

KORUNMA TEDBİRİ ALINMAKSIZIN GERÇEKLEŞEN CİNSEL İLİŞKİ YOLUYLA HIV VİRÜSÜNÜN BULAŞTIRILMASINDA MANEVİ UNSURUN BELİRLENMESİ SORUNU

Ozan Ercan TAŞKIN*

Bilindiği üzere korunma tedbiri alınmaksızın girilen cinsel ilişki, HIV virüsünün taşınması bakımından elverişli hareketi oluşturur.¹ HIV virüsünün cinsel ilişkiyle bulaştırılması durumunda, ceza hukuku kurallarından hangilerinin uygulanabilir olduğunun belirlenmesi önemli bir sorundur.² Açık olan, korunmasız cinsel ilişki sonucunda, hastalığın bulaştırılması durumunda ceza kanununun özel kısmında düzenlenmiş olan suçlardan birinin söz konusu olacağıdır.

AIDS hastalığını bulaştıran fail, öldürme kastıyla hareket etmiş olabilir. Fail sadece hastalık bulaştırma kastıyla hareket etmiş ve fakat ölüm neticesi meydana çıkmış olabilir. Bu durumda, TCK m. 87/4 kapsamında, “*kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi*” akla gelebilir. Diğer taraftan, fail kasıtlı olmayabilir, bu varsayımda, “*olası kast*” veya “*taksir*” tartışması yapılabilir. Bu anlamda, HIV virüsünü bulaştıran failin cezai sorumluluğunu belirlemek için öncelikle hangi neticenin(yaralama veya ölüm) ortaya çıktığı belirlenmeli, daha sonra manevi unsura ilişkin tartışma yapılmalıdır.

* Ar. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı.

¹ HIV virüsü, cinsel ilişki dışında, kan nakli, aynı enjeksiyonun birden fazla kullanılması ve doğum yoluyla da başka bir kişiye taşınabilir. Mustafa Ruhan Erdem, “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, AÜEHFD, c. VIII, S. 1-2, 2004, s. 73.

² Biz bu çalışmada, özellikle manevi unsur üzerinde durmayı tercih ettik. Ancak açıktır ki, konu özellikle nedensellik bağı bakımından da birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Bu konuda bkz. Kolis Summerrer, “AIDS e diritto penale”, *I Reati contro la persona*, UTET Giuridica, Torino 2006,; Ayrıca nedensellik bağına ilişkin olarak bkz. Federico Stella, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale nel Diritto Penale*, A. Giuffrè 2. baskı, Milano 2000, s.407-457.

HIV virüsünün bulaştırılması durumunda yaralamadan söz edilebilir. TCK m. 86, *“kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi”*nin kasten yaralama suçundan sorumlu olacağını düzenlemiştir. Bize göre, sorunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenleyen TCK m. 87 çerçevesinde ele alınması gerekir. Bu anlamda, bir kimseye AIDS hastalığını bulaştırmayı, TCK m. 87/2-a kapsamında, *“iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalık veya bitkisel hayata girmesine”* neden olma şeklinde değerlendirmek pekâlâ olanaklıdır.³ Nitekim virüsün insan vücuduna girmesiyle birlikte sadece anatomik olarak değil aynı zamanda organizmanın işlevleri itibarıyla da bozulmalar meydana gelmektedir. Virüsün insan vücuduna ithaliyle birlikte, iyileştirilemez sağlık sorunları ortaya çıkmaktadır.⁴ Gerçekten de, kasten yaralama suçunun söz konusu nitelikli halinin uygulanabilmesi için, tıp biliminin verilerine göre, mağdurda geri dönülemez bir durum yaratması nedeniyle, yaşam boyu süreceği tahmin edilen hastalığın ortaya çıkmış olması gerekir.⁵ İtalyan öğretisinde aksi görüşte olan yazarlara göre ise, sadece virüs bulaştırmak, söz konusu suçun belirlenmesi bakımından yeterli değildir. Nitelikli yaralama kapsamında bir hastalıktan söz edilebilmesi için bu durumun patolojik olarak da ayrıca belirlenmiş olması gerekir.⁶

Diğer taraftan AIDS hastalığını bulaştırma, TCK m. 87/2-b kapsamında, *“duyulardan veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi”* bağlamında da değerlendirilebilir. Her ne kadar bağışıklık sistemi dar anlamda bir organ olarak görülme dahi, hastalığın, çok büyük bir olasılıkla sürekli olduğu tartışma götürmezdir.⁷

Sorun daha ziyade AIDS hastalığı bulaştırılanın, hastalık nede-

³ “Evlendiği mağdureye, bildiği halde, AIDS hastalığını söylemeyip cinsel ilişkileri sonucu onun da bu hastalığa yakalanmasına neden olan sanığın eyleminin, hastalığın iyileşmesinin kesin ya da olası ve sürekli olup olmadığı hususlarında rapor alınarak sonucuna göre, TCY.nın 456/3. maddesine uyup uymadığının tartışılması gerekir.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2002/3171, K. 2002/3584, T. 15.10.2002 =<http://www.kazanci.com>) (Siteye giriş 17.11.2007)

⁴ Bkz, Summerer s. 427; HIV virüsünün bulaştırılmasının, kasten yaralama bağlamında değerlendirilmesi konusunda bkz. Erdem, s. 75 vd.

⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. baskı, Ankara 2006, s. 203.

⁶ Bu konuda Castaldo’nun görüşleri için bkz. Summerer, s. 429.

⁷ Summerer, s. 428.

niyle ölmesi halinde ne olacağına yöneliktir. Bir davranışın, nitelikli yaralamaya yol açabileceğini kabul edip diğer taraftan kasten öldürme suçu bakımından elverişli kabul edilmemesi bir çelişki olacaktır. Ancak şunu da belirtmekte yarar vardır, İtalyan öğretisinde bu duruma ilişkin tartışmalar da sönümlenmiş değildir.⁸ Davranışla (cinsel ilişki), netice arasında çok uzun bir süre geçmiş olması, özellikle maddi ceza hukuku bağlamında nedensellik bağının belirlenmesi bakımından sorunlar ortaya çıkaracaktır.⁹ HIV virüsünün, cinsel ilişki yoluyla geçmesi durumunda neticeye yönelik iradenin ne olduğunun belirlenmesi çok zordur. Bu zorluk, özellikle ilişkinin normal bir şekilde geliştiği, karşılıklı sevginin olduğunun varsayıldığı durumlarda daha da belirgin hale gelmektedir.

Enfekte olan hastanın ölmesi durumunda, failin öldürme kastıyla hareket etmiş olması halinde insan öldürmekten dolayı ceza sorumluluğunun olması gerektiğini savunan görüş, failin sorumluluğunun bu derece ağırlaştırılmasına karşı çıkanlar bakımından dirençle karşılanmaktadır. Bahsi geçen yaklaşımın ilk tereddüdü, genel anlamda “*adalet duygusu*” bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, bugün hala, cinsel ilişkiyi, cinayet açısından elverişli davranış olarak görmek bakımından zihni zorluklar yaşanmaktadır. Diğer taraftan, toplumsal meşruluk bakımından soruna bir anlamda “*ikna edici*” bir çözüm bulmak da zordur. Söz konusu öğretinin diğer itirazıysa, netice ile davranış arasındaki nedensellik bağının belirlenmesi hususunun dikkatten kaçırılmayacak ölçüde zorluklarının bulunmasına yöneliktir.¹⁰

Birçok somut olay bakımından, ceza adaleti noktasında söz konusu olabilecek yegane kesin netice, henüz sadece virüsün bulaştırılmış olmasıdır. Başka bir söyleyişle birçok olayda, henüz mağdurun ölümü neticesi ortaya çıkmış değildir. Söz konusu durum, isnat bakımından açık bir önem arz eder. Kuşkusuz mağdurun hayatta olduğu durumlarda, söz konusu olacak olan nitelikli yaralamadır.¹¹ Neticeye yönelik

⁸ Summerer, s. 428.

⁹ Diğer taraftan muhakeme bakımından “ne bis in idem” ilkesinin ihlali, zamanaşımı gibi başkaca sorunlar da söz konusu olabilecektir. Kesin hüküm ve bunun ortadan kaldırılmaları çareleri hakkında Bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 11. baskı, İstanbul 2005, s. 511- 578.

¹⁰ Soruna ilişkin özellikle Alman ceza hukukçularının çalışmaları dikkat çekicidir. Bkz. Summerer s. 429.

¹¹ Summerer s. 429.; Cristiano Brunelli, “L’elemento Soggettivo Nei Delitti Contro

kastın doğrudan olmadığı durumlarda teşebbüsten söz etmek olanaklı olmadığından, kasten öldürmeye teşebbüsten de söz edilemez. Nitekim AIDS hastası bir hayat kadını, müşterileriyle cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle, nitelikli yaralamaya teşebbüsten dolayı yapılan yargılamasında beraat ettirilmiştir. Mahkeme beraat kararının gerekçesini, hayat kadınının korunma tedbirsiz cinsel ilişkiyi gerçekleştirdiğine yönelik delillerin olmadığı ve diğer taraftan olası kastla, teşebbüsün bir arada bulunamayacağı görüşüne dayandırmıştır.¹²

İtalyan uygulamasında, HIV virüsünün bulaştırılmasına yönelik doğrudan kastı belirlediği tek bir karar bulunmaktadır. Söz konusu karar, cinsel ilişki dışında HIV virüsünün bulaştırılması olasılığı bakımından dikkat çekicidir. AIDS hastası fail, eroin satmak isterken polis tarafından yakalanır, üstünün aranması sırasında, polisin gözüne gelecek şekilde, kanlı tükürür. Polis memuruna hastalık bulaşmamış olmasına rağmen, yapılan yargılama neticesinde fail, kastının doğrudan¹³ adam öldürmeye yönelik olması nedeniyle kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılır.¹⁴

İşte bu noktada, özellikle tartışma konumuz üzerinde çok etkili olan bir mahkeme kararından¹⁵ söz etmek gerekecektir. Zira mağdur, karardan önce ölmüştür. Ölüm neticesi, HIV virüsü dolayısıyla bulaşıklık sisteminin çökmesinden dolayı meydana gelmiştir. AIDS hastası kocanın, sayısız kez eşiyle cinsel ilişki gerçekleştirmesi neticesinde, HIV virüsü mağdura bulaşmıştır.¹⁶ Mahkeme nezdinde tamamlanmış öldürme suçundan dolayı kocanın cezalandırılması noktasında bir tereddüt de ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla yaralamaya ilişkin bir nitelikli hal tartışması yapmaya da gerek doğmamıştır. Mahkemeye göre

La Persona Commessi Da Persona Malata Di HIV/AIDS", <http://www.diritto.it/materiali/penale/brunelli3.html> (Siteye erişim tarihi: 20.06.2008)

¹² Brunelli, L'elemento soggettivo, ...

¹³ Doğrudan kast hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Hakan Karakehya, "Ceza Hukukunda Doğrudan Kast", *SÜHF*, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2007, s. 117-138.

¹⁴ 8.9.2000 tarihli karar ve karara yönelik eleştiriler için bkz.. Summerer, s. 427, dpn.1 ve s.429, dpn. 8.

¹⁵ Cremona Mahkemesi'nin 14 Ekim 1999 tarihli kararı için Bkz. Brunelli, L'elemento soggettivo, ...; Alberto Cadoppi/ Stefano Canestrari, *Casi e Materiali di Diritto Penale*, Volume I, Giuffrè, Milano 2002, s. 109 vd.

¹⁶ Söz konusu ilişki, önceleri nişanlılık daha sonra da evlilik olmak üzere yaklaşık on yıl sürmüş ve kadın partnerin ölümüyle sona ermiştir. Bkz. Cadoppi/Canestrari: s. 110.

cinsel ilişkinin ölüm neticesini meydana getirmesi bakımından elverişli olduğu açıktır. Sorun daha ziyade ortaya çıkan netice bakımından manevi unsur noktasında yoğunlaşmaktadır.

İtalyan öğretisinin ve uygulamasının öncelikle mutabık kaldığı husus, manevi unsur bakımından olası kast-bilinçli taksir tartışmasının yapılmasının bir zorunluluk olduğudur. HIV virüsünün, cinsel ilişki yoluyla bulaşma riski çok yüksektir.¹⁷ Cinsel ilişki yoluyla hastalığın bulaştırılmasının istendiği istisnai örnekler hariç olmak üzere, netice irade edilmiş de değildir. İşte bu durumda sorunun çözümü, olası kast veya bilinçli taksir kalıplarına göre olmak durumundadır.¹⁸

Olası kast¹⁹ belirlemesi bakımından en çok kabul gören ve izlenen yaklaşım “*kabul edilen risk*” ölçütüdür.²⁰ Bu ölçütten hareket edenlere göre, fail neticenin gerçekleşebileceği olasılığını öngörmesine rağmen, davranışını söz konusu riski kabul ederek gerçekleştirirse olası kastından dolayı sorumlu olacaktır. Bilinçli taksirde ise fail, mümkün gözüken neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.²¹ Olası kast, bilinçli taksire oranla bir kararlılığa gereksinim duyar. Diğer taraftan neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmek ölçütü de bilinçli taksiri, olası kasttan tam olarak ayırmak bakımından yeterli değildir. İtalyan öğretisi, “*kabul edilen risk*” ölçütüne, bütün belirsizliği ve genişliğine rağmen, HIV virüsünün cinsel ilişki yoluyla bulaşması durumunda, manevi unsuru belirlemek bakımından da başvurmaktadır.²² Ancak, söz konusu ölçüt çok da güvenli veriler sunmamaktadır.

Bahsedilen olayda, AIDS hastalığı bulaştırılan eşin ölmesi üzerine,

¹⁷ Tek bir cinsel ilişkiyle HIV virüsünün bulaşma riski için 1/100 veya 1/1000 arası oran verilmektedir: Bkz. Erdem, s. 74.

¹⁸ Summerer, s.434.

¹⁹ Olası kast hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Karakehya, “Olası Kast”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 2, Aralık 2006, s. 19-46.

²⁰ Ferrando Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, CEDAM, 4.baskı, Padova 2001. s.334; Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Giuffrè 14. baskı, 1997, s. 348; Öğreti, “*kabul edilen risk*” ölçütünün, bir yandan tespiti oldukça güç olan, olası kastın belirlenmesi bakımından önemli bir hareket alanı sağladığını, diğer yandan da neticenin gerçekleşmeyeceğine duyulan inanç gibi oldukça yüzeysel bir kavramlaştırmayla, kişilerin kasti sorumluluklarının ortadan kaldırılarak, sorumluluğun taksir düzeyine indirilmesinin önüne geçmek bakımından önemli bir araç olduğunu savunmaktadır. Bkz. Cadoppi/ Canestrari, s. 137.

²¹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005 s. 208.

²² Summerer, s.435.

ilk derece, istinaf ve yüksek mahkemenin, verdikleri kararlar arasındaki farklılıklar, İtalya'da kusur kalıplarına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir.²³

İlk derece hakimi, failin kusurluluğu olası kasttır demiştir. Zira korunan hukuki yararın ihlal edilmesi bakımından, failin şahsi kararlılığı söz konusudur.²⁴

Kusurluluk kalıpları olan kast ve taksirin, insan zihnine ait psikolojik fenomen olmaları dolayısıyla doğrudan algılanmaları çok zor olsa da, bizzat davranışın kendisi, kusurluluğun belirlenmesi bakımından gözlemciye bazı olanaklar sunar. Her iki kusurluluk kalıbı da, harice yansımaları bakımından bazı karakteristik özellikler gösterirler. Böylece korunan hukuki yarara karşıt mevcut bir iradenin olup olmadığı ortaya konulabilmektedir.²⁵ Elbette, söz konusu harici etmenlere (davranış), manevi unsur bakımından yapılacak tespitte tamamıyla teslim olmamak ve aşırı objektif ölçütler geliştirerek, manevi unsurun belirlenmesini bir formülasyon içine de hapsedmemek gerekir. Doğaldır ki, harici etmenler, gözlemlenebilir ve doğrulanabilirler. Psişğin ne olduğunun belirlenmesine yönelik yapılacak araştırmada, kesin kabul edilmemek kaydıyla yol gösterici olabilirler. İçsel tutumun harici yansımaları, içsel tutuma ilişkin tasvir edici rollere sahip olabilirler. İşte söz konusu işaretlerin ortaya çıkan netice bakımından, psişiğe ilişkin bilgi vermeleri olasıdır.²⁶

Cremona Mahkemesi, tamamıyla bu yaklaşımı esas almıştır. Söz konusu yaklaşıma göre olası kastın belirlenmesi bakımından gerekli unsurlar şunlardır:

- Davranışın ortaya çıkarmış olduğu risk
- Fail tarafından ortaya çıkan riskli davranışa ilişkin kabul (rıza)
- Olası neticenin fail tarafından kabul edilmesi (rıza gösterilmesi)

²³ Summerer, s. 437.

²⁴ Luigi Viola, "Dolo Eventuale e Copla Cosciente, Con Particolare Riferimento Al Contagio Da Virus HIV In Caso Di Rapporto Sessuale Non Protetto", <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=210> (Erişim Tarihi: 27.06.2008)

²⁵ Söz konusu yaklaşım Canestrari tarafından geliştirilmiştir. Bkz. Summerer : s. 438.

²⁶ Bkz. <http://www.diritto.it/materiali/penale/brunelli3.html>

Söz konusu unsurların belirlenmesinden sonra *Canestreri*'ye göre riske ilişkin kusurluluk; "*tedbirli farazi uygulayıcı*"nın (avveduto osservatore esterno), somut olay bağlamında, faille aynı durumda bulunması, aynı bilinç düzeyine ve bilgi birikimine sahip olmasına rağmen, söz konusu davranışı asla yapmazdı denilebilmesi halinde olası kasttır.²⁷

Mahkeme, HIV virüsünün cinsel ilişkiyle bulaşması ve neticede AIDS hastalığından dolayı ölümün ortaya çıktığı somut olayda, failin davranışının ortaya koymuş olduğu işaretlerden hareketle, riskin (ölüm) fail tarafından kabul edilip edilmediğini belirlemiştir. Mahkeme, cinsel ilişkinin şekli ve sıklığını, bu bağlamda sürekli ve düzenli bir cinsel ilişkinin olup olmadığını belirlemiş, hastalığı bulaştırma bakımından riskli olduğu bilinen cinsel uygulamaların söz konusu olup olmadığını araştırmış ve hastalığın bulaşmasını engellemek üzere alternatif önlemlerin alınıp alınmadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak mahkeme, kabul edilen riskin olası kastın varlığına işaret ettiğini belirlemiştir.²⁸ Mahkemeye göre, cinsel ilişki bir veya birkaç kez gerçekleşmiş olsaydı, cinsel ilişki bakımından hastalık bulaşma riskinin az olduğu uygulamalar yapılmış ve hastalığın bulaşmasına ilişkin olarak alternatif tedbirler alınmış olsaydı, failin sorumluluğu taksirinden dolayı söz konusu olabilecekti.²⁹ Elbette failin AIDS hastası olduğunu bilmediği halde, HIV virüsünü bulaştırdığı durumlarda cezai sorumluluğundan bahsedilemez.

Söz konusu mahkeme, yaptığı araştırma neticesinde, failin HIV virüsü taşıdığını bildiğini belirlemiştir. Fail, virüsün bulaşıcı olduğunu bildiği gibi, bulaşmanın engellenebilmesi için bazı koruyucu tedbirlerin alınması gerektiğini de bilmektedir. Diğer taraftan hastalığın iyileştirilemez olduğunu ve neredeyse kesin bir şekilde (taşıyıcı olma durumu hariç olmak üzere) ölüm neticesine yol açtığını da bilmektedir. Mahkemeye göre, bazı durumlar, bazı bilgiler ortak sosyal hayata ait bilgilerdir. Ortalama insanın söz konusu bilgilerden haberdar olması olanaksızdır. Failin, ortalamanın üzerinde olan sosyo/ekonomik yapısı onun hastalığın sonuçlarını bilebileceğinin diğer bir göstergesidir. Ayrıca, failin hastalığının teşhisi de yetkin kliniklerde koyulmuş-

²⁷ Brunelli, L'elemento soggettivo, ...; Summerer: s. 438.

²⁸ Summerer: s. 438.; Viola, Dolo Eventuale, ...

²⁹ Brunelli, L'elemento soggettivo, ...

tur. Bu tür bir klinikte hastalığın bulaşıcı olduğunun söylenmemesi imkânsızdır.³⁰

Fail bir seçim yapmaktan öte, riski açık bir şekilde kabul ederek, bilinçli bir şekilde cinsel ilişkiye devam etmiş, her yeni girdiği cinsel ilişkiyle de riskin çoğalmasına neden olmuştur. Hastalıktan eşine söz etmeyerek, hastalığın olası erken teşhisi ve çok az da olsa iyileşme olanağını tamamen ortadan kaldırmıştır. O halde, fail sadece hastalığın bulaşması riskini değil, aynı zamanda daha ağır netice olan eşinin ölüm riskini de kabul etmiştir.³¹

Bütün bu bilgiler ışığında failin, ölüm neticesinden olası kastından ötürü sorumlu olması gerekir. Failin tutumu kaçınılmaz bir şekilde, bilinçli taksir bakımından esas alınacak olan “*neticenin gerçekleşmeyeceği inanç ve umuduyla hareket etme*” ölçütüne başvurmayı engellemiştir.

Söz konusu karara ilişkin yapılan istinaf yargılamasında,³² ilk derece mahkemesinin olası kasttan dolayı vermiş olduğu hüküm bozulmuştur.

Mahkeme, bilinçli taksirin ve olası kastın tanımlarını yapmaktan kaçınmıştır. Yaptığı değerlendirmede, Cremona Mahkemesi’nin somut olaya ilişkin olarak vardığı sonuçlarla ilgilenmiştir. Mahkeme’ye göre, olayı değerlendirmek bakımından yapılması gereken “*somut uygulama*”dır (applicazione concreta). Failin psişisinin ne olduğun belirlenmesi için bakılması gereken failin karakter yapısı ve ruh halidir. Psişiğe yönelik bir değerlendirme, failin herhangi bir model ajanla (agente modello) karşılaştırılması suretiyle gerçekleştirilemez. Başka bir şekilde ifade edilmek gerekirse, failin psişisini anlamak üzere yapılacak faaliyet bir faraziye üzerinden yürütülemez. Mahkeme, birinci derece yargıçlarının, failin neticeyi kabul ettiğine yönelik değerlendirmesini katı bulmuştur. Psikolojik tutumun ne olduğunun belirlenmesine yönelik araştırmanın birtakım genellemelerden hareketle yapılması yanlıştır. Söz konusu değerlendirme oldukça dikkatli yapılmalıdır. İstinaf yargıçlarına göre insan davranışı oldukça karmaşık psikolojik dinamiklerle belirlenir. Örneğin bir insanda “*akıldışı bir*

³⁰ Brunelli, L’elemento soggettivo, ...

³¹ Sumerrer, s. 439.

³² Brescia İstinaf Mahkemesi’nin 26 Eylül 2000 tarihli kararı için bkz Cadoppi/ Canestrari, 113 vd.

iyimserlik” hali bulunabilir. Meselelere ilişkin genel bir şema çıkarmak doğru değildir.³³

Mahkeme’ye göre, her ne kadar fail birden çok ilişki süresince AIDS hastası olduğunu bilerek ve partnerini bu durumdan habersiz bırakarak, ona ölümcül hastalığı bulaştırmış olsa da, ölüm neticesine yönelik failde mevcut bir istekten ve hatta kabul edilmişlikten söz etmek olanaklı değildir. Bu bağlamda failin iradesinin olumsuz neticeyi kabul etmeye yönelik olduğu söylenemez. İstinaf mahkemesi sanığın taksirinden dolayı sorumlu tutulması ve cezanın da öngörülebilirlik dolayısıyla bilinçli taksir dolayısıyla artırılması gerektiğine karar vermiştir.³⁴

Yüksek mahkeme de söz konusu olayda sorumluluğun taksirli öldürmeden dolayı olduğuna hükmetmiştir. İtalyan Yargıtay’ı bilinçli taksir-olası kast ayırımına ilişkin, yeknesak bir pozisyon alınamaz demektedir. Bu ayırım bakımından her olaya uygulanabilecek ölçütler belirlemek olanaksızdır. Her somut olayda yargıç değerlendirmesini yeniden yapmalıdır.³⁵

Sonuç olarak fail, nişanlılık ve evlilik süresince yaklaşık on yıl süreyle hastalığından söz etmeksizin eşiyle sayısız defa ve herhangi bir korunma tedbiri almaksızın cinsel ilişkiye girmiştir. HIV virüsünün varlığı basit bir tıbbi analizle tespit edilebilecektir. Bu testi yapan tıbbi personelin, hastalığın bulaşıcı olduğunu ve bulaşma yollarının neler olduğunu hastaya söylememeleri söz konusu olamaz. Kaldı ki, ortalama bir kimsenin, günümüzde, AIDS hastalığından haberdar olmaması da düşünülemez. Elbette, failin, sosyo/kültürel yapısına bakılmalı, psişğine ilişkin somut değerlendirme yapılmalıdır. Ancak bu somut değerlendirme bir “*tedbirli farazi uygulayıcı*” (model ajan) üzerinden yapılabilir. Failde neticenin gerçekleşmeyeceğine dair söz konusu olabilecek aşırı iyimserlikten hareketle sorumluluğu taksir olarak belirlemek doğru değildir. Fail neticenin gerçekleşebileceği olasılığını öngörmesine rağmen, davranışını söz konusu riski kabul ederek gerçekleştirmiştir. O halde, fail sadece hastalığın bulaşması riskini değil, aynı zamanda daha ağır netice olan eşinin ölüm riskini de kabul etmiş-

³³ Summerrer, s. 440.

³⁴ Cadoppi/ Canestrari, s. 113-115.

³⁵ Cadoppi/ Canestrari, s. 126.

tir. Failin kastından söz edebilmek için, failin davranışına bağlı olarak neticenin kesin veya kesine yakın ihtimal dahilinde olması yeterlidir. HIV virüsünün karşı tarafa bulaşmayacağı yönünde beklentinin³⁶ hatta somut olayda “umudun” önemi yoktur.

Son olarak, HIV virüsünün bulaştırılmasına yönelik bazı varsayımlar ve failin ceza hukuku bağlamındaki sorumluluğu şu şekilde özetlenebilir :

Cezai sorumluluğun olmadığı varsayım,

- Kişinin HIV virüsü taşıdığını bilmediği, bildiğinin ispat edilemediği ve HIV virüsünü taşıyabileceğini öngöremediği³⁷ durumlarda cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Cezai sorumluluğun söz konusu olacağı varsayımlar,

- Kişinin HIV virüsü taşıdığını karşı taraf da bilmekte ve korunmasız cinsel ilişkiye rıza göstermekteyse, AIDS hastası partnerin ortaya çıkan neticeden sorumlu olması gerekir. Zira böyle bir durumda, cinsel ilişkiye rıza gösterenin tasarruf edebileceği bir haktan söz edilmez.³⁸

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve isteyerek cinsel ilişki veya başka bir yolla virüsü başkasına ihraç ediyorsa, doğrudan kastı söz konusu olacak ve meydana gelen neticeye göre neticesi sebebiyle ağırlaştırmış yaralamadan veya kasten öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.³⁹

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve gerekli önlemleri almadan ve karşı tarafı uyarmadan ve fakat hastalığı bulaştırmayı da istemeden

³⁶ Aynı yönde: Erdem, s. 80

³⁷ Örneğin HIV virüsünün bir cinsel ilişkiden değil de, dişçi muayenesi esnasında kapılması durumunda öngörülebilirlikten söz etmenin olanaklı olmadığını düşünüyoruz.

³⁸ Erdem, s. 90.; Summerer: s. 442.; Aksi görüşte olanlara göre AIDS hastası olmayan partnerin tarafın, rizikoyu göze alması nedeniyle ve bizzat tehlikeye neden olmasından ötürü, kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Rıza için elbette mağdurun tehlikenin gerçek boyutlarını algılayabilecek olgunlukta olması gerekir. AIDS hastalığının bulaştırılmasında, hukuka aykırılığı kaldıran neden olarak mağdurun rızası için bkz. Erdem, s. 82 vd.

³⁹ AIDS, hastası bir kimse, intikam almak, acı çektirmek veya insanlığa duyduğu derin nefretten veya sadece içinde bulunduğu umutsuzluktan bu yola başvurabilir. Bu durumda olanlar için Alman öğretisi, desperadomentalitat (mental umut kaybı) kavramını kullanır. Bkz. Cadoppi/ Canestrari, s. 135, dpn. 22.

çok sayıda cinsel ilişkiye giriyorsa, ölüm neticesinin ortaya çıkıp çıkmamasına bağlı olarak, olası kastlı öldürmeden veya olası kastlı nitelikli yaralamadan sorumlu olacaktır.

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve cinsel ilişki dışında başka bir yolla fakat istemeden, karşı tarafa hastalığı bulaştırıyorsa, dikkat yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden dolayı koşulların varlığı halinde (bilinçli) taksirle yaralama veya (bilinçli) taksirle öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve cinsel ilişkiye yeterli korunma tedbiri almaksızın girmek yoluyla hastalığı bulaştırıyorsa, özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden dolayı koşulların varlığı halinde (bilinçli)taksirle yaralama veya bilinçli(taksirle) öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.

- Ve nihayet, kişi HIV virüsünü taşıdığını bilmiyor ve fakat kişinin AIDS hastası olabileceği öngörülebilir bir durumsa,⁴⁰ ortaya çıkan neticeye göre, taksirle yaralama veya taksirle öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.

KAYNAKLAR

- Alberto Cadoppi/ Stefano Canestrari, *Casi e Materiali di Diritto Penale*, Volume I, Giuffrè, Milano 2002
- Cristiano Brunelli, "L'elemento Soggettivo Nei Delitti Contro La Persona Commessi Da Persona Malata Di HIV/ AIDS" [Http://Www.Diritto.It/Materiali/Penale/Brunelli3.Html](http://www.Diritto.It/Materiali/Penale/Brunelli3.Html) (Siteye erişim tarihi: 20.06.2008)
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık. 3. baskı, Ankara 2006.
- Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık. 11.baskı, İstanbul 2005.
- Federico Stella, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale Nel Diritto Penale*, A. Giuffrè, 2. baskı, Milano 2000.

⁴⁰ Para karşılığı birden çok partner ile cinsel ilişkiye girenin; çok sayıda kişinin uyuşturucu enjekte etmek için kullandığı şırıngayı kullananın, HIV virüsünün kendisine bulaşma riskinin çok yüksek olduğunu öngörüyor olması lazım gelir.

- Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale*, CEDAM, 4. baskı, Padova 2001.
- Francesco Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale*, Giuffrè. 14. baskı, Milano 1997.
- Hakan Karakehya, “Ceza Hukukunda Doğrudan Kast”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2007, s. 117-138.
- Hakan Karakehya, “Olası Kast”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 2, Aralık 2006, s. 19-46.
- Kolis Summerer, “AIDS e Diritto Penale”, *I Reati Contro La Persona*, UTET Giuridica, Torino 2006, s. 407-457.
- Luigi Viola , “Dolo Eventuale e Copla Cosciente, Con Particolare Riferimento Al Contagio Da Virus HIV İn Caso Di Rapparto Sessuale Non Protetto”, [Http://www.Overlex.Com/Leggiarticolo.Asp?İd=210](http://www.Overlex.Com/Leggiarticolo.Asp?İd=210)(Erişim Tarihi: 27.06.2008)
- Mustafa Ruhan Erdem, “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. VIII, S. 1-2, 2004 s.73-91.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi. Ankara 2005.