

MAĞDURUN RIZASI ÖĞRETİSİNİN SLOVENYA'DA SON YILLARDAKİ DEĞİŞİMLERİ*

Prof. Dr. Damjan Korošec**
Çev.: Araş. Gör. Aykut Ersan***

1. GİRİŞ

Çağdaş ceza hukuku ilk bakışta, en azından bireyin sahip olduğu kişisel değerleri, her şeyden önce yaşam ve vücut dokunulmazlığı, ayrıca sağlık, kişisel güvenlik, şeref, cinsel dokunulmazlık, hareket özgürlüğü, özel mülkiyet vb. temel haklarını güvence altına alıyor görüntüsü veriyor. Bu arada uygulamada, bireylerin ceza hukukunun kriterlerine göre esas itibariyle cezadan muaf olmak üzere kendi eşyalarını tahrip edebilecekleri, kasten kendilerini yaralayabilecekleri, sağlıklarına zarar verebilecekleri ve kendilerini veya mallarını tehlikeye atabilecek çeşitli aktivitelere girişebilecekleri ve ayrıca cezadan muaf olmak üzere kendi hayatlarına son vermeyi deneyebilecekleri gibi bir anlam çıkarılabilir. Esas itibariyle, bu tarz bir cezadan muafiyetin güvencesi ve korunması için temel hukuksal argüman olarak çeşitli genel insan hakları, ama her şeyden önce bireyin kendi kişiliğini serbestçe geliştirmesi (bir suçun potansiyel zarar göreni rolünde) önerilmektedir.

Slovenya da dâhil olmak üzere dünyadaki neredeyse bütün hukuk sistemlerinde bireyler, adı geçen kişisel değerlerin tasarrufunda cezadan muaf olmayacak şekilde diğerlerini dâhil edebilirler, yani diğerlerinin yardımı tüm iştirak edenler için cezadan muaf olarak fayda sağlar. Özellikle, bir başkasının kendi isteği üzerine aktif şekilde öldürülmesi, ama yaralama da en azından "ağır formlarında", pratikte her bakımdan hukuka aykırı¹ durmaktadır. Bundan ötürü, belki de insanın yaşamı ve vücut dokunulmazlığı gibi kişisel değerlerin uluslararası modern ceza hukukunun kriterlerine göre taşıyıcısının mülkiyetine dâhil olup olmadığı, lakin bireylerce olsa olsa daha fazla veya daha az sınırlanmış şekilde idare edilip edilemeyeceği sorusu doğuyor. Modern ceza hukuku teorisini sorulan soruların cevaplarını bulmaya yönlendiren yollar,

* Makale, 02.06.2011 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılan "Türkiye-Slovenya Ceza Hukuku Günleri" adlı toplantıda sunulmuş olup yazarın izniyle çevirisi yapılmıştır.

** Dr. Damjan Korošec, Ljubljana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Profesörü, Slovenya.

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Kuralların ve değerlerin tüm sistemi olarak hukuk ile çelişkili biçimde.

ama her şeyden önce, bunlarla soyut olarak sınırlanmış ve sınırlanmamış şekilde kullanılan değerler (daha doğrusu birey için *à priori* olarak mevcut bulunmayan değerler ile onun için mevcut bulunan diğer değerler) arasındaki sınırın belirlenmeye çalışıldığı kriterler, göze çarpan filozofik ve son olarak kültürolojik boyutlarla karmaşık hukuki fenomenlerdir. Mevcut makale ile Slovenya Cumhuriyeti (1991'e kadar Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti dâhilindeki temel bölümü Slovenya olan) teorisi ve içtihadında gelişen yaklaşımlar ile görüşlerin kısaca ifade edilmesine ve geleneksel bakış açısına yönelik Slovenya'da (şüphesiz Alman ceza hukuku doktrininin açık etkisi altında) son zamanda yükselen daha yeni eleştirilere dikkat çekilmeye çalışılmaktadır.

2. POLİTİK YENİ DÜZEN ÖNCESİ ÖĞRETİNİN DURUMU

Ceza hukukunda mağdurun rızası doktrinine ilişkin olarak Slovenya Cumhuriyeti'ni, öncesindeki Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti ve onun bölümleriyle ele almak şu anda daha yararlıdır, çünkü ortak devletlerin dağılmasından beri henüz birkaç yıl geçti ve bu soruya ilişkin olarak Yugoslav teorisi oldukça homojendi.

Eski Yugoslavya'daki ceza hukuku kitapları mağdurun rızasını düzenli olarak ele almakla birlikte (çoğu fiilin toplumsal tehlikesi bölümü çerçevesinde), garip bir şekilde az yer veriyorlardı. Anamlı dar bir formda Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti zamanında yazarlar, rızanın genel (ve prensipte) "kabul edilemez bireyci görüşler"² için bir hukuka uygunluk nedeni olarak dikkate alınmasını ifade ediyorlardı, ama her şeyden önce mağdurun rızasını cezadan muafiyetin herhangi bir formu için müstakil (teamül hukuku, kanun üstü, anayasal) neden olarak reddediyorlardı. Bu "bireyci üstü" görüş, "eski okulun" daha doğrusu "eski teorinin çözümü" olarak nitelendirildi³, ki bu konuda eskiyen ve demode görüşlerin örneği olarak *Ulpian*'a göre "*volenti non fit iniuria*" aforizması (aslında: "*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*")⁴ verilmiştir. Yazarlar, aksine, yeni veya modern teorinin taraftarı olarak anlaşılıyorlar ve toplumsal değerlerin hiçbir zaman yalnızca bireyin yararına değil, lakin her zaman topluluğun yararına da korunduğunu vurguluyorlar⁶.

Kısacası: Teoricilerin çoğunluğu mağdurun rızasının ceza hukuku bağlamında cezadan muafiyet nedeni olarak dikkate alınmasını esas itibarıyla reddetmişler, bununla birlikte istisnai durumlarda o zamanki Federal Ceza Kanunu'nda öngörülen fiilin önemsiz değer yapısının kullanımını uygun bul-

² Čejović B.: *Krivično pravo - opšti deo*. Beograd: *Izdavačka radna organizacija "Privredna štampa"*, 1979, S. 159; pratikte aynı Radovanović M.: *Krivično pravo SFRJ - Opšti deo*. Beograd: *Savremena administracija*, 1975, S. 107; Jovanović L.: *Krivično pravo - opšti deo*. Beograd: *Savremena administracija*, 1980, S. 132.

³ Čejović, 159; *Skupina avtorjev (Autorengruppe): Pravna enciklopedija - Rechtsenzyklopedie*, Vol. II. Beograd: *Savremena administracija*, 1995, S. 1309; Radovanović, 106; Jovanović, 132.

⁴ D. 47, 10, 1, 5.

⁵ Bkz. Örneğin: Čejović, 159 ve 157; Radovanović, 106.

⁶ *Pravna enciklopedija - Rechtsenzyklopedie*, 1309; Srzentić N., A. Stajić: *Krivično pravo - opšti i posebni deo*. Sarajevo: *Zavod za izdavanje udžbenika*, 1970, S. 99; Srzentić N., A. Stajić, Lj. Lazarević: *Krivično pravo Socialističke federativne republike Jugoslavije - opšti deo*. Beograd: *Savremena administracija*, 1978, S. 179; Čejović, 159; Radovanović, 106.

muşlardır⁷ 8. Bu suretle teorikler – istisnai olarak –, aslında Yugoslavya’da maddi hukuka aykırılığın bir görünüş biçimi olarak göz önünde tutulan mağdurun rızasını, bir (cezaya) mani sebep olarak görmekteydiler.

Bununla birlikte, bazı teoriklerin böyle bir görüşü çok katı (sabit) bulduğu olmuştur⁹. Kitaplarında, münferit suçun doğası, değer ve bu değer topluma için değeri karşısında “toplumsal yararın bireyin yararına kıyasla ön planda olmadığı”¹⁰ ve “özgürlük ile kendi kaderini tayinin hukuksal değer koruması fikrinden önceliğe sahip olduğu”¹¹, daha doğrusu “bireyin kendi kaderini tayininin ceza hukuku korumasının gerçekleştirilmesinden ağır bastığı”¹², daha doğrusu “hususî değerlerin idaresi hakkını da kapsayan bireyin özgürlüğünün, toplumsal yararı belli hukuksal değer alınmasında ölçtüğü”¹³ her durumda, mağdurun rızasının esas itibarıyla (!) önemli olması gerektiği yönünde talepler görülebilmektedir. Onların görüşlerine göre, ceza hukuku da bireyin kendi değerleri konusunda serbestçe davranabilmesine cevaz vermelidir¹⁴. Bu gibi durumlarda, bireyin sahibi olarak cevaz verdiği ceza hukuku değerlerine ilişkin tasarrufunun hukuka aykırılığı¹⁵ söz konusu olamayacaktır.

Bütün yazarlar, bunları çoğunlukla rıza gibi aynı başlık ve tanıtıcı kelime (slogan) çevresinde ele alsalar da, pratikte doğrudan sportif faaliyetler çerçevesindeki yaralanmalar (ve bundan başka tehlikeleri) ve tıbbi müdahaleler çerçevesindeki mağdurun rızası kriterleriyle ortaya çıkan yaralanmaları (ve bundan başka tehlikeleri) bir yana bırakmışlardır. “Sportif ve tıbbi müdahalelerin” spor kuralları ve tıp bilimi kuralları çerçevesinde cezadan temel olarak muafiyeti, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti’nde her şüpheyi aşarak genel anlamda tanınmıştı. Bu, çoğunlukla teorik olarak “sporun toplumsal yararlılığı”

⁷ Srzentić/Stajić/Lazarević, 179; Čejović, 159; Perović M.: *Krivično pravo SFRJ - opšti deo*. Beograd: *Savremena administracija*, 1975, S. 162.

⁸ 1977 yılındaki Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti Ceza Kanunu’nda md. 8 fıkra II’de belirtilmiştir: “Bir suçun kanunen belirli vasıflarına sahip olan, bununla birlikte önemsiz değerinden dolayı ya da zarar verici sonuçları önemsiz olduğundan veya mevcut olmadığından toplum için hafif tehlike ifade eden fiil, suç değildir.”

⁹ Hırvat teorisyen Franjo Bačić 1986 tarihli *Ceza Hukuku Genel Hükümler* kitabında şekilde *Srzentić/Stajić* kitabında mevcut olan mağdurun rızasının önemsizliği saptamalarına polemik yaratacak şekilde karşı çıkmaktadır. Bkz. Bačić F.: *Krivično pravo - Opći dio*. Zagreb: *Pravni fakultet u Zagrebu*, 1986, S. 63. Ayrıca bkz. Bačić F.: *Krivično pravo - Opći dio*. Zagreb: *Informator*, 1995, S. 170-171 (daha yeni Hırvat teorisi).

¹⁰ Bačić 1986, 228.

¹¹ Bačić 1986, 229. Herşeyden evvel burada yeni Alman dogmatığının Hırvat teorisyenler üzerindeki etkisi aşikardır; Bačić bazı cümlelerde hala, Federal Almanya Cumhuriyeti ceza hukuku doktrini için tipik olan varsayılan rıza kurumundan söz etmektedir. Ayrıca bkz. Bačić 1995, 171-172.

¹² Kandić-Popović Z.: *Osnovi krivičnog prava - opšti i posebni dio*. Beograd: *Naučna knjiga*, 1986, S. 47.

¹³ Novoselec P.: *Krivično pravo (Krivično djelo i njegovi elementi)*. Osijek: *Pravni fakultet sveučilišta u Osijeku*, 1990, S. 54.

¹⁴ Aynen Bačić 1986, 229.

¹⁵ Bačić 1986, 229; Novoselec, 53. Ayrıca bkz.: Kandić-Popović, 47.

yahut “tıbbın toplumsal yararlığı” yapısıyla gerekçelendirildi¹⁶, ki bu (maddi) hukuka aykırılığın devre dışı bırakılmasının bir çeşidini ifade etmekteydi. Hırvat teorisyen *Novoselec*, müdahale tıbbi, *lege artis*, sağlığa kavuşturma amaçlıysa ve “en azından varsayılan rıza” ile icra edilmişse, modern uluslararası teoride çoğunluğun tıbbi müdahalelerde unsurların devre dışı kaldığını gördüğüne dikkat çekmektedir¹⁷. Yazar, varsayılan rıza kavramını önceleri kendi kitabında¹⁸ kısaca şöyle açıklamaktaydı: “[...] Zarar görenin bulunamaması veya bilincinin yerinde olmaması nedeniyle rıza zamanında alınamamışsa, bununla birlikte onun rıza vereceği kesin olarak varsayılabilir¹⁹”. O, tüm zaman boyunca varsayılan rıza olmaksızın tıbbi müdahalenin ceza kanunu anlamında yaralama suçunu oluşturup oluşturmayacağını veya diğer taraftan suçun unsurlarına uygun olup olmadığını çözüme kavuşturmamıştır. İlginçtir ki, diğer tarafta *Radovanović*, *lege artis(!)* altında icra edilen tıbbi müdahalelerde, hastanın rızasının yaralama suçları için “önemli olmaması gerektiğini” doğrudan doğruya beyan etmiştir²⁰.

Buradan hareketle her şeyden evvel, o zamanlarda hastanın rızasının teorik olarak az dikkate alındığı sonucuna varılabilir. Bu ilgisizlik, şüpheye yer bırakmayacak şekilde karmaşık usulde, kanuni ceza hukukunun (hem Federal Ceza Hukukunun hem de münferit bölümsel devletlerin ceza hukukunun) keyfi tıbbi müdahaleyi suç olarak tanımadığı ve hastanın iradesinin diğer suç unsurları çerçevesinde de adalet tarafından prensip olarak ve geleneksel anlamda göz ardı edildiği olgusuyla da bağlantılıdır.

Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti’nin ceza hukuku teorisyenleri, (potansiyel) zarar görenin negatif veya pozitif formda özel hükümler bölümündeki (örneğin cebir, cinsel saldırı vb.) münferit yasaklayıcı normların açık tipiklik unsurları olarak mevcut olan (vuku bulan) irade durumlarının, suçun tipikliği düzleminde bir düzene sokma problemi olarak, böylece diğer kurallara göre (dar literatürden ileri gelmiş gibi bir hukuka aykırılık problemi ifade eden) “klasik anlamda rıza” olarak ele alınması gerektiğinden hareket etmektedir. Bu saptama, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti’nde kesin olarak kendiliğinden anlaşılabilir şekilde geçerlidir.

Sloven doktrini, ceza hukukunda mağdurun rızası konusunda birleşik devletin diğer bölümlerindeki doktrinden çok da farklı değildir.

¹⁶ *Srzentić/Stajić*, 100; *Srzentić/Stajić/Lazarević*, 180; *Radovanović*, 108-109; *Perović*, 162; *Jovanović*, 133; *Kandić-Popović*, 48; *Bačić* 1986, 226; *Čejović*, 160-161; *Novoselec*, 56 (Tıp için).

¹⁷ *Novoselec*, 56.

¹⁸ *Novoselec*, 55.

¹⁹ “*Sigurnošču moglo predpostaviti*”. Benim görüşüme göre hem orijinal Hırvatçasında hem de tercümesinde güvenliğin ve kabulün mantıksal bağı içeriksel olarak en azından biraz farklıdır.

²⁰ *Radovanović*, 107.

3. TIBBİN “TOPLUMSAL YARARLILIĞI” KONUSUNDA - MEVCUT HUKUKİ DURUMUN ELEŞTİREL AÇIKLAMASI

Slovenya ceza hukukunda insanın vücut dokunulmazlığı, natüralist anlayışlar fiziksel ihlal edilebilir bir değerdir. Yaralamanın unsuru bir yumruk vurulmasından, silahla ateş edilmesinden veya yapay kalça eklemine cerrahi naklinden dolayı tamamlanmış olabilir. Doktorlar – tabiatıyla – pek çok kez yaralama suçunun unsurlarını yerine getirmektedir. Bu saptama uzun zamandır tartışmasıdır.

Yaralamanın hukuka aykırılığı düzleminde tıbbi müdahalelerin uyuşması ceza hukukuyla varsayılmaktadır. Adalet, hastalarla mesleki uğraşının onların tedavisini, daha doğrusu sağlıklarını amaçladığı ve bunun “tıbbi olarak uzmanlığa uygun” icra edildiğinden hareket etmektedir. Bununla birlikte ciddi olarak, hastanın rızasının bu tarz uğraşılarda “tıbbi müdahalenin uzmanlığa uygunluğunu” ihtiva edip etmediği veya maddi ceza hukukunun tıbbi müdahalelerin uzmanlığa uygunluğunu izole teknik, katı doğa bilimsel (fiziksel-mekanik, kimyasal...), hastanın veya onun kanuni temsilcisinin rızasından tamamen bağımsız olarak anlayıp anlamadığı sorusu gelmektedir. Yargı kararları, hastanın rızasının ceza hukuku anlamında tıp biliminin ve tıbbi uzmanlığın değil, ancak tıbbi deontolojinin buyuruculuğunu ifade ettiği şeklindeki dar yoruma meyillidir. Bu şekilde içtihat, tıp biliminin kurallarına göre ve aynı zamanda hastanın iradesi dikkate alınmadan yapılan – yukarıda zikredildiği üzere - tıbbi müdahaleyi suç olarak²¹ ve de yaralama suçunun unsurları²² çerçevesinde nitelendirmemektedir.

Slovenya’da hastanın otonomisi, sağlığa kavuşturma hedefi güden ve aynı zamanda *lege artis* şekilde icra edilen tıbbi müdahalelerde ceza hukuku bağlamında özel bir hukuksal değer değildir – (özel) bir suç unsurunu yerine getirmez. Bu olgu, doktrinde neredeyse tartışılmamıştır. Yalnızca nadiren ve sadece birkaç yıldan beri, hastanın iradesine itibar edilmeyen (özellikle de hastanın iradesine açıkça aykırı icra edilen) tıbbi müdahalelerin, esas itibarıyla²³ tıbbi anlamda “*lege artis*” olarak icra edilmiş sayılmayacağına ilişkin kısa, tali eleştirel yorumlara²⁴ rastlanmaktadır. Bireyin otonomisinin korunması gözler önünde, hem bazı hukukçular hem de bazı doktorlar uzmanlığa

²¹ Örneğin taksirle tedavi (Ceza Kanunu md. 190). Her şeyden önce, maddi ceza hukukunun bütün ihmali ve diğer ciddi kusurları doktorun aydınlatma yükümlülüğüne sokması ve tekrar bir mesleki hata olarak açıklaması, bununla birlikte hastanın (açıkça) geçersiz rızasına rağmen hukuka aykırı suçların yapısı lehine prensip olarak karar vermemesi ilginçtir (ve benim düşünceme göre dayanıksız). Örneğin karşı. *Dežman Z.: O metodah tipizacije pojasnitvenega postopka v zdravstvu. Pravna praksa 1995; 1, S. 7 ve Dežman Z.: Meje družbeno dopustnega tveganja pri medicinskih posegih. Pravniki 1992 (6-8): 311-315. Ayrıca bkz. Bavcon in: Bavcon/Šelih 1996, 203-204.*

²² “İnsan vücudunun bölümlerinin izin verilmeyen nakli” ayrı suç unsuru olarak (Ceza Kanunu md. 191) uygulanmaktadır.

²³ Bununla, bulaşıcı hastalıklarda, ruh hastalıklarında vb., örneğin Slovenya Cumhuriyeti Anayasası md. 51 fıkra III’te öngörülen kanunen izin verilen zorlayıcı tedbirler gibi özel durumları değil, rızaya ehliyetsiz daha doğrusu reddetmeye ehliyetsiz hastaların daha doğrusu onların kanuni temsilcilerinin durumlarını düşünüyorum.

²⁴ Özellikle tıp ihtisas basınında.

uygunluğa ilişkin çağrıya bu gibi tüm durumlarda karşı koymaktadır²⁵. Böylesi zorla müdahaleler, esas itibarıyla “toplumsal olarak yararlı ve gerekli” olmak zorunda değildir (en azından bireyin otonomisinin korunması görüşü açısından).

Hastanın otonomisinin aynı zamanda uygun şekilde ceza hukukuyla korunmadığı durumda, yararlılığa, yerindeliğe, hoşgörülülüğe ve yardımseverliğe dayanan somut tedavi teşebbüslerinin veya beşeri tıbbın bana göre de yerinde olmadığını ilave etmeliyim. Tıbbi müdahalenin tehlikeliliği, bu konuda hastanın iradesinin ceza hukuku anlamında rızanın standardına ulaşmadığında, benim görüşüme göre hastanın otonomisinin korunması görüşünün tam aksine prensip itibarıyla ifade edilmelidir²⁶.

Slovenya’da, insanın otonomisinin sistemle uyum içinde açık şekilde bulunduğu tedaviye ilişkin olarak yaralamanın unsurlarının yorumunda dönüşüm için en iyi zamandır.

²⁵ “İnsan vücudunun bölümlerinin izin verilmeyen nakli” isimli suç unsurlarına ilişkin olarak bkz. Ceza Kanunu md. 191.

²⁶ Tıbbi zorla müdahalenin olası teknik sonucundan bağımsız olarak.