

HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK HUKUKTA RIZA

Carlotta CASSANI*
İtalyanca aslından çevirenler.:
Muharrem ÖZEN**
Mustafa ÖZEN***

I. GİRİŞ

Bir suçun pasif süjesinin hukuk tarafından korunan menfaatinin tehlikeye atılmasında veya zarara sokulmasında pasif süjesinin rızası, suçun varlığı için kabul edilen görüşe göre, önem arz etmektedir. Eğer suç; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde üç temel unsurdan oluşur görüşü kabul edilecek olursa, rıza; ya hukuka uygunluk nedeni ya da tipiklik konusunda ele alınacak unsur olarak düşünülebilir. Rıza, özel bir hukuksal durumun yapı taşı olarak, örneğin, rızaya dayalı insan öldürme durumu, dolandırıcılık ve ırza geçme(cinsel saldırı) olaylarında olduğu gibi kanun tarafından açıkça düzenlendiği takdirde, ifsat edilmiş bir irade olarak kabul edilmektedir.¹ Pasif süjenin içinde bulunduğu korku haline bağlı durumda, örneğin, konut dokunulmazlığını ihlalde açık rıza açıklaması, özel yaşamın gizliliğini ihlalde örtülü rıza açıklaması durumlarında olduğu gibi pasif süjenin rızasını örtülü ya da açık şekilde açıklaması, yukarda belirtilen ifsat edilmiş irade kategori girer.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

** Ar. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

*** Makalenin İtalyanca aslında Giriş kelimesine yer verilmemiş olmakla birlikte, sistematik açıdan gerekli olduğu düşüncesiyle makalenin esasına dokunulmaksızın bu başlık konulmuş, yeri geldikçe bazı eklemeler ile numaralandırmalar yapılmıştır.

¹ Gallisai Pilo, M. G, *Consensus dell'avente diritto, un Digesto dele discipline penalistiche*, III, UTET, Torino, 1989, s. 72; Romano, M., *Consensus dell'avente diritto, in Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Giuffre, Milano, 1987, p. 448-449.

Hukuka aykırı rıza konusunda görüş ileri süren bazı yazarlara göre, rıza açıklaması, hukuka uygun yapılmadığı zaman bir hareketi suç kapsamına sokabilme durumuna sahip olduğu için, hukuka uygun şekilde gösterilen rıza, hukuk normları çerçevesinde hareketi hukuka uygun hale getirir. Hukuk alanında rıza, ceza kanununun (İtalyan Ceza Kanunu) 50. maddesinde yer aldığı üzere hukuka uygunluk nedenidir.² Bu hükme göre, *'Hukuka uygun şekilde rızasını açıklayan kişinin rızasına dayanarak bir hakkı ihlal eden kişi cezalandırılmaz'*. Yukarıda açıklandığı gibi suçu üçlü yapıya ayırarak (tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk) incelediğimizde aslında bu üçlü yapının iki ana unsurdan oluştuğunu görürüz. Bunlardan biri objektif unsur diğeri sübjektif unsurdur. Hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, tipik maddi fiilin negatif bir unsuru olarak düşünülür.

Suçun oluşumuna ilişkin görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, ceza sorumluluğunu kaldıran neden olarak da adlandırılan hukuka uygunluk nedenlerinde, zıt durumdaki çatışır durumdaki menfaatlerin hangisinin hukuken korunmaya değer olduğunun ortaya konulması istenir. Sorun, gerek yasa koyucu ve gerekse uygulayıcı açısından bakılsın, özel hukuk alanına ilişkin kanunlarda yapılan düzenlemelerde, korunan hukuki değerlerde karşılıklı çıkarların göz önünde tutulması gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri arasında yer alan rıza konusunda üç görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir.³ Birinci görüşe göre, bir hareket, çıkarların karşılıklı değerlendirilmesinde, haklılık lehinde bir sonuç doğurur ise ve aynı hareket, rıza konusuna ilişkin olarak, ceza kanununda yer alan çıkarların karşılıklı değerlendirilmesinde de haklılık lehinde sonuç doğurur ise, rızaya dayalı bu hareket, hukuka uygunluk nedenidir.⁴ İkinci görüşe göre, ceza kanununda yer alan birçok rıza, hukuka uygunluk nedeni değildir. Rıza açıklamaya ehil kişi rızasını açıkladığı zaman, hakkını hukukun korumasına bırakmıştır.⁵ Bu görüş çok az taraftar toplamaktadır. Çünkü İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin düzenlemiş olduğu normatif bir değeri görmezlikten gelmesi nedeniyle kabul edilemez.

² Pedrazzi, C., *Consensus dell'avente diritto in Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, s. 146.

³ Albeggiani, F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, s. 26.

⁴ Romano, A. G. E., s. 450.

⁵ Albeggiani, A. G. E., s. 29 vd.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesi rızayı; ceza kanununda öngörülen diğer ceza sorumluluğunu kaldıran nedenleri içinde kabul etmektedir. Oysa bu görüş taraftarlarına göre rıza açıklaması, tipik fiilin oluşumunu engellemektedir. Son olarak üçüncü bir görüşe göre ise, hukuktaki rıza, diğer hukuka uygunluk sebepleriyle birleştirilmelidir. Bu görüşe göre, birbirleriyle çatışan çıkarların bir kar zarar hesabının yapılmasında, taraflardan birinin çıkarının korunması, diğerinin ise özgürlüğünün korunması konusunda, özgürlüğün korunmasının üstün tutulması gerekir. Ancak bu görüş, konuyu yeterinde açıklayamadığı için eleştirilmiştir.⁶ Rıza konusunu kişi özgürlüğü ile bağlantılı düzenleyen durum bir yana bırakılırsa, menfaatler (çıklarlar), her zaman hukuk düzeni tarafından korunmazlar. Bazen, rıza, özgürlüğün temelinde yer alabilir. Rıza, bir menfaatin korunmasında önemli bir kilit görevi gördüğü ve rızaya aykırı yapılan hareket, korunan hukuki menfaatlere zarar verebildiği için, ceza kanunu bu tür menfaatlere saldırıyı cezalandırmaktadır. Bu durumda rıza, bir hukuksal düzenlemede kişinin kendi kendisini ifade etme özgürlüğüdür.

Yasama faaliyetini ilgilendiren konuda olan ya da olmayan özel hukuka ait bir menfaat, yasa koyucu tarafından düzenlenirken çatışan menfaatler, açıkça değerlendirilir. Eğer, bu zıt menfaatler açıkça konuşulur ve rızanın önemi vurgulanırsa, bir kişinin tehlikeye atılması ya da yaralanmasına, ilgili kişinin rıza göstermesi, hukuka uygunluk nedeni içinde yer alır.

Her ne kadar rızanın hukuksal yapısıyla ilgili karşıt fikirler bir arada bulunsada, bazı yazarlar rızayı, karşılıklı görüşmeye dayanan bir anlaşma olarak görmekte ve böylece rızayı, 'hukuki işlem' olarak kabul etmektedirler. Çünkü hukuki menfaatlerin düzenlendiği normlarda, failin özgür iradesi korunmaktadır. Bununla birlikte, böyle bir hukuksal fikre önem verilecek olursa, rıza gösteren kişi tarafından açıklanan rıza açıklamasının bağlayıcı olmadığı söylenebilir. Hukuki işlemde, hukuki işlemin yapılmak zorunda olduğu gibi yapıp karşı tarafa ulaştırılması ve işlemin sonuç doğurması her zaman kolay ve basit şekilde olmamaktadır. Eğer gerçek ve tam bir rızaya dayalı görüşme yapılacaksa, o zaman öğretide bir kısım yazarlar rıza açıklamasını, dar anlamda hukuki fiil olarak nitelemektedirler.⁷ Oysa diğer

⁶ Albeggiani, *a. g. e.*, s.40 vd.

⁷ Antolisei, F., *Manuale diritto penale*, Parte generale, 12. baskı, a cura di Conti, L.,

yazarlar, rızayı ceza hukukunun özerk bir hukuksal kurumu olarak nitelendirmektedir.⁸ Bu özerk hukuksal durumda, kişi, hukuki koruma altında olduğu rızasını, özel bir durumda, basit bir açıklama ile kendi isteği doğrultusunda geri alabilir. Öğretide bir kısım yazarlara göre, eğer bir hukuki menfaati tehlikeye atacak veya ona zarar verecek bir durumda, rızanın muhatabı kişinin isteğine bağlı bir teklif sunulursa, muhatap kişi, rızasını açıklayan kişinin rızasıyla bağlı değildir.⁹ Kişiler, bir hakkın kullanımını nedeniyle cezalandırılmayan bir eylem gerçekleştirdikleri takdirde, bu davranışları İtalyan Ceza Kanunu'nun 51. maddesi içerisinde değerlendirilmelidir. İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesi ile 51. maddesi karşılaştırıldığında istenirse, 51. maddenin normatif bir temel olduğunu söylenebilir.¹⁰ Çünkü failin davranışını cezalandıran norma göre, normların çoğunluğu, cezalandırma yetkisini kendisinde toplamaktadır. 51. madde gibi hukuk düzenindeki bir normun varlığı karşısında, kişinin özel hukuka ait bir hakkı korunmakta, fakat kişi, doğrudan korumanın konusu olarak görülmemektedir. Bu durum, hukukta iradenin korunmasından basitçe çıkarılabilir. Bir kere, kişi bir normda kendi rızasını açıklamada yetkili kılınmıştır. Böyle bir düşüncede, kişilere yetki vermeyi düzenleyebilecek normların incelenmesi söz konusu olduğunda İtalyan Medeni Kanun'un 5. maddesine atıf yapılabilir. İtalyan Medeni Kanunu'nun 5. maddesi, kendi içinde, düzenlenen işlemlerin tamamlanmasını ister. Rıza konusuna ilişkin her zaman kişinin fiziksel bütünlüğünün zaafa uğraması sonucu çıkarılmaz. Sağlar arası organ ve doku ile kadavralardaki doku nakline ilişkin rıza açıklamaları konusunda son zamanlardaki konulara da atıfta bulunmak gerekecektir. Gerçekten, mağdurun rızasının göz önüne alındığı durumların karmaşıklığı (çok yönlülüğü) dikkate alınırsa, rıza açıklamasının bütün değişik nitelikleri, her bir olayda, hukuksal düzenlemelere ve ahlaka uygunluğu göz önünde tutulur.

Giuffrè, Milano, 1991, s. 253; Montovani, F., *Diritto penale, Parte generale*, 3. baskı, CEDAM, Padova, 1992, s. 231.

⁸ Romano, *a. g. e.*, s. 455; Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 145.

⁹ Gallisai Pilo, *a. g. e.*, s. 73 – 74.

¹⁰ Fiandaca, G., Musco, E., *Diritto Penale, Parte generale* 3. baskı, Zanichelli, Bologna, 1995, s. 235; Gallisai Pilo, M.G., *a. g. e.*, s. 74.

II. RIZANIN KONUSU VE SINIRLARI: OLAN VEYA OLMAYAN HUKUKİ MENFAATLER

Rıza, eyleme dönüştürülerek yapılacağı için, hukuk normları tarafından düzenlenen hukuksal bir değere sahip olması gerekir. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesi, '*... geçerli bir şekilde rızasını açıklayan kişi*' demektir. Bu unsur, hukuki menfaatin kapsamı içinde düzenlenen kişinin özgürlüğünü kabul etmenin önemini ifade etme açısından oldukça önemlidir. Pozitif hukuk, rıza konusunda sınırlamalar getirmiş olsa da, hukuk düzeni bazen menfaatlerin doğrudan doğruya koruyucusudur. Diğer taraftan kişinin kendi isteği doğrultusunda hareket etmesi açısından rıza açıklamasının yapılabilirliğini ilgili kişiye bırakılmaktadır. Gerçekten, eğer yaralama fiili gerçekleştikten sonra rıza açıklanırsa, bu durum, fail için önceden belirlenmiş olan cezanın uygulanması engel olmaz. Kişinin açıklamış olduğu rıza iradesinin etkisi konusunda, bu rızaya dayanılarak işlem yapan kişinin davranışının cezai nitelikteki sonucu, hukuka uygunluk açısından bir değer taşımaz. Buna karşın tipik fiilden önce, rıza açıklaması yapılırsa, suç olan bu fiil, artık cezalandırılmaz. Bu durum dolayısıyla, rıza açıklamasıyla hukuka uygun hale gelen yaralama fiili veya hukuki menfaati tehlikeye atan hareket, hukuksal bir bakış açısından değil, sadece olaysal bir bakış açısından değerlendirilebilir.¹¹ Öğretide ve uygulamada bu konuya ilişkin tek bir bakış açısı yoktur. Kanunda var olan bir hukuksal durumun tanımı konusundaki değerlendirme, eğer aksi bir durum yoksa sırf hukuk düzenindeki normlarda tekrar gözden geçirme yapıldığı zaman gerçekleştirilecekse, rızaya ilişkin sorun aydınlığa kavuşturulamaz. Eğer, var olan hukuktaki tanımlama, somut durumun değerlendirmesinde de daha uygun bir şekilde geliştirilemezse, hukuki sorun çözülemez. Esas itibarıyla 'rıza açıklamasının ceza muafiyeti kapsamına girmesi için açık bir yasal norma başvurulmasına gerek yoktur' görüşü bize uygun gelmektedir. Aksi takdirde, 50. madde anlamsız hale gelir. Çünkü bir hukuksal menfaatin tehlikeye atılması veya zarara uğratılmasında, rıza açıklamasına yer veren tüm mevzuat, failin davranışlarıyla ilişkisi olmayan cezai yaptırımların uygulanması söz konusu olabilir. Dolayısıyla açık bir şekilde, hukuka aykırılık sorunu düzenlenemez, fakat tipiklik içinde düzenlenebilir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, rızaya ilişkin görüş, diğer hukuka uygunluk neden-

¹¹ Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 140-141.

lerinin varlığı nedeniyle oluşan menfaatlerin karşılıklı değerlendirilmesi görüşüne katılamayacağı anlamını taşır. Nitekim öğretilerde bir kısım görüş, cezai sorumluluktan kurtulabilmek için de, öyle bir düşüncenin varlığının gerekli olduğu yönünde fikir beyan etmektedir. Bu görüş, gerçekten, hukuk alanındaki rızayı, ceza kanunun önceden hukuka uygunluk sebepleri arasında öngördüğünü ileri süremez. Aynı doğrultuda düşünüldüğünde, hukuk düzeninde, normlar tarafından kabul edilen rızanın konusunu oluşturan hakkın kullanılabilirliği veya kullanılamazlığı bağlamında, kişisel olarak koruma altına alınmayan devlet menfaati olarak hukuki korumanın konusunu oluşturabilir. Örneğin, kamu güvenliği gibi haklar, kişisel koruma altında değil, fakat hukuki koruma altındadır. Çünkü toplumsal sağduyu örneğinde olduğu gibi, bir kişi tarafından oluşturulmadığı için kişiselleştirilemez.¹² Bir tehlikeye maruz kaldıkları veya zarar gördükleri zaman cezalandırılan ve ceza hukuku tarafından korunan hakları ihlal edici fiil, ihlal edici fiil sahiplerinin rızasından bağımsız olarak cezalandırılırlar.¹³ Bu duruma İtalyan Ceza Kanunu'nun 579. maddesinde düzenlenen yaşamın korunmasına dair 'rıza gösteren kişinin öldürülmesini suç sayıp cezalandırılması'na ve kişinin kendi kendine iftira atması (m. 369) veya kendi malını yakması (m. 423 yangın) gibi düzenlemeler örnek gösterilebilir. Kişinin kendi iradesiyle rıza açıklaması halinde, suçlanabileceğine ya da zarara uğrayabileceğine yönelik düzenleme yapılamaz. Oysa özel hayatın gizliliği, ahlaki özgürlük, cinsellik, yaşam hakkı (ötenazi) ve şeref gibi haklar ile kişiliğe ait haklar ve mal varlığı haklarında, rıza açıklamasına hukuksal sonuç bağlanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, öğretilerde, kişiye baskı uygulanması yoluyla hukuksal menfaatin zarar görmesine, genel ahlak, kamu düzeni veya suç teşkil edecek hareketler konusundan rıza açıklamasının kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir.¹⁴ Soyut veya somut hukuksal menfaatler arasında belirli bir farkı ortaya koyabilmenin zor olmadığı durumlar vardır. Somut olayda, her duruma göre değerlendirme yapmak gerekir.¹⁵ Rıza açıklamasının hukuka uygunluk nedeninin kapsamına girip girmeyeceğinin saptanması gerekir. Hukuk düzeni bakımından, rıza açıklamasının, diğer hukuka uygunluk nedenleri örnek

¹² Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 142 – 143; Albeggini, *a. g. e.*, s. 52-53.

¹³ Albeggini, *a. g. e.*, s. 51 vd.

¹⁴ Fiandaca, Musco, *a. g. e.*, s. 231; Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 143.

¹⁵ Albeggini, *a. g. e.*, s. 53- 54.

gösterilerek değil, kendi içinde değerlendirilerek, rıza açıklaması yoluyla gerçekleştirilen eylemin, hukuka uygunluk etkisi gösterebileceği kabul edilebilir.¹⁶ Rıza açıklamasının yapılacağı haklar arasına, kişisel özgürlüğü de dâhil edebiliriz. Rıza açıklama hakkına sahip kişi tarafından hukuka uygun biçimde, özgürce, olumlu veya olumsuz yönde rıza açıklamasına, hak sahibi olmayan üçüncü kişiler tarafından sınırlamalar getirilemez. Diğer taraftan fiziksel bütünlük, kişinin rızasıyla önceden sınırlanamaz. Ancak istisnaen Medeni Kanunu'nun 5. maddesinde belirtildiği gibi, daha önceden kişi, kendi fiziksel bütünlüğünün sınırlanmasını, önceden gösterebileceği rızayla sınırlayabilir. Fiziksel bütünlüğün işlevlerini sürekli azaltacak şekilde zarar veren veya genel ahlak ya da kamu düzenini ihlal eder nitelikte rıza açıklaması yasaklanabilir. İtalyan Ceza Kanunu'nun rızaya ilişkin düzenlemesi, Kanun, Anayasa'nın 32. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve sağlık haklarını koruyan düzenlemeyle uyumlu olmalıdır. Gerçekten, 32. maddenin birinci fıkrası '*Devlet, kişi haklarının temeli ve toplumun menfaatleri olarak sağlığı korur*' denilmektedir. Bu düzenleme ile toplum adına tek bir kişiye tekrar şapka giydirten bir durumdan söz edilebilir. Yani, bir kişi sınırsız bir şekilde kendi sağlığı üzerinde özgür şekilde tasarrufta bulunamaz. Çünkü kişinin menfaati toplumun menfaatidir.¹⁷ Kişiler için fiziksel bütünlüğün düzenlenebilmesinin sınırları, iki farklı görüş söz bulunmaktadır. Bunlardan biri, davranışın ihlal ediciliği, ikincisi, bu ihlal edici nitelikteki davranışın özelliği ile ilgilidir. Kişinin sağlığı için olumsuz bir duruma neden olabilecek bir fiile yönelik rızanın, örneğin, fiziksel bütünlüğün sürekli zaafa uğramasına neden olabilecek şekilde kişinin vücuduna dövme yaptırmasında, rıza açıklaması hukuka uygun değildir. Üçüncü kişilerde, örneğin, çehrenin yaralanmasına yönelik rıza; ahlak, kamu düzeni ve kanunda bu duruma ilişkin olumsuz bir ifadeyle sınırlanabilir. Kişinin sağlığına yönelik faydalı bir durumu daha da zenginleştiren bir eyleme dönük rıza hukuka uygun kabul edilir. Örneğin, bir tümörün yayılmasını durdurmak için bir kadının rahminin aldırılması amacıyla kadının rıza açıklaması durumunda veya sağlık koşullarını iyileştirmek için tedavi edici bir muamelede gösterilecek rızada durum söz konusudur. Sonuçta, bu konuda üçüncü kişi lehine fayda sağlayan bir duruma yönelik rıza, cesetteki veya yaşayan kişideki doku naklini ilgilendiren

¹⁶ Albeggiani, *a. g. e.*, s. 54.

¹⁷ Rız, R., *Il consenso dell'avente diritto* CEDAM, Padova, 1979, s. 96.

normlar ışığında değerlendirilecektir. Fiziksel bütünlüğün kısıtlanmasında rıza konusuna girildiğinde, rıza; haysiyet, cinsel ve kişisel özgürlük gibi menfaatlerin düzenlenmesinde tekrar ele alınıp anlamlandırılmalıdır.¹⁸ Bununla birlikte, bu tip düzenlemeler konusunda eleştiri yok değildir. 5. maddenin düzenleniş şeklinin iyi olmadığı konusunda görüşler ileri sürülebilir. 5. maddenin yazılış şekli, organ nakli gibi bir eylemin yapılmasına engel teşkil edebilir ki, bu tip hareketler son zamanlarda sağlık için yararlı kabul edilmektedir. Bu itibarla hukuk normları ışığında yasaya uygun fiiller sınırlandırılmaz. Fakat ne olursa olsun, İtalyan Ceza Kanunu tarafından korunan ve Anayasa'nın 32. maddesinde yer alan sağlığa ilişkin menfaatlerin tehlikeye atılması ya da zarar görmesi durumunu doğurabilecek şekilde kişi için tehlike arz eden fiiller, hukuka uygun kabul edilemez. Bunun için, günlük toplumsal bilincin oluş yönü ve kanun dışındaki toplumsal değerleri göz önüne alan Medeni Kanun'un 5. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁹ 5. maddenin daha daraltıcı tarzda uygulanabileceği de söylenmektedir. 5. madde tarafından yasaklanan davranışa, bir kişinin vücudunun bir parçasını ya da tamamını başka bir kişi lehine bağışlaması durumuna imkân verecek şekilde yorum getiren görüş bu tür sözleşmelere hayat verir. Bu gibi durumlarda, kişinin vücudunun bir kısmını veya tamamını bağışlamasına imkân verilmemesini ya da kabul edilmemesini sağlamak için sözleşme göz ardı edildiği zaman, somut durumda çatışan menfaatlerin bir dengelenmesi gerektiğine inanan öğretideki çoğunluk görüşüne göre, Ceza Kanunu'nun 50. maddesine yollama yapmak gerekecektir. Sözü edilen normu göz önüne alan baskın görüş, her zaman doğrulanabilir. Çünkü ilgili hareketler ahlakla, kamu düzeniyle ve kanunla çelişmez yasal durum olarak düşünülmektedir. Bu durum, hukuk düzenin içyapısıyla uygunluk gösteren ilkeyi inceleme gerekliliği nedeniyle ceza hukuku alanında da etkinlik gösterir. Bu hususu, fiile hukukun bir dalında rıza gösterilirse, hukukun bütün alanlarında o konudaki fiile rıza gösterilmesinin gerekliliğini ortaya koyar. Hukuk kuralı haline getirilecek yaşam ve vücut bütünlüğü değerlerinin kapsamının belirlenmesi, bu değerler arasında karşılaştırma yapma imkânını vermektedir. Ancak bu değerlendirmede, çoğu zaman, somut gerçeklik, soyut değerlendirme kadar basit olmamaktadır. Cerrahi müdahalede, müdahale edilecek kişinin gönüllü

¹⁸ Montavani, *a. g. e.*, s. 263.

¹⁹ Albeggiani, *a. g. e.*, s.68-69.

isteği ve şiddet içeren sportif faaliyetlerde, kişilerin fiziksel yönden zarar görmeleri tehlikesini oluşturan her iki davranış, hatta ciddi derecede zarar görme tehlikesine neden olabilecek bu davranışlar, hukuka uygunluk sebebi olarak rıza açıklamasına atf yapılarak açıklanabilir. Diğer taraftan, var olan menfaatlerin sınırlarını belirlemek için, kendisine başvurulabilecek rızaya ilişkin norm düzeyinde bir düzenlemenin bulunmadığı söylenebilir.²⁰ Hukuk düzenindeki normlarda yer alan genel ilkelere ve doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hukukun diğer bütün kaynaklarına tekrar başvurulabilecektir. Hukuk normlarındaki genel ilkelerden kastedilen, İtalya’da uygulanan normlardır. Oysaki diğer kaynaklar, doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan kanunlar olabilir, örf ve adet hukukunu göz önünde tutmak gerekebilir. Belirtilim ki, ceza kanununa aykırı yeni görüş yaratma düşüncesi içinde olsa da, örf ve adet asla ceza hukukunun kaynakları arasında yer almaz. Ceza hukukunda kanunilik ilkesi geçerlidir, fakat belirli bir hukuksal menfaatin sınırlarını belirlemek için atf yoluyla örf ve adet hukuksal bir kaynak olarak göz önünde bulundurulabilir.²¹ Her şeyden önce, şiddet içeren sportif hareketler veya cerrahi müdahale gibi yapılan hareketlerde, rızanın bir cezasızlık nedeni olması ya da olmaması istenirse ve bu değerlendirmeye tabi tutulursa, rıza açıklamasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu sonucunu çıkaracak bir normatif ifadenin bulunmadığı hukuksal alanda, bazı yazarlara göre, örf ve adet hukuku göz önüne alınabilir.²² Diğer bir kısım yazarlar, bu düzenlemeye karşı çıkarak, ‘*mademki rıza açıklaması, Medeni Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen fiziksel bütünlüğün sürekli azalması konusunda bir kural olduğuna göre ve kanun hükmüne örf ve adet dahil edilemeyeceğine göre, bu durumunda, örf ve adet yolama yapılamaz*’ görüşünü ileri sürmektedirler.²³ Bu görüşte olan yazarlar, örf ve adet kurallarının, genel ahlak kuralları gibi daha geniş ve daha genel bakış açısıyla sınırları değiştirebileceği, incelenen somut durumda, konunun sosyal bilincini tekrar hissettirebileceğini ileri sürmektedirler. Bu yazarların düşüncelerine karşı ileri sürülen bir diğer karşı görüşe göre, rıza; yasal bir düzenleme ile korunan hukuki menfaatin eksiksiz korunması için, başvurulacak bir unsurdur. Başka bir ifadeyle, korunan hukuki menfaatin bir şekilde ihlalini önle-

²⁰ Rız, a. g. e., s. 90 vd.

²¹ Pedrazzi, a. g. e., s. 141.

²² Rız, a. g. e., s. 90 vd.

²³ Albeggiani, a. g. e., s. 75 – 76, dip not 51.

mek için getirilmiştir. Diğer taraftan fiziksel bütünlük gibi, Anayasa tarafından hüküm altına alınan bir hukuksal menfaatin zarara uğratılmasında rızanın bulunmasını kabul ederken, başka hukuki menfaatlarda kabul etmemenin haklılık payı yoktur. Sportif faaliyette, kişinin kendisini tehlikeye atması halinde, hukuksal açıdan çatışan menfaatlere kıyaslanması şeklinde bir dengeleme söz konusu olamaz. 5. maddenin öngördüğü sınırların genişletilmesine temel dayanak olarak, örf ve adet hukuku alınamaz. Ancak, hukuk kurallarının temel ilkeleri alınabilir. Bu sorun, her durumda, diğer tıbbi tedavi amaçlı hareketlere ve şiddet içeren sportif hareketlere yayılabilir. Tarihî ve sosyal içerikli konulardaki bir veride, örneğin, tedavi amaçlı olsun, bilimsel amaçlı olsun, rızanın bulunduğu yönelt genel görüş, ancak, insan üzerinde yapılacak denemelerin sınırlarının açıkça belirtildiği durumlarda kabul edilebilir.

III. ZAMAN VE GEÇERLİLİĞİN KALKMASI

Rıza, davranışın sonucunda meydana gelen neticeden önce açıklanması gerekir. Açıklanan rıza, neticeden sonra olursa, cezasızlık nedeninden yararlanamaz. Bir kısım yazarlara göre, bu durumda rıza açıklamasından bahsedilemez. Kuşkusuz bu şekildeki rıza açıklaması, hukuksal bir etkiye sahip değildir ve davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.²⁴ Bu yüzden, fiilin tamamlandığı süre zarfında rıza açıklaması kabul edilebilir. Ancak bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, rıza açıklamasının geçerli olabilmesi için, neticenin meydana gelmemiş olması yeterlidir. Başka bir görüşe göre ise, tamamlanmış bir hareketten sonra açıklanan rıza, netice gerçekleşmiş olsa bile cezasızlık nedenidir.²⁵ Hukuksal menfaatin sahibi, kendisini tehlikeye atan veya kendisine zarar veren durumun, sözleşmeye göre açıklamış olduğu rızasına uymadığını düşündüğü zaman, rızasını kaldırabilir.²⁶ Geçersiz kılma, fiilin tamamlanmasından sonra da mümkündür, yeter ki, netice gerçekleşmeden önce rızasından vazgeçmiş olsun. Eğer rıza açıklamasından vazgeçme, rıza açıklamasına dayanılarak işlem yapacak kişilerin, icrai veya ihmali hareketlerine başladıktan sonra olursa, bu kişiler, hareketlerini durdurmak zorundadırlar. Rıza

²⁴ Pedrazzi, *a. g. e.* s. 145.

²⁵ Rız, *a. g. e.*, s. 178 vd.; Romano, *a. g. e.* s. 81.

²⁶ Rız, *a. g. e.*, s. 178 vd; Gallisai Pilo, *a. g. e.* s. 81.

açıklamasından vazgeçildiği ana kadar ki hareketler hukuka uygundur. Fiil yasal olduğu için, davranışları durdurmak mümkün değildir. Böylece kişi, cezalandırılmadığı gibi, vazgeçme, neticenin gerçekleşmesine engel olmaz, yeter ki, neticenin gerçekleşmemesini isteyen kanun olmasın. Bazen, kişisel haklar ve kişisel haklarla ilgili olmayan haklar arasında, vazgeçmenin her zaman mümkün olabilirliliği ile ilgili olarak bir ayırım da yapılabilir. Bu ayırım, maddi anlamda ceza kanunu dışında yürürlükte olan normlarda olur.²⁷ Vazgeçme, rıza açıklamasının yapılış biçimi gibi, açık veya zımni irade açıklamasıyla olabilir. Gerçekten, zımni şekilde rıza açıklamasından, açık şekilde vazgeçme mümkün olabildiği gibi, açık şekilde rıza açıklamadan, zımni şekilde vazgeçme de mümkün olabilir. Eğer rıza, belirsiz koşullarda ya da belirli bir olaya ilişkin açıklanmışsa, zımni vazgeçmenin bulunup bulunmadığı konusunda, bilirkişi görüşü istenir. Zımni vazgeçme ne bir ifade açıklamasıyla ne de tek anlama gelen nesnel bir davranışla yapılabilir. Şayet ele alınan rıza konusundaki koşullarda eksiklik olursa, genel kabul gören çözüm olumlu düşüncedir. Fiili koşulların değişimi, rızanın açıklanmasının temeli olan iradesinin oluşumunu engelleme-yeceği kabul edilir.²⁸

IV. AÇIK VE ZİMNİ RIZA AÇIKLAMASI

Rızanın sonuç doğurması için, özel bir açıklanış biçime gerek yoktur. Rıza konusunda, doğrudan doğruya rızaya yönelik iradenin açıklanması gerektiğini benimseyen görüşe göre, kişinin rıza yönünde iradesi yeterlidir. İradenin mutlaka dışarıya yansıtılmasına gerek olmayıp, kişinin bilincinde olması yeterlidir.²⁹ Burada önemli olan, rıza iradesinin, rıza iradesini açıklamaya yetkili kişi tarafından açıklanmış olmasıdır. Sorun, usule ilişkin bir temele oturtulabilir. Sadece rızanın varlığının olmadığını kanıtlamak gerektiğinde, bu kanıtlamanın yapılacağı zamanda bile rızanın varlığı konusuna değinilir. Rıza iradesinin etkisini gösterebileceği zaman, rızanın ispatının yapılacağı zaman olarak düşünülür. Fiilin gerçekleştiği zamanda, rızanın kabul edilebilecek açık bir biçimde ifade edilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu amaçla, ansızın oluşan durumlarda, hukuksal menfaati teh-

²⁷ Gallisai Pilo, *a. g. e.*, s. 81.

²⁸ Rız, *a. g. e.* s. 457.

²⁹ *A. g. e.* s. 171; Pedrazzi, *a. g. e.* s. 149.

likeye atılan veya zarar gören kişinin, bu ansızın oluşan durumlarda rızasının var olduğunun ispatlanabilir olması, göz önüne alınıp değerlendirilmelidir. Aynı sonuç, bir rıza açıklaması varsa da çıkarılabilir. Fakat gerçekte, kişinin davranışlarından veya diğer unsurlardan rızanın bulunmadığı sonucuna varılırsa, rıza açıklaması bir yanılsılık sonucunda olduğu kabul edilir. Yani, kişinin isteyerek gerçekleştirdiği irade, gerçeğin tam tersidir. Bu görüş desteklendiğinde, rıza; irade beyanının nesnel bir davranışta somutlaşması halidir. Bu durumda, rıza, kişinin içsel dünyasını ilgilendirmektedir. Rıza ile hareket arasında zıtlığın bulunması durumunda, korunan hukuki menfaatin tehlikeye atılmasına veya zarar görmesine imkân vermeyen rıza açıklamasının, iradeye uygun yapıldığı söylenebilir. Rıza konusuna suçu üç unsura ayırarak bakılacak olursa, rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak, iki unsura ayırarak bakılacak olursa, objektif unsur yokluğu şeklinde ele alınabilir. Rızanın objektif önemi, etkilerini kişi tarafından yapılan bir beyanattan bağımsız olarak da gösterebileceği şeklinde belirtilir. Rızanın, objektif olarak da anlaşılabilmesi fikrini savunanlar bulunmaktadır.³⁰ Bu görüşe göre, kişinin içindeki iradesinin ispatı yeterli değildir. Bu iradenin bulunduğu objektif unsurlarla da desteklenmelidir. Rızanın varlığı, sözleşme mantığı içinde, bir iradesi açıklaması şeklinde, tanımlanabilir.³¹

Temsilciye rıza, sözle açıklandığında veya açığa vurulduğunda, bu durum, doğrudan doğruya bir üçüncü kişi vasıtasıyla, bir iletişim yazısıyla veya isteği etkili bir şekilde gösteren bir fiille yapıldığı zaman, *'açıklama tarzında'* rızadan bahsedilir.³² Oysa zımni rıza, zıt ilkelere çıkarılabilir. Bir başka ifadeyle, hukuk alanında tek anlama gelen objektif bir davranıştan oluşan fiili bir durumla olası uyumsuzluk karşılaştırıldığında, rızanın var olduğu düşünülür. Bu durumdan, hukuksal menfaat sahibi kişinin, rıza açıklamada istekli olduğu sonucu çıkarılır.³³

³⁰ Romano, *a. g. e.*, s. 456.

³¹ Delogu, *a. g. e.*, s. 276.

³² Rız, *a. g. e.*, s. 174 -175.

³³ Delogu, *a. g. e.*, s. 281.

V. RIZA AÇIKLAMASININ SEBEBİ VE KONUSU

Üzerinde rıza açıklaması yapılacak sözleşmenin türü, rıza açıklanamayacak bir konuya ilişkin ise, rızayı kabul etmeme bir sebebe dayanmak zorunda değildir. Yani, rızanın bir sosyo-ekonomik işleve sahip olması gerekmez. Suçsuzluk kapsamına girmesi için kişinin isteği yeterlidir.³⁴ Rıza gösteren kişinin amacıyla ilgili olarak, rıza gösterilen konunun ahlaka, kamu düzenine ve kanuna aykırı olması halinde, rıza açıklamasının kabul edilmemesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir.³⁵ Medeni Kanun'un 5. maddesine bu açıdan bakılamaz. Rıza açıklamasının yapıldığı konu; kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği, eğer aykırı olduğu zaman, cezai sorumluluğun doğacağı düşüncesinin kabulü için, normun yazılışına bakmak gerekecektir. 5. maddeyle zıt bir düzenleme geçersiz ve etkisiz olacaktır. Yani, sonuç doğurucu nitelikte değildir. Çoğunlukla yasaklama, kişinin işlediği fiillerin ahlaka, kamu düzenine ve kanuna aykırı olduğu durumlarıdır. Buradaki yasaya aykırılıktan maksat, hukuksal düzenlemeye göre, geçersiz rıza açıklamasıdır. Medeni Kanun'un 5. maddesinde belirtilen sınırlar, sonuçta, rıza konusu menfaatin mevcudiyetiyle ilgilidir. Bu yüzden, 5. maddenin sınırladığı konular, failin önceden tasarladığı gizli amaçlar veya insanların ahlaki görünüşlerinin altında yatan düşünce değildir.

³⁴ Rız, a. g. e., s. 55; Pedrazzi, a. g. e. s. 148 -149.

³⁵ Pedrazzi, a. g. e., s. 148 -149.