartışmaya gerek bulunmadığı ileri sürülebilirse de bu tarz bir karşı görüş, Türk hukukundaki suç tipinde açıkça “rızaya aykırılık” unsurunun belirtildiği suç tipleri de dahil olmak

¹¹ Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen 1975) 8/124.

¹² Günter Stratenwerth and Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2011) § 9 kn 6.

¹³ Rönna (n 2) 19; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 117.

¹⁴ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 2.

üzere bütün suçlar bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu defa da suç tiplerinde açıkça yer verilen “rızaya aykırılık” unsurunun ne tür bir anlam ifade ettiği sorusuyla karşılaşılacaktır. Kaldı ki Alman hukukunda “*tipikliğe engel olan rıza/hukuka uygunluk nedeni olan rıza*” şeklinde bir ayrıma gidilmesinin nedeni olarak ceza kanununda rızaya ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmayışı da gösterilemez. Şu hâlde Türk Ceza Kanunu’nda zaten rızaya ilişkin açık bir düzenlemenin bulunduğu, dolayısıyla da rızanın niteliğine dair bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin bir öneminin bulunmadığı yönünde itirazların¹⁵ ileri sürülmesi yerinde olmayıp bilakis rızanın bu iki farklı niteliğinin irdelenmesi özel bir gereklilik arz etmektedir.

Bu minvalde incelememizin başlığından da anlaşılacağı üzere rızanın bu iki türü üzerine olacak, bu çerçevede öncelikle Alman hukukunda hangi durumlarda bu iki rıza türünün söz konusu olduğu örnekler üzerinden izah edilecek, daha sonra ayırım kriteri ortaya konularak bu ayırımın ortaya çıkardığı etkilerin neler olduğu ele alınacaktır. Elbette bu inceleme yapılırken Türk hukuku kapsamında da bazı açıklamalara yer verilecek, bu anlamda çalışmanın karşılaştırmalı bir yöntemle yapılmasına özen gösterilecektir.

II. Tipikliğe Engel Olan Rıza ile Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza Ayrımı

A. Genel Olarak

Rıza, suç sistematüğinde iki yerde konumlandırılabilir ve bu konumlandırılma biçimine göre de isimlendirilebilir. Buna göre rıza, bazı durumlarda tipiklik kapsamında maddi unsurlar altında tipikliğin bir unsuru olarak görünüm arz edebilir ve “*tipikliğe engel olan rıza*” şeklinde nitelendirilebilir. Bazı durumlarda ise rıza, her ne kadar bu konuda aksi görüşler ileri sürülmekteyse de hukuka aykırılık unsuru altında konumlandırılabilir ve “*hukuka uygunluk nedeni olan rıza*” şeklinde isimlendirilebilir. Bu çerçevede bu ayırım, Alman hukukunda tipikliğe engel olan rıza (*Einverständnis*) ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza (*Rechtfertigungsgrund*) arasında farklı terimlerin kullanılması suretiyle de¹⁶ açık ve net bir şekilde ortaya

¹⁵ Koca ve Üzülmöz (n 4) 291.

¹⁶ Horst Schlehofer, *Einwilligung und Einverständnis* (Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1985) 1, 2; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1969) 95; Rengier (n 4) § 23 kn 3; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 7; Amelung and Eymann (n 8) 938; Rönna (n 2) 18; Murmann (n 10) § 25 kn 118; Thomas Rönna, ‘Zur Lehre vom bedingten Einverständnis’ (Festschrift für Claus Roxin, 2011) 487; Thomas Exner, ‘Minderjährige im StGB’ (Jura 2013) 103; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014) kn 440; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Morh Siebeck, Tübingen 2015) kn 304; Kühl (4) § 9 kn 25; Horst Schlehofer, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 1, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) Vor § 32 kn 140; Schmidhäuser (n 12) 8/127; Sandra Maria Beckert, ‘Einwilligung und Einverständnis’ (JA 2013) 508; Gerd Bichlmeier, ‘Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff’ (JZ 1980) 54; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119. Reddeden görüş için bakınız Roxin (n 4) § 13 kn 11. Bu ayrımı kavramsal olarak ilk defa ifade eden Geerds’tir. Bakınız Geerds (n 9) 43. Türk doktrininde bu konudaki açıklamalar için bakınız Ekici Şahin (n 4) 70 ff; Koca ve Üzülmöz (n 4) 289.

konmuştur. Bu kapsamda örnekler üzerinden bu iki rıza türünün ayırım temeline ve ayırım için kıstaslara değinilecek, daha sonra da bu ayırımın sonuçlarına yer verilecektir.

B. Ayırımın Temeli

Bir suç tipi kapsamında rızanın tipikliğe engel nitelik mi arz ettiği yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu hususunda bir karar verebilmek için her durumda suç tanımının dikkate alınması ve buna göre bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bununla birlikte ilerleyen kısımlarda da incelenecek olduğu üzere Alman doktrininde bazı yazarlar¹⁷, bu ayırımı hiçbir şekilde kabul etmeyip rızanın her durumda tipikliğe engel teşkil ettiği düşüncesinden hareket etmektedirler. Yani bu yazarlara göre rıza, hiçbir şekilde hukuka uygunluk nedeni olarak görülemez. Bu husus bir tarafa bırakıldığında rızanın tipikliğe engel nitelik taşıdığına dair ilk işaret olarak kanuni tanımda açıkça rızaya aykırılık unsuruna yer verilmiş olması gösterilebilir.

a. Kanuni tanımda açıkça yer verilmiş olan rızaya aykırılık unsuru: Bazı suçlarda suç tipini temellendiren haksızlık, kendine ait değer ihlal edilen kişinin doğrudan iradesine aykırılıkta yer alır¹⁸. Suç tipinde tanımlanan hareketin, mağdurun iradesine aykırı olarak yahut iradesi olmaksızın işlenmiş olmasının ya da ihmal edilmesinin açık veya örtülü şekilde şart olduğu suç tiplerinde rıza, tipikliğe engel bir niteliği haiz olup “*tipikliğe engel olan rıza*” şeklinde isimlendirilmektedir¹⁹. Bu suçlarda tipik haksızlık tanımlaması, hukuki değerın ait olduğu kişinin iradesi ile ayrılmaz şekilde birbirine bağlanmıştır. O kadar ki hukuki değerin korunmasından iradi olarak vazgeçiş, suç tipinin gerçekleşmemesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır²⁰. Buna göre suç tipinin kapsamından suç tipinde tanımlanan hareket için açıkça mağdurun rıza göstermemesinin gerekli görüldüğü anlaşılan suçlarda kesin olarak tipikliğe engel olan rıza söz konusudur²¹. Kanuni tanımında açıkça hareketin rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilen suçlarda böylesi bir tartışmadan elbette söz edilemez.

¹⁷ Roxin (n 4) § 13 kn 12; Helmut Gropengießer, ‘Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung’ (JR 1998) 89; Schlehofer (n 17) 4; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn. 126.

¹⁸ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Springer 2015) § 5 kn 120; Volker Krey and Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Stuttgart 2012) kn 656; Ekici Şahin (n 4) s. 90.

¹⁹ BGH NStZ 2014, s. 156 (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119); Roxin (n 4) § 13 kn 2; Krey and Esser (n 19) kn 656; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 8; Amelung and Eymann (8) 938; Beckert (n 17) 507; Murmann (10) § 25 kn 118; Schmidt (n 2) kn 430; Rönnau (n 2) 18; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn. 140; Heinrich (n 17) kn 438; Gropp (n 19) § 5 kn. 113; Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Kühl (n 4) § 9 kn 25; Geerds (n 9) 45; Exner (n 17) 103.

²⁰ Schmidt (n 2) kn 430; Beckert (n 17) 508; Rönnau (n 2) 20.

²¹ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140; Gropp (19) § 5 kn 120; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119; Geerds (n 9) 45; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin, Ankara 2018) 366; Koca ve Üzülmöz (n 4) 289.

Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 141'inci maddesinde yer alan tanıma göre başkasına ait bir taşınır malı, zilyedin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alan kişinin cezalandırılacağına yer verilmiş, zilyedin rızası özel olarak vurgulanmıştır. Ancak aynı durumun Alman hukukunda da geçerli olduğu belirtilemez. Her ne kadar hırsızlık suçu (§ 242) kapsamında rıza Alman doktrininde de tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmekteyse de²² kanuni tanımda açıkça zilyedin rızasına aykırılıktan söz edilmemektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 242'nci paragrafında yer alan tanıma göre başkasına ait taşınır bir malı, hukuka aykırı bir şekilde kendisine mal edinmek veya üçüncü bir kişiye mal edindirmek maksadıyla bulunduğu yerden alan kişinin cezalandırılacağına yer verilmiştir.

Buradan hareketle özellikle ifade edilmelidir ki tipikliğe engel olan rızanın söz konusu olduğu bazı suç tiplerinde, hareketin gerçekleştirilmesinin mağdurun iradesine aykırı olması kanuni tanımda açıkça yer almayabilir. İşte bu suçlarda hareketin kişinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği, tanımda yer alan hareketin yorumlanması suretiyle tespit edilecektir²³ ki bu da tipikliğe engel olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ikinci ayırım temelini oluşturur.

b. Yorum suretiyle kanuni tanımda olduğu anlaşılan rıza unsuru: Rızanın bir suç tipi kapsamında hukuka uygunluk nedeni mi olduğu yoksa tipikliğin gerçekleşmesini mi önlediği hususu, suç tipi tanımında açıkça rıza unsuruna yer verildiği durumlarda zor değildir. Buna rağmen kanuni tanımında hareketin rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiğine açıkça yer verilmemiş olan, yani hareketin yorumlanması suretiyle rızaya aykırı gerçekleşmesi gerektiğinin öngörüldüğü suçlarda bu husus tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmuş değildir²⁴. Kaldı ki esasen çoğu durumda da rızanın tipiklik kapsamında yer aldığı suç tiplerinin bu şekilde olduğuna dikkat çekilmektedir²⁵. İşte bu durumlarda ayırım sorunu, her bir suçun tipiklik unsurlarının yorumlanması suretiyle ortaya konacaktır²⁶.

²² Welzel (n 17) 95; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Schlehofer (n 17) 72; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140; Geerds (n 9) 74; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 8; Murmann (n 10) § 25 kn 118; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 33; Gropp (n 19) § 5 kn 113; Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich and Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil* (3. Auflage, Giese King, 2015) § 13 kn 53. Alman literatüründe garip bir şekilde hırsızlık suçunu işleyeceğinden şüphelenilen kişinin suçüstü halinde yakalanması için suça sevk edilmesi üzerinden örnekler verilmekte ve böylelikle esasen rıza bulunduğundan hırsızlık suçunun tipik olmayacağı, suç kapsamındaki hareketi gerçekleştiren kişinin ise hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılacağı temellendirilmeye çalışılmaktadır (Bu örnek için bakınız Schmidt (n 2) kn 430). Kanaatimize göre bu tür örnekler, bilhassa bir hukuk devletinde gerçeklerle uyumlu olmayıp tamamen ütöpik bir nitelik taşımaktadır. Zira bir kimsenin meşru olacak şekilde oldukça sınırlı olmak koşuluyla hangi hallerde suça sevk edilmesinin mümkün olduğu kapsamlı bir tartışmanın konusu olup bu tür hırsızlık gibi daha basit nitelik arz eden suçlarda bu şekilde salt suçun işleneceğinin ispatlanması gibi nedenlerle kişinin suça sevk edilmesi mümkün görülmemelidir. Dolayısıyla da sırf konuyu örneklemek adına bu tür misallerle konunun izah edilmeye çalışılmasını hiçbir şekilde doğru görmediğimizi vurgulamak gerekir.

²³ Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Schmidt (n 2) kn 430; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 a.

²⁴ Kühl (n 4) § 9 kn 21.

²⁵ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 142.

²⁶ Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Heinrich (n 17) kn 441; Krey and Esser (n 19) kn 656; Koca and Üzülmüş (n 4) 289.

Bu noktada ilgili suç tipinin fonksiyonu ve korunan hukuki değer in yapısından hareketle bir sonuca ulaşılacaktır²⁷. Nitekim iradenin kabul etmesi ve kullanması özgürlüğünün tek başına ya da başka bir hukuki değerle birlikte olduğu, iradenin zorlanmasına dair unsurun veya unsurların doğrudan kullanılan kelimelerle değil de yorum yoluyla ortaya konulabildiği suç tipleri bunlara örnek gösterilebilir²⁸. Diğer bir deyişle bazı suç tipleri, amaç ve anlamları veya yapısı gereğince tanımlarında yer alan hareketin mağdurun iradesi olmaksızın ya da bu iradeye aykırı olarak gerçekleştirilmesini şart koşar²⁹. Bu çerçevede Alman hukukunda hırsızlık suçunun kanuni tanımında kullanılan ve “malın zorla alınmasına” karşılık gelen ifade, zilyedin rızasının bulunmaması olarak yorumlanmaktadır³⁰. Nitekim zilyedin rızasının bulunması durumunda malın zorla alınması gibi bir durumdan bahsedilemeyeceğine vurgu yapılmaktadır³¹.

Türk hukukunda ise Türk Ceza Kanunu’nun 141’inci maddesinde yer alan kanuni tanımda “başkasına ait bir taşınır malın bulunduğu yerden zilyedin rızası olmaksızın alınması”na özel olarak vurgu yapılmış olması karşısında rıza, hâkim görüş³² tarafından tipikliğe engel olan bir unsur olarak kabul edilirken bir kısım görüş sahibi³³ tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak telakki edilmektedir. Esasen bu suç tipinde dahi rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yazarların bu görüşlerinin sebebi, madde gerekçesine dayanmaktadır. Zira TCK md. 141 hükmünün gerekçesinde, “Madde metninde, hırsızlığın temel şekli tanımlanmıştır. Buna göre, taşınır malın alınmasının suç oluşturabilmesi için, zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir. Rızanın geçerli olması için bulunması gereken koşulların varlığı hâlinde zilyedin rızası bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecek ve suç oluşmayacaktır.” şeklindeki ifadelere yer verilmek suretiyle kanuni tanımda açıkça “rızaya aykırılık” unsuruna yer verilmiş olmasına rağmen rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir. **Madde gerekçesindeki bu izahatın, madde metnine uygun olmadığı özellikle vurgulanmalıdır.** Şu hâlde her ne kadar madde gerekçesi de madde metni kadar önem arz etmekteyse de bu türden bir uyumsuzluğun olduğu durumlarda

²⁷ Beckert (n 17) 507; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 141.

²⁸ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119.

²⁹ Beckert (n 17) 507

³⁰ Beckert (n 17) 507; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119; Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendorf (n 23) § 13 kn 53. Ayrıca bazı görüşler, hırsızlık suçunun yanı sıra yağma suçuna yönelik olarak gösterilen rızayı da tipikliğe engel olan rıza olarak nitelendirmektedir, Gropp (n 19) § 5 kn 113. Ancak kanaatimize göre bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki bileşik suçun en önemli örneklerinden biri olan yağma suçu, hırsızlık suçunun yanı sıra kasten yaralama suçunu ya da tehdit suçunu da bünyesinde bulundurmaktadır. Bu bakımdan yağma suçuna yönelik olarak gerçekleştirilecek olan rızanın niteliği değerlendirilirken hırsızlık dışında kalan suçlar da dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

³¹ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140.

³² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (16. Bası, Seçkin, Ankara 2018) 691; Koca ve Üzülmöz (n 4) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 291; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Adalet, Ankara 2018) 588; Ekici Şahin (4) 90; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız and İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Seçkin, Ankara 2018) 641, 542; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet, Ankara 2018) 466.

³³ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (C. I, Beta, 3. Bası, İstanbul 2016) 306; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Savaş Yayınevi, Ankara 2018), 139.

tabii olarak madde gerekçesindeki açıklamalardan ziyade madde metninin bizzat kendisinin esas alınması bir gerekliliktir³⁴. Bu bakımdan da hırsızlık suçu açısından rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, tipikliğe engel olan bir neden olarak görülmelidir.

Alman doktrininde **kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu** (§ 239) bu kapsamda telakki edilmektedir³⁵. Alman Ceza Kanunu’nun 239’uncu paragrafında “*Her kim, bir insanı çıkarmayacağı şekilde bir yere kapatır veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” hükmüne yer verilmiş, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düzenlenmiştir. Alman doktrininde hâkim görüş tarafından bu suçun kanuni tanımında yer alan “*kapatma*” ve “*yoksun bırakma*” hareketlerinin kendi yapılarının mağdurun iradesine aykırı olmalarını ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmelerini şart koşması nedeniyle bu suç kapsamında mağdurun rızasının, tipikliğe engel olduğu, yani hukuka aykırılığı kaldırmak suretiyle fiili hukuka uygun hale getirmede kabulünden hareket edilmektedir³⁶. Bu noktada cebir kullanma, tehdit ya da önemli ağırlıktaki başka fiziksel kuvvetleri kullanma suretiyle kişinin özgürlüğünden alıkonulması, “*kapatma*” dışındaki “*yoksun bırakma*” araçları olarak nitelendirilmektedir. Esasen fail, objektif olarak çeşitli şekillerde mağdurun hareket özgürlüğünün önüne geçmektedir³⁷. Dolayısıyla kişinin kapatılması dışındaki hallerde de mağdurun rızasının bulunmaması gibi bir koşulun varlığından söz edilmektedir³⁸. Bununla birlikte Alman doktrinin aksine Alman mahkemelerinin bu konuda ittifak içerisinde olmadığına da vurgu yapılmaktadır³⁹.

³⁴ Öyle ki kanun çalışmalarında yer alan *Özgeç*’in dahi bu suç kapsamında rıza unsurunu maddi unsurlar kapsamında telakki etmiş olması özellikle dikkate alınması gereken bir husustur. Bakınız *Özgeç* (n 22) 366.

³⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 2; Beckert (n 17) 507; Klaus Geppert, ‘Stracrecht: Die mißglückte Bierreise’ (JuS 1975) 386; Schlehofer (17) vor § 32 kn 140; Krey and Esser (n 19) kn 656; Stratenwerth and Kuhlén (n 13) § 9 kn 8; Murmann (n 10) § 25 kn 118; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 33; Gropp (n 19) § 5 kn 113; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Auflage, C. H. Beck, 2019) § 239 kn 3a; Geerds (n 9) 62.

³⁶ Johannes Wessels and Michael Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil 1* (35. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2011) kn 374. Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil 1* (4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009) § 15 kn 27; Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder and Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009) § 14 kn 12; Brian Valerius, v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar, Beck/OK-StGB* (39. Edition) § 239 kn 9 vd.; Bernd-Rüdiger Sonnen, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017) § 239 kn 20; Kristian Kühl, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018) § 239 kn 5; Brunhild Wieck-Noodt, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) § 239 kn 36; Fischer (36) § 239 kn 12. Bu çerçevede *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, görüş beyan etmekten imtina etmişler, rızanın niteliğine ilişkin farklı görüşlerin bulunduğunu belirtmekle yetinmişlerdir. Bakınız Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich and Eric Hilgendorf (n 23) § 9 kn 27. Ancak “*kapatmak*” ve diğer “*yoksun bırakma*”ya yönelik hareketlere dair açıklamaları dikkate alındığında (Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendorf (n 23) § 9 kn 26) kendilerinin de rızayı tipikliğe engel olucu nitelikte kabul etmeye yönelik bir eğilim gösterdikleri anlaşılmaktadır.

³⁷ RGSt 7, 259 (Albin Eser and Jörg Eisele, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014) § 239 kn 5); Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 21.

³⁸ Volker Krey and Manfred Heinrich, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band I, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2008) kn 314; Kindhäuser (n 37) § 15 kn 11, 12, 13.

³⁹ Bakınız BGH NSTz 92, s 33 – Wessels and Hettinger (n 37) kn 374. Rızanın bu suç bakımından tipikliğe engel olan rıza olduğu yönündeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bakınız BGH 25.02.1993 – 1 StR 652/92, NJW 1993, s. 1807 (Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 36).

Türk hukukunda ise gerek doktrinde⁴⁰ gerekse mahkeme kararlarında⁴¹ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza, tipikliğe engel olan bir neden olarak değil, hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmektedir. Oysa ki **kanaatimize**

⁴⁰ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Savaş Yayınevi, Ankara 2018) 89; Erol Cihan, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)” (1975) İÜHF 63; Tezcan, Erdem ve Önok (n 33) 524; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 33) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 433; Koca ve Üzülmöz (n 33) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 451, 453; Mustafa Artuç, Hasan Tahsin Gökcan ve Osman Yaşar, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 3, Adalet, Ankara 2015) 2734; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Bası, Adalet, Ankara 2017) 368; Necati Meran, *Hürriyetten Yoksun Bırakma, Tehdit, Şantaj, Konut Dokunulmazlığını Bozma* (Seçkin, Ankara 2014) 127; Özlem Yenerer Çakmut, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK md. 109)” (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 592.

⁴¹ “Sanık Ziya K’nin mağdureyi para karşılığı tedarik etme eyleminin, temin edilen kişilerin ırza geçme suçlarına katılmak vasfında bulunduğu halde fuhuş aracılık olarak kabulü karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamış, akıl hastası olan mağdurenin bu nedenle temyiz gücüne ve irade açıklamasına ehil olmayacağına anlaşılmaması karşısında 5237 sayılı Yasanın 26/2 maddesi çerçevesinde sanıklarca alıkonulması eylemine yönelik rızası bulunduğundan söz edilemeyeceğinden mahkemeye alıkoyma fiilinin 765 sayılı Yasanın 430/2 maddesi kapsamında kabulünde isabetsizlik görülmemekle tebliğnamedeki bu hususa ilişkin bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” Y. 5. CD., 01.11.2007, 8599/8066 – İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 2, Ankara 2013) 2002. “...Olayın meydana çıkış biçimi, müraacaatın yapılış zamanı, savunmalar ile tüm dosya kapsamına göre, sanıklar ile suçla sürüklenen çocuğun, mağdureye yönelik eylemlerini zora dayalı gerçekleştirdiklerine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, mağdure hakkında Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen 30.05.2012 tarihli raporda “mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği ve olaya ruhsal yönden muktedir bulunduğu” belirtilmesi de nazara alındığında, suçla sürüklenen çocuğun, mağdurenin on beş yaşından küçük olduğu 2009 yılı Şubat ayındaki çocuğun cinsel istismarı suçundan açılan kamu davalarına konu eylemlerin ise TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup aynı Kanunun 73/1. maddesinde öngörülen 6 aylık şikâyet süresinin geçtiğinin anlaşılmaması karşısında, bu suçlara dair kamu davalarının şikâyet yokluğu sebebiyle düşmesine ve aynı Kanunun 26/2. maddesi kapsamında mağdurenin hukukun geçerli rızasına istinaden sanık ile suçla sürüklenen çocukla birlikte kalması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayaacağı gözetilerek bu suçtan beraatlerine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hükümler kurulması, kabul ve uygulamaya göre de; Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulurken, mağdurenin suç tarihi itibarıyla on beş yaşından büyük olması ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneğinin gelişmiş bulunması sebebiyle verilen cezada TCK’nın 103/4. maddesinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y. 14. CD., E. 2016/3510, K. 2016/8162, T. 30.11.2016. Çocukların aileleri tarafından ileri sürülen çocuklarının kaçırıldığı ve zorla alıkonuldukları yönündeki iddialar karşısında yargılamanın konusu olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurenin rızasına rağmen tipik kabul edilmiş ve fakat bu tipe uygun fiilin salt mağdurenin rızası nedeniyle hukuka uygun hale geldiği sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim burada yer verilen Yargıtay kararında da görüldüğü üzere 15-18 yaş arasındaki çocukların cinsel amaçlı olarak kişi hürriyetinden yoksun bırakma suçu kapsamındaki hareketlere yönelik olarak gösterdikleri rıza geçerli addedilmiştir. Yani bu yaş aralığındaki çocuklar, her ne kadar cinsel ilişkiye girme açısından rıza gösterme ehliyetini haiz görülmeler de cinsel amaçlı olsa dahi olsa kendi iradeleriyle bir yerde kalma ya da bir yere gitme konusunda karar verebilme ehliyetini haiz görülmüşlerdir. Halbuki 765 sayılı TCK döneminde mevcut olan “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 hapis” şeklindeki madde 430/2 özel hükmü nedeniyle reşit olmayan kişilerin rızaları kanun koyucu tarafından hiçbir şekilde muteber görülmemekteydi. Nitekim 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte “Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiyi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklindeki TCK md. 109/1 hükmünün 5’inci fıkrasında “Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.” şeklindeki nitelikli haline yer verilerek 765 sayılı TCK döneminden farklı bir anlayışla hareket edilmiştir. Buna göre 765 sayılı TCK’daki düzenlemede olduğu gibi reşit olmayan bütün çocukların rızalarını geçersiz kılan bir hükme yer verilmesi, bilakis hem madde 109 hükmündeki hukuka aykırılığa yönelik özel vurgunun 5’inci fıkrada yer alan nitelikli hal açısından da geçerli olması hem de TCK’da ilgilinin rızası düzenlemesine açıkça yer verilmiş olması, artık çocukların da belirli şartlar dahilinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rıza gösterebilmelerine imkân tanımıştır. Dolayısıyla artık reşit olmasalar bile 15-18 yaş aralığında olan çocukların cinsel amaçla dahi olsa bir kimseyle birlikte bulunmaya yönelik rızaları geçerli görülmüştür. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2004/8765 Esas ve 2005/22305 Karar sayılı, 22.11.2005 tarihli kararında “Sanığın reşit olmayan mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoymak suretiyle 765 Sayılı TCK’nın 430/2. maddesine uyan suçu işlediği sabit ise de; sonradan yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK’nın 26/2. maddesinin “kişinin üzerine mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmü karşısında 16 yaşındaki mağdureyi rızası ile alıkoyma sanığın aynı yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceğinden rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiğinden, alıkoyma suçundan verilen ve sonucu itibarıyla doğru olan beraat kararının (ONANMASINA)...” şeklinde karar vermiştir. Konuya ilişkin olarak verilen Yargıtay kararlarına dair detaylı açıklamalar için bakınız Muhammed Demirel, “Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi” (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018).

göre Alman doktrinindeki hâkim görüş, Türk hukukunda da geçerli kabul edilebilir⁴². Zira kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu’nun 109’uncu maddesinde, “*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme, Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeden “*kapatma*” ifadesine yer verilmemesi ve fakat “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin özel olarak belirtilmesi şeklinde olmak üzere iki açıdan farklılık arz etmekte olup bu iki farklılık da Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun rızasının tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir. En nihayetinde kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması da kişinin rızası bulunmadan olabilecek bir durum olarak nitelendirilebilir. Madde metninde yer alan “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi de bu suç açısından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğuna işaret etmemekte, yalnızca tutuklama kararı, gözaltı kararı gibi yetkili merciler tarafından verilebilecek olan kanun hükmünü yerine getirme ya da meşru savunma gibi diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasına atıfta bulunmakta, yani hukuka aykırılığın değerlendirme derecesine dair özel bir işaret, vurgu olarak öne çıkmaktadır⁴³. Nitekim bu suç kapsamında mağdurun rızasının tipikliğe engel teşkil eden bir durum olarak kabul edilmesi, kanun hükmü, yetkili merci, meşru savunma gibi diğer hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına engel teşkil etmeyecektir⁴⁴. Kişinin rızasının tipiklik kapsamında telakki edilmesiyle pikniğe gitmek üzere bir otomobile birlikte binen iki arkadaşın birbirine karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipik hareketini gerçekleştirdikleri kabul edilmeyecek, yani sorun hukuka aykırılık unsuruna bırakılmadan çözülmüş olacak, her ikisinin de rızası bulunduğundan tipik fiilden dahi söz edilmeyecektir. Buradaki “*hukuka aykırı olarak*” şeklindeki ifadeye dair Alman hukukunda ne tür görüşlerin ileri sürülmüş olduğu konut dokunulmazlığının ihlali suçunda görülebilir.

Zaten Alman doktrininde hâkim görüş tarafından⁴⁵ rızanın tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilen suçlardan biri de **konut dokunulmazlığının ihlali suçudur** (§ 123). Alman Ceza Kanunu’nun 123’üncü paragrafına göre *başkasının konutuna, iş yerine, etrafı çevrili özel alanına veya kamu hizmetine veya kamusal ulaşım*

⁴² Türk doktrininde Önder, bu görüşten yanadır. Bakınız Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994) 31.

⁴³ Peter Rackow, v. *Heintschel-Heinegg (Hrsg.)*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck/OK-StGB (39. Edition) § 123 kn 23, 24.

⁴⁴ Nitekim Alman doktrininde de bu suç bakımından yetkili merciin kararı gibi hukuka uygunluk nedenlerine işaret edilmiştir. Bakınız Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendorf (n 23) § 9 kn 27; Maurach, Schroeder and Maiwald (n 37) § 12 kn 15; Sonnen (n 37) § 239 kn 20; Kühl (n 4) § 239 kn 7; Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 38; Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 8.

⁴⁵ Detlev Sternberg-Lieben, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014) § 123 kn 22; Beckert (n 17) 507; Jürgen Schäfer, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Band 3, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) § 123 kn 29; Martin Heger, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018) § 123 kn 5; Heribert Ostendorf, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017) § 123 kn 29; Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 584; Milan Kuhl, ‘Grundfälle zum Hausfriedensbruch’ (JuS 2013) 212; Geerds (9) 73; Kindhäuser (n 37) § 33 kn 21; Fischer (36) § 123 kn 14; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119; Krey and Esser (n 19) kn 656.

tahsis edilen kapalı yerlere, hukuka aykırı bir şekilde giren veya kalmaya yetkisi bulunmadığı halde orada bulunduğu sırada hak sahibinin talebi üzere oradan çıkmayan kimse bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu tanımda yer alan “girme” ve “hak sahibinin talebi üzere oradan çıkmama” şeklindeki ifadelerden hareketle yetkili ev sahibinin iradesi üzerine hareketin tipiklik unsuru olan girmeden söz edilmeyeceği kabul edilmektedir⁴⁶. Yani kelimelerin kanuni tanımdaki anlamlarına sahip olmaları, konut ve iş yeri sahibinin iradesine aykırılığa bağlıdır⁴⁷. Bununla birlikte daha evvel Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda yer alan açıklamalarda ifade edildiği üzere düzenleme kapsamında yer alan “hukuka aykırı” ifadesinin, özel olarak kişinin rızasının bulunmamasına işaret ettiğinden bahsedilemez⁴⁸. Bu ifade, yalnızca müşahhas olarak hukuka aykırılık şeklindeki suçun unsuruna vurgu yapmakta, yetkili merciin emri gibi diğer hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmuyor olmasının altını çizmektedir. Esasen failin, başka bir kimsenin konut dokunulmazlığını, kendisi bakımından daha kuvvetli bir hak olmaksızın ihlal etmesi gerekir⁴⁹.

Türk doktrinde de konut dokunulmazlığının ihlali suçu (TCK md. 116) açısından aynı görüşün üstün olduğu⁵⁰, 765 sayılı TCK dönemindeki görüşün devam ettirildiği⁵¹ ifade edilebilir. Hatta her ne kadar madde gerekçesinde, “...konut sahibinin rızasının olmaması, bu suçun bir unsurunu oluşturmaktadır...” şeklindeki ifadenin ardından, “Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran rızanın, hukuken geçerli rıza olması gerekir.” şeklinde bir cümleye yer verilerek rızanın tipikliği değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığına vurgu yapılmış ve bir

⁴⁶ Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 14/15; Schäfer (n 46) § 123 kn 25; Krey and Esser (n 19) kn 656; Kindhäuser (n 37) *Strafrecht Besonderer Teil I*, § 33 kn 21; Maurach, Schroeder and Maiwald (n 37) § 30 kn 8, 16; Krey and Heinrich (n 17) kn 437; Wessels and Hettinger (n 37) kn 584, 587; Geerds (n 9) 73; Fischer (n 36) § 123 kn 14. Bazı yazarlar tarafından irade kriteri şeklindeki koşul, tek başına önemsiz telakki edilmekte ve girme fiilin konusuyla bağlantılı olarak korunan değeri aşacak ölçüde yorumlanmaktadır. Bu yönde görüş için bakınız Wolfgang Schild, ‘Eindringen’ (§123 I StGB) bei individuellem Betretungsverbot’ (NSiZ 1986) 348. Nitekim Schild, “girme” kelimesinin salt günlük konuşma diliyle de yorumlanamayacağını, başka unsurlarla içeriğinin doldurulmasını gerektiğini belirttikten sonra bunun salt soyut hukuki değer veya irade olmayacağını, konut, iş yeri gibi suçun konusuyla da ilişkilendirilerek belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. Schild (n 47) 349.

⁴⁷ Schäfer (n 46) § 123 kn 27; Geerds (n 9) 73. Alman doktrinde bazı yazarlar tarafından, fark edilebilir olan ya da zannedilen iradeye aykırılıktan söz edilirken incelememizde atfı yapılan hâkim görüş tarafından bu şekilde özel bir nitelendirme yapılmaksızın iradenin bulunmamasından bahsedilmiştir. Bakınız Heger (n 46) § 123 kn 5.

⁴⁸ Kuhl (n 46) 214; Rackow (44), § 123 kn 23.

⁴⁹ Ostendorf (n 46) § 123 kn 46; Schäfer (n 46) § 123 kn 48; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 31; Heger (n 46) § 123 kn 6. Bu suç açısından mümkün olabilecek hukuka uygunluk nedenleri hakkında detaylı açıklamalar için bakınız Rackow (n 44), § 123 kn 25.1.

⁵⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 33) 555; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 33) 452; Özen (n 41) 390; Gökcan, Yaşar ve Artuç (n 41) 3920; Güneş Okuyucu Ergün, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu* (Çakmak Yayınevi, Ankara 2010) 82, 99; Ekici Şahin (n 4) 90; Serap Keskin Kızıroğlu, *5237 Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu* (Adalet, Ankara 2010) 82; Toroslu (n 41) 100; Koca ve Üzümez (n 4) 291; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcan, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet, Ankara 2018) 492. Meran’ın eserinde bu suç açısından rızayı özel olarak irdelediği görülmekteyse de (Bakınız Meran (n 41) 364-370) rızanın hangi türde bir niteliği haiz olduğunu belirtmekten kaçındığı dikkat çekmektedir. Rızaya aykırılığın suçun oluşumu için gerekli bir unsur olduğunun ifade edilmesi (Meran (n 41) 364), rızaya ne tür bir nitelik atfettiğini belirsiz kılmaktadır. Nitekim tipikliğe engel teşkil eden rızada da hukuka uygunluk nedeni olan rızada da rıza, suçun oluşumuna engel teşkil eden bir unsur durumundadır.

⁵¹ Önder (n 43) 70.

çelişki içerisine düşülmüşse de⁵² konut dokunulmazlığının ihlali suçu, Türk hukukunda “rıza”nın hukuka uygunluk nedeni değil de tipikliğe engel olan bir neden olarak var olduğu suç tiplerine verilebilecek en bilinen örneklerden biri olarak gösterilebilir. Nitekim, “*Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki tanımdan da anlaşılacağı üzere suç tipinde açıkça “rıza” unsuruna yer verilmiş, böylelikle rıza tipikliğinin bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte düzenleme kapsamında yer alan, “*konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan*” şeklindeki ifade, girmede rızaya aykırılığın aranması, çıkmamada ise böyle bir koşulun bulunmaması şeklinde bir yorumun yapılmasına yol açabilecek olmasına rağmen doktrinde her iki durumda da, hem girme hem de çıkmamada, rızaya aykırılığın bulunduğu ve bu rızanın tipiklik kapsamında yer aldığı kabul edilmiştir⁵³.

Buna rağmen şikâyetçinin bahçesinden kiraz yiyen çocukların yargılamasının yapıldığı Yargıtay 13. Ceza Dairesi’nin 05.03.2015 tarihli 2014/16390 Esas ve 2015/3661 Karar sayılı kararında şikâyetçinin 11.10.2012 tarihli duruşmada, ‘*Ben zarar verilmeden önce evimin yanındaki bahçede bulunan ağaçlarımdaki meyvelerden komşularımın faydalanmalarına müsaade etmiştim*’ şeklinde beyanda bulunmuş olması, suça sürüklenen çocuğun şikâyetçinin konutunun eklentisi olan bahçesine kiraz yemek amacıyla gündüz saatlerinde girmesi fiilinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin somut olayda mevcut olması sebebiyle suça sürüklenen çocuğun hakkında beraat yerine yazılı şekilde mahkumiyete karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. Görüldüğü üzere Yargıtay, şikâyetçinin daha önce konutunun eklentilerine girilebileceğine yönelik olarak göstermiş olduğu rızayı, suç tanımında yer verilmiş olan rıza unsuruna rağmen bir hukuka uygunluk nedeni olarak telakki etmiştir. Esasen bu durum, Yargıtay’ın bu suç tipi nezdindeki rızaya farklı bir nitelik addetmesinden kaynaklanmamakta, tamamen tipikliğe engel olan rıza-hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklinde bir ayrımı kabul etmemesinden, yani tipikliğe engel olan rızayı hiçbir şekilde dikkate almamasından ileri gelmektedir.

Bu çerçevede üzerinde en çok durulması gereken hususlardan biri, cinsel suçlardır. Nitekim Alman doktrininde mağdurun cinsel ilişkiye müsaade etmesi halinde failin hareketinin cinsel taciz, cinsel zorlama, cinsel saldırı (§ 177) açısından tipik olmayacağı ifade edilerek⁵⁴ cinsel davranışlar bakımından da rızanın tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiği kabul edilmektedir. Cinsel saldırı suçunda suç tanımında yer alan davranışın geri planında söz konusu olan “*iradeye aykırılık*”

⁵² Bu konuya dair açıklama için bakınız Keskin Kızıroğlu (n 51) 83.

⁵³ Keskin Kızıroğlu (n 51) 80, 81; Ergün (n 51) 82.

⁵⁴ Schmidhäuser (n 12) 8/127; Roxin (4) § 13 kn 2, 8; Beckert (n 17) s 507; Krey and Esser (n 19) kn 656; Stratenwerth and Kuhlen (13) § 9 kn 8; Fischer (n 36) § 177 kn 5; Amelung and Eymann (n 8) 938.

unsuru, esasen suçun oluşması için rızanın bulunmamasını, failin mağdurun iradesine karşı koyan her türlü davranış şekillerini, isteği olmaksızın cinsel davranışları gerekli kılmaktadır⁵⁵. Bu durumu, Alman hukukunda son dönem yapılan değişiklikler çerçevesinde, “Hayır, hayır demektir (Nein heißt nein)” çözümü de açıkça ortaya koymaktadır⁵⁶. Yani cinsel davranışların tipik olabilmesi için muhakkak şekilde zorlama şart olmayıp muhatabın en basit karşı koyucu iradesinin varlığı da yeterlidir.

Bu durum, düzenlemenin belirsizliğine yönelik Alman doktrinindeki eleştiriler⁵⁷ bir tarafa bırakılacak olursa Alman Ceza Kanunu’nun 177’nci paragrafında yer alan hükmün kapsamından rahatlıkla çıkarılabilir. Nitekim söz konusu hükme göre *bir başka kimsenin fark edilebilir iradesine karşı cinsel davranışları gerçekleştiren veya gerçekleştiren yahut da bu kişiye yönelik olarak üçüncü bir kişiyi cinsel davranışları gerçekleştirmeye ya da katlanmaya sevk eden kişinin veya tam tersi bu kişiyi üçüncü bir kişiye yönelik cinsel davranışlarda bulunmaya ya da katlanmaya sevk eden kişinin cezalandırılacağı* ifade edilmiştir (§ 177/1). Bu davranışları gerçekleştiren kişi hakkında altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir.

Suçun temel şekli olarak düzenlenen 177’inci paragrafın her iki fıkra hükmünde de cinsel davranışların mağdurun iradesine karşı gerçekleştirilmesine vurgu yapılmıştır. Bu düzenlemede esasen üç farklı ihtimalden söz edilmiştir. Buna göre, **1.** Fail, mağdura yönelik olarak cinsel davranışları bizzat kendisi gerçekleştirebilir, **2.** Fail, mağduru cinsel davranışları üçüncü bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirmesi için sevk edebilir, **3.** Fail, mağduru üçüncü bir kişinin mağdura karşı gerçekleştireceği cinsel davranışlara katlanmaya sevk edebilir⁵⁸. Düzenlemenin ilk paragrafında açıkça görüldüğü üzere suç tipinde cezalandırılabilirlik açısından esaslı unsur tek başına mağdurun *fark edilebilir* şeklindeki karşı koyucu iradesi olup⁵⁹ mağdurun cinsel davranışlara karşı rızası bulunmamalı, bu açıdan da tipikliğin oluşmaması için muhataba yönelik olarak herhangi bir zorlama unsuru kullanılmamalıdır⁶⁰. Bu da mağdurun rızasının varlığı durumunda, zorlamadan söz edilemeyeceği anlamına gelmektedir⁶¹. Mağdurun rızasının bulunmadığı hususu “fark edilebilir değilse” tipiklikten de söz edilemeyecektir⁶². Bu noktada mağdurun cinsel davranışlara karşı koyucu iradesinin fark edilebilir olup olmadığı konusundaki tespit, objektif üçüncü

⁵⁵ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 33; Steffen Ziegler, v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck/OK-StGB (39. Edition) § 177 kn 8; Joachim Renzikowski, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) § 177 kn 4, 44; Krey and Esser (n 19) kn 656.

⁵⁶ Heger (n 46) § 177 kn 5; Fischer (n 36) § 177 kn 6.

⁵⁷ Renzikowski (n 56) § 177 kn 4.

⁵⁸ Ziegler (n 56) § 177 kn 8; Heger (n 46) § 177 kn 5.

⁵⁹ Heger (n 46) § 177 kn 5; Ziegler (n 56) § 177 kn 9; Renzikowski (n 56) § 177 kn 47; Fischer (n 36) § 177 kn 10.

⁶⁰ Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendorf (n 23) § 10 kn 12; Maurach, Schoeder and Maiwald (n 37) § 18 II kn 10; Fischer (n 36) § 177 kn 15.

⁶¹ Kindhäuser (n 37) § 21 kn 2.

⁶² Heger (n 46) § 177 kn 5.

kişinin gözlemlerine göre içsel ve dışsal tüm faktörler dikkate alınarak yapılacaktır⁶³. Buna göre örneğin mağdurun fiilin işlendiği esnada ya açıkça karşı çıkması ya da ağlama yahut şiddetle direnme gibi yanlışa mahal bırakmayacak şekilde somut olayda iradesini ortaya koyan davranışlar sergilemesi halinde fark edilebilir iradede söz edilebilecektir⁶⁴. Bununla birlikte akıl sağlığı yerinde olan ve bir zorlamaya maruz kalmamış normal durumdaki her kişinin iradesini açık ve net bir şekilde ortaya koyması beklenebileceğinden “*içeriği muallak konuşmalarda mağdurun iradesinin fark edilebilir olmadığına*” dikkat çekilmektedir⁶⁵.

Türk doktrininde ise hâkim olmaya başlayan bir görüş⁶⁶ tarafından cinsel saldırı (TCK md. 102) suçu bakımından cinsel davranışlardan söz edilebilmesi için mağdurun rızasının bulunmaması gerektiği, mağdurun rızasının varlığı durumunda bu suç tipi nezdinde cinsel davranışlardan bahsedilemeyeceği ifade edilirken diğer görüş⁶⁷ tarafından mağdurun rızası, tipiklik kapsamında değil, hukuka aykırılık unsuru içerisinde konumlandırılmaktadır. Bununla birlikte Türk doktrininde bazı yazarların⁶⁸ bir taraftan cinsel davranışların gerçekleşmesi için mağdurun rızasının bulunmamasını bir şart olarak öngördükleri, diğer taraftan ise rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak telakki ettikleri hususu dikkat çekmektedir. Özellikle belirtmek gerekir ki bu durum, cinsel suçlarda rıza konusunda ancak **bir kararsızlığın emaresi** olarak görülebilir.

Yargıtay kararlarında da cinsel saldırı suçu bakımından rıza, hukuka aykırılık unsuru kapsamında görülmüş ve böylelikle tipikliğe engel olan bir neden olarak değil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.02.2015 tarih ve 2014/1-572 Esas, 2015/2 Karar sayılı kararında mağdurun rızası cinsel saldırı suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni

⁶³ Ziegler (n 56) § 177 kn 9; Heger (n 46) § 177 kn 5; Renzikowski (56) § 177 kn 47; Fischer (n 36) § 177 kn 12.

⁶⁴ Fischer (n 36) § 177 kn 12; Renzikowski (n 56) § 177 kn 47.

⁶⁵ Renzikowski (n 56) § 177 kn 47.

⁶⁶ Selman Dursun, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış” (2014) 9(24) CHD 57-73; Ekici Şahin (n 4) 90; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin, Ankara 2017) 173; Ahmet Ceylani Tuğrul ve Murat Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Envest İlişkiler* (Ankara 2018) 99; Nurullah Kantarcı, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet, Ankara 2016) 149. Doktrinde hâkim görüş tarafından açıkça cinsel davranışların mağdurun rızası bulunmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun da maddede yer alan “saldırı” ve “ihlal etme” şeklindeki ifadelerden çıkarılabileceğine dikkat çekilmiştir. Bakınız Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 41) 3301; Çetin Akkaya, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Adalet, Ankara 2017) 30; Tuğrul and Tuğrul, 99; Kantarcı (n 67) 149.

⁶⁷ Toroslu, 62; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (4. Baskı, Seçkin, Ankara 2018) 128, 169; Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların*

⁶⁸ Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal, İstanbul 2013) 109. Benzer şekilde Tezcan/Erdem/Önok da suça rengini veren hususun “rızanın yokluğu” olduğunu, hukuken geçerli bir rızanın bulunmaması gerektiğini, nitekim mukayeseli hukukta suçun unsuru olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedenlerden söz edildiğini ifade ederek rızayı adeta suçun tipiklik unsurunda telakki ediyorlarmış gibi bir izlenim vermekteyseler de (Tezcan, Erdem ve Önok (n 33) 372) ilerleyen kısımlarda rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını belirtmektedirler (Tezcan, Erdem ve Önok (n 33) 404). Bu çerçevede suça esas rengini veren hususun rızanın yokluğu olduğunu belirten yazarların, bu ifadelerine rağmen rızayı bir hukuka uygunluk nedenleri kapsamında telakki etmiş olmaları karşısında rızanın suça esas rengini veren unsur olmasının ne tür bir önemi haiz olduğu, rızanın zaten hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği diğer birçok suç karşısında ne tür bir farkın bulunduğu gibi sorular akla gelmektedir.

olduğundan TCK'nın 26/2'nci maddesi uyarınca hukuken geçerli olan rızanın cinsel saldırı teşkil eden eylemleri hukuka uygun hale getireceğini belirtmiş, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin maddi unsurları arasında yer alan hareket unsurunun, vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi olduğunu vurgulamış, mağdurun rızasının hiçbir şekilde tipiklikle ilişkilendirme gereği duymamıştır. Gerçi Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 03.05.2017 tarih ve 2016/8681 Esas, 2017/2375 Karar sayılı kararında, mağdurenin cinsel ilişkiye rıza gösterdiği olayda “*atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı*” şeklinde ifadeler kullanılarak adeta rızanın zımni de olsa kanuni tanımında yer aldığı ve böylelikle hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olan bir neden olduğu kabulünden hareket edildiği izlenimi oluşmaktaysa da kararın bütününde yer alan ifadeler ele alındığında bu ifadenin çok fazla önem arz etmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay, bu kararında da açıkça TCK madde 26/2 hükmüne atıfta bulunmuş ve herhangi bir tartışmaya yer verilmeksizin rızayı, cinsel suçlar açısından da hukuka uygunluk nedeni olarak addetmiş, yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın varlığı halinde kastı kaldıran hatanın söz konusu olduğundan bahisle cezalandırılmama yönünde bir sonuca ulaşmıştır⁶⁹.

Kanaatimize göre cinsel saldırı suçu bakımından rıza, tipikliğe engel olan bir unsurdur. Bu durum, hem cinsel suçların düzenleniş şekline ve düzenleme içeriklerinden hem de madde gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. Cinsel saldırı suçu kapsamında cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiş, dokunulmazlığın ihlalden söz edilmiş, bu sayede madde başlığında da yer verildiği üzere cinsel anlamda bir saldırının gerçekleştirilmiş olacağından bahsetmiştir⁷⁰. Bu noktada cebir ya da tehdit unsurlarının kullanılması olması bir şart olarak görülmemiştir. Burada önemli olan husus, cinsel davranışların mağdurun iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olması, mağdurun en basit şekilde “hayır” yönündeki “iradesini yansıtan tavır ve davranışları” sergilemiş olmasıdır⁷¹. Bu açıdan mağdurun bu olumsuz yöndeki iradesini mutlaka sözlü olarak beyan etmiş olması şart değildir. Aynı şekilde mağdurun cinsel davranışlara karşı sessiz kalmış

⁶⁹ “...Olaydan iki yıl kadar önce eşi vefat eden katılanın çocuklarıyla birlikte yaşadığı, eşinin vefatından bir süre sonra sanığın, katılana cinsel yönden birtakım teklif etmeye başlayıp, katılan bunu kabul etmediği halde ısrarla tekliflerine devam ettiği, olaydan birkaç gün önce sanığın, tekrar araması üzerine mağdurenin sanığı yakalamak amacıyla duruma rıza gösterdiğini ve kendisini eve alacağını belirttiği, bunun üzerine olay günü eve gelen sanığın eşikte sarılmak istediği katılanın sanığa içeriye geçmesini, kendisinin kapıyı kontrol edip geleceğini söyledikten sonra kapıyı dışardan kilitleyerek köy muhtarına haber verdiği tüm dosya içeriğinden anlaşılmakla, TCK'nın 102. Maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun rızası ve iradesi dışındaki eylemler olup, TCK'nın 26/2. maddesinde de “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına dair olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmü düzenlenmiştir. Dava konusu olayda katılanın, sanığı yakalamak amacıyla cinsel ilişkiye rıza gösterdiğini belirtmesi ve sanığın da bu beyana istinaden katılanın evine gittiğinin anlaşılmış karşısında, atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı ve 17.06.2007 tarihli iddianame içeriğine göre de bu olay öncesinde sanık tarafından yapılan cinsel ilişki tekliflerinin kamu davasına konu edilmediği nazara alınarak atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Y. 14. CD., E. 2016/8681, K. 2017/2375, T. 03.05.2017.

⁷⁰ Benzer görüş için bakınız Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 41) 3301; Akkaya (n 67) 30.

⁷¹ Akkaya (n 67) 30.

olması hiçbir şekilde bu davranışlara rızası olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim madde gerekçesinde, “**Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler.**” şeklindeki ifadeler yer verilerek bu suç kapsamında fiilin gerçekleşmiş sayılabilmesi için bu davranışların mağdurun iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olması gerektiği hususu vurgulanmıştır.

Kaldı ki cinsel suçlar bakımından rızanın tipikliğe engel olucu nitelik taşımayıp hukuka uygunluk nedeni olduğunun ileri sürülmesi, karşılıklı rızalarıyla cinsel davranışlarda bulunan kişilerin ve hatta eşlerin dahi bu tür cinsel davranışlarının cinsel saldırı suçu açısından tipik olduğunun kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkaracak, en son hukuka aykırılık unsuru kapsamında yapılacak değerlendirmede rızanın varlığından bahisle gerçekleştirilen cinsel davranışların meşru olduğu kabul edilebilecektir. Bu şekilde rıza mevcut olduğunda daha en baştan cinsel saldırı suçu kapsamında sayılabilecek şekildeki cinsel davranışların bulunmadığı ve dolayısıyla da tipik fiilin gerçekleşmediği sonucuna ulaşılabilecekken⁷² meseleyi hukuka aykırılık unsurunda çözüme kavuşturmanın kanaatimize göre makul bir izahı bulunmamaktadır. Bundan daha önemlisi ise cinsel suçlarda rızanın tipikliğe engel olan rıza olarak değil de hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde akıl hastalarının birçok durumda cinsel birlikteliklere karşı rıza gösteremeyecekleri sonucuna ulaşılması gerekli hale gelecektir ki⁷³ bu da akıl hastalarının cinsel yaşamlarının sonlandırılmasından başka bir anlam ifade etmeyecektir. **Elbette bu iki durumun ortaya çıkardığı esas fark, ilerleyen kısımlarda da incelenecek olduğu üzere hata durumunda ortaya çıkmaktadır⁷⁴ ki sadece bu farklılık dahi cinsel suçlarda rızanın tipikliğe engel bir neden olmasının önemini açıkça ortaya koymaktadır⁷⁵.**

C. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza ile Bu Ayrımı Reddeden Görüş

1. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza

Alman doktrinde oldukça dar bir alanda kabul edilmekteyse de suçların bazıları bakımından rıza, hukuka uygunluk kapsamında görülmektedir. Bu suçlarda hukuki değer sahibinin iradesi, objektif tipiklik alanında dikkate alınmamakta, tipiklik alanı

⁷² Roxin (n 4) § 13 kn 2.

⁷³ Doktor Öğretim Üyesi Selman Dursun ile 10.10.2018 tarihinde yapılan sözlü konuşma ile edinilen bilgidir.

⁷⁴ Taner (n 67) 174.

⁷⁵ Elbette *Taner*, bu farklılığın hataya etki ettiğini kabul etmekteyse de bunun pratikte bir önemi olmadığına işaret etmiştir (Taner (n 67) 174). Ancak *Dursun*’un da vurguladığı gibi bu farklılık, suçun yapısal analizindeki yerini belirlediği gibi ayrı hata hükümlerinin uygulanması gibi önemli bir sonucu da beraberinde getirebilir. Bakınız Dursun (n 67) 64, dipnot 19.

dışında tipik fiilin meşru hale gelmesine neden olup olmadığı bağlamında göz önünde bulundurulmaktadır⁷⁶. Rızanın tipiklik kapsamında yer almadığı suç tiplerinde yetkili kişinin iradesine binaen işlenmiş olsa dahi fiilin, korunan hukuki değeri ihlal ettiği ve tipiklik kapsamında yer alan rıza durumunun aksine sosyal yaşamın normal sürecinde yer almadığı, bilakis tasarruf özgürlüğü kapsamında olsa bile ağır zararları beraberinde getirebilme potansiyeli taşıdığı kabul edilmektedir. İşte bu tür durumlarda rıza, tipikliğe engel olan rızadan farklı olup “*hukuka uygunluk nedeni olan rıza*” olarak nitelendirilmektedir⁷⁷.

Bu çerçevede kanuni anlamda gerçekleşen tipik fiil, hukuki değer sahibinin tipikliğin gerçekleşmesine yönelik olarak hukuka uygunluk nedeni olan rızasının söz konusu olması suretiyle meşru hale gelebilir⁷⁸. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın altında yatan neden, ilgili kişinin sahip olduğu hukuki değere riayet edilmesi yönündeki gereklilik karşısında kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde bu hukuki değere yönelik korumadan vazgeçerek saldırıya rıza göstermesi ve buna binaen cezalandırılabilir hareketin kanuni tanımdaki içeriğinin oluşmadığı yönündeki düşüncedir⁷⁹. Böyle durumlarda mağdurun hukuki korumadan vazgeçışı, mağdurun kendine ait olan değerle otonom bir ilişkisi mevzu bahistir⁸⁰. Yani sadece vücut dokunulmazlığı ya da mülkiyetin dokunulmazlığının korunmadığı, aynı zamanda vücut ya da mülkiyetin hak sahibinin isteğine göre tasarruf etme özgürlüğünün korunduğu suç tipleri, kişisel hukuki değer kavramının gerekli olduğu suçlar olarak kabul edilmektedir ve bu suçlar bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğundan hareket edilmektedir. Buna göre kasten yaralama suçu kapsamında irade yeteneği bulunmayan küçük bir çocuğun otonom şekilde üzerinde tasarruf edemeyeceği bedeni korunmaktadır⁸¹.

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza, Türk Ceza Kanunu’nun “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” üst başlığı altında “*İlgilinin Rızası*” başlıklı 26’ncı maddenin ikinci fıkrasında, “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklindeki ifadelerle açıkça hüküm altına alınmıştır. Esasen bu düzenlemeyle birlikte hukuka uygunluk nedeni olan rızanın da koşulları bakımından bir belirlilik sağlanmıştır ki daha evvel de işaret edildiği üzere bu durum, Türk hukukunda ilgilinin rızası kurumuna yaklaşımın daha makul olduğunu göstermektedir.

⁷⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 120.

⁷⁷ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 c.

⁷⁸ Hoffmann-Holland (n 17) kn 303.

⁷⁹ Welzel (n 17) 95; Gropp (n 19) § 5 kn 109.

⁸⁰ Amelung (n 4) 821; Schmidhäuser (n 12) 8/128.

⁸¹ Amelung and Eymann (8) s. 938.

Buna mukabil Alman Ceza Kanunu'nda hakkın korunması üzerinde ihlal edilen kişinin feragat etmesine ilişkin olan⁸² ilgilinin rızası, Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da örf-adet ve teamül gereğince kabul edilmektedir⁸³. Esasen hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak failin lehine etki ettiğinden bu şekilde örf-adet kurallarından hareketle bir hukuka uygunluk nedeninin öngörülmesine de müsaade edilebilmektedir⁸⁴. Bu çerçevede Alman hukukunda bu kategorideki en önemli suçlar, kasten yaralama ve mala zarar verme olarak görülmektedir⁸⁵. Buna göre Alman hukukunda malikin, başkasının kendi malına zarar vermesine ya da kırmasına yönelik olarak onay vermesi halinde hukuka uygunluk nedeni olan rızadan söz edilmektedir. İşte hâkim görüşe göre bu rızanın, eşyaya zarar verilmiş olması ve başkasına ait mala tipe uygun bir yapıda zarar verildiği gerçeğini ortadan kaldırmayacağı kabulünden yola çıkılmaktadır⁸⁶.

Bu duruma rağmen Alman kanun koyucunun bazı özel suç tipleri bakımından hukuka uygunluk nedeni olan rızaya ilişkin ayrıca bir düzenleme yaptığı görülmektedir⁸⁷. Nitekim kanuna sonradan eklenen “Rıza” başlıklı kasten yaralama suçunda rızayı düzenleyen § 228 hükmü bu durumu açıkça göstermektedir⁸⁸. Söz konusu düzenlemeye göre kasten yaralama suçunu yaralanan kişinin rızası ile işleyen kişi, sadece fiilinin rızaya rağmen ahlaka aykırı olması halinde hukuka aykırı hareket etmiş olur. Bu ölçüt, sadece hukuka uygunluk nedeni olan rızanın söz konusu olduğu kasten yaralama suçu açısından geçerli olup diğer diğer suç tipleri bakımından geçerli değildir⁸⁹. Yani rıza verenin rıza verme nedenlerinin etik niteliği, rızanın etki etmesi bakımından bir anlam ifade etmemektedir⁹⁰. Buna göre bir kimse, başkasını suç niteliğini haiz bir amaçla evine almış olsa eve girme ahlaka aykırı olsa da konut dokunulmazlığının ihlali suçu açısından tipiklik ortaya çıkmayacaktır. Aynı durum cinsel saldırı suçu açısından da geçerlidir. Kişinin rızasının geçerli olup olmadığı yönünde bir tespit yapılabilmesi, bu rızanın ahlaka uygun olup olmadığına bağlı değildir. *Kişinin cinsel birlikteliğe rıza göstermesiyle birlikte bu birliktelik, ahlaka uygun olsun ya da olmasın bu suç açısından tipiklik gerçekleşmiş olmayacaktır*⁹¹.

⁸² Schlehofer (n 17) 2; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht* (7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2004) § 8 kn 106.

⁸³ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 117; Heinrich (n 17) kn 438; Kühl (n 4) § 9 kn 20; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 3; Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Geerds (9) 49, 50.

⁸⁴ Heinrich (n 17) kn 438.

⁸⁵ Beckert (n 17) 507; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 120; Roxin (n 4) § 13 kn 3; Rönau (2)18.

⁸⁶ Welzel (n 17) 95; Roxin (n 4) § 13 kn 3.

⁸⁷ Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Thomas Weigend, ‘Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen’ (ZStW 98 (1986) 62; Geerds (n 9) 50 ff.

⁸⁸ Welzel (n 17) 95; Beckert (n 17) 508; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 3; Roxin (n 4) § 13 kn 8; Geerds (n 9) 50, 51; Weigend (n 88) 62.

⁸⁹ Weigend (n 88) 64.

⁹⁰ BGH NSStZ 2000, 88 (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 145).

⁹¹ Roxin (n 4) § 13 kn 8.

Görüldüğü üzere burada hukuka aykırılığa istisnai bir nitelik verilmiştir. Doktrinde Alman Ceza Kanunu § 228 hükmü olmadan da yaralanmasına yönelik rıza gösteren kişinin bu rızasının fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracabileceği, söz konusu hükmün daha çok hukuka aykırılığın ortadan kalkmış olmayacağı bir durumu gösterdiği belirtilmiştir⁹². Dolayısıyla kasten yaralama suçu üzerinde rıza suretiyle hak korumasından vazgeçişin bu hükümle sınırlandırıldığına işaret edilmiştir⁹³. Bu bakımdan rızanın bu suçlarda hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi, yaşam ve beden bütünlüğü gibi değerlerin eşsiz ve üstün değerler (*par excellence*) olmalarından kaynaklanıyor olabilir. Bu çerçevede devlet, bu değerler bakımından tasarruf edebilme hakkını güvence altına aldığı gibi aynı zamanda bu hakkın sınırlarını da belirlemektedir⁹⁴.

2. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rızayı Kabul Etmeyen ve Bütün Rıza Hallerini Tipikliğe Engel Nitelikte Gören Görüş

Alman doktrininde yeni olan ve yayılmaya başlayan görüşe göre⁹⁵ hukuka uygunluk nedeni olan rıza da tipikliğe engel olan rıza olarak görülmektedir. Diğer bir ifadeyle sırf suç tipinde yer alan tanımdan hareketle rızanın ister açık ister zımni olarak tipikliğe engel bir nitelik arz etmediği hallerde de rıza tipiklik kapsamında görülmekte, özetle rıza her halde ve durumda tipikliğe engel teşkil eder nitelikte görülmekte ve hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hiçbir şekilde bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede Alman hukukunda rızanın ister açık ister yorum yoluyla suç tipinde yer almadığı durumlarda rızanın suç sistematığında tam olarak nerede konumlandırılacağı konusu üzerinde bir tartışma ortaya çıkmıştır. Özellikle vurgulamak gerekir ki *bu tartışma, bilhassa tıbbi müdahaleler kapsamında gerçekleştirilen yaralamalarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır*. Buna göre hekimler tarafından tedavi amacıyla tıp mesleğinin kurallarına göre vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılan müdahalelerin başarılı bir şekilde gerçekleştirilmiş olması durumunda tipiklikten söz edilemez. Yani bu görüşe göre, tıbbi müdahaleler kapsamında hasta tarafından gösterilen rıza, tipikliğe engel olan rıza olarak görülür.

⁹² Kühl (n 4) § 9 kn 20.

⁹³ Otto (n 83) § 8 kn 106.

⁹⁴ Weigend (n 88) 62.

⁹⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 12; Gropengießer (n 18) 89; Schlehofer (n 17) 4; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 126; Weigend (n 88) 61. Bu konuda Türk doktrininde bilgi için bakınız Koca ve Üzülmüş (n 4) 291.

Buna karşılık Alman mahkeme kararları da dahil olmak üzere doktrindeki geleneksel görüş⁹⁶ tarafından tedavi amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerin kapsamında olduğu yaralama suçu bakımından rıza hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmektedir. Yani Alman doktrininde bu görüş, kanuni tanımda hareketin açıkça rızaya aykırı olması gerektiği belirtilen yahut açıkça belirtilmese de hareketin yorumlanması suretiyle rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilen suç tipleri dışında kalan bütün suçlarda rızanın hukuka aykırılık unsuru altında incelenmesi ve hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹⁷. Hatta o kadar ki bu görüş nezdinde hukuka uygunluk nedeni olan rızanın, özellikle de tıbbi müdahalelerde önem arz ettiği kabul edilmektedir⁹⁸.

3. Değerlendirme

Bu konudaki kanaatimiz, “bireye ilişkin hukuki değer öğretisi” çerçevesinde şekillenecektir. Buna göre kişinin özgür gelişimine zarar vermeyen, bilakis bu ifadenin aksine olacak şekilde hareketin hukuki değer sahibi olan kişinin tasarrufuna dayanması halinde hukuki değer ihlalinin söz edilemeyecektir⁹⁹. Elbette kabul ettiğimiz görüşün temeli bu ilkeye uygun olmakla birlikte bundan farklı olarak suç tipi tanımlarında yer alan ifadelerin de dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu minvalde kanaatimiz, rızanın kural olarak tipikliğe engel teşkil eden bir neden

⁹⁶ BGHSt 17, 359 (Kindhäuser (n 4) § 12 kn 2); BGHSt 11, 111; BGH, NJW 2011, 1088, 1089 (Kühl (n 4) § 9 kn 26); Beekert (n 17) 507; Gropp (n 19) § 5 kn 112; Rengier (n 4) § 23 kn 10; Hoffmann-Holland (n 17) kn 303. *Jescheck/Weigend*, her kim kendisine kozmetik operasyon yaptırırsa az ya da çok bir süreliğine vücudunun zarar görmesine tahammül etmesi gerektiğini ifade ederek bu hususu hukuka uygunluk kapsamında değerlendirmektedir (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 c). *Kindhäuser*’e göre bu suçlarda da rızanın tipikliği kaldırdığı yönündeki görüş, tipik haksızlığın ortadan kalkması bakımından sonuç itibarıyla gerçeğe uygun olmasına rağmen yaralama ve yaralama suçları açısından söz konusu olan sınırlandırmaları açıklayamaması açısından bazı zorluklara sahiptir. Başkasının öldürmesi, rıza durumunda kişinin kendisini öldürmesi olarak anlaşılmış olsaydı kişinin kendisini öldürmesi tipe uygun olmadığından ve dolayısıyla da yasaklanmadığından başkasının öldürmesi de her şekilde cezalandırılmaması gerekirdi. Buna karşılık Alman Ceza Kanunu § 216 hükümü, tersini söylemektedir. İhlal edilenin rızasıyla icra edilen tipikliğin gerçekleşmesi de tek başına fail tarafından başkasının değerine yönelik bir saldırı olarak görünüm arz etmektedir (Kindhäuser (n 4) § 12 kn 5). *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, ilginç bir şekilde ev sahibinin kendisinin de taşı fırlatması durumunda zarar verme ya da kırma unsurlarının gerçekleşmiş olacağına dikkat çekmişler, her ne kadar taşı fırlatan ev sahibi için fiilin konusu başkasına ait nitelik arz etmese de ev sahibi olmayan kimsenin hukuka uygunluk nedeni olan rızasıyla işlenen fiil açısından böyle bir durumdan söz edilemeyeceğine işaret etmişler, bu sayede rızanın esasen hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmişlerdir (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 122). Halbuki *yazarların* bu görüşüne göre, ev sahibinin kendi malını kırmamasının mala zarar verme suçu kapsamında hakikaten tipik olduğundan bu defa hukuka aykırılık unsuru altında rızasının bulunup bulunmadığına bakılmak durumunda kalınacaktır. Gerçekte mala zarar verme suçu açısından da rıza tipiklik alanında addedilse bu değerlendirme için hukuka aykırılık unsuruna gerek kalmayacak, sorun en baştan tipiklik alanında çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Kaldı ki *yazarların* bizzat kendileri de görüşlerinin, iflas durumunda mal sahipleri bakımından söz konusu olduğu üzere hukuki değer sahiplerinin hukuki değerleri üzerinde tasarruf edebilme imkanlarının ellerinden alınmış olduğu durumlarda çelişkisiz bir çözüm bulamadığına vurgu yapmışlardır. Bakınız Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 122.

⁹⁷ Suç tipi ifadesinde “sağlığa zarar verme” ibaresi dikkate alındığında iradeden bağımsız tipikliğin gerçekleşmesinden söz edildiğine işaret edilmekte, bu açıdan da kasten yaralama suçu açısından rızanın tipikliğe engel olan değil, hukuka uygunluk nedeni olan rıza olduğunun altı çizilmiştir (Murmman (n 10) § 25 kn 123). Bu noktada erkek çocukların sünnet edilmelerinin sosyal anlamda uygun hareketler olarak kasten yaralama suçunun tipikliğini kaldırıp kaldırmayacağı tartışılmaktadır. *Exner*, bu görüşü savunurken hâkim görüş, bunun dini uygulamalar bağlamında bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmektedir. Bu konudaki görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bakınız Rolf Dietrich Herzberg, ‘Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung’ (JZ 2009) 332-339.

⁹⁸ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 c; Hoffmann-Holland (n 17) kn 303.

⁹⁹ Roxin (n 4) § 13 kn 12.

olarak kabul edilmesi gerektiği, bununla birlikte her durumda tipikliğe engel nitelik arz edemeyeceği, bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi gerektiği yönündedir.

Yani görüşümüz, temelde bireye ilişkin hukuki değer anlayışına dayanmakla birlikte bu görüşü ilk defa ortaya koyan ve şekillendiren *Roxin*'in mülkiyet şeklindeki hukuki değerın mala zarar verme suçuyla ihlalinin rızayla hukuka uygun olabilecek gerçek türde bir manevi yapıda olmadığı, malikin özgür kararıyla malın zarar görmesine ya da kırılmasına rıza göstermesi durumunda veya bu yönde bir talepte bulunması halinde burada malik pozisyonunun ihlalinin söz konusu olmadığı, malikin özgür kararının icrasına katılma olduğu yönündeki argümanını¹⁰⁰ benimsemek yönündedir. Zira bu ayırımın tamamen ortadan kaldırılması ve bütün rıza hallerinin tipikliğe engel teşkil ettiği yönünde bir görüşün, rızaya dair genel ve açık bir düzenlemenin bulunmadığı Alman hukukunda ileri sürülebilmesi mümkün görünse de Türk Ceza Kanunu'ndaki "ilgilinin rızası" başlıklı açık düzenleme karşısında Türk hukukunda ileri sürülmesi o denli kolay görünmemektedir. Kaldı ki böyle bir görüşün, § 228 hükmünün yer aldığı Alman Ceza Kanunu karşısında Alman hukukunda da ileri sürülemeyeceğine vurgu yapılmaktadır¹⁰¹.

Türk Ceza Kanunu'ndaki rızaya ilişkin düzenleme olmasaydı dahi suç tipi tanımlarında yer alan ifadeler ve de hukuki değerlerden hareketle yaralama, mala zarar verme gibi suç tipleri bakımından rızanın tipikliğe engel teşkil eder bir nitelik arz ettiğinden söz edilmesinden bahsedilemez. Nitekim hukuka uygunluk nedeni olan rıza olmaksızın malikin eşyasına zarar veren kişi, sadece spesifik olmayacak şekilde onun yapısına değil, aynı zamanda özel olarak mülkiyetten kaynaklı hukuki değere müdahalesi söz konusu olduğundan¹⁰² başkasına ait bir eşya hem kavramsal olarak hem de malikin iradesi olmaksızın zarar verilebilir, kırılabilir. Bu olay malikin rızasıyla gerçekleşmiş de olsa bu durum, söz konusu malın zarar görmesi ya da kırılması gerçeğinde bir değişikliğe neden olmaz¹⁰³. Aynı şekilde kişinin ölmek isteyip istemediğinden bağımsız olarak bir insan öldürülebilir. Öldürülen kişinin rızasının olup olmadığından bağımsız olarak kişinin öldürüldüğü gerçeği değişmeyecektir. Bu açıdan rıza, öldürmenin tipiklik unsurlarını ortadan kaldırmayacaktır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Roxin (n 4) § 13 kn 12.

¹⁰¹ Krey and Esser (n 19) kn 657; Beckert (n 17) 508.

¹⁰² Gropp (n 19) § 5 kn 112.

¹⁰³ Beckert (n 17) 508; Heinrich (n 17) kn 441.

¹⁰⁴ Heinrich (n 17) kn 441.

Daha açık ifadeyle kasten yaralamada insan ve mala zarar vermede taşınır malın maliki rıza göstermiş olsa bile günlük anlayışa ve normal dil kullanımına göre yaralanmış insanın “vücuduna acı verilmiş”tir, aynı şekilde kırılan vazo “kullanılmaz hale getirilmiş”, bu suretle mala zarar verilmiştir¹⁰⁵.

Bununla birlikte hukuki değerın büyük bir önem arz ettiğı bazı suçlar açısından, örneğın yaralama suçu bakımından hukuki değer sahibi olan kişinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi daha makul olacaktır. Bu çerçevede hasta A, doktor B tarafından yapılacak müdahaleye rıza gösterir ve bu müdahale tıp biliminin kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilerek apandis alınırsa her ne kadar kasten yaralama suçunun tipiklik unsuru gerçekleşmekteyse de hekimin hareketi hastanın rızası nedeniyle hukuka uygun hale gelecektir¹⁰⁶. **Bilhassa tıbbi müdahaleler kapsamında gösterilen rızanın, tipikliğe engel olan rıza olarak değil de hukuka uygunluk nedeni olan rıza olarak kabul edilmesi gerekir** ki bunun en temel sebeplerinden biri, ayırımın sonuçlarında da görüleceğı gibi tipikliğe engel teşkil eden rızanın koşullarının daha az olmasıdır. Yani hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşulları daha sıkı olduğundan bu şekilde yaralama teşkil edebilecek türden tıbbi müdahalelere karşı gösterilecek rızanın koşullarının daha dar olmasının hastalar bakımından ve keza hekimler açısından da önemli faydaları olacağını düşünmekteyiz.

Nitekim vücuda yönelik saldırının haksızlığı temellendiren esası hukuka uygunluk nedeni olan rıza kabulüyle birlikte meşru savunmadaki gibi karmaşaya engel olunmuş olur. Buradan hukuka uygunluk nedeni olan rıza da kural olarak menfaatlerin değerlendirilmesine, karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Hukuki değerin sahibi olan kişi, kendisi için fiilden (bacağının kaybının daha uzun yaşamasını sağlaması) ya da fiilin ihmalden (bacağın kesilmemesinin her iki bacağının da kesilmesine neden olması yahut daha az yaşamasına yol açması) kaynaklı olası sonuçlanabilecek avantaj veya dezavantajların değerlendirilmesine göre hukuka uygunluk nedeni olan rızasına ilişkin kararını ortaya koyar¹⁰⁷. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedeni olan rıza, menfaatleri kıyaslama ve değerlendirme aracıdır¹⁰⁸. Elbette rızanın tipikliğe engel mi olduğu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğunun ne tür bir öneme sahip olduğu hususu, ayırımın sonuçları incelenirken daha iyi bir şekilde anlaşılacaktır. Burada

¹⁰⁵ Alman doktrininde rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak etkisine gerekçe olarak kasten yaralama suçu bakımından yapılan özel düzenleme (§ 228) örnek gösterilmektedir. Bakınız Kühl (n 4) § 9 kn 22. Gerçi bu argümanı *Roxin*, Alman Ceza Kanunu § 11 I Nr 5 hükmünde yapılan tanıma göre hukuka aykırı fiilin, ceza kanunundaki tipikliğin gerçekleştiğı fiil olduğu, ancak bunun Alman Ceza Kanunu § 228 hükmü anlamında hukuka aykırı fiille ilgili olmadığı, zira buradaki hukuka aykırılığın rızayla hukuka uygun hale getirilen fiilin istisnasını norm altına aldığı (Roxin (n 4) § 13 kn 29) yönündeki gerekçelerle kabul etmemekteyse de Alman doktrininde bu görüş oldukça fazladır. Burada rızanın ahlaka aykırı olması durumunda yaralanan kişinin rızasının mevcudiyetinin fiili meşru hale getirmeyeceğı vurgulanmaktadır (Kühl (n 4) § 9 kn 22). Dolayısıyla bu suç açısından ihdas edilen bu özel düzenlemedeki ifadeden hareketle bu rızanın tipikliğe engel olan rıza değil, hukuka uygunluk nedeni olan rıza olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁰⁶ Hoffmann-Holland (n 17) kn 303; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 123. Bu konuyla bağlantılı olarak genital muayene suçu bakımından rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair açıklamalar için bakınız Oğuzhan Demir, ‘Genital Muayene Suçu (TCK m.287)’, (2017) 5(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 140.

¹⁰⁷ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 123.

¹⁰⁸ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 124; Amelung and Eymann (n 8) 939.

özellikle de basit nitelik arz etmeyen yaralama sonucunu beraberinde getirebilecek cerrahi müdahaleler açısından rızanın tipikliğe engel teşkil ettiğinin kabul edilmesinin önemli sorunları beraberinde getirme ihtimalinin bulunduğuna değinmekle yetinelim.

Şu hâlde hukuki değerin sahibi olan kişinin rızası olmaksızın da unsurun gerçekleşmesi kavramsal olarak mümkün ise kişinin rızası tipikliğinin gerçekleşmesi bakımından bir değişikliğe neden olmaz ve bu noktada rıza, yalnızca bir hukuka uygunluk nedeni olabilir¹⁰⁹. Esasında “girmek” veya “almak” şeklindeki ifadelerin de günlük dil kullanımında ilgili kişinin rızası olmasına rağmen gerçekleşmeleri mümkün görünmektedir¹¹⁰. Zira bu ifadeler, tek başlarına ceza hukuku bakımından tam olarak belirli olmayan ve renksiz olarak görülmektedir¹¹¹. İşte tam da bu nedenle kanun koyucu, bu ifadelerle birlikte “rızaya aykırılık” unsuruna yer vermiş bulunmaktadır.

Bazı durumlarda ise suç tanımında yer alan hareketin varlığının hukuki değer sahibinin rızasının bulunmamasına bağlı olduğu hususu kelimenin kendi anlamından hareketle ortaya konulabilir. Nitekim incelemede yer verilen cinsel saldırı suçu buna örnek olarak gösterilebilir. İşte bu durumlarda hukuki değer sahibinin rızasıyla birlikte ilgili hukuki değere yönelik bir saldırının daha en baştan bulunmadığı varsayımından hareket edilir. Oysa ki etkili bir hukuka uygunluk nedeni olan rızada, korunan hukuki değere yönelik saldırı mevcuttur ve düzenlemelerde tanımlanan değersizliğin gerçekleşmesi söz konusudur¹¹². Yani hukuki değer ihlal edilmesi ve fakat bunun değersizliğin gerçekleşmesi anlamına gelmemesi, hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile hukuka aykırılığın ortadan kalkması sonucu söz konusu olur. Buna cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi örnek gösterilebilir. Daha evvel de belirttiğimiz üzere cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olmasından söz edilebilmesi, kişinin bu cinsel davranışlara yönelik rızasının bulunmamasına bağlıdır. Yani cinsel suçlar açısından rızanın yokluğu, fiil unsurunun oluşmasının ön koşullarından biridir. Dolayısıyla da Türk doktrininde yorum yoluyla bazı suç tiplerinde rızanın tipikliğe dahil edilmemesi gerektiği, bu tür durumlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşe¹¹³ katılmamaktayız.

III. Ayrımın Etkisi ve Sonuçları

Her ne kadar ister tipikliğe engel olarak kabul edilsin isterse hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilsin, her iki durumda da mağdurun işlenen fiile rıza göstermiş olduğu durumda fail haksız bir fiil gerçekleştirmiş olmayacak ve bu bakımdan içerik

¹⁰⁹ Heinrich (n 17) kn 441.

¹¹⁰ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 142.

¹¹¹ Schild (n 47) 346.

¹¹² Gropp (n 19) § 5 kn 112.

¹¹³ Koca ve Üzülmüş (n 4) 292.

açısından bir fark ortaya çıkmayacaksa da¹¹⁴ bu ayrımın daha evvel de işaret edildiği üzere bazı hususlar bakımından oldukça anlamlı olduğu ifade edilmelidir. Zira kişinin rızasının ceza hukukunda ne şekilde nitelendirileceği ve nerede konumlandırılacağı konusunda verilecek karar, başta hata olmak üzere rızanın koşulları açısından, uygulamada önemli sonuçları beraberinde getirecektir¹¹⁵. Genel olarak tipikliğe engel olan rızanın koşulları, her bir suç tipinin fonksiyonundan ve korunan hukuki değer yapısından kaynaklı olarak gelişim gösterirken hukuka uygunluk nedeni olan rıza genel kurallardan hareketle şekillenir¹¹⁶. Nitekim ilgili kişinin rızasının etkili olması -bu rıza ister hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilsin isterse tipikliğe engel olan bir neden olarak kabul edilsin- ancak belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır¹¹⁷. Bu kapsamda ayrımın, suçun unsurları bağlamında etkisi, rızanın koşullarının değişmesine olan etkisi ve nihayet hata durumlarına olan etkisi söz konusu olacağından incelememizde de bu başlıklara yer verilecektir.

A. Suçun Unsurları Bağlamında Etkisi

Bu kapsamda tipikliğe engel olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasındaki en önemli farklardan biri, rızanın konumlandığı unsurdan hareketle ortaya çıkmaktadır. Zira biri, tipiklikte yer alırken diğeri hukuka aykırılık unsurundadır¹¹⁸. Bunun sonucu olarak ilkinde rızayla birlikte tipik hareket dahi mevcut olmayacak, bu suretle maddi unsur oluşmayacakken¹¹⁹ ikincisinde rıza olsa bile tipik hareketten söz edilebilecek, bununla birlikte rıza ceza hukuku anlamındaki haksızlığın oluşmasına engel olacaktır¹²⁰. Rıza ile tipikliğe engel olunması suretiyle tipikliğin gerçekleşmemesi, hukuki değer sahibi olan kişinin bu hukuki değer başkası tarafından ihlal edilmesine muvafakat göstermesi halinde, tipikliğin gerçekleşmesi için gerekli hukuki değer ihlalinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği anlamına gelmektedir¹²¹. Burada hukuki değer sahibi olan kişinin irade özgürlüğünün hukuk düzeni tarafından tanınması ve kabul edilmesi suretiyle bu türden bir hukuki değere yönelik saldırının desteklenmesi söz konusudur¹²². Bu temelin arka planında çoğunlukla malvarlığında olduğu gibi her bir hukuki değer üzerinde tasarruf edebilme imkanının anlaşıldığı hallerde tipikliğe engel olan rıza yer alır¹²³.

¹¹⁴ Schlehofer (n 17) 1; Murmann (n 10) § 25 kn 122.

¹¹⁵ Beckert (n 17) 508; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1; Schmidt (n 2) kn 429; Heinrich (n 17) kn 440; Kühl (n 4) § 9 kn 42; Koca and Üzülmöz (n 4) 290, dipnot 807.

¹¹⁶ Schlehofer (n 17) 1, 2.

¹¹⁷ Weigend (n 88) 44; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3.

¹¹⁸ Beckert (n 17) 508.

¹¹⁹ Schäfer (n 46) § 123 kn 27; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 34; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140; Schmidt (n 2) kn 431; Rengier (n 4) § 23 kn 3; Gropp (n 19) § 5 kn 120; Koca ve Üzülmöz (n 4) 292.

¹²⁰ Geerds (n 9) 43.

¹²¹ Kühl (n 4) § 9 kn 21; Kohte (n 4) 124.

¹²² Kühl (n 4) § 9 kn 21.

¹²³ Kühl (n 4) § 9 kn 21.

Bu çerçevede Alman hukukunda konut dokunulmazlığının ihlali suçunda (§ 123) eve girme hareketi, ev sahibinin davetine icabet etmek üzere gerçekleştirilmişse suç tanımında yer alan “girme”den söz edilemeyecektir. Zira konut dokunulmazlığının ihlali suçu da konut sahibi olan kişinin iradesine karşı hareket etmeyi şart koşturur¹²⁴. Benzer durumun Türk hukuku açısından da geçerli olduğu daha evvel belirtilmişti. Buna göre konut ya da iş yerine girmenin ya da girdikten sonra çıkmamanın bu suçu oluşturabilmesi, konut veya iş yeri sahibinin iradesine aykırı olmasına bağlıdır¹²⁵. Burada yetkili kişinin olumsuz yöndeki iradesi tek başına yeterli olup ayrıca fiili anlamda girişi önlemeye yönelik bir davranışta bulunması ya da çaba sarf etmesi gerekli değildir¹²⁶.

Aynı şekilde hırsızlık suçunda (§ 242) malik, eşyasının korunması için alınmasına razı olmuşsa suç tanımındaki “alma”dan bahsedilemeyecektir¹²⁷. Hırsızlık suçu kapsamında “alma” ifadesi, malikin ya da zilyedin rızası olmaksızın kavramsal olarak bir anlam ifade eder. Aksi takdirde, malikin ya da zilyedin rızasıyla malın alınması durumunda, hırsızlık suçu kapsamında yer alan “alma” hareketi, kavramsal olarak gerçekleşmiş olmayacaktır. Bu suçla bağlantılı olarak malın alınmış olmasından söz edilebilmesi, malik ya da zilyedin iradesine aykırı olarak almayı şart koşturur. Dolayısıyla sigara paketinden sigara alıp alamayacağı sorusuna paketin sahibinin alabileceği yönünde cevap vermesi üzerine paketten sigara alan kişinin bu hareketi, hırsızlık suçu kapsamında bir “alma” olmayıp yalnızca günlük dil kullanımında bir alma olacaktır¹²⁸. Şu hâlde hırsızlık suçu kapsamında yer alan “alma” hareketi, zilyedin rızasına aykırı olmaksızın gerçekleştirilemez¹²⁹. Bu bakımdan kolluk görevlileri tarafından sırf yakalanmak üzere içinde para bulunan çantanın masaya bırakılması ve failin çantayı almasıyla yakalandığı olayda yerel mahkeme, tamamlanmış hırsızlık suçunun olduğunu kabul etmemiş, buna gerekçe olarak çanta sahibinin de bu

¹²⁴ RGSt 5, 109, 111 (Kuhli (n 46)211); OLG Jena NJW 2006, 1892 (Rackow (n 44), § 123 kn 13); Schäfer (n 46) § 123 kn 27, 29; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 14/15; Heger (n 46) § 123 kn 5; Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 587; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Gropp (n 19) § 5 kn 113. Bu noktada Alman doktrininde bazı görüşler, mağdurun iradesine karşı olmanın yanı sıra iradesi olmaksızın da konuta veya iş yerine girmeyi bu kapsamda telakki etmektedir. Yani “girmeyi”, yetkili kişinin iradesine karşı veya iradesi olmaksızın girme olarak kabul etmektedirler. Bu şekilde bir yaklaşım sergilemeleri, genel anlamda rıza gösteren konut veya iş yeri sahibinin, bazı özel durumlarda rıza göstermemesi, bu bakımdan karşı bir irade beyanında bulunmasa da genel anlamda irade beyanında bulunduğu hareketle bu genel iradenin kapsamı dışında bulunan söz konusu özel yere girilmesi durumunda yetkili kişinin iradesine karşı girişten değil, iradesi olmaksızın girişten söz edilecektir. Bu müelliflere göre genel anlamda rızanın ortadan kalkması, sadece iş yeri, sinema gibi kamuya açık alanların dışında kalan konutlarda söz konusu olabilecektir. Bakınız Ostendorf (n 46) § 123 kn 29. Kanaatimize göre yetkili kişinin iradesine aykırı olarak değil de iradesi bulunmayarak girişlerde büyük ölçüde hata durumlarından bahsedileceğinden bu müelliflerin hareket noktasının ne denli makul olduğu şüpheli görünmektedir.

¹²⁵ Keskin Kızıroğlu da Alman doktrininde hâkim görüşün kabul ettiği gibi yalnızca iradeye karşı olmaktan, aykırılıktan söz etmiştir. Bakınız Keskin Kızıroğlu (n 51) 77.

¹²⁶ Kuhli (n 46) 211; Ergün (n 51) 87.

¹²⁷ Roxin (n 4) § 13 kn 2; Kühl (n 4) § 9 kn 25; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, C.H. Beck, 2015) 15/1; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Gropp (n 19) § 5 kn 113; Rengier (n 4) § 23 kn 4; Schmidt (n 2) kn 430; Geerds (n 9) 74. Bu kapsamda koşullu muvafakat da tartışılmıştır. Bakınız Rönau (n 2) 487-506.

¹²⁸ Heinrich (n 17) kn 442.

¹²⁹ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b.

durumdan haberinin olmasının çantanın fail tarafından alınmasına rıza gösterdiği anlamına gelmiş olmasını göstermiştir¹³⁰.

Buna karşılık hukuka uygunluk nedeni olan rızada, ihlal edilen hukuki değer in sahibi olan kişinin rızası olmasına rağmen tipiklik gerçekleşir ve fakat hukuka uygunluk nedeni söz konusu olursa tipik olan fiil hukuka uygun hale gelir¹³¹. Burada rıza, hukuki değer in muhafazasına dair cezaya layık menfaatin ortadan kalkmasına neden olur¹³². Bu türden suçlarda, örneğin mülkiyet hakkının korunduğu mala zarar verme suçunda iradenin ihlal edilmesi söz konusu değildir¹³³. Bu çerçevede mal sahibinin izin vermesi üzerine malını kıran kişinin bu hareketi, mala zarar verme suçu açısından tipik olsa da hukuka aykırı olmayacaktır¹³⁴. Alman Ceza Kanunu § 223 hükmüne göre de sadece başkasını özgürce karar verebilme hakkına saldırı altında bedensel olarak ihlal eden veya sağlığına zarar veren kişi tipe uygun hareket etmiş olur. Bilakis ceza hukuku, belirli yaşamsal değerler bakımından kişinin kendi kararını verme hakkını korumaz¹³⁵.

B. Rızanın Koşullarının Değişimine Yönelik Etkisi

Her iki rıza türünün koşulları da birbirinden farklı olup¹³⁶ bu koşullara dair özel kanunlar dışında ceza kanunlarında herhangi bir genel düzenleme bulunmamaktadır¹³⁷. Bu farklılık, yapılarının aynı olmamasından kaynaklanmaktadır. Buna göre hukuka uygunluk nedeni olan rıza, hukuki nitelikte bir yapıya sahipken tipikliğe engel olan rıza, hukuki değil, fiili bir yapıya sahiptir. Koşulların aynı olmaması da bu yapısal farklılık nedeniyle ortaya çıkmaktadır¹³⁸.

Bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olan rızanın uygulanma alanı, tipikliğe engel olan rıza karşısında daha dardır. Hatta burada bir “daraltma”dan söz edilmiş ve bu daraltmanın, hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın kapsamına sınırlar çekilerek gerçekleştirilmeye çalışıldığı belirtilmiştir. Bu çerçevede hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşullarının çok daha katı olduğuna dikkat çekilmektedir¹³⁹. Bu koşullar arasındaki farklılıklar, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşulları kapsamında detaylara girilmeden ele alınmaya çalışılacak ve bu suretle bir karşılaştırma yapılacaktır.

¹³⁰ BayObLG RReg. 3 St 230/78 NJW 1979, s. 729 (Gropp (n 19) § 5 kn 113, 115). Benzer durumun, güveni kötüye kullanma suçu bakımından da geçerli olduğu, nitekim bu suçta da tipik hareketin mağdurun iradesine karşı işlendiği vurgulanmaktadır (Rengier (n 4) § 23 kn 4).

¹³¹ Kohte (n 4) 124.

¹³² Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140.

¹³³ Kühl (n 4) § 9 kn 25.

¹³⁴ Rönnau (n 2) 18.

¹³⁵ Gropp (n 19) § 5 kn 111.

¹³⁶ Gropp (n 19) § 5 kn 117; Exner (n 17) 104.

¹³⁷ Amelung (n 4) 529.

¹³⁸ Rengier (n 4) § 23 kn 40; Frister (n 128) 15/3.

¹³⁹ Stratenwerth and Kuhlén (n 13) § 9 kn 11.

1. Tasarruf Edilebilir Haklar Bakımından

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza konusunda belirleyici olan unsur, hukuk politikasıdır¹⁴⁰. Sosyal bir hukuk devletinde, hukuki değer sahibinin özgürlüğü oldukça geniş olup rızanın bazı özel koşulları bulunmak kaydıyla korunan değer in ihlal edilmesi de bu kapsamda bulunmaktadır. İşte bu özel koşullardan ilki, rızanın sadece bazı bireysel hukuki değerlere ilişkin olması ve rıza gösteren kişinin sadece ilgili hukuki değer in sahibi olan kişi olması durumunda dikkate değer olmasıdır¹⁴¹.

Bu çerçevede bireysel malvarlığı değerlerinde ve özgürlüğe ilişkin değerlerde kural olarak vücut bütünlüğünde olduğu gibi tasarruf yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir¹⁴². Ceza hukukunda başkasının değerlerine zarar vermeme şeklinde bir yükümlülüğün genel menfaatler bakımından devlete karşı da söz konusu olduğu, dolayısıyla her ne kadar bu saldırıdan dolayı da olsa etkilenen kişi rıza göstermiş olsa da ceza hukukunun kamusal normları üzerinde tasarruf yetkisinden söz edilemez¹⁴³. Şu hâlde yalan tanıklık, genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu, çevrenin kasten kirletilmesi gibi genel nitelikli hukuki değerler açısından bu şekilde bir yetkiden söz edilemez, tasarruf edilebilir bir haktan bahsedilemez¹⁴⁴. Zira bu tür durumlarda ne ampirik ne de normatif olarak genelin rızası söz konusudur. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedeni olan rıza, devletin korunduğu, kamu güveninin korunduğu suç tiplerinde herhangi bir etki oluşturmaz. Elbette ilgili suç tipi bakımından rızanın mümkün olup olmayacağı, suç tipinin kanunun özel hükümler kısmında konumlandığı yere ve dolayısıyla da hukuki değer analizine bağlı olarak şekillenecektir. Böylelikle mala zarar verme suçunun temel şekli açısından rıza gündeme gelebilecekken kamu malına zarar verilmesi şeklindeki suçun nitelikli hali açısından rıza söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bakımından tasarruf edilebilir bir hak olmadığı yönünde görüşler bulunmaktaysa da¹⁴⁵ bazı görüşler tarafından sahip olduğu değer tehlikeye düşürülen kişinin rızasının, en azından bireysel anlamda tehlikeye düşürülen kısmı bakımından geçerli olup olmayacağı, hukuka uygun bir karaktere sahip olup olmayacağı tartışılmaktadır¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 3.

¹⁴¹ Amelung and Eymann (n 8) 939; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 126; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 3.

¹⁴² Schmidt (n 2) kn 434; Beckert (n 17) 509; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 14; Rengier (n 4) § 23 kn 9; Murmann (n 10) § 25 kn 134; Ekici Şahin (n 4) 112; Özgenç (n 22) 367; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 51) 491, 492.

¹⁴³ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 5; Özgenç, (n 22) 368; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 51) 491.

¹⁴⁴ Schmidt (n 2) kn 434; Rengier (n 4) § 23 kn 11; Ekici Şahin (n 4) 123; Koca ve Üzülmaz (n 4) 293, 294.

¹⁴⁵ Amelung and Eymann (n 8) 939. Bilhassa Alman Federal Mahkemesi kararlarında bu yönde görüş oldukça yaygındır. Bu kararlar için bakınız: BGH 23, 261 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 3). BGHSt 6, 66 (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 126).

¹⁴⁶ Rengier (n 4) § 23 kn 12. Bu tür suç tiplerinde korunan bireysel hukuki değerlerin ihlaline yönelik rıza, haksızlığın bir kısmını nötralize edecekse de geride kalan haksızlık tipikliğin tam anlamıyla oluştuğunun belirtilebilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu açıdan da hukuka uygun hale getiren rızanın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş için bakınız Amelung and Eymann (n 8) 939.

Tüm bu açıklamalardan da açıkça anlaşıldığı üzere tasarruf edilebilir hak, istisnai durumlar hariç olmak üzere bireysel hukuki değerler olarak görülür¹⁴⁷. Yaşam hakkı ise bu istisnalardan biri olarak gösterilebilir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmiş, buna göre öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade etmesi ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişinin altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı yönünde bir hüküm ihdas edilmiştir (§ 216).

Burada iki hususa önemle dikkat çekmek gerekir. Birincisi, kişilerin yaşamları ve vücut bütünlükleri, keza sağlıkları bizatihi kendilerine karşı korunmamakta, ilkesel olarak kendilerini öldürmeleri ya da yaralamaları yasaklanmamaktadır¹⁴⁸. İkincisi ise, kişilerin başkalarından kendilerini öldürmelerini ya da yaralamalarına istemelerine yahut da rıza göstermelerine genel olarak müsaade edilmemektedir. Yani kişinin kendisini öldürmesi yahut da yaralamasına yönelik olarak hukuk düzeni tarafından verilen serbestlik alanı, kişinin rızasına rağmen başkasına verilmemiş, tanınmamıştır¹⁴⁹. Burada kamusal menfaatlerin korunduğu yerde bireysel olarak ilgili kişinin rızasının etkisiz olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰. Halbuki iki durum arasındaki tek fark, birinde kişinin doğrudan kendi hayatına son vermesi ya da vücudunu yaralaması söz konusuyken diğesinde kişinin bunu doğrudan kendisinin gerçekleştirmeyip bir başkasından rica etmesidir. Bu iki durum karşılaştırıldığında niçin ikincisinin daha ağır nitelikte görüldüğü ve cezalandırılabilirlik alanına dahil edildiği hususunun tartışmalı olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁵¹.

Burada altı çizilmesi gereken bazı noktalar bulunmaktadır: **1.** Bir piramit çizildiğinde bu piramidin en alt katında kişinin kendisini öldürmesi yer alacak ve bu davranışlar tipik olmayacak, yani cezalandırılabilir nitelikte görülmeyecektir. Bununla birlikte kişinin kendisine yönelik olarak gerçekleştirdiği bu davranışlara kişiyi sevk eden veya kişiye yardım eden kişilerin de ön plandaki kişinin tipik bir fiili bulunmadığından bağlılık kuralı gereğince şerik olarak öldürme veya yaralama suçlarından sorumlu tutulmaları mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından intihara sevk etme veya yardım etmenin cezasız kalmasını engellemek amacıyla kanunda “*İntihara Yönlendirme*” başlıklı özel bir düzenlemeye yer verilmiştir (TCK md. 84). **2.** Bu piramidin en üst katında kişinin rızası olmaksızın başkası tarafından bu kimsenin öldürülmesi yer almaktadır ki bu fiiller, tamamen cezalandırılabilir bir

¹⁴⁷ Murmann (n 10) § 25 kn 134; Amelung and Eymann (n 8) 939; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 3; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 126; Koca and Üzülmaz (n 4) 294. Hatta bu, şüpheli de olsa Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarına göre rıza gösteren kişi ölmeyecek, bilakis yaşamı sadece somut olarak tehlikeye düşürülecek kişiler bakımından da geçerlidir (BGH BSzZ 2009, 148, 150 - Schmidt (n 2) kn 434). Bu mahkeme kararı temel alınarak yaşamında somut bir tehlike oluşturacak duruma yönelik rızanın geçerli olamayacağı sonucuna ulaşılabilecektir (Schmidt (n 2) kn 434).

¹⁴⁸ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 15; Geerds (n 9) 61; Ekici Şahin (n 4) 121, 122.

¹⁴⁹ Amelung and Eymann (n 8) 940.

¹⁵⁰ Welzel (n 17) 96.

¹⁵¹ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 15.

nitelik arz etmektedir. Nitekim bu tür fiiller, hem mağdurun yaşam gibi bireysel anlamda korunan değerini ihlal etmekte hem de toplum yaşamının düzenli bir şekilde sürdürülmesini tehlikeye düşürmektedir. Bu tür fiillere yönelik azmettirme (TCK md. 38) ve yardım etme (TCK md. 39) de genel hükümlerde yer alan hükümlere binaen cezalandırılabilir niteliktedir. **3.** Piramidin orta katında ise kişinin rızasıyla, yani isteği veya müsaadesiyle, başkası tarafından öldürülmesi yer almaktadır. İşte bu fiiller bakımından Alman hukukunda kişinin rızasına belirli koşullarda ve sınırlarda müsaade edilmiş, talep üzerine öldürmede kişinin rızasının haksızlığı azaltıcı etkisinin olduğu kabulünden hareketle bu şekilde cezada indirim yapılmasını sağlayacak özel bir hükme yer verilmiştir¹⁵². Bu açıdan Alman hukukunda intihara iştirak etme ile talep üzerine öldürme birbirinden ayrılmıştır¹⁵³. Buna göre Alman hukukunda piramidin orta katıyla üst katı arasında bir ayırım yapılmıştır. Sadece bireysel değil, toplumsal yönü de olan yaşam hakkı, her ne kadar kişinin mutlak surette tasarruf edemeyeceği hak olarak görülmüş olsa da rıza olmadan gerçekleştirilen öldürme karşısında daha hafif nitelikli bir fiil olarak telakki edilmiştir. Buna karşılık Türk hukukunda orta katla üst kat arasında bir sınıra yer verilmemiş, her iki alan birleştirilmiş, böylelikle öldürülen kişinin rızasına cezayı azaltıcı olacak şekilde dahi müsaade edilmemiştir.

Tüm bunların yanında vücut bütünlüğünün korunduğu yaralama suçu bakımından Türk hukukunda herhangi bir değişiklik söz konusu olmazken Alman hukukunda farklı bir kabulden hareket edilmiştir. Buna göre Alman Ceza Kanunu'nda rıza konusunda özel bir düzenlemeye (Alm. CK. § 228) yer verilmiştir. Bu çerçevede vücut dokunulmazlığının korunduğu yaralama suçunda verilen rızanın geçerli olabilmesi için ahlaka aykırı olmaması gerekir¹⁵⁴. Bu çerçevede Alman Federal Yüksek Mahkemesi, eroin enjekte etme ya da süratli araç kullanma gibi somut ölüm tehlikesi oluşturan sado-mazoşist davranışlara yönelik rızayı kabul etmemiş ve failin işlediği fiili kasten öldürme olarak telakki etmiştir¹⁵⁵.

Alman literatüründe ahlaka aykırı olmama şeklindeki bu kriter sadece yaralama açısından geçerli görülmüştür. Buna karşılık mahkeme kararlarında ilk dönemlerde literatürdeki bu görüş kabul edilmişse de¹⁵⁶ doktrinde “ahlaka aykırılık” şeklindeki ifadenin belirsiz olduğu yönünde bir görüş bulunmasına rağmen¹⁵⁷ mahkemenin sonraki kararlarında bu kriter, fail ve mağdur tarafından takip edilen amaçla birlikte ihlalin türü ve araçları çerçevesinde bütüncül bir bakış açısıyla kınanabilir nitelik söz konusuysa bütün suçlar açısından kabul edilmiştir¹⁵⁸.

¹⁵² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 128.

¹⁵³ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 19.

¹⁵⁴ Murmann (n 10) § 25 kn 134; Geerds (n 9) 51; Hoffmann-Holland (n 17) kn 307; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3.

¹⁵⁵ BGHSt 49, 34 (Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 19).

¹⁵⁶ BGHSt 49, 34 (Hoffmann-Holland (n 17) kn 307).

¹⁵⁷ Beckert (n 17) s. 510; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 20; Weigend (88) 64.

¹⁵⁸ BayObLG NJW 1999, s. 372, 373 (Hoffmann-Holland (n 17) kn 307).

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde bir insanın öldürülmesi veya ahlaka aykırı şekilde bir insanın yaralanması şeklindeki fiiller genel menfaatler çerçevesinde koşulsuz olarak dokunulmaz kılınmış ve kişinin bu değerler bakımından tasarruf imkânı ortadan kaldırılmıştır¹⁵⁹. Bu bakımdan rızanın kapsamının kamusal menfaatlerden hareketle sınırlandırıldığı ifade edilebilir¹⁶⁰. Bu kapsamda tüm bireylerin çalışma gücünün muhafaza edilmesi üzerinden toplumun ekonomik menfaatleri esas alınmaktadır¹⁶¹. Ancak elbette konuyu yalnızca ekonomik bir mevzuya indirgememek gerekir. Zira toplumda yaygınlaşabilecek olan muhtemel “rıza üzerine” öldürme ve yaralamaların kamu düzenini bozacak olması da bu noktada büyük bir önem arz etmektedir. Kaldı ki öldürülenin öldürülme konusundaki rızası tam olarak geçerli görülüp öldüren kişiye hiçbir şekilde ceza verilmeseydi öldürülen kişilerin gerçekten rıza gösterip göstermediklerinin tespitinin belirsizliği karşısında öldürme fiili işleyen ve bunu rıza üzerine gerçekleştirdiği iddiasında bulunan kişilerin bu iddialarının, en azından “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince doğru kabul edilmesi gibi oldukça riskli bir sonuç tercih edilebilecektir.

Bunların yanında taksirle öldürmenin ve kasıtlı olarak yaşamı tehlikeye düşürmenin bir taraftan rıza suretiyle hukuka uygunluğundan bahsedilmekte, diğer taraftan ise mağdurun başkası tarafından gerçekleştirilen ve yaşamını tehlikeye düşüren riskli hareketlere rıza göstermesinin yaşamını tam anlamıyla sonlandıracak hareketlerin gerçekleştirilmesine izin verdiği anlamına gelmeyeceği, kuşkusuz ki ihmalin ölümcül neticesi gerçekleştiğinde mağdurun riskin önemini yeterince kavrayıp kavramadığı hususunun dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekeceğinin altı çizilmektedir¹⁶².

İşte hukuka uygunluk nedeni olan rızanın tipikliğe engel olan bir nitelik arz ettiğinin kabul edilmesi halinde evvela rıza için tasarruf edilebilir bir hukuki değer bulunması gerektiği şeklindeki koşul ortadan kalkacaktır. Zira bu rızanın tipikliğe engel nitelikte görülmesi, kişinin başkasına rıza göstermesinin o fiili kendi işlemişçesine bir sonuç doğurmasına neden olacaktır. Buna göre kişi, intihar ettiğinde nasıl ki yaşamına yönelik kendi saldırısı öldürme suçu açısından tipik olmayacaksa başkasının kendisini öldürmesine yönelik rıza göstermesi halinde de aynı durumdan söz edilebilecek, başkasının hareketi de tipik olmayacaktır. Böylelikle yaşam ve vücut dokunulmazlığı gibi üstün değerler bakımından da kişilerin sınırsız şekilde tasarruf edebilmelerinden ve rıza gösterebilmelerinden bahsedilebilecektir.

¹⁵⁹ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 5; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 128; Özgenç (n 22) 367, 368; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 51) 495.

¹⁶⁰ Beckert (n 17) 509; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3; Weigend (n 88) 62, 63.

¹⁶¹ Weigend (n 88) 63.

¹⁶² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 129.

2. Rıza Gösterme Yeterliliği Bakımından

Rıza gösterme yeterliliği, kişinin hukuki etki doğuran rızayı açıklayabilme yeteneğini ifade eder¹⁶³. Bu noktada rızayı sadece fiilin konusunun ait olduğu, korunan hukuki değer taşıyıcısı olan kişi gösterebilir¹⁶⁴. Hukuki değer konusunu birden fazla kişiye aitse bu defa bütün kişilerin rıza göstermesi gerekmektedir¹⁶⁵. Rıza gösterme yetkisinin hukuki değer sahibi olmayan kimseye devredilmesi, mülkiyet gibi kişiliğe ilişkin olmayan hukuki değerlerde mümkünken vücut dokunulmazlığı, sağlık, özgürlük gibi kişiliğe ilişkin değerlerde kural olarak mümkün değildir¹⁶⁶. Bu bakımdan tıbbi tedavilerde hukuka uygunluk nedeni olan rızayı kural olarak sadece ilgili hastanın kendisi verebilir.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın etki gösterebilmesi için rıza gösteren kişinin, davranışının etkisi ve fiilin haksızlığına ilişkin olarak somut olayda belirli bir olgunluk ve anlayışa sahip olması gerekir¹⁶⁷. Buna karşılık rıza gösteren kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalması halinde rızanın hukuka uygunluk etkisinden söz edilemeyecektir¹⁶⁸. Bu noktada hangi tür irade eksikliğinin önemli olduğu konusu tartışmalıdır. Geleneksel görüşe göre rıza gösterenin iradesindeki her türlü eksiklik önemli görülmektedir¹⁶⁹. Yaygınlaşan görüşe göre ise *hukuki değere ilişkin irade eksikliğine önem veren* bir bakış açısı esas alınır¹⁷⁰. Buna göre rıza gösteren kişinin kendi üzerinde bir tehlikeye neden olması bakımından ilgili hukuki değer anlamını ve saldırının ağırlığını anlayabilecek nitelikte algılama yeteneğine sahip olması gerekir¹⁷¹.

Bu görüşe yönelik olarak bilhassa rıza gösteren kişinin hatasının varlığı durumunda ortaya çıkacak sonuç bakımından eleştiriler ileri sürülmektedir. Buna göre rıza gösteren kişinin kendisine ait değere gerçekleştirilecek saldırının amacı veya kapsamı üzerinde hataya düşmesi durumunda rıza gösterenin bu açıklamasının geçersizliğini ileri süremeyeceği, zira bu hatanın dikkate değer görülmeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede bir annenin çocuğu için böbreğini bağışlamasına neden olunması, ancak doktorun bu organı sadece yurt dışına satma planı yapması durumunda annenin rızasının geçersiz olduğu yönünde bir iddia ileri süremeyeceğine vurgu yapılmaktadır. Zira burada en nihayetinde annenin gösterdiği rıza, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesine yöneliktir ve annenin hatası, kişiye yöneliktir.

¹⁶³ Amelung (n 4) 556.

¹⁶⁴ Welzel (n 17) 96.

¹⁶⁵ Amelung and Eymann (n 8) 940.

¹⁶⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 131.

¹⁶⁷ Geerds (n 9) 44; Exner (n 17) 104; Bichlmeier (n 17) 54; Ekici Şahin (n 4) 73; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 51) 496.

¹⁶⁸ Amelung and Eymann (n 8) 943.

¹⁶⁹ Welzel (n 17) 95.

¹⁷⁰ Schlehofer (n 17) 82, 83. Bu konuda detaylı bilgi için bakınız Knut Amelung, 'Willensmangel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem' (ZStW 109 (1997) 490-518).

¹⁷¹ RGSt 41, 392; BGHSt 4, 88 (Welzel (n 17) 96; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 11); BGHSt 23, 1 (Amelung and Eymann (n 8) 941); Beckert (n 17) 509; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132; Schmidhäuser (n 12) 8/137; Roxin (4) § 13 kn. 6; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3; Özgenç (n 22) 369; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 33) 433.

Yani anne, organının bir kimseye verilmesi için bağışlamaya rıza göstermiştir, organı çocuğuna değil de yurt dışında bir kimseye verilmiş olsa da esas itibarıyla annenin rızası dahilinde bir durumun varlığından bahsedilebilir. İşte bu şekilde bir neticenin çok makul olmadığı, hukuki değere ilişkin irade eksikliği şeklindeki kriterin rıza gösteren kişinin menfaatlerini gözetken bir ölçüt olmadığı belirtilmektedir¹⁷².

Bu bakımdan kişinin algılama yeteneğine sahip olup olmadığı konusu yaşımdan bağımsız şekilde tespit edilmelidir¹⁷³. Yani rıza yeteneğini belirli bir yaşla sınırlandırıp genel kural konulması da mümkün olmamalıdır¹⁷⁴. Özel hukuk anlamında hareket yeteneğinin farklı dereceleri üzerine karar veren eski sınırlandırmaların bu bağlamda bir anlam ifade etmeyeceğine vurgu yapılmış¹⁷⁵, nadiren de olsa doktrinde malvarlığı değerlerine karşı yönelen fiiller açısından bu kuralların geçerli görüldüğünün altı çizilmiştir¹⁷⁶. Bu minvalde özel hukuk anlamında ticaret yapabilme durumu gerekli olmayıp¹⁷⁷ önemli olan rızanın somut durumda hukuki anlamda etki göstermiş olmasıdır ki bunun için de hakkı ihlal edilen kişinin somut olayda hukuki değerden vazgeçişinin bütün sonuçlarıyla birlikte yeterli derecede karar verebilir durumda olup olmadığı dikkate alınacaktır¹⁷⁸.

Rıza yeteneği konusundaki karar, her bir durumun somut koşullarından hareketle sübjektif bir değerlendirme sonucunda elde edilmelidir¹⁷⁹. Dolayısıyla bir ve aynı kişinin basit bir operasyona yönelik olarak gösterdiği rıza geçerli olarak kabul edilebilecekken karmaşık operasyona yönelik rızası geçersiz olarak görülebilecektir¹⁸⁰. Buna göre bir olayda yedi yaşındaki çocuğun rıza yeteneğinin varlığından söz edilebilirken bir başka olayda on dört yaşındaki çocuğun rıza yeteneğinin bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir¹⁸¹. Bu çerçevede “diş çekme” kararında Alman Yüksek Mahkemesi, sert şekilde baş ağrısı çekmekte olan hastanın bu ağrısıyla dolgu dişleri arasında bağlantı görmesi üzerine bu dişlerinin çekilmesi konusunda ısrar ettiği ve tıbben gerekli olmamasına rağmen 16 dişinin çekildiği olayda kusur yeteneği tam olmasına rağmen diş hekiminden dişlerini kapsamlı bir şekilde çekmesini isteyen hastanın bu rızasını geçerli bir rıza olarak kabul etmemiş, diş hekiminin kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁸².

¹⁷² Amelung and Eymann (n 8) 943.

¹⁷³ Beckert (n 17) 509.

¹⁷⁴ Amelung and Eymann (n 8) 941; Kohte (n 4) 113.

¹⁷⁵ Welzel (n 17) 96; Koca and Üzülmüş (n 4) 295.

¹⁷⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132.

¹⁷⁷ BGHSt 12, 379 (Kindhäuser (n 4) § 12 kn 11); Welzel (n 17) 96; Beckert (n 17) 509; Amelung (n 4) 525; Bichlmeier (n 17) 54.

¹⁷⁸ Bichlmeier (n 17) 54; Koca ve Üzülmüş (n 4) 295.

¹⁷⁹ Beckert (n 17) 509; Amelung (n 4) 543, 551; Geerds (n 9) 44.

¹⁸⁰ Amelung and Eymann (n 8) 941.

¹⁸¹ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132.

¹⁸² BGH NJW 1978, 1206 (Beckert (n 17) 509; Bichlmeier (n 17) 53; Otto (n 83) § 8 kn 116).

Kişinin algılama yeteneğinin olmaması durumunda fiili anlamda dışa yansımış olan iradesi önemsizdir. Bu bakımdan on yedi yaşındaki bir hasta, risk üzerindeki açıklamalardan sonra müdahalenin türü ve kapsamını fark edebilir ve bu anlamda rızası da etki gösterebilir¹⁸³. Aksi takdirde bu kişinin iradesinin yanı sıra bu kişi adına irade açıklamasında bulunabilecek kişilere de başvurulur. Yani hukuki değer sahibinin yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı gibi nedenlerle rıza gösterme yeteneğine sahip olmaması durumunda başka bir kişinin daha rızasının gerekliliğinden söz edilmelidir¹⁸⁴. Bu çerçevede üç yaşındaki çocuğun apandis ameliyatına yönelik gösterilecek rıza, mutlaka çocuğun ebeveynleri tarafından açıklanmalıdır¹⁸⁵. Nitekim “İnsan üzerinde deney” başlıklı TCK md. 90 hükmünün üçüncü fıkrasında rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatının de alınması gerektiğine yer verilmiştir. Benzer şekilde 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70’inci maddesinde de tabipler, diş tabipleri ve dişçilerin yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemlerde muvafakatının alınacağı, büyük ameliyei cerrahiyeler için ise bu muvafakatin yazılı olması gerekeceğine yer verilmiştir.

Tipikliğe engel olan rıza için ise ilgili kişinin *doğal irade yeteneğine* sahip olması yeterlidir¹⁸⁶. Bu, tamamen hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hukuki bir yapısının bulunmasından, yani norma dayalı bir yapısının söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim aynı durumun, tipikliğe engel olan rızada varlığından söz edilemez. Buna göre tipikliğe engel olan rızanın hukuki değil, fiili bir yapısı göze çarpmaktadır¹⁸⁷. Bunun beraberinde getirdiği sonuçlardan biri, tipikliğe engel olan rızada hukuka uygunluk nedeni olan rızada olduğu gibi anlayış gösterme konusunda belirli bir olgunlukta olunmasının ya da belirli bir algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olunmasının bir şart olarak görülmemesidir¹⁸⁸. Bu anlamda söz gelimi hırsızlık suçu kapsamında zilyetlik için doğal hakimiyet iradesi yeterli olup bu iradenin çocuklarda ve hatta akıl hastalarında da bulunduğu kabul edilmekte, altı yaşında topuyla oynayan çocuğa yetişkin durumdaki E’nin, kendisine hediye verirse topunu alıp alamayacağını sorması üzerine S’nin kabul etmesiyle topu alması örneğinde hırsızlık suçu kapsamında “alma” unsurunun gerçekleşmediği ifade edilmektedir¹⁸⁹. Yani çocuğun malını verme yönündeki basit iradesi dahi

¹⁸³ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 11.

¹⁸⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 131; Amelung and Eymann (n 8) 940.

¹⁸⁵ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 131.

¹⁸⁶ Welzel (17) 95; Schmidt (2) kn 431; Beckert (17) 510; Amelung (n 4) 542; Geerds (n 9) 45; Ekici Şahin (n 4) 73.

¹⁸⁷ Beckert (n 17) 510; Amelung (n 4) 542.

¹⁸⁸ Roxin (n 4) § 13 kn 6; Murmann (n 10) § 25 kn 119; Gropp (n 19) § 5 kn 118; Heinrich (n 17) kn 445. Farklı görüşler için bakınız Kindhäuser (n 4) § 12 kn. 43, 44.

¹⁸⁹ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 42; Roxin (n 4) § 13 kn 6; Murmann (n 10) § 25 kn 119.

yeterli görülecektir¹⁹⁰. Hırsızlık suçunda zilyedin durumunda olduğu gibi ihlalin fiili hakimiyet ilişkisiyle ilgili olduğu durumlarda rıza için çocukların ve akıl hastalarının da yetkili olduğu doğal tipikliğe engel olan rızanın yeterli olduğu belirtilirken daha ziyade ihlalin daha yoğun olması karşısında tıbbi operasyonlara yönelik olarak mağdurun söz konusu müdahalenin anlam ve kapsamına ilişkin idraki zaruri olarak gerekli görülmektedir¹⁹¹. Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki hırsızlık suçunda rızayı tipikliğe engel olan neden olarak görmeyen yazarlarına göre bile akıl hastaları bakımından doğrudan doğruya kendi eşyalarına yönelik makul karar alma yetenekleri ortadan kalkmış olmayacak, akıl hastalığı düzenlemesindeki durumun mevcudiyeti doğrudan rıza yeteneğinin olmaması gibi bir sonucu doğurmayacaktır¹⁹². Bu da göstermektedir ki hırsızlık suçunda rıza, tipikliğe engel nitelikte telakki edilmelidir.

Yine bir kimse çocuğun ya da akıl hastasının doğal iradesiyle bu kişileri bir dağ evine götürürse burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan bahsedilemez¹⁹³. Ancak aynı durumun hakaret suçu açısından da geçerli olduğunu belirtmek mümkün değildir. Nitekim hakaret suçunda rıza, tipikliğe engel bir neden olarak görülmeyecek, olsa olsa bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülebilecektir. Bu durumda da akıl hastalığı bir kimsenin rızası, hakaret teşkil eden fiili hukuka uygun kılmayacaktır¹⁹⁴. Aynı durum kasten yaralama suçu açısından da geçerli olacaktır. Rıza gösteren kişinin alkol etkisi altında olduğu anda rıza göstermiş olması nedeniyle bu rıza etkisiz olacak, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir¹⁹⁵.

Bu kapsamda Türk hukuku bakımından özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK md. 104) suçu kapsamında özel bir irdeleme yapılması gerekmektedir. Bu suçun tanımına göre cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu çerçevede cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel ilişki de dahil olmak üzere gerçekleştirilen bütün cinsel davranışlar zaten çocukların cinsel istismarı suçunu (TCK md. 103) oluşturacaktır. Bu anlamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için on beş-on sekiz yaş aralığında bulunan çocuğun cinsel ilişkiye mutlaka rızasıyla girmiş olması şarttır. Aksi takdirde çocuğun rızası olmadan, cebir, tehdit veya hile yahut da iradeyi etkileyen başka nedenlerle cinsel ilişkiye girilmesi durumunda artık reşit olmayanla

¹⁹⁰ Heinrich (n 17) kn 445; Ekici Şahin (n 4) 73.

¹⁹¹ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 12.

¹⁹² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132; Amelung and Eymann (n 8) 941.

¹⁹³ Roxin (n 4) § 13 kn 6. Elbette Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza, hâkim görüş tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinden bu görüşün kabul gördüğünden söz edilemez. Bakınız Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 33) 433.

¹⁹⁴ BGHSt 23, 3 (Roxin (n 4) § 13 kn 6).

¹⁹⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 6.

cinsel ilişki suçundan değil, çocukların cinsel istismarı suçundan söz edilecektir¹⁹⁶. Şu hâlde görüldüğü üzere çocuğun rızasının varlığı, zımnen de olsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni tanımında yer almaktadır. Bununla birlikte on beş-on sekiz yaş aralığındaki bir çocuğun cinsel ilişkiye girme bakımından gösterdiği rıza, kanun koyucu tarafından geçerli görülmemiş ve bu çocukla cinsel ilişkiye giren kişi açısından bir ceza yaptırımını öngörülmiştir. Diğer bir ifadeyle bu çocuk, on beş-on sekiz yaş aralığında olsa dahi cinsel ilişkide bulunmaya yönelik olarak rıza gösterme ehliyetine sahip olarak nitelendirilmemiştir. Kanun koyucunun bu açık iradesi, zorunlu olarak hem doktrinde hem de uygulamada karşılık bulmuştur.

Benzer durum, çocukların cinsel istismarı suçu açısından da geçerli olup bu suç açısından on beşini tamamlamamış çocukların her türlü cinsel davranışlara karşı rızaları, kanun koyucu tarafından geçersiz addedilmiştir¹⁹⁷. Zaten bu şekilde özel bir düzenlemeye yer verilmiş olması, yani TCK md. 103 hükmünün birinci fıkrası kapsamında on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın suç teşkil ettiğinin özel olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuş olması da esasen bu çerçevede muhtemel mağdur konumunda olabilecek çocukların belirli bir kısmının belirli türdeki cinsel davranışlara karşı rızalarının kural olarak kabul edilebilir nitelik arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum, cinsel suçlar açısından rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiğini ortaya koymaktadır. Nitekim rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olsaydı on dört yaşında bir çocuğun kendisinin yirmi yaşında biri tarafından öpülmesi hareketine yönelik olarak rızasının geçersiz olduğu ve cezalandırılması gerektiği yönündeki TCK md. 103 hükmüne gerek kalmaz, çocuğun rıza ehliyetine sahip olmadığından bahisle TCK md. 102 hükmüne

¹⁹⁶ Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 01.12.2015 tarihli 2015/8435 Esas ve 2015/11180 Karar sayılı kararı gereğince "...suç tarihinde on sekiz yaşından küçük, on beş yaşından büyük olan mağdurenin sanığın kendisi ile zorla ilişkiye girdiğine dair beyanlarına itibar edilmeyerek sanığın cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkiye girme suçundan anılan Kanunun 104/1. maddesine göre cezalandırılmasına karar verilmesine rağmen, hürriyeti tahdit suçu açısından on beş yaşını bitirmiş olan mağdurenin rızasının anılan Kanunun 26/2. maddesi gereğince suçun sübutuna engel olacağı dikkate alınmaksızın hürriyeti tahdit suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle..." şeklindeki gerekçeyle cebir, tehdit ve hile ile ilişkiye girilmemesinin ilişkiye rıza ile girilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir. Kaldı ki Yargıtay kararlarında 15-18 yaş arasındaki çocuklarla cinsel ilişkiye girerken cebir, tehdit ve hilenin varlığı ispat edilmediği takdirde de "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince rızanın var olduğu kabulünden hareket edilerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır: "...Mağdure ve sanığın aşamalarındaki beyanları, adli rapor ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın suç tarihinden önce mağdureyi tanıdığı, olay gecesini on altı yaşındaki mağdurenin saat 21.30 sularında sanıkla birlikte onun evine gidip ertesi gün saat 13.00 sularına kadar kaldığı, mağdure ve sanığın anlatımları karşısında bu süre içerisinde cinsel ilişkiye girdikleri hususunda bir tereddüt bulunmadığı, ancak, sanığın bu eylemini cebir tehdit veya hile kullanmak suretiyle gerçekleştirdiğine dair cezalandırılmasına yeter nitelikte kuşkuyla arındırılmış delil elde edilememesi ve "kuşkuyla sanık yararlanır" ilkesi dikkate alındığında eylemlerin bu haliyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaya sebebiyetle sanığın TCK'nın 104/1. maddesi gereğince cezalandırılması ve mağdurenin aynı Kanunun 26/2. maddesi kapsamında hukuken geçerli rızasına istinaden sanıkla birlikte kalması halinin kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçunu oluşturmayaacağı gözetilerek bu suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanlışla değerlendirilerek yazılı şekilde mesnet suçlardan mahkûmiyetine hükmedilmesi..." Y. 14. CD., E. 2015/437, K. 2015/6166, T. 06.05.2015.

¹⁹⁷ Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Baskı, Seçkin, Ankara 2018) 77; Arslantürk (n 68) 310; Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal, İstanbul 2013) 75; Taner (n 67) 152; Kartal (n 68) 211.

binaen yirmi yaşındaki kişinin cezalandırılması yoluna gidilebilirdi. Buna rağmen TCK md. 102 gibi genel bir hüküm karşısında TCK md. 103 şeklinde müşahhas bir hükme yer verilmiş olması ve özel olarak belirli durumların da cezalandırılabilirlik kapsamında telakki edilmiş olması, hem cinsel suçlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olan bir nitelik taşıdığını göstermekte, hem de TCK md. 103 hükmünü TCK mad. 102 hükmü karşısında özel bir hüküm haline getirmekte ve iki hükmün birbirleriyle genel norm-özel norm ilişkisi içerisinde olmalarına neden olmaktadır.

3. Rızanın Açıklanması Bakımından

Rıza, mutlaka fiil öncesinde açıklanmış olmalıdır¹⁹⁸. Fiilin işlendiği anda rızanın mevcut olması için rıza açıklaması, fiile başlanmadan evvel ya da en geç fiil başladığı esnada yapılmış olmalıdır. Fiilden sonra yapılan onaylama, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz¹⁹⁹. Bununla birlikte fiilin hukuki değer sahibi tarafından içsel anlamda onaylanmış olması ya da bu fiile bir şekilde katlanması da yeterli olmayıp rızanın yanlışa mahal bırakmayacak şekilde ciddi olarak ortaya konulmuş olması şarttır. Bununla birlikte kural olarak belirli bir açıklama şekli de gerekli değildir. Bu noktada önem arz eden husus, ciddi nitelikteki somut irade açıklamasıdır²⁰⁰. Ayrıca rıza açıklaması, mutlaka failin kendisine yönelik olmalıdır ki fail, bu rıza açıklamasından haberdar olsun. Bu da göstermektedir ki kendisine rıza gösterilen kişi, bu rıza açıklamasından mutlaka haberdar olmalıdır²⁰¹. Zira sadece bu koşul altında rıza veren kişi kendisi tarafından harekete geçirilen olaylar üzerinde kontrolü elde edebilir ve gerektiğinde doğru zamanda rızasını geri alarak fiilin gerçekleştirilmesini önleyebilir²⁰².

Tipikliğe engel olan rızanın *salt gerçek, fiili bir yapısı* bulunduğundan açıklanmış olması şart olmayıp fiilen mevcut olması yeterlidir²⁰³. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedeni olan rızadan farklı olarak tipikliğe engel olan rızanın ne açık ne somut olarak verilmesi olması şarttır. Ayrıca bu rızanın ahlaka uygun olması ve fail tarafından bilinmesi de gerekli değildir²⁰⁴. Yani bu rızanın açıkça ifade edilmesine gerek bulunmadığı gibi failin bu rızadan haberdar olmasına da gerek bulunmamaktadır²⁰⁵. Nitekim Avrupa’da bazı ülkelerde benzin istasyonlarında müşteriler araçlarının

¹⁹⁸ Schmidhäuser (n 12) 8/135; Amelung and Eymann (n 8) 941; Geerds (n 9) 44; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 133; Ekici Şahin (n 4) 72; Koca ve Üzülmmez (n 4) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 296.

¹⁹⁹ Welzel (n 17) s. 96; Beckert (n 17) 509; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 135; Amelung and Eymann (n 8) 941.

²⁰⁰ Welzel (n 17) 95; Amelung and Eymann (n 8) 941; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 133.

²⁰¹ Geerds (n 9) 44.

²⁰² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 133.

²⁰³ BGH 4, 199 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a); Welzel (n 17) 95; Beckert (n 17) 510; Roxin (n 4) § 13 kn 6; Krey and Esser (n 19) kn 659; Murmann (n 10) § 25 kn 120; Schmidt (n 2) kn 432; Gropp (n 19) § 5 kn 119; Schäfer (n 46) § 123 kn 29; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 22; Geerds (n 9) 45; Exner (n 17) 104; Ekici Şahin (n 4) 72.

²⁰⁴ Heinrich (n 17) kn 448; Schmidt (n 2) kn 431, 432.

²⁰⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 5; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a; Krey and Esser (n 19) kn 659; Schmidt (n 2) kn 432.

benzin deposunu kendileri doldurup istasyondan ödeme yapıp ayrıldıklarından bir kimse deposuna benzini doldurur ve ödeme yapmaksızın yoluna devam ederse Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararında istasyon sahibinin müşterinin aracının deposuna benzin doldurmasına açıklamamış olsa da rızası bulunduğundan hırsızlık suçunun oluşmayacağı, burada olsa olsa dolandırıcılık ya da güveni kötüye kullanma suçunun gündeme gelebileceği ifade edilmiştir²⁰⁶.

Bununla birlikte gerçekte tipikliği engelleyen rıza her durumda salt fiili yapıda değildir. Nitekim cebir ve tehdit yoluyla elde edilmişse her ne kadar doktrinde aksi görüşler ileri sürülmekteyse de²⁰⁷ cebir veya tehdidin belirli bir ağırlıkta olması şartıyla²⁰⁸ rızanın geçerliliğinden bahsedilemez²⁰⁹. Şu hâlde kişinin bu rızasını kendi iradesiyle vermiş olması gerekir. Nitekim konut dokunulmazlığının ihlali suçunun nitelikli halleri arasında suçun işlenmesinde cebir veya tehdidin kullanılmasına yer verilmiş olması da (TCK md. 116/4) bu durumlarda rızanın muteber görülmediğini ortaya koymaktadır²¹⁰. Buna göre A, B'yi silahla tehdit eder ve çantasından cüzdanını alırsa burada tipikliğe engel olan bir rızadan söz edilemez²¹¹. Benzer şekilde cinsel saldırı suçunun ortadan kalkması için kadının cinsel ilişkiye yönelik doğal bir rızasının bulunması yeterlidir. Zira cinsel saldırı suçunun tipikliği sadece cebir veya tehditle yahut da vücut üzerinde bir tehlike oluşturmak suretiyle cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde söz konusudur. Salt cebir veya tehditle, zorlama yoluyla mağdurun cinsel ilişkiye göz yumması ya da katlanması cinsel saldırı suçunun tipe uygun olmasına engel olmayacaktır²¹².

²⁰⁶ BGH NJW 1983, s. 2827 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a).

²⁰⁷ Roxin (n 4) § 13 kn 7; Geerds (n 9) 45. Hile veya tehdit yoluyla ev sahibinin gerekli olan rızasının varlığı durumunda fail, ev sahibinin korunan mahrem alanına iradesine uygun olmaksızın girmiş olunacağı yönündeki görüş karşısında *Schmidt*, “zorla girme” unsurunun pekâlâ irade eksikliği durumunda dikkate alınması gereken bir değerlendirmeye dayanmadığı, bilakis gerçek, fiili duruma dayalı bir değerlendirme olduğuna dikkat çekmiştir (Schmidt (n 2) kn 431). *Schmidt*’e göre burada rıza sadece mağdurun doğal anlamda iradesini ortaya koyabilme yeteneğine sahip olması yeterli olup bu anlamda hile suretiyle elde edilen rıza durumunda da tipiklik gerçekleşmiş olmayacaktır (Schmidt (n 2) kn 431).

²⁰⁸ Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6. Burada önemli olan tek başına rıza gösteren kişinin subjektif olarak değerlendirilmesi ve bu kişinin içsel menfaatinin korunmasıdır. Şayet bu kişi, tehdidin etkisinin önlenmesine ilişkin menfaatinin fiilin konusunun dokunulmazlığına ilişkin menfaatine göre daha yüksek olduğu yönünde bir değerlendirme yaparsa bu, kendisi için tehdit etkisinin fiilin konusunu def etmek için dahi olsa hassas seviyeye ulaştığı, bu anlamda yeterli olduğu anlamına gelecektir. Elbette bu durum, zorlama etkisinin objektif olarak kolaylıkla görülebilir olması ve zorlamaya maruz kalan hukuki değer sahibinin dışardan da görülebilir şekilde zayıf olması ve hassas bir kişiliğe sahip olması durumlarında da geçerlidir. Bu noktada diğer hukuki değer sahibinin ya da varsayımsal (fiktif) olarak ölçüt alınan bir kişinin içsel çatışmasını nasıl çözdüğünün bir önemi bulunmamaktadır. Burada zorlamanın yoğunluk derecesi değil, bilakis bu zorlamanın hukuka aykırılığı önemlidir. Dolayısıyla objektif hassasiyet eşiği altında bir kötülük tehdidi de hukuka uygunluğa engel olacaktır. Açıklamalar için bakınız Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 139.

²⁰⁹ BGH JR 1982, s. 254 (Jescheck and Weigend (4) § 34 I 2a); Schmidhäuser (n 12) 8/136; Heinrich (n 17) kn 447; Kuhli (n 46) 212; Rackow (n 44), § 123 kn 14; Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6.

²¹⁰ Yargıtay kararlarına göre burada cebrin, konuta girmeden bir araç olarak kullanılmış olması gerekir. Konuta girildikten sonra uygulanan cebir, bu minvalde değerlendirilmemektedir. Söz konusu Yargıtay kararları için bakınız Ergün (n 51) 116, dipnot 399. Kanaatimize göre konut sahibinin rızasıyla girdikten sonra çıkılması istenmesine rağmen çıkmamakta direnen failin, cebir kullanarak direnmesi durumunda da konut dokunulmazlığının ihlali suçunun cebir kullanılarak işlenmesinden söz edilebilecektir.

²¹¹ Heinrich (n 17) kn 446.

²¹² BGH JR 1982, s. 254 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2a).

Bununla birlikte mecburiyete dayalı zor durumu, rızanın etki göstermesine engel olmayacaktır. Nitekim bir hasta bacağına kesilmesine rıza göstermezse ciddi ölüm tehdidiyle karşı karşıya kalacağını bilerek bacağına kesilmesine rıza gösterirse hastaya karşı işlenen kasten yaralama suçu kapsamında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni gündeme gelecektir²¹³. Zira hukuki değer ihlali olmaksızın mağduru baskıdan kurtaramayacak olan fail, hukuki değer sahibinin üçüncü kişi ya da şey yüzünden rıza göstermeye zorlanması durumunda hukuka uygun hareket etmiş kabul edilecek, bu açıdan da failin hareketi meşru olacaktır²¹⁴.

Bu kapsamda özellikle vurgulamak gerekir ki tipikliğe engel olan rızanın fiili yapısı, irade eksikliğine neden olan durumlarda da gündeme gelecek, böylelikle hileye maruz kalma gibi çeşitli nedenlerle hatalı bir şekilde izin verildiğinde ya da saldırıya maruz kalan kişi hukuki değerini önemini anlayamadığı durumlarda da bu rıza geçerli kabul edilecek, failin işlediği fiil tipik olmayacaktır²¹⁵. Buna uygun olarak 765 sayılı TCK'da evlenme vaadiyle cinsel ilişki suçunun sebebi de hilenin rızayı geçersiz hale getirmemesidir. Yani 765 sayılı TCK döneminde esasında bu düşünceye sahip olduğu görülmektedir²¹⁶.

Şu hâlde tipikliğe engel olan rızada salt pasif bir müsamaha yeterli olmasa da²¹⁷ “kabul etme” anlamında bilinçli içsel rıza gösterme yeterli ve gereklidir. Bu çerçevede mağdurun hileye maruz kaldıktan sonraki içsel hissiyatı önem arz etmektedir. Yani yapılan hileli davranış sonrası mağdurun hürriyetinden yoksun bırakıldığı bilincinde olması durumunda, hileli davranış esnasında mağdurun göstermiş olduğu rızanın bir önemi olmayacak, failin işlediği fiilin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından tipik olmasından söz edilecektir²¹⁸.

Her ne kadar Türk doktrininde katılmayan görüşler bulunmakta²¹⁹ ve madde gerekçesinde de, “*Kişinin konuta girme konusunda rıza açıklamaya yetkili olmasının yanı sıra, açıklanan rızanın da örneğin hile dolayısıyla sakatlanmamış olması gerekir.*” şeklindeki ifadeyle kanun koyucunun da iradesi hile durumunda rızayı geçerli kabul etmemek yönünde olsa da esasında rızanın hile ile elde edilmiş olması ya da irade eksikliğine dayalı başka bir nedene dayanılarak elde edilmiş olması halinde de tipikliğe engel olan rıza söz konusu olacaktır²²⁰. Yani soru yoluyla kandırma şeklinde iradeyi

²¹³ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 138.

²¹⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 138.

²¹⁵ Amelung and Eymann (n 8) 938; Schmidt (n 2) kn 431; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2a; Ekici Şahin (n 4) 74. Bununla birlikte Alman doktrininde hâkim görüşün kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (§ 239) açısından hileye rağmen işlenen fiilin tipik olacağı ve suçun işlenmiş kabul edileceği yönünde olduğu görülmektedir. Bakınız Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6.

²¹⁶ Doktor Öğretim Üyesi Selman Dursun ile 10.10.2018 tarihinde yapılan sözlü konuşmadan esinlenilmiştir.

²¹⁷ RGSt 68, 306 (Heinrich (n 17) kn 446).

²¹⁸ Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6.

²¹⁹ Keskin Kızıroğlu (n 51) 87; Ergün (51) 96.

²²⁰ Schäfer (n 46) § 123 kn 29; Heinrich (n 17) kn 446; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 22; Kuhli (n 46) 212; Rackow (n 44), § 123 kn 14.

sakatlayan durumun varlığı halinde de tipikliğe engel olan rızadan bahsedilmektedir²²¹. Buna göre gerçekte evin içini teşhis edip daha sonradan hırsızlık yapmaya değer bir ev olup olmadığını tespit edebilmek için evin kapısını çalan ve kendisini kazanılan büyük ödülü takdim etmek üzere görevlendirilen bir kişi olarak tanıtan A'nın, kendisine inanan B'nin davetiyle eve girmesi halinde gerçekte hilesi olmasa asla içeri giremeyeceği bir durum söz konusudur. İşte bu örnekte A'nın konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemeyi, eve girmeye yönelik olarak hile ile elde edilen rızanın zorla girme olarak kabul edilmeyeceği, böylelikle de konut dokunulmazlığının ihlali suçunun tipikliğinin oluşmayacağı, nitekim hile ile de olsa her halükârda A'nın konuta B'nin iradesi ile girmiş olduğu ifade edilmektedir²²². Zira burada hile ile de olsa rızası alınan kişinin gerçek anlamda üstesinden gelinmesi gerekebilecek karşı koyucu bir iradesinden söz edilemeyecek, dolayısıyla da kendi isteğiyle de olsa bir rızasından söz edilecek, en nihayetinde kişinin iradesi üzerinde bir zorlamanın varlığı ileri sürülemeyecektir²²³. Bu bakımdan Türk hukukunda da kabul edilen hile ile alınan rızada ev sahibinin özel alanı üzerine bilinçli ve isteyerek ortaya koyduğu bir irade bulunmadığı yönünde görüş²²⁴ yerinde değildir. Başkasını evine davet eden kişi, hileye maruz bırakılmış olsa da bu davetini bilinçli bir şekilde yapmaktadır; yine üzerinde herhangi bir baskıya maruz bırakılmadığından da bu davetini gönüllü bir şekilde yapmaktadır²²⁵.

Bunun yanında hilenin ve de mağdurun iradesine yönelik aldatıcı şekilde etki eden diğer nedenlerin ne derece etki edeceği ve rızanın dış dünyaya açıklanmasına gerek bulunup bulunmadığı sorularının genel bir kurala bağlanamayacağı, her bir suç tipinin yorumlanması kapsamında suç tiplerinin anlam ve amacına göre cevaplandırılması gerektiği özellikle ifade edilmektedir²²⁶. Bu anlamda tipikliğe engel olan tüm rıza durumları için genel kuralların uygulanabileceği yönünde bir inanç olsa da günümüzde bu şekilde umumileştirmenin hatalı olduğu ve rızanın etki koşullarının ilgili suç tipinin yorumlanmasına bağlı olduğu, dolayısıyla da bu konuya ilişkin tartışmanın ceza hukuku genel hükümler konusu olmaktan çok özel hükümler konusu olduğu hususu vurgulanmaktadır²²⁷.

²²¹ Schmidt (n 2) kn 431.

²²² OLG München NJW 1972, s. 2275 (Heinrich (n 17) kn 447); Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 587; Schmidt (n 2) kn 431; Roxin (n 4) § 13 kn 7.

²²³ Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 587. Bu bakımdan bazı yazarlar tarafından hile ile de olsa bir eve giren gizli soruşturmacının eve girme hareketinin tipik olmadığı ifade edilmektedir. Bakınız Schäfer (n 46) § 123 kn 30; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 22; Kuhli (n 46) 212; Rackow (n 44), § 123 kn 14. Ayrıca bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bakınız Muhammed Demirel, Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği, (2018) CHD.

²²⁴ Bu görüş için bakınız Knut Amelung and Hero Schall, 'Zum Einsatz von Polizeispezialisten: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis – OLG München, DVBl 1973' (JuS 1975) 567.

²²⁵ Aynı yönde görüş için bakınız Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 588.

²²⁶ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a. Bu çerçevede zorla evlendirme suçunun tipikliğinin oluşmaması için kadının doğal iradesi bu kadın akıl hastası olsa bile yeterli addedilmişken (BGH 23, 1 - Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a) kaza yerinde bulunan yaralı çocuklardan birinin diğer kişiye kendisini bırakıp gitmesini istemesi, yani bu konuda rıza gösterdiği rıza tipikliğe engel görülmemiştir (OLG Hamm VRS 23, 102, 104) Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a; Amelung (n 4) 'Über die Einwilligungsfähigkeit', 525-551; 821-833.

²²⁷ Rengier (n 4) § 23 kn 40; Frister (n 128) 15/3.

Bu çerçevede Alman Ceza Kanunu'nun 177'nci paragrafının ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin de değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Nitekim düzenlemenin ikinci fıkrasında ise failin cinsel davranışlarının mağdurun karşı koyucu iradesinin fark edilebilir olmadığı durumlarda da cezalandırılabilir olduğu durumlara yer verilmiştir. Buna göre; *i. Failin, kişinin söz konusu davranışlara karşı koyan iradesini açıklamaması ya da şekillendirmesini engelleyen durumlar içerisinde bulunmasını kullanmış olması, ii. Failin, kişinin onayına güvenmiş olmamak kaydıyla mağdurun bedensel ya da ruhsal nedenlerle iradesini şekillendirme ya da ifade etme durumunun önemli ölçüde sınırlandırılmış olmasını kullanmış olması, iii. Failin sürpriz unsurunu kullanmış olması, iv. Failin, kişinin hassas kötü bir duruma karşı koyma tehdidiyle karşı karşıya kaldığı hali kullanmış olması, v. Failin, kişiyi hassas bir kötülükle tehdit ederek, korkutarak kişiyi cinsel davranışları gerçekleştirmesi yahut da bu davranışlara katlanması konusunda zorlamış olması* durumlarından birinin varlığında bu kişiye yönelik olarak cinsel davranışları icra eder veya icra ettirir yahut da bu kişiyi üçüncü kişiye yönelik cinsel davranışların gerçekleştirilmesine sevk eder ya da üçüncü bir kişi tarafından bu kişiye yönelik cinsel davranışlar gerçekleştirilmesine veya bu davranışlara katlanmaya sevk ederse birinci fıkraya göre ceza verilecektir (§ 177/2).

Görüldüğü üzere bu hükümle birlikte sayılan durumlarda mağdurun iradesinin fark edilebilir olmadığı ve bu durumlar altında mağdura yönelik olarak gerçekleştirilen davranışların da bu suç kapsamında cezalandırılabilir olduğu belirtilmiştir. Nitekim mağdurun bazı durumlarda cinsel davranışlara yönelik olarak vermiş olduğu onayı algılayabilecek durumda bulunmaması gibi karşı koyucu iradesini açıklamasının kendisinden beklenemeyecek halde olmasının ya da karşı koyucu iradesini açıklamasının objektif olarak mümkün olmasının söz konusu olabileceğine işaret edilmiştir²²⁸. Yani ikinci fıkraya göre mağdur, iradesini şekillendirme veya açıklamaya mutlak anlamda ehil durumda bulunmamalıdır. Salt yardıma muhtaç durumda olma ya da açıkça yeteneğinin sadece sınırlandırılmış olması yeterli değildir²²⁹.

Alman Ceza Kanunu'nda bu şekilde bir düzenlemenin özel olarak ihdas edilmiş olması, esasen belirtilen bu durumlarda mağdurun somut olayda göstermiş olduğu tavırların rıza olarak kabul edilebilme ihtimalidir. Nitekim bu durumların hiçbirinde belirli bir seviyeye ulaşmış cebir veya tehdit görülmemekte, mağdurun belirli durumların içerisinde bulunmasından faydalanılarak kullanılması suretiyle kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar söz konusudur. Bu bakımdan *failin sürpriz unsurunu kullanmış olması* gibi hilenin daha düşük seviyesinin mevzu bahis olduğu bu durumlarda mağdurun rızasının geçerli kabul edilmesi yönündeki ihtimale binaen böyle bir düzenlemeye gerek duyulması oldukça olağan karşılanabilir. Öyle ki bu

²²⁸ Ziegler (n 56) § 177 kn 11.

²²⁹ Ziegler (n 56) § 177 kn 12.

düzenlemeyle birlikte ilgili kişinin gerçek iradesine bakılmayacak, açık onayını çok fazla ifade edemeyeceği kişilerle her türlü cinsel davranış ceza yaptırımına altına alınacaktır²³⁰.

Benzer duruma Türk hukukunda da rastlanabilir. Buna göre çocukların cinsel istismarı suçu (TCK md. 103) kapsamında on beş yaşın altındaki çocukların her türlü cinsel davranışa yönelik olarak gösterebilecekleri rızaya herhangi bir önem atfedilmemiş, bu tür bir rıza geçerli görülünce bu suç kapsamında cezalandırılabilir hale getirilmiştir. Keza reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda da (TCK md. 104) on beş yaşını bitirmiş çocukla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye giren kişi açısından çocuğun rızası geçersiz addedilmiştir.

C. Rızaya İlişkin Hata Durumlarına Etkisi

1. *Öncelikle rıza bulunmadığı halde failin rızanın bulunduğu düşüncesiyle hareket etmiş olması durumunda nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiği üzerinde durulacak olursa;*

Tipikliğe engel olan rızanın söz konusu olması halinde altı çizilmesi gereken ilk husus, rızaya aykırılığın da tipiklik kapsamında yer alması, yani kast kapsamında olmasıdır. Söz gelimi konut dokunulmazlığının ihlali suçunda fail, konut sahibinin rızasının bulunmadığını bilmeli, bu bilince sahip olup rızanın olmadığı hususunda kasıtlı şekilde hareket etmiş olmalıdır²³¹. Ancak failin özel olarak kişinin konut dokunulmazlığını ihlal etme amacına sahip olması da aranmaz²³². Bu bakımdan failin konutuna girmesine rızası bulunmayan ancak faile ses çıkartmayan ev sahibinin sessizliğini bir onay, rıza olarak gören failin düşmüş olduğu hata, tipiklikte hata olup sonuçları bu minvalde değerlendirilmelidir²³³. Aynı durum, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından kişinin rıza gösterdiği konusunda hataya düşülmesi bakımından da geçerli olup bu durumda da tipikliği kaldıran hatadan söz edilecektir²³⁴.

Keza cinsel saldırı suçunda da mağdurun rızasının tipiklik kapsamında telakki edilmesi halinde bu defa mağdurun karşı koyucu iradesinin fail tarafından bilinmesi yahut da en azından öngörülmesi ve yine de işlenmesi, yani göze alınması gerekecektir²³⁵. Buna göre fail, mağdurun cinsel davranışlara yönelik olarak rızasının bulunmadığı düşüncesinden hareket etmelidir²³⁶. Yani fail, mağdurun karşı koyucu

²³⁰ Renzikowski (n 56) § 177 kn 66.

²³¹ Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 34; Keskin Kızıroğlu (n 51) 82.

²³² Heger (n 46) § 123 kn 11.

²³³ Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 34; Geerds (n 9) 45; Keskin Kızıroğlu (n 51) 82.

²³⁴ Valerius, § 239 kn 16; Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 42; Taner (n 67) 174; Ekici Şahin (n 4) 77.

²³⁵ Ziegler (n 56) § 177 kn 9.

²³⁶ BGH 26.08.2008 – 4 StR 373/08, NStZ 2009, s. 29 (Renzikowski (n 56) § 177 kn 56).

iradesini fark etmeli ya da en azından mümkün görmeli ve göze almalıdır. Yani fail, mağdurun karşı koyucu iradesi açısından kasta sahip olmalı, bu konuda en azından olası kasla hareket etmelidir²³⁷. Esasen Alman kanun koyucunun kullanmış olduğu “fark edilebilir irade” kriteri, suçun taksirli halinin de işlenebilmesine imkân verir nitelikte gibi görünse de bu tür bir yorumun takip edilemeyeceğine vurgu yapılmaktadır. Bu çerçevede kanuni düzenlemede faile, “*Evet, evet demektir*” şeklinde mağdurun onayından kesin olarak emin olma şeklinde özel bir özen yükümlülüğünün getirilmediğinin altı çizilmektedir.

Buna göre tipikliği engel olan rıza konusunda hatanın varlığı durumunda objektif anlamda tipiklik gerçekleşmez²³⁸. Fail, hatalı bir şekilde rızanın olduğu düşüncesiyle hareket etmiş olursa tipikliğin gerçekleşmesi açısından kasten hareket etmiş olmaz. Burada TCK md. 30/1 hükmüne göre kastı kaldıran hatadan söz edilir ve fakat failin taksirli sorumluluk hali saklı kalır²³⁹. Şu hâlde sekiz yaşındaki oğlunun geldiğini zanneden A’nın, kapıdaki komşusuna doğru seslenerek çok güzel yiyecekler yaptığını, içeri gelmesini söylemesi üzerine komşusu B’nin davetin kendisine yapıldığını düşünerek içeri girmesi durumunda B, A’nın rızası olduğunu düşündüğünden kendisi bakımından kastı kaldıran hatadan söz edilecek ve konut dokunulmazlığının ihlali suçu bakımından kasıtlı olarak hareket ettiğinden bahsedilemeyecektir²⁴⁰. Bu suçun taksirli hali de öngörülmediğinden dolayı B, cezasız kalacaktır²⁴¹.

Aynı şekilde failin, mağdurun rızasının bulunduğu yola çıkarak cinsel davranışları gerçekleştirmiş olması durumunda da kastı kaldıran hatadan söz edilecek ve suçun taksirli hali olmadığından fail cezasız kalacaktır. Elbette yanlış anlaşılabilir mümkündür, ancak başka bir kimsenin zorla öpme suretiyle kandırılabilir olduğu düşüncesinin, ilişkiler dışında oldukça uzak bir olasılık olacağının altı çizilmektedir. Failin mağdurun karşı koyucu iradesini fark etmiş olması durumunda, failin yine de rızanın var olduğu yönündeki umudu geride kalacak güzel bir arzu, temenni olarak görünecektir. Failin bu tür bir hatalı düşüncesi, mağdurun muallak hareketlerinin var olduğu her durumda söz konusu olabilecek, bu tür muallak durumlarda da mağdurun karşı koyucu iradesinin çok fazla fark edilebilir olması mevzu bahis edilemeyecektir²⁴².

Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise failin rızanın bulunduğu düşüncesiyle hareket etmiş olması, yani hukuka uygunluk nedeni olan rızanın bulunmaması ve fakat failin bu nedenin bulunduğu düşüncesiyle hareket etmiş olması durumunda ise maddi

²³⁷ Ziegler (n 56) § 177 kn 9.

²³⁸ Heinrich (n 17) kn 449; Keskin Kızıroğlu (n 51) 82; Ekici Şahin (n 4) 77; Koca ve Üzülmüş (n 4) 292.

²³⁹ Beckert (n 17) 510; Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 43; Kindhäuser (n 4) § 12 kn. 34; Roxin (n 4) § 13 kn 10; Schmidt (2) kn 429, 432; Heinrich (n 17) kn 450; Keskin Kızıroğlu (n 51) 82; Koca ve Üzülmüş (n 4) 292. *Ergün (n 51)* bu hatanın kastı kaldıracağını belirtmekle yetinmiş, sonucunun ne olacağına değinmemiştir. Bakınız Ergün (n 51) 106.

²⁴⁰ Heinrich (n 17) kn 450.

²⁴¹ Keskin Kızıroğlu (n 51) 83.

²⁴² Renzikowski (n 56) § 177 kn 57.

unsurlarda hatadan değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatadan bahsedilecektir²⁴³. Bununla birlikte böyle bir durumda da nasıl bir sonuca ulaşılabileceği konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bu çerçevede bir görüşe göre²⁴⁴ kastı kaldıran hata halinden (TCK md. 30/1) söz edilecekse de diğer görüşe göre²⁴⁵ tipiklik kapsamında kastın ortadan kalkmasından bahsedilmez, sadece kusur kastı kalkar ve dolayısıyla da işlenen fiil kasıtlı ve hukuka aykırı olmaya devam eder, kusur bahsinde hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilir (TCK md. 30/3). Buna göre dalgın haldeki bir ev sahibinin bahçıvanına gerçekte çimlerin kısaltılmasını kast ederken ağaçları kısaltmasını söylemesi karşısında esasen mala zarar verme suçu bakımından tipik bir davranış sergileyen bahçıvanın ağaçları kesmesi rıza yoluyla hukuka uygun olmayacak, hataya ilişkin bu açıklamalar çerçevesinde bir sonuca ulaşılabilecektir²⁴⁶.

Yargıtay'ın kararları incelendiğinde bu hatanın kastla mı yoksa kusurla mı ilişkilendirildiği konusunda net bir sonuca ulaşmanın oldukça zor olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki bazı kararlarında²⁴⁷ failin rızanın varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düştüğünü ve cezalandırılmaması gerektiğini belirten, bu suretle bu noktadaki hatayı kusurla ilişkilendiren Yargıtay, ilginç bir şekilde başka kararlarında²⁴⁸ bu hata halinde suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı ifadesine yer vermiş, hatayı kastla ilişkilendirmiştir. Elbette kararlarda ulaşılan bu farklı sonuçlar, bağlılık kuralı gereğince kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin varlığını şart koşan şeriklik açısından da ayrı bir önem arz etmektedir²⁴⁹.

Bu kapsamda çocukların cinsel istismarı (TCK md. 103) suçu bakımından özel bir irdelenmenin yapılmasında fayda bulunmaktadır. Bu noktada gerçekte on beş yaşını tamamlamamış olan bir çocuğun, on beş yaşını tamamlamış olduğunu düşünen, bu yönde bir zanla hareket eden failin içerisine düştüğü hata, kastı kaldıran hata olarak görülmelidir. Buna göre çocukların cinsel istismarı suçunun da taksirli hali öngörülmediğinden, her ne kadar Yargıtay beraat kararı vererek görmezden gelmişse de²⁵⁰, doktrinde failin yine de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu

²⁴³ Beckert (n 17) 510; Roxin (n 4) § 13 kn 9; Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 9; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 136; Taner (n 67) 174; Ekici Şahin (n 4) 77.

²⁴⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 136; Koca ve Üzülmüş (n 4) 301; Kartal (n 68) 220; Taner (n 67) 193.

²⁴⁵ Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 43; Keskin Kızıroğlu (n 51) 83.

²⁴⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 140.

²⁴⁷ Y. 14. CD., 10.04.2017, 7351/1926 (Akkaya (n 67) 32).

²⁴⁸ Y. 14. CD., 03.05.2017, 8681/2375 (Akkaya (n 67) 32).

²⁴⁹ Schmidt (n 2) kn 429.

²⁵⁰ “...Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 Sayılı T.C.K.nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına dair bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 Sayılı C.M.K.nun 223. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir....” YCGK, 17.06.2014, E. 2014/14-88, K. 2014/334 – www.kazanci.com.tr.

tutulabileceği ileri sürülmektedir²⁵¹. Gerçekte burada kanuni düzenleme nedeniyle herhangi bir suç oluşmayacaktır. Zira madde metninde özel olarak yaş belirtilmiş, kanuni tanımda on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkiye girilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre **bu hükümde (TCK md. 104) çocukların yaşına ilişkin bir belirlemenin yapılması, incelediğimiz bu örnek açısından cezasızlık sonucunu ortaya çıkarmakta, bir boşluğa neden olmaktadır ve bu önemli bir sorundur**²⁵².

Tüm bu bilgilerin yanında motive edici hatanın da hukuka uygunluğun etkisine değinmekte fayda bulunmaktadır. Buna göre motive edici hatanın, hukuka uygunluğun etkisini ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede rıza gösteren kişi, yanlış düşünceyle rıza göstermeye motive edilmiş ise etkili bir rızadan söz edilemeyecektir. Söz gelimi bir kimse, yeğeninin organ nakli sonrası düzeleceği şeklindeki hatalı kabulle böbreğini bağışlamayı kabul ederse yeğeninin gerçekte böbrek nakline ihtiyaç duymaması ya da böbrek nakli yapılsa bile ölecek olması durumunda kasten yaralama suçu bakımından rızası etkisiz kalacaktır²⁵³. Bununla birlikte rıza veren kişideki hatanın failin kendisi tarafından mı yoksa üçüncü bir kişi tarafından mı meydana geldiğinin yahut da tamamen başka bir nedenden mi kaynaklandığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır²⁵⁴.

Tüm bu hususlara karşılık hâkim görüşe göre²⁵⁵ motive edici bu hata, hukuki değerlere ilişkin değilse önemsiz addedilecektir. Şu hâlde kan bağışında bulunması halinde 100 TL ödül verileceği gibi hatalı bir kabulle kan vermeye rıza gösteren kişinin bu rızası, kasten yaralama suçu kapsamında işlenen fiili hukuka uygun hale getirecektir. Zira bu hata hukuki değere ilişkin değildir. Alman doktrininde hâkim olan bu görüşe karşılık doktrinde bir görüş, hukuki değere ilişkin olan ve olmayan hata şeklindeki farklılaştırmanın reddedilmesi gerektiğini vurgulamış, açıklanan rıza bakımından nedensel olan her türlü hatanın rızaya etki edeceğine ve böylelikle fiilin hukuka uygun olmasını engelleyeceğine işaret etmiştir²⁵⁶.

²⁵¹ Aydın (n 198) 81; Taner (n 67) 189.

²⁵² Dursun (n 67) 66, dipnot 27. Ayrıca Dursun, tüm bu sorunlar bağlamında mülga TCK'daki düzenlemenin daha yerinde olduğunu, nitekim “*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde 765 sayılı TCK'nın 416/3 hükmünde düzenlenen suça göre mağdurun yaşında özel bir belirleme yapılmamıştır. Bu eleştiri ve diğer sorunlar için bakınız Dursun (n 67) 66, dipnot 27.

²⁵³ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 140; Amelung and Eymann (n 8) 943.

²⁵⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 140.

²⁵⁵ Beckert (n 17) 509.

²⁵⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 142; Amelung and Eymann (n 8) 943. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, hâkim görüş tarafından (Amelung and Eymann (n 8) 943) hukuki değere ilişkin olmayan hatanın önemsizliği şeklindeki fikre esasen gönüllü bir adalet duygusuyla dayanıldığına, böylelikle kendilerinin de bu kriterin elverişli bir ayırım ölçütü olmadığını kabul etmiş olduklarına işaret etmiştir. *Yazarlar*, hukuki değer sahibi olan kimsenin, hatalı koşullar altında hukuki değerini feda etmeyi kendisi açısından uygun görmüş olduğundan esasen bu koşulların da kendisi açısından gerçekten uygun olmadığına değinmişler (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 142), böylelikle hukuki değerlere ilişkin hatanın hukuki değerlere ilişkin olmayan hata karşısında daha önemsiz ya da daha önemli olmayabileceğine işaret etmişlerdir.

2. Rıza bulunduğu halde failin, rızanın bulunmadığı düşüncesiyle hareket etmiş olması durumunda, yani rızadan haberdar olmadığı halde, nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiği üzerinde durulacak olursa;

Tipikliğe engel olan rızada rızanın açıklanmasına da gerek olmadığından esasen failin bu rızadan haberdar olmasına gerek bulunmamaktadır. Yani zaten mevcut olan rızadan failin haberdar olmamasının bir önemi olmayacak, failin fiili bu rıza nedeniyle tipik olmayacaktır. Buna rağmen Alman doktrininde bazı görüşler tarafından failin, mutlaka rızadan haberdar olması gerektiği ifade edilmekte²⁵⁷, failin rızanın varlığından haberdar olmaması durumunda tipikliğe engel olan rıza açısından haksız saldırıdan söz edilemezse de failin hareketinin elverişsiz teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedileceğine vurgu yapılmaktadır²⁵⁸. Bu durum, Alman Ceza Kanunu'nda belirli durumlarla sınırlı olmak üzere cezalandırılırken Türk hukukunda cezalandırılmamaktadır. Bu bakımdan Alman hukukuna göre gerçekte fail tarafından bilinmese de ilgili kişi tarafından bir rıza verilmiş olmasına rağmen objektif anlamda tipiklik ortadan kalkmakta ve yalnızca teşebbüsten söz edilmektedir²⁵⁹. Buna göre B'nin sevdiğini düşündüğü için gerçekte B'nin nefret ettiği heykeli B'nin garajına koyan A'nın bu hareketi üzerine B, heykelin biri tarafından çalınması için garajın kapısını açık bırakır ve oradan geçmekte olan R, bu fırsatı kullanarak heykeli çalar. Burada esasen hem konut dokunulmazlığının ihlali hem de hırsızlık suçu açısından tipikliğe engel olan bir rıza söz konusudur. Her iki suç açısından da tipiklik gerçekleşmemiştir. Yine de R, başkasına ait bir eşyayı aldığından teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçundan ve teşebbüs aşamasında kalmış konut dokunulmazlığının ihlali suçundan sorumlu tutulacaktır²⁶⁰.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise rızanın varlığından habersiz olan failin işlediği fiil bakımından iki farklı görüşten söz edilebilecektir. Bu durumda subjektif görüşe göre failin bu nedenden haberdar olması gerektiğinden tamamlanmış suçtan ya da netice haksız olmadığından suçun teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumlu tutulması gerekmektedir²⁶¹. Objektif görüşe göre ise failin bu nedenden haberdar olması gerekmemekte, failin içsel anlamda rızasının bulunması yeterli addedilip her halükârda bu hatasından yararlanması gerektiği kabul edilmektedir²⁶². Bu çerçevede her ne kadar hukuka uygunluk nedeni olan rızada objektif görüşün benimsenmesi halinde tipikliğe engel olan rıza ile aynı sonuca ulaşılmaktaysa da hukuka uygunluk nedeni olan rızada subjektif görüşten hareket edilmesi durumunda farklı bir sonuca ulaşılması gerekli hale gelecektir.

²⁵⁷ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 146.

²⁵⁸ Beckert (n 17) 510; Geerds (n 9) 45; Roxin (n 4) § 13 kn 9; Schmidt (n 2) kn 429; Ekici Şahin (n 4) 75.

²⁵⁹ Gropp (n 19) § 5 kn 120; Heinrich (n 17) kn 451.

²⁶⁰ Heinrich (n 17) kn 451.

²⁶¹ Amelung and Eymann (n 8) 941; Beckert (n 17) 510; Schmidt (n 2) kn 429. Bilgi için bakınız Ekici Şahin (n 4) 75, 76.

²⁶² Selman Dursun ve Ali Emrah Bozbayındır, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi' (2015) 73(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 86, 87.

IV. Sonuç

Rızanın niteliğine ilişkin olan bu incelemede, öncelikle rızanın tipikliğe engel olan ve hukuka uygunluk nedeni olan iki türünün bulunduğu düşüncesinden hareket edilmiştir. Bu kapsamda herhangi bir suç tipinde rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliğe engel olan bir neden mi olduğu hususunda irdeleme yapılırken evvela rızanın tipikliğe engel teşkil edip etmediği üzerinde durulmalıdır. Bu çerçevede rızanın tipikliğe engel bir nitelik arz ettiği yönünde bir sonuca ulaşılabilmesi için ya suç tipinde açıkça rızaya aykırılık ifadesi aranmalı ya da suç tipinde yer alan ifadeler yorumlanmalı ve bu suretle rızaya aykırılığın tipiklik altında konumlandırıldığı tespit edilmelidir.

Buna göre hırsızlık suçu gibi bazı suçlarda suç tipini temellendiren durumun haksızlığın, kendisine ait olan belirli değerleri ihlal edilen kişinin iradesine aykırılığında yer aldığı ifade edilmiştir ki bu suç tiplerinde rıza, tipikliğe engel bir niteliği haiz olup “*tipikliğe engel olan rıza*” şeklinde isimlendirilmektedir. Zaten bunun gibi rızaya aykırılığın açıkça suç tipinde belirtildiği suçlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliğe engel teşkil eden rıza mı olduğu konusunda çalışmada da yer yer belirtildiği üzere istisnalar dışında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

Bu noktada esas üzerinde durulması gereken husus, rızaya aykırılığın açıkça suç tipinde gösterilmediği durumlarda rızanın niteliğinin ne olduğudur. İşte bu gibi hallerde ilgili suç tipinin fonksiyonu ve korunan hukuki değer yapılarından hareketle bir sonuca ulaşılabilecektir. Nitekim iradenin kabul etmesi ve kullanması özgürlüğünün bir unsur olarak doğrudan kullanılan kelimelerle değil de yorum yoluyla ortaya konulabildiği suç tiplerinde tipikliğe engel olan rızadan söz edilecektir. Yani bu tür suç tiplerinde, amaç ve anlamları veya yapısı gereğince tanımlarında yer alan hareketin mağdurun iradesi olmaksızın ya da bu iradeye aykırı olarak gerçekleştirilmesi şart koşulur. Nitekim Alman doktrininde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (§ 239) bu kapsamda telakki edildiği üzerinde durulmuş, buna gerekçe olarak da suçun kanuni tanımında yer alan “*kapatma*” ve “*yoksun bırakma*” hareketlerinin kendi yapılarının mağdurun iradesine aykırı olmalarını ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmelerinin şart koşulması gösterilmiştir. Bu görüşle bağlantılı olarak her ne kadar Türk doktrininde hâkim görüş tarafından kabul edilmese de bizim kanaatimiz Türk hukukunda da kanuni tanımdaki ifadelerden hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rızanın tipikliğe engel olan bir neden olduğu yönündedir.

Türk doktrininde rızanın niteliğinin ne olduğu konusunda incelenmesi gereken esas suç tiplerinden biri konut dokunulmazlığının ihlali suçuyken (TCK md. 116) diğeri de cinsel suçlardır. Konut dokunulmazlığının ihlali suçu, suç tipinde açıkça

rızaya aykırılıktan bahsedildiğinden esasen “rıza”nın hukuka uygunluk nedeni değil de tipikliğe engel olan bir neden olduğu suç tiplerine verilebilecek en bilinen örneklerden biridir. Nitekim madde gerekçesinde yer alan “...konut sahibinin rızasının olmaması, bu suçun bir unsurunu oluşturmaktadır...” şeklindeki ifade de bu durumu göstermektedir. Bununla birlikte gerekçedeki bu ifadenin hemen ardından gerekçede yer verilen “Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran rızanın, hukuken geçerli rıza olması gerekir.” şeklindeki ifadenin önceki cümle ile uyumlu olmadığı da vurgulanmıştır.

Cinsel suçlar açısından suç tanımlarında yer alan davranışların geri planında söz konusu olan “iradeye aykırılık” unsuru nedeniyle esasen bu suçların oluşması için rızanın bulunmamasının bir ön koşul olduğu, bu anlamda Alman hukukunda genel olarak kabul edildiği gibi Türk hukukunda da cinsel suçlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olan bir nitelik arz ettiğinin altı çizilmiştir. Nitekim bu durum, hem cinsel suçların düzenleniş şekline ve düzenleme içeriklerinden hem de madde gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. Öyle ki cinsel suçlar bakımından rızanın tipikliğe engel olucu nitelik taşımayıp hukuka uygunluk nedeni olduğunun ileri sürülmesi halinde karşılıklı rızalarıyla cinsel davranışlarda bulunan kişilerin ve hatta eşlerin dahi bu tür cinsel davranışlarının cinsel saldırı suçu açısından tipik olduğunun kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkaracağı, en son hukuka aykırılık unsuru kapsamında yapılacak değerlendirmede rızanın varlığından bahisle gerçekleştirilen cinsel davranışların meşru olduğunun kabul edilebileceği, daha önemlisi ise akıl hastalarının birçok durumda cinsel birlikteliklere karşı rıza gösteremeyecekleri sonucuna ulaşılmasının gerekli hale geleceği, bunun da akıl hastalarının cinsel yaşamlarının sonlandırılmasından başka bir anlam ifade etmeyeceği hususlarına dikkat çekilmiştir.

Elbette bu iki rıza türünün bu şekilde ayrılmasının ne yönde önemini olduğu, özellikle de sonuçlarıyla birlikte değerlendirme yapıldığında daha iyi anlaşılmaktadır. Bu nedenle tipikliğe engel olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasındaki ayrımın tablo olarak gösterilmesi daha faydalı olacaktır.

HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN RIZA İLE TİPİKLİĞE ENGEL OLAN RIZANIN KARŞILAŞTIRMASI ²⁶³	
HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN RIZA	TİPİKLİĞE ENGEL OLAN RIZA
- Fiili hukuka uygun kılan bir etki söz konusudur. - Maddi ve manevi unsur oluşur, ancak hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğundan fiil hukuka uygun, meşru hale gelir.	- Fiilin tipe uygun olmasına engel olucu bir etki söz konusudur. - Böylelikle maddi unsur oluşmaz.
Rıza gösteren kişinin rıza yeteneğine sahip olması gerekir.	- Fiili yapısı nedeniyle yalnızca ilgili kişinin doğal anlamda iradesini ortaya koyabilme durumu dikkate alınır. - Yani kişinin rıza yeteneğine sahip olması gerekli değildir. - Rızaya yönelik bir iradenin tek başına mevcudiyeti yeterlidir.
- Rızanın açık ve somut bir şekilde ifade edilmiş olması gerekir. - Bu açıklama, hile, tehdit, hata gibi nedenlerle iradede meydana gelen bir eksikliğe dayanmamalıdır. - Aksi takdirde rıza geçersiz ve etkisiz olur.	- Rızanın açık ve somut bir şekilde ifade edilmiş olması gerekli değildir. - Fiilin icrası başladığında rızanın fiilen mevcut olması yeterlidir. - Kuşkusuz ki rızanın bilinçli bir şekilde verilmiş olması şarttır. - Korkudan ya da endişeden kaynaklı olarak salt pasif bir katlanma yeterli değildir. - Hile suretiyle iradede meydana gelen eksiklik rızanın salahiyeti açısından kural olarak önemsizdir.
Hata durumlarında; - Failin gerçekte mevcut olan rızadan haberinin olmaması halinde sübjektif görüşe göre teşebbüsten ya da tamamlanmış suçtan bahisle cezalandırma gündeme gelecektir. Objektif görüşe göre ise hiçbir şekilde cezalandırma söz konusu olmayacaktır. - Failin esasen bulunmayan rızayı mevcut zannetmesi halinde ise hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata olacak. Buna göre bu hata durumunda failin kastı kalkar, taksirli sorumluluk hali saklı kalır. Bununla birlikte Alman doktrininde hâkim görüşe göre kusur kastı ortadan kalkacaktır. Tam bu noktada iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüş kastı kaldıran hata sonucuna ulaşırken diğer görüş, bu hatayı kusuru etkileyen bir hata olarak görmektedir.	Hata durumlarında; - Failin gerçekte mevcut olan rızadan haberinin olmaması halinde elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır. Elverişsiz teşebbüs, Alman hukukunda cezalandırılırken Türk hukukunda cezalandırılmaz. - Failin esasen bulunmayan rızayı mevcut zannetmesi halinde ise maddi unsurlarda hata sonucu kastı kalkar, failin taksirli sorumluluk hali saklı kalır.

²⁶³ Tablo, Schmidt'in eserinden yararlanılarak düzenlenmiştir. Bakınız Schmidt (n 2) kn 451.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akkaya Ç, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Adalet, Ankara 2017).
- Amelung K, ‘Über die Einwilligungsfähigkeit’ (ZStW 104, 1992), 525-551; 821-833.
- Amelung K, ‘Willensmangel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem’ (ZStW 109, 1997) 490-518.
- Amelung, K and Eymann F, ‘Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht’ (JuS 2001) 937-946.
- Arslantürk M, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (4. Baskı, Seçkin, Ankara 2018).
- Artuç M, Gökcan HT and Yaşar O, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 3, Adalet, Ankara 2015).
- Artuk ME, Gökcan A, Alşahin ME and Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet, Ankara 2018).
- Artuk ME, Gökcan A, Alşahin ME and Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet, Ankara 2018).
- Arzt G, Weber U, Heinrich B and Hilgendorf E, *Strafrecht Besonderer Teil* (3. Auflage, Giese King, 2015).
- Aydın M, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Baskı, Seçkin, Ankara 2018).
- Baumann J, Weber U, Mitsch W and Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. Auflage, Verlag Ersnt und Werner Giesecking, Bielefeld 2016).
- Beckert SM, ‘Einwilligung und Einverständnis’ (JA 2013) 507-511.
- Bergmann A, ‘Die Grundstruktur des rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)’ (JuS 1989) 109-111.
- Bichlmeier G, ‘Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff’ (JZ 1980) 53-56.
- Centel N, Zafer H and Çakmut ÖY, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (C. I, Beta, 3. Bası, İstanbul 2016).
- Cihan E, ‘Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)’ (İÜHFM 1975) 47-69.
- Çakmut ÖY, ‘Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK md. 109)’ (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Y. 2013, C. 19, S. 2) 587-602.
- Demir O, ‘Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)’, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (C. 5, S. 2, Aralık 2017) 123-147.
- Demirel M, ‘Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi’ (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ekim 2018, S. 2, C. XIII) 289-315.
- Demirel M, ‘Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği’ (Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2018, Y. 13, S. 36) 101-161.
- Dursun S, ‘Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış’ (Ceza Hukuku Dergisi, Y. 9, S. 24, Nisan 2014) 57-73.
- Dursun S and Bozbayındır A E, ‘Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi’ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, S. 1, 2015) 63-90.
- Ekici Şahin M, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2012).
- Ergün GO, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu* (Çakmak Yayınevi, Ankara 2010).
- Eser A and Eisele J, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014).

- Exner T, 'Minderjährige im StGB' (Jura 2013) 103-110.
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Auflage, C. H. Beck, 2019).
- Frister H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, C.H. Beck, 2015).
- Geerds F, 'Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf' (ZStW 1953) 42-92.
- Geppert K, 'Stracrecht: Die mißglückte Bierreise' (JuS 1975) 384-390.
- Gropengießer H, 'Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung' (JR 1998) 89, 91.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Springer 2015).
- Heger M, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018).
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014).
- Herzberg RD, 'Rectliche Probleme der rituellen Beschneidung' (JZ 2009) 332-339.
- Hoffmann-Holland K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Morh Siebeck, Tübingen 2015).
- Jescheck HH and Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996).
- Kantarci N, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet, Ankara 2016).
- Kartal PM, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der Yayınları, İstanbul 2014).
- Keskin Kızıroğlu S, *5237 Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu* (Adalet, Ankara 2010).
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015).
- Kindhäuser U, *Strafrecht Besonderer Teil I* (4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009).
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Adalet, Ankara 2018).
- Krey V and Esser R, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Stuttgart 2012).
- Krey V and Heinrich M, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band I, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2008).
- Kühl K, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018).
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2017).
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 2, Ankara 2013).
- Maurach R, Schroeder FC and Maiwald M, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009).
- Meran N, *Hürriyetten Yoksun Bırakma, Tehdit, Şantaj, Konut Dokunulmazlığını Bozma* (Seçkin, Ankara 2014).
- Murmann U, *Grundkurs Strafrecht* (3. Auflage, C.H. Beck, München 2015).
- Ostendorf H, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017).
- Otto H, *Grundkurs Strafrecht* (7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2004).
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994).
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P and Tepe İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Bası, Adalet, Ankara 2017).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Rackow P, v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar Beck/OK-StGB* (39. Edition).
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Auflage, C. H. Beck, München 2017).

- Renzikowski J, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006).
- Rönnau T, ‘Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis’ (JuS 2007) 18-20.
- Rönnau T, ‘Zur Lehre vom bedingten Einverständnis’ (Festschrift für Claus Roxin, 2011) 487-506.
- Savaşçı B, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal, İstanbul 2013).
- Schäfer J, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Band 3, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Schild W, ‘Eindringen (§ 123 I StGB) bei individuellem Betretungsverbot’ (NStZ 1986) 346-351.
- Schlehofer H, *Einwilligung und Einverständnis* (Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1985).
- Schlehofer H, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 1, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Schmidhäuser E, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen 1975).
- Schmidt R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (14. Auflage, Bremen 2015).
- Sonnen BR, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017).
- Sternberg-Lieben D, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014).
- Stratenwerth G and Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2011).
- Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin, Ankara 2017).
- Tezcan D, Erdem MR and Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (16. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Savaş Yayınevi, Ankara 2018).
- Tuğrul AC and Tuğrul MC, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Enstet İlişkiler* (Ankara 2018).
- Valerius B, v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.) *Strafgesetzbuch Kommentar; Beck/OK-StGB* (39. Edition).
- Weigend T, ‘Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen’ (ZStW 98 1986), 44-72.
- Welzel H, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1969).
- Wessels J and Hettinger M, *Strafrecht Besonderer Teil I* (35. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2011).
- Wieck-Noodt B, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Ziegler S, v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar Beck/OK-StGB* (39. Edition).

