CEZA HUKUKUNDA HİPOTETİK RIZA

(Araştırma Makalesi)

DOI: https://doi.org/10.33717/deuhfd.1856349

Dr. Öğr. Üyesi Volkan MAVİŞ*

Öz

Alman özel hukukunda uzun yıllardır kabul gören hipotetik rıza kavramı, ciddi eleştirilere rağmen mahkemeler ve akademisyenler tarafından ceza hukuku alanına da taşınmıştır. Bu kavram hekimin, kişinin olası riskler hakkında önceden aydınlatılmış olması hâlinde dahi tıbbi müdahaleye rıza göstereceği yönündeki savunmasına dayanmaktadır. Bazı yazarlar hipotetik rıza kavramını tamamen reddederken, diğerleri bu kavramın ceza hukukunda tanınması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu görüşü benimseyenler arasında dahi hipotetik rızanın hukuki niteliği konusunda bir uzlaşı bulunmaz. Doktrinde, hipotetik rızanın dayandığı hukuki temelleri açıklamaya yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu çalışma, Türk ceza hukuku öğretisinde henüz kapsamlı biçimde ele alınmamış olan hipotetik rızanın kabul edilebilirliğini incelemeyi ve kabul edilmesi hâlinde hangi hukuki temellere dayanması gerektiğini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Hipotetik Rıza, Rıza, Hukuka Aykırılık, Hukuka Uygunluk Nedeni, Tıbbi Müdahale

HYPOTHETICAL CONSENT IN CRIMINAL LAW

(Research Article)

Abstract

Hypothetical consent, which has long been recognised as a legal concept in German private law, has been extended to the field of criminal law by courts

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir (volkan.mavis@ogu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-9182-3130 (Gönderim Tarihi: 05.01.2026-Kabul Tarihi: 06.03.2026) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

and legal scholars despite substantial criticism. The concept is based on the defence that the individual would have consented to the medical intervention even if they had been informed of the relevant risks in advance. While some authors reject hypothetical consent entirely, others argue that it should be recognised in criminal law. Nevertheless, even among its proponents, there is no consensus regarding the legal nature of hypothetical consent. The literature presents various approaches aimed at explaining the legal foundations upon which hypothetical consent may be based. This paper seeks to examine the acceptability of hypothetical consent, a concept that has not yet been thoroughly analysed in Turkish criminal law scholarship, and to identify the appropriate legal basis for it should it be accepted.

Keywords

Hypothetical Consent, Consent, Illegality, Justification, Medical Intervention

GİRİŞ

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinin temel şartlarından birisi ilgilinin rızasının bulunmasıdır. Hastanın kendi kaderini tayin hakkının bir sonucu olarak, mevzuatta yer alan istisnalar dışında, ilgilinin rızası olmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi ceza sorumluluğunu gerektirir. Bu çerçevede hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin en temel şartı, uygulanacak tedavi yöntemi ile bunun olası sonuçları hakkında aydınlatmaya dayanan bir rızanın varlığıdır. Hastanın vereceği rızanın geçerli olabilmesi, karar vermesine olanak sağlayacak gerekli bilgilerin kendisine sunulmasıyla mümkündür. Aydınlatılmış onam alınmadın gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale neticesinde kişi sağlığına kavuşsa dahi, ceza sorumluluğu varlığını sürdürür.

Bununla birlikte, özellikle tıbbi müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, hastanın aydınlatılmış olsaydı da müdahaleye rıza göstereceği savunmasına binaen "hipotetik rıza" kavramı gündeme getirilmiştir. Özel hukuk alanında doğan ve uzun yıllardır hekimlerin hukuki sorumluluğunu sınırlandıran bir kurum olarak kabul edilen hipotetik rıza, zamanla Alman ceza hukuku alanına da taşınmıştır. Ne var ki, bu aktarımın yargı kararlarında da görülmeye başlanması öğretide yoğun tartışmalara yol açmıştır. Hipotetik rızanın ceza hukuku bakımından kabul edilip edilemeyeceği, kabul edilmesi hâlinde ise hangi dogmatik temele dayandırılacağı hususu, halen çözümden uzak bir sorun alanı olarak varlığını sürdürmektedir.

Türk ceza hukuku öğretisinde hipotetik rıza kavramının henüz kapsamlı ve sistematik bir incelemeye konu edilmediği, mevcut değerlendirmelerin ise çoğunlukla Alman hukuku kaynaklı tartışmaların aktarımıyla sınırlı kaldığı görülmektedir. Bu çalışma, hipotetik rızanın kavramsal çerçevesini çizerek benzer kurumlardan farkını ortaya koymayı; özel hukuk ve ceza hukuku alanındaki gelişimini karşılaştırmalı hukuk perspektifinden incelemeyi ve nihayetinde ceza hukuku bakımından kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, öğretide ortaya atılan çeşitli görüşlerin ele alınması suretiyle, kurumun ceza hukuku sistematiği içindeki yeri tartışılacaktır.

I. KAVRAM

Özel hukuk alanından ceza hukukuna aktarılmak istenen hipotetik rızanın temelleri Alman hukukunda ilk kez Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin

1907 yılında verdiği bir kararda karşımıza çıkar[1]. Söz konusu uyuşmazlık, kanuni temsilcilerinin izni olmaksızın çocuğa uygulanan başarısız bir şaşılık operasyonuna ilişkindir. İmparatorluk Mahkemesi, somut olayda hekimin eylemi ve meydana gelen zarar arasında nedensellik bulunmadığı ve dolayısıyla sorumluluğun ortadan kalktığı sonucuna ulaşmıştır. Çocuğun kanuni temsilcilerinin, istisnai haller dışında oldukça güvenli kabul edilen bu operasyona rıza göstereceklerini kabul etmek gerekir. Mahkemeye göre; böylesi bir operasyona neden rıza göstermeyeceğini ispat yükümlülüğü davacı taraftadır. Belirtmek gerekir ki Mahkeme ne söz konusu vakada ne de devamında verdiği kararlarda "hipotetik rıza" kavramına yer vermiştir. Konuya ilişkin esas gelişmeler 1950'li yıllardan itibaren Federal Alman Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında karşımıza çıkar[2].

Türk ceza hukuku öğretisinde konunun çok fazla ele alındığını söylemek mümkün olmadığından, farklı kavramların kullanıldığı gözlemlenebilir. Öğretide yazarların çoğunluğu, Alman literatüründeki kabulden hareketle "hipotetik rıza" kavramını kullanmışlardır[3]. Buna karşılık, Almanca eserlerin tercümelerinde değişik ifadelerin tercih edildiği de göze çarpmaktadır. Örneğin; *Hilgendorf*'un ceza hukuku genel hükümler ders kitabında "ipotetik rıza" kalıbı tercih edilmiştir[4]. Yine *Heinric*h'in aynı derse ilişkin kitabının çevirisinde "şüpheli rıza" ifadesi yer almaktadır[5]. Son olarak, *Rosenau*'nun konuya yönelik bir makalesiyse Türkçeye "varsayılan rıza" başlığıyla tercüme edilmiştir[6]. Biz gerek diğer rıza türleriyle karıştırılmasını önlemek gerekse genel kabule sadık kalmak adına hipotetik rıza kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

---

1 Karar için bkz. **Hengstenberg**, Nike: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Springer-Verlag, Berlin 2013, s. 7.

2 BGH NJW 1956, 1108.

3 **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 306; **Kangal**, Zeynel T.: "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 4, 2011, s. 225; **Ekici Şahin**, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 247; **Ölmez**, Gökhan: "Hipotetik Rıza'nın Ceza Hukukunda Uygulanabilirliği", Biohukuk Sempozyumu Bildiri Özetleri Kitabı, Ed. Şeyma Kurt/ Burcu Çavuş Eryendi, Kırıkkale Üniversitesi, Kırıkkale 2025, s. 68.

4 **Hilgendorf**, Eric/**Valerius**, Brian (çev. Salih Oktar): Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 155.

5 **Heinrich**, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 317.

6 **Rosenau**, Henning (çev. Ahmet Hulusi Akkaş): "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 2, 2013, s. 633 vd.

II. HİPOTETİK RIZANIN BENZER KURUMLARDAN FARKI

İlginin rızası, geçmişten günümüze kadar bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul görmüştür. Buna paralel şekilde, TCK mad. 26/2 rızayı açıkça bir hukuka uygunluk nedeni olarak tanımlar; *"Kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez"*. Mağdurun hukuki yetkisine binaen rıza göstermesi, diğer kişilerin bu rızaya dayanarak gerçekleştirmiş oldukları davranışlarını hukuka uygun hale getirir. Diğer yandan, Alman öğretisindeki gelişmelerin etkisiyle, rızanın hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerde değişim ortaya çıkmıştır. Bizim de benimsediğimiz anlayışa göre; bir suç tipinde hareketin, ilgilisinin rızası bulunmaksızın ya da rızasına aykırı olarak yapılmasının aranması halinde rızanın tipikliği kaldıracağı kabul edilir[7]. Kanuni tanımında suçun rıza olmaksızın işlenmesinin arandığı hallerde (Örn. TCK mad. 99/1, 132/3), rıza yokluğu tipikliğin gerçekleşmesini engellemektedir. Belirtelim ki, ortaya konulan bu ikili ayrımdan kaynaklanan yeni bir görüş, ilgilinin rızasının tipiklik üzerinde etkili olduğunu savunur[8]. *Roxin*'e göre; kişiliğin serbestçe geliştirilmesine yönelik bireysel hukuki değerlere yönelik hareket, hak sahibinin rızasına binaen gerçekleştiriliyorsa, bir hukuki değer ihlalinden de bahsedilemez[9]. Türk öğretisine bakıldığında, rızanın sadece bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki geleneksel görüşün aksine[10], hukuka aykırılığı kaldıran ve tipikliği kal-

---

7 **Rengier**, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Baskı, C. H. Beck, München 2018, § 23 kn. 3; **Jescheck**, Hans-Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 4. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin 1996, s. 373; **Heinrich**, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019, kn. 442; **Hilgendorf/Valerius**, s. 146.

8 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Ekici Şahin**, s. 78 vd.

9 **Roxin**, Claus/**Greco**, Luis: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Baskı, C. H. Beck, München 2020, § 13 kn. 12.

10 **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 366; **Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 175; **Hafızoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015, s. 227; **Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Karadeniz**, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 587; **Yalçın**, Türkan/**Köprülü**, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 225; **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 423; **Ünver**, Yener: "Türk Tıp Hukukunda Rıza", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı 2, 2006, s. 228.

dıran rıza ayrımını kabul eden yaklaşımın ağırlık kazanmaya başladığı görülür[11].

İlgilinin rızasının yanında, örf ve âdet hukukundan kaynaklanan bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni[12] olan varsayılan (mefruz)[13] rızaya değinmek gerekir[14]. Zorunluluk haliyle, ilgilinin rızası arasında kaldığı ifade edilen varsayılan rıza, kendine has bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır[15]. Bu bağlamda, ilgilinin rızası için yapılan tipikliği ortadan kaldıran rıza ve

---

11 **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 257; **Artuk**, M. Emin/**Gökcen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 562; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025, s. 529; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 370; **Öztürk**/**Erdem**, s. 300; **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 335; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025, s. 294; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 336; **Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 622; **Karakehya**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 140; **Özen**, Mustafa: Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 423; **Göktürk**, Neslihan: "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 443; **Kangal**, s. 224; **Dülger**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 578; **Ekici Şahin**, s. 89; **Demirel**, Muhammed: "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 78, Sayı 3, 2020, s. 1475. Söz konusu ayrımın final hareket teorisini kabul etmenin sonucu olduğu yönünde bkz. **Ünver**, Rıza, s. 227.

12 **Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Baskı, C. F. Müller, München 2012, kn. 380; **Kühl**, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Baskı, Franz Vahlen, München 2017, § 9 kn. 46; **Hakeri**, Hakan: Tıp Ceza Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 40.

13 **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 72; **İçel**, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 357; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025, s. 367.

14 *Özgenç*, varsayıma dayalı hüküm tesis edilemeyeceğini vurgular. **Özgenç**, s. 393. *Koca* ve *Üzülmez*'e göre, varsayılan rızanın özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan uydurma bir kavramdır. Varsayılan rıza olarak kabul edilen hallerde, görevin ifası ya da hakkın kullanılmasının varlığı kabul edilebileceği gibi mazeret sebebi de değerlendirilebilir. **Koca**/**Üzülmez**, s. 300. Aksi yöndeki açıklamalar için bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 351.

15 **Ekici Şahin**, s. 223.

hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza ayrımının, varsayılan rıza için geçerli olmadığı ve rızanın bu şeklinin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden sayılması gerektiği ifade edilmektedir[16]. Esas itibariyle ilgilinin rızasıyla büyük benzerlikler göstermekle birlikte varsayılan rızayı farklı kılan husus, rızanın açıkça ortaya konulmamasıdır[17]. Hukuki değer sahibinin rıza gösterebilecek durumda olmamasına karşın, ilgilisine sorulsaydı fiile rıza göstereceğinin kabul edilebileceği durumlarda varsayılan rıza mevcuttur[18]. İlgilisinin rıza göstereceğinin varsayılabilir olup olmadığını belirlerken onun bireysel yararlarını, isteklerini, ihtiyaç ve değer yargılarını dikkate almak gerekir[19]. *Ex-ante* bakış açısıyla yapılan değerlendirmede, failin rızaya yönelik varsayımının yanlış olduğu anlaşılsa dahi, fiil hukuka uygun kabul edilecektir[20].

Esasen hekimin özel hukuk sorumluluğu için geliştirilen hipotetik rıza hem ilgilinin rızasından hem de varsayılan rızadan farklıdır. Hipotetik rıza, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gereğince yerine getirmediği ve dolayısıyla geçerli bir rızanın mevcut olmadığı ancak hastanın yeterli şekilde aydınlatılmış olsaydı tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceğinin anlaşıldığı hallerde söz konusudur[21]. Eş söylemle, hastanın aydınlatılmadan yapılan tıbbi müdahaleye, uygun şekilde bilgilendirme yapılmış olsaydı dahi rıza göstereceğinin kabul edilebileceği durumlarda hipotetik rıza bulunur[22]. Görüldüğü üzere, ilgilinin rızasından farklı olarak, ya eksik aydınlatma nedeniyle geçersiz bir rıza vardır[23] ya da verilmiş bir rızadan bahsetmek mümkün değildir.

---

16 **Rengier**, § 23 kn. 47; **Kangal**, s. 225.

17 **Mitsch**, Wolfgang: "Die mutmaßliche Einwilligung", Zeitschrift für das Juristische Studium, Heft 1, 2012, s. 38; **Öztürk/Erdem**, s. 305.

18 **Kuhlen**, Lothar: "Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen", JuristenZeitung, Heft 6, 2004, s. 227; **Karakehya**, s. 143.

19 **Kühl**, § 9 kn. 47; **Hakeri**, Hakan: Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 203.

20 **Wessels/Beulke**, kn. 382; **Frister**, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Baskı, C. H. Beck, München 2015, § 15 kn. 32.

21 **Rosenau**, s. 633; **Rengier**, § 23 kn. 62; **Swoboda**, Sabine: "Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Heft 1, 2013, s. 18; **Greiner**, Hans-Peter: "BGB § 839 Haftung bei Amtspflichtverletzung", Medizinrecht, Ed. Andreas Spickhoff, C. H. Beck, München 2022, kn. 387.

22 **Öztürk/Erdem**, s. 306.

23 **Hilgendorf/Valerius**, s. 155.

Varsayılan rızada olduğu gibi, hipotetik rıza halinde de ortaya konulmuş bir rıza bulunmaz. Öte yandan, hipotetik rıza halinde, varsayılan rızadan farklı şekilde, ilgilisinden aydınlatarak geçerli bir rıza alınmasının mümkün olması ancak bunun yerine getirilmemesi söz konusudur[24]. Kişiden rıza alınması imkânı bulunuyorsa varsayılan rızadan bahsetmek mümkün değildir. Bunun yanında, ilgilisinin iradesi sakatlandığı için verilen rızanın geçersiz olduğu hallerde de hipotetik rıza ortaya çıkabilir[25]. İkinci önemli farklılık, hukuki menfaat sahibinin rızasının tespit ediliş şekli bakımından karşımıza çıkar. Tekrar vurgulamak gerekirse, varsayılan rızada, menfaat sahibinin rıza gösterip göstermeyeceğinin tespiti failin eylemi gerçekleştirdiği zamanın koşullarına *(ex-ante)* göre yapılır. Hipotetik rızanın değerlendirmesi ise eylemden sonraki koşullar çerçevesinde gerçekleştirilir *(ex-post)*[26].

III. ÖZEL HUKUKTA HİPOTETİK RIZA

Hipotetik rıza, uzun yıllardır Alman özel hukukunda kabul görmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden hekimin hipotetik rızaya dayanarak sorumluluktan kurtulması içtihatlarla yerleşik hale gelmiş bir çözüm şeklidir[27]. Alman Federal Yüksek Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 1984 yılında vermiş olduğu karar emsal kabul edilmektedir[28]. İkinci evre Hodgkin Lenfoma hastası olan 34 yaşındaki davacıya, radyoterapi tedavisi uygulanmıştır. Tedaviden 14 gün sonra davacı yutkunma ve solunum zorluğu yaşamaya başlamış, nihayetinde hastanın belden aşağısı kısmi felç olmuştur. Ortaya çıkabilecek sonuçlar bakımından aydınlatılmayan davacı, maddi tazminat talebinde bulunmuştur. Somut olayda Mahkeme, hipotetik rızanın kabul edilebilir olduğu kanaatine ulaşmıştır. Son derece ağır bir hastalıkla mücadele eden davacıya, kabul gören, başarı ihtimali yüksek ve görece düşük riskler barındıran bir tedavi uygulanmıştır. Davacının felce uğramasına yol açan tedavinin uygulanmaması, yalnızca davacının ortalama yaşam süre-

---

24 **Rönnau**, Thomas: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar - Dritter Band, 13. Baskı, De Gruyter, Berlin 2019, Vor §§ 32 ff kn. 230b; **Kuhlen**, Lothar: Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Ed. Bernd Schünemann, de Gruyter, Berlin 2001, s. 333; **Kangal**, s. 226.

25 **Schmidt**, Marcel: Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB), Nomos, Baden-Baden 2018, s. 73.

26 **Kuhlen**, Lothar: "Hypothetische Einwilligung und 'Erfolgsrechtfertigung'", JuristenZeitung, Heft 14, 2005, s. 715.

27 **Rosenau**, s. 634; **Mitsch**, s. 43; **Çelebi**, Özgün: Medeni Hukuk Açısından Hekim ve Hasta İlişkisinde Müdahale Aydınlatması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 358.

28 BGH NJW 1984, 1397.

sinin kısalmasına yol açmayacak, ayrıca omurilik hasarının radyoterapinin yol açtığından daha ağır şekilde ortaya çıkması ihtimalini yaratacaktır. Dolayısıyla doğabilecek yan etkilere rağmen tedaviye rıza gösterilmesi makul görünmektedir. Böylesi vakalarda hastanın, aydınlatma gereği gibi yapılmış olsaydı tedaviye rıza göstermeyeceğini, en azından karar almakta tereddüde düşeceğini ortaya koyması gerekmektedir[29].

Uygulamada aydınlatmanın eksik ya da hiç yapılmamış olması halinde tedavi eden taraf için getirilen savunma imkânı mevzuata da dahil edilmiştir. Özel hukukta içtihatlarla kabul edilen hipotetik rıza, 2013 yılında yapılan düzenlemeyle Alman Medeni Kanunu'na eklenmiştir. Kanun'un 630h. maddesinin 2. fıkrasına göre; tedavi eden, 630e maddesindeki gereklere uygun şekilde yapılan aydınlatmaya binaen hastanın rızasını almış olmalıdır. Görüldüğü üzere tedavi eden, kanuna uygun şekilde yapılmış bir aydınlatmaya istinaden rıza alındığını ispat yükümlülüğü altına sokulmuştur. Kanun'un 630e maddesine uygun bir rıza bulunmadığı haller için hekime kurtuluş kanıtı sunma imkânı sağlanmıştır. Şayet hasta belirlenen kriterlere uygun şekilde aydınlatılmamışsa, hekim, hastanın uygun şekilde aydınlatılsaydı dahi müdahaleye rıza göstereceği savunmasında bulunarak sorumluluktan kurtulabilir. Tedavi eden tarafın bu savunmasını değerlendirirken mahkeme, hastanın aynı hekime ve aynı tedaviye rıza gösterip göstermeyeceğini belirlemelidir[30]. Dolayısıyla hastanın, üçüncü bir hekimin tedavisine rıza göstermesi olasılığı değerlendirmeye alınmaz.

Alman hukukuna benzer şekilde, İsviçre hukukunda da hipotetik rıza uzun zamandır kabul görmektedir. Hekimin aydınlatma ödevini gereğince yerine getirmesi gerektiği kabul edilir. Aksi halde hekim, hastanın tedaviden kaynaklı olarak uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte daha 1980'li yıllarda İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, Almanya'da olduğu şekilde, hekime hastanın hipotetik rızasına dayanarak sorumluluktan kurtulma imkânı verilebileceğini vurgulamıştır[31]. Bir diğer ifadeyle, Yüksek Mahkeme, daha eski kararlarında da hekimin aydınlatma yükümlülüğünün gereğince yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluğunun sınırlandırılması gerektiğini kabul eder. Nitekim Mahkeme, 1990

---

29 BGH NJW 1984, 1397 (1399).

30 **Koyuncu Aktaş**, Nihan: "Aydınlatma Yükümlülüğünün Gereği Gibi Yerine Getirilmemiş Olduğu Hallerde Hekimin, Hastanın Farazi Rızasının Mevcut Olduğu İddiasına Yönelik Genel Bir Değerlendirme", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 17, 2021, s. 322.

31 **Çelebi**, dn. 1505.

yılında verdiği kararla ilk kez, hekimin hastanın tıbbi müdahaleye verdiği hipotetik rızasına dayanarak sorumluluktan kurtulabileceğini kabul etmiştir[32].

Hekimin sorumluluktan kurtulmak için hipotetik rızaya dayanması halinde, hasta da gerektiği şekilde aydınlatma yapılmış olsaydı rıza göstermeyeceği iddiasında bulunabilir. Rıza gösterilmeyeceğine ilişkin iddiayı değerlendirirken somut olaydaki hastanın kişisel durumu ve yaşam tarzı göz önünde bulundurulmalıdır[33]. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermeyeceğine yönelik kişisel sebep ortaya koyamaması halindeyse makul hasta modelinden hareketle değerlendirmede bulunulur[34]. Mahkeme makul bir hastanın, tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğini incelemeye alacaktır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada hasta, kendisine uygulanan burun ameliyatına gerekli aydınlatma yapılmış olsaydı neden rıza göstermeyeceğine ilişkin öznel gerekçeler ortaya koymamıştır. Mahkeme, objektif perspektifle yaptığı değerlendirmede, makul bir hastanın ilk ameliyatın devamında yüksek risk içeren üç ameliyata daha rıza göstermeyeceğini belirlemiştir[35]. Neticede, hekimin hipotetik rızaya dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün görülmemiştir. Bir başka kararda, hekimin ameliyatın barındırdığı %1 risk konusunda hastayı aydınlattığını ispat edemediğini tespit etmiş ancak, bu kadar düşük risk barındıran ve ilaç tedavisinden başka alternatifi olmayan bu ameliyata hastanın rıza göstereceğine ve dolayısıyla hekimin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir[36].

Hipotetik rıza kavramına istinaden hekimin sorumluluktan kurtulmasının, Türk hukuk uygulamasında kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir[37]. Öyle ki, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarında Yargıtay'ın ekseriyetle hekimler aleyhine değerlendirmede bulunduğu iddia edilmiştir[38]. Bunun yanında Yargıtay'ın davacının, olası riskleri bilmesi halinde dahi operasyona rıza gösterip göstermeyeceğinin tespit edilmesi gerektiğini vurguladığını belirtmek gerekir[39].

---

32 **Hirschi**, Susanne: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Schulthess, Zürich 2024, s. 68.

33 **Hirschi**, s. 159.

34 **Koyuncu Aktaş**, s. 318.

35 Bger 4C.9/2005 vom 24. März 2005.

36 BGE 133 III 121

37 **Çelebi**, s. 361.

38 **Koyuncu Aktaş**, s. 332.

39 *"Davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyo-*

IV. HİPOTETİK RIZANIN CEZA HUKUKUNA AKTARILMASI

Almanya'daki uygulamaya bakıldığında, hipotetik rıza kavramını ceza hukukuna aktarılması girişimlerinin 1960'lı yıllara kadar uzandığı anlaşılır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 1960 ve 1963[40] yıllarında verdiği iki kararında ilerleyen dönemde hipotetik rıza olarak anılacak kuruma ilişkin ilk değerlendirmelerini ortaya koymuştur. Öğretide *"İkinci miyom kararı"* olarak anılan içtihat, 46 yaşındaki hastanın rızası olmaksızın rahminin bir kısmının operasyon esnasında alınmasına ilişkindir. Hekim tarafından yapılan muayenede, hastanın rahminde iki yumruk büyüklüğünde bir tümör bulunduğu tespit edilir ve hasta ameliyata alınır. Ameliyat sırasında, rahmin çok sayıda miyomla zarar gördüğü, rahmin sağ kısmında elma büyüklüğünde bir miyomun bulunduğu anlaşılır. Neticede hekim, miyomları temizlemek için rahmin büyük bir kısmını alır. Ameliyatın akabinde hastanın bu kadar geniş çaplı bir cerrahi müdahaleye rızasının bulunmadığı anlaşılır. Eyalet Mahkemesi, hastayı gerektiği şekilde aydınlatmadığı gerekçesiyle hekim hakkında taksirle yaralamaktan hüküm kurar. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre; taksirli sorumluluğuna gidilebilmesi için hekimin, gerektiği şekilde aydınlatılmış bir hastanın böylesi bir ameliyata rıza göstermeyeceğini öngörebilmesi gerekir. Halbuki somut vakada hekim, hastanın rahmin bir bölümünün alınmasına rıza göstereceğini varsayabilir ve dolayısıyla hekimin taksirli sorumluluğu bulunmaz[41]. Bir başka söylemle, hastanın operasyona rıza göstermeyeceğinin hekim bakımından öngörülebilir olması durumunda taksirle yaralamaktan sorumluluk doğacaktır.

---

nun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılamamaktadır." Yarg. 13. HD., T. 14.05.2019, E. 2016/18083, K. 2019/6121, (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.01.2026).

40 İşbu karar, testis bölgesindeki ağrı nedeniyle hekime başvuran hastaya yapılan ameliyata ilişkindir. Hekim, ön muayenenin sonunda iyi ya da kötü huylu bir tümörün bulunma ihtimalin olduğunu, kesin bir hükme ancak skrotumun açılmasıyla varılabileceğini söyler. Ön teşhise istinaden, sadece sol testisin alınmasının söz konusu olabileceği, tıbbi tecrübe ve istatiksel ihtimallerin daha büyük bir müdahalenin gerekmediğini gösterdiği hastaya belirtilir. Hastanın iki testisin birden alınıp alınmayacağını sormasına binaen, böyle bir durumun söz konusu olmadığı, ameliyat sırasındaki mikroskobik incelemeye göre sonraki adımın atılacağı, gerekenden fazlasının yapılmayacağı belirtilir. Hekim, hastanın sessiz kalmasını, mikroskobik incelemenin işaret ettiği müdahalelere onay verdiği yönünde değerlendirir. Operasyon sırasında, ölümcül sonuçlar doğurabilecek tüberkülozun durdurulabilmesi için iki testisin de alınmasının gerektiği anlaşılır ve işlem uygulanır. Neticede hasta, sıhhatine kavuşmasına karşılık uygulanan operasyona bilseydi rıza göstermeyeceğini belirtir. Federal Yüksek Mahkeme, yukarıda izah edilen *"ikinci miyom kararı"*na atıfta bulunarak aynı sonuca ulaşmıştır. BGH JZ 1964, 231.

41 BGHSt 15, 200.

Federal Mahkeme'nin bu kararında hipotetik rızanın izlerini görmek mümkün olmakla birlikte, önemli bir farklılığın bulunduğunun da altını çizmek gerekir. Hipotetik rızanın mevcudiyetini değerlendirirken ilgili hastanın koşullarının göz önünde bulundurulması gerekir. Halbuki işbu kararda Mahkeme, operasyonu gerçekleştiren hekimin perspektifinden taksirli sorumluluğun varlığını incelemeye almıştır[42]. Bu sebeple, miyom kararının, hipotetik rızayı ceza hukuku alanına aktarma girişiminin ilk örneği olmadığı haklı olarak savunulmuştur[43].

1963 tarihli karardan sonra, Alman Federal Yüksek Mahkemesi uzun bir dönem boyunca, ceza hukukunda hipotetik rızaya ilişkin herhangi bir karar vermemiştir. Mahkeme'nin 1990 yılında verdiği *"çarpık bacak kararı"*[44] ile hipotetik rıza, Alman ceza hukuku uygulamasında ilk kez kabul edilir[45]. Bacaklarının parantez şeklinde eğri olmasından yakınan hasta, daha önce iki hekime muayene olmuş, kendisine operasyon olmaması yönünde tavsiyede bulunulmuştur; zira, cerrahi müdahalenin taşıdığı riskler elde edilecek faydadan daha ağır basmaktadır. Sanık hekim, diğer meslektaşlarının aksine, hastanın oldukça istekli olmasına binaen operasyon seçeneğinin değerlendirilebileceği yönünde görüş bildirmiş, cerrahi riskler ve komplikasyonlara ilişkin genel açıklamalarda bulunmuştur. Özellikle de kemiklerde meydana gelebilecek enfeksiyon ve kaynamama konularında hasta aydınlatılmamıştır. Nihayetinde hasta, her iki bacağına da operasyon uygulanmasına rıza gösterir. Öyle ki ameliyatı gerçekleştirmeye gönüllü bir hekim bulduğu için son derece mutludur, hekimin önerdiği ve gerekli gördüğü her şeye rıza gösterecek bir ruh halindedir. Operasyondan önce asistan doktor tarafından gerekli bilgilendirmeler yapılır ancak o da uygulanacak cerrahi metoda ilişkin bilgi sahibi değildir ve yalnızca genel nitelikte bilgilendirmede bulunur. Tüm bu eksikliklere karşılık hasta, operasyona yazılı olarak muvafakat vermiştir. Ameliyattan sonra sol bacağında komplikasyonlar gelişen hasta ancak cihaz yardımıyla kısa mesafeler yürüyebildiği gibi kemikler de halen kaynamamıştır.

Hamburg Eyalet Mahkemesi, sanık hekimin taksirle yaralamaktan sorumlu tutulamayacağını tespit ederek beraat kararı verir. Federal Yüksek

---

42 **Schmidt**, s. 108.

43 **Hengstenberg**, s. 86.

44 BGH 5 StR 342/90.

45 **Böse**, Martin: "Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Heft 8, 2016, s. 495; **Schmidt**, s. 110.

Mahkeme 5. Dairesi, Eyalet Mahkemesi'nin vurguladığı üzere, hekimin operasyonun yol açabileceği komplikasyonlara ilişkin aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirmediğini tespit etmiştir. Sanık hekimin, asistanının gerekli bilgilendirmede bulunduğuna inandığı için kastının bulunduğundan bahsedilemez. Diğer yandan, ortopedik ameliyatlara ilişkin bilgisi olmayan söz konusu asistan, sanık hekimin bölümünde sadece altı aydır görev yapmaktadır. Dolayısıyla Daire, sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını kabul eder. Tüm bu hususlara karşın hastanın, olası tüm komplikasyonlar bakımından aydınlatılmış olsa dahi operasyona rıza göstereceği sonucuna ulaşılmıştır. Daha önce de bahsedildiği üzere hasta, nihayet operasyonu gerçekleştirecek bir hekim bulduğu için çok mutlu olduğu gibi, sanığı zamanının en iyi hekimi olarak nitelemiştir. Sonuç olarak, hekimin özene aykırı davranarak aydınlatma yükümlülüğünü ihlali, meydana gelen netice bakımından nedensel görülmemiştir; hasta operasyona her halükârda rıza göstereceğine ilişkin koşulsuz güvenini ortaya koymuştur.

Federal Mahkeme, 1995 yılında verdiği kararla özel hukukta kendisine yer edinmiş "hipotetik rıza" kavramını ilk kez açıkça kullanmıştır[46]. Sanık hekim, hastanın boyun bölgesindeki hasarlı diski operasyonla çıkartarak yerine implant yerleştirir. Bu işlemde genellikle hastanın kendi kemiği ya da plastikten yapılan parça kullanılmaktadır. Hastaya yapılan operasyonda, uluslararası alanda sıklıkla kullanılan ancak henüz Alman Federal Sağlık Bürosu'nca onaylanmamış ve dana kemiğinden imal edilen *Boplant* kemik tercih edilmiştir. Sanık hekim söz konusu implantı hastane eczanesinden temin ettiği için gerekli onayın mevcut olmadığını bilmemektedir. Buna ek olarak, *Boplant* kemik kullanılması diğer metotlardan daha fazla bir risk ya da ağrıya yol açmaz. Federal Yüksek Mahkeme, somut olayda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını; zira, anılan materyalin onay almadığını bilmemesine rağmen gerekli araştırmayı yapabileceğini tespit etmiştir. Diğer yandan, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ancak hastanın gereği gibi aydınlatılmış olsaydı rıza göstermeyeceğinin anlaşılması halinde hekimin sorumlu tutulmasını gerektirir. Mahkeme'ye göre; *in dubio pro reo* ilkesi gereğince aksi anlaşılmadığı sürece hastanın onay vereceğini kabul etmek gerekir. Görüldüğü üzere Daire, ceza yargılamalarında, özel hukuktakinin aksine hekimin hipotetik rızayı ispat etmek yükümlülüğü olmadığı sonucuna ulaşmıştır[47].

---

46 BGH NStZ 1996, 34.

47 **Hengstenberg**, s. 102.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, ilerleyen yıllarda verdiği kararlarda aydınlatma yükümlülüğünün kasten yerine getirilmemesi halinde hipotetik rızanın kabul edilebilirliğini tartışmıştır. 2003 yılında Mahkeme önüne gelen olayda hekim, hasta kadının omuriliğindeki iki diskte kayma tespit eder[48]. Bunlardan daha ağır şekilde kaymış olanın temizlenmesi gerekmektedir ancak, operasyon sırasında diskleri karıştıran hekim daha az kaymış olan diske müdahale eder. Ameliyattan sonra hastanın ağrılarının devam etmesi üzerine hata yapıldığı anlaşılır ve ikinci bir müdahalenin gerekli olduğu hastaya ifade edilir. Hekim ikinci operasyona gerekçe olarak, kendinden kaynaklanan hatadan bahsetmeksizin, yeni bir disk kaymasının mevcut olduğunu söyler ve hastayı aldatarak elde edilen rızaya binaen yapılan ameliyatla hata düzeltilir. Federal Mahkeme, Eyalet Mahkemesi'nin tespit ettiği şekilde, hastayı aldatarak elde edilen rızanın geçerli olmadığını kabul etmiştir. Somut olayda hastanın rızasını almaya imkân bulunduğu için varsayılan rızanın varlığından da bahsetmek mümkün değildir. Öte yandan, Federal Mahkeme'ye göre; hasta, gerçek sebebi bilse dahi gereklilik nedeniyle ikinci ameliyata rıza gösterecektir. 1996 tarihli kararına atıfta bulunan Mahkeme, hastanın verdiği kararla yetersiz aydınlatma arasında illi bağlantının varlığının ispat edilemediğini ve dolayısıyla şüpheden sanık hekimin yararlanması gerektiğini vurgulamıştır[49]. Anlaşıldığı üzere, Yüksek Mahkeme, aydınlatma yükümlülüğünün kasten yerine getirilmemesine değinmeksizin, hipotetik rızaya ilişkin tartışmada bulunmuştur.

"Liposuction" (yağ aldırma) kararında Federal Mahkeme, hipotetik rızanın varlığını tartışmış ancak hekimin ceza sorumluluğunun bulunduğu sonucuna ulaşmıştır[50]. Sanık hekim, hastanın geçerli rızasına uygun şekilde ilk operasyonu gerçekleştirir. Hekimin tavsiyesine binaen, daha fazla yağ alabilmek için ilk operasyondan kalan yaraları temizleyerek ikinci bir operasyon yapılır. İlk işlemden önce hasta aydınlatılmış ancak ikinci seferde aydınlatmada bulunulmadığı gibi herhangi bir onam formu da imzalanmamıştır. Hastanın işleme başlandıktan sonra ağrı hissettiğini söylemesi üzerine, daha fazla anestezi ve ağrı kesici verilmiş, hasta derin bir uykuya girmiş-

---

48 BGH NStZ-RR 2004, 16. Hekimin kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerektiği yönünde bkz. **Weber**, Ulrich: "Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtsmäßigkeitsalternativen", Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Ed. Hans-Ullrich Paeffgen, Dunckel & Humblot, Berlin 2011, s. 1063; **Hakeri**, Tıp ve Sağlık Hukuku, s. 430, 431.

49 BGH NStZ-RR 2004, 17.

50 BGH NStZ-RR 2007, 340. Kararın geniş Türkçe özeti için bkz. **Ünver**, Yener: "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları", Sağlık Hukuku Digestası, Sayı 1, 2009, s. 141 vd.

tir. Yine hastaya takılan oksijen maskesinde buğulanma başlamıştır. Görülen bu komplikasyonların hipoventilasyona (solunum yavaşlaması) işaret etmesine karşılık, hekim işleme devam etmiştir. Aradan 20 dakika geçtikten sonra hasta monitörü uyarı vermeye başlamış, yapılan müdahalelere karşılık hasta hayatını kaybetmiştir. Federal Mahkeme, hastanın gerektiği şekilde aydınlatılmış olsaydı operasyona rıza göstereceğinin anlaşılması halinde hukuka aykırılığın ortadan kalkacağını kabul eder. Buna karşılık, yalnızca tıbbi standartlara uygun şekilde gerçekleştirilen müdahalelere gösterilen rıza geçerli kabul edilebilir[51]. Halbuki somut olayda, ilk operasyonun aksine, ikinci operasyon gerekli standartlar dahilinde gerçekleştirilmemiştir.

Federal Mahkeme daha yakın tarihli kararında rıza gösterilen operasyonun kapsamının genişletilmesi halinde hipotetik rızanın kabul edilebilirliğini tartışmıştır. Sanık hekim, 85 yaşındaki hastanın aydınlatılmış onamına binaen kolonoskopi işlemi uygulamış, herhangi bir bulguya rastlanmamıştır[52]. Bunun üzerine hekim ayrıca gastroskopi işlemi yapmaya da karar vermiştir. Hasta anestezi altında olduğu için rızasının alınması mümkün değildir, ancak hekim yine de işlemi gerçekleştirmeye başlar. Hasta yutkunma refleksinde bulunamadığından kameranın uygun şekilde ağızdan sokulması mümkün olmaz. Buna rağmen, hekim birkaç kez daha işlemi denemeye devam eder. Neticede yemek borusunun delinmesine bağlı olarak hasta hayatını kaybeder. Federal Mahkeme, hasta gerektiği şekilde aydınlatılmış olsaydı yine de işleme rıza gösterirdi sonucuna ulaşıldığı hallerde hukuka aykırılığın ortadan kalkacağını vurgulamıştır. Hastanın rızasına ilişkin şüphe bulunması halinde, sanık hekimin bu şüpheden faydalanması gerekir[53].

Hipotetik rızaya temkinli yaklaşan İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, 2016 yılında verdiği kararla kavramı ilk kez bir ceza davasında uygulamış-

---

51 Federal Mahkeme benzer vakalarda işbu kararına atıfta bulunmuştur. Uyuşturucu yoksunluğu tedavisi için hekime giden hasta, daha önce uygulanan işlemlerde herhangi bir komplikasyon görülüp görülmediğini öğrenmek ister. Hekim, daha önceki bir operasyonda hastanın neredeyse hayatını kaybetmek üzere olduğunu açıklamaz. Hastaya verilen bilgilendirme formlarında da işlemin yol açabileceği komplikasyonlara ilişkin detay yoktur. Nitekim hastanın verdiği rızaya istinaden işlem uygulanır. Saatler sürecek operasyon boyunca hastanın devamlı izlenmesi gerekmesine karşılık, hekim yeterli personel bulundurmaz ve işlemi yalnız başına gerçekleştirir. Anestezi altındaki hastanın kusmuğunun solunum yollarını tıkamasıyla oksijen yetmezliği başlar. Hekim, yaptığı müdahalelere rağmen hastayı kurtaramaz. Bu kararda da Federal Mahkeme, hipotetik rızaya dayanılabilmesi için *lege artis* yürütülen bir müdahale olması gerektiği sonucuna ulaşır. BGH 1 StR 238/07.

52 BGH NStZ 2012, 205.

53 BGH NStZ 2012, 206.

tır[54]. Hasta kadının kontrolleri, 20 yıldan fazla süredir sanık hekim tarafından gerçekleştirilmektedir. Rahimde bulunan miyoma bağlı olarak ağrı ve çeşitli komplikasyonlardan şikayetçi olan hastaya, rahmin tamamının alınması *(histerektomi)* yönünde tavsiyede bulunulur. Hekim neden böyle bir operasyonun gerektiğini ve olası sonuçları genel hatlarıyla açıklar ancak ameliyatın yol açabileceği kanama gibi risklerden bahsetmez. Ayrıca hekim, hastadan yazılı olarak rıza almadığı gibi alternatif tedavi yöntemlerine de değinmez. Neticede operasyon, asistan doktor tarafından klinik şefi ve sanık hekimin danışmanlığında uygulama dersi şeklinde gerçekleştirilir. Operasyonun akabinde, idrar kesesi ve idrar yolunda görülen kanamalar için ek müdahalelerde bulunulması gerekmiş, hasta toplamda üç kez ameliyat olmuştur. Söz konusu girişimlere karşılık, hastanın durumunda düzelme olmadığı gibi psikolojik problemler de ortaya çıkmıştır.

Federal Mahkeme, yerel mahkemenin teşhisine paralel olarak, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekte özensiz davrandığını, ancak hekimle arasındaki uzun yıllara dayanan güven ilişkisine istinaden hastanın aydınlatılmış olsaydı operasyona rıza göstereceğini vurgular. Buna karşılık, yerel mahkemeden farklı şekilde, hastanın işlemin bizzat sanık hekim tarafından yapılmayacağını bilseydi rıza göstermeyeceği kabul edilmiştir; zira yapılan ön görüşmede hekim ameliyatı kendisinin gerçekleştireceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, mağdur hastanın başka bir hekime izin vermeyeceği açıkça anlaşıldığından hipotetik rızanın varlığından bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

V. HİPOTETİK RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Hipotetik rıza kimi ülkelerdeki ceza hukuku uygulamasında kabul görmeye başlasa da kavramın bu alandaki geçerliliği ve hukuki niteliği bakımından öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Öncelikle kimi yazarların hipotetik rızanın ceza hukukunda tamamen reddedilmesi gerektiğini savundukları görülür[55]. Öte yandan, hipotetik rızayı kabul eden yazarların bir kısmı kavramı tipiklik diğer kısmıysa hukuka aykırılık kapsamında ele almaktadırlar.

---

54 Bger 6B_788/2015, 6B_902/2015 vom 13. Mai 2016. Kararın Almanca özeti için bkz. **Hirschi**, s. 202.

55 **Frister**, § 15 kn. 35; **Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil, kn. 478c; **Hardtung**, Bernhard: Münchener Kommentar zum StGB – Band 4, 5. Baskı, C. H. Beck, München 2025, § 223 kn. 124; **Mosenheuer**, Andreas (çev. Hakan Hakeri): "Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza", V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 77.

B. Hipotetik Rızayı Tipiklik Bağlamında Ele Alan Görüşler

1. Nedensellik Bağı Yaklaşımı

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı içtihatlarına uyumlu şekilde, hipotetik rızayı nedensellik bağı kapsamında değerlendiren yazarlar vardır[56]. Bu görüş, hipotetik rıza konseptini, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirmemesinin nedenselliği çerçevesinde ele alır. Bilindiği üzere nedensellik bağının belirlenmesinde, Alman öğretisinde baskın olarak şart teorisine başvurulmaktadır. Buna göre, bir netice birden fazla şartın birleşmesinden meydana geliyorsa, söz konusu şartlar neticenin oluşumu bakımından nedenseldir. Bir başka ifadeyle hareket, oluşan netice bakımından olmazsa olmaz *(conditio sine qua non)* nitelik taşımalıdır[57]. Bu bağlamda, nedenselliğin belirlenmesi varsayımsal bir eleme sürecini gerekli kılar ve dolayısıyla failin hareketi olmasaydı neticenin yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorusunun cevabı incelenir[58].

Şart teorisi kabul edildiğinde, hipotetik rıza bağlamında tartışılan olaylarda, hekimin rızaya dayanmayan tıbbi müdahalesi ve meydana gelen bedensel zarar arasında nedensellik ilişkisi bulunduğunu kabul etmek gerekir[59]. Hastanın gerektiği şekilde aydınlatılması halinde rıza gösterecek olması, nedensellik bağlantısını ortadan kaldırmaz. Gerçekten de varsayımsal alternatif bir sebebin aynı neticeyi meydana getirecek olması nedensellik zinciri bakımından önem taşımaz[60]. Buna karşılık öğretideki bir görüşe göre; usulüne uygun bilgilendirmenin yapılması halinde dahi hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstereceği anlaşılıyorsa nedensellik bulunmaz; zira bu durumda aydınlatmanın yapılmamasının illi değeri yoktur[61]. Sonuçta, nedensellik bağlantısı bulunmadığı için tipikliğin gerçekleşmediğini söylemek gerekir.

Belirtmek gerekir ki, nedensellik bağının varlığını araştırırken referans noktasının neresi olması gerektiği içtihatlarda ve öğretide farklı şekillerde ele alınmaktadır[62]. Nedensellik bağının varlığını değerlendirirken aydınlatma

---

56 **Ulsenheimer**, Klaus: "Verletzung der arztlichen Aufklarungspflicht", NStZ, Heft 3, 1996, s. 133.

57 **Jescheck/Weigend**, s. 279.

58 **Kühl**, § 4 kn. 9.

59 **Albrecht**, Andreas: Die "hypothetische Einwilligung" im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2010, s. 181.

60 **Otto**, Harro/**Albrecht**, Andreas: "Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff", Jura, Heft 4, 2010, s. 268; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 260.

61 **Ulsenheimer**, s. 133.

62 **Hengstenberg**, s. 160; **Schmidt**, s. 142.

yükümlülüğünün eksik yapılmasının, hastanın rızasına[63] olan nedensel etkisine bakılması gerektiğini belirtenler olduğu gibi, tıbbi müdahale[64] ya da tipik yaralama fiiliyle olan illi etkiyi gözetmek gerektiğini belirtenler de vardır. Esasen öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, hangi yaklaşımın kabul edildiğinin pratikte bir değeri bulunmaz[65]. Daha önce değindiğimiz omurilik diskine ilişkin kararında Federal Mahkeme, aydınlatmanın yapılmaması ile yaralama fiili arasındaki nedensellik ilişkisini odak noktasına koymuştur[66]. Karara göre; eksik aydınlatma, hastanın ameliyat olmak yönündeki seçimi bakımından nedensel değildir[67].

Nedensellik başlığında değinmek istediğimiz bir diğer görüş, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesini ihmalin nedenselliği kapsamında ele almaktadır. *Rosenau*'ya göre; hekime isnat edilen husus aydınlatmanın eksik ya da hiç yapılmamış olmasıdır ve dolayısıyla ihmali bir hareket mevcuttur[68]. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, hekimin ihmali davranışı meydana gelen netice bakımından nedensellik bağı taşımalıdır. Esasen ihmali suçlarda, icrai suçlarda olduğu gibi doğal anlamda tespit edilebilen bir nedensellik söz konusu değildir. İşte bu nedenle icrai suçlarda faydalanılan *conditio sine qua non* formülü, ihmali suçlar söz konusu olduğunda çözüm sunmaz[69]. Mevcut sorunun üstesinden gelmek için oluşturulan *"farazi nedensellik" (Quasi-Hypothetische Kausalitat)* anlayışına göre; ihmalde bulunulmayıp icrai bir hareket gerçekleştirilseydi netice meydana gelmeyecekti denilebilen durumlarda nedensellik bağlantısı bulunmaktadır[70]. Bu çözüm yolu izlenecek olursa, hekim aydınlatma yükümlülüğünü ihmal etmeseydi hasta tıbbi müdahaleye yine de rıza gösterirdi sonucuna ulaşıldığında nedensellik bağı bulunmaz.

2. Objektif İsnadiyet Yaklaşımı

Failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için nedensellik bağlantısının bulunması tek başına yeterli değildir; söz konusu neticenin

---

63 **Ulsenheimer**, s. 133.

64 **Bauer**, Wolfgang: Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, Dr. Kovac, Hamburg 2008, s. 175.

65 **Liu**, Chuan-Ching: Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, Utzverlag, München 2019, s. 110.

66 BGH NStZ-RR 2004, 16. Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. BGH 5 StR 342/90.

67 **Mosenheuer**, s. 71.

68 **Rosenau**, s. 643.

69 **Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Baskı, Springer, Heidelberg 2015, § 11 kn. 161.

70 **Kühl**, § 18 kn. 36.

objektif olarak isnat edilebilmesi de gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, failin hareketi ve netice arasında nedensellik bağlantısı bulunmalı, ayrıca netice kendi eseri olarak faile yüklenebilmelidir. Buna karşılık, genel olarak kabul edilen görüşe göre; yükümlülüğe aykırı davranılması nedeniyle sebep olunan, öte yandan yükümlülüğe uygun davranılmış olsaydı dahi meydana gelecek neticenin faile objektif olarak isnat edilmesi mümkün değildir[71]. Esasen hukuka uygun alternatif davranış yerine getirilmiş olsaydı dahi netice gerçekleşecektir, ancak bu durum yükümlülüğe aykırılık bağı bulunmadığından failin sorumlu tutulmasını engeller. Yükümlülüğe aykırılık ilişkisinin bulunmaması daha ziyade taksirle işlenen suçlar bakımından önem taşımakla birlikte[72], ihmali suçlar bakımından da rol oynar[73]. Kasten işlenen icrai suçlar bakımından uygulama kabiliyeti bulunmaz[74].

Alman öğretisinde, hipotetik rızayı yükümlülüğe aykırılık bağlantısı çerçevesinde ele alan yazarlar bulunmaktadır. Nitekim hipotetik rıza kapsamında değerlendirilen olaylarda neticenin faile isnat edilemeyeceği savunulmuştur[75]. Esasen bu yaklaşıma göre de hipotetik rıza, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz[76]. *Roxin*, kendi geliştirdiği *riskin artırılması teorisinden*[77] hareketle neticenin hekime yüklenemeyeceği sonucuna ulaşır. Özen yükümlülüğüne uygun alternatif davranış gerçekleştirildiğinde neticenin önlenmesi imkân ve ihtimal dahilindeyse isnadiyet mümkündür. Buna karşılık, neticenin alternatif davranışın gerçekleştirilmesi durumunda da kesin olarak ortaya çıkacağı ispat edilirse, isnadiyet ortadan kalkar. Örneğin *Roxin*'e göre; gerçekleştirdiği operasyonla bir katarakt hastasını sağlığına kavuşturan hekimin, sırf aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle yaralamadan sorumlu tutulması makul değildir. Yazara göre; operasyonun içerdiği riskler düşük olduğu gibi, göz sağlığına kavuşmak isteyen hastanın operasyona onay vermekten başka

---

71 **Wessels/Beulke**, kn. 297; **Rengier**, § 52 kn. 26; **Öztürk/Erdem**, s. 243; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 269; **Dülger**, s. 412. Aksi yönde bkz. **Özgenç**, s. 411. Nedensellik bağının bulunmadığı yönünde bkz. **Hafızoğulları/Özen**, s. 185.

72 **Öztürk/Erdem**, s. 242; **Özbek**, Veli Özer: "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 5, 2007, s. 63.

73 **Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil, kn. 251.

74 **Akbulut**, s. 425.

75 **Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2006, § 13 kn. 120 vd.

76 **Hengstenberg**, s. 184.

77 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Keçelioğlu**, Elvan: Taksirli Suçun Dogmatiği, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 157 vd.

alternatifi de yoktur; neticede aydınlatmanın yapılmamasının herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Öte yandan, belirtmek gerekir ki yazar ilerleyen dönemde bu görüşünü terk etmiştir[78].

C. Hipotetik Rızayı Hukuka Aykırılık Bağlamında Ele Alan Görüşler

1. Hipotetik Rızayı Hukuka Uygunluk Nedeni Kabul Eden Yaklaşım

Öğretide ileri sürülen görüşlerden bir diğeri hipotetik rızanın bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündedir[79]. Esasen öğretideki bu kabul, Federal Mahkeme'nin çeşitli kararlarında ulaştığı sonuçla da paralellik taşır. Daha önce atıfta bulunduğumuz omurilik diskine ilişkin davada[80] Mahkeme, hipotetik rızanın varlığını kabul ederek hukuka aykırılığın ortadan kalktığını tespit etmiştir. İlerleyen yıllarda verdiği kararlarda da Yüksek Mahkeme'nin aynı yaklaşımı ortaya koyduğu görülür. Öyle ki, yine bahsi geçen yağ aldırma kararında, Mahkeme'nin artık nedensellik araştırmasını yapmadığı görülebilir. Bu bağlamda, uygulamada hipotetik rızanın bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni sayıldığını söylemek mümkündür[81].

Bu noktada hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları çerçevesinde yapılan değerlendirmelere de değinmek gerekir. Kişisel haksızlık teorisinin etkisiyle Türk öğretisinde kısmen kabul edilen ve bizim de katıldığımız anlayışa göre; hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmek için objektif koşulların bulunması yeterli değildir, fail bu nedenlerin varlığını bilerek hareket etmelidir[82]. Bu bağlamda, hipotetik rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılması durumunda, sübjektif unsurların varlığının da aranması gerekecektir. Söz konusu ayrımı kabul etmeyen *Böcker*, hipotetik rızanın objektif olarak varlığını yeterli görmekte ve hekimin eyleminin hukuka uygun sayılması

---

78 **Roxin/Greco**, § 13 kn. 124.

79 **Jahn**, Matthias: "Anmerkung zu BGH 4 StR 549/06, Urteil vom 5. Juli 2007", Juristische Schulung, Heft 12, 2007, s. 1146; **Böcker**, Philipp: "Die 'hypothetische Einwilligung' im Zivil- und Strafrecht", JuristenZeitung, Heft 19, 2005, s. 929.

80 BGH NStZ-RR 2004, 16.

81 **Albrecht**, s. 254.

82 **Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil, kn. 325; **Rengier**, § 17 kn. 11; **Özgenç**, s. 314; **Öztürk/Erdem**, s. 268; **Koca/Üzülmez**, s. 273; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 304; Türk öğretisinde aksi yöndeki görüş ağırlıktadır. Bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 21; **Önder**, s. 224; **İçel**, s. 285; **Hafızoğulları/Özen**, s. 212; **Demirbaş**, s. 309; **Toroslu/Toroslu**, s. 150; **Yalçın/Köprülü**, s. 218; **Ekici Şahin**, s. 276.

gerektiğini ifade etmektedir[83]. Yazar, neticenin olumsuz değerliliği gerçekleşmediği için müdahaleyi hukuka aykırı görmez.

Hipotetik rızayı bir hukuka uygunluk nedeni sayan *Beulke*'ye göre; hekim, hukuka uygunluk nedeninin bilincinde olmalı ve buna göre hareket etmelidir[84]. Hekim, hastanın kendi kaderini tayin etme hakkını korumak iradesiyle tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmelidir. Şayet hekim, aydınlatma yükümlülüğünü kasten yerine getirmemekteyse, neticenin ifade ettiği haksızlık ortadan kalkmakla birlikte hareketin ifade ettiği haksızlık mevcudiyetini korur. Dolayısıyla failin teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılması gerekmektedir[85]. O halde, hipotetik rıza ancak hekimin hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını korumak amacı söz konusu olduğunda eylemi hukuka uygun hale getirir.

2. Objektif İsnadiyet Öğretisinin Hukuka Aykırılık Sahasına Taşınması

Doktrinde özellikle *Kuhlen* tarafından savunulan yaklaşım objektif isnadiyet öğretisinin ilkelerini hukuka aykırılık alanına aktarmayı esas alır[86]. Hipotetik rızanın bulunduğu hallerde, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali tipik netice üzerinde etki yaratmadığından isnadiyet de mümkün değildir. Buna göre; hasta gerektiği şekilde aydınlatılmış olsaydı yine de söz konusu müdahaleye rıza gösterecekti denilebilen hallerde neticenin haksızlığından bahsedilemez. Esasen bu görüşe göre hipotetik rıza bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz[87]. Hekimin, imkânı bulunmasına rağmen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, hasta her halükârda rıza gösterecek olsa dahi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz[88].

Kuhlen, objektif isnadiyet öğretisinin ağırlıklı şekilde tipikliğin maddi unsurları kapsamında ele alındığını vurgular. Halbuki yazara göre; objektif isnadiyet hukuka aykırılık alanında da önemli bir fonksiyonu haizdir. Tipe uygun fiilin bir hukuka uygunluk nedenine dayanmaması, failin hukuka aykırı hareket ettiğinin söylenebilmesi bakımından yeterli değildir. Bu duruma ek olarak, aydınlatmanın gereğince ya da hiç yerine getirilmemesiyle tipik

---

83 **Böcker**, s. 929.

84 **Beulke**, Werner: "Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – eine Zwischenbilanz", Medstra, 2015, s. 74.

85 **Beulke**, s. 75.

86 **Kuhlen**, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, s. 334; **Kuhlen**, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung, s. 227; **Rosenau**, s. 640.

87 **Swoboda**, s. 27.

88 **Kuhlen**, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung, s. 227.

netice arasında yükümlülüğe aykırılık bağlantısının bulunması aranmalıdır[89]. Söz konusu bağlantının yokluğu neticenin ifade ettiği haksızlığın ortadan kalkmasına sebep olur. Öte yandan, fiilin içerdiği haksızlık varlığını koruduğu ve mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edildiği için failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir[90].

VI. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

Konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunmadan önce, Türk ceza hukuku uygulaması ve öğretisindeki yaklaşımları göstermekte yarar görüyoruz. Yargıtay, doğrudan hipotetik rızaya ilişkin olmamakla birlikte, hastanın alternatif cerrahi yöntemlere ilişkin bilgilendirilmemesini tartışmıştır. Yüksek Mahkeme, hekimin daha az girişimsel yöntemlere ilişkin bilgilendirmede bulunmaması nedeniyle hastanın verdiği rızanın geçerli olmadığını tespit etmiştir[91]. Konuya temel hatlarıyla değinen bazı yazarlarsa, hipotetik rızanın

---

89 **Kuhlen**, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, s. 338.

90 **Kuhlen**, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, s. 340; **Kuhlen**, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung, s. 230.

91 *"Katılanın bel ağrısı şikayetiyle Ö... Hastanesinde Beyin Cerrahı olan sanığa başvurduğu, intervertebral disk dejenerasyonu, nöral kanalın osseöz stenozu, lomber ve diğer intervertebral disk bozuklukları, radikülopati tanıları ile 27.12.2008 tarihinde posterior segmental enstrumantasyon 2 ile 6 vertebra segmenti. lomber diskektomi tek seviye bilateral operasyonu yapıldığı, operasyondan sonra hastanın şikayetlerinin geçmediği, tedavisi amacıyla uzun süre adı geçen hastaneye devam ettiği, bundan sonra katılanın müracaat ettiği çeşitli hastanelerdeki konusunda uzman hekimlerin sanığın gerçekleştirdiği ameliyatın yapılmasına gerek olmadığını söylemeleri üzerine katılanın şikayetçi olduğu olay sebebiyle alınıp, hükme esas kılınan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 18.2.2013 tarihli raporunda "... hastanın ameliyat öncesi lomber mr değerlendirilmesinde L3-4 ve L4-5 mesafelerinde görülen disk patolojilerinin ameliyat öncesi hastada bahsedilen klinik tabloyu açıklamadığı, çok belirgin spinal kanal darlığı olmadığı ve listezis bulgusu görülmediği dikkate alındığında cerrahi yaklaşımın seçiminde daha az invaziv (girişimsel) olan bir yolun tercih edilebileceği, ancak cerrahi yaklaşım konusunda hastayı tedavi eden hekimin hastayı bilgilendirmek kaydıyla tercih hakkının olduğu dikkate alındığında söz konusu olayda adı geçen sağlık personeline yöneltilecek herhangi bir kusur ve ihmal tespit edilmediği...", bildirildiğinden, sanık hakkında beraat kararı verilmiş ise de: soruşturma aşamasında alınan 4.11.2011 tarihli ve basit medial faset dekompresyonu yeterli iken gerçekleştirilen total laminektomi+ileri derecede fasetlerin çıkarılması+transpediküler vidalama ameliyatının gereksiz ve sanığın kusurlu olduğunu bildiren bilirkişi heyet raporunda, hastanın komplikasyon riski daha düşük daha az invazif alternatif cerrahi tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirildiğine/aydınlatıldığına dair herhangi bir tıbbi kayda rastlanmadığını, katılan tarafından imzalanan 27.12.2008 tarihli onam belgesi içeriğinde de bu yönde herhangi bir bilgi bulunmadığını mütalaa etmesi, katılan ve tanık M. A.'un, sanığın ameliyat olunmadığı halde felç olma durumundan bahsettiğine dair ifadeleri ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında*

Alman öğretisinde ne şekilde ele alındığını aktarırlar[92]. Hipotetik rızayı doğrudan inceleme altına alan *Ekici*, kurumun bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını savunur[93]. Yazara göre; hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin icrası sırasında var olması gerekmesine rağmen hipotetik rızada böyle bir durum yoktur. Yine mağdurun rıza gösterip göstermeyeceğine ilişkin varsayımlarla hareket edilmesi de eleştirilmiştir. Benzer eleştirilerde bulunan *Ölmez* de kurumu paternalizmin ceza hukuku alanındaki bir kalıntısı olarak değerlendirir[94].

Doktrinde *Kangal* da hipotetik rızanın bir hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağını savunmuştur. Yazar, hukuka aykırılık aşamasından önce bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunur. Bu bağlamda, hipotetik rızanın objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir[95].

Öncelikle konuyu tipiklik bağlamında ele alan görüşlere değinmek gerekirse, nedensellik bağının ortadan kalktığına ilişkin görüş kabul edilemez. Gerçekten de hipotetik rızaya ilişkin tartışılması gereken husus nedensellik sorunu değildir. Fiil ve netice arasındaki illiyet bağlantısı doğal bir olgu olduğundan ötürü, hukuki değerlendirmelerin esas alınması mümkün değildir[96]. Dolayısıyla nedensellik ilişkisinin doğa bilimleri çerçevesinde yorumlanması gerekir. Neticenin meydana gelmesi bakımından onsuz olmayan tüm sebepler ceza hukuku bakımından nedensel kabul edilir. Mühim olan husus, somut vakada böylesi bir nedensellik ilişkisinin bulunması olduğundan varsayıma dayalı olarak nedensellik bağının kesildiğini söylemek mümkün değildir. Varsayıma dayalı alternatif sebeplerin mevcut nedensellik zinciri bakımından etkisi bulunmaz[97]. O halde, hekim aydınlatma yükümlülüğünü

---

sanığın, katılanı gerçekleştireceği ameliyatın risk ve sonuçları konusunda yeterli şekilde bilgilendirmediği, dolayısıyla sanığın aldığını savunduğu rızanın geçerli olmadığı, zira rızanın ancak tıbba uygun teşhis ve tedavi uygulanması şartıyla eylemi hukuka uygun hale getireceği, somut olayda ise sanığın teşhis ve uyguladığı tedavinin tıbba uygun olmadığının 4.11.2011 tarihli bilirkişi heyet raporuyla Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 18.2.2013 tarihli raporunda açıkça ortaya konulduğu anlaşıldığından sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi," Yarg. 12. CD, T. 20.01.2015, E. 2014/7841, K. 2015/710, (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.01.2026)

92 **Öztürk**/**Erdem**, s. 306; **Dülger**, s. 585.

93 **Ekici Şahin**, s. 254.

94 **Ölmez**, s. 69.

95 **Kangal**, s. 226.

96 **Artuk**/**Gökcen**/**Alşahin**/**Çakır**, s. 367; **Akbulut**, s. 401.

97 **Otto**/**Albrecht**, s. 268.

gerektiği şekilde yerine getirmiş olsa dahi hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterecek olması nedensellik bağını kesmez.

Nedensellik bağı çerçevesinde değerlendirilmesi gereken argümanlardan bir diğeri tipikliğin bulunmamasını farazi nedensellik fikrine dayandırır. Hipotetik rıza olarak kabul edilen olaylarda, hekimin hareketi ihmali nitelikte kabul edilemeyeceğinden, farazi nedensellik kurumuna başvurmanın mümkün olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir[98]. Alman öğretisinde hâkim olan[99] ve Türk öğretisinde de kabul edilen[100] "ağırlık noktası" görüşü, icrai ve ihmali hareket arasındaki ayrımını normatif bir düzlemde ele alır. Hukuksal bir problem olan icra-ihmal ayrımı, faile isnat edilen hukuki ihlalin neye yöneldiğine göre yapılır. Tıbbi müdahale gerçekleştirilmedikçe, aydınlatma yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirilmemesinin hukuki bir sonucu bulunmamaktadır. Hekimin ceza sorumluluğu, hastada meydana gelen yaralama neticesinin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesine dayanmaktadır[101]. Neticede, hekime yönelen ithamın ağırlık noktasını aydınlatma yükümlülüğünün ihlali değil, hekimin rıza olmaksızın hastanın beden bütünlüğüne yönelik gerçekleştirdiği ve sosyal bakımdan zarar yaratan icrai davranışıdır.

Hipotetik rızanın, hukuka uygun alternatif hareket kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş de eleştiriye uğramıştır[102]. Fail yükümlülüğe uygun hareket etmiş olsaydı dahi netice ortaya çıkacaktı sonucuna ulaşılabilen hallerde isnadiyet mümkün olmaz. Halbuki, hipotetik rıza kapsamında ele alınan olaylarda hekim aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirmiş olsa meydana gelecek netice aynı değildir. Gerçekten de hekimin usulüne uygun şekilde hastayı aydınlattığı senaryoda, hastanın verdiği rıza geçerli olacağından, gerçekleştirilen tıbbi müdahale de hukuka uygun olur. Yükümlülüğe uygun hareket edildiği varsayımda hukuka aykırı netice hiç ortaya çıkmayacaktır. Neticede hukuka uygun alternatif hareketler aynı sonuca yol açmayacağından isnadiyetin ortadan kalktığı da söylenemez.

Hipotetik rızayı bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yaklaşım pek çok bakımdan eksiklikler barındırmaktadır. Her şeyden önce rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, rıza beyanının hareketten önce ya da hareketin gerçekleştiği esnada verilmesi

---

98 **Otto**/**Albrecht**, s. 268; **Albrecht**, s. 179 vd.

99 **Kühl**, § 18 kn. 14; **Frister**, § 22 kn. 11; **Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil, kn. 883.

100 **Öztürk**/**Erdem**, s. 458; **Koca**/**Üzülmez**, s. 396.

101 **Hirschi**, s. 180.

102 **Hardtung**, MüKoStGB, § 223 kn. 123.

gerekir[103]. İkinci olarak, hipotetik rıza kapsamında gerçekleştirilen fiil hukuka uygun kabul edilirse, böylesi bir harekete karşı hukuka uygunluk nedeninden faydalanmak mümkün olmadığından, meşru savunmada bulunulamaz[104]. Örneğin; aydınlatma yükümlülüğüne uymaksızın tıbbi müdahalede bulunan hekime, hastanın yakınları müdahale edemeyeceklerdir[105]. Üçüncü olarak, hukuka uygunluk nedeni bulunduğunun kabul edilmesi iştirak bakımından da önem taşır. Tipik olmasına karşılık hukuka uygun olduğu için suç teşkil etmeyen bir eylemin işlenişine katılanlar şerik olarak sorumlu tutulmazlar[106]. Dolayısıyla hekimin rıza olmaksızın gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye katkıda bulunanlar da cezalandırılmayacaktır. Son olarak, hipotetik rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılması, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin içinin boşalması tehlikesine yol açabilir. Hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü eksiksiz şekilde yerine getirme yükümlülüklerini ihlal etmelerine imkân sunulmuş olur. Tıp biliminin gereklerine uygun olduğu sürece, hekimin hastanın rızası olmaksızın gerçekleştirdiği müdahalelerin hukuka uygun kabul edilecektir.

Hipotetik rıza olarak kabul edilen hallerde failin, hukuka uygunluk nedeninin bilinciyle hareket ettiğini söylemek de mümkün görünmemektedir[107]. Sübjektif unsurun mevcudiyeti kabul edilirse hekimin, hastanın gerektiği şekilde aydınlatılmış olsaydı yine de tıbbi müdahaleye rıza göstereceğini bilmesi aranmalıdır. Bu kabulün bir sonucu olarak, hekimin hastanın gerektiği şekilde aydınlatılmadığını da bilmesi gerekmektedir. Halbuki hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak hastayı gerektiği şekilde aydınlatmadığından, hastanın olası bir rızasına ilişkin bilgi de mevcut değildir. Neticede, hipotetik rızanın varlığına yönelik bir iradeyle hareket edildiği de söylenemez. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü kasten yerine getirmediği hallerde aksi yönde bir sonuca ulaşılır. Gerçekten de ancak hekimin aydınlatma yükümlülüğünü kasten yerine getirmediği hallerde, hastanın rızasının bulunmadığını bilmesi ve dolayısıyla hastanın aydınlatılmış olsaydı rıza göstereceğini varsayarak hareket etmesi mümkündür. O halde, sübjektif unsurun varlığı ancak hekimin kasıtlı hareket ettiği hallerde kabul edilebilecektir[108], ki bu durum bir çelişki yaratmaktadır.

---

103 **Önder**, s. 259; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 337; **Yalçın/Köprülü**, s. 226.

104 **Öztürk/Erdem**, s. 265; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 305; **Özen**, s. 380.

105 **Weber**, s. 1063.

106 **Koca/Üzülmez**, s. 492.

107 **Böcker**, s. 927.

108 **Liu**, s. 135. Hekimin kasten ya da taksirle hareket etmesi arasında bir farklılık bulunmadığı yönünde bkz. **Hengstenberg**, s. 204.

Son olarak, *Kuhlen*'in öncülük ettiği objektif isnadiyet öğretisini hukuka aykırılık alanına taşıma girişimini değerlendirmek gerekir. Her şeyden önce, hukuka uygun alternatif davranışlar özelinde yapılan açıklamalar burada da geçerliliğini korur[109]. Hekimin ilgilinin geçerli rızasına binaen icra ettiği tıbbi müdahale hukuka uygun olacağından, yükümlülüğe uygun hareketin aynı neticeye sebebiyet vermeyeceği açıkça görülür. Hipotetik rızanın bulunduğu hallerde, hekimin geçerli bir rıza alarak hareket etme imkânı her zaman mevcuttur[110].

Kuhlen isnadiyet bakımından yaptığı açıklamalar üzerinden de haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten de hangi hallerde yükümlülük ihlalinin neticenin haksızlığını ortadan kaldırdığının tespiti güçlük arz eder. Nitekim yazar da bu güçlüğü kabul etmekte ve objektif bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır[111]. Öte yandan, neticenin isnat edilip edilmemesine ilişkin savunulan kriter öğretide muğlak ve yetersiz görülmüştür[112].

Tüm argümanları özetlemek gerekirse hipotetik rıza, tipiklik bağlamında değerlendirilebilecek bir husus değildir. Hastanın gerektiği şekilde aydınlatılmış olsaydı dahi tıbbi müdahaleye rıza gösterecek olmasının ne nedensellik bağı ne de objektif isnadiyetle ilgisi vardır. Böylesi hallerde doğal anlamda nedenselliğin kesildiğinden bahsetmek mümkün olmadığı gibi, failin hareketinin tipik neticede gerçekleşmediği söylenemez. Alman öğretisinde farklı yazarların da vurguladığı üzere hipotetik rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin de mümkün olmadığını düşünüyoruz. Tıbbi operasyonun gerçekleştirildiği sırada, imkân bulunmasına karşılık hukuka uygun şekilde elde edilmiş bir rıza mevcut değildir[113]. Hipotetik rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunun savunulması, rıza bulunmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin, rızaya istinaden gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerle eş tutulması sonucunu yaratır. Hipotetik rızanın bilhassa özel hukuk alanında kabul görmesi de bu durumu değiştirmez.

Neticede hipotetik rızanın ceza hukuku sahasına aktarılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için ilgilinin geçerli rızasına binaen, tıp biliminin verilerine uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekir[114]. Hipotetik rıza olarak değerlendirilen

---

109 **Hirschi**, s. 183.

110 **Rönnau**, LK, Vor §§ 32 ff kn. 231d.

111 **Kuhlen**, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, s. 340.

112 **Böcker**, s. 930.

113 **Ekici Şahin**, s. 254.

114 *"Ancak; hasta tıbbi müdahale konusunda aydınlatılmış ve tıbbi müdahaleye rıza vermiş olsa dahi, aydınlatma ve rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön şartı*

olaylarda bu nitelikte bir rıza bulunmadığından hekimin ceza sorumluluğu ortaya çıkar. Müdahale neticesinde kişi sağlığına kavuşmuş olsa dahi bu durum değişmez[115]. Bu yaklaşımın, hekimlerin acil durumlarda gereken müdahaleleri yapmaktan kaçınmalarına neden olabileceği fikri ileri sürülebilir. Öte yandan, özellikle kişinin bilincinin kapalı olduğu vakalarda, hak sahibinin rıza açıklamasında bulunması mümkün olmadığından, geçerli bir rızanın bulunduğu varsayılacak ve hekim tıbbi müdahaleyi herhangi bir çekince duymadan yerine getirebilecektir. Halbuki hipotetik rıza kapsamına giren olaylarda aciliyet bulunmadığından, hak sahibinden geçerli bir rıza açıklamasının alınması mümkündür.

Hipotetik rızaya yönelik getirdiğimiz tüm eleştirilere karşın, hastanın tıbbi müdahaleye her halükârda rıza göstereceğinin anlaşılmasının somut cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilecek bir faktör olduğunu düşünüyoruz. Bilindiği üzere TCK mad. 61/1, temel cezanın belirlenmesinde hâkimin göz önünde bulundurması gereken kriterleri düzenler[116]. Bu bağlamda *"failin güttüğü amaç ve saik"* hekimin temel cezasını belirlerken alt sınıra yaklaşılması bakımından gözetilebilir. Öyle ki, söz konusu kriterle birlikte, TCK mad. 62 çerçevesinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanması da mümkündür; zira hâkimin temel cezayı alt sınırdan tayin ettiği hallerde dahi takdiri indirim uygulanabilir[117].

Peşinen belirtmek gerekir ki yine aynı fıkra içerisinde yer verilen *"failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı"* kriteri temel cezanın artırılmasına dahi yol açabilecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gerçekleştirirken belirli bilgileri özellikle sakladığı ya da çarpıttığı hallerde, Alman uygulamasında olduğu gibi hipotetik rızadan bahisle ceza sorumluluğunun bulunmadığını savunmak bir yana, temel cezayı belirlerken üst sınıra yakla-

---

olup, hekim müdahalesi tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış ise, başka bir anlatımla tıbbi müdahale kusurlu bir şekilde yapılmış ise hekim doğan sonuçtan sorumlu olacaktır. Rıza ve aydınlatma, tıp biliminin gereklerine uygun kusursuz bir tıbbi müdahale için verilmiş olup, kusurlu müdahale hallerinde, ön koşullar gerçekleşmiş olsa dahi hekim yine de doğan zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. Hekime yüklenebilecek bir kusur olmamasına rağmen tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlanmışsa, bu durumda da komplikasyon söz konusu olacağından, bu durumda da hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir." Yarg. 12. CD, T. 4.09.2014, E. 2013/24873, K. 2014/18592, (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.01.2026).

115 **Özgenç**, s. 385.

116 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Yerdelen**, Erdal: Cezanın Belirlenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 239 vd.

117 **Koca**/**Üzülmez**, s. 751.

şılması gerekir[118]. Hastanın verdiği rızanın hekimin hilesine dayandığı bu gibi durumlarda kasta dayalı kusur ağırlık taşır; zira, suçun işlenmesi bakımından kararlılık ve istek gösterildiğine şüphe yoktur.

Hipotetik rıza bağlamında *"failin güttüğü amaç ve saik"*, son derece istisnai hallerde, temel cezayı belirlerken hekimin lehine olabilecek bir kriterdir. İlk olarak Yargıtay, bahsi geçen kriterin uygulanmasını taksirli suçlar bakımından kabul etmemektedir[119]. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü kasten yerine getirmediği hallerde, amaç ve saik temel cezanın alt sınırdan tespit edilmesine gerekçe olabilir. Örneğin; teşhis amacıyla gerçekleştirilen operasyon sırasında, hekim hastanın böbreğinin alınması gerektiği kanaatine varır. Halihazırda böbreğin alınması aciliyet taşımamakla birlikte, yakın gelecekte böyle bir operasyonun yapılması kaçınılmazdır. Hastayı ileride tekrardan narkoza maruz bırakmamak için böbreği almaya karar veren hekimin temel cezasının alt sınırdan tayin edilmesi isabetli olacaktır. Ayrıca cezanın bireyselleştirilmesi bakımından, hâkimin belirli bir durumu takdiri indirim nedeni olarak dikkate alması da mümkündür. Nitekim, öğretide insancıl amaçlarla ötanazi gerçekleştiren hekimin takdiri indirim nedenlerinden faydalanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır[120].

SONUÇ

Alman özel hukukunda yasal düzenleme altına alınan ve ceza hukuku sahasına da taşınmak istenen hipotetik rıza, uzun yıllardır ciddi tartışmalara konu olmaktadır. Kimi yazarlar hipotetik rızayı tamamen reddetseler de bu konsepti farklı hukuki argümanlarla temellendiren de bulunmaktadır. Hipo-

---

118 Yargıtay da benzer yönde karar vermiştir:
"Suç tarihinde Bursa Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın 29/06/2010 tarihinde katılanı "DKC zemininde koksartroz" teşhisi ile ameliyat ettiği ve ameliyat komplikasyonu olarak gelişen kırıkla ilgili olarak hastayı bilgilendirmediği, ayrıca gerekli takip ve tedavi konusunda ihmal göstererek mağduriyete sebebiyet verdiği şeklinde gerçekleştiği iddia ve kabul edilen somut olayda; TCK'nın 3 ve 61. maddeleri birlikte değerlendirilerek meydana gelen zararın ağırlığı, suç kastının yoğunluğu da gözetilerek sanık hakkında asgari hadden uzaklaşılarak ceza tayini gerekirken, eylem ile orantılı olmayacak şekilde alt sınırdan hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini," Yarg. 5. CD, T. 15.10.2019, E. 2015/6536, K. 2019/9756, (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.01.2026).

119 *"Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 07/07/2009 tarih 2009/9-62-191 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. maddesinin (g) bendinde yer alan 'sanığın güttüğü amaç ve saik' gerekçelerine dayanılmayacağının gözetilmemesi"* Yarg. CGK, T. 16.10.2024, E. 2020/395, K. 2024/303, (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.01.2026)

120 **Tezcan**/**Erdem**/**Önok**, s. 158; **Hakeri**, Tıp Ceza Hukuku, s. 107.

tetik rıza bağlamında ileri sürülen görüşlerin bir kısmı konuyu tipiklik ekseninde değerlendirmektedir. Ancak öncelikle, nedensellik bağının varsayımsal olarak ortadan kalktığını kabul etmek mümkün değildir. Zira fiil ile netice arasındaki nedensellik doğal bir olgudur ve hukuki varsayımlarla bertaraf edilemez. Ceza hukuku bakımından neticenin meydana gelmesine katkı sunan tüm şartlar nedensel kabul edildiğinden, hastanın aydınlatılmış olsaydı da rıza gösterecek olması mevcut nedensellik zincirini kesmez. Hipotetik rızanın hukuka uygun alternatif davranış kapsamında değerlendirilmesi de isabetli değildir. Çünkü yükümlülüğe uygun davranılması hâlinde ortaya çıkacak sonuç, hukuka aykırı neticeyle aynı değildir. Aydınlatmaya istinaden verilen geçerli rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getirecektir. O halde, hukuka uygun alternatif davranışın aynı sonuca yol açtığı ileri sürülemez ve dolayısıyla isnadiyetin ortadan kalktığı kabul edilemez.

Hipotetik rızanın bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi ciddi soru işaretleri yaratır. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için müdahaleden önce veya müdahale sırasında açıklanmış olması gerekir. Ayrıca hipotetik rızayı bir hukuka uygunluk nedeni saymak, aydınlatma yükümlülüğünün içinin boşaltılması riskini doğurur. Böyle bir yaklaşım, rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleleri, rızaya dayalı müdahalelerle eşdeğer hâle getirir. Kaldı ki, hipotetik rıza hallerinde failin hukuka uygunluk bilinciyle hareket ettiğinden söz etmek de mümkün değildir. Hekim, hastanın aydınlatılmış olsaydı rıza göstereceğini bilmediği gibi, çoğu durumda hastanın yeterince aydınlatılmadığının da farkında değildir. Objektif isnadiyet öğretisini hukuka aykırılık alanına taşıma girişimleri de ikna edici değildir. Yükümlülüğe uygun davranışın neticenin haksızlığını hangi durumlarda ortadan kaldırdığı belirsizdir ve bu kriterler öğretide yetersiz bulunmuştur.

Sonuç olarak, hipotetik rıza ne tipiklik ne de hukuka aykırılık çerçevesinde değerlendirilebilir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hastanın aydınlatılmasıyla elde edilen ve geçerli bir rızaya dayanması zorunludur. Bu şart gerçekleşmediğinde, hasta sağlığına kavuşmuş olsa dahi hekimin ceza sorumluluğu doğar. Diğer yandan, hastanın her hâlükârda müdahaleye rıza gösterecek olmasının, cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında dikkate alınabileceği kabul edilebilir. TCK m. 61 kapsamında hekimin amaç ve saikini lehine değerlendirerek temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi mümkündür. Ayrıca hâkimin temel cezayı alt sınırdan tayin ettiği hallerde dahi TCK m. 62'ye istinaden takdiri indirim nedenleri de uygulanabilir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Albrecht, Andreas: Die "hypothetische Einwilligung" im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

Artuk, M. Emin/**Gökcen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Bauer, Wolfgang: Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, Dr. Kovac, Hamburg 2008.

Beulke, Werner: "Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – eine Zwischenbilanz", Medstra, 2015, s. 67-75.

Böcker, Philipp: "Die 'hypothetische Einwilligung' im Zivil- und Strafrecht", JuristenZeitung, Heft 19, 2005, s. 925-932.

Böse, Martin: "Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Heft 8, 2016, s. 495-504.

Centel, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.

Çelebi, Özgün: Medeni Hukuk Açısından Hekim ve Hasta İlişkisinde Müdahale Aydınlatması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Demirel, Muhammed: "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 78, Sayı 3, 2020, s. 1469-1523.

Dönmezer, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.

Dülger, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Ekici Şahin, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Baskı, C. H. Beck, München 2015.

Göktürk, Neslihan: "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 407-450.

Greiner, Hans-Peter: "BGB § 839 Haftung bei Amtspflichtverletzung", Medizinrecht, Ed. Andreas Spickhoff, C. H. Beck, München 2022.

Gropp, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Baskı, Springer, Heidelberg 2015.

Hafızoğulları, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022. (Genel Hükümler)

Hakeri, Hakan: Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Tıp ve Sağlık Hukuku)

Hakeri, Hakan: Tıp Ceza Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024. (Tıp Ceza Hukuku)

Hardtung, Bernhard: Münchener Kommentar zum StGB – Band 4, 5. Baskı, C. H. Beck, München 2025.

Heinrich, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara 2014. (Ceza Hukuku Genel Kısım)

Heinrich, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019. (Strafrecht Allgemeiner Teil)

Hengstenberg, Nike: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Springer-Verlag, Berlin 2013.

Hilgendorf, Eric/**Valerius**, Brian (çev. Salih Oktar): Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Yetkin Yayınları, Ankara 2021

Hirschi, Susanne: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Schulthess, Zürich 2024.

İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Jahn, Matthias: "Anmerkung zu BGH 4 StR 549/06, Urteil vom 5. Juli 2007", Juristische Schulung, Heft 12, 2007, s. 1145-1146.

Jescheck, Hans-Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 4. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin 1996.

Kangal, Zeynel T.: "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 4, 2011, s. 223-251.

Karakehya, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Keçelioğlu, Elvan: Taksirli Suçun Dogmatiği, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Koca, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.

Koyuncu Aktaş, Nihan: "Aydınlatma Yükümlülüğünün Gereği Gibi Yerine Getirilmemiş Olduğu Hallerde Hekimin, Hastanın Farazi Rızasının Mevcut Olduğu İddiasına Yönelik Genel Bir Değerlendirme", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 17, 2021, s. 305-336.

Kuhlen, Lothar: Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Ed. Bernd Schünemann, de Gruyter, Berlin 2001.

Kuhlen, Lothar: "Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen", JuristenZeitung, Heft 6, 2004, s. 227-230. (Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung)

Kuhlen, Lothar: "Hypothetische Einwilligung und 'Erfolgsrechtfertigung'", JuristenZeitung, Heft 14, 2005, s. 713-718.

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Baskı, Franz Vahlen, München 2017.

Liu, Chuan-Ching: Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, Utzverlag, München 2019.

Mahmutoğlu, Fatih Selami/**Karadeniz**, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

Mitsch, Wolfgang: "Die mutmaßliche Einwilligung", Zeitschrift für das Juristische Studium, Heft 1, 2012, s. 38-43.

Mosenheuer, Andreas (çev. Hakan Hakeri): "Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza", V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 69-80.

Otto, Harro/**Albrecht**, Andreas: "Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff", Jura, Heft 4, 2010, s. 264-271.

Ölmez, Gökhan: "Hipotetik Rıza'nın Ceza Hukukunda Uygulanabilirliği", Biohukuk Sempozyumu Bildiri Özetleri Kitabı, Ed. Şeyma Kurt/Burcu Çavuş Eryendi, Kırıkkale Üniversitesi, Kırıkkale 2025, s. 68-73.

Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer: "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 5, 2007, s. 47-71.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.

Özen, Mustafa: Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Öztürk, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Baskı, C. H. Beck, München 2018.

Rosenau, Henning (çev. Ahmet Hulusi Akkaş): "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 2, 2013, s. 633-649.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2006.

Roxin, Claus/**Greco**, Luis: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Baskı, C. H. Beck, München 2020.

Rönnau, Thomas: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar - Dritter Band, 13. Baskı, De Gruyter, Berlin 2019.

Schmidt, Marcel: Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB), Nomos, Baden-Baden 2018.

Swoboda, Sabine: "Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Heft 1, 2013, s. 18-32.

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.

Toroslu, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.

Ulsenheimer, Klaus: "Verletzung der arztlichen Aufklarungspflicht", NStZ, Heft 3, 1996, s. 132-133.

Ünver, Yener: "Türk Tıp Hukukunda Rıza", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı 2, 2006, s. 227-288. (Rıza)

Ünver, Yener: "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları", Sağlık Hukuku Digestası, Sayı 1, 2009, s. 138-147. (Alman Federal Yüksek Mahkemesi)

Yalçın, Türkan/**Köprülü**, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Yerdelen, Erdal: Cezanın Belirlenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Weber, Ulrich: "Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtsmäßigkeitsalternativen", Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Ed. Hans-Ullrich Paeffgen, Dunckel & Humblot, Berlin 2011, s. 1059-1065.

Wessels, Johannes/**Beulke**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Baskı, C. F. Müller, München 2012.

Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.