

# CİNSEL İLİŞKİ YOLUYLA BAŞKASINA HIV BULAŞTIRMANIN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ SORUNU

*Yrd.Doç.Dr. Mustafa Ruhan ERDEM\**

## I- Giriş

Türkiye’de ve dünyada HIV ve buna bağlı olarak AIDS’in giderek yayılması<sup>1</sup>, hukuk alanında da yeni sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bu bakımdan HIV/AIDS yalnızca tıbbi açıdan veya sağlık politikası açısından değil, fakat aynı zamanda hukuki açıdan da çok ciddi bir sorun olarak gözükmektedir. Örneğin kan nakli yoluyla HIV bulaşan bir çocuğun ilkökula başlaması üzerine diğer ailelerinin çocuklarını aynı okula göndermeme kararı alması veya HIV taşıyıcısı yabancı uyruklu bir fahişenin yetkililerce TV’den teşhir edilmesi buna verilecek birkaç örnekten birisidir. Nihayet HIV/AIDS ile bağlantılı ve bu arada yargı kararlarına da konu olan diğer bir sorun da, cinsel ilişki yoluyla partnerine HIV bulaştıran kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı veya nasıl cezalandırılacağıdır<sup>2</sup>. Özellikle korumalı olmayan cinsel ilişki yoluyla HIV bulaştırılması ve bunun da AIDS’e yol açması, ceza hukuku açısından henüz çözüme kavuşturulamamış bir sorun olarak gözükmektedir.

HIV<sup>3</sup> genellikle bunu taşıyan kişi ile girilen korunmasız cinsel ilişki, kan bağı, aynı enjeksiyondan birlikte uyuşturucu alınması ve doğum yoluyla bir başka kişiye taşınmaktadır<sup>4</sup>. Enfeksiyondan sonra kural olarak 4 haftadan

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Birleşmiş Milletler AIDS Komisyonu’nun Temmuz 2003 raporuna göre, Türkiye’de Sağlık Bakanlığı’nca 1601 olarak gösterilen kayıtlı AIDS’li hasta sayısı, gerçekte 14.000 olarak tahmin edilmektedir ([www.infeksiyon.org.AIDSdetail.asp](http://www.infeksiyon.org.AIDSdetail.asp)). Asıl korkunç olan ise, yetkililerin bu alanda ciddi bir sağlık politikası üretmemesi ve deyim yerinde ise hastalığı “kendi doğal gelişimine bırakması” nedeniyle hasta sayısının giderek artmasıdır.

2 "AIDS hastası olduğunu bilmesine rağmen evlenen ve eşine virüs bulaştıran genç, cina-yete tam teşebbüs iddiasıyla hakim önüne çıktı" ([www.yenisafak.com/arsiv/2000/mart/11/gundem.html](http://www.yenisafak.com/arsiv/2000/mart/11/gundem.html)).

3 = human immune deficiency virus

4 *Teichner, Matthias*, Nochmals: AIDS und Blutspende, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1986, s. 761; *Pritzwitz, Cornelius*, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, Juristische Arbeitsblätter

6 haftaya kadar, hatta bazı durumlarda daha erken<sup>5</sup> ilgilinin kanında tespit edilebilen bu virüs, ortalama altı yıllık bir kuluçka döneminden sonra<sup>6</sup> AIDS'e<sup>7</sup> yol açmaktadır<sup>8</sup>.

AIDS, retrovirus grubuna giren virüslerden ortaya çıkmaktadır. 80'li yılların başından bu yana patojen retrovirüslerin olduğu ve bunların AIDS'e yol açtığı bilinmektedir. İnsanda AIDS'e yol açan virüsler içerisinde en yaygın olanı HIV-I virüsü olup, kesin olmamakla birlikte bunun Orta Afrika'dan dünyaya yayıldığı düşünülmektedir. Yenilerde ise AIDS'e yol açan bir başka virüs olan HIV-II virüsü dünyada yayılmaktadır. AIDS'e yol açan virüslerin çok uzun süreden beri mevcut olduğu, ancak son zamanlarda yaşam alışkanlıklarının ve cinsel tutumların değişmesine bağlı olarak yayıldığı belirtilmektedir<sup>9</sup>.

İnsan organizmasına giren HIV, bağışıklık hücreleri olan CD4-T hücrelerine tutunmakta ve bu hücrelerin sayısının mm<sup>3</sup> de 200'ün altına düşmesi ile birlikte AIDS hastalığı ortaya çıkmaktadır.

HIV'in kendine özgü tehlikesi de işte buradan kaynaklanmaktadır. Çünkü HIV enfeksiyonunun gerçekleştiği andan itibaren 10 yıla kadar sürebilen uzun kuluçka dönemi içerisinde enfeksiyona işaret eden herhangi bir semptom görülmemekte; HIV taşıyıcısı kendisini son derece sağlıklı hissettiği için, çoğu zaman HIV taşıdığına farkına varamamaktadır.

Ancak öte yandan HIV taşıyıcısı ile cinsel ilişkiye girilmesi, zorunlu olarak HIV'in bulaşması ve bunun sonucu olarak da partnerin ölmesi sonucuna yol açmaktadır. Tek bir cinsel ilişkiyle bulaşma rizikosunun ne kadar yüksek olduğu uzmanlar arasında tartışmalı olup 1/100 veya 1/1000 arasında bir oran verilmekte<sup>10</sup>;

(JA) 1988, s. 427; *Lilie*, Hans, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Berlin 2001, § vor 223 no. 10; *Laufs*, Reiner/*Laufs*, Adolfs, Aids und Arztrecht, NJW 1987, s. 2259 vd.; *Paeffgen*, Hans- Ullrich, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden-Baden 2000, § 223 no. 16. Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre, AIDS yüzde 80 oranında cinsel ilişki, yüzde 5 kan nakli, yüzde 10 damar içi madde kullanımı ve yüzde 5 de doğum yoluyla yayılmaktadır.

<sup>5</sup> Bazı yazarlara göre ise 8 haftadan 12 haftaya kadar (*Rengier*, Rudolf, AIDS und Strafrecht, Jura 1989, s. 225)

<sup>6</sup> Bazı yazarlara göre ise ortalama 10 yıl, hatta bazı durumlarda 19 yıla kadar (*Rengier*, Jura 1989, s. 225). Prittwitz'de kuluçka döneminin 20 yıla kadar uzayabileceğini belirtmektedir (*Prittwitz*, JA 1988, s. 430).

<sup>7</sup> acquired immune deficiency syndrom

<sup>8</sup> *Lilie*, in: Leipziger Kommentar (LK) vor § 223 no.10

<sup>9</sup> *Laufs/Laufs*, NJW 1987, s. 2257

<sup>10</sup> *Eberbach*, Wolfram H., Aids –rechtliche Verantwortung und Vertrauen, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1987, s. 397: (1/100 ve 1/200); *Schneider*, Hartmut, in: Strafgesetzbuch Münchener Kommentar, München 2003, § 212 no. 43 dn. 127; *Paeffgen*, in: Nomos

ancak cinsel ilişkinin gerçekleşme biçiminin (özellikle anal ve oral ilişki durumunda)<sup>11</sup> veya taşıyıcının erkek olmasının<sup>12</sup>, bulaşma riskini daha da arttırdığına işaret edilmektedir. Bunun gibi HIV bulaşan kişide hastalık olup olmayacağını veya olacaksa bunun hangi hastalık olduğunu önceden kestirmeye olanak yoktur. Tıp biliminin bugün ulaştığı aşamaya göre, HIV taşıyanların ancak % 5 i ila 19 u hastalık nedeniyle ölümlerle karşı karşıya kalmaktadır<sup>13</sup>.

Yapılan araştırmalara rağmen, bugün ölüm neticesinin gerçekleşmesi engellenememekte, yalnızca geciktirilebilmektedir. AIDS ile ilgili şimdiye kadar 40'ın üzerinde aşı geliştirilerek insanlarda denendiği, ancak bir başarı elde edilemediği belirtilmektedir.

Virüsün her bir bulaşma yolu, ceza hukuku açısından ayrı sorunların ele alınmasını gerekli kıldığı için, biz çalışmamızı, virüsün cinsel ilişki yoluyla partnere bulaştırılması ile sınırlı tutmaya özen göstereceğiz.

## II- Kasten Etkili Eylem Suçu Açısından Değerlendirme (TCK m. 456)

### 1- Suçun Maddi Ögesi

#### A- HIV Taşımının Sağlığa Zarar Verme Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği

Etkili eylem suçunun maddi ögesini oluşturan hareketler, TCK m. 456/1 ve 459/1'de "*cismen eza verme, sağlığı bozma ve akli melekelerde karışıklık*" biçiminde seçimlik olarak gösterilmiştir<sup>14</sup>.

Her iki madde anlamında *sağlığı bozma*, süresi ne olursa olsun patolojik durum ortaya çıkarmak veya böyle bir patolojik durum önceden varsa, bunu

---

Kommentar (NK) § 223 no. 16; *Meier*, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1989, s. 210; *Rengier*, Jura 1989, s. 225 vd.: (1/100 ve 1/1000). Bu konuda ayrıca bkz. München Eyalet Mahkemesi kararında ise, tek cinsel ilişki bakımından enfeksiyon riski 1/1000 olarak belirtilmiştir (Landsgericht (LG) München I, MedR 1987, s. 288).

11 *Schneider*, in: Münchener Kommentar (MK), § 212 no. 43 dn. 127; *Rengier*, Jura 1989, s. 226

12 *Rengier*, Jura 1989, s. 226

13 AIDS virüsü taşıyan 622 erkek üzerinde yapılan bir araştırmada, virüs taşıyan fakat CD 4 hücrelerinin fazla olduğu insanlarda hastalığın geç ortaya çıktığı belirlendi. AIDS virüsü taşıyan insanların yüzde 11'inde, virüsü taşıyanların 10'uncu yılında bile herhangi bir hastalık belirtisi görülmediği, bunların yüzde 14'ünde ise hastalığın 18 yıldan sonra tespit edildiği bildirildi.

14 Genellikle seçimlik hareketler birçok olayda bir arada bulunabilmekte ise de, cismen eza verme her durumda sağlığın bozulmasına yol açmayabilir (*Eser*, Albin, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 26. Auflage, München 2001, in: Schönke/Schröder (S/S), § 223 no.2).

artırmak anlamına gelmektedir<sup>15</sup>. Buna göre mağdurun vücut fonksiyonlarında normale göre olumsuz sapmaya neden olan bir duruma yol açmak suçun maddi ögesini oluşturan seçimlik hareketlerden sağlığı bozma kavramı içinde ele alınır<sup>16</sup>. Bunun tıbbi anlamda bir *hastalık* ortaya çıkarmış olması aranmaz<sup>17</sup>.

Öğretide yaşamsal tehlike ortaya çıkaran bir enfeksiyonun ve bu arada HIV'in bulaştırılması da sağlığı bozma olarak kabul edilmektedir. Suçun oluşması için HIV'in bulaşması yeterli olup, ayrıca bunun AIDS hastalığına yol açmış olup olmaması önem taşımaz. Başka bir anlatımla etkili eylem suçunun, uzun bir kuluçka süresinden sonra ortaya çıkan (veya çıkabilen) AIDS hastalığından bağımsız olarak henüz daha bulaşma ile birlikte gerçekleştiğinden hareket edilmektedir<sup>18</sup>. Bunun nedeni, bulaşma ile birlikte artık kişinin sağlıklı olmaması ve bizzat enfeksiyonlu hale gelmiş olması<sup>19</sup>; öte yandan daha HIV bulaşması ile birlikte, mağdurun bedensel durumunun, bağışıklık fonksiyonunun

<sup>15</sup> *Eser*, in: S/S, § 223 no.5; *Lackner, Karl/Kühl*, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 2001, § 223 no. 5; *Tröndle, Herbert/Fischer*, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, München 2001, § 223 no. 6; *Rengier*, Rudolf, Strafrecht, Besonderer Teil (BT) /II (Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit), München 2000, § 13 no. 11; *Maurach, Reinhart/Schroeder*, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred, Strafrecht BT/I, Heidelberg 2003, § 9 no.5

<sup>16</sup> *Rengier*, BT/II no.11

<sup>17</sup> *Erman*, Sahir, in: Erman/Özek, Ceza Hukuku Özel Bölim Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, no.109; *Erem, Faruk/Toroslu*, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1994, s.402; *Tezcan, Durmuş/Erdem*, Mustafa Ruhan Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, İzmir 2002, s. 431

<sup>18</sup> *Eberbach*, Wolfram H., Juristische Probleme der HTLV-III-Infektion (AIDS) - Unter besonderer Berücksichtigung arztrechtlicher Fragen, Juristische Rundschau (JR), 1986, s. 231; *Geppert*, Klaus, Strafbares Verhalten durch -mögliche- Aids-Übertragung, Jura 1987, s. 669; *Meier*, GA 1989, s. 209; *Frisch*, Wolfgang, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV- Infizierten als Straftat? Juristische Schulung (JuS) 1990, s. 363; *Eser*, in: S/S, § 223 no.7; *Bruns*, Manfred, AIDS, Prostitution und das Strafrecht, NJW 1987, s. 693; *Teichner*, NJW 1986, s. 761; *Herzog*, Felix/Nestler-Tremel, Cornelius, Aids und Strafrecht - Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung? Strafverteidiger (StV) 1987, s. 360 vd.; *Tröndle/Fischer*, § 223 no.8; *Erman*, in: E/Ö, no. 108; *Lilie*, in: LK vor § 223 no.10; *Bruns*, Manfred, Aids, Alltag und Recht, MDR 1987, s. 356; *Herzberg*, Rolf Dietrich, Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten, JuS 1987, s. 778; *Herzberg*, Rolf Dietrich, Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids? NJW 1987, s. 1462; *Horn*, Eckhard/Wolters, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl. Neuwied/Krieffel 2003, § 223 no. 22a; *Rengier*, BT/II § 13 no. 11; *Joecks*, Wolfgang, in: Münchener Kommentar, Bd. 3 (§§ 185-262), München 2003, § 223 no. 31; *Lackner/Kühl*, § 223 no. 5; *Rengier*, Jura 1989, s. 227; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/I, § 9 no.5

<sup>19</sup> *Lilie*, in: LK vor § 223 no. 10; *Rengier*, Jura 1989, s. 227

zarara uğramış olması nedeniyle başka hastalık semptomlarına eğilimli biçimde normal durumdan sapma göstermesidir<sup>20</sup>.

Kısaca, bir başkasına HIV bulaştırılması, kasten etkili eylem suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olan sağlığı bozma olarak kabul edilmektedir.

### **B- Suçun Tamamlanıp Tamamlanmadığı Sorunu**

Burada suçun tamamlanıp tamamlanmadığı sorununa geçmeden önce, teşebbüs açısından suçun icra hareketlerinin ne zaman başladığı sorunu üzerinde de kısaca durmanın yararlı olacağını düşünüyoruz. Bize göre de suçun icra hareketleri, cinsel ilişkinin kurulması ile birlikte başlamış olur<sup>21</sup>; bundan önceki aşama etkili eylem suçunun hazırlık hareketleri niteliğinde olduğu için cezalandırılmaz.

Suçun tamamlanmış sayılıp sayılmayacağı konusunda, her korumasız cinsel ilişkinin mutlaka HIV bulaşması sonucuna yol açmayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu yüzden HIV taşıma rizikosunu içermekle birlikte, her cinsel ilişki mutlaka partnere HIV taşınması sonucuna yol açmayacağından, ne zaman ki, HIV'in belirli bir cinsel ilişki sonucu partnere taşındığı açıkça tesbit edilebiliyorsa, ancak bu takdirde *tamamlanmış* bir etkili eylemden söz edilebilir<sup>22</sup>. Bunun için henüz daha cinsel ilişkiden sonra HIV ortaya çıkmış olması yeterli olup, ayrıca AIDS de ortaya çıkmış olması aranmaz.

Suçun *tamamlanmış* sayılması bakımından ortaya çıkan sorun, HIV bulaşmasına, *belirli* bir veya birden fazla cinsel ilişkinin neden olduğunu; HIV'in, kim tarafından hangi cinsel ilişki sonucu ve ne zaman bulaştığını ve AIDS hastalığının da *bu* cinsel ilişkiye dayandığını tesbit etmenin güç olmasıdır<sup>23</sup>. Özellikle failin, her seferinde her biri HIV taşıyıcısı olarak değerlendirilebilecek olan birden fazla kişiyle cinsel ilişkiye girmiş olması durumun-

<sup>20</sup> *Eser*, in: S/S § 223 no. 6a; *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 10; *Rengier*, BT/II § 13 no. 11; *Joeks*, in: MK § 223 no. 31

<sup>21</sup> *Horn/Wolters*, in: Systematischer Kommentar (SK) § 223 no. 22c

<sup>22</sup> *Joeks*, in: MK § vor 223 no. 31; *Rengier*, Jura 1989, s. 227; karşı görüş *Herzberg*, Rolf Dietrich, AIDS und Strafrecht -Ein Überblick, in: AIDS und Strafrecht (hrsg. Andrzej Szwarc), Berlin 1996, s. 81 vd., yazar, HIV taşınma tehlikesi ortaya çıkaran cinsel ilişki ile birlikte *tamamlanmış* bir etkili eylem kabul etme eğilimindedir. Oysa böyle bir görüş, bir zarar suçu olan etkili eylemin, tehlike suçuna dönüşmesi sonucuna yol açar. Buna yönelik eleştiri için bkz. *Knauer*, Christoph, AIDS und HIV - Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik, GA 1998, s. 428; *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 10; *Horn/Wolters*, in: SK § 223 no. 22b; *Joeks*, in: MK vor § 223 no. 63; *Lackner/Kühl*, § 223 no. 4

<sup>23</sup> *Eser*, in: S/S § 223 no. 7; *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 11; *Horn/Wolters*, in: SK § 223 no. 22a; *Joeks*, in: MK vor § 223 no. 63; *Wessels*, Johannes/*Hettinger*, Michael, Strafrecht BT/I, Heidelberg 1999, § 5 no. 264

da, ilişkiye girilen kişiler, hele bir de uyuşturucu madde bağımlısı veya fahişe ise, HIV'in ne zaman, hangi ilişki sonucunda ve kim tarafından bulaştırıldığını tesbit etmek nerdeyse olanaksızlaşmaktadır. Bunun tesbitini güçleştiren bir başka olgu da, virüsün organizmaya girdikten ancak belirli bir süre (4 veya 6 haftadan sonra) ortaya çıkarılabilmektedir<sup>24</sup>.

Bu yüzden her seferinde *değişik partnerle* gerçekleşen cinsel ilişki sonucunda HIV bulaşmış ise, HIV'in hangi cinsel ilişki sonucunda bulaştığını tesbit etmek güçleşmekte, hatta çoğu durumda olanaksızlaşmaktadır. Bu durumda ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan *in dubio pro reo* ilkesi gereği, faillerden hiçbirisi gerçekleşen neticeden dolayı sorumlu tutulamayacağı için genellikle yalnızca *teşebbüs* gündeme gelmektedir. Gerçekten tamamlanmış etkili eylemden söz edilebilmesi için gerekli koşul, davranış ile tipik netice arasında *nedensellik bağının* tesbit edilmiş olmasıdır. Buna karşılık her seferinde *aynı partnerle* gerçekleştirilen birden fazla cinsel ilişki söz konusu olduğunda hangi cinsel ilişkiden HIV'in bulaştığını tesbit etmek mümkün olmasa bile, *alternatif nedensellikten* hareket etmek suretiyle failin hareketinin netice bakımından nedensellik değerine sahip olduğu kabul edilmelidir<sup>25</sup>.

Demek oluyor ki, eğer enfeksiyonun *belirli* bir veya birden fazla cinsel ilişkiye dayandığı tesbit edilebiliyorsa, ancak bu takdirde tamamlanmış bir etkili eylemden söz edilebilir. Tersine durumda yalnızca *teşebbüs* nedeniyle cezalandırılabilirlik gündeme gelir.

### C- Tipikliği Ortadan Kaldıran Bir Neden Olarak İzin Verilen Risk

İzin verilen risk, hukuksal yönden önemli riziko yaratan, ancak genel olarak izin verilen ve tipikliğe ilişkin isnadiyeti ortadan kaldıran bir hareket olarak tanımlanmaktadır<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 11

<sup>25</sup> *Prittitz*, *Comelius*, Das "AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs. Zu BGH, U. v. 04.11.1988 - 1 StR 262/88 -, StV 1989, s.126, *Arlath*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSZ) 1987, s. 408; *Herzog/Nesler-Tremel*, StV 1987, s. 363; *Bruns*, NJW 1987, s. 693; *Bruns*, MDR 1987, s. 356; *Bottke*, *Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung*, in: *Die Rechtsprobleme von AIDS* (hrsg. Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer), Baden-Baden 1988, s. 180; *Meier*, GA 1989, s. 209; *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 11; *Eberbach*, JR 1986, s. 232; *Eberbach*, Wolfram H., *AIDS und Strafrecht*, MedR 1987, s. 268; AG München, NSZ 1987, s. 407; LG Nürnberg-Fürth, NJW 1988, s.2311; AG Hamburg NJW 1989, s.2071

<sup>26</sup> İzin verilen riskin ceza hukukunda sistematik konumu ve oyandığı rol konusunda henüz tam bir görüş birliği sağlanmış değildir (Bkz. *Roxin*, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil/I*, München 1992, § 11 no.55 vd.; *Ünver*, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, s. 1 vd.)

Öğretide çoğunluğu oluşturan yazarlar, *korunmasız* cinsel ilişkinin, izin verilen risk kapsamı içinde ele alınamayacağını düşünmektedirler. Bunlara göre, enfeksiyon ilginin yaşamına, ömür boyu etki gösteren, yüksek bir olasılıkla ölümcül seyreden bir müdahale olarak nitelendirilmesi gerektiği için günlük yaşamda karşılaşılan bulaşıcı hastalıklardan farklı olarak burada *sosyal uygunluk* bulunmamaktadır<sup>27</sup>.

Buna karşılık *korunmalı* cinsel ilişki bakımından failin hareketinin *izin verilen risk* olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalara girmeden önce önemle vurgulayalım ki, HIV'in en önemli taşınma yolu olan cinsel ilişki sırasında prezervatif kullanılması, bulaşma tehlikesini önemli ölçüde azaltmakla birlikte, tamamen ortadan kaldırmamaktadır<sup>28</sup>.

Öğretide *bir görüşe* göre, HIV taşıyıcısının prezervatif kullanmak suretiyle cinsel ilişkiye girmesi durumunda *izin verilen risk* söz konusudur. Bu görüşte olan yazarlara göre, güvenli cinsel ilişki durumunda HIV bulaşması yoluyla ölümcül neticenin ortaya çıkma olasılığı, faile isnad edilemez. Her ne kadar bulaşma riski böyle bir durumda da söz konusu ise de, bu göze alınmalıdır. Kamu kuruluşlarının rizikoyu azaltıcı önerilerine uygun olarak koruyucu araçları kullanan kişinin davranışı "*izin verilen risk*" olarak değerlendirilmelidir<sup>29</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, kamusal organların cinsel ilişki sırasında prezervatif kullanılmasını önermesi, bu önerilere körü körüne güvenmeyi haklı göstermez ve bundan susmak veya karşı tarafı aldatmak suretiyle karşı tarafa HIV bulaştırmaya izin verildiği biçiminde bir kural getirildiği sonucu

27 *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 12; *Tröndle/Fischer*, vor § 32 no. 13; *Joecks*, in: MK vor § 223 no. 64; *Prützwitz*, JA 1988, s. 439

28 *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 12; *Paeffgen*, in: NK § 223 no. 16

29 *Lackner/Kühl*, vor § 211 no. 12a; *Knauer*, GA 1998, s. 439; *Bruns*, NJW 1987, s. 694; *Herzberg*, NJW 1987, s. 1462; *Prützwitz*, JA 1988, s. 437; *Kunz*, Karl-Ludwig, Aids und Strafrecht: Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, ZStR 1990, s. 50; *Scheuerl*, Aids und Strafrecht, Die Strafbarkeit HIV- Infizierter Personen beim Vollziehen sexueller Kontakte, Hamburg 1991, s. 161 vd.; *Scherf*, Klaus, Aids und Strafrecht: Schaffung eines Gefährdungstaftbestaendes zur Bestrafung ungeschützten Geschlechtsverkehrs HIV-Infizierter? Tübingen 1992, s. 93 vd. Bu görüşte olan bazı yazarlara göre, son yüzyılda "cinsel devrim" yoluyla elde edilen özgürlük de, artık cinsel ilişkinin, birbirlerinin HIV taşıyıcısı olmadığını bilen ve birbirlerine güvenen partnerler arasında gerçekleşmeyeceğini göstermektedir (*Scherf*, s. 99). Yine denilmektedir ki, HIV taşıyıcısını, her cinsel ilişkiden önce partnerine enfeksiyon taşıdığını söylemesini beklemek, taşıyıcının genel davranış özgürlüğünün ihlali sayılır (*Scherf*, s. 100). *Herzberg* bir başka yerde prezervatif kullanma durumunda izin verilen riski reddeden görüşler ile bunu izin verilen risk olarak gören görüşler arasında ortalama bir yol izlenebileceğini düşünmektedir (*Herzberg*, in: AIDS und Strafrecht, s. 83 vd.)

çıkarılamaz<sup>30</sup>. Kaldı ki, korumalı cinsel ilişkinin HIV bulaşma rizikosunu azalttığı konusunda da elde güvenilir veri yoktur. Bu durumda da taşıyıcı, durumunu, partnerine açıklamakla yükümlüdür<sup>31</sup>.

*Kanaatimizce* prezervatif kullanımının, HIV'in partnere bulaştırılması olasılığını büyük ölçüde azaltması, failin HIV taşıyıcısı olduğunu cinsel partnerine açıklama zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Gerçi cinsel ilişki sırasında prezervatif kullanan fail, biraz sonra da ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, etkili eylem (veya duruma göre adam öldürme) kastıyla hareket etmiş olmayacağı için, korunmalı cinsel ilişkinin, izin verilen risk kapsamında kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışmaların pratik bir yararının olmayacağı söylenebilir. Oysa korunmalı cinsel ilişki eğer izin verilen risk kapsamı içinde ele alınmaz ise, *kasta* dayanan sorumluluk ortadan kalkmakla birlikte, çok istisnai de olsa *taksirden* dolayı sorumluluk her zaman gündeme gelebilir. Biz failin cinsel ilişki sırasında koruyucu tedbirlere başvurmuş olmasını izin verilen risk olarak kabul etmediğimiz için, biraz sonra da ayrıca ele alacağımız üzere, prezervatifin yanlış kullanılması nedeniyle enfeksiyonun gerçekleşmesi durumunda, failin taksirle etkili eylem (veya duruma göre taksirle adam öldürme) suçundan dolayı cezalandırılabilceğini düşünmekteyiz.

## 2- Kast Ögesi

Suçun maddi ögesinin gerçekleştiği (veya en azından teşebbüs aşamasında kaldığı) tesbit edildikten sonra, kastın tespiti sorunu gündeme gelmektedir<sup>32</sup>.

Etkili eylem suçunda kastın kabulü için, failin sağlığa yönelik belirli bir zararın ortaya çıkacağını *bilmesi* ve ayrıca bunu da *istemesi* gerekir. Burada failin, kendisinin taşıyıcı olduğunu bilmesi veya en azından bunu mümkün görmesi kastın kabulü açısından yeterli olup<sup>33</sup>; HIV'in karşı tarafa bulaşmayacağı yönündeki beklenti, kastın varlığı açısından önem taşımaz. Böyle bir *olanağın* mevcut olduğunu bilerek hareket eden fail de kasten hareket etmiş sayılır<sup>34</sup>. Bu bakımdan taşıyıcı olduğunu bilen fail açısından kastın *bilme*

30 *Botke*, Wilfried, Sinn oder Unsinn kriminalrechtlicher AIDS-Prävention? Zugleich Versuch eines vorläufigen Resumeees, in: AIDS und Strafrecht (hrsg. Andrzej Szwarc), Berlin 1996, s. 293 vd.; *Tröndle/Fischer*, vor § 32 no.13; *Rengier*, Jura 1989, s. 231; *Huber*, Christian, Ausgewählte Fragen zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung, ZStR 1997, s. 124; *Lille*, in: LK vor § 223 no. 13

31 *Huber*, ZStR 1997, s. 124

32 Ayrıntı için *Frisch*, Wolfgang, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel des AIDS-Diskussion, in: Gedächtnisschrift (GS) für Karlheinz Meyer 1990, s. 533 vd.

33 *Horn/Wolters*, in: SK § 223 no. 22c

34 *Horn/Wolters*, in: SK § 223 no. 22c

ögesinin tespitinde herhangi bir güçlükle karşılaşılmaz. Çok sık karşılaşılan ve çözümü güç olan sorun, HIV enfeksiyonunun taşıyıcı tarafından bilindiğinin *ispat edilmesinin* her zaman mümkün *olmamasıdır*. Failin HIV taşıyıcısı olduğunu bildiğinin açığa kavuşturulamadığı durumlarda, in dubio pro reo ilkesi gereği, söz konusu cinsel ilişkiden önce kendisinin taşıyıcı olduğunu bilmediğinden ve dolayısıyla kastın bulunmadığından hareket edilmelidir<sup>35</sup>. HIV taşıyıcısının riziko grubuna giren bir kişi olması, tek başına kastın bilme ögesinin kabulü için yeterli değildir<sup>36</sup>.

Etkili eylem kastı konusunda asıl sorun, kastın *isteme* ögesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Öncelikle belirtelim ki, etkili eylem suçunda kastın isteme ögesinin gerçekleşmesi bakımından, failin neticeyi *göze alması* anlamında tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmiş olması (dolaylı kast) yeterli sayılmaktadır<sup>37</sup>. Bunun sonucu olarak failin, mağdura bulaşma pahasına, egemen olamayacağı bir rizikoyu bildiği halde, cinsel arzusunu doyurmaya çalışması bu suçta kastı oluşturur<sup>38</sup>.

Kastın tespiti, her somut olay açısından ayrıca ele alınması gereken bir sorundur. Özellikle taşıyıcı olan partnerin cinsel ilişki sırasına koruyucu tedbirleri aldığı için partnerine HIV bulaşmayacağını düşünmesi durumunda kastın isteme ögesinin gerçekleştiğinden söz edilemez. Çünkü cinsel ilişki sırasında, koruyucu tedbirlere başvuran kişi, neticeyi istemiş veya göze almış sayılmaz. Bu bakımdan *korunmalı* cinsel ilişki bakımından failde, her halde etkili eylem kastı yoktur. Korunmalı cinsel ilişkide *arta kalan* rizikoyu bilmek, kastı ortadan kaldırır, yeter ki, fail, HIV bulaşmasının olasılık dışı bir durum olduğundan hareket etmiş olsun<sup>39</sup>. Bu ispat edilemediği takdirde, yalnızca *taksirden dolayı* sorumluluk gündeme gelir<sup>40</sup>.

Bunun dışındaki durumlarda failin, tek bir cinsel ilişkide 1/1000 oranda bir bulaşma rizikosunu nedeniyle neticenin ortaya çıkmayacağına güvendiği durumlarda, bu neticeyi göze aldığı ve dolayısıyla kasten hareket ettiği her zaman söylenemez. Fail açısından bakıldığında, tek bir cinsel ilişki sonucu

---

35 *Eser*, in: S/S, § 223 no. 7

36 *Scherf*, s.150 vd., 157

37 *Tezcan/Erdem*, s. 432

38 *Rengier*, Jura 1989, s. 227

39 *Eser*, in: S/S, § 223 no. 7; *Lackner/Kühl* § 224 no. 10; *Horn/Wolters*, in: SK § 223 no. 22c; *Frisch*, JuS 1990, s.368; *Lilie*, in: LK vor § 223 no. 13; *Rengier*, Jura 1989, s. 231

40 *Eser*, in: S/S, § 223 no. 7; *Lilie*, in: LK vor § 223 no. 13; *Rengier*, Jura 1989, s. 231; Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Wokalek*, Heinrich/ *Köster*, Christian, AIDS und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, MedR 1989, s.286 vd.

HIV bulaşması olsa olsa kötü bir *tesadüften* ibarettir. Bu nedenle aynı partnerle ara bir gerçekleştirilen normal bir cinsel ilişkide kastın isteme ögesinin varlığı kural olarak reddedilmelidir<sup>41</sup>. Ancak bu, HIV bulaştırılması durumunda hiçbir zaman etkili eylem kastının bulunmayacağı anlamına gelmez. Gerçekten tehlikeli cinsel birleşmelerde (örneğin korunmasız anal ve oral ilişki) veya fuhuş alanında olduğu gibi gelişigüzel gerçekleştirilen korunmasız cinsel ilişkilerde, bulaşma rizikosunun daha yüksek olması nedeniyle, kastın isteme ögesinin mevcut olduğu sonucuna varılabilir<sup>42</sup>.

Demek oluyor ki, HIV taşıyıcısında etkili eylem kastına sahip olduğunun kabul edilebilmesi için kendisinin HIV taşıyıcısı olduğunu *bilmesi* ve ayrıca bunun mağdura bulaşmasını *istemesi* gerekir ki, tek bir cinsel ilişkide HIV'in bulaşma rizikosunun düşük olması nedeniyle, failin çoğu zaman bu neticeyi istediği veya en azından *göze aldığı* ve bu nedenle de kasten hareket ettiği her zaman söylenemez. Buna karşılık bulaşma rizikosunun daha yüksek olduğu tehlikeli birleşmeler bakımından, failin bulaşma rizikosunu göze aldığı ve bu yüzden kasten hareket ettiğini söylemek daha kolaydır.

### 3- Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Neden Olarak Mağdurun Rızası

Risk içeren davranışlara gösterilen rızanın geçerli sayılması için, öncelikle rıza açıklamasında bulunan kişinin tehlikeye uğrayan hukuki yararın sahibi olması, rıza açıklama yeteneğine sahip bulunması ve en azından örtülü de olsa rızayı açıklaması gereklidir<sup>43</sup>. Rızanın geçerliliği açısından aranan diğer bir koşul da, mağdurun, rızayı açıklaması durumunda karşılaşıacağı risklerin ne olduğu konusunda açık bir bilgiye sahip olmasıdır<sup>44</sup>. Bundan başka rızanın kapsamına girmeyen bir davranış gerçekleştirilmişse, bu durumda da rıza etkisizdir<sup>45</sup>.

41 Rengier, Jura 1989, s. 228; Prittwitz, JA 1988, s. 500

42 Rengier, Jura 1989, s. 228

43 Bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul, no. 744 vd.; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1992, s. 211 vd.; İçel, Kayhan/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S/Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 1999, s. 188 vd.; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2000, no. 261 vd.

44 İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 188

45 Dönmezer/Erman, no. 753; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 192; Lenckner, in: S/S, vor §§ 32 no.105

Öğretide mağdurun, failin HIV taşıyıcısı olduğunu bilmeden *cinsel ilişkiye* gösterdiği rızanın, bu ilişki sonucunda HIV'in kendisine *taşınmasını* da kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır.

*Bir görüşe göre*, mağdur, HIV bulaşma tehlikesi içeren özellikle riziko gruplarıyla (fahişeler, uyuşturucu madde bağımlıları ve eşcinseller) cinsel ilişkiye rıza göstermesi durumunda, tehlikeyi bizzat yarattığı ve rizikoyu üstlenmiş olduğu için HIV taşıyıcısı olan diğer partner cezalandırılmaz. Monogam bir ilişki dışında kendisini güvenilir cinsel ilişki (safer sex) ile sınırlamayan her kişi, kendi sorumluluğu içinde bir davranış gerçekleştirmektedir ve bu da failin cezalandırılmamasını gerektirir<sup>46</sup>.

Buna karşılık öğretilerdeki *çoğunluk görüşü*, bizce de yerinde olarak, HIV taşıyıcısı olduğunu gizlemek suretiyle cinsel ilişkiye giren kişinin dolaylı faillik yoluyla *başkasına* karşı (tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış) etkili eylemden dolayı cezalandırılabilmesi sonucuna varmaktadır. Mağdurun dikkatsizliği, cezanın tayini açısından göz önünde bulundurulabilir ise de, ceza hukuku korumasından yararlanmasını engellemez. Partnerin, korunmasız bir cinsel ilişkide enfeksiyon rizikosunun yüksek olduğunu bilmesi, davranışının, cezayı gerektirmeyen bizzat kendini tehlikeye düşürme olarak kabul edilmesi sonucuna yol açmaz; HIV taşıyıcısının *riziko grubu* içerisinde yer alıyor olması da durumda bir değişiklik meydana getirmez. Partnerine taşıyıcı olduğunu açıklamayan failin, *olayla ilgili entellektüel bilgisinin mağdura göre üstünlük taşıdığı* (ein überlegenes Sachwissen) açıktır. Burada, mağdur, tek başına ölüme yol açan davranış üzerinde egemen olmayıp, failin fiile olan katkısı mağdura göre daha fazla olduğu için, anılan

---

<sup>46</sup> *Bruns*, MDR 1987, s. 356; *Bruns*, Manfred, Nochmals: Aids und Strafrecht, (Erwiderung auf Herzberg, NJW 1987, 1461), NJW 1987, s. 2282; *Herzog/Nestler-Tremel*, StV 1987, s. 366; *Kreuzer* de, güven ilişkisine dayalı olmayan her türlü cinsel ilişkiyi, mağdurun tehlikeyi bizzat yaratmış olması olarak nitelendirmektedir (*Kreuzer*, Arthur, Aids und Strafrecht. Kriminologische Anm. zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 1988, s. 801). Bu görüş Alman Federal Mahkemesinin bir kararını esas almaktadır. Bu karara göre eğer tehlike ile birlikte ortaya çıkan riziko gerçekleşmiş ise, kişinin bizzat kendi sorumluluğu içinde istenen ve gerçekleşen tehlike, etkili eylem veya adam öldürme suçunu oluşturamaz ve böyle bir tehlikeye yol açan, mümkün kılan veya destekleyen kişi, etkili eylem suçundan dolayı cezalandırılmaz. Karar, kendisine enjeksiyon yapan bir uyuşturucu bağımlısına eroin verilmesi olayı ile ilgili idi. Nasıl ki, kendisini öldüren veya yaralayan kişi cezalandırılmaz ise, aynı biçimde buna yardım eden kişinin de cezalandırılması mümkün değildir (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) 32, s. 262).

durumu, bizzat kendisini değil, aksine *başkasını* tehlikeye düşürme olarak ele almak gerekir<sup>47</sup>.

Buna karşılık partnerin, failin HIV taşıyıcısı olduğunu *bilerek*, virtüs buluşma tehlikesi yaratan davranışa (cinsel ilişkiye) rıza göstermesinin<sup>48</sup> hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmayacağı öğretide en çok tartışılan konulardan birisidir.

*Öğretide ağırlıklı görüş*, HIV taşıdığını bildiği bir kişi ile cinsel ilişkiye girilmesini, bilinçli olarak rizikonun üstlenilmesi söz konusu olduğu için kural olarak, mağdurun tehlikeye bizzat neden olması olarak değerlendirilmekte; ancak bunun için cinsel ilişkinin taraflarının tehlike konusunda aynı bilgi düzeyine sahip olmasını aramaktadır<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Lackner/Kühl*, vor § 211 no. 12a; *Herzberg*, Rolf Dietrich, Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts. Zugleich Besprechung des BGH-Urteils v. 04.11.1988 - 1 StR 262/88 -, (Anmerkung) JZ 1989, s. 474; *Herzberg*, Rolf D., Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmtm Geschlechtsverkehr, NJW 1987, s. 2284; *Rengier*, Jura 1989, s. 230; *Meier*, GA 1989, s. 220; *Paeffgen*, in: NK § 223 no. 17; *Helgerth*, Roland, Aids - Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr NSZ 1988, s. 262; *Botke*, in: Die Rechtsprobleme von AIDS, s. 205 vd.; *Eberbach*, ZRP 1987, s. 396 vd.; *Geppert*, Jura 1987, s. 671; *Schünemann*, Bernd, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung? Zugleich Besprechung von BGH, U. v. 04.11.1988 - 1 StR 262/88 -, JR 1989, s. 92; *Frisch*, JuS 1990, s. 369; *Schlehofer*, Horst, Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989, s. 2017; *Lilie*, in: LK, vor § 223 no. 13; *Tröndle/Fischer*, § 222 no. 30; *Schünemann*, Bernd, AIDS und Strafrecht - Ein Überblick, in: AIDS und Strafrecht (hrsg. Andrzej Szwarz), Berlin 1996, s. 9; *Joecks*, in: MK vor § 223 no. 65

<sup>48</sup> Cinsel ilişki rızaya dayanmıyorsa, başka bir anlatımla ırza geçme suçu (Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 414 vd.) söz konusu ise, bu durumda eğer fail, HIV taşıyıcısı olduğunu bilmiyorsa, failin *bir marazın sirayetini müstelzim olmasını* ağırlatıcı neden olarak öngören TCK m. 418'in uygulanması söz konusu olabileceği ve HIV bulaştırılması da bu çerçevede değerlendirileceği için etkili eylem suçu gündeme gelmez. Bununla birlikte eğer fail, kendisinin HIV taşıyıcısı olduğunu *bilerek* ırza geçme suçunu işlemiş ise, bu durumda ırza geçme suçu yanında kasten etkili eylemden (veya buna teşebbüsten) dolayı da ayrıca cezalandırılması gerekir (Aynı yönde *Tezcan/Erdem*, s. 349; *Artuk*, M. Emin/*Gökçen*, Ahmet, *Yenidünya*, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2000, s. 777). Buna karşılık düşünülebilecek bir durum olmakla birlikte, ırzına geçilen kişinin HIV taşıyıcısı olması ve taşıyıcı olduğunu da bilmesi durumunda, ırza geçen kişi, bizzat tehlikeyi üstlenmiş olduğu için etkili eylem suçunun (veya buna teşebbüstün) söz konusu olamayacağı düşüncesindeyiz.

<sup>49</sup> *Lackner/Kühl*, vor § 211 no. 12a; *Joecks*, in: MK § 223 no. 65; *Wessels/Hettinger*, BT/I § 9 no. 270; *Prütwitz*, JA 1988, s. 431; *Prütwitz*, Cornelius, Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners? NJW 1988, s. 2943; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/I, § 9 no. 5; *Paeffgen*, in: NK § 223 no. 16; *Wokalek/Köster*, MedR 1989, s. 286; *Botke*, in: Die Rechtsprobleme von AIDS, s. 186; *Eberbach*, JR 1986, s. 231; *Geppert*, Jura 1987, s. 671; *Herzberg*, NJW 1987, s. 1462; *Rengier*, Jura 1989, s. 230; *Herzog/ Nestler-Tremel*, StV 1987,

Buna karşılık azınlıkta kalan *diğer bir görüş*<sup>50</sup>, mağdurun, kendi yaşamını tehlikeye düşürecek bir davranışa gösterdiği rızanın geçerliliğini reddetmekte ve böyle bir durumda da failin cezalandırılacağı sonucuna varmaktadır. Bu görüşe göre önemli olan, tehlikeye maruz bırakılan hukuksal yarar üzerinde mağdurun tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Vazgeçilmez bir hukuksal yarar olan yaşamın tehlikeye düşürülmesi üzerinde mağdurun tasarruf yetkisinin bulunduğu söz edilemez. Demek oluyor ki, HIV taşıdığını bildiği faille korumasız biçimde cinsel ilişki gerçekleştiren mağdurun rızası, tek bir cinsel ilişkide HIV'in taşınma rizikosunun oldukça düşük olduğu göz önüne alınacak olursa, önceden kesin olarak virüsün de bulaşması yönünde gösterilen bir rıza olmayıp, mağdur burada yalnızca bunun gerçekleşmeyeceği ümidiyle bulaşma rizikosunu üstlenmekte ve faille cinsel ilişkiye girmektedir. Ayrıca rızanın geçerli olabilmesi için, mağdurun, kendisine yönelik tehlike tehdidini gerçekten tanıyıp tanımadığı, yani bu konuda aydınlatılmış olup olmadığı da aranmalıdır. Bunun için, yalnızca partnerin taşıyıcı olduğunu bilmek yeterli olmayıp, ayrıca tehlikenin derecesi ve bulaşmanın yüksek olasılıkla ölüme yol açacağına da mağdurca bilmesi gerekir. Oysa kamuoyuna yönelik aydınlatıcı kampanyalara rağmen, gençler arasında AIDS konusunda bilgi, sanıldığı kadar yaygın değildir. Öte yandan rızanın geçerliliği bakımından cinsel ilişkinin gerçekleşmesinde HIV taşıyan kişinin etkili eylem kastıyla mı, yoksa adam öldürme kastıyla mı hareket ettiği de önem taşımaz. Herşeyden önce failin adam öldürme kastıyla hareket ettiği durumlarda, hiç kimse kendisinin ölümüne rıza gösteremeyeceği için, verilen rızaya geçerlik tanınması da söz konusu olamaz<sup>51</sup>. Öte yandan failin etkili eylem kastıyla hareket ettiği durumlarda da, kişinin yaşamına yönelik az veya çok büyük bir riziko söz konusu olduğu için cinsel ilişkiye gösterilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmaz<sup>52</sup>. Kaldı ki, rızanın

s. 366; *Lilie*, in: LK vor § 223 no. 13. *Horn/Wolters*'e göre de mağdurun partnerinin HIV taşıyıcısı olduğunu bilmesi (veya bunu somut olarak mümkün görmesi), riziko içeren davranışa rıza veya taşıyıcının hareketine, sorumluluğu bizzat üstlendiği *cezasız bir iştirak* (veya buna teşebbüs) olarak görülmelidir; bununla birlikte taşıyıcının failliği, "olayla ilgili entellektüel bilgisi mağdura göre ağır basıyorsa" ancak bu takdirde gündeme gelebilir (*Horn/Wolters*, in: SK § 223 no. 22c).

50 *Helgerth*, NSZ 1988, s. 262

51 Türk öğretisinde de, yaşam hakkının tasarruf edilebilir nitelik taşımadığı ve bu yüzden kişinin kendisinin öldürülmesine göstereceği rızanın işlenen fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir (*Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 1997, s. 54; *Dönmezer/Erman*, C. II, no. 759; *Önder*, C.II, s. 214).

52 Türk öğretisinde de mağdurun rızasının ancak etkili eylemin basit şekli bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı, etkili eylemin nitelikli şekillerinde rızanın bu etkiyi doğurmayacağı kabul edilmektedir (*Önder*, C.II, s. 214). *Dönmezer/Erman*'a göre rıza, bireyin toplum-

kesin olarak öngörülebilir etkili eylem veya ölüme yönelik olmadığı, aksine mağdurun, yalnızca az veya çok bulaşma rizikosunu göze aldığı ve aksi takdirde riziko içeren davranışın yalnızca etkili eyleme değil, aynı zamanda ölüme de yol açabileceği kabul edildiği takdirde, burada yaşamın tehlikeye atılmasına yönelik bir rıza sorununun söz konusu olduğu ve bunun da geçerlilik taşımayacağı kendiliğinden anlaşılır<sup>53</sup>. Yazar, bu görüşünden hareketle, kural olarak yalnızca evlilik birliği çerçevesinde gerçekleşen cinsel ilişki bakımından mağdurun rızasına etki tanınabileceğini kabul etmektedir.

Biz de öğretilerdeki çoğunluk görüşüne koşut olarak, HIV taşıyıcısı olduğunu bildiği bir kişiyle korunmasız cinsel ilişkiye giren kişinin, göze aldığı rizikonun boyut ve kapsamını bildiği için bizzat tehlikeye neden olduğu ve bu nedenle de ceza korumasından yararlandırılmayacağı düşüncesindeyiz. Ancak mağdurun, yaş-küçüklüğü nedeniyle tehlikenin gerçek boyutlarını algılayabilecek bir olgunluğa ulaşmamış olması durumunda buna bir istisna düşünülebilir.

#### 4- Suçu Etkileyen Nedenler

##### A- Suçun Zehirleyerek İşlenmiş Olması (TCK m. 457/1)

Burada tartışılması gereken bir sorun da, etkili eylemin *zehirlemek suretiyle* işlenmiş sayılıp sayılamayacağıdır. Almanya'da 6. Ceza Hukuku Reform Yasasıyla § 224 I no. 1'e "*zehirlemek suretiyle*" deyiminin yanına "*veya başkaca sağlığa zarar verici maddeler*" deyiminin eklenmesiyle birlikte bu konudaki tartışmalar<sup>54</sup> çözüme kavuşturulmuş bulunmaktadır. Bugünkü durumda kimyasal veya kimyasal-fiziksel etkisi nedeniyle sağlığa zarar vermeye elverişli her türlü organik veya inorganik madde *zehir*; mekanik ve termik etki gösteren maddeler ile mikro organizmalar ve bakteriler de *başka-*

---

sal faaliyetini yerine getirmesine engel olacak derecede beden bütünlüğüne zarar veren bir fiile ilişkinse geçerli değildir (*Dönmezer/Erman*, C.II, no.758).

53 *Helgerth*, NSZ 1988, s. 262 vd.

54 Değişiklikle "*başkaca sağlığa zarar verici madde*" deyimini eklenmeden önce de öğretilerde çoğunluk görüşü, HIV gibi hastalığa yol açan bakteri ve virüslerin de bu kapsamda ele alınması gerektiğini kabul etmekteydi (Bkz. *Herzberg*, JZ 1989, s. 480 vd.; *Schünemann*, Bernd, Rechtsprobleme der AIDS -Eindämmung -Eine Zwischenbilanz, in: Die Rechtsprobleme von AIDS (hrsg. Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer), Baden-Baden 1988, s. 485 vd.; *Schünemann*, JR 1989, s. 91 vd.)

ca sağlığa zarar verici madde sayılmakta<sup>55</sup> ve HIV de değişiklikle getirilen, sağlığa zarar verici madde kapsamında ele alınmaktadır<sup>56</sup>.

Bizde de kasten etkili eylem suçunun *zehirlenmek suretiyle* veya *aşındırıcı ecza* ile işlenmesi TCK m. 457/1'de ağırlatıcı neden sayılmaktadır. Bu madde anlamında, hangi yolla olursa olsun vücuda verildiğine bakılmaksızın, sağlığa zarar verici her türlü doğal ve kimyasal bileşim *zehir* olarak kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Ancak öğretilerde bakteri ve virüslerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda açık bir görüş ortaya konulmuş değildir. Kanaatimizce, HIV de dahil olmak üzere, bu tür mikroorganizmaların zehir veya aşındırıcı ecza kapsamı içinde ele alınması mümkün görünmediğinden, Alman CK'nda olduğu gibi, TCK m. 457/1'de de bir değişikliğe gidilmesi ve suçun, zehirlenme yanında sağlığa zarar vermeye elverişli başka bir araçla işlenmiş olmasının ağırlatıcı neden haline getirilmesi zorunlu gözükmemektedir<sup>58</sup>.

#### B- Yaşamsal Tehlike (TCK m. 456/2)

Alman Hukuku'nda somut duruma göre objektif olarak mağdurun ölümüne yol açmaya elverişli her türlü hareket *yaşamsal tehlike* kapsamında ele alınmakta<sup>59</sup> ve öğretilerde çoğunlukta olan yazarlar tarafından bir başkasına HIV bulaşma rizikosunu içeren cinsel ilişkiye girilmesi de *yaşamsal tehlike* ve dolayısıyla bu suçta ağırlatıcı neden olarak değerlendirilmektedir<sup>60</sup>.

Türk Hukuku'nda da etkili eylem suçunun *yaşamsal tehlike* ortaya çıkarması ağırlatıcı neden sayılmakta (TCK m. 456/2); öğretilerde de bu deyimle, etkili eylemin, *yakın bir ölüm neticesini meydana getirebilecek* olması anla-

<sup>55</sup> *Hardtung*, Bernhard, in: Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 3 (§§ 185-262), München 2003, § 224 no. 9; *Lackner/Kühl*, § 224 no. 1a; *Lilie*, in: LK § 224 no. 8; *Stree*, in: S/S, § 224 no. 2b; *Tröndle/Fischer*, § 224 no. 3; *Wessels/Hettinger*, BT/I, § 5 no. 264

<sup>56</sup> *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 11; *Rengier*, BT/II § 14 no. 2; *Tröndle/Fischer*, § 224 no. 3; *Hardtung*, in: MK § 224 no. 9; *Lackner/Kühl*, § 224 no. 1a; *Wessels/Hettinger*, BT/I, § 5 no. 264; ikircikli *Eser*, in: S/S, § 223 no. 7;

<sup>57</sup> *Tezcan/Erdem*, s. 394; *Soyaslan*, s. 57; *Erem/Toroslu*, s. 343; *Dönmezer*, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, no. 30

<sup>58</sup> Buna karşılık yeni CK Tasarısı, zehirlenme ağırlatıcı nedenini, kasten adam öldürme suçunda muhafaza etmiş (m. 135), buna karşılık kasten etkili eylem suçunda bunun kapsamını genişletmek bir tarafa, ağırlatıcı neden bile saymamıştır.

<sup>59</sup> *Hardtung*, in: MK § 224 no. 30; *Lilie*, in: LK § 224 no. 36; *Lackner/Kühl*, § 224 no. 8

<sup>60</sup> *Rengier*, BT/II § 14 no. 16; *Frisch*, JuS 1990, s. 365; *Hardtung*, in: MK § 224 no. 30; *Lackner/Kühl*, § 224 no. 8

mı verilmektedir<sup>61</sup>. Bu görüşten hareket edildiğinde, HIV taşınması örneğinde olduğu gibi, ölüm neticesinin, failin hareketine *uzak* olduğu durumlarda ağırlatıcı nedenin uygulanmaması gerekir. Alman CK § 224'de etkili eylemin “*yaşamı tehlikeye düşüren bir muamele ile*” işlenmiş olması aranırken, bizde *yaşamsal tehlike* netice sebebiyle cezanın ağırlaşması sonucuna yol açmakta ve bu yüzden etkili eylem suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda söz konusu ağırlatıcı nedenin uygulanmayacağı sonucuna varılmaktadır<sup>62</sup>. Demek oluyor ki, HIV bulaşma rizikosunu içeren cinsel ilişki, bizim hukukumuz bakımından etkili eylem suçunda yaşamsal tehlike ağırlatıcı nedenini oluşturmamaktadır.

### III-Kasten Adam Öldürme Suçu Açısından Değerlendirme (TCK m. 448 vd.)

Gerek uygulamada ve gerekse öğretilerde, taşıyıcı olduğunu açıklamaksızın korumasız cinsel ilişkiye giren HIV taşıyıcısının daha ziyade etkili eyleme teşebbüsten dolayı cezalandırılacağı kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Bununla birlikte korumasız cinsel ilişki yoluyla HIV bulaştırılması, ölüm neticesine yönelik failde bir kastın bulunduğu tesbit edilmesi koşuluyla kasten adam öldürme (veya buna teşebbüs) suçunu da gündeme getirebilir<sup>64</sup>. Başka bir anlamıyla cinsel ilişki yoluyla HIV bulaştırılması, failin *kastına göre* etkili eylem yanında adam öldürme suçunu da oluşturabilir.

Bununla birlikte öğretilerde bazı yazarlar, bu tür durumlarda kasten adam öldürme suçunun oluşacağı görüşünü reddetmektedirler. Gerçekten bu görüşte olan yazarlara göre, adam öldürme suçunda, ölüm neticesine neden olan kişiye, bu neticenin *objektif olarak da* isnad edilebilmesi gerekir<sup>65</sup>. Oysa öldürme kasdıyla korunmasız olarak girilen cinsel ilişki sonucunda HIV bulaşması ve bunun da AIDS'e yol açıp mağdurun ölümüne yol açması, yakın bir süre içinde değil, belki de ancak yıllar sonra gerçekleştiği için bu

<sup>61</sup> *Tezcan/Erdem*, s. 438; *Dönmezer*, no. 103; *Erem/Toroslu*, s. 414; *Önder*, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 112

<sup>62</sup> *Tezcan/Erdem*, s. 434

<sup>63</sup> *Eberbach*, JR 1986, s. 232; *Eberbach*, MedR 1987, s. 268; *Tröndle/Fischer*, § 224 no.12a; *Rengier*, BT/I § 14 no. 16; *Arloth*, Anmerkung, NSZ 1987, s. 409; *Bruns*, NJW 1987, s. 693; *Herzog/Nestler-Tremel*, StV 1987, s. 363; *Geppert*, Jura 1987, s. 670; AG München, NSZ 1987, s. 408

<sup>64</sup> *Eberbach*, JR 1986, s. 232; *Eberbach*, MedR 1987, s. 268; *Eser*, in: S/S § 212 no. 3; *Rengier*, Jura 1989, s. 229 vd.; *Herzberg*, JZ 1989, s. 478 vd.; *Herzberg*, in: AIDS und Strafrecht, s. 62 vd.; *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 11; *Lackner/Kühl*, § 212 no. 2; AG München, NSZ 1987, s. 407; karşı yönde LG München I, NSZ 1987, s. 228

<sup>65</sup> *Lenckner*, in: S/S, vor § 13 no. 91 vd.; *Roxin*, Allgemeiner Teil /I, § 11 no. 36 vd.

ölüm neticesinin faile *isnad edilebilmesi* mümkün değildir. Geç ortaya çıkan bu netice, faile isnad edilemeyeceği için failin ceza sorumluluğu yalnızca kasten etkili eylem nedeniyledir<sup>66</sup>.

Ancak öğretilerdeki baskın görüş, ölümün yıllar sonra gerçekleşmesinin neticesinin faile isnad edilebilmesi olanağını ortadan kaldırmayacağını bizce de yerinde olarak kabul etmektedir. Denilmektedir ki, eğer bu görüş kabul edilirse, ölümcül etki gösteren radyoaktif ışının bireye yönelik olarak kullanılması eylemini adam öldürme veya etkili eylem suçu içinde ele almak mümkün olmazdı. Çünkü böyle bir durumda da ölüm neticesi yıllar sonra ortaya çıkmaktadır<sup>67</sup>. Kaldı ki, adam öldürme suçunda, ölüm neticesinin, buna yol açan nedensellik serisinin harekete geçirilmesinden sonra belirli bir zaman aralığı içinde ortaya çıkmış olması aranmamaktadır. Özellikle de mağdurun gerçekten öldüğü durumlarda bu görüş kabul edilebilir değildir. Mağduru doğrudan ve derhal öldüreceği yerde, yavaş ve eziyetli biçimde ölüme götürecektir nedensellik zincirini harekete geçiren failin daha avantajlı duruma getirilmesinin nedenini anlamak güçtür<sup>68</sup>. Gerçi AIDS, ancak ortalama 4 ve 6 yıl arasında uzun bir kuluçka döneminden sonra ortaya çıkmaktadır; bununla birlikte bulaşmadan itibaren daha 6 ay geçmeden AIDS hastalığının ortaya çıktığı durumlarla da karşılaşmaktadır. Henüz daha hareket halinde olan nedensellik gelişiminin değerlendirilmesindeki güçlükler ve rücu olanağı bakımından ortaya çıkan belirsizlikler gibi belirli pratik mülahazalar, adam öldürme suçunun tamamen gündem dışı bırakılması sonucuna yol açmamalıdır<sup>69</sup>.

Öğretilerde ağırlıklı görüş, HIV taşıma rizikosunu içeren cinsel ilişkide failde öldürme kastının varlığını, kastın *isteme* ögesinin bulunmaması nedeniyle *kural olarak reddetmektedir*<sup>70</sup>.

#### IV- Taksirden Dolayı Cezalandırılabilirlik

Taksire dayalı sorumluluk, daha önce de değindiğimiz üzere, ancak *korunmalı* cinsel ilişkide, perezervatifin yanlış kullanılması nedeniyle koruyucu tedbirlere rağmen, enfeksiyonun gerçekleşmesi durumunda gündeme gelebilir. Her ne kadar burada enfeksiyon rizikosunu düşük de olsa, taşıyıcı, rizikoyu üstlenip üstlenmeyeceğine serbestçe karar verebilmesini sağlamak

66 *Schünemann*, in: Rechtsprobleme von AIDS, s.483 vd.

67 *Eser*, in: S/S, § 212 no.3; *Frisch*, JuS 1990, s. 366 vd.; *Knauer*, GA 1998, s. 430 vd.

68 *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 11

69 *Lilie*, in: LK § vor 223 no. 11

70 *Lackner/Kühl*, § 212 no. 3

için koruyucu tedbirlere rağmen, durumu hakkında mağdura bilgi verme yükümlülüğü altındadır ve bu da taksirli sorumluluk için aranan *özen yükümlülüğünün* dayanağını oluşturur<sup>71</sup>. Bununla birlikte cinsel ilişki yoluyla partnere HIV taşınması bakımından *taksire* dayalı sorumluluk çok istisnai durumlarda gündeme gelebilir. Bunun da nedeni, *söz konusu* cinsel ilişkinin HIV bulaşması sonucuna yol açtığı kesin olarak belirlenememesi ve bu yüzden de nedensellik bağının tesbitindeki güçlüktür<sup>72</sup>. Kasıtlı suçlardan farklı olarak, taksir için *neticenin* ortaya çıkması arandığından, taksirli suçlara teşebbüs cezalandırılmadığı için, ne zaman ki, *belirli* bir veya birden fazla cinsel ilişkinin HIV taşınması sonucuna yol açtığı tespit edilebiliyorsa, ancak bu durumda taksire dayalı sorumluluk söz konusu olabilir.

### V- Sonuç

1) Cinsel ilişki sonucu HIV'in bir başkasına bulaştırılması TCK m. 456 anlamında *sağlığı bozma* sayılacağı için, etkili eylem suçunun maddi ögesini oluşturmakla birlikte, HIV bulaşmasına belirli bir veya birden fazla cinsel ilişkinin neden olduğunu belirlemek çoğu zaman mümkün olmayacağı için ancak bu suça teşebbüs gündeme gelebilir.

2) Korunmalı olsun veya olmasın, failin, cinsel ilişkide HIV taşıyıcısı olduğunu partnerinden gizlemesi durumunda izin verilen riskten söz edilemez. Ancak korunmalı cinsel ilişkide failin etkili eylem kastının bulunduğu söylenemeyeceğinden, çok istisnai de olsa, ancak taksire dayalı bir sorumluluk gündeme gelir.

3) Failin etkili eylem kastının bulunduğundan söz edilebilmesi için, HIV taşıyıcısı olduğunu bilmesi yanında ayrıca, neticeyi de istemiş veya en azından göze almış olması gerekir. Bu ikinci olasılık, ancak tehlikeli cinsel birleşme veya failin risk grubunda yer alan bir kişi olması durumunda söz konusu olabilir. Bunun dışındaki durumlarda çok düşük olan HIV bulaşma riskini failin göze aldığından ve dolayısıyla etkili eylem kastının bulunduğundan söz edilemez.

4) Korunmasız bir cinsel ilişkiye, partnerin HIV taşıyıcısı olduğunu bilecek giren kişi tehlikeyi bizzat göze almış sayılacağı için taşıyıcının cezalandırılması da söz konusu olmaz. Bunun dışındaki durumlarda, eğer partner, cinsel ilişkiye girdiği kişinin HIV taşıyıcısı olduğunu bilmiyorsa, cinsel ilişkiye rıza göstermiş olması, bunun sonucunda HIV bulaşmasına da önceden

<sup>71</sup> *Lütle*, in: LK § vor 223 no. 13; *Rengier*, Jura 1989, s. 231

<sup>72</sup> *Rengier*, Jura 1989, s. 228

rıza gösterdiği anlamına gelmeyeceği için bir hukuka uygunluk nedeni olarak mağdurun rızasından söz edilemez.

5) HIV bulaşması sonucuna yol açan bir cinsel ilişki, kasten etkili eylem olarak kabul edildiğinde, bu suçtaki zehirlenme ve yaşamsal tehlike ağırlatıcı nedenleri uygulanamaz.

6) HIV taşıyıcısının korunmasız cinsel ilişkiye girmesi, failde ölüm neticesine yönelik bir kast varsa ve ancak çok istisnai durumlarda gündeme gelebilir. Ancak tek başına, ölüm neticesinin, hareketten uzun bir süre sonra ortaya çıkması veya çıkacak olması, fiilin, kasten adam öldürme (veya buna teşebbüs) sayılmasını engellemez.

7) Taksire dayalı sorumluluk, ancak korunmalı cinsel ilişkide ve yanlış koruyucu önlem alınması durumunda söz konusu olabilir ise de, bunun için HIV'in söz konusu cinsel ilişki sonucu bulaştığının kesin olarak belirlenmesi gerekir. Bu ise çoğu zaman mümkün olmayacağı için, taksirle etkili eylem veya adam öldürme ancak istisnai durumlarda gündeme gelebilir.

